

61. 1. Bedarf es zur Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft der Eröffnung des Geschäftsbetriebes unter einer gemeinschaftlichen Firma?

2. Kann eine Entscheidung im Sinne der §§ 133, 140 HGB. nur im Wege der Klage oder Widerklage oder auch im Wege der Einwendung herbeigeführt werden?

3. Finden auf die offene Handelsgesellschaft, die ihre Tätigkeit nach außen noch nicht begonnen hat, die Bestimmungen der §§ 320 flg. BGB. Anwendung?

HGB. §§ 105, 108, 133, 140, 123 Abs. 1, 128.

BGB. §§ 320 flg.

II. Zivilsenat. Ur. v. 5. Januar 1926 i. S. H. (Bekl.) w. St. (Kl.).

II 153/24.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien pflogen im Februar 1921 Verhandlungen miteinander wegen einer geschäftlichen Vereinigung, nach der Behauptung des Klägers mit dem Ergebnis, daß ein unter der Firma Max B. H. gemeinschaftlich zu führendes Bankgeschäft in H. gegründet werden sollte. Mit der Behauptung, der Beklagte habe entgegen dieser Ver-

einbarung das Geschäft allein als Firma eines Einzelkaufmanns gegründet und die Aufnahme des Klägers als Mitinhabers verweigert, verlangt dieser Beurteilung des Beklagten zur Mitwirkung dazu, daß unter Umwandlung der Firma *Mag. B. G.* in eine offene Handelsgesellschaft er (Kläger) als Gesellschafter zum Handelsregister angemeldet werde. Der Beklagte wandte ein, der Kläger sei nach seiner Persönlichkeit für ein Bankgeschäft nicht tauglich, der Gesellschaftszweck könne mit ihm als Mitgesellschafter nicht erreicht werden; außerdem wäre bei dem schlechten Verhältnis der Parteien zueinander ein gedeihliches Zusammenarbeiten undenkbar.

Das Landgericht wies die Klage ab, weil die Weigerung des Beklagten, den Gesellschaftsvertrag zu erfüllen, berechtigt sei; denn der Kläger habe seine Einlage nicht in gehöriger Weise beschafft, an ein erspriechliches Zusammenarbeiten der in gespannten Beziehungen lebenden Parteien sei nicht zu denken, auch bilde der Umstand, daß dem Kläger Depot- und Depositengeschäfte, ohne die ein Bankgeschäft nicht geführt werden könne, verboten seien, einen wichtigen Grund zur Kündigung. Das Oberlandesgericht dagegen entsprach dem Klageantrag. Auf die Revision des Beklagten wurde das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt.

Aus den Gründen:

(Zunächst wird die Annahme des Berufungsrichters gebilligt, daß zum 1. April 1921 eine offene Handelsgesellschaft von den Parteien begründet worden sei und daß es sich nicht nur um einen Vorvertrag zum Abschluß eines endgültigen Gesellschaftsvertrags gehandelt habe; dann wird fortgeföhren:) Der Eintragung ins Handelsregister bedurfte es zur Entstehung der Gesellschaft nicht. Fehl geht auch die Revisionsrüge, es sei deshalb nicht zur Entstehung der offenen Handelsgesellschaft gekommen, weil der Geschäftsbetrieb unter einer gemeinsamen Firma nicht eröffnet worden sei. Zwar lehrt Staub, *HGB.* 10. Aufl. § 105 Anm. 11, daß eine offene Handelsgesellschaft nicht entstehe, ehe nicht der Betrieb unter gemeinschaftlicher Firma stattfinde. Im Gesetz findet diese Ansicht jedoch keine Stütze; vielmehr genügt es zur Entstehung der offenen Handelsgesellschaft, daß der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgeschäfts unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (so auch *Düringer-Sachenburg*, *HGB.* 2. Aufl. § 105 Anm. 11); daß aber letzteres

im vorliegenden Falle zutrifft, geht aus den beiderseitigen Bestätigungsschreiben mit Deutlichkeit hervor. Hätte der Kläger Anlaß genommen, wegen des Verhaltens des Beklagten auf Feststellung des Bestehens einer offenen Handelsgesellschaft zu klagen, so wäre einer solchen Klage stattzugeben gewesen. Allein der Kläger verlangt, daß der Beklagte gemäß § 108 HGB. zur Eintragung des Klägers als offenen Handelsgesellschafters im Handelsregister mitwirke, ein solches Verlangen kann aber nicht gestellt werden, wenn Gründe vorliegen, die den Beklagten berechtigen würden, die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung gemäß § 133 HGB. herbeizuführen.

Zwar kann die vom Beklagten in der Revisionsinstanz vertretene Ansicht nicht gebilligt werden, daß eine Entscheidung im Sinne der §§ 133, 140 HGB. nicht nur im Wege der Klage oder Widerklage, sondern auch durch bloße Einwendung herbeigeführt werden könne. Die in Bd. 12 S. 101 R.D.S. abgedruckte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts, auf die sich der Beklagte beruft, ist zu einer Zeit erlassen, da noch Art. 125 Abs. 2 des früheren Handelsgesetzbuchs galt, und nach der Fassung jener Vorschrift nahm damals allerdings die herrschende Meinung im Gegensatz zu Staub und Keyßner an, daß die Geltendmachung durch Einwendung genüge. Im bewußten Gegensatz zu dieser Regelung, die im wesentlichen den für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs im § 723 BGB. getroffenen Bestimmungen entspricht, haben auf die Autorität Staubs und Keyßners hin die §§ 133 und 140 HGB. eine Fassung erhalten, aus der klar hervorgeht, daß die Auflösung der Gesellschaft nur durch konstitutives gerichtliches Urteil herbeigeführt werden kann, und das ist nur möglich, wenn die Auflösung im Wege der Klage oder Widerklage begehrt wird. Für den Fall der Ausschließung (§ 140 HGB.) ist dies vom Reichsgericht schon ausgesprochen, (ZB. 1918 S. 548 Nr. 14). Gleiches muß im Falle des § 133 HGB. gelten. Wenn aber der Berufungsrichter daraus, daß es zur Auflösung der offenen Handelsgesellschaft der Erhebung einer hierauf gerichteten Klage oder Widerklage und eines die Auflösung aussprechenden Urteils bedarf, folgern will, das Vorhandensein eines das Auflösungsverlangen zweifellos rechtfertigenden wichtigen Grundes dürfe, solange der Beklagte eine solche Klage nicht erhoben habe, dem Klagebegehren

gegenüber nicht beachtet werden, so ist diese Auffassung nicht frei von Rechtsirrtum. Indem der Beklagte sich darauf beruft, daß ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft vorliege, will er nicht die Gesellschaft selbst zur Auflösung bringen. Er verlangt auch nicht, daß das Gericht das Verhältnis unter den Parteien so beurteilen solle, als ob keine offene Handelsgesellschaft unter ihnen bestehe; vielmehr erhebt er nur die *exceptio doli generalis*, denn: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est*. Steht dem Beklagten ein Anspruch auf Auflösung der Gesellschaft durch konstitutives Urteil zu — und daß dies der Fall ist, stellt der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit dem ersten Richter in rechtlich einwandfreier Weise fest — so muß dieser Umstand genügen, eine Klage auf Mit-anmeldung des Klägers beim Handelsregister abzuwehren. Ganz ähnlich liegt die Sache bei der Ehe. Ihre Scheidung ist auch nur durch konstitutives Urteil möglich, gleichwohl kann der während bestehender Ehe auf Herstellung des ehelichen Lebens in Anspruch genommene Ehegatte die Herstellung verweigern, wenn ihm Gründe zur Seite stehen, die ihn berechtigen, eine Ehescheidungsklage zu erheben (§ 1353 Abs. 2 BGB.). Im vorliegenden Falle muß dem Beklagten ein Recht, dem Klagebegehren entgegenzutreten, um so mehr eingeräumt werden, als er von der Eintragung an aus allen Geschäften, die der Kläger namens der Gesellschaft vornehmen würde, gemäß §§ 123 Abs. 1, 128 BGB. haftbar gemacht werden könnte, so daß seine Lage durch die Eintragung des Klägers im Handelsregister unter Umständen erheblich verschlechtert würde. . . .

Im übrigen mag noch bemerkt werden: für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist es anerkanntes Rechtens, daß, solange sie nach außen noch nicht hervorgetreten ist, grundsätzlich auch die Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB. auf sie Anwendung finden; und gleiches muß auch für die offene Handelsgesellschaft gelten, soweit sie ihre Tätigkeit noch nicht begonnen hat; vgl. RGZ. Bd. 78 S. 303, Bd. 81 S. 303, Bd. 89 S. 334 und 398, Warn. 1917 Nr. 289. Der Berufungsrichter hätte daher, ehe er zur Verurteilung des Beklagten kommen konnte, zunächst feststellen müssen, ob die offene Handelsgesellschaft als solche ihre Tätigkeit schon begonnen hatte, und im Verneinungsfalle wäre zu prüfen gewesen, ob nicht die Gründe, auf die der Beklagte seinen Anspruch auf Auflösung der Gesellschaft stützt

gemäß §§ 325, 326 BGB. keinen Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage zu rechtfertigen geeignet sind.