
Datum: 12.03.2001
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 86/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2001:0312.8U86.00.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 1 O 451/99

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 30. März 2000 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufungsinstanz.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das Urteil beschwert den Kläger um mehr als 60.000 DM.

Tatbestand

1

Im Streit der Parteien sind Ansprüche, deren sich der Kläger gegenüber dem Beklagten im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Spielhalle in I, E-Straße, berührt.

2

Im Jahre 1991 kamen die Parteien überein, in I gemeinsam eine Spielhalle zu betreiben. Dort stand eine Spielhalle zum Verkauf. Am 23.5.91 kam es bei der Deutschen Bank im Wege der Übernahme zum Abschluß eines Darlehensvertrages, der als 1. Kreditnehmer den Kläger und als 2. Kreditnehmer den Beklagten auswies. Es wurde ein Darlehen in Höhe von DM 150.000,- in Anspruch genommen. Verkäufer war der bisherige Betreiber, Herr T.

3

Der Spielbetrieb wurde im August 1991 aufgenommen. In der Spielhalle waren Mitarbeiter tätig. Der Beklagte, der dort zunächst auch tätig war, beendete seine Tätigkeit gegen Ende

4

1991. Der Kläger führte die Geschäfte fort. Nach seinen Angaben stellte er den Betrieb Ende April 1992 endgültig ein.	
Der Kläger führte den in Anspruch genommenen Kredit aus eigenen Mitteln bis November 1992 zurück.	5
Der Kläger hat den Beklagten im Jahre 1993 auf hälftigen Ausgleich hinsichtlich des Darlehens in Anspruch genommen. Die in dem Rechtsstreit 1 0 322/93 Landgericht Bochum erhobene Klage hat er im Termin vom 5.10.93 zurückgenommen.	6
Mit Schreiben vom 6.4.99 kündigte der Kläger die mit dem Beklagten "bestehende" Gesellschaft bürgerlichen Rechts, überreichte Bilanzen aus den Jahren 1991 und 1992 und forderte Zahlung eines hälftigen Verlustanteils in Höhe von 96.873 DM bis spätestens zum 15.4.99.	7
Zum Gegenstand der seit dem 11. Oktober 1999 anhängigen Klage hat der Kläger einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 94.447,50 TDM gemacht.	8
Der Kläger hat beantragt,	9
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 94.447,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11.6.99 zu zahlen.	10
Die Beklagte hat beantragt,	11
die Klage abzuweisen.	12
Der Beklagte hat vorgetragen, die Parteien hätten die Spielhalle nur ca. sechs bis acht Wochen zusammen betrieben. Er sei nach Meinungsverschiedenheiten einvernehmlich aus der Gesellschaft ausgeschieden. Der Kläger habe Aktiva und Passiva und die Darlehnsregulierung übernommen.	13
Das Landgericht hat mit dem Urteil vom 30. März 2000 die Klage abgewiesen. Auf das Urteil wird Bezug genommen (Blatt 84-86).	14
Gegen das Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er den Zahlungsanspruch in Höhe von DM 90.152,96 weiterverfolgt.	15
Zur Begründung bezieht er sich zunächst auf das erstinstanzliche Vorbringen und Beweisanerbieten.	16
In der Berufungsinstanz ist nach neuem Vortrag unstreitig geworden, daß als Konzessionsinhaber der Spielhalle der Verkäufer, Herr T, als "Strohmann" aufgetreten ist. Der Kläger kam wegen seiner Beschäftigung bei der Firma S nicht in Betracht. Hinsichtlich des Beklagten gingen die Parteien übereinstimmend davon aus, daß dieser wegen seiner Steuerrückstände eine Konzession nicht erhalten könne. Deswegen führte der Strohmann T beispielsweise auch die Vergnügungssteuer ab, die ihm von der Gesellschaft bzw. dem Kläger erstattet wurde.	17
In der mündlichen Verhandlung hat der Senat darauf hingewiesen, daß wegen dieses Sachverhalts Bedenken nach § 138 BGB bestünden. Daraufhin hat der Kläger seinen Anspruch auch auf § 426 BGB gestützt. Ferner hat er neue Feststellungsanträge eingeführt, mit denen die Wirksamkeit der Gesellschaft und das Erfordernis der Auseinandersetzung	18

festgestellt werden sollen.

Der Kläger beantragt demnach,	19
unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an ihn 90.152,90 TDM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen,	20
hilfsweise,	21
1.	22
festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Gesellschaftsverhältnis bestanden hat, das auseinanderzusetzen ist,	23
2.	24
festzustellen, dass das Gesellschaftsverhältnis durch Kündigung des Klägers vom 6.4.99 beendet ist.	25
Der Beklagte beantragt,	26
die Berufung zurückzuweisen.	27
Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Er meint, der Anspruch bestehe weder dem Grunde noch der Höhe nach.	28
Soweit der Kläger sein Begehren nunmehr auch auf § 426 BGB stütze, sei dies eine Klageänderung, in die er nicht einwillige.	29
Wegen des weitergehenden Sachvortrages der Parteien wird auf deren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	30
<u>Entscheidungsgründe</u>	31
Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.	32
1.	33
Der Kläger macht nach seinem Vortrag einen Anspruch auf Nachschuss nach § 735 BGB gegen den Beklagten als seinen Mitgesellschafter geltend. Ein solcher Anspruch besteht nicht. Die Auseinandersetzung kann nicht nach Maßgabe der §§ 731 ff. BGB erfolgen, denn der zwischen den Parteien mündlich abgeschlossene Gesellschaftsvertrag ist nach § 138 BGB nichtig.	34
a.	35
Die Parteien haben sich als Gesellschafter bürgerlichen Rechts zusammengefunden.	36
Es entsprach den übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien, gemeinsam eine Spielhalle zu betreiben. Unbestritten ist auch, dass sie ihre gemeinsamen Vorstellungen umgesetzt haben. So ist bei der Deutschen Bank ein Darlehen des Verkäufers übernommen worden. Mit dem Vorbesitzer sind die vertraglichen Abmachungen zur Übernahme der Spielhalle getroffen worden. Die Spielhalle wurde eröffnet. Unstreitig hat der Beklagte die Spielhalle einige Monate persönlich geführt.	37

b.	38
Der zwischen den Parteien mündlich getroffenen Vereinbarung zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne des §§ 705 BGB ist jedoch die rechtliche Anerkennung zu versagen. Die vertragliche Regelung ist nach § 138 BGB nichtig. Sie verstößt gegen die guten Sitten.	39
Es handelt sich um ein gemeinschaftswidriges Rechtsgeschäft. Der Betrieb einer Spielhalle bedarf einer Konzession von (§ 33 h GWO). Beiden Parteien war dies bekannt. Der Kläger konnte und wollte die Konzession nicht beantragen, da er zu diesem Zeitpunkt abhängig beschäftigt war. Der Beklagte konnte eine solche Konzession wegen Unzuverlässigkeit (vgl. § 33 h Abs. 2 GWO) nicht erhalten, da er gegenüber der Finanzbehörde noch Schulden zu bedienen hatte. Die Parteien haben unter Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen den Vorbesitzer der Spielhalle, den Zeugen T, als Konzessionsträger gegenüber den staatlichen Behörden auftreten lassen. Dieser ist z. B. hinsichtlich der abzuführenden Vergnügungssteuer für die Parteien in Vorlage getreten, ihm sind sodann die verauslagten Gelder wieder erstattet worden.	40
Dieser auf eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen gerichteten Vorgehensweise und der sie tragenden vertraglichen Abmachungen den Parteien muß die Anerkennung aus übergeordneten gesellschaftlichen Gesichtspunkten versagt werden. Eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die nur unter Umgehung wichtiger gesetzlicher Vorschriften umgesetzt werden kann, ist nicht hinnehmbar (vgl. zur Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrages wegen gesetzwidrigen Zurverfügungstellens eines Meistertitels Senat NJW-RR 2000, 1565). Die Zuverlässigkeit bei der Führung einer Spielhalle hat erhebliche Bedeutung (vgl. die Regelungen im Gesetz zum Schutz der Jugendlichen in der Öffentlichkeit). Die Allgemeinheit hat ein erhebliches Interesse, daß nur in steuerlicher Hinsicht zuverlässige Personen eine Spielhalle führen, weil Manipulationen hierbei besonders leicht sind.	41
2.	42
Dem Kläger ist es in diesem Rechtsstreit verwehrt, den streitgegenständlichen Zahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 BGB durchzusetzen.	43
Auf diesen Gesichtspunkt hat der Kläger das Klagebegehren erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 19. Februar 2001 gestützt. Dies stellt eine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO dar. Ihr hat der Beklagte ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung widersprochen. Sie kann auch nicht als sachdienlich zugelassen werden. Die Entscheidung des Rechtsstreits würde nämlich insgesamt eine Aufarbeitung neuen Streitstoffes erforderlich machen. Unter diesen Umständen läßt es sich nicht rechtfertigen, die grundlegenden Fragen zu diesem rechtlichen Gesichtspunkt erstmals in der Berufungsinstanz zur Entscheidung zu stellen.	44
3.	45
Mit den hilfsweise gestellten Feststellungsanträgen kann der Kläger ebenfalls nicht durchdringen.	46
Gegen die Zulässigkeit der insoweit erhobenen Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO bestehen allerdings keine Bedenken.	47

Das auf Feststellung ausgerichtete Begehren ist jedoch insgesamt unbegründet.	48
Soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien ein Gesellschaftsverhältnis bestanden habe, das auseinanderzusetzen sei, ferner, dass das Gesellschaftsverhältnis durch Kündigung des Klägers vom 6.4.99 beendet sei, kann dem nicht entsprochen werden, da - wie oben bereits ausgeführt - ein wirksames Gesellschaftsverhältnis wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nicht begründet worden ist.	49
Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zu 1 b verwiesen.	50
4.	51
Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 546 Absatz 2, 708 Nr. 10 ZPO.	52
