

36. Ist die Vorschrift des § 738 Abs. 1 Satz 3 B.G.B. auch auf streitige Schulden zu beziehen?

I. Zivilsenat. Ur. v. 18. Februar 1905 i. S. B. (RL.) m. F. (Wettl.).
Rep. I. 468/04.

- I. Landgericht Duisburg, Kammer für Handelsachen.
 II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Parteien waren früher unter der Firma B. & F. zu einer Gesellschaft (offenen Handelsgesellschaft) vereinigt. Als der Kläger B. aus dem Geschäft ausschied, übernahm der Beklagte in dem Auseinandersetzungsvertrag das Geschäft mit Aktiven und Passiven. Schon während Bestehens der Gesellschaft hatte der Architekt L. gegen sie Klage auf Zahlung von 2331,50 M. nebst Zinsen aus einem Schuldverhältnisse erhoben. Mit Schreiben vom 11. Januar 1904 richtete der Rechtsanwalt des Klägers an den Beklagten die Aufforderung, gemäß § 738 B.G.B. seinen Mandanten von dieser Schuld zu befreien oder Sicherheit zu leisten. Der Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 15. gl. Mts., daß er wohl wisse, daß er die zahlreichen Prozesse der ehemaligen Firma B. & F. auszufechten habe und auch gern den Kläger von der Mithaftung im Prozesse L. befreie. Auf Grund dieses Sachverhalts erhob Kläger Klage mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, entweder den Kläger von der Forderung des Architekten L. zu befreien, oder gemäß §§ 232 flg. B.G.B. Sicherheit zu leisten. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er bestritt, daß L. eine Forderung gegen die Gesellschaft habe. Der erste Richter erkannte nach dem Klagantrag. Auf die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab. Die vom Kläger eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht wendet ohne nähere Begründung auf das vorliegende Streitverhältnis den § 738 B.G.B. an. Der in dieser Gesetzesbestimmung vorausgesetzte Fall, daß ein Gesellschafter aus einer im übrigen fortbestehenden Gesellschaft ausscheidet, liegt aber hier nicht vor. Die Gesellschaft B. & F. bestand nur aus dem Kläger und dem Beklagten, und als diese sich trennten, wurde die Gesellschaft notwendig aufgelöst. Von einer direkten Anwendung des § 738 B.G.B. kann also keine Rede sein. Wohl aber ist die entsprechende Anwendung seiner Grundsätze im vorliegenden Falle geboten. Der Beklagte hat nämlich durch den Auseinandersetzungsvertrag die Aktiven und Passiven des Geschäfts übernommen; der Kläger ist, wie der erste Richter feststellt, „aus dem Geschäft aus-

geschieden.“ . . . Es liegt also der Sachverhalt vor, daß, wie in den Fällen des § 142 H.G.B., ohne das Erfordernis einer Liquidation das Geschäft von der offenen Handelsgesellschaft auf den einen Teilhaber als Einzelkaufmann übergeht. Die analoge Anwendbarkeit des § 738 B.G.B. für das Verhältnis der früheren Gesellschafter zueinander hat der erkennende Senat für diese Fälle bereits in seinem Urteile vom 11. November 1903, Rep. I. 240/03 (Jurist. Wochenschr. 1904 S. 37 Nr. 4) ausgesprochen. . . .

Nach § 738 Abs. 1 B.G.B. haben die Gesellschafter den Ausscheidenden von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien. Dem entspricht im vorliegenden Falle die Verpflichtung des Beklagten gegenüber dem aus dem Geschäft ausgetretenen Kläger. Der Beklagte bestreitet seine Verpflichtung im allgemeinen nicht. Er bestreitet aber, daß die Forderung des Architekten A. überhaupt bestehe, und weigert sich daher, den Kläger von dieser Schuld zu befreien oder ihm wegen dieser Schuld Sicherheit zu leisten. Der Revisionskläger macht geltend, daß Beklagter auf Grund des § 738 Abs. 1 Satz 3 B.G.B. wenigstens zur Sicherheitsleistung verpflichtet erscheine. Die hier gegebene Bestimmung:

„Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten“,

hat unter den Bearbeitern des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Meinungsverschiedenheiten in der Richtung Anlaß gegeben, ob sie auch auf streitige Schulden auszudehnen sei. v. Staudinger (B.G.B. Bd. 2 § 738 II 3) erklärt, daß das Gesetz hierfür keinen Anhalt biete. Goldmann u. Lilienthal (B.G.B. § 200 Bem. 19) weisen darauf hin, daß die Sicherheitsleistung anstatt der Befreiung ein Recht, nicht eine Pflicht der Gesellschafter sei; bei bestrittenen Schulden könne von ihnen ebensowenig Sicherheitsleistung als Befreiung beansprucht werden. Im Gegensatz hierzu nimmt die in der Literatur herrschende Meinung nach dem Vorgange Planck's an, daß, was in § 738 B.G.B. von den noch nicht fälligen Schulden gesagt sei, ob paritatem rationis auch von den bestrittenen Schulden gelten müsse, und der Ausscheidende hiernach berechtigt sei, von den übrigen Gesellschaftern Sicherheit dafür zu verlangen, daß er nicht in die Lage komme, solche Schulden demnächst bezahlen zu müssen.

Vgl. Planck, B.G.B. §. 738. Bem. a. E.; Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 2 Abt. 2 § 362 Anm. 1; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 3 § 285 Anm. 18; Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts 4. Aufl. Bd. 2 § 279 b d (im Gegensatz zu den älteren Auflagen Bd. 2 S. 388); Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1 § 128; Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht 2. Aufl. Bd. 1 § 314 S. 742; Knoke, Das Recht der Gesellschaft, in Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7 S. 129; Goldmann, Handelsgesetzbuch Bd. 2 § 188 Riff. 17.

Der Senat vermochte bei eingehender Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte sich der letzteren Ansicht nicht anzuschließen. Entscheidend kommt zunächst in Betracht, daß das Gesetz a. a. O. eben nur von dem Falle spricht, daß die (von ihm kurz vorher erwähnten) gemeinschaftlichen Schulden noch nicht fällig sind. Man muß annehmen, daß, wenn der Gesetzgeber eine gleiche Bestimmung für die bestrittenen Schulden hätte treffen wollen, er dies ausgesprochen hätte. Ein Übersehen darf bei ihm hierbei um so weniger unterstellt werden, als er wenige Paragraphen vorher eine gemeinsame Bestimmung hinsichtlich der noch nicht fälligen und hinsichtlich der streitigen Schulden der Gesellschaft für den Fall der Auseinandersetzung getroffen hat (vgl. § 733 Abs. 1 Satz 2). Die Beratungen in der II. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch ergeben überdies mit Bestimmtheit, daß man den Fall des § 738 Abs. 1 Satz 3 völlig übereinstimmend mit den in § 257 Satz 2 und § 775 Abs. 2 B.G.B. geregelten Fällen entscheiden und die hier statuierte Befugnis des Ersatzpflichtigen bzw. des Hauptschuldners zur Sicherheitsleistung anstatt der Schuldbefreiung auf den Fall beschränken wollte, daß die Verbindlichkeit, bezüglich deren er zur Schuldbefreiung verpflichtet ist, noch nicht fällig ist.

Vgl. die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles u., Bd. 2 S. 366, 479, 518.

Es kommt dieser Standpunkt des Gesetzgebers auch in der Übereinstimmung der Fassung zum Ausdruck.

Man kann gegenüber der gesetzlichen Regelung sich für eine

ausdehnende Auslegung auch nicht auf Gründe der Billigkeit berufen, es sei denn, daß man sich einseitig auf den Standpunkt des Ausscheidenden stellt. Der Gefahr, für streitige Schulden der Gesellschaft Zahlung leisten zu müssen, ohne vorherige Deckung oder Sicherung von den Teilhabern der fortgesetzten Gesellschaft zu erlangen, kann der Ausscheidende durch prozessuale Rechtsbehelfe in gewissem Maße begegnen. Er kann, wenn er wegen solcher Schulden mit Klage in Anspruch genommen wird, den Gesellschaftern den Streit verkünden und wegen seiner Regreßansprüche unter den gesetzlichen Voraussetzungen Arrest erwirken. Er kann, ohne eine Klage abzuwarten, seinerseits durch negative Feststellungsklage die Entscheidung über die Existenz der streitigen Schulden herbeiführen. Die Gefahr, daß die Teilhaber der fortgesetzten Gesellschaft durch frivoles Bestreiten der früher gemeinschaftlichen Schulden sich ihrer Verpflichtung zur Schuldbefreiung gegenüber dem Ausgeschiedenen für längere Zeit entziehen können, besteht nicht; denn ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten wird nicht den Schutz des Gesetzes finden. Auf der anderen Seite könnte die Notwendigkeit, für Schulden, mit deren alsbaldiger Berichtigung die Gesellschafter nicht gerechnet haben, weil sie sie dieselben mit gutem Grunde bestreiten können, Sicherheit zu leisten und dem Gesellschaftszwecke unter Umständen für längere Zeit bedeutende Mittel entziehen zu müssen, im einzelnen Falle zweifellos zu großen Härten und Unbilligkeiten führen.

Hiernach gelangt die entsprechende Anwendung des § 738 B.G.B. im vorliegenden Falle zu dem Ergebnisse, daß der Kläger Sicherheitsleistung wegen der von Architekt L. geltend gemachten Forderung überhaupt nicht, Schuldbefreiung aber nur unter der Voraussetzung verlangen kann, daß er die Existenz der (im Prozesse gegen L. von ihm selbst bestrittenen) Schuld nachweist. Auch auf das Schreiben des Beklagten vom 15. Januar 1904 kann der Klageanspruch nicht gestützt werden. Die Auslegung, welche das Berufungsgericht demselben gibt, ist frei von Rechtsirrtum. Selbst wenn man die vorausgegangene Aufforderung des klägerischen Vertreters zur Auslegung heranzieht, kann nicht angenommen werden, daß sich der Beklagte zu mehr verpflichten wollte, als was ihm nach dem Auseinandersetzungsvertrage und dem Gesetz obliegt, nämlich zur Befreiung des Klägers von den früher gemeinschaftlichen Schulden.

Der Nachweis, daß die Forderung des Architekten Q. hierzu gehöre und zu Recht bestehe, liegt dem Kläger ob; er hat ihn in dem vorliegenden Prozesse nicht erbracht.“ . . .