

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 232/63

URTEIL

Verkündet am
18. Oktober 1965
Heil,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Julius V [REDACTED], F [REDACTED]-R [REDACTED],
Im B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Alex V [REDACTED], K [REDACTED]/[REDACTED],
G [REDACTED]-P [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Nörr, Dr. Bukow, Fleck und Stimpel für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 2. Juli 1963 werden zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz fallen zu 4/5 dem Kläger und zu 1/5 dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Der Beklagte ist Inhaber und der Kläger, von Beruf Rechtsanwalt und Notar, seit 1925 stiller Teilhaber der Firma Gottfried W., die in Auswertung einer Erfindung des Vaters der Parteien chirurgisches Nähmaterial herstellt. Ein Bruder der Parteien, der an dem zu seinen Lebzeiten als offene Handelsgesellschaft betriebenen Unternehmen als persönlich haftender Gesellschafter ebenfalls beteiligt war, aber sich schon seit 1920 von der Geschäftsführung zurückgezogen hatte, ist im Verlauf dieses Rechtsstreits gestorben und vom Beklagten beerbt worden. Seit seinem Eintritt in die Firma als stiller

Gesellschafter überwachte der Kläger die Buchführung und stellte die halbjährlichen Bilanzen und die Steuererklärungen auf. Seine eigene Berufstätigkeit wie seine Arbeiten für die Gesellschaft erledigte er in deren Geschäftsräumen. Der Kläger begehrt mit seiner Klage u.a. den gerichtlichen Ausspruch, daß er berechtigt sei, die Firma Gottfried V. mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, hilfsweise die Feststellung, daß er im Innenverhältnis der Parteien gleichberechtigter geschäftsführender Gesellschafter dieser Firma sei.

Er hat vorgetragen, nur mit Rücksicht auf seine Stellung als Rechtsanwalt und Notar habe man seinerzeit die Rechtsform der stillen Gesellschaft gewählt. Im Innenverhältnis habe er jedoch die gleichen Rechte wie der Beklagte haben sollen. Er habe den Betrieb kaufmännisch geleitet. Wichtige Entscheidungen, wie insbesondere über die Einstellung von Angestellten, habe der Beklagte stets nur im Einvernehmen mit ihm getroffen. Erst in letzter Zeit habe sich der Beklagte zunehmend über seine Mitwirkungsbefugnisse hinweggesetzt.

Sein Übernahmebegehren stützt der Kläger vor allem auf folgende Tatsachen: Der Beklagte bezog für Rechnung der Firma außerhalb ihres eigentlichen Geschäftsbereichs zu Großhandelspreisen Lebensmittel, Waschmittel und ähnliche Waren, die er zum Einkaufspreis an die Gesellschafter, an die Betriebsangehörigen und im gewissen Umfang auch an andere Personen abgab. Aus diesen Geschäften haben sich für die Jahre 1952 bis 1957 bei einem Vergleich der Einkaufsrechnungen mit den als Einnahmen der Geschäftskasse verbuchten Erlösen Fehlbeträge ergeben, deren Summe (ohne Berücksichtigung nachgezahlter Steuern)



nach den Berechnungen der Parteien etwa zwischen 15.400 und 20.200 DM liegt. Für diesen Fehlbestand macht der Kläger den Beklagten verantwortlich. Weiter wirft er dem Beklagten vor, dieser habe Anfang 1958 gegen seinen Widerspruch - wie unstreitig ist - seinen Sohn Heinrich im Geschäft neu eingestellt und ihm später auch Verfügungsbefugnis über die Bankkonten eingeräumt, er habe Reisekosten seines Sohnes fälschlich oder mit einem zu hohen Betrag als Geschäftsunkosten verbuchen lassen, Kunden vernachlässigt, geschäftliche Maßnahmen nicht rechtzeitig oder zum Nachteil der Firma getroffen und seine, des Klägers, Rechte immer mehr beschnitten. Auch schädige er die Gesellschaft dadurch, daß er eine viel zu geringe Einlage unterhalte und diese nur kurz vor den Bilanzstichtagen auffülle, um seinen Gewinnanteil zu vergrößern.

Der Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, im Gegensatz zu ihm habe der Kläger neben seiner hauptsächlich ausgeübten Berufsarbeit in der Gesellschaft keine leitende, sondern nur eine beratende Tätigkeit entfaltet. Den Fehlbetrag aus dem Verkauf geschäftsfremder Waren habe er, der Beklagte, zwar durch Unvorsichtigkeit mit verursacht, doch treffe den Kläger ein erhebliches Eigenverschulden. Die sonstigen Vorwürfe des Klägers seien unbegründet.

Das Landgericht hat den Hauptantrag des Klägers abgewiesen und gemäß seinem Hilfsantrag festgestellt, daß er gleichberechtigter Geschäftsführer sei. Das Oberlandesgericht hat die Berufung beider Parteien zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung auch des Hilfsantrages, während der Kläger mit seiner Anschlußrevision sein in erster Linie geltend gemachtes Übernahmebegehren weiter verfolgt; hilfsweise bean-

trägt der Kläger festzustellen, daß er berechtigt sei, vom Beklagten die Überlassung des unter der Firma Gottfried V. betriebenen Handelsgeschäfts zu verlangen. Beide Parteien beantragen außerdem, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Revision:

Die Revision richtet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger sei im Innenverhältnis der Parteien gleichberechtigter geschäftsführender Gesellschafter der Firma Gottfried V. Diese Auffassung ist auf die folgenden, im wesentlichen unstreitigen Tatsachen gestützt:

Im Gesellschaftsvertrag vom 18. Juli 1925 ist die Geschäftsführung nicht ausdrücklich geregelt. Im übrigen aber räumte der Vertrag den Parteien weitgehend gleiche Rechte und Pflichten ein. So ist der Kläger ebensowenig wie die persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet, eine gleichbleibend hohe Einlage zu unterhalten, er kann aber ebenso wie sie durch Beschluß der übrigen zur Erhöhung seiner Einlage verpflichtet werden. Am Gewinn und Verlust nimmt der Kläger in gleicher Weise wie seine Brüder teil. Insbesondere ist er auch voranteilsberechtigt, und zwar seit dem 1. Januar 1952 höher als sein Bruder Gottfried, wenn auch andererseits nicht so hoch wie der Beklagte - was sich schon durch seine außergeschäftliche Berufstätigkeit rechtfertigt. Gerade eine solche Regelung wird, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, namentlich dann getroffen, wenn der stille Gesellschafter geschäfts-

führungsberechtigt ist (Weipert in HGB-RGRK 2. Aufl. § 337 Anm. 20 Abs. 6). Für die Kündigung und den Todesfall gilt nach dem Vertrag für alle Gesellschafter dasselbe.

Darüber hinaus hat der Kläger, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, in den vielen Jahren gemeinsamer Tätigkeit mit dem Beklagten tatsächlich Befugnisse eines (mit-)geschäftsführenden Gesellschafters ausgeübt. Die Buchführung, die Steuer- und Bilanzangelegenheiten und die damit zusammenhängende Post hat er selbständig und in eigener Entscheidungsbefugnis erledigt. Vom Beklagten oder dessen Sohn diktierte Briefe sind ihm vorgelegt, Angestellte nur im Einvernehmen mit ihm eingestellt worden, was sich u.a. darin äußerte, daß die vorübergehende Beschäftigung Heinrich V. im Jahre 1952 durch schriftliche Vereinbarung aller Gesellschafter geregelt wurde. Über die Konten der Firma konnten bis zum Beginn dieses Rechtsstreits beide Parteien, und nur sie, verfügen. Schließlich hat der Kläger bei allen Kreditgeschäften die Haftung mit übernommen. Das hätte er nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht getan, wenn er auf den Geschäftsgang keinen Einfluß gehabt hätte. In alledem sieht das Berufungsgericht eine Bestätigung für seine schon aus dem schriftlichen Gesellschaftsvertrag gewonnene Überzeugung, der Kläger habe vereinbarungsgemäß dem Beklagten in jeder Beziehung, also auch bei der Geschäftsführung, im Innenverhältnis gleichgestellt sein sollen und nur nach außen mit Rücksicht auf seinen Beruf als Rechtsanwalt und Notar die Stellung eines stillen Teilhabers eingenommen.

Diese im wesentlichen tatrichterliche Würdigung hält den Angriffen der Revision stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß es möglich ist, dem stillen Gesellschafter, abweichend vom Gesetz, das Recht zur Geschäftsführung in gleichem Maße wie dem Geschäftsinhaber einzuräumen, und daß dies auch durch schlüssiges Verhalten vereinbart werden kann (BGHZ 8, 157, 160; BGH LM BGB § 705 Nr. 11; Weipert aaO § 335 Anm. 34, 60). Eine solche, nur das Innenverhältnis der Teilhaber betreffende Gestaltung ist allerdings nicht die Regel. Der Revision ist daher zuzugeben, daß gerade ein Jurist wie der Kläger aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Geschäftsführung im allgemeinen nicht ohne weiteres den Schluß ziehen kann, er sei als stiller Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt. Das hat das Berufungsgericht aber mit seinem von der Revision beanstandeten Satz, "da" eine ausdrückliche Vereinbarung über die Geschäftsführung nicht getroffen worden sei, habe der Kläger davon ausgehen können, auch in dieser Beziehung nicht anders als der Beklagte behandelt zu werden, nach dem Zusammenhang seiner Ausführungen offenbar auch nicht sagen wollen. Gemeint ist vielmehr, der Kläger habe angesichts der Tatsache, daß er seinen Mitgesellschaftern im Innenverhältnis sonst völlig gleichgestanden habe, in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung unter den hier vorliegenden besonderen Umständen der Auffassung sein dürfen, diese Gleichstellung erstrecke sich auch auf die Geschäftsführung, ohne daß dies besonders hätte ausgesprochen werden müssen. Diese Würdigung ist nach dem Sachverhalt vertretbar und deshalb für das Revisionsgericht bindend. Sie schließt die Feststellung ein, Gottfried V. [REDACTED] habe die Umstände, aus denen sich eine schlüssig vereinbarte Geschäftsführungsbefugnis des Klägers ergibt, gekannt und gebilligt.

2. Das Berufungsgericht hat den mit Schriftsatz des Beklagten vom 22. Oktober 1960 angebotenen Zeugenbeweis nicht erhoben, weil es die unter Beweis gestellten Behauptungen teils als unerheblich, teils als unvereinbar mit dem eigenen Vortrag des Beklagten ansieht. Das rügt die Revision zu Unrecht.

a) Auf das Vorbringen des Beklagten, der Kläger habe keine einzige Verhandlung mit Vertretern, Kunden, Lieferanten oder Industrieverbänden geführt, kam es schon deshalb nicht an, weil das besondere Kennzeichen der stillen Gesellschaft gerade darin besteht, daß der Teilhaber nach außen nicht namens der Gesellschaft in Erscheinung tritt. Das gilt auch für die "atypische stille Gesellschaft mit Geschäftsführungsbeteiligung des Stillen" (Aulinger, Die atypische stille Gesellschaft, 17 ff, 27 ff).

b) Ebenso unerheblich war die Behauptung, der Kläger habe keine Dispositionen für den Ein- und Verkauf getroffen. Gleiche Geschäftsführungsbefugnis und Arbeits-
teilung schließen einander nicht aus (Schlegelberger/
Geßler, HGB 4. Aufl. § 114 Rn. 5). Geschäftsführung ist jede auf den Gesellschaftszweck gerichtete Tätigkeit. Die eigenverantwortliche Erledigung solcher Aufgaben, wie sie dem Kläger hier anvertraut waren, also vor allem die Führung der Bücher und die Aufstellung der Bilanzen, gehört nicht minder zur Geschäftsführung als die Arten kaufmännischer Tätigkeit, die der Beklagte nach seinem Vortrag selbst verrichtet hat (Weipert aaO § 114 Anm. 2).

c) Es liegt im Wesen gleichberechtigter (Einzel-) Geschäftsführung, daß jeder der Geschäftsführer selbstän-

dig für die Gesellschaft handeln kann, solange der andere nicht widerspricht (§ 115 HGB). Nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts kam es daher für die Frage, ob eine solche Gestaltung der Geschäftsführung hier als vereinbart anzusehen ist, weder darauf an, inwieweit der Beklagte wichtige unternehmerische Entschlüsse selbst gefaßt und verwirklicht hat, noch war entscheidend, in welchem Umfang der Kläger seinerseits von seinem Geschäftsführungs- und Widerspruchsrecht tatsächlich Gebrauch gemacht hat. Soweit der Beklagte darüber hinaus behauptet hatte, er habe alle kaufmännisch-unternehmerischen Entschlüsse allein gefaßt und durchgeführt und dem Kläger sogar bei seinen Arbeiten Weisungen erteilt, war dieser Vortrag, wie das Berufungsgericht im einzelnen rechtlich fehlerfrei dargelegt hat, unbeachtlich. Denn er war nicht genügend substantiiert und widersprach überdies der vom Beklagten selbst zugestandenen Tatsache, daß der Kläger in seinem eigenen Arbeitsbereich wichtige Entscheidungen, wie z.B. über eine Selbstanzeige beim Finanzamt oder über Steuervorauszahlungen, selbständig getroffen und bei anderen Entscheidungen, vor allem über die Einstellung von Angestellten, mit dem Beklagten zusammengewirkt hat.

3. Verfehlt ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte, bevor es aus dem eigenen Vortrag des Beklagten zu seinen Lasten Schlüsse zog, das Fragerecht nach § 139 ZPO ausüben müssen. Der Kläger hatte sich im Verlauf des Rechtsstreits wiederholt auf die tatsächliche Gestaltung seiner Mitarbeit in der Firma berufen, um darzutun, er sei in seiner Eigenschaft als gleichberechtigter Geschäftsführer vom Beklagten früher auch anerkannt worden. Die von ihm hierzu angeführten Umstände waren zum Teil sogar Gegenstand des Beweisbeschlusses vom 5. Mai 1959

und des landgerichtlichen Urteils. Das Berufungsgericht konnte es daher dem anwaltlich vertretenen Beklagten überlassen, die aus jenen Umständen vom Kläger gezogenen Schlüsse zu entkräften. Tatsächlich hat dies der Beklagte in zum Teil eingehenden Stellungnahmen auch versucht, so insbesondere in seiner Berufungserwiderung vom 22. Oktober 1960. Wenn das Berufungsgericht dem nicht gefolgt ist, so hat es sich im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens gehalten.

4. Im übrigen erschöpfen sich die Angriffe der Revision in einer von den Feststellungen des Berufungsgerichts abweichenden Würdigung des Sachverhalts. Es mag sein, daß man den einen oder anderen Umstand auch anders würdigen könnte, als das Berufungsgericht es getan hat. Diese bloße Möglichkeit kann aber eine zulässige Revisionsrüge nach § 286 ZPO nicht begründen. Das Berufungsgericht hat alle für oder gegen eine Geschäftsführungsbefugnis des Klägers sprechenden wesentlichen Umstände sorgfältig geprüft. Insbesondere hat es sich mit der Behauptung des Beklagten, er habe nur aus Friedfertigkeit seinen Bruder bei Eingriffen in die Geschäftsführung nicht in seine Schranken verwiesen, ebenso auseinandergesetzt wie mit seinem von der Revision aufgegriffenen Vorbringen, der Kläger hätte als Notar nicht ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde die Geschäftsführung übernehmen dürfen. Wenn es daraus nicht die vom Beklagten gewünschten Schlüsse gezogen hat, so liegt hierin wiederum kein revisionsrechtlich zu beachtender Angriffspunkt.

II. Zur Anschlußrevision:

Die Anschlußrevision des Klägers ist ebenfalls unbegründet. Hierbei kommt es auf die von der Revision be-

kämpfte Auffassung des Berufungsgerichts, ein Übernahmerecht des Klägers lasse sich rechtlich weder aus dem Gesetz noch aus dem Gesellschaftsvertrag herleiten, nicht an. Denn nach den rechtlich fehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts ist jedenfalls die sachliche Voraussetzung für ein etwaiges Übernahmerecht des Klägers, nämlich ein in der Person des Beklagten liegender und seinen Ausschluß rechtfertigender wichtiger Grund im Sinne der §§ 142, 140, 133 HGB, 737, 723 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht gegeben. Hieran scheitert auch der in der Revisionsinstanz gestellte Hilfsantrag des Klägers.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte den Fehlbestand aus dem Handel mit betriebsfremden Waren zwar verschuldet, jedoch kann ihm weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden. Diese Feststellungen liegen auf tatsächlichem Gebiet und sind daher den Angriffen der Revision entzogen. Da das Berufungsgericht zugunsten des Klägers die alleinige Verantwortung des Beklagten für die Fehlbeträge unterstellt hat, brauchte es auch nicht die vom Beklagten hierzu angetretenen Beweise zu erheben. Im übrigen verkennt die Revision, daß auch grob fahrlässige Pflichtverletzungen eines Gesellschafters nur dann seine Ausschließung rechtfertigen können, wenn sie nach Lage der Sache so schwer wiegen, daß eine andere Lösung als das Ausscheiden dieses Gesellschafters dem oder den Mitgesellschaftern unter keinen Umständen zugemutet werden kann (Weipert aaO § 133 Anm. 5, 7, 8). Unter diesem Gesichtspunkt würde aber die Erwägung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe eine wesentliche Gesellschafterpflicht nicht verletzt, weil seine zugegebene Nachlässigkeit einen verhältnismäßig unbedeutenden Geschäftsbereich betroffen habe und eine Wiederholung nicht mehr zu befürch-

ten sei, selbst dann durchgreifen, wenn dem Beklagten grobes Verschulden zur Last fiele.

2. Zu dem Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe sich durch kurzfristige Einlagen zu den Bilanzstichtagen auf Kosten seiner Mitgesellschafter ungerechtfertigt hohe Gewinnanteile verschafft, meint das Berufungsgericht, eine Schädigung der Firma sei insoweit nicht dargetan. Der Revision ist zuzugeben, daß ein Ausschließungs- und Übernahmegrund nicht nur dann vorliegen kann, wenn ein Gesellschafter das gemeinschaftliche Unternehmen wirtschaftlich schädigt oder erheblich gefährdet, sondern auch, wenn er das gesellschaftliche Vertrauensverhältnis in sonstiger Weise nachhaltig zerstört (BGHZ 4, 108, 112 f; BGH LM HGB § 140 Nr. 2). Doch konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß auch ein solcher Sachverhalt nicht gegeben sei. Denn aus dem Vortrag des Klägers ergab sich nicht, daß der Beklagte sein Verhalten, nachdem der Kläger es in seinem Schriftsatz vom 9. Februar 1960 ernstlich beanstandet hatte, fortgesetzt habe.

3. Zu den sonstigen Vorwürfen, die der Kläger gegen den Beklagten erhoben hat, führt das Berufungsgericht im einzelnen rechtlich fehlerfrei aus, insoweit habe der Beklagte ebenfalls nicht gegen wesentliche Pflichten verstoßen, da es sich hierbei um verhältnismäßig unbedeutende oder einmalige Vorfälle handle, aus denen der Firma ernstliche Schäden nicht entstanden seien. Hierbei hält es dem Beklagten mit Recht auch zugute, daß mit Rücksicht auf das Fehlen schriftlicher Abmachungen das vom Kläger beanspruchte Geschäftsführungsrecht nicht so offensichtlich feststand, daß dem Beklagten eine grobfahrlässige oder gar vorsätzliche Verletzung dieses Rechts vorgewor-

fen werden könnte. Nachdem dieser Punkt nunmehr endgültig zugunsten des Klägers geklärt ist, erscheint auch insoweit die Gefahr weiterer Übergriffe des Beklagten gering. Das Berufungsgericht konnte daher insbesondere das Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe ihm zeitweise die Verfügungsbefugnis über die Firmenkonten entzogen und die Post vorenthalten, als richtig unterstellen. Damit erledigt sich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den entsprechenden Beweisantrag des Klägers übergangen.

4. Das Berufungsgericht hat nicht ausdrücklich betont, daß es die vom Kläger vorgebrachten Übernahme-gründe nicht nur einzeln, sondern auch im Zusammenhang gewürdigt habe. Doch war es offensichtlich der Auffassung, diese Gründe reichten auch zusammengekommen nicht aus, um das Übernahmeverlangen des Klägers zu rechtfertigen. Diese Auffassung entspricht den Rechtsgrundsätzen, die für den Ausschluß von Gesellschaftern allgemein gelten. Danach ist die Ausschließung das äußerste Mittel, das nur dann angewandt werden darf, wenn auf andere Weise eine befriedigende Regelung nicht zu erreichen ist (BGHZ 4, 108; 18, 350, 362; BGH LM HGB § 133 Nr. 4). Im vorliegenden Fall sind an eine so einschneidende Maßnahme angesichts der jahrzehntelangen, im wesentlichen erfolgreichen Zusammenarbeit der Parteien und der Tatsache, daß der Beklagte im Gegensatz zum Kläger seine gesamte Zeit, Arbeitskraft und Fachkenntnis dem gemeinschaftlichen Unternehmen gewidmet hat, besonders strenge Anforderungen zu stellen. Diesen Anforderungen genügen die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen auch in ihrer Gesamtheit nicht.

III. Revision und Anschlußrevision waren somit zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Fischer

Dr. Nörr

Dr. Bukow

Fleck

Stempel