

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

RBeratG Art. 1 § 1; BGB §§ 134, 705; HGB § 335

- a) Zur Frage, ob die Beteiligung eines stillen Gesellschafters an einem Unternehmen, das die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten betreibt, gegen Art. 1 § 1 RBeratG und §§ 3, 10 der 1. AVO zu diesem Gesetz verstößt und deshalb nach § 134 nichtig ist.
- b) Auf einen Gesellschaftsvertrag, der nach diesen Vorschriften nichtig ist, finden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft regelmäßig keine Anwendung.

BGH, Urt. v. 25. März 1974 - II ZR 63/72 - OLG Hamm
LG Bielefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 63/72

URTEIL

Verkündet am

25. März 1974

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der V [REDACTED], Inhaber Reinhard M [REDACTED], R [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten, Revisions-
klägerin und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Inkasso-Unternehmer Dr. Dr. Rolf R [REDACTED], H [REDACTED],
H [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Revisions-
beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. Februar 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betrieb seit 1963 als Einzelkaufmann unter der Bezeichnung K[REDACTED]-Inkasso Dr. Dr. Rolf P[REDACTED] ein Inkasso-Unternehmen.

Die Klägerin, eine vom C. B[REDACTED] Verlag gegründete Verlagsgemeinschaft, hat die Nutzungsbefugnis an den Lieferungsrechten aus Lieferverträgen der sogenannten Vertriebsfirmen (Fremdverlage, Buchhandlungen und sonstige Buchvertriebsunternehmen) mit Mitgliedern und Abonnenten der B[REDACTED]-Ringe und -Zeitschriften; sie betreut die Kundschaft und zieht unter anderem die Forderungen ein.

Aufgrund eines Vertrages vom 5. Juli 1963 beteiligte sich die Klägerin als stille Gesellschafterin mit einer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Einlage von 50.000 DM an dem Unternehmen des Beklagten (§§ 2, 4 des Gesellschaftsvertrages). Nach § 3 des Gesellschaftsvertrages konnte die Gesellschaft, die für unbestimmte Zeit eingegangen ist, mit einer Frist von sechs Monaten zum Schluß eines jeden Geschäftsjahres gekündigt werden. Der Beklagte durfte jährlich 26.000 DM - auch bei Vorliegen eines Verlustes - entnehmen (§ 5 Abs. 1, § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages); den über 26.000 DM hinausgehenden Gewinn sollten zu 1/10 der Beklagte und zu 9/10 die Klägerin erhalten; im gleichen Verhältnis sollte auch ein etwaiger Verlust geteilt werden (§ 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages). Soweit durch eintretende Verluste ein Kapitalbedarf auftrat, hatte die Klägerin ihre Kapitalbeteiligung wieder bis auf 50.000 DM aufzufüllen. Der Beklagte war verpflichtet, eine andere Inkassotätigkeit als für die Klägerin in einer Höhe von mehr als 25 % aller Sachen nur dann auszuüben, wenn sein Büro mit Aufträgen der Klägerin nicht ausgelastet war.

Am gleichen Tage - dem 5. Juli 1963 - legten die Parteien in einer gesonderten Vereinbarung fest, daß dem Beklagten für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses die Ansprüche eines Angestellten der Klägerin zustehen sollten; die Klägerin stellte ihn hierbei "von allen Verpflichtungen frei, die sich aus seiner Gesellschaftereigenschaft ergeben können".

In zwei weiteren Urkunden vom 5. Juli 1963 gab der Beklagte Erklärungen dahin ab, daß er

- a) sich verpflichtete, auf Verlangen der Klägerin sein Inkasso-Unternehmen jederzeit unentgeltlich auf diese zu übertragen;

- b) das unwiderrufliche und unbefristete Angebot auf Abschluß eines Kaufvertrages über die Übernahme des Inkasso-Büros gegen Zahlung von 4.500 DM mache (der Betrag von 4.500 DM wurde deshalb festgesetzt, weil der Beklagte in das Unternehmen ursprünglich seinen Pkw einbringen sollte).

Nachdem der Präsident des Landgerichts Bielefeld dem Beklagten am 13. August 1963 aufgrund Art. 1 § 1 RBeratG die Erlaubnis zur außergerichtlichen Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen mit dem Geschäftssitz in R[REDACTED] erteilt hatte, beauftragte die Klägerin den Beklagten mit der Einziehung von Forderungen. Die Parteien schlossen in diesem Zusammenhang am 16./22. Januar 1964, 1. Oktober 1966 und 12. August 1969 Inkasso-Verträge und am 13. Februar 1967 eine Dienstleistungsvereinbarung, durch die die Klägerin für das Unternehmen des Beklagten vor allem Planungs- und Entwicklungsarbeiten gegen Entgelt übernahm. Auf der Grundlage dieser Vereinbarung erhielt die Klägerin im Geschäftsjahr 1967/68 = 400.000 DM und im Geschäftsjahr 1968/69 = 800.000 DM; die daneben ausgezahlten Gewinne beliefen sich auf 163.334,81 DM.

Ende 1969 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien, die die Klägerin zum Anlaß nahm, am 18. Dezember 1969 das Übertragungsangebot des Beklagten vom 5. Juli 1963 anzunehmen.

Aufgrund dieses Sachverhalts erhob die Klägerin Klage, mit der sie in erster Linie die Herausgabe des Anlage- und Umlaufvermögens des von dem Beklagten in R[REDACTED] betriebenen Inkasso-Unternehmens verlangte. Der Beklagte hält den Vertrag über die Gründung einer stillen Gesellschaft und die gleichzeitig festgelegten Übertragungs-Angebote

und-Verpflichtungen vom 5. Juli 1963 für nichtig und demgemäß das Herausgabeverlangen der Klägerin für unbegründet; diese sei vielmehr verpflichtet, die an sie ausgezahlten Gewinne sowie die aufgrund der Vereinbarung vom 13. Februar 1967 erlangten 400.000 DM und 800.000 DM zurückzuzahlen. Er hat deshalb Klageabweisung beantragt und Widerklage mit dem Antrag erhoben, die Klägerin zur Zahlung von 223.334,81 DM zu verurteilen (163.334,81 DM ausgezahlte Gewinne und Teilbeträge von jeweils 30.000 DM aus den vorstehend angeführten 400.000 DM und 800.000 DM).

Das Landgericht hat sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin zunächst den vor dem Landgericht verlesenen Antrag gestellt, in der letzten mündlichen Verhandlung aber mit der Erklärung, damit sämtliche Anträge der Klägerin zusammengefaßt zu haben, beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

I. aufgrund der Inkasso-Verträge

1. 983 konkret bezeichnete Inkasso-Fälle abzurechnen,
2. die aus den abgerechneten Aufträgen in der Zeit von September 1970 bis Juni 1971 vereinnahmten Kundengelder von 400.187,99 DM abzüglich der dem Beklagten zustehenden Gebühren von 14.623,14 DM = 386.845,51 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen,
3. für Dienstleistungen der Klägerin 640,33 DM nebst Zinsen zu zahlen,
4. die Arbeitskarten über nicht abgerechnete oder noch nicht vollständig abgewickelte Aufträge herauszugeben;

II. aufgrund des Gesellschaftsvertrages

1. den im Geschäftsjahr 1968/69 entstandenen Gewinnanteil der Klägerin von 17.606,19 DM nebst Zinsen abzuführen,
2. die Bilanzen sowie die Gewinn- und Verlustrechnungen zum 31. März 1970 und 31. März 1971 zu erstellen und mit Unterlagen der Klägerin vorzulegen,
3. die Schlußbilanz zu erstellen,
- 3a) den aus den Jahresabschlüssen zu 2 und der Schlußbilanz zu 3 sich ergebenden Gewinnanteil der Klägerin auszukehren,
4. sämtliche Ansprüche auf Übereignung der im Grundbuch von R. [REDACTED] Bd. [REDACTED] Bl. [REDACTED] eingetragenen Parzellen Flur [REDACTED] Nr. [REDACTED] 83 und [REDACTED] 84 abzutreten und die zu dem Kaufvertrag vom 24. Januar 1969 gehörenden Geschäftsunterlagen herauszugeben,
5. die für die Zeit ab März 1970 eingezogenen Beträge von monatlich 1.295 DM und 1.420,80 DM aus Kauf-Mietverträgen über das Inventar der Kommerz-Inkasso zu zahlen und die hieraus entstandenen, noch nicht erfüllten Ansprüche abzutreten,
6. für die vom Beklagten veräußerten Kraftfahrzeuge der K. [REDACTED]-Inkasso 10.675,30 DM zu zahlen,
7. die Bank- und Postscheckkonten auf die Klägerin zu übertragen,

hilfsweise Auskunft über Kundenzahlungen aus Aufträgen der Klägerin zu erteilen;

III. hilfsweise zu II

1. der Klägerin die geleistete Einlage von 50.000 DM nebst Zinsen zurückzuerstatten,
2. 180.000 DM nebst Zinsen für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft zurückzuzahlen,
3. für Dienstleistungen der Klägerin 593.121,84 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte sieht in den neuen Anträgen eine Klageänderung und hat deshalb ihrer Zulassung widersprochen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Widerklageantrag weiter. Die Klägerin hat ebenfalls Revision eingelegt und beantragt, unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Parteien beantragen ferner die Zurückweisung des Rechtsmittels ihres Gegners.

Entscheidungsgründe:

Beide Revisionen sind begründet.

A.

Zur Revision des Beklagten

I. Das Berufungsgericht erachtet den mit der Widerklage verfolgten Anspruch auf Rückgewähr der an die Klägerin ausgeschütteten Gewinne von 163.334,81 DM für unbegründet, weil der Gesellschaftsvertrag der Parteien weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB) verstoße.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. a) Gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen den Gesellschaftsvertrag der Parteien bestehen allerdings

nicht. Sie ergeben sich insbesondere nicht - wie die Revision meint - daraus, daß der Klägerin das Recht eingeräumt worden ist, jederzeit das Unternehmen an sich zu ziehen.

Der erkennende Senat hat in bezug auf die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft wiederholt ausgesprochen, daß Vereinbarungen, die einem Gesellschafter die Befugnis geben, andere Gesellschafter ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes auszuschließen oder - bei einer zweigliedrigen Gesellschaft - das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich zulässig sind (vgl. u. a. Urt. d. Sen. v. 18. 3. 68 - II ZR 26/66, LM BGB § 138 [B b] Nr. 24; BGHZ 34, 80, 83). Für die Einräumung des Anspruchs auf Geschäftsübertragung zugunsten eines stillen Gesellschafters kann nichts anderes gelten; denn auch in diesem Falle sind die Gesellschafter in der inhaltlichen Gestaltung ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen grundsätzlich frei.

b) Entgegen der Auffassung der Revision verstößt die Abrede über den Anspruch auf jederzeitige Übertragung des Geschäfts nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB).

Die Klägerin hat das Inkassounternehmen auf eigene Kosten eingerichtet und es dem Beklagten ohne Gegenleistung überlassen. Dieser war kapitalmäßig nicht beteiligt und von allen Verpflichtungen - insbesondere auch von jeder Haftung - freigestellt. Wirtschaftlich gesehen war allein die Klägerin Inhaberin des Handelsgeschäfts. Es kann deshalb unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB nicht beanstandet werden, daß dem Beklagten die Verpflichtung

auferlegt wurde, dieses Unternehmen auf Verlangen der Klägerin ohne Gegenleistung zurückzuübertragen.

Ob Bedenken dagegen zu erheben sind, daß die Ausübung des Rechts an keine Frist gebunden war, kann unerörtert bleiben. Daraus könnte auch nach § 139 BGB nicht die Nichtigkeit des Gesamtvertrages mit der Folge hergeleitet werden, daß die Klägerin die in der Zeit bis 31. März 1969 erlangten Gewinne von 163.334,81 DM zurückzuzahlen hätte. Denn dies hätte nur zur Folge, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden wären, die uneingeschränkt auch für die stille Gesellschaft gelten (BGHZ 55, 5). Die Gesellschaft der Parteien hätte mithin auch dann - zumindest in der Zeit, in der die hier in Frage stehenden Gewinne der Klägerin zugeflossen sind - rechtswirksam bestanden. Nach dem Vorbringen der Parteien ist davon auszugehen, daß eine etwaige Kündigung nicht vor Ende 1969 erfolgt ist.

2. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Gesellschaftsvertrag verstoße nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz.

a) Das Berufungsgericht leitet aus dem Urteil des Senats in BGHZ 8, 157 ganz allgemein ab, daß die Beteiligung eines stillen Gesellschafters an einem Unternehmen, dessen Inhaber oder Träger einer personengebundenen Erlaubnis bedarf, keinen Verstoß gegen das die Erlaubnis fordernde Gesetz darstellt, und nimmt an, daß dieser Grundsatz auch im vorliegenden Falle eingreife.

Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der Senat in jener Entscheidung - wie auch in seinem Urteil

vom 15. November 1971 (II ZR 130/69, NJW 1972, 338) - ein stilles Gesellschaftsverhältnis, das der (approbierte bzw. konzessionierte) Inhaber einer Apotheke mit einem anderen eingeht, nur insoweit als zulässig angesehen hat, als sich die stille Beteiligung - gemessen am Sinn und Zweck jener Vorschriften - als "apothekenrechtlich neutral" erwies. Im vorliegenden Falle haben die Parteien jedoch die stille Gesellschaft derart extrem atypisch gestaltet, daß nicht mehr angenommen werden kann, die Klägerin habe sich nur als stille Gesellschafterin im Sinne der §§ 335 ff HGB an dem Handelsgewerbe eines anderen beteiligt und nicht das Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers mitbetrieben.

b) Das Rechtsberatungsgesetz hat die Frage, ob und inwieweit die Beteiligung eines stillen Gesellschafters an einem Unternehmen, das die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten betreibt, zulässig ist, nicht ausdrücklich geregelt. Nach Art. 1 § 1 RBeratG kommt es darauf an, daß die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten von solchen Personen betrieben wird, denen dazu die Erlaubnis erteilt ist und die demgemäß die für diesen Beruf erforderliche Zuverlässigkeit, persönliche Eignung und Sachkunde besitzen. Die Rechtsbesorgung durch "juristische Personen, offene Handelsgesellschaften und ähnliche Vereinigungen" setzt - wie sich aus Art. 1 § 1 RBeratG in Verbindung mit §§ 3, 10 der 1. AVO RBeratG ergibt - voraus, daß der juristischen Person oder Personenvereinigung selbst die Erlaubnis erteilt ist. Hierbei ist zu beachten, daß diesen eine Erlaubnis nur mit der Maßgabe erteilt wird, daß die rechtsbesorgende oder rechtsberatende Tätigkeit durch bestimmt bezeichnete natürliche Personen ausgeübt wird. Im Erlaubnisverfahren ist deshalb eine Prüfung sowohl der Zuverlässigkeit der juristischen Person oder Personenvereinigung

(Art. 1 § 1 RBeratG und § 6 der 1. AVO) als auch der Zuverlässigkeit, persönlichen Eignung und Sachkunde der natürlichen Personen erforderlich, die diese Tätigkeit ausüben sollen (Art. 1 § 1 RBeratG und §§ 6, 7, 8 der 1. AVO).

Ob und unter welchen Voraussetzungen danach auch die stille Gesellschaft, bei der nach außen hin nur der Geschäftsinhaber auftritt, der Erlaubnis bedarf und diese als solche überhaupt erlangen kann, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Hier handelt es sich um eine atypische stille Gesellschaft, die - ohne daß sie vor oder bei der Erlaubniserteilung der zuständigen Behörde, dem Präsidenten des Landgerichts Bielefeld, offenbart worden wäre - in einer Weise gestaltet und gehandhabt wurde, daß der stille Gesellschafter abweichend von den §§ 335 ff HGB maßgebenden Einfluß auf die Leitung und Verwaltung des Unternehmens hatte. Dies ergibt sich weniger aus dem Gesellschaftsvertrag - der den Beklagten unter § 9 verpflichtete, eine andere Tätigkeit als für die Klägerin in Höhe von mehr als 25 % aller Sachen nur dann auszuüben, wenn sein Büro mit Aufträgen der Klägerin nicht ausgelastet war - und den Zusatzverträgen vom 5. Juli 1963, sondern vor allem aus der Tatsache, daß das hierbei zugunsten der Klägerin vereinbarte Übernahmerecht als ständige Drohung auf dem Beklagten lastete und die Klägerin auch - wie die vorgelegten Protokolle über die Gesellschafterversammlungen zeigen - von ihren Einwirkungsmöglichkeiten weitgehend Gebrauch machte.

Die Gesellschaft zwischen den Parteien war hiernach zwar noch Innengesellschaft; in ihrer wirtschaftlichen Tragweite entsprach sie aber einer Personenvereinigung, wie etwa der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, für die eine Zuverlässigkeitsprüfung und

eine besondere Genehmigung erforderlich ist. In einem solchen Falle kann kein Zweifel daran bestehen, daß ein Verstoß gegen Sinn und Zweck von Art. 1 § 1 RBeratG und §§ 3, 10 der 1. AVO zu diesem Gesetz vorliegt.

3. Aus dem Umstand, daß die Parteien das Inkasso-unternehmen nach dem Gesellschaftsvertrag in dieser Form unter Verletzung des Rechtsberatungsgesetzes betrieben haben und nicht die Absicht hatten, eine Genehmigung herbeizuführen, ergibt sich, daß der Gesellschaftsvertrag seinem Inhalte nach auf die Verwirklichung eines gesetzeswidrigen Tatbestandes gerichtet war. Verstößt aber der Zweck einer Gesellschaft gegen ein gesetzliches Verbot, so leidet er an Mängeln, die nach § 134 BGB seine Nichtigkeit zur Folge haben.

Der Bundesgerichtshof hat bisher zwar nur entschieden, daß ein Geschäftsbesorgungsvertrag, den ein nicht zugelassener Rechtsberater unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBeratG mit einem Rechtsuchenden geschlossen hat, nach § 134 BGB nichtig ist (BGHZ 37, 258). Es kann jedoch nichts anderes gelten, wenn der Zweck eines Gesellschaftsvertrages - wie hier - darauf gerichtet ist, ein Inkassounternehmen ohne Genehmigung in einer Form zu betreiben, die nach Art. 1 § 1 in Verbindung mit §§ 3, 10 der 1. AVO der mit einer besonderen Zuverlässigkeitsprüfung verbundenen Erlaubnis bedarf, und eine Tätigkeit ohne diese behördliche Billigung verboten ist. Die Klägerin kann demgegenüber nicht einwenden, diese Grundsätze könnten hier keine Anwendung finden, weil die Inkassotätigkeit nach dem Erlaubnisantrag des Beklagten vom 6. Mai 1963 ausschließlich - nach dem Gesellschaftsvertrag im wesentlichen - für sie selbst ausgeübt

werden sollte. Denn das Gesetz will nicht nur die Recht-
suchenden vor den Gefahren einer unzureichenden und nicht
sachgemäßen Betreuung schützen und den Belangen der
- besonderen standesrechtlichen Einschränkungen unter-
liegenden - Anwaltschaft dienen (BGHZ 37, 258, 261). Es
ist vielmehr auch - wenn nicht in erster Linie - im Inter-
esse einer zuverlässigen Rechtspflege und damit zum Schutze
staatlicher Belange und der Allgemeinheit erlassen worden
(vgl. BGHZ 48, 12, 17).

4. Bei dieser Sachlage kommt es darauf an, ob unge-
achtet der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages die über
mehrere Jahre tätig gewordene Gesellschaft der Parteien
nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft
als wirksam anzusehen ist. Das ist zu verneinen. Die
rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft
findet - wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat (vgl.
u. a. BGHZ 55, 5, 9; 17, 160, 167; Urt. v. 11. 4. 51 -
II ZR 9/50) - da ihre Grenze, wo gewichtige Interessen
der Allgemeinheit oder bestimmter, besonders schutzwürdi-
ger Personen entgegenstehen. Dies ist regelmäßig dann der
Fall, wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages - wie
hier - auf der Vorschrift des § 134 BGB beruht. Die Rechts-
ordnung kann nicht ein von ihr verbotenes und für nichtig
erklärtes Rechtsverhältnis anerkennen, das laufend neue
Rechte und Pflichten begründet. Hier verdient die fehler-
hafte Gesellschaft grundsätzlich keinen Bestandsschutz;
das Interesse der Gesellschafter an der Anerkennung des
von ihnen gewollten und tatsächlich begründeten Zustandes
muß gegenüber den entgegenstehenden Belangen der Allgemein-
heit zurücktreten.

Es sind zwar Umstände denkbar, die es rechtfertigen,
auch von diesem Grundsatz Ausnahmen zuzulassen. Der

erkennende Senat hat dies in einem Fall angenommen, in dem die Gesellschafter nicht bewußt gegen das Verbotsgesetz verstoßen, ihre - wegen Fehlens einer behördlichen Genehmigung - gesetzwidrige Geschäftstätigkeit, vielmehr in Übereinstimmung mit der Konzessionsbehörde ausgeübt haben (Urt. v. 24. 4. 54 - II ZR 35/53, LM HGB § 105 Nr. 8). Ein solcher Sachverhalt liegt hier jedoch nicht vor.

Der Beklagte ist der Genehmigungsbehörde - dem Präsidenten des Landgerichts Bielefeld - gegenüber während des Erlaubnisverfahrens in einer Weise aufgetreten, daß der Eindruck entstehen mußte, seine Freiheit beim Betrieb des geplanten Inkassounternehmens sei in keiner Weise eingeschränkt. Die Klägerin ist dem nicht entgegengetreten, hat vielmehr dazu beigetragen, daß dieser Eindruck verstärkt werden konnte, indem sie dem Beklagten zur Vorlage beim Landgerichtspräsidenten am 5. August 1963 eine "Bestätigung" ausstellte, in der sie ohne jegliche Einschränkung erklärte, das Angestelltenverhältnis zu dem Beklagten werde zum Zeitpunkt seiner Zulassung als Inkassounternehmer gelöst, und hinzufügte: "Herr Dr. Dr. P. [REDACTED] wird dann als selbständiger Inkassounternehmer in R. [REDACTED] tätig sein." Aus dem Vorbringen der Parteien ergibt sich nichts dafür, daß sie während der Gesellschaft den Sachverhalt gegenüber dem Landgerichtspräsidenten durch die Mitteilung des Gesellschaftsvertrags nebst Ergänzungen klargestellt und eine besondere Erlaubnis für die Tätigkeit der Gesellschaft nur aus Versehen oder Unkenntnis nicht beantragt haben. Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft können deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt keine Geltung beanspruchen.

Die unheilbare Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bewirkt, daß an die Stelle der Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag die im allgemeinen Vertragsrecht geltenden

Nichtigkeitsfolgen treten, wonach die aufgrund eines nichtigen Rechtsverhältnisses erbrachten gegenseitigen Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen abzurechnen und zurückzugewähren sind.

5. Das Berufungsgericht hat für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig ist, - hilfsweise - dargelegt, der Anspruch des Beklagten auf Rückgewähr der ausgeschütteten Gewinne sei durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Diese Ausführungen halten beim gegenwärtigen Prozeßstand der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand.

Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB ist nicht schon dann gerechtfertigt - wie das Berufungsgericht auch nicht verkennt -, wenn ein objektiver Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt. Der Gläubiger muß sich vielmehr des Verstoßes bewußt gewesen sein und ihn trotzdem gewollt haben (BGHZ 50, 90, 92 m. w. N.). Diese Voraussetzungen können nicht deshalb bejaht werden, weil - wie das Berufungsgericht ausführt - den Parteien bewußt gewesen sei, daß das Angestelltenverhältnis des Beklagten zur Klägerin gelöst werden mußte, sie aber dennoch am 5. Juli 1963 vereinbart hätten, daß dem Beklagten auch künftig alle Rechte eines Angestellten der Klägerin zustehen sollten. Denn mit dieser Zusatzvereinbarung zum Gesellschaftsvertrag wollten die Parteien kein neues Arbeitsverhältnis begründen, sondern lediglich - wie unstreitig ist - das mit der Gründung des Inkassounternehmens verbundene Risiko auf die Klägerin überwälzen. Die Meinungsverschiedenheiten im Jahre 1969, die letztlich zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses geführt haben, zeigen, daß der Beklagte selbst auch nicht von dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

ausgegangen ist. Der Umstand, daß die Klägerin in einer Reihe von Fällen die in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Entnahmen mit dem Ausdruck "Bruttogehalt" und "Monatsgehalt" gekennzeichnet hat, reicht bei dieser Sachlage ebenfalls nicht aus, um die Voraussetzungen eines abhängigen Arbeitsverhältnisses darzutun; denn sie leitete daraus keinerlei Verpflichtungen des Beklagten ab, stellte sich damit vielmehr nur auf den Boden der Zusatzvereinbarung vom 5. Juli 1963.

II. Die mit der Widerklage geltend gemachten Teilansprüche von je 30.000 DM auf Rückgewähr von Beträgen, die der Klägerin in den Geschäftsjahren 1967/68 und 1968/69 als Gegenleistung für angebliche Dienstleistungen zugeflossen sind, hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgewiesen, es fehle an der erforderlichen Substantiierung. Es hat hierzu ausgeführt, die über die Dienstleistungen aufgestellten Rechnungen seien im Verrechnungswege beglichen worden. Es wäre deshalb Sache des Beklagten gewesen, im einzelnen schlüssig vorzutragen und unter Beweis zu stellen, welche berechneten und bezahlten Dienstleistungen nicht erbracht worden sind.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht verfahrenswidrig zu diesem Ergebnis gekommen ist, weil es hierbei wesentlichen Tatsachenstoff übergangen hat (§ 286 ZPO). Das Berufungsgericht hat das Gutachten der Treuverkehr AG vom Juni 1971 und damit nicht beachtet, daß dort die einzelnen von der Klägerin in den Geschäftsjahren 1968/69 und 1969/70 erbrachten Dienstleistungen angeführt und bewertet worden sind. Dieses Gutachten wurde zwar auf Veranlassung der Klägerin erstellt und von dieser - mit Schriftsatz vom 15. Juni 1971 (Bl. 8 ff = GA 207 ff) -

eingereicht und zum Gegenstand ihres Vortrages gemacht. Dieser Umstand steht jedoch einer Verwertung zugunsten des Beklagten nicht entgegen; mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß er sich den ihm günstigen und seinen Sachvortrag ergänzenden Inhalt des Gutachtens zu eigen gemacht hat. Bei dieser Sachlage würde es einer besonderen Begründung bedürfen, inwiefern der Beklagte sein Vorbringen nicht hinreichend substantiiert hat, soweit er einen Teilbetrag von 30.000 DM aus den im Geschäftsjahr 1968/69 an die Klägerin gegangenen Zahlungen für Dienstleistungen mit der Begründung zurückfordert, die Klägerin habe die berechneten Dienstleistungen nicht erbracht. Hinsichtlich dieses Teilanspruchs liegt sogar die Annahme nahe, daß der Beklagte damit den ihm obliegenden Beweis geführt hat. Denn zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Klägerin in diesem Geschäftsjahr für Dienstleistungen 800.000 DM erhalten hat; nach dem Gutachten soll aber nur ein Betrag von jährlich zwischen 330.000 und 400.000 DM angemessen sein, um die in den beiden Geschäftsjahren 1968/69 und 1969/70 für den Beklagten erbrachten Dienstleistungen der Klägerin abzugelten.

Über die Bewertung der im Geschäftsjahr 1967/68 geleisteten Dienste der Klägerin enthält das Gutachten allerdings keine Angaben. Dennoch erscheint es nicht ausgeschlossen, daß bei Berücksichtigung seines Inhalts das Vorbringen des Beklagten auch insoweit als hinreichend substantiiert anzusehen ist, als er mit der Widerklage die Rückgewähr von 30.000 DM aus den in diesem Geschäftsjahr für Dienstleistungen bezahlten 400.000 DM verlangt. Hierfür spricht vor allem der Umstand, daß die Klägerin und der Gutachter offenbar selbst davon ausgehen, daß die Verhältnisse in den Geschäftsjahren 1968/69 und 1969/70 typisch für die Beziehungen der Parteien untereinander sind und ihre Ergebnisse

demgemäß ohne weiteres auf die übrigen Geschäftsjahre bzw. den dort etwa gegebenen abweichenden Verhältnissen angepaßt werden können.

B.

Zur Revision der Klägerin

Das Berufungsgericht hat den Umstand, daß die Klägerin anstelle des ursprünglichen Antrags auf Herausgabe des Anlage- und Umlaufvermögens der K[REDACTED]-Inkasso die im Tatbestand im einzelnen wiedergegebenen neuen Anträge gestellt hat, als eine Änderung der Klage im Sinne des § 264 ZPO angesehen und die Klage insoweit mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, die Klageänderung könne angesichts des Widerspruchs des Beklagten nicht als sachdienlich erachtet werden.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision der Klägerin sind ebenfalls begründet.

Das Berufungsgericht hat nicht erkannt, daß die Klagegrundlage keine wesentliche Änderung erfahren hat und ein großer Teil der neuen Anträge von dem ursprünglichen - allerdings zu allgemein gefaßten - Antrag erfaßt wird, und deshalb die Geltendmachung der neuen Anträge rechtsfehlerhaft als unzulässig erachtet.

Der Streit der Parteien ging um die Frage, ob der Beklagte zur Herausgabe des Anlage- und Umlaufvermögens der K[REDACTED]-Inkasso verpflichtet ist. Die Klägerin hat den ursprünglich in dieser Weise auch formulierten Klageantrag zunächst auf die am 5. Juli 1963 übernommene Verpflichtung

des Beklagten zur Übertragung des Unternehmens sowie auf das am gleichen Tage niedergelegte, am 18. Dezember 1969 von ihr angenommene Vertragsangebot gestützt (vgl. Klageschrift vom 15. Januar 1970). Sie hat jedoch schon in ihrem Schriftsatz vom 11. März 1970 zur Begründung der Klage die gesamten zwischen den Parteien entstandenen Rechtsbeziehungen angeführt. An dieser Klagegrundlage hat sich dadurch, daß die Klägerin zu den im Tatbestand angeführten Anträgen übergegangen ist, nichts geändert. Auch mit dem überwiegenden Teil der neuen Anträge verfolgt sie im wesentlichen das gleiche Ziel. Dies gilt nicht nur für die unmittelbar auf den Gesellschaftsvertrag vom 15. Juli 1963 gestützten Anträge (Nr. II), sondern auch - wie schon das Landgericht im Hinblick auf die Inkassobeträge ausdrücklich festgestellt hat (vgl. den vorletzten Satz des erstinstanzlichen Urteils) - für die in erster Linie mit den Inkassoverträgen begründeten Anträge zu I. Die Klägerin hat unter Anlage- und Umlaufvermögen im Sinne des ursprünglichen Klageantrags die Vermögenswerte verstanden, die der Beklagte in seinem an das Landgericht gerichteten Schriftsatz vom 19. März 1970 (GA 64, 65) mitgeteilt hat (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 20. Januar 1971 - GA 163, 164). Unabhängig davon kann kein Zweifel daran bestehen, daß folgende Posten - die der Beklagte für sich beansprucht - Teil des Anlage- und Umlaufvermögens sind:

- a) Die vereinnahmten Kundengelder (Antrag zu I 2),
- b) die noch nicht abgerechneten Inkasso-Fälle
- gleichgültig ob die entsprechenden Gelder
bereits eingegangen sind oder noch ausstehen
und insoweit Forderungen darstellen - (Antrag
zu I 1),
- c) die Gewinnanteile der Klägerin (Antrag zu II 1 und
3 a),

- d) die Ansprüche aus dem Kaufvertrag N [REDACTED]
(Antrag zu II 4),
- e) die vereinnahmten Mieten und die offene Miet-
forderungen (Antrag zu II 5),
- f) der Erlös aus dem Verkauf der Firmenkraftfahrzeuge
(Antrag zu II 6),
- g) die Bank- und Postscheckkonten (Antrag zu II 7).

Die Klägerin hat sonach mit dem weitaus Überwiegenden Teil der neuen Anträge ihren ursprünglichen, zu allgemein gefaßten Antrag im wesentlichen nur konkretisiert und - die Klägerin hat unbestritten vorgetragen, der Beklagte habe seinen Betrieb in R [REDACTED] vollständig eingestellt und die Einrichtungsgegenstände, die er nicht an Dritte habe verkaufen können, abtransportieren lassen - den veränderten Verhältnissen angepaßt. Ob und inwieweit die mit den weiteren Anträgen geltend gemachten Ansprüche in gleicher Weise beurteilt werden können, bedarf keiner Erörterung. Rechtsgrundlage sollte dieselbe sein, auf die die vorstehend dargelegten Ansprüche gestützt sind, so daß eine Entscheidung über diese Punkte keinen weiteren Zeitverlust zur Folge hat und ihre Zulassung im laufenden Verfahren unter dem hier entscheidenden Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit geboten erscheint.

C.

Das angefochtene Urteil muß nach alledem im vollen Umfange aufgehoben werden. Da die Sache weiterer Aufklärung bedarf, ist sie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß für die Klage, soweit sie bisher auf den Gesellschaftsvertrag und die damit eine Einheit bildende Zusatzvereinbarung vom 5. Juli 1963 (insbesondere auf die Übertragungsvereinbarung) gestützt ist, ebenso wie für die unter A I behandelten Rückgewährforderungen des Beklagten nur noch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht kommen. Insoweit wird den Parteien Gelegenheit gegeben werden müssen, ihre Anträge an die veränderte Rechtslage anzupassen.

Das Berufungsgericht wird bei der Beurteilung dieser Rechtsgrundlage nicht außer acht lassen dürfen, daß in Fällen der vorliegenden Art ein Bereicherungsanspruch im allgemeinen von vornherein nur auf Herausgabe des Vermögensüberschusses geht, der sich aus der Berücksichtigung aller mit der Vermögensverschiebung zusammenhängenden Vor- und Nachteile, insbesondere nach Absetzung der Gegenleistung, ergibt (BGHZ 9, 333; BGH LM BGB § 818 Abs. 3 Nr. 6, 7 und 11).

Soweit die Klägerin Ansprüche aus den zwischen den Parteien getroffenen Inkassoverträgen ableitet, sei darauf hingewiesen, daß diese Vereinbarungen nicht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz als nichtig angesehen werden können. Aus der oben angeführten Entscheidung (BGHZ 37, 258) ergibt sich zwar, daß auch eine Geschäftsbesorgung, die ein nicht zugelassener Rechtsberater unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBeratG mit einem Rechtsuchenden geschlossen hat, nach § 134 BGB nichtig ist. Diese Grundsätze können jedoch auf den vorliegenden Fall schon deshalb nicht übertragen werden, weil hier dem Auftragnehmer - dem Beklagten - eine Erlaubnis zur Einziehung fremder Forderungen erteilt worden war. Die Aufträge der Klägerin gingen deshalb nicht auf die Besorgung von Geschäften, die dem Beklagten von

vornherein verboten waren. Entsprechend dem vom Rechtsberatungsgesetz verfolgten Zweck ist die Tätigkeit des Beklagten - wie dargelegt - nur deshalb zu beanstanden, weil eine Abhängigkeit zu der Klägerin bestand, die die Gefahr begründete, er werde die mit der Erlaubniserteilung verbundenen Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen. Daraus folgt, daß es sich hier um einen weniger bedeutsamen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz handelt, der nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht zur Nichtigkeit der Inkassoverträge führen kann, sondern nur einem - hier nicht in Frage stehenden - Erfüllungsanspruch (und Schadensersatz wegen Nichterfüllung) entgegensteht (vgl. BGHZ 46, 24, 28).

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Bundschuh