

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB § 242 Ca

Die der Geltendmachung eines Formmangels entgegengesetzte Arglisteinrede kann nur auf Umstände gestützt werden, die auf derselben Ebene wie der Formmangel liegen und zu ihm in irgendeiner Beziehung stehen. Das ist nicht der Fall bei Umständen, mit denen Rechtsbehelfe gegen einen wirksamen Vertrag begründet werden sollen, die hierzu aber nicht ausreichen.

GmbHG § 34

- a) Der alleinige Gesellschafter einer GmbH kann die Erfüllung der Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils aus Gründen, die die Ausschließung des Forderungsberechtigten, wäre er bereits Gesellschafter, rechtfertigen würden, verweigern, ohne dass es hierzu einer rechtsgestaltenden Klage und eines Abfindungsangebots bedarf.
- b) In einem solchen Fall genügt das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 140 HGB ; es kann dagegen nicht danach gefragt werden, ob der Betreffende völlig untragbar und seine Ausschließung das äußerste Mittel sei.

BGH, Urt. v. 6. Juli 1961 - II ZR 219/58

OLG Hamburg
LG Hamburg

II ZR 219/58

Verkündet

am 6. Juli 1961

Pfauz, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Versäumnisurteil

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Carl V [REDACTED], H [REDACTED],
N [REDACTED],

Beklagten, Berufungs-
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.
Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Gerhard W [REDACTED], H [REDACTED],
B [REDACTED] Weg [REDACTED],

Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1961 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Liesecke und Dr. Reinicke für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 12. August 1958 verkündete Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch privatschriftlichen Vertrag vom 29. Dezember 1955 (Anlage 3) verkaufte der Beklagte, ein Rechtsanwalt, dem Kläger die sämtlichen Geschäftsanteile an der H [REDACTED] -Vertriebsgesellschaft mbH, deren Stammkapital von 20 000 DM nur in Höhe von 11 230,39 DM eingezahlt war, für 3 000 DM. Die Geschäftsanteile sollten zunächst nicht übertragen werden. Anstelle der Übertragung sollte ein Treuhandvertrag geschlossen werden, auf Grund dessen der Beklagte die Geschäftsanteile für den Kläger als den Alleinberechtigten verwalten und seinerseits Geschäftsführer der GmbH bleiben sollte. Zu dem Treuhandvertrag (Anlage 4) kam es gleichfalls am 29. Dezember 1955. In ihm verpflichtete sich der Kläger, die zur Aufrechterhaltung der Gesellschaft erforderlichen Gelder zur Verfügung zu stellen (§ 5). § 7 des Treuhandvertrages gibt dem Kläger das Recht, den Treuhandvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzuheben und die Übertragung der Geschäftsanteile zu fordern. Der Kläger wollte seinen Anteil an der J [REDACTED] & Co KG auf die GmbH übertragen. Das scheiterte am Widerstand der anderen Gesellschafter dieser Kommanditgesellschaft.

Die Kommanditgesellschaft wollte ihren Kiesbetrieb in Schönberg (Grube E [REDACTED]) an die H [REDACTED] KG verpachten. Die H [REDACTED] KG kaufte jedoch ein größeres Kiesvorkommen in Niedersachsen und verlor damit das Interesse an der Fortsetzung ihres eigenen Betriebes in der "S [REDACTED]" und an der Pachtung der Grube E [REDACTED]. Der Beklagte, der hiervon als Berater des Klägers erfuhr, schlug vor, eine Interessenaufteilung zwischen mehreren Firmen vorzunehmen und die Beziehungen der Parteien auf eine neue Basis zu stellen.

Am 1. Februar 1956 schlossen die Parteien schriftlich einen Vertrag (Anlage 5). In ihm heißt es: Der Kläger habe die H [REDACTED] -Vertriebsgesellschaft mbH erworben, um durch diese Firma die Ausbeutung von Kiesvorkommen in der



Umgebung Hamburgs, in Schönberg und in der Steinburg vorzunehmen. Für die Unterstützung und Beratung bei Verwirklichung dieser Absicht beteilige er den Beklagten mit 1/3 am Gewinn. In Fragen der Geschäftsführung von besonderer Bedeutung sollten beide ohne Rücksicht auf ihre Stellung zu dem Unternehmen und die Gewinnbeteiligung gleiches Stimmrecht haben. Die Entnahmen sollten sich auf je 36 000 DM jährlich beschränken, um Rücklagen für die notwendig werdenden Investitionen zu bilden.

Außerdem ersetzten die Parteien den Kaufvertrag über die GmbH-Anteile durch einen auf den 29. Dezember 1955 zurückdatierten, privatschriftlichen Vertrag (Anlage 6). Danach verkaufte der Beklagte als alleiniger Inhaber aller Anteile an der H [REDACTED]-Vertriebsgesellschaft mbH 13 500 DM Geschäftsanteile an den Kläger für 1 500 DM, wobei bestimmt wurde, daß der Beklagte einen eingezahlten Anteil von 6 500 DM behält, eine Übertragung des Anteils von 13 500 DM nicht erfolgt und anstelle der Übertragung dieses Anteils ein Treuhandvertrag geschlossen wird, kraft dessen der Beklagte den dem Kläger verkauften Geschäftsanteil treuhänderisch verwaltet. Über den Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages haben die Parteien verschiedene Angaben gemacht. Der Treuhandvertrag wurde aufrechterhalten.

Die GmbH pachtete durch Vertrag vom 3. Februar 1956 die Steinburg und durch Vertrag vom 1. März 1956 den Betrieb der J [REDACTED] & Co KG in Schönberg (Grube E [REDACTED]). Andererseits verpflichtete sich die H [REDACTED] KG zur Abnahme der gesamten Produktion der GmbH an gewaschenen Kieselsteinen in der Kernung 7 - 30 mm.

Der Kläger bemühte sich, durch den Makler H [REDACTED] 60 - 100 000 DM in Form stiller Beteiligungen aufzubringen. Das von H [REDACTED] herausgegebene Beteiligungsangebot (Bl. 86 d.A.) sprach von einer Gewinnerwartung von ca. 35 % und einer Jahresproduktion von 60 000 cbm im Werte von 1 075 000 DM, die bereits fest verkauft seien. Es sag-

te weiter, daß die aufzunehmenden Gelder in Höhe von 30 - 40 000 DM zum Ankauf von Maschinen und in Höhe von 60 000 DM als Betriebsmittel verwendet und von einem Hamburger Anwalt in der Weise gesichert werden sollten, daß die verkauften Maschinen übereignet und ein Anteil an einem anderen Kieswerk im Werte von 75 000 DM verpfändet werde. Dem Beteiligungsangebot war eine Rentabilitätsrechnung (Anlage D) beigelegt. Diese Rentabilitätsrechnung deckte sich mit einer Kalkulation (Anlage A), die der Kläger unter dem 28. Januar 1956 dem Beklagten gefertigt hatte und den mutmaßlichen Geldbedarf der GmbH angab.

Da es dem Kläger nicht gelang, Gelder aufzutreiben, erklärte der Beklagte (vgl. S. 2 seines Schriftsatzes vom 13. Mai 1957, Bl. 100 d.A.), dann werde er den - vermeintlich - benötigten Kredit von 60 - 100 000 DM beschaffen. Das geschah auch (vgl. die Darlehensaufstellung Bl. 103 d.A.). Es stellte sich heraus, daß Beträge dieser Höhe bei weitem nicht genügten.

Mit Schreiben vom 17. Mai 1956 (Anlage Q) fragte der Kläger den Beklagten an, wieviel dieser bisher entnommen habe. Zugleich bat er darum, der Beklagte solle die ihm als Kaufpreis für den Geschäftsanteil geschuldeten 1 500 DM mit vom Kläger noch nicht erhobenen Entnahmen verrechnen und die restliche Einlageschuld (8 769,61 DM) in den kommenden Monaten in Höhe von monatlich 1 500 DM zu Lasten seines, des Klägers, Entnahmerechts decken. Schließlich kündigte er an, den Treuhandvertrag in Kürze aufheben und eine andere Regelung treffen zu wollen.

Der Beklagte lag von Anfang Mai 1956 infolge Geldsucht längere Zeit im Krankenhaus. Mit Schreiben vom 13. November 1956 (Anlage 17) wies er den Kläger darauf hin, es habe sich als notwendig erwiesen, weit mehr Kredite als die vom Kläger kalkulierten 60 - 100 000 DM zu beschaffen, es sei nicht möglich gewesen, die über den kalkulierten Geldbedarf hinaus aufgenommenen Kredite wieder herauszuziehen,

die ernsthaften Liquidationsschwierigkeiten der Vergangenheit seien noch nicht überwunden, in allernächster Zeit würden weitere Gelder benötigt, um den Zahlungsverpflichtungen der GmbH nachzukommen. Hierbei war (vgl. das Schreiben des Beklagten vom 16. November 1956, Anlage 11) an die am 16. November 1956 fälligen Lohnzahlungen und zwei am 16. und 17. November 1956 fällige Wechsel über 4 000 DM (O [REDACTED] und K [REDACTED]) und 673 DM (A [REDACTED] bank) gedacht.

Im Schreiben vom 16. November 1956 sagte der Beklagte, daß man, falls es dem Kläger nicht gelänge, die zur Fortführung der Firma erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, die Situation als konkursfällig bezeichnen müsse. Er selbst sei nicht bereit, die unter seinem Namen als alleinigen Gesellschafter und unter seiner Geschäftsführung laufende Firma in Konkurs gehen zu lassen, das könne und wolle er sich als Rechtsanwalt nicht leisten. Die über ihn eingeflossenen Kredite seien nicht ausreichend gesichert, da der Wert der hierfür zur Verfügung gestellten Geschäftsanteile an der J [REDACTED] & Co KG von nicht mehr als 60 - 100 000 DM die Höhe der aufgenommenen Kredite - sie betrugen nach der Darlehensaufstellung Bl. 103 d.A. am 16. November 1956 rund 130 000 DM - nicht decke. Für die aufgenommenen Gelder hafte er teils persönlich, teils in seiner Eigenschaft als Anwalt. Im Falle des Konkurses würde die Weiterführung des Betriebes unmöglich gemacht, ein erheblicher Teil der über ihn hereingebrachten Gelder sei dann verloren. Dem könne er sich als Anwalt und auch wirtschaftlich nicht aussetzen. Andererseits sehe er sich außerstande, unter den bestehenden Verhältnissen weitere Gelder zur Verfügung zu stellen. Er sei gezwungen, eine Sicherung der über ihn hereingegebenen Beträge, aus Mitteln, die von außerhalb kämen, anzustreben. Das sei nach seiner Auffassung nur in der Weise möglich, daß der Betrieb in andere Hände übergehe.

Der Kläger lehnte diesen Vorschlag mit Schreiben vom 18. November 1956 (Anlage 12) ab und wies den Beklagten

darauf hin, daß er den verkauften Geschäftsanteil als Treuhänder verwalte und ihn weder veräußern noch belasten dürfe. Hierauf erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 26. November 1956 (Anlage 13), damit sei die Möglichkeit einer Zusammenarbeit endgültig beseitigt. Der Kläger kündigte nunmehr unter dem 3. Dezember 1956 (Anlage 7) den Treuhandvertrag und verlangte die Abtretung eines Geschäftsanteils von 13 500 DM. Der Beklagte lehnte das mit Anwaltsschreiben vom 6. Dezember 1956 (Anlage F) ab und focht mit Schreiben vom 10. Januar 1957 (Anlage G) alle mit dem Kläger getroffenen Vereinbarungen wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an.

Auf Antrag des Klägers wurde dem Beklagten durch einstweilige Verfügung verboten, über Geschäftsanteile der H[REDACTED]-Vertriebsgesellschaft mbH zu einem Betrag von mehr als 6 500 DM und über das Vermögen dieser Gesellschaft über den normalen Geschäftsgang hinaus zu verfügen.

Mit der Klage verlangt der Kläger

1. Abtretung von 13 500 DM Geschäftsanteilen
- und 2. ein Verbot des der einstweiligen Verfügung entsprechenden Inhalts.

Der Beklagte beruft sich auf Formnichtigkeit des Kaufvertrages, die von ihm erklärte Anfechtung und auf Wegfall der Geschäftsgrundlage. Er macht außerdem geltend, daß er den Kläger, wenn dieser bereits Gesellschafter geworden wäre, aus wichtigem Grunde aus der Gesellschaft ausschließen könnte, und meint, dies bereits dem Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages entgegenhalten zu können. Er behauptet, im April 1956 mit dem Kläger vereinbart zu haben, daß dieser die Übertragung des gekauften Geschäftsanteils erst verlangen dürfe, wenn er den Kaufpreis von 1 500 DM und die restliche Einlage (8 769,61 DM) bezahlt habe und die aufgenommenen Kredite abgelöst seien. Gegenüber dem Klageantrag zu 2 hat er mangelndes Rechtsschutzinteresse eingewendet und dies mit der einstweiligen Verfügung begründet. Außerdem hat er vorgetragen, er habe niemals die Absicht gehabt, über die Geschäftsanteile oder über das Gesellschaftsvermögen zu ver-

fügen, sondern dem Kläger lediglich den Ernst der Lage vor Augen führen wollen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Abtretung eines Geschäftsanteils von 13 500 DM jedoch daran geknüpft, daß der Kläger Zug um Zug dagegen 1 500 DM an den Beklagten zahle.

Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger ist in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG). Ein ohne die Beobachtung dieser Form geschlossener Kaufvertrag ist nach § 125 BGB nichtig. Der Formmangel kann nur durch eine in gerichtlicher oder notarieller Form vorgenommene Abtretung geheilt werden (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Die Abtretung eines Geschäftsanteils kann anders als die Übergabe einer zu übereignenden beweglichen Sache nicht "ersetzt" werden. Der von den Parteien formwidrig abgeschlossene Kaufvertrag ist daher nicht dadurch gültig geworden, daß an die Stelle der Anteilsübertragung ein Treuhandverhältnis vereinbart wurde und so die Abtretung "ersetzt" werden sollte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Treuhandvertrag aus sich heraus nichtig ist, weil er das unbeschränkte Eigentum des Beklagten in treuhänderisch gebundenes umwandeln sollte und den Beklagten für den Zeitpunkt der Beendigung des Treuhandverhältnisses zur Abtretung eines

Geschäftsanteils verpflichtete. Dann jedenfalls ist der Treuhandvertrag wegen seines Zusammenhangs mit dem Kaufvertrag nach § 139 BGB nichtig.

Der Beklagte kann sich aber auf die Nichtigkeit von Kaufvertrag und Treuhandvertrag nicht berufen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen. Er hat beide Verträge monatelang gehandhabt, als ob sie wirksam wären. Er war zwar einerseits der Vertragsgegner des Klägers, sollte und wollte aber andererseits auch als dessen Anwalt tätig werden und war in dieser Eigenschaft mindestens zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 1. Februar 1956 und des zurückdatierten Kaufvertrages tätig. Der Beklagte hat sich durch den Vertrag vom 1. Februar 1956 (Anlage 5), der wirksam ist, mit dem Kläger zu einer Innengesellschaft verbunden. Der zweite Kaufvertrag und der zur Durchführung dieses Kaufvertrages aufrecht erhaltene Treuhandvertrag dienten der Verwirklichung der Innengesellschaft. Diesen Verträgen gemäß hat der Beklagte die GmbH, die am 29. Dezember 1955 nur ein leerer Mantel war, mit Leben ausgefüllt und als Einmann-Außengesellschaft fortgesetzt. Er hat, wenn auch vergeblich, vom Kläger die Zahlung des Kaufpreises und die Abdeckung der Einlageschuld verlangt. Er hat den Anteil des Klägers an der J. [REDACTED] & Co KG zur Beschaffung von Krediten für die GmbH eingesetzt. Bei dieser Sachlage handelt der Beklagte arglistig, wenn er sich zur Abwehr der Klage darauf beruft, daß der zurückdatierte Kaufvertrag, der die Grundlage beider Klageanträge darstellt, formungültig ist.

Von diesem Vorwurf kann sich der Beklagte nicht dadurch befreien, daß er erklärt hat, er würde sich nicht auf Formnichtigkeit berufen, wenn er nicht Grund zur Anfechtung der Verträge oder zur Ausschließung des Klägers hätte oder nicht die Erfüllung des Kaufvertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder auf Grund der nach seiner Behauptung im April 1956 getroffenen Sondervereinbarung verweigern könnte. Denn die hierfür vorgetragenen Tatsachen liegen auf ganz anderen Ebenen und haben ganz andere Folgen. So können

Umstände, die für einen Irrtum des Beklagten über wesentliche Eigenschaften des Klägers beachtlich sind, aber mangels Rechtzeitigkeit der Anfechtungserklärung anfechtungsrechtlich nicht mehr berücksichtigt werden können, unmöglich im Zusammenhang mit dem Formmangel und der ihm entgegen gehaltenen Arglist Bedeutung gewinnen. Denn ein Irrtum ist nur bei rechtzeitiger Anfechtung rechtserheblich und kann nicht den gegenüber einem Formmangel erhobenen Arglisteinwand aus dem Felde schlagen. Reichen die für eine Ausschließung des Klägers vorgebrachten Tatsachen nicht für sich zur Abwehr der Klage aus, so können sie dem Beklagten auch im Zusammenhang mit dem Formmangel nicht zum Sieg verhelfen. Diese Umstände sind nur dann erheblich und können erst dann geprüft werden, wenn entweder der Kaufvertrag wirksam oder es so anzusehen ist, als ob dieser Vertrag gültig wäre. Denn sonst fehlt es zwischen den Parteien an Rechtsbeziehungen, gegen die sich der Kläger vergangen haben könnte. Das gleiche gilt vom Wegfall der Geschäftsgrundlage; hier kommt noch hinzu, daß dieser rechtliche Gesichtspunkt keineswegs zur Klageabweisung zu führen braucht, sondern auch zu einer Umgestaltung der Vertragsverhältnisse, insbesondere zu einer Änderung der beiderseitigen Beteiligungsquoten führen kann.

Die Revision meint, alle unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung, der Ausschließung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorgetragenen Umstände müßten für die Frage, ob der Beklagte mit der Berufung auf den Formmangel arglistig handle, berücksichtigt werden, weil es dabei um einen Einwand aus § 242 BGB gehe und ein solcher Einwand eine alles umfassende Prüfung erfordere, insbesondere könne der rein formale Gesichtspunkt, daß die Anfechtung vielleicht verspätet sei, keine Rolle spielen. Hieran ist richtig, daß die Frage, ob die Berufung auf Vertragsnichtigkeit einen Rechtsmißbrauch darstellt, nach den gesamten Umständen des Falles zu beurteilen ist. Aber diese Umstände müssen auf derselben Ebene wie der Formmangel liegen und zu ihm in irgend einer Beziehung stehen. Das ist bei Umständen, mit denen Rechtsbehelfe gegen einen wirk-

samen Vertrag begründet werden sollen, die hierzu aber nicht ausreichen, nicht der Fall. Mit dem Formmangel und dem hierauf bezüglichen Verhalten der Parteien können nicht Umstände vermengt werden, die damit in keinem Zusammenhang stehen. Die Partner eines formpflichtigen, aber formwidrig geschlossenen Vertrages schulden einander vor und nach dem Vertragsschluß nicht mehr Rücksichtnahme und Treue als die Partner eines wirksamen Vertrages. Vom Standpunkt der Revision aus würde ein begangener Formfehler die Möglichkeit bieten, auf dem Rücken des anderen Teiles die Entwicklung der mit dem ungültigen Vertrag ausgelösten Verhältnisse und Beziehungen abzuwarten, ohne der Gefahr echter, wirksamer Bindung ausgesetzt zu sein. Das ist ganz ausgeschlossen. Der Beklagte hat die Formnichtigkeit mindestens des Kaufvertrages gekannt. Er hat den Kaufvertrag und den Treuhandvertrag so gehandhabt, als ob sie gültig wären. Würde er das in der Vorstellung getan haben, er würde den Kläger mangels persönlicher und fachlicher Eignung jederzeit wegen des Formmangels abschütteln, bei einer ihm ungünstigen Entwicklung aber an dem Verträge festhalten können, so träfe ihn der Vorwurf des Rechtsmißbrauchs in ganz besonderem Maße. So wäre sein Verhalten aber zu beurteilen, wenn man seinen Sachvortrag für richtig zu halten und nach dem Standpunkt der Revision zu messen hätte. Die vom Beklagten neben dem Formmangel erhobenen Einwendungen sind eine Sache für sich, sie können nicht mit dem Einwand der Formnichtigkeit vermengt werden.

Die Revision ist daher zu diesem Punkte unbegründet.

II.

Die Irrtumsanfechtung greift nicht durch.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich der Beklagte über verkehrswesentliche Eigenschaften des Klägers, insbesondere über dessen persönliche und fachliche Eignung, geirrt hat. Denn, was der Beklagte hierfür vorträgt, hat er nach seinem eigenen Vortrag bereits im Frühjahr 1956

erfahren, so daß seine erst mit Schreiben vom 10. Januar 1957 abgegebene Anfechtungserklärung verspätet ist. Er hat nämlich vorgetragen, "schon am Anfang" habe sich gezeigt, daß der Kläger den ihm gestellten Aufgaben nicht gewachsen sei (S. 10 der Klagebeantwortung, Bl. 23 d.A.), im Mai 1956 habe er mehr und mehr die Unzuverlässigkeit des Klägers feststellen müssen, damals habe er durch eine Auskunft erfahren, daß der Kläger Anfang 1954 den Offenbarungseid geleistet hat, seit dieser Auskunft sei ihm klar gewesen, mit wem er es zu tun habe (S. 23 der Klagebeantwortung, Bl. 36 d.A. und S. 11/12 seines Schriftsatzes vom 2. April 1957, Bl. 83, 84 d.A.).

Die Revision geht an diesem Vortrag vorbei, wenn sie zur Begründung ihrer Ansicht, daß das Zuwarten mit der Anfechtung nicht schuldhaft gewesen sei, geltend macht, der Beklagte habe die einzelnen Tatsachen nur nach und nach erfahren und infolge seiner monatelangen Erkrankung nicht den vollen Überblick besessen. Auch die Kompliziertheit der Verhältnisse und die schwerwiegenden Folgen des endgültigen Bruchs mit dem Kläger vermögen die Hinauszögerung der Anfechtungserklärung nicht zu entschuldigen.

Die Revision ist daher auch zu diesem Punkt unbegründet.

III.

Zur Täuschungsanfechtung ist das Berufungsurteil dagegen nicht durchweg frei von Rechtsirrtum.

1. Mit Recht ist, das Berufungsgericht der Ansicht des Klägers entgegengetreten, eines Eingehens auf die zu § 123 BGB aufgestellten Behauptungen bedürfe es nicht, weil der erste Kaufvertrag bei Nichtigkeit des zurückdatierten Kaufvertrages wiederauflebe, seinerseits keinesfalls auf arglistiger Täuschung beruhe und mindestens eine Verurteilung über einen Geschäftsanteil von 13 500 DM

rechtfertige, da am 29. Dezember 1955 alle Geschäftsanteile verkauft worden seien. Das Berufungsgericht nimmt demgegenüber an, daß die Geschäftsgrundlage des am 29. Dezember 1955 geschlossenen Kaufvertrages weggefallen sei, da Gegenstand dieses Kaufvertrages ein leerer GmbH-Mantel gewesen sei, während es jetzt um die Beteiligung an einem lebenden Unternehmen gehe, in das mehr als eine Viertel-million investiert sei und dessen Jahresumsatz mehrere hunderttausend Mark betrage. Das ist richtig.

2. Das Berufungsgericht meint, es könne dahingestellt bleiben, ob die Anfechtung des Vertrages vom 1. Februar 1956 oder des Treuhandvertrages berechtigt sei. Denn die Nichtigkeit eines dieser beiden Verträge würde nicht die Nichtigkeit des zurückdatierten Kaufvertrages zur Folge haben. Hierbei ist verkannt, daß die Parteien keinen dieser drei Verträge ohne den anderen geschlossen hätten.

Auf diesem Fehler beruht das Berufungsurteil jedoch nicht. Denn der Beklagte will zu allen Verträgen durch dieselben falschen Angaben des Klägers bestimmt worden sein, und, wenn das richtig ist, greift die Anfechtung gegenüber allen Verträgen durch.

3. Im weiteren verneint das Berufungsgericht Arglist und Ursächlichkeit einer vom Kläger etwa begangenen Täuschung.

a) Es meint, gegen die Annahme einer arglistigen Täuschung und dagegen, daß der Beklagte zu dem maßgebenden Kaufvertrag durch Täuschung bestimmt worden sei, sprechen prima facie zwei Umstände.

Der Anscheinsbeweis setzt einen typischen Geschehensablauf voraus (vgl. die Urteile des Senats, NJW 1951, 360; LM § 826 BGB /C/ Nr. 12; § 61 VVG Nr. 2). Um einen solchen Geschehensablauf geht es hier nicht. Für den Anscheinsbeweis ist daher kein Raum.

b) Als einen dieser Umstände verwertet das Berufungsgericht, daß der Kläger schon auf Grund des am 29. Dezember 1955 geschlossenen Kaufvertrages die Übertragung aller Geschäftsanteile haben verlangen können und es daher nicht nötig gehabt habe, zu einer arglistigen Täuschung zu greifen, um den zurückdatierten Kaufvertrag zu erreichen. Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, daß der Kläger sehr wohl ein Interesse am Abschluß dieses Vertrages haben konnte: Er hat einen GmbH-Mantel gekauft, um darunter seine Mitgliedschaftsrechte an der J. [REDACTED] & Co KG auszuüben. Das war am Widerstand der übrigen Gesellschafter der KG gescheitert. Er hatte kein Geld und keinen Kredit, um den GmbH-Mantel mit Leben zu erfüllen. Durch den Vertrag vom 1. Februar 1956 und den zurückdatierten Kaufvertrag gewann er den Beklagten zu gemeinsamer wirtschaftlicher Betätigung. Damit war für den Beklagten ein Wagnis verbunden, denn es lag auf der Hand, daß ein Anwalt, der Geschäftsführer und Gesellschafter einer verbandsmäßig tätigen GmbH sein sollte, die Gesellschaftsgläubiger nicht gut auf seine Stammeinlage verweisen konnte, sondern ein persönliches Risiko übernahm. Die Revision hat daher recht, wenn sie geltend macht, bei Abschluß des zurückdatierten Kaufvertrages sei es für den Kläger keineswegs darum gegangen, eine wertvolle Rechtsposition in eine weniger wertvolle zu tauschen.

c) In diesem Zusammenhang nimmt das Berufungsgericht an, gegen die Ursächlichkeit einer arglistigen Täuschung spreche die "Tatsache", daß der Beklagte seine Rechtsposition durch den zweiten Kaufvertrag gegenüber dem ersten erheblich verbessert habe. Dieser Vergleich haftet an der Äußerlichkeit, daß der Beklagte am 29. Dezember 1955 alle Geschäftsanteile verkaufte und hernach mit einem Geschäftsanteil von 6 500 DM Gesellschafter blieb. Ob das ein Vorteil war, hing ganz von der Entwicklung des Unternehmens und davon ab, was aus ihm gemacht werden konnte. Der Verkauf des GmbH-Mantels enthielt für den Beklagten überhaupt kein Risiko, da er die Geschäftsanteile nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises abzutreten

brauchte. Ganz anders lag es bei dem abgewandelten, zweiten Kaufvertrag. Durch ihn setzte sich der Beklagte erheblichen Gefahren und einer weit verantwortungsvolleren und umfangreicheren Arbeit aus als durch den ersten Kaufvertrag. Die Vergleichung der beiden Kaufverträge kann daher kein Indiz gegen das Vorliegen einer arglistigen Täuschung und ihre Ursächlichkeit abgeben.

d) Als zweiten Umstand, der gegen ein Anfechtungsrecht aus § 123 BGB sprechen soll, verwertet das Berufungsgericht die Tatsache, daß der Abschluß des Vertrages vom 1. Februar 1956 und des zurückdatierten Kaufvertrages auf die Initiative und den Vorschlag des Beklagten zurückgingen. Das schließt jedoch nicht aus, daß sich der Kläger die Anregungen des Beklagten durch arglistige Täuschung zunutze gemacht hat. Wie irrig die Vorstellungen der Parteien waren, zeigt die Tatsache, daß sie sich ein Entnahmerecht von je 36 000 DM zugestanden und dabei sogar von einem 72 000 DM übersteigenden Gewinn ausgingen, da sie das Entnahmerecht auf diesen Betrag beschränkten. Es liegt nahe, daß diese irrtümliche Vorstellung auf die vom Kläger aufgemachten Rechnungen, also die Anlagen A und D, zurückzuführen ist.

e) Wenn auch das Berufungsgericht die Erheblichkeit des tatsächlichen Vortrags und der Beweisantritte zur Täuschungsanfechtung auf der Grundlage dieser fehlerhaften Überlegungen ("dies vorausgeschickt", BU S. 59) verneint hat, so ist diese Prüfung doch nur zu einem Teil davon beeinflusst.

1. Richtig ist die Erwägung, der Beklagte sei für die Behauptung, der Kläger habe arglistig verschwiegen, wegen Konkursvergehens in Untersuchungshaft gesessen und den Offenbarungseid geleistet zu haben, beweispflichtig und habe insoweit keinen Beweis angetreten. Damit erschöpfte aber das Berufungsgericht den Sachvortrag nicht. Der Beklagte hatte auch behauptet (S. 7 der Klagebeantwortung, Bl. 20 d.A.), der Kläger habe ihn über die erlittene Untersu-

chungshaft dahin "aufgeklärt", daß er völlig unschuldig gewesen sei. Diese Angabe sei, so behauptet der Beklagte weiter, unwahr, weil der Kläger in Wirklichkeit auf Grund einer Amnestie außer Verfolgung gesetzt worden sei. Zum Beweise hierfür hat sich der Beklagte auf die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten bezogen, und diesen Beweis hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht erhoben. Auf das Zeugnis des Rechtsanwalts Unglaube kommt es dagegen entgegen der Ansicht der Revision nicht an. Unglaube ist lediglich dafür benannt worden, daß wegen der Untersuchungshaft ein Prozeß gegen das Land Bremen geführt worden sei. Das aber ist unstreitig.

Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, daß die in das Wissen des Kiesunternehmers B. gestellte Äußerung des Klägers (S. 4 der Klagebeantwortung, Bl. 21 d.A.) für sich allein die Täuschungsanfechtung nicht rechtfertigt. Aber wenn der Kläger zu Burchardi gesagt hat:

Herr B., Sie machen das verkehrt. Sie müssen das so machen: Sie müssen sich Leute besorgen, denen Sie Geld aus der Tasche lutschen. Wenn die Sache dann schief geht, hat man ja selbst keine Haare lassen müssen,

so können die Angaben des Klägers über die erlittene Untersuchungshaft der bewußten Irreführung gedient haben. Denn dann ist nicht von der Hand zu weisen, daß der Kläger nach dem B. empfohlenen Rezept gegenüber dem Beklagten vorgegangen ist.

2. Mit Recht ist das Berufungsgericht dagegen nicht der Behauptung nachgegangen, der Kläger habe dem Beklagten arglistig verschwiegen, daß die J. & Co KG an seiner Unzuverlässigkeit und Unfähigkeit gescheitert sei. Denn, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, ist niemand verpflichtet, seine eigene Unzulänglichkeit zu offenbaren.

3. Zutreffend ist weiter, daß das Berufungsgericht die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe bewußt die Unwahrheit gesagt, wenn er sich als erfahrenen Kiesfachmann

ausgegeben habe, für unbeweisbar gehalten hat, nachdem der Kläger dargetan hat, schon seit 1931 in dem Beruf tätig gewesen zu sein, in Pommern eigene Kiesgruben besessen, eigene Stein-Schotterbetriebe geleitet und bis zu 100 Steinschlägern beschäftigt zu haben, und nachdem der Beklagte selbst vorgetragen hat, daß ihm der Kläger von allen Beteiligten, einschließlich des als Berater der J. [REDACTED] & Co KG tätigen Rechtsanwalts U. [REDACTED], als d e r Kiesfachmann bezeichnet worden sei. Aber auch in diesem Punkte hat das Berufungsgericht den Sachvortrag des Beklagten nicht erschöpft.

Einmal soll sich der Kläger als erfolgreicher Kiesfachmann ausgegeben haben (S. 4 der Berufungsbegründung, Bl. 133 d.A.). Diese Behauptung kann von Bedeutung sein, auch wenn der Kläger wegen Konkursbetruges in Untersuchungshaft genommen worden ist und er den Offenbarungseid geleistet hat, denn die Ursachen hierfür sind nicht aufgeklärt.

Zum anderen soll der Kläger angegeben haben (S. 9 der Klagebeantwortung, Bl. 22 d.A.), daß er eine Kiesaufbereitungs- und Schotteranlage wie die Steinburg absolut beherrsche, während er eine Anlage dieser Größenordnung nie besessen haben und hierfür keine Erfahrungen gehabt haben soll. Eine solche positive Angabe ist anders als ein Verschweigen des Versagens bei der J. [REDACTED] & Co KG erheblich. Der Zeuge I. [REDACTED] hätte daher nicht unvernommen bleiben dürfen. Erst nach vollständiger Aufklärung dieses Punktes kann gesagt werden, ob die Angabe des Klägers, soll sie überhaupt falsch sein, unter den Begriff der arglistigen Täuschung einzureihen oder als großsprecherisch auszuscheiden ist.

4. Da das Berufungsgericht keinen Beweis über die Behauptung des Beklagten erhoben hat, er sei durch die Rentabilitätsrechnung vom 28. Januar 1956 arglistig getäuscht worden, kann keine Rede davon sein, der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht. Aber auch soweit das Berufungsgericht unter dieser Ausdrucksweise die Erheblichkeit des Vorbringens des Beklagten versteht, kann ihm nicht gefolgt werden.

Der Kläger hat diese Kalkulation auch dem Makler H [REDACTED] zur Verfügung gestellt, der ihm einen oder mehrere stille Teilhaber mit 60 - 100 000 DM Kapital besorgen sollte. Das Geld war für den Betrieb der Steinburg und nicht für die Ausbeutung der Grube E [REDACTED] bestimmt. Das hat das Berufungsgericht verkannt, wenn es der Darstellung des Beklagten die Behauptung des Klägers entgegenhält, die Rentabilitätsberechnung habe sich auf die Grube E [REDACTED] bezogen.

Der Beklagte hat auf S. 9/10 der Klagebeantwortung (Bl. 22/23 d.A.) dafür Beweis angetreten, zu welchen Prozentsätzen Kiesel, Splitt und Schotter in dem Rohmaterial der Steinburg enthalten ist, daß diese Prozentsätze von der Kalkulation des Klägers entscheidend abweichen und daß die Ausbeuteverhältnisse der Grube E [REDACTED] nicht anders seien. Dieser Beweistritt ist schlüssig und verlor seine Bedeutung entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deshalb, weil der Kläger demgegenüber andere Zahlenangaben gemacht hat und der Beklagte ihnen nur allgemein entgetreten ist. Denn aus dem Prozeßverhalten des Beklagten ist nichts dafür zu entnehmen, daß er die konkreten Zahlenangaben der Klagebeantwortung hätte fallen lassen wollen.

Entscheidend hebt das Berufungsgericht darauf ab, durch die Vernehmung eines Sachverständigen könne nicht bewiesen werden, daß der Kläger die Kalkulation b e w u ß t falsch aufgestellt habe. Es verkennt hierbei, daß Beweislücken durch die Überzeugung des Richters geschlossen werden können. Bestätigt ein Sachverständiger, daß die Zahlenangaben des Beklagten richtig und die des Klägers unrichtig sind, daß die Verhältnisse in der Steinburg und in der Grube E [REDACTED] etwa übereinstimmen und daß ein Fachmann dies gar nicht verkennen konnte, so liegt der Schluß nahe, daß der Kläger bewußt falsche Angaben gemacht hat.

Die Rentabilitätsrechnung vom 28. Januar 1956 ist nicht bloß für die Angaben des Klägers über die Kornzu-

sammensetzung des Materials, sondern auch für seine Angaben über den mutmaßlichen Geldbedarf von Bedeutung. Auch in dieser Beziehung erhebt der Beklagte den Vorwurf arglistiger Täuschung. Unstreitig ist, daß ein Betrag von 60 - 100 000 DM bei weitem nicht ausgereicht hat. Da der Kläger der Fachmann und der Beklagte bei Abschluß des Vertrages vom 1. Februar 1956 und des zurückdatierten Kaufvertrages Laie im Kiesgeschäft war, kann nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, daß die Angaben des Klägers über die benötigten Mittel für die Vertragsschlüsse und den Entschluß des Beklagten, er werde die 60 - 100 000 DM besorgen, wesentlich waren.

Ohne vollständige Sachaufklärung läßt sich auch nicht mit dem Berufungsgericht sagen, daß der Beklagte einer bloßen Kalkulation nicht vertraut haben werde, zumal die wirtschaftliche Konzeption von ihm stamme. Vom Beklagten rührt nur die Idee her, eine Interessenaufteilung zwischen den mehreren Firmen vorzunehmen und die Steinburg und die Grube E durch die GmbH ausbeuten zu lassen. Die fachmännischen Daten und die Zahlenangaben hierzu stammen dagegen vom Kläger. Fest steht, daß sich die Parteien die Möglichkeit von Entnahmen von 72 000 DM jährlich und einen hierüber noch hinausgehenden Gewinn versprochen. Im Berufungsurteil fehlt eine Erklärung dafür, auf welche andere Weise als durch die vom Kläger aufgemachten Rechnungen (Anlagen A und D) der Beklagte zu dieser Vorstellung und zur Beteiligung an dem Unternehmen gelangt sein soll. Der Beklagte hat überdies unwiderlegt vorgetragen, zu seiner Konzeption sei er im Vertrauen auf die Fachkenntnisse des Klägers und in eingehenden Beratungen mit ihm gelangt, und er habe sich von der in der Rentabilitätsrechnung dargestellten Gewinnchance von 29 % bestechen lassen. Das kann nicht von vornherein als unglaubwürdig abgetan werden. Das gilt umso mehr, als der Kläger davon ausgegangen ist, mit dieser Rentabilitätsrechnung Dritte für eine Beteiligung gewinnen zu können. Eine ganz andere Frage ist es, ob der Kläger an seine in der Rentabilitätsrechnung aufgemachten

Zahlen geglaubt hat. Ob ihm seine dahingehende Behauptung abgenommen werden kann, hängt davon ab, ob ein Sachverständiger eine derartige Annahme für ausgeschlossen hält. Die Anhörung eines Sachverständigen durfte daher auch aus diesem Grunde nicht unterbleiben.

IV.

1. Der Beklagte hat recht, daß der Kläger dann nicht die Abtretung des verkauften Geschäftsanteils verlangen kann, wenn er diesen Anteil wegen des Bestehens von Ausschließungsgründen wieder zurückgeben müßte. Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus. Es prüft aber die vom Beklagten angeführten Gründe, die eine Ausschließung des Klägers, wäre er bereits Gesellschafter, rechtfertigen sollen, nicht, weil es glaubt, die vom Senat für die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters entwickelten Grundsätze (BGHZ 9, 157; 16, 317) auf den vorliegenden Fall anwenden zu müssen. Das ist unrichtig. Diese beiden Entscheidungen beruhen darauf, daß die Ausschließung aus einer GmbH ebenso wie die Ausschließung aus einer offenen Handelsgesellschaft (§ 140 HGB) ein rechtsgestaltendes Ausschließungsurteil erfordert und überdies eine Regelung der Frage verlangt, was mit dem Geschäftsanteil des Betroffenen geschehen soll. Beides trifft auf den Fall, daß der alleinige Inhaber aller GmbH-Anteile einen Teil davon verkauft und die Erfüllung verweigert, weil der Verkäufer nach Vertragsschluß Gründe gesetzt hat, die nach Abtretung der gekauften Rechte seine Ausschließung rechtfertigen würden, genau so wenig zu wie auf den Fall, daß der alleinige Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts mit einem Dritten vereinbart, ihn als Teilhaber aufnehmen zu wollen, dann aber die Erfüllung dieser Vereinbarung verweigert, weil der Dritte nach Vertragsschluß einen wichtigen Grund zu seiner Ausschließung gesetzt hat. Für das Recht der offenen Handelsgesellschaft ist anerkannt, daß die mit einem Ausschließungsgrund begründete Lossagung von einer Aufnahmeverpflichtung keine rechtsgestaltende Klage erfordert. Dies wird damit begründet, daß eine sol-

che Klage ihrem Wesen nach ein Rechtsverhältnis voraussetzt, das der Gestaltung durch Richterspruch unterliegt, und daß eine Ausschließungsklage nicht erforderlich ist, solange hinsichtlich des Vermögens und der Schulden noch keine Gemeinschaft besteht. Der Anspruch auf Errichtung einer Gesellschaft rechtfertigt die Anwendung des § 140 HGB nicht, da diese Bestimmung die Änderung einer bestehenden offenen Handelsgesellschaft zum Ziele und nur für eine bereits bestehende Gesellschaft Berechtigung hat (Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 25 Note 3; § 6 Note 15; Weipert in HGB-RGRK § 133 Anm. 2; 140 Anm. 34). Das gilt auch dann, wenn unter den Vertragsparteien zwar noch keine offene Handelsgesellschaft, wohl aber eine Innengesellschaft wirksam geworden ist (Weipert aaO § 133 Anm. 2). Auf der gleichen Linie liegt es, wenn das Reichsgericht (RGZ 165, 260, 268 ff) den Standpunkt vertreten hat, daß derjenige, der einen schuldrechtlichen Anspruch auf Beteiligung an einem Einzelhandelsgeschäft hat, in dem Fall, daß der Geschäftsinhaber die Erfüllung verweigert (oder in Verzug gerät) und überdies einen wichtigen Grund im Sinne des § 142 HGB setzt, im Wege der Leistungsklage verlangen kann, daß der Geschäftsinhaber das Geschäft so überträgt, wie wenn die offene Handelsgesellschaft schon bestände (ebenso Weipert aaO § 142 Anm. 4 Abs. 2). Für den noch nicht erfüllten Verkauf eines GmbH-Anteils durch den Inhaber aller Geschäftsanteile kann, selbst wenn zwischen den Vertragsparteien bereits eine Innengesellschaft begründet worden ist, nichts anderes gelten. Denn auch hier fehlt es an einem Gesellschaftsverhältnis, das nur mittels Rechtsgestaltungsklage und durch rechtsgestaltendes Urteil gelöst werden kann. Daher besteht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch kein Bedürfnis, der Vertragspartei, die einen wichtigen Grund zu ihrer Ausschließung gesetzt hat, dieselben Rechtsgarantien zu geben, die der Senat in den Urteilen BGHZ 9, 157 und 16, 317 dem auszuschließenden Mitglied einer GmbH gewährt hat.

Der Kläger hatte nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Abtretung eines Geschäftsanteils. Deshalb hat er, wenn gegen ihn Ausschließungsgründe beständen, keinen Anspruch auf Bezahlung des Werts eines GmbH-Anteils von nominell 13 500 DM, sondern nur einen Anspruch auf Abfindung seiner Beteiligung an der durch den Vertrag vom 1. Februar 1956 begründeten Innengesellschaft. Eine Innengesellschaft ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft kann der Ausschluß eines Gesellschafters nicht durch rechtsgestaltendes Urteil durchgeführt werden; es ist darum auch anders als bei der GmbH nicht möglich, das Abfindungsguthaben im Ausschlußurteil festzusetzen und das Wirksamwerden des Ausschlusses davon abhängig zu machen, daß das Abfindungsguthaben binnen einer vom Gericht festzusetzenden Frist ausbezahlt wird. Für eine solche Regelung besteht auch kein Bedürfnis, da der Ausschluß aus einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft durch Gesellschafterbeschuß und nicht durch Richterspruch vollzogen wird. Dem Kläger kann nicht der Schutz gewährt werden, den er nach den Senatsurteilen BGHZ 9, 157 und 16, 317 genießen würde, wenn er bereits Gesellschafter der GmbH geworden wäre. Denn er hat sich mit der Stellung eines Käufers von GmbH-Anteilen und eines Innengesellschafters begnügt. Das Gegenteil kann auch nicht deshalb vertreten werden, weil er sich im Hinblick auf den Grundsatz, niemand kann etwas verlangen, was er sofort wieder herausgeben muß, so stellen lassen muß, als ob er bereits Gesellschafter der GmbH wäre. Denn diese Fiktion gilt nur für sein Abtretungsverlangen. Das Berufungsgericht durfte daher nicht ungeprüft lassen, ob der Kläger Gründe gesetzt hat, die seine Ausschließung rechtfertigen würden, wenn er bereits Gesellschafter der GmbH wäre.

2. Das Berufungsgericht erwägt noch: Die Ausschließung des Klägers setze voraus, daß er für den Beklagten völlig untragbar geworden sei. Die Ausschließung dürfe nur das äußerste Mittel sein und dürfe nicht angewendet werden, wenn andere gangbare Wege zur Beseitigung des Mißstandes

vorhanden seien. Bei Beachtung dieser Grundsätze sei der Vortrag des Beklagten nicht ausreichend. Bei Richtigkeit dieses Vortrags habe der Beklagte den Vertrag vom 1. Februar 1956 aus wichtigem Grunde kündigen und den zurückdatierten Kaufvertrag wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Klägers anfechten können. Da er beides nicht getan habe, müsse angenommen werden, daß er die weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger nicht als untragbar angesehen habe. Wenn er den einfachen und gangbaren Weg der Kündigung und Anfechtung nicht gegangen sei, könne seine erst später erfolgte Berufung auf die Ausschließungsmöglichkeit keinen Erfolg haben, weil die Ausschließung nur als das letzte und äußerste Mittel verwendet werden dürfe. Im übrigen lasse sich die GmbH auch aufrechterhalten, ohne daß der Kläger als technischer Leiter weiter tätig bleibe. Wenn der Kläger als der technische Leiter des Unternehmens versagt habe, so könne eine geeignete Person als Betriebsleiter eingesetzt werden.

Diese Überlegungen verkennen, daß sowohl das Erfordernis der völligen Untragbarkeit wie das Erfordernis, daß zur Ausschließung nicht geschritten werden kann, wenn weniger einschneidende Maßnahmen zur Behebung des aufgetretenen Mißstandes ausreichen, auf die Ausschließung aus einer bereits bestehenden offenen Handelsgesellschaft oder GmbH abgestellt sind. Das Recht der offenen Handelsgesellschaft bietet außer der Ausschließungs- oder Übernahmeklage (§§ 140, 142 HGB) die Klage auf Auflösung der Gesellschaft, die Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und die Klage auf Entziehung der Vertretungsbefugnis (§§ 133, 117, 127 HGB). Darüber hinaus kann den schutzwerten Belangen der Beteiligten durch eine Umgestaltung der Organisation der Gesellschaft Rechnung getragen werden. Der Ausschließungskläger kann sich für den Fall, daß die vorgebrachten Gründe nicht das Merkmal der Untragbarkeit erfüllen und die begehrte Ausschließung nicht das der Sachlage angemessene Mittel ist, durch die Anbringung

von Hilfsanträgen und durch bindende Vorschläge für eine sachgerechte Änderung der Rechtsbeziehungen der Parteien vor einer Abweisung eines zu weit gehenden Ausschließungsantrages schützen. Andererseits kann die mit einer Ausschließungsklage überzogene Partei die Einschränkung dieser Rechtsstellung anbieten und auf diese Weise für den Kläger die Gefahr der Klagabweisung herbeiführen, da sie damit die Möglichkeit eröffnet, daß eine sie weniger hart treffende, aber beiden Seiten gerecht werdende Maßnahme ergriffen wird. Auch das Gericht kann einerseits durch die Anregung von Hilfsanträgen und andererseits durch die Unterbreitung eines den schutzwerten Belangen der Streitteile gerecht werdenden Vergleichsvorschlages darauf hinwirken, daß der Prozeß die sachgerechte Lösung findet (BGHZ 18, 350, 362 ff). Alle diese Möglichkeiten bestehen im vorliegenden Rechtsstreit nicht. Der Kläger kann nicht unter dem Hinweis, daß er sonst die Abweisung seiner Klage riskiere, zu einer hilfsweisen Beschränkung seines Klageantrages veranlaßt werden. Der Beklagte hat außer dem Klageabweisungsantrag keine Möglichkeit, das Schicksal des Prozesses zu gestalten. Selbst wenn das Gericht, wäre der Kläger bereits Gesellschafter, einen Antrag, ihn auszuschließen, für zu weitgehend, aber eine Beschränkung seiner Mitgliedsrechte auf z.B. unter 50 % oder auch bloß einen Ausschluß seines Stimmrechts für sachgerecht hielte, hätte es keine Handhabe, diese Rechtsauffassung der Entscheidung zugrunde zu legen. Deshalb kann, wenn gegenüber dem von einem Nichtgesellschafter erhobenen Anspruch auf Abtretung eines Geschäftsanteils Ausschließungsgründe verteidigungsweise geltend gemacht werden, gar nicht gefragt werden, ob der Kläger völlig untragbar und seine Ausschließung das äußerste Mittel sei. Es kann vielmehr nur geprüft werden, ob die erhobenen Vorwürfe für sich die Annahme eines wichtigen Grundes im Sinne des § 140 HGB rechtfertigen. Müßte der Beklagte den verkauften Geschäftsanteil an den Kläger abtreten, obwohl dieser die geschlossenen Verträge in ganz grober Weise verletzt hat, würden aber die entstandenen Mißstände nicht jede Form eines Zusammengehens ausschließen, so könnte der Beklagte sehr leicht durch die Abberufung

als Geschäftsführer entmachtet werden. Davor schützt ihn auch die Zusage des Klägers (vgl. dessen Parteivernehmung, Bl. 94 d.A.) nicht ohne weiteres, er solle so lange Geschäftsführer bleiben, bis seine Haftung für die von ihm beschafften Kredite abgelöst seien; mit seiner Absetzung als Geschäftsführer würde zugleich den über ihn hereingebrachten Krediten die Vertrauensgrundlage entzogen werden. Damit würden gerade die Gefahren heraufbeschworen werden, die der Beklagte befürchtet und die er von den Gesellschaftsgläubigern und sich selbst abwenden möchte. Für einen wichtigen Grund im Sinne des § 140 HGB reicht der Vortrag des Beklagten aus. Das Berufungsgericht hätte daher diesem Vortrag nachgehen müssen.

V.

Richtig ist dagegen, daß der Beklagte für seine Behauptung, mit dem Kläger im April 1956 vereinbart zu haben, der verkaufte Geschäftsanteil sei erst nach Zahlung des Kaufpreises sowie der restlichen Stammeinlage und nach Ablösung der aufgenommenen Kredite zu übertragen, keinen ausreichenden Beweis angetreten hat.

Auch wenn der Beklagte dem Landgerichtsdirektor i.R. Dr. B. bei Kreditverhandlungen erklärt hat, er werde für die Laufzeit des Kredits nach außen alleiniger Gesellschafter bleiben, kann damit nicht der Beweis für die angebliche Vereinbarung mit dem Kläger erbracht werden.

Offensichtlich stand dem Beklagten für seine Behauptung an unmittelbaren Beweismitteln nur die Parteivernehmung des Klägers zur Verfügung. Von diesem Beweismittel hat das Landgericht Gebrauch gemacht, der Kläger hat jedoch die behauptete Vereinbarung in Abrede genommen. Auch über die Vernehmung von Dr. B. könnte der Beklagte nicht seine eigene Vernehmung erreichen. Entgegen der Ansicht

der Revision ist daher das Verfahrensrecht, insbesondere § 286 ZPO, nicht verletzt.

VI.

Das Berufungsgericht hat es gebilligt, daß das Landgericht die Verurteilung des Beklagten zur Abtretung eines Geschäftsanteils von 13 500 DM lediglich davon abhängig gemacht hat, daß der Kläger Zug um Zug dagegen 1 500 DM an den Beklagten zählt. Das ist unrichtig.

Der Kläger schuldet außer dem Kaufpreis die Einlage auf den gekauften Geschäftsanteil. Zur Zahlung der Einlage ist er entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht bloß der GmbH, sondern auch dem Beklagten gegenüber verpflichtet. Das folgt mit Rücksicht auf die Eigenart des Kaufgegenstandes aus dem abgeschlossenen Kaufvertrag. Denn der Beklagte haftet der GmbH nach Maßgabe der §§ 22, 21 GmbHG, wenn der Kläger die Stammeinlage nicht leistet. Von dieser Haftung hat der Käufer eines Geschäftsanteils den Verkäufer zu befreien.

Der Kläger hat die Einlage- und die Kaufpreisschuld noch nicht beglichen. Denn der Beklagte konnte die Verrechnungs- und Entnahmeaufforderung des Schreibens des Klägers vom 17. Mai 1956 (Anlage Q) nicht erfüllen und hat das auch nicht getan, weil er in der Gesellschaftskasse keine Mittel hierzu hatte. Es kommt daher nicht erst darauf an, daß die gewünschte Verrechnung auch an § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gescheitert wäre.

VII.

Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sind nicht frei von rechtlichen Bedenken.

Richtig ist allerdings, daß dieser Einwand nicht auf Umstände gestützt werden kann, die den Beklagten zur Irrtumsanfechtung berechtigt hätten.

Der Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kann auch nicht darauf gestützt werden, daß der Kläger den Kaufpreis und die restliche Einlageschuld nicht bezahlt hat. Denn der Beklagte hat von der ihm zur Verfügung stehenden Vorschrift des § 326 BGB keinen Gebrauch gemacht.

Der Beklagte kann sich ferner nicht darauf berufen, daß er anstelle des Klägers Kredite bis zu einer Höhe von 100 000 DM besorgt hat, denn nach seiner Einlassung (S. 2 des Schriftsatzes vom 13. Mai 1957, Bl. 100 d.A.) hat er sich zur Beschaffung von Krediten dieser Höhe bereit erklärt, ohne irgendwelche Konsequenzen aus dem Versagen des Klägers bei der Kreditbeschaffung zu ziehen.

Unstreitig sind aber statt des ursprünglich angenommenen Betrages von 60 - 100 000 DM mehrere hunderttausend DMark benötigt worden. Unstreitig sind alle diese Gelder über den Beklagten hereingebracht worden. Der Beklagte hat behauptet, daß er für diese Kredite teils rechtlich haftet, teils aber deshalb eintreten müsse, weil die GmbH diese Gelder auf Grund seines persönlichen Rufs und seiner Stellung als Anwalt erhalten und er mit diesen Eigenschaften auch als Geschäftsführer der GmbH um die Kredite geworben habe. Der Beklagte sollte ursprünglich nur die Buchführung überwachen. Unter dem Zwang der Verhältnisse hat er eine weit umfangreichere Tätigkeit übernommen und, wie er behauptet, seine Anwaltspraxis vernachlässigen müssen. Auf der anderen Seite hat der Kläger, der nach den geschlossenen Verträgen als der Hauptgesellschafter und der eigentliche Unternehmer des ganzen vorgesehen war, keinen Pfennig von seiner Seite aufgebracht, sondern lediglich seinen Anteil an der J. [REDACTED] & Co KG zur Sicherung von über den Beklagten hereingebrachten Krediten zur Verfügung ge-

stellt. Es ist nicht aufgeklärt, welchen Wert dieser Geschäftsanteil hat, für Kredite welcher Höhe er als Sicherheit dient und welcher Betrag daraus notfalls realisiert werden könnte. Der Beklagte hat behauptet, daß dieser Geschäftsanteil bei weitem nicht ausreicht, die ersten aufgenommenen 100.000 DM zu decken. Damit sind ausreichende Tatsachen dafür vorgetragen, daß sich die den Parteivereinbarungen zugrunde liegende Geschäftsgrundlage wesentlich verschoben habe.

Käme noch hinzu, daß der Kläger fachlich völlig versagt hat, wie das der Beklagte vielfach unter Beweis gestellt hat, so wäre das Ausmaß der Veränderung der Geschäftsgrundlage noch größer.

In jedem Fall verlangen die Rechtsfolgen, die sich bei Wegfall der Geschäftsgrundlage ergeben (vgl. dazu Nastelski in BGB-RGRK § 242 Anm. 67), eine umfassende Sachaufklärung und die sorgfältige Abwägung aller Umstände. Hieran hat es das Berufungsgericht fehlen lassen.

VIII.

Da noch nicht feststeht, ob der Kläger tatsächlich die Abtretung eines Geschäftsanteils von 13.500 DM verlangen kann, ist zugleich ungewiß, ob und inwieweit der Beklagte überhaupt Rechte des Klägers gefährden konnte.

IX.

Aus allen diesen Gründen mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Das Berufungsgericht wird dabei folgendes zu beachten haben:

1. Der Kläger ist dem Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit der Behauptung entgegengetreten (S. 7 seines Schriftsatzes vom 11. März 1957, Bl. 55 d.A.), von vornherein hätten die Parteien die benötigten Gelder auf mehrere hunderttausend DM beziffert und der Beklagte habe sich erboten, Gelder dieser Höhe zu besorgen. Dieser Behauptung stehen die eigenen Bemühungen des Klägers, Geld aufzutreiben, und die Tatsache, daß sich dieser Versuch auf 60 - 100 000 DM beschränkte, entgegen.

2. Unter den Parteien scheint unstreitig zu sein, daß die aufgenommenen Gelder zum Teil mit 30 - 50 % verzinst worden sind. Wenn das in größerem Umfang geschehen sein sollte, ist zu prüfen, ob diese hohen Zinsen durch den ungedeckten Geldbedarf der Gesellschaft bedingt oder ihrerseits der Grund für immer weitere Kredite waren.

3. Bei Wegfall der Geschäftsgrundlage hat der Richter die Möglichkeit, die zwischen den Parteien bestehenden Verträge umzugestalten und der neuen Lage anzupassen (Nastelski in BGB-RGRK § 242 Anm. 67 ff).

4. Nach der Entwicklung, die die Verhältnisse genommen haben, kann die Berechtigung des Klageantrages zu 2 auch entfallen sein, weil ein Eingriff des Beklagten in die rechtlich geschützten Interessen des Klägers nicht mehr zu besorgen ist.

Die Kostenentscheidung hängt vom endgültigen Ausgang der Sache ab und war daher dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Nastelski

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Reinicke