

II ZR 148/57

64

Verkündet

am 11. Dezember 1958

Pfauz, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Max K. [REDACTED] in F. [REDACTED], S. [REDACTED] weg [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

Jetty B. [REDACTED] in F. [REDACTED], S. [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägerin und Revisionsbeklagte,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1958 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr, Dr. Haager und Dr. Reinicke
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main in Kassel vom 18. Juni 1957 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betrieb gemeinsam mit seinem Bruder David K. [REDACTED] in der Form einer offenen Handelsgesellschaft ein Textileinzelhandelsgeschäft. Durch notariellen Vertrag vom 16. Februar 1952 trat die Klägerin an Stelle des David K. [REDACTED] in das Unternehmen mit gleichen Rechten und Pflichten ein. Nach dem Gesellschaftsvertrag hatten beide Gesellschafter ihre Arbeitskraft ausschließlich dem Geschäft der Gesellschaft zu widmen und sollten dafür eine Tätigkeitsvergütung von je monatlich 600 DM erhalten. Das Geschäftskapital betrug 40.000 DM und war zu gleichen Teilen auf die beiden Parteien aufgeteilt. Die durch den Vertrag vom 16. Februar 1952 herbeigeführten Änderungen wurden nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Am 4. Dezember 1952 schlossen die Parteien "in Abänderung des Gesellschaftsvertrages vom 16. Februar 1952" einen neuen notariellen Vertrag. Nach diesem Vertrag tritt die Klägerin als stille Gesellschafterin in die Firma ein; zur Vertretung der Gesellschaft ist der Beklagte allein berechtigt, während die Klägerin als stille Gesellschafterin für die Schulden der Gesellschaft mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Des weiteren heißt es in diesem Vertrag, daß die Einlage der stillen Gesellschafterin 20.000 DM beträgt und voll eingezahlt ist. Anschließend wurde in das Handelsregister eingetragen, daß David K. [REDACTED] aus der Gesellschaft ausgeschieden und der Beklagte nunmehr Alleininhaber sei.

Im Jahre 1954 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Mit Schreiben vom 30. Dezember 1954 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er sehe das Vertragsverhältnis als erloschen an, sie habe kein Recht an der Firma mehr, dürfe den Laden nicht mehr betreten und habe ihre Tätigkeit im Geschäft einzustellen.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, daß die offene Handelsgesellschaft zwischen den Parteien trotz des Vertrages vom 4. Dezember 1952 weiterbestanden habe, jedoch mit der Maßgabe, daß nur der Beklagte zur Vertretung der Gesellschaft befugt sei. Des weiteren begehrt sie die Feststellung, daß sie berechtigt sei, das Geschäftslokal jederzeit zu betreten. Ihr Klagebegehren hat sie damit begründet, daß nach dem Willen der Parteien das Gesellschaftsverhältnis durch Vertrag vom 4. Dezember 1952 nicht in ein stilles Gesellschaftsverhältnis umgewandelt sei, sondern daß dieser Ergänzungsvertrag lediglich die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter neu geregelt habe, und zwar dahin, daß in Zukunft nur der Beklagte und nicht mehr die Klägerin vertretungsberechtigt sein sollte.

Der Beklagte ist diesen Ausführungen entgegengetreten.

Während des Rechtsstreits hat der Beklagte einen Kaufmann B. [REDACTED] als Mitgesellschafter aufgenommen. Die neue Gesellschaft ist anschließend als offene Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden.

In der Berufungsinstanz haben die Parteien ihren Vortrag wiederholt. Dabei hat der Beklagte noch auf ein Schreiben der Klägerin vom 20. April 1953 hingewiesen, nach dessen Inhalt die Klägerin mindestens seit Februar 1953 gewußt habe, daß durch den Vertrag vom 4. Dezember 1952 ein stilles Gesellschaftsverhältnis begründet worden sei. Gleichwohl habe sie gegen diesen Vertrag bis zu der Kündigung am 30. Dezember 1954 nichts unternommen. In dem Brief, den die Eheleute B. [REDACTED] unstreitig an den Beklagten geschrieben haben, heißt es u. a.:



"Ich habe am 21. Februar d. J. unmittelbar im Anschluß daran, daß ich aufgeklärt worden bin über den Inhalt des Vertrages vom 4.12.52 Ihnen diesen Vertrag angefochten. Ich habe Ihnen erklärt, daß Sie mich und meine Frau beim Abschluß dieses Vertrages bewußt hinters Licht geführt haben."

Die Parteien sind in der Berufungsinstantz zur Aufklärung des Sachverhalts persönlich gehört worden. Dabei hat die Klägerin erklärt, sie sei nicht darüber aufgeklärt worden, was eine stille Gesellschaft bedeute. Sie habe bei Abschluß des Vertrages vom 4. Dezember 1952 geglaubt, der alte Vertrag würde neben dem neuen Vertrag bestehenbleiben, sie solle nur nach außen hin nicht als Gesellschafterin in Erscheinung treten. Sie wolle, daß der erste Vertrag gelte, und deshalb den zweiten Vertrag anfechten.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet. Der Beklagte hat zudem in der Revisionsinstanz dem Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] und dem Rechtsanwalt T. [REDACTED] den Streit verkündet.

Entscheidungsgründe:

I.

In dem ersten Teil seines Urteils legt das Berufungsgericht dar, daß durch den Abschluß des Vertrages vom 16. Februar 1952 eine offene Handelsgesellschaft zwischen den Parteien errichtet worden sei. Der Umstand, daß diese Gesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen worden war, sei auf ihren rechtlichen Bestand ohne Einfluß. Dieses Gesellschaftsverhältnis sei sodann durch den Vertrag vom 4. Dezember 1952 in ein stilles Gesellschaftsverhält-

nis umgewandelt worden. Zwar sei der Vertrag vom 4. Dezember 1952 in dieser Hinsicht keineswegs eindeutig und nach seinem objektiven Erklärungsinhalt immerhin zweifelhaft, jedoch müsse nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch Vernehmung des amtierenden Notars davon ausgegangen werden, daß der Vertrag nicht auf eine bloße Abänderung der Bestimmung über die Vertretungsmacht in der offenen Handelsgesellschaft, sondern auf eine Umänderung in eine stille Gesellschaft gerichtet gewesen sei. Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Ausführungen werden von der Revision nicht angegriffen. Von ihnen ist daher in der Revisionsinstanz auszugehen, da sie einen sachlichrechtlichen Fehler nicht erkennen lassen.

II.

In seinen weiteren Ausführungen kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Klägerin den Vertrag vom 4. Dezember 1952 wegen Irrtums wirksam angefochten habe und daß demzufolge der alte Vertrag vom 16. Februar 1952 nach wie vor zwischen den Parteien fortbestehe und daß somit die Klägerin alle Rechte aus diesem Vertrag geltend machen könne.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit einer Reihe verfahrensrechtlicher Rügen und einer sachlichrechtlichen Rüge.

1.) Zunächst meint die Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, die Klägerin habe sich beim Abschluß des Vertrages vom 4. Dezember 1952 im Irrtum über die rechtliche Tragweite und Bedeutung der von ihr abgegebenen Erklärung befunden. Denn nach ihrer eigenen Angabe sei die Klägerin davon ausgegangen, daß sie in Zukunft nach außen als Gesellschafterin nicht mehr habe in Erscheinung treten sollen. Dieser Vorstellung ent-

64
spreche aber im vollen Umfang der stille Gesellschaftsvertrag, da es gerade das besondere Merkmal dieser Gesellschaftsform sei, daß bei ihr der eine Gesellschafter nach außen nicht in Erscheinung tritt.

Mit diesen Darlegungen wird die Revision der Erklärung der Klägerin und der sich darauf stützenden Feststellung des Berufungsgerichts nicht gerecht. Die Revision übersieht hierbei den Zusammenhang, in dem die von ihr angeführten Worte der Klägerin gesprochen sind. Diese Worte sind gewissermaßen eine Erläuterung der vorausgegangenen Worte, nach denen sie beim Abschluß des Vertrages vom 4. Dezember 1952 geglaubt habe, es solle bis auf die Änderung der Vertretungsmacht alles beim alten bleiben. In diesem Zusammenhang haben die von der Revision angeführten Worte der Klägerin einen anderen Sinn und lassen keineswegs den Willen der Klägerin erkennen, daß ihre Vorstellungen auf den Abschluß eines stillen Gesellschaftsvertrages gerichtet waren, bei dem sie ihre geamthänderische Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verlor. Es läßt sich daher auch nicht sagen, daß das Berufungsgericht verfahrensrechtlich nicht einwandfrei zu der Auffassung gelangt sei, die Klägerin habe sich über die rechtliche Tragweite und Bedeutung ihrer Erklärung beim Abschluß des Vertrages vom 4. Dezember 1952 im Irrtum befunden.

2.) Weiterhin bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe die Rechtzeitigkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Anfechtung nicht einwandfrei festgestellt. Allein auch diese Rüge ist unbegründet. Auszugehen ist in diesem Zusammenhang von dem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz, daß in einem Prozeß die Partei, die sich auf eine Irrtumsanfechtung beruft, zunächst nur die Voraussetzungen der Anfechtung (Irrtum) darzutun und gegebenenfalls zu beweisen hat. Will sich demgegenüber der Prozeß-

gegner darauf berufen, daß die Anfechtung nicht rechtzeitig ausgesprochen worden sei, so muß er dardum und beweisen, wann der Anfechtende Kenntnis von seinem Irrtum erlangt hat. Erst nach einem solchen Vortrag ist das Gericht gehalten, zu der Frage der Rechtzeitigkeit der Anfechtung Stellung zu nehmen, wobei es dann wiederum die Aufgabe des Anfechtenden ist, den Nachweis zu führen, daß die etwaige Verzögerung der Anfechtung nicht schuldhaft gewesen ist (RG WarnRspr. 1914 Nr. 108; SeuffArch 84 Nr. 1; vgl. auch BGH LM Nr. 1 zu § 1594 BGB). Da der Beklagte nicht näheres über den Zeitpunkt der Kenntnis der Klägerin von dem Anfechtungsgrund vorgetragen hat, konnte das Berufungsgericht nach dem angeführten Rechtsgrundsatz von der Rechtzeitigkeit der Anfechtung ausgehen.

3.) Weiter meint die Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht ein Schreiben der Klägerin vom 15. Juli 1955 nicht unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob darin eine Bestätigung des angefochtenen Vertrages vom 4. Dezember 1952 gemäß § 141 BGB zu erblicken sei. Auch dieser Angriff ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Schreiben ausdrücklich auseinandergesetzt und ist dabei aus tatsächlichen Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, daß dieses während des Rechtsstreits an den Vergleichsverwalter gerichtete Schreiben nicht die Auslegung zulasse, daß die Klägerin damit die Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch den Beklagten habe anerkennen und ihren in diesem Rechtsstreit vertretenen Standpunkt habe aufgeben wollen. Diese Auslegung ist möglich und schließt damit zugleich auch für das Revisionsgericht die Möglichkeit aus, in diesem Brief eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB zu sehen.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang auch noch einmal auf die Meinung des Beklagten zurückgreift,

das genannte Schreiben der Klägerin enthalte ein Anerkenntnis der von ihm ausgesprochenen Kündigung, so ist der Revision das verwehrt. Insoweit bewegt sich die Revision auf rein tatsächlichem Gebiet, so daß dem erkennenden Senat ein näheres Eingehen auf diese Ausführungen der Revision aus Rechtsgründen nicht möglich ist.

4.) Aus sachlichrechtlichen Gründen hält die Revision die Verurteilung des Beklagten, das Betreten des Geschäftslokals durch die Klägerin zu dulden, für unzulässig, weil damit eine unmögliche Leistung verlangt werde. Die Revision weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Beklagte inzwischen mit dem Kaufmann B. eine neue offene Handelsgesellschaft errichtet habe und daß dieser Gesellschaft jetzt die Geschäftsräume gehörten, deren Betreten durch die Klägerin der Beklagte dulden solle. Das könne der Beklagte aber nicht, da ihm insoweit die alleinige Verfügungsbefugnis nicht zustehe.

Diesen Darlegungen der Revision kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. In dem Zeitpunkt, als der Beklagte den neuen Gesellschaftsvertrag abschloß, war der Abänderungsvertrag vom 4. Dezember 1952 nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits von der Klägerin angefochten. Das bedeutet, daß in diesem Zeitpunkt die offene Handelsgesellschaft auf Grund des Vertrages vom 16. Februar 1952 zwischen den Parteien wieder bestand und daß das Geschäftsvermögen somit im Zeitpunkt des Abschlusses des neuen Vertrages gesamthänderisch gebundenes Vermögen war, das den beiden Parteien gemeinsam gehörte. Der Beklagte war nicht in der Lage, dieses Gesamthandsvermögen wirksam auf die neu errichtete offene Handelsgesellschaft zwischen ihm und dem Kaufmann B. zu übertragen. Selbst wenn man davon ausgeht, daß an den beweglichen Sachen dieses Vermögens ein Gutgläubenserwerb

seitens der neuen offenen Handelsgesellschaft aus Rechtsgründen möglich wäre, so scheidet ein solcher Erwerb hier jedenfalls deshalb aus, weil der Beklagte nicht gutgläubig war und es für einen Gutglaubenserwerb seitens der neuen offenen Handelsgesellschaft auch auf den guten Glauben des Beklagten als Gesellschafter dieser offenen Handelsgesellschaft ankommt (vgl. Staudinger-Kessler § 706 Anm. 14 n. w. N.). Von einem guten Glauben des Beklagten kann bei den hier gegebenen Verhältnissen nicht gesprochen werden. Selbst wenn ihm die Bedeutung der von der Klägerin ausgesprochenen Anfechtung in ihrer rechtlichen Tragweite nicht voll bekannt gewesen sein sollte, so würde eine solche etwaige Nichtkenntnis doch auf einer groben Fahrlässigkeit beruhen. Das hat zur Folge, daß der Beklagte das Geschäftsvermögen der zwischen ihm und der Klägerin bestehenden offenen Handelsgesellschaft nicht in die neu errichtete offene Handelsgesellschaft mit dem Kaufmann B. einbringen konnte. Das Geschäftsvermögen ist also Vermögen der offenen Handelsgesellschaft, die zwischen den Parteien besteht, geblieben.

An dieser Rechtslage ändert sich auch nichts, wenn man in diesem Zusammenhang die für die faktische Gesellschaft geltenden rechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt. Denn von einer faktischen Gesellschaft zwischen dem Beklagten und dem Kaufmann B. kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil der zwischen ihnen abgeschlossene Gesellschaftsvertrag voll wirksam und nicht etwa mit irgendwelchen Rechtsmängeln behaftet ist. Insoweit könnte höchstens der Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage eingreifen (vgl. dazu BGHZ 10, 51). Aber auch dieser Gesichtspunkt führt hier nicht weiter. Wie der erkennende Senat bereits ausgesprochen hat, kann das Rechtsinstitut der faktischen Gesellschaft nicht dazu

führen, einer rechtlich unwirksamen Einlage, mag sie auch ein Handelsgeschäft zum Gegenstand haben, rechtliche Wirksamkeit zu verleihen (BGH WM 1958, 1008). Denn das würde bedeuten, daß ein einem Dritten gehörender Gegenstand auch bei Bösgläubigkeit eines Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen einer neu errichteten Gesellschaft gezogen werden könnte. Die rechtliche Bedeutung der faktischen Gesellschaft beschränkt sich in einem Fall dieser Art darauf, daß ein etwaiges Fehlen der Geschäftsgrundlage nicht ohne weiteres zu einer rückwirkenden Nichtigkeit der neu errichteten Gesellschaft führen kann und daß somit etwaige Erstattungsansprüche, die dieser Gesellschaft gegen den Rechtsträger des eingebrachten Gegenstandes zustehen könnten, gesamthänderisch gebunden sind und nach den für die neu errichtete Gesellschaft geltenden Bestimmungen zwischen den Gesellschaftern dieser Gesellschaft auseinanderzusetzen sind. Das alles zeigt, daß auch unter Berücksichtigung der für die faktische Gesellschaft geltenden Grundsätze sich hinsichtlich des Geschäftsvermögens nichts an der Rechtslage ändert, wonach dieses allein der zwischen den Parteien bestehenden offenen Handelsgesellschaft gehört.

Mit dieser rechtlichen Beurteilung entfällt der Ausgangspunkt der Revision, wonach der Beklagte zu einer rechtlich unmöglichen Leistung verurteilt sei, soweit es sich um das Recht der Klägerin zum Betreten der Geschäftsräume handelt. Diese Räume stehen nach wie vor der zwischen den Parteien errichteten offenen Handelsgesellschaft zu; der Kaufmann Becker als Gesellschafter der neu errichteten Gesellschaft hat daran kein Recht. Dem Beklagten ist es somit rechtlich möglich, dem Verlangen der Klägerin nachzukommen, ihr das Betreten der Geschäftsräume zu gestatten oder das Betreten der Geschäftsräume durch sie zu dulden.

5.) Schließlich erhebt die Revision noch eine Verfahrensrüge nach § 139 ZPO. Sie meint, das Berufungsgericht hätte den Beklagten vorher darauf aufmerksam machen müssen, daß es aus dem Schreiben vom 20. April 1953 eine Anfechtung wegen Irrtums entnehmen werde. Zu einem solchen Hinweis habe umsomehr Veranlassung bestanden, als sich die Klägerin ihrerseits schriftsätzlich selbst nicht auf die Anfechtung des Vertrages vom 4. Dezember 1952 berufen hätte. Wäre das Berufungsgericht seiner Pflicht nachgekommen, so hätte der Beklagte, wie die Revision im einzelnen unter Beweisantritt vorbringt, nähere Behauptungen darüber aufgestellt, daß die Klägerin den Vertrag vom 4. Dezember 1952 nicht rechtzeitig angefochten habe.

Diese Rüge der Revision ist im Ergebnis nicht begründet. Zwar spricht bei den hier gegebenen Verhältnissen manches dafür, daß es Aufgabe des Berufungsgerichts gewesen ist, den Beklagten vorher darauf hinzuweisen, daß es den Klagvortrag entgegen dem von beiden Parteien in ihren Schriftsätzen eingenommenen Rechtsstandpunkt unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Irrtumsanfechtung beurteilen werde. Diese Frage braucht indessen hier nicht abschließend beantwortet zu werden, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts jedenfalls nicht auf einer etwaigen Verletzung des § 139 ZPO beruht. Denn wie die Revision ausführt, hätte der Beklagte bei einem entsprechenden Hinweis nach § 139 ZPO lediglich vortragen können, daß die Klägerin etwa 14 Tage vor der von ihr ausgesprochenen Anfechtung Kenntnis von ihrem Irrtum erlangt habe. Mit diesem Vortrag hätte aber der Beklagte bei den hier gegebenen Verhältnissen nicht dartun können, daß die Klägerin von ihrem Anfechtungsrecht nicht rechtzeitig Gebrauch gemacht habe. Denn eine solche Zeitspanne muß der Klägerin, die sich damals in die deutschen Ver-

hältnisse einzuleben begann, für die Ausübung des Anfechtungsrechts zugebilligt werden. Die Anfechtung braucht nicht sofort ausgesprochen zu werden; vielmehr ist dem Anfechtungsberechtigten ein billig zu bemessender Zeitraum zuzugestehen, damit er in einer so wichtigen Frage wie der vorliegenden das Für und Wider vernünftig abwägen kann. Ein Zeitraum von 14 Tagen kommt dafür jedenfalls in Betracht, so daß die von der Klägerin ausgesprochene Anfechtung auch unter Berücksichtigung des neuen Vortrags der Revision rechtzeitig war.

Damit erweist sich die Revision als unbegründet, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen ist.

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Nörr

Dr. Haager

Dr. Reinicke