

2009 002

BGH, Urt. v. 9. Januar 1969 - II ZR 65/67 - OLG Zweibrücken
LG Kaiserslautern

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 65/67

URTEIL

Verkündet am

9. Januar 1969
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Diplomkaufmanns Alois K [REDACTED], K [REDACTED]
S [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann August W [REDACTED], H [REDACTED]
H [REDACTED] str. [REDACTED],
2. die Firma August W [REDACTED] KG, K [REDACTED],
F [REDACTED] str. [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter, den Beklagten zu 1,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Stimpel und Dr. Schubath

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 3. Februar 1967 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und der Beklagte zu 1 waren die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Im Jahre 1964 verhandelten die Gesellschafter auf Anregung des Klägers über dessen einverständliches Ausscheiden. Da diese Verhandlungen erfolglos blieben, kündigte der Kläger das Gesellschaftsverhältnis und schied, weil der Beklagte von seinem gesellschaftsvertraglichen Übernahmerecht Gebrauch machte, zum 31. Dezember 1964 aus. Daraufhin trat die Ehefrau des Beklagten als Kommanditistin in das Geschäft ein. Die so entstandene Gesellschaft ist die Beklagte zu 2.

Der Kläger meint: Bei der Berechnung seines Abfindungsguthabens müsse auch der Firmenwert berücksichtigt werden. Er stützt sich dafür in erster Linie auf die gesetzliche Regelung. Diese sei entgegen der Ansicht des Beklagten durch den zuletzt maßgeblich gewesenen Gesell-



schaftsvertrag vom 20. Oktober 1958 nicht ausgeschlossen worden. Demgemäß habe er sich schon vor der Kündigung mit dem Beklagten grundsätzlich dahin geeinigt gehabt, daß er für den Firmenwert etwa 250 000 DM erhalte. Des weiteren beruft er sich auf sein Kündigungsschreiben vom 7. Juli 1964, das er an diesem oder am nächsten Tage dem Beklagten übergeben hat. Dieses Schreiben lautet auszugsweise:

"Ich kündige hiermit fristgemäß den ... Gesellschaftsvertrag und betrachte das Gesellschaftsverhältnis mit Ablauf des 31. Dezember 1964 als erloschen.

Ab 1. Januar 1965 ist somit ... (der Beklagte) alleiniger Inhaber. Laut Vertrag sind die Kapitalverhältnisse (Kapitalkonto, aufzulösende stille Reserven und Firmenwert) zu diesem Termin durch Erstellung einer Schlußbilanz zu ermitteln, sofern zwischen den Gesellschaftern keine anderweitige Einigung erzielt wird, die der Schriftform bedarf.

Der ausscheidende Gesellschafter haftet ab sofort nicht mehr für Einkäufe, die ... Warenbeschaffungen für 1965 darstellen.

Herr ... (der Beklagte) bestätigt durch Unterschrift den ordnungsgemäßen Empfang, an Stelle des laut Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Einschreibebriefes."

Der Beklagte hat das im Besitz des Klägers verbliebene Original dieses Schreibens unterzeichnet. Über seiner Unterschrift steht der Satz:

"Ich bestätige den rechtswirksamen Empfang der obigen Ausführungen, die ich anerkenne."

Der Kläger hat den Zusatz "die ich anerkenne" später als den übrigen Text, nach seiner Behauptung aber noch vor der Unter-

schriftsleistung des Beklagten, geschrieben. Auf dem Exemplar des Beklagten fehlt dieser Zusatz. Das erklärt der Kläger damit, daß der Beklagte es bei der Ergänzung und Unterzeichnung des Originals nicht zur Hand gehabt habe.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, als Teilvergütung für den Firmenwert 25 000 DM nebst Zinsen an ihn zu zahlen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, die die Beklagten zurückzuweisen bitten, verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Gesellschaftsvertrag enthalte für den Fall, daß ein Gesellschafter kündige und der andere darauf das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehme, eine umfassende und abschließende Vereinbarung darüber, wie das Abfindungsguthaben des Ausgeschiedenen zu berechnen sei. Da der Vertrag den Firmenwert nicht erwähne, brauchten die Beklagten dafür jedenfalls auf Grund des Vertrages nichts zu zahlen.

Diese Darlegungen sind frei von Rechtsirrtum und werden von der Revision nicht angegriffen.

2. Des weiteren hat das Berufungsgericht geprüft, ob der Kläger bewiesen habe, daß die Parteien bei der Kündigung eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende Ver-

einbarung getroffen hätten. Es hat diese Frage verneint. Dabei ist es davon ausgegangen, daß die Unterschrift des Beklagten auf dem Kündigungsschreiben nur die Worte "Ich bestätige den rechtswirksamen Empfang der obigen Ausführungen" decke, weil der Kläger den Zusatz "die ich anerkenne" möglicherweise erst nach der Unterschriftsleistung des Beklagten geschrieben habe.

a) In dem durch die Unterschrift gedeckten Teil des Vermerks erblickt das Berufungsgericht nur eine Empfangsbestätigung, nicht dagegen das Anerkenntnis des Beklagten, dem Kläger auch eine Vergütung für den Firmenwert zu schulden.

Das hält die Revision für rechtsfehlerhaft. Sie hebt darauf ab, daß der Beklagte durch seine Unterschrift nicht etwa den Empfang eines Kündigungsschreibens, sondern den "rechtswirksamen Empfang der obigen Ausführungen" bestätigt habe und erwägt: Hätte der Kläger beabsichtigt gehabt, sich lediglich den Empfang des Schreibens quittieren zu lassen, dann würde er nach aller Erfahrung in dem Vermerk auch nur dies zum Ausdruck gebracht haben. Der Umstand, daß er auf den "rechtswirksamen Empfang der obigen Ausführungen" abgestellt habe, habe diese zum Inhalt der Bestätigung gemacht, sie also in die beabsichtigte Rechtswirkung eingeschlossen. Des umstrittenen Zusatzes hätte es darum gar nicht bedurft.

Diese Überlegung ist nicht zwingend und läuft daher auf einen unzulässigen Angriff gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts hinaus.

b) Des weiteren meint die Revision, der Kündigungsbrief sei wie ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu behandeln, zu dem der Beklagte, statt ihm zu widersprechen, geschwiegen habe. Wenigstens aus diesem Grunde müsse er sich daran festhalten lassen, daß der Kläger, wie in dem Kündigungsschreiben erwähnt, auch nach dem Firmenwert abzufinden sei.

Dem kann gleichfalls nicht gefolgt werden.

Der Wortlaut des schriftlichen, fast sechs Jahre vor der Kündigung neu gefaßten Gesellschaftsvertrages stand fest. Er gab die bei seinem Abschluß getroffenen Parteiabreden richtig und vollständig wieder. Die Parteien hatten die für die Abfindung des Ausgeschiedenen maßgeblichen Bestimmungen bis zur Kündigung nicht geändert. Durch den Kläger war mithin am 7. Juli 1964 weder ein Vertragsabschluß noch eine Vertragsänderung zu bestätigen. Davon abgesehen stellte sich das Kündigungsschreiben auch bei isolierter Betrachtung weder seiner Form noch seinem Inhalt nach als kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar (vgl. dazu BGH NJW 1965, 965). Es enthält vielmehr neben der Kündigung nur eine Erklärung des Klägers darüber, welche Folgen diese Kündigung seiner Meinung nach gemäß dem Gesellschaftsvertrag haben werde und welche weiteren Folgerungen er zu ziehen gedenke.

Auf ein solches Schreiben ist der in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Grundsatz, daß Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Zustimmung zu der bestätigten Vertragsfassung gilt, nicht übertragbar.

c) Auch die besonderen Umstände des vorliegenden Falles, auf die die Revision sich zusätzlich beruft, rechtfertigen nicht die Erwartung, der Beklagte würde widersprechen, wenn er ihm für den Firmenwert nichts zahlen wollte.

Der Beklagte war nicht etwa mit Rücksicht auf sein eigenes früheres Verhalten genötigt, dem Verlangen des Klägers nach einer Vergütung für den Firmenwert zu widersprechen. Das Berufungsgericht hält für möglich, daß der Beklagte bei den Verhandlungen über ein einverständliches Ausscheiden des Klägers erwogen habe, ihm ohne rechtliche Verpflichtung auch für den Firmenwert etwas zu zahlen. Der Beklagte hätte aber selbst in diesem Falle dem Kläger nach dem Scheitern der Bemühungen um ein gütliches Auseinandergehen der Gesellschafter und der daraufhin erfolgten Kündigung nicht zu erklären brauchen, daß er für den Firmenwert nichts mehr zahlen wollte. Bereits aus dem Gesellschaftsvertrag ergab sich, daß er zu einer solchen Zahlung nicht verpflichtet war. Der Kläger könnte den Vertrag insoweit allerdings anders ausgelegt haben. Der Beklagte war jedoch weder nach Treu und Glauben noch auf Grund seiner besonderen gesellschaftlichen Treupflicht gehalten, den Kläger über seinen etwaigen Irrtum aufzuklären. Der Kläger hatte das in seiner Kündigung liegende Risiko, von welchen Werten bei der Ermittlung seines Abfindungsguthabens auszugehen sei, allein zu tragen.

d) Nach alledem läßt sich auch nicht sagen, das Verhalten des Beklagten spreche so sehr für einen Anspruch des Klägers auf Berücksichtigung des Firmenwerts, daß der Beklagte das Nichtbestehen dieses Anspruchs hätte beweisen

müssen. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht von der Beweislast des Klägers ausgegangen ist und dabei auch aus den Aussagen der Zeugen B [REDACTED] und K [REDACTED] keine dem Beklagten nachteiligen Schlüsse gezogen hat.

3. Der Kläger hatte im ersten Rechtszug einige Behauptungen, die möglicherweise für die Entscheidung erheblich gewesen wären, in das Wissen des Stadtmrats S [REDACTED] in K [REDACTED] gestellt. Das Landgericht hat um die Aussagegenehmigung seines Dienstvorgesetzten nachgesucht. Dieser hat die Genehmigung jedoch verweigert. Das hat das Landgericht den Parteivertretern in der mündlichen Verhandlung bekanntgegeben und von der Vernehmung des Zeugen abgesehen. Darauf hat der Kläger in der Berufungsbegründung "nochmals beantragt, ... S [REDACTED] ... als Zeugen zu vernehmen" und hinzugefügt: "Zu diesem Zweck müßte die Aussagegenehmigung des Dienstvorgesetzten ... herbeigeführt werden".

Das Berufungsgericht hat diesem Beweisantrag nicht entsprochen, weil dem Zeugen schon in der ersten Instanz die erbetene Aussagegenehmigung verweigert worden sei.

Darin liegt entgegen der Ansicht der Revision kein Verfahrensfehler.

Nach § 376 Abs. 3 ZPO ist die Aussagegenehmigung "durch das Prozeßgericht" einzuholen. Wie zu verfahren ist, wenn sich der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz befindet und das Gericht der ersten Instanz die Genehmigung zu demselben Beweisthema vergeblich nachgesucht hat, hängt in

erster Linie von der Antwort des Dienstvorgesetzten ab. Hat er die Genehmigung ohne ausdrückliche Beschränkung auf die erste Instanz verweigert, so braucht das Berufungsgericht dem in der Berufungsinstanz wiederholten Beweisantrag nicht stattzugeben, es sei denn, daß Umstände vorliegen oder dargetan werden, wonach mit einer abweichenden Beurteilung durch den Dienstvorgesetzten gerechnet werden kann. Ist das nicht der Fall, so kann das Berufungsgericht es dem Beweisführer überlassen, die Genehmigung im Verwaltungsrechtsweg zu erzwingen.

Hier hatte der Dienstvorgesetzte dem Landgericht geantwortet: "Unter Bezugnahme auf § 70 Abs. 3 des Landesbeamtengesetzes bedauere ich, die erbetene Aussagegenehmigung ... nicht erteilen zu können". Diese Erlaubnisverweigerung galt, wie sich aus der allgemeinen Fassung des Schreibens ergibt, für den gesamten Rechtsstreit. Umstände,

die dafür sprechen, konnten, daß der Dienstvorgesetzte im Falle einer erneuten gerichtlichen Anfrage bereit sein würde, seinen Standpunkt zu überprüfen, sind nicht hervorgetreten.

Dr. Kuhn

Dr. Schulze

Fleck

Stimpel

Dr. Schubath