

**17. Unter welchen Voraussetzungen haftet derjenige, der in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten ist, für die vor seinem Eintritt entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten, wenn er den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung mit Erfolg anfecht?**

§ 28.

II. Zivilsenat. Ur. v. 13. Oktober 1933 i. S. R. (Rl.) w. G.  
(Befl.). II 110/33.

I. Landgericht Dresden.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Jahre 1923 gründeten der Korbmachermeister W. und der Kaufmann E. unter der Firma Sächsische Korbindustrie W. & E. in

U. eine offene Handelsgesellschaft. Später trat der Fabrikbesitzer H. als weiterer persönlich haftender Gesellschafter in die Gesellschaft ein. Er wurde am 27. April 1925 als solcher ins Handelsregister eingetragen. Am 24. Juni 1925 schlossen die Gesellschafter einen Vertrag, nach dem W. und E. „unter dem 15. Juni 1925“ aus der offenen Handelsgesellschaft ausschieden und H. als Alleinhaber das Geschäft unter Änderung der Firma in „Sächsische Korbindustrie vorm. W. & E.“ weiterführte. Diese Änderung wurde am 23. Juli 1925 ins Handelsregister eingetragen. Schon vorher hatte sich der Beklagte durch einen mit H. am 23. Juni 1925 geschlossenen notariellen Vertrag verpflichtet, zu Gunsten der Kreditgenossenschaft N. auf ein ihm gehörendes Grundstück in D. eine Höchstbetragshypothek von 60000 RM. mit dem Rang an erster Stelle eintragen zu lassen unter der Bedingung, daß die Genossenschaft der Firma Sächsische Korbindustrie W. & E. einen Kredit von 22000 RM. gewähre und daß ihm selbst von dieser Firma ein Teil des Kredits in Höhe von 10000 RM. ausbezahlt werde. Die Übernahme der Verpflichtung war weiter daran geknüpft, daß die Gesellschafter W. und E., ersterer gegen eine Abfindung, letzterer unter Vereinbarung der Bestellung zum Generalvertreter, aus der Gesellschaft ausschieden, daß dem Beklagten die Stellung eines stillen Gesellschafters mit den gleichen Rechten, wie sie der bisherige Gesellschafter W. hatte, eingeräumt werde, mit der Maßgabe jedoch, daß er für vorher entstandene Schulden nicht aufzukommen habe, und daß ihm auf jederzeitiges Ansuchen in der Firma die Stellung eines offenen Handelsgesellschafters oder eines Kommanditisten, oder, falls er stiller Gesellschafter bleibe, tätige Mitarbeit nach seiner Wahl eingeräumt werde. H. erklärte, daß er sich zur Erfüllung der vorstehenden Bedingungen verpflichtete.

Am 6. Juli 1925 faßte der Vorstand der genannten Kreditgenossenschaft N. folgende Beschlüsse: 1. der der bisherigen Firma eingeräumte Kredit in Höhe von 25000 RM. gehe auf die neue Firma Sächsische Korbindustrie vormals W. & E. über; zur Sicherung diene die auf deren Fabrikgrundstück einzutragende, bereits am 25. Mai 1925 bewilligte Sicherungshypothek von 35000 RM.; die persönliche Haftung „der Gesellschafter G. (Beklagter) und H.“ solle jedoch dadurch nicht aufgegeben werden; 2. dem „Gesellschafter G.“ (Beklagter) werde ein Kredit in Höhe von 35000 RM. ein-

geräumt; zur Sicherung aller aus dieser Kreditgewährung entstehenden Forderungen habe er auf seinem in D. belegenen Grundstück eine Sicherungshypothek in Höhe von 80000 RM. eintragen zu lassen, die gleichzeitig als Sicherung aller aus einer Kreditgewährung an den Gesellschafter G. bereits bestehenden und ferner entstehenden Forderungen diene; 3. dem Gesellschafter G. werde ein Kredit von 25000 RM. eingeräumt; zur Sicherung aller Forderungen hieraus hätten die Firma und „ihr Gesellschafter G.“ (Beklagter) die selbstschuldnerische Bürgschaft zu übernehmen unter Verzicht auf die Rechte aus § 776 BGB. Das Protokoll über diese Vorstandsbeschlüsse enthielt nach den Unterschriften der Vorstandsmitglieder der Genossenschaft einen vom Beklagten und von G. unterschriebenen Zusatz mit Datum vom 6. Juli 1925, worin sich diese beiden als „offene Handelsgesellschafter der Firma Sächsische Korbinindustrie vorm. W. & C.“ den Beschlüssen unterwarfen und erklärten, daß sie das Protokoll als vollwertigen Vertrag anerkannten.

Am 27. Juli 1925 meldeten G. und der Beklagte zur Eintragung ins Handelsregister an, daß dieser als persönlich haftender Gesellschafter in das Handelsgeschäft eingetreten sei und daß die hierdurch begründete offene Handelsgesellschaft am 1. Juli 1925 begonnen habe. Dieser Anmeldung lag ein vom 1. Juli 1925 datierter, in Wirklichkeit aber erst am 27. des. Mon., dem Tage der Anmeldung zum Handelsregister, geschlossener privatschriftlicher Vertrag zwischen G. und dem Beklagten zugrunde. Nach dessen § 1 nahm G. als alleiniger Inhaber des unter der Firma Sächsische Korbinindustrie vorm. W. & C. eingetragenen Unternehmens den Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafter auf. In § 5 vereinbarten die Vertragsschließenden ausdrücklich, daß der Beklagte für die vor seinem Eintritt von G. persönlich eingegangenen Verbindlichkeiten keine Haftung zu übernehmen habe; diese Abmachung sollte auch für Verbindlichkeiten gelten, die etwa künftig noch aus solchen Geschäften entstünden, die vor dem Eintritt des Beklagten eingegangen worden seien. Zur Eintragung des Eintritts des Beklagten als Gesellschafter in das Handelsregister ist es nicht gekommen, weil er am 6. August 1925 den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechtete und gleichzeitig dem Registergericht gegenüber seinen Eintragungsantrag zurückzog. Am 29. August 1925 wurde über das Vermögen von G. das Konkursverfahren eröffnet.

Der Kläger hat nach seiner Behauptung im Februar und März 1925 der Sächsischen Korbindustrie W. & C. eine größere Menge Weiden geliefert. Zur Zeit der Lieferung wollte er sich an dem Unternehmen als Gesellschafter beteiligen. Die gelieferten Weiden sollten seine Sacheinlage bilden. Die darauf abzielenden Verhandlungen führten aber zu keinem Ergebnis, worauf die Firma im April oder Mai 1925 die Weiden käuflich übernahm und mit dem Beklagten wegen seiner Aufnahme in das Geschäft in Verbindung trat. Der Kläger sieht den Beklagten als für die Kaufpreisschuld haftbar an, weil er sich bei der Verhandlung mit der Kreditgenossenschaft N. am 6. Juli 1925 als offener Handelsgesellschafter betätigt habe und der Gesellschaftsvertrag, wenn er nicht schon am 1. Juli 1925 zustande gekommen, mit rückwirkender Kraft auf diesen Tag geschlossen worden sei. Er behauptet, der Beklagte habe sich ferner dadurch als Gesellschafter betätigt, daß er den mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter C. abgeschlossenen Vertretervertrag unter der Firmenbezeichnung neben S. mit seiner Unterschrift versehen habe. Der Kläger forderte nach Berücksichtigung von Abzahlungen und Nachlässen 9307,64 RM. Nachdem er in einem Vorprozeß bereits 3000 RM. nebst Zinsen eingeklagt und ein rechtskräftiges Urteil erlangt hat, verlangt er jetzt noch den Rest einschließlich Zinsen. Der Beklagte bestreitet Bestand und Höhe der Forderung. Ferner lehnt er seine Haftbarkeit ab, da der Gesellschaftsvertrag auf Grund der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig sei, er sich auch nicht als offener Handelsgesellschafter betätigt habe.

Das Landgericht erkannte nach dem Klagantrag. Das Oberlandesgericht wies auf die Berufung des Beklagten die Klage ab. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.

#### Gründe:

... Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß im Fall der Rechtswirklichkeit des zwischen dem Beklagten und S. abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags die Haftbarkeit des Beklagten für die von der früheren offenen Handelsgesellschaft begründete Kaufpreisschuld nur aus § 28 HGB., nicht aus § 130 das. abgeleitet werden kann. Denn im Zeitpunkt des Eintritts des Beklagten in das Geschäft war S. dessen einziger Inhaber. Das Berufungsgericht gelangt ferner rechtlich einwandfrei zu der Feststellung, daß S. den

Beklagten durch arglistige Täuschung über die geldlichen Verhältnisse des Unternehmens zum Abschluß des Gesellschaftsvertrags bestimmt hat. Die Täuschung lag insbesondere darin, daß S. dem Beklagten bei den Vertragsverhandlungen verschwie, daß der erhebliche Vorrat an Weiden, der die Grundlage für den Betrieb des Unternehmens bildete, sowie Halb- und Fertigerzeugnisse im Wert von rund 50000 RM. kurz vorher im Wege der Sicherungsübereignung an die Gemeinde N. zur Sicherung einer hohen Forderung ihrer Girokasse übereignet worden waren. Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags ist nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts durch Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner S. erfolgt. War die Anfechtung überhaupt zulässig, so wurde sie schon durch diese Erklärung wirksam. Es bedurfte dazu nicht, wie der Kläger behauptet hat, einer gerichtlichen Entscheidung nach § 133 HGB. Die Klage auf Auflösung nach dieser Vorschrift setzt das Bestehen einer Gesellschaft voraus. Sie ist deshalb nicht gegeben, wenn der Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig ist, sei es auch nur auf Grund einer Anfechtung, die rückwirkend die Nichtigkeit zur Folge hat. Auch zu einer entsprechenden Anwendung der Bestimmung des § 133 HGB. besteht kein Anlaß. Soweit ein Bedürfnis vorliegt, die Nichtigkeit über den einzelnen Streitfall hinaus darzutun, kann dem durch eine gewöhnliche Feststellungsklage genügt werden. Der entsprechenden Anwendung der genannten Vorschrift steht überdies entgegen, daß nach ihr das Urteil die Auflösung erst für die Zukunft herbeiführt, während die Anfechtung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirkt.

Die Entscheidung hängt daher von der Beantwortung der im Schrifttum bestrittenen Frage ab, ob die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung wegen Willensmängel oder die Geltendmachung der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 133 HGB. auf das Gesellschaftsrecht, insbesondere auf das Recht der Kapital- und der Personalgemeinschaften des Handelsrechts, ausgeschlossen ist oder ob nicht wenigstens im Außenverhältnis eine Beschränkung in der Geltendmachung der Nichtigkeit eintreten muß. Für den vorliegenden Fall, wo von einem Dritten die persönliche Haftung des Beklagten mit seinem ganzen Vermögen geltend gemacht wird, kommt nur die Wirkung nach außen, gegenüber den Gläubigern in Frage. Eine ausdrückliche Bestimmung über die

Wirkung der Anfechtung von Gesellschaftsverträgen enthalten weder das Bürgerliche Gesetzbuch noch das Handelsgesetzbuch noch auch die Einzelgesetze, insbesondere das Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder das Genossenschaftsgesetz. Für die Kapitalgesellschaften und die eingetragenen Genossenschaften ist die Frage durch die jahrzehntelange ständige Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre dahin entschieden, daß die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht mehr geltend gemacht werden kann nach der Eintragung der Gesellschaft ins Handels- oder Genossenschaftsregister, die eine rechtsschaffende Tatsache bildet (vgl. z. B. RRG. Bd. 123 S. 102, Bd. 124 S. 279, Bd. 127 S. 186 und die insbesondere in dem erstgenannten Urteil wiedergegebene frühere Rechtsprechung und deren Begründung). Danach ist der maßgebende Grund für die Verjagung der Anfechtung nach Eintragung der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder der eingetragenen Genossenschaft der, daß die Beitrittserklärung auch dazu bestimmt ist, zur Bildung der Kapitalgrundlage der ins Verkehrsleben tretenden oder bereits getretenen Gesellschaft mitzuwirken. Von diesem Gesichtspunkt aus richtet sich die Beitrittserklärung des Einzelnen an die Allgemeinheit und hat dieser gegenüber die Bedeutung, daß der Erklärende für die übernommenen Stammeinlagen schlechthin haften will, sobald die Eintragung in das öffentliche Register erfolgt ist. Das Interesse derer, die im Vertrauen auf die so geschaffene Kapitalgrundlage mit dem betreffenden Unternehmen in Verkehr getreten sind oder in Verkehr treten wollen, verlangt Erhaltung der Kapitalgrundlage.

Auf die mit Willensmängeln behaftete Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft läßt sich diese Rechtfertigung des Ausschlusses jeder Anfechtung nicht ohne weiteres übertragen. Bei der Kapitalgesellschaft bildet das nach bestimmten Vorschriften beigebrachte Kapital die Grundlage des Vertrauens, aber — abgesehen von Ausnahmen, wie bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht oder ebensolcher Nachschußpflicht — auch die Grenze der Haftung des Gesellschafters; bei der offenen Handelsgesellschaft dagegen haftet die Person, und zwar mit ihrem ganzen Vermögen. Die unbeschränkte Übertragung der für die Kapitalgesellschaft geltenden Grundsätze wäre also bei der offenen Handelsgesellschaft viel einschneidender als bei jener. Andererseits kann auch für den, der

mit einer offenen Handelsgesellschaft in Verkehr tritt, die Erklärung, offener Handelsgesellschafter zu sein, die Grundlage des Vertrauens bilden, und zwar gerade wegen der über eine begrenzte Kapitaleinlage hinausgehenden Haftung aller Gesellschafter. Der Umstand, daß bei der Kapitalgesellschaft die Eintragung eine rechtsbegründende Tatsache ist, welche die juristische Person und damit deren Haftung erst zur Entstehung gelangen läßt, während die offene Handelsgesellschaft schon vor der Eintragung bestehen kann, gibt zu einer verschiebenen Beurteilung der Folgen der Eintragung keinen Anlaß. Denn in beiden Fällen liegt in der mit Willen des Eingetragenen erfolgten Eintragung und namentlich in der nachfolgenden Veröffentlichung die Erklärung, mit seinem Vermögen ganz oder zum Teil haften zu wollen. Nun wird freilich gegen diese Deutung der Einwand erhoben, der Erklärende wolle die Haftung nur für den Fall übernehmen, daß sein Beitritt nicht wegen Willensmängel anfechtbar sei. Der Erklärende muß sich aber gefallen lassen, daß seine Erklärung so aufgefaßt wird, wie sie im geschäftlichen Verkehr verstanden wird. Hat sich in einem Verkehrsgebiet durch langjährige Übung, unter dem Einfluß einer langdauernden ständigen Rechtsprechung und unter dem Eindruck des Verkehrsbedürfnisses ein bestimmter Sprachgebrauch gebildet, so muß die übliche Erklärung als in diesem Sinn abgegeben behandelt werden. Nun hat sich, wie sich aus der Rechtsprechung insbesondere über das Recht der Kapitalgesellschaften ergibt, ein Sprachgebrauch dahin gebildet, daß derjenige, auf dessen Anmeldung sein Eintritt in eine Gesellschaft in ein öffentliches Register eingetragen wird, damit erklärt, wie ein Gesellschafter gegenüber allen haften zu wollen, die im Vertrauen auf diese Eintragung mit der darin bezeichneten Gesellschaft in Rechtsverkehr treten. Deshalb besteht diese Haftung ohne Rücksicht darauf, ob der der Erklärung zugrundeliegende Vertrag an Willensmängeln leidet oder nicht.

Es fehlt an einem Anhalt dafür, daß im Gebiet der Personalgesellschaften des Handelsrechts eine andere Auffassung über die Bedeutung der durch die Eintragung kundgegebenen Erklärung herrsche, und zwar um so mehr, als das Verkehrsbedürfnis für eine gleichmäßige Auffassung spricht. Dieselbe Folge wie für die Kapitalgesellschaften hat die Rechtsprechung denn auch bereits für die Personalgesellschaften anerkannt (vgl. RRG. Bd. 51 S. 33, Bd. 76

§. 439, Bb. 89 §. 97, Bb. 93 §. 227; RG in LZ. 1909 Sp. 858). Wenngleich in diesen Entscheidungen die Eintragung im Handelsregister für entscheidend erklärt wird, so ist der tragende Grund für die Haftung doch nicht, wie aus RGZ. Bb. 124 §. 288 oder Bb. 125 §. 228 und dem Hinweis auf § 15 Abs. 1 HGB. entnommen werden könnte, der — nicht bestehende — öffentliche Glaube des Handelsregisters, sondern die Erklärung an die Öffentlichkeit, haften zu wollen, auch wenn die Gesellschaft nicht bestehe. Daraus ergibt sich, daß es sich bei der Eintragung ins Handelsregister zwar um eine besonders deutliche und allgemein gehaltene Erklärung handelt, daß die Erklärung, wie ein Gesellschafter haften zu wollen, aber auch in anderer Weise abgegeben werden kann, sei es ausdrücklich, sei es durch schlüssige Handlungen. Zu letzteren kann insbesondere die Eröffnung des gemeinsamen Geschäftsbetriebs gerechnet werden. Dabei findet § 123 Abs. 2 HGB. keine unmittelbare Anwendung, da infolge der Anfechtung die Gesellschaft von Anfang an nicht besteht. Der Grundgedanke des § 123, der die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten entweder mit dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird (Abs. 1), oder in dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns (Abs. 2) eintreten läßt, ist in beiden Fällen derselbe: die Erklärung an die Öffentlichkeit, sei es durch wörtliche Erklärung, sei es durch schlüssige Handlung. Dieser Grundgedanke ist im Falle der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags für die Auslegung der Erklärung der Haftungsübernahme im Sinne des oben angegebenen Sprachgebrauchs verwertbar.

Das Berufungsgericht will die Haftung dann nicht eintreten lassen, wenn es sich nicht um eine Schuld handelt, die erst nach Eintritt der nach § 123 Abs. 1 und 2 HGB. die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft begründenden Tatsachen entstanden ist, sondern um eine Verbindlichkeit, welche vor dem Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns begründet worden ist und für welche kraft der positiven Vorschrift des § 28 HGB. die neue Gesellschaft und damit auch gemäß § 128 HGB. der eintretende Gesellschafter haftet. Jedenfalls will es die Haftung für eine Verpflichtung der letztgedachten Art ausschließen, wenn der Eintritt des Gesellschafters nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist. Das Berufungsgericht macht für diese Auffassung u. a. geltend: im vorliegenden Fall sei durch den Gesellschaftsvertrag die Haftung



des Beklagten für die vor seinem Eintritt entstandenen Schulden ausgeschlossen; die beiden Vertragsparteien hätten am 27. Juli 1925 dem Handelsregister gegenüber die Vereinbarung, wie bereits in dem notariellen Abkommen vom 23. Juni 1925 vorgesehen gewesen sei, zur Eintragung und Bekanntmachung angemeldet; wäre mit der Eintragung und Veröffentlichung des Eintritts auch der Haftungsausschluß eingetragen und veröffentlicht worden (dafür, daß das unterblieben wäre, fehle es an jedem Anhalt), so würde, da nach allgemein herrschender Rechtsansicht in einem solchen Fall der Gläubiger aus dem früheren Geschäftsbeginn keine Haftung des Eintretenden herleiten könne, der Beklagte für die Forderung des Klägers nicht mithaften.

Dieser Begründung kann nicht beigetreten werden. Auch im Fall der Eintragung wirkt der Haftungsausschluß nur, wenn die Eintragung unverzüglich erfolgt ist (Staub-Bonbi HGB. Anm. 18 zu § 25 u. Anm. 6 zu § 28). Keinesfalls genügt es, daß Eintragung und Bekanntmachung hätten erfolgen können. Denn der Haftungsausschluß ist an die Tatsache seiner Bekanntgabe, sei es durch Veröffentlichung, sei es durch besondere Mitteilung an den einzelnen Gläubiger, geknüpft. Wollte der Beklagte, nachdem er von der arglistigen Täuschung Kenntnis erhalten hatte, seinen Eintritt nicht mehr bekannt machen lassen, so blieb ihm doch die Möglichkeit, die ihm bekannten Gläubiger einzeln zu benachrichtigen. Auch die Erwägung wäre nicht ausschlaggebend, daß der Mitgläubiger durch die Haftung des anfechtungsberechtigten Neueintretenden ohne Gegenleistung zu seinem bisherigen einen neuen Schuldner erhielt. Denn diese Wirkung tritt auch ein, wenn der Gesellschaftsvertrag unanfechtbar ist. Eher spräche für den Wegfall der Haftung, daß § 28 einen Sonderfall des § 25 HGB. regelt (vgl. Ritter HGB. zu § 28) und daß beide Bestimmungen dem Gedanken entsprechen, der ebenso in § 419 HGB. zum Ausdruck kommt: derjenige, der das Vermögen erhält, soll auch für die Schulden aufkommen. Bei Wegfall des Vermögensübergangs infolge der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags entfiele zugleich der Grund für die Haftung. Immerhin kann auch durch einen nichtigen Gesellschaftsvertrag die Sicherheit des Mitgläubigers beeinträchtigt werden, wenn infolge des auf die Wirksamkeit des Vertrags gesetzten Vertrauens und bei längerer Dauer bis zum Hervortreten der Anfechtbarkeit Veränderungen im Vermögensstand vor sich

gegangen sind. Bei der Begründung des Ausschusses der Anfechtung für Kapitalgesellschaften — daß das Vertrauen derjenigen, die sich auf die Eintragung und die darin liegende öffentliche Erklärung der Haftungsübernahme verlassen haben, geschützt werden müsse — ist jedoch in erster Linie an diejenigen gedacht, die nach Abgabe der öffentlichen Erklärung mit der sich ihnen als solche anbietenden Gesellschaft in Rechtsverkehr getreten sind. Dieses rechtspolitische Schutzinteresse besteht aber nicht oder nur unbedeutend zu Gunsten derjenigen, deren Gläubigerrecht schon früher entstanden ist. Das Reichsgericht hat (RGZ. Bd. 76 S. 439, Bd. 89 S. 97, Bd. 93 S. 227) zwar auch für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft die Haftung für Altschulden trotz Anfechtung des Gesellschaftsvertrags anerkannt, aber immer nur in Fällen, in denen die Eintragung im Handelsregister und die Bekanntmachung erfolgt waren. Dabei hat es als entscheidenden Grund angegeben, daß die Eintragungen als öffentlich im Rechtsverkehr abgegebene, verantwortliche Erklärungen zu gelten hätten. Diese Fälle lagen also ebenso wie die bei Kapitalgesellschaften entschiedenen. Die Eintragung im Handelsregister hat bei den offenen Handelsgesellschaften gleichfalls den Erfolg einer sich an die Allgemeinheit richtenden Erklärung. Ihr Inhalt ist auch regelmäßig unzweideutig.

Anders verhält es sich bei Erklärungen, die nur an eine einzelne Person gerichtet sind oder die in schlüssigen Handlungen bestehen. Wenngleich grundsätzlich die Möglichkeit vorliegt, in solchen Handlungen eine ungeachtet der Anfechtung des Gesellschaftsvertrags bindende Haftungsübernahme zu finden, so können doch leichter Zweifel eintreten. Zudem ist hier nicht das gleiche rechtspolitische Schutzinteresse anzuerkennen wie bei der Eintragung im Handelsregister mit nachfolgender Bekanntmachung. Es besteht auch kein Zwang, die Grundsätze der Rechtsprechung zu § 123 Abs. 2 HGB. wörtlich anzuwenden. Da nach der Anfechtung tatsächlich keine offene Handelsgesellschaft vorhanden ist, könnten die Bestimmungen nur sinngemäß angewendet werden. Schließlich rechtfertigt das geringere Rechtsschutzbedürfnis des Altgläubigers, dessen ursprünglicher Schuldner haftbar bleibt, daß die Interessen des durch arglistige Täuschung zum Eintritt Bewogenen mehr berücksichtigt werden. Jenem Bedürfnis wird genügt, wenn — abgesehen vom Fall der Eintragung ins Handelsregister — derjenige geschützt

wird, der sich im Vertrauen auf das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft mit der sich als solche anbietenden in Rechtsverkehr eingelassen hat, oder wenn er schon vorher Gläubiger eines der Gesellschafter war, sein Verhalten danach eingerichtet, z. B. Stundung gewährt hat. Im wesentlichen kommt man damit — für die nicht eingetragene Gesellschaft — zu dem Ergebnis von Flechtheim (bei Düringer-Hachenburg HGB. Anm. 8 zu § 123), der den von Dritten mit der angeblichen Gesellschaft abgeschlossenen Verträgen im Einzelfall durch Auslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben den Inhalt geben will, den sie für den Dritten haben würden, wenn die als Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft auftretenden Personen wirklich eine offene Handelsgesellschaft gegründet hätten (vgl. auch F. v. Gierke Handelsrecht 4. Auflage S. 64 flg., 68 flg.). Im Fall des § 28 HGB. ist dann derjenige Mitgläubiger geschützt, dem gegenüber die offene Handelsgesellschaft oder der einzelne Gesellschafter als solche aufgetreten sind und sich damit als Schuldner bekannt haben. Dieses Bekenntnis kann auch in einem nach außen in die Erscheinung getretenen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gefunden werden. Dagegen besteht kein Bedürfnis, den mit Erfolg anfechtenden Gesellschafter deshalb für haftbar zu erklären, weil er eine für den Mitgläubiger gar nicht bestimmte Vorbereitungs-handlung, wie die Mitwirkung bei der Anstellung eines Vertreters oder bei einer Kreditaufnahme, vorgenommen hat. Dabei wird auch zu beachten sein, ob die einzelne Handlung nur von einem offenen Handelsgesellschafter oder ob sie auch von einem Angestellten, einem Prokuristen oder einem mit besonderen Befugnissen ausgestatteten, im Geschäft tätigen stillen Gesellschafter oder endlich, ob sie — wie eine Sicherheitsleistung — auch von einem Dritten, einem Nichtgesellschafter, vorgenommen werden kann. Zusammenfassend ist also zu sagen: entscheidend ist, ob der Beklagte eine öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise abgegeben hat, an der ihn der Kläger festhalten könnte, oder ob er allgemein oder dem klagenden Gläubiger gegenüber in einer Weise als Gesellschafter aufgetreten ist, daß der Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrags die Einrede der Arglist entgegenstehe.

Betrachtet man unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten die beiden Handlungen, auf die der Kläger die Haftung des Beklagten gründet, nämlich die Teilnahme an der Verhandlung mit der Kredit-

genossenschaft N. und die an dem Vertretervertrag mit dem früheren Gesellschafter E., so haben beide gemein, daß sie weder in Gegenwart des Klägers vorgenommen noch für ihn bestimmt waren. Die Bestellung von E. als Vertreter war schon bei den Verhandlungen über sein Ausscheiden in Aussicht genommen, unabhängig davon, ob der Beklagte stiller oder offener Gesellschafter wurde. Es ist auch anzunehmen, daß E. über den wahren Sachverhalt unterrichtet war. Die Verpflichtungen, die der Beklagte bei den Verhandlungen vom 6. Juli 1925 übernahm, die Haftung aus der Hypothek auf seinem Grundstück und die selbstschuldnerische Haftung für den bereits gewährten oder noch zu gewährenden Kredit, worauf es der Kreditgenossenschaft doch nur ankam, hätte er rechtswirksam übernehmen können, ohne überhaupt Gesellschafter zu sein oder zu werden. Seine Erklärung war nicht dazu bestimmt, Dritten bekannt gegeben zu werden. Daß er in dem Protokoll und dem von ihm unterschriebenen Zusatz als offener Handelsgesellschafter bezeichnet wurde, ergibt mithin noch nicht, daß er als offener Gesellschafter, insbesondere der Allgemeinheit gegenüber, auftreten wollte.