

33. 1. Kündigung ohne Vollmacht.
2. Ist der Betrieb einer Ziegelei ein Handelsgewerbe?
3. Zeitlicher und sachlicher Umfang der Vorschrift in § 5 H.G.B.
4. Wann gehören Grundstücke zum Vermögen der offenen Handelsgesellschaft?

I. Zivilsenat. Urf. v. 25. Januar 1902 i. S. Pa. (Rl.) w. Po. (Wekl.).
Rep. I. 325/01.

- I. Landgericht Duisburg.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Eine Anzahl Grundstücke in der Gemeinde M., die in den Akten genauer bezeichnet sind, stehen im Grundbuche auf den Namen beider Parteien eingetragen. In Gemäßheit des § 180 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung hat der Beklagte im März 1901 beim Amtsgerichte in N. zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft die Zwangsversteigerung dieser Grundstücke beantragt. Das Amtsgericht hat die Versteigerung angeordnet, den Versteigerungs-

termin auf den 18. Mai 1901 anberaumt und zugleich die in § 37 Nr. 5 des Gesetzes vorgesehene Aufforderung erlassen, wonach diejenigen, welche ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht haben, vor der Erteilung des Zuschlages die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeiführen sollen, widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlöbs an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tritt.

Demgemäß hat der Kläger beim Landgerichte zu Duisburg anfangs Mai 1901 Klage erhoben mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, die Durchführung der Zwangsversteigerung zu unterlassen und den Antrag auf Zwangsversteigerung zurückzunehmen.

Gegründet ist die Klage darauf, daß sich die Parteien laut notariellen Vertrages vom 5. Juli 1894 zu der offenen Handelsgesellschaft P. & P. vereinigt hätten, und daß die Grundstücke zum Vermögen dieser Handelsgesellschaft gehörten. Da die Gesellschaft noch fortbestehe, sei der Beklagte nicht befugt, einseitig die Zwangsversteigerung der Grundstücke zu betreiben.

Aus dem notariellen Vertrage, der vorgelegt worden ist, ergibt sich, daß die Parteien — nachdem sie einen dritten Miteigentümer an einigen der streitigen Grundstücke ausgekauft und sich entschlossen hatten, den Ziegeleibetrieb hierauf zusammen weiter zu führen — unter der Firma P. & P. eine offene Handelsgesellschaft errichtet haben. Bestimmt wird, daß für das Rechtsverhältnis im allgemeinen die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere diejenigen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, gelten sollen, mit gewissen, näher angegebenen besonderen Vereinbarungen.

Andere Grundstücke, worauf sich der Zwangsversteigerungsbeschluß miterstreckt, hat die Firma P. & P. laut Kaufvertrages vom 11. Juli 1896 von einem Dritten erworben. Auch diese Grundstücke aber sind im Grundbuche nicht auf den Namen der offenen Handelsgesellschaft, sondern auf den Namen der Parteien eingetragen.

Die Firma P. & P. ist unstreitig als offene Handelsgesellschaft ins Handelsregister eingetragen worden und noch eingetragen.

Der Beklagte hat in der ersten Instanz nicht bestritten, daß die Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehörten; dagegen hat er dies in der zweiten Instanz bestritten und den Inhalt des Grundbuches

als maßgebend bezüglich des Eigentums bezeichnet. Vor allem aber hat er geltend gemacht, daß die Gesellschaft zufolge seiner Kündigung mit dem 1. Januar 1901 aufgelöst sei. Zum Nachweise dieser Kündigung hat er einen Brief, den sein Rechtsanwalt am 12. Juni 1900 an den Kläger gerichtet habe, und die Antwort des Klägers vom 16. desselben Monats vorgelegt.

Der Kläger hat erwidert, daß sich aus dieser Korrespondenz eine Kündigung nicht ergebe, und daß zudem der Rechtsanwalt Sch. zu ihr nicht legitimiert gewesen sei.

Der erste Richter hat nach dem Klagantrage erkannt. Auf Berufung des Beklagten aber hat das Oberlandesgericht dieses Urteil abgeändert und den Kläger mit der Klage abgewiesen.

Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Das Urteil der ersten Instanz beruht auf der Annahme, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, einseitig die Zwangsversteigerung der Grundstücke herbeizuführen, einerlei ob die Gesellschaft noch fortbestehe, oder ob sie aufgelöst sei. Denn letzterenfalls würden beide Parteien geborene Liquidatoren und nur gemeinschaftlich zur Stellung des Antrages befugt sein.

Der Richter der zweiten Instanz dagegen führt aus, die Gesellschaft der Parteien sei keine offene Handelsgesellschaft im Sinne des früheren Handelsgesetzbuchs, da der Betrieb einer Ziegelei kein Handelsgewerbe sei, sondern eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 169 ff. A.L.R. I. 17). Diese Gesellschaft sei durch die Kündigung des Beklagten seit dem 1. Januar 1901 aufgelöst. Dadurch sei der Antrag auf Zwangsversteigerung der Grundstücke als berechtigt, und der Widerspruch dagegen als unberechtigt dargethan. Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft fänden hier keine Anwendung.

Die Annahme des Berufungsgerichtes, daß der Beklagte durch den Brief seines Rechtsanwaltes vom 12. Juni 1900 die zwischen den Parteien bestehende Gesellschaft rechtswirksam auf den 1. Januar 1901 aufgekündigt habe, giebt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß und ist auch vom Revisionskläger nicht besonders angegriffen. Was insbesondere die Anzweiflung der Legitimation des Brieffschreibers an-

langt, so erledigt sich dieser Streitpunkt schon durch § 174 B.G.B. Danach hätte der Kläger den angeblichen Mangel der Vollmacht des Rechtsanwaltes „unberühlig“ rügen und die Kündigung aus diesem Grunde zurückweisen müssen. Das hat er nicht gethan, sondern er hat dem Vertreter sachlich erwidert. Nachdem daher die Kündigung des Rechtsanwaltes nunmehr jedenfalls vom Beklagten — was in der Prozeßführung liegt — genehmigt ist, kann deren Wirksamkeit nicht mehr in Zweifel gezogen werden (§ 185 Abs. 2 B.G.B.). Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob die vom Oberlandesgerichte zu diesem Punkte gegebene Begründung rechtlich stichhaltig ist.

Nicht zuzustimmen aber ist dem Berufungsgerichte in der weiteren Annahme, daß die handelsrechtlichen Bestimmungen über die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft auf das Gesellschaftsverhältnis der Parteien keine Anwendung fänden.

Allerdings ist der Betrieb einer Ziegelei auf eigenem oder zur Verfügung stehendem fremden Grundstücke kein Handelsgewerbe, weder nach Artt. 271. 272 des alten, noch nach § 1 des neuen Handelsgesetzbuches.

Vgl. Entsch. des R.O.J.G.'s Bd. 15 S. 237; Wolze, Praxis Bd. 8 Nr. 314.

Eine gesellschaftliche Vereinigung zu einem solchen Betriebe ist daher auch keine offene Handelsgesellschaft, weder im Sinne des alten (Art. 85), noch im Sinne des neuen Rechtes (§ 105). Es macht dabei auch keinen Unterschied, ob die fabrizierten Ziegel, wie der Gesellschaftsvertrag sagt, für Rechnung der Gesellschaft verkauft werden, oder ob sich die Gesellschafter, wie der Beklagte behauptet hat, die Ziegel teilen und bei ihren Bauten verwenden. Die Gesellschaft der Parteien unterstand daher nach ihrer Errichtung zunächst nicht den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die offene Handelsgesellschaft, sondern den Bestimmungen des preußischen Landrechtes über die sogenannte erlaubte Privatgesellschaft; denn erstere Bestimmungen finden keine Anwendung auf eine Vereinigung, die sich zwar als offene Handelsgesellschaft bezeichnet, im Sinne des Gesetzes aber keine offene Handelsgesellschaft ist. Selbstredend schließt dies jedoch nicht aus, daß der Parteiville in Bezug auf die Regelung der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander beachtet wird.

Für das frühere Recht konnte die Thatsache, daß die Firma ins

Handelsregister eingetragen war, hieran nichts ändern. Anders aber ist es nach neuem Rechte, und dies hat das Oberlandesgericht übersehen.

Nach § 5 des jetzt geltenden Handelsgesetzbuches kann, wenn die Firma im Handelsregister eingetragen ist, gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei. Diese Bestimmung gilt auch für Eintragungen, die aus der Zeit vor Inkrafttreten des neuen Rechtes stammen, wie mit Lehmann (Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 48 S. 43) und Staub (Kommentar zum H.G.B. zu § 5 Anm. 8 und zu § 105 Anm. 32) gegen Cosack (S. 767 Nr. 4) unbedenklich anzunehmen ist. Auch ist nicht zu bezweifeln, daß die Bestimmung des § 5 nicht nur von Dritten, die mit einer eingetragenen Firma in ein Vertragsverhältnis getreten sind, angerufen werden kann, sondern im Falle der Eintragung einer Gesellschaft auch von den eingetragenen Gesellschaftern selbst in ihrem Verhältnisse zu einander. Hierfür spricht schon der Wortlaut des Gesetzes, das nicht etwa bloß von „dem Verhältnisse zu Dritten“ redet (vgl. § 123 Abs. 1), sondern in diesem Punkte keine Unterscheidung aufstellt, weiter aber auch der Umstand, daß jetzt nach § 2 ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, im Falle der Eintragung der Firma auch dann als Handelsgewerbe im Sinne des Handelsgesetzbuches gilt, wenn der Geschäftsbetrieb keine der in § 1 aufgeführten Arten der sogenannten reinen Handelsgeschäfte zum Gegenstande hat.

Die Rechtslage ist daher jetzt dahin zu beurteilen, daß die Hindernisse, die die frühere Gesetzgebung der vollen Wirksamkeit des deutlich erklärten Parteiwillens auf Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft entgegenstellte, hinweggefallen sind. Nachdem die Parteien die Eintragung bewirkt und nicht vor dem 1. Januar 1900 zurückgenommen oder gelöst haben, gilt ihre Gesellschaft nunmehr in der That als offene Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches. Daher sind jetzt, nachdem die Gesellschaft aufgelöst ist, auch die Bestimmungen der §§ 145 flg. des Handelsgesetzbuches über die Liquidation auf das Rechtsverhältnis der Parteien zur Anwendung zu bringen.

Hieraus folgt, daß — wie das Landgericht mit Recht angenommen hatte — nur beide Parteien gemeinschaftlich (§§ 145. 150 H.G.B.)

zur Stellung des Verkaufsantrages legitimiert sind, falls die Grundstücke, auf die sich der Verkaufsantrag bezieht, zum Vermögen der offenen Handelsgesellschaft gehören. Stände dies fest, so müßte schon jetzt das Urteil der ersten Instanz wiederhergestellt werden. Es kann aber nicht als feststehend gelten.

Bestimmte Thatsachen, aus denen rechtlich diese Eigenschaft der Grundstücke abgeleitet werden müßte, hatte der Kläger in der ersten Instanz nicht behauptet. Derartige Thatsachen können daher auch nicht im Sinne des § 288 C.P.D. als vom Beklagten zugestanden gelten, und folgeweise konnte der Beklagte nach § 529 C.P.D. auch noch in der Berufungsinstanz die Zugehörigkeit der Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen bestritten, ohne daß § 290 C.P.D. zur Anwendung zu kommen hätte.

Anderseits ist die Ausführung des Beklagten, daß schon die Eintragung im Grundbuche für sich allein beweise, daß die Grundstücke nicht zum Vermögen der Gesellschaft gehörten, nicht für richtig zu erachten. Haben die Parteien vereinbart, daß die Grundstücke dem Eigentume nach in die offene Handelsgesellschaft fallen sollten, so ist der Umstand, daß diese Vereinbarung zu einer entsprechenden Eintragung, bezw. Abänderung des Grundbuches nicht oder noch nicht geführt hat, für das Rechtsverhältnis der Parteien untereinander an sich ohne rechtliche Bedeutung. Rechte Dritter aber kommen für den vorliegenden Streit nicht in Frage.

Thatsächlich freilich kann sich möglicherweise aus dem Umstande, daß die Parteien von der Eintragung der Gesellschaft als Eigentümerin Abstand genommen haben, ein Schluß auf ihren Willen ergeben, daß die Grundstücke nicht dem Eigentume nach, sondern nur zur Benutzung in die Gesellschaft eingebracht werden sollten. Das wäre aber nur nach Ermittlung und Feststellung aller sonstigen in dieser Beziehung noch in Betracht kommenden Umstände zulässig. Und da auch der Inhalt der schriftlichen Verträge vom 5. Juli 1894 und vom 11. Juli 1896 in dieser Hinsicht nach dem, was bislang vorgetragen ist, ein sicheres Ergebnis nicht ohne weiteres an die Hand giebt, so bedarf die Sache der Zurückverweisung in die Vorinstanz.“ . . .