

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die amtliche Sammlung!

Gesetz: Deutsches internationales Privatrecht;
HGB § 105

Rechtssatz:

1. Nach deutschem internationalem Privatrecht richtet sich die Haftung einer offenen Handelsgesellschaft für ihre Verbindlichkeiten grundsätzlich nach dem die Personenvereinigung beherrschenden Recht, d.h. nach der Rechtsordnung am Sitz der Gesellschaft. Es ist nicht ausgeschlossen, dass unter Umständen etwas Abweichendes gilt, dass insbesondere die Parteien eines Gesellschaftsvertrages ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbaren können.
2. Die Haftung der Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft kann sich auch dann nach ausländischem Recht bestimmen, wenn für die Schuld der Gesellschaft, für die die Gesellschafter in Anspruch genommen werden, deutsches Recht gilt (RG in HansGZ 1920, Hauptbl S 106).

Aktenzeichen: IV ZR 114/53

Urteil des BGH vom 17. Dezember 1953

OLG Hamburg

IV ZR 114/53

Verkündet
am 17. Dezember 1953
[REDACTED], Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der verwitweten Frau Clara L [REDACTED] geb. S [REDACTED] in
H [REDACTED], H [REDACTED] ring [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Ottilie L i [REDACTED] in H [REDACTED] - W [REDACTED],
H [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1953 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher,
Dr. Kregel, Dr. v. Werner und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts in Hamburg vom 23. April 1953 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist die geschiedene Ehefrau des Kaufmanns Goldemar Li[REDACTED]. Dieser war seit 1922 Angestellter und seit 1945 Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, die unter der Firma C[REDACTED] & Co mit dem Hauptsitz in S[REDACTED] in China betrieben wurde. Persönlich haftender Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft war auch der im Jahre 1948 in H[REDACTED] verstorbene Kaufmann Ottomar L[REDACTED]. Die Beklagte ist seine alleinige Erbin.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe seit etwa 1930 ein Konto bei der Firma C[REDACTED] & Co - im folgenden die Firma genannt - unterhalten, das im September 1945 ein Guthaben in Höhe von 35.294,14 Schweizer Franken aufgewiesen habe. Dieses Guthaben sei aus Zuwendungen ihres früheren Ehemanns entstanden, der als Angestellter der Firma an ihrem Gewinn beteiligt gewesen sei. Das Konto sei stets in Schweizer Franken geführt und von der Firma in solchen angelegt worden. Im Jahre 1948 seien ihr von dem Sohn der Beklagten, dem Kaufmann Ottomar L[REDACTED] jun., auf ihr Guthaben 11.000,- Schweizer Franken ausbezahlt und die Zahlung weiterer 6.600,- Franken in Aussicht gestellt worden. Es bestehe deshalb noch ein Restguthaben in Höhe von 24.294,14 Schweizer Franken, deren Zahlung sie in deutscher Währung von der Beklagten begehre. Die Guthabenforderung unterliege als eine auf ausländische Währung lautende Forderung nicht der Umstellung nach dem Währungsgesetz. Sie sei berechtigt, die Zahlung ihres Guthabens in deutscher Währung von der Beklagten zu verlangen. Da diese die Zahlung verweigert, hat die Klägerin Klage erhoben und beantragt,

- 3 -



die Beklagte zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 23.358,82 DM nebst 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1946 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat bestritten, dass der Klägerin die von ihr behaupteten Forderungen gegen die Firma zuständen. Wenn auf ihren Namen ein Konto geführt worden sei, so sei dies nur zum Schein geschehen, in Wirklichkeit sei es ein solches ihres Ehemanns gewesen. Die Klägerin habe allenfalls erst kurz vor dem Zusammenbruch der Firma im Jahre 1945 der Firma Werte anvertraut. Es sei jedoch hinsichtlich derselben vereinbart worden, dass sie nur erstattet werden sollten, wenn es der Firma gelinge, etwas zu retten. Das sei jedoch nicht der Fall. Das gesamte Geschäftsvermögen der Firma in China sei in Verlust geraten. Nach § 242 BGB könne die Klägerin von ihr, der Beklagten, keine Zahlung verlangen. Wenn ein Anspruch bestehe, dann sei er in Reichsmark entstanden und unterliege der Umstellung im Verhältnis 10 : 1. Die Forderung der Klägerin sei auch durch die Gesetze der Militärregierung beschlagnahmt worden, da es sich um eine solche eines Inländers gegen eine ausländische Firma handle. Der Geltendmachung einer Valutaforderung stünden auch devisenrechtliche Bestimmungen entgegen. Für die Haftung der Gesellschafter der Firma C. [REDACTED] & Co gelte chinesisches Recht, da sie ihren Sitz in China gehabt und im Handelsregister des Deutschen Konsulats in S. [REDACTED] nicht eingetragen gewesen sei. Wenn aber deutsches Recht anzuwenden sei, dann sei die Forderung nach § 159 HGB verjährt, da die Firma spätestens im Jahre 1946 aufgelöst worden sei. Es seien auch erheblich höhere Beträge als die von der Klägerin angegebenen an diese zurückbezahlt worden.

Die Klägerin ist diesen Behauptungen der Beklagten entgegengetreten. Diese könne sich auf § 242 BGB nicht berufen. Die Frankenbeträge der Firma seien in der Schweiz einbezahlt und gerettet worden. Die Beklagte habe 90.872,68 schw.frcs. aus diesem Guthaben der Firma erhalten. Ferner habe sie sich ein bei dem Schweizer Bankverein für die Firma einbezahltes Guthaben in Höhe von ca. 110.000,-- Franken angeeignet. Die Beklagte schulde der Firma auch noch den Betrag von 705.000,-- RM. Die Firma sei im Handelsregister des Deutschen Konsulats S [REDACTED] eingetragen, aber dort nicht gelöscht worden. Die Forderung sei daher nicht verjährt. Devisenrechtliche Vorschriften stünden der Klage nicht entgegen.

Das Landgericht in Hamburg hat die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 23.358,82 DM nebst 4% Zinsen seit dem 7. Juli 1952 (Tag der Klagezustellung) verurteilt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

In dem Revisionsrechtszug hat die Beklagte noch folgendes vorgetragen: Die Klägerin habe noch eine weitere Zahlung im Jahre 1948 über einen Herrn I [REDACTED] erhalten, deren Betrag sich auf S 2.400,63 belaufe und die ihr Guthaben um 9.602,52 schw.frcs. vermindert habe. Dies ergebe sich aus Aufstellungen, die sich im Besitz des Mitgesellschafters La [REDACTED] befänden. Aus ihnen gehe hervor, dass das Guthaben der Klägerin am 27. September 1949 nur noch 14.691,62 schw.frcs. betragen habe. Von diesen Unterlagen seien Fotokopien gefertigt worden, da La [REDACTED] die Unterlagen an den Gesellschafter Albert R [REDACTED] habe aushändigen müssen. Die Negative seien auf-

gefunden worden, davon seien Fotokopien hergestellt worden, die übergeben würden. Diese Urkunden seien, da auf sie nach § 580 Nr 7b ZPO eine Restitutionsklage gestützt werden könne, auch im Revisionsrechtszug zu berücksichtigen. Über die Umstände, die zur Auffindung der Fotokopien führten, hat die Beklagte eidesstattliche Versicherungen des Kaufmanns Wilhelm S. [REDACTED] und des Angestellten Hermann [REDACTED] überreicht. Auf diese und den Schriftsatz der Beklagten vom 29. August 1953 (Bl 58 SA) wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten. Der Berücksichtigung der in diesem Rechtszuge vorgetragenen Tatsachenbehauptungen der Beklagten hat sie widersprochen. Auf ihren Schriftsatz vom 5. Oktober 1953 wird verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Klägerin leitet den mit der Klage geltend gemachten Anspruch aus einem zwischen ihr und der Firma C. [REDACTED] & Co bestehenden Vertragsverhältnis her. Sie nimmt die Beklagte für die von ihr behauptete Verbindlichkeit in Anspruch, weil der verstorbene Ehemann der Beklagten, der Kaufmann Ottomar L. [REDACTED] sen., als persönlicher Gesellschafter der Firma für ihre Verbindlichkeiten hafte und diese Haftung die Beklagte nunmehr als seine Alleinerbin treffe. Beide Voraussetzungen für den Erfolg der Klage, das Vertragsverhältnis und die Haftung der Beklagten als Erbin eines Gesellschafters für die daraus erwachsenen Verbindlichkeiten der Firma, sind voneinander getrennt zu unter-

suchen, insbesondere hinsichtlich der Anwendung des für ihre Beurteilung massgebenden materiellen Rechts. Es ist daher in erster Linie zu prüfen, ob zwischen der Klägerin und der Firma ein wirksames Vertragsverhältnis begründet worden ist, welchen Inhalt dieses hat, und ob der Klägerin daraus fällige Ansprüche, wie sie sie geltend macht, zustehen.

2. Bevor jedoch die damit zusammenhängenden Fragen erörtert werden, ist auf die Rüge der Revision einzugehen, die Klage sei deshalb abzuweisen, weil eine etwa bestehende Forderung der Klägerin als deutsches Auslandsvermögen beschlagnahmt sei und deswegen auch die Beklagte von der Klägerin auch dann nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn die Klageforderung rechtsgültig entstanden sei. Der Berufungsrichter hält den von der Beklagten hierauf gestützten Einwand für unbegründet. Seinen Ausführungen ist im Ergebnis zuzustimmen.

Zutreffend führt er zunächst aus, dass die Vorschriften des KRG 5 keine Anwendung finden können. Dieses Gesetz ist nach Art 5 des AFKG 63 nur noch anwendbar, wenn es sich um deutsches Vermögen handelt, das in einem der im Anhang zum Gesetz aufgeführten Länder belegen ist. Zu diesen Ländern gehört China nicht. Massgebend sind daher lediglich die Bestimmungen des AFKG 63 (ABl. AHK 1107). Nach Art 2 Nr (1)(a) dieses Gesetzes gelten die Rechte der früheren Eigentümer und sonstigen Berechtigten an Vermögensgegenständen, die unter Art I Abs (1)(a) fallen, in dem Zeitpunkt der Übertragung oder Liquidation als erloschen. Nach Art I Abs (a)(i) fallen unter die Bestimmungen des Gesetzes Gegenstände, die bei oder vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in einem ausländischen Staat gelegen waren und in deutschem Eigentum standen und

die nach dem 1. September 1939 nach dem Recht dieses Staates oder auf Grund einer Vereinbarung mit diesem Staat nach dem Recht eines anderen Staates übertragen oder liquidiert worden sind oder werden in Verfolg von Maßnahmen, die die Regierung eines Staates, die der Erklärung der Vereinten Nationen vom 1. Januar 1942 beigetreten ist, im Zusammenhang mit dem Krieg gegen Deutschland getroffen hat. Art 3 des ANKG 63 erklärt Klagen gegen Personen für unzulässig, "die Eigentum oder Besitz an solchen Vermögensgegenständen erworben haben, oder gegen diese Vermögensgegenstände." Diese letztere Vorschrift trifft den vorliegenden Fall nicht. Für diesen Fall kommt es nur darauf an, ob die den Gegenstand der Klage bildende Forderung in China "belegen" war und durch Maßnahmen der chinesischen Regierung auf Grund von Vereinbarungen mit der chinesischen Regierung übertragen oder liquidiert worden ist.

Der Berufungsrichter ist der Ansicht, es könne dahingestellt bleiben, ob unter Art I und II ANKG 63 Maßnahmen fielen, die in China gegen deutsches Vermögen gerichtet worden sind oder werden. Diese "Beschlagnahme" würde nach Ansicht des Berufungsrichters jedenfalls nur bedeuten können, dass die Forderung gegen die offene Handelsgesellschaft C. [REDACTED] & Co erloschen sei. Der persönliche Gesellschafter L. [REDACTED] habe seinen Wohnsitz stets ausserhalb des enteignenden Staates gehabt, der Anspruch gegen ihn sei dem Zugriff des Staates, der die Enteignung ausgesprochen habe, in jedem Falle entzogen gewesen.

Der Berufungsrichter bezieht sich für seine Darlegungen auf das Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichts-

62

hofs vom 1. Februar 1952 I ZR 123/50 (BGHZ 5, 35). Wie dort ausgeführt wird, unterliegen Sachen und Gegenstände dem Zugriff staatlicher Hoheitsakte nur, die sich im Machtbereich des betreffenden Staates befinden. Eine Forderung ist nach deutschem internationalem Privatrecht, so wird in dieser Entscheidung weiter ausgeführt, da belegen, wo der Schuldner seinen jeweiligen Wohnsitz hat, wie aus der einen allgemeinen Rechtsgedanken enthaltenden Vorschrift des § 23 Abs 2 ZPO gefolgert werde und wie allgemein anerkannt sei. Daraus schliesst der I. Zivilsenat, auf dessen ausführliche Begründung hier verwiesen werden kann, dass, wenn für eine Verbindlichkeit mehrere Personen als Gesamtschuldner haften, wie die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der gegen einen Gesellschafter gerichtete Haftungsanspruch dem Zugriff staatlicher Zwangsmaßnahmen immer nur da unterliegen kann, wo der Anspruch auch tatsächlich realisierbar ist, d.h. also an dem Wohnsitz des Gesellschafters. Der Gläubiger einer Forderung, für die mehrere Schuldner als Gesamtschuldner hafteten, sei daher nicht gehindert, seine Forderung gegen denjenigen Gesellschafter geltend zu machen, der der Zwangsgewalt des enteignenden Staates nicht unterliege, weil er in dessen Gebiet seinen Wohnsitz nicht habe.

Die unmittelbare Übertragung dieser Erwägungen auf den vorliegenden Fall verbietet sich schon darum, weil es sich hier nicht um die Anwendung der Grundsätze des deutschen internationalen Privatrechts, sondern um die des HKG 63 handelt. Es ist daher an und für sich nicht auszuschliessen, den Begriff der Belegenheit einer Forderung im Sinne dieses Gesetzes anders zu verstehen als in dem des deutschen internationalen Privatrechts. Indessen kann diese Frage für die Entscheidung des vorlie-

genden Rechtsstreits auf sich beruhen. Selbst wenn man unterstellt, dass der Begriff der Belegenheit im AHKG 63 nicht in demselben Sinne zu verstehen sei, wie nach deutschem Kollisionsrecht, kann das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist, kein anderes sein. Keine der Parteien hat in den Vorinstanzen vorgetragen, dass die Forderung der Klägerin durch Maßnahmen der c h i n e - s i s c h e n Regierung übertragen oder liquidiert sei. Die Beklagte hat immer den Standpunkt vertreten, dass die Forderung der Klägerin durch die Besatzungsmächte beschlagnahmt sei, nicht aber, dass sie der Klägerin durch Maßnahmen der chinesischen Regierung entzogen sei. Dass die Gesetzgebung der Besatzungsmächte, die sich in dem nunmehr allein massgebenden AHKG 63 darstellt, zu einer Entziehung der Forderung nicht geführt hat, ist oben dargelegt. Dieses Gesetz nimmt selbst keine Vermögensentziehung vor, sondern beschränkt sich darauf, im Ausland erfolgte oder noch erfolgende Liquidationen und Übertragungen deutschen Eigentums für das Gebiet der Bundesrepublik zu sanktionieren (BGHZ 8, 378 [382]). Wenn die Beklagte sich auf Maßnahmen chinesischer Behörden oder auf chinesische Gesetze, die unmittelbar eine Entziehung oder Liquidation aussprechen, hätte berufen wollen, dann hätte sie das zum mindesten substantiiert behaupten müssen. Dass sich dies von selbst verstünde, kann der Revision nicht zugegeben werden. Die Rechtslage des deutschen Vermögens in China ist durchaus unklar (vgl. z.B. die Aufsätze von Lorentz über das Schicksal der deutschen Warenzeichen in China in GRUR 1948, 192 und 1950, 368). Ohne substantiierte Behauptung der Beklagten, dass die in der Person der Klägerin entstandenen Rechte durch Maßnahmen einer ausländischen Regierung entzogen worden seien, konnte der Berufungs-

richter nicht annehmen, dass die Vermögensrechte der Klägerin dieser entzogen seien. Es kann dahinstehen, ob er nach § 139 ZPO verpflichtet gewesen wäre, die Beklagte auf eine Ergänzung ihres Vortrages hinzuweisen. Auf einer Nichtanwendung dieser Vorschrift beruht das angefochtene Urteil nicht. Denn das, was die Beklagte nach ihrer eigenen Behauptung vorgebracht hätte, wenn sie von dem Berufungsgericht auf die maßgebenden Gesichtspunkte hingewiesen worden wäre, würde das Ergebnis dieses Rechtsstreits nicht berührt haben. Die Behauptung, dass deutsche Vermögenswerte in China überhaupt "beschlagnahmt" worden wären, würde nicht genügen. Dieser Begriff ist weitergehend als der der Übertragung und der Liquidation, er umfasst auch den Fall, dass dem Rechtsinhaber durch Gesetz oder Verwaltungsanordnung eine Verfügungsbeschränkung (sog. "Einfrieren" der Rechte) auferlegt ist. Eine bloße Verfügungsbeschränkung würde aber nicht genügen, um Art I (a)(i) AHKG 65 anzuwenden. Insoweit gilt die allgemein anerkannte Regel, dass sich die Wirkung von Hoheitsakten, die in Vermögensrechte von Privatpersonen eingreifen, nur auf das Gebiet des betreffenden Staates beschränken. Die Wirkung solcher Verfügungsbeschränkungen ist durch das AHKG 63 nicht sanktioniert. Dieses Gesetz ist streng und einschränkend auszulegen, weil es gegenüber dem normalen Rechtsleben einen ungewöhnlichen Eingriff in private Rechtsverhältnisse bedeutet (vgl. für die Auslegung entsprechender Vorschriften des Versailler Vertrags RGZ 112, 81 [83]). Was die Beklagte an tatsächlichen Behauptungen vorgebracht hätte, bezieht sich nur auf die Beschlagnahme und die Liquidation des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft C. & Co. Daraus ergibt sich noch nicht, dass die Forderungen der Klägerin, die als Verbindlichkeit der Firma auf dem Vermögen lasteten, durch dieselben oder gleichartige Hoheits-

akte des chinesischen Staates betroffen worden sind. Der Eingriff in das Vermögen einer Person bedeutet keineswegs ohne weiteres und unmittelbar einen solchen in das Vermögen derjenigen, deren Rechte sich gegen das "beschlagnehmete" Vermögen richten. Es ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn der Berufungsrichter auf Grund des ihm unterbreiteten Sachvorbringens der Parteien die Rechte der Klägerin durch das HKG 63 nicht für betroffen hält. Unbenommen bleibt es der Beklagten, in der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht ihr Vorbringen zu ergänzen.

3. Rechtlich bedenkenfrei sind auch die Ausführungen des Berufungsurteils, soweit sie die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma als solches betreffen. Der Berufungsrichter führt hierzu aus, die Firma C[REDACTED] & Co in China sei von deutschen Staatsangehörigen gegründet worden. Dass sie im Handelsregister des Deutschen Konsulats in S[REDACTED] eingetragen worden sei, habe die Klägerin nicht dar-
tun können. Es möge sein, dass für die Frage der Rechts- und Parteifähigkeit sowie das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten bei ausländischen Gesellschaften das Recht des Sitzes anzuwenden sei. Jedoch sei hier davon auszugehen, dass die Gesellschafter sich für das Verhältnis untereinander und zu den bei der Gesellschaft beschäftigten deutschen Staatsangehörigen und den damit in Zusammenhang stehenden Geschäften der Anwendung des deutschen Rechts unterworfen hätten. Bei Schuldverhältnissen sei für die Frage, welches Recht anzuwenden sei, in erster Linie der Parteiwille massgebend. Dieser sei unbedenklich für das vorliegende Rechtsverhältnis auf Geltung des deutschen Rechts gerichtet, auch bezüglich der Haftung der Gesellschafter.

Den Ausführungen des Berufungsrichters kann aus Rechtsgründen insoweit nicht entgegengetreten werden, als sie sich auf das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma beziehen. Es handelt sich um ein Schuldverhältnis. Ob ein solches nach deutschem oder ausländischem Recht zu beurteilen ist, weil es Anknüpfungspunkte sowohl zu der deutschen als auch einer ausländischen Rechtsordnung besitzt, ist, wenn es der Beurteilung eines deutschen Gerichts unterliegt, nach deutschem internationalem Privatrecht zu entscheiden. Bei Schuldverhältnissen entscheidet darüber in erster Linie der ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen zu entnehmende Parteiwille. Dies ist in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte, insbesondere der des Reichsgerichts, allgemein anerkannt. Insoweit werden auch von der Revision keine durchgreifenden Beanstandungen erhoben. Auch aus dem in dem Berufungsurteil festgestellten Sachverhalt und den von den Parteien in den früheren Rechtszügen aufgestellten Sachbehauptungen ist nichts zu entnehmen, was der in dem Berufungsurteil ausgesprochenen Ansicht entgegenstünde. Inhalt und Rechtsfolgen des zwischen der Klägerin und der Firma bestehenden Rechtsverhältnisses, auf das sich der Klaganspruch gründet, sind daher nach deutschem Recht zu bestimmen.

Der Revision kann, wenigstens soweit es sich um das Vertragsverhältnis zwischen der Firma und der Klägerin handelt, auch nicht darin gefolgt werden, dass die Feststellung des Berufungsgerichts, die Vertragsparteien hätten sich dem deutschen Recht unterworfen, unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften getroffen worden sei. Sie meint, keine der Parteien habe sich in dem Rechtsstreit auf die stillschweigende Unterwerfung der Gesellschafter unter deutsches Recht berufen, wenn sich

der Berufungsrichter auf eine solche stütze. so sei damit § 128 ZPO verletzt. Die Beklagte sei durch diese Feststellung überrascht worden, sie hätte sich auf das Zeugnis Lindners berufen, dass sich die Gesellschafter auch nicht stillschweigend dem deutschen Recht unterworfen hätten.

Diese Ausführungen der Revision sind nicht stichhaltig. Die Parteien sind in dem Rechtsstreit zunächst davon ausgegangen, dass deutsches Recht zur Anwendung zu kommen habe. Erstmals gegen Ende der Berufungsinstanz hat die Beklagte geltend gemacht, die Firma C [REDACTED] & Co sei eine offene Handelsgesellschaft chinesischen Rechts, weil sie ihren Sitz in China gehabt habe. Dort habe sie ihre Geschäfte betrieben. Die Klägerin müsse beweisen, dass die Beklagte als itwe eines verstorbenen Inhabers für die Schulden der Gesellschaft hafte (Bl 56 GA). Diesen Ausführungen ist die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 2. April 1953 (Bl 61 GA) entgegengetreten, indem sie darauf hinwies, dass es sich um ein Rechtsverhältnis zwischen einer rein deutschen Firma auf der einen und deutschen Depositären auf der anderen Seite handele. Diese Ausführungen der Klägerin konnten nach Lage der Sache nur so verstanden werden, dass die Anwendung deutschen Rechts mit Rücksicht auf die deutsche Staatsangehörigkeit der Gesellschafter und ihres Vertragspartners in Frage käme. Eine solche konnte aber in Anbetracht des Umstandes, dass der Sitz der Firma sich ausserhalb Deutschlands befand, nur in Betracht kommen, wenn sich die an den in Frage kommenden Rechtsverhältnissen beteiligten Personen ausdrücklich oder stillschweigend dem deutschen Recht unterworfen hatten. Damit war dem Berufungsrichter von einer Partei die Frage unterbreitet, ob sich die Anwendbarkeit deutschen Rechts nicht aus einer stillschweigenden Unterwerfung herleiten lasse. Der Berufungsrichter war infolgedessen

nicht gehindert, eine entsprechende Feststellung zu treffen, zumal da die Beklagte die tatsächlichen Behauptungen der Klägerin in dem Schriftsatz vom 2. April 1953 nicht bestritten hat. Damit erledigt sich auch die weitere Rüge der Beklagten zu diesem Punkt, die dahin geht, durch die unter Verletzung des § 139 ZPO getroffene Feststellung sei sie verhindert worden, vorzutragen, dass der verstorbene Ehemann der Beklagten nicht deutscher, sondern peruanischer Staatsangehöriger gewesen sei. Wenn die Klägerin behauptet hat, es habe sich bei der Firma der Gesellschaft um eine rein deutsche Firma gehandelt, so konnte dies nur dahin verstanden werden, dass alle Gesellschafter deutsche Staatsangehörige waren, zumal da vorher nichts Abweichendes behauptet worden war. Die Beklagte hat der Behauptung der Klägerin über den deutschen Charakter der Firma nicht widersprochen. Das Berufungsgericht hatte daher keine Veranlassung, die Staatsangehörigkeit der Gesellschafter zum Gegenstand einer Erörterung nach § 139 ZPO zu machen.

4. Nach der vom Berufungsrichter als richtig angenommen und von der Revision nicht angegriffenen Darstellung der Klägerin ist ihr Guthaben bei der Firma aus Zuwendungen ihres früheren Ehemanns erwachsen, der bei der Firma angestellt war. Das Landgericht hat den sich so ergebenden Sachverhalt rechtlich unter den beiden Gesichtspunkten gewürdigt, ob es sich um eine Forderung aus Darlehen (§§ 607 ff BGB) oder aus einem uneigentlichen Verwahrungsvertrag (§ 700 aaO) handele, um sich schliesslich für das letztere zu entscheiden. Daraus hat es zutreffend die weitere Schlussfolgerung gezogen, es sei zur Fälligkeit eine Kündigung der Firma oder ihren Gesellschaftern gegenüber nicht notwendig (§§ 695, 700 Abs 2 BGB). Das Berufungsgericht hat die Frage, ob das eine oder das andere vorliege,

dahingestellt gelassen, weil die Rückforderungen der Klägerin gegenüber den Gesellschaftern als Kündigungen auch gegenüber der Gesellschaft anzusehen seien, so dass auch dann, wenn es sich um einen Anspruch aus Darlehen handele, die Forderung fällig sei.

Die Revision meint dagegen, es handele sich um Ansprüche auf stehengebliebene Tantiemen des Zeugen Li[REDACTED]. Dann lägen aber der Klage abgetretene Ansprüche aus einem Dienstvertrag nach §§ 611 ff BGB zugrunde, die nach § 196 Abs 1 Nr 8 BGB bereits verjährt seien. Die Revision übersieht, dass dieser Entstehungsgrund der Ansprüche ein Darlehensschuldverhältnis nicht ausschliesst, weil die an dem Rechtsverhältnis als Gläubiger und Schuldner Beteiligten nach § 607 Abs 2 BGB vereinbaren können, das Geld als Darlehen zu schulden (Vereinbarungsdarlehen). Dass die Abmachung, die aus dem Arbeitsverhältnis geschuldeten Gelder bei der Firma vorerst bis auf Abruf stehen zu lassen, als eine solche Vereinbarung angesehen werden kann, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das gleiche gilt aber, wenn man mit dem Landgericht einen uneigentlichen Verwahrungsvertrag als vorliegend ansieht. Für ihn gilt § 607 Abs 2 BGB entsprechend (RGZ 67, 262 264⁷).

Auch die Fälligkeit des Anspruchs ist mit dem Berufungsrichter zu bejahen. Sieht man den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch als Darlehensforderung an, so ist grundsätzlich mangels einer anderen Vereinbarung der Beteiligten die Fälligkeit nach § 609 BGB von einer vorherigen Kündigung abhängig. Der Berufungsrichter meint, die Rückforderungen der Klägerin gegenüber den Gesellschaftern seien als etwa nötige Kündigungen auch gegen-

über der Gesellschaft anzusehen, da ein besonderer Geschäftsbetrieb der Gesellschaft nicht mehr bestehe. Die Gesellschafter seien als ermächtigt anzusehen, die Kündigung für die Gesellschaft entgegenzunehmen, auch wenn sie nicht allein vertretungsberechtigt sein sollten.

Diese Erwägungen sind im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden, wenn auf die offene Handelsgesellschaft C. & Co die Vorschriften des deutschen Rechts anzuwenden sind. Nach § 125 Abs 2 Satz 3 und § 150 Abs 2 Satz 2 HGB genügt es zur Wirksamkeit einer gegenüber einer offenen Handelsgesellschaft abzugebenden Willenserklärung, dass sie einem Gesellschafter oder Liquidator gegenüber abgegeben wird. Aus dem von der Klägerin in Abschrift überreichten Schreiben des persönlich haftenden Gesellschafters Laurenz vom 25. Oktober 1949 (Bl 13 GA) ergibt sich, dass die Klägerin gegenüber diesem ihre Forderung geltend gemacht und damit auch die etwa erforderliche Kündigung ausgesprochen hat. Dass La. zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der Firma gehört, hat die Beklagte nicht bestritten. Da nichts Abweichendes vorgebracht ist, gehört er sowohl vor als nach einer etwaigen Auflösung der Gesellschaft zu den vertretungsberechtigten Personen (§§ 125, 146 und 150 HGB). Da damit auch die Kündigungsfrist abgelaufen ist (§ 609 Abs 2 BGB), ist die Forderung fällig, auch wenn kein uneigentlicher Verwahrungsvertrag vorliegen sollte.

Aber auch wenn man für die hier zu entscheidende Frage der Fälligkeit der Forderung davon ausgeht, dass das Gesellschaftsverhältnis nach chinesischem Recht zu beurteilen und eine Kündigung der Darlehensforderung gegenüber einer nach diesem Recht vertretungsberechtigten

Person nicht ausgesprochen worden ist, kann die Fälligkeit der Klageforderung nicht verneint werden. Es ergibt sich aus den festgestellten Umständen und aus dem Verhalten der Parteien, dass sie die Forderung als fällig angesehen und behandelt haben. Das Berufungsgericht stellt fest, dass am Sitz der Firma in S. ein Geschäftsbetrieb nicht mehr besteht. Auch die schriftliche Revisionsbegründung geht in anderem Zusammenhang davon aus, dass die Gesellschaft aufgelöst sei. Die geschäftlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern bedürfen daher der Abwicklung. Unter diesen Umständen ist die Fälligkeit der Forderung auch ohne Kündigung zu bejahen.

Damit erledigt sich auch die von der Revision aus § 196 Abs 1 Nr 8 BGB erhobene Verjährungseinrede, ohne dass darauf eingegangen zu werden braucht, ob die Beklagte diese Einrede in den Vorinstanzen überhaupt wirksam erhoben hat, da sie sich nur auf die Verjährung des Anspruchs aus dem nicht anzuwendenden § 159 HGB berufen hatte.

5. Die Revision bemüht sich weiter aus verschiedenen Gründen herzuleiten, dass eine Forderung der Klägerin gegen die Firma und besonders gegen den verstorbenen Gesellschafter L. wegen Verstosses des der Forderung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gegen das Gesetz (§ 134 BGB) nicht bestehen könne. Soweit sich die Revision dabei auf die Aussage Li. beruft, im Kriege sei überflüssiges Kapital eingezahlt worden, darüber möge er sich aber nicht äussern, um niemand zu belasten, so kann sie daraus nichts herleiten. Die Aussage des Zeugen bezieht sich auf Vorgänge, die sich gegen Ende der geschäftlichen Tätigkeit der Firma in China abspielten. Dadurch wird aber der Anspruch der Klägerin nicht berührt. Denn

das Berufungsurteil stellt von der Revision unbeanstandet fest, dass das Guthaben nicht erst durch Einzahlungen im letzten Augenblick entstanden sei (Seite 11 des Urteils).

Mehr Gewicht hat die Rüge der Revision, eine auf Schweizer Franken lautende Forderung habe gegen den verstorbenen Ehemann der Beklagten nicht entstehen können, da die deutschen devisenrechtlichen Bestimmungen für die Begründung einer Valutaschuld nicht beachtet worden seien. Auch dieser Angriff der Revision geht aber fehl.

Da die Vereinbarungen der Vertragsteile vor dem Ende des Krieges getroffen sind, kann es sich nur um die Folgen eines etwaigen Verstosses gegen die bis zum Erlass des MilRegG 53 in Kraft gewesenen deutschen Devisenbestimmungen handeln. Das Berufungsgericht will die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen damit ausräumen, dass sie der Begründung einer Valutaschuld deswegen nicht entgegenstünden, weil die Beteiligten im Ausland gewesen seien. Damit meint der Richter wohl, dass sich das Geschäft wegen seines Abschlusses im Ausland durch Erklärungen zwischen damals nicht im Inland ansässigen Personen dem Geltungsbereich des damals geltenden deutschen Devisenrechts entziehe. Denn der Umstand, dass der Gesellschaftler Lord in der in Frage kommenden Zeit einen inländischen Wohnsitz gehabt habe, kann ihm nicht entgangen sein.

Der Ansicht des Berufungsrichters kann zwar nicht gefolgt werden, doch kommt es darauf für die Entscheidung nicht an. Aus dem Vortrag der Parteien ist nicht ersichtlich, wann die Vereinbarung zwischen der Klägerin bzw. ihrem Ehemann und der Firma getroffen worden ist

und wann die Einzahlungen zugunsten der Klägerin jeweils gemacht worden sind. Es lässt sich daher nicht ersehen, gegen welche der verschiedenen, sich einander seit 1931 ablösenden Devisengesetze und Devisenverordnungen die von der Firma mit der Klägerin oder ihrem Ehemann getroffenen Vereinbarungen und Zuwendungen verstossen haben sollen. Es kann aber auch dahingestellt bleiben. Am weitesten gehen die staatlichen Eingriffe in die Vertragsfreiheit der Privatpersonen unter dem letzten deutschen Devisengesetz aus der Zeit vor 1945, dem vom 12. Dezember 1938 (RGBl I, 1733), das erst durch das MilRegG 53 n.F. (Art XII) aufgehoben worden ist. Wie schon die Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung vom 19. Dezember 1936 (RGBl I, 1021), die unter der Geltung des Devisenbewirtschaftungsgesetzes von 1935 (RGBl I, 107) erlassen waren (Richtlinie I 7), bestimmten auch die Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung vom 22. Dezember 1938 (RGBl I, 1851 1855) unter Teil I Nr 5, dass die Beschränkungen und Verbote des Devisengesetzes und der Durchführungsvorschriften, soweit sich aus dem Wortlaut oder Inhalt der Vorschrift nichts anderes ergibt, ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur, die Ansässigkeit oder Staatsangehörigkeit der Person gelten, die die Rechtshandlung vornimmt. Nach den Darlegungen in dem Kommentar von Flad-Berghold-Fabricius zu dem Devisengesetz 1938 2. Aufl Band II B 24 Anm 2 zu Richtlinie I, 15 galt für das Devisenrecht das Territorialitätsprinzip: Es erfasste alle Personen, Sachen, Rechte und Rechtsverhältnisse, die zum deutschen Hoheitsgebiet in räumlicher Beziehung standen. Eine solche bestand nach Ansicht der Kommentatoren auch dann, wenn der betreffende Wert sich im Ausland befand, aber einem Inländer (im Sinne der Devisengesetze) gehörte. Bei Schuldverhältnissen ist die räumliche Beziehung vorhanden, wenn einer der daran als Gläubiger oder Schuldner Beteiligten Inländer im devisen-

rechtlichen Sinne ist. Beitzke führt in seinem Werk, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht 1938 auf Seite 15 aus, das inländische Devisenrecht ergreife alle Rechtsverhältnisse, gleichgültig welcher Rechtsordnung sie sonst unterstehen mögen (gegen ihn Gutzwiller, Der Geltungsbereich der Nährungsvorschriften 1940 Seite 74). Im vorliegenden Fall könnte eine Inlandsbeziehung nur dadurch hergestellt sein, dass durch die Geschäfte der Firma auch der Gesellschafter Lord gebunden und verpflichtet war, der im Sinne der Devisengesetze Deviseninländer war.

Selbst wenn man aber unterstellt, dass die deutsche Devisengesetzgebung wegen dieser Beziehung auch das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma erfasst hätte, so kann daraus die Unwirksamkeit desselben nicht hergeleitet werden.

Es ist keine devisenrechtliche Bestimmung ersichtlich, aus der die Nichtigkeit des zwischen der Klägerin bzw. der Firma abgeschlossenen schuldrechtlichen Darlehens- oder Verwahrungsvertrages herzuleiten wäre. Verboten waren grundsätzlich nur Erfüllungsgeschäfte, nicht aber Verpflichtungsgeschäfte (Flad-Berghold-Fabricius aaO Bd 1 Vorbem IIC zum Abschnitt AS 61). Verpflichtungsgeschäfte waren nur ausnahmsweise verboten, insbesondere bei Kreditgewährung an Devisenausländer und in den besonderen, hier nicht vorliegenden Fällen des § 45 des DevG von 1938. Ein allgemeiner Grundsatz, dass Deviseninländer Verpflichtungen zur Leistung von Geld in ausländischer Valuta nicht eingehen durften, bestand nicht. Nur die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit war nach § 14 Nr 1 und 2 DevG 1938 verboten. Dieses Leistungsverbot war jedoch kein erdgültiges. Es stand stets unter dem Vorbehalt der Genehmigung des Ge-

schäfts durch die zuständige Behörde. Demgemäss bestimmte § 64 aaO, dass Geschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot oder eine Beschränkung verstossen, nichtig sind (Abs 1), dass sie aber vom Zeitpunkt der Vornahme an wirksam sind, wenn sie nachträglich genehmigt werden (Abs 2). Bedarf aber ein Verpflichtungsgeschäft nicht der Genehmigung, wohl aber das seiner Erfüllung dienende Verfügungsgeschäft, dann ist der schuldrechtliche Vertrag wirksam geschlossen und nicht schwebend unwirksam, da die Erfüllung nur ungewiss, nicht aber dauernd rechtlich unmöglich ist (Palandt BGB 11. Aufl § 275 Bem 9). Dieser Standpunkt ist auch vom Reichsgericht für die Devisengesetzgebung vertreten worden (RGZ 151, 35 387; JW 1937, 1401). Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Vertragsschliessenden von vornherein die Absicht hatten, die Erfüllung der Verpflichtung unter Verletzung der bestehenden Devisenvorschriften vorzunehmen. Dafür gibt aber der vorgetragene Sachverhalt keinen Anhaltspunkt, zumal da die Vertragsschliessenden sich damals ausserhalb des Reichsgebietes aufhielten und nicht damit rechnen konnten, dass die Durchführung der von ihnen vorgenommenen Transaktionen im Inland erfolgen solle oder müsse oder die deutsche Devisenbewirtschaftung irgendwie berühren konnte (vgl auch § 64 Abs 3 Nr 2 DevG 1938, wonach die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht zum Nachteil von Personen geltend gemacht werden kann, die im Ausland ansässig sind, es sei denn, dass sie die Nichtigkeit kannten). Nur dann, wenn die erforderliche Genehmigung versagt wird, entfällt die Möglichkeit der Erfüllung endgültig und wird die Verpflichtung nach § 275 BGB unwirksam (Palandt aaO). Auch hierfür ist aus dem Vortrag der Parteien nichts zu entnehmen.

Ebensowenig lässt sich die Unwirksamkeit des zwi-

schen der Firma und der Klägerin bzw. ihrem Ehemann vorgenommenen Geschäfts aus den Vorschriften des MilRegG 53 herleiten. Dies ist abgesehen davon, dass dieses Geschäft unter keine der Bestimmungen des Art I des Gesetzes fällt, schon deswegen nicht möglich, weil es vor dem Inkrafttreten desselben vorgenommen ist und dem Gesetz rückwirkende Kraft nicht beizulegen ist (Truckenbrodt MDR 1951, 83).

Wie sich aus diesen Erwägungen ergibt, waren die Vertragsparteien durch die Devisengesetzgebung Deutschlands nicht gehindert, eine Valutaschuld zu begründen, wie es dadurch geschehen ist, dass das Guthaben der Klägerin auf Schweizer Franken gestellt war. Damit verlieren die Angriffe der Revision ihre Grundlage, die auf der von der Revision angenommenen irrigen Voraussetzung beruhen, gegen den Ehemann Lord habe eine Valutaschuld nicht begründet werden können, es habe allenfalls eine der Umstellung im Verhältnis 10 : 1 unterliegende Reichsmarkschuld des Gesellschafters L. entstehen können.

6. Das Guthaben der Klägerin bei der Firma und die entsprechende Verbindlichkeit der Beklagten ist auf Schweizer Franken gestellt. Es handelt sich demnach im Sinne des auf das Vertragsverhältnis anzuwendenden deutschen Rechts um eine Schuld, die der Umstellung nicht unterliegen kann, weil sie keine Reichsmarkverbindlichkeit im Sinne des § 13 UmstG ist. Zu einer umgestellten Reichsmarkforderung wird die Klageforderung auch dann nicht, wenn sie auf Zahlung eines Reichsmarkbetrages gerichtet ist, der sich aus dem Forderungsbetrag durch Umrechnung nach dem am Tage der Zahlung am Zahlungsort massgebenden Kurs des Schweizer Franken ergibt. Denn auch dann fehlt es an einer für die Anwendung des Umstellungsgesetzes wesentlichen Geldsummenschuld. Der Umfang der Schuld

wird hier nicht durch ein Vielfaches der deutschen Währungseinheit, sondern durch Umstände bestimmt, die ausserhalb der deutschen Währungsregelung liegen, es handelt sich deshalb um eine Geldwertschuld im Sinne des Umstellungsrechts (BGHZ 7, 134 137). Es kann hier nur die Frage aufgeworfen werden, ob der Anspruch der Klägerin nicht unmittelbar auf die Zahlung in Schweizer Franken gerichtet ist, so dass sie keine Zahlung in deutscher Währung verlangen kann, unbeschadet der Befugnis der Beklagten, nach § 244 BGB in deutschem Geld zu zahlen. Der Berufungsrichter hat einen auf Markzahlung gerichteten Anspruch angenommen, weil von den Parteien stillschweigend vereinbart sei, dass die in Auslandswährung ausgedrückte Schuld von der Gläubigerin auch in inländischer Währung nach dem Kurs der Erfüllungszeit verlangt werden könne. Die Vereinbarung der fremden Währung sei im Hinblick auf die Unsicherheit der örtlichen (chinesischen) Auslandswährung und die Vermögensanlagen der Firma in der Schweiz geschehen. Massgebend sei der Gedanke der Wertsicherung gewesen. Hätten die Parteien die Rückkehr ins Inland nach Aufgabe der Position in China bedacht, so hätten sie Zahlung in deutscher Währung gewollt, daher sei unabhängig von § 244 BGB auch ein Recht der Gläubigerin anzunehmen, auch deutsche Währung nach dem geltenden Kurs zu verlangen.

Es kann der Revision nicht zugegeben werden, dass das Ergebnis, zu dem der Berufungsrichter hier kommt, auf einer Verletzung des § 286 ZPO und der §§ 133 und 157 BGB beruhe. Die Ausführungen des Berufungsurteils, besonders ihr oben zitierter letzter Satz zeigen, dass die Beziehung auf den Parteiwillen nicht eine solche auf einen ausdrücklichen oder als stillschweigend aus den getroffenen Vereinbarungen zu entnehmenden, aber tat-

sächlich vorhanden gewesenem Willen bedeutet, sondern auf einen sog. hypothetischen Willen, der in Wahrheit eine dem Richter obliegende Ergänzung des Vertrages (§ 157 BGB) für einen nicht von den Parteien vorhergesehenen und vorhersehbaren Fall auf Grund einer vernünftigen Interessenabwägung auf rein objektiver Grundlage darstellt (BGHZ 7, 231 ²³⁵; NJW 1952, 540 ff). Hier handelt es sich nicht um die Feststellung einer inneren oder äusseren Tatsache, sondern um einen Fall der Rechtsanwendung auf bestimmte Tatsachen. Eine Verletzung des § 286 ZPO kann in derartigen Fällen nur vorliegen, wenn bestimmte Parteibehauptungen, die für die Interessenabwägung erheblich sind, nicht beachtet oder unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften festgestellt sind. Dass dies geschehen sei, hat die Revision nicht behauptet. Damit entfällt schon die Möglichkeit einer Verletzung des § 286 ZPO durch die hier vom Berufungsrichter getroffene "Feststellung". Aber auch die Rüge der Revision, §§ 133, 157 BGB seien verletzt, ist nicht begründet. Eine Vereinbarung, dass die Schuld durch effektive Zahlung Schweizer Franken zu bewirken sei, ist nicht getroffen. Das ergibt sich aus den Gründen, aus denen die Bemessung der Schuld in Schweizer Franken nach der Feststellung des Berufungsurteils erfolgt ist. An dem ausdrücklich erklärten Parteiwillen darf eine ergänzende Auslegung des Vertrages nur insoweit etwas ändern, als es der Vertragszweck erfordert. Einer Ergänzung bedurfte im vorliegenden Fall das von den Vertragsparteien ausdrücklich Vereinbarte nur insoweit, als der ursprünglich vorgesehene Zahlungsort infolge nicht vorhergesehener Umstände wegfiel und durch einen inländischen Zahlungs-ort ersetzt werden muss. Dieser Sachlage entspricht es, den Vertrag dahin zu ergänzen, dass die in fremder Wäh-

rung ausgedrückte Schuld dann zwar in deutscher Währung zur Zeit der Zahlung, aber durch die Leistung eines deutschen Markbetrages zu erfüllen ist, der dem ursprünglich vereinbarten Fremdwährungsbetrag entspricht. Anzunehmen, wie die Revision es will, dass die Vertragslücke nicht durch Annahme einer Valutaschuld, sondern einer Reichsmarkschuld hätte ausgefüllt werden dürfen, setzt sich mehr als notwendig über das ausdrücklich Vereinbarte hinweg. Die durch den Wegfall des ursprünglichen Zahlungsorts entstandene Lücke hat der Berufungsrichter rechtlich unangreifbar ausgefüllt.

7. Die Beklagte hat sich weiter darauf berufen, eine Rückzahlungsverpflichtung bestehe nur insoweit, als es gelungen sei, Firmenvermögen aus dem Zusammenbruch für die Gesellschafter zu retten. Das leitet die Revision einmal daraus her, dass die Vereinbarung der Schuld nach der ausdrücklich getroffenen Feststellung des Berufungsurteils (Seite 10) in Schweizer Währung auch erfolgt sei, weil die Firma Vermögensanlagen in der Schweiz gehabt habe. Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Haben die Beteiligten mit Rücksicht auf solche Anlagen die Währung der Geldschuld bestimmt, so ist daraus weder der stillschweigend erklärte noch nach §§ 157, 242 BGB der hypothetische Wille der Beteiligten zu entnehmen, dass das Bestehen der Verbindlichkeit von dem Fortbestand dieser Anlagen abhängig sein soll. Eine solche, sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage stützende Auslegung des Vertrages wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar, weil sie einseitig die Interessen des Schuldners in den Vordergrund rückt und die des Gläubigers nicht berücksichtigt, der durch das Belassen des Kapitals

in der Firma es dieser ermöglicht hat, mit diesen nicht unerheblichen Beträgen in seinem Handelsgeschäft weiterzuarbeiten.

8. Die Beklagte hat sich aber auch weiter darauf berufen, es sei zwischen den Beteiligten ausdrücklich vereinbart worden, die Depositäre sollten nur in dem Maß befriedigt werden, als es gelinge, das Vermögen der Firma zu retten. Der Berufungsrichter hat jedoch festgestellt, dass mit der Klägerin eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden ist. Es könne sein, dass etwas Derartiges mit Depositären vereinbart worden sei, die ihre Einzahlungen erst im letzten Augenblick gemacht hätten. Dies habe die Klägerin aber nicht getan, ihr Konto habe im Jahre 1945 keine Veränderungen erfahren. Die Revision meint, bei dieser Feststellung habe das Berufungsgericht die Aussage Lindners nicht berücksichtigt, der die Behauptungen der Beklagten bestätigt habe. Diese Aussage bezieht sich aber nur auf eine Besprechung mit den Prokuristen der Firma. Es ist daraus nicht zu entnehmen, dass eine Vereinbarung mit den Depositären getroffen worden sei. Wenn die Revision behauptet, Lindner habe bei dieser Besprechung seine Ehefrau, die Klägerin, vertreten, so kann die Beklagte schon deswegen nicht damit gehört werden, weil es sich um neue, erst in dem Revisionsrechtszug aufgestellte Behauptungen handelt, die nach § 561 ZPO unbeachtlich sind. Darauf, ob mit anderen Depositären eine derartige Vereinbarung getroffen worden ist, kommt es nicht an. Daher ist auch die Rüge, der Berufungsrichter habe den Antrag auf Vernehmung des Zeugen Pi. [REDACTED] übergangen, unbeachtlich. Denn Abreden zwischen der Klägerin selbst bzw. ihrem Vertreter und der Firma sind nach diesem Antrag (Seite 4/5 der Berufungsbegründung) nicht unter Beweis gestellt worden.

II.

1. Zutreffend sind dagegen die Angriffe der Revision gegen die Erwägungen des Berufungsrichters, mit denen er die Frage, ob die Beklagte als Erbin des persönlichen Gesellschafters Ottomar L. sen. für die Verbindlichkeiten der Firma hafte, nach Vorschriften des deutschen Rechts entscheidet. Sie müssen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache führen.

Das Berufungsgericht stellt, ebenso wie bei dem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma, auch für diese Frage auf den Parteiwillen ab. Es nimmt im vorliegenden Fall eine stillschweigende Vereinbarung über die Geltung des deutschen Rechts an, weil sich die Gesellschafter durch die Gründung einer als offene Handelsgesellschaft bezeichneten Firma und ihr Auftreten als Mitinhaber mit der Anwendung dieses Rechts einverstanden erklärt hätten. Bei Schuldverhältnissen sei für die Frage, welches Recht anzuwenden sei, in erster Linie der Parteiwille maßgeblich. Dieser sei unbedenklich für das vorliegende Rechtsverhältnis auf Geltung des deutschen Rechts auch bezüglich der Haftung der Gesellschafter gerichtet gewesen.

Die Revision vertritt dagegen die Ansicht, die Voraussetzungen der Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Firma seien nach chinesischem Recht zu beurteilen, da die Firma ihren Sitz in China gehabt habe.

Der Ansicht der Revision ist grundsätzlich beizuz-

stimmen Die Voraussetzungen, unter denen die Gesellschafter einer Handelsgesellschaft für ihre Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden können, und der Inhalt und Umfang der sich daraus ergebenden Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen Gesellschafter ist nicht so sehr eine Auswirkung der Verträge und der sonstigen Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und Dritten, als eine solche des zwischen den Gesellschaftern begründeten Gesellschaftsverhältnisses. Bei der offenen Handelsgesellschaft steht im Vordergrund der gemeinsame Zweck, der Betrieb des Handelsgewerbes im Interesse der Gesamtheit der Gesellschafter. Das Wesen einer solchen Handelsgesellschaft ist, auch wenn sie keine juristische Persönlichkeit besitzt, dem der juristischen Personen ausserordentlich ähnlich, daraus erwächst ein berechtigtes Bedürfnis nach einem die Personenvereinigung beherrschenden Personalstatut, das die Organisation der Handelsgesellschaft einheitlich regelt (RGZ 36, 172 177; Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht 1931 Nr 65). Das hat in der Rechtsprechung und in der Rechtslehre des deutschen internationalen Privatrechts dazu geführt, die Rechtsverhältnisse auch der nicht rechtsfähigen Handelsgesellschaften zu dritten Personen (Aussenwirkungen des Gesellschaftsverhältnisses) dem Recht des Sitzes der Gesellschaft zu unterstellen, ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft nur aus Ausländern oder Inländern oder teilweise aus In- und Ausländern besteht, weil der Schwerpunkt der Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und Nichtgesellschaft am Ort ihrer gewerblichen Tätigkeit liegt (RGZ 23, 31 33 und bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd 1 Nr 41, Bd 11 Nr 9; RG in HansGZ 1920 Hauptblatt S 106 Nr 53; RGRK HGB 1. Aufl Bd 1 Allg Einl Anm 42

S 20; Dühringer-Hachenburg-Geiler HGB 3. Aufl Bd I Allg Einl Anm 17 d; Flechtheim ebenda Bd II Vorbem 3 vor § 105; Gessler-Hefermehl HGB 2. Aufl § 106 Anm VII 2; Lewald aaO; Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht S 206 f). Zu den Außenwirkungen der Gesellschaft im Gegensatz zu den Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern selbst (Innenverhältnis) gehört auch die Haftung der Gesellschafter für rechtsgeschäftliche oder andere Verbindlichkeiten, die im Betrieb der Gesellschaft entstanden sind (Nussbaum aaO Seite 207 mit Nachw). Deshalb kann sich die Haftung der Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft nach ausländischem Recht bestimmen, obwohl für die Schuld der Gesellschaft, für die der Gesellschafter in Anspruch genommen wird, deutsches Recht gilt (RG in HansGZ 1920 Hauptbl S 106 Nr 53). Aus dem Umstand, dass die Verbindlichkeit der Firma nach deutschem Recht zu beurteilen ist, darf nicht gefolgert werden, dass auch die Haftung der Beklagten und ihre Voraussetzungen nach diesem Recht zu beurteilen seien.

Allerdings ist die Frage der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden nach deutschem internationalem Privatrecht nur grundsätzlich nach dem Recht des Sitzes der Gesellschaft zu entscheiden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass unter besonderen Umständen etwas Abweichendes gelten kann, dass insbesondere auch die Parteien eines Gesellschaftsvertrages ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbaren (so auch Geiler in Dühringer-Hachenburg aaO Anm 17 d S 49, wo ausgeführt wird, dass für die Frage der Schuldenhaftung das Personalstatut der Gesellschaft in erster Linie entscheidet). Wie das Reichsgericht in RGZ 23, 31 annimmt, beruht die Haftung des Gesellschafters nach Laßgabe des Rechts des

Sitzes der Gesellschaft darauf, dass sich der Gesellschafter dem Recht des ausländischen Sitzes u n t e r w i r f t . Daraus folgert der Gerichtshof, dass eine Ausnahme nach den konkreten Umständen des Falles, bei Unkenntnis des fremden Rechts, bei anzunehmender Übereinstimmung des fremden und des einheimischen Rechts, sowie bei ausdrücklich erklärtem oder konkludentem Willen der Parteien, sich dem einheimischen Recht zu unterwerfen, begründet wird. Wie v. Bar in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd 1 Seite 346 Note 4 ausführt, können Schwierigkeiten aus der grundsätzlichen Anwendung des am Sitz der Gesellschaft geltenden Rechts entstehen, wenn die Gesellschaft in einem Lande (z.B. im Orient) errichtet wird, in welchem das lokale Recht für Europäer keine Geltung hat. Auch Ruzsbaum aaO Seite 207 Note 5 erkennt wenigstens für das Innenverhältnis einer von Deutschen (Hamburgern) in Übersee betriebenen Handelsgesellschaft die Möglichkeit der Anwendbarkeit deutschen Rechts an.

2. Gründe, die die Anwendung des chinesischen Rechts ausschliessen, sind nicht ersichtlich. Bis zum Eintritt Chinas in den ersten Weltkrieg unterstanden in China ansässige Deutsche und deutsche Schutzgenossen der deutschen Konsulargerichtsbarkeit nach Maßgabe des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 (RGBl Seite 213). Die bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse der in den Konsulargerichtsbezirken Ansässigen wurden grundsätzlich nach Vorschriften des deutschen Rechts geregelt (§§ 2, 19 Abs 1 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit). Dasselbe galt u.a. auch für offene Handelsgesellschaften, die in einem Konsulargerichtsbezirk ihren Sitz hatten, wenn die Gesellschaften sämtlich Deutsche waren (§ 19 Abs 2 aaO). Die Verträge, auf denen das

Recht des Deutschen Reichs zur Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit beruhte, sind durch den Eintritt Chinas in den ersten Weltkrieg auf seiten der Alliierten aufgehoben und nicht wieder in Kraft gesetzt worden (List-Fleischmann, Völkerrecht 12. Aufl Seite 213). Durch die Deutsch-Chinesischen Vereinbarungen vom 20. Mai 1921, die durch das deutsche Gesetz vom 5. Juli 1921 (RGBl 829) bestätigt worden sind, hat Deutschland der Beseitigung der deutschen Konsulargerichtsbarkeit zugestimmt (vgl die Erklärung des deutschen Bevollmächtigten vom 20. Mai 1921 und des chinesischen Ministers des Aussern vom 20. Mai 1921 (RGBl 831 und 832). Auf Grund des Art III der Vereinbarung (RGBl 1921, 833, 834) waren Deutsche, die sich in China aufhielten, hinsichtlich ihrer Person und ihres Vermögens der chinesischen Gerichtsbarkeit unterworfen und verpflichtet, sich nach den Gesetzen des Aufenthaltslandes (China) zu richten. Das Deutsche Reich hat damit anerkannt, dass chinesisches Recht angewandt werden kann.

3. Die Feststellung, ob chinesisches oder deutsches Recht für die Entscheidung der hier interessierenden Frage der Haftung der Beklagten massgebend ist, wäre entbehrlich, wenn das chinesische Recht diese Frage in dem gleichen Sinn entschiede wie § 128 HGB. Dies ist nicht der Fall. Möglicherweise kommt § 681 des Bürgerlichen Gesetzbuches der Republik China (deutsche Übersetzung des Gesetzes von Bürger, Zivil- und Handelsgesetzbuch sowie Wechsel- und Scheckrecht von China, Band 73 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof.E.Heymann, Marburg 1934, Seite 101 ff) oder § 35 des Chinesischen Gesetzes über die Handelsgesellschaften vom 13. Januar 1914,

revidiert durch das Gesetz vom 26. Dezember 1929 (deutsche Übersetzung des Gesetzes i.d.F. von 1929 von Büniger in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 98, Seite 297 ff) zur Anwendung. § 681 lautet in deutscher Übersetzung:

"Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht aus, so haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner für den nicht gedeckten Teil."

§ 35 ordnet an:

"Wenn das Vermögen der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nicht ausreicht, so haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner."

Zum Unterschied vom deutschen Recht ist nach diesen Vorschriften die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden subsidiär, sie tritt nur ein, wenn und soweit das Vermögen der Gesellschaft unzureichend ist (vgl zur Auslegung dieser Bestimmungen Büniger, Chinesisches Gesetzbuch Seite 58 und derselbe in ZHandR Bd 98 Seite 292 Fußn 20). Die Frage, ob deutsches oder chinesisches Recht Voraussetzungen und Umfang der Haftung der Beklagten bestimmt, kann daher nicht unentschieden bleiben, da nicht feststeht, ob und in welcher Höhe Gesellschaftsvermögen der Firma noch vorhanden oder zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verfügbar ist.

4. Der von dem Berufungsrichter festgestellte Sachverhalt und das Vorbringen der Parteien reicht aber auch sonst nicht aus, um zu entscheiden, ob deutsches oder chinesisches Recht maßgebend ist, und im letzteren Fall, welche Vorschriften des chinesischen Rechts in Betracht kommen.

a) Aus dem Sachvortrag der Parteien ist nicht ersichtlich, wann die unter der Firma C. [REDACTED] & Co mit dem Sitz in S. [REDACTED] betriebene Handelsgesellschaft begründet worden ist, es ist daraus nur zu ersehen, dass sie schon 1922 bestanden hat, da damals der geschiedene Ehemann der Klägerin in ihre Dienste getreten ist. Die Zeit der Entstehung und Begründung der Gesellschaft ist aber für die Frage des für sie geltenden Rechts nicht ohne Bedeutung und bedarf daher der Feststellung.

Ist die Gesellschaft schon vor dem ersten Weltkrieg von Deutschen gegründet worden, so ist anzunehmen, dass sie als Gesellschaft nach deutschem Recht ins Leben getreten ist (§ 19 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes). Ist sie in das Handelsregister des deutschen Konsulats in Schanghai eingetragen worden - ob dies der Fall war, ist nicht festgestellt - oder wurde von ihr ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betrieben, so bestand sie als offene Handelsgesellschaft (§ 105 ff, insbesondere § 123 Abs 2 HGB). Die Haftung der Gesellschafter würde sich dann nach § 128 HGB bestimmt haben. Ob sie infolge des Kriegszustandes zwischen dem Deutschen Reich und China während des ersten Weltkrieges durch Maßnahmen der chinesischen Regierung (Liquidierung) aufgehört hat zu bestehen, ist nicht festgestellt. Aber auch wenn man dies unterstellt, ist die Anwendung deutschen Rechts nicht auszuschliessen, selbst wenn durch Art III der Vereinbarung vom 20. Mai 1921 (RGBl 833 f) Deutsche und die von ihnen begründeten Gesellschaften mit dem Sitz in China dem chinesischen Recht unterworfen wurden. Haben die Inhaber nach Wiederherstellung des Friedenszustandes den Betrieb der Gesellschaft fortgesetzt, so könnte sich die Möglichkeit der Anwendung deutschen Rechts

aus der chinesischen Verordnung über die Anwendung ausländischen Rechts vom 5. August 1918 (deutsche Übersetzung bei Makarov, Quellen des internationalen Privatrechts 2. Aufl Band I) ergeben. Art 23 dieser Verordnung bestimmt u.a. folgendes:

"Die Erfordernisse und die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts, aus denen ein Schuldverhältnis entsteht, werden nach dem Recht bestimmt, dessen Anwendung die Parteien gewollt haben.

Ist ein Wille der Parteien nicht ersichtlich, so ist, wenn die Parteien die gleiche Staatsangehörigkeit besitzen, ihr Heimatrecht anzuwenden. Besitzen sie verschiedene Staatsangehörigkeit, so ist das Recht des Ortes der Handlung massgebend."

Der Berufungsrichter wird daher zu prüfen haben, ob nicht unter Anwendung dieser Verordnung die Firma als offene Handelsgesellschaft deutschen Rechts weiterbestanden hat und die Haftung der Beklagten bzw. ihres verstorbenen Ehemanns für die Schulden der Gesellschaft aus § 128 HGB hergeleitet werden kann. (Ob diese Verordnung allerdings während der ganzen für die Rechtsbeziehungen der Parteien massgebenden Zeit in Geltung geblieben ist, ist zweifelhaft. Das Berufungsgericht wird die Frage gegebenenfalls zu klären haben. Nach Bünger, Chinesisches Gesetzbuch Seite 19 bei Note 33 soll ein neues Gesetz sich in Vorbereitung befunden haben, dessen Entwurf 1927 veröffentlicht worden ist. Ob dieser Entwurf Gesetz geworden ist, konnte nicht festgestellt werden. Nach Makarov aaO ist das Gesetz vom 5. August 1918 noch in Geltung).

b) Die Anwendbarkeit deutschen Rechts würde allerdings dann nicht in Frage kommen, wenn die Firma eine offene Handelsgesellschaft nach Maßgabe des chinesischen Gesetzes vom 13. Januar 1914, revidiert und neu verkündet am 26. Dezember 1929 (Bünger in Zeitschrift Seite 288 f), wäre. Eine offene Handelsgesellschaft nach diesem Gesetz ist eine juristische Person chinesischen Rechts (§ 3); sie entsteht erst, wenn sie von der zuständigen Behörde am Ort der Hauptniederlassung eingetragen ist (§ 5). Gemeint ist damit die Eintragung in ein chinesisches Register. Ob eine solche Eintragung erfolgt ist, ist nicht klar zu ersehen. Die Beklagte hat zwar geltend gemacht, eine Eintragung der Gesellschaft sei weder in Deutschland noch in China erfolgt (Bl 56 GA). Sie hat aber damit möglicherweise nur eine Eintragung in ein Register des Deutschen Konsuls gemeint, wie ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 10. April 1953 (Bl 63) vermuten lassen. Die Möglichkeit der Eintragung in ein von einer chinesischen Behörde geführtes Register scheint von ihr nicht ins Auge gefasst zu sein. Diese Frage bedarf daher der Klärung.

Wie sich die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden unter diesem Gesetz bestimmt, ist bereits oben dargelegt.

c) Liegt weder eine Gesellschaft nach deutschem Recht noch nach dem chinesischen Gesetz von 1914 bzw. 1929 vor, so kann es sich um eine Partnerschaft im Sinne des chinesischen Rechts handeln. Nach Betz in Schlegelberger, Rechtsvgl Hdwb Bd 1 Seite 331, sind die Mehrzahl der chinesischen kaufmännischen Unternehmungen nicht als Handelsgesellschaften im Sinne des erwähnten Gesetzes.

sondern als Partnerschaften (Gesellschaften des bürgerlichen Rechts) betrieben worden. Ihre Rechtsverhältnisse richteten sich nach Betz aaO bis zum Inkrafttreten der Vorschriften des chinesischen Gesetzbuches - das Zweite Buch, das das Recht der Schuldverhältnisse regelt, ist nach Büniger, Gesetzbuch Seite 21 seit dem 5. Mai 1931 in Geltung - nach Gewohnheitsrecht, später nach den Vorschriften der §§ 667 ff des chinesischen Zivilgesetzbuches. In diesem Fall würde für die Haftung der Beklagten die schon erwähnte Vorschrift des § 681 zur Anwendung kommen können. Es wird aber auch zu prüfen sein, ob für diese auf vertragsmässiger Grundlage bestehenden Gesellschaften nicht unter Anwendung des Art 23 der Verordnung vom 5. August 1918 das deutsche Recht als vereinbart gilt.

III.

Aus diesen Gründen bedarf die Sache einer erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht, in der auch geklärt werden muss, ob die erwähnten chinesischen Gesetze Gültigkeit erlangt haben oder noch besitzen. Sie musste deshalb an dieses zurückverwiesen werden, ohne dass es auf die weiteren Rügen der Revision, die im wesentlichen verfahrensrechtliche sind, ankommt, zumal da die Beklagte nunmehr Gelegenheit hat, auf eine Ergänzung der Beweisaufnahme hinzuwirken. Für die erneute Verhandlung wird noch folgendes zu beachten sein.

1. Wie die Ausführungen des Berufungsurteils zur Verjährung der Forderung der Klägerin auf Grund des § 159 EGB zeigen, ist der Berufungsrichter davon ausgegangen, dass die Anwendbarkeit des deutschen Rechts dazu führen

müsse, dass die Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft im Sinne der §§ 105 ff HGB sei. Die Maßgeblichkeit dieser Vorschriften ist bedeutsam, wenn das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung wiederum zur Anwendung deutschen Rechts kommt. Der Ansicht des Berufungsgerichts könnte das Bedenken entgegengehalten werden, dass die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die offene Handelsgesellschaft voraussetzen, dass der Sitz der Gesellschaft ein inländischer ist. Denn für die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft besteht ein gesetzlicher Zwang, diese in das Handelsregister des Sitzes eintragen zu lassen (§ 106 HGB), und die Eintragung ist nur möglich, wenn am Sitz der Gesellschaft ein Handelsregister nach deutschem Recht geführt wird. Es wird jedoch einem grundsätzlichen Bedenken nicht unterliegen, dass Deutsche sich auch dem Recht der offenen Handelsgesellschaft für eine im Ausland betriebene Handelsgesellschaft insoweit unterwerfen können, als diese Vorschriften die Eintragung in das Handelsregister nicht voraussetzen. Auch die inländische Handelsgesellschaft ist in ihrer Entstehung nicht stets davon abhängig, dass sie eingetragen ist. Sie unterliegt den Vorschriften des Handelsgesetzbuches (§ 123 Abs 2 aaO), sofern sie ein Handelsgewerbe betreibt, das nicht erst durch die Eintragung ins Register zu einem solchen wird (§§ 2 ff HGB). Die Anwendung des § 128 HGB, der die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden statuiert, ist daher nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Jedoch braucht diese Frage nicht endgültig entschieden zu werden. Verneint man die Anwendbarkeit der Vorschriften des Handelsgesetzbuches für Handelsgesellschaften, die keinen inländischen Sitz haben, so wären auf eine solche

Gesellschaft die Vorschriften der §§ 705 ff BGB anzuwenden. Diese bestimmen nichts darüber, in welchem Umfang Gesellschafter für Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen werden können. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen. Entstehen solche aus einem schuldrechtlichen Vertrag, der im Namen der Gesellschaft abgeschlossen wird, so findet § 427 BGB Anwendung, wonach mehrere Personen, die sich durch Vertrag zu einer gemeinschaftlich teilbaren Leistung verpflichten, im Zweifel als Gesamtschuldner haften. Da hier Umstände, aus denen etwas Abweichendes entnommen werden kann, nicht ersichtlich sind, ist gegen die Haftung der Beklagten als Gesamtschuldnerin nach dem in dem Berufungsurteil festgestellten Sachverhalt ein durchgreifendes Bedenken nicht vorhanden.

Unanwendbar ist jedoch die Vorschrift des § 159 HGB, auf die sich die Beklagte wegen der von ihr erhobenen Einrede der Verjährung berufen hat. Die dort geregelte fünfjährige Verjährung von Ansprüchen gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft von der Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausscheiden des Gesellschafters an, ist davon abhängig, dass das Ausscheiden oder die Auflösung in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen ist. Erst mit der Eintragung läuft die Verjährungsfrist, die Eintragung ist Tatbestandsvoraussetzung für den Beginn der Verjährung. Ist sie unterblieben, so ist es gleichgültig, aus welchem Grund dies geschehen ist (Weipert in RGRK HGB § 159 Ann 20 und 23). Die Eintragung im Sinne dieser Vorschrift kann aber nur die in ein von einem deutschen Gericht geführtes Handelsregister sein. Der Streit der Parteien darüber, ob die Auflösung in ein beim Deutschen Konsulat in Schanghai geführtes Handelsregister

eingetragen war, ist gegenstandslos. Da die deutschen Konsuln in China seit dem ersten Weltkrieg Konsulargerichtsbarkeit nicht mehr ausüben und demnach auch kein Handelsregister im Sinne des deutschen Handelsrechts führen konnten, kann eine im Jahre 1945 oder 1946 erfolgte Beendigung des chinesischen Geschäftsbetriebs der Gesellschaft im Handelsregister nicht eingetragen sein. Die Vorschriften des § 7 Abs 2 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes vom 7. April 1900 in Verbindung mit § 125 Abs 1 FGG, auf denen die Zuständigkeit der Konsuln zur Führung von Handelsregister beruht, fand keine Anwendung mehr. Wenn etwa der deutsche Konsul in Schanghai ein Verzeichnis deutscher Firmen geführt hat, so ist dieses kein Handelsregister im Sinne des Gesetzes. Auf die Ausführungen des Berufungsrichters, ob die Gesellschaft aufgelöst ist oder nicht, und die von der Revision dagegen erhobenen Bedenken kommt es nicht an. Aus § 159 aaO kann die Verjährung des Klagsanspruchs nicht hergeleitet werden.

2. Die Beklagte hat sich auch darauf berufen, der etwaige Verlust der Vermögensanlagen der Gesellschaft in der Schweiz müsse auf Grund des § 242 BGB dazu führen, den Klagsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte endgültig oder doch wenigstens zur Zeit als unbegründet erscheinen zu lassen. Der Berufungsrichter hat ausgeführt, der Verlust des Gesellschaftsvermögens könne zu einer Streichung oder Herabsetzung der Verbindlichkeiten der Gesellschafter nach § 128 BGB nicht führen, weil der persönlich haftende Gesellschafter die Gefahr trage, dass die Gesellschaft ihr Vermögen verliere. Es kann dabei dahinstehen, ob es in dieser Allgemeinheit richtig ist, wenn der Berufungsrichter ausführt, der Verlust des Gesell-

schaftsvermögens könne nicht zu einer Streichung oder Herabsetzung der Verbindlichkeit der Gesellschafter nach § 242 BGB führen, weil der persönlich haftende Gesellschafter die Gefahr träge, dass die Gesellschaft ihr Vermögen einbüsse. An dieser Erwägung ist soviel richtig, dass der Verlust des Gesellschaftsvermögens allein nicht zu einer gänzlichen oder teilweisen Streichung führen kann. Denn diese Tatsache allein würde nicht bedeuten, dass das Festhalten der Gesellschafter an ihrer sich aus § 128 HGB ergebenden Verbindlichkeit gegen Treu und Glauben verstößt. Für Darlehensverbindlichkeiten hat der I. Zivilsenat bereits in dem nicht zum Abdruck gelangten Teil seines Urteils vom 29. Mai 1951 I ZR 87/50 (BGHZ 2, 237) ausgesprochen, aus dem Wesen des Darlehensvertrages ergebe sich, dass das Darlehen zurückzuzahlen ist, und dass Verluste des Darlehensnehmers diese Verpflichtung grundsätzlich nicht aufheben. Dasselbe hat aber auch für Verwahrdarlehen nach § 700 BGB zu gelten. Eine Inanspruchnahme der Beklagten würde aber bei solchen Rechtsverhältnissen nur dann gegen Treu und Glauben verstossen können, wenn durch die Verpflichtung zur Rückzahlung die wirtschaftliche Grundlage der Beklagten vernichtet oder auch nur schwer erschüttert würde (so auch der I. Zivilsenat aaO). Dafür hat aber die Beklagte nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsurteils nichts vorgetragen. Es bleibt der Beklagten unbenommen, ihr Vorbringen in dieser Richtung zu ergänzen, falls es darauf ankommt.

3. Gelangt der Berufungsrichter auf Grund der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis, dass der Klagsanspruch ganz oder teilweise begründet ist, so wird zu beachten sein, dass nach dem oben unter II 6 Ausgeführten der Anspruch

der Klägerin nicht auf Leistung einer bestimmten Summe in Deutscher Mark gerichtet ist, sondern auf Zahlung eines Betrages, der einer ursprünglich in Schweizer Franken ausgedrückten Schuld in deutscher Währung am Tage der Zahlung entspricht. Dies ist bei der Verurteilung zu berücksichtigen. Unbedenklich ist es, wenn der Berufsrichter eine Genehmigung zum Erlass eines Leistungsurteils auf Grund des MilRegG Nr 53 nicht für erforderlich erachtet hat. Beide Parteien haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik, also im "Gebiet" im Sinne des Gesetzes (Art X Abs f). Die Notwendigkeit einer Devisengenehmigung könnte nur nach Art I Abs a und b in Frage kommen, weil die den Gegenstand der Klage bildende Forderung auf die Zahlung Schweizer Franken gerichtet war, also auf eine fremde Währung "lautet" und daher ein Devisenwert im Sinne des Art X Abs d Nr 3 des Gesetzes ist. Ob ein gerichtliches Urteil, wenn es zugunsten einer im Gebiet ansässigen Person ergeht, ein Geschäft im Sinne Art X Abs b des Gesetzes Nr 53 ist, ist umstritten (verneinend Langen, Kommentar zum Devisengesetz 2. Aufl Anm 25 zu Art I; bejahend Kühne, Handbuch des Devisenrechts 1952, Seite 28). Diese Frage braucht für den vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Denn wenn auch die Verbindlichkeit der Firma ursprünglich in einer nicht im Gebiet geltenden Währung ausgedrückt war, so ist der Anspruch jetzt auf Grund der ergänzenden Auslegung des Vertrags zwischen der Firma und der Beklagten auf Zahlung inländischer Währung gerichtet. Dieser Umstand entscheidet allein darüber, dass es sich

bei dem den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bildenden Anspruch nicht um einen Devisenwert im Sinne des MilRegG 53 handelt.

Schmidt

Ascher

Kregel

v. Werner

Wüstenberg