

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja

ApothG § 8; BGB §§ 134, 705; HGB § 335

- a) Eine typische stille Beteiligung eines Nichtapothekers an einer Apotheke verstößt dann gegen das Bundesapothekengesetz und ist deshalb nach § 134 BGB nichtig, wenn der Erlaubnisinhaber durch unangemessene wirtschaftliche Bedingungen in eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gebracht wird.
- b) In einem solchen Falle finden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft keine Anwendung.

BGH, Urt.v.24.September 1979 - II ZR 95/78 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

-13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 95/78

URTEIL

Verkündet am
24. September 1979
Kaufmann,
Justizobersekretärin

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Rolf K [REDACTED],
R [REDACTED]-F [REDACTED]-Straße [REDACTED], L [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Carsten M [REDACTED], Apotheker,
Ecke M [REDACTED]straße/S [REDACTED], L [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

13

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 1979 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 5. April 1978 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist approbierter Apotheker. Er betrieb vom 1. Januar 1965 bis Ende 1976 mit dem Beklagten als stillen Gesellschafter in Räumen des "Z[REDACTED]-B[REDACTED]" in L[REDACTED] die Z[REDACTED]-Apotheke. Der Rechtsstreit betrifft die Frage, ob die zwischen den Parteien in diesem Zusammenhange getroffenen Vereinbarungen wirksam sind oder eine Rückabwicklung der Verträge notwendig ist.

Am 22. September 1964 mietete der Kläger von dem inzwischen verstorbenen Vater des Beklagten die Geschäftsräume, in denen schon bisher eine Apotheke betrieben worden war. Am 25. September 1964 schloß er mit dem Beklagten einen Vertrag über die Gründung einer atypischen stillen Gesellschaft zur Führung der Z[REDACTED]-Apotheke.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger brachte danach "als Einlage seine Dienste als Apotheker ein", der Beklagte erbrachte eine Einlage von 117.500 DM. Beide erhielten eine Tätigkeitsvergütung. Am Gewinn und Verlust sollten der Kläger mit 1/10, der Beklagte mit 9/10 beteiligt sein. In der Folgezeit gliederten die Parteien der Apotheke einen Arzneimittelgroßhandel und eine "Cosmetic-Boutique" ein. Die drei Geschäftszweige wurden in den Bilanzen der Gesellschaft als Einheit behandelt.

Nach Streitigkeiten über gleichartige Verträge des Beklagten mit anderen Apothekern und Einschaltung der Apothekerkammer sowie nach Veröffentlichung des Urteils des erkennenden Senats vom 15. November 1971 (II ZR 130/69, LM ApothG § 8 Nr. 1) zur Frage der stillen Beteiligung an einer Apotheke schlossen die Parteien nach längeren Verhandlungen am 1. Oktober 1972 jeweils einen neuen Mietvertrag und einen Gesellschaftsvertrag, nach dem der Beklagte nur noch als "typischer stiller Gesellschafter im Sinne der §§ 335 ff HGB" beteiligt sein sollte. Die Gesellschaft war zum 31. Dezember 1976 kündbar. Vom Gewinn sollten der Kläger und der Beklagte als Gewinnvoraus eine Tätigkeitsvergütung von monatlich 6.000 und 4.000 DM erhalten. Der Restgewinn und ein etwaiger Verlust sollten wiederum im Verhältnis 1/10 : 9/10 verteilt werden.

Mit Schreiben vom 25. November 1975 kündigte der Beklagte den Gesellschaftsvertrag und den Mietvertrag zum 31. Dezember 1976. Der Kläger machte - erstmals mit Schreiben vom 19. Februar 1976 - geltend, daß die Verträge wegen Verstoßes gegen das Bundesapothekengesetz (ApothG) nichtig seien. Am 26. Mai 1976 leistete der

Kläger letztmals aufgrund des Gesellschaftsvertrages eine Zahlung in Höhe von 150.000 DM an den Beklagten. Hiervon hat er ursprünglich einen Teilbetrag von 100.000 DM zurückgefordert und eingeklagt. Der Beklagte hat Widerklage erhoben und seinerseits beantragt, den Kläger zur Zahlung von 100.000 DM (Forderung auf Rückzahlung eines Teils der mit Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses angeblich fälligen Einlage) zu verurteilen. Er ist der Ansicht, die geschlossenen Verträge seien rechtswirksam. Aber auch im Falle der Nichtigkeit könne der Kläger keine Rückzahlung der gezahlten Tätigkeitsvergütung und Gewinnanteile verlangen.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage mit der Begründung abgewiesen, die beiderseits geltend gemachten Ansprüche seien nicht schlüssig dargetan. Auf die Berufung beider Parteien hat das Oberlandesgericht - nachdem der Kläger und vorsorglich auch der Beklagte die beiderseits erbrachten Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen abgerechnet hatten - das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache nach § 539 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge weiter, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben; auf die in der Revisionsbegründung enthaltene Verfahrensrüge aus § 539 ZPO hat er in der mündlichen Verhandlung verzichtet. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist zulässig (vgl. BGHZ 31, 358, 361), aber - nach dem Verzicht auf die Rüge nach § 539 ZPO - nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht die am 1. Oktober 1972 getroffenen Vereinbarungen als einheitliches Vertragswerk angesehen und deren Rechtswirksamkeit verneint. Hierbei hat es offengelassen, ob, wie das Landgericht meint, die beiden Verträge nach ihrem Gesamtbild als Pachtvertrag einzuordnen und demgemäß nach den §§ 9, 12 ApothG nichtig sind. Mit den Vereinbarungen habe jedenfalls das wirtschaftliche Ergebnis einer Apothekenverpachtung erreicht werden sollen. Sie seien deshalb als Umgehung des gesetzlichen Pachtverbotes nichtig.

Damit sei, so führt das Berufungsgericht weiter aus, eine Rückabwicklung der Verträge vom 1. Oktober 1972 nach Bereicherungsgrundsätzen notwendig geworden. Das Landgericht habe dies auch nicht verkannt, es habe jedoch unter Verstoß gegen § 139 ZPO angenommen, die beiderseits geltend gemachten Ansprüche seien nicht schlüssig dargetan. Das Landgericht sei verpflichtet gewesen, in angemessener Form auf die Bedenken hinzuweisen, die den beiderseits erhobenen Zahlungsklagen unter dem Gesichtspunkt der einheitlichen Durchführung des Bereicherungsausgleichs entgegenstünden. Des weiteren habe das Landgericht mittels Erhebung der beiderseits angebotenen Beweise untersuchen müssen, ob der vom Kläger geltend gemachte Rückforderungsanspruch ausgeschlossen sei,

weil er in Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 BGB) oder unter Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten (§ 817 Satz 2 BGB) geleistet habe, oder ob eine Verwirkung in Betracht komme.

Diese Ausführungen halten, soweit sie der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen (§§ 559, 554 ZPO), den Revisionsangriffen im Ergebnis stand. Der Vertrag über die Gründung der stillen Gesellschaft vom 1. Oktober 1972 ist mit der Folge nichtig, daß nicht die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung finden, vielmehr die allgemeinen Nichtigkeitsfolgen eintreten, wonach die aufgrund eines nichtigen Rechtsverhältnisses erbrachten Gegenleistungen nach Bereicherungsgrundsätzen abzurechnen und zurückzugewähren sind. Ob die Nichtigkeit auch den Mietvertrag umfaßt - weil dieser mit dem stillen Gesellschaftsvertrag, wie die Vorinstanzen meinen, untrennbar verbunden ist und die Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit als Pachtvertrag nach §§ 9, 12 ApothG oder als Umgehung eines Verbotsgesetzes zu werten sind - bedarf hier keiner Entscheidung. (Bedenken gegen die Auffassung der Vorinstanzen könnten insoweit deshalb bestehen, weil nach dem Inhalt beider Verträge zwar die stille Gesellschaft mit dem Mietvertrag enden sollte, letzterer aber von dem Bestand des Gesellschaftsverhältnisses unabhängig war.) Denn die Frage, ob auch dieser Teil des Vertragswerkes der Parteien nichtig ist, hat im Ergebnis keinen Einfluß auf die geltend gemachten Zahlungsansprüche; zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der in dem Mietvertrag festgelegte Mietzins dem Gebrauchswert entspricht, der bei der Abrechnung nach Bereicherungsrecht gemäß § 818 BGB als Vorteil des Klägers einzusetzen wäre.

1. Nach dem Urteil des erkennenden Senats vom 15. November 1971 (II ZR 130/69, LM ApothG § 8 Nr. 1) ist davon auszugehen, daß eine stille Beteiligung an einer Apotheke grundsätzlich nicht gegen § 8 - oder andere Bestimmungen - des Apothekengesetzes verstößt, wenn sie sich im Rahmen der gesetzlichen Regelung der §§ 335 ff HGB hält. Nach § 8 ApothG können zwar mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben, und das auch nur dann, wenn alle Gesellschafter im Besitz einer Erlaubnis sind. Ein stilles Gesellschaftsverhältnis mit einem Nichtapotheker hat der Senat aber deshalb als zulässig erachtet, weil es nach dem ApothG insoweit allein darauf ankommt, daß der Betrieb der Apotheke in der Hand von (approbierten) Apothekern liegt, der typische stille Gesellschafter aber das Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers nicht mitbetreibt. Nach § 335 HGB betreibt das Handelsgewerbe allein der Geschäftsinhaber. Eine stille Beteiligung ist deshalb regelmäßig - gemessen am Sinn und Zweck der Vorschriften des ApothG, nach denen die Ordnungsmäßigkeit der Arzneimittelversorgung durch qualifizierte Betriebsinhaber gewährleistet werden soll - apothekenrechtlich "neutral". Daraus folgt jedoch nicht, wie die Revision meint, daß ein stiller Gesellschaftsvertrag in allen Fällen, in denen er ganz an den §§ 335 ff HGB ausgerichtet ist, in dem dargelegten Sinne "neutral" ist. Das Apothekengesetz (§ 7) verpflichtet den Erlaubnisinhaber zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Diese Voraussetzungen sind nicht schon dann erfüllt, wenn er alle wesentlichen Entscheidungen trifft und den Betrieb, soweit er nicht unmittelbar tätig

wird, laufend überwacht. Seine berufliche Verantwortlichkeit und Entscheidungsfreiheit darf auch nicht mittelbar - durch unangemessene wirtschaftliche Bedingungen - mit der Folge beeinträchtigt werden, daß die Gefahr begründet wird, er werde seine gesetzliche öffentliche Aufgabe, eigenverantwortlich an der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung mitzuwirken, nicht mehr sachgerecht erfüllen (§§ 1, 7, 9 Abs. 2 Satz 2 ApothG).

Der erkennende Senat hat in dem erwähnten Urteil vom 15. November 1971 die hier entscheidende Frage offengelassen, ob Gewinnverteilungsabreden diese apothekenrechtlichen Grundsätze verletzen und deshalb nichtig sein können. Sie ist zu bejahen:

a) Aus Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschriften der §§ 1, 7, 8, 9 ApothG ergibt sich, daß der Nichtigkeitsstatbestand jedenfalls dann gegeben wäre, wenn der stille Gesellschafter einen Einfluß auf die Betriebsführung hätte. Der Erlaubnisinhaber kann aber auch dadurch in der Führung der Apotheke und der Erfüllung der für die Volksgesundheit wichtigen Aufgabe (vgl. BVerfGE 17, 232, 239 f) in einer - gemessen am Sinn und Zweck dieser Vorschriften - nicht mehr hinnehmbaren Weise behindert werden, daß er in eine wirtschaftliche Abhängigkeit gebracht wird. Sie kann in gleicher Weise wie ein Weisungsrecht oder ein sonstiges unmittelbares Eingriffsrecht dazu führen, daß die Erfüllung der mit der Erlaubnis verbundenen Pflicht, die Apotheke persönlich und eigenverantwortlich zu leiten, nicht mehr gewährleistet ist.

Ob dies allgemein schon dann bejaht werden kann, wenn dem stillen Gesellschafter eine überhöhte Gewinnbeteiligung eingeräumt wird, bedarf hier keiner Entscheidung. Im vorliegenden Falle ist der Gewinnverteilungsschlüssel so extrem zu Lasten des Apothekers gestaltet worden, daß diese Voraussetzungen als gegeben angesehen werden müssen. Nach § 11 des Gesellschaftsvertrages erhält der Kläger neben einem Gewinnvoraus (Tätigkeitsvergütung) in einer Höhe, die monatlich nur 2.000 DM (nach einer im Jahre 1973 vorgenommenen Änderung 2.500 DM) über dem des Beklagten liegt, 10 % des Jahresgewinnes, der Beklagte aber 90 %. Eine derart einseitig zugunsten des stillen Gesellschafters gestaltete Gewinnverteilungsabrede führt zu einer so weitgehenden Einengung der wirtschaftlichen und persönlichen Bewegungsfreiheit, daß grundsätzlich - sofern nicht besondere Tatsachen eine andere Beurteilung erfordern - angenommen werden muß, daß die Freiheit des Apothekers, im Rahmen der Leitung der Apotheke die insbesondere zur Erfüllung der für die Volksgesundheit wichtigen Aufgaben notwendigen Entscheidungen eigenständig und eigenverantwortlich zu treffen, wesentlich beeinträchtigt ist. Sie bringt den Apotheker in eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit, daß von einer persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung (§ 7 ApothG) nicht mehr gesprochen werden kann. Der stille Gesellschafter macht sich damit die Arbeitskraft des Erlaubnisinhabers in weitgehendem Umfange dienstbar und stellt damit dessen persönliche und wirtschaftliche Entschließungsfreiheit in Frage. Der individuelle Spielraum, der dem einzelnen bei der Entscheidung darüber verbleibt, in welcher Weise und in welchem Umfange er seine Arbeitskraft und seine geisti-

gen Fähigkeiten einsetzt, wird in nicht unwesentlichem Umfange davon bestimmt, in welchem Maße ihm die Früchte seiner Arbeit zugute kommen. Auch der Anreiz, der daraus entsteht, daß dem Apotheker der Lohn seiner Tätigkeit jedenfalls in nicht unwesentlichem Umfange selbst zukommt, und der die Eigenverantwortlichkeit stärkt, geht in weitem Maße verloren, wenn 90 % der Früchte seiner Arbeit an ihm vorübergehen. Damit wird nicht nur die Gefahr begründet, daß der Apotheker seine Arbeitskraft nicht mehr voll dem Unternehmen zur Verfügung stellt, sondern auch den tragenden Grundsätzen des ApothG zuwider das öffentliche Interesse an einer ordnungs- und sachgemäßen Arzneimittelversorgung verletzt.

b) Die Revision meint, gemessen an den vom Beklagten erbrachten Leistungen (Verschaffung des Startkapitals, Bereitstellung der laufend benötigten Geldmittel, Mitübernahme des Geschäftsrisikos) könne die Gewinnverteilung nicht als unangemessen bezeichnet werden; der Kläger habe stets angemessene Einkünfte erzielt. Dem kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil diese Leistungen zu einem Teil ohne Bedeutung sind und im übrigen jedenfalls kein solches Gewicht haben, daß die mit einer 90 %igen Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters für den Geschäftsinhaber verbundene Schwächung der beruflichen Verantwortlichkeit und wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit gerechtfertigt werden könnte. Die Leistungen stellen demgemäß auch keine außerordentlichen Umstände dar, die der vorstehend dargelegten für den Regelfall gültigen Beurteilung die Grundlage entziehen könnte.

Der Beklagte hat aufgrund des Vertrages vom 25. September 1964 lediglich eine Bareinlage von 117.500 DM erbracht, die dazu diente, die Apothekeneinrichtung und den Warenbestand des Vorgängers zu übernehmen und neue Waren einzukaufen. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 1. Oktober 1972 war er einerseits zur Leistung einer Bareinlage von 500.000 DM verpflichtet (§ 3 Nr. 2) andererseits aber berechtigt, die Einlage bei Bedarf zu verändern (§ 3 Nr. 3). Die Bilanzen der Jahre 1972 bis 1974, die von den jetzigen Auseinandersetzungen der Parteien noch nicht beeinflußt sind, weisen neben einem Einlagenkonto von 117.500 DM aus, daß auf dem Sonderkonto des Beklagten trotz hoher Entnahmen folgende Beträge standen: 1. Januar 1972 = 812.000 DM, 31. Dezember 1972 = 720.000 DM, 31. Dezember 1973 = 517.000 DM, 31. Dezember 1974 = 291.000 DM. Demgegenüber fiel das Kapitalkonto des Klägers praktisch nicht ins Gewicht; er hat seine Gewinne im wesentlichen entnommen.

Dem standen folgende Gewinngutschriften gegenüber:

Bilanz zum		Kläger	Beklagter
31. 12. 1972	Tätigkeitsvergütung	64.000 DM	40.000 DM
	Restgewinn	<u>39.322 DM</u>	<u>353.903 DM</u>
	Gesamtgewinn	103.322 DM	393.903 DM
31. 12. 1973	Tätigkeitsvergütung	80.000 DM	48.000 DM
	Restgewinn	<u>31.490 DM</u>	<u>283.417 DM</u>
	Gesamtgewinn	111.490 DM	331.417 DM
31. 12. 1974	Tätigkeitsvergütung	78.000 DM	48.000 DM
	Restgewinn	<u>47.251 DM</u>	<u>425.260 DM</u>
	Gesamtgewinn	125.251 DM	473.260 DM

Für den im vorliegenden Falle entscheidenden Gesellschaftsvertrag vom 1. Oktober 1972 bedeutet dies, daß das von der Revision zur Rechtfertigung der ungewöhnlichen Gewinnverteilungsabrede herangezogene Risiko für den Beklagten von Anfang an keine Bedeutung hatte. Das zur Verfügung gestellte Kapital war zwar nicht unerheblich. Seine Bedeutung darf aber deshalb nicht überbewertet werden, weil in der Zeit, in der der Beklagte größere Mittel stehen ließ, das Unternehmen auch in größerem Umfange flüssige Mittel aufzuweisen hatte. Die Bank- und Kassenkonten wiesen zum 31. Dezember 1972 und 31. Dezember 1973 einen Aktivsaldo von 95.000 und 120.000 DM auf. Lediglich zum 31. Dezember 1974 war insoweit ein Passivsaldo von 60.000 DM zu verzeichnen; in diesem Jahre hatte sich andererseits das Sonderkonto des Beklagten auf 291.000 DM vermindert.

2. Der Gesellschaftsvertrag war nach alledem seinem Inhalte nach auf die Verwirklichung eines gesetzwidrigen Tatbestandes gerichtet. Er leidet deshalb an einem solchen Mangel, daß nicht die Rechtsgrundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung finden, sondern nach § 134 BGB seine Gesamtnichtigkeit mit der Folge anzunehmen ist, daß der allgemeine Grundsatz gilt, wonach das Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig zu behandeln ist und daher die erbrachten gegenseitigen Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen abzurechnen und zurückzugewähren sind.

Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat (vgl. BGHZ 62, 234, 241 m.w.N.), findet die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft unter anderem da

ihre Grenze, wo gewichtige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag aufgrund der Vorschrift des § 134 BGB nichtig ist. "Die Rechtsordnung kann nicht ein von ihr verbotenes und für nichtig erklärtes Rechtsverhältnis anerkennen, das laufend neue Rechte und Pflichten begründet. Hier verdient die fehlerhafte Gesellschaft grundsätzlich keinen Bestandschutz; das Interesse der Gesellschafter an der Anerkennung des von ihnen gewollten und tatsächlich begründeten Zustandes muß gegenüber den entgegenstehenden Belangen der Allgemeinheit zurücktreten" (BGHZ 62, 234, 241).

Stimpel

Dr.Schulze

Dr.Bauer

Dr.Kellermann

Bundschuh