

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

HGB § 105; BGB § 242 Bd

- a) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind auf nichtige oder anfechtbare Änderungen eines Gesellschaftsvertrages nicht ohne weiteres anzuwenden.
- b) Zur Frage, ob die Aufhebung einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel, nach der ein Gesellschafter einen Kommanditisten durch letztwillige Verfügung zum Erben eines Teiles seines Gesellschaftsanteiles und zum persönlich haftenden Gesellschafter hatte bestimmen können, als von Anfang an nichtig zu behandeln ist, sofern die Vertragsänderung auf einem Irrtum über die Geschäftsgrundlage beruhte und der Erbfall inzwischen eingetreten ist.

BGH, Urt. v. 10. Dezember 1973 - II ZR 53/72 - OLG Frankfurt/M.
LG Gießen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 53/72

URTEIL

Verkündet am
10. Dezember 1973
Werner,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dipl.-Ing. Helmut L [REDACTED], F [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Dr. Wilhelm L [REDACTED], B [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 1973 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird auf die Revision des Klägers das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 11. Januar 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Klage abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Zusammen mit ihren Eltern waren sie Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft. Der Vater war persönlich haftender Gesellschafter, die übrigen Gesellschafter waren Kommanditisten. In § 11 des Gesellschaftsvertrags in der Fassung von 1958 war vorgesehen, beim Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

mit dessen Erben fortzusetzen. Gemäß § 12 war dem oder den persönlich haftenden Gesellschaftern das Recht eingeräumt, "bei Lebzeiten oder durch Verfügung von Todes wegen die Aufnahme eines Abkömmlings als persönlich haftenden oder geschäftsführenden Gesellschafters mit einem bestimmten Kapitalanteil, der zu Lasten ihrer Kapitalanteile geht, zu verlangen".

Am 2. Februar 1959 errichteten die Eltern der Parteien vor dem Notar ein gemeinschaftliches Testament. Der Vater setzte die Parteien je zur Hälfte als Erben ein; der Mutter wandte er verschiedene Vermächtnisse zu. Außerdem traf er die Bestimmung (im Testament als "Teilungsanordnung" bezeichnet), daß nach seinem Tod der Beklagte persönlich haftender Gesellschafter werden, während der Kläger Kommanditist bleiben sollte; sein "Kapitalanteil" sollte auf beide Söhne - deren Gesellschaftsanteile bis dahin gleich groß waren - zu gleichen Anteilen übergehen. Die Mutter setzte den Vater zu ihrem Erben ein und berief die Parteien je zur Hälfte als Ersatzerben. Am 2. September 1963 änderten die Eltern das gemeinschaftliche Testament dahin ab, daß auch der Kläger, "wenn er wolle", nach dem Tod des Vaters persönlich haftender Gesellschafter werden könne.

Im Jahre 1964 starb die Mutter. Der Vater und beide Söhne vereinbarten in einer Gesellschafterversammlung am 5. Dezember 1966 in notariell beurkundeter Form eine Neufassung des Gesellschaftsvertrags. Nach dessen § 12 sollte "in teilweiser Abänderung des gemeinschaftlichen Testaments" der Eltern nunmehr nur der Beklagte bzw. sein

- 1 -

Sohn, nicht dagegen der Kläger nach dem Tod des Vaters persönlich haftender Gesellschafter werden. Außerdem sollte der "Kapitalanteil" des Vaters nicht mehr je zur Hälfte auf die Parteien übergehen, sondern zu 11/20 auf den Beklagten, zu 9/20 auf den Kläger.

Am 4. April 1968 ist der Vater gestorben. Nach seinem Tod hat der Kläger die Nachfolgeregelung des § 12 des Gesellschaftsvertrags von 1966 wegen arglistiger Täuschung angefochten und geltend gemacht, daß sie unwirksam sei; das habe zur Folge, daß beide Söhne entsprechend dem gemeinschaftlichen Testament von 1959/1963 gleichberechtigte Gesellschafter geworden seien. Er (der Kläger) habe der Neufassung des Gesellschaftsvertrags nur zugestimmt, weil der Vater und der Beklagte ihm arglistig vorgespiegelt hätten, sein Kapitalanteil sei negativ. Ferner habe der Vater damit gedroht, er werde sein Testament ändern und ihn enterben, falls dieser der vorgeschlagenen Nachfolgeregelung nicht zustimme; in Wirklichkeit sei eine einseitige Abänderung des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tod der Mutter nicht mehr möglich gewesen.

Demgegenüber hält der Beklagte § 12 des Gesellschaftsvertrags von 1966 für wirksam. Der Kläger, so behauptet er, habe sich über den Stand seiner Kapitalbeteiligung keine falschen Vorstellungen gemacht; auch von einer Enterbung sei bei Abschluß des Vertrages nicht die Rede gewesen.

Beide Parteien - der Kläger mit der Klage, der Beklagte im Wege der Widerklage - haben beantragt, den Gegner zur Mitwirkung bei einer ihrer Rechtsauffassung entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister zu verurteilen,

der Kläger: daß die Kommanditgesellschaft durch den Tod des Vaters eine aus beiden Parteien bestehende offene Handelsgesellschaft geworden sei,

der Beklagte: daß er durch den Tod des Vaters persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft geworden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Vertrag von 1966 könne nach den für fehlerhafte Gesellschaftsverträge geltenden Grundsätzen nicht rückwirkend angefochten werden; falls der Kläger arglistig getäuscht worden sei, könne er die Gesellschaft nur für die Zukunft kündigen oder entsprechend § 133 HGB ihre Auflösung betreiben. Im Hinblick darauf hat der Kläger in der Berufungsinanz das Gesellschaftsverhältnis fürsorglich gekündigt und neben seinem bisherigen Klagantrag hilfsweise beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Auflösung der Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Das Oberlandesgericht hat - unter Abweisung auch des Hilfsantrages - die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision - deren Zurückweisung der Beklagte beantragt - verfolgt der Kläger seine zweitinstanzlichen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Hinsichtlich der Widerklage ist der Rechtsstreit ohne weiteres entscheidungsreif: Der Beklagte ist unstreitig persönlich haftender Gesellschafter der von den Parteien gebildeten Handelsgesellschaft geworden. Darauf, daß der Kläger an der Anmeldung dieser Tatsache zum Handelsregister (und des Ausscheidens des Vaters durch Tod) mitwirkt, hat der Beklagte einen Anspruch (§§ 161 Abs. 2, 108 Abs. 1 HGB). Ein Zurückbehaltungsrecht des Klägers kommt insoweit nicht in Betracht, da es sich um eine beiden Gesellschaftern obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt. Der Widerklage haben daher die beiden Vorinstanzen zu Recht stattgegeben, die Revision des Klägers ist in diesem Umfange unbegründet.

Die Entscheidung über seinen Anspruch, daß der Beklagte zu seiner, des Klägers, Eintragung als persönlich haftender Gesellschafter beizutragen habe, hängt demgegenüber davon ab,

I. ob der Kläger auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments der Eltern in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag von 1958 mit dem Tode des Vaters Anspruch auf die Rechtsstellung eines persönlich haftenden Gesellschafters erworben haben kann, und - wenn das zu bejahen sein sollte -

II. ob dem die Vertragsänderung von 1966, insbesondere die Neufassung des § 12 des Gesellschaftsvertrages, entgegensteht.

Beide Fragen hat das Berufungsgericht bisher nicht hinreichend geklärt.

I.

Die Berufung eines Gesellschafternachfolgers durch Verfügung von Todes wegen - wozu auch die Bestimmung gehört, ob er persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist werden soll - kann nur wirksam werden, wenn der Gesellschaftsvertrag die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils und ein derartiges Bestimmungsrecht vorsieht (BGHZ 22, 186, 191, 193; Urt. v. 16. 1. 1967 - II ZR 54/65 - WM 1967, 319, 320 unter II 1; Urt. v. 10. 12. 1970 - II ZR 148/69 - WM 1971, 308, 309 unter I 2 b). Ob der Gesellschaftsvertrag von 1958, auf den sich der Kläger beruft, und die erbrechtlichen Verfügungen des Vaters zu dem gemeinschaftlichen Testament in diesem Sinne übereinstimmen, ist bislang nicht ausreichend geklärt.

1. Eine Abweichung des Testaments vom Gesellschaftsvertrag von 1958 sieht der Beklagte einmal darin, daß der Vater gemäß § 12 des Gesellschaftsvertrags nur habe festlegen können, wer persönlich haftender Gesellschafter wird; demgegenüber habe er im Testament von 1963 bestimmt, der Kläger könne persönlich haftender Gesellschafter werden, wenn er wolle.

Dem Beklagten ist einzuräumen, daß Gesellschaftsvertrag und Testament insoweit nach ihrem Wortlaut nicht übereinstimmen. Zwar hatte ein Abkömmling, den der Vater in Übereinstimmung mit § 12 des Gesellschaftsvertrags unmittelbar zum persönlich haftenden Gesellschafter bestimmte, gemäß § 139 HGB die Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten seit Kenntnis des Erbschaftsanfalls die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen und, falls ihm diese Stellung verweigert wurde, aus der Gesellschaft auszuscheiden. War aber, wie es dem Wortlaut des Testaments entspricht, dem Kläger ein Wahlrecht eingeräumt, ob er persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist werden wollte, so ergaben sich daraus abweichende Rechtsfolgen: Der Kläger wurde, anders als gemäß § 139 HGB, mit dem Tod des Vaters zunächst Kommanditist und erst später, falls er sein Wahlrecht ausübte, persönlich haftender Gesellschafter; und er hatte ein unbedingtes Wahlrecht, das in keiner Weise von der Zustimmung seines oder seiner Mitgesellschafter abhängig war, wie es der Fall ist, wenn der Erbe eines persönlich haftenden Gesellschafters nur als Kommanditist der Gesellschaft angehören möchte (§ 139 Abs. 1 und 2 HGB).

Fraglich ist aber, ob § 12 des Gesellschaftsvertrags nicht abweichend von seinem Wortlaut auszulegen ist und dem Vater das weitergehende Recht zustand, dem als persönlich haftenden Gesellschafter vorgesehenen Abkömmling ein Wahlrecht einzuräumen, welche Gesellschafterstellung er gegebenenfalls einnehmen wollte. Für eine solche, über den Vertragswortlaut hinausgehende Befugnis könnte einerseits die bevorrechtigte Stellung sprechen, die der Vater

innerhalb der Gesellschaft gehabt hat; er hatte das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen gegründet und seine Familienangehörigen erst später in die Firma aufgenommen. Außerdem lag die Einräumung eines Wahlrechts zugunsten des Klägers nach den Umständen zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags (1958) nahe; da nämlich der Kläger damals nicht in der Gesellschaft tätig war, konnte er durch eine unbedingte Berufung zum persönlich haftenden Gesellschafter in die Zwangslage kommen, aus der Gesellschaft ausscheiden zu müssen, falls er die Stellung eines persönlich haftenden und - damit verbunden - die eines geschäftsführenden Gesellschafters nicht übernehmen wollte.

Legt man aber - entgegen diesen Umständen - § 12 des Gesellschaftsvertrags entsprechend seinem Wortlaut aus, so daß dem Vater nur ein unbedingtes Ernennungsrecht zustand, so stellt sich die weitere Frage, ob nicht der Vater, falls er die Unvereinbarkeit von Testament und Gesellschaftsvertrag erkannt hätte, den Kläger unbedingt (immerhin aber mit der Wahlmöglichkeit gemäß § 139 HGB) zum persönlich haftenden Gesellschafter berufen hätte, die testamentarische Verfügung als gemäß § 140 BGB im Sinne einer unmittelbaren Benennung zum persönlich haftenden Gesellschafter umzudeuten ist.

2. Eine weitere Nichtübereinstimmung zwischen Gesellschaftsvertrag und Verfügung von Todes wegen sieht die Revisionserwiderung darin, daß gemäß § 12 des Gesellschaftsvertrags der oder die persönlich haftenden Gesellschafter das Recht hatten, die Aufnahme "eines" Abkömmlings als persönlich

haftenden Gesellschafters zu verlangen, während der Vater in seinem Testament dem Kläger und dem Beklagten die Befugnis eingeräumt hat, persönlich haftende Gesellschafter zu werden.

Auch in diesem Punkt liegt es jedoch nahe, den Gesellschaftsvertrag über seinen Wortlaut hinaus auszu-legen. Für eine solche Auslegung spricht wiederum die vorrangige Gesellschafterstellung des Vaters. Weiterhin sind nach den Umständen zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags keine Interessen der Mitgesellschafter ersichtlich, daß der Vater nur einen seiner Söhne zum persönlich haftenden Gesellschafter sollte bestimmen können. Die Mutter war, wie der Beklagte in anderem Zusammenhang vorgetragen hat, von sich aus an einer möglichst gleichberechtigten Nachfolge der Söhne interessiert. Die Parteien aber hatten nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Anspruch, später einmal in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einzurücken. Daher konnte die Möglichkeit, daß der Vater beide Söhne berief, ihre Chance, persönlich haftende Gesellschafter zu werden, nur vergrößern. Schließlich ist auch der Umstand von Bedeutung, daß alle Mitgesellschafter die testamentarische Verfügung kannten, wonach neben dem Beklagten auch der Kläger persönlich haftender Gesellschafter werden konnte, ohne daß einer der Beteiligten zu Lebzeiten des Vaters auf die Unzulässigkeit dieser Regelung hingewiesen hätte.

3. Sollte sich § 12 des Gesellschaftsvertrags 1958 dahin auslegen lassen, daß er dem gemeinschaftlichen

Testament in den genannten Punkten nicht widerspricht, so steht der Ansicht des Klägers, unmittelbar mit dem Tode des Vaters das Recht auf Erwerb der Rechtsstellung eines persönlich haftenden Gesellschafters erworben zu haben, auch der übrige Testamentsinhalt nicht entgegen. Zwar hatte der Vater die maßgeblichen Bestimmungen unter der Überschrift "Teilungsanordnung" getroffen. Auf diese Bezeichnung kommt es jedoch ebensowenig wie auf die Erwägung des Berufungsgerichts an, daß es sich insoweit um ein Vermächtnis handeln könne: Der Erbe eines Gesellschafters erwirbt die Gesellschafterstellung und, damit untrennbar verbunden, die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter, als Kommanditist oder ein entsprechendes Wahlrecht unmittelbar im Wege der Erbfolge, ohne daß es noch einer Rechtsübertragung von Seiten der Erbengemeinschaft bedarf (BGHZ 22, 187 [191 ff]; Urt. v. 20. 12. 1962 - II ZR 209/60 - WM 1963, 259 [unter II 1]; Urt. v. 10. 12. 1970 - II ZR 148/69 - WM 1971, 308 [309 unter I 1]; Urt. v. 21. 12. 1970 - II ZR 258/67 - WM 1971, 556 [557 unter III A 1; in BGHZ 55, 267 insoweit nicht abgedruckt]). Da es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt gibt, hier könne etwas anderes gewollt sein, ist auch im vorliegenden Fall davon auszugehen.

II.

Durch den Vertrag vom 5. Dezember 1966 wurde allerdings die im Gesellschaftsvertrag von 1958 vorgesehene Gesellschafternachsfolge dahin geändert, daß beim Tode des Vaters nur noch der Beklagte, nicht dagegen auch der Kläger persönlich haftender Gesellschafter werden

sollte. Eine solche Abänderung des früheren Gesellschaftsvertrages, durch die den Nachfolgebestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments teilweise die rechtliche Grundlage entzogen wurde, war grundsätzlich möglich. Das Berufungsgericht hat zwar rechtlich einwandfrei festgestellt, daß es sich in den Testamenten um wechselbezügliche Verfügungen der Eltern im Sinne der §§ 2270, 2271 BGB handelte, die der Vater, nachdem er die Mutter beerbt hatte, gemäß § 2271 Abs. 2 BGB auch insoweit nicht mehr widerrufen konnte, als er über die gesellschaftsrechtliche Nachfolge zugunsten des Klägers in bestimmter Weise letztwillig verfügt hatte. Wer durch Erbvertrag oder unwiderruflich gewordenes gemeinschaftliches Testament über einen Vermögensgegenstand erbrechtlich bindend verfügt hat, ist aber dadurch nicht gehindert, über den Gegenstand später durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine anderweite Verfügung zu treffen. Handelt es sich um eine erbrechtlich bindende Gesellschafter-Nachfolgebestimmung, so kann der Erblasser dennoch der Verfügung zuwider seinen Gesellschafteranteil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einem Dritten abtreten oder - wie im vorliegenden Fall - durch Änderung derjenigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, nach denen sich die bereits getroffene testamentarische Nachfolgebestimmung gerichtet hatten, die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils abändern oder aufheben. Derartige Rechtsgeschäfte haben - abgesehen von der Ausnahmebestimmung des § 2287 BGB - gegenüber der erbrechtlichen Regelung Vorrang (§ 2286 BGB) und sind auch nicht unter dem Gesichtspunkt der "Aushöhlung" des Testaments oder Erbvertrags ungültig (vgl. BGHZ 59, 343).

Damit kommt es auf die Frage an, ob der Vertrag von 1966 wegen arglistiger Täuschung oder wegen eines sonstigen Willensmangels unwirksam ist. Dies hat das Berufungsgericht verneint. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision sind teilweise begründet.

1. Aufgrund der Beweisaufnahme ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß für die Behauptung des Klägers, er sei beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags von 1966 über den Stand seines Kapitalkontos getäuscht worden, der Beweis nicht erbracht sei. Schon ein Irrtum des Klägers sei insoweit nicht nachweisbar; jedenfalls lasse sich eine vorsätzliche Täuschung durch den Vater nicht feststellen. Auch zu der weiteren Behauptung des Klägers, der Vater habe ihm bei den Vertragsverhandlungen mit der Enterbung gedroht, sei die Beweisaufnahme negativ ausgefallen.

Die gegen diese Feststellungen gerichteten Verfahrensrügen der Revision haben keinen Erfolg. Von einer Begründung wird gemäß Art. 1 Nr. 4 BGH EntlG abgesehen.

Unbegründet ist auch der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe nur das Verhalten des Vaters, nicht auch das des Beklagten unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung geprüft. Da nach den unangreifbaren Feststellungen schon ein Irrtum des Klägers nicht nachgewiesen ist, kommt es auf ein etwaiges arglistiges Verhalten seiner Vertragspartner nicht an.

2. Dagegen hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, die Behauptung des Klägers nicht beachtet, er sei beim Abschluß des Vertrages von 1966 entgegen der wirklichen Rechtslage davon ausgegangen, daß der Vater sein Testament einseitig habe ändern und ihn (den Kläger) sogar völlig habe enterben können. Zwar ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt, daß der Kläger den Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments kannte, soweit sich aus ihm die Wechselbezüglichkeit der die Gesellschafternachfolge betreffenden Bestimmungen ergab: Der Vater hatte ihm mit Schreiben vom 25. Januar 1965 mitgeteilt, daß er ihn ebenso wie den Beklagten zur Hälfte zum Erben und Gesellschafternachfolger eingesetzt und ihm das Recht eingeräumt habe, persönlich haftender Gesellschafternachfolger zu werden (GA Bl. 14); daß die Mutter den Vater zum Alleinerben eingesetzt hatte, ergab sich aus der Testamentseröffnung vom 13. Oktober 1964 (GA Bl. 10). Hierdurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß der Kläger dennoch von der freien Widerruflichkeit des gemeinschaftlichen Testaments ausging. Es bestand die Möglichkeit, daß die Eltern die Wechselbezüglichkeit des Testaments hinsichtlich der Gesellschafternachfolge entgegen § 2270 Abs. 2 BGB ausgeschlossen hatten. Vor allem kommt ein Rechtsirrtum des Klägers in Betracht; die Rechtsfolge, daß wechselbezügliche Verfügungen unter den Voraussetzungen des § 2271 Abs. 2 BGB unwiderruflich sind, ist vielfach unbekannt.

Hat sich aber der Kläger über die Unwiderruflichkeit des gemeinschaftlichen Testaments geirrt, so könnte dies

im vorliegenden Fall unter dem Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage erheblich sein. Aufgrund der von den Parteien vorgelegten Urkunden liegt nämlich die Annahme nahe, daß nicht nur der Kläger, sondern auch die übrigen Vertragsbeteiligten vom freien Widerrufsrecht des Vaters ausgingen: Nach dem Aktenvermerk vom 19. Oktober 1966, den der Steuerbevollmächtigte Rothermel zur Vorbereitung der Änderung des Gesellschaftsvertrags verfaßt hatte, sollte der Vater, um die Durchführung der Bestimmungen des neuen Gesellschaftsvertrags zu ermöglichen, "im zukünftigen Testament bestimmen", daß sein Anteil zu 11/20 auf den Beklagten, zu 9/20 auf den Kläger übergehe und nur der Beklagte persönlich haftender Gesellschafter werde (GA Bl. 152/53). Ebenso heißt es in der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung vom 2. November 1966 unter Ziff. I 6, der Vater werde die neue Aufteilung seines Anteils "testamentarisch verfügen" (GA Bl. 150). Schließlich hat auch der Vater an den Kläger im Brief vom 10. November 1966 geschrieben, er werde die in der Gesellschafterversammlung vom 2. November 1966 beschlossene Aufteilung des Gesellschaftsanteils "testamentarisch festlegen" (GA Bl. 131). All diese Äußerungen lassen es als nicht fernliegend erscheinen, daß außer dem Kläger auch die übrigen Vertragsbeteiligten von der freien Widerruflichkeit des gemeinschaftlichen Testaments ausgingen.

Nimmt man dies aber an, so wäre ein Fehlen der Geschäftsgrundlage für den Vertrag von 1966 grundsätzlich zu bejahen. Gingen die Vertragspartner nämlich irrtümlich von der Widerruflichkeit des Testaments aus, so hatte

die vertragliche Änderung der Nachfolgebestimmung in ihrer Vorstellung möglicherweise nur die Bedeutung, dem Vater eine Testamentsänderung zu ersparen, mit der er die gewünschte Nachfolgeregelung auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter hätte erreichen können. Nach der wirklichen Rechtslage dagegen - wenn das Testament unwiderruflich war - war die Änderung des Gesellschaftsvertrags die einzige Möglichkeit (abgesehen von einem Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB), die testamentarischen Bestimmungen zu Lasten des Klägers abzuändern. Ein Irrtum hierüber - sofern nicht der Kläger auch aus sonstigen Gründen der Verschlechterung seiner Rechtsstellung zugestimmt hätte - war ein Irrtum über die Grundlage des Vertrages, und zwar nicht nur dann, wenn die übrigen Vertragspartner den Irrtum des Klägers teilten, sondern auch, wenn sie die Rechtslage zwar richtig beurteilten, aber den Irrtum des Klägers kannten. Im letzteren Fall käme zudem - was der Kläger hinsichtlich des Beklagten geltend gemacht hatte (GA Bl. 65) - auch noch eine wirksame Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in Betracht.

3. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob § 12 des Vertrages von 1966 als gesellschaftsvertragliche Änderung die testamentarische Nachfolgeregelung aufheben konnte, offengelassen: die Vereinbarung enthalte jedenfalls einen erbrechtlichen Zuwendungsverzicht, der - da der Vertrag notariell beurkundet wurde - dem Formerfordernis der §§ 2352 Satz 3, 2348 BGB genüge. Ob eine solche Auslegung oder Umdeutung des Vertrags - gegen die sich die Revision wendet - im vorliegenden Fall möglich ist, kann

dahingestellt bleiben. Bejaht man mit dem Berufungsgericht einen erbrechtlichen Zuwendungsverzicht, so wäre, falls für eine gesellschaftsvertragliche Änderung die Geschäftsgrundlage gefehlt hat, auch für einen Vertrag gemäß § 2352 BGB das Fehlen der Geschäftsgrundlage anzunehmen. Auch für den Abschluß dieses Vertrags wäre ein etwaiger Irrtum über die Unwiderruflichkeit des gemeinschaftlichen Testaments von wesentlicher Bedeutung gewesen.

4. Fehlte für die Neufassung des § 12 des Gesellschaftsvertrages die Geschäftsgrundlage, so war diese Vertragsänderung von Anfang an nichtig.

Die Rechtsfolge, daß ein Rechtsgeschäft in derartigen Fällen von Anfang an nichtig ist, ist im allgemeinen Vertragsrecht anzunehmen, wenn es nicht im Einzelfall - was hier jedoch nicht in Betracht kommt - gemäß § 242 BGB an die Sachlage anzupassen ist. Aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ergibt sich nichts anderes. Regelmäßig sind zwar nach ständiger Rechtsprechung fehlerhafte Gesellschaftsverträge - ebenso wie fehlerhafte Verträge über den Beitritt oder das Ausscheiden eines Gesellschafters - nicht von Anfang an nichtig, sondern wegen eines Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrundes nur mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar. Auf spätere Änderungen eines im übrigen vollgültigen Gesellschaftsvertrages können diese Grundsätze aber nicht ohne weiteres übertragen werden. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beruht, wie der Senat im Urteil vom 29. Juni 1970 - II ZR 158/69 - (BGHZ 55, 5, 8) zusammenfassend ausgeführt hat, auf der Erkenntnis, daß es zu unerträglichen

Ergebnissen führen und mit dem recht verstandenen Zweck der bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften nicht vereinbar wäre, eine auf die Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft, für die alle Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und das gemeinschaftliche Risiko getragen haben, mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen und damit so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte; ein solches Rechtsverhältnis verdiene vielmehr im allgemeinen solange Bestandschutz, bis der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund geltend gemacht werde. Diese Gesichtspunkte, die der Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, treffen jedoch auf die fehlerhafte Abänderung eines rechtsgeschäftlich einwandfrei abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages häufig nicht zu: Meist werden nur Teilbereiche des Gesellschaftsverhältnisses betroffen; vielfach ist es mit befriedigenden Ergebnissen möglich, die Auswirkungen der vorübergehend praktizierten Vertragsänderung nachträglich wieder auszugleichen; und in Gestalt des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages ist - anders als wenn bei einer fehlerhaften Gesellschaftsgründung der Vertrag nichtig wäre - eine sinnvolle rechtliche Ordnung vorhanden, an die die Gesellschafter ohne Schwierigkeiten rückwirkend wieder anknüpfen können. Nur wenn bei einer Vertragsänderung ausnahmsweise das Bedürfnis nach Bestandsschutz im oben dargelegten Sinne vorhanden ist, besteht ein rechtfertigender Grund, die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, nach denen Rechtsgeschäfte

von Anfang an nichtig sind, nicht anzuwenden (ähnlich jetzt überwiegend das Schrifttum, u. a. Hueck, Recht der oHG 4. Aufl. S. 100 f; Fischer NJW 1955, 849, 852 und Großkomm. z. HGB 3. Aufl. § 105 Anm. 84; Schlegelberger/Geßler HGB 4. Aufl. § 105 Anm. 62 p).

Die hier zu erörternde Aufhebung und Neufassung der Nachfolgebestimmung des § 12 des Gesellschaftsvertrages ist ein Fall, in dem die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht eingreifen können. Die rückwirkende Nichtigkeit des § 12 des Abänderungsvertrages von 1966 hätte zwar zur Folge, daß der Kläger - unter den unter I) behandelten Voraussetzungen - mit dem Tode des Vaters, also bereits 1968 (oder jedenfalls seit der Ausübung seines Wahlrechts), aus der Rechtsstellung eines Kommanditisten in die eines persönlich haftenden Gesellschafters eingerückt wäre, während die tatsächliche Handhabung in der Gesellschaft zunächst auf der Vorstellung beruhte, der Änderungsvertrag von 1966 sei wirksam und der Kläger Kommanditist geblieben. Insofern ist die Vertragsänderung also bereits eine geraume Zeit vollzogen worden. Diese Abweichung ist aber in ihren Auswirkungen nicht mit dem Fall zu vergleichen, daß eine Gesellschaft gegründet wird und die Gesellschafter nach den Regeln eines fehlerhaften Vertrages leben. Der Unterschied in der Gesellschaftsform - anstatt der Kommanditgesellschaft bestand eine offene Handelsgesellschaft - ist nach außen hin ohne Bedeutung, da der Gesellschafterbestand derselbe geblieben ist und die Gesellschaftsgläubiger durch die rückwirkende Veränderung nicht ungünstiger gestellt

werden. Die rückwirkende persönliche Haftung des Klägers bedeutet auch für ihn keine Beeinträchtigung; für alte Gesellschaftsschulden muß er ohnehin uneingeschränkt haften (§ 130 HGB). Gegen die anfängliche Nichtigkeit der geänderten Nachfolgeklausel spricht auch nicht, daß dem Kläger damit bereits in der Vergangenheit die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zustand. Wird einem Gesellschafter durch fehlerhaften Änderungsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt, so mag eine rückwirkende Nichtigkeit des Vertrages nicht in Betracht kommen (vgl. Fischer aaO § 105 Anm. 84; Hueck aaO). Anders ist es jedoch, wenn der fehlerhafte Vertrag zu einem Ausschluß der einem Gesellschafter zustehenden Geschäftsführungsbefugnis führte. Die nachträgliche Aufdeckung, daß er mehr Rechte gehabt hat, als er entsprechend dem Änderungsvertrag tatsächlich ausüben konnte, ist im Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft grundsätzlich unschädlich, jedenfalls verhältnismäßig leicht zu bereinigen, sofern - wie hier - im früheren Vertrag keine Gesamtvertretung vorgesehen war. Soweit dem Gesellschafter Pflichten oblagen, die er als vermeintlicher nicht geschäftsführender Kommanditist nicht beachtet hat - die Tätigkeitspflicht als Geschäftsführer, besondere Treupflichten oder die Verpflichtung, Konkurrenzgeschäfte zu unterlassen (vgl. §§ 112 f, 165 HGB) -, scheiden Sanktionen wegen objektiver Pflichtverletzungen in der Regel mangels Verschuldens aus; lediglich die im ursprünglichen Vertrag vorgesehene Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit wird unter Umständen wegen Nichterfüllung entfallen oder zu mindern sein. Auch sonst sind die rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten,

die sich aus der anfänglichen Nichtigkeit einer die Geschäftsführungsbefugnis ausschließenden Vertragsänderung ergeben, im vorliegenden Falle nicht so erheblich, daß sie nicht befriedigend gelöst werden könnten. Zwingende Gründe, derentwegen es geboten wäre, von den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften abzugehen und die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anzuwenden, sind nach alledem nicht vorhanden.

III.

Zur Entscheidung über die Klage bedarf es mithin noch weiterer tatsächlicher Feststellungen. Insoweit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann