

44

Zur Frage, unter welchen Umständen in einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter, der das Gesellschaftsverhältnis vertragsgemäß gekündigt hatte, das dem anderen Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag eingeräumte Übernahmerecht zu Fall bringen und auf der Auflösung der Gesellschaft bestehen kann.

BGH, Urt. v. 13. Juni 1977 - II ZR 150/76 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 150/76

URTEIL

Verkündet am
13. Juni 1977
Kaufmann,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Pinselmachermeisters Johann K [REDACTED],
N [REDACTED] Straße [REDACTED], W [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Industriemeister Hans-Jörg K [REDACTED],
N [REDACTED] Straße [REDACTED], W [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

24

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1977
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die
Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann
und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
3. Feriensenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 27. Juli 1976 wird auf
Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

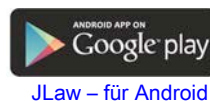
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und sein Vater, der Beklagte, errichteten
durch Vertrag vom 12. Mai 1971 eine offene Handelsgesell-
schaft zur Herstellung von und zum Handel mit Maschinen
für die Pinselindustrie, zur Fachberatung auf dem Gebiet
der Pinselherstellung und zur Auswertung einschlägiger
Patente und Gebrauchsmuster. In die Gesellschaft brachten
der Beklagte den bisher von ihm allein geführten Geschäfts-
betrieb - in dem der Kläger schon als Angestellter ge-
arbeitet hatte - mit Aktiven und Passiven und die Parteien
gemeinsam den ihnen zu Miteigentum nach Bruchteilen ge-
hörenden Grundbesitz ein. Beide waren verpflichtet, ihre
Arbeitskraft für die Gesellschaft einzusetzen und bei der
Geschäftsführung mitzuwirken. Die Gesellschaft wurde auf
unbestimmte Dauer abgeschlossen. In § 9 des Vertrages
heißt es unter anderem:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- "1. Jeder der beiden Gesellschafter kann die Gesellschaft zum Ende eines Kalenderjahres mit Einhaltung einer Frist von mindestens einem Jahr kündigen.
2. Kündigt ein Gesellschafter . . . , so ist der verbleibende Gesellschafter berechtigt, das Unternehmen der Gesellschaft im ganzen mit Aktiven und Passiven und dem Recht auf Firmenfortführung zu übernehmen und fortzuführen
. . .
3. . . .
4. Kündigt ein Gesellschafter, so erhält er nur seinen Geschäftsanteil in Höhe des Buchwertes seines Kapitalkontos zur Zeit des Ausscheidens. Stille Reserven werden nicht aufgelöst. Für immaterielle Werte (wie Firmenwert, Kundenkreis) erhält der Ausscheidende keine Entschädigung. An laufenden Geschäften ist er nicht mehr beteiligt.
. . . "

Mit Anwaltsschreiben vom 30. Dezember 1974 kündigte der Beklagte das Gesellschaftsverhältnis zum 31. Dezember 1975. Mit Schreiben vom 9. und 10. Januar 1975 nahm der Kläger die Kündigung an und erklärte, er mache von seinem Recht Gebrauch, das Unternehmen mit Aktiven und Passiven nebst Firma zu übernehmen. Dem widersprach der Beklagte mit Schreiben vom 17. Januar 1975. Außerdem kündigte er am 30. Juli 1975 die Gesellschaft fristlos.

Nachdem der Kläger mit der Behauptung, der Beklagte habe sich gesellschaftswidrig verhalten, zunächst im April 1975 gemäß § 142 HGB die Übertragung des Geschäfts auf sich selbst verlangt hatte, hat er nach Ablauf der Kündigungsfrist in erster Linie die Feststellung beantragt,

daß das Unternehmen im ganzen mit Aktiven und Passiven und dem Recht der Firmenfortführung zum 1. Januar 1976 auf ihn übergegangen und er berechtigt sei, das Unternehmen allein fortzuführen.

Wegen - von ihm behaupteten - gesellschaftswidrigen Verhaltens des Klägers hat der Beklagte im ersten Rechtszug widerklagend unter anderem beantragt,

1. festzustellen, daß die Gesellschaft durch die außerordentliche Kündigung vom 30. Juli 1975 beendet sei,
2. den Kläger aus der Gesellschaft auszuschließen,
3. . . .
4. festzustellen, daß die über dem Fabrikgebäude der Gesellschaft errichtete Wohnung nicht gesellschaftlichen Zwecken diene und deshalb der Wert dieser - unstreitig vom Kläger bewohnten - Wohnung mit 180.000 DM als Entnahme des Klägers aus dem Gesellschaftsvermögen zu buchen sei.

In der Berufungsinstanz hat er neue Widerklageanträge gestellt, nämlich festzustellen, daß

1. die Gesellschaft mit Ablauf des 31. Dezember 1975 - hilfsweise: ohne die Feststellung eines Stichtages - aufgelöst sei,
2. die Liquidation durch die Parteien gemeinsam erfolge, solange nicht das Gericht einen Liquidator bestellt habe,

3. für die Auseinandersetzung die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft am 21. Oktober 1975 (dem Tag der ersten mündlichen Verhandlung) - hilfsweise: am 31. Dezember 1975 - maßgebend seien und
4. die vom Kläger bewohnte Wohnung steuerrechtlich mit 180.000 DM als Entnahme zu buchen sei.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag und die in der Berufungsinstanz gestellten Widerklaganträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision muß zurückgewiesen werden.

1. Das Berufungsgericht hat dem § 9 des Gesellschaftsvertrages entnommen, daß die Kündigung des Beklagten vom 30. Dezember 1974 den Kläger nach Absatz 2 dieser Bestimmung berechtigte, das Geschäft zum 1. Januar 1976 mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Diese Vertragsauslegung ist möglich und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden; auch die Revision zeigt keinen Rechtsfehler auf.

Die mit Schreiben vom 30. Juli 1975 von dem Beklagten zusätzlich ausgesprochene außerordentliche Kündigung hat dem Kläger das Übernahmerecht nicht genommen, weil sie im Gesellschaftsvertrag nicht zugelassen und deshalb

wirkungslos war. Die Erhebung einer Übernahme- oder Auflösungsklage, von der das Berufungsgericht bei seinen weiteren Erörterungen ausgeht, wäre dagegen zwar auch noch im Oktober 1975 zulässig gewesen (vgl. für die Übernahmeklage RG JW 1938, 2214 und für eine Klage auf Ausschließung aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Senatsurteil II ZR 216/59 vom 7. 11. 1960 = WM 1961, 32); denn die Kündigung des Beklagten vom 30. Dezember 1974 und die Übernahmeerklärung des Klägers konnten vor dem 1. Januar 1976 das Gesellschaftsverhältnis in seinem rechtlichen Bestand nicht berühren und darum dem Beklagten bis dahin auch nicht die Klagemöglichkeit aus §§ 133, 142 HGB nehmen. Die am 17. Oktober 1975 bei Gericht eingereichte Widerklage ist damals jedoch weder zugestellt, noch zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 1975 gemacht worden. Vielmehr hat der Beklagte sie erst durch Verlesen der Anträge in der mündlichen Verhandlung vom 26. Februar 1976 erhoben (§ 281 ZPO), also zu einer Zeit, als bereits die Kündigungsfrist abgelaufen und der Kläger aufgrund seiner Übernahmeerklärung Alleininhaber des Unternehmens geworden war. Damit ging die Widerklage ins Leere. Es ist deshalb ohne Belang, ob der damalige Widerklagantrag zu 1), festzustellen, daß die Gesellschaft durch die außerordentliche Kündigung zum 30. Juli 1975 beendet sei, als Antrag auf Auflösung der Gesellschaft hätte ausgelegt werden können und welches die Rechtsfolgen einer rechtzeitig erhobenen Übernahme- oder Auflösungsklage unter den obwaltenden Umständen gewesen sein würden.

Danach kann es sich nur fragen, ob etwa das Festhalten des Klägers an seinem - an sich wirksam ausgeübten - Übernahmerecht aus besonderen Gründen rechtsmißbräuchlich und deshalb unzulässig ist, so daß die Gesellschaft nur aufgelöst wäre und ihr beide Parteien noch angehörten. Dieser Prüfung bedarf es, weil der Beklagte durch die Einreichung und Begründung seiner Widerklage zu erkennen gegeben hatte, nicht bereit zu sein, zum 31. Dezember 1975 aus der Gesellschaft auszuscheiden. Auf Vorgänge aus der Zeit vor dem 30. Dezember 1974 kann sich der Beklagte hierbei nicht berufen; denn nachdem er sich in Kenntnis dieser Tatsachen entschlossen hatte, nur die Gesellschaft zu kündigen und damit dem Kläger das Geschäft zu überlassen, kann er nicht nachträglich aus denselben Gründen das von ihm selbst ausgelöste Übernahmerecht des Klägers wieder in Frage stellen. Die Entscheidung hängt daher insoweit nur davon ab, ob in der Zeit zwischen der Kündigung vom 30. Dezember 1974 und dem Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Dezember 1975 Umstände hervorgetreten sind, die es dem Beklagten unzumutbar machten, dem Kläger das Geschäft als Ganzes zu überlassen und sich mit dem vertraglichen Abfindungsanspruch zu begnügen. Die vom Beklagten gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe laufen im wesentlichen darauf hinaus, der Kläger habe ihn bei der Kundschaft herabgesetzt, seine Mitgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse mißachtet sowie sein vertragliches Entnahmerecht beschnitten. Das sind Gründe, die - wenn sie zuträfen - wohl dahin zu beurteilen wären, daß aus Verschulden des Klägers zwischen den Parteien eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht mehr möglich war und der Beklagte verlangen konnte, das

Gesellschaftsverhältnis sofort zu beenden und das Gesellschaftsvermögen auseinanderzusetzen. Dieses Ziel hat der Beklagte aber ohnehin bereits durch seine Kündigung zum 31. Dezember 1975 erreicht; daß sich hiernach die Auseinandersetzung im Wege der Geschäftsübernahme durch den Kläger unter Abfindung des Beklagten vollziehen mußte, entspricht nur dem abgeschlossenen Vertrage und braucht - trotz der vorgesehenen Buchwertabfindung - für den Beklagten gegenüber einer Liquidation, die zur Zerschlagung des Unternehmens führen kann, nicht notwendigerweise ein wirtschaftlich ins Gewicht fallender Nachteil zu sein. Etwas anderes hätte nur zu gelten, wenn der Beklagte bestimmte Tatsachen behauptet hätte, aus denen sich die ernsthafte Befürchtung ergeben haben würde, seine vertragliche Abfindung könne gefährdet sein, und nur eine Liquidation würde für ihn die ihm zukommenden Vermögenswerte retten können. Dafür bietet aber das Vorbringen des Beklagten keinen Anhaltspunkt. Daß der Kläger, wie der Beklagte behauptet, nach dem 1. Januar 1976 die Geschäfte der früheren Gesellschaft auf eine GmbH übergeleitet hat, ist insoweit unerheblich, da der Kläger zu dieser Zeit, wie die vorstehenden Darlegungen ergeben, bereits Alleininhaber des Unternehmens geworden war und im übrigen die Fortführung der Geschäfte in der Rechtsform einer GmbH allein für sich noch nicht dafür spricht, daß sich der Kläger den berechtigten Ansprüchen seines Vaters entziehen will. Ein verfahrensrechtlicher Anlaß, dem Beklagten durch Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht Gelegenheit zur Ergänzung seines Vorbringens zu geben, besteht nicht, da sich aus dem Vortrag der Revision nicht ergibt, daß dem Beklagten nicht bereits die Möglichkeit gegeben worden wäre, alles vorzutragen, was er dem Kläger in diesem Zusammenhang vorwerfen zu können glaubt (§ 139 ZPO).

Der Beklagte kann schließlich seinen Widerklaganträgen auch nicht damit zum Erfolg verhelfen, daß er geltend macht, er habe dem Kläger die Beteiligung an der Gesellschaft seinerzeit geschenkt und nunmehr - durch Schreiben vom 21. Mai 1976 - seine Schenkung wegen groben Undanks widerrufen. Da der Beklagte den Widerruf erst ausgesprochen hat, nachdem die Kündigungsfrist abgelaufen war, konnte sich die Widerrufserklärung schon deshalb und selbst dann, wenn sie berechtigt gewesen sein sollte, auf das - beendete - Gesellschaftsverhältnis nicht mehr auswirken. Wenn die Aufnahme des Klägers in das Handelsgeschäft des Beklagten überhaupt eine Schenkung war, kann es sich allenfalls um eine sog. gemischte Schenkung gehandelt haben (II ZR 2/58 v. 11. 5. 1959 = LM BGB § 516 Nr. 3 unter I 3; II ZR 233/62 v. 25. 1. 1965 = WM 1965, 359 unter II 2; Alfred Hueck, DB 1966, 1033 ff.). Die Einräumung der Mitgliedschaft war jedenfalls nicht unentgeltlich, und deshalb keine Schenkung, soweit der Kläger mit dem Recht zur Geschäftsführung und Vertretung auch die Pflicht dazu übernahm, und auch die Übernahme der persönlichen Haftung schließt die Annahme aus, daß es sich schlechthin um eine Schenkung gehandelt haben könnte. Unentgeltlich und damit ein Schenkungsbestandteil des Gesellschaftsvertrages könnte allenfalls - ganz oder teilweise - der Vermögenswert der Kapitalbeteiligung sein, die der Beklagte dem Kläger unter Einbringung des ihm bis dahin allein gehörenden Handelsgeschäfts eingeräumt hat. Ob das der Fall war, braucht jedoch hier nicht geklärt zu werden, weil ein Widerruf insoweit nur zur Erstattung dieses Vermögenswertes in Geld führen, sich dagegen nicht auf die - bereits vollzogene - Geschäftsübernahme durch den

Kläger auswirken könnte. Dafür, daß das Übernahmerecht selbst nach der Vorstellung der Parteien eine unentgeltliche Zuwendung des Beklagten an den Kläger gewesen wäre, gibt der Sachvortrag der Parteien nichts her; in einer offenen Handelsgesellschaft, deren Existenz vor allem mit fortschreitender Zeit immer mehr auf der beruflichen Leistung aller tätigen Gesellschafter beruht, spricht ohnehin alles dagegen, daß es sich bei einer so allgemeinen, für alle Gesellschafter gleichmäßig geltenden Bestimmung in Bezug auf den neu aufgenommenen Gesellschafter nur um eine unentgeltlich eingeräumte gesellschaftsvertragliche Position handeln könnte. Auf die Frage, welche Folgen ein wirksamer Widerruf in dieser Hinsicht gehabt hätte, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

Die Angriffe der Revision vermögen nach alledem nichts gegen die Feststellung auszurichten, daß der Beklagte mit dem 31. Dezember 1975 aus der Gesellschaft ausgeschieden und das Geschäft auf den Kläger übergegangen ist. Das Berufungsgericht hat infolgedessen zu Recht der Klage stattgegeben und die Widerklaganträge zu 1 und 2 als unbegründet abgewiesen.

2. Der Widerklagantrag zu 3), festzustellen, daß für die Auseinandersetzung die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft am 21. Oktober 1975 - hilfsweise: am 31. Dezember 1975 - maßgebend seien, kann gleichfalls keinen Erfolg haben. Eine Abfindung zum 21. Oktober 1975 - dem Tag der ersten mündlichen Verhandlung - kann der Beklagte nicht fordern. Eine Anspruchsgrundlage für eine Abfindung nach diesem Stichtag, also für einen Zeitpunkt vor Ablauf der Kündigungsfrist, zeigt auch die Revision nicht auf.

Nach dem Vermögensstand zum 31. Dezember 1975 hat der Kläger den Beklagten zwar abzufinden. Er hat aber niemals einen Zweifel daran aufkommen lassen, daß dieser Stichtag maßgebend ist. An einer dem Hilfsantrag entsprechenden Entscheidung hat der Beklagte deshalb kein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO).

3. Der Antrag zu 4), festzustellen, daß die vom Kläger bewohnte Wohnung steuerrechtlich mit 180.000 DM als Entnahme zu buchen sei, ist zulässig, soweit der Beklagte damit nur die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zu einer Buchung geklärt haben möchte, die allerdings auch für die Abfassung der steuerrechtlichen Erklärungen von Bedeutung sein kann. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Wohnung gehörte unstreitig zum Grundvermögen der Gesellschaft. Der Kläger kann deshalb den Wert der Wohnung, um den es ihm hier offenbar geht, nicht dem Gesellschaftsvermögen "entnommen" haben, auch wenn er von Anfang an beabsichtigt haben sollte, die Räume für persönliche Zwecke zu nutzen. Auch die Kosten der Errichtung sind nicht ohne weiteres als Entnahmen des Klägers anzusehen, da es sich hierbei, soweit ersichtlich, um Aufwendungen gehandelt hat, die dem Gesellschaftsvermögen zugutegekommen sind. Eine Nutzungsentschädigung macht der Beklagte mit seinem Antrag nicht geltend. Sollte er meinen, daß der Kläger das Gesellschaftsvermögen durch Errichtung der Privatwohnung im Ergebnis gesellschaftswidrig geschmälert

- 12 -

hat, so wäre das bei der Berechnung des Abfindungsguthabens zu berücksichtigen; auch diese Frage ist aber nicht Gegenstand der Widerklage.

Stimpel Dr. Schulze Dr. Bauer Dr. Kellermann Dr. Skibbe