Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: HGB §§ 335 ff.

Rechtssatz: 1.) Der Inhaber einer sog realkonzessionierten Apotheke preussischen Rechts kann an der Apotheke auch einen weiteren approbierten Apotheker in Form einer atypischen stillen Gesellschaft beteiligen. Dabei kann die Beteiligung sich auch auf den wirtschaftlichen Wert des Apothekenbetriebsrechts erstrecken.

2.) Die Grundsätze über die faktische Gesellschaft können auch auf interne Rechtsbeziehungen der Gesellschafter in einer atypischen stillen Gesellschaft angewandt werden, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag diese Rechtsbeziehungen dem Recht der offenen Handelsgesellschaft angeglichen sind.

Aktenzeichen: II ZR 15/52

Urteil des BGH vom 29. November 1952 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

II ZR 15/52

45

Verkündet
am 29. November 1952
Jodas, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Werner T[redacted] in W[redacted] V[redacted], V[redacted]er Str. 29,

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted]

gegen

den Notar Dr. Alfred U[redacted] in W[redacted]-B[redacted], W[redacted]str. 9, als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen Apothekers Dr. Emil U[redacted] in W[redacted] V[redacted],

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1952 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Artl und Dr. Meyer für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Dezember 1951 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

Der Kläger ist der Testamentsvollstrecker seines am 12. September 1944 verstorbenen Bruders, des Apothekers Dr. Emil U[redacted]. Dieser war bis zu seinem Tode an einer Apotheke des Beklagten beteiligt, die seit diesem Zeitpunkt der Beklagte allein betreibt. Der Kläger verlangt die Auseinandersetzung der Gesellschaft, bezogen auf den Todestag des Dr. U[redacted]. Zwischen den Parteien ist streitig, welchen Umfang und welchen Gegenstand diese Auseinandersetzung hat, insbesondere die Frage, ob der Apothekenbetriebswert bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigen ist, oder ob dieser Betriebswert ebenso wie die Konzession für die Apotheke auch im Verhältnis zwischen den Parteien dem Beklagten allein zusteht. Im einzelnen handelt es sich um folgenden Sachverhalt:

Dr. U[redacted] hatte die Apotheke, die eine sogenannte realkonzessionierte Apotheke preussischen Rechts aus der Zeit vor dem Jahre 1894 ist, bis zum Jahre 1914 allein betrieben. Durch notariellen Vertrag vom 18. Januar 1914 veräusserte er die Apotheke mit dem dazu gehörigen Geschäftsgrundstück an den Apotheker Bu[redacted], der daraufhin auch die Konzession für die Apotheke verliehen erhielt. Im Jahre 1920 nahm Buddenberg den Dr. U[redacted] wieder in die Apotheke auf; hierbei kam es nur zu mündlichen Vereinbarungen zwischen den beiden Beteiligten. Durch einen privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag vom 7. April 1927 regelten sie sodann ihre Rechtsbeziehungen zueinander. Dabei trafen sie u.a. folgende Regelung:

> Die Unterzeichneten.... haben am 1.4.1920 eine Gesellschaft zum Betriebe der Apotheke in V[redacted], K[redacted]strasse 29, gegründet, indem Herr Dr. U[redacted] in das von Herrn Bu[redacted] betriebene Geschäft als gleichberechtigter Teilhaber eintrat. In Abänderung des bisher geltenden Gesellschaftsvertrages .... sind die fol-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

genden Bestimmungen für das Gesellschaftsverhältnis vereinbart worden:

1. An der Apotheke, zu der auch das Hausgrundstück K[redacted]strasse 29, die Einrichtung, das Warenlager, Gehilfenzimmereinrichtung, überhaupt das ganze Apothekengeschäft gehört, sind die beiden Teilhaber je zur Hälfte beteiligt.
2. .....
3. Der nach Abzug aller Geschäftsunkosten sich ergebende Reingewinn wird unter die Gesellschafter je zur Hälfte geteilt. .....
4. .....
5. .....
6. .....

An dem Grundeigentum sind die beiden Gesellschafter als Eigentümer je zur Hälfte beteiligt. ... Beim Ausscheiden des einen Gesellschafters ... hat der ausscheidende Gesellschafter unverzüglich die Eintragung des die Apotheke übernehmenden Gesellschafters als Alleineigentümer ... zu bewilligen und zu beantragen. Das gleiche gilt für die Erben ...

Im Jahre 1939 schied Bu[redacted] aus der Apotheke aus. Er veräusserte seinen Hälfteanteil an der Apotheke nebst seinem Hälfteanteil an dem Grundstück zunächst durch privatschriftlichen Vertrag vom 30. Mai 1939 und sodann durch notariellen Vertrag vom 3. August 1939 an den Beklagten zum Preise von RM 100.000, wobei für den Verzicht auf die Konzession ein Preis von RM 72.000 zugrunde gelegt wurde. Des weiteren schloss der Beklagte am 30. Mai 1939 mit Dr. U[redacted] einen privatschriftlichen Vertrag, nach welchem er in die Rechte und Pflichten aus dem zwischen Bu[redacted] und Dr. U[redacted] geschlossenen Vertrag eintrat. In Ausführung des Vertrages vom 3. August 1939 wurde sodann dem Beklagten die Konzession für die Apotheke verliehen und der Beklagte als Miteigentümer des Apothekengrundstücks in das Grundbuch eingetragen. Nach dem Tode des Dr. U[redacted] ist eine Auseinandersetzung zwischen den Parteien bisher nicht vorgenommen worden. Der Kläger hat nach § 5 des Gesellschaftsvertrages vom

45

7. April 1927 das erste Drittel des Auseinandersetzungsguthabens zum 31. Dezember 1949 gekündigt.

Der Kläger ist der Ansicht, dass der verstorbene Dr. U[redacted] im Innenverhältnis an der gesamten Apotheke einschliesslich des Apothekenbetriebsrechts zur Hälfte beteiligt gewesen sei. Der Umstand, dass zunächst Bu[redacted] und später der Beklagte allein der Inhaber der Apothekenkonzession gewesen sei, stehe dem nicht entgegen. Den Parteien habe es freigestanden, im Innenverhältnis ihre schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen abweichend zu regeln und von dieser Möglichkeit hätten sie in dem Vertrag vom 7. April 1927 Gebrauch gemacht. Er hat deshalb beantragt, den Beklagten zur Zahlung von DM 25.000 zu verurteilen, da bei Berücksichtigung des Apothekenbetriebswertes das Auseinandersetzungsguthaben jedenfalls mehr als 75.000 DM betrage und der Beklagte nach Kündigung des ersten Drittels nunmehr zur Zahlung dieses Betrages verpflichtet sei. Ausserdem hat er die Feststellung verlangt, dass für die Berechnung des Abfindungsguthabens der Vertrag vom 7. April 1927 massgeblich sei und für das Abfindungsguthaben des Klägers der lebende Wert des Unternehmens (Verkaufswert) zugrunde zu legen sei.

Der Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, dass der Vertrag vom 7. April 1927 nichtig sei. Er ermangele der Form des § 313 BGB, deren Einhaltung notwendig gewesen sei, weil für den Fall der Gesellschaftsauflösung Verpflichtungen zur Übereignung von Grundstückseigentum begründet worden seien. Zudem verstosse der Vertrag auch gegen öffentlichrechtliche Vorschriften des Apothekenrechts, nach denen es verboten sei, eine Apotheke durch mehrere Personen zu betreiben; die einzelnen Bestimmungen des Vertrages stellten eine offensichtliche Umgehung dieses Verbots dar. Schliesslich müsse nach dem Inhalt des Vertrages auch da-

von ausgegangen werden, dass der Apothekenbetriebswert dem Beklagten allein zugestanden habe. Er habe diesen Betriebswert, der zunächst dem Apotheker Bu[redacted] allein gehört habe, von diesem vollständig käuflich erworben; er habe ihn auch voll bezahlt und er habe demgemäss auch die Konzession für die Apotheke allein erhalten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil dem Zahlungsantrag des Klägers zu einem Teil Zug um Zug gegen Übereignung des Anteils an dem Apothekengrundstück entsprochen; des weiteren die vom Kläger gewünschte Feststellung getroffen. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Gegen die Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Kläger den eingeklagten Betrag von DM 25.000 als Drittel seines Auseinandersetzungsguthabens dann nicht verlangen kann, wenn der Apothekenbetriebswert bei der Auseinandersetzung zwischen den Parteien nicht zu berücksichtigen ist. Bei dieser Sachlage bildet die Feststellung, dass für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens der Vertrag vom 7. April 1927 massgeblich sei und demgemäss für das Abfindungsguthaben des Klägers der lebende Wert des Unternehmens (Verkaufswert) zugrunde zu legen sei, eine zwingende Voraussetzung für die Zubilligung des geltend gemachten Zahlungsanspruchs. Damit ergibt sich die Zulässigkeit des Feststellungsantrages ohne weiteres aus § 280 ZPO. Entgegen der Ansicht des Beklagten bedarf es daher auch keiner Darlegung eines besonderen rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Fest-

stellung und einer Erörterung der Frage, ob der Kläger an Stelle der Feststellungsklage eine Leistungsklage hätte erheben können.

II. Nach der Auslegung, die das Berufungsgericht dem Vertrag vom 7. April 1927 zuteil werden lässt, handelt es sich hierbei um einen Gesellschaftsvertrag. Die zwischen den Vertragschliessenden errichtete Gesellschaft sei nicht eine Aussengesellschaft, also nicht eine offene Handelsgesellschaft, sondern eine Innengesellschaft, und zwar eine stille Gesellschaft gewesen. Dabei sei Dr. U[redacted] im Innenverhältnis an dem vollen Wert des Geschäftsvermögens einschliesslich des Apothekenbetriebswerts zur Hälfte beteiligt gewesen, so dass es sich hierbei um eine atypische stille Gesellschaft gehandelt habe.

1.) Gegen diese rechtliche Beurteilung bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zunächst ist bei der gegebenen Sachlage die Auffassung nicht zu beanstanden, dass es sich bei der Gesellschaft nicht um eine Aussengesellschaft gehandelt habe. Freilich mag in diesem Zusammenhang, wie die Revisionsbeantwortung bemerkt, die Feststellung des Berufungsgerichts, dass Dr. U[redacted] nach aussen nicht die Haftung für die Gesellschaftsschulden übernommen habe, nicht ausreichend begründet sein. Jedoch kommt es auf diese Festellung für die Auffassung des Berufungsgerichts nicht entscheidend an. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts wird schon allein von dem Umstand getragen, dass Apotheker Bu[redacted] als alleiniger Inhaber der Konzession nach aussen auch allein als Träger des Geschäfts aufgetreten ist. Nach dieser rechtlich einwandfreien Feststellung des Berufungsgerichts hat Bu[redacted] entsprechend seiner alleinigen öffentlich-rechtlichen Verantwortung gegenüber der ihm vorgesetzten Gesundheitsbehörde als Inhaber der Konzession auch privat-

rechtlich allein die Apotheke nach aussen betrieben. Die Beteiligung des Dr. U[redacted] erstreckte sich nach dem Willen der Vertragschliessenden, die insoweit der Stellung des Apothekers Bu[redacted] als alleinigem Inhaber der Apothekenkonzession Rechnung trugen, ausschliesslich auf das Innenverhältnis. Sie äusserte keine Wirkung nach aussen, sondern beschränkte sich darauf, dass Dr. U[redacted] an den Erträgen und an dem Geschäftsvermögen im Innenverhältnis teilnahm. Demgemäss haben sich die Vertragschliessenden nicht zu dem Zweck verbunden, gemeinsam die Apotheke nach aussen zu betreiben, so dass damit die Annahme für das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen ist.

Entgegen der Auffassung der Revision ist auch die weitere rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts, dass mit dem Vertrag vom 7. April 1927 eine stille Gesellschaft atypischen Inhalts errichtet worden sei, nicht zu beanstanden. Als Inhaber einer Apotheke war Bu[redacted] Kaufmann, an dessen Handelsgeschäft sich Dr. U[redacted] im Innenverhältnis beteiligte. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, nach der Dr. U[redacted] die gleiche Befugnis zur Geschäftsführung wie Bu[redacted] erhielt, schliesst diese Annahme nicht aus. Auch bei einer stillen Gesellschaft steht es den Vertragschliessenden grundsätzlich frei, in welcher Weise sie im Innenverhältnis ihre Rechtsbeziehungen regeln wollen. Sie können demgemäss durch den Gesellschaftsvertrag auch dem stillen Gesellschafter das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung in dem gleichen Umfang einräumen und auferlegen, in welchem dem Geschäftsinhaber dieses Recht zusteht und diese Pflicht obliegt (Düringer-Hachenburg Kom HGB 3. Aufl § 335, Bem 25; Weipert RGRK HGB 2. Aufl § 335 Bem 60). Auch die volle Gleichberechtigung, die nach dem Vertrag beiden Gesellschaftern zuteil werden sollte, steht der Annahme einer stillen Gesellschaft

nicht entgegen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man diese Bestimmung, wie es das Berufungsgericht in einer durchaus möglichen Weise tut, dahin auslegt, dass die Gleichberechtigung für den Inhalt der internen Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragschliessenden gelten sollte. Schliesslich hindert auch der Umstand, dass das Apothekengrundstück beiden Gesellschaftern je zur Hälfte gehört hat, nicht die rechtliche Möglichkeit, dass die Vertragschliessenden eine stille Gesellschaft errichtet haben. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in einer stillen Gesellschaft die beiden Gesellschafter an einzelnen Gegenständen Bruchteilseigentum haben, wenn nur das Geschäft selbst auf den Namen des einen Gesellschafters (Geschäftsinhabers) geführt wird und dieser damit als alleiniger Träger des Unternehmens erscheint.

2.) In seinen weiteren Ausführungen legt das Berufungsgericht dar, dass Dr. U[redacted] nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages nicht nur am Gewinn und Verlust in dem Apothekenunternehmen, sondern auch an dem lebenden Wert des gesamten Unternehmens einschliesslich des Apothekenbetriebswertes im Innenverhältnis zur Hälfte teilnehmen sollte. Das Berufungsgericht meint, dass dieser Teil des Gesellschaftsvertrages gegen ein gesetzliches Verbot verstosse, weil die Beteiligten mit dieser Vereinbarung die zwingenden Vorschriften über die Konzessionserteilung hätten umgehen wollen. Das Recht zum Betrieb einer Apotheke, das nur einer Person verliehen sei, könne nicht einer Personenmehrheit zugestanden werden. Es sei daher aus Rechtsgründen auch nicht möglich, dass sich die beiden Vertragschliessenden gegenseitig so stellten, als ob die Konzession beiden gemeinsam erteilt worden sei und als ob sie demgemäss gemeinsam die Apotheke betrieben. Das Berufungsgericht kommt auf diesem Wege zu dem Ergebnis, dass der ganze Vertrag nach §§ 134, 139 BGB nichtig sei.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Anwendung des § 134 BGB, die die Revisionsbeantwortung angreift, sind nicht haltbar. Bei der hier in Betracht kommenden Apotheke handelt es sich um eine sogenannte realkonzessionierte Apotheke aus der Zeit vor dem Jahre 1894. Der Betrieb einer solchen Apotheke beruht auf einer persönlichen Konzession, die nur für die Person des Berechtigten gilt und mit seinem Tode erlischt (Preuss. Gewerbeedikt vom 2. 11.1810). Aus dem rein persönlichen Charakter des Betriebsrechts folgt, dass das Betriebsrecht für eine solche Apotheke nicht zu einem Teil auf eine andere Person, auch wenn es sich dabei um einen approbierten Apotheker handelt, übertragen werden kann. Das Apothekenbetriebsrecht ist an die Person gebunden, der die Konzession für den Betrieb der Apotheke erteilt worden ist; diese ist und bleibt, solange die Konzession besteht, der alleinige Träger des Betriebsrechts. Es ist daher aus Rechtsgründen nicht möglich, dass eine solche Apotheke durch mehrere Personen in Form einer offenen Handelsgesellschaft geführt wird. Eine solche gemeinsame Führung würde voraussetzen, dass sämtliche Gesellschafter gemeinsam Träger des Betriebsrechts seien, eine Voraussetzung, die bei dem rein persönlichen, rechtlich nicht übertragbaren und nicht teilbaren Betriebsrecht einer sogenannten realkonzessionierten Apotheke nicht gegeben sein kann (Hamburger JW 1929, 2226). Dieser besondere Charakter des Apothekenbetriebsrechts hindert jedoch nach einhelliger Ansicht nicht, dass der Inhaber einer Apotheke mit einem anderen ein stilles Gesellschaftsverhältnis eingeht (RG JW 1909, 501; Hamburger aaO, Urban Apothekengesetze 6. Aufl S 268; Kahler: Das Apothekenwesen 1937 S 62). Durch die Errichtung einer solchen Gesellschaft wird der Charakter des Betriebsrechts nicht berührt. Der Inhaber der Konzession ist und bleibt bei einer solchen Gesellschaft der einzige Träger des Apothekenunternehmens, seine Verantwortung gegen-

über der ihm vorgesetzten Gesundheitsbehörde besteht in vollem Umfang fort und wird durch den Abschluss der stillen Gesellschaft nicht beeinträchtigt. Es kann auch nicht beanstandet werden, wenn dieses Gesellschaftsverhältnis, wie hier, so gestaltet ist, dass im Innenverhältnis der stille Gesellschafter, sofern er approbierter Apotheker ist, an der Geschäftsführung teilnimmt. Eine solche Rechtsgestaltung bedeutet, dass der stille Gesellschafter neben dem Apothekeninhaber als dessen Stellvertreter tätig wird (Hamburger Die preussischen Apothekenbetriebsrechte 1928 S 59). Auch bei einer solchen Gestaltung wird die öffentlichrechtliche Verantwortung des Konzessionars nicht angetastet. Auch hier bleibt im gleichen Masse, wie bei der Hinzuziehung eines zweiten Apothekers aus anderen Rechtsgründen die Staatsaufsicht unberührt.

Bei dieser Sachlage fragt es sich, ob auch die rechtliche Möglichkeit besteht, den stillen Gesellschafter in der Rechtsform der sogenannten atypischen stillen Gesellschaft im Innenverhältnis an dem wirtschaftlichen Wert des Apothekenbetriebsrechts zu beteiligen. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es entscheidend auf den Inhalt des Betriebsrechts bei einer sogenannten realkonzessionierten Apotheke an. Wie bereits hervorgehoben, beruht der Betrieb einer solchen Apotheke auf einer persönlichen Konzession, die für die Person des Berechtigten gilt, und die mit seinem Tode erlischt. Sie ist demgemäss nicht frei veräusserlich und vererblich; dem Inhaber steht aber ein sogenanntes Präsentationsrecht zu. Die Bedeutung dieses Präsentationsrechts besteht darin, dass der Apothekeninhaber der vorgesetzten Gesundheitsbehörde einen Nachfolger präsentieren kann, dem diese bei persönlicher Eignung eine neue Konzession für die Apotheke erteilen muss. Dieses Präsentationsrecht stellt zwar nicht in rechtlicher, aber

doch in praktischer und wirtschaftlicher Hinsicht einen entsprechenden Ersatz für die früheren Apothekenprivilegien dar, die selbst frei veräusserlich und vererblich waren. Durch das Präsentationsrecht hat der Inhaber einer realkonzessionierten Apotheke eine rechtlich ausreichende Handhabe dafür, seinen Nachfolger aus der Reihe geeigneter Bewerber selbst zu bestimmen und damit praktisch über das Apothekenbetriebsrecht zu verfügen. Es liegt auf der Hand, dass dieses Präsentationsrecht bei seiner praktisch weittragenden Bedeutung einen selbständigen Vermögenswert darstellt. Er wird demgemäss bei der Veräusserung einer Apotheke auch üblicherweise nach der allgemeinen Verkehrsauffassung für die Berechnung des Verkaufspreises selbständig berücksichtigt und stellt dabei im allgemeinen den entscheidenden Wertfaktor dar. Es entspricht dieser Beurteilung, wenn dieses Präsentationsrecht nach der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes als Apothekenbetriebsrecht bei der Berechnung der Vermögenssteuer auch einer selbständigen Bewertung zugänglich gemacht wird. Es stellt somit das Betriebsrecht einer sogenannten realkonzessionierten Apotheke einen selbständigen Vermögenswert dar, der einen Teil des Wertes für das Apothekenunternehmen bildet.

Des weiteren ist auch die Möglichkeit anzuerkennen, dass sich der Apothekeninhaber bei der Ausübung des ihm zustehenden Präsentationsrechts Bindungen unterwirft. Solche Bindungen stehen mit dem öffentlichrechtlichen Charakter der Apothekenkonzession nicht im Widerspruch. Der Inhaber einer realkonzessionierten Apotheke kann das Betriebsrecht zwar nicht übertragen, weil dieses nicht auf einem Privileg, sondern auf einer persönlichen Konzession beruht, er kann aber von dem ihm persönlich zustehenden Präsentationsrecht ohne öffentlichrechtliche Beschränkung - wenn er nur einen geeigneten Apotheker namhaft macht -

in seinem Interesse Gebrauch machen. Es werden demgemäss bei dem Verkauf einer Apotheke für die Ausübung dieses vermögenswerten Rechtes üblicherweise Verpflichtungen seitens des Verkäufers begründet, nämlich in der Weise, dass sich der Verkäufer zur Ausübung des Präsentationsrechts zugunsten des Käufers verpflichtet. Die Möglichkeit zu einer solchen Verpflichtung ist geradezu eine besondere Erscheinungsform für die Verwertung dieses Rechts, das selbst nur um dieser Verwertung willen dem Inhaber einer Apotheke eingeräumt ist. Unter diesem Gesichtspunkt bestehen auch keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken dagegen, dass der Inhaber einer Apotheke einen stillen Gesellschafter an dem wirtschaftlichen Wert des Betriebsrechts beteiligt. Dieser Vermögenswert steht dem Apothekeninhaber ohne Einschränkung zu. Er beruht zwar auf der dem Apotheker persönlich erteilten Konzession, der Apotheker aber ist in seiner Verwertung frei. Bindungen öffentlichrechtlicher Art greifen hierbei nicht ein.

Es kann daher der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gefolgt werden, dass die auf das Innenverhältnis beschränkte Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem wirtschaftlichen Wert des Apothekenbetriebsrechts eine Umgehung der öffentlichrechtlichen Verbotsnorm, nach der eine realkonzessionierte Apotheke im Hinblick auf den persönlichen Charakter der Konzession nur von dem konzessionierten Inhaber unter alleiniger Verantwortung geführt werden kann, darstelle und daher nichtig sei. Die öffentlichrechtliche Verantwortung des Apothekeninhabers wird in diesem Fall ebensowenig wie bei einer typischen stillen Gesellschaft berührt. Die Staatsaufsicht seitens der vorgesetzten Gesundheitsbehörde bleibt auch bei einer solchen Rechtsgestaltung in vollem Umfang aufrechterhalten, der Apothekeninhaber bleibt in diesem Fall der allein verantwortliche Apotheker. Der Umstand, dass die Stellung des stillen Ge-

sellschafters bei einer solchen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses im Innenverhältnis ausserordentlich weitgehend der Stellung eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft angeglichen wird, steht dem nicht entgegen (vgl Hamburger JW 1929, 2227). Für die Beurteilung der öffentlichrechtlichen Verbotsnorm kommt es nicht auf die Rechtsstellung im Innenverhältnis, sondern allein auf die Rechtsstellung im Aussenverhältnis an. In dieser Hinsicht ist allein entscheidend, dass die alleinige öffentlichrechtliche Verantwortung des konzessionierten Apothekeninhabers gewahrt bleibt und dass diese nicht durch eine irgendwie geartete privatrechtliche Rechtsgestaltung beeinträchtigt wird. Deshalb darf die Rechtsstellung des konzessionierten Apothekeninhabers als des alleinigen Trägers des Unternehmens nach aussen nicht berührt werden, während andererseits interne Abmachungen über die wirtschaftliche Beteiligung des stillen Gesellschafters für den Fall der Auseinandersetzung in Form schuldrechtlicher Verpflichtungen von den öffentlichrechtlichen Vorschriften nicht berührt werden. Demgemäss ist es auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass die Vertragschliessenden in dem Vertrag vom 7. April 1927 ihre Rechtsbeziehungen in der Form einer atypischen stillen Gesellschaft geregelt haben.

Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang feststellt, die Beteiligten hätten den Vertrag vom 7. April 1927 in der Absicht einer Umgehung zwingender öffentlichrechtlicher Vorschriften geschlossen, so ist diese Feststellung für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung. Die Beteiligten haben bei der Gestaltung ihres Vertrages von einer Möglichkeit Gebrauch gemacht, die ihnen von Rechts wegen offenstand. Wenn sie dabei des Glaubens waren, wie aus der genannten Feststellung des Berufungsgerichts entnommen werden muss, dass die von ihnen gewählte Rechtsform mit zwingenden öffentlichrechtlichen Vorschriften in Widerspruch

stehe, so ist diese unzutreffende Annahme der Beteiligten ohne weitere rechtliche Bedeutung. Es kann daher auch unter diesem Gesichtspunkt die Wirksamkeit des Vertrages vom 7. April 1927 nicht in Zweifel gezogen werden.

3.) Die Revision rügt, dass das Berufungsgericht den Vertrag vom 7. April 1927 in einer prozessual nicht einwandfreien Form ausgelegt habe. Soweit die Revision dabei ausführt, die Vertragschliessenden hätten nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht einen gesetzlich unzulässigen und damit auch standeswidrigen Vertrag schliessen wollen, so braucht auf diese Ausführungen nicht näher eingegangen zu werden. Da nach den vorstehenden Darlegungen der Vertrag mit den öffentlichrechtlichen Vorschriften des Apothekenrechts nicht in Widerspruch steht, entfällt damit der Ausgangspunkt für diese Revisionsrüge.

Weiter bemängelt die Revision, dass sich das Berufungsgericht bei der Auslegung nicht mit der abweichenden Auffassung in dem vom Beklagten vorgelegten Rechtsgutachten Dr. Schlegel befasst habe. Auch habe das Berufungsgericht es unterlassen, im einzelnen bei der Auslegung auf die Aussagen des Zeugen Bu[redacted] und des Beklagten einzugehen. Diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, sich bei der Auslegung des Vertrages ausdrücklich mit der gegenteiligen Auffassung des Rechtsgutachters Dr. Schlegel auseinanderzusetzen; es entsprach vielmehr den bestehenden Auslegungsgrundsätzen, wenn es sich mit den hierbei massgeblichen Bestimmungen des Vertrages befasste und unter allseitiger Berücksichtigung dieser Bestimmungen die Auslegung vornahm. Dieser Pflicht ist das Berufungsgericht nachgekommen. Es kann ihm insoweit ein Rechtsfehler nicht zur Last gelegt werden. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern das Berufungsgericht bei dieser Auslegung auf die Aussage des Beklagten hätte ein-

gehen müssen. Der Beklagte hatte mit dem Abschluss dieses Vertrages nichts zu tun. Er hat daher bei seiner Vernehmung auch nichts über den Inhalt der damals zwischen den Vertragschliessenden geführten Verhandlungen bekunden können. Auch mit der Aussage des Zeugen Bu[redacted] brauchte sich das Berufungsgericht nicht ausdrücklich auseinanderzusetzen. Diese Aussage ist in den entscheidenden Punkten so unbestimmt gehalten und bewegt sich nur in einfachen Annahmen, dass das Berufungsgericht aus zutreffenden Erwägungen seine Auslegung an Hand des Wortlautes des Vertrages vorgenommen hat. Wenn es hierbei schon auf Grund des Wortlautes zu einer zweifelsfreien Auslegung des Vertragsinhalts kam, so brauchte es die unklaren und unbestimmten Angaben des Zeugen Bu[redacted], die ersichtlich keinen geeigneten Anknüpfungspunkt für andersartige Erwägungen abgeben, nicht noch besonders erwähnen.

Schliesslich vermisst die Revision in diesem Zusammenhang eine Berücksichtigung von Beweisanträgen des Beklagten. Mit diesen Beweisanträgen hat der Beklagte seine Behauptungen unter Beweis gestellt, nach denen Bu[redacted] bei Aufnahme des Dr. U[redacted] in die Apotheke bereits den ganzen Kaufpreis für den Ankauf der Apotheke gezahlt und der Zweck des Vertrages lediglich in einer späteren Versorgung der beiden Witwen bei einem vorzeitigen Ableben der Vertragschliessenden bestanden haben soll. Das Berufungsgericht brauchte bei der Auslegung des Vertrages auf diese Beweisangebote nicht einzugehen. Der Wortlaut des Vertages ergibt nach der unangreifbaren Auffassung des Berufungsgerichts eindeutig den von ihm festgestellten Vertragsinhalt. Die von dem Beklagten behaupteten Umstände stehen dieser Auslegung nicht entgegen und zwingen nach der allgemeinen Lebensauffassung keineswegs zu einer abweichenden Beurteilung. Wenn das Berufungs-

gericht unter diesen Umständen den Behauptungen des Beklagten bei der Auslegung des Vertrages keine Bedeutung beigemessen hat, so bewegte es sich dabei im Rahmen der ihm zustehenden tatrichterlichen Beweiswürdigung. Eine Verletzung zwingender prozessualer Vorschriften ist in dieser Beurteilung nicht zu erblicken.

4.) In seinen weiteren Ausführungen legt das Berufungsgericht dar, dass die Beteiligten beim Abschluss des Vertrages vom 7. April 1927 die Formvorschrift des § 313 BGB verletzt hätten. In diesem Vertrag sei die Begründung schuldrechtlicher Verpflichtungen zur Veräusserung von Grundstückseigentum enthalten. Für den Fall der Auflösung der Gesellschaft infolge Kündigung oder Tod sollte der Anteil des einen Gesellschafters an dem Apothekengrundstück auf den die Apotheke weiterführenden Gesellschafter übertragen werden. Die Verletzung dieser Formvorschrift führe nach §§ 125, 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages. Gleichwohl müsse jedoch dem tatsächlich bestandenen Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten für die Vergangenheit Wirksamkeit nach den Rechtsgrundsätzen über die faktische Gesellschaft zuteil werden. Es müsse die Notwendigkeit anerkannt werden, diese Rechtsgrundsätze in einem Falle der vorliegenden Art auch auf eine atypische stille Gesellschaft anzuwenden. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist im Ergebenis beizutreten.

a) Die Revisionsbeantwortung glaubt die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der Vertrag vom 7. April 1927 der Form des § 313 BGB bedurft hätte, bekämpfen zu können. Das ist jedoch nicht richtig. Es kann nicht mit der Revisionsbeantwortung angenommen werden, dass die beiden Gesellschafter nur treuhänderisch das ihnen gehörige Bruchteilseigentum an dem Apothekengrundstück besessen hätten und dass die in dem Vertrag vom 7. April

1927 festgelegte Übertragungspflicht nur die sich ohnehin schon aus dem Treuhandverhältnis ergebende Verpflichtung wiederholt hätte. Für eine solche Annahme geben die tatsächlichen Feststellungen keinen Anhalt. Zudem würde diese Annahme auch aus Rechtsgründen keine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen können, weil zum mindesten - von allen anderen Bedenken abgesehen - die Begründung eines solchen Treuhandverhältnisses unter Wahrung der Formvorschrift des § 313 BGB hätte erfolgen müssen. Das ist aber unstreitig nicht geschehen, so dass demzufolge der Rechtsansicht der Revisionsbeantwortung gegenüber den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht gefolgt werden kann.

b) Das Berufungsgericht begründet die Anwendung der Rechtsgrundsätze über die faktische Gesellschaft auf die atypische stille Gesellschaft insbesondere mit der Erwägung, dass für eine solche Anwendung die gleichen zwingenden Gründe sprechen, die für das Innenverhältnis einer Personalhandelsgesellschaft zur Anerkennung dieser Grundsätze geführt hätten. Das Reichsgericht hat, soweit ersichtlich, nach seiner grundsätzlichen Entscheidung in RGZ 165, 193, in der es zum ersten Mal in umfassender Form die Grundsätze über die sogenannte faktische Gesellschaft auch auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft angewendet hatte, zu der Frage einer Anwendung auf die stille Gesellschaft nicht mehr Stellung genommen. Auch der erkennende Senat hat bisher lediglich ausgesprochen, dass für eine Kommanditgesellschaft (oder für eine offene Handelsgesellschaft) - wenn auch mit gewissen Einschränkungen gegenüber der Rechtsprechung des Reichsgerichts - auf die Rechtsgrundsätze der sogenannten faktischen Gesellschaft bei der Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern zurückgegriffen werden muss (BGHZ 3, 285). In

der Rechtslehre ist die Frage nach einer Anwendung dieser Grundsätze auf die stille Gesellschaft streitig. Während Baumbach (Komm HGB 7. Aufl Bem 1 B vor § 335) und zunächst Weipert (RGRK HGB 1. Aufl § 335 Anm 42) diese Frage bejaht haben, wird in den neueren Auflagen dieser beiden Kommentare und von Gessler-Hefermehl Komm HGB 2. Aufl § 335 Bem 56 die gegenteilige Auffassung vertreten. Diese verneinende Stellungnahme wird im wesentlichen damit begründet, dass bei der stillen Gesellschaft kein Gesamthandsvermögen bestehe und dass infolgedessen die Wiederherstellung des früheren Zustandes wesentlich leichter als bei der offenen Handelsgesellschaft oder bei der Kommanditgesellschaft sei; bei der stillen Gesellschaft begegne daher die Abwicklung der Rechtsverhältnisse nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung keinen besonderen im Wesen der Gesellschaft liegenden Hindernissen (Weipert aaO 2. Aufl).

Dieser Auffassung kann im Ergebnis für den vorliegenden Fall nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass bei einer Gesellschaft mit einem Gesamthandsvermögen die Abwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten noch schwieriger sein kann, als bei einer Gesellschaft ohne Gesamthandsvermögen. Es kann dagegen nicht anerkannt werden, dass erst die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens allein oder in erster Linie die rechtliche Anerkennung des tatsächlichen Zustandes rechtfertigt und erfordert. Hierfür ist vielmehr der Umstand entscheidend, dass die Rechtsordnung im allgemeinen einfach nicht an der Tatsache vorbeigehen kann, dass die Gesellschafter jahrelang in einem umfangreichen Geschäftsbetrieb gemeinsam tätig gewesen sind, durch eigene Arbeit für gemeinsame Rechnung Werte geschaffen und erworben haben und damit gemeinsame Leistungen vollbracht haben, die auch für das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern nicht von Rechts wegen als nicht existent betrachtet werden können. Bei der

Frage, ob die Grundsätze über die faktische Gesellschaft auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern Anwendung finden können, kann es nicht darauf ankommen, wie die Stellung der Gesellschaft nach aussen ist, sondern nur darauf, wie im Einzelfall die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander gestaltet sind. Es ist von diesem Standpunkt aus im allgemeinen bedeutungslos, wem das auseinanderzusetzende Vermögen gehört, einem einzelnen Gesellschafter allein oder den Gesellschaftern zur gesamten Hand, wenn nur die Ansprüche der Gesellschafter auf eine Beteiligung an diesem Vermögen im wesentlichen gleichartig sind, wenn es sich also insoweit um eine Vermögensgemeinschaft handelt, mag sich diese auch in dem einen Fall in rein schuldrechtlichen Beziehungen erschöpfen und in dem anderen Fall durch die gesamthänderische Bindung zugleich Elemente einer dinglichen Rechtsgestaltung aufweisen. Es trifft bei einer atypischen stillen Gesellschaft der vorliegenden Art, bei der im Innenverhältnis nicht nur die Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch die Tätigkeit der Gesellschafter in dem Unternehmen nach den Grundsätzen des Rechts der offenen Handelsgesellschaft ausgerichtet ist, der Grundgedanke für eine Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Gesellschaftsverhältnisses in gleicher Weise zu. Auch hier kann eine sachgerechte Lösung der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten nur herbeigeführt werden, wenn man dem gemeinsamen Verhalten der Gesellschafter zueinander vom Beginn ihrer gemeinsamen Tätigkeit in der Gesellschaft und ihren darauf fussenden Rechtsbeziehungen entsprechend Rechnung trägt.

Die Gesellschafter haben in der 17 Jahre lang bestehenden Gesellschaft den ihnen danach zustehenden Gewinn erhalten, sowie auf dieser Grundlage ihre Steuern unter Berücksichtigung ihrer hälftigen Beteiligung an der Apotheke (einschliesslich dem Apothekenbetriebsrecht) gezahlt,

sie haben in dieser Zeit im vollen Einverständnis gemeinsam in dem Unternehmen gearbeitet und den Wert des Unternehmens gemeinsam geschaffen oder erhalten, haben ihren Lebenszuschnitt auf dieser beiderseits gewollten Grundlage eingerichtet und sich in der ganzen Zeit an ihre Vereinbarungen gehalten. Das kann in der gleichen Weise, wie bei einer offenen Handelsgesellschaft von der Rechtsordnung nicht schon bei jedem Nichtigkeitsgrund mit rückwirkender Kraft als nichtig und rechtlich unwirksam betrachtet werden und zwingt auch hier aus den gleichen Gründen zu einer rechtlichen Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Gesellschaftsverhältnisses.

c) Bei dieser rechtlichen Beurteilung kann die Frage offen bleiben, ob entsprechend der Auffassung des Berufungsgerichts die Nichtigkeit der Bestimmung über die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung im Falle der Auflösung der Gesellschaft nach § 139 BGB auch die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages zur Folge hat. Es bedarf auch keiner weiteren Erörterung, wie sich die Anerkennung der Rechtsgrundsätze über die faktische Gesellschaft auf die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung auswirkt. Diese Frage steht nicht mehr zur Entscheidung des Senats, nachdem das Landgericht die Verurteilung des Beklagten nur Zug um Zug gegen Übereignung der Miteigentumshälfte an dem Apothekengrundstück ausgesprochen hat und nachdem gegen diese Verurteilung Rechtsmittel nur seitens des Beklagten eingelegt worden sind. Es ist bei dieser Sachlage eine Abänderung des Urteils unter Fortfall der Einschränkung selbst dann nicht möglich, wenn sich aus Gründen des materiellen Rechts Bedenken gegen die Annahme einer bindenden Verpflichtung der Erbengemeinschaft zur Übereignung der Grundstückhälfte wirklich ergeben sollten.

III. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Beklagte in den Vertrag vom 7. April 1927 an Stelle des Apothekers Bu[redacted] mit allen Rechten und Pflichten eingetreten. Diesen Eintritt hat er durch Abschluss des privatschriftlichen Vertrages vom 30. Mai 1939 mit Dr. U[redacted] vollzogen. Da der Beklagte mit diesem Eintritt ebenfalls die in dem Vertrag vom 7. April 1927 für den Fall der Auflösung der Gesellschaft vorgesehene Verpflichtung zur Grundstücksübereignung übernahm und Dr. U[redacted] die ihm obliegende gleichartige Verpflichtung gegenüber dem Beklagten bestätigte, war auch der Vertrag vom 30. Mai 1939 - jedenfalls insoweit - nach §§ 313, 125 BGB nichtig. Aber auch hier finden die Grundsätze über die faktische Gesellschaft Anwendung, so dass der Kläger eine hälftige Beteiligung nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages verlangen kann.

1.) Die Revision greift die Feststellung des Berufungsgerichts über den Eintritt des Beklagten in den Vertrag vom 7. April 1927 mit einer Reihe prozessualer Rügen an. Dabei meint die Revision zunächst, der Beklagte habe nicht in einen verbotenen und daher standeswidrigen Vertrag eintreten wollen, eine dahingehende Willensrichtung könne bei dem Beklagten nicht einfach unterstellt werden. Diese Rüge erledigt sich schon dadurch, dass der Vertrag vom 7. April 1927 und damit auch der Vertrag vom 30. Mai 1939 nach den Ausführungen zu II 2 nicht gegen öffentlichrechtliche Apothekenvorschriften verstösst. Damit entfällt auch in diesem Zusammenhang der Ausgangspunkt für diese Revisionsrüge.

Weiterhin legt die Revision dar, dass die Feststellung des Berufungsgerichts über den Eintritt des Beklagten in den Vertrag vom 7. April 1927 auf der Feststellung beruhe, dass ihm in dem Kaufvertrag mit dem Apotheker Bu[redacted] vom 3. August 1939 nur der halbe Apothe-

kenbetriebswert mit RM 72.000 in Rechnung gestellt worden sei. Diese Feststellung des Berufungsgerichts sei jedoch unrichtig, sie berücksichtige insbesondere nicht die sachkundigen Ausführungen in dem Rechtsgutachten Dr. Schlegel und fusse auf dem unzutreffenden Ausgangspunkt, dass das Berufungsgericht bei der Berechnung des Wertes für das Apothekenbetriebsrecht von Bewertungsmaßstäben ausgegangen sei, die lediglich für die Steuer gelten. Auch mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben. Die Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich bei seiner Feststellung ersichtlich im Rahmen des dem Tatrichter zustehenden Ermessens. Das Berufungsgericht hat seine Feststellung über den Eintritt des Beklagten in den Vertrag vom 7. April 1927 an Hand des unzweideutigen Wortlautes in dem Vertrag vom 30. Mai 1939 getroffen. Es hat sodann für seine Auslegung nur noch eine weitere Bestätigung darin gefunden, dass der Beklagte bei dem Kauf der Apotheke auch nur die Hälfte von dem Wert des Betriebsrechts bezahlt habe. Wenn es bei diesen Ausführungen für die Wertberechnung von einer Vereinbarung ausgegangen ist, die im Jahre 1935 zwischen dem Reichsfinanzminister und dem Reichsapothekenführer getroffen wurde, und in der für die Berechnung der Steuer der Wert des Betriebsrechts auf 110 % des Jahresumsatzes festgelegt wurde, so ist das in diesem Zusammenhang aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Diese allerdings nur für steuerrechtliche Zwecke getroffene Vereinbarung bietet nach der allgemeinen Lebensauffassung einen durchaus geeigneten Anhaltspunkt für die Errechnung des wirklichen Wertes. Die Revisionsbeantwortung weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, dass die generellen steuerrechtlichen Bewertungsmaßstäbe bei Fällen der vorliegenden Art im allgemeinen unter dem allgemeinen Verkehrswert liegen, so dass der Beklagte durch die Berücksichtigung des steuerrechtlichen Bewertungsmaßstabes nicht belastet

ist. Auch die Erörterungen zwischen den Parteien in dem vorliegenden Rechtsstreit ergeben, dass der Abfindungsanspruch des Klägers auf Grund einer hälftigen Beteiligung des Erblassers an der Apotheke so etwa bei einem Betrag von 100.000 DM liegt, einem Betrag, den auch der Beklagte als Kaufpreis mit Bu[redacted] vereinbart hatte. Bei dieser Sachlage ist die Annahme des Berufungsgerichts vertretbar, dass auch die Höhe des Kaufpreises in dem Vertrag vom 3. August 1939 die Feststellung bestätige, dass der Beklagte in den Vertrag vom 7. April 1927 nur mit den Rechten und Pflichten eingetreten sei, die zuvor dem Apotheker Bu[redacted] zustanden und oblagen. Die Ausführungen in dem Rechtsgutachten Dr. Schlegel ergeben entgegen der Ansicht der Revision keinen ersichtlichen Anhalt dafür, dass insoweit eine abweichende Beurteilung geboten war. Das Berufungsgericht brauchte sich daher mit diesen Ausführungen nicht besonders noch auseinanderzusetzen.

Schliesslich meint die Revision, dass die Erklärung des Beklagten in dem Vertrag vom 30. Mai 1939 dahin ausgelegt werden müsse, dass er nur in den ihm bekannten Inhalt des Vertrages vom 7. April 1927 eingetreten sei. Mit diesem Angriff bewegt sich die Revision auf dem ihr verschlossenen Tatsachengebiet. Das Berufungsgericht hat sich mit der Aussage des Beklagten, er habe von dem vollen Wortlaut des Vertrages erst nach dem Tode des Dr. U[redacted] Kenntnis genommen, eingehend auseinandergesetzt. Wenn es dabei zu dem Ergebnis gekommen ist, dass diesem Umstand angesichts des Verhaltens des Beklagten bei Abschluss des Vertrages vom 30. Mai 1939 und bei der späteren Kenntnisnahme keine Bedeutung zukommen könne, so halten sich diese Ausführungen im Rahmen des ihm zustehenden tatrichterlichen Ermessens. Bei dieser Beurteilung brauchte das Berufungsgericht auch nicht, wie die Revision meint, auf die weiteren Beweiserbieten des Beklagten einzugehen,

45

durch die er seine Behauptung über die Einsichtnahme in den Vertrag vom 7. April 1927 noch weiter unter Beweis gestellt hatte.

2.) Das Berufungsgericht hat die Frage offen gelassen, ob der Vertrag vom 30. Mai 1939 entsprechend der Ansicht des Beklagten auch etwa deshalb nichtig sei, weil er der Genehmigung seitens des Regierungspräsidenten bedurft hätte und weil der Kläger als Notar entgegen den Vorschriften der §§ 170 ff FGG den Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und Bu[redacted] beurkundet habe. Ein Nichtigkeitsgrund dieser Art scheidet aus; für beide Fälle ist die Auffassung des Beklagten abwegig. Eine Gehmigung des Gesellschaftsvertrages durch die vorgesetzte Gesundheitsbehörde ist nicht vorgeschrieben, die von dem Beklagten für seine Rechtsauffassung angeführten Zitate aus Rechtsprechung und Schrifttum (Bl 313 d GA) beziehen sich auf anders gelagerte Sachverhalte und haben mit dem Abschluss privatrechtlicher Verträge im Zusammenhang mit einer konzessionierten Apotheke nichts zu tun. Auch die Annahme einer Nichtigkeit des Vertrages vom 30. Mai 1939 im Hinblick auf die Tätigkeit des Klägers als Notar bei dem Abschluss des späteren Vertrages vom 3. August 1939 zwischen dem Beklagten und Bu[redacted] ist durch nichts gerechtfertigt. Da somit die vom Beklagten angeführten Nichtigkeitsgründe vorliegendenfalls nicht durchgreifen, bedarf es auch keiner Prüfung, ob gegenüber einem solchen zur Wahrung vornehmlich öffentlicher Interessen gegebenen Nichtigkeitsgrund die Anwendung der Rechtsgrundsätze über die faktische Gesellschaft möglich ist.

IV. Die rechtlichen Folgerungen, die das Berufungsgericht für die Beurteilung der Klaganträge aus der Auslegung der Verträge vom 7. April 1927 und 30. Mai 1939 zieht, werden von der Revision nicht angegriffen. Sie

erweisen sich auch als rechtlich zutreffend. Das Berufungsgericht geht entsprechend dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien davon aus, dass das Abfindungsguthaben des Klägers, bezogen auf den Todestag des Dr. U[redacted], bei einer Berücksichtigung des Apothekenbetriebswertes mindestens den Betrag von RM 75.000 betrage, dass dieses Abfindungsguthaben nach § 18 Abs 1 Nr 3 UmstG im Verhältnis 1:1 umzustellen sei, und dass der Kläger nach der zulässigen Kündigung dieses Guthabens zu einem Drittel des Abfindungsanspruchs per 31. Dezember 1949 die Zahlung eines Betrages von DM 25.000 verlangen könne. Von diesem Betrag hat das Landgericht einen Teilbetrag von DM 16.302 in Abzug gebracht, den der Beklagte nach seinen Behauptungen an den Kläger bereits gezahlt hat. Demgemäss erweist sich die Zubilligung eines Betrages in Höhe von DM 8.698 als gerechtfertigt, da auch die weiteren sachlichen Einwendungen des Beklagten gegen diesen Zahlungsanspruch nicht durchgreifen, wie das Berufungsgericht im einzelnen zutreffend dargelegt hat. Des weiteren erweist sich auch die getroffene Feststellung, dass die Auseinandersetzung zwischen den Parteien nach dem am 7. April 1927 geschlossenen Vertrag zu erfolgen habe und dass dabei der gemeine Wert des Apothekenbetriebes einschliesslich des Apothekenbetriebswertes zu berücksichtigen sei, aus den dargelegten Gründen als rechtlich fehlerfrei.

45

Die Revision ist demgemäss mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Canter Dr. Haidinger Dr. Fischer

Artl Dr. Meyer