

70. 1. Zum Begriff der „im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten“ im Sinne des § 28 Abs. 1 HGB.
2. Zur Auslegung des § 28 Abs. 2 HGB.

II. Zivilsenat. Urt. v. 7. Juni 1921 i. S. der off. Handelsgej. D. & Fr. (Bekl.) w. M. (Rl.). II 512/20.

I. Landgericht Königsberg. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Januar 1919 schloß die Klägerin mit dem Kaufmann B. in R. einen Vertrag, laut dessen sie in das von B. begründete Postkartengroßhandelsgeschäft in Firma C. W. B. in R. eintrat und das Geschäft vom Tage des Vertragsschlusses an „von beiden Teilnehmern gemeinsam fortgeführt“ werden sollte. Über die rechtliche Form der Gesellschaft — ob stille Gesellschaft oder offene Handelsgesellschaft — ist in dem Vertrage nichts bestimmt; beide Parteien bezeichnen aber das Gesellschaftsverhältnis als stille Gesellschaft. Die Klägerin hat 4300 M in die Gesellschaft eingelegt. Am 1. Mai 1919 gründete B. mit den beiden Inhabern der offenen Handelsgesellschaft D. & Fr. eine offene Handelsgesellschaft zum Weiterbetriebe des Postkartengeschäfts. Die Gesellschaft zwischen ihm und der Klägerin war damit gelöst. Die Klägerin war aber noch bis zum 1. August 1919 in dem nunmehr unter der Firma B., D. & Co. betriebenen Geschäfte tätig. Nachdem ihr am 1. Juli zum Austritt auf den 1. August gekündigt worden war, stellte ihr B. am 2. Juli 1919 ein Schriftstück aus, in dem er als Teilhaber der Firma B., D. & Co. bestätigte, daß die Klägerin in die seinerzeit unter der Firma C. W. B. betriebene Papiergroßhandlung ein Kapital von 7000 M „und zwar 4300 M in bar und 2700 M Gewinn in den Monaten Februar, März bis April d. J.“ eingebracht habe. „Da ich“ — heißt es in der Erklärung weiter — „die Firma C. W. B. in die Firma B., D. & Co. eingebracht habe, verpflichte ich mich, Frau M. für obige Summe von 7000 M gut zu stehen und bis zur Rückzahlung mit 10% per anno . . . zu verzinsen“. In der Folge trat B. aus der offenen Handelsgesellschaft B., D. & Co. aus. Nunmehr erhob die Klägerin gegen die Firma D. & Fr. — wie sie nach B.'s Ausscheiden hieß — und gegen B. selbst Klage auf gesamtschuldnerische Zahlung von 7000 M nebst 4% Prozesszinsen. Gegen B. wurde im landgerichtlichen Verfahren

ein Antrag nicht gestellt. Die beklagte Firma D. & Fr. wandte im wesentlichen ein, daß B. der Klägerin vor dem 1. Mai 1919 mitgeteilt habe, der Übergang der Schulden auf die neue Gesellschaft sei durch Vereinbarung ausgeschlossen, und ferner, daß sich die Klägerin mit der von B. ihr zugesicherten Abfindungssumme von 7000 *M* einverstanden erklärt und daß sie dem B. gegenüber ausdrücklich erklärt habe, sie wolle dann mit der Gesellschaft nichts mehr zu tun haben. Hierüber wurde der Klägerin der Eid zugeschoben, den sie angenommen hat. Das Landgericht hat auf diesen Eid erkannt; im Leistungsfalle soll die Beklagte Firma D. & Fr. antragsgemäß zur Zahlung von 7000 *M* nebst 4% Zinsen seit 15. Oktober 1910 verurteilt, im Verweigerungsfalle die Klage dieser Beklagten gegenüber abgewiesen werden. Die Berufung der beklagten Firma D. & Fr. hatte keinen Erfolg. Ihre Revision wurde gleichfalls zurückgewiesen.

Gründe:

Die Revision bemängelt als angeblich rechtsirrig die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die in dem Schriftstücke vom 2. Juli 1919 erwähnten Forderungen der Klägerin gegen B. im Gesamtbetrage von 7000 *M* im Geschäftsbetriebe der Firma C. W. B., also vor Gründung der offenen Handelsgesellschaft B., D. & Co. entstanden seien und demnach § 28 HGB. Anwendung finde. Die Rüge ist nicht begründet. Bezüglich der 4300 *M* ist nach dem oberlandesgerichtlichen Urteil unbestritten, daß die Klägerin sie in die im Januar 1919 mit B. eingegangene Gesellschaft eingebracht hat. Das zunächst mündliche Versprechen des B., der Klägerin bei Aufhören der Gesellschaft einen ihrer Einlage entsprechenden Gelbbetrag und außerdem noch eine Abfindung von 2700 *M* zu zahlen, ist nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts noch im Monat April 1919, also vor Gründung der am 1. Mai 1919 entstandenen offenen Handelsgesellschaft B., D. & Co. gegeben worden. Daß dies im Betriebe des Geschäfts der Firma C. W. B. geschehen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Denn das Versprechen, das später — am 2. Juli 1919 — schriftlich bestätigt wurde, bezweckte die Rückerstattung der Einlage der Klägerin in Höhe von 4300 *M* behufs Lösung des mit ihr eingegangenen Gesellschaftsverhältnisses; insoweit handelte es sich, da die Einlage bestimmungsgemäß in das Geschäft geflossen war, jedenfalls um eine Geschäftsschuld. Denselben Charakter trägt aber auch die von B. vor dem 1. Mai 1919 weiter übernommene Verpflichtung zur Zahlung der Abfindung von 2700 *M*. Mag sie der Klägerin als Entgelt für geleistete Dienste oder lediglich zur Erlangung ihres Einverständnisses mit der Lösung der Gesellschaft zugesagt worden sein, in beiden Fällen liegt eine im Geschäftsbetriebe der Firma C. W. B. entstandene Verbindlichkeit vor. Denn auch das Versprechen einer

Abfindung, daß der Inhaber einer Firma dem ausscheidenden stillen Gesellschafter gegenüber erklärt, erzeugt im Zweifel (vgl. § 344 Abs. 1 HGB.) eine zum Geschäftsbetriebe gehörige Verpflichtung im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 HGB. Der Berufungsrichter erachtet daher mit Recht die Voraussetzungen dieses § 28 Abs. 1 als gegeben.

Des weiteren wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Vorschrift des § 28 Abs. 2 HGB. durch die nach Behauptung der Beklagten vor Begründung der offenen Handelsgesellschaft B., D. & Co. erfolgte Mitteilung B.'s an die Klägerin, der Übergang der Schuld auf die neue Gesellschaft sei ausgeschlossen, nicht Genüge geschehen sei. Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Einmal läßt das, was B. der Klägerin mitgeteilt haben soll, nicht erkennen, daß eine auf Nichtübernahme der Verbindlichkeit gegen die Klägerin gerichtete Vereinbarung der neuen Gesellschafter zustande gekommen sei; die Mitteilung, so wie sie unter Beweis gestellt ist, konnte vielmehr mindestens ebenjogut den Sinn haben, daß nach der rechtlichen Überzeugung des B. von einem Übergang der Schuld auf die neue Gesellschaft, auch abgesehen von einer Vereinbarung der Gesellschafter, nicht die Rede sein könne. Außerdem verlangt aber das Gesetz, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist, Mitteilung an den Dritten durch einen Gesellschafter. Daraus ergibt sich, daß die Mitteilung erst nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags wirksam erfolgen kann. Vorher kann eine von § 28 Abs. 1 HGB. abweichende Vereinbarung keine rechtliche Wirkung im Sinne des § 28 Abs. 2 äußern, da dieser Erfolg naturgemäß bedingt ist durch das Zustandekommen der Gesellschaft. Außerdem muß bei jeder Abmachung, die von den künftigen Gesellschaftern behufs Regelung des in Aussicht genommenen Gesellschaftsverhältnisses getroffen wird, mit der Möglichkeit der Abänderung im eigentlichen Gesellschaftsvertrag gerechnet werden; denn erst durch ihn erhalten solche Abmachungen regelmäßig ihre endgültige Gestalt. All das weist darauf hin, daß die im § 28 Abs. 2 vorgeschriebene Mitteilung durch einen Gesellschafter nur durch einen Gesellschafter im Rechtsinne, also erst nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags erfolgen kann. Diese strenge Auslegung des § 28 Abs. 2 rechtfertigt sich um so mehr, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Mitteilung des „Gesellschafters“ an den Dritten in ihrer Wirkung auf eine Stufe gestellt ist mit dem formalen Erfordernis der Eintragung der abweichenden Vereinbarung in das Handelsregister und deren Bekanntmachung. Auch die von der Revision versuchte Konstruktion, daß die Gesellschafter es bei der fürsorglich schon vor der Gesellschaftsgründung abgegebenen Erklärung des B. belassen und, indem sie sich darauf stützten, sie durch schlüssige Handlungen wiederholt hätten, muß versagen. Dem Dritten muß,

wenn die Vereinbarung gegen ihn wirken soll, nach Gründung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter kundgegeben werden, daß eine von § 28 Abs. 1 abweichende Vereinbarung der Gesellschafter getroffen worden sei. Dabei verbleibt es auch dann, wenn dem Dritten vor Gründung der Gesellschaft von einer derartigen für den Fall des Zustandekommens der Gesellschaft geschlossenen Vereinbarung der Beteiligten Mitteilung gemacht worden war. Es fehlt aber durchaus an einer unzweideutigen Erklärung eines Gesellschafters der Klägerin gegenüber, daß an der Vereinbarung, wie sie — angenommen — vor Gründung der Gesellschaft zwischen den Beteiligten getroffen worden war und von der die Klägerin vor dem 1. Mai 1919 durch B. Kenntnis erhalten hatte, auch die nunmehrigen Gesellschafter festhielten. Das Berufungsgericht hat in dieser Richtung weder eine ausdrückliche noch eine in schlüssigem Verhalten der Gesellschafter zu findende Willenserklärung festgestellt.
