

Verkündet am 13. Oktober 1953  
Grunau, Justizobersekretär als  
Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle

2527 073

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

Versäumnisurteil

In dem Rechtsstreit

der Frau Hildegard M. [REDACTED] geb. K. [REDACTED], B. [REDACTED],  
S. [REDACTED]-K. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma G.A. M. [REDACTED], Import, Export, Textilgroßhandlung,  
B. [REDACTED], K. [REDACTED], Inhaberin: Frau  
Gertrude Amalie M. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]  
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] -

hat der erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1953 unter Mitwir-  
kung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier, Dr. Bock,  
Dr. Krüger-Nieland, Dr. Nastelski und Dr. Christoph  
durch Versäumnisurteil

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des  
2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 4.  
Februar 1950 aufgehoben und die Sache zur anderwei-  
ten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Ko-  
sten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht  
zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte wird im vorliegenden Rechtsstreit als Gesamtschuldnerin mit ihrem bereits durch rechtskräftiges Versäumnisurteil des Landgerichts Berlin-West vom 5. Mai 1951 im gleichen Verfahren verurteilten früheren Ehemann, dem Kaufmann Heinrich M. [REDACTED], auf Zahlung von 7.100,08 DM-West für von der Klägerin in der Zeit vom 12. Januar bis 8. März 1951 an die im Handelsregister nicht eingetragene Firma Heinrich M. [REDACTED] in B. [REDACTED], A. [REDACTED] str. [REDACTED] gelieferte Woll- und Kurzwaren auf Grund folgenden Sachverhalts in Anspruch genommen:

Die Ehe der Beklagten mit Heinrich M. [REDACTED] ist durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Berlin vom 3. Februar 1948 geschieden. In diesem Scheidungstermin schlossen die damaligen Prozeßparteien einen bereits unter dem 19. Januar 1948 entworfenen und von ihnen unterschriebenen Unterhaltsvergleich ab, worin sich der Ehemann zur Gewährung des standesgemässen Unterhalts an die Ehefrau verpflichtete. Weiter war darin bestimmt, daß der Ehemann seiner Ehefrau 50 % seines aus seinen geschäftlichen Unternehmungen erzielten Reingewinnes, und zwar auch aus noch zu gründenden Geschäftsbetrieben, unter Anrechnung auf den Unterhaltsanspruch zur Verfügung zu stellen und ihr in seinem Geschäftsbetrieb die von ihr am Tage des Vertragsabschlusses innegehabte Stellung zu belassen habe. Die jetzige Beklagte nahm damals im Geschäft ihres Ehemannes neben ihrer Verkäufertätigkeit eine leitende Stellung ein. In diesem Unterhaltsvertrag, der im übrigen die Regelung des Unterhalts der gemeinsamen Kinder und des Sorgerechts über diese hauptsächlich zum Gegenstand hatte, verzichtete der Ehemann M. [REDACTED]

- 3 -

■ auf das Recht der Abänderung dieses Vertrages auch für den Fall seiner Wiederverheiratung und des Rückganges seiner Einnahmen.

Außer dem Geschäft in B ■, A ■ str. ■ betrieb der Ehemann M ■ damals noch verschiedene Marktstände in B ■.

Im Jahre 1950 erwarb er noch einen zweiten Laden in B ■, W ■ str. ■. Am 14. Juni 1950 schlossen die geschiedenen Eheleute M ■ einen privatschriftlichen Vertrag, in dem bestimmt wurde, daß die Beklagte dieses Geschäft nebst zwei Marktständen mit Wirkung vom 1. Januar 1951 übernehmen und mit dieser Übernahme alle Forderungen der Beklagten und ihrer Kinder aus dem Unterhaltsvertrag erlöschen sollten. Für den Laden in der A ■ strasse in B ■ hat die Beklagte die Gewerbe genehmigung für den Einzelhandel mit Textilien und Kurzwaren sowie zum ambulanten Handel mit Wolle, Handarbeitsgarnen und Stoffen am 20. Januar 1950 erhalten. Dieser Laden wurde in einem Ausweichlokal betrieben, bezüglich dessen die Beklagte und ihr früherer Ehemann am 20. März 1949 einen Mietvertrag unterschrieben haben, worin sie als Eheleute bezeichnet wurden. Am 20. März 1951 schlossen die Beklagte und ihr geschiedener Ehemann einen notariellen Vertrag, in dem erstere den Laden in der A ■ strasse in S ■ nebst Ladentisch und zwei Regalen für den Preis von 1550 DM kaufte. Der Preis wurde gegen Darlehen verrechnet, die die Beklagte ihrem früheren Ehemann in den Jahren 1950 und 1951 gegeben haben will. Im Dezember 1950 kaufte die Beklagte einen Kraftwagen, der für den Betrieb der beiden Läden und der Marktstände benutzt worden ist. Als der Ge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



richtsvollzieher im Mai 1951 wegen Vollstreckung eines in anderer Sache gegen den Ehemann M. [REDACTED] ergangenen Urteils in dem Laden in der A. [REDACTED] strasse vollstreckte, nahm die Beklagte diesen Laden und seinen Inhalt als ihr Eigentum in Anspruch. Mitte 1951 hat Heinrich M. [REDACTED] den Offenbarungseid geleistet. Seine Lieferanten haben für die gelieferten Waren keine Bezahlung erhalten.

Die Klägerin stützt ihren Klageanspruch gegen die Beklagte in erster Linie auf ein Gesellschaftsverhältnis des bürgerlichen Rechts, das zwischen der Beklagten und ihrem früheren Ehemann bestanden habe, hilfsweise macht sie Haftung der Beklagten aus dem Gesichtspunkte der Vermögensübernahme nach § 419 BGB und auf Grund des Anfechtungsgesetzes geltend.

Die Beklagte, die um Klageabweisung gebeten hat, hat bestritten, Mitgesellschafterin ihres früheren Ehemannes gewesen zu sein. Weiter hat sie das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der hilfsweise geltend gemachten Klageansprüche in Abrede gestellt.

Das Landgericht hat die Beklagte nach Beweisaufnahme antragsgemäß verurteilt. Die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Abweisungsantrag weiter. Im Verhandlungstermin vor dem Revisionsgericht ist die Revisionsbeklagte trotz ordnungsmässiger Ladung nicht erschienen. Die Revisionsklägerin hat daraufhin beantragt, eine Entscheidung gegen diese entsprechend dem Revisionsantrage zu erlassen, nämlich unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach den letzten von der Beklagten

in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen zu erkennen, hilfsweise den Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Entscheidungsgründe:

Erscheint der Revisionsbeklagte im Verhandlungstermin nicht, so sind nach ständiger Rechtsprechung (RGZ 3, 196) auf Grund des § 331 ZPO die vom Revisionskläger vorgetragene neuen Tatsachen, soweit sie nach § 554 Abs 3 ZPO "zulässig" und nicht von Amts wegen zu prüfen sind, als zugestanden anzusehen. Das Revisionsgericht hat zu prüfen, ob die hiernach als zugestanden anzusehenden neuen Tatsachen in Verbindung mit dem aus dem Tatbestande des Berufungsurteils und dem Sitzungsprotokoll ersichtlichen Parteivorbringen den Revisionsantrag rechtfertigen, und hat bejahendenfalls auf Antrag Versäumnisurteil zu erlassen. Einen solchen Antrag hat die Revisionsklägerin vorliegend nicht ausdrücklich gestellt. Ihr Antrag, die Entscheidung gegen die nicht erschienene Revisionsbeklagte gemäß dem Revisionsantrag zu erlassen, ist jedoch als Antrag auf Erlass des Versäumnisurteils aufzufassen. Zwar ist an sich im Falle des Ausbleibens des Revisionsbeklagten trotz ordnungsmässiger Ladung auch eine Entscheidung nach Lage der Akten zulässig. Eine solche Entscheidung kommt aber hier mangels einer vorausgegangenen mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht in Betracht (ebenso Rosenberg, ZPO-Recht, 5. Aufl, S 661).

Der Revision selbst war der Erfolg nicht zu versagen.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß eine Haftung der Beklagten für die streitigen, im Geschäftsbetriebe der nicht eingetragenen Firma M. [REDACTED] begründeten

Verbindlichkeiten aus Gesellschaftsrecht nur zu bejahen ist, wenn zwischen der Beklagten und ihrem geschiedenen Ehemann zur Zeit der streitigen Lieferungen eine Aussengesellschaft bestanden hat. Das Berufungsgericht ist auf Grund des Verhandlungsergebnisses zur Bejahung dieser Frage gelangt. Es folgert dies in erster Linie aus dem Unterhaltsvertrag vom 3. Februar 1948, ferner aus der weiteren Gestaltung der Geschäftsbeziehungen der geschiedenen Eheleute M. [REDACTED].

Diese Darlegungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Eheleuten M. [REDACTED] muß, da die streitigen Lieferungen im Jahre 1951 erfolgt sind, der zwischen ihnen am 14.6.1950 geschlossene Vertrag sein, wonach die Beklagte mit Wirkung vom 1. Januar 1951 das Ladengeschäft B. [REDACTED], W. [REDACTED] strasse, und zwei Marktstände übernehmen und mit dieser Übernahme alle Forderungen der Beklagten und der gemeinschaftlichen Kinder aus dem Unterhaltsvergleich vom 3. Februar 1948 erlöschen sollten. Aus dieser Regelung der Rechtsbeziehung der geschiedenen Eheleute für die Zeit nach dem 1. Januar 1951 ergibt sich keinerlei Anhalt für das Bestehen einer Aussengesellschaft zwischen ihnen, was das Berufungsgericht auch nicht verkannt hat. Es ist aber auf Grund des Beweisergebnisses zu der Auffassung gelangt, daß der Vertrag vom 14. Juni 1950 ebenso wie der Vertrag vom 20. März 1951 nicht die wahren Absichten der Vertragsschliessenden wiedergebe. Beide Vereinbarungen hätten nur den Zweck verfolgt, der Beklagten gegenüber den gemeinsamen Gläubigern einen Schein von Selbständigkeit zu verleihen, um sich deren Ansprüchen zu entziehen. Die diesem Ergebnis zugrunde liegenden Feststellungen, daß sich die Beklagten auch noch nach dem 1. Januar 1951 um das ihrem geschiedenen Ehemann verbliebene

Geschäft B [REDACTED] gekümmert und darin nach wie vor verkauft habe, daß sonach entgegen dem Vertrage vom 14.6. 1950 eine Verteilung der einzelnen Geschäfte unter die geschiedenen Ehegatten nicht stattgefunden habe, wird aber mit Recht in verfahrensrechtlicher Hinsicht von der Revision beanstandet. Nach ihrem gemäß den eingangs angeführten Vorschriften im jetzigen Verfahren als zugestanden anzusehenden Vorbringen hatte die Beklagte im Berufungsverfahren durch Benennung des Steuerinspektors a.D. D [REDACTED] und ihres früheren Ehemannes Beweis dafür angetreten, daß die Beklagte diesem ihre gesamten Ersparnisse zum Ankauf von Wolle überlassen habe. Diesem Beweisangebot, das für die Frage der Ernstlichkeit der Verträge vom 14.6.1950 und vom 20. März 1951 von Erheblichkeit ist, hat das Berufungsgericht keine Beachtung geschenkt. Es spricht aber bei Begründung der Nichtigkeit der genannten Verträge von den angeblichen Darlehensansprüchen der Beklagten gegen ihren früheren Ehemann, offenbar um die Verrechnung dieser Ansprüche auf den Kaufpreis für das Geschäft in S [REDACTED] abzulehnen. Wären die angeführten Zeugen gehört worden, so wäre möglicherweise das Berufungsgericht nicht zu der Annahme gelangt, daß die in Rede stehenden Verträge nicht ernstlich gemeint gewesen seien. In diesem Zusammenhange muß auch die Revisionsrüge der Verletzung der §§ 160 Abs 2 Ziff 3 und 161 ZPO durchgreifen, soweit das Berufungsgericht im angefochtenen Urteil (S 9) auf die Bekundung der Zeugin G [REDACTED] dafür Bezug nimmt, daß die Beklagte auch nach dem 1. Januar 1951 im S [REDACTED] Geschäft verkauft habe, woraus das Berufungsgericht gefolgert hat, daß sie ihre früheren Rechte an diesem Geschäft entgegen dem Wortlaut und Inhalt des Vertrages vom 14.6.1950 nicht aufgegeben habe. Nach dem im jetzigen Versäumnisverfahren als zugestanden anzusehenden Vortrag der Revision ist eine solche Aussage der genannten Zeugin

in ihrem Zeugenprotokoll aber nicht enthalten. Die Voraussetzungen des § 161 ZPO, unter denen von der Aufnahme einer Zeugenaussage im Protokoll abgesehen werden kann, liegen nicht vor, zumal es sich insoweit um eine vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme handelt. In einem in den Urteilsgründen aus einer Zeugenaussage gezogenen Schluß ist zudem ein ausreichender Ersatz für die fehlende Wiedergabe der Zeugenaussage nicht zu erblicken (RGZ 151, 250 OGHZ 1, 169).

Auch die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht auf Grund seiner Prüfung des Inhalts des Unterhaltsvertrages zur Annahme einer zwischen den geschiedenen Eheleuten M. bestehenden Aussengesellschaft gelangt ist, halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwar kann der Revision nicht darin beigetreten werden, daß die Annahme einer solchen Gesellschaft zwischen diesen schon deswegen ausscheiden müsse, weil es auf Seiten der Beklagten an einer Verpflichtung zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gefehlt habe. Aus dem Zusammenhange des Unterhaltsvertrages ist vielmehr ohne weiteres zu entnehmen, daß die Beklagte darin nicht nur Verpflichtungen familienrechtlicher Art übernommen, sondern sich auch verpflichtet hat, ihre Arbeitskraft und ihre Geschäftserfahrung ihrem früheren Ehemann als Gegenleistung für die Gewährung einer Beteiligung am Geschäftsgewinn zur Verfügung zu stellen, was eine ausreichende Gesellschaftsverpflichtung darstellt. Dem Berufungsgericht kann aber nicht darin gefolgt werden, daß sich aus dem Unterhaltsvertrage eindeutig ergebe, Inhaber der sämtlichen Gewerbebetriebe sollten von da an nicht mehr der Ehemann M. allein, sondern beide Eheleute gemeinsam sein. Dies entnimmt das Berufungsgericht insbesondere aus den Bestimmungen des Unterhaltsvertrages, wonach beide am Gewinn in gleicher Weise, auch im Falle der Verringerung der Einnah-

men, teilnehmen sollten, und daß der Ehefrau zeitlebens die von ihr zur Zeit des Abschlusses des Unterhaltsvertrages innegehabte Stellung im Geschäft zu belassen sei. Dieser Schluß läßt andere Möglichkeiten unbeachtet und ist insofern von rechtsirrtümlicher Würdigung beherrscht. Die zwischen den Eheleuten M. für die Zeit nach ihrer Scheidung getroffene Regelung, wonach der Ehefrau eine Gewinnbeteiligung der genannten Art für von ihr zu leistende Dienste, verbunden mit Überwachungsrechten, gewährt werden sollte, kann ebensogut auch eine Vereinbarung einer stillen Gesellschaft im Sinne der §§ 335 ff HGB, also einer Innengesellschaft, darstellen. Der Ehemann M. betrieb ein Gründhandelsgeschäft nach § 1 Abs 2 Ziff 1 HGB. Er war zwar nur Minderkaufmann. Das genügt aber zur Eingehung einer stillen Gesellschaft (RGZ 9, 81). Eine solche kann nach ständiger Rechtsprechung zudem auch in der Form einer sogenannten atypischen stillen Gesellschaft geschlossen werden, bei welcher der stille Gesellschafter auch an Firmenvermögen beteiligt ist, aber nur im Verhältnis zum anderen Teil, d.h. nicht dinglich (BGH 7, 174, [77]). Auch sonst enthält der Unterhaltsvertrag keine Bestimmung, aus der zu entnehmen wäre, daß die Eheleute M. mit dem Unterhaltsvertrag die Begründung einer Aussengesellschaft beabsichtigt hätten. Mit Recht bemängelt daher die Revision auch, daß das Berufungsgericht die rechtlichen Beziehungen der geschiedenen Eheleute nicht unter allen rechtlichen Gesichtspunkten, wie es seine Pflicht gewesen wäre, geprüft habe.

Die der Annahme einer zwischen den geschiedenen Eheleuten bestehenden Aussengesellschaft vom Berufungsgericht in erster Linie zugrunde gelegte Feststellung, daß Inhaber der sämtlichen Geschäftsbetriebe vom Abschluß des Unter-

haltsvertrages an nicht mehr der Ehemann M. allein, sondern beide Eheleute gemeinsam gewesen seien, wird zu Recht auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht von der Revision aus dem Gesichtspunkte der Verletzung des § 286 ZPO wegen Übergehung wesentlicher Beweisantritte angegriffen. Die Beklagte hatte sich im Berufungsverfahren, wie sich aus dem im jetzigen Verfahren als zugestanden anzusehenden Revisionsvortrag in Verbindung mit den Feststellungen des angefochtenen Urteils (S 6) ergibt, unter näherer Darlegung des zwischen den Eheleuten M. zur Zeit der Scheidung bestehenden gespannten Verhältnisses auf das Zeugnis des Ehemann M. und des Rechtsanwalts K., der im Scheidungsprozeß als ihr damaliger Prozeßbevollmächtigter den Unterhaltvertrag entworfen hat, zum Beweise für die Absichten und Überlegungen der Eheleute M. beim Abschluß des Unterhaltsvertrages bezogen. Dieses Beweisangebot bezüglich der Zeugen K. hat das Berufungsgericht abgelehnt mit der Begründung, darauf komme es nicht an, da die Unterhaltsvereinbarungen in sich völlig klar seien und ihr Inhalt sich unmißverständlich aus ihnen selbst entnehmen lasse. Abgesehen davon, daß letzteres, wie die obigen Ausführungen ergeben, unzutreffend ist, konnte das Berufungsgericht nicht wissen, welche Tatsachen der nicht vernommene Zeuge zu dem Beweisgegenstand, der den bei Prüfung des Vorliegens einer Gesellschaft mitzubück-sichtigenden Geschäftswillen der Parteien betraf und insbesondere die vom Berufungsgericht selbst mit Recht als erheblich angesehene Frage, ob die Geschäfte vom Tage des Vertragsabschlusses an im Miteigentum der Beklagten stehen sollten, umschloß, bekunden würde und ob dies nicht zu einer andern Beurteilung des Verhandlungsergebnisses führen würde. Das trifft auch auf den vom Berufungsgericht gar nicht beschiedenen und von der Revision ebenfalls

als übergangen gerügten Beweisantritt in Gestalt der Benennung des Ehemannes M. [REDACTED] als Zeugen zu.

Soweit das Berufungsgericht schließlich aus der Art der geschäftlichen Betätigung der Beklagten und sonstigen äusseren Umständen Schlüsse auf das Vorliegen einer Aus-sengesellschaft zwischen ihr und ihrem früheren Ehemann gezogen hat, ist dies an sich rechtlich nicht zu beanstanden, da der Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrages ebenso wie der Eintritt eines stillen Gesellschafters auch stillschweigend erfolgen kann. Insbesondere unterliegt es keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht insoweit auch einer bereits Anfang 1950 der Beklagten erteilten Gewerbe genehmigung Bedeutung beigemessen hat. Gegenüber dieser Feststellung muß aber die verfahrensrechtliche Revisionsrüge, daß das Berufungsgericht das Beweisangebot der Beklagten auf Einholung einer Auskunft des Bezirksamts B. [REDACTED] und auf Herbeiziehung der betreffenden Gewerbeakten nicht beschieden habe, durchgreifen. Nach dem im jetztigen Verfahren als zugestanden anzusehenden Revisionsvorbringen ging dieser Beweisantritt dahin, daß die im Februar 1950 an sie erteilte Gewerbe genehmigung nur beantragt gewesen sei für den Fall des Wiederbezuges seines alten Geschäftslokales A. [REDACTED] strasse [REDACTED] durch den Ehemann und daß diese ihr erteilte Gewerbe genehmigung noch in demselben Monat gestrichen worden sei, als sich diese Hoffnung auf die Wiederinbesitznahme des früheren Geschäftslokales als irrig herausgestellt habe, sowie dahin, daß sie erst im April 1951 von der Weiterführung des Ladens A. [REDACTED] strasse [REDACTED] durch sie Mitteilung gemacht habe. Bei Erhebung dieser Beweise wäre möglicherweise das Berufungsgericht nicht zu dem Schluß gelangt, daß die Beklagte sich diese Ge-

werbegenehmigung nur in ihrer Eigenschaft als Mitgesellschafterin beschafft haben könne.

Nach alledem läßt sich das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten und es war durch Versäumnisurteil zu entscheiden, wie geschehen.

Die Vollstreckbarkeitserklärung folgt aus § 708 Ziff 3 ZPO.

Lindenmaier

Bock

Krüger-Nieland

Nastelski

Christoph