

Verkündet am 17. Dezember 1958
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamt der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Metzgermeisters Hans A d [REDACTED] in M [REDACTED],
Li [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Karl S t [REDACTED] in M [REDACTED], Hermann
L [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 17. Dezember 1958 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augustin,
Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts München vom
28. März 1957 wird auf Kosten des Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte lebte seit 1912 von seiner Ehefrau getrennt und wurde im Jahre 1935 von ihr geschieden. Er betrieb seit 1924 mit der Mutter des Klägers, Frau Franziska St., mit der er bis zu ihrem Tode im Jahre 1949 eheähnliche Beziehungen unterhielt, in dem Anwesen Li.straße in M. eine Metzgerei.

Frau St. erwarb in den Jahren 1926 bis 1934 von dem aus neun Herbergsanteilen bestehenden Anwesen Li.straße die Herbergsanteile b und c, von dem aus fünf Herbergsanteilen bestehenden Anwesen D.straße die Herbergsanteile d und f und die Anwesen Li.straße 47 und 48. Sie wurde auch als Eigentümerin der Herbergsanteile und der Grundstücke im Grundbuch eingetragen.

Am 12. Juni 1928 schloß der Beklagte mit Frau St. einen Gesellschaftsvertrag, der später durch den Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1933 ersetzt wurde. In dessen Einleitung heißt es, daß die Vertragsteile "seit 1928 gemeinsam eine Metzgerei für gemeinsame Rechnung als bürgerliche Personengemeinschaft in den der Frau St. gehörigen Anwesen" betreiben. In einem Anhang vom 2. Juli 1933 zu dem Vertrag ist bestimmt:

"Durch das Beteiligungsverhältnis und aus dem Beteiligungsverhältnis gehen keine Rechte an dem Hausbesitz der Frau St. an die Gesellschaft über.

Es wird hiermit ausdrücklich festgelegt, daß der Hausbesitz Frau St. allein gehört und irgendwelche Abmachungen oder Rechte an Dritte nicht bestehen."

Frau St. und der Beklagte führten die Metzgerei gemeinsam bis 1949 weiter. Seit 1944 wurde die Metzgerei, nachdem die sämtlichen, einander benachbarten Anwesen durch Bomben zerstört worden waren, in einem auf dem Anwesen Li.straße errichteten einstöckigen Behelfsbau betrieben.

- 3 -

Die am 1. März 1949 gestorbene Frau St. wurde von den Kläger und einem weiteren Sohn Wilhelm St. beerbt. Mit notariellem Auseinandersetzungsvertrag vom 25. April 1949 erhielt der Kläger den gesamten hier in Frage stehenden Grundbesitz. Er verkaufte ihn nach Klageerhebung mit notariellem Vertrag vom 26. Juni 1952 für 35 000 DM an die Stadt M. Diese ist nunmehr als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Der Beklagte hat den Grundbesitz noch heute in Besitz und übt auf ihm das Metzgereigeschäft aus. Er erwarb am 9. Mai 1950 den Herbergsanteil Li. Straße e zu Eigentum. An dem Herbergsanteil Li. Straße f wurde für ihn am 28. August 1952 eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Mit im Jahre 1949 erhobener Klage (10 O 206/49 LG München I) hatte der Beklagte von dem Kläger und dessen Bruder die Auflassung des Grundbesitzes begehrt. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen (Urteil des Senats vom 15. Februar 1952 - V ZR 48/51).

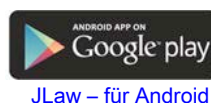
Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger von dem Beklagten Räumung und Herausgabe des Grundbesitzes.

Der Beklagte hat (neben einer bereits in erster Instanz rechtskräftig abgewiesenen Widerklage) Klageabweisung beantragt und zur Begründung vorgetragen:

Soweit es sich um Herbergseigentum handle, sei der Kläger zur Herausgabeklage nicht aktiv legitimiert. Frau St. habe die Grundstücke nicht mit ihrem, sondern mit seinem Geld erworben. Die Grundstücke seien auf sie nur übertragen worden, um sie dem Zugriff seiner Ehefrau, gegen die damals der Scheidungsprozeß geschwebt habe, zu entziehen. Im Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1933 sei der Grundbesitz wertmäßig als Geschäftsvermögen aufgeführt, ebenso in den Jahresbilanzen. Wenn auch



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



die Einbringung des Grundbesitzes in die Gesellschaft nicht in notarieller Form erfolgt sei, so sei der Grundbesitz doch nach den Grundsätzen der faktischen Gesellschaft als Gesellschaftsvermögen anzusehen. Der Kläger könne daher nur die Auseinandersetzung der Gesellschaft, nicht aber die Herausgabe des Grundbesitzes verlangen. Im übrigen sei der Wiederaufbau des Ladens von beiden Gesellschaftern getragen worden. Er könne daher den Ersatz der Hälfte der Wiederaufbaukosten als Aufwendungen verlangen und mache deshalb als Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Das Landgericht hat den Beklagten, zum Teil nach Maßgabe von Hilfsanträgen des Klägers, verurteilt,

- a) der Stadt M. den Mitbesitz an dem Anwesen Li.straße einzuräumen,
- b) das Anwesen D.straße zu räumen und an die Stadt M. und die übrigen Stockwerkseigentümer herauszugeben,
- c) die Anwesen Li.straße 47 und 48 zu räumen und an die Stadt M. herauszugeben.

Zur Begründung seiner hiergegen eingelegten Berufung hat der Beklagte noch vorgetragen:

Falls eine faktische Gesellschaft abgelehnt werde, müßten die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und Frau St. auch unter dem Gesichtspunkt der stillen Gesellschaft gewürdigt werden. Trotz des Anhangs vom 2. Juli 1933 zum Gesellschaftsvertrag hätten die Beteiligten auch weiterhin den Grundbesitz als Teil des Gesellschaftsvermögens betrachtet. Der Anhang sei als Scheinvertrag zu werten. Auf jeden Fall müsse der Kläger ihm dafür Schadensersatz leisten, daß der Kläger den Grundbesitz eigenmächtig an die Stadt M. verkauft habe. Der zu ersetzende Betrag belaufe sich auf 25 850 DM.

Werde eine faktische Gesellschaft wegen Formnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags vom 1. Juli 1933 abgelehnt, so sei dieser ganze Vertrag als nichtig anzusehen. Die Folge sei, daß der Vertrag vom 12. Juni 1928 wieder auflebe. Nach § 5 dieses Vertrags habe aber Frau St. bei Beendigung der Gesellschaft für die bis dahin erfolgten Aufwendungen 25 000 RM zu ersetzen. Dazu kämen die späteren Aufwendungen. Von dem hieraus sich ergebenden Gesamtbetrag von 62 556 RM stehe ihm mindestens die im Verhältnis 1 : 1 umgestellte Hälfte mit 31 278 DM zu.

Wegen dieser Forderungen (25 850 DM und 31 278 DM) stehe ihm gegenüber dem Klageanspruch auf jeden Fall ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß die Entscheidung im Vorprozeß, durch die der Auflassungsanspruch des Beklagten gegen den Kläger mit der Begründung verneint wurde, der streitige Grundbesitz habe auch im Innenverhältnis nicht zum Gesellschaftsvermögen gehört, im jetzigen Rechtsstreit die erneute Prüfung des Vortrags des Beklagten, der Grundbesitz habe zum Gesellschaftsvermögen gehört, nicht ausschließt. Nach § 322 Abs. 1 ZPO ist nur der im Vorprozeß geltend gemachte Auflassungsanspruch rechtskräftig entschieden. Auf die Entscheidungsgründe bezieht sich diese Rechtskraft

nicht (BGHZ 2, 164, 170; RG HRR 1932 Nr. 1604). Mit seiner bereits in erster Instanz rechtskräftig abgewiesenen Widerklage hatte der Beklagte allerdings u.a. Feststellung dahin beantragt, daß der Grundbesitz zum Gesellschaftsvermögen gehöre. Da die Widerklage insoweit aber nicht aus sachlichen Gründen, sondern wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses (weil über die streitige Frage schon im Rahmen der Klage entschieden werden müsse) abgewiesen wurde, ist auch hierdurch über die Zugehörigkeit des Grundbesitzes zum Gesellschaftsvermögen nicht rechtskräftig entschieden worden.

2. Da Frau St. als Alleineigentümerin des streitigen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen war, geht das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß dem Beklagten nach § 891 BGB der Beweis für seine Behauptung obliegt, Frau St. habe den Grundbesitz zwar im eigenen Namen, aber im Auftrag und für Rechnung der zwischen ihr und dem Beklagten bestehenden Gesellschaft erworben. Es hat jedoch diesen Beweis nicht als erbracht angesehen.

Soweit das Berufungsgericht sich hierbei auf das Ergebnis der Beweisaufnahme stützt, werden von der Revision keine Angriffe erhoben.

Aus dem Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1933 hat das Berufungsgericht aus folgenden Gründen keine Anhaltspunkte für die Behauptung des Beklagten gewinnen können:

Wenn auch in § 1 dieses Vertrags das Geschäftsvermögen der Firma nach Abzug der Schulden zum 1. Juli 1933 mit 60 835 RM angegeben und in dieser Summe allem Anschein nach der Wert des Grundbesitzes der Frau St. mitenthalten sei, so besage auf der anderen Seite der Anhang zum Gesellschaftsvertrag vom 2. Juli 1933, der nach seinem Wortlaut "präzisiert" habe bekunden und somit jedes Mißverständnis bewußt habe ausschließen

wollen, daß durch das Beteiligungsverhältnis keine Rechte an dem Hausbesitz der Frau St. an die Gesellschaft hätten übergehen sollen, ferner, daß der Hausbesitz Frau St. allein gehöre und irgendwelche Rechte Dritter nicht bestünden. Diese schriftlich niedergelegte Feststellung sei klar und habe die Vermutung der Vollständigkeit und Ausschließlichkeit für sich. Durch die bloße Behauptung, diese Urkunde sei nur zum Schein errichtet worden, könne der Beklagte sie nicht entkräften. Demgegenüber sei es nicht von entscheidender Bedeutung, daß Frau St. und der Beklagte den Wert der Grundstücke in ihren Jahresbilanzen als Aktivposten aufgeführt hätten. Aus dieser Gepflogenheit könne nicht gefolgert werden, daß der Beklagte und Frau St. den Grundbesitz als Vermögensbestandteil der Gesellschaft angesehen hätten, sei es allgemein, sei es in steuerlicher Hinsicht. Dies werde erläutert durch den Brief des Wirtschaftsprüfers Ka. an den Kläger vom 5. April 1950, der darauf hinweise, daß die im Eigentum eines Gesellschafters stehenden Grundstücke dem steuerlichen Betriebsvermögen der Gesellschaft zuzurechnen seien, wenn sie durch den Betrieb genutzt würden. Der Brief enthalte auch den nicht bestrittenen Hinweis, daß Frau St. die Grundstücke in ihrer persönlichen Vermögenssteuerveranlagung als ihr persönliches Vermögen aufgeführt habe.

Das Berufungsgericht ist weiterhin der Auffassung, daß der Grundbesitz auch nicht unter den Gesichtspunkten der faktischen Gesellschaft oder der stillen Gesellschaft als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens anzusehen sei. Es führt insoweit aus:

Wäre der Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1933 etwa in vollem Umfang nichtig, weil § 9 dieses Vertrages (der den Beklagten das Recht einräumte, "die in der Beteiligungssumme

enthaltenen Immobilien mit dem zu Buch stehenden Wert zu übernehmen") mangels notarieller Form nichtig sei, so würde die Gesellschaft als faktische Gesellschaft weiterbestanden haben. Daß in diesem Fall der Gesellschaftsvertrag vom 12. Juni 1928 wieder aufgelebt wäre, könne mangels jeglichen Anhaltspunktes dafür, daß die Gesellschafter dies gewollt hätten, nicht angenommen werden. Ebensowenig sei ein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß Frau St. [REDACTED] und der Beklagte eine sogenannte "atypische Gesellschaft" gewollt hätten, wie sie der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung BGHZ 8, 157 als rechtlich möglich anerkannt habe. Alle diese Möglichkeiten bedürften jedoch keiner näheren Erörterung, denn selbst wenn sie gegeben wären, könne der Grundbesitz mit Rücksicht auf den im Anhang zum Gesellschaftsvertrag vom 2. Juli 1933 klar zum Ausdruck gebrachten Willen der Gesellschafter nicht als zum Gesellschaftsvermögen gehörig behandelt werden. Der Anhang sei eine selbständige schriftliche Klarstellung, die von der Rechtsgültigkeit des Gesellschaftsvertrags vom 1. Juli 1933 nicht abhängig gewesen sei und daher von einer Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags selbst gemäß § 139 BGB nicht ergriffen würde.

Hiergegen wendet sich die Revision in mehrfacher Hinsicht.

a) Sie meint zunächst, die Würdigung des Anhangs zum Gesellschaftsvertrag vom 2. Juli 1933 durch das Berufungsgericht dahin, daß die Gesellschafter durch ihn völlige Klarheit geschaffen hätten, erschöpfe unter Verletzung des § 286 ZPO nicht den Streitstoff. Es sei schon auffällig, daß die Anlage an einem andern Tag als der Gesellschaftsvertrag errichtet worden sei. Zu diesem Vorgehen habe der Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1933 keinen Anlaß gegeben. Er habe keinen Anhalt für eine den Gesellschaftern nicht genehme Auslegung geboten. Er lasse auch keine Übergehungen erkennen, die eine Ergänzung erfordert hätten. Die Errichtung des Nachtrags müsse also anderen

Zwecken gedient haben. In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht nicht übersehen dürfen, daß die letzte Scheidungsklage des Beklagten, welche schließlich zum Erfolg geführt habe, am 31. Juli 1933 zugestellt worden sei, wie der Tatbestand des Berufungsurteils (im Ehescheidungsprozeß) vom 29. April 1935 aufweise. Die Neuordnung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen habe also in enger Wechselwirkung gestanden mit dem Vorhaben des Beklagten zur abermaligen Erneuerung seines Scheidungsbegehrens, welches auf mehrere frühere Klagen hin erfolglos geblieben sei. Im übrigen erscheine es nicht unbedenklich, dem Anhang unabhängig vom Rechtsbestand des Hauptvertrages selbständige Bedeutung zuzumessen.

Hiermit kann die Revision keinen Erfolg haben. Soweit die Rüge darauf gestützt wird, das Berufungsgericht habe den Zeitpunkt der Zustellung der letzten Scheidungsklage des Beklagten übersehen, hätte es noch der Angabe bedurft, daß diese Tatsache von dem Beklagten überhaupt in den Rechtsstreit eingeführt wurde und in welchem Schriftsatz dies geschehen ist. Die Tatsache ist auch weder aus den Schriftsätzen des Beklagten noch aus denjenigen des Klägers ersichtlich. In dem Vorprozeß, auf dessen Akten im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen ist, hatte allerdings der Beklagte mit Schriftsatz vom 19. Dezember 1949 eine auszugsweise Abschrift des Berufungsurteils im Ehescheidungsprozeß vorgelegt. Aber weder der Schriftsatz noch die Abschrift enthalten den Zeitpunkt der Zustellung der Scheidungsklage.

Was die Revision zur Begründung der Rüge sonst noch vorbringt, stellt unzulässige Angriffe gegen die tatrichterliche Würdigung der Anlage zum Gesellschaftsvertrag vom 2. Juli 1933 dar. Dies gilt insbesondere für die Meinung der Revision, es erscheine nicht unbedenklich, dem Anhang unabhängig vom Rechtsbestand des Hauptvertrages selbständige Bedeutung zuzumessen.

Insoweit werden von der Revision auch keine gegen die Auffassung des Berufungsgerichts sprechende Gesichtspunkte geltend gemacht.

b) Die Revision meint sodann, das Berufungsgericht habe in prozeßual unzulässiger Weise den Brief des Wirtschaftsprüfers Ka[REDACTED] vom 5. April 1950 verwertet. Gegen die Einführung dieses Briefes in das Verfahren habe der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 7. Februar 1953 eine Reihe von Einwendungen erhoben, aus denen zu folgern gewesen wäre, daß er sich der Benutzung des Schreibens im Wege des Urkundenbeweises widersetze. Das Berufungsgericht hätte deshalb den Wirtschaftsprüfer Ka[REDACTED] als Zeugen oder Sachverständigen vernehmen müssen, wie dies vom Kläger auch beantragt worden sei.

Eines Eingehens hierauf bedarf es indessen nicht, weil das Berufungsgericht seine Auffassung, der Grundbesitz habe nicht zum Gesellschaftsvermögen gehört, ausschließlich auf den Anhang zum Gesellschaftsvertrag vom 2. Juli 1933 gestützt und demgegenüber der Aufnahme des Wertes des Grundbesitzes in die Jahresbilanzen keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, weil hieraus nicht gefolgert werden könne, daß der Beklagte und Frau St[REDACTED] den Grundbesitz als Vermögensbestandteil der Gesellschaft angesehen hätten. Im Anschluß hieran hat das Berufungsgericht allerdings auf das Schreiben des Wirtschaftsprüfers Ka[REDACTED] vom 5. April 1950 hingewiesen. Aus der Formulierung, mit der dies geschehen ist, ergibt sich aber, daß das Berufungsgericht seine Auffassung nicht auf diesen Brief gestützt, sondern in ihm nur eine Bestätigung für seine bereits gebildete Auffassung gefunden hat. Im übrigen hat in seinem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 7. Februar 1953 auch der Beklagte selbst die Meinung vertreten, es spiele für den Rechtsstreit zivilrechtlich gar keine Rolle,

wie die Frage, ob der streitige Grundbesitz steuerrechtlich als Vermögensbestandteil der Gesellschaft hätte behandelt werden müssen, zu entscheiden sei, für den Rechtsstreit sei allein von Bedeutung, welchen Willen die Gesellschafter gehabt hätten. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ging dieser Wille der Gesellschafter aber dahin, daß der Grundbesitz nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören sollte.

Die Revision meint in diesem Zusammenhang noch, infolge des Prozeßverstoßes des Berufungsgerichts sei die überaus wichtige Frage ungeklärt geblieben, daß eine Reihe der Herbergsanteile als Betriebsvermögen ausgewiesen gewesen seien, dem Umtrieb der gemeinsamen Metzgerei aber nicht gedient hätten, weil sie nach ihrer Beschaffenheit dazu nicht geeignet gewesen seien. Sie hätten daher auch nicht als Nutzungsbeitrag seitens der Frau Steiner eingebracht werden können.

Inwiefern der Umstand, daß einzelne Herbergsanteile (es kann sich nur um die im Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli 1933 nicht aufgeführten Anteile D-straße d und f handeln, von denen der erstere von Frau St- erst später erworben worden war und der letztere nur einen Hofraum von 19 qm darstellte) etwa nicht dem gemeinsamen Geschäftsbetrieb der Metzgerei gedient hatten, für die Entscheidung des Rechtsstreits von Bedeutung sein soll, ist jedoch nicht ersichtlich. Im übrigen liegt der Meinung der Revision auch kein entsprechender Vortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen zu Grunde.

3. Bei der Prüfung der Frage, ob das von dem Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht begründet ist, ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der streitige Grundbesitz, da er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von Frau St- nur zur Benutzung in die Gesellschaft eingebracht worden war, mit der Auflösung der Gesellschaft

nach § 732 BGB zurückzugeben war. Die Rückgabe hatte auch sofort zu erfolgen (Palandt BGB 17. Aufl. § 732 Anm. 1; BGB-RGRK 10. Aufl. § 732 Anm. 1). Ob eine Ausnahme für die Herbergsanteile Li[redacted]straße ■ b und c deshalb zu gelten hat, weil der Beklagte in dem auf dem Grundstück Li[redacted]straße ■ errichteten Behelfsbau die Metzgerei weiterbetreibt, kann dahingestellt bleiben, weil hinsichtlich dieser Herbergsanteile der Beklagte nicht zur Räumung und Herausgabe, sondern nur zur Einräumung des Mitbesitzes verurteilt ist. Dem Rückgabeanspruch können allerdings Einwendungen aus § 273 BGB entgegengehalten werden. Das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wäre daher begründet, wenn er gegen den Kläger einen fälligen Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Herausgabepflicht beruht, oder wegen Verwendungen auf den herauszugebenden Grundbesitz hätte. Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht jedoch verneint.

Den Schadenersatzanspruch in Höhe von 25 850 DM hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum deshalb nicht für begründet erachtet, weil der Kläger als rechtmäßiger Eigentümer zur Veräußerung des Grundbesitzes an die Stadt M[redacted] befugt war. Insoweit werden von der Revision auch keine Angriffe erhoben.

Einen Anspruch des Beklagten wegen Verwendungen auf den streitigen Grundbesitz hat das Berufungsgericht mit folgender Begründung verneint:

Die Aufwendungen für die herauszugebenden Grundstücke einschließlich der Kosten für den Ladenneubau, den Ladenumbau und die Wiedererrichtung nach der Zerstörung seien nach der

eigenen Darstellung des Beklagten von der Gesellschaft getragen worden. Dies ergebe sich aus der Fassung des § 5 des Gesellschaftsvertrags vom 12. Juni 1928, aus dem Vortrag des Beklagten selbst und insbesondere auch daraus, daß der Beklagte nur die Hälfte der gesamten Aufwendungen als seinen Anteil ansetze und nur darauf sein Zurückbehaltungsrecht stütze. Auf einen Anspruch der Gesellschaft könne indessen ein Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Beklagten nicht gestützt werden. Vielmehr seien die für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände und Rechte gemeinschaftliches, unteilbares Vermögen der Gesellschafter, bis die Auseinandersetzung erfolgt sei. Die Auseinandersetzung sei aber unstreitig noch nicht erfolgt.

Aus dem gleichen Grunde könne der Beklagte sich auch nicht auf das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers gemäß §§ 1000, 994 BGB berufen. Dieses setze zwar nicht, wie § 273 BGB, einen fälligen Gegenanspruch voraus. Der Besitzer könne aber nach § 1000 BGB die Herausgabe nur wegen solcher Verwendungen verweigern, die ihm zu ersetzen seien. Über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen könne ein Gesellschafter vor der Auseinandersetzung nicht verfügen, auch nicht mit ihm aufrechnen und folgerichtig aus ihm auch kein Zurückbehaltungsrecht für seine Person herleiten.

a) Die Revision ist demgegenüber zunächst der Meinung, die Nichtigkeit der Bestimmung des § 9 des Gesellschaftsvertrags vom 1. Juli 1933 wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 313 BGB habe die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrags und damit auch die Nichtigkeit der in der Einleitung dieses Vertrags ausgesprochenen Aufhebung des Vertrags vom 12. Juni 1928 zur Folge gehabt. Es habe somit an einer wirklichen Aufhebung des Vertrags vom 12. Juni 1928 gefehlt, so daß er für die

Rechtsbeziehungen der Gesellschafter bis zur Auflösung der Gesellschaft durch den Tod der Gesellschafterin St. maßgebend gewesen sei. Dies habe das Berufungsgericht bei seiner Feststellung, es könne mangels jeglichen Anhaltspunktes nicht angenommen werden, daß die Gesellschafter das Wiederaufleben des Gesellschaftsvertrags vom 12. Juni 1928 gewollt hätten, übersehen.

Hierbei übersieht jedoch die Revision ihrerseits, daß nach der Auffassung des Berufungsgerichts bei der von ihm unterstellten Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrags vom 1. Juli 1933 die Gesellschaft (entsprechend dem Vortrag des Beklagten vgl. BU S. 5) als faktische Gesellschaft weiter bestanden hätte. Da der Ausgangspunkt für die Annahme einer faktischen Gesellschaft in der rechtlichen Anerkennung des tatsächlich vorhandenen und von den Gesellschaftern herbeigeführten Zustandes besteht (BGHZ 3, 285, 287), dieser tatsächliche Zustand hier aber durch den (wenn auch nichtigen) Gesellschaftsvertrag vom 1. Juli geschaffen worden wäre, hat das Berufungsgericht das Wiederaufleben des Vertrages vom 12. Juni 1958 mit Recht von einem dahingehenden Willen des Beklagten und der Frau St. abhängig gemacht. Damit entfallen die von der Revision aus § 5 des Vertrags vom 12. Juni 1928 gezogenen Folgerungen, dem Beklagten stehe persönlich ein Ersatzanspruch sowohl wegen der bis zum Abschluß des Vertrags vom 12. Juni 1928 als auch wegen der später auf den streitigen Grundbesitz gemachten Verwendungen zu.

b) Die Revision hält sodann die Feststellung des Berufungsgerichts, nach der eigenen Darstellung des Beklagten seien die Aufwendungen für den Ladenneubau, den Ladenumbau und die Wiedererrichtung nach der Zerstörung von der Gesellschaft getragen worden, unter Hinweis auf § 286 ZPO für aktenwidrig. Der Beklagte habe in seinem Schriftsatz vom 30. März 1953 vorgetragen, die nach der Zerstörung erstellten Bauten seien

von ihm errichtet bzw. in Auftrag gegeben und von ihm auch bezahlt worden. Dieser Vortrag sei in dem Schriftsatz vom 1. April 1953 durch Anführung weiterer aufgewendeter Beträge ergänzt worden. Auf diesen erstinstanzlichen Vortrag sei in der Berufungsbegründung vom 4. Februar 1955 ausdrücklich verwiesen worden,

Dem Erfolg der Rüge steht jedoch schon entgegen, daß nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (§. 6) der Beklagte vorgetragen hat, der Wiederaufbau des Ladens sei von den Gesellschaftern getragen worden. Im übrigen hat das Berufungsgericht seine von der Revision angegriffene Feststellung insbesondere darauf gestützt, daß der Beklagte in der Berufungsbegründung vom 4. Februar 1955 und damit zeitlich nach seinem erstinstanzlichen Vortrag nur die Hälfte der gesamten Aufwendungen als seinen Anteil angesetzt und nur darauf sein Zurückbehaltungsrecht gestützt habe.

4. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthalten, war dessen Revision somit mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag