

V ZR 13/54

Verkündet
am 1. April 1955

Hoffmeister, Just. Angest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Josef Sch[REDACTED] in M[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Max S[REDACTED] in A[REDACTED], B[REDACTED]strasse [REDACTED],
Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 1. April 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. v. Normann, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom
30. Oktober 1953 wird auf Kosten des Beklagten zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer der Grundstücke W[REDACTED]straße [REDACTED] und Sc[REDACTED]straße [REDACTED] in N[REDACTED] (Grundbuch des AG Nürnberg für Ste[REDACTED] Bd 14 Seite 259, Bl 279, Plan Nr 86 ¹/20). Diese Grundstücke gehörten früher dem inzwischen verstorbenen Kaufmann Justin St[REDACTED], Alleininhaber der Firma Sa[REDACTED] & St[REDACTED] in N[REDACTED], der sie durch Kaufvertrag vom 17. November 1933 mit Nachträgen vom 2. Januar 1935 und 31. Dezember 1935 an den Beklagten verkauft hatte. Auf Antrag der Kaufmannswitwe Adolfine St[REDACTED] war nach 1948 ein Rückerstattungsverfahren bei der Wiedergutmachungskammer für Ober- und Mittelfranken bei dem Landgericht Nürnberg-Fürth anhängig, in dem am 3. November 1951 ein Vergleich geschlossen wurde, nach dem die Grundstücke gegen Zahlung einer Abfindung im Eigentum des Beklagten verbleiben sollten.

Der Beklagte hatte auf den genannten Grundstücken mit dem Kaufmann Curt Ba[REDACTED] in der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft ein Lichtspieltheater, das "C[REDACTED]-T[REDACTED]" betrieben. Durch Vertrag vom 1. Juli 1947, der zwischen dem Beklagten und der "C[REDACTED]-T[REDACTED]-Gesellschaft mbH N[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED]" geschlossen wurde (Mappe II, Bl 1) schied der Beklagte als Gesellschafter aus. Das Ausscheiden erfolgte, weil "die Basis des Unternehmens, das gemeinsam betriebene Lichtspieltheater, infolge Fliegerschadens am 2. Januar 1945 völlig zerstört worden war und die Gesellschaft praktisch ohne Betrieb" gewesen ist.

Durch einen Vertrag vom selben Tag, der lediglich von Ba[REDACTED] unterschrieben ist, verkaufte dieser die ihm gehörige Kinoapparatur an die C[REDACTED]-T[REDACTED]gesellschaft mbH.

- 3 -

Dem Beklagten war an dem Wiederaufbau des zerstörten Lichtspieltheaters gelegen. Da ihm hierzu die Mittel fehlten, sollte das erforderliche Kapital mit seiner Billigung durch eine Gesellschaftsgründung beschafft und mit den Bauarbeiten alsbald begonnen werden.

Unter dem 3. Juli 1947 wurden nun mehrere Verträge ausgefertigt und unterschrieben, an denen die "C- T- GmbH Ba- & Co" beteiligt war, darunter ein Pachtvertrag zwischen der als Eigentümerin und Verpächterin auftretenden Dr. J- Grundstücksgesellschaft, vertreten durch Curt Ba-, und der C- T- GmbH als Pächterin über das Anwesen W- straße /Ecke Sc- straße (II, 11). Der Pachtvertrag sollte 30 Jahre dauern, die Pächterin sollte die C- Lichtspiele wieder aufbauen und in Betrieb setzen. In § 7 des Vertrags ist gesagt, daß als Gesellschafter der GmbH der Kläger Max S-, Frau Luise R-, Theodor Re- in Be- -Wi-, vertreten durch Herbert F- in N-, und Curt Ba- auftreten. Der Vertrag ist unterschrieben vom Kläger, zugleich für Frau R-, von F- und Ba-.

Am 10. Juli wurde dann ein notarieller Vertrag über die Gründung einer GmbH mit der Firma "C- T- GmbH Ba- & Co., N-" geschlossen. Als Gesellschafter wurden der Kläger, Curt Ba-, Theodor Re- und Frau Luise R- genannt. Bei Vertrags-

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



schluß waren nur der Kläger und Baumgärtner anwesend. Es erklärten auf Grund mündlicher Vollmacht zu handeln: Curt Ba[REDACTED] für Re[REDACTED], der Kläger für Frau R[REDACTED]. Zu Geschäftsführern wurden Ba[REDACTED] und der Kläger bestellt. Jeder sollte die Gesellschaft allein vertreten können. Im Innenverhältnis sollte Bau[REDACTED] die Theaterleitung und den technischen Teil, der Kläger den kaufmännischen und finanztechnischen Teil übernehmen.

Offenbar bald nach diesem Vertrag und unter Beziehung auf ihn wurde in einem nicht datierten Vertrag der Pachtvertrag vom 3. Juli 1947 neu gefaßt (II, 52 und in Akten AG Nürnberg 9 C 266/50). Als Verpächter trat wieder die Dr. J[REDACTED] Grundstücksgesellschaft, vertreten durch Curt Ba[REDACTED], auf. In § 1 wurde dazu gesagt, die Dr. J[REDACTED]sche Grundstücksgesellschaft habe das Grundstück von dem Eigentümer Josef Sch[REDACTED] - dem Beklagten - mit dem Recht der Unterverpachtung gepachtet. Als Pächterin wurde die "in Gründung befindliche C[REDACTED]-T[REDACTED]-GmbH Ba[REDACTED] & Co N[REDACTED]" bezeichnet, als deren Gesellschaft in § 6 der Kläger, Frau Luise R[REDACTED], Re[REDACTED], vertreten durch F[REDACTED], und Curt Ba[REDACTED] genannt wurden. Der Beklagte erklärte in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Vertragsgrundstücks sich mit dem Vertrag einverstanden. Der Vertrag trägt die Unterschriften des Klägers, F[REDACTED], der Frau R[REDACTED], Ba[REDACTED] und des Beklagten.

Die Vollmacht des Theodor Re[REDACTED] konnte nicht beigebracht werden. Der Beklagte regte deshalb im Brief vom 25. Januar 1948 (I, 16) an, der Kläger solle den Anteil Re[REDACTED] übernehmen, und es wurde am 23. März 1948 ein neuer notarieller Gesellschaftsvertrag geschlossen. Danach sollten der Kläger, seine Ehefrau Frieda S[REDACTED], Ba[REDACTED]

und Luise R[REDACTED] Gesellschafter sein. Der Kläger trat dabei "auf Grund mündlicher Vollmacht" als Vertreter für Curt Ba[REDACTED] und Luise R[REDACTED] auf. Diese unterzeichnete den Vertrag am 4. Mai 1948; Ba[REDACTED] leistete weder Unterschrift noch erteilte er Vollmacht.

Am selben Tag (23.3.1948) wurde der oben genannte nicht datierte Pachtvertrag dahin abgeändert, daß als Gesellschafter der GmbH in Frage kommen: Der Kläger, seine Ehefrau, Luise R[REDACTED] und Curt Ba[REDACTED]. Dann wird fortgefahren:

"Mit dem Eintrag der heute gegründeten Gesellschaft in das Handelsregister des Amtsgerichts Nürnberg soll dieser Vertrag mit allen Rechten und Pflichten für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohne weiteres in Kraft treten.

Die Gesellschaft, vertreten durch ihren Geschäftsführer, wird nach Eintrag in das Handelsregister diesem Vertrag ausdrücklich beitreten."

Dieser Ergänzungsvertrag ist nur unterschrieben vom Kläger, seiner Ehefrau, dem Beklagten, Luise R[REDACTED], nicht dagegen von Ba[REDACTED] als Vertreter der angeblichen Verpächterin.

Inzwischen hatte die "Firma Ba[REDACTED] & Co. GmbH. C[REDACTED]-T[REDACTED] N[REDACTED], vertreten durch Herrn S[REDACTED]" (den Kläger) als Bauherrn am 12. Januar 1948 mit der Firma Gustav La[REDACTED], Tief- und Hochbauunternehmung, einen Vertrag über die Schutträumung, Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für den Wiederaufbau abgeschlossen (Mappe II, 26).

Am 6. Juli 1948 (Mappe I, 25) schrieb der Kläger dem Beklagten, er sehe sich gezwungen, den Bau des C [REDACTED]-T [REDACTED] einzustellen.

Am 12. Oktober 1948 wurde ein dritter notarieller Gesellschaftsvertrag zum Zweck der Gründung der "C [REDACTED]-T [REDACTED] GmbH P [REDACTED] & Co N [REDACTED]" geschlossen. Gesellschafter sollten der Kläger und seine Ehefrau, Heinz P [REDACTED] und dessen Ehefrau und Curt Ba [REDACTED] sein. Diesen vertrat der Kläger "als Geschäftsführer ohne Auftrag". Am selben Tag wurde auch der Pachtvertrag, sowie der Zusatz vom 23. März 1948 entsprechend ergänzt. Der Vertragsnachtrag wurde nur von den Eheleuten P [REDACTED] und den Eheleuten S [REDACTED] unterschrieben. Die Eheleute P [REDACTED] erklärten, aber am 14. Oktober 1948, nicht zuletzt wegen Nichterlangung eines Kredits, alle Verhandlungen über die Errichtung und die Inbetriebnahme des C [REDACTED]-T [REDACTED] abzubrechen. Sie lehnten die Unterzeichnung des zur Ergänzung des GmbH-Vertrags vorbereiteten Abkommens ab und erklärten ihre Unterschrift unter der Ergänzung des Pachtvertrags als gegenstandslos.

Als es dem Kläger nicht mehr möglich war, das Bauvorhaben zu finanzieren, teilte er dem Beklagten am 14. März, 6. April und 14. Juni 1949 (I, 34, 36, 42) mit, daß er die Verträge, insbesondere den Pachtvertrag, als "annulliert" betrachte, da der Beklagte trotz wiederholter Aufforderung die Vollmacht der Dr. J [REDACTED] Grundstücksgesellschaft nicht eingeholt habe. Am 15. August 1949 kündigte der Kläger ferner in einem auch von seiner Ehefrau und Frau R [REDACTED] [REDACTED] unterzeichneten Brief gegenüber Ba [REDACTED], die zwischen ihnen "bestehenden Beziehungen hinsichtlich der Gründung der Gesellschaft" mit dem Beifügen auf, daß damit alle

zwischen ihnen hinsichtlich der C [REDACTED]-T [REDACTED]-GmbH bestehenden Verbindungen hinfällig geworden seien (I, 45). Er fügte bei, die gleiche Kündigung sei auch zwischen den Unterzeichneten mündlich ausgesprochen worden. Den Beklagten setzte der Kläger hiervon mit Schreiben vom 25. August 1949 (I, 47) in Kenntnis.

Zugleich mit der Mitteilung vom 14. März 1949 und in der Folgezeit stets (I, 36, 42, 47, 48, 52, 54) hatte der Kläger dem Beklagten gegenüber seinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen an den Baugrundstücken geltend gemacht.

Der Kaufmann Curt Ba [REDACTED] ist am 8. November 1949 gestorben.

Der Kläger hat nun von dem Beklagten Ersatz der von ihm auf die Baugrundstücke gemachten Aufwendungen verlangt, Klage erhoben und den Antrag gestellt, den Beklagten zu verurteilen, zugunsten des Klägers 15 000 DM nebst Zinsen an das Finanzamt A [REDACTED] zu bezahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Landgerichts aufgehoben, den Klaganspruch dem Grunde nach für zu Recht bestehend erklärt und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils, die Zurückweisung der Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus: Der Klaganspruch bestehe zu Recht.

Die Aktivlegitimation des Klägers sei zu bejahen. Es bestehe zwischen den Parteien kein Streit, daß die C [REDACTED] T [REDACTED] GmbH Ba [REDACTED] & Co nicht zur Entstehung gelangt sei. Dazu wäre außer einem gültigen Gesellschaftsvertrag noch die Eintragung ins Handelsregister (§ 11 GmbHGes) nötig gewesen. Es sei aber unbestrittenermaßen schon ein Gesellschaftsvertrag nicht zustande gekommen.

Der Auffassung des Beklagten könne nicht zugestimmt werden, daß ein notarieller Vorvertrag unter den in Aussicht genommenen GmbH-Gesellschaftern, die eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gebildet hätten, vorgelegen habe und daß etwaige Ansprüche aus dem Pachtverhältnis bis zur endgültigen Auseinandersetzung dieser Vorgründungsgesellschaft zustünden. Die drei vorliegenden beabsichtigten Gesellschaftsverträge hätten nicht das bindende Versprechen, künftig einen GmbH-Vertrag schließen zu wollen, zum Vertragsinhalt gehalt, sondern seien auf die Begründung der Hauptverpflichtung selbst gerichtet.

In keinem der drei Fälle sei es zum gültigen Abschluß der Verträge gekommen. Nach § 2 GmbHGes sei bis zur Unterzeichnung des Vertrags durch sämtliche Gesellschafter und bis zur Nachreichung sämtlicher notariell errichteter oder beglaubigter Vollmachten ein GmbH-Vertrag nur aufschiebend bedingt wirksam. Für den Gesellschaftsvertrag vom 10. Juli 1947 sei eine gültige Vollmacht des für den Gesellschafter Theodor Re [REDACTED] handelnden Curt Ba [REDACTED], für die Ge-

sellchaftsverträge vom 23. März und 12. Oktober 1948 eine solche des für Curt Ba[REDACTED] handelnden Klägers nicht beigebracht worden.

Ein Verstoß gegen die Formvorschrift des § 2 GmbHG habe nach § 125 BGB die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags zur Folge. Diese Nichtigkeit sei von Amts wegen zu berücksichtigen. Eine Heilung dieser Nichtigkeit könnte nur für die Zukunft erfolgen. Sie sei aber nicht mehr möglich, da sie von Re[REDACTED] von vornherein nicht zu erlangen gewesen und Ba[REDACTED] inzwischen gestorben sei. Der Verstoß gegen die gesetzliche Formvorschrift des § 2 GmbHG sei aber nicht der einzige Mangel des Vertrags vom 10. Juli 1947. Aus der Zeugenaussage des F[REDACTED] (Bl 44 AG Nürnberg C 1291/48) ergebe sich, daß Re[REDACTED] einen Geschäftsanteil nicht habe erwerben wollen oder sollen, daß er vielmehr als Strohmann für F[REDACTED] habe genannt sein sollen, so daß die in seinem Namen angegebenen Erklärungen nach § 116 Satz 2 BGB und damit der ganze Vertrag nichtig seien. Auch die anderen Verträge litten an demselben Mangel. Im Vertrag vom 12. Oktober 1948 sei ausdrücklich betont, daß der Kläger für Ba[REDACTED] ohne Vollmacht gehandelt habe.

Die Bestimmung des § 5 des am 10. Juli 1947 geplanten Gesellschaftsvertrags, wonach das Stammkapital der Gesellschaft 136 000 RM betragen solle, sei auch unrichtig. F[REDACTED], der Hintermann Re[REDACTED], der im übrigen damals vollständig mittellos gewesen sei, habe sich nicht mit einem Geldbetrag, sondern mit einer Sachleistung beteiligen wollen. Es habe also ein Verstoß gegen § 3 Abs 1 Nr 3 und 4, § 5 Abs. 4 GmbHGes vorgelegen, der den Vertrag nichtig gemacht habe.

Es könne aber auch dahingestellt bleiben, ob ein formell zustande gekommener Vertrag nicht schon deshalb nichtig gewesen wäre, weil er gegen gesetzliche Verbote verstossen habe, da F[REDACTED] als politisch belastet nicht in der Lage gewesen sei, über sein Vermögen frei zu verfügen und eine nicht in gewöhnlicher Arbeit bestehende Tätigkeit auszuüben. Denn es mache keinen Unterschied, ob unmittelbar gegen den Wortlaut des Gesetzes gefehlt worden sei oder ob der unzulässige Erfolg durch Umgehung des Gesetzes habe erreicht werden sollen.

Man könne eine der notariellen Beurkundungen auch nicht als Begründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts behandeln, weil die Registereintragung - § 11 GmbHG - unterblieben sei. Das wäre nur möglich, wenn entweder ein richtiger Vorvertrag oder ein formgerechter Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, aber wegen des Fehlens des Register- eintrags noch nicht zur Entstehung gelangt wäre.

Die Besprechungen in der Wohnung Ba[REDACTED] im Juni 1947 hätten nur den Charakter von Vorverhandlungen gehabt. Die Beteiligten seien sich damals einig gewesen, daß sie eine GmbH gründen würden, an den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags nach bürgerlichem Recht hätten sie nie gedacht.

Eine GmbH sei aber nur dann wirksam zustande gekommen, wenn alle Vertragsschliessenden sich wirksam gebunden hätten. Sei nur einer nicht gebunden, so sei der ganze Vertrag unwirksam und auch die anderen Gesellschafter seien an ihre Erklärung nicht gebunden.

Auch zwischen den bei den notariellen Beurkundungen

anwesenden und vertretenen Personen sei ein Gesellschaftsvertrag nicht zustande gekommen. Auch wenn man § 139 BGB auf Gesellschaftsverträge anwende, sei in der Regel das ganze Rechtsgeschäft nichtig und der Beklagte hätte die teilweise Gültigkeit beweisen müssen. Das sei nicht geschehen, die Vermutung spreche auch gegen die Annahme einer solchen teilweisen Gültigkeit. Der Beweggrund für den gesellschaftlichen Zusammenschluß sei die Beschaffung der Geldmittel für den Wiederaufbau und die Inbetriebnahme des Kinos gewesen. Durch den Ausfall von Gesellschaftern sei der Zweck der Gesellschaft nicht mehr gewährleistet gewesen.

Der Beklagte oder die Dr. J. ██████████ Grundstücksgesellschaft könnten auch unter Berufung auf den Rechtschein nicht verlangen, daß die Personen, die sich wirksam verpflichtet hätten, als Gesellschafter nach bürgerlichem Recht behandelt würden, denn für beide Teile habe ein offener Einigungsmangel vorgelegen und der Beklagte wie auch die Dr. Jägersche Grundstücksgesellschaft hätten den wahren Sachverhalt gekannt.

Da auch kein Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, komme auch eine Auseinandersetzung einer Gesellschaft nicht in Betracht.

Die Bestreitung der Aktivlegitimation des Klägers durch den Beklagten widerspreche auch der Übung des redlichen Geschäftsverkehrs. Dem Beklagten sei bekannt, daß keine der notariellen Beurkundungen zur Errichtung einer Gesellschaft geführt hätten. Aus Anlaß der Entrümpelung und Bauführung habe der Beklagte stets nur im Kläger den Bauführer

und Geldgeber gesehen. Der Beklagte habe auch immer zu erkennen gegeben, daß der Kläger sein alleiniger Vertragsgegner sei und habe auch geltend gemacht, daß ihm persönliche Ansprüche aus der Nichterfüllung des Pachtvertrags zustünden (I, 51, 53). Der Beklagte sei erst in diesem Rechtsstreit mit der Einwendung hervorgetreten, der Kläger sei zur Geltendmachung des Verwendungsanspruchs nicht legitimiert.

Die Revision rügt, es sei die Aussage des Herbert F. [REDACTED] vom 21. Februar 1950, die dieser in dem Rechtsstreit U. [REDACTED] - S. [REDACTED] (Bl 44- 9 C 266/50 AG Nürnberg) gemacht habe, verwertet worden. Die Revision verkennt nicht, daß Zeugenaussagen aus einem anderen Verfahren als Urkunden zum Beweis tatsächlicher Behauptungen verwertet werden können, meint aber, wenn die Vernehmung des Zeugen beantragt werde, so dürfe dessen Vernehmung nicht unter Hinweis auf die Niederschrift in dem früheren Verfahren abgelehnt werden. Dadurch sei das Fragerecht des Beklagten nach § 397 ZPO verkürzt worden.

Diese Rüge ist nicht begründet. Der Kläger hat sich im Schriftsatz vom 9. Juni 1953 S 5 (Bl 99 GA) auf die Aussagen des früheren Zeugen F. [REDACTED] berufen und nur notfalls ihn und Re. [REDACTED] als Zeugen benannt. Da das Berufungsgericht diese Aussagen als richtig zugrunde gelegt hat, bedurfte es vom Standpunkt des Klägers aus der Vernehmung des Zeugen F. [REDACTED] in diesem Rechtsstreit nicht mehr. Der Beklagte hat sich, soweit ersichtlich, auf das Zeugnis des F. [REDACTED] nicht berufen, gegen seine in dem früheren Rechtsstreit gemachten Aussagen auch Einwendungen nicht erhoben. Er ist daher durch die Nichtvernehmung des Zeugen nicht benachteiligt. Im übrigen ist der Umstand, daß Re. [REDACTED] im Vertrag vom 10. Juli 1947 nur als Strohmann für F. [REDACTED]

unter den Gründungsmitgliedern der damals beabsichtigten Gesellschaft mbH aufgeführt wurde, nur einer der Gründe, aus denen das Berufungsgericht den Vertrag vom 10. Juli 1947 für nichtig angesehen hat.

Sonstige Einwendungen gegen die Aktivlegitimation des Klägers hat die Revision nicht erhoben. Ein Rechtsverstoß ist auch nicht zu erkennen. Es besteht lediglich ein Widerspruch darin, daß das Berufungsgericht auf S 17 des Urteils davon spricht, daß der Beklagte in dem Kläger "seinen alleinigen Vertragsgegner" gesehen habe und den Ausdruck "Vertragspartnerschaft zwischen den Prozeßparteien" gebraucht, während es auf S 22 ff davon ausgeht, daß zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis, sondern nur das Verhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer bestehe. Die Aktivlegitimation des Klägers ergibt sich aber schon daraus, daß dieser behauptet, als Besitzer die Aufwendungen auf das Grundstück gemacht zu haben, deren Ersatz verlangt wird.

II. Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Beklagte bestreite zu Unrecht, zur Klage passiv legitimiert zu sein. Er wende ein, der Kläger müsse sich an seine Mitgesellschafter, die ihn zur Durchführung der Entrümpelungs- und Bauarbeiten ermächtigt hätten, oder an die Dr. J. ██████████ Grundstücksgesellschaft halten, die ihm den Besitz übertragen habe und den Pachtvertrag vom 3. Juli 1947 und den ohne Datum noch als rechtswirksam ansehe. Der Verwendungsanspruch sei eine unmittelbar auf Gesetz beruhende, gegen den Eigentümer gerichtete Forderung. Für ihn sei es unschädlich, wenn die Verwendungen auf einem Vertrag mit einem Dritten beruhten, aus dem der Dritte hafte, sofern dieser den Anspruch noch nicht befriedigt habe.

Der Pachtvertrag vom 3. Juli 1947, den die Dr. J. ██████████

Grundstücksgesellschaft in nicht verständlicher Weise als Eigentümerin der Ruinengrundstücke abgeschlossen haben wollte, sei im Anschluß an die Beurkundung vom 10. Juli 1947 neu gefaßt und unterschrieben worden. Es sei klar, daß der Pachtvertrag mit der in Gründung befindlichen GmbH stehe und falle. Der Nichteintritt der als selbstverständlich angesehenen, nicht ausdrücklich in die Vertragstexte aufgenommenen Bedingungen - Entstehung der Gesellschaft, Wiederaufbau und Inbetriebnahme des Kinos - und der Wegfall dieser Voraussetzungen hätten schon wegen des Wegfalls der subjektiven Geschäftsgrundlage die Unwirksamkeit des Pachtvertrags zur Folge gehabt.

Die Pachtverträge wären darüber hinaus wegen Verstosses gegen § 181 BGB nichtig. Ba [REDACTED] habe als designierter Geschäftsführer der Pächterin nicht zugleich in Vertretung der angeblichen Verpächterin tätig werden können. Den ihm obliegenden Beweis für die Genehmigung des Selbstkontrahierens habe der Beklagte nicht angetreten.

Auch bei diesen Pachtverträgen und ihren Nachträgen vom 23. März und 12. Oktober 1948 (Mappe II, 50 R und offene Anlage in den Akten 2 C 266/50) seien die Vollmachten Re [REDACTED] und Ba [REDACTED] nicht beigebracht worden.

Mit der "in Gründung befindlichen GmbH" wäre der Abschluß eines Pachtvertrags nur möglich gewesen, wenn dieses Gebilde selbst schon eine Rechtspersönlichkeit gewesen wäre, d.h. wenn ein gültiger Vorvertrag oder ein richtiger Gesellschaftsvertrag vorgelegen hätte, die GmbH also als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach außen hätte in Erscheinung treten können.

Die Dr. J [REDACTED] Grundstücksgesellschaft wäre zum

Vertragsabschluß nicht legitimiert gewesen. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Beklagte die fraglichen Grundstücke am 1. Mai 1942 an die Dr. J. [REDACTED] Grundstücksgesellschaft verpachtet habe und ob die offene Handelsgesellschaft Sch. [REDACTED] - Ba. [REDACTED] diese dann wiedergepachtet habe oder nicht. Der Beklagte gebe selbst zu (Bl 75 R GA), daß das Unterpachtverhältnis mit der oHG Sch. [REDACTED] - Ba. [REDACTED] spätestens 1945 anläßlich der Totalzerstörung des Gebäudes erloschen sei. Damit sei aber gemäß § 1 Abs 1, § 7 Abs 1 der VO über die Einwirkung von Kriegssachschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse vom 28. September 1943 (RGBl I, 546) nicht nur das behauptete Unterpachtverhältnis zwischen der Dr. J. [REDACTED] Grundstücksgesellschaft und der oHG Sch. [REDACTED] - Ba. [REDACTED], sondern vor allem auch das behauptete Hauptpachtverhältnis zwischen dem Beklagten und der Dr. J. [REDACTED] Grundstücksgesellschaft samt dem zugrundeliegenden Besitzverhältnis erloschen. Mindestens seit 2. Januar 1945 sei der Beklagte wieder der unmittelbare Besitzer der Grundstücke geworden. Die Dr. J. [REDACTED] Grundstücksgesellschaft habe somit die Grundstücke nach dem 2. Januar 1945 nicht mehr verpachten können.

Nicht mit Unrecht zweifle der Kläger an der Existenz und Rechtspersönlichkeit dieser Verpächterin überhaupt (Bl 102 und 106 GA). Das Dunkel um diese "ominöse" Gesellschaft [Kläger in I, 28] sei unaufgeklärt geblieben. Der Beklagte scheine sich über deren rechtliche Natur selbst nicht im klaren zu sein [Bl 89 GA]. Er behaupte, sie habe in M. [REDACTED] unter der Bezeichnung "Dr. J. [REDACTED] Siedlungsbau- und Immobilienbüro" firmiert, er habe aber selbst am 26. März 1949 (I, 35) mit "i.A. Dr. J. [REDACTED] Witwe, Immobilien, M. [REDACTED]" (Stempelaufdruck) und am 17. September 1949 mit "i.A. Dr. J. [REDACTED] Witwe" /I, 50/ gezeichnet und am 10. April 1949 unter dem Kopf "für Dr. J. [REDACTED] Ww. Immob-

Finanzg." (I, 37) geschrieben.

Die Revision macht geltend, gegen die Feststellung, ein rechtswirksamer Pachtvertrag sei nicht zustande gekommen, bestünden rechtliche Bedenken. Sie meint dabei, wenn dies auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, offensichtlich die Pachtverträge, die zwischen der Dr. J. [REDACTED] Grundstücksgesellschaft und der in Gründung befindlichen C. [REDACTED]-T. [REDACTED] GmbH Ba. [REDACTED] & Co N. [REDACTED] geschlossen wurden.

Zunächst ist klarzustellen, daß der Pachtvertrag vom 3. Juli 1947 offensichtlich durch den undatierten, im Anschluß an den Gesellschaftsvertrag vom 10. Juli 1947 geschlossenen Pachtvertrag ersetzt worden ist. Denn dieser Pachtvertrag ist von denselben Personen wie der vom 3. Juli 1947 abgeschlossen worden und verfolgt denselben Zweck. Er ist außerdem vom Beklagten unterzeichnet worden, der sich als Eigentümer des Grundstücks mit dem Vertrag einverstanden erklärt hat. Der Pachtvertrag vom 3. Juli 1947 muß daher nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten als erledigt angesehen werden und kommt für die weitere Beurteilung nicht mehr in Betracht. Die Nachträge vom 23. März 1948 und vom 12. Oktober 1948, die zu dem Vertrag vom 3. Juli 1947 gemacht wurden, sind weder von der Verpächterin, noch von ihrem angeblichen Vertreter, sondern nur von den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Gesellschaftern der "in Gründung befindlichen GmbH" unterzeichnet, stellen also nur einseitige Erklärungen und überhaupt keinen Vertrag dar. Auch sie scheiden daher für die Beurteilung aus.

Die Revision führt nun aus, der vom Berufungsgericht

angenommene Fortfall der Geschäftsgrundlage habe nicht zur Folge, daß die Parteien des Vertrags von den vertraglichen Verpflichtungen in vollem Umfang befreit würden. Das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob nicht nur eine Anpassung des Vertrags an die veränderte Sachlage notwendig sei.

Es ist richtig, daß der Wegfall der Vertragsgrundlage nicht unbedingt zur Auflösung des Vertrags führen muß, wenn nach Treu und Glauben den Interessen der Vertragsparteien durch eine Umgestaltung des Vertrags, der im übrigen aufrecht erhalten bleiben soll, Rechnung getragen werden kann. Die Freistellung der Parteien von ihren Vertragspflichten ist nur das letzte und äußerste Mittel, wenn auf andere Weise eine Abhilfe nicht möglich ist (BGH vom 14.7.1953 V ZR 72/52 in NJW 1953, 1585 mit Zitaten). Es liegt aber kein Rechtsirrtum vor, wenn das Berufungsgericht dieses letzte Mittel für erforderlich gehalten hat, da nicht ersichtlich ist, wie der Pachtvertrag hätte durchgeführt werden können, wenn der allen Beteiligten bekannte Zweck des Vertrags überhaupt nicht erreicht werden konnte, weil die Voraussetzungen des Vertrags, die Gründung der GmbH, die, wie allen Beteiligten bekannt war, erst geschaffen werden sollte, sich nicht verwirklichen ließ. Auch die Revision zeigt keinen Weg, wie dieser Vertrag auch nach angemessener Änderung hätte aufrecht erhalten werden können. Der Wegfall der Vertragsgrundlage macht den Vertrag aber nicht nichtig, sondern bringt ihn nur mit Wirkung für die Zukunft in Wegfall. Es bedarf also einer Abwicklung des Verhältnisses. Wenn allerdings der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt ist, hat die Auflösung des Vertrags nur die Wirkung, daß die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag wegfallen. Hier wäre also von

Bedeutung, ob die Verpächterin der Gesellschaft oder den als Gesellschaftern genannten Personen die Grundstücke auf Grund des Vertrags übergeben hat. Das Berufungsgericht hat eine solche Feststellung nicht getroffen. Sie würde auch mit der unten zu besprechenden Feststellung, daß der Besitz an den Vertragsgrundstücken vom Beklagten an den Kläger übertragen worden sei, in Widerspruch stehen, und es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß der Besitz an den Grundstücken jemals den Gründern der GmbH oder dem Kläger als deren Vertreter eingeräumt worden wäre. Das Berufungsgericht hat vielmehr den Pachtvertrag noch aus anderen Gründen für nichtig erklärt.

Die Revision wendet sich auch dagegen. Sie greift die Auffassung an, der Vertrag sei wegen Verstosses gegen § 181 BGB nichtig, da Ba [REDACTED] als designierter Geschäftsführer der GmbH nicht zugleich in Vertretung der angeblichen Verpächterin - der Dr. Jägerschen Grundstücksgesellschaft - habe auftreten können. Ein solcher Verstoß mache den Vertrag nur schwebend unwirksam. Ferner sei Ba [REDACTED] nicht der alleinige Geschäftsführer gewesen, es sei vielmehr auch der Kläger als Geschäftsführer vorgesehen gewesen und dieser habe den Vertrag ebenfalls unterschrieben.

Die Revision meint weiter, solange die GmbH nicht zur Entstehung gelangt sei, müsse der Vertrag als von den beteiligten Gesellschaftern abgeschlossen angesehen werden und gegebenenfalls hafteten Vertreter, die ihre Vertretungsmacht nicht nachweisen könnten, selbst.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß hinsichtlich des Gesellschaftsvertrags weder ein Vorvertrag noch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zustande gekommen seien.

Selbst wenn man dies für den Gesellschaftsvertrag billigt, so braucht dies nicht ohne weiteres für einen Vertrag zu gelten, den die zukünftigen Gesellschafter vor Gründung der Gesellschaft mit einem Dritten abschliessen, um die Gesellschaft vorzubereiten und Produktionsmittel oder die Grundlagen für die Aufnahme der Geschäfte bereitzustellen. Würde man insoweit eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts annehmen, so wäre Ba [REDACTED] bei dem Pachtvertrag nicht als "designierter Geschäftsführer" der zukünftigen GmbH aufgetreten. Das wäre auch deshalb nicht anzunehmen, da auch der Kläger als Geschäftsführer mit alleiniger Vertretungsmacht vorgesehen war und dieser Pachtvertrag im Innenverhältnis zum Geschäftsteil des Klägers gehört hätte. Geht man aber davon aus, daß als Pächter die den Pachtvertrag abschliessenden Gesellschafter der zukünftigen GmbH in Betracht kommen, so liegt bei Ba [REDACTED] tatsächlich ein Verstoß gegen § 181 BGB vor. Richtig ist allerdings, daß dies das Geschäft nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam macht. Solange aber die Genehmigung nicht erfolgt ist, kann jedenfalls ein Dritter sich nicht auf die Gültigkeit des Geschäfts berufen. Es ist auch bis zur Genehmigung eines solchen schwebend unwirksamen Vertrags der andere Teil gemäß § 178 BGB zum Widerruf berechtigt und ein solcher Widerruf ist unbedenklich in dem Brief des Klägers vom 15. August 1949 (I, 45) an Ba [REDACTED] zu sehen, der auch von Frau R [REDACTED] und außerdem, was in diesem Zusammenhang nicht einmal nötig war, von Frau S [REDACTED] unterzeichnet ist. Diese Gründe tragen die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß zwischen der Dr. J [REDACTED] Grundstücksgesellschaft und etwa den in Aussicht genommenen Mitgliedern der GmbH ein Vertragsverhältnis nicht oder nicht mehr bestand. Es braucht daher auf die Auffassung des Berufungsgerichts, die Dr. J [REDACTED] Grundstücksge-

sellschaft sei zum Vertragsabschluß nicht mehr legitimiert gewesen, und auf die Angriffe der Revision gegen sie nicht mehr eingegangen zu werden.

III. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt:

Der Besitz an den Vertragsgrundstücken könne nur vom Beklagten an den Kläger übertragen worden sein, als dieser Mitte Juli 1947 (Mappe III, 2) mit der Schutträumung auf der Bauruine begonnen habe. Der Beklagte habe schon vorher gemeinsam mit Ba [REDACTED] den Wiederaufbau des Kinos betrieben und den Architekten Wa [REDACTED] beauftragt (Bl 65 R GA, Mappe I, 1-6, 17). Für die Behauptung, der Aufbau bis 30. Juni 1947 sei ausschließlich im wirtschaftlichen Interesse Ba [REDACTED] erfolgt (Bl 31 GA), habe der Beklagte keinen Beweis angeboten. Diese Behauptung stehe im Widerspruch mit der Tatsache, daß Ba [REDACTED] am 1. Juli 1947 aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschieden sei. Es sei auch unerheblich, in wessen Interesse der Beklagte den Wiederaufbau in Angriff genommen habe.

Bis zur Inbesitznahme durch den Kläger sei der Beklagte nicht nur der Eigentümer, sondern auch der unmittelbare Besitzer der Grundstücke gewesen.

Gemäß § 854 Abs 2 BGB sei der Besitz nach dem Scheitern der beabsichtigten Verträge vom Kläger wieder an den Beklagten zurückgefallen.

Der Kläger habe am 6. Juli 1948 (I, 25) dem Beklagten mitgeteilt, daß er den Bau des Kinos einzustellen gezwungen sei, am 14. März und 6. April 1949 (I, 34 und 36) erklärt, daß er den Pachtvertrag als annulliert betrachten müsse,

am 14. Juni 1949 (I, 42) auf die Unwirksamkeit der "Verträge" hingewiesen;
am 25. August 1949 (I, 47) die Auflösung der Gesellschaft bekanntgegeben,
am 14. März 1949 (I, 34) seinen Verwendungsanspruch angemeldet und seine Forderungen immer wieder betont (Schreiben vom 6.4.49 -I, 36; vom 14.6.49 -I, 42; vom 25.8.1949 -I, 47; vom 8.9.49 -I, 48; vom 3.4.50 -I, 52; vom 26.8.50 -I, 54).

Der Beklagte habe den dadurch geschaffenen Zustand in schlüssiger Weise anerkannt. Sein Schreiben vom 14. September 1949 (I, 49) sei dahin zu verstehen, daß er die Aufgabe des Besitzes durch den Kläger zur Kenntnis genommen habe, den Bauaufwand schätzen lasse und Gegenforderungen geltend machen werde. Am 28. März 1950 habe er dem Kläger im Hinblick auf die "Kündigung" das Recht zu weiteren Verfügungen abgesprochen. Am 17. September 1949 habe er von einem gewissen Z. [REDACTED] Rechenschaft verlangt, auf Grund welcher Vereinbarung er in seinem Anwesen wohne, wobei es belanglos sei, daß er dabei "i.A. Dr. J. [REDACTED] Witwe" gezeichnet habe.

Der Verwendungsanspruch sei nicht verjährt. Der Besitz an den Grundstücken sei durch die Herausgabe des Besitzes infolge der Erklärungen des Klägers vom 4. März, 6. April, 14. Juni und 25. August 1949 an den Beklagten als Eigentümer zurückgefallen. Der Beklagte habe die Verwendungen genehmigt, da er die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache angenommen habe. Das gelte auch, wenn der Eigentümer den Verwendungsanspruch nicht als bestehend erkläre und gegen den Vorbehalt des Anspruchs Widerspruch erhebe. Eine Genehmigung der Ver-

wendung liege schon in der Erklärung des Beklagten, er werde mit Gegenansprüchen aufrechnen. Die Ausschlußfrist des § 1002 Abs 1 BGB komme somit nicht zur Anwendung. Der Anspruch unterliege gemäß § 195 BGB der 30-jährigen Verjährung.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht die Bestimmungen der §§ 994 ff BGB zur Anwendung gebracht habe. Das sei nur zulässig, wenn der Kläger nicht auf vertraglicher Grundlage Besitzer des Grundstücks geworden sei. Die Vorschriften der §§ 994 ff BGB seien aber nicht maßgebend, wenn der Besitzer die Verwendungen auf Grund eines mit dem Eigentümer geschlossenen Vertrags gemacht habe. In diesem Fall regelten sich die Beziehungen zwischen Besitzer und Eigentümer nur nach diesem Vertrag. Das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, daß solche vertraglichen Beziehungen nicht bestünden. Die Revision meint aber, gerade wenn das Pachtverhältnis mit der Grundstücksgesellschaft nicht zum Abschluß gelangt sei, müsse eine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien angenommen werden. Wenn, wie das Berufungsgericht feststelle, der Besitz an den Kläger Mitte Juli 1947 übertragen worden sei, müsse dieser Besitzübertragung auf beiden Seiten ein rechtsgeschäftlicher Wille zugrunde gelegen haben und das Berufungsgericht habe zu Unrecht nicht geprüft, welcher Art dieser Wille gewesen sei. Das Verhältnis müsse entweder pacht- oder gesellschaftsähnlich gewesen sein. Im ersten Fall wäre der Anspruch des Klägers gemäß § 558 BGB verjährt, im zweiten wären jedenfalls die §§ 994 ff BGB nicht anzuwenden gewesen.

Auch diese Einwendungen können keinen Erfolg haben. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ergibt sich,

daß es das Verhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kläger lediglich als das zwischen Eigentümer und Besitzer ansieht und kein vertragliches Verhältnis zwischen ihnen als vorliegend erachtet. Es sagt ausdrücklich, der Anspruch des Klägers werde aus dem Eigentümer-Besitzerverhältnis hergeleitet, das nur den Kläger und den Beklagten allein betreffe. Dem entspricht auch das frühere Verhalten der Parteien. Der Beklagte hat es immer abgelehnt, sich selbst vertraglich zu binden. Am 18. Juli 1948 (I, 26) schreibt er, er wolle sich um Finanzierungsmöglichkeiten bemühen, ohne damit irgend eine Verbindlichkeit zu übernehmen, die den bestehenden Vertrag beeinflusse. Am 30. November 1948 (I, 28) hat der Kläger den Vorschlag gemacht, daß der Pachtvertrag mit dem Beklagten unmittelbar abgeschlossen werde. Der Beklagte hat darauf mit Schreiben vom 6. Dezember 1948 (I, 29) erwidert, daß eine Umschreibung des Pachtvertrags auf seinen Namen in gar keinem Fall möglich sei. Dafür, daß zwischen den Parteien ein gesellschaftsähnliches Verhältnis bestanden habe, bestehen keine Anhaltspunkte. Die Gründe, die die Revision für ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien anführt, daß die Parteien über die Errichtung des Lichtspielhauses Briefe wechselten, daß der Beklagte für die Finanzierung Vorschläge machte, steht einem ohne Vertrag bestehenden Eigentümer-Besitzerverhältnis nicht entgegen, denn daß der Beklagte wirtschaftlich an dem Aufbau und der Inbetriebnahme des Lichtspielhauses interessiert war, ergibt sich aus dem ganzen Verhältnis. In einem gewissen Widerspruch dazu steht allerdings, wie oben schon erwähnt, die auf S 17 des Urteils enthaltene Bemerkung, daß der Beklagte im Kläger seinen alleinigen Vertragsgegner gesehen habe und daß eine Vertragspartnerschaft zwischen den Prozeßparteien eindeutig und unverhüllt erkennbar werde. Diesen Aus-

führungen kann aber keine Bedeutung beigelegt werden, da keine Anhaltspunkte für ein solches Vertragsverhältnis oder eine "Vertragspartnerschaft" bestehen. Als solche können insbesondere Vertragsvorschläge nicht angesehen werden, über die nachher eine Einigung nicht erzielt wurde und Ansprüche, mit denen vor Einleitung eines Rechtsstreits gedroht wird, ohne daß sie näher begründet werden. Es handelt sich nur um ein Vergreifen im Ausdruck. Mit dem "Vertragsgegner" ist der "Verhandlungsgegner" gemeint.

Geht man aber davon aus, daß es sich nur um die Ansprüche des früheren Besitzers gegen den Eigentümer handelt, ist in den Ausführungen des Berufungsgerichts, daß der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nicht verjährt sei, kein Rechtsirrtum zu erkennen.

Die Revision ist daher unbegründet und war auf Kosten des Beklagten zurückzuweisen.

Dr. Tasche Dr. v. Normann Schuster Dr. Oechßler Dr. Spieler