

33

BUNDESGERICHTSHOF

2059 085

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 251/63

Verkündet am

31. Mai 1965,
Schorm,
Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Carl Heinz M [REDACTED], H [REDACTED],
D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Maximilian H [REDACTED],
W [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 1965
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer
und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Bukow
und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 27. September 1963 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück-
verwiesen, das auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens zu befinden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer eines bebauten Grund-
stücks. Im Jahre 1957 beschlossen die Parteien, darauf
gemeinsam ein Lichtspieltheater zu betreiben, wobei
der Kläger es übernahm, einen Teil seines Hauses für
diesen Zweck umzubauen. Im August 1958 wurde das Licht-

spieltheater eröffnet.

Am 12. September 1959 kündigte der Kläger das Gesellschaftsverhältnis fristlos aus wichtigem Grund. Dem lag unter anderem folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Frühjahr 1958 benötigte der Kläger Geld für die Umbauarbeiten. Am 10. April 1958 erteilte er dem Beklagten die Vollmacht, auf seinem Grundstück eine Hypothek oder Grundschuld von 60.000 DM eintragen zu lassen, rückzahlbar nicht vor Ablauf von 10 Jahren und verzinslich mit höchstens 8 %. Auf Grund dieser Vollmacht unterzeichnete der Beklagte am 21. April und 13. Juni 1958 je eine Schuldkunde. Er vereinbarte darin jedoch Bedingungen, die von der Vollmacht abwichen. Die Laufzeit beider Darlehen betrug nur ein Jahr und der Zinssatz für das zweite Darlehen 10 %. Außerdem erklärte sich der Beklagte damit einverstanden, daß im ersten Fall die gesamten Jahreszinsen, 8,5 % Damnum und 4 % Vermittlerprovision und im zweiten Fall die Zinsen für das erste Vierteljahr, 5 % Disagio und 4 % Vermittlerprovision abgezogen wurden. Demgemäß erhielt der Kläger aus dem ersten Darlehen statt 30.000 nur 23.850 DM und aus dem zweiten statt 15.000 13.275 DM. Der Kläger meint, der Beklagte habe damit seine Vollmacht mißbraucht. Er erblickt einen weiteren Mißbrauch darin, daß der Beklagte ihn in beiden Schuldkunden der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Ende 1958 wollte der Kläger bei der Landesbank in



K. ein Darlehen von 100.000 DM aufnehmen, um daraus unter anderem die Zwischenkredite zurückzuzahlen. Die Landesbank machte die Darlehensgewährung davon abhängig, daß der Beklagte der ihr zu bestellenden Hypothek den Vorrang vor einem Vorkaufsrecht einräumte, das der Kläger ihm "zur Sicherung des gesunden Fortbestandes der Gesellschaft" bestellt hatte. Der Beklagte lehnte das mit Schreiben vom 10. Dezember 1958 ab. Auch darin erblickt der Kläger eine Pflichtverletzung des Beklagten, obwohl der Beklagte etwa Mitte Januar 1959 dem Wunsche des Klägers nachgekommen ist und daraufhin die Hypothek am 19. Januar 1959 eingetragen werden konnte.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz zuletzt beantragt festzustellen, daß das Gesellschaftsverhältnis durch seine Kündigung aufgelöst sei.

Das Berufungsgericht hat diesem Antrage entsprochen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision meint, zwischen den Parteien habe eine offene Handelsgesellschaft bestanden, die nicht

durch Kündigung, sondern nur gemäß § 133 HGB durch rechtsgestaltendes Urteil habe aufgelöst werden können.

Das ist nicht richtig.

Die Führung eines Lichtspieltheaters stellt sich nicht als Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne von § 1 Abs. 2 HGB dar. Deshalb konnte die Gesellschaft der Parteien nur durch Eintragung in das Handelsregister offene Handelsgesellschaft werden. Das gilt entgegen der Ansicht der Revision auch dann, wenn die Parteien bei dem Betrieb anderer Geschäfte Kaufleute sein sollten.

Die Parteien haben aber nicht vorgetragen, ihre Gesellschaft sei in das Handelsregister eingetragen worden. Auch die Revision behauptet das nicht. Damit scheitert zugleich die insoweit von der Revision erhobene Rüge einer Verletzung von § 139 ZPO.

II. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe durch seine Eigenmächtigkeiten bei der Geldbeschaffung und durch seine vorübergehende Weigerung, zugunsten der Landesbank in K. mit seinem Vorkaufsrecht zurückzutreten, das Vertrauen des Klägers so tiefgreifend erschüttert, daß dem Kläger schon deshalb nicht mehr zugemutet werden könne, länger an dem Gesellschaftsverhältnis festzuhalten.

23

1. Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, daß der Beklagte durch sein Vorgehen das Vertrauen des Klägers auf eine harte Probe gestellt hat. Trotzdem hat dieses Verhalten für sich allein betrachtet den Kläger im September 1959 nicht mehr berechtigt, das auf bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaftsverhältnis zu kündigen.

a) Auch wenn der Kläger im Frühjahr 1958 auf das ihm vom Beklagten beschaffte Geld dringend angewiesen gewesen wäre, würde ihn das nicht gehindert haben, das Gesellschaftsverhältnis sogleich fristlos zu kündigen. Für die Entscheidung darüber, ob er kündigen wollte, hatte er zwar eine gewisse Bedenkzeit (vgl. BGH WM 1959, 1433 Ziff. II). Diese konnte unter den obwaltenden Umständen - der Beklagte stand im Begriff, erhebliche Geldmittel in die Einrichtung des Lichtspieltheaters zu investieren - jedoch nur kurz bemessen werden. Der Kläger hat sie ungenutzt verstreichen lassen, so daß der Beklagte im Vertrauen auf den Fortbestand des Gesellschaftsverhältnisses seine Einlage erbracht und ab August 1958 die Geschäfte der Gesellschaft geführt hat. Damit hat der Kläger zum Ausdruck gebracht, am Gesellschaftsverhältnis festhalten zu wollen. Dazu würde er sich in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise in Widerspruch setzen, wenn er nunmehr allein die Vollmachtsüberschreitung durch den Beklagten zum Anlaß einer Kündigung nähme.

Zu Unrecht verweist die Revisionserwiderung demgegenüber auf die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe ihn mit der Erklärung hingehalten, die Darlehns-

bedingungen würden geändert werden. Wäre diese Behauptung richtig, dann hätte der Kläger die Kündigung nur hinausschieben können, bis feststand, daß günstigere Darlehnsbedingungen nicht zu erreichen waren. Er hat aber auch in diesem Zeitpunkt nicht gekündigt, sondern - vgl. u. b) - sogar die Hilfe des Beklagten in Anspruch genommen, um die Zwischenkredite zurückzahlen zu können.

Später ist zwar der Kläger, der am 22. Januar 1959 nur die im Wege des Zwischenkredits tatsächlich erhaltenen Gelder an die Darlehns gläubiger zurückgezahlt hat, von diesen auf Zahlung der Restbeträge verklagt worden. Auch das mag dazu beigetragen haben, daß sich der Kläger schließlich entschlossen hat, das Gesellschaftsverhältnis zu kündigen. Diesen Umstand mußte der Kläger jedoch hinnehmen, ohne daraus einen Kündigungsgrund herleiten zu können. Er hatte von vornherein damit zu rechnen, daß sich die Darlehns gläubiger den Abzug nicht gefallen lassen würden. Entschloß er sich trotzdem, das Gesellschaftsverhältnis mit dem Beklagten fortzusetzen, so mußte er sich mit der Klagerhebung durch die Darlehns gläubiger abfinden.

b) Ebenso verstößt der Kläger dadurch gegen Treu und Glauben, daß er ein Kündigungsrecht aus der vorübergehenden Weigerung des Beklagten herleitet, einer der Landesbank in K. zu bestellenden Hypothek den Vorrang vor seinem Vorkaufsrecht einzuräumen. Zwar hatte der

Beklagte den Kläger in eine sehr schwierige finanzielle Situation gebracht, die der Kläger nur meistern konnte, wenn es ihm gelang, bei der Landesbank einen Kredit zu günstigen Bedingungen aufzunehmen. Bei dieser Sachlage bestand für den Beklagten aller Anlaß, dem Kläger durch den Rangrücktritt zu helfen. Der Beklagte hat jedoch seine Weigerung, das zu tun, alsbald aufgegeben, und der Kläger hat daraufhin das Gesellschaftsverhältnis fortgesetzt. Er hat damit zu erkennen gegeben, auch aus der vorübergehenden Weigerung des Beklagten, mit dem Vorkaufsrecht im Rang zurückzutreten, kein Kündigungsrecht herleiten zu wollen. Daran ist er ebenfalls gebunden.

2. Der Kläger hat aber weitere Kündigungsgründe behauptet, zu denen das Berufungsgericht noch nicht abschließend Stellung genommen hat. Deshalb muß die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben wird.

III. Sollte das Berufungsgericht neue Umstände feststellen, die das Vertrauen des Klägers zum Beklagten zerstört haben könnten, so kann es bei der dann erforderlichen umfassenden Würdigung auch auf das oben erörterte Verhalten des Beklagten ankommen. Eine Berücksichtigung dieses Verhaltens ist um so mehr geboten, wenn die weiteren Feststellungen ergeben sollten, daß der Beklagte in treuwidriger Weise seine persönlichen Interessen zu verfolgen gesucht und etwaige finanzielle Schwierigkeiten des Klägers für sich rücksichtslos

auszunutzen getrachtet hat. Denn ein solches Verhalten des Beklagten müßte nach den vorausgegangenen beiden Vorfällen in besonderer Weise das Vertrauensverhältnis zwischen den beiden Gesellschaftern endgültig zerstört haben. In einem solchen Fall wäre es für den Kläger nicht mehr zumutbar, das Gesellschaftsverhältnis mit dem Beklagten fortzusetzen.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Dr. Bukow

Dr. Schulze