

59. Kann, wenn im Geſellſchaftsvertrag einer offenen Handelsgesellſchaft beſtimmt iſt, daß beim Tod eines Geſellſchafters eines ſeiner Kinder das Vorrecht hat, an Stelle des Verſtorbenen Geſellſchaftler zu werden, im Geſellſchaftsvertrag weiter mit bindender Wirkung für die Erben vereinbart werden, daß der Geſellſchaft oder den überlebenden Geſellſchaftern die Auszahlung eines Abfindungsguthabens an die Miterben nicht obliegen ſoll, oder bedarf es dazu einer leſtwilligen Verfügung des Erblassers?

BGB. § 738.

II. Zivilſenat. Ur. v. 23. Oktober 1934 i. S. Frau S. (Kl.) w. die off. Handelsgesellſchaft Gebr. B. u. Gen. (Bekl.). II 129/34.

I. Landgericht Amberg.

II. Oberlandesgericht Nürnberg.

Im Jahre 1872 gründeten die Brüder Chriſtian, Georg und Johannes B. in A. eine Blechwarenfabrik in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellſchaft. Im Geſellſchaftsvertrag iſt beſtimmt, „daß das Fabrikgeſchäft ein Ganzes zu bleiben hat und zwar in der Weiſe, daß ſich der Geſellſchaftsvertrag bei dem Tode des einen oder anderen Geſellſchafters nicht auflöst“. Das gleiche ſollte bei Kündigung eines Geſellſchafters gelten. Ein Geſellſchaftler, der ſich vom Geſchäft zurückziehen wollte, ſollte ſeinen Geſchäftsanteil einem Sohn aus erſter Ehe übergeben dürfen, der in die Rechte und Pflichten des Vaters eintreten könnte. Im Fall des Todes eines Geſellſchafters ſollte deſſen Ehefrau aus erſter Ehe den Geſchäftsanteil übernehmen können.

§ 17 lautet:

Ist eine zur Übernahme des Gesellschaftersanteils eines verlebten Gesellschafters berechnigte Witwe nicht vorhanden, oder will diese Witwe den Gesellschaftersanteil nicht übernehmen, so können nur die Kinder des verlebten Gesellschafters aus erster Ehe den Gesellschaftersanteil übernehmen. Der älteste oder der vom Vater bestimmte Sohn erster Ehe hat das Vorrecht.

§ 19 lautet:

Erklärt ein Teilhaber seinen Austritt aus der Gesellschaft oder sind zur Übernahme der Teilhaberschaft eines verlebten Gesellschafters Berechnigte nicht vorhanden oder wollen die Berechnigten die Teilhaberschaft nicht übernehmen, so erfolgt die Hinausbezahlung . . .

Im Jahre 1918 starb der Gesellschafter E. B. Seine Erben waren auf Grund Erbvertrags seine Witwe B. B. zu  $\frac{1}{5}$  und seine drei Kinder, darunter die jetzige Klägerin. Durch Auseinandersetzungsvertrag mit ihren Kindern übernahm die Witwe den gesamten Nachlaß gegen eine Barabfindung. Sie trat an Stelle ihres verstorbenen Ehemanns in die offene Handelsgesellschaft ein. Am 24. März 1927 starb die Witwe B. B. unter Hinterlassung ihrer erwähnten drei Kinder als gesetzlichen Erben. Eine Auseinersehung ihres Nachlasses hat noch nicht stattgefunden. Im April 1928 meldeten die überlebenden Gesellschafter G. und D. B. sowie H. B., der Sohn der E. B.'schen Eheleute, zum Handelsregister an, daß die Witwe B. B. infolge Ablebens ausgeschieden und daß an ihrer Stelle H. B. als Gesellschafter eingetreten sei. Dies ist ins Handelsregister eingetragen.

Mit der gegen die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschafter G. und D. B. erhobenen Klage beantragt die Klägerin, eine Tochter der E. B.'schen Eheleute, unter anderem, zu erkennen:

die Beklagten sind samstverbindlich schuldig, an die Erbengemeinschaft aus dem Nachlaß der Frau B. B. als Auseinersezungsguthaben den Betrag zu bezahlen, der dem Wert des Geschäftsanteils der verstorbenen Frau B. B. am 24. März 1927 entspricht.

Die Klägerin begründet den Antrag damit, daß nach dem Gesellschaftsvertrag die Erben eines verstorbenen Gesellschafters nicht ohne weiteres an dessen Stelle Gesellschafter werden, sondern daß sie nur das Recht haben, Gesellschafter zu werden. Von diesem Recht hätten die Erben keinen Gebrauch gemacht. Daraus folge,

daß der Erbengemeinschaft der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben gegen die fortbestehende offene Handelsgesellschaft und deren persönlich haftende Gesellschafter nach dem Vermögensstande der Gesellschaft im Zeitpunkt des Todes ihrer Mutter gemäß § 138 HGB. zustehe. H. B. habe von dem Vorrecht, Gesellschafter zu werden, Gebrauch gemacht. Dies berühre aber den Anspruch der Erbengemeinschaft auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in Geld nicht. Es sei Sache des H. B., auf Grund seines Beitritts als Gesellschafter der Gesellschaft den von dieser an die Erbengemeinschaft zu zahlenden Betrag als Gesellschaftereinlage zu leisten.

Die Klägerin ist mit ihrem Anspruch im ersten und zweiten Rechtszug unterlegen. Ihre Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Da der Gesellschaftsvertrag unter der Herrschaft des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs abgeschlossen worden ist, nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, daß sich die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zu der Gesellschaft auch jetzt noch nach diesem Gesetz richten, soweit nicht zwingende Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs von 1897 oder des sonstigen neuen Rechts der Anwendung des alten Rechts entgegenstehen (Art. 170 GG. z. HGB.). Eine Unterwerfung der Gesellschaft unter das neue Recht, die auch durch schlüssige Handlungen erfolgen konnte, ist nicht eingetreten. Sie ist namentlich nicht in der Thatfache zu erblicken, daß die Gesellschafter seit Inkrafttreten des neuen Rechts das Gesellschaftsverhältnis fortgesetzt haben und daß neue Gesellschafter, deren Eintritt auf einem ihnen im alten Vertrag eingeräumten Rechte beruhte, der Gesellschaft beigetreten sind (vgl. RGZ. Bd. 84 S. 136 [138], Bd. 109 S. 56/57; Düringer-Hachenburg-Flechtheim HGB. § 105 Anm. 24). Die von diesem Erläuterungsbuch für die gegenteilige Auffassung angeführte Entscheidung des Senats vom 29. September 1909 II 694/08 steht nicht entgegen; die Unterwerfung unter das neue Recht wurde in dem dortigen Falle deshalb angenommen, weil vertraglich nach 1900 eine Verlängerung der 1890 gegründeten offenen Handelsgesellschaft vereinbart worden war.

Das Berufungsgericht nimmt an, falls der älteste Sohn von seinem Vorrecht Gebrauch mache, so trete er in vollem Umfang an

die Stelle seiner Mutter in die Gesellschaft ein. Damit sei ein Abfindungsanspruch der anderen Erben erloschen. Es schließt das aus § 19 des Vertrags. Da dieser die Auszahlung dann anordne, wenn ein Teilhaber seinen Austritt aus der Gesellschaft erkläre oder wenn zur Übernahme der Teilhaberschaft eines verstorbenen Gesellschafters Berechtigte nicht vorhanden seien oder wenn die Berechtigten die Teilhaberschaft nicht übernehmen wollten, so bestehe kein Anspruch auf die Auszahlung, wenn ein solcher Berechtigter von seinem Eintrittsrecht Gebrauch mache. Wenn das Berufungsgericht hiernach in der genannten Vertragsbestimmung den Ausdruck des Willens der Vertragsschließenden sieht, daß in dem bezeichneten Falle keine Auszahlung beansprucht werden könne, so beruht dies auf reiner Vertragsauslegung. Sie steht auch mit dem sonstigen Inhalt des Vertrags in Einklang. Nach § 11 kann der Gesellschafter, der sich vom Geschäft zurückziehen will, seinen Geschäftsanteil einem Sohn aus erster Ehe übergeben, „der in die Rechte und Pflichten des Vaters eintritt“. Es ist naheliegend, auch das dem ältesten Sohne eingeräumte Vorrecht in gleicher Weise zu umgrenzen, wie es in § 11 ausdrücklich ausgesprochen wird, und anzunehmen, daß wie bei § 11 so auch bei § 17 die übrigen Kinder keinen Anspruch auf den Gesellschaftsanteil oder auf eine Abfindungssumme gegen die Gesellschaft und die verbleibenden Mitgesellschafter haben sollen, weil eben der älteste Sohn in vollem Umfang an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters tritt, wenn er sein Vorrecht ausübt.

Die Revision glaubt, die Auffassung des Berufungsgerichts, daß H. B. nach seinem Eintritt in die Gesellschaft Gesamtrechtsnachfolger seiner Mutter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin geworden sei, widerspreche der vom Berufungsgericht selbst vorgenommenen Auslegung des § 2 des Gesellschaftsvertrags, wonach beim Ableben eines Gesellschafters die Gesellschaft zunächst unter den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt wird. Damit wachse der Anteil des Verstorbenen dem Anteil der überlebenden Gesellschafter zu. Derjenige, der von seinem Eintrittsrecht Gebrauch mache, also nicht nach dem Gesellschaftsvertrag ohne weiteres Gesellschafter werde (Fall des § 139 HGB.), erwerbe den Anteil des Verstorbenen überhaupt nicht, der auf Grund des Eintrittsrechts neu Eintretende habe selbst die Einlage des Verstorbenen aufzubringen. Die Gesellschaft habe die Erbengemeinschaft für den Anteil des Verstorbenen am Gesellschafts-

vermögen abzufinden. Diese Rechtslage ergebe sich daraus, daß der Anteil des Verstorbenen dem Anteil der übrigen Gesellschafter anwache. Aus dieser Anwachsung ergebe sich der Anspruch der Gesamtheit der Erben gegen die Gesellschaft auf Abfindung. Auch diese Erwägung ist nicht geeignet, den Anspruch der Klägerin gegen die offene Handelsgesellschaft oder die verbleibenden Gesellschafter zu rechtfertigen. Da es sich um eine nach altem Recht zu beurteilende Gesellschaft handelt, so sind die Vorschriften des § 738 BGB. über die Anwachsung, auf die sich die Klägerin beruft, nicht unmittelbar anwendbar. Grundsätzlich findet aber die Anwachsung auch nach altem Rechte statt. Denn sie beruht auf dem Rechte der Gesellschafter zur gesamten Hand, das auch für die offene Handelsgesellschaft alten Rechts kraft ihres deutschrechtlichen Wesens gilt. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob mit dem Tode eines Gesellschafters, ohne daß im gleichen Augenblick ein anderer eintritt, in allen Fällen sofort von selbst die Anwachsung an die verbleibenden Gesellschafter erfolgt oder ob bei Vorliegen des Eintrittsrechtes eines Dritten die Anwachsung hinausgeschoben wird, bis dessen Eintritt oder Nichteintritt feststeht, ob also ein Schwebezustand eintritt. Denn selbst wenn zunächst die Anwachsung stattfindet, so ergibt sich daraus doch nicht, wie die Revision annimmt, daß damit auch der Abfindungsanspruch der Erbengemeinschaft ohne weiteres entsteht, und namentlich nicht, daß er auch dann noch besteht, wenn einer der Erben von seinem Vorrecht zum Eintritt als Gesellschafter Gebrauch gemacht hat. Denn die Vorschrift des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB., wonach diejenigen, denen der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen angewachsen ist, dem Ausscheidenden — oder seinen Erben — das Auseinandersetzungsguthaben auszuführen haben, ist keinesfalls zwingenden Rechts, sondern unterliegt der Abänderung durch Parteivereinbarung. Es kann also bestimmt werden, daß die Auszahlung überhaupt nicht stattfindet, wenn ein bestimmtes Ereignis eintritt, so wenn einer der Miterben von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht.

Der Berufungsrichter geht unter Hinweis auf Düringer-Hachenburg-Geiler *HGB.* Bd. II 1 Anm. 197 flg. und Staudinger-Geiler *HGB.* § 727 Bem. III 3 zutreffend davon aus, die Tatsache, daß einem von mehreren Miterben vor den andern und unter Ausschluß dieser das Eintrittsrecht als Gesamtrechtsnachfolger eingeräumt

werde, schließe die Verpflichtung der Gesellschaft zur Abfindung der nicht Eintretenden noch nicht aus, sondern auch dieser Ausschluß müsse sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, wenn die Gesellschaft den Miterben gegenüber den Ausschluß geltend machen wolle. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese vertragsmäßige Ausschluß die Miterben bindet. Es ergibt sich also die weitere Rechtsfrage, ob ein solcher Ausschluß mit bindender Wirkung für die Erben eines verstorbenen Gesellschafters überhaupt durch den Gesellschaftsvertrag auf Grund des Gesellschaftsrechtes erfolgen kann, oder ob noch eine — hier nicht vorliegende — letztwillige Verfügung des verstorbenen Gesellschafters hinzukommen muß (vgl. Staudinger-Geiler BGB. § 727 Bem. III 3). Das Reichsgericht hat die Frage, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Sie ist im Sinn der ersten Möglichkeit zu beantworten.

Die Bindung der Erben erfolgt nicht allein durch die übrigen Gesellschafter, sondern mit durch den verstorbenen Gesellschafter mittels Vertrags zu Gunsten eines Dritten, des einzelnen Eintrittsberechtigten Miterben, und zwar durch einen Vertrag unter Lebenden. Als Gesamtrechtsnachfolger müssen die Erben die schuldrechtlichen Abreden ihres Erblassers grundsätzlich gegen sich gelten lassen, und es kann sich nur fragen, ob die Abrede, daß bei Eintritt eines Miterben die Auszahlung des Auseinandersetzungs Guthabens ausgeschlossen sein soll, mit dem Wesen der Gesellschaft vereinbar ist. Dabei kann eine solche Bindung des Erben nicht vom Standpunkt einer Beschränkung der Erben betrachtet werden. Es muß vielmehr ausgegangen werden von dem Gesellschaftszweck. Erfordert es dieser, daß Gesellschaftsvermögen zusammenzuhalten, so müssen auch Bindungen für die Zukunft für die Zeit nach dem Tode des einzelnen Gesellschafters in Kauf genommen werden. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Gesellschaft nicht allein dem Erwerbsszweck, sondern auch der Förderung der Familien der Gesellschafter dienen soll, wie es auch in anderer Form, z. B. durch eine unter Lebenden errichtete Familienstiftung, geschehen kann. Auch durch andere Verfügungen eines Erblassers unter Lebenden können die Erben in ihrer Verfügungsfreiheit beschränkt werden, ohne daß diese Verfügungen unwirksam sind (z. B. durch ein auf bestimmte Zeit bindendes Vertragsangebot). Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine ausgesprochene Familiengesellschaft. Durch den Gesellschafts-

vertrag sollte die Erhaltung des Unternehmens zum Besten der Familien der drei Gründer gesichert werden. Diesem Zweck diene auch die Verhütung der Zersplitterung der Berechtigung und des Eindringens fremder Personen. Deshalb wurde den Witwen, auch wenn Kinder vorhanden waren, ein Vorrecht zum Eintritt eingeräumt. Demselben Zweck diene das Vorrecht des ältesten Sohnes eines verstorbenen Gesellschafters und die Beschränkung von Töchtern und ihrer Ehemänner in der Verwaltung und in der Fähigkeit, Gesellschafter zu werden oder im Falle der Verheiratung der erstern oder einer Witwe, es zu bleiben. Den Belangen der Gesellschaft und der Familien war nicht nur förderlich, daß die männlichen Erben eines Gesellschafters Teilhaber wurden und in die Verwaltung eintraten, sondern auch, daß sie mit dem ganzen Anteil des Verstorbenen eintreten konnten, sodaß dadurch auch das Gesellschaftskapital der Gesellschaft erhalten blieb. Wenn der Gesellschaftsvertrag im Sinne des Rechtes des H. B. zum Eintritt in die volle Rechtsstellung seiner Mutter auszulegen ist, so handelte es sich dabei — auf weite Sicht betrachtet — durchaus um eine Vereinbarung, die sich im Rahmen der Förderung des Gesellschaftszwecks hielt und deshalb auch im Gesellschaftsvertrag mit bindender Wirkung für die Erben vereinbart werden konnte. Liegt eine derartige Vereinbarung vor, so kann sich die Erbengemeinschaft hinsichtlich der Rechte aus der Gesellschaftereigenschaft ihres Erblassers nicht auf die im allgemeinen bis zur Teilung des Nachlasses bestehende Gesamtberechtigung (§§ 2038, 2040 BGB.) berufen. Der im Nachlaß stekende Teil des Gesellschaftsvermögens bildet dann vielmehr ein gesellschaftsrechtlich gebundenes Zweckvermögen. Die Erben nehmen im Hinblick auf ihn eine Sonderstellung ein, die sich aus der Gesellschaftereigenschaft ihres Erblassers ergibt, an dessen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag sie gebunden sind (vgl. Riesenfeld Erbenhaftung S. 240, 241, dessen Ausführungen zu § 139 BGB. auch hier zutreffen).

Hiernach hat das Berufungsgericht auf Grund des Gesellschaftsvertrags mit Recht einen Anspruch der Erbengemeinschaft gegenüber der Gesellschaft und deren alten Gesellschaftern auf Auszahlung eines Abfindungsguthabens verneint.