

16

Verkündet
am 24. Oktober 1963
Heil, Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Caféinhabers Hans B [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Elisabeth D [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Bukow und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 30. Juni 1961 verkündete
Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürn-
berg wird auf Kosten des Beklagten mit der Maßgabe zu-
rückgewiesen, daß die Verurteilung zur Rechnungslegung
über den Umsatz gemäß III des erstinstanzlichen Urteils
auf die Zeit bis zum 31. Mai 1961 beschränkt wird.

Von Rechts wegen

12

Tatbestand:

Der Beklagte betrieb im Hause seiner Mutter in B [REDACTED] eine Konditorei mit Café. Die Klägerin beteiligte sich an dem Geschäft mit Geld, einer Eismaschine, einer Kaffemaschine, mehreren Eiskonservatoren und Gegenständen für die Einrichtung des Cafés gegen eine Beteiligung von 10 % des Reingewinns. Sie arbeitete auch in dem Geschäft mit. Durch Vertrag vom 28. März 1956 wurden die bis dahin geltenden Vereinbarungen aufgehoben. Die Klägerin "vermietete" nunmehr die Maschinen und Einrichtungsgegenstände, deren Wert mit insgesamt 9 040 DM angegeben wurde. Sie sollte als "Mietpreis" 50 % des Reingewinns des Cafés und der Eisdiele erhalten. Der Reingewinn sollte jeweils am Monatsende abgerechnet werden; falls dies unterbliebe, sollte die Klägerin berechtigt sein, 15 % des Umsatzes des Vormonats als Miete für den laufenden Monat zu entnehmen. Der Beklagte bestätigte in dem Vertrage, der Klägerin 5 300 DM zu schulden. Die Klägerin sollte bei Zuwiderhandlungen gegen einen ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb, sowie, falls die Fortsetzung des "Mietverhältnisses" eine unbillige Zumutung oder Härte bedeuten würde, und aus in der Person des Beklagten liegenden Gründen berechtigt sein, die "vermieteten" Gegenstände fristlos an sich zu nehmen.

Am 18. Dezember 1957 machte die Klägerin von dieser Vertragsklausel hinsichtlich einzelner Gegenstände Gebrauch und kündigte das Vertragsverhältnis fristlos. Zugleich verbot sie dem Beklagten die Weiterbenutzung der im Betrieb verbliebenen, ihr gehörenden Gegenstände. Der Betrieb war deshalb vom 18. bis 20. Dezember 1957 geschlossen.

Die Klägerin spricht den Vertrag vom 28. März 1956 als einen Mietvertrag an. Der Beklagte hat die Gegenstände über den 1. Januar 1958 hinaus benutzt. Die Klägerin sieht deshalb

§ 557 BGB als gegeben an. Der Beklagte hat seit dem 1. Dezember 1957 das Nutzungsentgelt nicht mehr bezahlt, aber im April 1958 der Klägerin drei Geschäftsbücher über seine bis zum 8. April 1958 erzielten Umsätze vorgelegt. Auf der Grundlage dieser Umsätze begehrt die Klägerin für die Zeit vom 1. Januar bis 8. April 1958 Zahlung von 1 628,15 DM (Klageantrag zu I). Für Dezember 1957 beansprucht die Klägerin 516 DM (Klageantrag zu II). Außerdem (unter III) verlangt sie Rechnungslegung über den seit dem 8. April 1954 erzielten Reingewinn und Umsatz. Ihr Klageantrag zu IV lautet: "Der Beklagte hat von dem aus der Rechnungslegung sich ergebenden Umsatz 15 % an die Klägerin zu zahlen, nebst 4 % Zinsen aus den jeweils fälligen Beträgen".

Der Beklagte bestreitet seine Passivlegitimation. Insoweit beruft er sich darauf, daß seine Mutter in dem Vertrag vom 28. März 1956 als Inhaberin des Cafés bezeichnet ist und vom 11. November 1954 bis 31. Dezember 1957 als Inhaberin des Gewerbes angemeldet war. Er hält den Vertrag für einen Gesellschaftsvertrag und meint: Die Gesellschaft sei infolge der Kündigung der Klägerin vom 18. Dezember 1957, jedenfalls aber im beiderseitigen Einverständnis, aufgelöst; demzufolge seien die erhobenen Zahlungsansprüche Posten der Auseinandersetzungsrechnung geworden, die Klägerin könne diese Ansprüche nicht mehr selbständig geltend machen. Im übrigen sei der Vertrag sittenwidrig, da er dazu gedient habe, geschäftliche Beziehungen vorzutäuschen, um den Geschlechtsverkehr der Parteien zu tarnen und zu erleichtern. Ein etwaiger Anspruch auf Rückforderung der Einlage sei verjährt. Sei der Vertrag als Mietvertrag anzusehen, so sei er wegen Wuchers oder allein wegen der Höhe des vereinbarten Nutzungsentgelts nichtig. Durch die mehrtägige Schließung des Geschäfts sei ihm ein Schaden von 1 230,50 DM entstanden. Mit diesem Gegenan-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



spruch hat der Beklagte aufgerechnet.

Das Landgericht hat dem Klageantrag zu I in Höhe von 1 564,13 DM, dem zu II in Höhe von 480 DM und den Anträgen zu III und IV in vollem Umfang stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht stellt in Übereinstimmung mit dem Landgericht fest, daß die Mutter des Beklagten nur zum Schein in den Vertrag vom 28. März 1956 einbezogen worden und der Beklagte der wirkliche Vertragspartner der Klägerin gewesen ist. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird von der Revision nicht angegriffen.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Vertragsverhältnis der Parteien, wie das Berufungsgericht annimmt, als ein partierisches Mietverhältnis oder, wie die Revision meint, als ein mit Mietvertragsbestandteilen durchsetztes Gesellschaftsverhältnis anzusehen ist. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Parteien das Vertragsverhältnis über den 1. Januar 1958 hinaus schlüssig fortgesetzt haben. Es gründet dies einmal darauf, daß die Klägerin, von den am 18. Dezember 1957 an sich genommenen Gegenständen abgesehen, nichts herausverlangt habe und die Sachen nur für den Betrieb eines Cafés mit Eisdiele benutzen und darum nur schwer ver-

werten könne, so daß es in ihrem Interesse liege, an der bisherigen Nutzungsart festzuhalten. Das Berufungsgericht stützt sich zum anderen darauf, daß der Beklagte die Gegenstände weiter benutzt habe, sie die Grundlage seines Geschäfts und seiner Existenz gebildet hätten und er bei seiner finanziellen Lage außerstande gewesen sei, sich Ersatz zu beschaffen. Schließlich verwertet das Berufungsgericht noch, daß der Beklagte der Klägerin seinen Umsatz für die Zeit vom 1. Januar bis 8. April 1958 nachgewiesen hat und die Parteien noch nach der Kündigung der Klägerin eine gemeinsame Reise unternommen und während der Dauer eines Vierteljahres noch miteinander geschlechtlich verkehrt haben.

Die Revision will allerdings die Annahme einer konkludenten Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht gelten lassen. Sie macht geltend, diese Feststellung sei unzulässig, da beide Parteien die Auflösung des Vertragsverhältnisses vorgetragen hätten und es dem Gericht versagt sei, eine Feststellung zu treffen, die dem von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Tatbestand widerspreche. So liegt es jedoch nicht. Das Berufungsgericht hat die Kündigung des Vertragsverhältnisses beachtet, aber auch das weitere Verhalten der Parteien gewürdigt und hieraus Schlüsse gezogen. Das ist prozessual einwandfrei und überdies sachgerecht.

Ist das Rechtsverhältnis aber fortgesetzt worden, so kommt der Einwand des Beklagten, nach der Auflösung einer Gesellschaft gehörten alle Gesellschafterforderungen in die Auseinandersetzungsrechnung, nicht zum Tragen.

3. Der Vertrag vom 28. März 1956 und die früheren Verträge der Parteien sind auch nicht nichtig.

a) Sie sind nicht im Hinblick auf die zunächst ehebrecherischen und die über die Scheidung der Ehen der Parteien fortgesetzten geschlechtlichen Beziehungen sittenwidrig. Das wäre, da die Parteien echte geschäftliche Beziehungen rein sachlich ordneten, auch dann nicht anders, wenn sie damit zugleich ihren intimen Verkehr tarnen oder erleichtern wollten.

b) Die Höhe der vereinbarten Beteiligungsquote rechtfertigt die Anwendung des § 138 BGB nicht. Diese Quote ist nicht bloß das Nutzungsentgelt für die Gebrauchsüberlassung von Gegenständen im Werte von rund 9 000 DM, sondern trägt der kapitalmäßigen Beteiligung der Klägerin an dem Betrieb des Beklagten Rechnung.

4. Das Landgericht hat der Klägerin nicht, wie von der Klägerin verlangt, 15 %, sondern nur 14,4 % des Umsatzes zum Zahlungsantrag zu II und zum Feststellungsantrag zuerkannt und entsprechend ihre Forderung für Dezember 1957 von 516 DM auf 480 DM herabgesetzt. Es hat dabei den Wert der am 18. Dezember 1957 herausgeholtten Sachen nach § 287 ZPO geschätzt und in Verhältnis zum Gesamtwert der dem Beklagten überlassenen Gegenstände gesetzt. Das Berufungsgericht hat das mit der Begründung übernommen, der Beklagte habe hiergegen keine Anstände erhoben. Das ist nach dem schriftsätzlichen Vortrag richtig und wird von der Revision nicht beanstandet. Sie meint jedoch, bei der gegebenen Sachlage hätte § 287 ZPO nicht angewendet werden dürfen, sondern der Wert der Gegenstände positiv ermittelt werden müssen. Damit kann sie jedoch nach § 295 ZPO nicht gehört werden, da der Beklagte in der auf das landgerichtliche Urteil folgenden mündlichen Verhandlung die Anwendung des § 287 ZPO nicht gerügt hat.

5. Die Zahlungsansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. § 196 Abs. 1 Nr. 6 BGB greift nicht ein.

6. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß das Berufungsgericht den Aufrechnungseinwand nicht beschieden hat. Ihr kann aber nicht darin gefolgt werden, daß darum § 551 Ziff. 7 ZPO gegeben sei. Das Berufungsgericht brauchte zu dem Aufrechnungseinwand nicht Stellung zu nehmen, da der Beklagte in der Berufungsinstanz auf diesen Einwand nicht zurückgekommen ist. Das Landgericht hat den Standpunkt vertreten, dem Beklagten stehe kein Gegenanspruch zu, da der Vertrag vom 28. März 1956 der Klägerin ein Wegnahmerecht gebe. Wenn sich der Beklagte hiermit nicht abfinden, sondern, wie nunmehr mit der Revision, geltend machen wollte, die Wegnahmehandlung vom 18. Dezember 1957 sei trotz der vom Landgericht für durchgreifend erachteten Vertragsklausel verbotene Eigenmacht und eine unerlaubte Handlung gewesen, so hätte er das in der Berufungsbegründung darlegen müssen. Das ist nicht geschehen.

7. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 9.3.60 behauptet, im Oktober 1957 habe er der Klägerin 1 000 oder 1 200 DM gezahlt. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe diese Behauptung übersehen. Für die Klageanträge hat die Behauptung jedoch keinerlei Bedeutung, das Berufungsgericht brauchte daher zu ihr nicht Stellung zu nehmen.

8. Die Berechtigung des Rechnungslegungsanspruchs ergibt sich aus der Fortdauer des Vertrages.

9. Die Revision meint, der Beklagte habe nicht verurteilt werden dürfen, Rechnung über Reingewinn u n d

Umsatz zu legen, da die Klägerin nach dem Vertrag vom 28. März 1956 nur Zahlung nach dem Reingewinn o d e r nach dem Umsatz und einen Prozentsatz vom Umsatz nur verlangen dürfe, wenn ihr nicht Rechnung über den Reingewinn gelegt sei. Wenn der Beklagte nicht Rechnung über den Reingewinn legt, kann die Klägerin wählen, ob sie ihren Anspruch nach dem Reingewinn oder dem Umsatz bemessen will. Das Berufungsgericht hat daher recht, wenn es der Klägerin einen Anspruch auf Rechnungslegung über Reingewinn und Umsatz zugbilligt hat. Hierzu durfte der Beklagte aber nur für die Zeit bis zum 31. Mai 1961 verurteilt werden. Er hatte jeweils am Monatsanfang über den Gewinn des gerade abgelaufenen Monats abzurechnen. Kam er dem nach, so hatte die Klägerin nicht das Recht, 15 % des Umsatzes zu verlangen. Das Berufungsgericht hätte daher die Verurteilung zur Rechnungslegung über Reingewinn und Umsatz auf die Zeit bis zum Ende des dem Urteil voraufgehenden Monats beschränken müssen. Das war nachzuholen.

10. Schließlich beanstandet die Revision noch, daß der Beklagte zur Rechnungslegung s e i t dem 8. April 1958 verurteilt worden ist, ohne daß dem eine Begrenzung beigefügt wurde. Auch dieser Angriff ist unbegründet. Werden ohne zeitliche Begrenzung Zinsen s e i t einem bestimmten Zeitpunkt zugesprochen, so hört die Verzinsungspflicht mit der Tilgung der Hauptforderung auf. Die Rechnungslegungspflicht eines Gesellschafters findet kein ebenso leicht nachweisbares Ende, sie besteht meist über die Auflösung der Gesellschaft hinaus und kann, nämlich wenn sich nachträglich noch Gesellschaftsvermögen herausstellt, noch über die angenommene Beendigung der Liquidation hinaus fortbestehen. Dieser Unterschied zur Verzinsungspflicht schließt jedoch eine zeitlich unbegrenzte Verurteilung zur

Rechnungslegung bei bestehender Gesellschaft nicht aus. Wenn die Rechnungslegungspflicht nach der Verurteilung zur Rechnungslegung endet und der Kläger aus dem Urteil noch für eine spätere Zeit Rechnungslegung verlangt, kann dem mit der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO begegnet werden.

Die Revision war daher mit der getroffenen Maßgabe zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2, § 97 ZPO.

Dr.Fischer Dr.Kuhn Liesecke Dr.Bukow Dr.Schulze