

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB. §§ 2169, 2170

Zu den Voraussetzungen eines Verschaffungsvermächtnisses,
das sich auf einen Anteil an einer Erwerbsgesellschaft
bezieht.

BGH, Urt.v. 3. November 1982 - IVa ZR 47/81 OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 47/81

URTEIL

Verkündet am

3. November 1982

Hellmann

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Apothekerin Brigitte H- H-, B-straße -, B-,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. -
und -

Streithelfer:

Dr. Herbert J-, M-straße -, H-,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt -, -
II. Instanz: -

g e g e n

die Hausfrau Dietlinde M- H- geb. H-, B-straße
, K- 1,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. -
und -

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1982 durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 21. Januar 1981 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Der Streithelfer trägt seine eigenen Kosten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Schwestern. Sie streiten darüber, ob die Beklagte einen Teil des Jahresgewinnes, den sie aus einem Apothekenbetrieb erzielt, nach dem Testament ihrer Mutter (Erblasserin) an die Klägerin auszuzahlen hat.

Die schon von den Großeltern der Parteien betriebene Apotheke hatte der Vater der Parteien aufgrund eines Vertrages vom 10. Juni 1961 in der Rechtsform einer oHG gemeinsam mit seinem Bruder betrieben. Der Sohn dieses



Bruders und die Beklagte haben den Apothekerberuf ergriffen. Zugunsten dieser beiden Kinder der Gesellschafter enthielten die §§ 4 und 5 des oHG-Vertrages Eintritts- bzw. Nachfolgeklauseln, während die Witwen der Gesellschafter mit den ererbten Kapitalanteilen nur stille Gesellschafter werden sollten.

Der Vater der Parteien starb am 19. Februar 1965. Sein Testament vom 2. Juli 1961 bestimmte seine Witwe, die Mutter der Parteien, zur Alleinerbin. Ferner wurde darin der Beklagten für die Dauer ihrer Tätigkeit in der Apotheke nach dem Tod ihres Vaters "eine nicht anrechenbare Vorentnahme in Höhe eines Verwaltergehaltes" zugestanden. Die Beklagte wollte 1965 noch nicht in die Gesellschaft eintreten. Deshalb schloß der Bruder des Vaters zur Fortführung der Apotheke mit der Erblasserin den Vertrag vom 26. Juli 1966. Danach wurde diese stille Gesellschafterin. Auch dieser Vertrag enthielt Eintritts- bzw. Nachfolgeklauseln.

Die Erblasserin starb am 5. Dezember 1973. In ihrem notariellen Testament vom 30. Januar 1973 setzte sie ihre beiden Töchter, die Parteien, zu gleichen Teilen als Erben und den Ehemann der Klägerin, einen Rechtsanwalt, als Testamentsvollstrecker ein. Weiter bestimmte sie u.a.:

"3. a) ...

- b) Ich ... ordne ... an, daß meine Kinder ... den zum Nachlaß gehörenden Gesellschaftsanteil an der ... Apotheke nicht an Außenstehende veräußern ... dürfen
- c) Entschließt sich (die Beklagte) von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch zu machen und als

tätige Gesellschafterin in die Gesellschaft einzutreten, so soll sie vorab aus dem Gewinnanteil ... allein für sich einen Betrag erhalten, wie ihn der andere Gesellschafter erhält; der verbleibende Gewinn soll dann hälftig zwischen meinen Kindern geteilt werden."

Zum 1. Januar 1976 erklärte die Beklagte ihren Eintritt in die Apotheke. Seitdem wird die Apotheke wieder in der Rechtsform einer oHG betrieben und zwar zunächst von der Beklagten und ihrem Onkel und seit Juli 1978 von der Beklagten und ihrem Vetter, während der Onkel die Stellung eines stillen Gesellschafters übernommen hat.

Die Klägerin verlangt Zahlung von 25.947,28 DM. Das ist die Hälfte des auf ihren Stamm für 1976 entfallenden Apothekengewinns, nachdem davon der in der Bilanz für dieses Jahr mit 72.000,- DM für die Geschäftsführung der Beklagten ausgewiesene Betrag abgezogen ist.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihre Ansicht weiter, daß die auf den Apothekengewinn bezogene Verfügung der Erblasserin nicht wirksam sei.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat die Anordnung der Erblasserin zur Gewinnverteilung als wirksames Vermächtnis zugun-

sten der Klägerin angesehen. Dagegen bestehen jedenfalls im Ergebnis keine rechtlichen Bedenken.

1. Der von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsanspruch bezieht sich auf den Gewinn, den die Beklagte im Jahre 1976 aus ihrem Gesellschaftsanteil an der seit Beginn dieses Jahres in der Rechtsform einer oHG betriebenen Apotheke erzielt hat.

a) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Gewinnverteilungsanordnung der Erblasserin ein bis zum Eintritt der Beklagten als tätige Gesellschafterin aufschiebend bedingtes (§ 2177 BGB) Verschaffungsvermächtnis. Das Berufungsgericht geht davon aus, die Rechtsstellung der Beklagten als Gesellschafterin der Apotheken-oHG beruhe auf einem echten Vertrag zugunsten Dritter, weil sie durch § 4 des oHG-Vertrages vom 10. Juni 1961 ebenso wie durch §§ 8 und 9 des Gesellschaftsvertrages vom 26. Juli 1966 das Recht erlangt habe, als tätige Gesellschafterin einzutreten und bei gleichzeitiger Beendigung der stillen Gesellschaft das Einlagekonto aus der stillen Beteiligung als Kapitalkonto zu übernehmen. Dieser Erwägung stimmen beide Parteien in der Revisionsinstanz ausdrücklich mit der Folgerung zu, der Gesellschaftsanteil der Beklagten stamme nicht aus den Nachlässen ihrer Eltern, sondern sei von der Beklagten originär durch ihren Eintritt begründet worden; die stille Beteiligung der Erblasserin und dann ihrer Erben sei durch die Ausübung des Eintrittsrechts auflösend bedingt gewesen.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob der vom Berufungsgericht gewählten Konstruktion eines echten Vertrages

zugunsten der Beklagten gefolgt werden kann, oder ob die Beklagte ihre Rechtsstellung bezüglich der Apothekenbeteiligung kraft Erbrechts aus dem Nachlaß ihres Vaters (vgl. BGHZ 68, 225 und Urteil vom 29. September 1977 - II ZR 214/75 - WM 1977, 1323 = NJW 1978, 264) oder ihrer Mutter erhalten hat. In jedem dieser Fälle hat die Klägerin nach dem Testament der Erblasserin einen Anspruch (§ 2174 BGB) auf Auszahlung des streitigen Gewinnanteiles, da ihr ein nach der Rechtsprechung ohne weiteres zulässiges (BGH Urteile vom 16. Dezember 1968 - III ZR 102/66 - WM 1969, 337, 338 rechts Mitte - und vom 29. September 1977 - II ZR 214/75 - WM 1977, 1323, 1325 links unter aa) "Gewinnvermächtnis" (Beteiligungsvermächtnis) zugewendet worden ist.

c) Gehört die Apothekenbeteiligung nicht zum Nachlaß der Erblasserin, dann ist die Zuwendung zugunsten der Klägerin als Verschaffungsvermächtnis im Sinne von §§ 2170, 2169 Abs. 1 2. Alternat. BGB aufzufassen.

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht bei der Auslegung des Testaments der Erblasserin angenommen, daß diese der Klägerin den Gewinnanteil gerade für den Fall der Nichtzugehörigkeit zum eigenen Nachlaß zuwenden wollte.

Die Bestimmung des § 2169 BGB findet anerkanntermaßen auch dann Anwendung, wenn nicht ein "Gegenstand", sondern andere Rechte vermacht werden (MK-Skibbe, § 2169 Rdn. 3 m.w.N. in Fn. 2; Staudinger/Otte, 12. Aufl. § 2169 Rdn. 4). Ein Verschaffungsvermächtnis liegt gerade dann nahe, wenn der vermachte Gegenstand rechtlich nicht zum

Nachlaß gehört, aber wirtschaftlich in ihm enthalten ist (BayObLGZ 1960, 254, 260; MK-Skibbe, § 2169 Rdn. 10). Ähnlich liegt es hier. "Mit den im Nachlaß steckenden Werten", wie die Revision formuliert, nämlich mit dem jedenfalls zum Nachlaß der Erblasserin gehörenden Apothekengrundstück und der dem Stamm der Parteien zustehenden Apothekenbeteiligung ist der Gewinn zu erwirtschaften. Die Rüge der Revision, mit dem Vermächtnis sei über die persönliche Schaffenskraft des Erben disponiert, geht deshalb fehl.

d) Entgegen der Ansicht der Revision setzt die Annahme eines Verschaffungsvermächtnisses nach dem Wortlaut von § 2169 Abs. 1 2. Alternat. BGB und nach den Auslegungsregeln der Absätze 2 und 3 dieser Bestimmung nicht das Bewußtsein des Erblassers voraus, daß der vermachte Gegenstand nicht zum Nachlaß gehört. Eine solche positive Kenntnis ist nur ein - wenn auch gewichtiges - Indiz für seinen gleichwohl bestehenden Zuwendungswillen (so schon RG HRR 1934 Nr. 815). Entscheidend ist demgemäß die Intensität des Zuwendungswillens, so daß auch bei einem Irrtum über die Rechtslage ein Verschaffungsvermächtnis gegeben sein kann (OLG Celle HEZ 3, 39, 42). Schon deshalb kommt es nicht darauf an, daß die Beklagte das Vorhandensein eines solchen Bewußtseins bei der Erblasserin ausdrücklich bestritten hat und das Berufungsgericht darauf nicht besonders eingegangen ist. Vielmehr genügt es, daß das Berufungsgericht ohne Auslegungsfehler den unbedingten Zuwendungswillen der Erblasserin in Bezug auf den Gewinnanteil dem Testament entnommen hat.

Dieser Auslegung hat das Berufungsurteil die entscheidende Bedeutung für die Annahme eines Verschaffungs-

AL

vermächtnisses zugemessen. Die Erblasserin wollte beide Parteien nach Möglichkeit in jeder Weise gleich behandeln. Sie hat als Nr. 1 ihres Testaments ihre Töchter zu "gleichen Teilen" als Erben eingesetzt und unter Nr. 2 Testamentsvollstreckung angeordnet, um "durch eine gerechte Regelung jeden Streit" über den Nachlaß zu vermeiden. In Nr. 3 Buchst. c) hat sie offensichtlich in der Erwägung, daß durch das "Eintrittsrecht" der Beklagten eine gewisse Bevorzugung eingeräumt war, der Klägerin das Beteiligungsvermächtnis zugewendet, obwohl nach Nr. 5 des Testaments Geldbeträge und sonstige Zuwendungen nicht zur Ausgleichung gebracht werden sollten. Dieses Vermächtnis hat sie angeordnet, nicht ohne das Geschäftsführungsentgelt der Beklagten so hoch wie möglich anzusetzen. Eine solche Regelung war in § 6 des oHG-Vertrages in gewisser Weise schon vorgezeichnet. Nach § 9 Nr. 2 Buchst. a) des Vertrages über die stille Gesellschaft vom 26. Juli 1966 gingen die Vertragsschließenden und damit auch die Erblasserin erkennbar von einer Ausgleichspflicht der Beklagten wegen der ihr vorab zustehenden Apothekenbeteiligung aus.

2. Das der Klägerin zugewendete Vermächtnis ist nicht unwirksam nach § 2171 BGB. Es verstieß nicht gegen das geltende Apothekenrecht.

a) Maßgeblich für die Frage nach der Unwirksamkeit ist das zur Zeit des Eintritts der Beklagten in die Apotheke geltende Apothekenrecht. Bei einem aufschiebend bedingten Vermächtnis nach § 2177 BGB kommt es gemäß dem in § 2171 BGB für entsprechend anwendbar erklärten § 308 Abs. 2 BGB auf den Zustand bei Eintritt der Bedingung an. Damals galt das Gesetz über das Apothekenwesen - ApG vom 20. August 1960 (BGBI I 697). Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes

Über das Apothekenwesen vom 4. August 1980 (BGBl I 1142) ist erst am Tage nach seiner Verkündung in Kraft getreten; es enthält zudem für Beteiligungen im Sinne der Vorschrift seines § 8 Satz 2 eine Übergangsklausel bis zum 1. Januar 1986. Deshalb können die Auswirkungen jener Vorschrift unerörtert bleiben.

b) Das damals geltende ApG machte in § 8 das Betreiben einer Apotheke durch mehrere Personen davon abhängig, daß die Rechtsform einer BGB-Gesellschaft oder einer oHG gewählt wurde und alle Gesellschafter die Apothekenerlaubnis hatten. Nach § 12 waren Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen § 9 verstießen, also Verpachtungen in anderen als dort für zulässig erklärten Fällen betrafen.

Das Vermächtnis läuft diesen Regelungen nicht zuwider. Direkt sind sie ohnehin nicht auf eine im Wege des Vermächtnisses zugewendete Beteiligung am Gewinn einer Apotheke anwendbar. Aber auch der von der Revision offenbar angenommene indirekte Verstoß gegen die genannten Bestimmungen, nämlich ein Umgehungsgeschäft, liegt nicht vor. Vielmehr zeigt gerade der Umstand, daß es als notwendig angesehen wurde, stille Beteiligungen und ähnliche Regelungen zu verbieten, daß solche Beteiligungen bis zum Änderungsgesetz ohne Verstoß gegen geltendes Recht vereinbart werden konnten.

Allerdings geht der Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 3 des Änderungsgesetzes davon aus, daß gewisse Beteiligungen und Vereinbarungen im Sinne von § 8 Satz 2 des heute geltenden Apothekengesetzes auch schon nach dem vor dem 5. August 1980 geltenden Recht unwirksam waren. Art. 2 Abs. 3 des Änderungsgesetzes, der den bestehenden Beteiligungen

und Vereinbarungen eine Übergangsfrist bis zum 1. Januar 1986 einräumt, enthält den auf die genannten Beteiligungen bezogenen Einschub, "die nicht schon wegen der Umgehung der Ziele des Gesetzes unwirksam sind". Mit diesem Einschub ist jedoch über die Art und den Inhalt desjenigen Rechtsgeschäftes, das als Umgehung anzusehen ist, nichts ausgesagt.

c) Ob das der Klägerin zugewendete Vermächtnis wegen der ihr damit eingeräumten lebenslangen Nutzungsberechtigung ein Umgehungsgeschäft ist, muß vielmehr aus dem Sinn und Zweck des bis 1980 geltenden Apothekenrechts entnommen werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Frage, ob ein Beteiligungsvertrag als apothekenrechtlich "neutral" bezeichnet werden konnte, war eine stille oder ähnliche Beteiligung an einer Apotheke jedenfalls dann zulässig, wenn sie sich im Rahmen der gesetzlichen Regelung der §§ 335 ff. HGB hielt, und wenn sie insbesondere den Erlaubnisinhaber nicht durch unangemessene Bedingungen in eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit vom Beteiligten brachte (Urteil vom 15. November 1971 - II ZR 130/69 - NJW 1972, 338; BGHZ 75, 214). Von dieser Rechtsprechung abzuweichen, sieht der Senat keinen Anlaß.

Sie wird durch die Entstehungsgeschichte der Neuregelung bestätigt. 1976 regte der zuständige Bundestagsausschuß an, die stille Gesellschaft und ähnliche Beteiligungen im Apothekenrecht zu verbieten, "da ihre gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten vielfach genutzt werden, um Außenstehenden Einfluß auf die Betriebsführung der Apotheke zu verschaffen und damit die Zielsetzung des Apothekengesetzes zu umgehen" (BT-Drucks. 7/5420

S. 2 unter 2). Auf diese Anregung vom Bundesrat 1978 mit gleicher Begründung hingewiesen, nahm die Bundesregierung eine solche Verbotsvorschrift verbunden mit einer Übergangsfrist in ihren Vorschlag auf (BT-Drucks. 8/1812 S. 11 unter 2, S. 14 zu 2 und S. 17). Erst die erneute Beratung im Ausschuß führte dann zu dem erwähnten Einschub in die Übergangsregelung, ohne daß an der Begründung für die Notwendigkeit des Verbotes etwas geändert wurde (BT-Drucks. 8/3554 S. 12 und S. 14).

Mit Recht hat das Berufungsgericht die der Klägerin durch das Vermächtnis eingeräumte Stellung als einer stillen Beteiligung ähnlich angesehen, die zu keiner Beschränkung der Beklagten in der unabhängigen Leitung der Apotheke führt. Auch insoweit greifen die Revisionsrügen nicht durch. Ob das Fehlen entsprechender Erörterungen im angefochtenen Urteil darauf schließen läßt, das Berufungsgericht habe eine Beteiligung der Klägerin am etwaigen Verlust verneint, erscheint fraglich. Das Berufungsurteil will auf die Beteiligung der Klägerin die bezüglich der stillen Gesellschaft geltenden Grundsätze anwenden, so daß gemäß § 722 Abs. 2 BGB - auch die stille Gesellschaft ist Gesellschaft im Sinne von § 705 BGB - die Verlustbeteiligung gegeben wäre. Das hat die Klägerin auch ausdrücklich anerkannt. Ebenso wird im Verhältnis der Parteien die Klägerin die auf ihren Anteil entfallenden Steuern tragen müssen.

3. Die Revision stellt die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Nachprüfung, soweit die sogenannten Sonderbetriebsausgaben für 1976 nicht berücksichtigt worden sind. Bei diesen Ausgaben handelt es sich vornehmlich um diejenigen Kosten, die der Beklagten in einem von ihr geführten

Prozeß gegen den Testamentsvollstrecker vom Gericht auferlegt worden sind und um der Beklagten persönlich in Rechnung gestellte Steuerberatungskosten. Ohne Rechtsfehler verneint das Berufungsurteil dafür die Abzugsmöglichkeit, weil Ersatzansprüche im Innenverhältnis der Parteien aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben seien. Die übrigen Ausgaben sind nach der zutreffenden Meinung des Berufungsgerichts nicht in substantiierter Weise geltend gemacht worden.

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Rassow

Dr. Zopfs