

Für das Nachschlagewerk !

Für die Amtliche Sammlung !

1.) Gesetz: HGB § 1 Abs 2 Nr 8

Rechtssatz: Für die Begründung der Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs 2 Nr 8 HGB ist die gewerbsmässige Tätigkeit einer Verbreitung und Verwertung von Druckwerken entscheidend. Der Abschluss von Verlagsgeschäften i.S. des Gesetzes über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 ist nicht erforderlich.

2.) Gesetz: HGB § 4

Rechtssatz: Ist ein Handelsgewerbe von Anfang an auf einen vollkaufmännischen Betrieb angelegt und steht die alsbaldige Entfaltung zu einem Grossbetrieb bevor, so handelt es sich um ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe.

3.) Gesetz: HGB § 132

Rechtssatz: Bei einer offenen Handelsgesellschaft, die auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, kann das ordentliche Kündigungsrecht auf bestimmte Zeit ausgeschlossen werden. Die Zeitdauer für einen solchen Ausschluss muss nicht kalendermässig festgelegt werden, sie kann sich auch nach den Besonderheiten der einzelnen Gesellschaft aus dem Gesellschaftszweck ergeben.

4.) Gesetz: HGB §§ 124, 145 ff

Rechtssatz: Bei einer in Abwicklung befindlichen offenen Handelsgesellschaft kann ein Gesellschafter einen der Gesellschaft zustehenden Anspruch im eigenen Namen geltend machen, wenn es sich bei diesem Anspruch um den letzten Vermögenswert der Gesellschaft handelt und der Vermögenswert nach dem Auseinandersetzungsverfahren diesem Gesellschafter allein zukommt.

Aktenzeichen: II ZR 205/52

Urteil des BGH vom 17. Juni 1953 - OLG München

Verkündet

am 17. Juni 1953

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1.) des Kaufmanns Hans Hugo K [REDACTED],
M [REDACTED]

2.) der Ehefrau Aloisia K [REDACTED],
M [REDACTED]

Beklagten und Revisions-
kläger,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

den Grosskaufmann Alfred E [REDACTED], M [REDACTED]-
O [REDACTED],

Kläger und Revisions-
beklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1953 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Delbrück,
Dr. Haidinger und Dr. Fischer für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München, an
Verkündungsstatt zugestellt am 23./25. Februar 1952,
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Sommer 1945 vereinbarten der Kläger und der Beklagte zu 1), gemeinsam einen Adressbuchverlag ins Leben zu rufen. Sie beantragten hierzu eine vorläufige Arbeitserlaubnis der Militärregierung, die ihnen am 27. September 1945 von der Publication Section erteilt wurde. Der Beklagte war früher jahrelang als Vertreter von Adressbuchverlagen tätig gewesen und ging schon seit längerem mit der eigenen Herausgabe solcher Werke um; er sollte die fachmännische Leitung des neuen Verlags übernehmen. Dem Kläger, der von einem jüdischen Elternteil abstammt und Inhaber einer Fahrradgrosshandlung war, sollte die kaufmännische Leitung zufallen. Vereinbarung war eine Einlage von zunächst je 9.000 RM und hälftige Teilung des Gewinns. Am 29. Oktober 1945 meldeten der Kläger und der Beklagte zu 1) den "A. [REDACTED] Verlag A. E. [REDACTED] und H. K. [REDACTED]" beim Gewerberegister an. Am 1. Dezember 1945 wurde eine Bürokraft für den Verlag angestellt, am 2. Januar 1946 eine zweite. Im Dezember 1945 führten die Parteien Besprechungen mit Druckereien wegen Übernahme der anfallenden Druckarbeiten sowie mit einem Hauseigentümer und einem Bauunternehmer über Abmietung und Instandsetzung von Büroräumen; diese wurden sodann Anfang Januar 1946 bezogen. Am 2. Januar 1946 wurde eine grössere Anzahl Vertreter eingestellt und unterwiesen, die alsbald mit der Werbetätigkeit begannen. Am 7. Januar 1946 kam es zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1). Am gleichen Tage wurde entsprechend einem schon am 5. Januar 1946 gegebenen Auftrag des Beklagten zu 1) das Büro des Unternehmens in die Wohnung der Beklagten verlegt. Der Beklagte zu 1) wies das Personal und die Vertreter an, ausschliesslich nach seinen Weisungen zu arbeiten und dem Kläger keine Aufschlüsse mehr zu erteilen. Am 8. Januar 1946 gründeten die beiden Be-



klagten ohne Verständigung des Klägers eine offene Handelsgesellschaft "B. A. Verlag A. und H. K." und setzten in der Folgezeit die Vorbereitungen zur Herausgabe eines Fernsprechbuchs und eines Handels- und Gewerbeadressbuchs für Bayern gemeinschaftlich fort. Auch die begonnene Werbung von Inserenten und Buchbestellern wurde für die neue Gesellschaft der Beklagten weitergeführt. Zwischen den Streitteilen fanden noch weitere Verhandlungen über ein Ausscheiden des Klägers aus der bisherigen Gesellschaft gegen Abfindung statt; auch eine Regelung wurde erörtert, nach der der Beklagte zu 1) das Verlagsgeschäft allein weiterbetreiben und der Kläger den Vertrieb der Bücher übernehmen sollte. Zu einer Einigung kam es nicht. Am 28. Februar 1946 zahlte der Beklagte die vom Kläger geleistete Einlage von 9.000 RM zuzüglich einer Vergütung von 500 RM an diesen zurück. Der Kläger überwies den Betrag an den Beklagten zurück, erhielt ihn aber von diesem ein zweites Mal überwiesen. Am 20. März 1946 antwortete er, dass er ein Ausscheiden aus der Firma ohne dahingehende Vereinbarungen ablehne und die 9.500 RM dem Beklagten zur Verfügung stelle, dass er aber auch bereit sei, den Verlag allein zu übernehmen und den Beklagten abzufinden. Mit Schreiben vom 30. März 1946 kündigte der Beklagte zu 1) dem Kläger "die seinerzeit geschlossene Gesellschaft des bürgerlichen Rechts" und teilte ihm mit, dass die Konten der Gesellschaft aufgelöst und weder Guthaben noch Verbindlichkeiten vorhanden seien. Durch Schreiben seines Anwalts vom 3. Mai 1946 wies der Kläger die Kündigung als zur Unzeit erfolgt zurück und erklärte, dass er bis zur Herausgabe des Adressbuchs Mitgesellschafter bleibe; die Einlage stehe dem Beklagten jederzeit zur Verfügung. Die beiden Beklagten setzten aber die Verlagstätigkeit allein fort. Im August 1947 brachten sie die erste Auflage des Fernsprechbuchs für Bayern, im Dezem-

ber 1948 die erste Auflage des Handels- und Gewerbeadressbuchs für Bayern heraus.

Am 28. August 1947 erhob der Kläger Klage gegen den Beklagten zu 1), die er am 10. Februar 1949 auf die Beklagte zu 2) ausdehnte. Nach seinem für die Revisionsinstanz nur noch interessierenden Antrag hat er die Feststellung begehrt, dass die Beklagten ihm gemeinsam für allen Schaden verantwortlich seien, der ihm aus den unerlaubten Handlungen im Zusammenhang mit der Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses entstanden sei. Dabei hat sich der Kläger insbesondere darauf berufen, dass am 7. Januar 1946 nicht, wie die Beklagten behauptet haben, eine Auflösung der Gesellschaft im beiderseitigen Einvernehmen erfolgt sei, und dass die vom Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung zum 30. März 1946 deshalb unwirksam gewesen sei, weil die Gesellschaft bis zum Erscheinen der geplanten Verlagswerke fest eingegangen worden sei. Auch habe der Beklagte zu 1) einen wichtigen Grund zur Kündigung nicht gehabt.

Die Beklagten sind diesen Ausführungen entgegengetreten. Sie haben die Meinung vertreten, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) nur eine Vorgesellschaft zustande gekommen sei und dass diese unter der auflösenden Bedingung einer persönlichen Mitarbeit des Klägers gestanden habe. Jedenfalls sei die Gesellschaft nur für unbestimmte Zeit eingegangen, so dass sie jederzeit hätte gekündigt werden können.

Das Landgericht hat dem Feststellungsbegehren mit der Einschränkung entsprochen, dass die Beklagten dem Kläger zum Schadensersatz in Höhe des Auseinandersetzungsanspruchs verpflichtet seien, der dem Kläger im Falle der Übernahme des Adressbuchverlages durch den Beklagten zu 1) am 31. Dezember 1946 zugestanden haben würde. Das Be-

berufungsgericht hat diese Feststellung dahin erweitert, dass die Beklagten dem Kläger zum Ersatz des Schadens verpflichtet seien, der ihm dadurch entstanden sei, dass der vom Kläger und dem Beklagten zu 1) gegründete Adressbuchverlag in der Zeit vom 8. Januar 1946 bis zum 31. Dezember 1948 ihrer Gesellschaft entzogen gewesen sei. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Der Kläger hatte in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht seine zunächst nur gegen den Beklagten zu 1) gerichtete Klage auch auf dessen Ehefrau, die Beklagte zu 2), erweitert. Ausweislich des Sitzungsprotokolls hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zu 1) daraufhin erklärt, dass er auch dessen Ehefrau vertrete und der Klageerweiterung wegen fehlender Sachdienlichkeit widerspreche. Sodann hat er als Vertreter der beklagten Partei seinen Klagabweisungsantrag gestellt. Die Revision meint, dass angesichts dieses Sachverhalts das Gericht eine Entscheidung darüber hätte treffen müssen, ob es die Klageerweiterung als Klageänderung für sachdienlich erachte. Ferner hätte das Berufungsgericht das gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Urteil des Landgerichts schon deshalb aufheben müssen, weil die Beklagte zu 2) zur mündlichen Verhandlung überhaupt nicht geladen gewesen sei, ihr gegenüber die Ladungs- und Einlassungsfrist nicht gewahrt worden sei und sie schließlich überhaupt keinen Sachantrag gestellt habe. Endlich weise das Verfahren vor dem Landgericht auch insofern einen entscheidenden Mangel auf, als in unzulässiger Weise eine schriftliche Entscheidung (§ 128 Abs 2 ZPO) im Anschluss an die mündliche Verhandlung ergangen sei.

Diese Verfahrensrügen der Revision sind unbegründet. Entgegen der Ansicht der Revision bedarf es keiner besonderen Begründung, wenn eine Klagänderung als sachdienlich zugelassen wird. Es genügt, wenn sich aus dem Gesamtinhalt der Urteilsgründe hinreichend deutlich ergibt, dass die Klagänderung als sachdienlich angesehen wird (RGZ 155, 229). Diesem Erfordernis ist vorliegendenfalls entsprochen, da die getroffene Feststellung gegenüber der Beklagten zu 2) die Zulassung der gegen sie gerichteten Klagerweiterung voraussetzt. Einer besonderen Erörterung der Zulassung in den Urteilsgründen bedurfte es daher nicht. Des weiteren kann auch darin, dass die Beklagte zu 2) zur mündlichen Verhandlung über die Klagerweiterung nicht geladen und ihr gegenüber auch die Ladungs- und Einlassungsfrist nicht gewahrt worden ist, kein prozessualer Verstoss erblickt werden, der dem Urteil des Berufungsgerichts anhaftet. Denn ein Mangel der Klagerhebung, wie etwa die fehlende Zustellung, kann geheilt werden, wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung erscheint und sich auf die Verhandlung ohne Rüge des Mangels (§ 295 ZPO) einlässt (Stein-Jonas Kom ZPO § 295 IV, 1; Baumbach-Lauterbach Kom ZPO § 264, 2 C). Eine solche Heilung der mangelhaften Klagerhebung ist hier eingetreten. Die Beklagte zu 2) hat durch ihren Prozessbevollmächtigten nicht gerügt, dass sie nicht geladen worden ist und die gesetzlichen Fristen ihr gegenüber nicht gewahrt worden sind. Sie hat vielmehr entgegen der Ansicht der Revision durch ihren Prozessbevollmächtigten zur Sache verhandelt und einen ordnungsgemässen Antrag gestellt. Denn dass der Antrag des Vertreters "der beklagten Partei" auch die Stellung eines Antrages in ihrem Namen umfasst, kann nicht zweifelhaft sein, nachdem der Prozessbevollmächtigte zuvor erklärt hatte, dass er auch die Beklagte zu 2) vertrete. Schliesslich kann die Revision auch mit der Rüge einer Verletzung des § 128 Abs 2 ZPO nicht durchdringen. Diese Rüge ist

schon deshalb unbegründet, weil sie lediglich das Verfahren vor dem Landgericht betrifft und von der Revision nicht dargetan ist, dass sich das Berufungsgericht die in der ersten Instanz etwa begangene Gesetzesverletzung ausdrücklich oder stillschweigend angeeignet und dadurch selbst begangen habe (Stein-Jonas aaO § 548 Bem I).

II. Das Berufungsgericht ist der Meinung, dass die Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) als ein Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft zu beurteilen sei. Die Herausgabe von Adress- und Telefonbüchern stelle ein Handelsgewerbe i.S. des § 1 Abs 2 Nr 8 HGB dar. Dieses Handelsgewerbe sei auch über den Umfang eines Kleingewerbes (§ 4 HGB) hinausgegangen, da für dieses zum mindesten seit dem 2. Januar 1946 vollkaufmännische Einrichtungen erforderlich gewesen seien.

1.) Die Revision stellt in diesem Zusammenhang zunächst die Auffassung des Berufungsgerichts zur Nachprüfung, dass der Adressbuchverlag des Klägers und des Beklagten zu 1) ein Handelsgewerbe i.S. des § 1 Abs 2 Nr 8 HGB sei. Gegen diese Auffassung bestehen jedoch keine Bedenken. Es ist in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt, dass es nicht ein Erfordernis der Verlagsgeschäfte des § 1 Abs 2 Nr 8 HGB ist, dass der Unternehmer Verlagsverträge i.S. des Gesetzes über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 abschliesst (RGZ 5, 67; Düringer-Hachenburg-Geiler Kom HGB 3. Aufl § 1 Bem 44; Ritter Kom HGB § 1 Bem 6 Nr 8; Würdinger in RGRK HGB § 1 Bem 48; etwas einschränkend Wieland, Handelsrecht I S 77). Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass der Unternehmer urheberrechtlich geschützte Werke herausgibt. Wesentlich für die Anwendung des § 1 Abs 2 HGB ist vielmehr die gewerbsmässige Verbreitung und Verwer-

tung von Druck- oder Kunstwerken, da allein diese Tätigkeit für die Begründung der Kaufmannseigenschaft von Bedeutung ist. Es ist daher in diesem Zusammenhang ohne Belang, ob die Sammlung und Veröffentlichung von Adressenmaterial und ihre Verbindung mit Reklamemassnahmen, wie die Revision hervorhebt, etwa keine verlegerische Tätigkeit sei. Es genügt, dass in einem Adressbuchverlag, der sich mit der Herausgabe und der Verbreitung von Adress- und Telefonbüchern befasst, die für die Kaufmannseigenschaft entscheidende gewerbsmässige Tätigkeit einer Verbreitung und Verwertung von Druckwerken vorliegt.

2.) Des weiteren können entgegen der Auffassung der Revision auch keine Bedenken dagegen erhoben werden, dass das Berufungsgericht hier das Vorliegen eines Kleingewerbes verneint hat. Es ist allerdings im allgemeinen davon auszugehen, dass es für die Frage, ob ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe oder ein Kleingewerbe vorliegt, auf die Verhältnisse ankommt, wie sie sich in dem jeweils massgeblichen Zeitpunkt darstellen und dass es nicht von Bedeutung ist, ob sich das Geschäft später zu einem vollkaufmännischen Betrieb entwickeln kann. Denn die blosse Möglichkeit einer solchen Entwicklung, die im übrigen bei dem selbstverständlichen Wunsch eines jeden Kaufmanns nur selten auszuschliessen sein wird, kann einen zur Zeit vorliegenden Kleinbetrieb noch nicht zu einem vollkaufmännischen Betrieb machen (RG JW 1908, 149²²; KG in OLGE 7, 146; 14, 331; Würdinger aaO § 4 Bem 17; Düringer-Hachenburg-Geiler aaO § 4 Bem 11). Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn das Gewerbe von Anfang an auf einen vollkaufmännischen Betrieb angelegt ist und die alsbaldige Entfaltung zu einem Grossbetrieb bevorsteht (Düringer-Hachenburg-Geiler aaO; Würdinger aaO); denn auch die Vorbereitungstätigkeit gehört schon zum Gewerbebetrieb, so dass auch ein erst in der Entwick-

lung befindlicher Betrieb als vollkaufmännischer Betrieb angesehen werden kann, wenn eine solche Entwicklung der Anlage eines solchen Betriebes entspricht und genügend zuverlässige Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass das Unternehmen eine entsprechende Ausgestaltung und Einrichtung in Kürze erfahren wird (KG in OLG 43, 203). Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Gesichtspunkte ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im vorliegenden Fall einen vollkaufmännischen Betrieb zum mindesten seit dem 2. Januar 1946 angenommen hat. Es weist dabei mit Recht darauf hin, dass in dem Geschäftsbetrieb Tausende von Buch- und Inseratenbestellungen heringenommen werden sollten, für die Anzahlungen zu leisten waren, und dass nach der Art und dem Umfang dieses Geschäftsbetriebes kaufmännische Einrichtungen erforderlich waren, da anders die laufenden Abrechnungen mit den zahlreichen Vertretern nicht durchführbar waren, zumal die Buch- und Inseratenbestellungen erst nach Jahren ausgeführt werden konnten. Ein solcher Geschäftsbetrieb war, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, ohne eine kaufmännische Buchführung nicht zu bewerkstelligen. Nachdem die vorbereitenden Arbeiten abgeschlossen waren und ausserdem die ersten Bürokräfte angestellt, eine Anzahl von Vertretern in ihren Aufgabenbereich eingewiesen und die ersten Bestellungen eingegangen waren, hat das Berufungsgericht zutreffend diesen Betrieb zum mindesten von diesem Zeitpunkt an als vollkaufmännischen Betrieb angesehen.

Wenn die Revision demgegenüber noch einwendet, das Berufungsgericht habe nicht aus der späteren Entwicklung des Unternehmens der Beklagten Schlüsse auf die Art des ursprünglichen Betriebes des Klägers und des Beklagten zu 1) ziehen dürfen, so geht diese Rüge fehl. Die Beurteilung des Berufungsgerichts gründet sich auf

die Anlage und Planung des Betriebes, wie sie vom Kläger und dem Beklagten zu 1) ins Auge gefasst und in Angriff genommen waren und findet nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen allein hierin ihre rechtlich ausreichende Rechtfertigung. Auch ist der weitere Hinweis der Revision, das Fehlen eines schriftlichen Vertrages spreche für ein Kleingewerbe, nicht zwingend. Mit diesem Hinweis können die entscheidenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die die Annahme eines vollkaufmännischen Betriebes begründen, nicht ausgeräumt werden. Auf diese Feststellungen kommt es aber in diesem Zusammenhang allein an, so dass dem Fehlen eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages hier keine selbständige Bedeutung beigemessen werden kann.

3.) Schliesslich bemängelt die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) sei als ein Gesellschaftsvertrag anzusehen, der die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft zum Inhalt habe. Dieser Auffassung, so meint die Revision, stehe die übereinstimmende Beurteilung der Parteien entgegen, die noch während des Prozesses gemeinsam von dem Vorliegen lediglich einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ausgegangen seien. Das Berufungsgericht hat jedoch dieser Beurteilung beider Parteien mit Recht keine selbständige Bedeutung beigemessen. Es besteht im Schrifttum Einigkeit darüber, dass es in diesem Punkt nicht auf die Beurteilung der Vertragschliessenden ankommt. Sind die objektiven Voraussetzungen für das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft gegeben, so ist es ohne Belang, ob die Beteiligten für ihren gesellschaftlichen Zusammenschluss auch die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft gewollt haben oder nicht (Weipert, RGRK HGB § 105 Bem 15; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft § 1 II). Das

Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft ist in diesem Fall unabhängig von dem Willen der Vertragschliessenden.

Weiter rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Beklagten in der Klagebeantwortung, dass nämlich der Abschluss eines schriftlichen Vertrages geplant gewesen sei, übergangen. Diese Behauptung sei auch innerlich wahrscheinlich, weil es allen kaufmännischen Gepflogenheiten zuwiderlaufe, einen langfristigen Vertrag von solcher Bedeutung anders als in schriftlicher Form abzufassen (RGZ 103, 75). Bei dieser Sachlage habe das Berufungsgericht die Pflicht gehabt, wenn es diese Behauptung nicht ohne weiteres als wahr unterstellen oder wenn es den Beklagten hierüber nicht als Partei vernehmen wollte, einen zulässigen Beweisantritt durch Vernehmung des Klägers anzuregen (§ 139 ZPO). Dieser Auffassung der Revision kann nicht gefolgt werden. Die Beklagten waren bereits durch das erstinstanzliche Urteil darauf hingewiesen worden, dass der Vertrag zwischen den Parteien als Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft zu beurteilen sei. Wenn sie bei dieser Sachlage auf ihre anfängliche von der Revision angeführte Behauptung überhaupt nicht mehr zurückgekommen sind, dann konnte das Berufungsgericht nicht erkennen, dass die Beklagten auf diese Behauptung zurückgreifen und für sie noch Beweismittel beibringen wollten. Es bestand daher für das Berufungsgericht auch nicht die Pflicht, den Beklagten eine entsprechende Anregung zu geben (BGH, Lindenmaier-Möhring Nr 3 zu § 139 ZPO).

III. Gegenüber der Behauptung der Beklagten, die Gesellschaft zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) sei am 7. Januar 1946 im gegenseitigen Einvernehmen auf-

gelöst worden, hat das Berufungsgericht festgestellt, daß bei dem am 7. Januar 1946 stattgefundenen Streit eine solche Auflösung nicht erfolgt sei. Bei dieser Feststellung geht das Berufungsgericht davon aus, dass selbst bei Zugrundelegung der von den Beklagten behaupteten Äusserungen in diesen ein Auflösungsbeschluss nach § 131 Nr 2 HGB nicht erblickt werden könne. Die im Streit hingeworfenen Worte des Beklagten zu 1), dass er mit dem Kläger nicht mehr zusammenarbeiten und seine Sache allein machen wolle, müssten als bloße, in augenblicklicher Aufwallung ausgesprochene Unmutsäusserung ohne rechtlichen Gehalt aufgefasst werden. Jedenfalls hätten sie nicht mit der Klarheit, die bei der Tragweite der Aufkündigung einer Handelsgesellschaft in einem eingerichteten Handelsbetrieb erforderlich sei, erkennen lassen, dass der Beklagte mit seiner Äusserung rechtsgeschäftliche Wirkungen habe verbinden wollen. Auch könne die Antwort des Klägers nur dahin verstanden werden, dass er sich auf den Streit nicht einlassen wolle und es dem Beklagten überlassen müsse, wie er sich künftig verhalten wolle. Demgegenüber wäre ein Auflösungsbeschluss unzweifelhaft nicht völlig losgelöst von einer Erörterung der Abwicklungsfrage ergangen. Diese Feststellung fände ihre Bestätigung in dem späteren Kündigungsschreiben des Beklagten vom 30. März 1946, das nicht notwendig gewesen wäre, wenn der Beklagte damals der Auffassung gewesen sei, die Auflösung der Gesellschaft mit dem Kläger bereits vereinbart zu haben. Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht die Vernehmung weiterer Zeugen über die Vorgänge am 7. Januar 1946 nicht für erforderlich gehalten.

Die Revision rügt die unterbliebene Vernehmung dieser Zeugen und erblickt darin eine Verletzung des § 286 ZPO. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Beklagten hatten als wesentlichen Inhalt des am 7. Januar 1946 zwischen den Beteiligten stattgefundenen Streits

und Wortwechsels, worin sie die Auflösung der Gesellschaft im gegenseitigen Einvernehmen erblickt haben, folgendes behauptet: Der Beklagte zu 1) habe bei dieser Gelegenheit erklärt, er könne und wolle unter diesen Umständen mit dem Kläger geschäftlich nicht mehr zusammenarbeiten, worauf der Kläger erwidert habe, dann mache eben jeder, was er für richtig halte. Diese Behauptung der Beklagten war von den vernommenen Zeugen nicht im vollen Umfang bestätigt worden, so dass sich die Beklagten aus diesem Grunde zur Benennung weiterer Zeugen veranlasst sahen. Von der Erhebung dieser Beweise konnte das Berufungsgericht ohne Verletzung des § 286 ZPO Abstand nehmen, indem es die in das Wissen dieser Zeugen gestellten tatsächlichen Behauptungen als wahr unterstellte. Dabei war es jedoch nicht gehindert, die rechtliche Würdigung dieser als wahr unterstellten Behauptungen in einem von der Auffassung der Beklagten abweichenden Sinn vorzunehmen. Es ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, dass es bei dieser Würdigung alle weiteren Umstände des Streitfalles am 7. Januar 1946 berücksichtigte, die als wahr unterstellten Äusserungen der Beteiligten nach ihrem Anlass und Wortlaut bewertete und sie an dem Gewicht, das einer Vereinbarung über die Auflösung einer Handelsgesellschaft nach den kaufmännischen Gepflogenheiten zukommt, mass und schliesslich bei seiner Würdigung auch noch in Rechnung stellte, dass der Beklagte zu 1) später selbst eine schriftliche Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses noch für notwendig gehalten hat. Eine unzulässige Übergehung wesentlicher Beweisangebote ist in einem solchen Vorgehen nicht zu erblicken; die Revision vermag auch selbst nicht darzutun, dass das Berufungsgericht die Behauptungen der Beklagten in tatsächlicher Hinsicht nicht im vollen Umfang als wahr unterstellt habe und nicht nur bei der rechtlichen Würdigung der tatsächli-

chen Behauptungen zu einer abweichenden Beurteilung gekommen sei.

IV. In seinen weiteren Ausführungen legt das Berufungsgericht dar, dass die von dem Beklagten zu 1) am 30. März 1946 ausgesprochene Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses entgegen der Ansicht des Landgerichts die Auflösung der Gesellschaft nicht zum 31. Dezember 1946 herbeigeführt habe. Zwar müsse nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen sei und daher nicht etwa einer ordentlichen Kündigung überhaupt entzogen gewesen sei. Dagegen müsse nach den besonderen Verhältnissen dieser Gesellschaft angenommen werden, daß die ordentliche Kündigung für einen bestimmten Zeitraum durch stillschweigende Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen worden sei. Diesen Ausschluss entnimmt das Berufungsgericht zunächst aus der besonders gearteten Leistung des Klägers, die dieser durch die Beibringung einer vorläufigen Arbeitserlaubnis seitens der Militärregierung im September 1945 als Einlage für die Gesellschaft erbracht habe. Diese Arbeitserlaubnis, die der Kläger nach den Vorstellungen der Beteiligten offenbar wegen seiner Eigenschaft als rassistisch Verfolgter erhalten habe, sei für die Gesellschaft von hohem Wert gewesen, weil sie den Gesellschaftern die Aufnahme der Werbung für Buch- und Inseratenbestellungen sowie die Beschaffung der erforderlichen Unterlagen mit Vorsprung vor anderen Konkurrenzunternehmungen ermöglichte. Diese besondere Art der Einlage des Klägers spreche dafür, dass nach den Vorstellungen der Parteien das Gesellschaftsverhältnis ohne Vorliegen wichtiger Gründe nicht aufgekündigt werden dürfe, bevor die beschaffte Erlaubnis den Beteiligten und damit auch dem Kläger habe Vorteile bringen können. Hierfür spreche des weiteren jedoch entscheidend, dass das Ver-

lagsunternehmen vor dem Erscheinen der geplanten Werke die Arbeitskraft und in sehr erheblichem Ausmass auch die Mittel der Gesellschafter in Anspruch nehmen musste und ihnen unzumutbare Verluste zugefügt haben würde, wenn die Gesellschaft vor dem Erscheinen der ersten der beiden Verlagswerke ohne Fortführung des Geschäftsunternehmens aufgelöst worden wäre. Bei dieser Sachlage müsse nach dem vernünftigerweise vorauszusetzenden Willen der beiden Gesellschafter der stillschweigende Abschluss der ordentlichen Kündigung bis zu diesem Zeitpunkt angenommen werden. In seinen weiteren, im wesentlichen tatsächlich belegten Darlegungen kommt das Berufungsgericht sodann unter entsprechender Berücksichtigung der Entwicklung, die der Geschäftsbetrieb der Beklagten genommen hat, zu dem Ergebnis, dass als dieser Zeitpunkt der 31. Dezember 1948 in Betracht komme und dass daher die Kündigung des Beklagten erst zu diesem Zeitpunkt die Gesellschaft zur Auflösung gebracht habe.

1.) Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision zunächst in rechtlicher Hinsicht. Sie meint, dass es gemäss § 723 Abs 3 BGB unzulässig sei, bei einer auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft das ordentliche Kündigungsrecht für eine kalendermässig und auch sonst nicht bestimmte Zeit auszuschliessen. Mit dieser Auffassung verkennt die Revision die Bedeutung der Ausführungen des Berufungsgerichts, ohne dass es in diesem Zusammenhang einer abschliessenden Stellungnahme zu der streitigen Frage bedarf, ob die Vorschrift des § 723 Abs 3 BGB überhaupt auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung finden muss oder nicht.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Meinung vertreten, dass auch bei einer Gesellschaft, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, die ordentliche Kündigung für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen wer-

den kann (RGZ 82, 399; 95, 151; 156, 134; DR 1939, 1521; SeuffA 94 Nr 56). Diese Auffassung, der sich auch das Schrifttum im wesentlichen angeschlossen hat (vgl statt anderen RGRK BGB § 723 Bem 3; Weipert aaO § 132 Bem 15; Hueck aaO § 24 I, 1), steht nicht im Widerspruch zu der Vorschrift des § 723 Abs 3 BGB, da sich diese Vorschrift nicht auf zeitliche Beschränkungen, sondern nur auf andere Erschwerungen oder den völligen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts bezieht. Bei dem Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts, der bei einer Gesellschaft auf unbestimmte Zeit für eine bestimmte Zeit vereinbart ist, ist es nicht notwendig, dass der fragliche Zeitraum oder Zeitpunkt kalendermässig bestimmt ist (RGZ 95, 151; Weipert aaO). Es genügt auch jede andere Festlegung dieses Zeitraums oder Zeitpunkts, wenn sie nur im einzelnen Fall genügend bestimmbar ist. Dabei kann sich eine solche Festlegung nach der Art des Gesellschaftszwecks richten. Insbesondere kann darauf abgestellt werden, dass bei einem Verlagsunternehmen der vorliegenden Art nicht vor der Herausgabe bestimmter, zunächst geplanter Werke eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden darf. In rechtlicher Hinsicht ist es ohne entscheidende Bedeutung, ob für einen solchen zeitweisen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts die Feststellung einer stillschweigenden Vereinbarung getroffen wird, oder ob sich ein solcher Ausschluss im Einzelfall auch ohne Annahme einer besonderen stillschweigenden Vereinbarung schon aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 157 BGB) ergibt (so RG SeuffA 94 Nr 56 in dem dort entschiedenen Fall). Es kann daher nicht, wie die Revision meint, davon gesprochen werden, dass hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die ordentliche Kündigung für eine unbestimmte Zeit ausgeschlossen ist.

2.) Des weiteren greift die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts über die zeitweise Ausschließung des ordentlichen Kündigungsrechts auch mit einer Reihe von tatsächlichen Erwägungen an. Dabei meint sie zunächst, dass sich die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mit dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien vereinbaren liessen, wonach die Gesellschaft nicht nur zur Herausgabe der Erstauflage der beiden geplanten Druckwerke, sondern auch zur Herausgabe weiterer Auflagen errichtet worden sei, zumal sich ein Verlagsunternehmen dieser Art erst bei der Herausgabe weiterer Auflagen als rentabel erweise. Bei dieser Rüge übersieht die Revision, dass sich die Feststellungen des Berufungsgerichts keineswegs mit diesen Ausführungen der Parteien in Widerspruch setzen; denn diese Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben unmissverständlich, dass das Gesellschaftsunternehmen des Klägers und des Beklagten zu 1) auf unbestimmte Zeit errichtet worden war, also auch gerade die Möglichkeit der Herausgabe weiterer Auflagen der in Frage stehenden Verlagswerke erfasste. Die zeitliche Einschränkung, die das Berufungsgericht nach seinen Feststellungen angenommen hat, bezieht sich demgegenüber nur auf die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts. Nur dieses war danach durch diese Einschränkung zeitweise ausgeschlossen, nicht aber das Gesellschaftsunternehmen selbst zeitlich beschränkt.

Ferner meint die Revision, dass die Annahme des Berufungsgerichts vom Ausschluss des Kündigungsrechts auf bestimmte Zeit deshalb unhaltbar sei, weil Kaufleute derart wesentliche Vereinbarungen schriftlich zu treffen pflegten. Auch dieser Auffassung der Revision kann - jedenfalls in dieser allgemeinen Formulierung - nicht beigeprpflichtet werden. Wenn es auch bei der Bedeutung, die dem zeitweisen Ausschluss des ordentlichen

Kündigungsrechts nach § 132 HGB zukommt, im allgemeinen geboten sein wird, für die Annahme einer dahingehenden stillschweigenden Vereinbarung zuverlässige Anhaltspunkte, insbesondere unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftszwecks und des sonstigen Inhalts des Gesellschaftsvertrages zu finden, so kann jedenfalls bei mündlich abgeschlossenen Gesellschaftsverträgen nicht die Auffassung vertreten werden, dass solche stillschweigenden Vereinbarungen überhaupt nicht denkbar seien. Die eingehenden Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben in diesem Zusammenhang genügend konkrete Anhaltspunkte für seine Annahme, so dass diese auch unter Berücksichtigung der Tragweite einer solchen Vereinbarung aus Rechtsgründen jedenfalls möglich und daher haltbar ist. Vor allem kann diese Annahme auch nicht, wie die Revision des weiteren meint, als willkürlich angesehen werden. Es trifft entgegen der Auffassung der Revision nicht zu, dass mit gleichem Recht bei nahezu jedem Gesellschaftsvertrag oder wenigstens bei jedem gemeinschaftlichen Verlagsunternehmen eine gleiche zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts angenommen werden müsste. Das Berufungsgericht hat mit Recht seine Feststellung gerade an Hand der besonderen Verhältnisse dieser Gesellschaft getroffen und sie auf tatsächliche Erwägungen gestützt, die nicht allgemein, sondern in dem vorliegenden besonderen Fall die Annahme von dem zeitweisen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts rechtfertigen. Wenn sich die Revision endlich für ihre entgegenstehende Auffassung noch auf die absolute Lebensnotwendigkeit des Kündigungsrechts beruft, so bedarf es eines weiteren Eingehens auf diese Ausführungen nicht, weil sich diese ihrem Inhalt nach mit dem ausserordentlichen Kündigungsrecht, der Kündigung aus wichtigem Grund, befassen und die Ausübung dieses Kündigungsrechts durch die Annahme

des Berufungsgerichts nicht berührt wird.

Schliesslich wendet sich die Revision gegen die Beurteilung, mit der das Berufungsgericht die besondere Bedeutung der im September 1945 erteilten Arbeitserlaubnis für die Gesellschaft der Parteien begründet hat. Diese Einwendung der Revision liegt zunächst auf tatsächlichem Gebiet. Das Berufungsgericht hat bei seinen Ausführungen nicht übersehen, dass diese Arbeitserlaubnis noch nicht zur Herausgabe der vorgesehenen Verlagswerke berechnigte, sondern dass es dazu damals noch einer besonderen Genehmigung der Militärregierung nach dem MilRegG Nr 171 und der Ziff II a der Nachrichtenkontrollvorschrift Nr 1 bedurfte. Im übrigen kann dieser Einwendung, soweit sie sich auch noch auf einen übergangenen Beweisantrag stützt, deshalb keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, weil sich die Annahme des Berufungsgerichts von dem zeitweisen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts entscheidend auf die besonderen Verhältnisse in dem Adressbuchverlag der Parteien stützt; der angegriffenen Beurteilung des Berufungsgerichts über die Arbeitserlaubnis kommt daher in diesem Zusammenhang kein entscheidendes Gewicht zu.

V. Das Berufungsgericht entnimmt aus seinen vorstehend dargelegten rechtlichen Ausführungen, dass sich der Beklagte zu 1) durch sein Verhalten, durch die Errichtung einer zweiten Gesellschaft mit den Mitteln und dem Bestand des ersten Gesellschaftsunternehmens, nicht nur einer Verletzung des ihn treffenden Wettbewerbsverbots (§§ 112/13 HGB), sondern auch eines schwerwiegenden Eingriffs in den gesamten Bestand des zunächst mit dem Kläger errichteten und betriebenen Unternehmens schuldig gemacht habe. Dieser Eingriff stelle sich als eine unerlaubte Handlung dar

(§ 826 BGB), an der auch die Beklagte zu 2) vorsätzlich mitgewirkt habe. Beide Beklagten hafteten daher gesamtschuldnerisch dem Kläger auf Ersatz des Schadens, der ihm durch dieses Verhalten entstanden sei. Die Schädigung des Klägers erblickt das Berufungsgericht darin, dass ihm im Zeitpunkt der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, die er mit dem Beklagten zu 1) errichtet hatte, sein Auseinandersetzungsanspruch geschmälert worden sei, und zwar dadurch, dass zu dem Gesellschaftsvermögen nicht mehr der unmittelbaren Beherrschung zugängliche Vermögenswerte gehörten. Diesen Schaden könne der Kläger auch für eigene Rechnung geltend machen, ohne genötigt zu sein, auf Ersatzleistung an die Gesellschaft zu klagen; zum mindesten sei er jedoch nach den Grundsätzen der Entscheidung RGZ 158, 314 für berechtigt anzusehen, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen die beiden Beklagten unter Vorwegnahme der Auseinandersetzung bis zu dem Betrag zu seinen Gunsten geltend zu machen, den er ohne die schädigenden Handlungen der Beklagten bei der förmlichen Auseinandersetzung des Vermögens der von ihm errichteten Gesellschaft zu beanspruchen gehabt hätte.

1.) In diesem Zusammenhang ist es zunächst von Bedeutung, ob, wie die Revision bezweifelt, der Kläger in der Lage ist, den Schadensersatzanspruch im eigenen Namen zu seinen eigenen Gunsten geltend zu machen. Bei der Beurteilung dieser Frage kann dem Berufungsgericht darin nicht gefolgt werden, dass sich die Berechtigung des Klägers zu einer solchen Geltendmachung schon daraus ergebe, dass die Beklagten durch ihren Eingriff in den Geschäftsbetrieb des Gesellschaftsunternehmens das Mit-eigentum des Klägers an den Sachen des Geschäfts verletzt und seinen Auseinandersetzungsanspruch unmittel-

bar geschmälert hätten. Hieraus kann eine Klageberechtigung des Klägers zu seinen eigenen Gunsten nicht entnommen werden. Die offene Handelsgesellschaft stellt im Rahmen des § 124 HGB ein eigenes Rechtssubjekt in dem Sinn dar, dass ihr eigene Ansprüche zustehen und eigene Verpflichtungen obliegen, die etwaigen Ansprüchen und Verpflichtungen der einzelnen Gesellschafter selbständig gegenüberstehen. Demzufolge sind Ansprüche, die in der Gesellschaftssphäre zugunsten der Gesellschaft, nämlich zugunsten der gesamthänderischen Zusammenfassung aller Gesellschafter begründet werden, allein Ansprüche der Gesellschaft, es sei denn, dass auf Grund eines besonderen Tatbestandes, etwa auf Grund des Gesellschaftsvertrages, dem einzelnen Gesellschafter ein gleichgerichteter Anspruch unmittelbar zusteht. Tritt eine offene Handelsgesellschaft nach Massgabe des § 124 HGB selbständig im Rechtsverkehr auf, so werden dadurch - unbeschadet der Vorschrift des § 128 HGB - auch nur Ansprüche und Verpflichtungen zugunsten und zu Lasten der offenen Handelsgesellschaft begründet. Das gilt naturgemäss auch dann, wenn unerlaubte Handlungen gegenüber der offenen Handelsgesellschaft begangen und dadurch Ansprüche gegen den Schädiger, sei es wegen Verletzung von Eigentum oder sonstiger absoluter Rechte der Gesellschaft (§ 823 Abs 1 BGB) sei es wegen sittenwidriger Vermögensschädigung (§ 926 BGB), begründet werden. Es ist nicht möglich, in diesen Fällen auch einen eigenen Anspruch des einzelnen Gesellschafters deshalb anzuerkennen, weil im Fall des § 823 Abs 1 BGB sein Gesamthandseigentum verletzt oder durch eine sonstige Schaden stiftende Handlung sein Auseinandersetzungsanspruch nach Auflösung der Gesellschaft verkürzt worden sei. Die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens im Rahmen des § 124 HGB und die damit verbundene eigene Anspruchsberechtigung und

Verpflichtungsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft stehen einer solchen Möglichkeit entgegen.

Muss somit davon ausgegangen werden, dass durch die vom Berufungsgericht angenommenen unerlaubten Handlungen der Beklagten gegenüber der vom Kläger und dem Beklagten zu 1) errichteten offenen Handelsgesellschaft zunächst ein Schadensersatzanspruch zugunsten der Gesellschaft und nicht ein Anspruch zugunsten des Klägers entstanden ist, so ist damit gleichwohl die Frage, ob vorliegendenfalls der Kläger zur Geltendmachung dieses Anspruchs befugt ist, noch nicht abschliessend entschieden. Was das Verhalten des Beklagten zu 1) anlangt, so stellt sich dieses, wie auch schon das Berufungsgericht hervorgehoben hat, als eine schwere Verletzung seiner im Gesellschaftsvertrag gegenüber dem Kläger übernommenen Verpflichtungen dar. Insoweit steht dem Kläger auf Grund des Gesellschaftsvertrages, der für ihn unmittelbare Rechte und Pflichten gegenüber dem Beklagten zu 1) begründet, ein eigener Anspruch (*actio pro socio*) zu, den er im eigenen Namen gegenüber dem Beklagten zu 1) geltend zu machen befugt ist. Daran ändert auch nichts, dass auf Grund des gleichen Sachverhalts der Gesellschaft selbst ein entsprechender Ersatzanspruch zusteht. Die Besonderheit des dem Kläger unmittelbar zustehenden Anspruchs besteht nur darin, dass er mit diesem Anspruch zunächst nur Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft und nicht an sich selbst zu fordern berechtigt ist. Es muss durch die Leistung des Schadensersatzes der Zustand wieder hergestellt werden, der ohne das Schaden stiftende Ereignis bestanden haben würde. Das bedeutet, da der Schaden der Gesellschaft unmittelbar zugefügt worden ist, dass auch die Leistung des Schadensersatzes der Gesellschaft zufließen muss. An der Berechtigung des

Klägers zur eigenen Geltendmachung des der Gesellschaft zustehenden Schadensersatzanspruchs hat sich auch dadurch nichts geändert, dass die Gesellschaft inzwischen durch das Wirksamwerden der Kündigung in den Zustand der Abwicklung getreten ist. Auch während dieses Zeitraums bleibt die Befugnis des einzelnen Gesellschafters - jedenfalls für Schadensersatzansprüche - zur unmittelbaren Geltendmachung der actio pro socio unbeschadet der Vertretungsbefugnis der Abwickler aufrechterhalten (RGZ 90, 300, 158, 314; JW 1927, 1090; 1938, 3180).

Bei dieser Rechtslage fragt es sich noch, ob der Kläger auf Grund der besonderen Verhältnisse des vorliegenden Sachverhalts berechtigt ist, den ihm gegenüber dem Beklagten zu 1) zustehenden Anspruch (actio pro socio) auch mit der Massgabe geltend zu machen, dass er die Leistung des Schadensersatzes nicht an die Gesellschaft, sondern an sich selbst verlangt. Diese Frage ist zu bejahen. Bei einer werbenden Gesellschaft ist die Notwendigkeit, dass ein Gesellschafter mit der ihm zustehenden actio pro socio nur Leistung an die Gesellschaft verlangen kann, dadurch bedingt, dass diese Leistung der Erfüllung des Gesellschaftszwecks zu dienen bestimmt ist, dass also nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages, der zugleich die Grundlage für diesen Anspruch darstellt, diese Leistung der Gesellschaft selbst und nicht einem einzelnen Gesellschafter zukommen soll. An dieser Sachlage ändert sich im allgemeinen auch dadurch nichts, dass die Gesellschaft in den Zustand der Abwicklung gerät. In diesem Fall hat die Leistung dem Abwicklungszweck zu dienen, ist also dazu bestimmt, die Abwicklung nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages oder der gesetzlichen Vorschriften zu gewährleisten. Es ist in einem solchen Fall im allgemeinen nicht möglich, dass der eine Gesellschafter vor der endgültigen Durchführung der Abwicklung

von dem anderen Gesellschafter (teilweise) Leistung an sich verlangt, wenn diese Leistung zunächst nicht ihm, sondern der Gesellschaft zukommt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat jedoch das Reichsgericht (RGZ 158, 314) dann anerkannt, wenn durch eine solche Leistung das Ergebnis der Auseinandersetzung mit den anderen Gesellschaftern in zulässiger Weise vorweggenommen und dadurch ein weiteres Auseinandersetzungsverfahren vermieden wird. Einen solchen Ausnahmetatbestand sieht das Reichsgericht dann als gegeben an, wenn keine Gesellschaftsverbindlichkeiten mehr vorhanden sind und es sich nur noch um die Verteilung des in der Ersatzforderung bestehenden letzten Vermögensgegenstandes handelt. Dieser Auffassung ist beizutreten. Denn es würde jeden vernünftigen Sinns entbehren, wenn in einem Fall dieser Art der berechnigte Gesellschafter zunächst Leistung an die Gesellschaft verlangen müsste und dann erst im Wege der Auseinandersetzung die Auskehrung dieser erbrachten Leistung an sich verlangen könnte. In einem Fall dieser Art wird durch die unmittelbare Leistung an den betreffenden Gesellschafter nicht der Abwicklungszweck gefährdet, sondern gerade entsprechend diesem Zweck das einfachste Verfahren zur endgültigen Auseinandersetzung ermöglicht.

Bei den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen die Annahme, dass im vorliegenden Fall ein solcher Ausnahmetatbestand im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts gegeben ist. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Gesellschaft des Klägers und des Beklagten zu 1) ohne die unerlaubten Handlungen der Beklagten bis zum 31. Dezember 1948 Trägerin eines gewinnbringenden Unternehmens geblieben wäre und daher der Kläger jedenfalls so zu stellen sei, als wenn dieses Verlagsunternehmen

zu dem genannten Zeitpunkt von den Beklagten gegen Abfindung des Klägers übernommen oder mangels Einigung über eine solche Abwicklung auf gemeinsame Rechnung veräussert worden wäre. Das Berufungsgericht bemisst somit die Höhe des Schadensersatzanspruchs des Klägers von vornherein in der Höhe, die bei der ungestörten Entwicklung des Verlagsunternehmens für den Abfindungs- oder Auseinandersetzungsanspruch des Klägers am 31. Dezember 1948 in Betracht gekommen wäre. Bei dieser Berechnung sind alle Umstände berücksichtigt, die insgesamt für die abschliessende Durchführung der Abwicklung in Frage kommen, so dass mit der von den Beklagten geschuldeten Leistung die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern im vollen Umfange vorweggenommen ist und nichts mehr für eine weitere Abwicklung der Gesellschaft übrig bleibt.

2.) Des weiteren erhebt sich die Frage, ob der Kläger den Schadensersatzanspruch auch gegenüber der Beklagten zu 2) im eigenen Namen zu seinen Gunsten geltend machen kann. Mit der Beklagten zu 2) steht der Kläger nicht in vertraglichen Beziehungen, sie ist nicht Gesellschafterin der vom Kläger und dem Beklagten zu 1) errichteten offenen Handelsgesellschaft. Als Grundlage für den gegen sie gerichteten Schadensersatzanspruch kommen daher lediglich, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, die Vorschriften über die unerlaubte Handlung in Betracht. Eine actio pro socio steht daher dem Kläger gegen die Beklagte zu 2) nicht zu. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt kann demgemäss dem Kläger auch nicht eine eigene Klagebefugnis zugewilligt werden. Dessen ungeachtet muss aber auch in diesem Zusammenhang der Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts Rechnung getragen werden. Auch bei dieser Forderung handelt es sich um den letzten Vermögenswert der aufgelösten und in Abwicklung befindlichen Gesellschaft,

und zwar um den Vermögenswert der Gesellschaft, der nach dem Auseinandersetzungsverfahren zweifelsfrei dem Kläger allein zusteht. Auch hier wird demgemäss durch die Auskehrung dieses Vermögenswertes unmittelbar an den Kläger die Abwicklung der Gesellschaft abgeschlossen und die Gesellschaft selbst beendet. Aus den gleichen Erwägungen wie bei dem Anspruch gegen den Beklagten zu 1) ist daher auch insoweit der Übergang des Anspruchs von der Gesellschaft auf den Kläger gerechtfertigt und geboten. Dem Abwicklungszweck, der allein noch die Grundlage für die ursprüngliche Anspruchsberechtigung der Gesellschaft bildet, wird durch diesen Übergang abschliessend entsprochen, indem damit die Abwicklung durchgeführt und beendet ist.

VI. Die Revision wendet sich schliesslich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Beklagten überhaupt zum Schadensersatz verpflichtet seien. In diesem Zusammenhang rügt die Revision zunächst, dass das Berufungsgericht die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten nicht beachtet habe, wonach überhaupt keine Vermögenswerte der Gesellschaft vorhanden gewesen seien, als sie - die Beklagten - sich zu einer neuen Gesellschaft zusammengeschlossen hätten. Das ist jedoch nicht richtig. Die Beklagten haben in ihren von der Revision angezogenen Schriftsätzen lediglich behauptet, dass zu dem fraglichen Zeitpunkt nur verhältnismässig geringwertige Vermögensgegenstände vorhanden gewesen seien; sie wollten damit dartun, dass es sich bei dem Gewerbe des Klägers und des Beklagten zu 1) um ein Kleingewerbe gehandelt habe. Muss daher schon aus diesem Grunde die Rüge der Revision als unbegründet angesehen werden, so kommt hinzu, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des übereinstimmenden Parteivortrages in rechtlich einwandfreier Weise dargelegt hat, welche Vermögenswerte die Gesellschaft in ihrem eingerichteten und

gerade angelaufenen Geschäftsbetrieb gehabt hat. Es kann daher unter diesem Gesichtspunkt das Vorliegen eines zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens der Beklagten nicht verneint werden.

Die Revision greift des weiteren die Auffassung des Berufungsgerichts an, dass sich auch die Beklagte zu 2) einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht habe. Die Revision meint, dass die Beklagte zu 2) davon ausgehen konnte, dass dem Kläger das Gesellschaftsverhältnis am 7. Januar 1946 mit sofortiger Wirkung gekündigt worden sei. Mit diesen Ausführungen setzt sich die Revision mit den von ihr nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch. Das Berufungsgericht ist unter eingehender Würdigung der besonderen Verhältnisse und der zutage getretenen tatsächlichen Umstände, die sich unmittelbar vor und nach dem Abschluss des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Beklagten ereignet haben, zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte zu 2) unmöglich der Überzeugung gewesen sein könnte, dass ihr Ehemann allein über den Geschäftsbetrieb des mit dem Kläger geschlossenen Gesellschaftsunternehmens verfügen durfte. Diese Feststellung reicht aus, um die Ansicht des Berufungsgerichts zu begründen, dass die Beklagte zu 2) gegenüber dem Kläger ebenfalls vorsätzlich gehandelt hat.

Da im übrigen auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts über die Anwendung des § 826 BGB - auch die Revision erhebt insoweit keine weiteren Bedenken - rechtlich zutreffend sind, hat das Berufungsgericht mit Recht die Schadensersatzpflicht der Beklagten gegenüber

dem Kläger bejaht.

Die Revision ist daher mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Drost

Dr. Selowsky

Dr. Delbrück

Dr. Haidinger

Dr. Fischer