

32. Kann der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, welcher darlehnsweise Betriebskapital für die Zwecke der Gesellschaft hergegeben hat, die Mitgesellschafter während Bestehens der Gesellschaft, wenn auch im Liquidationsstadium, in Anspruch nehmen?

§§ 128.

I. Zivilsenat. Ur. v. 7. Oktober 1911 i. S. R. R. und W. R. (Bekl.)  
w. B. (Kl.). Rep. I. 401/10.

I. Landgericht Duisburg.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Kläger und die beiden Beklagten waren die Gesellschafter der in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft R. & Co. Der Kläger behauptete, der Gesellschaft bis zum 31. August 1907 nach und nach 3974,03 M als Darlehn vorgestreckt zu haben. Die Beklagten behaupteten, daß der Kläger sich verpflichtet habe, eine Gesellschaftsseinlage von 6000 M zu machen, und daß die 3974,03 M

nur ein Teil dieser Einlage sein könnten. Der Kläger forderte, indem er gemäß der Beteiligung der Gesellschafter zu je  $\frac{1}{3}$ , die 3974,03  $\mathcal{M}$  in Höhe von  $\frac{2}{3}$  gegen die beiden Beklagten als persönliche Gesamtschuldner geltend machte, auf Grund des § 128 HGB. Zahlung des entsprechenden Betrages von 2648,28  $\mathcal{M}$  nebst Zinsen. Das Oberlandesgericht machte die Entscheidung von einem dem Kläger auferlegten Eide abhängig, daß er sich nicht verpflichtet habe, der Gesellschaft eine Einlage von 6000  $\mathcal{M}$  zu machen. Im Schwörungsfalle sollten die Beklagten zur Zahlung von 2648,28  $\mathcal{M}$  nebst Zinsen verurteilt, im Weigerungsfalle sollte die auf Zahlung gerichtete Klage abgewiesen werden.

Auf die Revision der Beklagten wurde das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die auf Zahlung gerichtete Klage unbedingt abgewiesen.

#### Gründe:

„Der Berufungsrichter stellt für den Fall der Leistung des Eides fest, daß der Kläger der offenen Handelsgesellschaft R. & Co. 3974,03  $\mathcal{M}$  als Betriebskapital darlehnsweise gegeben habe. Diese Feststellung ist von der Revision nicht angegriffen. Der Berufungsrichter erachtet sodann die beiden Beklagten als Mitgesellschafter für verpflichtet, dem Kläger als dem andern Gesellschafter und Gläubiger, entsprechend ihrer Beteiligung an der Gesellschaft,  $\frac{2}{3}$  der Darlehenssumme von 3974,03  $\mathcal{M}$  = 2648,28  $\mathcal{M}$  zu zahlen. Diese Annahme wird gestützt auf § 128 HGB. Hiergegen richtet sich allein die Revision der Beklagten, welche geltend macht, daß der Kläger, solange die Gesellschaft, wenn auch im Liquidationsstadium, bestehe, Zahlung von seinen Mitgesellschaftern in Höhe ihrer Beteiligung nicht fordern könne. Die Revision mußte für begründet erachtet werden.

Das Reichsoberhandelsgericht hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß Art. 112 A.D.H.G.B., der sich deckt mit § 128 HGB., in Fällen der vorliegenden Art nicht Geltung habe (Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 13 S. 145). In gleicher Weise entschieden der jetzt erkennende Senat und der IV. Senat des Reichsgerichts (Bolze, Praxis Bd. 7 Nr. 633, Bd. 16 Nr. 491). In zwei Urteilen des II. Senats (Entsch. in Zivilf. Bd. 36 S. 60; Jur. Wochenschr. 1896 S. 58 Nr. 9 u. 10), wo es sich aber um Fälle handelte, die dem vorliegenden nicht gleich waren, ist ausgesprochen, daß auch der Gesellschafter, der zugleich

Gläubiger der Gesellschaft ist, in der letzteren Eigenschaft die Stellung eines Dritten beanspruchen und sich deshalb grundsätzlich auch auf Art. 112 A.D.H.G.B. berufen könne. Derselbe Senat hat ferner in den Entsch. in Zivils. Bd. 59 S. 143, wo es sich um die Frage handelte, ob Art. 112 A.D.H.G.B. (§ 128 H.G.B.) eine Ausnahme erleide, wenn ein Anspruch aus Art. 93 A.D.H.G.B. (§ 110 H.G.B.) in Frage stehe, zu den beiden soeben erwähnten Urteilen noch angeführt, daß für Fälle der in diesen Urteilen in Betracht kommenden Art immerhin die Annahme nahe liege, daß der Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Gläubiger wie ein Dritter der Gesellschaft gegenüberstehe und sich deshalb auch den Mitgesellschaftern gegenüber auf Art. 112 A.D.H.G.B. (§ 128 H.G.B.) stützen könne. Der jetzt erkennende Senat hat zu § 128 H.G.B. bereits in einem Urteile vom 14. Dezember 1903, Rep. I. 318/03, ausgeführt, daß diese Bestimmung im Verhältnis zu einem Mitgesellschafter, der zugleich Gläubiger ist, nicht gelte, solange die Gesellschaft, wenn auch im Liquidationsstadium, bestehe.

Die ältere Literatur teilte überwiegend die vom Reichsoberhandelsgerichte zu Art. 112 A.D.H.G.B. zum Ausdruck gebrachte Auffassung (Behrend § 77, v. Sahn § 5). Die neuere Literatur hat sich dagegen vorwiegend der vom II. Zivilsenate des Reichsgerichts dargelegten Ansicht angeschlossen. Es wird dabei auch verwiesen auf die Denkschrift zu dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe des Handelsgesetzbuchs n. F. aus 1897. Aus dieser ist indes für die Tragweite des § 128 H.G.B. nichts Entscheidendes zu folgern. In einem als Manuskript veröffentlichten Entwurfe des Handelsgesetzbuchs n. F. aus 1895 war vorgesehen, dem Art. 112 A.D.H.G.B. einen Zusatz zu geben, daß die Bestimmung keine Anwendung zu finden habe auf Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter, der zugleich Gläubiger sei. Dieser Zusatz wurde in dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe aus 1897 gestrichen und in der Denkschrift unter offensichtlicher Berücksichtigung der Ausführungen in den erwähnten Urteilen des II. Zivilsenats zur Begründung angeführt, der Grundsatz, daß die Gesellschafter den Gläubigern persönlich hafteten, sei in Art. 112 A.D.H.G.B. ohne Einschränkung aufgestellt; gleichwohl sei früher vielfach angenommen, daß die Regel bei Forderungen eines Mitgesellschafters eine Aus-

nahme erleiden müsse. Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts sei jedoch von dieser Auffassung abgegangen. Es liege kein genügender Grund vor, der Rechtsprechung durch das Gesetz entgegenzutreten. Art. 112 A.D.H.G.B. wurde sodann als § 128 H.G.B., ohne daß gegen die Darlegungen der Denkschrift in der Kommission oder in den Verhandlungen des Reichstags Einwendungen erhoben wurden, aufgenommen. Bei dieser Sachlage wird der Denkschrift für die Tragweite des § 128 A.D.H.G.B. offenbar eine Bedeutung beigelegt, die sie nicht hat. Es sollte vielmehr vor wie nach die Entscheidung dieser Frage der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.

Zu der hiernach streitigen Frage über die Tragweite des § 128 H.G.B. hinsichtlich seiner Anwendung bei Forderungen eines Mitgesellschafters braucht indes für den vorliegenden Fall nicht eine alle dabei in Betracht kommenden Gesichtspunkte umfassende Stellung genommen zu werden. Es handelt sich hier nach der für den Fall der Eidesleistung getroffenen Feststellung des Berufungsrichters um die durch einen Gesellschafter bewirkte darlehnsweise Hergabe von Betriebskapital für die Zwecke der Gesellschaft und demgemäß lediglich um die Frage, ob in einem solchen Falle während Bestehens der Gesellschaft der Gesellschafter von den andern Gesellschaftern persönlich Zahlung verlangen kann. Für einen solchen Fall hält der Senat an seiner in den vorhin erwähnten Urteilen ausgesprochenen Auffassung fest, daß der Gesellschafter sich nicht auf § 128 H.G.B. (früher Art. 112) stützen kann. Es würde dies der Natur des durch die Eingehung der offenen Handelsgesellschaft zwischen den Gesellschaftern begründeten Vertragsverhältnisses widersprechen; dieses bedingt, daß jeder Gesellschafter sich in einem solchen Falle, solange er Gesellschafter ist, seinen Mitgesellschaftern gegenüber ausschließlich auf das Gesellschaftsvermögen verweisen lassen muß. Ob etwa eine andere Beurteilung sich rechtfertigen ließe, wenn auf Grund besonderer Vereinbarung dem Gesellschafter mit Bezug auf seine Gläubigerschaft die Stellung eines Dritten eingeräumt wäre, bedarf keiner Erörterung, da hier der Fall nicht so liegt.“ . . .