

**2. Haftet der ausgeschiedene Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft aus einem während seiner Mitgliedschaft von ihr als Mieterin geschlossenen Mietvertrag für die Schadenserfordernung, die dem Vermieter zusteht, weil die offene Handelsgesellschaft nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens den Mietvertrag vorzeitig gekündigt hat?**

RGW. § 128. Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 (RGW. I S. 139)  
§ 29 Abs. 2, § 30.

II. Zivilsenat. Urt. v. 14. Februar 1933 i. S. B. (Kl.) w. von E.  
(Bekl.). II 284/32.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Der Beklagte war bis Ende 1929 Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft G. F. Die Gesellschaft bestand nach seinem Ausscheiden als solche weiter. Sie ist dann in ein gerichtliches Vergleichsverfahren eingetreten und hat in diesem einen Vergleich mit den beteiligten Gläubigern geschlossen. In diesem Verfahren hat sie einen zur Zeit der Mitgliedschaft des Beklagten am 22. April 1927 mit dem Kläger als Vermieter geschlossenen, beiderseits mit einjähriger Frist erstmals auf den 1. Oktober 1937 kündbaren Mietvertrag mit gerichtlicher Ermächtigung gemäß § 29 Abs. 2 BerglD. zum 1. Oktober 1931 gekündigt. Der Kläger traf mit der Firma und der Vertrauensperson ein Abkommen dahin, „daß die Miete bis zum 1. Oktober 1931 voll bezahlt wird, während er im Vergleich für den Mietausfall der späteren Zeit einen Betrag von 18000 RM. an-

gemeldet hat und auf diesen mit der Vergleichsquote von 30% befriedigt werden soll". Dabei sollen nach der Klagschrift alle Ansprüche gegen die früheren Gesellschafter vorbehalten geblieben sein.

Der Kläger hat nun den Beklagten als vormaligen Gesellschafter auf Ersatz des ihm durch die vorzeitige Kündigung des Mietvertrags entstandenen und noch entstehenden Schadens in Anspruch genommen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

#### Gründe:

Die Klageanträge sind vom Vorberrichter mit folgender Begründung abgewiesen worden: Mietzins, wofür der Beklagte dem Kläger nach § 128 HGB. gesamtschuldnerisch haftbar wäre, fordere der Kläger nicht und könne er nicht fordern, weil das Mietverhältnis mit dem 1. Oktober 1931 sein Ende gefunden habe. Für den durch die Kündigung auf diesen Zeitpunkt gemäß §§ 29, 30 VerglD. entstandenen Schadensersatzanspruch hafte der Beklagte nicht. Dies sei ohne weiteres aus § 30 zu ersehen. Der Kläger begnüge sich zudem nicht mit dem beschränkten Anspruch nach dieser Vorschrift. Eine andere Haftung als die nach § 30 VerglD. treffe auch die Firma G. F. nicht. Sie habe, indem sie von dem gesetzlichen Kündigungsrecht des § 29 das Gebrauch gemacht habe, nicht schuldhaft gehandelt und sich nicht nach § 324 HGB. haftbar gemacht. Weßhalb der Beklagte, der nach § 30 VerglD. nicht hafte, einer anderen Haftung unterworfen sein solle, sei vollends nicht zu ersehen.

Gegenüber den Ausführungen des Urteils rügt die Revision sachlich-rechtlich die Verletzung von § 128 HGB. und § 30 VerglD. Sie führt aus, nach § 128 HGB. hafte der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft persönlich auch nach seinem Ausscheiden. Der Beklagte habe für die Erfüllung des Mietvertrags einzustehen; werde nicht erfüllt und trete infolge gesetzlicher Vorschrift an Stelle des Erfüllungsanspruchs ein Schadensersatzanspruch, so bestche das Entstehen des Gesellschafters für die Vertragserfüllung in der Leistung des Schadensersatzes. § 30 VerglD. enthalte keine Ausnahme von diesem Rechtsfaß. Die mit Ermächtigung des Gerichts erfolgte Kündigung sei nur möglich gewesen unter gleichzeitiger Entstehung eines Schadensersatzanspruchs. Die Kündigung

sei deshalb unmittelbar die den Schadensersatzanspruch erzeugende Handlung.

Wichtig ist hierbei der Ausgangspunkt, daß der ausgeschiedene Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft den Gesellschaftsgläubigern auch nach seinem Ausscheiden bis zur Grenze der in § 159 HGB. bestimmten Verjährung für die in der Zeit seiner Mitgliedschaft begründeten Verbindlichkeiten haftet. Er haftet aber nur für die Verbindlichkeiten, die zur Zeit seines Ausscheidens bereits vorhanden waren (RGZ. Bd. 86 S. 60). Die hier in Betracht kommende Verbindlichkeit, wie sie zur Zeit des Ausscheidens des Beklagten bestand, ist die Pflicht zur Mietzinszahlung, die im vollen Umfang der Vertragszeit bereits begründet war unerachtet dessen, daß es sich um einen langfristigen Mietvertrag, ein sog. Wiederkehrschuldverhältnis handelte, bei welchem Zeitablauf und Gebrauchsgewährung durch den Vermieter hinzutreten mußten, um die einzelnen Zinsbeträge fällig werden zu lassen (RGZ. a. a. O. S. 61). Diese Pflicht zur Mietzinszahlung hat durch die unstreitige gesetzliche Kündigung der ins Vergleichsverfahren eingetretenen Gesellschaft gemäß § 29 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BerglD. ihr Ende erreicht mit dem Ablauf des Mietvertrags gerade in dem Zeitpunkt, mit dem die Klageanträge einsezen, dem 1. Oktober 1931. Mit dem Ablauf der Kündigungsfrist ist der Mietvertrag erloschen (RGZ. Bd. 56 S. 245 [247], Bd. 67 S. 372 [376]). Die Frage ist die, ob die Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung, welche Forderung infolge der nach dem Ausscheiden des Beklagten erklärten Kündigung gemäß § 30 BerglD. gegen die Gesellschaft (Schuldnerin des Vergleichsverfahrens) besteht, von der Haftung des Beklagten umfaßt wird oder ob sie als eine nach seinem Ausscheiden erst entstandene besondere Forderung ihn nicht mehr trifft. Diese Forderung haben die bei der Veränderung des Rechtsverhältnisses durch die Kündigung Beteiligten — der Vermieter und die Schuldnerin des Vergleichsverfahrens — für die Teilnahme an diesem Verfahren vergleichsweise auf den festen Betrag von 18000 RM. bemessen, unabhängig von dem wirklichen, erst in fernerer Zukunft nach dem 1. Oktober 1937 genau zu berechnenden Schaden. Vom Beklagten fordert der Kläger indessen nicht Haftung für diesen Betrag, sei es ganz, sei es mit dem darauf entfallenden Vergleichssatz von 30%, sondern etwas anderes, nämlich, vorläufig beschränkt auf einen Höchstbetrag, den wirklichen, bereits eingetretenen oder noch eintretenden

Schaden. Er will auf diese Weise vom Beklagten den Unterschied zwischen dem vertraglichen und dem nach der Beendigung des Mietvertrags für die Mietzeit tatsächlich sich ergebenden Mietzinsertrag erlangen, wobei er sich natürlich gemäß § 422 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch das, was er von der mitschuldenden Gesellschaft durch die vereinbarte Vergleichszahlung erhält, einrechnen lassen muß, soweit diese auf die Zeit der Haftung des Beklagten anteilig entfällt. Erst wenn feststeht, daß den Beklagten überhaupt eine Haftung trifft, kann sich die andere, vom Vorderrichter nicht beantwortete und daher hier nicht zu behandelnde Frage erheben, ob der Beklagte eine Begrenzung seiner Haftung gemäß der Vereinbarung des Klägers mit der Gesellschaft als ausgeschiedener Gesellschafter ebenso wie die gegenwärtigen Gesellschafter geltend machen kann (vgl. einerseits § 89 Nr. 4 VerglD., § 129 Abs. 1 HGB., anderseits § 73 Abs. 2 VerglD.).

Mit Recht sagt die Revision, daß die Verneinung der Haftung des Beklagten nicht, wie der Vorderrichter meint, ohne weiteres aus § 30 VerglD. zu entnehmen ist. Hier wird nur darüber verfügt, was mit der gesetzlich für berechtigt erklärten Schadenersatzforderung im Vergleichsverfahren geschieht, an dem sie sonst nach § 4 Satz 1 VerglD. nicht teilnähme. Andere Verbindlichkeiten dagegen werden durch § 30 nicht berührt; sie richten sich nach den sonstigen Gesetzen, soweit nicht für den Vergleichsfall § 89 Nr. 4 und § 73 Abs. 2 VerglD. besondere Bestimmungen treffen. Gerade § 73 Abs. 2 beweist dies. Auch läßt sich nicht mit dem ersten Richter sagen, die Gebrauchsgewährung als Gegenleistung gegen den Mietzins habe nicht ohne Zutun des Klägers aufgehört. Dieser hat sich zwar mit der Gesellschaft über die Wirkung der Beendigung der Miete durch Kündigung für das Vergleichsverfahren verglichen, aber nichts dazu getan, daß die Kündigung (wider seinen Willen) rechtswirksam gemäß § 29 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VerglD. erfolgte. Im Urteil RGZ. Bd. 125 S. 417 (418) sind Fälle späterer Verlängerung von Rechtsverhältnissen, die während der Mitgliedschaft begründet worden sind, zusammengestellt, in denen die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters deshalb abzulehnen sei, weil die Rechtsverhältnisse nach seinem Ausscheiden entstanden seien (Wechselprolongation, stillschweigende Verlängerung eines abgelaufenen Mietvertrages). In diesen Fällen beruht das entstandene neue Rechtsverhältnis auf einem rechtsgeschäftlichen Handeln oder Verhalten beider Parteien. Hier ist die Schadenersatzforderung

durch eine einseitige rechtsgeschäftliche Handlung der Schuldnerin im Vergleichsverfahren herbeigeführt worden. Eine solche Handlung eines Gesamtschuldners aus dem alten Rechtsverhältnis (vgl. über das Entstehen eines echten Gesamtschuldverhältnisses mit dem Ausscheiden des Gesellschafters Düringer-Hachenburg-Flechthelm HGB. Bd. II 2 § 128 Anm. 16 Abs. 2 und das Urteil des erkennenden Senats vom 23. März 1928 II 412/27, abgedr. JZ. 1928 S. 2612 Nr. 2) wirkt nach § 425 HGB., dessen Abs. 2 die Kündigung ausdrücklich anführt, regelmäßig nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt, also hier die Gesellschaft, und solchenfalls könnte den ausgeschiedenen Gesellschafter folgerichtig auch ihre Wirkung, der Schadenersatzanspruch, nicht treffen. Jenes gilt aber nach § 425 Abs. 1 HGB. nur, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis etwas anderes ergibt. Aus dem Rechtsverhältnis der Miete muß jedoch hier entnommen werden, daß auf Mieterseite kündigungsberichtig nur die allein zum Gebrauch befugte Gesellschaft war und daß ihre Kündigung auch für und gegen die übrigen Gesamtschuldner wirkte.

Entscheidend ist die Frage, ob die an die Kündigung sich knüpfende Schadenersatzforderung des Vermieters erst kraft Gesetzes durch die Kündigung in der Zeit nach dem Ausscheiden des Beklagten entstanden, erst etwa, wie die Revision ihrem Ziele zuwider sich ausdrückt, „erzeugt“ worden ist, oder ob sie, wenn auch unentwickelt, bereits mit der alten Mietzinsforderung gegeben war und durch die Kündigung erst ausgelöst worden ist, anders ausgedrückt — wie in dem alten (französisch-rechtlichen) Urteil RGZ. Bd. 7 S. 19 im Anschluß an die Motive zur Konkursordnung S. 245 geschehen — ob das Vertragsverhältnis „sich in einen Entschädigungsanspruch aufgelöst“ hat. Der Senat vertritt die Anschauung, daß die Schadenersatzforderung, von welcher § 30 VerglO. — entsprechend dem § 19 Satz 3 KO. im Konkursfall — redet, ihre Grundlage schon in dem Mietvertrag hat. Sie hat auch nichts anderes zum Inhalt als den Mietzins bis zu der sonstwie eintretenden Beendigung des vor dem Ausscheiden des Beklagten geschlossenen Vertrags, abzüglich des durch anderweitige Vermietung eingehenden oder erlangbaren Mietzinsbetrags — nach dem Grundsatz der Verpflichtung zur Schadenabwendung oder Schadenminderung gemäß § 254 Abs. 2 HGB.

Jaeger KO. läßt nach § 19 Anm. 9 den Bürgen gemäß § 767 HGB. für die Schadenersatzforderung an die Konkursmasse, im Fall

des Zwangsvergleichs gemäß dem dem § 73 Abs. 2 Vergl. D. entsprechenden § 193 Abs. 2 R. D. eintreten. Er spricht sich allerdings in § 17 Anm. 43, § 19 Anm. 16, 17 und § 26 Anm. 20 dahin aus, der bei der Kündigung nach § 19 Satz 1 und 2 R. D. gemäß Satz 3 gegebene Schadenersatzanspruch „beruhe ausschließlich auf dem Gesetz“. Jedoch führt er in § 19 Anm. 17 selbst an, daß schon vor Einführung des jetzigen § 19 Satz 3 R. D. von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 7 S. 19, Bd. 11 S. 357, Bd. 18 S. 269; SeuffArch. Bd. 48 Nr. 237) der mit Satz 3 ausdrücklich bestätigte Schadenersatzanspruch des Vermieters bei Kündigung des Verwalters anerkannt worden sei, und daß auch die Motive zur Konkursordnung S. 78 ihn zugrundegelegt hätten („Im übrigen bleiben ihm seine kontraktlichen Ansprüche auf Entschädigung vorbehalten“). Dem folgend hat, wie Jaeger weiter anführt, auch die Begründung zu der Gesetzesänderung von 1898 (S. 29), die den Erfasanspruch „ausdrücklich anerkannt“ habe, sich ausgesprochen: „Es ist gegenwärtig (im Schrifttum vgl. Jaeger a. a. O.) bestritten, ob die Ausübung der . . . dem Verwalter eingeräumten Kündigungsbe fugnis für den Vermieter oder Verpächter das Recht begründet, im Konkurse wegen der vorzeitigen Aufhebung des Verhältnisses nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts Entschädigung zu fordern. Das Reichsgericht hat in wiederholten Entscheidungen den Entschädigungsanspruch für zulässig erklärt. Mit Rücksicht auf die Zweifel . . . empfiehlt es sich, den Anspruch auf Schadenersatz ausdrücklich anzuerkennen.“ Auch hier ist die Sache so, daß — wie diese Begründung S. 30 zum Fall der Erfüllungsablehnung des Verwalters sagt, bei der das Vertragsverhältnis nicht aufgehoben wird und daher eine entsprechende Vorschrift nicht als erforderlich erachtet wurde — „an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung ein Anspruch auf Schadenersatz tritt“. Dies wurde im eben erwähnten Fall „in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und der Rechtsprechung des Reichsgerichts als selbstverständlich“ angesehen. Im Fall der Kündigung des Miet- oder Pachtvertrags durch den Konkursverwalter oder den Vergleichsschuldner liegt aber regelmäßig die Sache auch in der Richtung gleich, daß das Unvermögen zur Aufbringung der zum Aushalten des Vertrags erforderlichen Geldmittel den inneren Grund der Kündigung wie der Erfüllungsablehnung bildet. Daß für diesen Umstand der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 279, 280

BGB.) einzustehen hat, ist der rechtliche Grund für die Anerkennung und gesetzliche Normierung des Schadenersatzanspruchs als allgemeine Regel. Gerade auch in der Begründung der Vergleichsordnung S. 24 wird die vom Schuldner zu vertretende ungünstige Vermögenslage als Grund dafür angegeben, daß das Gesetz ihm selbst einen Ersatzanspruch versagt, wenn der andere Teil nach § 28 BerglD. die Erfüllung oder weitere Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags ablehnt (wie allerdings bei der Grundstücks- und Raummiete auch in der Form der Kündigung mit gesetzlicher Frist nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 ausgeschlossen).

Ähnliche Rechtsgestaltungen, bei denen kaum bezweifelt werden wird, daß der verletzte Vertrag die rechtliche Grundlage des gesetzlich ausdrücklich anerkannten Schadenersatzanspruchs bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Kündigung bildet, finden sich verschiedentlich. Nach § 628 Abs. 2 BGB. und entsprechend nach § 70 Abs. 2 HGB. hat beim Dienstvertrag derjenige Teil, dessen das Vertragsverhältnis beendigende Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt wird, einen Schadenersatzanspruch wegen der Aufhebung des Dienstverhältnisses. Von diesem Anspruch sagt das Urteil des III. Zivilsenats vom 22. Januar 1918 III 377/17, abgedr. JB. 1918 S. 550 Nr. 1, er sei kein selbständiger, vom Vertrag losgelöst, sondern ein Anspruch, der in letzterem seine Wurzel und seine Grundlage habe; er wolle wirtschaftlich denselben Erfolg herbeiführen, der eingetreten wäre, wenn beide Teile den Vertrag ordnungsmäßig erfüllt hätten, Ursprung und Ziel seien dieselben. Gelangt ein auf bestimmte Zeit vermietetes oder verpachtetes Grundstück zur Zwangsversteigerung und kündigt der Ersteher gemäß § 57a ZBG. in Durchbrechung des Grundsatzes: „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 571 BGB.), so erlangt nach der Rechtsprechung der Mieter oder Pächter aus dem Vertrag einen Schadenersatzanspruch gemäß §§ 541, 538 BGB. gegen den Vermieter oder Verpächter, weil dieser für die Fortdauer seiner Leistungsfähigkeit auch in der Person seines Besitznachfolgers einzustehen hat (RGZ. Bd. 63 S. 66, Bd. 65 S. 29; Gruch. Bd. 60 S. 853). Anerkannt ist sodann in fester Rechtsprechung verschiedener Senate (RGZ. Bd. 58 S. 11, Bd. 79 S. 129, Bd. 121 S. 367 [371]; WarnRspr. 1916 Nr. 178; gegen das alte Urteil RGZ. Bd. 46 S. 98), daß für die Aufrechnung im Konkurs nach §§ 54, 55 RD., deren entsprechende Anwendung für das Vergleichsver-

fahren in § 36 VerglD. vorgeschrieben ist, das Bestehen der hier in Betracht kommenden Schadenersatzforderungen wegen Nichterfüllung gegenseitiger Verträge als bedingt durch die Erfüllungsablehnung oder Kündigung schon für den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens anzunehmen ist. Die von Riesow VerglD. § 30 Anm. 4 und § 36 Anm. 17 a. E. — gegen alle Erläuterungswerke zur Konkursordnung und gegen Mayer VerglD. § 36 Anm. 20 — ohne stichhaltige Gründe vertretene Gegenmeinung hinsichtlich der Aufrechnung vermag in diesem Punkte nichts zu ändern. Wenn Riesow zu den Rechtsfolgen der Erfüllungsablehnung in § 28 Anm. 33 erklärt, der Erfüllungsanspruch „verwandte sich“ in einen Anspruch auf Schadenersatz, der seine Begründung allein in der Bestimmung des § 30 finde, woneben auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu seiner Rechtfertigung „nicht zurückgegriffen werden könne und brauche“, anderseits in § 30 Anm. 1 nur sagt, neben dieser Vorschrift „brauche nicht“ auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zurückgegriffen zu werden, so steht die letztere Wendung der hier vertretenen Anschauung jedenfalls nicht entgegen. Unter dem Gesichtswinkel der Inanspruchnahme des Schuldners des Vergleichsverfahrens mag die Berufung auf die ausdrückliche Gesetzesvorschrift genügen. Anders steht es, wie der gegebene Fall zeigt, bei der Frage nach der Haftung von Mitschuldnern.

Diese hier angenommene Haftung wird auch durch die Billigkeit und durch rechtspolitische Erwägungen gefordert. Hat der Vermieter oder Verpächter einen Vertrag gerade mit Rücksicht auf die Beteiligung bestimmter zahlungsfähiger Persönlichkeiten bei einer Gesellschaft geschlossen, so wäre es keineswegs richtig, ihm nach Ausscheiden einer solchen Persönlichkeit, das er nicht hindern und für die Regel auch nicht als Grund zur Lösung des Vertragsverhältnisses benutzen kann, den Zugriff auf deren Haftung gerade dann zu versagen, wenn die Gesellschaft notleidend wird und mit Rücksicht auf diesen von ihr, jedenfalls aber nicht vom Vertragsgegner zu vertretenden Umstand ein besonderes Kündigungsrecht erlangt. Ein Rechtszustand solcher Art wäre gerade bei Unternehmungen, die auf der Miete oder Pacht eines großen Gegenstandes beruhen (Wirtschafts-, Unterhaltungsbetriebe), nicht ungefährlich, weil die am Unternehmen Beteiligten leicht dazu geführt werden könnten, bei Mißerfolgen noch vor dem Offenbarwerden die zahlungsfähigen

Persönlichkeiten dadurch von einer Haftung für das Aushalten des Miet- oder Pachtvertrags zu befreien, daß sich letztere aus der Gesellschaft zurückzögen.

Das vom Beklagten und der Revisionsbeantwortung für ihren Standpunkt besonders angeführte Urteil des erkennenden Senats vom 21. Dezember 1906 II 204/06 in RGZ. Bd. 65 S. 26 betrifft einen anderen Fall: Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB. zusammen mit dem in der Firma verbliebenen Mitgesellschafter. Die Abweisung der Klage gegen den — allerdings schon nach Eintritt des Verzugs in wählender Gesellschaft — Ausgeschiedenen beruhte darauf, daß entsprechend dem Verzug nach § 425 Abs. 2 BGB. die Erfüllungsverweigerung des in der Firma Verbliebenen und demgemäß auch die ihm gegenüber getroffene Wahl von Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegenüber dem anderen Gesamtschuldner nicht wirkten (auch diesem gegenüber weder eine Nachfristsetzung mit Wahl nach § 326 Abs. 1 BGB. erfolgt noch seine Erfüllungsverweigerung festgestellt war). Dies liegt hier bei der Kündigung des Mietvertrags, wie bereits gezeigt, anders.