

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 69/70

URTEIL

Verkündet am
12. Februar 1973
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Käthe W [REDACTED], B [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Fritz S [REDACTED], B [REDACTED],
R [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 14. Januar 1970 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt als Einzelkaufmann eine Fotokopieranstalt. Der Beklagte ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht.

Aufgrund eines im April 1964 geschlossenen "Vorvertrags über einen stillen Gesellschaftsvertrag" beteiligte sich der Beklagte als stiller Gesellschafter mit einer Einlage von 100.000 DM an dem Unternehmen der Klägerin, das am 1. Juli 1964 seinen Geschäftsbetrieb begann. In dem am 3. Mai 1965 unterzeichneten, auf den 1. Juni 1964 zurückdatierten Gesellschaftsvertrag, der den Vorvertrag und eine weitere gesellschaftsvertragliche Vereinbarung vom 1. Juni 1964 ablöste, legten die Parteien fest, daß die Gesellschaft am 31. Mai 1980 endet und sich jeweils um weitere fünf

- 3 -

Jahre verlängert, wenn sie nicht ein Jahr vor dem Ablauf gekündigt wird. Zur Führung der Geschäfte war allein die Klägerin berechtigt. Am Vermögen, Gewinn und Verlust der Gesellschaft sollte die Klägerin zu 1/3, der Beklagte zu 2/3 beteiligt sein.

Die Klägerin hält den zuletzt geschlossenen Gesellschaftsvertrag - wie auch die vorangehenden Vereinbarungen - für sittenwidrig. Sie beanstandet vor allem die Bestimmung Nr. IV 1. des Gesellschaftsvertrages - und die damit übereinstimmenden Klauseln der Vorverträge -, wonach der "Vermögens-, Gewinn- und Verlustanteil" des Beklagten 2/3 beträgt, aber auch die Kündigungsvorschriften, das Konkurrenzverbot und die Nachfolgeregelung. Sie ist der Auffassung, dadurch einseitig und unbillig benachteiligt zu werden.

Landgericht und Oberlandesgericht haben den Antrag der Klägerin festzustellen, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene "Gesellschaftsvertrag einer atypischen stillen Gesellschaft" vom 1. Juni 1964 nichtig sei, abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Feststellungsantrag weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Feststellungsantrag für unbegründet, weil aus dem Vorbringen der Klägerin nicht entnommen werden könne, daß das Vertragswerk der



Parteien auch nur in einem Punkte sittenwidrig sei.
Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision
können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

I. Der erkennende Senat hat in bezug auf die
offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft
ausgesprochen (LM EGBGB (Deutsches intern. Privatrecht)
Art. 7 ff Nr. 31 Bl. 5; LM BGB § 138 (Cd) Nr. 18; vgl.
auch BGH WM 1966, 736 und RG DR 1943, 806 zu der
ähnlichen Frage der Anwendung des § 134 BGB), daß
ein Gesellschaftsvertrag grundsätzlich nur dann nach
§ 138 BGB nichtig ist, wenn der Zweck der Gesellschaft
gegen die guten Sitten verstößt. Für die stille Gesell-
schaft kann nichts anderes gelten; denn auch hier
wird - worauf der Senat in den o. a. Entscheidungen
abgestellt hat - der Gesellschaftsvertrag entscheidend
von dem Zweck bestimmt, zu dem sich die Gesellschafter
verbunden haben.

Der Gesellschaftsvertrag der Parteien könnte des-
halb selbst dann nicht als nichtig angesehen werden,
wenn die Klägerin - wie die Revision meint - durch
einzelne Bestimmungen sittenwidrig geknebelt oder
überevorteilt würde. Der von den Parteien gemeinsam ver-
folgte Zweck besteht hier in dem Betrieb eines Foto-
kopiergeschäftes. Dieser aber kann unter dem Gesichts-
punkt des § 138 BGB nicht beanstandet werden.

II. Aus der Sittenwidrigkeit der von der Revision
angeführten Einzelbestimmungen des Gesellschaftsvertrags
könnte auch unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB nicht

die Nichtigkeit des Gesamtvertrages hergeleitet werden. Davon abgesehen, daß die Parteien vereinbart haben (Nr. X 2 des Gesellschaftsvertrages), die Unwirksamkeit eines Teils des Vertrages solle die Wirksamkeit des Restes nicht berühren, würde sich daraus nur ergeben, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden wären; denn diese Grundsätze gelten uneingeschränkt auch für die stille Gesellschaft (BGHZ 55, 5). Die Gesellschaft der Parteien hätte mithin auch dann rechtswirksam bestanden. Die Klägerin könnte nur geltend machen, sie sei durch Kündigung, die in der Klageerhebung zu sehen wäre, mit Wirkung ex nunc aufgelöst worden.

Eine wortgemäße Auslegung des Klageantrags könnte zu dem Ergebnis führen, daß die Klage auf die Klärung dieser Frage nicht gerichtet ist. Eine derartige Auslegung würde aber dem Streitfall nicht voll gerecht werden. Der Streit der Parteien geht zwar in erster Linie um die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig war. Der Klägerin kommt es aber auch darauf an, das Gesellschaftsverhältnis wenigstens für die Zukunft zu beenden. Das Landgericht hat deshalb zu Recht angenommen, daß die Klägerin nicht nur die Feststellung begehrt, der von den Parteien geschlossene Gesellschaftsvertrag sei - mit Wirkung ex tunc - nichtig, sondern auch festgestellt wissen will, daß ihre gesellschaftsrechtliche Bindung an den Beklagten für die Zukunft beendet sei.

Die Revision kann aber auch unter diesem Gesichtspunkt nicht durchgreifen. Nichtigkeitsgründe bilden zwar stets einen wichtigen Grund zur Auflösung der fehlerhaften Gesellschaft (BGHZ 3, 285, 292). Das Berufungsgericht hat im vorliegenden Falle jedoch zutreffend einen Nichtigkeitstatbestand als nicht gegeben erachtet.

1. Bei der Beurteilung der von der Revision in erster Linie zur Überprüfung gestellten Frage, ob die Einlage und das Beteiligungsverhältnis der Klägerin zu niedrig festgesetzt worden sind und der Gesellschaftsvertrag insoweit gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB), ist davon auszugehen, daß die Gesellschafter sowohl bei der Bewertung ihrer Einlagen als auch bei der Bestimmung des Vermögens-, Gewinn und Verlustanteils grundsätzlich freie Hand haben (vgl. BGHZ 17, 130, 134). Die Grenzen, die § 138 BGB der Vertragsfreiheit setzt, sind nicht schon dann überschritten, wenn die Einlage niedriger als der objektive Verkehrswert bewertet und auf dieser Grundlage das Beteiligungsverhältnis festgelegt worden ist. Dies beurteilt sich vielmehr nach dem Gesamtbild, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände aus Inhalt, Beweggrund und Zweck der getroffenen Vereinbarung ergibt.

Der Sachvortrag der Parteien enthält keine ausreichenden Tatsachen, die unter diesem Gesichtspunkt einen Sittenverstoß ergeben könnten.

a) Entgegen der Auffassung der Revision erscheinen die Einlage der Klägerin (= 20.000 DM) und ihr Beteiligungsverhältnis (= 1/3) nicht schon deshalb als unterbewertet, weil die Klägerin neben Geld- und Sacheinlagen - wie die Revision meint - den das Rückgrat des Unternehmens bildenden Vertrag mit der Agfa-Gevaert AG, einen Kundenstamm, Fachpersonal sowie ihre persönliche Sachkunde und Branchenerfahrung eingebracht habe.

Das Handelsgeschäft der Klägerin hat sich zwar schon innerhalb kurzer Zeit außerordentlich günstig entwickelt. Dies ist unstreitig vor allem der Tüchtigkeit der Klägerin, ihrer Branchenkenntnis und ihren persönlichen Beziehungen zuzuschreiben. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, ihre Einlage und ihr Vermögens- und Gewinnanteil hätten im Hinblick auf § 138 BGB höher festgesetzt werden müssen. Die Frage der Sittenwidrigkeit ist nach den Verhältnissen zu beurteilen, die zu dem Zeitpunkt herrschen, zu dem sich die Parteien rechtlich binden. Bei Abschluß des hier maßgeblichen Vorvertrages vom April 1964 - er legte die Rechte und Pflichten, insbesondere auch das Beteiligungsverhältnis, der Parteien in allen wesentlichen Punkten fest - war aber ein erfolgreicher Verlauf der Geschäfte der neu gegründeten Fotokopieranstalt der Klägerin keineswegs sicher. Es war insbesondere ungewiß, ob es der Klägerin gelingen werde, die persönlichen Beziehungen, die sie zuletzt als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der B. C. GmbH gewonnen hatte,

dem neuen Unternehmen nutzbar zu machen, vor allem den von ihr besonders hoch veranschlagten Kundestamm an sich zu binden. Dies hing nicht allein von der Klägerin, sondern auch von dem Verhalten und den wettbewerblichen Gegenmaßnahmen dieses Unternehmens ab. Es können deshalb keine rechtlichen Bedenken dagegen erhoben werden, daß die Parteien sich im wesentlichen darauf beschränkt haben, nur die von ihnen erbrachten Geld- und Sachwerte, nicht aber die darüber hinaus mit der Tätigkeit der Klägerin verbundenen Chancen, als Einlagen anzuerkennen und zu bewerten.

b) Soweit das Beteiligungsverhältnis in Frage steht, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, daß der Beklagte nicht nur mit $\frac{2}{3}$ am Gewinn beteiligt wurde, sondern in gleichem Umfange auch an einem Verlust teilnehmen sollte. Aus der damaligen Sicht ging er demgemäß ein erhebliches Risiko ein, als er in die neu zu gründende Fotokopieranstalt der Klägerin 100.000 DM einbrachte. Er erlangte zwar die Chance, hohe Gewinne zu erzielen. Bei ungünstiger Entwicklung der Geschäfte mußte er jedoch damit rechnen, für seine Einlage im Ergebnis nicht nur keine Verzinsung zu erlangen, diese vielmehr völlig zu verlieren. Es ist zwar richtig, daß die Klägerin selbst als Inhaberin des Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden unbeschränkt haftete, der Beklagte aber nur bis zum Betrage seiner Einlage. Die Klägerin konnte sich jedoch, wenn und soweit sie persönlich in Anspruch genommen worden wäre, ihrerseits am Geschäftsvermögen schadlos halten. Im Verhältnis der Parteien untereinander

wäre eine persönliche Belastung der Klägerin mit Geschäftsschulden - über die Verlustbeteiligung hinaus - erst in Betracht gekommen, wenn die Einlage des Beklagten durch Verluste aufgezehrt gewesen wäre. Dem Berufungsgericht ist deshalb kein Rechtsfehler vorzuwerfen, wenn es angenommen hat, das Unternehmensrisiko habe "zuvörderst" der Beklagte getragen, und angesichts der dargelegten Risiken in der Festlegung des Vermögens-, Gewinn- und Verlustanteils im Verhältnis $1/3 : 2/3$ keinen Verstoß gegen die guten Sitten gesehen hat.

Erfolglos rügt die Revision, das Beteiligungsverhältnis trage der Tatsache nicht hinreichend Rechnung, daß die Klägerin auch ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt habe. Wie dargelegt, sind bei der Beurteilung der Frage, ob eine anstößige Beteiligungsabrede vorliegt, die Gesamtverhältnisse und damit auch der Umstand zu berücksichtigen, daß der Beklagte mit seiner Kapitaleinlage der Klägerin erst den Aufbau der Fotokopieranstalt ermöglicht und ihr darüber hinaus das Recht auf eine angemessene Vorabvergütung eingeräumt hat. Die Bestimmung Nr. VI 2. des Gesellschaftsvertrages billigt der Klägerin schon im Gründungsstadium eine Vorausvergütung von 1.500 DM monatlich zu und legt darüber hinaus fest, daß dieser Betrag in der Weise erhöht werden soll, daß er "immer in einer gesunden Relation zur Bedeutung und zum Umfang der Tätigkeit und zum Ergebnis des Unternehmens steht". Gegen das für den Beklagten günstige Beteiligungsverhältnis können unter diesen Umständen keine rechtlichen Bedenken erhoben werden.

2. Der Revision mag zuzustimmen sein, daß die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Kündigungsmöglichkeiten des Beklagten und das Konkurrenzverbot der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB nicht unbedenklich erscheinen. Aus der Nichtigkeit dieser Bestimmungen könnte die Klägerin schon deshalb keinen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft herleiten, weil Nr. X 2. des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich festlegt, daß die Unwirksamkeit eines Teils des Vertrages die Wirksamkeit im übrigen unberührt lassen soll. Der hier zum Ausdruck kommende Wille der Gesellschafter steht in Fällen der vorliegenden Art der Anwendung der Norm des § 139 BGB entgegen und nimmt damit der Klägerin die Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag mit der Begründung aus wichtigem Grunde zu kündigen, es liege ein Nichtigkeitstatbestand vor.

3. Daß auch die übrigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht sittenwidrig sind, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt. In-
soweit sind Revisionsrügen auch nicht erhoben.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann Dr. Tidow