

2509 081

Verkündet
am 10. Juli 1958

Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Menachem W [REDACTED] in D [REDACTED],
T [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionskläger:

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Gerda H [REDACTED] geb. We [REDACTED] in F [REDACTED] / M [REDACTED],
R [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Liesecke und Dr. Reinicke

für Recht erkennt:

Die Revision gegen das am 21. Juni 1956 verkün-
dete Urteil des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main
- Zivilsenat in Darmstadt - wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 19. Juni 1946 unterschrieben der Beklagte, Dr. K. [REDACTED] und die Klägerin einen Vertrag, inhalts dessen sich Dr. K. [REDACTED] und die Klägerin am Einzelhandelsunternehmen des Beklagten als stille Gesellschafter mit einer Bareinlage von insgesamt 30 000 RM beteiligten und an Gewinn und Verlust zu 20 % teilnahmen. Die Klägerin und Dr. K. [REDACTED] haben je 15 000 RM eingezahlt. Der Beklagte ist in zwei an die Klägerin und Dr. K. [REDACTED] gerichteten Briefen vom 8. Juni 1948 vom Vertrage zurückgetreten, weil Dr. K. [REDACTED] die nach Behauptung des Beklagten übernommene Verpflichtung, an 4 Tagen der Woche im Geschäft tätig zu sein, nicht erfüllt habe. Er hat der Klägerin und Dr. K. [REDACTED] je 17 500 RM zur Rückzahlung der Einlagen und zur Deckung eines geschätzten Gewinnanteils angeboten. Beide lehnten die Annahme des Betrages ab. Der Beklagte hinterlegte daraufhin je 17 500 RM unter Verzicht auf die Rücknahme. Die Klägerin ist der Auffassung, sowohl der Rücktritt wie die Hinterlegung gingen sie nichts an, da sie getrennt und unabhängig von Dr. K. [REDACTED] stille Gesellschafterin des Beklagten geworden sei. Sie ist weiter der Meinung, das Gesellschaftsverhältnis sei erst dadurch aufgelöst worden, daß der Beklagte am 15. Juni 1950 sein Einzelhandelsunternehmen mit Aktiven und Passiven auf eine von ihm und seiner Ehefrau errichtete GmbH übertragen habe. Sie verlangt für die Jahre 1948, 1949 und für 1950, insoweit bloß bis zum 15.6., Rechnungslegung durch Vorlegung der Bilanzen sowie der Gewinn- und Verlustrechnungen und die Aufstellung einer dem Vertrag vom 19. Juni 1946 entsprechenden Auseinandersetzungsbilanz, sowie Zahlung des sich danach für sie ergebenden Betrages. Sie hat sich im Herbst 1949 die Hinterlegungssumme, die umgestellt auf Deutsche Mark 1 138,65 DM beträgt, auszahlen lassen und bringt diesen Betrag von ihrem Zahlungsanspruch in Abzug.

Der Beklagte behauptet, die Klägerin sei nur formal

als Vertragsbeteiligte aufgetreten, damit die ganze Einlage steuerlich nicht als Einlage von Dr. K. [REDACTED] erscheine; jedenfalls habe sie sich an seinem Unternehmen nicht neben Dr. K. [REDACTED] und getrennt von diesem beteiligt, vielmehr habe sie mit Dr. K. [REDACTED] eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft gebildet und sei nur in dieser Zusammenfassung und durch eine Gesamteinlage stille Gesellschafterin geworden. Daher habe er den Vertrag vom 19. Juni 1946 auch der Klägerin gegenüber aus einem allein von Dr. K. [REDACTED] gesetzten wichtigen Grunde fristlos kündigen dürfen. Jedenfalls habe die stille Gesellschaft mit dem 20. November 1948 ihr Ende gefunden, weil die Klägerin mit Brief ihres Mannes vom 19.11.1948 seinen mit Brief vom 8.6.1948 ausgesprochenen Rücktritt vom Vertrage angenommen habe. Mit dem Umstellungswert des hinterlegten Betrages habe sie, da das Unternehmen im Jahre 1948 mit Verlust gearbeitet habe, mehr erhalten, als ihr zugestanden habe; dadurch, daß sie sich die Hinterlegungssumme habe vorbehaltlos auszahlen lassen, habe sie den Betrag als Erfüllung angenommen. Schließlich habe sie ihre Ansprüche auch verwirkt, da sie die mit Schriftsatz vom 25. Mai 1949 vor dem vorgesehenen Schiedsgericht erhobene Klage wieder zurückgenommen und die vorliegende Klage erst Mitte Juni 1953 erhoben habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da der geltend gemachte Anspruch ursprünglich zwar begründet gewesen, inzwischen aber verwirkt sei.

Auf die Berufung der Klägerin wurde der Beklagte zur Rechnungslegung und zur Vorlegung einer Auseinandersetzungsbilanz verurteilt, während die Sache zur Entscheidung über den sich danach ergebenden Zahlungsanspruch an das Landgericht zurückverwiesen wurde.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision gebeten hat.



Entscheidungsgründe:

1. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft stiller Gesellschafter sein kann (bejahend RG LZ 1930, 1451 Nr.6; Weipert, HGB RGRK § 335 Anm. 35, 72). Denn das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin und Dr. K. je eine stille Gesellschaft mit dem Beklagten gebildet haben. Die Revision greift diese Feststellung allerdings an. Sie kann damit aber keinen Erfolg haben.

Gewiß hat Dr. K. ausgesagt, im Spätsommer 1945 habe er mit der Klägerin eine Finanzierungsgesellschaft gegründet und sich verpflichtet, Finanzierungsgeschäfte nur mit ihr zu machen oder ihr wenigstens eine Mitbeteiligung anzubieten. Das hat aber das Berufungsgericht nicht über-
gangen. Es erwägt, daß die von Dr. K. und der Klägerin gegründete Ta. - und Kl. - Finanzierungs-GmbH nicht zu dem Vertrag vom 19. Juni 1946 benutzt worden sei. Es legt diesen Vertrag dahin aus, daß auch keine aus der Klägerin und Dr. K. bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts stiller Teilhaber des Beklagten habe werden sollen. Der Revision ist zuzugeben, daß die Begründung des Berufungsurteils nicht zwingend ist und daß auch eine andere tatsächliche Beurteilung möglich gewesen wäre, weil der Vertrag vom 19. Juni 1946 von Dr. K., der Jurist ist, gefertigt und es durchaus ungewöhnlich ist, die Beteiligung mehrerer Personen als stille Gesellschafter in einem Vertrag zusammenzufassen, die Beteiligungen sowie die Anteile an Gewinn und Verlust zusammenzuziehen und nur von einer stillen Gesellschaft statt von so vielen Gesellschaften, wie stille Teilhaber auftreten, zu sprechen. Aber das Berufungsgericht hat das alles gewürdigt, und es stellt keinen Revisionsgrund dar, daß der Vertrag und die Beweisaufnahme auch anders als vom Berufungsurteil hätten gewürdigt werden können.

2. Das Berufungsgericht erwägt, ob es Inhalt des Vertrages vom 19. Juni 1946 geworden sei, die beiden stillen Gesellschaften wegen ihrer Aufnahme in eine Urkunde und wegen der Zusammenrechnung von Einlagen und Gewinn- und Verlustbeteiligungen als eine Einheit zu behandeln, und kommt auf Grund tatsächlicher Überlegungen zur Verneinung dieser Frage. Auch das möchte die Revision anders beurteilt wissen. Es mag sein, daß der Beklagte den ersten von Dr. K. gefertigten Vertragsentwurf deshalb nicht gebilligt hat, weil darin zwei selbständige stille Gesellschaften und keine Gesamtbeteiligung vorgesehen war. Dann spräche das sehr stark dafür, daß, wenn der unterschriebene Vertrag die Beteiligung von Dr. K. und die der Klägerin zusammenfaßte, aber gleichwohl zwei stille Gesellschaften vorsah, wenigstens vereinbart wurde, beide Beteiligungen als eine Gesamtbeteiligung zu behandeln. Aber das ist nicht zwingend. Das Berufungsgericht hat die Sachdarstellung des Beklagten insoweit für in sich widerspruchsvoll und für nicht überzeugend bezeichnet, und das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Das Berufungsgericht läßt offen, welchen Sinn die Zusammenrechnung der Einlagen und der Gewinn- und Verlustquoten gehabt habe, meint aber, am nächsten liege die Annahme, daß dafür steuerliche Gründe maßgebend gewesen seien. Auch wenn eine solche Annahme, wie die Revision meint, unberechtigt wäre, kann das Rechtsmittel keinen Erfolg haben da auf ihr das Berufungsurteil nicht beruht.

Es ist daher von der Feststellung des Berufungsgerichts auszugehen, daß die beiden vereinbarten stillen Gesellschaften "nur die einheitlichen, in einer Vertragsurkunde niedergelegten Bedingungen gemeinsam hatten".

3. Das Berufungsgericht prüft weiter, ob nicht eine etwaige Pflichtverletzung eines der beiden stillen Gesellschafter einen Grund zur fristlosen Kündigung beider stillen Gesellschaften darstellen sollte, und verneint das auf Grund tatsächlicher Erwägungen rechtlich einwandfrei. Es braucht darum nicht erst entschieden zu werden, ob vereinbart werden kann, daß eine stille Gesellschaft aus einem Grunde fristlos gekündigt werden kann, den ein anderer stiller Gesellschafter desselben Geschäftsinhabers setzt.

4. Im Berufungsurteil ist offengeblieben, ob Dr. K. dem Beklagten einen Grund zur fristlosen Kündigung der von beiden eingegangenen stillen Gesellschaft gegeben hat. Die Revision geht darum ins Leere, soweit sie zu begründen versucht, daß Dr. K. verpflichtet gewesen sei, an 4 Tagen der Woche im Geschäft des Beklagten tätig zu sein, und daß er diese Verpflichtung nicht erfüllt habe.

5. Mit Recht hat das Berufungsgericht das Schreiben des Ehemanns der Klägerin vom 19. November 1948 nicht als Annahme der Rücktrittserklärung des Beklagten vom 8. Juni 1948 gewertet. Dieses Schreiben ist zwar in der Schiedsgerichtsklage als eine Kündigung des Vertrages vom 19. Juni 1946 angesehen worden; das entsprach aber, wie beide Vorinstanzen festgestellt haben und der Beklagte nicht mehr bestritten hat, nicht dem Willen seines Verfassers. Es macht zur Bedingung, daß der Beklagte das Auseinandersetzungsguthaben im Verhältnis von 1 : 1 in Deutscher Mark auszahle. Dem ist der Beklagte nicht nachgekommen. Eine Vereinbarung über die Aufhebung der stillen Gesellschaft ist daher durch das Schreiben vom 19. November 1948 nicht zustande gekommen.

6. Das Berufungsgericht hat die Tatsache, daß sich die Klägerin die Hinterlegungssumme auszahlen ließ, ohne sich ausdrücklich einen Vorbehalt zu machen, nicht als

Einverständnis mit einer vorzeitigen Beendigung der stillen Gesellschaft gewertet, weil sich der gegenteilige Wille der Klägerin aus ihrem Standpunkt in der damals anhängigen Schiedsgerichtsklage eindeutig ergeben habe. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

7. Das Berufungsgericht teilt den Standpunkt der Klägerin, daß die stille Gesellschaft der Streitteile gemäß § 726 BGB dadurch ihr Ende gefunden habe, daß der Beklagte sein Einzelhandelsgeschäft mit Aktiven und Passiven in eine von ihm und seiner Frau gegründete GmbH eingebracht hat. Zum Nachteil des Beklagten liegt hierin kein Rechtsfehler.

8. Die Revision macht dem Berufungsurteil den Vorwurf, daß es gegenüber dem Klageanspruch weder die Einrede des venire contra factum proprium noch den Gesichtspunkt der Verwirkung habe durchgreifen lassen.

Schon ihr Ausgangspunkt, die Klägerin und Dr. K. hätten sich die Hinterlegungssumme ohne j-e-d-e-n Vorbehalt auszahlen lassen, ist unrichtig. Denn das Berufungsgericht hat die damals anhängige Schiedsgerichtsklage als einen schlüssig erklärten und ausreichenden Vorbehalt beurteilt.

Unrichtig ist auch, daß die Hinterlegungssumme den Gesellschaftsanteil der Klägerin dargestellt habe. Denn war der Beklagte zur Reichsmarkzeit nicht berechtigt, die Einlage der Klägerin zurückzuzahlen, so bildete der auf die Hinterlegungssumme entfallende Umstellungsbetrag im Augenblick seiner Auszahlung an die Klägerin nur einen kleinen Bruchteil dessen, was der Klägerin zustand.

Unerheblich ist, daß die Klägerin ihre Einlage in entwerteter Reichsmark bewirkt hat. Das Umstellungsgesetz unter-

scheidet nicht zwischen einer derartigen Einlage und einer in vollwertigem Geld erbrachten Einlage. Der Beklagte konnte deshalb nicht ohne weiteres damit rechnen, die Klägerin werde sich mit dem bei der Hinterlegungsstelle erhobenen Umstellungsbetrag begnügen. Außerdem will er erst durch die vorliegende Klage von der Abhebung der Hinterlegungssumme erfahren haben.

Die Revision sucht aus der Rücknahme der Schiedsgerichtsklage abzuleiten, daß die Klägerin den geltend gemachten Anspruch selbst nicht für berechtigt angesehen habe. Hierfür spricht jedoch nichts. Nach dem unstreitigen Teil des Tatbestandes des Berufungsurteils hat die Klägerin die Schiedsgerichtsklage zurückgenommen, nachdem der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts erhoben hatte, und zur Begründung ihrer Maßnahme angegeben, der vom Beklagten benannte Schiedsrichter müsse als befangen angesehen werden. Gewiß wäre die Besorgnis der Befangenheit eines Schiedsrichters auf dem durch § 1032 ZPO gewiesenen Wege geltend zu machen gewesen. Aber dadurch, daß dies nicht geschehen ist, ist der materielle Anspruch der Klägerin nicht unbegründet geworden. Die Rücknahme einer Schiedsgerichtsklage bedarf zu ihrer Wirksamkeit entweder stets der Einwilligung des Schiedsbeklagten (so Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO § 1034 IV 6; Baumbach/Lauterbach, ZPO § 1034 Anm.5) oder dann, wenn der Schiedsbeklagte noch bei Rücknahme der Klage ein rechtliches Interesse an der materiellen Entscheidung des Rechtsstreits behält (so Kisch, Beiträge zum Schiedsverfahren, 13. Heft der Beiträge zum Zivilprozeß, S. 1 ff), und das ist dann der Fall, wenn der Schiedskläger vor oder bei Rücknahme der Schiedsklage nicht die Unbegründetheit des erhobenen Anspruchs anerkennt. Sonst würde es der Schiedskläger in der Hand haben, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts von sich aus zu beseitigen. Der Beklagte hätte sich daher auf die Rücknahme der Schiedsklage nicht einzulassen brauchen und gegenüber der vorliegenden Klage nach § 274 Abs.2 Nr.3 ZPO die Schiedsgerichts-

einrede erheben können. Er hat beides nicht getan; darum sind ihm beide Möglichkeiten durch § 274 Abs.3 ZPO nunmehr abgeschnitten. Darum kann es auch der Revision nicht gestattet sein, auf einen Mangel, der der Rücknahme der Schiedsgerichtsklage anhaftet, unter den von ihr geltend gemachten materiellen Gesichtspunkten zurückzukommen.

Die Revision hat dagegen Recht, daß die Klägerin nicht berechtigt war, sich den Umstellungsbetrag der Hinterlegungssumme auszahlen zu lassen. Denn, solange die stille Gesellschaft nicht beendet war, hatte die Klägerin keinen Anspruch auf Rückzahlung ihrer Einlage. Aber dieser Rechtsverstoß betraf nur einen kleinen Teil dessen, was der Klägerin bei Beendigung der stillen Gesellschaft gegenüber dem Beklagten zustand und berechtigt nicht dazu, ihr ihre weitergehenden Rechte - und nur diese hat sie mit der Klage geltend gemacht - zu nehmen.

Im übrigen ist das Berufungsurteil nicht zu beanstanden, wenn es den Verwirkungseinwand schon daran scheitern läßt, daß der Beklagte keine Tatsachen vorgetragen hat, die darauf schließen lassen, daß ihm die Erfüllung des Klageanspruchs jetzt schwerer als früher fällt.

Nach alledem ist die Revision unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Nastelski Dr.Fischer Dr.Kuhn Liesecke Dr.Reinicke