

# Das fehlerhafte Ausscheiden eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft

Von Dr. Wolfgang DAUBLER, wissenschaftl. Assistent an der Universität Tübingen

## A. Einleitung

I. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wurde im Zusammenhang mit der Frage entwickelt, wie sich die Mangelhaftigkeit eines Gesellschaftsvertrages auf die Entstehung und das weitere Funktionieren einer Gesellschaft auswirkt<sup>1</sup>. Nach heute anerkannter Auffassung, die gleichermaßen auf die Schutzbedürftigkeit dritter Personen wie auf die Interessen der Gesellschafter abstellt<sup>2</sup>, führen „Gründungsängel“ in aller Regel nicht zu einer ex tunc wirkenden Vernichtung einer ins Leben getretenen Gesellschaft; möglich ist vielmehr nur eine Auflösung mit Wirkung ex nunc, die bei der offenen Handelsgesellschaft nur durch Klage nach § 133 HGB erfolgen kann.

Was für die Gründung der Gesellschaft gilt, wird in gewissem Umfange auch auf spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrages übertragen. So ist anerkannt, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch dann anzuwenden sind, wenn ein Dritter der Gesellschaft in rechtlich fehlerhafter Weise beigetreten ist<sup>3</sup>. Dieser kann seinen Beitritt daher nur mit Wirkung ex nunc rückgängig machen, wozu es ebenfalls einer Klage nach § 133 HGB bedarf.

Für das Ausscheiden eines Gesellschafters bejahen Rechtsprechung und Literatur gleichfalls eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft, ohne jedoch die Frage weiter zu vertiefen<sup>4</sup>.

Erscheint die Parallele zwischen fehlerhafter Gründung und fehlerhaftem Beitritt noch verhältnismäßig naheliegend, so ist dies für das Ausscheiden als Gegenstück zum Beitritt nicht in gleichem Maße der Fall. Hier wird nicht von mehreren Gesellschaftern gemeinschaftlich etwas ins Werk gesetzt, was ein gemeinsames Auftreten im Verhältnis zu Dritten mit sich bringt; vielmehr werden hier nur von den verbleibenden Gesellschaftern Werte geschaffen, während der Ausgeschiedene abseits steht und Dritten gegenüber überhaupt nicht in Erscheinung tritt. Die Frage der rechtlichen Behandlung des fehlerhaften Ausscheidens ist daher eingehender Überlegung wert. Die Erörterung wird sich dabei auf den praktisch wichtigsten Fall — das Ausscheiden aus der offenen Handelsgesellschaft — beschränken.

II. Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann auf freiwilliger wie auf unfreiwilliger Basis erfolgen.

1. Freiwilliges Ausscheiden erfolgt auf Grund Vertrages, wobei sich zwei Fälle unterscheiden lassen:

Einmal ist denkbar, daß ein Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidet und diese allein von den verbleibenden Mitgliedern fortgeführt wird. Der Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen wächst dabei dem der übrigen Gesellschafter zu.

Zum andern ist es möglich, daß das Ausscheiden nur zum Zwecke des Mitgliederwechsels erfolgt; mit dem Ausscheiden des einen ist der Neueintritt eines anderen Gesellschafters verbunden. Dies wird in der Regel entweder in der Weise geschehen, daß der Vertrag über das Ausscheiden mit dem Beitrittsvertrag zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB verbunden wird, oder dadurch, daß der Ausscheidende seinen Gesellschaftsanteil unmittelbar auf den beitretenden Dritten überträgt<sup>5</sup>.

In allen diesen Fällen kann der Vertrag über das Ausscheiden mit Mängeln behaftet sein. In Betracht kommt Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), wegen offenen oder versteckten Dissenses (§§ 154, 155 BGB) oder wegen Geschäftsunfähigkeit eines Partners (§§ 104 ff. BGB) sowie Anfechtbarkeit wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung (§§ 119 ff. BGB). Es fragt sich, ob in all diesen Fällen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft entsprechende Anwendung finden, so daß jedenfalls eine Rückgängigmachung des Ausscheidens mit Wirkung ex tunc ausgeschlossen ist. Bejahendenfalls ergibt sich die weitere Frage, auf welche Weise und zu welchen Bedingungen der Ausgeschiedene wieder Gesellschafter werden kann und welchen Einfluß dies auf die Rechtsstellung des an seiner Stelle der Gesellschaft beigetretenen Gesellschafters hat.

2. Neben das freiwillige tritt das unfreiwillige Ausscheiden:

Nach § 140 BGB kann ein Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen werden. Erforderlich ist dafür eine Klage der übrigen Gesellschafter und ein dieser stattgebendes Urteil. Dieses kann mit Mängeln behaftet sein, die seine Aufhebung im Wiederaufnahmeverfahren rechtfertigen. Kommt es dazu<sup>6</sup>, so fragt sich, ob der Ausgeschiedene für die Zeit nach dem Erlaß des Ausschlußurteils als Gesellschafter behandelt werden muß oder ob auch hier eine Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft dazu führt, daß das tatsächliche Ausscheiden bis zum Wiederaufnahmeverfahren als endgültig betrachtet wird. Eine ähnliche Problematik ergibt sich, wenn der Ausschluß statt durch Urteil durch Gesellschaftersbeschuß erfolgt, eine Möglichkeit, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann<sup>7</sup>.

## B. Ausscheiden auf Grund Vertrages

I. Fortführung der offenen Handelsgesellschaft durch die übrigen Gesellschafter

1. Analoge Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft

Eine analoge Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft würde hier bedeuten, daß das tatsächlich erfolgte Ausscheiden eines Gesellschafters für die Vergangenheit nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann. Die Mangelhaftigkeit des Vertrages über das Ausscheiden könnte höchstens zu einem Wiedereintritt des Ausgeschiedenen mit Wirkung ex nunc führen.

Die Interessen der Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft fordern — anders als bei der fehlerhaften Gründung — ein derartiges Ergebnis nicht. Während die Gläubiger dort auf die Existenz der Gesellschaft als ihrer Schuldnerin und die Haftung sämtlicher Gesellschafter vertrauen, würden sie hier durch eine rückwirkende Nichtigkeit des Vertrages über das Ausscheiden nur einen zusätzlichen Schuldner erhalten. Diese Besserstellung der Gläubiger ist zwar sachlich nicht gerechtfertigt, kann jedoch nicht dazu führen, daß von den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften abgewichen wird.

Die entsprechende Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kann daher nur damit gerechtfertigt werden, daß im Innenverhältnis zwischen dem Ausgeschiede-

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler *BGH*, 24. 10. 1951, *BGHZ* 3 S. 285 f. = *BB* 1952 S. 10; *Fischer*, *NJW* 1955 S. 849; *Schlegelberger/Gefstler*, *HGB*, Band II, 4. Aufl. 1963, § 105 Randnr. 62 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *RG*, 13. 11. 1940, *RGZ* 165 S. 193, 204; *BGH*, 24. 10. 1951, *BGHZ* 3 S. 285, 288 = *BB* 1952 S. 10; 29. 11. 1952, *BGHZ* 8 S. 157, 167 = *BB* 1953 S. 43; 28. 11. 1953, *BGHZ* 11 S. 190, 191 = *BB* 1954 S. 8; 12. 5. 1954, *BGHZ* 13 S. 320, 323 = *BB* 1954 S. 611; 12. 1. 1961, *BB* 1961 S. 617 = *WM* 1961 S. 426; 29. 5. 1961, *WM* 1961 S. 1024; *Erman*, *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947, S. 53 ff.; *Siebert*, *Faktische Vertragsverhältnisse*, 1958, S. 42 ff.

<sup>3</sup> *OGH*, 22. 9. 1950, *OGHZ* 4 S. 241, 245; *BGH*, 6. 2. 1958, *BGHZ* 26 S. 330, 335; *BGH*, 8. 11. 1965, *BB* 1965 S. 1423 = *NJW* 1966 S. 107; *Hueck*, *Recht der OHG*, 3. Aufl., 1964, § 7 III 7a bb (S. 72).

<sup>4</sup> *BGH*, 21. 10. 1955, *DB* 1956 S. 65 (zur KG); *Fischer* in *Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB*, 11. Aufl. 1960, § 705 Anm. 34; *Schultze-v. Lasaulx* in *Soergel/Siebert*, *BGB*, 9. Aufl. 1962, § 705 Randnr. 70; *Staudinger/Kefstler*, *BGB*, 11. Aufl. 1958, § 705 Randnr. 103 (sämtliche zur BGB-Gesellschaft); *Baumbach/Duden*, *HGB*, 17. Aufl. 1966, § 105 Anm. 8 D; *Weipert*, *Kommentar zum HGB*, 2. Aufl. 1950, § 105 Anm. 78; etwas eingehender *Fischer*, *NJW* 1955 S. 851; *Hueck*, *OHG*, § 7 III 7 b (S. 72); *Schlegelberger/Gefstler*, § 105 Randnr. 62 o (sämtliche zur OHG).

<sup>5</sup> Nach herrschender Meinung ist dies zulässig, wenn die übrigen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder später zustimmen: *BGH*, 28. 4. 1954, *BGHZ* 13 S. 179, 186 = *BB* 1954 S. 486; *BGH*, 14. 11. 1960, *BB* 1961 S. 347; *BGH*, 25. 4. 1966, *BB* 1966 S. 637; *Hueck*, *OHG*, S. 290; *Wiedemann*, *Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, 1965, S. 59/60 mit eingehenden Nachweisen auch für die Gegenmeinung.

<sup>6</sup> So im Falle *BGH*, 27. 10. 1955, *BGHZ* 18 S. 351 = *BB* 1955 S. 1038.  
<sup>7</sup> *BGH*, 3. 10. 1957, *BB* 1957 S. 1086; *BGH*, 17. 12. 1959, *BGHZ* 31 S. 295 = *BB* 1960 S. 150; *BGH*, 29. 1. 1962, *BB* 1962 S. 465 = *WM* 1962 S. 462; *Hueck*, *OHG*, S. 319; *Schlegelberger/Gefstler*, § 140 Randnr. 19 mit weiteren Nachweisen.

nen und den in der offenen Handelsgesellschaft verbleibenden Gesellschaftern nicht an dem durch das faktische Ausscheiden geschaffenen tatsächlichen Zustand vorbeigegangen werden kann. In der Tat würde eine Rückwirkung hier zu untragbaren Ergebnissen führen:

Würde der Ausgeschiedene für die Vergangenheit wie ein Gesellschafter behandelt, so trafe ihn auch das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB. Hätte er nach seinem Ausscheiden Geschäfte im Geschäftszweig der offenen Handelsgesellschaft vorgenommen, so wäre er nunmehr unter Umständen zur Gewinnherausgabe nach § 113 HGB verpflichtet<sup>8</sup>. Außerdem bestünde für ihn die Gefahr, daß er sich einem Ausschlußverfahren nach § 140 HGB gegenübersähe; ein Verhalten, zu dem er sich als außenstehender Dritter durchaus berechtigt fühlen konnte, könnte nachträglich als schwerer Verstoß gegen die Treupflicht und damit als Ausschlußgrund gewertet werden<sup>9</sup>. Noch gravierender wäre, daß er automatisch mit allen in seiner Abwesenheit eingegangenen Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft belastet wäre, was bei schlechtem Geschäftsgang für ihn verheerende Folgen hätte. Erzielte umgekehrt die Gesellschaft in der Zwischenzeit erhebliche Überschüsse, so wäre seine Beteiligung am Gewinn sachlich in keiner Weise gerechtfertigt, da er weder durch Arbeit noch durch Kapital zu seiner Erwirtschaftung beigetragen hat. Beschlüsse der Gesellschafter, die nach seinem Ausscheiden gefaßt wurden, wären wegen des bei der offenen Handelsgesellschaft herrschenden Einstimmigkeitsgrundsatzes<sup>10</sup> schwebend unwirksam. Besonders negative Auswirkungen hätte das bei zwischenzeitlichen Änderungen des Gesellschaftsvertrages: der Beitritt eines neuen Gesellschafters bliebe in der Schwebe ebenso wie das — für sich allein betrachtet fehlerfreie — Ausscheiden eines weiteren Gesellschafters.

Diese Ergebnisse können nicht in Kauf genommen werden. Auch hier muß daher der zur fehlerhaften Gründung entwickelte Satz gelten, daß die nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches eintretende rückwirkende Nichtigkeit ihre Grenze an dem tatsächlich geschaffenen Zustand finden muß. Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind daher mit der herrschenden Meinung<sup>11</sup> auf das fehlerhafte Ausscheiden entsprechend anzuwenden.

## 2. Wiedereintritt des ausgeschiedenen Gesellschafters

a) Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft will grundsätzlich nicht rechtlich fehlerhaft begründete Gesellschaften den fehlerfrei zustande gekommenen gleichstellen. Sie läßt vielmehr die Auflösung der Gesellschaft und damit die Geltendmachung des Mangels mit Wirkung ex nunc zu<sup>12</sup>. Überträgt man dies auf das fehlerhafte Ausscheiden, so muß dem ausgeschiedenen Gesellschafter der Wiedereintritt in die offene Handelsgesellschaft möglich sein. Dem stehen keinerlei rechtlich beachtliche Interessen der Mitgesellschafter entgegen<sup>13</sup>.

Fraglich ist, in welcher Weise der Wiedereintritt durchgeführt wird. Denkbar wäre einmal, daß bereits mit der Geltendmachung des Mangels der Ausgeschiedene wieder Gesellschafter würde. Würde etwa der durch arglistige Täuschung zum Ausscheiden Veranlaßte gemäß §§ 123, 142 BGB anfechten, so wäre er vom Augenblick des Zugangs seiner Erklärung an wieder Mitglied der offenen Handelsgesellschaft.

Dem könnte einmal entgegengehalten werden, in den Fällen der Nichtigkeit des Vertrages führe diese Auffassung zu erheblichen Schwierigkeiten. Während bei bloßer Anfechtbarkeit in der Anfechtungserklärung die notwendige rechtsgestaltende Erklärung gesehen werden könne, die aus dem de-facto-Nichtgesellschafter wieder ein Mitglied der Gesellschaft mache, sei eine derartige Möglichkeit bei der Nichtigkeit des Vertrages über das Ausscheiden nicht ersichtlich. Hier bleibe die Frage offen, von welchem Zeitpunkt an der Ausgeschiedene wieder die Rechte eines Gesellschafters erhalte. Stelle man auf die Geltendmachung der Nichtigkeit durch den Ausgeschiedenen oder die übrigen Gesellschafter ab, so schaffe man damit ein dem Bürgerlichen Gesetzbuch in dieser Form unbekanntes Gestaltungsrecht.

Demgegenüber ließe sich vorbringen, die fehlerhafte Gesellschaft sei ein außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches entstandenes Phänomen; es sei daher nicht zu umgehen, daß im Zusammenhang damit auch neue rechtsdogmatische Figuren entwickelt werden müßten, die im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Entsprechung hätten. Zu praktisch vertretbaren Ergebnissen könne man in der Weise kommen, daß man die Vorschriften über die Anfechtungserklärung (insbes. §§ 142, 143 BGB) analog anwende<sup>14</sup>.

Letztlich können diese Erwägungen jedoch in dem hier allein

zu erörternden Fall der offenen Handelsgesellschaft dahingestellt bleiben, da ein Wechsel in der Mitgliedschaft auf Grund einer bloßen privatrechtlichen Erklärung dem Streben des Gesetzes nach Rechtssicherheit zuwiderlaufen würde. Bei Meinungsverschiedenheiten über das Vorliegen von Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen bliebe es unter Umständen Jahre hindurch unklar, ob der Ausgeschiedene wieder Gesellschafter geworden ist oder nicht. Dies würde gegen die in den §§ 131 ff. HGB zum Ausdruck gekommene Wertung des Gesetzgebers verstoßen, wonach ein möglichst großes Maß an Klarheit über die personelle Zusammensetzung einer offenen Handelsgesellschaft bestehen soll. So ist es beispielsweise dem einzelnen Gesellschafter verwehrt, sich durch einseitige Erklärung von der Gesellschaft loszusagen, also seinen Austritt zu erklären. Er hat lediglich die Möglichkeit, durch Kündigung im Rahmen der Fristen des § 132 HGB die Gesellschaft selbst zur Auflösung zu bringen, oder — bei Vorliegen eines wichtigen Grundes — sofort gemäß § 133 HGB auf Auflösung zu klagen. Danach tritt die Gesellschaft in das Liquidationsstadium; an ihrem Mitgliederbestande ändert sich jedoch nichts. Umgekehrt kann ein Gesellschafter auch nicht durch einseitige Erklärung der übrigen aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen werden: erforderlich sind nach § 140 HGB Klage und Urteil. Im übrigen ist eine Veränderung in der personellen Zusammensetzung der offenen Handelsgesellschaft nur durch Vertrag möglich. Auch wenn die §§ 131 ff. HGB weithin dispositiv sind<sup>15</sup>, lassen sie mit großer Deutlichkeit das Streben des Gesetzgebers nach Rechtssicherheit erkennen. Daraus wurden für den Fall der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft nach fehlerhafter Gründung bzw. der Abschichtung eines fehlerhaft beigetretenen Gesellschafters von der Rechtsprechung und Literatur die notwendigen Konsequenzen gezogen: Ist der Gesellschaftsvertrag anfechtbar, so ist eine bloße privatrechtliche Anfechtungserklärung nach §§ 142, 143 BGB nicht ausreichend; vielmehr bedarf es einer Auflösungsklage nach § 133 HGB, obwohl der Nachweis eines wichtigen Grundes nicht gefordert wird<sup>16</sup>. Für den fehlerhaften Beitritt gilt dasselbe: der Beigetretene kann nur durch Klage nach § 140 HGB aus der offenen Handelsgesellschaft entfernt werden; ihm selbst ist ein Austritt nur durch fristgerechte Kündigung nach § 132 HGB oder durch Erhebung der Auflösungsklage nach § 133 HGB möglich<sup>17</sup>.

Für das fehlerhafte Ausscheiden ergibt sich daraus, daß ein Wiedereintritt durch bloße Anfechtung oder Geltendmachung der Nichtigkeit nicht in Frage kommt. Anders als bei der fehlerhaften Gründung und dem fehlerhaften Beitritt scheidet jedoch auch eine Gestaltungs- und damit die Geltendmachung des Mangels mit Wirkung ex nunc zu<sup>12</sup>. Überträgt man dies auf das fehlerhafte Ausscheiden, so muß dem ausgeschiedenen Gesellschafter der Wiedereintritt in die offene Handelsgesellschaft möglich sein. Dem stehen keinerlei rechtlich beachtliche Interessen der Mitgesellschafter entgegen<sup>13</sup>.

8 Zu denken wäre an den Fall fahrlässiger Unkenntnis in Bezug auf die Fehlerhaftigkeit des Ausscheidens.

9 So im Falle BGH, 27. 10. 1955, BGHZ 18 S. 351 = BB 1955 S. 1038 nach Aufhebung des Ausschlußurteils im Wiederaufnahmeverfahren.

10 § 119 Abs. 1 HGB; vgl. Baumbach/Duden, § 119 Anm. 2 A; Hueck, OHG, S. 119.

11 Vgl. oben Fußnote 4; anderer Ansicht Ganßmüller, NJW 1956 S. 698.

12 Anders nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift bei den hier nicht näher interessierenden Kapitalgesellschaften (vgl. §§ 75 — 77 GmbHG, §§ 275 — 277 AktG 1965) und nach herrschender Meinung beim Wohnungseigentum (s. dazu Däubler, DNotZ 1964 S. 216, 220).

13 Die Ansicht Fischers (NJW 1955 S. 849), wonach ein Wiedereintritt des Ausgeschiedenen nur auf Grund von Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung zu bejahen sei, geht weiter über das durch die Analogie zur fehlerhaft begründeten Gesellschaft Geforderte hinaus. Sie benachteiligt grundlos den Ausgeschiedenen, indem sie ihn auch für die Zukunft so behandelt, als wäre er in fehlerfreier Weise ausgeschieden.

14 Vgl. dazu BAG, 7. 12. 1961, BB 1962 S. 223 = NJW 1962 S. 555, das beim faktischen Arbeitsverhältnis eine Auflösung nicht durch Kündigung, sondern durch „einseitige Erklärung“ annimmt.

15 Ausnahme: § 133 Abs. 3; zu möglichen Abweichungen von § 132 vgl. Baumbach/Duden, § 132 Anm. 3; zur Abbedingung eines gerichtlichen Verfahrens im Falle des § 140 HGB vgl. oben Fußnote 7.

16 BGH, 24. 10. 1951, BGHZ 3 S. 285 = BB 1952 S. 10 in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichtes.

17 BGH, 8. 11. 1965, BB 1965 S. 1423; Hueck, OHG, S. 72; Schlegelberger/Gestler, § 105 Randnr. 62 n.

zu. Der Anspruch tritt der Sache nach an die Stelle der Anfechtung bzw. der Geltendmachung der Nichtigkeit. Nach Treu und Glauben sind die übrigen Gesellschafter verpflichtet, sich diesem minus gegenüber Anfechtung und Nichtigkeit zu unterwerfen<sup>18</sup>. Wird der Anspruch nicht freiwillig erfüllt, so kann der Ausgeschiedene Klage auf Abschluß des Vertrages erheben. Mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils gilt die erforderliche Erklärung der übrigen Gesellschafter gemäß § 894 ZPO als abgegeben.

In aller Regel wird auch der dem Ausscheiden zugrundeliegende Vertrag fehlerhaft sein. Neben den oben beschriebenen Anspruch tritt daher ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft (§ 812 BGB).

b) Wird der Ausgeschiedene wieder in die Gesellschaft aufgenommen, so haftet er nach § 130 HGB auch für die in seiner Abwesenheit begründeten Verbindlichkeiten. Bei schlechtem Geschäftsgang wird ihn dies häufig davon abhalten, seinen Anspruch auf Wiederaufnahme geltend zu machen. Er ist jedoch weder an dem inzwischen eingetretenen Verlust noch an dem erarbeiteten Gewinn beteiligt. Nach Rückzahlung einer etwaigen Abfindungssumme erhält er vielmehr wieder seinen vor dem Ausscheiden bestehenden Kapitalanteil.

Bei zwischenzeitlichen Änderungen des Gesellschaftsvertrags ist zu unterscheiden: Ist die Änderung ohne Rücksicht auf das Ausscheiden erfolgt, so bleibt sie bestehen: Wie oben bereits ausgeführt<sup>19</sup>, fordert die Rechtssicherheit, daß die einmal getroffenen Regelungen grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen. Anders verhält es sich nur, wenn die Änderung ausschließlich aus Anlaß des Ausscheidens erfolgte: Schied etwa der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft aus, und wurde deshalb einem anderen Gesellschafter Vertretungsmacht erteilt, so muß diese Regelung wieder rückgängig gemacht werden, da sie in der Regel ihren Sinn verloren hat. Dasselbe gilt von der Vereinbarung eines Gewinnverteilungsschlüssels, der auf dem reduzierten Mitgliederbestand beruht.

### 3. Tragweite der Analogie im einzelnen

a) Gegenüber Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) und Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB) versagen nach einhelliger Ansicht die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft. Es bleibt bei der vom Bürgerlichen Gesetzbuch angeordneten Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages mit Wirkung ex tunc<sup>20</sup>. Dies erscheint bei sittenwidrigen oder wucherischen Gründen berechtigt, da die Rechtsordnung auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit einem sittenwidrigen Tun Schutz verleihen darf. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters kann jedoch der Fall anders liegen, wenn die Sittenwidrigkeit gerade in einer übermäßigen Beeinträchtigung seiner Belange zu sehen ist oder wenn er durch wucherische Vereinbarungen (extrem niedrige Abfindung unter Ausnutzung der Notlage) zum Ausscheiden veranlaßt wurde. Würde man auch hier anfängliche Nichtigkeit annehmen, so wäre der Ausgeschiedene weiterhin Gesellschafter. Als solcher würde er zwar am Gewinn partizipieren, jedoch auch für alle Verbindlichkeiten haften, die die übrigen Gesellschafter in der Zwischenzeit begründet haben, ohne daß er im geringsten auf die Geschäftsführung Einfluß nehmen konnte. Sachgerechter erscheint es daher, dem Bewucherten oder auf sittenwidrige Weise zum Ausscheiden Veranlaßten nur einen Anspruch auf Wiederaufnahme zu geben. § 826 BGB gibt ihm die Möglichkeit, den ihm infolge des Ausscheidens entgangenen Gewinn von den übrigen Gesellschaftern ersetzt zu verlangen. Der Anwendungsbereich der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft erfährt auf diese Weise im Falle des fehlerhaften Ausscheidens eine gewisse Erweiterung.

b) Während die Fälle des Dissenses keine Besonderheiten aufweisen, fragt es sich, ob dasselbe auch bei Beteiligung eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen gilt. Würde man die bei der Beurteilung einer fehlerhaften Gründung herrschende Meinung auf das Ausscheiden übertragen, wonach keine fehlerhafte Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen entsteht<sup>21</sup>, so würde der Minderjährige — wie oben der Bewucherte — für die von den übrigen Gesellschaftern eingegangenen Verbindlichkeiten haften. Auch sähe er sich der Gefahr einer Ausschlußklage gegenüber. Die Mißlichkeit dieser Lösung liegt auf der Hand. Es zeigt sich hier, daß eine allzu schematische Übertragung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zu wenig sinnvollen Ergebnissen

führt. Den Interessen des Minderjährigen ist am besten gedient, wenn ihm ein Anspruch auf Wiederaufnahme gewährt wird, vor dessen Ausübung der Vormund prüfen kann, ob der Wiedereintritt dem Mündel Nutzen oder Schaden bringt.

c) Beim Vorliegen von Willensmängeln sind 2 Fälle zu unterscheiden: Befand sich der Ausgeschiedene im Irrtum (§ 119 BGB) oder wurde er getäuscht oder bedroht (§ 123 BGB), so steht ihm ein Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft zu. Im Falle der Täuschung oder Drohung kann er den ihm durch sein Ausscheiden entgangenen Gewinn gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 bzw. § 253 StGB von demjenigen ersetzt verlangen, der die Täuschung oder Drohung verübte.

Lag umgekehrt der Willensmangel auf seiten der verbleibenden Gesellschafter vor, so steht dem Ausgeschiedenen kein Anspruch auf Wiederaufnahme zu. Es wäre unverständlich, wollte er aus dem Willensmangel seiner Vertragspartner Nutzen ziehen. Auch ein Bereicherungsanspruch steht ihm nur dann zu, wenn die übrigen Gesellschafter den zugrundeliegenden Vertrag anfechten. Umgekehrt haben jedoch die verbleibenden Gesellschafter einen Anspruch gegen den Ausgeschiedenen, wieder in die Gesellschaft einzutreten, den sie im Klagewege verfolgen können<sup>22</sup>.

d) Fällt nachträglich die Geschäftsgrundlage für das Ausscheiden weg, so tritt an die Stelle des normalerweise gegebenen Rücktrittsrechts<sup>23</sup> ein Anspruch auf Wiedereintritt.

## II. Ausscheiden unter gleichzeitigem Eintritt eines neuen Gesellschafters

1. Häufig werden die verbleibenden Gesellschafter ein Interesse daran haben, daß an die Stelle des Ausgeschiedenen ein neuer Gesellschafter tritt. In diesen Fällen wird in der Regel gleichzeitig mit dem Ausscheiden des einen der Eintritt eines anderen Gesellschafters vereinbart. Juristisch betrachtet liegen dabei zwei Verträge vor, die zu einer Einheit im Sinne des § 139 BGB verbunden sind<sup>24</sup>. Hierbei stellt sich die Frage, wie sich die Fehlerhaftigkeit des Ausscheidens auf den Beitritt des neuen Gesellschafters auswirkt.

Würde man die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht auf das Ausscheiden und den Beitritt eines Gesellschafters ausdehnen, so ergäben sich keine besonderen Probleme: Nach § 139 BGB wären sowohl Ausscheiden als auch Beitritt von Anfang an nichtig, der alte Gesellschafter hätte nie seine Stellung verloren, der neue wäre nie Gesellschafter geworden. Mit der Analogie zur fehlerhaften Gesellschaft sowohl für das Ausscheiden wie für den Beitritt ergeben sich Kollisionsprobleme. Kann etwa der beigetretene Gesellschafter auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Ausgeschiedene von seinem Recht zum Wiedereintritt keinen Gebrauch macht? Muß mit der Ausschlußklage so lange gewartet werden, bis der Ausgeschiedene wieder seine Gesellschafterstellung erlangt hat?

Die Lösung dieser Fragen ergibt sich aus dem Grundgedanken der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft — der Wahrung der Rechtssicherheit. Sie verlangt, daß der Ausgeschiedene nicht automatisch wieder Gesellschafter wird, sondern

<sup>18</sup> Im Ergebnis wie hier die herrschende Meinung (vgl. Fußnote 4). Man könnte auch daran denken, die Pflicht zur Wiederaufnahme des Ausgeschiedenen mit der nachwirkenden Treupflicht zu begründen.

<sup>19</sup> Unter 1.

<sup>20</sup> BGH, 12. 5. 1954, BGHZ 13 S. 320, 323 = BB 1954 S. 611; *Baumbach/Duden*, § 105 Anm. 8 E; *Hueck*, OHG, S. 67/68; *Weipert*, § 105 Anm. 75; differenzierend *Schlegelberger/Gefstler*, § 105 Randnr. 62 h, i.

<sup>21</sup> Vgl. BGH, 30. 4. 1955, BGHZ 17 S. 160, 166 mit eingehenden Nachweisen. Anders will ein Teil der Literatur dem Minderjährigen die aus der Gesellschafterstellung sich ergebenden Rechte gewähren, ihn jedoch von der Belastung mit den Pflichten freistellen: *Fischer*, NJW 1955 S. 849, 851; *Gaßmüller*, NJW 1955 S. 1067; *Hueck*, OHG, S. 69; *Schlegelberger/Gefstler*, § 105 Randnr. 62 k *Staudinger/Kefstler*, § 705 Randnr. 128.

<sup>22</sup> Für Pflicht zum Wiedereintritt unter besonderen Umständen auch *Hueck*, OHG, S. 72.

<sup>23</sup> Fällt beim Gründungs- oder Beitrittsvertrag die Geschäftsgrundlage weg, so sind statt des Rücktrittsrechts die Klagen aus §§ 133, 140 HGB gegeben: RG, 13. 11. 1940, RGZ 165 S. 193, 199; BGH, 13. 5. 1963, BGHZ 10 S. 44, 51; *Schlegelberger/Gefstler*, § 105 Randnr. 62 m.

<sup>24</sup> § 139 BGB erfaßt alle Verträge, von denen der eine nicht ohne den anderen abgeschlossen worden wäre: *Erman/Westermann*, BGB, 3. Aufl. 1962, § 139 Anm. 9; *Palandt/Danckelmann*, BGB, 25. Aufl. 1966, § 139 Anm. 2; *Staudinger/Coing*, BGB, 11. Aufl. 1957, § 139 Randnr. 2 ff.

nur auf Grund eines Vertrages wieder beitreten kann. Vor dem so erfolgten Beitritt bleibt die Fehlerhaftigkeit des Vertrags über das Ausscheiden ohne Wirkung. Daraus folgt, daß erst vom Augenblick des Wiedereintritts an der Mangel sich gemäß § 139 BGB auch auf den Beitrittsvertrag erstreckt. Da jedoch auch insoweit die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft entsprechende Anwendung finden, scheidet der Beigetretene nicht automatisch aus; vielmehr kann er nur gemäß § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft verlangen oder im Verfahren nach § 140 HGB ausgeschlossen werden. Eine bereits vorher erhobene Klage ist erst vom Wiedereintritt des Ausgeschiedenen an begründet. Macht der Ausgeschiedene von seinem Recht zum Eintritt keinen Gebrauch, so kann auch der neue Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden — eine durchaus sachgerechte Lösung, wenn man bedenkt, daß die nach § 139 BGB entstehende Nichtigkeit nur um der Fehlerhaftigkeit des anderen Vertrags willen eintritt. Ergeben sich aus den Mängeln des Vertrags über das Ausscheiden keinerlei Konsequenzen, so wäre es unverständlich, wollte man dennoch den — für sich allein betrachtet — fehlerfreien Beitritt als fehlerhaft behandeln<sup>25</sup>.

2. Den Gesellschaftern steht es frei, die Ersetzung eines Ausscheidenden durch einen neuen Gesellschafter auf andere Weise herbeizuführen: Sie können im Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß jeder Gesellschafter berechtigt ist, seine Mitgliedschaft auf einen Dritten zu übertragen. Fehlt eine derartige Klausel, so ist eine Übertragung der Mitgliedschaft unter der Voraussetzung möglich, daß die übrigen Gesellschafter dem zustimmen<sup>26</sup>.

In diesen Fällen fallen Ausscheiden und Beitritt in einen Akt zusammen. Auch besteht die Besonderheit, daß die übrigen Gesellschafter am Vertrag selbst nicht beteiligt sind. Dennoch kann auch hier nichts anderes als bei den oben beschriebenen Fällen gelten. Ist die Übertragung der Mitgliedschaft mit Mängeln behaftet, so kann dies auch hier keinen Einfluß auf die Gesellschafterstellung haben. Nichtig ist lediglich das zugrundeliegende Rechtsgeschäft (Kauf, Schenkung). Der Veräußerer hat einen Anspruch auf Rückabtretung des Gesellschaftsanteils aus ungerechtfertigter Bereicherung. Daneben tritt ein Anspruch desselben Inhalts, der sich aus entsprechender Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf das fehlerhafte Ausscheiden ergibt.

### C. Unfreiwilliges Ausscheiden aus der Gesellschaft

#### I. Ausschluß durch gerichtliche Entscheidung gemäß § 140 HGB

Besondere Probleme können sich dann ergeben, wenn das den Ausschluß aussprechende Urteil im Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 578 ff. ZPO aufgehoben wird. Es fragt sich, ob der zu Unrecht Ausgeschlossene mit Rückwirkung als Gesellschafter angesehen werden muß oder ob auch hier die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft entsprechende Anwendung finden.

Der Bundesgerichtshof erwähnte in einem derartigen von ihm zu entscheidenden Fall die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft mit keinem Wort<sup>27</sup>. Er ging vielmehr von einer sich aus allgemeinen Regeln ergebenden rückwirkenden Unwirksamkeit des Ausscheidens aus. Dennoch sah er sich veranlaßt, die Rückwirkung etwas einzuschränken. Der Sachverhalt gab dazu genügenden Anlaß: Ein Gesellschafter war nach § 140 HGB ausgeschlossen, das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben worden. Nunmehr erhob die übrigen Gesellschafter erneut Ausschlußklage, die sie auf ein Verhalten des Beklagten stützten, das zwischen erstem Ausschlußurteil und der Wiederaufnahme des Verfahrens lag. Der Bundesgerichtshof vertrat die Auffassung, das erste Urteil könne nicht „völlig außer Betracht bleiben“, sondern müsse „sachgerechte Berücksichtigung“ bei der Beurteilung der Frage finden, ob ein zwischenzeitliches Verhalten als Ausschlußgrund gewertet werden könne oder nicht.

Die Frage, ob die Aufhebung von Gestaltungsurteilen im Wiederaufnahmeverfahren rückwirkende Kraft hat, kann noch nicht als geklärt gelten<sup>28</sup>. Sicher ist, daß eine uneingeschränkte Rückwirkung bisweilen an der sozialen Wirklichkeit ein unüberwindliches Hindernis finden würde. So ist ein rückwirkendes Wiederaufleben der Ehe mit allen ihren Wirkungen nach Aufhebung eines Scheidungsurteils nicht denkbar: die eheliche Lebensgemeinschaft könnte allenfalls mit Wirkung ex nunc wieder aufgenommen werden.

Im vorliegenden Fall ist die Rückwirkung zwar nicht denkbare ausgeschlossen. Es sprechen jedoch alle die Gründe gegen sie, die auch zur Übertragung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf das fehlerhafte vertragliche Ausscheiden zwingen. Die Gefahr eines Ausschlußverfahrens, die Belastung mit den inzwischen eingegangenen Verbindlichkeiten ebenso wie eine sachlich durch nichts gerechtfertigte Beteiligung am Gewinn sowie die Unwirksamkeit der zwischenzeitlich erfolgten Gesellschafterbeschlüsse können als Folgen einer rückwirkenden Unwirksamkeit hier ebensowenig in Kauf genommen werden. Daher kann auch hier das Ausscheiden nur mit Wirkung ex nunc rückgängig gemacht werden. Prozessuale Grundsätze sind nicht verletzt: Die Rechtskraft, die der Rechtssicherheit dient, wird in den Fällen der §§ 579, 580 ZPO im Interesse der Gerechtigkeit durchbrochen. Diese Durchbrechung sollte in ihren Auswirkungen nur so weit gehen, wie dies unbedingt erforderlich ist. Der Gerechtigkeit ist aber bereits dann — und gerade dann! — genügt, wenn der Wiedereintritt mit Wirkung ex nunc erfolgt. Gegenüber der Rechtslage im Falle des freiwilligen Ausscheidens besteht die Besonderheit, daß kein Vertrag zum Wiedereintritt erforderlich ist. Der Ausgeschiedene ist vielmehr automatisch mit der Rechtskraft des Wiederaufnahmeurteils wieder Gesellschafter.

### II. Ausschluß durch Gesellschafterbeschuß

Haben die Gesellschafter abweichend von § 140 HGB einen Ausschluß durch bloßen Beschuß im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, so gestaltet sich die Rechtslage folgendermaßen: Der Beschuß kann wegen Verstoßes gegen zwingende gesetzliche Vorschriften oder gegen den Gesellschaftsvertrag unwirksam sein. Mängel in der Stimmabgabe durch einen Gesellschafter führen nur dann zur Unwirksamkeit des Beschlusses, wenn es entscheidend auf diese Stimme ankommt. Dies ist etwa der Fall, wenn entsprechend der gesetzlichen Regel des § 119 Abs. 1 HGB Einstimmigkeit erforderlich ist.

Ist der Ausschließungsbeschuß unwirksam, der ausgeschlossene Gesellschafter jedoch aus der offenen Handelsgesellschaft ausgeschieden, so kann sein Wiedereintritt nur auf Grund Vertrages mit den übrigen Gesellschaftern erfolgen. Es gelten dieselben Gründe wie beim fehlerhaften vertraglichen Ausscheiden; der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt auch hier Beachtung. Der Ausgeschiedene hat jedoch einen durchsetzbaren Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft nur dann, wenn sein Ausschluß materiell zu Unrecht erfolgte, weil die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Voraussetzungen nicht vorlagen. Ist der Ausschließungsbeschuß nur wegen Verfahrensmängeln unwirksam, so kann er wiederholt werden, wodurch der Anspruch des Ausgeschiedenen gegenstandslos wird.

### D. Zusammenfassung

Ist der Vertrag, auf Grund dessen ein Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidet, mit Mängeln behaftet, so führen die entsprechend anwendbaren Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft dazu, daß diese Mängel nur mit Wirkung ex nunc geltend gemacht werden können. Der Ausgeschiedene hat lediglich einen Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft. Dies gilt in Erweiterung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch für Minderjährige und in bestimmten Fällen der Sittenwidrigkeit und des Wuchers. Ein gleichzeitig mit dem Ausscheiden erfolgter Beitritt eines neuen Gesellschafters wird erst vom Augenblick des Wiedereintritts des Ausgeschiedenen an fehlerhaft. Im Falle des fehlerhaften Ausschlusses eines Gesellschafters sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ebenfalls entsprechend anzuwenden.

<sup>25</sup> Besteht zwischen beiden Verträgen kein Zusammenhang im Sinne des § 139 BGB, so wird der Beitritt des neuen vom Wiedereintritt des alten Gesellschafters nicht berührt. In vielen Fällen wird jedoch das Ausscheiden des alten Gesellschafters Geschäftsgrundlage für den zweiten Vertrag sein; deren Wegfall führt dazu, daß der neue Gesellschafter die Auflösungsklage erheben und von den übrigen Gesellschaftern ausgeschlossen werden kann (s. dazu oben Fußnote 23).

<sup>26</sup> Vgl. Fußnote 5.

<sup>27</sup> BGH, 27. 10. 1955, BGHZ 18 S. 351 = BB 1955 S. 1038.

<sup>28</sup> Vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, 28. Aufl. 1965, § 590 Anm. 3 A, b; Blomeyer, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1963, § 106 V 2 a; Friedrichs, ZFP 58 S. 219; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961, § 156 IV 2; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO, 18. Aufl. 1956, Vorbem. II 2 vor § 578 und § 590 Anm. IV 2.