

Nachschlagewerk: ja

EGHZ: ja

BGB § 1985; HGB § 139; ZPO § 256

Der Nachlaßverwalter ist nicht befugt, persönliche Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafter-Erben geltend zu machen oder die Feststellung zu begehren, daß der Gesellschaftsvertrag nichtig oder wirksam angefochten sei.

HGB § 142

Wer durch widerrechtliche Drohung oder arglistige Täuschung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages veranlaßt worden ist, kann berechtigt sein, durch rechtsgerichtete Erklärung das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

BGH, Urt. v. 30. März 1967 - II ZR 102/65 - OLG Celle

LG Hannover

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 102/65

URTEIL

Verkündet am

30. März 1967

Kaufmann,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des vereidigten Buchprüfers Karl F. [REDACTED],
H. [REDACTED], G. [REDACTED] str. [REDACTED], als Verwalter des Nachlasses
des am 29. August 1959 verstorbenen Zimmermeisters
Wilhelm P. [REDACTED] aus W. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Else R. [REDACTED] geb. P. [REDACTED],
W. [REDACTED], Kreis Burgdorf (Hann.),

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1967 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der
Bundesrichter Dr. Nörr, Dr. Bukow, Dr. Schulze und
Stimpel

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Revision im übrigen
wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Celle vom 10. März 1965 im
Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das
Berufungsgericht davon abgesehen hat, die
Beklagte zur Herausgabe des Geschäfts zu
verurteilen, das der am 29. August 1959
verstorbene Zimmermeister Wilhelm Papenburg
in die zwischen ihm und der Beklagten am
23. Oktober 1957 errichtete offene Handels-
gesellschaft eingebracht hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung an
das Berufungsgericht zurückverwiesen, das
auch über die Kosten des Revisionsverfahrens
zu befinden hat.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



Tatbestand:

Ursprünglicher Kläger dieses Rechtsstreits war der im Jahre 1881 geborene, durch einen Gebrechlichkeitspfleger und zuletzt vorläufigen Vormund vertretene Vater der Beklagten. Er ist im ersten Rechtszug verstorben. An seine Stelle ist der jetzige Kläger als Nachlaßverwalter getreten. Die Parteien streiten um den rechtlichen Bestand eines Gesellschaftsvertrages vom 23. Oktober 1957.

Der Erblasser war Inhaber eines Sägewerks mit Zimmerei und Bautischlerei. Er hatte dieses Unternehmen seit 1942 gemeinsam mit seinem ältesten Sohn Wilhelm betrieben, bis dieser am 25. Januar 1957 starb.

Am 11. Februar 1957 schloß der Erblasser mit seinem Sohn Werner, einem Bauingenieur, einen Erbvertrag. Darin setzte er ihn zu seinem alleinigen Erben ein. Am 14. Februar 1957 übertrug er der Beklagten unter Lebenden ein ihr schon früher zugedachtes und ein weiteres Grundstück für ihre langjährige Tätigkeit im Geschäft. Am 16. Februar 1957 ersetzten er und Werner ihren Erbvertrag durch einen neuen. Darin setzte der Erblasser wiederum Werner zu seinem alleinigen Erben ein, traf aber zugunsten seiner übrigen Kinder weitergehende Verfügungen, als in dem früheren Erbvertrag. Gleichfalls am 16. Februar 1957 schloß er mit seinem Sohn Werner einen Gesellschaftsvertrag. Danach sollte sein Unternehmen ab 1. April 1957 in der Form einer offenen Handelsgesellschaft fortgeführt werden, der er die Betriebsgrundstücke und Werner seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen sollten. Durch Vertrag vom 18. April 1957 erklärte sich die Witwe seines Sohnes Wilhelm gegen die ratenweise Zahlung von 67 500 DM

damit einverstanden, daß er das Geschäft rückwirkend ab 25. Januar 1957 übernehme. Für die Abfindungssumme übernahm Werner Papenburg die selbstschuldnerische Bürgschaft.

Auf Grund einer Besprechung mit Werner P. [REDACTED] übersandte der Notar Dr. L. [REDACTED] am 5. September 1957 dem Erblasser den Entwurf eines Übergabevertrages. Darin war u.a. vorgesehen, daß der Erblasser im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Aufhebung des Gesellschaftsvertrages seinem Sohn die Betriebsgrundstücke übertragen, ihm das Inventar der Zimmerei und Tischlerei verkaufen und ihm diese beiden Geschäftszweige zum alleinigen Betrieb überlassen, selbst dagegen das Sägewerk allein betreiben sollte.

Am 26. September 1957 kündigte der Helfer in Steuer-sachen E. [REDACTED] in Vollmacht des Erblassers dem Sohn den Gesellschaftsvertrag und dessen "Mitarbeiterverhältnis". Die Kündigung wurde mit einem vom Erblasser unterzeichneten Schreiben vom selben Tage bestätigt.

Am 23. Oktober 1957 schloß der Erblasser vor dem Notar B. [REDACTED] II in H. [REDACTED] in Gegenwart E. [REDACTED] mit der Beklagten den hier streitigen Vertrag. Darin nahm er die Beklagte als Gesellschafterin in "sein" als offene Handelsgesellschaft fortzuführendes Unternehmen auf. Die Beklagte verpflichtete sich, ihre Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und eine Bareinlage von 3 000 DM zu leisten, während der Erblasser es übernahm, der Gesellschaft auch diejenigen Betriebsgrundstücke zu übertragen, die nicht schon in der Schlußbilanz seines bisherigen Alleinunternehmens ausgewiesen waren. Der Vertrag wurde

zunächst auf die Dauer von 20 Jahren abgeschlossen. Beim Tode eines Gesellschafters sollten dessen Erben als Kommanditisten eintreten. Jedoch sollte der überlebende Gesellschafter berechtigt sein, den Erben mit der Wirkung zu kündigen, daß das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf ihn übergehe. Die etwaige Auseinandersetzungsbilanz sollte ohne Berücksichtigung des Firmenwerts von E. [REDACTED] verbindlich aufgestellt werden. Dem Enkel Wilhelm des Erblassers, dem Sohn seines verstorbenen Sohnes, wurde das Recht eingeräumt, in die Gesellschaft einzutreten.

Diese Gesellschaft wurde am 26. November 1957 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, nachdem der Erblasser zuvor die Eintragung seines Unternehmens als Einzelfirma beantragt hatte. Entsprechende Eintragungen und öffentliche Bekanntmachungen sind alsbald erfolgt. Sämtliche Geschäfte wurden nunmehr unter der Firma der OHG abgeschlossen.

Die Parteien sind darüber einig, daß der Erblasser jedenfalls seit Anfang Mai 1958 geschäftsunfähig war.

Der Kläger behauptet, der Erblasser sei es schon im September und Oktober 1957 gewesen. Deshalb sei der hier streitige Vertrag nichtig. Er sei aber auch wegen Drohung und arglistiger Täuschung wirksam angefochten. Die Beklagte habe den Erblasser seit Anfang 1957 unter Druck gesetzt, um sich möglichst große Vorteile zu sichern, und habe den Abschluß des streitigen Vertrages und die ihm vorhergehende Kündigung nur durch Drohung und arglistige Täuschung erreicht.

Der Kläger hat beantragt,
festzustellen, daß der Gesellschaftsvertrag
vom 23. Oktober 1957 nichtig sei,
und die Beklagte zu verurteilen, beim Handels-
register ihre Löschung als Mitinhaberin zu
beantragen,
hilfsweise,
das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und
Passiven auf ihn, evtl. auf Werner Papenburg,
den alleinigen Erben, zu übertragen,
ganz hilfsweise,
die OHG als fehlerhaft aufzulösen.

Die Beklagte behauptet, nicht sie, sondern ihr Bruder
Werner habe nach dem Tode ihres Bruders Wilhelm das
Unternehmen an sich zu bringen versucht. Nur deshalb
sei es im September 1957 zum Bruch zwischen Vater und
Sohn und schließlich zum Abschluß des Gesellschafts-
vertrages mit ihr gekommen, bei dem es ihrem Vater
allein um den Fortbestand seines Unternehmens gegan-
gen sei.

Nach dem Tode ihres Vaters hat die Beklagte durch
Schreiben vom 21. September 1960 an alle als Erben in
Betracht kommenden Abkömmlinge die mit diesen nach dem
Gesellschaftsvertrag fortzusetzende Gesellschaft zum
31. Dezember 1960 gekündigt.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag der Klage statt-
gegeben, weil der Erblasser am 23. Oktober 1957 geschäfts-
unfähig gewesen sei.

Der Kläger hat sich der dagegen eingelegten Berufung der Beklagten hilfsweise angeschlossen und weitere Hilfsanträge gestellt, nämlich festzustellen, daß die etwa zustande gekommene fehlerhafte Gesellschaft den Regeln des BGB und des HGB unterstehe, oder, daß der Gesellschaftsvertrag vom Erblasser und dessen Gebrechlichkeitspfleger wirksam angefochten worden sei. Das Berufungsgericht hat die Anschlußberufung zurückgewiesen und auf die Berufung die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger alle Klaganträge weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision bezweifelt, daß das Berufungsgericht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei.

Ihre Bedenken sind indes unbegründet.

Dem 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle haben zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung fünf Richter angehört. Der Senat konnte also nicht in zwei völlig anderen Sitzgruppen Recht sprechen.

Die Revision kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Besetzung mit mehr als drei Richtern sei vermeidbar und wenigstens aus diesem Grunde unvorschriftsmäßig gewesen. Wie viele Richter einem Senat angehören müssen, um eine geordnete Rechtsprechung zu gewährleisten, hat das Gerichtspräsidium zu entscheiden.

Seine Entscheidung kann zwar darauf nachgeprüft werden, ob es den Begriff der Unvermeidbarkeit verkannt und damit ohne zwingenden Grund die Möglichkeit des Manipulierens eröffnet hat (vgl. BVerfG NJW 1965, 1219 B I 2). Es sind jedoch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß das Präsidium des Oberlandesgerichts Celle zu Unrecht angenommen hätte, der 9. Zivilsenat müsse mit fünf Richtern besetzt werden. Es brauchte die Unvermeidbarkeit dieser Überbesetzung nicht, wie die Revision meint, im Geschäftsverteilungsplan darzulegen.

Ob eine - von der Revision vermiste - "interne Regelung im Senat" bestand, ist ohne Belang; denn der Vorsitzende eines Senats brauchte vor Inkrafttreten des § 69 Abs. 2 GVG n.F. überhaupt nicht vor Beginn eines Geschäftsjahres zu bestimmen, welche Mitglieder seines Kollegiums bei den einzelnen richterlichen Geschäften mitwirken (BVerfG aaO B II).

B. 1. Mit Recht hat die Revisionserwiderung schon gegenüber dem Hauptantrag die vom Berufungsgericht erst gegenüber den Hilfsanträgen untersuchte und verneinte Frage aufgeworfen, ob der Kläger als Nachlaßverwalter zur Prozeßführung befugt sei.

Nach § 1985 Abs. 1 BGB hat der Nachlaßverwalter den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen. Um diese Aufgaben erfüllen zu können, steht ihm auch das Recht zu, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, insbesondere Nachlaßforderungen einzuziehen und Nachlaßgegenstände zu veräußern. Dieses Recht steht dem Nachlaßverwalter während der Dauer der Nachlaßverwaltung allein zu, da

der Erbe mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über den Nachlaß zu verfügen, verliert (§ 1984 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieser umfassenden Aufgabe des Nachlaßverwalters entspricht es, daß ihm auch die alleinige Prozeßführungsbefugnis zusteht; für die Passivlegitimation des Nachlaßverwalters ist das zudem in § 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB ausdrücklich bestimmt.

Es entspricht der Aufgabe der Nachlaßverwaltung, die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß sicherzustellen, daß die Nachlaßverwaltung zugleich als Mittel der Haftungsbeschränkung zugunsten des Erben dient (§ 1975 BGB). Mit diesen beiden Aufgaben der Nachlaßverwaltung hängt es zusammen, daß sich die Befugnisse des Nachlaßverwalters nur auf das Nachlaßvermögen erstrecken und nicht auch die persönlichen Rechtsbeziehungen des Erblassers erfassen, in die der Erbe mit dem Erbfall eingerückt ist. Diese Beschränkung der Befugnisse des Nachlaßverwalters ist für einen Gesellschaftsanteil des Erblassers, der auf den Erben übergegangen ist, von besonderer Bedeutung. Insoweit unterliegen nur die rein vermögensrechtlichen Ansprüche, wie der Anspruch auf den Gewinn und der Anspruch auf das Abfindungsguthaben der Verwaltung des Nachlaßverwalters, nicht aber etwa solche Befugnisse, die die Rechtstellung des Erben in seiner Eigenschaft als Gesellschafter unmittelbar berühren. Dem entspricht es, daß wohl nach allgemeiner Ansicht die Befugnisse des Erben gemäß § 139 Abs. 1 HGB, über seine weitere Stellung in einer offenen Handelsgesellschaft zu entscheiden, auch bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung dem Gesellschafter-Erben

verbleibt und nicht von dem Nachlaßverwalter in Anspruch genommen werden kann (vgl. etwa BGB RGRK 11. Aufl. § 1985 Anm. 13; Kipp/Going, Erbrecht 12. Aufl. § 97 VI 1 b; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl. § 28 II 5 m.w.N.). Das Gleiche muß gelten, wenn darüber zu befinden ist, ob ein Gesellschafter-Erbe weiter Gesellschafter bleiben soll oder nicht. Es muß daher ein Ausschließungsprozeß gegen einen Gesellschafter-Erben trotz des Prozeßführungsrechts des Nachlaßverwalters nicht gegen diesen, sondern gegen den Gesellschafter-Erben geführt werden, weil in einem solchen Prozeß über den Fortbestand des persönlichen Mitgliedschaftsrechts, nicht aber über ein zum Nachlaßvermögen gehörendes Vermögensrecht gestritten und entschieden wird. Diese Beurteilung gewinnt für den vorliegenden Fall unmittelbare Bedeutung. Denn für einen Rechtsstreit, in dem darüber gestritten wird, ob ein Erbe mit dem Erbfall Gesellschafter geworden ist oder nicht, kann nichts anderes gelten. Denn auch in einem solchen Rechtsstreit wird, um das Bestehen eines persönlichen Mitgliedschaftsrechts des Erben gestritten und entschieden. Die Führung eines solchen Rechtsstreits gehört nicht zu den Befugnissen des Nachlaßverwalters. Er ist nicht in der Lage, einen solchen Prozeß mit bindender Wirkung für den Erben zu führen, was bei Anerkennung seines Prozeßführungsrechts der Fall sein würde, da das für und gegen den Nachlaßverwalter ergehende Urteil auch Rechtskraftwirkung für und gegen den Erben hat (A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht S. 480). Dabei ist es in einem Fall dieser Art ohne Bedeutung, ob in einem solchen Prozeß über das Bestehen oder Nicht-

bestehen einer Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft der Nachlaßverwalter als Kläger oder Beklagter - positive oder negative Feststellungsklage - beteiligt ist.

Aus all dem folgt, daß der Kläger nicht befugt ist, als Nachlaßverwalter mit seiner Klage den in erster Linie gestellten Feststellungsantrag zu verfolgen. Denn mit der Entscheidung über diesen Antrag wird zugleich darüber entschieden, ob der Erbe Gesellschafter geworden ist oder nicht und welche Stellung er gegebenenfalls als Gesellschafter hätte.

Damit aber entfällt zugleich auch die Prozeßführungsbefugnis für den zweiten Teil des Hauptantrages, die Beklagte zu verurteilen, ihre Löschung als Mitinhaberin im Handelsregister herbeizuführen. Der Kläger hat diesen Antrag nicht selbständig, sondern nur zur Ergänzung seines Feststellungsantrages gestellt. Beide Anträge können deshalb hinsichtlich der Prozeßführungsbefugnis nur einheitlich beurteilt werden.

II. 1. Soweit der Kläger mit seinem ersten Hilfsantrag ein Gestaltungsurteil nach § 142 Abs. 1 HGB begehrt, fehlt ihm die Prozeßführungsbefugnis deshalb, weil das Übernahmerecht höchst persönlich und unübertragbar ist.

Damit ist auch unter diesem Gesichtspunkt der vorstehend erörterte Löschantrag gegenstandslos.

2. Mit dem zweiten Hilfsantrag, die Gesellschaft gemäß § 133 HGB aufzulösen, macht der Kläger gleichfalls ein höchst persönliches und unübertragbares Recht des Erben geltend und ist deshalb wiederum nicht aktiv legitimiert.

3. Hat der Erbe allein darüber zu befinden, welche Rechte er im einzelnen aus der etwaigen Fehlerhaftigkeit des streitigen Vertrages herleiten will, so ist der Kläger auch nicht befugt, die Feststellung zu beantragen, daß die Gesellschaft den Regeln des BGB und des HGB unterstehe. Er greift auch damit in die Gesellschafterstellung des Erben ein. Dieser wäre bei Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages mit dem Tode des Erblassers Kommanditist geworden und zum 31. Dezember 1960 durch die Kündigung der Beklagten ausgeschieden. Bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften dagegen wäre die Gesellschaft durch den Tod des Erblassers aufgelöst worden, und der Erbe wäre noch heute Gesellschafter dieser aufgelösten offenen Handelsgesellschaft.

4. Der letzte Hilfsantrag ist auf die Feststellung gerichtet, der Erblasser und sein Gebrechlichkeitspfleger haben den Gesellschaftsvertrag wirksam angefochten. Auch zur Stellung dieses Antrags ist der Kläger nicht legitimiert.

Ein Urteil, das diesem Antrag stattgäbe, würde freilich nicht gegenüber den Erben die rechtskräftige Feststellung zur Folge haben, daß der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nicht bestanden und keinerlei rechtliche Wirkungen gehabt habe. Denn es ist insoweit zu beachten, daß die Gesellschaft nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages werbend tätig geworden, also nach außen in Vollzug gesetzt worden ist. Es könnte daher nach den Grundsätzen, die für die rechtliche Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft gelten, die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages nicht zur rückwirkenden Vernichtung der Gesellschaft führen. Dagegen würde ein solches Urteil gegenüber den Erben die rechtskräftige Feststellung

58

aussprechen, daß die in Vollzug gesetzte Gesellschaft eine fehlerhafte Gesellschaft ist und grundsätzlich jederzeit von einem der Gesellschafter zur Auflösung gebracht werden könnte. Eine solche Feststellung berührt also den Status der Gesellschaft selbst und hat entsprechende rechtliche Auswirkungen auf den weiteren Bestand der Mitgliedschaft der einzelnen Gesellschafter. Zur Herbeiführung einer solchen rechtskräftigen Entscheidung ist nach den Ausführungen über die Befugnisse des Nachlaßverwalters dieser nicht berechtigt und somit auch nicht legitimiert, eine dahingehende Klage zu erheben.

C. Damit ist die Klage indes noch nicht in vollem Umfange abweisungsreif.

I. Der Kläger hat seinen ersten Hilfsantrag, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven auf ihn zu übertragen, zwar auf § 142 Abs. 1 HGB gestützt. Der Antrag entspricht aber seiner Formulierung nach nicht dem Wortlaut dieser Vorschrift, den Kläger "für berechtigt zu erklären, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen". Davon abgesehen leitet der Kläger sein Übernahmerecht nicht aus Gründen her, die in der Person der Beklagten erst nach dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages eingetreten wären, sondern daraus, daß der Gesellschaftsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers oder infolge Anfechtung von Anfang an nichtig gewesen und die Beklagte darum nie Gesellschafterin geworden sei. Der demgemäß lediglich hilfsweise gestellte Übernahmeantrag besagt deshalb nicht, daß es dem Kläger nur darum gehe, durch Gestaltungsurteil für berechtigt erklärt zu werden,

das Geschäft allein weiterzuführen und die Beklagte nach dem Stande des Gesellschaftsvermögens am Tage der Klagerhebung abzufinden. Vielmehr kann er unter den besonderen Umständen dieses Falles auch dahin verstanden werden, daß der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des Geschäftsvermögens begehre. Die Erörterung mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung hat keine Gesichtspunkte ergeben, die dieser dem Revisionsgericht obliegenden Auslegung des 1. Hilfsantrages entgegenstehen.

Der Vortrag der Parteien ist deshalb in den vom Berufungsurteil und der Revisionsbegründung gezogenen Grenzen auch daraufhin zu überprüfen, ob der Kläger von der Beklagten die Herausgabe des Geschäftsvermögens verlangen kann.

II. Der Kläger ist für diesen Anspruch aktiv legitimiert, weil durch dessen Geltendmachung die etwaige Gesellschafterstellung des Erben nicht berührt wird.

III. Danach kommt es in erster Linie darauf an, ob der Kläger bewiesen hat, daß der Erblasser beim Abschluß des streitigen Vertrages geschäftsunfähig gewesen ist.

Das Berufungsgericht hat das bei der Prüfung des Hauptantrages in eingehenden Darlegungen verneint.

1. Es hat dazu zunächst ausgeführt, bei der altersbedingten Gefäßerkrankung, an der der Erblasser gelitten habe und an der er schließlich im August 1959

verstorben sei, habe es sich um einen langsam fortschreitenden Prozeß gehandelt, der mehrere Jahre benötigt habe, um schwerere psycho-pathologische Symptome hervorzurufen. Aus dem späteren Krankheitsbild könne deshalb nicht geschlossen werden, bei dem Erblasser habe auch schon im Oktober 1957 eine die freie Willensbestimmung ausschließende krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorgelegen. Die Zeugenaussagen in Verbindung mit den übrigen tatsächlichen Anhaltspunkten rechtfertigten diese Annahme gleichfalls nicht.

Diese Ausführungen lassen keinen sachlich-rechtlichen Fehler erkennen.

Die Revision wendet sich gegen sie lediglich mit einem, von ihr allerdings in einen anderen Zusammenhang gestellten Angriff. Sie vermißt eine Auswertung des Schreibens Dr. F. [REDACTED] vom 21. Februar 1957. Das Berufungsgericht brauchte sich mit diesem Schreiben jedoch nicht zu befassen. Es bezog sich auf den Abschluß des am 16. Februar 1957 wieder aufgehobenen Erbvertrages vom 11. Februar 1957 zwischen dem Erblasser und seinem Sohn Werner und auf einen damit im Zusammenhang stehenden Vorgang vom 14. Februar 1957. Hätte der Erblasser damals zwischen der Beklagten und ihrem Bruder Werner besonders stark geschwankt oder wäre er in hohem Maße vergeßlich gewesen, so könnte das schon damit erklärt werden, daß wenige Wochen vorher sein Sohn und Mitgesellschafter Wilhelm gestorben war und er sich daraufhin vorübergehend in einem reaktiven Verstimmungszustand befand. Das Berufungsgericht hat eine solche Verstimmung auch bei der Würdigung anderer Auffälligkeiten für möglich gehalten

(vgl. S. 17 BU). Sollte der Erblasser aber am 14. Februar 1957, wie die Revision meint, den Ratschlägen der Beklagten zugänglicher gewesen sein als denen ihres Bruders, so brauchte auch daraus nicht geschlossen zu werden, er habe mindestens im September und Oktober 1957 gegenüber der Beklagten keine Willensfreiheit mehr gehabt.

2. Desweiteren hat das Berufungsgericht geprüft, ob die letztwilligen Verfügungen, die der Erblasser seit dem Tode seiner Frau im Jahre 1953 getroffen, und die Verträge, die er seitdem mit seinen Kindern geschlossen hat, eine einheitliche Linie seines Denkens und Wollens erkennen lassen oder ob sie dafür sprechen, daß der Erblasser "gleichsam ein Spielball in den Händen seiner Kinder" gewesen ist.

Die Revision greift diese Darlegungen in zahlreichen Punkten an.

a) Das Berufungsgericht hat das Ergebnis seiner Prüfung wie folgt zusammengefaßt: Soweit die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Erblassers in den Jahren bis 1957 voneinander abwichen und sich sogar widersprachen, lasse sich das jeweils mit äußeren Anlässen erklären und lasse noch nicht den Schluß zu, daß der Erblasser bei einer dieser Erklärungen "dem unwiderstehlichen Einfluß seiner Kinder unterlegen, mit anderen Worten, daß er schon damals ein Spielball in der Hand seiner, widerstrebende Interessen vertretenden Kinder gewesen wäre".

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe danach die Annahme einer Geschäftsunfähigkeit an strengere Voraussetzungen geknüpft, als der Sachverständige.

Ob das richtig ist, kann auf sich beruhen. Was unter einem "die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit" im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB zu verstehen sei, ist eine Rechtsfrage, die das Berufungsgericht zu beurteilen hatte. Es ist nicht zu beanstanden, daß es gemeint hat, nach dieser Vorschrift sei derjenige geschäftsunfähig, "bei dem von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa, weil er einem fremden Willen willenlos unterliegt", und daß es sich damit begnügt hat, einen "unwiderstehlichen Einfluß" der Beklagten auf den Erblasser nicht feststellen zu können. Diese Ausführungen halten sich im Rahmen von § 104 Nr. 2 BGB; denn danach liegt Geschäftsunfähigkeit nicht schon vor, wenn die freie Willensbestimmung eingeschränkt, sondern nur, wenn sie ausgeschlossen ist (vgl. dazu die Darlegungen in BGB-RGRK 11. Aufl. § 104 Anm. 11).

Damit erübrigte es sich für das Berufungsgericht, den Sachverständigen noch einmal zu hören.

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lassen die bis April 1957 von dem Erblasser getroffenen Verfügungen durchweg sein Bestreben erkennen, über seinen Tod hinaus die Fortführung des Betriebs in einer Hand zu sichern. Auch der hier streitige Vertrag in Verbindung mit der ihm vorangegangenen Kündigung des am 16. Februar 1957 mit Werner Papenburg geschlossenen Gesellschaftsvertrages "liegt noch auf dieser Linie. Allerdings ist hier, wie nicht zu verkennen ist, erstmals ein völliger Bruch im Verhalten des Erblassers insofern festzustellen, als er den gerade erst als Betriebsnachfolger und Geschäftspartner ausersehenen Sohn Werner durch die Beklagte ersetzte".

Die zweite dieser wörtlich wiedergegebenen, mit "allerdings" beginnenden Feststellungen widerspricht nicht der ersten, wie die Revision meint, sondern schränkt sie nur ein. Das gilt selbst dann, wenn man unter "dieser Linie", wie die Revision es möchte, mit dem Sachverständigen "eine einheitliche Linie des Denkens und Wollens und richtigen Verhaltens" versteht.

c) Des weiteren legt das Berufungsgericht dar, der streitige Vertrag enthalte keine Bestimmungen, die sich in dieser oder ähnlicher Form nicht auch in anderen Gesellschaftsverträgen fänden. Gegenüber den im Gutachten des erstinstanzlichen Sachverständigen anklingenden Zweifeln daran, ob der Erblasser den nach Ansicht des Gutachters komplizierten Vertrag noch verstanden habe, sei zunächst darauf hinzuweisen, daß es eine auf schwierige Geschäfte beschränkte Geschäftsunfähigkeit nicht gebe (BGH NJW 1953, 1342 und 1961, 261). Im übrigen seien an der Abfassung des Vertrages der Helfer in Steuersachen E. [REDACTED] und der Notar B. [REDACTED] beteiligt gewesen, der dem Erblasser die Tragweite der einzelnen Bestimmungen eingehend erklärt habe. Aus dem äußeren rechtlichen Gewand, in das der Wille des Erblassers mit Hilfe der beiden Fachleute gekleidet worden sei, lasse sich deshalb noch nicht schließen, es habe sich in Wahrheit gar nicht um seinen Willen gehandelt.

Diese Darlegungen sind frei von Rechtsirrtum. Die Revision leitet Bedenken gegen sie nur aus der anschließenden Bemerkung des Berufungsgerichts her: "Dadurch ist allerdings der Verdacht noch nicht ausgeräumt, daß die Beklagte ... dem durch die beginnende Hirnsklerose in seiner Widerstandskraft gegen fremde Einflüsse entscheidend

58

geschwächten Erblasser beim Abschluß des streitigen Vertrages und bei der vorangegangenen Kündigung ... ihren eigenen Willen aufgezwungen hat".

Die Revision meint, mit diesem Satz habe das Berufungsgericht festgestellt, der Erblasser sei bereits im September und Oktober 1957 in seiner Widerstandskraft gegen fremde Einflüsse entscheidend geschwächt gewesen.

Das ist nicht richtig. Vielmehr hat das Berufungsgericht auch die Schwächung der Widerstandskraft des Erblassers gegen fremde Einflüsse nicht für bewiesen, sondern allenfalls für möglich gehalten. Es weist nämlich kein anderer Satz des Berufungsurteils darauf hin, daß das Berufungsgericht insoweit eine positive Feststellung hätte treffen wollen. Eine solche fände überdies in dem sog. Iltener Nachtragsgutachten vom 8. September 1964, dem das Berufungsgericht gefolgt ist, keine Stütze (vgl. S. 39 Lit. b).

In Abschn. V ihrer Begründung geht die Revision mit- hin von einer falschen Voraussetzung aus. Das macht ihre gesamten dortigen Ausführungen zur Frage der partiellen Geschäftsunfähigkeit gegenstandslos.

Daran scheitert aber auch die von ihr gezogene Folgerung, abweichend von der üblichen Beweislastverteilung brauche hier nicht der Kläger die Geschäftsunfähigkeit, sondern habe umgekehrt die Beklagte zu beweisen, daß sie sich die Willensschwäche des Erblassers nicht zunutze gemacht habe.

d) Zu der Frage, ob die Beklagte dem Erblasser wirklich ihren Willen aufgezwungen habe, hat das Berufungsgericht ausgeführt: Einem solchen Verdacht stünden schon die Aussagen B. [REDACTED] und E. [REDACTED] entgegen. Auch habe der Erblasser einen von seinem subjektiven Standpunkt aus verständlichen Anlaß zum Bruch mit seinem Sohn gehabt. Notar Dr. L. [REDACTED] habe ihm nämlich unter dem 5. September 1957 den Entwurf eines Übergabevertrages übersandt, der auf Besprechungen des Notars mit Werner P. [REDACTED] beruht habe. Wie der Erblasser diesen Entwurf, subjektiv durchaus nicht zu Unrecht, aufgefaßt habe, ergebe sich aus den Aussagen der Zeugen H. [REDACTED] und W. [REDACTED]. Beiden Zeugen gegenüber habe der Erblasser seinem Unwillen darüber Ausdruck gegeben, daß sein Sohn den Betrieb noch zu seinen Lebzeiten ganz übernehmen wolle. Wie sich aus den Bemerkungen des Erblassers gegenüber beiden Zeugen ergebe, sei das Begehren seines Sohnes, das nach seiner Ansicht in dem Vertragsentwurf zum Ausdruck gekommen sei, für ihn der Anlaß gewesen, sich wegen der Fortführung des Betriebs nunmehr von seinem Sohn ab- und der Beklagten zuzuwenden. "Nachdem Werner die Betriebsnachfolge von dem Erblasser unzumutbar erscheinenden Bedingungen abhängig gemacht hatte, war es verständlich, daß der Erblasser sich der Beklagten zuwandte". Diese habe zwar keine technischen Fachkenntnisse besessen, habe aber aus ihrer langjährigen Tätigkeit bei der Erledigung der anfallenden schriftlichen Arbeiten den Betrieb schon gekannt. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Erblasser die Bedeutung der bisherigen Tätigkeit der Beklagten überschätzt und ob er, vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus gesehen, seinem Sohn Unrecht getan habe. Nehme man hinzu, daß die Vertragsbestimmung

über die spätere Aufnahme des Enkels und nunmehrigen Namensträgers in die Gesellschaft auf einem Wunsche des Erblassers beruht habe, dann verliere der Umstand, daß der Erblasser so auffällig mit seinen früheren Absichten gebrochen und die Beklagte gegenüber seinen anderen Abkömmlingen begünstigt habe, sein Gewicht als Indiz für den Verdacht, daß es sich dabei nicht mehr um eine Äußerung seines eigenen Willens gehandelt habe, sondern um den infolge seiner beginnenden Gehirnerkrankung übermächtigen Willen der Beklagten.

Die Revision wendet sich auch gegen diese Darlegungen ohne Erfolg.

aa) Sie meint, das Berufungsgericht habe den Aussagen H. [REDACTED] und W. [REDACTED] nicht entnehmen dürfen, der Erblasser habe ihnen gegenüber seinem Unwillen über das Verlangen seines Sohnes Ausdruck gegeben. Die Aussage Wilke sei zu vage, und H. [REDACTED] habe offensichtlich nicht mit dem Erblasser, sondern mit der Beklagten gesprochen.

Damit wendet sich die Revision in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

Die Frage, ob der Erblasser mit W. [REDACTED] schon im September 1957 oder erst etwa drei Monate später gesprochen hat, war für die vom Berufungsgericht zu treffende Feststellung ohne Belang. Die Revision leitet das Gegenteil daraus her, daß der Krankheitsprozeß beim Erblasser ständig fortgeschritten sei. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang jedoch nur, daß der Erblasser bei dem Gespräch mit dem Zeugen W. [REDACTED] nach dessen Aussage noch in der Lage war, sich vernünftig und zusammenhängend zu äußern.

bb) Das Berufungsgericht brauchte nicht zu prüfen, ob die Übersendung des Vertragsentwurfs dem Erblasser unter Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände Anlaß geben mußte, sich von seinem Sohn ab- und der Beklagten zuzuwenden, ob der Erblasser in Anbetracht der gutachtlichen Äußerung Es [REDACTED] vom 12. September 1957 von der zwei Wochen später ausgesprochenen Kündigung hätte absehen oder sie wenigstens nach Erhalt des Antwortschreibens vom 30. September 1957 hätte zurücknehmen sollen und ob er objektiv seinem Sohn Unrecht getan und die Leistungen und Fähigkeiten der Beklagten überschätzt hat.

Auf alles das kommt es nicht an, sondern nur darauf, ob die Reaktion des Erblassers einigermaßen verständlich war. Ist das nämlich zu bejahen, dann ist es ohne Belang, ob der Erblasser einige Gesichtspunkte über- oder unterbewertet oder gar unberücksichtigt gelassen hat; denn das allein würde nicht zu dem Schluß zwingen, die Erkenntnis- oder Kritikfähigkeit des Erblassers sei schon damals bis zum Ausschluß der freien Willensbestimmung vermindert gewesen.

cc) Die Revision hält die Reaktion des Erblassers deshalb für unverständlich, weil die Übersendung des Entwurfs dem Erblasser bei vernünftiger und der Lebenserfahrung entsprechender Betrachtungsweise keinen Anlaß zum Bruch mit seinem Sohn habe geben dürfen; es habe nämlich ganz in seinem Belieben gestanden, den Vorschlägen zu widersprechen.

Das letztere ist zwar richtig, aber nicht entscheidend.

Denn nach der Lebenserfahrung war es keine ungewöhnliche Reaktion des Erblassers und damit kein Anzeichen für eine besondere Willensschwäche gegenüber der Beklagten, daß er, statt lediglich dem Abschluß des vorgeschlagenen Übergabevertrages zu widersprechen, aus Ärger über seinen Sohn versuchte, die Beziehungen zu diesem durch Kündigung zu lösen und in der Beklagten eine neue, wenn auch vielleicht weniger geeignete Nachfolgerin zu finden.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß Dr. L. [REDACTED] den Entwurf ohne Auftrag des Erblassers auf Grund einer Besprechung mit dessen Sohn gefertigt hatte. Nach diesem Entwurf sollte der Erblasser schon zu Lebzeiten die Betriebsgrundstücke nebst Gebäuden auf seinen Sohn übertragen, ihm abweichend von dem Gesellschaftsvertrag das Baugeschäft und die Zimmerei zum alleinigen Betrieb überlassen und ihm sämtliche für den Betrieb der Zimmerei und der Tischlerei bestimmten Maschinen, Werkzeuge usw. gegen einen in neun Jahresraten zu begleichenden Preis von 13 500 DM verkaufen.

Daß Werner P. [REDACTED] seinen Vater durch dieses Ansinnen und durch die Art und Weise, wie er es ihm vortragen ließ, verärgerte, ist verständlich; denn der Erblasser hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch den Erb- und den Gesellschaftsvertrag vom 16. Februar 1957 lediglich den Bestand "seines" Betriebes "über seinen Tod hinaus" gewährleisten, hatte dagegen nicht schon zu Lebzeiten sich seiner Eigentumsrechte begeben oder sich aus Teilen seines Betriebes ganz zurückziehen wollen.

Wie der Urteilszusammenhang ergibt, ist der Hinweis des Berufungsgerichts, Werner P. [REDACTED] habe "die Betriebsnachfolge von dem Erblasser unzumutbar erscheinenden Bedingungen abhängig gemacht", nur in diesem Sinne gemeint. Damit hat das Berufungsgericht für seine Ansicht, daß das Verhalten des Erblassers verständlich sei, die Begründung gegeben, die die Revision vermißt. Zugleich verliert dadurch der Hinweis der Revision seine Bedeutung, Werner P. [REDACTED] habe seinem Vater gegenüber nicht erklärt, er mache die Betriebsnachfolge von irgendwelchen Bedingungen abhängig.

ee) Die Revision beruft sich zu Unrecht darauf, daß der Erblasser nach der Aussage des Zeugen E. [REDACTED] den (gesamten) Entwurf "nicht einmal verstanden" habe. Nach der Ansicht dieses Zeugen hat der Erblasser den Entwurf nur "in seinen Einzelheiten nicht verstanden", hat aber, wie der weiteren Aussage entnommen werden muß, die tragenden, oben angeführten Gesichtspunkte durchaus erkannt. Damit entfallen alle Folgerungen, die die Revision aus der Aussage E. [REDACTED] ziehen möchte.

Aus demselben Grunde kann die Revision auch nichts daraus herleiten, daß der Erblasser gegenüber den Zeugen H. [REDACTED] und W. [REDACTED] den Inhalt des Entwurfs möglicherweise ungenau oder unvollständig wiedergegeben hat. Die Revision übersieht hier, daß der Erblasser das Baugeschäft und die Zimmerei, die Betriebsgrundstücke und einen Teil des Inventars in der Tat "ganz" hatte übertragen sollen.

Der Revision ist zuzugeben, daß der Erblasser den Entwurf von Dr. L. [REDACTED] erhalten hatte, während er zu

dem Zeugen H. nach dessen Aussage gesagt hat, sein Sohn Werner habe ihm den Entwurf vorgelegt. Indes brauchte das Berufungsgericht auch diesem Umstand keine Bedeutung beizumessen. Vom Standpunkt des Erblassers aus kam es nämlich nur darauf an, daß die Anfertigung des Entwurfs von seinem Sohn veranlaßt worden war. Die Einzelheiten dagegen interessierten nicht, insbesondere nicht bei dem Gespräch des Erblassers mit Heine.

ff) Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Berufungsgericht, um die Frage der Geschäftsfähigkeit abschließend beurteilen zu können, nicht aufzuklären, wie sich die Beklagte nach dem Zugang des Entwurfs bis zum Abschluß des streitigen Vertrages gegenüber ihrem Vater verhalten, ob sie insbesondere versucht hat, in ihm den Unwillen über den Entwurf wachzurufen oder ihn auf andere Weise zum Nachteil ihres Bruders zu beeinflussen und ihn von einer Unterredung mit diesem abzuhalten. Geschäftsunfähig nach § 104 Nr. 2 BGB ist nämlich nicht, wer mit Wissen und Willen auf die Vorschläge eines anderen hört und ihnen folgt, sondern nur, wer gegenüber dessen Einfluß in seiner Willensbestimmung nicht mehr frei ist (vgl. wiederum die Darlegungen in BGB-RGRK § 104 Anm. 11).

Deshalb ist es auch ohne Belang, ob der Erblasser selbst oder die Beklagte den Zeugen E. veranlaßt hat, anwaltlichen Rat über die Kündbarkeit des Gesellschaftsvertrages vom 16. Februar 1957 einzuholen und das Kündigungsschreiben zu entwerfen.

e) Nach alledem ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auch aus dem Verhalten des Erblassers nach dem 5. September 1957 nicht geschlossen hat, er sei bei Abschluß des streitigen Vertrages geschäftsunfähig gewesen.

IV. Der Kläger kann aber möglicherweise aus einem anderen Grunde die Herausgabe des Geschäftsvermögens verlangen.

1. Dabei ist zunächst von Bedeutung, daß der Kläger behauptet hatte, die Beklagte habe den Erblasser nur durch arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung veranlaßt, sie als Gesellschafterin in sein Geschäft aufzunehmen, und der Vertrag sei aus diesem Grund wirksam angefochten worden.

Notar Dr. B. kann die Anfechtung zwar nicht wirksam erklärt haben; denn der Erblasser war, als er ihm am 8. Mai 1958 die Vollmacht dazu erteilte, unstreitig schon geschäftsunfähig.

Der Kläger hat aber Beweis dafür angetreten, daß der Gebrechlichkeitspfleger R. den Vertrag angefochten habe. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist dieser Beweisantritt ausreichend; denn der Gebrechlichkeitspfleger hätte sich mit einer einfachen Anfechtungs- oder Genehmigungserklärung begnügen können, nachdem bereits Dr. B. den Gesellschaftsvertrag anzufechten versucht und der Erblasser unter anderem auf Grund dieser - allerdings unwirksamen - Anfechtungserklärung Klage erhoben hatte.

2. Für sich allein würde zwar die wirksame Anfechtung des Gesellschaftsvertrages die Herausgabe nicht rechtfertigen. Sie würde nach den Grundsätzen für die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft die gesamthänderische Bindung des Geschäftsvermögens nicht aufgehoben, also den Erblasser nicht wieder zum Alleininhaber gemacht haben.

In der vom Kläger behaupteten Anfechtungserklärung des Gebrechlichkeitspflegers könnte aber - zumal in Anbetracht der damals schon anhängigen Klaganträge und der Weiterführung des Rechtsstreits - zugleich die Erklärung gelegen haben, sofort das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Damit fragt es sich, ob durch eine solche rechtsgestaltende Erklärung der Geschäftsübergang auf den Erblasser hätte herbeigeführt werden können; denn wäre das zu bejahen, hätte der Gebrechlichkeitspfleger sie tatsächlich abgegeben und hätte er den Vertrag im übrigen wirksam angefochten, so gehörte das Geschäftsvermögen heute allein dem Erben, und die Herausgabeklage wäre begründet.

3. Im allgemeinen steht dem anfechtenden Gesellschaftler nur die Auflösungsklage nach § 133 HGB zur Verfügung.

Beruhet die Anfechtung auf Täuschung oder Drohung, so können besonders schutzwerte Belange des Betroffenen es aber rechtfertigen, ihm einen anderen Rechtsbehelf zu geben.

Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Erblasser hat die Beklagte in das bis dahin von ihm allein oder - was unentschieden bleiben kann - mit seinem Sohn Werner betriebene Unternehmen aufgenommen. Hätte die Beklagte ihn dazu durch Täuschung oder Drohung veranlaßt, so hätte ihm nicht zugemutet werden können, sich mit der Auflösungsklage zu begnügen, die möglicherweise zur Versilberung des Unternehmens geführt haben würde.

Als Rechtsbehelf bietet sich in diesem Falle in erster Linie die Übernahmeklage an (vgl. Hueck, aaO § 7 III 1 c).

Ob daneben auch eine rechtsgestaltende Übernahmeerklärung zugelassen werden kann, ist streitig (bejahend Fischer, NJW 1958, 972 f.; verneinend Hueck, aaO, § 7 III 1a und 4d sowie Schlegelberger/Geßler, HGB, 4. Aufl., § 105 Anm. 62i).

Bei der Beantwortung dieser Frage ist an die überwiegend vertretene Ansicht anzuknüpfen, daß, wenn der Anfechtungsgrund nur einer einzelnen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung - etwa derjenigen über die Höhe des Gewinnanteils, die Kündbarkeit oder die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens - anhaftet, im allgemeinen der Vertrag aufrechterhalten bleibt und lediglich an die Stelle der mangelhaften Bestimmung die angemessene Regelung tritt (vgl. Fischer aaO, Hueck aaO, 4d). Diese Ersetzung fehlerhafter Vertragsbestimmungen durch die angemessene Regelung ist unbedenklich. Sie ist die folgerichtige Weiterführung des Grundsatzes, daß fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse nicht rückwirkend ver-

nichtet werden können, sofern der geschaffene tatsächliche Zustand, wie hier, grundsätzlich rechtliche Anerkennung verdient. Ohne die genannte Ergänzung könnte nämlich die Anwendung dieses Grundsatzes zu untragbaren Ergebnissen führen. Dabei kommt jede Ergänzung in Betracht, die auch sonst gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden kann, wenngleich vielfach schon die dispositive gesetzliche Regelung geeignete Anknüpfungspunkte bieten wird.

Aus demselben Grunde muß auch dann nach einer angemessenen anderweiten Regelung gesucht werden, wenn der Gesellschaftsvertrag als solcher fehlerhaft ist.

Diese Vertragsergänzung könnte grundsätzlich darin bestehen, daß dem getäuschten oder bedrohten Gesellschafter das Recht zuerkannt wird, durch rechtsgestaltende Willenserklärung das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Hueck (aaO 4d) hält das zwar deshalb für unzulässig, weil gerade das Vorliegen von Anfechtungsgründen besonders umstritten zu sein pflege und schwer festzustellen sei und weil deshalb die Zuerkennung eines Übernahmerechts zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen würde. Der Senat hat indes schon mehrfach ausgesprochen, daß auch unter diesem Gesichtspunkt keine Bedenken bestehen, im Gesellschaftsvertrag die Regelung der §§ 133, 140 und 142 HGB durch die Begründung von Kündigungs-, Ausschließungs- oder Übernahmerechten zu ersetzen (vgl. für die §§ 133 und 140 BGHZ 31, 298 ff. und für § 142 BGHZ 32, 22). Das Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes ist nicht schwerer nachprüfbar, als das eines anderen wichtigen Kündigungs-, Ausschließungs- oder Übernahmegrundes.

Die Zuerkennung eines Übernahmerechts ist in Fällen der vorliegenden Art auch angemessen. Durch die Gewährung einer Arglisteinrede können die Belange des anfechtenden Gesellschafters zwar auch dann geschützt werden, wenn man ihm nur eine Gestaltungsklage zubilligt. Dieser Schutz kann aber nur unvollkommen sein (Fischer aaO, S. 971 ff). Der Gesellschafter, der bis zur Rechtskraft zuwarten muß, hat insbesondere nicht die Möglichkeit, schon vorher einen anderen Teilhaber aufzunehmen. Das gilt selbst dann, wenn er, wie hier, damit rechnen muß, den Ausgang eines Rechtsstreits nach §§ 133, 140 oder 142 HGB nicht mehr zu erleben. Er wird außerdem auch immer wieder gezwungen sein, um des gemeinsamen Unternehmens willen mit demjenigen in Verbindung zu treten, der ihn getäuscht oder bedroht hat.

4. Danach wird das Berufungsgericht noch zu prüfen haben, ob die Beklagte den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages veranlaßt hat, ob der Gebrechlichkeitspfleger diesen Vertrag angefochten hat und ob in der Anfechtung zugleich eine rechtsgestaltende Übernahmeerklärung liegt. Bejahendenfalls wird das Berufungsgericht außerdem gemäß § 139 ZPO dahin zu wirken haben, daß der Kläger zur Klarstellung seinen ersten Hilfsantrag im Sinne eines Herausgabeanspruchs neu faßt.

V. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung
über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Dr. Fischer

Bundesrichter
Dr. Nörr ist orts-
abwesend und des-
halb verhindert
zu unterschreiben.

Dr. Bukow

Dr. Fischer

Dr. Schulze

Stempel