

24. 1. Muß, wenn mehrere Gesellschafter aus demselben Grunde aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen werden sollen, die Ausschließungs-Klage auch gegen den von ihnen gerichtet werden, der den Ausschließungsgrund für seine Person anerkennt und sich durch Vertrag mit den die Ausschließung begehrenden Gesellschaftern für den Fall zum Ausscheiden verpflichtet, daß die Ausschließungs-Klage gegen die übrigen auszuschließenden Gesellschafter durchbringt?

2. Müssen die Gesellschafter, welche die Ausschließung eines anderen Gesellschafters betreiben, zunächst versuchen, die dem Unternehmen von diesem drohende Gefahr auf anderem Wege als durch seine Ausschließung abzuwenden, etwa durch Änderung des Gesellschaftsvertrags?

3. Ist die Tatsache, daß ein Gesellschafter Nichtarier ist, ein in seiner Person liegender wichtiger Grund zur Ausschließung? Genügt die Eigenschaft als Nichtarier für sich allein schon zur Ausschließung?

HGB. § 140.

II. Zivilsenat. Ur. v. 11. Dezember 1934 i. S. B. u. Gen. (Bekl.)
 w. D. u. Gen. (Kl.). II 148/34.

I. Landgericht Bielefeld, Kammer für Handelsachen.
 II. Oberlandesgericht Hamm.

Im Jahre 1918 schlossen die Inhaber von fünf Firmen der Wäscheindustrie und des Wäschehandels einen Gesellschaftsvertrag, durch den sie unter der Firma „D. F.-Fabriken D. & Co.“ eine offene Handelsgesellschaft errichteten. Durch besondere Verträge mit den Gründern wurden deren Geschäftsbetriebe in die offene Handelsgesellschaft übergeführt. Nachdem noch zwei Teilhaber nachträglich in die Gesellschaft eingetreten waren, bestand diese Gesellschaft aus elf Gesellschaftern, die in sieben Gruppen, entsprechend ihrem Einbringen und ihrer Beteiligung, eingeteilt waren. Zur Zeit der Klagerhebung waren bereits zwei Gesellschafter durch Tod und einer durch Vereinbarung aus der Gesellschaft ausgeschieden. Gesellschafter waren noch die fünf Kläger, die beiden Beklagten und M. S., der zusammen mit dem Beklagten M. S. eine Gruppe bildete. Die Beklagten und M. S. sind Juden. Sie waren zusammen mit 25% des

Kapitals und ebenso am Gewinn und Verlust beteiligt. Die fünf Kläger, die nach der Klage deutschstämmig sind, beantragen, die Beklagten aus der offenen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter auszuschließen. Den Antrag begründen sie damit, daß durch die nationale Bewegung die Stellung der Juden im Geschäftsleben, in der Gesellschaft, im Staat und im deutschen Volksbewußtsein eine solche Veränderung erfahren habe, daß es den deutschstämmigen Klägern nicht zugemutet werden könne, die Gesellschaft mit ihren jüdischen Mitgesellschaftern fortzusetzen. Auch sei durch die nicht-arijsche Abstammung der Beklagten der Geschäftsbetrieb gefährdet. Die jüdische Abstammung eines Teilhabers sei deshalb ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 133, 140 HGB. Verhandlungen über ein freundschaftliches Ausscheiden der drei jüdischen Teilhaber seien den Beklagten gegenüber an deren übertriebenen Forderungen gescheitert. Dagegen habe A. S. durch Vertrag mit den Klägern ausdrücklich anerkannt, daß die Voraussetzungen für seine Ausschließung gemäß § 140 HGB. gegeben seien; der Vertrag, nach dem er als offener Gesellschafter ausscheide, aber stiller Gesellschafter werde, sei aufschiebend dadurch bedingt, daß die Kläger im gegenwärtigen Prozeß obliegen.

Beide Vorinstanzen erkannten nach dem Klageantrag. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

Gründe:

Nach der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Vorschrift des § 140 HGB., wonach der Antrag auf Ausschließung eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft von sämtlichen übrigen Gesellschaftern gestellt werden muß, genügt, obwohl sich der Mitgesellschafter A. S. nicht am Rechtsstreit beteiligt. Auf der Seite der Kläger, so führt das Berufungsgericht aus, sei seine Beteiligung nicht angängig, da er ebenso wie die Beklagten Jude sei. Er könne auch nicht mitverklagt werden, weil er sich bereit gefunden habe, freiwillig aus der Gesellschaft auszuschcheiden. Möge der Vertrag, den er lediglich mit den Klägern geschlossen habe, gültig sein oder nicht: solange er sich nicht gegen das Ausschließungsbegehren der Kläger wende, hätten diese auch kein Rechtsschutzinteresse für eine Ausschließungsklage gegen ihn.

Die Revision hält diese Auffassung des Berufungsgerichts für verfehlt. Sie meint, nach § 140 HGB. müsse die Ausschließung eines Gesellschafters von den übrigen Gesellschaftern beantragt werden. Die Ausschließungsklage stehe also im Gegensatz zur Auflösungsklage nach § 133 HGB. Damit komme zum Ausdruck, daß an einem Rechtsstreit, der eine Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschaft herbeiführen solle, alle Gesellschafter auf der einen oder der anderen Seite als Partei beteiligt sein müßten. Das Reichsgericht habe in RGG. Bd. 122 S. 315 auch bereits ausgesprochen, daß es sich hier um eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO. handle. Gleichgültig, ob der Vertrag zwischen U. S. und den Klägern gültig sei oder nicht, sei ersterer noch Gesellschafter. Denn ohne Einverständnis der Beklagten habe er nicht auscheiden können. Für die Revisionsinstanz müsse angenommen werden, daß der Vertrag mit ihm nicht gültig sei. Dann aber liege eine rechtswirksame Erklärung des U. S., freiwillig aus der Gesellschaft auszuscheiden, nicht vor, weil eine solche Vereinbarung doch auch die gültige Vereinbarung über die Bedingungen des Ausscheidens voraussetze. Sodann sei auch die Bereitwilligkeit, freiwillig auszuscheiden, nicht dasselbe wie die durch § 140 HGB. geregelte Ausschließung des oder der Gesellschafter. Und endlich komme es auf die Frage, ob der eine oder der andere Gesellschafter freiwillig sein Einverständnis erkläre, überhaupt nicht an. Denn auch in einem solchen Falle müsse die Ausschließungsklage die sämtlichen Gesellschafter im Prozeß erfassen.

Der Angriff kann nicht zur Abweisung der Klage führen. Auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim (Anm. 7 zu § 140 HGB.), auf die sich die Beklagten berufen, nehmen nicht an, daß unter allen Umständen ein die Ausschließung aussprechendes Urteil erforderlich sei. Nach ihrer Ansicht wird durch das Einverständnis des anderen Teils dessen vertragsmäßiges Ausscheiden herbeigeführt und damit die Klage gegenstandslos. Versteht man unter vertragsmäßigem Ausscheiden ein solches, das durch Abänderung des Gesellschaftsvertrags erfolgt, was Düringer-Hachenburg-Flechtheim offenbar tun, so müßten allerdings an dem Vertrag alle diejenigen teilnehmen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch Gesellschafter sind, also auch die Beklagten. Ein Ausscheiden durch Vereinbarung in Form einer Änderung des Gesellschaftsvertrags kommt dann nicht in Frage, wenn ein Teil der Gesellschafter die übrigen ausschließen

will und nur zwischen dem ersteren und einem Teil der übrigen eine Einigung zustande kommt. Die Lösung ergibt sich aus der Prüfung des Zweckes, den das Gesetz verfolgt, wenn es im Gegensatz zu § 737 Satz 3 BGB., der für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Ausschließung durch eine Erklärung der übrigen Gesellschafter gegenüber den auszuschließenden wirksam werden läßt, in § 140 HGB. für die offene Handelsgesellschaft bestimmt, daß auf Verlangen der übrigen Gesellschafter die Ausschließung vom Prozeßgericht, also durch Gestaltungsurteil, ausgesprochen werden kann. Würde sich wie bei der Ehe die Notwendigkeit eines gerichtlichen Urteils aus dem Wesen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und dessen überwiegender Bedeutung für die Volksgemeinschaft ergeben, weil eben die Beendigung durch private Vereinbarung dem öffentlichen Interesse widersprechen würde, so müßte auch dann ein richterliches Urteil gefordert werden, wenn nur ein einziger Gesellschafter ausgeschlossen werden sollte, selbst wenn dieser mit der Ausschließung einverstanden wäre. Ein so weit gehendes öffentliches Interesse besteht aber bei der offenen Handelsgesellschaft nicht. Die Parteien können schon bei der Gründung der offenen Handelsgesellschaft — im Gegensatz zur Ehe — vereinbaren, daß die Gesellschaft nur auf bestimmte Zeit bestehen solle oder daß ein einzelner Gesellschafter nur für eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses Gesellschafter sein solle; auch kann der Vertrag jederzeit abgeändert werden. Deshalb kann die Vorschrift des § 140 HGB. nur einen weniger weitgehenden Zweck haben als die Vorschriften über die Ehescheidung, nämlich den, der Rechtssicherheit zu dienen, während bei der Ehe das Interesse des Staates an der Erhaltung der Ehe im Vordergrund steht. Sonach ist nicht ersichtlich, weshalb eine Klage und ein richterliches Urteil auch dann erforderlich sein sollten, wenn die Klarstellung und die gebotene Änderung des Rechtsverhältnisses schon in anderer Weise erreicht werden kann, nämlich durch eine Vereinbarung unter denen, zwischen denen bisher über die Fortdauer des Rechtsverhältnisses Streit bestand. Es wäre ein zweckloser Formalismus, wenn trotz dieser Klarstellung noch ein Urteil erforderlich wäre. Auch wenn der Zweck des § 140 HGB. der ist, die Ausschließung, die nur den Auszuschließenden trifft, im Gegensatz zur Auflösung, die alle gleich behandelt, zu erschweren und dem Auszuschließenden eine Gewähr gegen einen Mißbrauch des Ausschließungs-

rechts zu gewähren, kann ein richterliches Urteil nicht unbedingtes Erfordernis sein, wenn der Auszuschließende mit seiner Ausschließung einverstanden ist.

Anders kann die Rechtslage auch nicht sein, wenn statt eines mehrere Gesellschafter ausgeschlossen werden sollen und nur zwischen einem von diesen und den die Ausschließung Betreibenden eine Einigung zustande kommt. Als Streitende stehen sich dann nicht der Einwilligende und alle anderen, auch die gleichfalls Auszuschließenden, gegenüber, sondern auf der einen Seite die die Ausschließung Betreibenden, auf der anderen alle Auszuschließenden. Der Sinn des § 140 HGB. ist der, daß die Ausschließung nicht erfolgen soll, wenn diejenigen, die nachher die Gesellschaft allein fortführen sollen, gar nicht darüber einig sind, daß die Gesellschaft nur unter ihnen fortgesetzt werden soll, ein Teil von ihnen vielmehr die Gesellschaft mit dem nach Ansicht anderer Auszuschließenden fortführen möchte oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Auflösung vorziehen würde. Auch ist nicht erkennbar, welchen Vorteil es für die übrigen Auszuschließenden haben sollte, wenn ein anderer, der mit seiner Ausschließung einverstanden ist, mitverklagt werden müßte. Wenn Flechtheim a. a. O. sagt, daß sämtliche Gesellschafter auf Seite entweder der Kläger oder der Beklagten stehen müssen, so kann dies nur für diejenigen gelten, zwischen denen noch ein Streit über die Ausschließung besteht.

In RGZ. Bd. 122 S. 315 ist zwar unter Anführung des § 62 ZPO. ausgesprochen, daß streitige Rechtsverhältnis könne allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden. Es handelte sich dort aber nur darum, daß eine Trennung der Klage des einen Klägers (eines persönlich haftenden Gesellschafters) und der drei Mitklägerinnen (Kommanditistinnen) für unzulässig angesehen wurde, weil nach § 140 HGB. der Antrag auf Ausschließung von allen übrigen Gesellschaftern zu stellen sei. Damit sollte nur gesagt sein, daß alle diejenigen notwendigen Streitgenossen sind, welche die anderen ausschließen wollen, weil sie alle den Antrag nach § 140 HGB. stellen müssen und ihnen gegenüber einander widersprechende Urteile nicht möglich sind. Daß auch mehreren Auszuschließenden gegenüber das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden könne, sagt das Urteil nicht. Es könnte in der Person des einen Gesellschafters ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB. vorliegen, in der des

anderen nicht. Es wäre deshalb denkbar, daß zunächst gegen den einen von allen übrigen eine Ausschließungsklage erhoben und abgewiesen, dann aber gegen einen anderen eine solche Klage erhoben würde und durchdränge. Von einem Rechtsverhältnis, das nur einheitlich festgestellt werden könnte, kann daher bei mehreren Auszuschließenden nicht gesprochen werden. Verklagen alle die Ausschließung Begehrenden alle nach ihrer Meinung Auszuschließenden gleichzeitig, so kann doch der eine der letzteren zugeben, daß der wichtige Grund in seiner Person gegeben sei, oder der Klage gar nicht entgetreten, ohne daß die anderen Verklagten dies hindern könnten. Flechtheim hält in Anm. 7 zu § 140 HGB. dann, wenn die Klage gegen mehrere Gesellschafter erhoben, aber gegen einen unbegründet ist, die innerhalb oder außerhalb des Prozesses von letzterem erklärte Einwilligung zur Ausschließung des Mitverklagten nicht für ausreichend. Dem ist zuzustimmen. Der Grund ist aber der, daß der Zustimmungsberechtigende dann zu denen gehört, welche die anderen ausschließen, aber selbst in der Gesellschaft bleiben wollen, und daß deshalb auch er nach § 140 HGB. den Ausschließungsantrag nur durch Klagerhebung stellen kann. Der Grund der Klageabweisung ist nicht in der Streitgenossenschaft der Verklagten, sondern darin zu finden, daß der eine Verklagte, bei dem der wichtige Grund nicht vorliegt, in der Rolle des Antragstellers hätte auftreten müssen, weil er selbst Gesellschafter bleiben will.

Im vorliegenden Fall will aber nach der Klage der Gesellschafter A. G. ausscheiden. Durch die Einwilligung eines Gesellschafters in seine Ausschließung werden die Interessen der anderen Auszuschließenden in der Regel nicht berührt. Liegt in der Person der letzteren der von den Klägern behauptete wichtige Grund nicht vor, so wird die Klage abgewiesen. Die Beklagten erleiden dann durch die Einwilligung des anderen Gesellschafters in seine Ausschließung keinen Nachteil. Sie brauchen, wenn sie infolge der Klageabweisung Gesellschafter bleiben, auch die Vereinbarungen nicht anzuerkennen, welche die anderen unter sich getroffen haben. Es bestehen daher keine rechtlichen Bedenken, die Vorschrift des § 140 HGB., wonach der Ausschließungsantrag von den übrigen Gesellschaftern gestellt werden muß, dahin auszulegen, daß sich derjenige von mehreren Auszuschließenden, der das Vorhandensein eines wichtigen Grundes in seiner Person anerkennt, in seine Ausschließung einwilligt und sich auch

noch besonders zum Ausscheiden gleichzeitig mit den Verklagten verpflichtet, weder den Antrag gegen die übrigen Auszuschließenden zu stellen braucht noch mitverklagt werden muß.

Eine die Kläger und den freiwillig Ausscheidenden bindende Vereinbarung muß freilich verlangt werden. Denn andernfalls könnte der angeblich Einwilligende Gesellschafter bleiben, ohne daß die Kläger oder die Beklagten dieses verhindern könnten. Dies käme auf eine Umgehung des Gesetzes hinaus. Deshalb mußte das Berufungsgericht prüfen, ob eine bindende Erklärung des A. G. vorlag und ob sie noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestand. Ein Vertrag zwischen den Klägern und A. G. war geeignet, diese Verpflichtung zu begründen. Zwar konnte dies nicht durch Abänderung des Gesellschaftsvertrags geschehen; denn dabei hätten auch die verklagten Gesellschafter mitwirken müssen. Es ist aber rechtlich möglich, daß ein Teil der Gesellschafter mit einem der übrigen die Vereinbarung trifft, daß dieser ausscheidet, wenn der Rest abgeschlossen wird. Denn die Vereinbarung bezieht sich dann auf die Gesellschaft, an der die Verklagten nicht mehr beteiligt sind. Gegen eine solche Vereinbarung ist jedenfalls in der Regel nichts einzuwenden, wenn ein einseitiges Kündigungsrecht dieses Gesellschafters besteht, die übrigen ihn also doch nicht in der Gesellschaft festhalten können. Zu prüfen wäre allerdings, ob nicht im vorliegenden Fall der Gesellschaftsvertrag einem solchen Sonderabkommen entgegensteht. In Betracht kommen hier die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, wonach die Gesellschafter in Gruppen eingeteilt sind, die teilweise mehrere Gesellschafter zusammengeschlossen sind. Vor allem käme in Frage, ob sich nicht aus den Bestimmungen über die samtschuldnerische Haftung der Gruppenangehörigen für die der Gruppe der Gesellschaft gegenüber obliegenden Verpflichtungen, über die Teilnahme der Gruppen am Gewinn und Verlust, über das Recht eines Gruppenangehörigen, beim Ausscheiden eines der gleichen Gruppe angehörigen Gesellschafters dessen Anteil zu übernehmen, eine Beschränkung des Rechts des Einzelnen zu einem Sonderabkommen ergibt. Die Meinung des Berufungsrichters, daß es auf die Rechtswirklichkeit des Abkommens zwischen den Klägern und A. G. nicht ankomme, beruht hiernach auf Rechtsirrtum.

Keine Bedenken bestehen gegen die Fassung des Klageantrags und des Urteils, die dahin geht, daß die Beklagten aus der offenen

Handelsgesellschaft „als persönlich haftende Gesellschafter“ ausgeschlossen werden. Damit sollte zum Ausdruck kommen, daß den Beklagten das Recht bleibe, stille Gesellschafter zu werden, wie es § 19 Nr. 10 des Gesellschaftsvertrags auch beim Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft zuläßt.

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß, wenn in der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zum Judentum überhaupt ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB. zu finden ist, es sich zugleich um einen in der Person dieses Gesellschafters liegenden Grund handelt, was zum Tatbestand der Ausschließungsklage nach § 140 HGB. erforderlich ist. Denn, wenn die Eigenschaft des Gesellschafters als Jude im Zusammenhang mit anderen Tatsachen, wie dem Wandel der Anschauungen des deutschen Volkes über die Rassenfrage, eine schwere Gefährdung des Unternehmens zur Folge hat, so tritt eben der Umstand, der nach § 133 die Auflösungsklage begründet, in der Person dieses Gesellschafters ein. Denn beide Tatsachen — Eigenschaft des Gesellschafters als Jude und geänderte Einstellung des Volkes — wirken dann zusammen und bilden den wichtigen Grund. Dieser würde nicht vorliegen, wenn nicht die Eigenschaft des Gesellschafters als Jude vorhanden wäre. Darauf, ob in der Person des einzelnen jüdischen Gesellschafters noch darüber hinaus andere Tatsachen vorliegen, die einen wichtigen Grund im Sinne des § 133 darstellen könnten, kommt es nicht an.

Unzutreffend ist der Hinweis der Revision darauf, daß die Ausschließung einen strafartigen Charakter habe und deshalb grundsätzlich die Ausschließung wegen der Eigenschaft eines Gesellschafters als Jude nicht statthaft sei. Die Ausschließung nach § 140 HGB. hat nicht grundsätzlich strafartigen Charakter. Sie kann ebenso erfolgen wie die Auflösung nach § 133 HGB., denn der wichtige Grund kann in einer völlig unverschuldeten Tatsache gefunden werden, wie unheilbare Krankheit oder Zugehörigkeit eines Gesellschafters zu einem mit Deutschland in Feindschaft lebenden Staate, wenn dadurch der Bestand des Unternehmens bedroht wird (so auch Fleckheim Anm. 2 zu § 140 HGB.).

Im übrigen hat das Gericht nach seinem Ermessen unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Die Entscheidung liegt überwiegend auf tatsächlichem Gebiet. Jedoch unterliegt das Urteil insofern der Nachprüfung in

der Revisionsinstanz, als es sich darum handelt, ob das Berufungsurteil den Begriff des wichtigen Grundes verkannt hat und ob es auch alle Umstände des Falls gewürdigt hat.

Ohne Rechtsirrtum lehnt das Berufungsgericht die Ansicht der Kläger ab, daß die Eigenschaft eines Gesellschafters als Jude schon wegen der durch die nationale Bewegung geänderten Stellung der Juden im Geschäftsleben, in der Gesellschaft, im Staat und im deutschen Volksbewußtsein als Ausschließungsgrund anzusehen sei. Es weist mit Recht darauf hin, daß die Grundsätze, nach denen die nationalsozialistische Regierung die Arierfrage für die Staatsbeamten geregelt hat, der Ausschluß der Nichtarier von öffentlichen Beamtenstellungen, auf die Wirtschaft nicht angewendet werden können und daß ein Jude sogar Wirtschaftsführer sein könne. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Gesellschaft durch das Verbleiben der jüdischen Gesellschafter in ihr ein schwerer Schaden droht. Das Berufungsgericht führt dann aus: Jeder Deutsche, der die Erkenntnis gewinne, daß das Judentum im Gegensatz zum Wesen des Deutschtums stehe und es als Hindernis der vom Nationalsozialismus her im Ausbau begriffenen nationalsozialistischen Volksgemeinschaft ansehe, werde nicht nur eine eigene gewerbliche Gemeinschaft mit jüdischen Volksgenossen ablehnen, sondern auch bei anderen verurteilen. Denn er empfinde, daß sich derjenige, der eine solche Gemeinschaft aufrechterhalte, obwohl allgemein menschlich und volkswirtschaftlich wichtige Gründe nicht vorlägen, außerhalb der neuen Volksgemeinschaft stelle. Diese nationalsozialistischen Gedanken würden durch täglich fortschreitendes, mittels Aufklärung und Schulung gefördertes Erleben der deutschen Volksgenossen immer mehr Gemeingut.

In den letzten Ausführungen des Berufungsurteils liegt einer der tragenden Gründe für die Entscheidung. Sie stehen indessen im Gegensatz zu der vorhergehenden Darlegung, daß nicht ohne weiteres in der Judeienseigenschaft der Beklagten ein wichtiger Grund im Sinne der § 133, 140 HGB. liege. Denn wenn die im Wachsen befindliche Erkenntnis des deutschen Volkes von dem Gegensatz des Judentums zu dem Deutschtum und von seiner Gefahr für den Neuaufbau der Wirtschaft dazu führen würde, daß gewerbliche Gemeinschaft mit Juden abzulehnen und bei anderen zu verurteilen sei, dann müßte jedes Unternehmen, in dem jüdisches Kapital arbeitet

und an dessen Leitung Juden beteiligt sind, wegen dieser Judenteigenschaft allein schwer geschädigt werden.

Dabei beachtet das Berufungsgericht die von ihm zwar gewürdigten Kundgebungen der maßgebenden Reichsstellen und Wirtschaftsführer über die Notwendigkeit des Schutzes auch jüdischer Unternehmungen und des jüdischen Kapitals nicht in ausreichender Weise. In diesen Verlautbarungen wird immer wieder vor dem Boykott auch rein jüdischer Geschäfte gewarnt und auf die Notwendigkeit der Ausnutzung jüdischen Kapitals in der Volkswirtschaft hingewiesen. Daher ist bei der hohen Autorität dieser Stellen im heutigen Staat und bei der großen Bedeutung der mit ihren Kundgebungen erstrebten Ziele damit zu rechnen, daß ihre Auslassungen immerhin ein Gegengewicht gegen eine ausschließliche Wertwertung der Rassenzugehörigkeit des Unternehmens bei der Werbung insofern bilden werden, als die Verbraucherkreise hauptsächlich auf die Leistung sehen und nicht auf die Herkunft des Kapitals des einzelnen Unternehmens allein entscheidendes Gewicht legen werden. Auf dieser Verkennung der Bedeutung der autoritären Kundgebungen beruht es möglicherweise auch, wenn das Berufungsgericht den Hinweis der Beklagten darauf, daß die Umsätze der Firma trotz der veränderten Einstellung des Volkes im allgemeinen im Jahre 1933 sogar gestiegen sind, mit dem allgemeinen Satz ablehnt, daß ein auffälliger Geschäftsrückgang in der Zukunft zweifellos zu erwarten sei. In den Urteilsgründen wird zwar weiter gesagt, gerade für die Firma D. & Co. sei der Rückgang unvermeidlich, da diese Firma in der Hauptsache allbekannte und wegen des Rufes und Ansehens der Firma begehrte Markenartikel (D.-Hemden, -Kragen und -Schlafanzüge) herstelle. Aber aus dieser Tatsache ergibt sich keineswegs der ohne jede nähere Begründung daraus abgeleitete Schluß, gerade für derartige Waren sei die Gefahr der Ablehnung durch die Käuferschaft besonders groß. Ebensovienig einleuchtend ist auch die weitere Erwägung, aus dem gleichen Grunde — also weil es sich um bekannte Markenartikel in Herrenwäsche handle — liege auch die Gefahr, daß die Kenntnis von der jüdischen Beteiligung an der Firma in weitere Kundentreise dringe, näher als bei anderen Firmen, da gerade in solchen Fällen die jüdische Teilhaberschaft sowohl von der arischen wie von der jüdischen Konkurrenz zur Anpreisung eigener Ware ausgenützt werde. Zunächst ist es wenig wahrscheinlich, daß eine jüdische Konkurrenzfirma ihre

Wäre mit der Begründung anpreist, daß auch die Konkurrenz mit jüdischem Kapital arbeite. Eher wird anzunehmen sein, daß die jüdische Konkurrenz unter den heutigen Verhältnissen von ihrer jüdischen Eigenschaft möglichst wenig spricht. Der Hinweis einer arischen Firma, daß in dem Konkurrenzunternehmen jüdisches Kapital arbeite, würde nur ganz ausnahmsweise den Erfordernissen eines lautereren Wettbewerbs entsprechen. Die Bedeutung der Markenartikel liegt gerade darin, daß der Verbraucher in der Marke eine Gewähr für die Güte des Erzeugnisses sieht. Das Berufungsgericht konnte sich auch nicht mit der Erwägung begnügen, daß die etwa vorhandene Umsatzsteigerung auf das Aufleben der deutschen Wirtschaft zurückzuführen sei. Denn die Beklagten hatten behauptet, daß im Gegensatz zu anderen Firmen gerade bei der Firma D. & Co. trotz des einsetzenden Boykotts eine ganz erhebliche Umsatzsteigerung eingetreten sei. Über diese Behauptung durfte das Berufungsgericht nicht hinweggehen, ohne gegen § 286 BPO. zu verstoßen. Wenn das Berufungsurteil, ohne den Sachverhalt im einzelnen unter Prüfung der Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten zu untersuchen, ausspricht, ein erheblicher Rückgang des Geschäftes sei „zweifelloß zu erwarten“, so kann darin nicht eine tatsächliche Feststellung, sondern nur eine bloße Vermutung gesehen werden. . . Da auch der Name der Beklagten nicht im Firmennamen der Gesellschaft zum Ausdruck kommt, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, daß die Beteiligung der Beklagten mit Kapital schon den Bestand des Unternehmens gefährdet, um so mehr als 75% des Kapitals deutschstämmigen Gesellschaftern gehören.

Bei Entscheidung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der die Ausschließung rechtfertigt, ist auch zu prüfen, ob die Gesamtumstände des Falls die Ausschließung rechtfertigen. In RGZ. Bd. 122 S. 312 (314) hat der erkennende Senat ausgesprochen, daß es dem Richter freisteht, einen wichtigen Grund nicht anzunehmen, wenn ihm die Ausschließung unbillig erscheint. Als Tatsachen in dieser Richtung können in Betracht kommen, daß ein Gesellschafter, wie es hier der Fall ist, ein früher selbständiges Unternehmen in das neue eingebracht hat und nun wegen seines Alters — 70 Jahre — nicht mehr in der Lage ist, ein neues Unternehmen aufzubauen, oder durch ein auch nach seinem Ausscheiden noch wirksames Wettbewerbsverbot daran gehindert ist. Auch die Tatsache, daß ein Gesellschafter — hier der Zweit-

beklagte — Frontkämpfer ist, kann für die Billigkeitsabwägung des Richters eine Rolle spielen, um so mehr als es auch abgesehen von den Ausnahmen, die im Berufsbeamtengesetz zu Gunsten von Frontkämpfern gemacht sind, der Volkanschauung entsprechen wird, wenigstens in geeigneten Fällen von der etwa sonst gegenüber nichtarischen Geschäftsleuten ablehnenden Einstellung abzuweichen. Zu berücksichtigen war auch, daß nach dem Vorbringen der Kläger diese tatsächlich auch nach außen, nämlich im Ein- und Verkauf und im Reklamewesen, das Unternehmen geleitet haben. Zwar kann trotz dieser Umstände im Einzelfall ein wichtiger Grund zur Ausschließung vorliegen. Haben sich aber die Beklagten auf solche besonderen Umstände berufen, so muß sich der Richter in der Urteilsbegründung damit auseinandersetzen. Andernfalls ist damit zu rechnen, daß er nicht alle Umstände des Einzelfalls gewürdigt und von einem Rechtsirrtum über den Begriff des wichtigen Grundes geleitet worden ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, daß nicht jede, wenn auch nicht unbedeutende Verminderung des Absatzes einen wichtigen Grund zum Ausschluß langjähriger, wegen ihres persönlichen Verhaltens nicht zu beanstandender Gesellschafter darstellt und daß den Mitgesellschaftern mit Rücksicht auf das das Geschäftsverhältnis beherrschende Treueverhältnis auch Opfer zugemutet werden können, wenn dadurch ihre Existenz und die des Unternehmens nicht bedroht wird (vgl. das Urteil des erkennenden Senats v. 27. Februar 1934 II 280/33 JW. 1934 S. 2403 [2407] Nr. 7).

Aus dem Treueverhältnis und aus der besonders einschneidenden Wirkung des Ausschlusses, bei der im Gegensatz zur Auflösung der Gesellschaft in der Regel der ausgeschlossene Gesellschafter schlechter gestellt wird als die in der Gesellschaft verbleibenden, ergibt sich auch, daß von dieser Maßregel nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn das Ziel der Ausschließung, durch die nur Abwendung von Schaden von der Gesellschaft, nicht aber Verbesserung der Lage der Verbleibenden erstrebt werden soll, nicht auf anderem Wege erreicht werden kann. So hat der erkennende Senat bereits früher in JW. 1933 S. 98 Nr. 2 ausgesprochen, daß die Ausschließung nicht angebracht ist, wenn der Zweck, den durch unverschuldete Geisteskrankheit eines geschäftsführenden Gesellschafters der Gesellschaft drohenden Nachteil zu vermeiden, schon dadurch erreicht werden kann, daß der Gesellschafter durch Änderung der Geschäftsvertrags von

der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen oder wenn das gleiche Ergebnis durch einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach §§ 117, 127 HGB. herbeigeführt wird. Dieser Weg läge hier schon deshalb nicht fern, weil sich nach dem eigenen Vorbringen der Kläger der Erstbeklagte fast gar nicht, der Zweitbeklagte nur auf einem untergeordneten Gebiet betätigt hat, weil auch nach dem Gesellschaftsvertrag der Erstbeklagte zur Mitarbeit in der Regel überhaupt nicht, der Zweitbeklagte nur insoweit verpflichtet ist, als es ihm seine körperlichen Kräfte gestatten und weil endlich bei der immerhin noch verbleibenden Zahl der anderen Gesellschafter nicht ersichtlich, bisher auch nicht behauptet worden ist, daß es heute auf die Mitarbeit der Beklagten ankomme.

In diesem Zusammenhang kommt auch in Betracht, daß der Gesellschaftsvertrag das Recht zur Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis nur für bestimmte und diesen ähnliche Fälle zuläßt und damit zum Ausdruck bringt, daß die Gesellschafter nur in besonders wichtigen Fällen aus ihrer Stellung entfernt werden sollen. Der weite Spielraum, den das Gesellschaftsrecht des Handelsgesetzbuchs der verschiedenartigsten Ausgestaltung der Stellung der Gesellschafter läßt, gibt auch die Möglichkeit, die mit dem Verbleiben der Beklagten als offene Gesellschafter für die Gesellschaft verbundenen Gefahren zu beseitigen und doch die für die Beklagten mit der Ausschließung verbundenen Härten zu vermeiden. Diese Härten bestehen namentlich darin, daß nach dem Gesellschaftsvertrag die genehmigte Jahresbilanz auch als Auseinanderrechnungsbilanz gilt und daß bei der Auseinanderrechnung zwar ein Zuschlag für die stillen Reserven, aber keine Vergütung für den Firmenwert, der bei der Größe des Unternehmers nicht ohne Bedeutung wäre, zu gewähren ist, und daß das so festgestellte Guthaben auch dann zugrunde zu legen ist, wenn ein als offener Gesellschafter Ausgeschlossener nach dem ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Recht mit dem Auseinanderrechnungsguthaben als stiller Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt bleibt. Die Kläger behaupten, daß diese Bestimmungen im vorliegenden Fall Anwendung finden. Sie haben den Beklagten auch vor Klagerhebung ein Vertragsangebot auf dieser Grundlage gemacht; später wollten sie sogar nur die Beteiligung der Beklagten mit ihrem Abfindungsguthaben als Darlehensgeber zugestehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bestimmungen des Vertrags über die Höhe

des Auseinandersetzungsguthabens auch auf den vorliegenden Fall des Ausschusses Anwendung finden, an den die Partien bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags nicht gedacht haben können. Unter dem Gesichtspunkt des wichtigen Grundes bedarf es aber doch einer Prüfung, ob es nicht der Billigkeit entspricht, daß die Kläger unter den bestehenden besonderen Umständen, ehe sie die härteste Maßnahme der Ausschließung fordern, den Beklagten ein Angebot machen, durch das ein Nachteil für die Beklagten tunlichst abgewendet und auch der Anschein vermieden wird, als wollten sich die Kläger bei der sich jetzt bietenden Gelegenheit aus Eigennutz einen besonderen Vorteil verschaffen. Bei der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht könnte beides dadurch erreicht werden, daß die Beteiligung der Beklagten zwar in die einer stillen Gesellschaft umgewandelt, daß ihnen aber im inneren Verhältnis die bisherige Rechtsstellung eingeräumt wird. Nur wenn ein Verbleiben der Kläger in ihrer bisherigen Stellung in der Gesellschaft diese in der That schwer schädigen und in ihrem Bestehen bedrohen würde, was noch nicht genügend geklärt ist, und wenn ein billiges Angebot der Kläger an dem Verhalten der Beklagten scheiterte, würde ein wichtiger Grund zur Ausschließung gegeben sein. Ob ein solcher Weg nach den Thatumständen gegeben ist, ist zunächst Aufgabe der Prüfung des Tatrichters. Dabei ist von den Verhältnissen zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung auszugehen, da in diesem Zeitpunkt der wichtige Grund noch bestehen muß.