

8. 1. Ist bei der offenen Handelsgesellschaft, bezw. Kommanditgesellschaft, die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles Veräußerung eines Sachenmitigentumes mit Besitzübertragung oder Abtretung eines Forderungsrechtes?

2. Welches örtliche Recht entscheidet über die Schenkungsform, wenn die schenkungsweise Übereignung des Anteiles an einer in Altpreußen bestehenden Handelsgesellschaft seitens eines im Gebiete des gemeinen Rechtes wohnhaften Gesellschafters an seinem Wohnorte erklärt ist?

3. Findet auf eine Schenkung von Todes wegen die Vermutung des Art. 274 S.G.B. Anwendung?

I. Civilsenat. Ur. v. 6. Oktober 1886 i. S. B. (Wefl.) w. Witwe B. (Kl.) Rep. I. 239/86.

I. Landgericht Münster.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der 1868 verstorbene Ehemann der Klägerin, B. sen., wohnte bis zu seinem Tode in Zwischenahn im Großherzogtume Oldenburg. Er hatte im Jahre 1856, zu welcher Zeit sein Sohn Johann Heinrich B., der jetzige Beklagte, zu Borghorst in Westfalen mit dem Kaufmann K. unter der Firma K., B. & Co. eine Stärkerei betrieb, mit dieser Firma und noch sechs anderen Personen einen Gesellschaftsvertrag geschlossen, inhalts dessen unter entsprechenden Einlagen aller Beteiligten, darunter des B. sen. mit 15 000 Thlr., auf der Grundlage jenes Fabriketabissements, welches der Firma K., B. & Co. als Einlage zu 45 000 Thlrn. angerechnet wurde, ein zu einer Garnspinnerei erweiterter Geschäftsbetrieb unter der Firma „Baumwollen-Garn-Spinnerei und Stärkerei K., B. & Co.“ und unter alleiniger Geschäftsführung der Inhaber der bisherigen Firma K., B. & Co. stattfinden sollte. Der Tod eines Gesellschafters sollte auf das Fortbestehen der Gesellschaft keinen Einfluß haben, vielmehr sollten an Stelle des Verstorbenden dessen Erben treten. Jedem Teilnehmer war übrigens auch der Verkauf seines Anteiles, jedoch unter einem Vorkaufsrechte der übrigen Gesellschafter, gestattet. Nach Einführung des Handelsgesetzbuches in Preußen erfolgte auf Anmeldung der beiden früheren Inhaber der Firma K., B. & Co. die Eintragung der Gesellschaft unter der neuen Firma als eine lediglich

unter diesen beiden bestehenden, offenen Handelsgesellschaft unter bloßer Erwähnung, daß auch andere Personen als stille Gesellschafter beteiligt seien. Nachdem B. sen. mit Hinterlassung von acht Kindern verstorben, hat Klägerin, welcher der lebenslängliche Nießbrauch des Nachlasses ihres Ehemannes zusteht, nachdem sie längere Zeit auf eine gütliche Auseinandersetzung gewartet, gegen den Beklagten, auf den 1878 gemäß der Eintragung im Handelsregister durch Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses mit H. das Geschäft mit der Firma allein übergegangen, Klage mit dem Antrage erhoben, über den auf den Anteil ihres verstorbenen Ehemannes an dem Fabrikgeschäfte seit dem Todestage desselben — dem 5. Oktober 1868 — erzielten Nettogewinn gehörigen Nachweis durch Vorlegung der jährlichen Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen zu geben und ihr diesen Nettogewinn herauszuzahlen. Der Beklagte wendete ein, der Verstorbene, sein Vater, habe stets versprochen, seinen Geschäftsanteil ihm zu übertragen, habe dies auch einige Zeit vor seinem Tode durch eine mündliche Erklärung unter dem Vorbehalte gethan, daß ihm, dem Vater, der Genuß des Anteiles auf Lebenszeit bleiben, und daß Beklagter seinen im Geschäfte thätigen Bruder Karl zur Hälfte daran partizipieren lasse. Zum Beweise, daß der Vater diese Übertragung als geschehen sodann auch schriftlich anerkannt habe, überreichte Beklagter eine privatschriftliche Urkunde, datiert Zwischenahn, 27. Juli 1868, mit dem Namen des Vaters unterzeichnet, welche lautet: „daß ich meine Fabrikanteile in Berghorst ad. 15 000 Thlr. meinen Söhnen Friedrich und Karl für den Fall meines Absterbens abgetreten habe, bescheinige ich.“ Klägerin bestritt die Rechtsgültigkeit einer schenkungsweisen Zuwendung in dieser Form und die Parteien legten bei ihren hierauf bezüglichen Ausführungen auf die rechtliche Natur des bestandenen Gesellschaftsverhältnisses Gewicht, welches Klägerin als Beteiligung des Verstorbenen als stillen Gesellschafters, der Beklagte als die eines offenen Gesellschafters oder Kommanditisten charakterisierte. Beide Instanzrichter verurteilten den Beklagten nach dem Klagantrage. Das Reichsgericht wies die Revision des Beklagten, soweit es sich um die Nachweisertheilung über den Nettogewinn handelte, zurück, verurteilte den Beklagten zur Herauszahlung des Nettogewinnes von dem die Summe von 4666  $\frac{2}{3}$  M übersteigenden Betrage des väterlichen Geschäftsanteiles, während in betreff des Anspruches auf Herauszahlung des auf die ersten 4666  $\frac{2}{3}$  M des Geschäftsanteiles entfallenden Netto-

gewinnes die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung — wegen der erforderlichen Erörterungen in bezug auf die bestrittene Echtheit der Schenkungsurkunde und Dispositionsfähigkeit ihres Ausstellers — an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde.

Aus den Gründen:

„Die Gründe der Entscheidung des Berufungsgerichtes, welches den Einwand des Beklagten, sein Vater habe den Gesellschaftsanteil ihm in rechtsgültiger Weise zugewendet, verworfen hat, gehen im wesentlichen dahin, die durch den Vertrag vom 30. September 1856 begründete Gesellschaft sei in bezug auf das Verhältnis aller übrigen Gesellschafter zu den damaligen Inhabern der Firma R., B. & Co. als Kommanditgesellschaft aufzufassen, die vom Beklagten behauptete Zuwendung des väterlichen Gesellschaftsanteiles an ihn sei eine Schenkung von Todes wegen im Sinne des gemeinen Rechtes, ein solches Rechtsgeschäft gehöre nach seiner Natur und seinem Zwecke, auch wenn der Geschenknehmer, wie hier der Beklagte, Kaufmann sei, nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes, sodas die Formfreiheit nach Art. 317 H.G.B. für das Geschäft nicht in Anspruch zu nehmen sei. Für die Entscheidung, welches Gesetz in bezug auf die Form des Rechtsgeschäftes maßgebend wäre, sei erheblich, daß nicht ein Schenkungsversprechen, sondern eine schenkungsweise bereits erfolgte Eigentumsübertragung behauptet werde, und es sei deshalb von den Gesichtspunkten aus, daß der Gesellschaftsanteil rechtlich Miteigentum an der das Gesellschaftsvermögen bildenden und hier in Borghorst im Bezirke des preussischen Landrechtes belegenen Sachengesamtheit sei, in bezug auf welches der Mitbesitz durch den Komplementar ausgeübt werde, daß sich aber der Eigentumsübergang sowohl bei unbeweglichen wie bei beweglichen Sachen und Sachengesamtheiten — und es liege sogar, da ein Fabrikgrundstück einen Hauptbestandteil des Gesellschaftsvermögens bilde, nahe, Miteigentum an einer unbeweglichen Sache anzunehmen — nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache belegen, richte, das preussische Landrecht für die Form maßgebend. Danach werde der Mangel gerichtlicher Form bei der Schenkung zwar durch die Übergabe der geschenkten beweglichen Sache gedeckt, es erfordere aber die Übergabe, wenn sie nicht körperlich, sondern durch eine Willenserklärung in der Form der Anweisung oder brevi manu traditio erfolge, bei Gegenständen über 50 Thlr. die schriftliche Form, sodas die behauptete mündliche Erklärung des B. senior nicht aus-

gereicht habe, das Eigentum auf den Beklagten zu übertragen. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht auf dem Boden dieser Erwägungen die Thatfache der behaupteten schriftlichen Bestätigung der mündlichen Abtretung als die vermißte Schriftform erfüllend zu Unrecht ignoriert worden ist. . . .

Es sind rechtlich unzutreffende Gründe, beruhend auf der Annahme von Grundsätzen in bezug auf das anzuwendende örtliche Recht, die nicht anerkannt werden können, wie auf unzutreffender Beurteilung des Anteiles eines Handelsgesellschafters am Gesellschaftsvermögen in bezug auf die Erfordernisse für seine Übertragung, welche das Berufungsgericht dazu geführt haben, für die Frage der Gültigkeit der Form der Zuwendung das preußische Landrecht anzuwenden.

Will man, wie es das Berufungsgericht thut, die Eigenschaft der Zuwendung als eines Nichthandelsgeschäftes, vermöge deren die Formfreiheit des Art. 317 H.G.B. unanwendbar, aus der spezifischen Natur der Schenkung von Todes wegen herleiten, indem man es dahingestellt läßt, ob das Gleiche schon bei der Schenkung schlechthin zutrifft, so muß die Untersuchung, welches örtliche Recht anzuwenden ist, an die Spitze gestellt werden, da der Begriff der Schenkung von Todeswegen nach gemeinem und nach preußischem Rechte ein verschiedener ist, indem der Vorbehalt freien Widerrufs für den Begriff nach preußischem Rechte wesentlich ist (§§. 1135. 1136 A.L.R. I. 11), nach gemeinem Rechte aber nicht,

vgl. Windscheid, Pandekten §§. 675. 369 Note 5, während, falls die Zuwendung im vorliegenden Falle stattgefunden hat, sie nach den Umständen und dem Ausdrucke der Urkunde „abgetreten habe“ — die Frage ihrer Wirkungslosigkeit im Falle eines Versterbens der Geschenknehmer vor dem Schenker zunächst dahingestellt — wohl als eine unter Verzicht auf den Widerruf geschehene anzusehen wäre.

Für die Frage, welches örtliche Recht anzuwenden, ist es aber allerdings von Belang, ob man mit dem Berufungsgerichte annimmt, es habe sich die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles bei denjenigen Handelsgesellschaften, bei welchen die Gesellschafter die Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind, durch Übergabe der am Sitze der Gesellschaft belegenen, deren Vermögen bildenden Sachengesamtheit in bezug auf den ideellen Anteil des Übertragenden daran zu vollziehen. Dies konnte nicht angenommen werden; sodaß es hier dahingestellt bleiben

kann, ob nicht etwa das vorliegende Gesellschaftsverhältnis, soweit es sich um die Teilnahme anderer Personen als der ehemaligen Inhaber der Firma A., B. & Co. handelt, als ein stilles Gesellschaftsverhältnis im Sinne der Artt. 250 flg. H.G.B. anzusehen wäre, in welchem Falle es keinem Zweifel unterliegen würde, daß die Übertragung des Anteiles des stillen Gesellschafters nichts anderes als die Abtretung eines Forderungsrechtes wäre. Bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft ist freilich, wenn man diese Gesellschaften nicht als juristische Personen, vielmehr die Gesellschafter als die Subjekte des Gesellschaftsvermögens ansieht, die rechtliche Qualifizierung des begrifflichen Inhaltes des Vermögensanteiles des einzelnen Gesellschafters nicht ohne Schwierigkeiten. In dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Bd. 9 S. 143 flg. abgedruckten Urteile ist als sachenrechtliche Gestalt die eines Gesamteigentumes aller Gesellschafter, das sich aber nicht in ideelle Eigentumsteile der einzelnen Gesellschafter zerlegen lasse, angenommen. Neuerdings ist die Ansicht vertreten worden, es liege doch ein Miteigentum jedes einzelnen Gesellschafters pro indiviso vor, indem dieser Begriff dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß die ideellen Quoten sich fortdauernd änderten und ihr Umfang auch nicht jederzeit bekannt sei, da er doch durch einen Rechnungsabluß jederzeit festgestellt werden könne.

Vgl. Laband in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 31 S. 40 flg. Eine Prüfung dieser letzten Konstruktion nach den Ergebnissen, zu denen sie führen würde, insbesondere wenn man den Fall unterstellt, daß jemand wissentlich eine fremde Sache als seine eigene gegenüber gutgläubigen Mitgesellschaftern in die Gesellschaft eingebracht hat, kann hier dahingestellt bleiben. Gleichviel auf welchen Begriff man den Vermögensanteil des Gesellschafters vom sachenrechtlichen Standpunkte aus dogmatisch zu bringen hat, für seine rechtsgeschäftliche Behandlung kann nur die äußere Gestalt entscheiden, in welcher er im Gesetze auftritt. Diese ist aber die eines Forderungsrechtes zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaftsfirma, d. i. zwischen dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter und dem Gesellschaftsfonds (vgl. Artt. 91. 106. 119—122. 130. 131. 141—143. 157. 169. 172 H.G.B.). Der Art. 98 Absf. 2 a. a. O. bezeichnet den Übergang des Vermögensanteiles eines Gesellschafters an einen Dritten selbst dahin, daß er seinen „Anteil abtritt“. Nach Art. 130 endet das Anteilsverhältnis des ausscheidend-

den oder ausgeschlossenen Gesellschafter, abgesehen von den laufenden Geschäften, mit dem Zeitpunkte des Ausscheidens oder der Zustellung der Ausschließungsklage. Rechtsgeschäftlich kann man diese Akte nicht als Übertragungen seines ideellen Miteigentums seitens des abgehenden Gesellschafter an die verbleibenden auffassen wollen. Der abgehende Gesellschafter verzichtet auf sein, die anderen einschränkendes aktuelles Recht, bezw. verliert es, und entsprechend diesem Wegfalle erweitern sich die Rechte der Zurückbleibenden. Diese Behandlung steht im Einklange mit der Auffassung des vierten Civilsenates des Reichsgerichtes, daß die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles an einem Gesellschaftsvermögen, zu welchem Grundstücke gehören, nicht dem preussischen Immobiliarstempel unterliege.

Vgl. das in Gruchot (Rassow und Künzler), Beiträge Bd. 28 S. 249 abgedruckte Urteil vom 24. September 1883.

Wäre die Auffassung des Berufungsgerichtes richtig, so hätte dasselbe sich nicht damit begnügen dürfen, die Besitzübertragung zu fordern, vielmehr, da zu dem Gesellschaftsvermögen ein Grundstück gehört und nach §. 1. des preussischen Gesetzes über das Grundeigentum vom 5. Mai 1872 das Eigentum an einem Grundstücke im Falle freiwilliger Veräußerung nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuche erworben werden kann, dies Erfordernis stellen müssen. Damit hätte sich die Unhaltbarkeit der Auffassung ergeben. Denn gerade daraus, daß für solche Auflassung und Eintragung des Miteigentumes kein Raum ist, weil die Handelsgesellschaft das Grundstückseigentum unter ihrer Firma erwerben kann (Art. 111 H.G.B.) und in der Regel auf den Firmennamen eintragen lassen wird, ergiebt sich, daß der Nacherwerber des gesellschaftlichen Vermögensanteiles das Recht am Gesellschaftsvermögen, welches das Berufungsgericht als Miteigentum an der Sache Gesamtheit bezeichnet, eben nicht auf dem Wege der Übertragung eines Sacheigentumes, sondern auf dem einer Rechtsabtretung, eines Eintrittes in die Firma statt des Ausscheidenden, unter Genehmigung der übrigen Gesellschafter erwirbt. Diese Genehmigung war hier im voraus im Gesellschaftsvertrage, vorbehaltlich eines Vorkaufsrechtes, das nicht in Frage kommt, erteilt, sodas es dahingestellt bleiben kann, ob es auch bei Abtretung des Geschäftsanteiles an einen Erben gelten sollte.

Das Berufungsgericht macht aber auch von dem den Grundsätzen

betreffend den räumlichen Geltungsumfang eines Gesetzes angehörigen Sache, daß sich der Eigentumsübergang an Sachen nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache belegen, richte, eine unrichtige Anwendung, wenn es aus demselben herleitet, daß sich die Form einer Schenkung, wenn diese eine Sache betrifft und die Sache durch den Schenkungsakt bereits in das Eigentum des Geschenknehmers übergehen soll, nach dem Gesetze des Ortes, wo die Sache belegen, richte, wenn auch die Schenkung an einem anderen Orte errichtet sei. Die besonderen Grundsätze, welche in bezug auf Immobilien gelten (§. 115 preuß. A.L.R. I. 5), kommen hier nicht in Betracht, da die Übertragung des Gesellschaftsanteiles nicht als Übertragung eines Miteigentumes an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Immobile anzusehen ist, wie denn nach dem eben Ausgeführten eine Prüfung des für die Ermittlung des örtlichen Rechtes vom Berufungsgerichte für maßgebend erachteten sachenrechtlichen Satzes überhaupt nur unter der Unterstellung erforderlich ist, daß man das im Gesellschaftsanteile enthaltene Forderungsrecht gegen die in Preußen wohnhafte Gesellschaft, bezw. gegen das dort belegene Gesellschaftsvermögen — etwa unter Heranziehung des §. 24 C.P.D. — einer in Preußen belegenen Sache gleichstellen wollte. Gewiß sind die sachenrechtlichen Grundsätze, welche ein Gesetz aufstellt, die ausschließlich maßgebenden für das rechtliche Schicksal aller Sachen, die sich innerhalb des räumlichen Geltungsumfanges des Gesetzes befinden, aber eben auch nur die sachenrechtlichen, diejenigen allgemeinen Vorschriften, die allein das dingliche Recht zum Gegenstande haben, wie die Fähigkeit einer Sache, zum Eigentum erworben zu werden, die Erfordernisse der Eigentumsübertragung und des Erwerbes eines Pfandrechtes oder von Servitutun, der Inhalt dieser Rechte, der Erwerb durch Erfindung, die Eigentumsklage. Etwas Weitergehendes sagen auch die vom Berufungsgerichte angezogenen Schriftsteller nicht.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 53; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht 4. Aufl. Bd. 1 S. 60; vgl. auch Savigny, System Bd. 8 S. 169 flg. 181 flg.; Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 224.

Wenn aber ein Gesetz für eine Kategorie von Rechtsgeschäften als Akte der Begründung einer Vermögensänderung, gleichviel ob die Vermögensänderung in der Begründung einer Geldschuld oder in der Übertragung einer Sache und letzteren Falles zunächst erst in der Begrün-

dung einer Verpflichtung zur Übertragung oder in der sofortigen Übertragung der Sache bestehen soll, in Rücksicht auf die ökonomische Natur dieser causa eine Errichtungsform vorschreibt, so ist dieses Gesetz nicht deshalb im einzelnen Falle ein sachenrechtliches im obigen Sinne, weil in dem betreffenden Falle als Erfolg des Rechtsgeschäftes der sofortige Übergang des Eigentumes an einer Sache bezweckt wird. Ein Gesetz über die Form von Schenkungen ist nicht deshalb, weil durch die Schenkung im einzelnen Falle eine bewegliche Sache übertragen werden soll, in solchem Falle ein Gesetz über die Form der Eigentumsübertragung von Mobilien. Man muß vielmehr die Formen über die Begründung des Rechtes auf Eigentumsübertragung von den Formen des Vollzuges der Eigentumsübertragung scheiden. Entspricht die im Gebiete des gemeinen Rechtes über eine im altländischen Preußen belegene bewegliche Sache errichtete Schenkung den Formerfordernissen des gemeinen Rechtes, so wird freilich mangels einer Besitzübertragung der Eigentumsübergang nicht vollzogen, weil das preußische Landrecht für den Eigentumsübergang das Erfordernis der Tradition aufstellt. Hieraus mögen Kollisionen entstehen können, welche den Geschenknehmer um die Sache bringen, insbesondere, wenn der Schenker nachher die Sache einem gutgläubigen Erwerber, entsprechend den Erfordernissen des preußischen Rechtes, zu Eigentum übertragen hat. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, es sich lediglich um das Verhältnis zwischen dem Geschenknehmer und dem Schenker, bezw. den Erben des letzteren, handelt, so würde aus jenem Mangel nur folgen, daß der Schenker in Folge der Schenkung verpflichtet ist, noch diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche den Eigentumsübergang entsprechend dem preußischen Rechte bewirken. Es kann daher nur das allgemeine, die Form eines Rechtsgeschäftes betreffende Prinzip zur Anwendung kommen, wonach es genügt, wenn entweder die Form des Gesetzes des Ortes, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die des Gesetzes des Ortes, welchem das durch das Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältnis angehört, erfüllt ist.

Vgl. Savigny, System Bd. 8 S. 349 flg.; Stobbe, a. a. O. S. 220 flg.; Bar, Internationales Privat- und Strafrecht S. 124; Förster-Eccius, Privatrecht Bd. 1 S. 62 Note 29; Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 1 S. 323.

Von beiden Standpunkten aus kommt man aber lediglich zur Anwendung des in Zwischenahn geltenden Rechtes. Dasselbst hat nach der

eigenen Angabe des Vertreters des Beklagten die Erklärung der Übertragung des Gesellschaftsanteiles stattgefunden, wie denn auch die überreichte Urkunde von dort datiert ist, sodaß, wenn man annähme, es sei das Rechtsgeschäft unter Abwesenden durch Übersendung dieser Urkunde an den Beklagten nach Borghorst zustande gekommen, doch gemäß §. 112 preuß. A.R.N. I. 5 Zwischenahn der maßgebende Ort wäre. Bei Ermittlung des Ortes, welchem das durch das Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältnis angehört, oder, wie es auch ausgedrückt wird, an welchem dieses Rechtsverhältnis wirksam werden soll, muß man sich gegenwärtig halten, daß es sich dabei lediglich um dasjenige Rechtsverhältnis handelt, welches im Sinne einer Berechtigung und entsprechenden Verpflichtung für den einen Kontrahenten des Rechtsgeschäftes gegen den anderen entsteht, und nicht um dasjenige Rechtsverhältnis, welches etwa vermöge jenes Rechtsgeschäftes als eines zur Übertragung bestehender Rechte gegen einen Dritten bestimmten zwischen dem Erwerber und dem Dritten entstehen soll. Ist daher das Rechtsgeschäft die Abtretung eines gegen einen Dritten bestehenden Forderungsrechtes, so ist der Ort, dem dieses Abtretungsgeschäft angehört, nicht der Ort, an welchem der debitor cessus dem abgetretenen Forderungsrechte zu genügen hat, sondern der Ort, an welchem der Cedent die zur wirksamen Übertragung des Rechtes etwa noch ausstehenden Handlungen zu leisten hat, also der Regel nach und jedenfalls, wenn wesentliche, andernwärts vorzunehmende Handlungen gar nicht mehr ausstehen, der Ort des Domizils des Cedenten.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 220 (D. A. G. Lübeck); Stobbe, a. a. O. S. 233.

Wäre nun die vorliegend behauptete Übertragung durch Schenkung ihrer rechtsgeschäftlichen Natur nach auf Übertragung eines Miteigentumes des B. sen. an der das Gesellschaftsvermögen bildenden Sachengesamtheit gerichtet, so möchte es, wenn auch diese Sachengesamtheit als in Borghorst liegend zu erachten wäre, doch zweifelhaft sein, ob das Geschäft örtlich nach Borghorst gehört, da bei dem vorhandenen Gesellschaftsverhältnisse B. sen. eine körperliche Übergabe seines Sachenanteiles nicht vornehmen, vielmehr dieselbe nur durch Willenserklärungen, wie Anweisung oder *brevi manu traditio*, bewirken, diese aber an seinem Wohnorte vollziehen konnte. Da nach dem Ausgeführten aber der rechtsgeschäftliche Akt nur in der Abtretung eines Forderungsrechtes beruht,

so ergibt sich als der allein maßgebende Akt vom Standpunkte der örtlichen Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses der des Domizils des B. sen.

Geht man nun von dem in Zwischenahn geltenden gemeinen Rechte aus, so charakterisiert sich das behauptete Rechtsgeschäft nach seinem Inhalte und seinen Wirkungen als Schenkung von Todes wegen. Das entscheidende Merkmal einer solchen Schenkung beruht nach gemeinem Rechte, gleichviel ob auf den Widerruf verzichtet ist oder nicht, ob der Gegenstand der Schenkung sofort übergeben ist oder nicht, in der gewollten Wirkungslosigkeit der Schenkung, falls der Geschenkgeber den Geschenknehmer überlebt.

Vgl. I. 35 §. 2 Dig. 39, 6; I. 13 §. 1. I. 27. I. 35 §. 4 eod.; Nov. 87 cap. 1; Windscheid, Lehrbuch §§. 675. 369 sowie Note 5; Wangerow, Pandekten Bd. 2 S. 562; Unger, Österr. Privatrecht Bd. 6 §. 77 S. 322 flg., insbesondere Note 15; Wächter, Pandekten §. 322. Dies ist auch im vorliegenden Falle, wenn man dabei den Inhalt des Gesellschaftsvertrages und der letztwilligen Verfügung des B. sen. berücksichtigt, als Wille des B. sen., falls er die behauptete Schenkung errichtet hat, anzunehmen. Er wollte alsdann, daß sein Gesellschaftsanteil nicht auf alle seine Erben überging, sondern den beiden zufiel, die seine Söhne und zugleich bereits an dem Gesellschaftsunternehmen, der eine als Hauptgesellschafter, der andere am Gesellschaftsbetriebe beteiligt waren. Daß er, auch wenn diese beiden vor seinem Ableben starben, sich die anderweitige Verfügung über den Gesellschaftsanteil entzogen und diesen auf die Erben der Geschenknehmer übergehend erachtet hätte, von denen es mindestens höchst zweifelhaft war, ob sie ihren Erblassern in deren Funktionen folgen konnten, ist nicht anzunehmen. Die Schenkung von Todes wegen im Sinne des gemeinen Rechtes hat aber, wenn sie auch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, in vielen Beziehungen die Wirkung einer letztwilligen Verfügung und wird in vielen Punkten, insbesondere, was die Verpflichtung des Geschenknehmers, zu den Erbschaftsschulden beizutragen, die Beitragspflicht zur falsibischen Quart, die Gleichstellung mit einem Vermächtnisnehmer den Noterben gegenüber, das Erfordernis der Kapazität, die Möglichkeit der Beschwerung des Geschenknehmers mit einem Vermächtnisse, das Accrescenzrecht mehrerer Geschenknehmer, das Erfordernis der Fähigkeit zur Testamenterrichtung seitens des Schenkers, materiell wie eine Nachfolge von Todes wegen behandelt.

Vgl. l. 17 Dig. 39, 6; l. 1. 9. 35 pr. 37, 7, 15 eod.; l. 66 §. 1 Dig. 35, 2; l. 1. 2 Cod. 8, 57; l. 5 Cod. 6, 50; l. 1 §. 1 Dig. 38, 5; l. 3 pr. l. 5 §. 7. l. 20 pr. Dig. 37, 5; l. 18 §. 1 Dig. 37, 4; l. un. §. 14 Cod. 6, 51; l. 32 §§. 7. 8 Dig. 24, 1; l. 1 §. 1 Dig. 27, 3.

Auf ein in dieser Weise qualifiziertes, dem Vermächtnisse verwandtes Geschäft läßt sich die Präsuntion des Art. 274 H.G.B. nicht anwenden. Gleichviel ob der Schenker oder der Geschenknehmer oder jeder von beiden Kaufmann ist, ob der Schenker durch die Schenkung sich des Betriebes des Handelsgewerbes entschlägt, der Geschenknehmer den geschenkten Gegenstand zum Zwecke des Betriebes des Handelsgewerbes annimmt, diese thatsächliche Inbeziehungsetzung erscheint unerheblich, wenn das Geschäft vermöge seiner inneren Natur als ein der allgemeinen Bethätigungssphäre des Rechtes der Persönlichkeit angehöriges einen handelsgewerblichen Charakter nicht haben kann. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob in demselben Sinne zu entscheiden wäre, wenn das Geschäft als einfache Schenkung zu charakterisieren wäre, ob B. sen., wenn er auch nur Kommanditist gewesen wäre, bei einem Handeln in bezug auf das gesellschaftliche Handelsgewerbe als Kaufmann hätte angesehen werden müssen, ob endlich, soweit es auf eine Kaufmannsqualität des Beklagten als des Geschenknehmers ankäme, dieselbe etwa unter dem Gesichtspunkte, daß auch der offene Handelsgesellschafter nur in betreff des gesellschaftlichen Handelsgewerbes als Kaufmann zu gelten hätte, deshalb auszuschließen gewesen wäre, weil die Annahme der Schenkung des einem anderen gehörigen Gesellschaftsanteiles seitens des Beklagten nur eine Beziehung zu seiner Person, nicht zu dem von ihm betriebenen gesellschaftlichen Handelsgewerbe habe.

Da hiernach die Formfreiheit des Art. 317 H.G.B. außer Anwendung bleiben muß, so kommt die gemeinrechtliche Vorschrift zur Anwendung, daß die Schenkung mangels gerichtlicher Insinuation hinsichtlich des Betrages über 500 solidi = 4666 $\frac{2}{3}$  M,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 1 S. 313, Bd. 5 S. 146, Bd. 8 S. 145,

nichtig ist, dagegen bis zu diesem Betrage, weil es hierfür keiner besonderen Form bedarf, gültig bleibt.

Vgl. a. a. O. Bd. 5 S. 146.

Daß die Formfreiheit, soweit es sich um den Betrag bis zu 500 solidi handelt, auch für die Schenkung von Todes wegen, trotz der für diese zugelassenen besonderen Form, gilt, hat der I. Civilsenat des Reichsgerichtes bereits in dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 15 S. 217 flg. abgedruckten Urteile ausgesprochen. Demnach würde, wenn die Schenkung stattgefunden hat, an dem Gesellschaftsanteile des B. sen. ein Miteigentum des Beklagten bezw. des Karl B. in der Weise entstanden sein, daß diese beiden daran in Höhe von  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$ , dagegen B. sen. bezw. dessen Erben in Höhe des bei Abzug von  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$  vom Betrage des Geschäftsanteiles verbleibenden Betrages partizipierten (I. 34 §. 2. Cod. 8, 54). Danach ergibt sich, daß die Revision insoweit unbegründet ist, als Beklagter zur Führung des Nachweises über den seit dem Tode des B. sen. auf dessen Gesellschaftsanteil erzielten Nettogewinn an Klägerin verurteilt worden ist. Denn da dieser Gesellschaftsanteil als sich auf 15 000 Thlr. belaufend bezeichnet wird, ohne daß Beklagter eine Minderung desselben behauptet hat, darf davon ausgegangen werden, daß er zu der für die Parteien maßgebenden Zeit den Betrag der auf die Geschenknehmer entfallenden  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$  überstiegen hat und an dem die  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$  übersteigenden Betrage steht der Klägerin jedenfalls der Nießbrauch zu . . . . . Dagegen konnte es mit Rücksicht auf den eventuellen Bestand der Schenkung in Höhe von  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$  dabei, daß Beklagter zur Herauszahlung des auf den ganzen Gesellschaftsanteil seit dem Tode des B. sen. erzielten Nettogewinnes verurteilt worden, zunächst nicht verbleiben. Vielmehr war unter Aufhebung dieses Teiles des Berufungsurteiles zunächst nur auszusprechen, daß der Klägerin der Nettogewinn von dem Betrage des Gesellschaftsanteiles, der nach Abzug von  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$  verbleibt, herauszuzahlen ist. Darüber, ob sie den Nettogewinn auch von dem Betrage von  $4666\frac{2}{3} \mathcal{M}$  erhält, konnte zur Zeit eine Endentscheidung noch nicht getroffen werden, da noch über die Echtheit der Urkunde vom 27. Juli 1868, sowie über die Zurechnungsfähigkeit des B. sen. zur Zeit der Schenkung Streit besteht.“ . . .