

110. Wird im Falle des § 142 HGB. die Klage des Gesellschafters auf Ermächtigung zur Alleinübernahme des Geschäfts notwendig dadurch erledigt, daß während des Prozesses die offene Handelsgesellschaft in Liquidation tritt?

II. Zivilsenat. Urte. v. 20. September 1921 i. S. R. (Rl.) w. M. (Weil.). II 91/21.

I. Landgericht Freiberg. — II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Kläger und der Kaufmann M. waren seit dem 1. Juli 1916 die einzigen Inhaber der offenen Handelsgesellschaft C. A. in Freiberg. Mit der im Juli 1919 erhobenen Klage stellte der Kläger die Behauptung auf, M. sei dauernd unfähig, die Pflichten eines Gesellschafters zu erfüllen, und beantragte, vom Gericht für berechtigt erklärt zu werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Das Landgericht erkannte demgemäß. Während des Berufungsverfahrens, am 7. Juni 1920, starb M. Eine Bestimmung für den Fall des Todes war im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen. Der Erbe des Verstorbenen, der jetzige Beklagte, bat um Abweisung der Klage. Diesem Antrage gab das Oberlandesgericht mit der Begründung statt, die Klage auf Alleinübernahme des Geschäfts sei durch den Tod des Gesellschafters und die dadurch herbeigeführte Liquidation erledigt.

Auf die Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen.

Gründe:

Nach § 142 HGB kann, wenn zwei Personen eine offene Handelsgesellschaft bilden und bei der einen die Voraussetzungen vorliegen, unter denen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern nach § 140 die Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig wäre, die andere auf Antrag vom Gericht ermächtigt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Der Berufungsrichter hält eine Ausschließung und folgeweise auch eine Alleinübernahme des Geschäfts nach Eintritt der Liquidation für rechtlich unstatthaft. Hierfür beruft er sich vor allem auf das Urteil des I. Zivilsenats des Reichsgerichts RGZ. Bd. 74 S. 62, das diesen Satz anscheinend allgemein ausspricht.

Die Begründung, die der I. Zivilsenat dort gibt, hat in der Literatur lebhaften Widerspruch hervorgerufen (vgl. Düringer-Hachenburg, HGB. § 140 Anm. 11 mit Nachw.; dazu jetzt Wieland, Handelsrecht Bd. 1 § 64 Anm. 9, § 65 Anm. 4). Hierauf braucht aber nicht eingegangen zu werden, da dem Urteile selber die Tragweite, die ihm vom Berufungsrichter beigegeben wird, in Wirklichkeit nicht zukommt. Es behandelt lediglich den Fall, daß die Klage auf Ausschließung des Mitgesellschafters erst nach Eintritt der Liquidation erhoben wird. Im vorliegenden Falle hatte der Kläger sich mit dem Antrag auf Ermächtigung zur Geschäftsübernahme längst an das Gericht gewandt, als der Beklagte starb und nach § 131 Nr. 4,

§ 145 HGB. das Liquidationsstadium eröffnet wurde. Hätte der Beklagte die, wie zu unterstellen, begründete Klage sofort anerkannt, so würde sein Tod einflußlos geblieben sein. Dadurch, daß er den Prozeß in die Länge zog, darf die Rechtslage des Klägers nicht verschlechtert werden. Die konstitutive Wirkung des Urteils, das in den Fällen der §§ 140, 142 ergeht, nötigt zu einer solchen Folgerung nicht, zumal § 140 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß für die Auseinandersetzung der Zeitpunkt der Klagerhebung maßgebend sein soll. Es ist auch nicht richtig, daß die Liquidation mit Notwendigkeit dazu führte, die Übernahme des Geschäfts im ganzen tatsächlich unmöglich zu machen. Die Verfilberung des Gesellschaftsvermögens kann aufgehalten sein, insbesondere kraft Vereinbarung der Beteiligten, und durch Einwirkung einer einstweiligen Verfügung ist der Kläger auch einseitig imstande, sie zu hemmen.

In der Sache II 565/10 (JW. 1911 S. 721 Nr. 29) hat der erkennende Senat in einem dem jetzigen ähnlichen Falle die Klage auf Geschäftsübernahme nach Eintritt der Liquidation für unstatthaft erklärt. Diese Ansicht wird hiermit aufgegeben. Gegenüber dem Urteil des I. Zivilsenats Bd. 74 S. 62 bedarf es bei der dargelegten Verschiedenheit der Tatbestände keiner Anrufung der Vereinigten Zivilsenate, um auszusprechen, daß der Eintritt der Liquidation als solcher — im Gegensatz zu einer durch die Liquidation etwa herbeigeführten Veräußerung des Gesellschaftsvermögens — die bereits vorher anhängig gemachte Klage unberührt läßt.