

3

9

Nachschlagewerk: ja  
Amtliche Sammlung: nein

HGB § 105 Abs. 2; BGB §§ 705, 127

Wird in einer offenen Handelsgesellschaft vorbehalt- und widerspruchslos über zwanzig Jahre lang der Gewinn nach einem bestimmten vom Gesellschaftsvertrag abweichenden Schlüssel verteilt, so besteht eine tatsächliche Vermutung, daß die Gesellschafter insoweit den Gesellschaftsvertrag - auch unter Verzicht auf eine vertraglich für Änderungen vorgesehene Schriftform - abgeändert haben. Deshalb muß ein Gesellschafter, der sich auf den im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag bestimmten Gewinnverteilungsschlüssel beruft, Tatsachen dartun und beweisen, aus denen sich ergibt, daß die Gesellschafter trotz der langjährigen anderweiten Handhabung den Vertrag nicht abändern wollten.

BGH, Urt. v. 17. Januar 1966 - II ZR 8/64 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

9

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 8/64

## URTEIL

Verkündet am  
17. Januar 1966  
Heil,  
Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Brunhilde F [REDACTED] - R [REDACTED], B [REDACTED]  
M [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Kauffrau Anna R [REDACTED], D [REDACTED]  
[REDACTED]straße [REDACTED],

2. den Kaufmann Hans R [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

-2-

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Fleck, Dr. Schulze und Stimpel für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 14. November 1963 aufgehoben. Auf ihre Berufung wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Düsseldorf vom 20. November 1962 abgeändert.

Es wird festgestellt, daß die Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftern der OHG Dampfmolkerei Otto Riemann, Düsseldorf,  
für die Klägerin 35 %,  
für die Beklagte zu 1 35 % und  
für den Beklagten zu 2 30 %  
des - nach Verzinsung der Kapitalkonten mit 5 % verbleibenden - jährlich durch die Bilanz ausgewiesenen Gewinns beträgt.

Die Kosten des Rechtsstreits fallen den Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die Parteien sind persönlich haftende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Diese Gesellschaft hatte im Jahre 1935 Otto R. sen. gegründet, indem er seine Söhne Otto R. jun., den Ehemann der Klägerin, und Hans R. den Beklagten zu 2, in sein Einzelhandelsgeschäft aufnahm. Otto R. jun. ist für tot erklärt worden. An dessen Stelle ist die Klägerin und an die Stelle des im Jahre 1954 verstorbenen Otto R. sen. dessen hochbetagte Witwe, die Beklagte zu 1, getreten.

Die Parteien streiten über den für die Gesellschaft verbindlichen Gewinnverteilungsschlüssel. Nach § 8 des Gesellschaftsvertrages vom 31. Januar 1935 sind vom Jahresgewinn zunächst die Kapitalkonten mit 5 % zu verzinsen. Von dem danach verbleibenden Gewinn sollten der Gesellschafter Otto R. sen. 50 %, Otto R. jun. 25 % und Hans R. 25 % erhalten. Nach § 14 sollen ferner mündliche Vereinbarungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern keine Gültigkeit haben und Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages der schriftlichen Form bedürfen.

Bis 1937 wurde der im Gesellschaftsvertrag bestimmte Gewinnverteilungsschlüssel eingehalten. Während der dann folgenden Militärdienstzeit des Beklagten zu 2 erhielt dieser nur 12,5 %, Otto R. jun. dagegen 37,5 % des Gewinns. Im Jahre 1939 wurde der Gewinn wieder im alten Verhältnis 50 : 25 : 25 verteilt. Seit 1940 haben Otto R. sen. und später an seiner Stelle die Beklagte zu 1 stets 35 %, Otto R. jun. und später die Klägerin ebenfalls 35 % und der Beklagte zu 2 30 % des Gewinns erhalten.

Die Beklagten vertreten den Standpunkt, daß über die vom Vertrage abweichende Gewinnverteilung immer nur Otto R. sen. einseitig verfügt habe. Dieser habe die Gesellschaft beherrscht. Seine Söhne hätten hingenommen, was er angeordnet habe. Eine verbindliche Abänderung des Gesellschaftsvertrages sei zu keiner Zeit vereinbart worden. Die Beklagten berufen sich daher jetzt wieder auf den alten Gewinnverteilungsschlüssel (50 : 25 : 25), wie er im Vertrag festgelegt worden ist.

Die Klägerin vertritt demgegenüber die Auffassung, daß die seit 1940 gehandhabte Gewinnverteilung im Verhältnis 35 : 35 : 30 Vertragsinhalt geworden sei. Ihren Antrag, diesen Schlüssel durch Urteil als verbindlich festzustellen, haben Land- und Oberlandesgericht abgewiesen. Mit der Revision, die die Beklagten zurückzuweisen beantragen, verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die früheren und derzeitigen Gesellschafter der jetzt von den Parteien gebildeten offenen Handelsgesellschaft die Gewinne - vom Gesellschaftsvertrag abweichend - über einen Zeitraum von mehr als zwanzig Jahren hinweg stets in der Weise verteilt haben, wie es die Klägerin mit der vorliegenden Klage (als auch für die Zukunft verbindlich) festgestellt haben will. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß keiner der Gesellschafter jemals dieser Gewinnverteilung widersprochen hat. Weder Otto R. sen. noch ein Mitgesellschafter hat bis zum Ausbruch des Streits der Parteien jemals seiner Zustimmung zur jährlichen Gewinnverteilung den Vorbehalt hinzugefügt, dieser Verteilungs-

schlüssel solle nur vorübergehend oder begrenzt gültig sein. Unstreitig ist auch der Inhalt des Schreibens des Abwesenheitspflegers Otto R. jun., des Rechtsanwalts Dr. Schiller, an die Klägerin aus dem Jahre 1947. Danach haben Otto R. sen. und der Beklagte zu 2 in einer vorangegangenen Gesellschafterversammlung dem ersichtlich um die Klärung der Rechtsansprüche seines Pfleglings bemühten Dr. S. erklärt, die Gewinne würden abweichend vom Gesellschaftsvertrag im Verhältnis 35 : 35 : 30 verteilt. Sie haben nichts hinzugesetzt, was auf die Unverbindlichkeit dieser Regelung für die Zukunft hingedeutet hätte. Nach dem Parteivortrag haben schließlich auch die Steuerberater und Wirtschaftsprüfer der Gesellschaft nur diesen Gewinnverteilungsschlüssel und keine Vorbehalte gekannt.

Unter diesen Umständen kann es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf ankommen, ob die Klägerin das Zustandekommen eines bestimmten (ausdrücklich oder schlüssig erklärten) Gesellschafterbeschlusses über die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels noch näher dargelegt und bewiesen hat.

Es wäre schlechthin ungewöhnlich, würden die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft mehr als zwanzig Jahre lang einen dem Vertrag widersprechenden Verteilungsschlüssel vorbehaltlos anwenden, ohne diesem früher oder später Verbindlichkeit zumessen zu wollen. Eine jahrelang vertraglich unregelte, nicht für die Zukunft gültige Gewinnverteilung kann erfahrungsgemäß kaufmännisch kaum je gewollt sein; denn sie könnte weder für die gesellschaftlichen noch für die damit zusammenhängenden persönlichen Zukunftsplanungen der Gesellschafter eine Grundlage bieten.

Einer ruhigen, von Auseinandersetzungen freien Entwicklung des innergesellschaftlichen Lebens widerspräche es, auf die Dauer den Gewinn in einer Weise zu verteilen, die nicht den Boden einer vertraglichen Grundlage hätte. Auch den Interessen der Mitglieder einer Familiengesellschaft steht in aller Regel entgegen, für längere Zeit nach vertraglosen und ungewissen Grundsätzen die Gewinnverteilung zu handhaben. Die Annahme, in der Gesellschaft der Parteien könnte die Verteilung des Gewinns zwanzig Jahre hindurch gewolltermaßen unverbindlich gewesen sein, widerspricht daher einem feststehenden Erfahrungssatz des Gesellschaftsrechts. Die Lebenserfahrung spricht im Gegenteil in entscheidender Weise dafür, daß eine derart lange tatsächliche Übung im Laufe der Zeit auch eine feste vertragliche Grundlage gefunden hat.

Dem muß auch die rechtliche Beurteilung des Gesellschaftsverhältnisses der Parteien gerecht werden, wenn die Frage, ob und wann ein vertragsändernder Gesellschafterbeschuß über den Gewinnverteilungsschlüssel ergangen ist, nur deshalb nicht eindeutig beantwortet werden kann, weil die maßgeblichen Vorgänge weit zurückliegen, zwei der beteiligten Gesellschafter nicht mehr am Leben sind und die Aufklärung daran scheitert. Dies führt zu dem Rechtssatz, daß eine zwar widerlegbare, aber die Darlegungs- und Beweislast umkehrende tatsächliche Vermutung besteht, die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft werden den Verteilungsschlüssel - auch unter Verzicht auf die im Vertrag für Vertragsänderungen vorgesehene Schriftform - insoweit verbindlich abgeändert haben, als sie vorbehalt- und widerspruchlos über mehr als zwanzig Jahre den Gewinn nach einem bestimmten vom Gesellschaftsvertrag abweichenden Schlüssel verteilt haben. Dieser Rechtssatz hat den Vorrang vor dem allgemeinen Grundsatz, wonach in der Regel derjenige, der sich auf die Abänderung eines schriftlichen

Vertrages beruft, die nicht in der vorgesehenen Schriftform vollzogen worden ist, im Prozeß dartun und beweisen muß, daß die Vertragsänderung und die Nichtbeachtung der Schriftform gewollt und vereinbart worden ist.

Das Berufungsgericht durfte daher die Klage auf Feststellung der Verbindlichkeit des tatsächlich angewandten Verteilungsschlüssels 35 : 35 : 30 nicht mit der Begründung abweisen, schon aus dem eigenen Vortrag der Klägerin ergäbe sich nicht sicher genug, ob die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag vom 31. Januar 1935 hinsichtlich der Gewinnverteilung für die Dauer wirksam abgeändert haben. Die Beklagten stellen sich zu der seit 1940 in der Gesellschaft bestehenden tatsächlichen Übung in Gegensatz und wollen sich demgegenüber auf den Vertrag vom Jahre 1935 berufen. Es wäre daher ihre Sache gewesen, bestimmte Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich ergeben hätte, daß die Gesellschafter trotz der langjährig unangefochtenen, vom Vertrag abweichenden Handhabung die Gewinnverteilungsklausel des Vertrages nicht auf Dauer abändern wollten.

Solche Tatsachen haben die Beklagten nicht darzutun vermocht. Daß die Änderung der Gewinnverteilung nur jeweils Jahr für Jahr neu beschlossen worden wäre - was gegen die Dauerregelung gesprochen hätte - , haben sie nicht behauptet. Hat Otto R. sen. eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft gehabt und haben sich seine Söhne seinen Anordnungen "gebeugt" und damit auch den ab 1940 angewandten Verteilungsschlüssel hingenommen, so ergibt das nicht, daß sie damit nicht einverstanden gewesen wären. Für die Gewinnverteilung seit 1940 liegt ein mangelndes Einverständnis der Söhne ohnehin fern, weil

diese nur begünstigt worden sind - und das um so eindeutiger, wenn das für alle Zukunft gelten sollte. Die Tatsache, daß Otto Riemann sen. seine Söhne entsprechend ihrem zunehmenden Hineinwachsen ins Geschäft auch zunehmend finanziell beteiligen wollte, spricht für die Verbindlichkeit der tatsächlich angewandten Gewinnverteilung. Für diese spricht auch, daß es bei der bisherigen Gewinnverteilung blieb, als sich Otto R. sen. etwa ab 1952 aus der Geschäftsführung zurückzog. Hätten Otto R. sen. und der Beklagte zu 2 das Verteilungsverhältnis 35 : 35 : 30 nicht für verbindlich und den Vertrag als maßgebend betrachtet, wäre es unverständlich, wenn sie das im Jahre 1947 dem Rechtsanwalt Dr. S., der sich für die Zukunft an ihre Erklärungen halten wollte, nicht unzweideutig gesagt hätten. Im übrigen haben die Beklagten im wesentlichen nur jeden vertragsändernden Willen der Gesellschafter ohne ausreichende weitere Substantiierung bestritten und einen Gesellschafterbeschuß in Abrede gestellt. Ihr Vortrag enthält nach alledem keine erheblichen Tatsachen, die entscheidend gegen das Zustandekommen einer Vertragsänderung sprächen. Damit haben sie aber ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht in dem Maße genügt, um die für die Klägerin streitende tatsächliche Vermutung auszuräumen, daß der Vertrag im Laufe der mehr als zwanzig Jahre in rechtsgeschäftlich-verbindlicher Weise geändert worden ist.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht damit, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf, die Verbindlichkeit der Gewinnverteilung im Verhältnis 35 : 35 : 30 für die Gesellschaft der Parteien auch für die Zukunft fest. Auf die Anfechtungserklärung der Beklagten kommt es schon deshalb nicht an, weil sie die Anfechtung erst am 27. August 1963, also fast ein Jahr,

nachdem die Klägerin die vorliegende Klage erhoben hatte, und damit nicht unverzüglich (§§ 119, 121 BGB) erklärt haben.

Auf die Revision der Klägerin war infolgedessen das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben und auf ihre Berufung unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die von ihr begehrte Feststellung auszusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 91 ZPO.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Schulze

Fleck

Stempel