

60. 1. Ist der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von der Mitwirkung bei der Beschlußfassung darüber ausgeschlossen, ob die Gesellschaft Ansprüche gegen ihn geltend machen soll?

2. Kann und darf der alleinvertretungsberechtigte Gesellschafter das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft auf einen Dritten übertragen, um so die gesetzlich vorgesehene Form der Abwicklung zu umgehen?

3. Sind, wenn eine offene Handelsgesellschaft im Abwicklungsverfahren eine ihr gegen einen der gesamvertretungsberechtigten Gesellschafter-Abwickler zustehende Forderung an einen Dritten abtreten oder gerichtlich geltend machen will, die übrigen Gesellschafter einzeln oder zusammen vertretungsberechtigt oder bedarf es, sofern keine andere Regelung durch einstimmigen Beschluß getroffen wird, der Ernennung eines besonderen Abwicklers durch das Gericht?

§§ 116, 119, 126, 146, 150.

II. Zivilsenat. Ur. v. 20. Dezember 1939 i. S. S. (R.) w. R. u. a. (Befl.). II 88/39.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Zum Nachlaß der Eheleute F. gehörte die von ihnen unter der Firma F. herausgegebene Baugewerks-Zeitung. Ihre drei Töchter, nämlich die Ehefrau des Klägers, Frau von M. und Frau B., die Mutter der fünf Beklagten zu I, führten das Geschäft als offene

Handelsgesellschaft weiter. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag wurde nicht geschlossen. Im Jahre 1920 wurde B., der Ehemann der Frau B. und Vater der Beklagten zu I, zum Prokuristen der Gesellschaft bestellt. Diese Stellung hatte er inne, bis er im August 1934 starb. Seit dem Jahre 1925 war das Unternehmen verpachtet. Nach Beendigung des Vertrages mit dem ersten Pächter verpachtete B. das Verlagsunternehmen vom 1. Januar 1933 ab an die offene Handelsgesellschaft L. & Co. und gewährte dieser im Zusammenhange damit aus Mitteln der Verpächterin ein bares Darlehen von 5500 RM. Ende des Jahres 1934 wurde die Firma L. & Co. zahlungsunfähig.

Durch notariischen Vertrag vom 11. November 1935 übertrug die Ehefrau des Klägers, die ebenso wie die übrigen Mitgesellschafter kraft Gesetzes Alleinvertretungsmacht für die offene Handelsgesellschaft hatte, dem Kläger auf seine Veranlassung das ganze Vermögen der Gesellschaft zu Eigentum gegen die Verpflichtung, das Gesellschaftsvermögen im Interesse und für Rechnung aller Gesellschafter in Verwahrung zu nehmen, zu verwalten und den sich bei der Verwertung ergebenden Erlös so aufzuteilen, „als wenn die Gesellschaft gemäß §§ 145ff. HGB. regelrecht liquidiert worden wäre“. Der Kläger bezeichnet das als Einräumung einer Treuhänderstellung. Er hat gegen die Beklagten zu I als Erben des Prokuristen B. Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung der diesem aus dem Dienstverhältnis als Prokurist obliegenden Verpflichtungen und gegen die vier Beklagten zu II Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung erhoben. Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie bestreiten die Sachbefugnis des Klägers, weil seine Ehefrau mit dem Abschluß des Vertrages vom 11. November 1935 im bewußten Zusammenwirken mit ihrem Ehemann ihre Geschäftsführungsbefugnisse überschritten habe. Auch bestreiten sie, daß ihr Vater und Schwiegervater seine Pflichten als Prokurist der Gesellschaft verletzt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es nimmt an, der Kläger sei zwar zur Klage befugt, das von ihm behauptete Verschulden B.s sei aber nicht festzustellen. Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen, weil der Kläger nicht zur Klage befugt sei. Außerdem hält es ein Verschulden B.s nicht für nachgewiesen. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Durch den Vertrag vom 11. November 1935 hat sich die Ehefrau des Klägers als zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigte Gesellschafterin ihrem Ehemanne gegenüber verpflichtet, ihm das gesamte gegenwärtige Gesellschaftsvermögen zu übertragen. Sie hat auch die in einem Verzeichnis aufgeführten Forderungen und Rechte der Firma F. an ihn abgetreten. Die Firma F. erteilte dem Kläger den Auftrag, das ihm übertragene Vermögen im Interesse und für Rechnung aller Gesellschafter in Verwahrung zu nehmen, zu verwalten und den sich bei der Verwaltung und Bewertung der Vermögensgegenstände ergebenden Erlös so aufzuteilen, als wenn die offene Handelsgesellschaft im Sinne der §§ 145 flg. HGB. regelrecht abgewickelt worden wäre. Der Berufungsrichter hat mit Recht angenommen, daß die Ehefrau des Klägers durch den Abschluß dieses Vertrages ihre durch § 116 HGB. geregelte Geschäftsführungsbefugnis überschritten habe, da diese Befugnis nichts umfassen könne, was der gemeinschaftlichen Erreichung des Gesellschaftszwecks entgegenstehe. Denn nach § 116 HGB. erstreckt sich die Befugnis zur Geschäftsführung auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt; zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist jedoch ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich. Die Übertragung des gesamten Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft auf einen Dritten, die in der ausgesprochenen Absicht vorgenommen wird, so die gesetzlich vorgesehene Form der Liquidation (Abwicklung) zu beseitigen, liegt aber außerhalb des gewöhnlichen Betriebs des Handelsgewerbes einer jeden Gesellschaft. Das verkennet auch der Kläger nicht. Er meint aber, gleichwohl sei die Mitwirkung der Beklagten nach § 116 Abs. 2 HGB. nicht erforderlich gewesen, weil auf ihrer Seite bei dem ganzen Vertrag ein „totaler“ Interessenwiderstreit bestanden habe. Das ist jedoch unrichtig. Allerdings besteht für die offene Handelsgesellschaft keine ausdrückliche Bestimmung, daß bei einem Widerstreite der Belangnisse der betreffende Gesellschafter von der Beschlußfassung ausgeschlossen wäre. Der Senat hat aber in RGZ. Bd. 136 S. 236 (245) ausgesprochen, daß sich aus den Stimmenthaltungsvorschriften in § 34 HGB., § 252 Abs. 3 HGB., § 47 Abs. 4 GmbHG., § 43 Abs. 3 GenG., die den Interessenwiderstreit bei der Entlastung von Mitgliedern juristischer Personen oder bei der

Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihnen betreffen, ein Rechtsgrundsatz ergebe, der auf die insoweit völlig gleichgearteten Verhältnisse der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft auszudehnen sei, obwohl für diese eine entsprechende Gesetzesvorschrift fehle. Ob an dieser Auffassung uneingeschränkt festgehalten werden kann und sie auch uneingeschränkt für die offene Handelsgesellschaft gilt, bedarf mit Rücksicht darauf, daß nach § 114 Abs. 5 AktG. das frühere Stimmrechtsverbot für diesen Fall — Vornahme eines Rechtsgeschäfts — beseitigt ist, an sich einer Nachprüfung. Es kommt jedoch im vorliegenden Falle nicht darauf an, weil der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft mindestens dann von der Mitwirkung bei der Beschlußfassung ausgeschlossen ist, wenn es sich darum handelt, ob die Gesellschaft gegen ihn vertragliche oder außervertragliche Ansprüche geltend machen soll, und zwar auch dann, wenn diese Ansprüche auf seiner Haftung als Erbe beruhen. Im vorliegenden Falle waren und sind also die Beklagten von der Mitwirkung bei der Beschlußfassung darüber ausgeschlossen, ob gegen sie als Erben ihres Vaters Ansprüche aus seiner Tätigkeit als Prokurist geltend gemacht werden sollen.

2. Daraus folgt aber nicht, daß die Ehefrau des Klägers ihrem Ehemanne das ganze Gesellschaftsvermögen mit Abwicklungsauftrag übertragen durfte und daß dieser Vertrag, nachdem der zweite Erbzweig, Frau von M., dem Vertrage beigetreten war, in den Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis der Klägerin fiel. Denn diese Geschäftsübertragung geht weit über die bloße Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Beklagten als Erben ihres Vaters hinaus. Es ist nämlich nicht richtig, daß zur Zeit des Vertragschlusses das ganze Gesellschaftsvermögen nur in den — bestrittenen — Forderungen gegen die Beklagten bestand. In dem Vermögensverzeichnis, das dem Vertrag angefügt ist, sind vielmehr noch weitere Rechte und Forderungen aufgeführt. Unerheblich ist es auch, ob die Beklagten die Teilnahme an der Abwicklung selbst verweigert haben, wie die Revision geltend macht; denn auch in diesem Falle durfte die Ehefrau des Klägers nicht so vorgehen, wie sie es getan hat, sondern mußte nötigenfalls gegen die Beklagten, wenn die Gesellschaft aufgelöst war, auf Mitwirkung bei der Abwicklung klagen oder die Ernennung von Abwicklern nach § 146 Abs. 2 HGB. bei Gericht beantragen. Die Beklagten brauchten sich, da der Abschluß des Treuhandvertrages ihre

Rechte verletzten, auch nicht auf Vorschläge zu seiner Abänderung einzulassen. Sie wurden also durch den Vertrag um ihr Recht auf Mitwirkung bei der Abwicklung nach § 146 HGB. gebracht, obwohl bei einer solchen — abgesehen von der Frage der Geltendmachung der Ansprüche gegen sie selbst — kein Widerstreit der Belange zu erwarten war.

Demnach hat der Berufsungsrichter mit Recht angenommen, daß die Ehefrau des Klägers bei Abschluß des Vertrages vom 11. November 1935 nicht mehr im Rahmen ihrer Geschäftsführungsbefugnis geblieben ist, weil zu dem von ihr vorgenommenen Geschäft nach § 119 Abs. 1 HGB. im Innenverhältnis die Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufenen Gesellschafter nötig, aber nicht vorhanden war. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß das Geschäft auch nach außen hin, also dem Kläger gegenüber, unwirksam wäre und der Kläger aus diesem Vertrage keine Rechte erworben hätte. Denn nach § 126 HGB. erstreckt sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte, und eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam. Nach ständiger Rechtsprechung und der im Schrifttum herrschenden Auffassung findet aber nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis, sondern auch die Vertretungsmacht des Gesellschafters da eine Grenze, wo die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses in Frage stehen. Sie erstreckt sich nicht auf solche Geschäfte, die das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander betreffen (vgl. RÖB. Bd. 52 S. 161, Bd. 91 S. 412, Bd. 128 S. 176; Schlegelberger HGB. Bem. 7 zu § 126; Könige-Reichmann HGB. Bem. 1 Abs. 2 zu § 126; Ritter HGB. Bem. 2b zu § 126). Aus diesem Grund ist die Vertretungsmacht des Gesellschafters ausgeschlossen, wo es sich darum handelt, den Gesellschaftsvertrag zu ändern, dem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung zu entziehen, einen neuen Gesellschafter aufzunehmen, einen Gesellschafter auszuschließen oder die Gesellschaft aufzulösen. Vertragliche Grundlage der offenen Handelsgesellschaft ist im vorliegenden Fall auch die Abwicklung nach Maßgabe der §§ 145 ff. HGB.; denn eine abweichende Vereinbarung im Sinne des § 158 war nicht getroffen und hätte nur einstimmig von allen Gesellschaftern getroffen werden können. Durch den Vertrag vom 11. November 1935 sollten aber offensichtlich gerade die kraft Gesetzes geltende Abwicklung

abgeschnitten und die Beklagten um ihre ihnen nach dem Gesetze zustehenden Mitbestimmungs- und Mitverwaltungsrechte gebracht werden. Ein solcher Vertrag fällt aus dem Rahmen der Vertretungsmacht auch des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters heraus. Bei dieser Auffassung werden die berechtigten Belange der Ehefrau des Klägers nicht etwa beeinträchtigt; denn es standen ihr geruig Mittel und Wege offen, um auf gesetzlich zulässigem Weg einen etwaigen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Beklagten gerichtlich zum Austrage zu bringen. Sie konnte einen solchen Anspruch als alleinvertretungsberechtigte Gesellschafterin gegen die Beklagten geltend machen; ein Widerspruch dieser wäre unbeachtlich gewesen. Sie konnte ferner die Auflösung der Gesellschaft und die Einsetzung von Abwicklern betreiben, die dann über die Geltendmachung des Anspruchs zu befinden hatten. Der Vertrag ist demnach schon deshalb rechtsunwirksam, weil die Ehefrau des Klägers zu seinem Abschluß keine Vertretungsmacht hatte und die Beklagten von vornherein ihre Einwilligung oder Genehmigung verweigert hatten.

Darüber hinaus hat aber auch der Berufungsrichter im Ergebnis mit Recht das ganze Vertragswerk vom 11. November 1935 wegen Sittenverstößes im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. für nichtig erklärt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gesellschaft und den Gesellschaftern ein Vermögensschaden erwachsen ist. Entscheidend ist vielmehr, daß damit bewußt und gewollt die Mitbestimmungs- und Mitverwaltungsrechte der Beklagten und ihr gesellschaftsrechtlicher Anspruch auf Durchführung der Abwicklung nach den §§ 145 flg. HGB. abgeschnitten werden sollten. Ein solches Vorgehen eines Gesellschafters und eines ihn beeinflussenden Dritten — hier des Klägers — bedeutet einen groben Treubruch, zumal, wie vorhin ausgeführt, gesetzmäßige Mittel und Wege offenstanden, um gegen die Beklagten den vermeintlichen Anspruch geltendzumachen, und dieses auch dem Kläger nicht unbekannt gewesen sein kann.

Der Berufungsrichter hat auch ohne Rechtsirrtum verneint, daß die Beklagten den nichtigen Vertrag bestätigt haben. (Wird näher ausgeführt.) Hiernach wird die Sachbefugnis des Klägers durch den Vertrag vom 11. November 1935 nicht begründet.

3. Der Kläger hat sich für seine Sachbefugnis weiter auf Erklärungen vom November und Dezember 1937 berufen. In diesen

erklären Frau von M. und die Ehefrau des Klägers namens der Firma F. dem Treuhänder S. — das ist der Kläger —, daß ihm gemäß § 139 BGB. auf jeden Fall zum mindesten alle ihm übertragenen Forderungen der Firma gegen die Beklagten zu I zur Geltendmachung als Treuhänder und Abführung des Erlöses an die Berechtigten verbleiben sollen; der Treuhänder nimmt diese Erklärung genehmigend unter Vorbehalt seiner Rechte an. Wenn die Ehefrau des Klägers oder Frau von M. bei Abgabe dieser Erklärungen noch alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft gewesen wäre, so würde dieser Vertrag rechtswirksam sein; denn als solcher wäre jede von ihnen berechtigt, eine der Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter zustehende Forderung an einen Dritten zur Geltendmachung gegen diese und zur Abführung des Erlöses an die Berechtigten abzutreten. Sie waren aber im Dezember 1937 nicht mehr alleinvertretungsberechtigte Gesellschafter; denn die Gesellschaft war damals schon aufgelöst und befand sich im Abwicklungsverfahren. Dann war aber die Vertretungs- und Geschäftsführungsmacht der bisherigen Gesellschafter erloschen; denn nach den §§ 146, 150 HGB. wird die Abwicklung, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Abwickler vorgenommen, und sofern mehrere Abwickler vorhanden sind, können sie die zur Abwicklung gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können. Da eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung nicht getroffen worden ist, hatten die Ehefrau des Klägers und Frau von M. mit den anderen als Abwickler berufenen Gesellschaftern im Rahmen der aufgelösten Gesellschaft nur Gesamtvertretungsmacht. Sie konnten also weder eine jede für sich, noch auch zusammen die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Forderungen abtreten, und zwar auch nicht die angeblichen Schadensersatzforderungen gegen die Beklagten. Allerdings ergibt sich bei der Abtretung und Geltendmachung einer Forderung der Gesellschaft gegen einzelne Mitgesellschafter — wenn diese nicht etwa selbst bei der Abtretung mitwirken wollen — die Schwierigkeit, daß die Abwicklungsgesellschaft dann nicht gesetzmäßig vertreten ist. Diese Schwierigkeit ist aber vom Gesetz nicht etwa in der Weise gelöst, daß dann die anderen Gesellschafter allein die Gesamtvertretungsmacht haben. Das hat der Senat schon

in RRG. Bd. 116 S. 116 ausgesprochen. Wenn in einem solchen Falle die Gesellschafter nicht durch einstimmigen Beschluß eine anderweitige Regelung der Vertretungsmacht beschließen oder nach § 150 Abs. 2 Satz 1 HGB. einzelne von ihnen zur Vornahme des in Frage kommenden Rechtsgeschäfts ermächtigen, so müssen die Beteiligten nach § 146 Abs. 2 HGB. beim Gericht die Ernennung eines besonderen Abwicklers beantragen. Wenn diese Regelung auch mit gewissen Weiterungen verknüpft sein kann, so hat sie den Vorzug, daß ein unbeteiligter Dritter darüber befindet, ob — jedenfalls zunächst zu Lasten des gemeinschaftlichen Vermögens der Gesellschafter — der Rechtsstreit ausgetragen werden soll.

Hiernach hat der Berufsungsrichter mit Recht die Klagebefugnis des Klägers verneint und die Klage schon aus diesem Grunde abgewiesen.