

33. 1. Stellt die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags einer offenen Handelsgesellschaft, daß für den Fall der Kündigung des einen Gesellschafters der andere die Wahl hat, welche von den beiden Geschäftsabteilungen er übernehmen und fortführen will, eine nach § 723 Abs. 3 BGB. nichtige Beschränkung des Kündigungsrechts dar?

2. Nach welchen Grundsätzen hat die Auseinandersetzung zu erfolgen, wenn bei Kündigung des einen Gesellschafters der andere berechtigt ist, nach seiner Wahl die eine der beiden Geschäftsabteilungen zu übernehmen?

II. Zivilsenat. Ur. v. 22. Dezember 1922 i. S. P. S. (Rl.) w. R. R. (Bekl.). II 621/22.

I. Landgericht Hannover. — II. Oberlandesgericht Celle.

Die Parteien betreiben seit vielen Jahren in Hannover ein Geschäft — offene Handelsgesellschaft — unter der Firma Sch. & P. Weitere Gesellschafter sind nicht vorhanden. Am 14. Januar 1915 schlossen sie einen (neuen) Gesellschaftsvertrag, in dessen § 2 als Zweck der Gesellschaft „die Betreibung eines Handels- bzw. Ein- und Ausfuhrgeschäftes für chemische, technische und Landessprodukte“ bezeichnet ist und dessen § 3 bestimmt, die Dauer der Gesellschaft sei unbestimmt mit der Maßgabe des § 8. Nach diesem § 8 verpflichtet die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses vor dem 1. Januar 1920 den Kündigenden zur Zahlung einer Entschädigung von 1000 M an den andern Gesellschafter; in allen Fällen — heißt es dort weiter — unterliege der Vertrag halbjährlicher Kündigung zum Schlusse des Geschäftsjahres. Sodann bestimmt § 9:

„Im Falle einer Kündigung soll, falls keine andere Einigung zu erzielen ist, eine Trennung der betriebenen Geschäfte in solche der technischen und der chemischen Branche stattfinden, welchen Zweigen diejenigen sonstigen Artikel beigeordnet bleiben sollen, die im regulären Verlaufe der gemeinschaftlichen Tätigkeit im Anschluß an jede der beiden Abteilungen mit bearbeitet worden sind. Der Kündigende muß dem andern Teil die freie Wahl der Übernahme der einen oder der andern Geschäftsabteilung überlassen, falls nicht seine Kündigung sich auf die im § 133 BGB. vorgeschriebenen Fälle bezieht; dann soll ihm, dem Kündigenden, die Branchenwahl zustehen, sofern der andere Teil durch subjektives Verschulden zur Kündigung Anlaß gab. Nach der Trennung der Gesellschafter sind diese ver-

pflichtet, während der Dauer von 5 Jahren nirgends Geschäfte in dem dem andern Teil zufallenden Geschäftszweige zu unternehmen, noch sich an solchen intellektuell oder finanziell zu beteiligen.“

Im jetzigen Rechtsstreit verlangt der Kläger in erster Linie Feststellung der Richtigkeit der im § 9 des Gesellschaftsvertrags vom 14. Januar 1915 getroffenen Vereinbarung über das Wahlrecht des Gesellschafters, dem gegenüber gekündigt worden ist, sowie über das Konkurrenzverbot für die nächsten 5 Jahre nach der Trennung. Hilfsweise wird Feststellung dahin beantragt, daß der Kläger, falls er kündigt, dem Beklagten die Wahl nicht zu lassen brauche und daß er auch nicht durch die Konkurrenzabrede gebunden sei.

Das Landgericht gab dem ersten Klagantrag statt, das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Die Ansicht des Klägers, daß der § 9 des Gesellschaftsvertrags eine unzulässige Beschränkung und Erschwerung des Kündigungsrechts im Sinne des § 723 Abs. 3 BGB. enthalte, beruht auf der Annahme, daß nach dem im Vertrag kundgegebenen Willen der beiden Gesellschafter, falls auf Grund der Kündigung des einen der andere die — wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist — bedeutend höherwertige chemische Geschäftsabteilung für sich in Anspruch nehme und dem Kündigenden dann die minder wertvolle technische Abteilung verbleibe, eine Ausgleichung der beiderseitigen Werte nicht in Frage komme, eine solche Ausgleichung vielmehr gerade durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sei. Anscheinend entnimmt der Kläger in erster Instanz dem § 9 sogar die Bestimmung, daß nicht einmal eine Ausgleichung des Unterschieds in der Bewertung der beiden Abteilungen, wie sie sich, ohne Rücksicht auf die mit Sicherheit zu erwartende günstige künftige Entwicklung, im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung ergibt, zu geschehen habe. Auch das Landgericht, das in Übereinstimmung mit dem Kläger die Richtigkeit der beanstandeten Bestimmung in § 9 annimmt und deshalb dem prinzipialen Klagantrage stattgibt, scheint auf dem gleichen Standpunkt zu stehen. Denn es erblickt im § 9 nach seinem Zweck eine dem Grundsatz des § 723 Abs. 3 BGB. widersprechende und daher nichtige Erschwerung des Kündigungsrechts eines Gesellschafters, da der Kündigende dem anderen Gesellschafter die Wahl unter den beiden Zweigen der Gesellschaft überlassen müsse, obgleich möglicherweise der Wert der Abteilung, die der Kündigende dann erhalte, für ihn geringer sei als der Wert der anderen Abteilung des Geschäfts. In der Berufungsinstanz hat der Kläger nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils seinen Standpunkt dahin festgelegt, daß nach § 9 im Kündigungsfall zwar alles Gesellschaftsvermögen liquidiert und zu gleichen Teilen verteilt werden, aber für die Zukunft

kein Ausgleich stattfinden, sondern nur der eine Gesellschafter die technische, der andere die chemische Abteilung weiterführen solle.

Das Berufungsgericht weist diese Auffassung von Inhalt und Zweck des § 9 zurück. Es legt den Vertrag dahin aus, daß eine solche Wertausgleichung zwischen den beiden Gesellschaftern, falls der eine gekündigt und der andere von seinem Wahlrecht aus § 9 Gebrauch gemacht hat, durch diese Vertragsbestimmung nicht ausgeschlossen sei, da aus dem Vertragsinhalte nicht entnommen werden könne, daß sich die Parteien über das Unterbleiben jeder Auseinandersetzung im Sinne der Wertausgleichung geeinigt hätten. Der § 9 habe vielmehr den Zweck, die sonst als gesetzliche Folge des durch die Kündigung herbeigeführten Erlöschens der offenen Handelsgesellschaft eintretende völlige Liquidation und die Verteilung der liquidierten Werte unter die Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Kapitalkonten zu verhindern, weil auf diesem Wege der Wert des bestehenden Geschäfts verloren gehen würde. Deshalb erhalte die in § 9 getroffene Regelung das Geschäft dadurch tatsächlich am Leben, daß die zwei Abteilungen, also die in ihrer Organisation und in ihren Beziehungen zu Lieferanten und Abnehmern stehenden Werte in der Hand je eines Gesellschafters fortbestehen sollen, was zugleich eine Bestimmung bebinge, die einer Konkurrenz durch den anderen Gesellschafter entgegenwirke. Der § 9 gebe also lediglich eine Regelung über die Art der Auseinandersetzung in dem einen Punkte, lasse aber im übrigen die gesetzlichen Bestimmungen über die Auseinandersetzung unberührt. Der Auffassung des Klägers, daß in Anbetracht der Bestimmung des § 9 bei der Auseinandersetzung keine Rücksicht darauf zu nehmen sein würde, welcher — schätzungsweise zu ermittelnde — Wert der einen und der anderen Abteilung zutomme, daß vielmehr lediglich nach den Geschäfts- und Liquidationsbilanzen zu teilen sei, könne nicht beigetreten werden. Ebenso wie im Falle der Übernahme des ganzen Geschäfts einer offenen Handelsgesellschaft durch einen der beiden Gesellschafter die Abfindung des ausscheidenden Teilhabers nicht nach der Schlußbilanz, sondern nach einer insbesondere auch den Wert des lebenden Geschäfts berücksichtigenden Verteilungsbilanz zu erfolgen habe, sei auch bei der auf Grund des § 9 des Vertrags stattfindenden Trennung der beiden Geschäftsabteilungen zu verfahren. Auch hier blieben zwei durch das gemeinsame Geschäft geschaffene Werte erhalten und würden, ohne aufgelöst und geteilt zu werden, der eine in die Hand des einen, der andere in die Hand des anderen Gesellschafters gelegt.

Diese Auslegung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Das Berufungsgericht stellt sich mit seinen Ausführungen auf den zutreffenden Standpunkt, daß die durch das Geschäft geschaffenen Werte der tatsächlich fortlebenden beiden Abteilungen trotz des durch das Wirk-

samwerden der Kündigung eintretenden Erlöschens der offenen Handelsgesellschaft als deren Restvermögen anzusehen sind und daß daher auch der abzufindende Gesellschafter an dem schätzungsweise zu ermittelnden Wert der von dem andern Gesellschafter weiter zu führenden Abteilung zu beteiligen ist. Denn beide Gesellschafter sind nach Maßgabe ihrer Beteiligung am Geschäft an allen Vermögenswerten beteiligt. Eine andere Behandlung müßte, da sonst der abzufindende Gesellschafter an einem wirklich vorhandenen Vermögenswerte der Gesellschaft leer ausgehen würde, in dem Vertrag bestimmt sein. Eine solche Bestimmung müßte aber, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, die Aktienseite der Auseinandersetzungsbilanz abweichend regeln. Sie findet sich jedoch nicht im Vertrag. Der § 9, auf den der Kläger sich beruft, gibt nach der rechtlich bedenkenfreien Auslegung des Berufungsgerichts lediglich eine Vorschrift über die Art der Auseinandersetzung, dagegen bleibt die Auseinandersetzungsbilanz ganz unbeeinflusst durch ihn. Ohne Rechtsirrtum nimmt das Berufungsgericht daher auch an, daß das vom Kläger für seine Auffassung ferner geltend gemachte Fehlen einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung über die Art der Berechnung des Wertes der beiden Abteilungen kein ausreichender Anhalt dafür sei, daß der Wille der Parteien übereinstimmend auf Ausschließung der Wertausgleichung gerichtet war.

Weiter stellt das Berufungsgericht den untrennbaren Zusammenhang zwischen der Bestimmung des § 9 über die Art der Teilung und dem im letzten Satz daselbst enthaltenen Konkurrenzverbot fest, insofern als dieses ein notwendiges Korrelat der Abmachung bilde, durch welche die lebenden Werte der beiden Geschäftsabteilungen, anstatt vernichtet zu werden, erhalten blieben. Sei aber jene Bestimmung rechtswirksam, so sei es diese ebenso; im übrigen sei die letztere auch zeitlich maßvoll begrenzt und beziehe sich nicht auf Orte, von denen aus keine Konkurrenz möglich sei, auch treffe sie beide Gesellschafter gleichmäßig.

Die Bemängelung der Revision, der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß der sich bei der Auseinandersetzung etwa ergebende Mehrwert der Gemischten Abteilung im Vergleich zum Wert der technischen Abteilung zwischen beiden Gesellschaftern auszugleichen sei, verstoße gegen §§ 731, 733—735 BGB. und §§ 105 Abs. 2, 154, 155 Abs. 1 HGB., liegt neben der Sache. Der hier vorliegende Fall ist dem der Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter gleich zu behandeln. Dieser Gegenstand ist in den §§ 738, 739 740 BGB. in Verbindung mit § 105 Abs. 2 HGB. geregelt. Die Grundlage für die Berechnung dieser Abfindung ist die Vermögenslage der Gesellschaft — hier also der Wert der Gemischten Abteilung — zur Zeit des Erlöschens der Gesellschaft. Bei der Feststellung dieser Vermögenslage ist zu beachten, daß die bestehende Gesellschaft bei der zum Zwecke der Gewinnverteilung

erfolgenden Aufstellung der Bilanz von anderen Gesichtspunkten und Interessen geleitet wird, als sie für die Auseinandersetzung gelten müssen. Hier soll der Ausscheidende an dem wahren Werte teilnehmen. Dieser d. i. der Wert der lebenden Gesellschaft ist mangels entgegen=gesetzter Vereinbarung der Gesellschafter der Auseinandersetzung zu=grunde zu legen (RG. in JW. 1899 S. 395. und 1902 S. 590, Staubinger Anm. II 2b zu § 738, Staub Anhang zu § 141 Anm. 5). Diese Auffassung entspricht der Vorschrift des § 738 Abs. 2 BGB., nach welcher der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist, hier also der Wert der chemischen Abteilung, die von dem nicht kündigenden Gesellschafter fortgesetzt werden wird. In der Bestimmung des § 738 BGB., der Ausscheidende habe das zu fordern, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre, ist nicht der Wert gemeint, der sich bei einer allgemeinen Verflüchtigung der einzelnen Vermögensgegenstände ergibt, sondern der Erlös, der sich bei einer der Sachlage entsprechenden, möglichst vorteilhaftesten Verwertung des Gesellschaftsvermögens — hier also der chemischen Abteilung — durch Veräußerung im ganzen ergeben würde. In Befolgung dieser Grundsätze gelangt man zur Bejahung der Frage, ob unter Umständen in die Auseinandersetzungsbilanz ein Posten „Geschäftswert“ oder „Kundenschaft“ (auch good-will oder façon genannt) einzusetzen sei. Entscheidend dafür ist, ob bei einer etwaigen Verwertung des ganzen Geschäfts — hier also der chemischen Abteilung als Gesamtheit — für den über den Wert der einzelnen Gegenstände hinausgehenden Wert eine Vergütung eintreten würde. Es wäre, wie das Verfassungsgericht mit Recht betont, eine große Unbilligkeit, wenn man den Ausscheidenden von der Beteiligung an einem solchen, doch mit durch seine Tätigkeit hervorgebrachten Geschäftswert ausschließen und ihn so dem anderen Gesellschafter gegenüber benachteiligen würde. Man wird daher in geeigneten Fällen, d. h. dann, wenn sich durch Schätzung (§ 738 Abs. 2 BGB.) ein Geschäftswert feststellen läßt, diesen als Aktivposten in die Auseinandersetzungsbilanz einzusetzen haben.

Da das Verfassungsgericht auf Grund des bedenkenfrei festgestellten, von der Revision auch nicht bemängelten untrennbaren Zusammenhangs des Konkurrenzverbots mit dem übrigen Inhalt des § 9 des Vertrags in dem Konkurrenzverbot eine unzulässige Beschränkung des Kündigungs=rechts des einen Gesellschafters nicht findet — ein Standpunkt, der von der Revision an sich nicht bemängelt ist, auch einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt —, so war die Revision auch zu diesem Punkte, mithin in vollem Umfange, als unbegründet zurückzuweisen.