

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

---

Gesetz: BGB § 140

Rechtssatz: Bei der Umdeutung eines Vertrages ist nicht davon auszugehen, was die Vertragschließenden beim Vertragsabschluß tatsächlich gewollt haben und von welchen Vorstellungen sie sich dabei haben leiten lassen, sondern davon, was sie gewollt haben würden, wenn sie die Nichtigkeit des von ihnen abgeschlossenen Vertrages erkannt haben würden. Dieser hypothetische Parteiwille kann nicht nach rein objektiven Gesichtspunkten ermittelt werden.

Aktenzeichen: II ZR 204/54

Urteil des BGH vom 15. Dezember 1955

OLG Hamburg

II ZR 204 '54

V e r k ü n d e t  
am 15. Dez. 1955

Justiz, Justizangestellter  
Urkundsbeamter der Ge-  
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Paul H [REDACTED], H [REDACTED],  
W [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisions-  
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1) den Kaufmann Otto E [REDACTED], H [REDACTED],  
W [REDACTED] Str. [REDACTED],

2) Horst Arno G [REDACTED], S [REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED],

3) Christel G [REDACTED], H [REDACTED], W [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisions-  
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1955 unter Mit-  
wirkung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück,  
Dr. Fischer, Artl und Dr. Winkelmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des  
2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-  
richts in Hamburg, den Parteien an Verkündungs-  
Statt zugestellt am 12., 14. Juni 1954, wird auf  
Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger zu 1) gründete im Jahre 1948 mit dem Kaufmann G., der im Jahre 1952 verstorben und von den Klägern zu 2) und 3) beerbt worden ist, ein Textilhandelsgeschäft. Im Jahre 1949 schlossen der Kläger zu 1) und der Erblasser mit dem Adoptivvater des Beklagten einen privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag, in dem sich dieser verpflichtete, sein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. In der Folgezeit errichteten der Kläger und der Erblasser auf diesem Grundstück ein einstöckiges Gebäude, das je zur Hälfte von ihnen und dem Beklagten gewerblich genutzt wurde. Der Adoptivvater des Beklagten kam seiner Übereignungsverpflichtung nicht nach; vielmehr übereignete er das Grundstück dem Beklagten. In einem darauf angestrenzten Rechtsstreit einigten sich alle Beteiligten in einem außergerichtlichen Vergleich. Danach wurde gemäß dem notariellen Vertrag vom 21. April 1951 zwischen dem Kläger zu 1) und dem Erblasser sowie dem Beklagten ein Gesellschaftsvertrag geschlossen, durch den zum Zwecke einer gemeinschaftlichen Nutzung und eines weiteren Ausbaus des Geschäftshauses eine offene Handelsgesellschaft errichtet wurde. In diese Gesellschaft brachten der Kläger zu 1) und der Erblasser für die von ihnen auf dem Grundstück errichteten Baulichkeiten 10.000 DM, der Beklagte das Grundstück zu einem angenommenen Nominalwert ein.

Die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister wurde vom Registergericht abgelehnt, weil nach dem Gesellschaftsvertrag ein Handelsgewerbe nicht betrieben werden sollte.

Der Beklagte weigerte sich danach, sein Grundstück auf die Gesellschaft als eine solche nach bürgerlichem

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)



Recht zu übertragen. Vielmehr forderte er von den Klägern mit Schreiben vom 22. Juni 1953 Miete für die Benutzung seines Grundstücks. Ferner nahm er Verhandlungen mit einem anderen Interessenten über die Errichtung eines Baues auf.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger die Feststellung, daß der Gesellschaftsvertrag vom 21. April 1951 mit der Maßgabe wirksam ist, daß die Gesellschaftsform nicht die der offenen Handelsgesellschaft, sondern die der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ist, sowie die weitere Feststellung, daß der Beklagte nicht berechtigt ist, von den Klägern für die Grundstücksbenutzung Miet- oder Pachtzinsen zu verlangen, daß vielmehr die Nutzung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages geschieht. Ferner begehren sie die Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des Grundstücks an die Gesellschaft und zur Unterlassung einer selbständigen Bebauung des Grundstücks unter Umgehung der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Bindungen.

Zur Begründung ihrer Klage haben die Kläger ausgeführt, daß durch den Gesellschaftsvertrag aus Rechtsgründen zwar eine offene Handelsgesellschaft nicht entstanden sei, daß aber der Vertrag im Wege der Umdeutung (§ 140 BGB) dahin auszulegen sei, daß durch ihn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Parteien errichtet worden sei. Notfalls müsse angenommen werden, daß zwischen den Parteien eine faktische Gesellschaft bestehe, da die Parteien nach Abschluß des Vertrages als Gesellschafter tatsächlich zusammengearbeitet hätten.

Der Beklagte ist diesen Ausführungen entgegengetreten und hat vorgetragen, daß er sich von vornherein gegen

die Gründung einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft verwahrt habe. Er habe die Errichtung einer eingetragenen Handelsgesellschaft gewünscht, weil sein Vater bei der Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts einmal schlechte Erfahrungen gemacht hätte.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht den geltend gemachten Auflassungsanspruch allerdings mit der Maßgabe, daß die Auflassung an die Parteien als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu erfolgen habe. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter, während die Kläger um Zurückweisung der Revision bitten.

#### Entscheidungsgründe:

I. Die Revision erhebt Bedenken gegen die Aktivlegitimation der Kläger, soweit diese mit der Klage die Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des Grundstücks verlangen. Die Revision meint, daß es sich hierbei um einen Anspruch der Gesellschaft handle, der nur nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglich geregelten Ordnung von den geschäftsführenden Gesellschaftern geltend gemacht werden könne.

Diese Bedenken der Revision sind unbegründet. Mit Recht weist die Revisionsbeantwortung darauf hin, daß es sich bei dem Anspruch der Kläger auf Auflassung des Grundstücks um einen solchen handelt, der sich auf den Gesellschaftsvertrag stützt, der die Beitragsleistung des Beklagten zum Inhalt hat und auf dessen Erfüllung auch die einzelnen Gesellschafter als Partner des Gesellschaftsvertrages einen Anspruch haben, freilich mit der Maßgabe,

daß die Leistung an die Gesellschaft (an die Parteien als Gesellschafter dieser Gesellschaft) zu erbringen ist. Das ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (RGZ 70, 32; 91, 36; 100, 166; 158, 314; OGHZ 3, 214) und wird heute auch im Schrifttum fast einhellig angenommen (vgl. RGRK BGB § 705 Bem 5; Weipert RGRK HGB § 124 Bem 36; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 18, II 3 m.w.Nachw.).

II. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag gemäß § 140 BGB dahin umzudeuten sei, daß er die Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Inhalt habe. Einer solchen Umdeutung stehe auch nicht die Behauptung des Beklagten entgegen, daß er bei Vertragsabschluß erklärt habe, er sei nicht gewillt, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzugehen, weil sein Vater mit einer solchen schlechte Erfahrungen gemacht habe. Denn aus dieser Behauptung gehe nur hervor, daß der Beklagte in der damaligen Situation, in der die Parteien meinten, die Wahl zwischen einer offenen Handelsgesellschaft und einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu haben, keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewollt, sondern eine offene Handelsgesellschaft vorgezogen habe, nicht aber auch die Erklärung, daß er überhaupt keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hätte, wenn er die rechtliche Unmöglichkeit für die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft erkannt haben würde.

Die Revision wendet sich gegen diese Ausführungen. Sie meint, das Berufungsgericht habe ohne Begründung der

Behauptung des Beklagten einen Sinn unterstellt, der dem Inhalt dieser Behauptung nicht entspreche. Denn der Inhalt dieser Behauptung sei dahin gegangen, daß der Beklagte zur Eingehung einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nicht bereit sei, und daß er das bei den Vertragsverhandlungen klar zum Ausdruck gebracht habe. Im übrigen könne eine Umdeutung deshalb nicht in Betracht kommen, weil der Vertrag vom 21. April 1951 nicht, wie § 140 BGB voraussetze, aus Rechtsgründen, sondern deshalb nichtig sei, weil er nach seinem Inhalt auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen sei.

Diesen Ausführungen der Revision kann nicht beigetreten werden.

1) Zunächst kann es keinem rechtlichen Zweifel unterliegen, daß eine Anwendung des § 140 BGB hier nicht deshalb ausgeschlossen werden kann, weil die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages wegen Verstoßes gegen § 105 HGB nicht möglich war. Die Annahme der Revision, daß der Gesellschaftsvertrag zum Zwecke der Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft nicht aus Rechtsgründen, sondern aus einem anderen Grunde nichtig sei, ist durch nichts gerechtfertigt. Darüber hinaus umfaßt der Anwendungsbereich des § 140 BGB auch die Fälle, in denen ein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, nach § 306 BGB nichtig ist. Das ist bisher noch niemals in Zweifel gezogen worden und kann angesichts des Wortlautes des § 140 BGB auch nicht zweifelhaft sein.

2) Für die Beurteilung der weiteren Revisionsrüge ist es zunächst von Bedeutung, ob es bei der Anwendung des § 140 BGB überhaupt darauf ankommt, welchen Willen die Vertragschließenden gehabt haben. Nach der Ansicht von Hieber (DNotZ 1954, 304) genügt es für die Umdeutung eines nichtigen Geschäfts, daß die Beteiligten als vernünftig

denkende Leute das andere Geschäft gewollt haben würden; dabei erübrigt sich nach seiner Ansicht eine besondere Beweisaufnahme, da die Vernunftsgründe, auf die es hierbei ankomme, objektiv feststellbar und von der Meinung der Beteiligten unabhängig seien. Es ist offensichtlich, daß die Behauptung des Beklagten bei einer Auslegung des § 140 BGB in diesem Sinne ohne rechtliche Bedeutung und damit auch die Rüge der Revision gegenstandslos wäre.

Allein diese rein objektive Auffassung wird dem Grundgedanken des § 140 BGB nicht gerecht. Diese Vorschrift steht in einem inneren Zusammenhang mit den Bestimmungen der §§ 133, 139, 157 BGB, die sich mit der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen befassen. Allen diesen Bestimmungen ist gemeinsam, daß für die Auslegung der erklärte oder der mutmaßliche Wille der Beteiligten maßgeblich ist und daß eine Auslegung gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen nach rein objektiven Gesichtspunkten nicht zulässig ist. Das gilt auch für die ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB (vgl dazu BGHZ 9, 273), die mit der Umdeutung gemäß § 140 BGB in einem besonders engen Zusammenhang steht, da sie beide dem Richter nicht eine sinnfeststellende, sondern eine rechtsgestaltende Aufgabe zuweisen (Siller, ZivA 138, 148). Es ist demgemäß die Vorschrift des § 140 BGB dahin zu verstehen, daß bei der Umdeutung der vermutliche Parteiwille eine sachgerechte Berücksichtigung finden muß.

Nun handelt es sich bei der Umdeutung freilich nicht um eine echte Auslegung, da es sich hierbei nicht um die Feststellung eines wirklich vorhandenen Parteiwillens, sondern um die Ermittlung eines hypothetischen Willens, d.h. dessen handelt, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie die Nichtigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gekannt hätten (vgl RGZ 110, 391; Warn 1928 Nr 8). Ein solcher hypothetischer Parteiwille wird

regelmäßig anzunehmen sein, wenn durch das andere Rechtsgeschäft derselbe wirtschaftliche Erfolg erreicht wird wie durch das nichtige Rechtsgeschäft, da im allgemeinen davon ausgegangen werden kann, daß es den Parteien als vernünftig denkenden Menschen beim Vertragsabschluß auf den von ihnen angestrebten wirtschaftlichen Erfolg angekommen ist. Es ist aber im Einzelfall durchaus denkbar, daß die Parteien der von ihnen gewählten Rechtsform ein besonderes Gewicht beigemessen haben, hinter dem der angestrebte wirtschaftliche Erfolg zurücktritt (vgl. v. Tuhr, Allg. Teil 2. Aufl. S. 288; Oertmann Komm. BGB § 140, 2 b). Bei der Umdeutung ist in einem solchen Fall diesem Umstand im Rahmen der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens auch die ihm zukommende Bedeutung beizumessen, da die Umdeutung nicht zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen darf, die sich einfach gegen die besondere Willensrichtung und über die besonderen Vorstellungen der Parteien hinwegsetzt (Erman-Westermann Komm. BGB § 140 Bem. 4; ähnlich auch RGRR BGB § 140 Bem. 1; Planck-Strehl Komm. BGB § 140 Bem. 1; Staudinger-Riezler § 140 Bem. 3).

Angesichts dieser Beurteilung ist es für die Umdeutung von rechtlicher Bedeutung, ob den Parteien beim Abschluß des Vertrages vom 21. April 1951 nur der wirtschaftliche Erfolg, also der gesellschaftliche Zusammenschluß vorgeschwebt hat, oder ob das von ihnen benutzte rechtstechnische Mittel zur Erreichung dieses Erfolges, nämlich die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft, für die Parteien von entscheidender Bedeutung gewesen ist. Dabei ist jedoch in diesem Zusammenhang zu beachten, daß es für die Umdeutung nicht auf den beim Vertragsabschluß wirklich vorhandenen Willen der Parteien ankommt, sondern daß es hierbei um die Ermittlung eines hypothetischen Parteiwillens geht. Es muß daher mit dem

Reichsgericht (RGZ 121, 85) gefragt werden, wie sich die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit verhalten hätten. Es ist also von einer fingierten Bewußtseins- und Willenslage aus der hypothetische Wille der Parteien zu ermitteln.

Dieser Aufgabe, die, wie bereits hervorgehoben, nicht eine solche rein feststellender Art, sondern darüber hinaus auch eine solche rechtsgestaltender Art ist, ist sich das Berufungsgericht bei seinen von der Revision angegriffenen Ausführungen bewußt gewesen. Es hat bei der von ihm vorgenommenen Umdeutung des nichtigen Vertrages vom 21. April 1951 durchaus zutreffend nicht darauf abgestellt, was die Vertragsschließenden damals tatsächlich gewollt haben und von welchen Vorstellungen sie sich beim Vertragsabschluß haben leiten lassen, sondern darauf, was sie gewollt haben würden, wenn sie die Nichtigkeit der von ihnen vorgesehenen Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft damals beim Vertragsabschluß erkannt haben würden. Dieser Unterschied zwischen dem tatsächlichen Willen und dem für die Umdeutung maßgeblichen hypothetischen Willen ist offensichtlich, da im vorliegenden Fall der tatsächliche Wille von der Annahme einer freien Auswahl zwischen den Rechtsformen der offenen Handelsgesellschaft und der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ausging, der hypothetische Wille der Vertragsschließenden jedoch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die von den Vertragsschließenden gewählte Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommen konnte, zu ermitteln war.

Wenn das Berufungsgericht bei der Anwendung des § 140 BGB von diesem zutreffenden rechtlichen Standpunkt ausgegangen ist und sodann die Behauptung des Beklagten dahin ausgelegt und verstanden hat, daß diese sich nur auf den beim Vertragsabschluß geäußerten tatsächlichen Willen des Beklagten, nicht aber auch auf seinen hypothetischen Willen, nämlich auf seine Auffassung im Fall einer von

allen Beteiligten erkannten Nichtigkeit der von ihnen vorgesehenen Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft, bezieht, so ist das nicht zu beanstanden. Denn es ist ganz offensichtlich, daß sich der Wortlaut der fraglichen Behauptung nur auf den tatsächlichen Willen des Beklagten beim Vertragsabschluß bezieht und in keiner Weise erkennen läßt, daß der Beklagte an dieser Auffassung auch dann festgehalten haben würde, wenn sich die Beteiligten beim Vertragsabschluß der Tatsache bewußt gewesen wären, daß sie für den von ihnen beabsichtigten Gesellschaftszweck eine offene Handelsgesellschaft nicht errichten könnten. Es kann daher auch nicht mit der Revision davon gesprochen werden, daß das Berufungsgericht der Behauptung des Beklagten einen Sinn unterstellt habe, der dem Inhalt dieser Behauptung nicht entspreche.

3) Gegen die von dem Berufungsgericht vorgenommene Umdeutung des Vertrages vom 21. April 1951 in einen solchen, der die Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Inhalt hat, bestehen auch im übrigen keine rechtlichen Bedenken. Die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts in ein anderes Rechtsgeschäft ist davon abhängig, daß das nichtige Rechtsgeschäft zugleich die Bestandteile des anderen Rechtsgeschäfts in sich schließt; sie darf also nicht dazu führen, daß an die Stelle des nichtigen Geschäfts ein solches gesetzt wird, das über den Erfolg des ursprünglich gewollten Geschäfts hinausgeht. Diesem Erfordernis genügt die von dem Berufungsgericht vorgenommene Umdeutung. Dabei bestehen auch keine Bedenken, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß unter Berücksichtigung des von den Vertragschließenden geäußerten Willens für die im Wege der Umdeutung geltende bürgerlichrechtliche Gesellschaft die Vorschriften der offenen Handelsgesellschaft im Innenverhältnis zu gelten haben, soweit das rechtlich zulässig ist. Denn mit dieser Annahme berücksichtigt das

Berufungsgericht zutreffend den erklärten Willen der Beteiligten im Rahmen des rechtlich Möglichen. Daß die Vertragsschließenden die Möglichkeit einer solchen Gestaltung ihrer internen Rechtsbeziehungen haben, ergibt sich aus dem Grundsatz der insoweit bestehenden Vertragsfreiheit (vgl dazu für die sog. atypische stille Gesellschaft BGHZ 8, 160).

Die Revision ist somit mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Selowsky

Artl

Dr. Delbrück

Dr. Winkelmann

Dr. Fischer