

Verkündet
am 11. April 1951
Löser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

I M N A M E N D E S V O L K E S

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ewald R. [REDACTED], D. [REDACTED], P. [REDACTED]-
strasse 2,

Beklagten und Revisionsklägers

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED],
Karlsruhe -

g e g e n

den Kaufmann Heinrich G. [REDACTED], D. [REDACTED],
[REDACTED] str. 2,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] in
Karlsruhe -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. April 1951 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundes -
richter Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Haidinger,
Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm vom 3. März 1950 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu
tragen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Die Parteien vereinbarten, gemeinsam nach dem Ende des Krieges die Herstellung und den Vertrieb von Speiseeis aufzunehmen, an deren Erlös jeder mit 50 % Gewinn beteiligt sein sollte. Zur Durchführung ihres Planes kauften sie am 20. September 1945 ein Ruinengrundstück in D. [REDACTED] zu je 1/2 Bruchteil, auf dem das geplante Fabrikgebäude zur Herstellung des Eis errichtet werden sollte. Ferner meldeten sie am 2. Oktober 1945 das Gewerbe "Herstellung und Vertrieb von Speiseeis" unter ihrem Namen bei der Stadt D. [REDACTED] mit dem Bemerkten an, daß das Gewerbe am 1. Januar 1946 beginnen solle. Da sich das gekaufte Ruinengrundstück für die Pläne der Parteien nicht als geeignet erwies, setzte sich der Beklagte mit dem Kaufmann v. [REDACTED] L. [REDACTED] in Verbindung und erwirkte dessen Einverständnis zur Errichtung des geplanten Fabrikgebäudes auf dem Grundstück D. [REDACTED] - D. [REDACTED], G. [REDACTED] - [REDACTED]strasse [REDACTED] 4, das v. [REDACTED] L. [REDACTED] gehörte. Eine nähere Vereinbarung über die Art dieser Überlassung wurde dabei nicht getroffen. Es ist streitig, ob nur der Beklagte oder beide Parteien Vertragspartei des v. [REDACTED] L. [REDACTED] wurden.

Im April 1946 begannen die Parteien gemeinsam mit dem Bau des Gebäudes. Als Bauherr trat nach aussen der Kläger auf, da der Beklagte als früherer Angehöriger der Allgemeinen und der Waffen-SS politisch belastet war und sein Vermögen der Beschlagnahme nach dem Gesetz Nr. 52 unterlag. Dem Kläger wurde demgemäß auch allein die nachträgliche Baugenehmigung am 4. Februar 1947 / 1. Dezember 1947 erteilt. Im Dezember 1947 konnten die Bauarbeiten beendet werden.

Um die Jahreswende 1947 - 1948 begannen die Streitigkeiten zwischen den Parteien. Der Beklagte überliess daraufhin im Frühjahr 1948, ohne Einwilligung des Klägers, das erstellte Fabrikgebäude einer GmbH, die am 25. Februar 1948

zwischen dem Grundstückseigentümer v. L. und einer Schwägerin des Beklagten unter der Firma G. und S. GmbH errichtet worden war, und in der der Beklagte als Angestellter beschäftigt wurde. Die GmbH begann am 21. Juli 1948 ihren Betrieb mit der Herstellung und dem Verkauf von Speiseeis. Das Verlangen des Klägers auf Einstellung der Erzeugung wurde abgelehnt und ihm das Betreten des Fabrikgebäudes untersagt.

Der Kläger hat vorgetragen, daß er die Gelder zur Errichtung des Fabrikgebäudes neben dem Beklagten zu einem erheblichen Teil selbst aufgewandt und sich in gleicher Weise an der schwierigen Beschaffung der Baustoffe beteiligt habe. Der Neubau sei daher entsprechend der gemeinsamen Vereinbarung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geworden; der Gesellschaft habe insbesondere der Besitz an diesem Gebäude zugestanden. Dieser Besitz sei ihm durch das eigenmächtige Verhalten des Beklagten entzogen worden. Auch stellen das weitere Verhalten des Beklagten und seine Abmachungen mit der GmbH eine Verletzung seiner Vertragspflichten aus der Gesellschaft dar. Er hat mit der vorliegenden Klage verlangt, daß

1. der Beklagte ihm den Mitbesitz an dem Neubau wieder einräume, daß
2. der Beklagte für die Einstellung der Speiseeisfabrikation durch die GmbH Sorge, daß
3. der Beklagte ihm Auskunft über seine vertraglichen Vereinbarungen mit der GmbH, insbesondere über die Höhe der Vergütungen für die Überlassung des Fabrikgebäudes und für die Lieferung von Baumaterialien an v. L. erteile, daß
4. der Beklagte alle Urkunden über seine Vereinbarungen wegen des Fabrikgebäudes vorlege, daß



5. der Beklagte den Offenbarungseid über die Richtigkeit seiner Auskunft gemäß Ziffer 3 und über die Vollständigkeit seiner Urkundenvorlage gemäß Ziffer 4 leiste und schließlich daß
6. festgestellt werde, daß der Beklagte ihm die Hälfte all dessen, was er für die Überlassung des Fabrikgebäudes erhalten habe, herauszugeben habe.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er ist der Auffassung, daß der Gesellschaftsvertrag wegen Verstoßes gegen das Gesetz Nr. 52 nichtig sei. Ferner sei der Gesellschaftszweck dadurch unmöglich geworden, daß den Parteien im Sommer 1947 die Gewerbeerlaubnis entzogen worden sei. Schließlich sei das etwaige Gesellschaftsverhältnis dadurch beendet worden, daß er den Vertrag im Februar 1948 aus wichtigem Grunde gekündigt habe. Im übrigen seien die Mittel zum Neubau zum weitaus überwiegenden Teil von ihm aufgebracht worden, so daß der Kläger auch aus diesem Grunde kein Recht an dem Neubau geltend machen könne.

Das Landgericht hat den Klaganträgen zu 3 und 4 stattgegeben und im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung beider Parteien hat das Oberlandesgericht auch den Klaganträgen zu 1 und 2 entsprochen, das erstinstanzliche Urteil zu den Klaganträgen 3 und 4 im wesentlichen aufrecht erhalten und die Sache zur Entscheidung über die Anträge zu 5 und 6 an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klagabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

- 1) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Par-

teien zum Zweck der Speiseeisherstellung und des Speiseeisvertriebs einen Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft geschlossen haben, und daß dieser Vertrag erst nach dem Zusammenbruch mit den Arbeiten zur Vorbereitung des Neubaus wirksam geworden sei. In diesem Vertrag hätten sich die Parteien lediglich verpflichtet, ihre Arbeitskraft zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zur Verfügung zu stellen. Hierin sei ein Verstoß gegen das Gesetz Nr. 52 nicht zu erblicken, da Verträge über die Arbeitskraft nicht unter Art II Gesetz Nr. 52 fielen; überdies handele es sich bei dem Gesellschaftsvertrag um ein Verpflichtungsgeschäft, das ohnehin nicht von der Verbotsvorschrift des Gesetzes Nr. 52 erfaßt werde. Auch sei der Vertrag nicht zur Umgehung des Gesetzes Nr. 52 geschlossen worden, da sich der Beklagte nicht hinter einem Strohmann versteckt habe, sondern in aller Öffentlichkeit als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft aufgetreten sei. Eine Auflösung dieser Gesellschaft sei bisher nicht erfolgt, da die etwaige Kündigung des Gesellschaftsvertrags durch den Beklagten unwirksam sei. Eine solche Kündigung stelle eine Verfügung über den Anteil des Beklagten am Gesellschaftsvermögen dar, die zu ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung gemäß Gesetz Nr. 52 bedürft hätte, da die Kündigung geeignet sei, den Bestand des gesperrten Vermögens zu gefährden.

2) Dem Berufungsgericht ist dahin beizutreten, daß die Vereinbarung zwischen den Parteien zur Aufnahme einer gemeinsamen Speiseeisherstellung und eines gemeinsamen Speiseeisvertriebs als Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zur Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft anzusehen ist.

Die Planung der Parteien war auf die gemeinsame Führung eines Grundhandelsgeschäfts gemäß § 1 Abs 2 Ziff 1 HGB gerichtet. Dabei sollte der Umfang dieses Betriebes, wie die Pläne über die Errichtung eigener Fabrikationsräume ergeben, ersichtlich über den Umfang eines Kleingewerbes im Sinne des § 4 HGB hinausgehen. Bei dieser Sachlage bestehen keine Bedenken, auf das Innenverhältnis, d.h. auf die Beziehungen der Parteien untereinander die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft anzuwenden, ohne daß die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden ist, und ohne daß die Gesellschaft den Betrieb des Handelsgewerbes aufgenommen hat (RGZ 112, 280). Es unterliegt der Vertragsfreiheit der Parteien auch schon für die Zeit der Vorbereitungshandlungen, die für die Aufnahme des geplanten Handelsgewerbes erforderlich sind, ihre Rechtsbeziehungen untereinander nach den Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft zu regeln.

Dem Berufungsgericht ist auch insoweit zu folgen, als es den Zeitpunkt für die Entstehung der Gesellschaft erst in die Zeit nach dem Zusammenbruch legt. Selbst wenn, wie der Kläger behauptet hat, unter den Parteien bereits vor dem Zusammenbruch Besprechungen darüber geführt worden sind, daß sie sich nach Kriegsende zu einer gemeinsamen Speiseeisherstellung zusammenschließen wollten, so können diese Besprechungen nur als Vorverhandlungen für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages angesehen werden. Dabei macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob die damaligen Besprechungen bereits zu einem Einverständnis unter den Parteien geführt haben sollten oder nicht; denn selbst im ersten Fall könnte auch in einem solchen Einverständnis

bestenfalls ein Vorvertrag zum Abschluß eines späteren Gesellschaftsvertrages erblickt werden. In keinem Fall kann nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts angenommen werden, daß unter Berücksichtigung der Behauptung des Klägers der Abschluß des endgültigen Gesellschaftsvertrages und die Entstehung der Gesellschaft bereits in die Zeit vor dem Zusammenbruch falle. Es muß somit davon ausgegangen werden, daß die Parteien den Gesellschaftsvertrag zur Errichtung der offenen Handelsgesellschaft in einer Zeit abgeschlossen haben, als das Vermögen des Beklagten gemäß der Allgemeinen Vorschrift Nr 1 Abs 2 Ziff 27 zum Gesetz Nr 52 der Militärregierung der Beschlagnahme nach diesem Gesetz unterlag.

3) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen habe, daß der Gesellschaftsvertrag nicht die Verbotsvorschriften des Gesetzes Nr 52 verletze und daher nicht unwirksam sei. Dabei wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß Verpflichtungsgeschäfte nicht unter das Gesetz Nr 52 fielen, und des weiteren gegen die Auslegung des Gesellschaftsvertrages durch das Berufungsgericht. Die Revision meint, daß unter Berücksichtigung des Parteivortrages nicht davon ausgegangen werden könne, daß sich die Parteien in dem Gesellschaftsvertrag lediglich verpflichtet hätten, ihre Arbeitskraft zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zur Verfügung zu stellen, und daß die Einbringung von Vermögenswerten nicht Gegenstand des Gesellschaftsvertrages gewesen sei. Dieser Auffassung der Revision ist im Ergebnis beizutreten. Die Auslegung des Gesellschafts-

vertrages durch das Berufungsgericht steht mit den eigenen Feststellungen des Vorderrichters in Widerspruch. Das Berufungsgericht geht selbst davon aus, daß die Parteien die Aufnahme eines umfangreichen Fabrikationsprogramms planten, das über den Rahmen eines Kleingewerbes hinausging, und daß die Parteien zu diesem Zweck ein eigenes Fabrikationsgebäude errichten wollten. Bei dieser Sachlage ist es nicht verständlich und mit der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu vereinbaren, daß die Gesellschafter sich lediglich verpflichtet haben sollten, nur ihre Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Auf diesem Wege konnten sie vernünftigerweise eine Verwirklichung ihrer weitgesteckten Pläne nicht herbeiführen, da auf diesem Wege die Gesellschaft die Fabrikationsräume und die Fabrikationsmittel nicht erhalten konnte. Die Parteien haben sich auch selbst nicht in den engen Grenzen dieser nach der Auslegung des Berufungsgerichts allein in Betracht kommenden Gesellschaftspflichten gehalten. Sie haben vielmehr nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Erreichung ihres gemeinsamen Gesellschaftszweckes die notwendigen Baumaterialien und die notwendigen Lohnfelder zur Errichtung des Fabrikgebäudes und zur Anschaffung der Maschinen der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Diese Handhabung seitens der Parteien entsprach, wie das Berufungsgericht an einer anderen Stelle seiner Entscheidungsgründe ausführt, den Abmachungen zwischen den Parteien. Auch die zum Gegenstand der Verhandlung gemachte eidesstattliche Versicherung des Klägers vom 13. August 1948 in den Akten 6. Q 51/48 (Bl 12,13) besagt in diesem Sinne, daß nach den getroffenen Vereinbarungen die Kosten

und die erforderlichen Materialien zur Errichtung des Gebäudes mit allen modernen Einrichtungen von beiden Teilen je zur Hälfte aufgebracht werden sollten, und daß daneben jeder Gesellschafter seine gesamte Arbeitskraft dem Unternehmen widmen sollte. Bei dieser Sachlage kann der Revision, die sich gegen die Auslegung des Gesellschaftsvertrages richtet, der Erfolg nicht versagt werden. Es muß nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts davon ausgegangen werden, daß sich die Parteien verpflichtet haben, für die Verwirklichung ihrer Pläne der Gesellschaft nicht nur ihre Arbeitskraft, sondern auch die erforderlichen Baumaterialien und Produktionsmittel zur Verfügung zu stellen.

4/ Nach dem Gesellschaftsvertrag war der Beklagte somit verpflichtet, nicht nur seine Arbeitskraft, sondern auch Vermögenswerte aus seinem Vermögen in die Gesellschaft einzubringen und damit Verfügungen über sein gesperrtes Vermögen zu treffen. Die Durchführung dieses Vertrags bedurfte nach Art II Ziff a des Gesetzes Nr. 52 der Genehmigung der Militärregierung, wobei es ohne Bedeutung ist, daß es sich bei der Verpflichtung des Beklagten um eine Verpflichtung zur Übertragung von Vermögensgegenständen aus einem beschlagnahmten Vermögen in ein anderes beschlagnahmtes Vermögen handelt. Das Fehlen der nach Art II Ziff a aa0 erforderlichen Genehmigung berührt allein noch nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sie führt aber beim Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des Art V des Gesetzes Nr. 52 zur unheilbaren Nichtigkeit des Vertrages, also dann, wenn der Gesellschaftsvertrag zur Vereitelung oder Umgehung des Gesetzes Nr. 52 abgeschlossen worden ist (OGHZ 3, 82). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen muß entgegen

der Auffassung des Berufungsgerichts nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen bejaht werden. Die Absicht zur Umgehung oder Vereitelung des Gesetzes Nr 52 ist schon dann gegeben, wenn die Vertragsschliessenden gemeinsam von vornherein die Absicht gehabt haben, den Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung durchzuführen, und wenn sie entsprechend dieser Absicht keine Schritte zur Herbeiführung der Genehmigung unternommen haben. Eine solche Absicht hat im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages bei den Parteien vorgelegen. Sie haben im vollen Bewußtsein, daß das Vermögen des Beklagten der Beschlagnahme des Gesetzes Nr. 52 unterlag, den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen und keinerlei Anstalten getroffen, die erforderliche Genehmigung nachzusuchen. Die Zurückhaltung des Beklagten bei der Stellung von Anträgen gegenüber anderen Dienststellen, bei denen Erklärungen über die Zugehörigkeit zu nationalsozialistischen Organisationen abzugeben waren, unterstreicht diese Absicht und findet in dem eigenen Vortrag des Klägers ihre Bestätigung, wonach der Beklagte "im Verhältnis zu den Behörden" nicht zu sehr hervortreten wollte. Demgegenüber ist es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unerheblich, daß der Beklagte in der Öffentlichkeit als Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft aufgetreten ist; denn nicht darauf kommt es für die Frage, ob die Parteien beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Absicht zur Umgehung oder Vereitelung des Gesetzes Nr 52 gehabt haben, an, sondern allein darauf, ob der Beklagte im Einverständnis mit dem Kläger nichts unternahm, um die notwendige Genehmigung der Militärre -

gierung zu erhalten. Es muß somit nach den Feststellungen des Berufungsgerichts davon ausgegangen werden, daß die Voraussetzungen des Art V des Gesetzes Nr. 52 gegeben sind, und daß daher der zwischen den Parteien abgeschlossene Gesellschaftsvertrag unheilbar nichtig ist.

5) Der Kläger kann die Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht mit dem Einwand der Arglist ausschliessen. Dieser Einwand versagt gegenüber der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, die sich aus dem Gesetz Nr. 52 ergibt. Es würde dem Grundgedanken des Gesetzes Nr. 52 widersprechen, wenn die zwingende Nichtigkeitsfolge auf dem Wege über den Einwand der Arglist ausgeschlossen werden könnte. Aber selbst wenn inzwischen die Beschlagnahme des Vermögens des Beklagten nach dem Gesetz Nr. 52 aufgehoben sein sollte, so könnte auch dann dieser Einwand des Klägers nicht durchgreifen. In diesem Fall würden zwar gegen die Zulässigkeit des Arglisteinwandes aus dem Grundgedanken des Gesetzes Nr. 52 keine Bedenken mehr hergeleitet werden können, weil mit der Freigabe des Vermögens die durch das Gesetz Nr. 52 verfolgten Zwecke in Wegfall geraten sind. Dagegen würden gegen die Erhebung des Arglisteinwandes allgemeine Gesichtspunkte sprechen. Der Kläger, der im bewussten Zusammenwirken mit dem Beklagten durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages gegen das Gesetz Nr. 52 verstossen und damit ebenfalls die absolute Nichtigkeit des Vertrags herbeigeführt hat, hat selbst gesetzwidrig gehandelt und muß sich demgemäß die Folgen seines eigenen Verhaltens selbst zuschreiben. Er kann nicht eine Heilung

seines gewollten Gesetzesverstosses im Ergebnis durch den Einwand der Arglist herbeiführen; er hat sich durch sein Verhalten selbst ausserhalb der Gesetze gestellt und kann die Folgen seines Verhaltens nicht dadurch abwenden, daß er dem anderen Vertragsteil Arglist vorwirft, nachdem er selbst gemeinsam mit dem anderen gesetzwidrig gehandelt hat. Der Kläger kann unter diesen Umständen nicht erwarten, daß er für sein gesetzwidriges Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Einrede der Arglist Rechtsschutz erhält.

6) Der nach dem Gesetz Nr. 52 unheilbar nichtige Gesellschaftsvertrag kann unter den Parteien auch keine Wirkungen unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der faktischen Gesellschaft zeitigen. Wenn auch das Reichsgericht in RGZ 165, 193 einer offenen Handelsgesellschaft trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages im Verhältnis unter den Gesellschaftern als faktischer Gesellschaft Rechtswirksamkeit beilegt, sofern die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist, so können diese Rechtsgrundsätze jedenfalls dann nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags auf dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot beruht und der Zweck der Verbotsnorm in der Verhinderung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses und der gemeinsamen Tätigkeit der Gesellschafter besteht. Es würde sonst in diesem Fall durch die Anerkennung der faktischen Gesellschaft dem Zweck der Verbotsnorm zuwidergehandelt werden und den gesetzwidrig handelnden Gesellschaftern die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Betätigung gewährt werden, die das Gesetz gerade verhindern will (Weipert HGB §. 105 Anm 75; Ermann,

Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage 1947 S 63/64; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft S 48 u.a.). Auch die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nach dem Gesetz Nr. 52 führt zur vollen Nichtigkeit der Gesellschaft, die unter den Beteiligten keine gesellschaftsrechtlichen Beziehungen entstehen lässt. Die Anerkennung der faktischen Gesellschaft würde im Rahmen des Gesetzes Nr. 52 zu Folgerungen führen, die dieses Gesetz ausschliessen will, so daß eine Anwendung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft in diesem Fall nicht möglich ist.

7) Die unheilbare Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages hat für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien zur Folge, daß der Kläger gegen den Beklagten keine Ansprüche wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages herleiten kann. Damit entfällt die Rechtsgrundlage für die Ansprüche, die der Kläger mit seinen Klaganträgen 2 - 6 geltend macht. Diese Ansprüche setzen das Bestehen eines Gesellschaftsvertrages voraus, weil sie allein auf einer angeblichen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht fussen können. Die Klage unterliegt daher insoweit auf die Revision des Beklagten unter Aufhebung des angefochtenen Urteils bereits aus diesem Grunde der Abweisung.

8) Unabhängig von der Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages ist der Antrag des Klägers zu 1 auf Einräumung des Mitbesitzes an dem Neubau zu beurteilen. Dieser Anspruch des Klägers stützt sich auf die rein tatsächlichen Verhältnisse, wie sie vor und nach der Übertragung des Besitzes auf die Firma C [REDACTED] und S [REDACTED] GmbH

bestanden haben.

Die gemeinsame Tätigkeit der Parteien beim Bau des Fabrikationsgebäudes auf dem Grundstück des Kaufmanns v. L. ist eine rein tatsächliche Handlung der Parteien, die zu einer Verbindung der eingebauten Materialien mit dem Grundstück geführt und daher das Eigentum an dem Fabrikgebäude zugunsten des Grundstückseigentümers begründet hat. Diese Rechtsfolge, die sich aus der tatsächlichen Handlung der Parteien gemäß § 946 BGB ergibt, ist durch das Gesetz Nr. 52 nicht ausgeschlossen. Die Verbotsnorm des Gesetzes Nr. 52 kann eine Handlung tatsächlicher Art nicht als ungeschehen behandeln und ihr die nun einmal tatsächlich vorliegende Wirkung nicht nehmen. Es kann daher auch sinnvollerweise eine solche Handlung nicht als nichtig bezeichnet werden, so daß ihr trotz des Gesetzes Nr. 52 die ihr gesetzlich beigelegten Rechtswirkungen zukommen. Den Parteien steht gemeinsam für ihre Tätigkeit und für den Rechtsverlust, den sie durch den Einbau erlitten haben, ein Bereicherungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer v. L. zu. Dabei wird man entsprechend der tatsächlichen Willensrichtung der Parteien, die seinerzeit von einer gemeinsamen Beteiligung und Berechtigung ausgegangen sind, diesen Bereicherungsanspruch dem Kläger und dem Beklagten als Gesamtgläubiger zusprechen müssen.

Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages und das Gesetz Nr. 52 schliessen die Möglichkeit nicht aus, daß den Parteien von dem Grundstückseigentümer v. L. der Besitz an dem Grundstück überlassen worden ist. Das gilt auch dann, wenn die Besitzübertragung auf Grund eines entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsvertrages (Miete, Pacht)

erfolgt sein sollte und dieser Vertrag wegen Verstosses gegen das Gesetz Nr. 52 nichtig wäre. Das Fehlen des obligatorischen Grundgeschäfts beseitigt nicht die Tatsache einer erfolgten Besitzübertragung. Dabei ist es für die Begründung des Mitbesitzes auf Seiten des Klägers auch ohne Bedeutung, ob dieser den Mitbesitz unmittelbar von dem Grundstückseigentümer v. L. oder von dem Beklagten erhalten hat.

Voraussetzung für den geltend gemachten Besitzentziehungsanspruch, der dem Kläger als Mitbesitzer nach § 866 BGB auch gegenüber dem Beklagten als den anderen Mitbesitzer zustehen kann, ist gemäß § 861 BGB, daß der Beklagte noch Besitzer, wenn auch nur mittelbarer Besitzer des Fabrikgrundstückes ist. Diese Voraussetzung ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben. Der Beklagte hat den unmittelbaren Besitz an dem Grundstück und an dem Fabrikgebäude auf die Firma G. und S. GmbH übertragen, so daß er allenfalls nur noch als mittelbarer Besitzer des Fabrikgrundstückes in Betracht kommen konnte. Das Vorliegen eines Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB) zwischen dem Beklagten und der GmbH als Grundlage für einen solchen mittelbaren Besitz des Beklagten kann aber nicht bejaht werden, weil der Wirksamkeit einer solchen etwaigen Vereinbarung in jedem Fall das Gesetz Nr. 52 entgegensteht. Es muß somit davon ausgegangen werden, daß der Beklagte nicht mehr Besitzer des Fabrikgrundstückes ist, so daß damit auch der Besitzentziehungsanspruch des Klägers unbegründet ist. Es war daher auch insoweit auf

die Revision des Beklagten unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten ergibt sich aus § 91 ZPO.

Dr. Canter Dr. Drost Dr. Selowsky

Dr. Haidinger Dr. Fischer