

58. Unterliegt der Vertrag, durch den bei einer nur aus zwei Mitgliedern bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter oder nach seinem Tode dessen Erben sich mit dem anderen Gesellschafter derartig auseinandersetzen, daß dieser gegen Zahlung einer Abfindung das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen soll, beim Vorhandensein von Gesellschaftsgrundstücken der Formvorschrift des § 313 B.G.B.?

I. Zivilsenat. Ur. v. 23. Februar 1907 i. S. v. B. (Bekl.) w. v. B. Wwe.
u. Gen. (Kl.). Rep. I. 404/06.

I. Landgericht Eberfeld.

II. Oberlandesgericht Köln.

Zwischen dem Beklagten und seinem Bruder bestand in G. eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma G. v. B. Der Bruder verstarb im September 1903 und hinterließ als Erben die Kläger, nämlich seine Witwe und drei minderjährige Kinder. Die Kläger behaupteten, daß am 7. Februar 1904 zwischen ihnen und dem Beklagten eine mündliche Vereinbarung dahin sei getroffen worden, daß sie seit dem 1. Januar 1904 aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschieden seien, daß das Handelsgeschäft mit dem ganzen Gesellschaftsvermögen, einschließlich des Firmenrechts, auf den Beklagten übergehe, und daß der Beklagte ihnen dafür eine Abfindung von 250000 *M* zu zahlen habe. Der Klage, mit der schließlich Leistung nach Inhalt dieser Vereinbarung verlangt war, hatte der Beklagte unter anderem den Einwand entgegengesetzt, daß die Vereinbarung, da — was unbestritten ist — Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehörten, nach § 313 B.G.B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftig sei und in Ermangelung dieser Form nichtig sei. Das Landgericht hatte das Formerfordernis anerkannt, das Oberlandesgericht verneint. Vom Reichsgericht ist die Ansicht des Oberlandesgerichts gebilligt worden, aus folgenden

Gründen:

... „Unstreitig gehören zu dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft in Firma G. v. B. auch Grundstücke, von denen es im übrigen feststeht, daß sie im Grundbuch auf den Namen der Gesellschaftsfirmen eingetragen sind, und nur in Bezug auf das Grundstück 4,192 der Gemeinde S. es zweifelhaft geblieben ist, ob die Grundbucheintragung von der Gesellschaftsfirmen oder von der gleichlautenden Einzelfirma des Vaters und Erblassers der beiden Gesellschafter zu verstehen sei. Das Berufungsgericht untersucht die Frage, ob der Auseinandersetzungsvertrag der Formvorschrift des § 313 B.G.B. unterlegen habe, zunächst für die der Gesellschaft zugeschriebenen Grundstücke. Es verneint das Formerfordernis. Die Revision erklärt dies für rechtsirrtümlich. Im Ergebnis ist jedoch dem Berufungsgerichte beizutreten.

1. Das Berufungsgericht gelangt bei seinen Ausführungen in dem Zwischenurteile vom 29. Dezember 1905 zunächst zu dem Re-

sultate, daß es, um die bisher auf die Gesellschaft eingetragenen Grundstücke in das Alleineigentum des Beklagten zu bringen, der Auflassung bedürfen würde, da es sich um eine Änderung in den Eigentumsverhältnissen handele. Trotzdem will es den Auseinandersetzungsvertrag nicht der Formvorschrift unterwerfen, die § 313 B.G.B. für einen Vertrag aufstellt, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen. Begründet wird dies mit dem Satze, daß in dem Abkommen vom 7. Februar 1904 die Kläger keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung übernommen hätten, weder im eigenen Namen, da sie an den Grundstücken kein Miteigentum besäßen, noch im Namen der Gesellschaft, da sie nicht als deren Vertreter, sondern lediglich in ihrer Eigenschaft als Erben eines verstorbenen Gesellschafters gehandelt hätten. Der Auseinandersetzungsvertrag soll nun freilich doch die Wirkung haben, daß er die Gesellschaft verpflichte, ihn auszuführen, und zu dieser Ausführung müßten die Kläger bei Abgabe der Auflassungserklärung als Organe der zu diesem Zwecke noch als fortbestehend zu denkenden Gesellschaft mitwirken. Im Auseinandersetzungsvertrag aber habe auch nicht die Gesellschaft diese Eigentumsübertragung angenommen oder sich dazu verpflichtet.

Dieser Begründung kann sich der Senat nicht anschließen. Sie leidet an einem inneren Widerspruche. Es sollen danach die von der Gesellschaft unabhängigen Gesellschafter und deren Erben für sich und nicht namens der Gesellschaft über etwas verfügen, was nicht ihnen, sondern der Gesellschaft gehört, und dennoch die Gesellschaft, die an dem Vertrage nicht teilgenommen hat, zu dessen Ausführung verpflichtet sein. Auf diesem Wege ließe sich höchstens eine Verpflichtung des abgefundenen Gesellschafters dahin konstruieren, daß er die Gesellschaft zur Ausführung des Vertrages veranlassen werde: eine Auslegung des Vertragsinhalts, die der Absicht der Kontrahenten nicht gerecht werden würde. Die Grundlage, von der das Berufungsgericht bei seiner Deduktion ausgeht, ist auch sachlich verfehlt, indem es unzulässig ist, bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaft und die Gesellschafter sich in der von ihm angenommenen Unabhängigkeit gegenüber zu stellen.

Daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sei, war schon nach dem Rechte des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetz-

buches fast allgemein angenommen und insbesondere auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts grundsätzlich nie bestritten. Jeder Zweifel darüber ist jetzt ausgeschlossen durch § 105 Abs. 2 H.G.B., wonach die handelsrechtlichen Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft ihre Ergänzung in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft finden sollen, die offene Handelsgesellschaft also für ein gesellschaftliches Gebilde erklärt ist. Von dem Satze, daß die offene Handelsgesellschaft nicht juristische Person ist, geht auch das Berufungsgericht aus. Damit ist aber unvereinbar, wenn es schließlich doch zu der Auffassung gelangt, daß das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft einem von den Gesellschaftern ganz verschiedenen Vermögenssubjekte zustehe, welche Auffassung die notwendige Voraussetzung für seine Argumentation ist, da nur dann es möglich wäre, daß der Gesellschafter, der über Gesellschaftsvermögen verfügt, nicht über eigenes Vermögen verfüge. Die genauere Darlegung des Verhältnisses, in dem bei der offenen Handelsgesellschaft der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen steht, macht Schwierigkeiten, worauf nachher noch einzugehen sein wird. Es muß auch zugegeben werden, daß in der Rechtsprechung des Reichsgerichts die verschiedenen Versuche, für dieses Verhältnis einen adäquaten Ausdruck zu finden, zu Definitionen geführt haben, die vielleicht nicht nur in den Worten, sondern in der Sache selbst voneinander abweichen. Wenn man aber daran festhält, daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, womit ausgesprochen ist, daß als Träger der Gesellschaftsrechte und Verpflichtungen nicht ein besonderes, von den Gesellschaftern verschiedenes, künstliches Rechtssubjekt unterstellt werden darf, so wird dadurch jede Auffassung unmöglich, die die Gesellschafter als Inhaber des gesellschaftlichen Vermögens im Ernste gänzlich eliminieren will. Es handelt sich hier nur um die Vermögenssträgerschaft, um die Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens, nicht um die Konsequenzen, die sich aus der Mitberechtigung, der Mitträgerschaft, der mehreren Gesellschafter für ihre Gebundenheit in der Ausübung ihres Rechts ergeben. Für jene Frage aber folgt mit Notwendigkeit, daß, wenn beim Mangel eines künstlichen Rechtssubjekts die Gesellschafter selbst als die Träger des Gesellschaftsvermögens angesehen werden müssen, auch ihnen, und zwar, da eben eine von den Einzelpersonen verschiedene Personeneinheit mit

Rechtsfähigkeit nicht besteht — wie dies der Senat noch neuerdings in dem zum Abdrucke bestimmten Urteile Rep. I. 241/06 vom 15. Dezember 1906¹ anerkannt hat —, jedem einzelnen von ihnen in irgendwelcher Weise eine unmittelbare Beteiligung an diesem Vermögen zukommen muß. Damit stehen nicht in Widerspruch die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts, die dem Gesellschafter während bestehender Gesellschaft nur einen Anspruch auf Zinsen und Gewinn und nach Auflösung nur einen solchen auf einen dem Werte seines Gesellschaftsanteils entsprechenden Gelbbetrag zuerkennen, insofern darin bloß ein Ausdruck für das praktische Ergebnis aus der gesellschaftlichen Gebundenheit zu erblickt ist. Wenn daher die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft über das Gesellschaftsvermögen Verfügung treffen — obligatorisch oder dinglich —, so verfügen sie damit über eigene, ihnen gehörige Vermögensgegenstände. Dies ist jetzt um so zweifelloser, als das Bürgerliche Gesetzbuch nicht nur einen Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, sondern auch an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen anerkennt — § 719 Abs. 1 —, was nach § 105 Abs. 2 H.G.B. auch für die offene Handelsgesellschaft zu gelten hat. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Formvorschrift des § 318 H.G.B. keine Anwendung finde, weil die Gesellschafter oder deren Erben bei der Auseinandersetzung nicht über eigene Grundstücke kontrahiert hätten, muß hiernach als rechtsirrtümlich abgelehnt werden. Das Ergebnis aber ist trotzdem zu billigen.

2. Die offene Handelsgesellschaft, die einerseits keine juristische Person ist, ist andererseits doch auch keine obligatorische Gesellschaft im Sinne des gemeinen Rechts. Sie gehört vielmehr, wie jetzt auch die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zu den Gemeinschaften zur gesamten Hand. Wie bei einer solchen Gemeinschaft das Verhältnis der Gesamthänder zueinander und namentlich die Art ihrer Beteiligung am Gesamthandgute näher zu denken sei, ist sehr bestritten. Es ist auch bei der Unbestimmtheit des Begriffs der Gesamthand nicht ausgeschlossen, daß die Frage nicht bei allen Gesamthandsgemeinschaften in gleicher Weise zu beantworten wäre. Für den Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft muß jedenfalls soviel als feststehend angesehen werden, daß ihm nicht nur ein Anteil am Ge-

¹ Bgl. oben Nr. 6 S. 21.

gesellschaftsvermögen zukommt, sondern auch an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Es ergibt sich dies, wie erwähnt, aus § 719 Abs. 1 H.G.B. und § 105 Abs. 2 H.G.B. Daß dieser Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen, soweit dies Sachen sind, nicht gedacht werden darf als nach ideellen Quoten geteiltes Miteigentum, als das Miteigentum nach Bruchteilen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1008 flg.), darüber besteht Einverständnis. Wenn es auch möglich wäre, den Ausschluß des Teilungsanspruchs auf obligatorische Gebundenheit zurückzuführen — vgl. Laband, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 31 S. 56/57 —, so hat doch die Rechtsprechung des Reichsgerichts an der in der Doktrin allgemein vertretenen Ansicht festgehalten, daß dieser Ausschluß zum Wesen der gesamthänderischen Berechtigung im Gegensatz zum gewöhnlichen Miteigentume, gehöre. Daher ist in zahlreichen Entscheidungen aus der Zeit vor und nach dem 1. Januar 1900 ausgesprochen worden, daß dem einzelnen Gesellschafter kein Eigentum, weder in Form eines nach Bruchteilen geteilten Miteigentums an den einzelnen Stücken, noch in der Form eines solchen Miteigentums am Inbegriffe des Gesellschaftsvermögens zukomme.

Vgl. Urteil Rep. VII. 371/03 vom 26. Januar 1904 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 56 S. 432), Rep. IV. 238/89 vom 5. Dezember 1889 (Bd. 25 S. 256), Rep. VII. 458/02 vom 14. April 1903 (Bd. 54 S. 280).

Über die Verneinung des quotalen Miteigentums hinaus braucht die Tragweite dieser Entscheidungen nicht zu gehen. Auch nach ihnen bleibt immer noch Raum für eine unmittelbare Berechtigung des einzelnen Gesellschafters an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens.

In der Literatur sind verschiedene Versuche gemacht, die Natur dieser Anteilsberechtigung näher zu bestimmen. Als Anteil, aber nicht nach Quoten, bezeichnet sie Staubinger (Kober) zu § 718 H.G.B. unter II (S. 627). Eine Teilung nach ideellen Quoten, die aber kein Miteigentum nach Bruchteilen darstellen, sondern Quoten an dem gesamthänderischen Miteigentum sein sollen, nimmt an Nagler, Sächs. Arch. Bd. 10 S. 695 flg. Anteile der einzelnen Gesellschafter an den einzelnen Stücken des Gesellschaftsvermögens bejaht jetzt auch Dertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., zu § 718 (S. 780), aber nicht als gewöhnliches Miteigentum, sondern

als „eine besondere, aus der Mitgliedschaft fließende Mitberechtigung“. Bei Sohm, „Der Gegenstand“ (S. 69/71), besteht an den einzelnen Gegenständen eine gemeinsame Berechtigung nach ideellen Teilen, aber nicht nach Bruchteilen, weil die Teile, obgleich rechnerisch bestimmbar, nicht die Natur eines „Gegenstandes“ haben, nämlich eines Vermögensrechtes, worüber verfügt werden kann (S. 7). Auf diese und weitere Einzelheiten braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Es genügt das Ergebnis, daß dem Gesellschafter nicht nur an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen, sondern auch an den einzelnen Vermögensstücken ein Anteil als unmittelbare Mitberechtigung zusteht.

Das Miteigentum nach Bruchteilen und das gesamthänderische Miteigentum der Gesellschafter sind voneinander so verschieden, daß nach gemeiner Ansicht es eines besonderen Eigentumsübertragungsaktes, bei Grundstücken also der Auflassung, bedarf, wenn durch Rechtsgeschäft das eine an die Stelle des anderen treten soll. Daher wird die Auflassung der Grundstücke nicht nur in dem Falle für erforderlich gehalten, wo die Gesellschaft fremde Grundstücke oder Grundstücke, die bisher einzelnen Gesellschaftern gehörten, erwerben soll, sondern auch in dem Falle, wo die einzubringenden Grundstücke im Eigentume der sämtlichen Gesellschafter stehen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 56 S. 99 fig., entgegen der Entsch. Bd. 30 S. 152.

Handelt es sich bei Auflösung der Gesellschaft darum, Gesellschaftsgrundstücke wieder in gewöhnliches Eigentum oder Miteigentum der Gesellschafter überzuführen, so ist mehrfach ausgesprochen worden, daß die Tatsache der Auflösung nicht genüge, um die Mitberechtigung zur gesamten Hand in Bruchteilseigentum umzuwandeln.

Vgl. Urteil Rep. IV. 203/93 vom 23. November 1893 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 32 S. 256); Rep. IV. 355/94 vom 11. März 1895 (Gruchot, Beiträge Bd. 39 S. 856); Rep. I. 66/04 vom 18. Mai 1904.

Es wird deshalb ziemlich allgemein eine die Auflassung erfordernde Veräußerung auch dann angenommen, wenn in diesem Falle, bei Auflösung einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft, die Grundstücke an einen oder mehrere bisherige Gesellschafter übergehen sollen.

Vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl., S. 465; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., S. 451; Meurer, Juristische

Personen S. 111; Urteile des Kammergerichts vom 17. Januar 1898 (Johow, Jahrbuch Bd. 17 Nr. 44), vom 17. November 1902 (Rechtspr. d. D.L.G. Bd. 6 S. 353), vom 21. Dezember 1903 (Bd. 9 S. 306); Urteil des D.L.G. Dresden vom 19. Mai 1903 (Bd. 9 S. 255).

Der besondere Fall, daß die Gesellschaft nur zwei Mitglieder zählt, und daß davon das eine gegen Geldabfindung ausscheidet, während das andere unter Übernahme der Aktiven und Passiven das Geschäft fortsetzt, hat auch das Reichsgericht beschäftigt. Für derartige Auseinandersetzungen verneinen beim Vorhandensein von Grundstücken die Urteile Rep. III. 135/89 (Jurist. Wochenschr. Nr. 5 S. 345), Rep. IV. 238/89 vom 5. Dezember 1889 (Entsch. d. R.G. in Zivilf. Bd. 25 S. 257), Rep. III. 162/98 vom 14. Oktober 1898 (Jurist. Wochenschr. Nr. 34 S. 609) die Notwendigkeit des Immobilienaufstempels mit einer Begründung, die auch die Notwendigkeit der Auflassung ausschließen müßte, indem ausgeführt wird, daß es sich dabei nicht um die Veräußerung von Miteigentum, sondern nur um die Übertragung von Rechten handle. Dagegen würde von dem Standpunkte aus, den das Urteil Rep. IV. 95/04 vom 21. April 1904 (Entsch. d. R.G. in Zivilf. Bd. 57 S. 432) in der Frage der Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigentums zur gesamten Hand an Nachlaßgrundstücken in Miteigentum der Erben eingenommen hat, sich auch für diesen Fall der Auseinandersetzung das Erfordernis der Auflassung nicht wohl bestreiten lassen, wie es denn in der Rechtsprechung anderer Gerichte, vgl. z. B. Entsch. d. Kammerger. vom 17. Februar 1902 (Johow, Jahrbuch Bd. 24A S. 109) und vom 4. August 1904 (Rechtspr. der D.L.G. Bd. 10 S. 255) und des Oberlandesgerichts Hamburg vom 19. Juni 1901 (a. a. D. Bd. 3 S. 34)

in Übereinstimmung mit der in der Literatur überwiegenden Ansicht bejaht wird. Von der Stellung, die man zu der Frage der Auflassung einnimmt, hängt auch die Beantwortung der Frage ab, ob derartige Auseinandersetzungsverträge mit Rücksicht auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücke der Formvorschrift des § 313 B.G.B. unterworfen seien oder nicht.

Den Vorgang bei der Auseinandersetzung zwischen den beiden die offene Handelsgesellschaft bildenden Teilhabern, wonach der eine das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen und fortsetzen

und dagegen den anderen abfinden soll, kann man rechtlich in dem Sinne verstehen, daß der Übernehmende den Anteil des Abzufindenden auf Grund einer von diesem vorzunehmenden Übertragung zu seinem eigenen Anteile hinzuerwerbe. Dann muß zugegeben werden, daß überwiegende Gründe dafür sprechen, beim Vorhandensein von Grundstücken die Auflassung und daher für den Auseinandersetzungsvertrag die in § 313 vorgeschriebene Form zu verlangen. Es fragt sich aber, ob der Vorgang in dieser Weise richtig vorge stellt sei. Schon vom Boden des allgemeinen Gesellschaftsrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aus könnte man entgegenhalten: bei der Konstruktion der Gesellschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand sei es gar nicht gerechtfertigt, als wirkenden Grund für den Eigentumserwerb oder die Eigentumsvermehrung in der Hand des abfindenden Gesellschafters eine Übertragung des anderen anzusehen; viel näher liege vielmehr die Erklärung, daß es sich nicht um eine Hinzuerwerbung der Mitberechtigung des Abgefundenen, sondern lediglich um den Wegfall dieser beschränkenden Mitberechtigung unter Zerstörung des gesamthänderischen Verbandes, also um Aktreszenz, Zuwachsung, handele. Selbst für das gemeinrechtliche Miteigentum mit festen ideellen Quoten wird die Möglichkeit versucht, daß es sich durch Aktreszenz aus sich selbst heraus ergänze, wenn eine Miteigentumsquote durch Dereliktion oder Eintritt einer auflösenden Bedingung weggefallen ist (Windscheid, Pandekten § 169a Note 5). Wie es sich damit verhalte, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls muß zugegeben werden, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand in ganz anderer Weise die Tendenz zu dieser inneren Ausgestaltung und Ausdehnung der Gemeinschaftsanteile in sich trägt. Man kann mit Recht sagen, daß grundsätzlich jeder Gemeinschaftler auf das Ganze berechtigt sei und nur durch die Berechtigung seiner Mitteilhaber eingeschränkt werde. Schon in dem Urteile Rep. I 239/86 vom 6. Oktober 1886 (Volze, Prax. Bd. 3 Nr. 781) hat der erkennende Senat in bezug auf das Ausscheiden und den Ausschluß eines Gesellschafters bei der Kommanditgesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochen, daß man diese Akte rechtsgeschäftlich nicht als Übertragungen des ideellen Miteigentums von seiten des abgehenden Gesellschafters an die Verbleibenden auffassen könne, daß vielmehr der Abgehende auf sein die anderen einschränkendes Recht verzichte oder es verliere und entsprechend diesem

Wegfalle sich die Rechte der Zurückbleibenden erweiterten. Dem Grundsätze der Aktreszenz ist jetzt für das Gesellschaftsrecht im § 738 Abs. 1 B.G.B. Ausdruck gegeben, allerdings nur für die Fälle der §§ 736 und 737, in denen die Gesellschaft, trotz Ausscheidens oder Ausschlusses eines Gesellschafters, fortbestehen bleibt. Für diese Fälle wird denn auch fast allgemein anerkannt, daß es von seiten des gewesenen Teilhabers nicht noch eines besonderen Übertragungsaktes, bei Grundstücken also nicht noch der Auflassung, bedarf. Man will aber darin eine Ausnahmebestimmung sehen, die nur bei fortbestehender Gesellschaft gelten könne. Andererseits wird aber doch zugegeben, daß es sich in § 738 Abs. 1 nicht um einen singulären Satz, sondern um eine einfache Konsequenz des Prinzips der gesamten Hand

Vertmann a. a. O. zu § 736 unter 3d, vgl. auch Entscheidung des Preussischen Obergerichtes vom 4. April 1902 (Bd. 41 S. 80 seiner Entscheidungen)

handele. Man könnte deshalb die Frage aufwerfen, ob es gerechtfertigt sei, aus der Zulassung der Aktreszenz in den ausdrücklich erwähnten Fällen den Ausschluß in anderen Fällen abzuleiten, oder ob es nicht richtiger wäre, in der Bestimmung des § 738 einen bei dieser Gelegenheit ausgesprochenen, allgemeinen Grundsatz des Gesellschaftsrechts zu erblicken, der auch in anderen, ähnlichen Fällen entsprechende Anwendung finden könnte. Ein sachlicher Grund, die Aktreszenz auf die Fälle des Fortbestandes der Gesellschaft zu beschränken, dürfte kaum vorhanden sein. Auch in einem Falle, wie der vorliegende ist, könnte die Aktreszenz sehr wohl in Wirkung treten. Indem die Erben des einen Gesellschafters durch die vereinbarte Auseinanderetzung gleichzeitig mit der Lösung des gesellschaftlichen Bandes ihre Anteilsberechtigung an dem Gesellschaftsvermögen, einschließlich der gesellschaftlichen Grundstücke, aufgeben, würde der andere als allein Berechtigter übrig bleiben und in seiner Hand würde das frühere „Gesamteigentum als solches seine Bedeutung verlieren“.

Vgl. Jurist. Wochenschr. 1898 S. 609 Nr. 34.

Es bleibt indessen doch zweifelhaft, ob man auf diesem Wege zu einem gesicherten Ergebnisse würde gelangen können. Die Natur der Gesamthand ist, wie bereits bemerkt, an sich unsicher und unbestimmt; sie kann in den verschiedenen Gemeinschaften zu verschiedener

Ausbildung gelangt sein und gewinnt eine feste Gestaltung nur nach Maßgabe der konkreten Bestimmungen für das einzelne Gesamthandverhältnis. Eine Bestimmung, wie sie z. B. der § 1491 Abs. 4 B.G.B. über die Wirkung des Verzichts eines Abkömmlings bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft enthält, fehlt für das Gesellschaftsrecht. Es muß daher bedenklich erscheinen, aus dem Wesen der Gesamthand ohne besondere Stützen im Gesetze eine so weittragende, grundsätzliche Folgerung, wie die Annahme einer allgemein wirksamen Aktreszenz, abzuleiten. Einen gesicherten Boden für diese Annahme in dem vorliegenden Falle aber gewinnt man nach der Ansicht des Senates, wenn zu den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft noch die besonderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die offene Handelsgesellschaft hinzugenommen werden.

Der § 738 B.G.B. gilt nach § 105 Abs. 2 H.G.B. auch für die offene Handelsgesellschaft. Daraus folgt, wenn die Gesellschaft mehr als zweigliedrig ist und fortbauert, direkte Anwendbarkeit in den Fällen des § 138 (§ 736 B.G.B.) und des § 140 (§ 737 B.G.B.), sowie in dem besonderen Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters nach § 141. Für die offene Handelsgesellschaft eigentümlich ist aber die Bestimmung in § 142. Danach kann bei nur zweigliedriger Gesellschaft der eine Gesellschafter das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernehmen:

- a) nach Abs. 1, wenn er in einem Falle, wo bei mehrgliedriger Gesellschaft die Ausschließung des anderen Gesellschafters verlangt werden könnte — § 140 —, vom Gerichte auf seinen Antrag für berechtigt zu dieser Übernahme erklärt wird;
- b) nach Abs. 2, wenn ein Privatgläubiger des anderen Gesellschafters von der Befugnis zur Kündigung nach § 135 Gebrauch macht oder dieser andere in Konkurs fällt.

In beiden Fällen finden nach Abs. 3 auf die Auseinandersetzung die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Zu diesen Vorschriften gehört auch und namentlich der § 738 Satz 1 B.G.B. Die entsprechende Anwendung ergibt, daß der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen — nicht den übrigen Gesellschaftern, aber — dem übrigen Gesellschafter, d. h. dem nicht ausscheidenden, der bisher der andere Gesellschafter war, zunächst.

Zwar wird vielfach die Ansicht vertreten, daß hier eine Aktreszenz nicht stattfindet, vielmehr eine obligatorische Verpflichtung des Ausscheidenden zur Übertragung seines Anteils an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens bestehe. Infolge dieser Auffassung wird bei Gesellschaftsgrundstücken Auflassung verlangt. So Turnau-Förster a. a. O. S. 451; Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch zu § 158 S. 337. Der Kommentar zum Handelsgesetzbuche von Staub, der in der 6./7. Aufl. — vgl. zu § 141 Anm. 30, zu § 142 Anm. 2 und 3 — die analoge Anwendung des § 738 B.G.B. auch in diesem Punkte verteidigte und deshalb die Notwendigkeit der Auflassung bestritt, ist in der 8. Aufl. — vgl. zu § 142 Anm. 3 — zu der entgegengesetzten Ansicht übergetreten. Das Gesetz bietet aber keinen Anhalt zu dieser beschränkenden Auslegung. Als Hauptargument wird bei Staub geltend gemacht, daß „Universalnachfolge“ eine Ausnahme sei. Allein wer durch Aktreszenz erwirbt, erwirbt nicht den Anteil des anderen hinzu, sondern vergrößert seinen eigenen Anteil, weil der Anteil des anderen weggefallen ist. Wenn weiter gesagt wird, Abs. 3 des § 142 B.G.B. schreibe nur „entsprechende“ Anwendung des § 738 B.G.B. vor und diese setze das Fortbestehen der Gesellschaft voraus, so kann auch dies nicht überzeugen. Der § 738 selbst wohl, aber nicht dessen entsprechende Anwendung hat diese Voraussetzung. Das Verlangen besonderer Übertragungsakte ist nicht analoge Anwendung des § 738 Satz 1, sondern gerade das Gegenteil, nämlich Nichtanwendung. Der erkennende Senat hält daher die Auslegung derjenigen für richtig, die, wie Goldmann, Handelsgesetzbuch zu § 142 Anm. 15, und Oberneck a. a. O. § 467, in den Fällen des § 142 von dem Erfordernis eines besonderen Übertragungsaktes, bei Grundstücken also der Auflassung, absehen.

Der § 142 spricht nicht von dem Falle, wo die Übernahme des Geschäfts auf Vereinbarung beruht. Ob die Bestimmung in Abs. 3 eine analoge Anwendung auf diesen Fall gestatte, ist bestritten. Es haben sich dagegen erklärt z. B. die Oberlandesgerichte Hamburg (Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 34 S. 3) und Dresden (a. a. O. Bd. 9 S. 255), das Kammergericht (a. a. O. Bd. 9 S. 254), das Bayerische Oberste Landesgericht (a. a. O. Bd. 9 S. 275 und Seuff. Arch. Bd. 60 Nr. 52). Auch der Staub'sche Kommentar ist jetzt — 8. Aufl. zu § 145 Anm. 9 —, entgegen der in der 6./7. Aufl. (zu § 145 Anm. 6) ver-

tretenen Ansicht, für die Ablehnung, weil § 142 eine Ausnahmenvorschrift sei.

Dagegen hat sich der erkennende Senat schon wiederholt für die Zulässigkeit analoger Anwendung des § 142 ausgesprochen. In dem Urteile Rep. I. 240/03 vom 11. November 1903 (Entsch. in Zivill. Bd. 56 S. 16) wird für eine aus zwei bestehenden Kommanditgesellschaft — vgl. § 161 Abs. 2 H.G.B. — ausgeführt, daß die Bestimmung in § 140 Abs. 2 H.G.B. über den bei der Auseinandersetzung maßgebenden Zeitpunkt für die Vermögensberechnung in Gemäßheit des analog anzuwendenden Abs. 3 des § 142 auch gelte, wenn die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch Vereinbarung festgesetzt sei. Und ebenso wird in diesem Falle der § 740 B.G.B. analog verwertet, was wiederum nur durch Vermittlung des Abs. 3 § 142 H.G.B. geschehen konnte, obgleich es nicht ausdrücklich gesagt wird. Das Urteil Rep. I. 468/04 vom 18. Februar 1905 (Entsch. in Zivill. Bd. 60 S. 155) erstreckt die Vorschrift des § 738 B.G.B., betreffend die Befreiung oder Sicherheitsleistung wegen der gemeinschaftlichen Schulden, analog auf diesen gleichen Fall bei einer offenen Handelsgesellschaft, wo bei vereinbarter Trennung der beiden Gesellschafter der eine im Auseinandersetzungsvertrage die Aktiven und Passiven des Geschäfts übernommen hatte, der andere „aus dem Geschäfte ausgeschlossen“ war. Zur Begründung wird bemerkt, daß hier wie in den Fällen des § 142 das Geschäft ohne das Erfordernis einer Liquidation von der offenen Handelsgesellschaft auf einen Teilerbeher übergehe. Die Vermittlung wird also auch hier im § 142 gefunden. Daran, daß die analoge Anwendung des § 142 Abs. 3 nicht durch die Natur dieser Vorschrift als Ausnahmenvorschrift ausgeschlossen wird, hält der Senat auch jetzt fest. Nur eine Konsequenz aus diesem Standpunkte ist es, wenn durch Vermittlung dieser Vorschrift auch die Bestimmung des § 738 Satz 1 B.G.B. für anwendbar auf die Fälle der vereinbarten Geschäftsübernahme gehalten wird.

Diese Konsequenz müßte allerdings abgelehnt werden, wenn sich aus den Besonderheiten des Vereinbarungsfalles gegenüber den in § 142 Abs. 1 und 2 geregelten Fällen beachtliche Bedenken dagegen entnehmen ließen. In dieser Richtung bestehen aber keine Schwierigkeiten. Die Vorschrift in Abs. 3 hat ihren sachlichen Grund offenbar nicht darin, daß gerade ein Gerichtsurteil vorhergeht, oder daß ein

Privatgläubiger des anderen Gesellschafters kündigt oder daß dieser in Konkurs gerät, sondern in dem allen diesen Fällen gemeinsamen Umstände, daß ohne Liquidation eine Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven stattfindet. Eben dies ist aber auch der wesentliche Inhalt der vereinbarten Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern, wie sie hier zu unterstellen ist. Wenn in den besonderen Fällen des § 142 der § 738 Satz 1 B.G.B. entsprechende Anwendung finden soll, so ist hier aus dem Wesen der gesamthänderischen Gemeinschaft eine Folgerung ausdrücklich gezogen und festgestellt, deren Verwerfung in dem ganz gleich gelagerten Falle der Vereinbarung nicht Ablehnung einer Sondervorschrift, sondern Bruch der inneren Rechtskonsequenz sein würde. Bei dieser Auslegung des Gesetzes, für die sich auch das Preussische Obergericht in der schon angeführten Entscheidung vom 4. April 1902 ausgesprochen hat, erhält das Aktreszenzprinzip Geltung zwar nicht nur in den Fällen des Fortbestandes der offenen Handelsgesellschaft, aber auch nicht unterschiedslos in den Fällen der Auflösung, sondern in diesen Fällen nur dann, wenn trotz Aufhebung des subjektiven Gesellschaftsverbandes, die objektive Grundlage der Gesellschaft, das Geschäft, fortbauert.

Der streitige Auseinandersetzungsvertrag, wie er nach der Behauptung der Kläger zu unterstellen ist, enthält eine Vereinbarung, auf die nach dem Ausgeführten der § 738 Satz 1 B.G.B. entsprechende Anwendung findet. Es bedarf daher zum Teile der abgefundenen Kläger an dem Gesellschaftsvermögen keines besonderen Übertragungsaktes, für die Gesellschaftsgrundstücke nicht der Auflassung (§ 925 B.G.B.). Da es sich mithin nicht um die Übertragung von Eigentum an diesen Grundstücken handelt, so kann der Vertrag auch nicht auf die Verpflichtung zu solcher Eigentumsübertragung gerichtet sein, und es stellt sich die Ansicht des Berufungsgerichts, daß er von der Formvorschrift des § 313 B.G.B. befreit sei, im Endergebnis als berechtigt heraus. Diesem Ausspruche steht auch, wenn die Frage, wie gesehen, beschränkt wird, kein Präjudiz des Reichsgerichts entscheidend entgegen.

3. Für das Grundstück 4,192 der Gemeinde S. unterstellt das Berufungsgericht, daß es im Grundbuche nicht auf den Namen der offenen Handelsgesellschaft C. v. B., sondern noch auf die gleich-

lautende Einzelfirma des Vaters der beiden Gesellschafter eingetragen stehe. Insoweit verneint es das Formerfordernis, weil das Eigentum an diesem Grundstücke noch den Erben v. B. zukomme, die offene Handelsgesellschaft nur einen Anspruch auf Einbringung (Auflassung) gehabt habe, und durch den Auseinandersehungsvertrag dem Beklagten nur dieser Anspruch überwiesen, nicht von der Klägerin eine — neue — Verpflichtung zur Eigentumsübertragung übernommen worden sei. Gegen diese Vertragsauslegung ist nichts zu erinnern. Den so gewonnenen Vertragsinhalt hat das Berufungsgericht mit Recht für formfrei erklärt (vgl. Oberneß a. a. D. S. 465 unter e mit Zitaten in Note 18). Es ist nicht erfindlich, worin der von der Revision nicht näher dargelegte Rechtsirrtum bestehen könnte.“ ...