

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

29

Gesetz: HGB § 105.

Rechtssatz:

Auch eine faktische Gesellschaft setzt, wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus. Es genügt aber bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages; dagegen reicht eine tatsächliche Gemeinschaft ohne Rücksicht auf jede Vertragsgrundlage für die Annahme einer faktischen Gesellschaft nicht aus.

Aktenzeichen: II ZR 188/52

Urteil des BGH vom 28. November 1953 OLG Hamburg

Verkündet

am 28. November 1953

Jodas, Just Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. des Statikers Hans G. [REDACTED] H. [REDACTED]
He [REDACTED]-E [REDACTED]-Str. [REDACTED],
2. des Architekten Wilhelm T. [REDACTED]
H. [REDACTED], E. [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Johannes I. [REDACTED], H. [REDACTED],
Ge [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1953 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Delbrück, Dr. Fischer und Artl für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 10. Juli 1952 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien vereinbarten im Sommer 1949, zum gemeinsamen Betrieb eines Baugewerbes eine offene Handelsgesellschaft zu gründen, die in das Handelsregister eingetragen und für die vom Kläger ein schriftlicher Vertrag entworfen werden sollte. Dabei war vorgesehen, daß die Gewinn- und Verlustbeteiligung für jeden der Beteiligten $\frac{1}{3}$ betragen sollte. Zur Eintragung der Gesellschaft und zum Abschluß eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages ist es dann jedoch nicht gekommen.

Im Oktober 1949 wurde dem Eigentümer eines Ruinengrundstücks, dem Reeder V. [REDACTED], unter der Bezeichnung "Bauarbeitsgemeinschaft I. [REDACTED], G. [REDACTED] & Co" ein schriftliches Angebot zum Wiederaufbau seines Grundstücks gemacht, das von dem Kläger und dem Beklagten zu 1) unterschrieben war und das von dem Grundstückseigentümer unter Billigung der Antragenden mit der Maßgabe angenommen wurde, daß der Bau zu einer festen Pauschalsumme von DM 73.850 von der Bauarbeitsgemeinschaft fertiggestellt werden sollte. In der Folgezeit wurde der Bau in Angriff genommen. Die erforderlichen Aufträge an die Handwerker wurden von dem Kläger erteilt, der die kaufmännische Leitung der Bauarbeitsgemeinschaft hatte. Die Beklagten hingegen waren an dem Bau tätig, wobei der Beklagte zu 2) die Arbeiten überwachte, jedoch nicht als Architekt des Bauherrn, da dieser einen eigenen Architekten hatte. Die von dem Bauherrn eingehenden Baugelder wurden auf ein Bankkonto eingezahlt, das die Bezeichnung "Bauarbeitsgemeinschaft I. [REDACTED], G. [REDACTED] & Co. (i.Gr.)" führte und über das der Kläger und der Beklagte zu 1) jeweils zusammen mit der Ehefrau des Klägers der Geldgeberin der Bauarbeitsgemeinschaft, Verfügungsberechtigt waren. Die Beklagten erhielten seit Sommer 1949 bis Anfang 1950 von dem Kläger fortlaufend Geldbeträge, über die sie quittierten. Als Zahlungsgrund enthalten die Quittungen



den Vermerk: "A-conto-Abrechnungsarbeiten im Bau Ge [REDACTED] str. [REDACTED]", "A-conto-Beteiligung am Bauvorhaben Ge [REDACTED] str. [REDACTED]" und "Gehalt von Bauarbeitsgemeinschaft I [REDACTED], G [REDACTED] & Co.".

Anfang 1950 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien, die schließlich nach erfolglosen Verhandlungen dazu führten, daß sich die Beklagten von dem Bauprojekt zurückzogen. Der Beklagte zu 1) teilte anschließend auch der Bankverbindung mit, daß er seine Vertretungsbefugnis zu streichen bitte, da die Gesellschaft in der beabsichtigten Form nicht zustande gekommen sei. Die Bank kam diesem Verlangen nach und gab dem Kläger davon Kenntnis.

Der Kläger hat den Bau zu Ende geführt. Er nimmt nunmehr die Beklagten als bisherige Gesellschafter auf Auseinandersetzung in Anspruch. Er hat vorgetragen, die Bauarbeitsgemeinschaft habe trotz des Verhaltens der Beklagten den Bau zu Ende führen müssen, da sie den Auftrag bindend angenommen habe. Bei diesem Bau habe es sich um ein Verlustgeschäft gehandelt, wobei jetzt noch Schulden in Höhe von DM 30.054,95 offen seien. Er hat deshalb verlangt, daß die Beklagten entsprechend der vorgesehenen Verlustbeteiligung von je $\frac{1}{3}$ und unter Berücksichtigung der vorweg erhaltenen Beträge bestimmt bezeichnete Handwerkerrechnungen selbst übernehmen und ihn hiervon befreien.

Die Beklagten sind demgegenüber der Ansicht, daß sie nicht Gesellschafter der Bauarbeitsgemeinschaft geworden seien. Es sei zwar die Gründung einer Bauarbeitsgemeinschaft beabsichtigt gewesen, es sei jedoch zu ihrer Errichtung nicht gekommen. Zudem habe der Kläger nach dem endgültigen Scheitern der Verhandlungen im Februar/März 1950 selbst erklärt, daß er das alleinige Risiko für den Bau trage.

Das Landgericht hat den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die von den Parteien beabsichtigte offene Handelsgesellschaft nicht gegründet worden sei, daß sie jedoch als faktische Gesellschaft bereits nach außen in die Erscheinung getreten sei; der Kläger könne daher nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die faktische Gesellschaft von den Beklagten die Auseinandersetzung im Sinne seines Klagebegehrens verlangen.

Der Revision, die sich zunächst gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet, ist zuzugeben, daß die Auffassung über das Vorliegen einer sogenannten faktischen Gesellschaft nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht haltbar ist. Von einer faktischen Gesellschaft kann nach der insoweit gefestigten Auffassung in der Rechtsprechung (BGHZ 2, 285 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch BGHZ 8, 157) nur dann gesprochen werden, wenn ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, dieser jedoch aus Rechtsgründen nichtig oder anfechtbar ist. Auch eine faktische Gesellschaft setzt, wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus, es genügt aber bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages, der von dem tatsächlichen, wenn auch rechtlich fehlerhaften Willen der Vertragschließenden getragen ist. Eine nur tatsächliche Gemeinschaft ohne Rücksicht auf jede Vertragsgrundlage reicht entgegen der von Haupt (Festschrift für

Siber 1943 S 18 Anm 41, 29) geäußerten Auffassung nicht aus, um die Annahme einer faktischen Gesellschaft zu rechtfertigen (vgl auch Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft S 2; Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage 1947 S 54). Das ergibt sich schon daraus, daß die Anerkennung der faktischen Gesellschaft für den Bereich der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern im wesentlichen auf der Erwägung beruht, daß der tatsächliche Wille der Beteiligten auf die Führung eines gemeinsamen Unternehmens gerichtet war und daß nur die rechtliche Anerkennung eines in dieser Weise geschaffenen tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisses dem übereinstimmenden Verhalten der Beteiligten vom Beginn ihrer gemeinsamen Tätigkeit in der Gesellschaft an gerecht wird (RGZ 165. 193 /2057). Dieser Auffassung entspricht es, daß der erkennende Senat für den Fall eines nur zum Schein abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages die Anwendung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft für die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern abgelehnt hat, weil hier der übereinstimmende Wille der Beteiligten nicht auf eine Regelung ihrer Rechtsbeziehungen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen gerichtet ist (NJW 53, 1220).

Von einer faktischen Gesellschaft kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden, da es sich hier nicht um eine Gesellschaft "auf mangelhafter Vertragsgrundlage", um eine fehlerhafte Gesellschaft in dem dargelegten Sinne handelt. Wenn die Revision glaubt, hieraus die Folgerung ziehen zu können, daß demgemäß auf die Rechtsbeziehungen der Parteien gesellschaftsrechtliche Vorschriften überhaupt nicht angewendet werden können, so kann ihr darin allerdings nicht beigetreten werden. Eine solche Folgerung wäre nur möglich, wenn zwischen den Parteien überhaupt kein Gesellschaftsvertrag geschlossen worden wäre, wenn ihr Verhältnis zueinander

im Hinblick auf das Nicht-Zustandekommen des vorgesehenen schriftlichen Gesellschaftsvertrages und im Hinblick auf die nicht erfolgte Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ein Rechtsverhältnis vertragloser Art, etwa das einer Gemeinschaft, geblieben wäre. Das ist aber nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall.

Nach diesen Feststellungen haben die Parteien, obwohl sie die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft beabsichtigt und hierfür den Abschluß eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages vorgesehen hatten, schon ohne Rücksicht darauf mit ihrer gemeinsamen Geschäftstätigkeit begonnen. Sie haben demgemäß gemeinsam den Bauvertrag mit dem Grundstückseigentümer Vogemann abgeschlossen und entsprechend ihrer übereinstimmenden Willensrichtung die Arbeit für die Ausführung des übernommenen Bauauftrages aufgenommen. Sie sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bei der Planung für die Errichtung der offenen Handelsgesellschaft stehen geblieben, sondern haben sich mit der Eröffnung des Geschäftsbetriebes vor der Gründung der offenen Handelsgesellschaft einverstanden erklärt und sich demgemäß als Gesellschafter gemeinsam an der Ausführung des übernommenen Bauauftrages beteiligt. Wenn das Berufungsgericht auf Grund dieser Feststellungen zu der abschließenden Feststellung gelangt ist, daß alle 3 Parteien Gründer der Bauarbeitsgemeinschaft I. [REDACTED], G. [REDACTED] & Co. waren und unter dieser Firma Geschäfte seit Oktober 1949 betrieben haben, so ist darin zugleich die Feststellung über den stillschweigenden Abschluß eines vorläufigen Gesellschaftsvertrages zu erblicken (RGRK BGB § 705 Anm 2 unter Hinweis auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts vom 18.9.1925 II 506/24). Die so errichtete Gesellschaft der Parteien ist als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen, da das Gewerbe der Parteien kein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs 2 HGB ist (Würdinger RGRK HGB § 1, 26 a) und daher als Handelsgewerbe erst ange-

sprochen werden kann, wenn eine entsprechende Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist.

2. Entgegen der Auffassung der Revision war diese bürgerlichrechtliche Gesellschaft der Parteien ihrem Gegenstand nach nicht auf das Bauvorhaben Vogemann beschränkt. Die Revision setzt sich mit ihrer dahingehenden Auffassung in Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Nach diesen Feststellungen haben sich die Parteien in ihrer gesellschaftlichen Zusammenarbeit nicht damit begnügt, nur dieses Bauvorhaben gemeinsam durchzuführen, sondern sie haben auch Verhandlungen mit anderen Bauinteressenten geführt, um ebenfalls mit diesen zum Abschluß von Bauverträgen zu kommen. Der Umstand, daß dabei die Arbeitsgemeinschaft der Parteien keine weiteren Bauaufträge erhalten konnte, steht der Annahme nicht entgegen, daß der Zweck ihrer Gesellschaft nicht etwa lediglich auf die Durchführung des Bauvorhabens Vogemann beschränkt blieb.

Mit dieser Beurteilung entfällt der Ausgangspunkt für den Angriff der Revision, mit dem sie sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts wendet, daß nämlich der Kläger nach der einverständlichen Auflösung der Gesellschaft berechtigt blieb, das begonnene Bauvorhaben entsprechend der von den Parteien übernommenen vertraglichen Verpflichtung zu Ende zu führen. Wenn auch nach Auflösung einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft die einem einzelnen Gesellschafter zustehende Geschäftsführungsbefugnis für die Abwicklung der schwebenden Geschäfte nach § 730 Abs 2 Satz 2 BGB grundsätzlich erlischt, so besteht trotzdem, wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf RGRK BGB § 730 Anm 4 mit Recht hervorhebt, die Möglichkeit, daß die Beauftragung eines einzelnen Gesellschafters mit besonderen Geschäften im Einzelfall trotz der Auflösung der Gesellschaft fort dauert. Gegen die Annahme einer solchen Möglichkeit im vorliegenden Fall, soweit es sich um den Auftrag an den Klä-

ger handelt, das Bauvorhaben Vogemann für die Gesellschaft durchzuführen, besteht aus Rechtsgründen kein Bedenken, da sich die Gesellschaft der Parteien nicht auf die Durchführung dieses Bauvorhabens beschränkt, und da sich demzufolge dieser Auftrag nicht mit der umfassenden Geschäftsführungsbefugnis des Klägers deckt. Die weiteren Erwägungen, mit denen sich die Revision gegen die erwähnte Annahme des Berufungsgerichts wendet, sind rein tatsächlicher Art und daher im Revisionsverfahren ohne Bedeutung.

3. Die Revision greift ferner die Feststellung des Berufungsgerichts an, daß der Kläger nach der einverständlichen Auflösung der Gesellschaft auch tatsächlich das Bauvorhaben V[REDACTED] für Rechnung der Abwicklungsgesellschaft fort- und zu Ende geführt hat. Die dahingehende Feststellung hat das Berufungsgericht nicht näher begründet, und es ist nicht ersichtlich, ob es dabei in tatsächlicher Hinsicht die von der Revision hervorgehobenen und für die Beurteilung wesentlichen Umstände mit berücksichtigt hat. Nach den zum Teil unstreitigen Behauptungen der Beklagten hat der Kläger aus der Bezeichnung "Bauarbeitsgemeinschaft I[REDACTED], G[REDACTED] & Co.", unter der die Gesellschaft der Parteien im Rechtsleben auftrat, nach Auflösung der Gesellschaft den Namen G[REDACTED] gestrichen und auf Befragen dritter Personen erklärt, daß seine Ehefrau in die Gesellschaft eingetreten und sie nunmehr "der Co." in der neuen Bezeichnung "Bauarbeitsgemeinschaft I[REDACTED] & Co." sei. Dabei hat der Kläger nicht nur auf dem an der Baustelle befindlichen Bauschild, sondern auch im Verkehr mit seiner Bank aus dem Firmenstempel den Namen G[REDACTED] gestrichen. Aus diesen tatsächlichen Umständen könnte entsprechend der Ansicht der Beklagten der Schluß gezogen werden, daß der Kläger mit der Durchführung des Bauvorhabens V[REDACTED] nicht etwa schwebende Geschäfte der bisherigen Gesellschaft abgewickelt, sondern in Übereinstimmung mit den Beklagten den bisherigen Geschäftsbetrieb

der zwischen den Parteien gebildeten Gesellschaft allein übernommen und in Form einer neuen Gesellschaft mit seiner Ehefrau weitergeführt hat. Diese Annahme könnte des weiteren eine Bestätigung darin finden, daß der Kläger dem Verlangen der Beklagten auf Beendigung ihrer Gesellschaft nicht widersprochen und die Beklagten ihre Erklärung, sich um den gesamten Geschäftsbetrieb nicht mehr kümmern zu wollen, nicht etwa sofort auf eine weitere Haftung aus dem noch nicht abgewickelten Bauvorhaben V[REDACTED] hingewiesen, sondern diese Erklärung nur mit der erwähnten Änderung in der Bezeichnung der Bauarbeitgemeinschaft und dem Hinweis auf die jetzige Stellung seiner Frau in der Arbeitsgemeinschaft beantwortet hat. Die gekennzeichnete Beurteilung dieser tatsächlichen Vorgänge würde bedeuten, daß die Beklagten im stillschweigenden Einverständnis der Parteien unter gegenseitigem Verzicht auf etwaige Auseinandersetzungsansprüche ausgeschieden seien und die Haftung für die entstandenen Verluste aus der Durchführung des Bauvorhabens V[REDACTED] nur noch den Kläger, und zwar gegebenenfalls in Verbindung mit seiner Ehefrau treffen würde.

Dabei wird es für die tatsächliche Beurteilung dieser ganzen Umstände sehr wesentlich sein, zu welchem Zeitpunkt von den Parteien überhaupt erkannt worden ist, daß das Bauvorhaben V[REDACTED] für die Arbeitsgemeinschaft ein Verlustgeschäft sein werde. Hierüber sind aus dem Vortrag der Parteien hinreichende Anhaltspunkte in dieser oder jener Richtung nicht ersichtlich; offenbar hat diese Frage sogar bei den Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien und den Verhandlungen zwischen ihnen keine besondere Rolle gespielt. Da nach der Aussage des Zeugen Pf[REDACTED] der Bau am 1. Juni 1950 offenbar noch nicht vollständig fertiggestellt war und da nach der vom Kläger vorgelegten Abrechnung über die Durchführung dieses Wiederaufbaues der größere Teil der Ausgaben in die Zeit nach der Auflösung der Gesellschaft fällt, erscheint es nicht aus-

geschlossen, daß im Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft der spätere Verlust aus dem übernommenen Wiederaufbau noch gar nicht zu übersehen war. In diesem Fall wäre es auch nicht unwahrscheinlich, daß der Kläger, als sich die Beklagten von ihm trennen wollten und ihre Mitwirkung an dem Bauvorhaben aufgaben, dieses nunmehr allein (oder in Verbindung mit seiner Ehefrau) und nicht etwa für Rechnung der in Abwicklung befindlichen Gesellschaft durchführte. Einer solchen Beurteilung würde es auch, worauf die Beklagten mit Recht hingewiesen haben, entsprechen, daß der Kläger erst außerordentlich spät an die Beklagten mit seinem jetzt im Wege der Klage geltend gemachten Befreiungsanspruch herangetreten ist und im Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft offenbar gar nichts von einer weiteren Beteiligung der Beklagten am Gewinn oder Verlust des noch fertigzustellenden Baues gesprochen hat.

Alle diese tatsächlichen Umstände hat das Berufungsgericht bei seiner Feststellung, daß der Kläger nach Auflösung der Gesellschaft das Bauvorhaben für Rechnung der von den Parteien gebildeten Gesellschaft fertiggestellt hat, nicht berücksichtigt. Diese von der Revision gerügte Feststellung kann daher nicht aufrechterhalten bleiben. Da sie aber für den geltend gemachten Anspruch des Klägers von entscheidender Bedeutung ist, muß das Berufungsurteil aufgehoben werden, damit unter Berücksichtigung der hervorgehobenen Umstände nach der notwendigen weiteren Aufklärung des Sachverhalts in der aufgezeigten Richtung eine einwandfreie Feststellung darüber getroffen wird, ob der Kläger für Rechnung der aufgelösten Gesellschaft oder für eigene Rechnung (gegebenenfalls zusammen mit seiner Ehefrau) das übernommene Bauvorhaben V [REDACTED] zu Ende geführt hat.

4. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Klagsanspruch nicht etwa ohne die noch notwendige Feststellung schon deshalb als unbegründet angesehen werden, weil der Kläger in unzulässiger Weise mit seinem Anspruch nur eine Teilauseinandersetzung verlange. Wenn der Kläger tatsächlich nach Auflösung der Gesellschaft das Bauvorhaben V [REDACTED] für Rechnung der in Abwicklung befindlichen Gesellschaft zu Ende geführt hat, so kann er auch in der von ihm geforderten Form die Beteiligung der Beklagten an den entstandenen Verlusten im Wege der Auseinandersetzung verlangen. Es ist aus dem Vorbringen der Parteien in keiner Weise ersichtlich, daß außer diesen Verlusten noch andere Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten für die Auseinandersetzung zu berücksichtigen seien. Wenn sich auch der Gegenstand der Gesellschaft nicht etwa nur auf das Bauvorhaben V [REDACTED] beschränkt hat, so sind doch aus anderen Geschäften der Gesellschaft nach dem bisherigen Vortrag der Parteien keine Forderungen oder Verbindlichkeiten entstanden, die in die Auseinandersetzung der Parteien einbezogen werden müßten. Es handelt sich daher bei dem Anspruch des Klägers nicht, wie die Revision meint, um ein Verlangen auf eine Teilauseinandersetzung, die allerdings nach der Rechtsprechung des Senats unzulässig wäre (Lindenmaier-Möhring § 730 BGB Nr 2), sondern es handelt sich bei dem Anspruch des Klägers um das Verlangen auf eine abschließende Regelung der sich für die Parteien aus ihrer aufgelösten Gesellschaft ergebenden Rechtsbeziehungen.

Da die noch fehlende rechtlich einwandfreie Feststellung darüber, ob der Kläger für Rechnung der Abwicklungsgesellschaft oder etwa für Rechnung einer zwischen ihm und seiner Ehefrau neu gebildeten Gesellschaft das Bauvorhaben V [REDACTED] zu Ende geführt hat, entscheidungserheblich ist,

war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückzuverweisen.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Delbrück

Dr. Fischer

Artl.