

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: HGB § 105; BGB § 134.

Rechtssatz:

1. Nur unter besonderen Umständen kann bei einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter verpflichtet sein, einer notwendigen Abänderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen.
2. Ist ein Gesellschaftsvertrag wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig, so ist es nicht in jedem Fall ausgeschlossen, daß der in Vollzug gesetzten Gesellschaft eine rechtliche Anerkennung unter dem Gesichtspunkt der faktischen Gesellschaft zuteil wird.

Aktenzeichen: II ZR 35/53

Urteil des BGH vom 24. April 1954 KG Berlin

Verkündet

am 24. April 1954

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

des Edmund L. Kaufmann, Ba
, Ba Str.

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

na e na e n

Heinz H), Metallhändler, B
W str. ,

Beklagten und Revisionsbeklagten.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1954 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Artl für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 5. November 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 schlossen am 16. Juli 1951 einen Gesellschaftsvertrag, um mit Wirkung vom 15. Juli 1951 in Form einer offenen Handelsgesellschaft einen Handel mit Altmetallen, Schrott und Rohprodukten gemeinsam zu betreiben. Nach dem Gesellschaftsvertrag brachte der Kläger ein soeben erworbenes Platzgeschäft in die Gesellschaft ein, während der Beklagte lediglich seine Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellte. In weiteren Bestimmungen des Vertrages wurde die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft geregelt, wobei für das Innenverhältnis vereinbart wurde, daß der Beklagte den Einkauf vorzunehmen und dafür die alleinige Verantwortung zu tragen habe, der Kläger hingegen den Verkauf in der Hand haben solle. Weiter war vorgesehen, daß zunächst nur der Beklagte der Konzessionsträger der Gesellschaft sein solle. Dem Kläger wurde jedoch das Recht vorbehalten, jederzeit ohne eine weitere Zustimmung des Beklagten die Konzession der Gesellschaft auf seinen Namen erweitern zu lassen. Von dem Reingewinn der Gesellschaft sollten auf den Kläger 60 %, auf den Beklagten 40 % entfallen.

Nach der Behauptung des Beklagten hat die Gesellschaft sofort nach Abschluß des Vertrages die Geschäfte aufgenommen und sich dabei in zulässiger Weise zunächst noch der Konzession bedient, die dem Rechtsvorgänger des vom Kläger erworbenen Platzgeschäfts erteilt worden war. Als sodann die Parteien entsprechend dem Gesellschaftsvertrag die Konzession für die Gesellschaft allein auf den Namen des Beklagten beantragten, stieß dieser Antrag bei der zuständigen Polizeidienststelle auf Schwierigkeiten. Bei einer mündlichen Besprechung am 22. August 1951 wurde ihnen eröffnet, daß entweder der Kläger neben dem Beklagten ebenfalls die Konzession beantragen oder das Unternehmen bei einer allein-



nigen Konzession des Beklagten in der Weise betrieben werden müsse, daß sich der Kläger nur in Form einer Innengesellschaft (Stille Gesellschaft) an dem Unternehmen beteilige. Der Kläger stellte auf Grund dieser Mitteilung noch auf der Behörde den Antrag, ihm neben dem Beklagten die Erlaubnis zum Kleinhandel mit unedlen Metallen zu erteilen.

Der Kläger hat behauptet, daß er den Antrag auf Erteilung der Mitkonzession ausdrücklich nur unter der Voraussetzung gestellt habe, daß anschließend beim Notar sofort eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen werde. Er habe nämlich dem Beklagten die ungewöhnlich hohe Gewinnbeteiligung nur zugestanden, weil er als Konzessionsträger die alleinige Verantwortung für den Einkauf übernommen habe, die im Hinblick auf die sich aus dem Metallgesetz ergebende strafrechtliche Haftung sehr groß sei. Der Beklagte habe sich jedoch sodann trotz des Wegfalls der Voraussetzung für seine hohe Gewinnbeteiligung nicht mit der nunmehr erforderlich gewordenen Änderung des Gesellschaftsvertrages einverstanden erklärt. Der Kläger ist der Meinung, daß damit der Vertrag vom 16. Juli 1951 gegenstandslos geworden sei. Der in diesem Vertrag vorgesehene Zweck habe nicht erreicht werden können, weil die Erteilung der Alleinkonzession an den Beklagten von der zuständigen Polizeidienststelle verweigert worden sei.

Der Kläger hat demgemäß mit Schreiben vom 31. August 1951 der für die Konzessionserteilung zuständigen Polizeidienststelle mitgeteilt, daß der Vertrag vom 16. Juli 1951 aus den genannten Gründen gegenstandslos geworden sei, und daß er daher beantrage, ihm die Konzession allein zu erteilen. Am folgenden Tage erklärte er auch dem Beklagten, daß er nunmehr allein wirtschaften werde. Durch eine einstweilige Verfügung erreichte der Kläger sodann, daß dem Beklagten das Betreten des Betriebes verboten und ihm die Herausgabe der in seinem Gewahrsam befindlichen Geschäftsunterlagen an einen Gerichtsvollzieher aufgegeben wurde.

Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß der Beklagte aus dem Gesellschaftsvertrag keine Rechte gegen ihn herleiten könne, dies aber mindestens nicht ab 1. September 1951 tun könne. Weiter hat er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 1.) darin einzuwilligen, daß ihm die sichergestellten Geschäftsbücher herausgegeben werden, 2.) ihm über die in dem Unternehmen vom 16. Juli 1951 bis 1. September 1951 geführten Geschäfte Rechnung zu legen, 3.) den Betrag zu zahlen, den der Beklagte ihm nach der Rechnung schuldet, sowie 4.) ein Buch herauszugeben, das die Zahlungen des Klägers an den Beklagten für den Wareneinkauf enthält.

Der Beklagte hat demgegenüber die Ansicht vertreten, daß der Gesellschaftsvertrag gültig sei und von den Parteien entsprechend dem Vertragszweck auch ausgeführt werden könne. Denn der Kläger sei nach Treu und Glauben verpflichtet, ohne weitere Bedingungen in die Änderung des Gesellschaftsvertrages zu willigen, wie sie durch die Beanstandung der Konzessionsbehörde notwendig geworden sei.

Das Landgericht hat der Klage unter Zurückstellung des Antrages auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des nach der Rechnungslegung geschuldeten Betrages durch Teilurteil stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage auf die Berufung des Beklagten sodann abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, daß in dem Gesellschaftsvertrag der Fall ausdrücklich vorgesehen sei, daß auch der Kläger auf seinen Wunsch neben dem Beklagten Trä-

ger der für den Betrieb des Handelsgeschäfts erforderlichen Konzession werde. Dabei sei in dem Gesellschaftsvertrag für diesen Fall eine Schlechterstellung des Beklagten etwa bei der Gewinnverteilung nicht in Aussicht genommen worden. Nachdem der Kläger auf der für die Konzessionserteilung zuständigen Polizeibehörde einen entsprechenden Antrag gestellt habe, sei dieser in dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelte Fall eingetreten. Bei dieser Sachlage stehe der Fortführung der Gesellschaft kein Hindernis entgegen, so daß der Kläger an den Vertrag gebunden sei.

Der Kläger habe auch nicht, so führt das Berufungsgericht weiter aus, die Stellung des Antrags auf Erteilung der Mitkonzession davon abhängig machen dürfen, daß der Beklagte in eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu seinen Ungunsten einwillige. Denn der Kläger sei zu vorbehaltloser Stellung dieses Antrages verpflichtet gewesen, weil er als Gesellschafter gehalten sei, das seinerseits Erforderliche zu tun, um die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu ermöglichen. Deshalb habe er die notwendigen Maßnahmen für die Herbeiführung der Konzession ergreifen müssen, indem er den Antrag auf Erteilung der Konzession auch für sich stellte. Die Übernahme der damit verbundenen Verantwortung sei dem Kläger auch zuzumuten gewesen, da der Beklagte nach wie vor entsprechend den Abmachungen in dem Gesellschaftsvertrag die Verantwortung für den Einkauf allein zu tragen gehabt habe. Angesichts dieser Rechtslage komme es daher auf die unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers, daß er die Stellung des Antrages auf Erteilung der Mitkonzession von einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu Lasten des Beklagten abhängig gemacht habe, nicht an.

Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an. Wenn der Kläger, wie die Revision mit ihrer Rüge aus § 286 ZPO geltend macht, bei der Vorsprache auf der Polizei den Antrag auf Erteilung der Konzession auch an ihn nur für den

Fall einer vorgesehenen Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu seinen Gunsten gestellt hat und dem Beklagten dies auch erkennbar war, so kann nicht davon gesprochen werden, daß der Kläger damit vorbehaltlos von dem ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Recht auf Erweiterung der Konzession auch auf ihn Gebrauch gemacht hat. Es würde demgemäß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht der Fall eingetreten sein, der im Gesellschaftsvertrag eine ausdrückliche Regelung gefunden hat.

Dieser vom Kläger behauptete Vorbehalt ist für die Entscheidung des Rechtsstreits auch nicht bedeutungslos. Denn der Kläger war nicht, wie das Berufungsgericht meint, zur Stellung eines solchen Antrages verpflichtet, nachdem sich der Durchführung des zunächst abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages durch die Eröffnung der Konzessionsbehörde rechtliche Hindernisse in den Weg gestellt hatten. Die Annahme einer solchen Verpflichtung stellt sich nach ihrem sachlichen Inhalt als eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar, weil in diesem Fall an die Stelle der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen einseitigen Berechtigung des Klägers eine entsprechende Verpflichtung des Klägers treten würde. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall entscheidend von den Tatbeständen, die zur Beurteilung des Reichsgerichts gelangt sind und in denen das Reichsgericht die Pflicht eines jeden Vertragspartners bejaht hat, alles Erforderliche zu tun, um die Durchführung eines geschlossenen Vertrages zu ermöglichen (RG 115, 38; 129, 376; JW 1926, 1427; Warn. 1927 Nr. 10). In diesen Fällen, in denen es sich um die Herbeiführung einer vorgeschriebenen behördlichen Genehmigung für den abgeschlossenen Vertrag handelte, ging es nicht darum, daß ein Vertragsteil auch zur Abänderung eines geschlossenen Vertrages verpflichtet sei, sondern allein darum, daß er Maßnahmen ergriff, um die Durchführung eines geschlossenen Vertrages seinerseits zu ermöglichen. Die Verpflichtung

zur Abänderung eines geschlossenen Vertrages kann unter diesem Gesichtspunkt im allgemeinen nicht verlangt werden. Bei einem Gesellschaftsvertrag könnte eine solche Verpflichtung freilich unter Umständen bestehen (vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 11 III, 3). Aber es ist für eine solche Annahme eine behutsame Zurückhaltung geboten, weil die Parteien grundsätzlich auch in dieser Hinsicht die Befugnis haben, ihre Rechtsbeziehungen zueinander frei und nach ihrem eigenen Belieben zu regeln. Für die Annahme einer solchen Verpflichtung genügt es noch nicht allein, daß dem widerstrebenden Gesellschafter die Änderung des Vertrages unter Berücksichtigung seiner Belange zuzumuten ist. Es müssen vielmehr außerdem Umstände hinzutreten, die eine solche Änderung mit Rücksicht auf das bereits bestehende Gesellschaftsverhältnis oder mit Rücksicht auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern, etwa zum Zwecke der Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter in gemeinsamer Arbeit geschaffen haben, oder zur Vermeidung wesentlicher Verluste, die der andere Gesellschafter erleiden würde, weil er im Hinblick auf das Gesellschaftsverhältnis persönliche Aufwendungen gehabt hat, als erforderlich erscheinen lassen. Solche besonderen Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, so daß seine Annahme, daß der Kläger zur Stellung des Antrages auf Erteilung der Konzession auch an ihn verpflichtet sei, rechtlich nicht haltbar ist.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß das Berufungsurteil mit der bisherigen Begründung aus Rechtsgründen nicht aufrecht erhalten werden kann. Es ist vielmehr notwendig, daß das Berufungsgericht den angebotenen Beweis des Klägers darüber erhebt, daß dieser den Antrag auf Erteilung der Mitkonzession nur unter dem Vorbehalt gestellt habe, daß der Beklagte mit einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zu seinen Lasten einverstanden sei. Sollte sich diese Behauptung des Klägers in der Beweisaufnahme nicht bestätigen, dann würde

allerdings aus Rechtsgründen die Annahme nicht ausgeschlossen sein, daß der Kläger mit der Stellung des Antrages auf Erteilung der Konzession von dem ihm im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich eingeräumten Recht Gebrauch gemacht hat und daß damit der Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages keine rechtlichen Hinderungsgründe mehr entgegenstehen.

II. Für den Fall, daß sich in der erneuten Verhandlung die Behauptung des Klägers über seinen Vorbehalt bei der Stellung des Antrages auf Erteilung der Mitkonzession bestätigen sollte, wird es für die abschließende Beurteilung des Klagebegehrens noch auf die bestrittene Behauptung des Beklagten ankommen, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte in der Zeit vom 16. Juli bis 1. September 1951 aufgenommen habe und nach außen als solche in Erscheinung getreten sei. Sollte sich nämlich diese Behauptung des Beklagten bestätigen, dann würde sich folgende Rechtslage ergeben:

Die Parteien wollten nach dem Gesellschaftsvertrag das Geschäftsunternehmen gemeinsam in einer Form betreiben, für die sie nach den gesetzlichen Bestimmungen die erforderliche Konzession nicht erlangen konnten, und sie haben das Unternehmen in der Zeit vom 16. Juli bis zum 1. September 1951 betrieben, obwohl sie eine Konzession nicht hatten. Das bedeutet, daß die Erfüllung des Gesellschaftsvertrages von vornherein unmöglich war, weil er gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die Konzessionserteilung verstieß. Der Vertrag war daher gemäß § 134 BGB nichtig, weil sich bei einer rechtlichen Unmöglichkeit wegen eines entgegenstehenden Verbotsgesetzes die Nichtigkeit des Vertrages nicht aus § 306 BGB, sondern schon aus § 134 BGB ergibt (vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 13. Aufl. 1950 § 29 II, 1). Wenn demgegenüber das Berufungsgericht der Meinung ist, daß der Gesellschaftsvertrag nicht von Anfang an auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen sei, so kann ihm darin nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung

auf die Tatsache, daß die für die Konzessionserteilung zuständige Polizeidienststelle das Tätigwerden der Parteien im Rahmen der Gesellschaft zunächst auch ohne Erteilung einer Kleinhandelserlaubnis deshalb gestattet hatte, weil der Vorbesitzer des Platzgeschäfts damit einverstanden gewesen war, daß auf Grund der ihm erteilten Konzession der Kleinhandel zunächst betrieben wurde. Diese Tatsache rechtfertigt aber nicht die vom Berufungsgericht vertretene Annahme, daß deshalb die Erfüllung des Gesellschaftsvertrages zunächst möglich gewesen und der Vertrag deshalb zunächst auch wirksam geworden sei. Denn für die Frage, ob ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und seine Erfüllung rechtlich unmöglich ist, kommt es allein auf die gesetzlichen Bestimmungen des Verbotsgesetzes, nicht aber auf die Anwendung dieses Gesetzes durch die dazu berufene Verwaltungsbehörde an, sofern diese Anwendung mit den gesetzlichen Bestimmungen im Widerspruch steht. Da im vorliegenden Fall die Polizeidienststelle nach dem Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. Juli 1926 nicht die Befugnis hatte, den Parteien ohne Erteilung einer Kleinhandelserlaubnis den gemeinsamen Betrieb ihres Handelsgewerbes einstweilen zu gestatten, so muß daher der Gesellschaftsvertrag in seiner ursprünglichen Fassung nach § 134 BGB als nichtig angesehen werden.

Die Parteien haben demgemäß, wenn man insoweit von der bestrittenen Behauptung des Beklagten ausgeht, trotz der von Anfang an bestehenden Nichtigkeit ihres Gesellschaftsvertrages das Gesellschaftsunternehmen gemeinsam nach außen betrieben. Diese übereinstimmende Tätigkeit der Parteien auf Grund ihres allerdings nichtigen Gesellschaftsvertrages nötigt nach den Grundsätzen über die faktische Gesellschaft zur rechtlichen Anerkennung des so geschaffenen tatsächlichen Zustandes. Dem steht auch nicht entgegen, daß hier die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages auf der Vorschrift des § 134 BGB beruht. Mag auch in Fällen einer solchen Nichtig-

keit im allgemeinen eine rechtliche Anerkennung des so geschaffenen tatsächlichen Zustandes nicht möglich sein, weil dieses dem Grundgedanken des Verbotsgesetzes widersprechen würde (BGHZ 3, 288; vgl. auch Siebert MDR 1952, 288 m.w. Nachw.), so muß doch hier etwas anderes gelten. Es kann nämlich in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, daß den Parteien von der Konzessionsbehörde ausdrücklich gestattet war, ihre gemeinsamen Geschäfte zunächst auf Grund der dem Vorbesitzer des Platzgeschäfts erteilten Konzession aufzunehmen. Die Parteien haben also am Anfang ihrer Geschäftstätigkeit nicht bewußt gegen das Verbotsgesetz verstoßen, sondern haben sich insoweit sogar in Übereinstimmung mit der Konzessionsbehörde befunden. In einem Fall dieser Art kann nicht davon gesprochen werden, daß die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit in Widerspruch stehen würde; vielmehr ist es in einem solchen Fall, in dem die zuständige Behörde die Herbeiführung eines solchen tatsächlichen Zustandes nicht nur duldete, sondern sogar gestattete, geboten, diesem nach den Grundsätzen der faktischen Gesellschaft auch die rechtliche Anerkennung zuteil werden zu lassen. Eine solche Anerkennung ist freilich nur für die Zeitspanne möglich, in der diese besonderen Umstände vorgelegen haben. Sie würde nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn die Parteien nach einer Versagung der Konzession ihre Geschäfte gleichwohl gemeinsam, nunmehr unter bewußter Verletzung des Verbotsgesetzes und ohne eine besondere Gestattung durch die Konzessionsbehörde, fortgeführt hätten. Aber ein solcher Fall ist hier nicht eingetreten, da nach der insoweit maßgeblichen Behauptung des Beklagten eine gemeinsame Geschäftstätigkeit der Parteien nur bis zum 1. September 1951, also bis zum endgültigen Scheitern der mit der Konzessionserteilung in Zusammenhang stehenden Verhandlungen, vorgelegen haben soll. Hieraus folgt, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien für die Zeit

vom 16. Juli 1951 bis zum 1. September 1951 nach den Grundsätzen der faktischen Gesellschaft zu beurteilen sind, daß aber andererseits eine Fortsetzung der faktischen Gesellschaft über den 1. September 1951 hinaus nicht in Betracht kommt, weil die Parteien von diesem Zeitpunkt ab ihre gemeinsame Geschäftstätigkeit eingestellt haben.

Aus diesen rechtlichen Gesichtspunkten ergeben sich entscheidende Folgerungen für die rechtliche Beurteilung der gestellten Klaganträge. Bei Annahme einer faktischen Gesellschaft ist die vom Kläger begehrte Feststellung, daß der Beklagte gegen ihn aus dem Gesellschaftsvertrag keine Rechte herleiten könne, nicht begründet. Auch würde die weiterhin begehrte Feststellung, daß der Beklagte wenigstens seit dem 1. September 1951 keine derartigen Rechte herleiten könne, sachlich nur gerechtfertigt sein, wenn diese Feststellung lediglich besagen soll, daß der Beklagte von dem angegebenen Zeitpunkt an keinen Anspruch auf eine Wiederaufnahme einer gemeinsamen Geschäftstätigkeit habe. Eine dahingehende Feststellung wäre deshalb begründet, weil die faktische Gesellschaft der Parteien durch die beiderseits erfolgte Einstellung der Geschäftstätigkeit aufgelöst worden ist und die Parteien daher nur noch die Abwicklung der faktischen Gesellschaft durchzuführen hätten. Dagegen würden - immer unter dem Vorbehalt, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen einer faktischen Gesellschaft gegeben sind - die geltend gemachten Zahlungs- und Herausgabeansprüche unbegründet sein, weil diese Ansprüche der noch abzuwickelnden Gesellschaft, nicht aber dem Kläger persönlich zustehen würden. Dagegen würden in dieser Hinsicht gegen den Anspruch auf Rechnungslegung keine Bedenken bestehen, weil

einen solchen Anspruch der eine Gesellschafter gegen den anderen geschäftsführenden Gesellschafter als actio pro socio geltend machen kann.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Artl