

24

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: ZPO §§ 322, 536, 559.

Rechtssatz:

Hat der Beklagte neben anderen Einwendungen gegen die Klageforderung auch die Aufrechnung mit einer streitigen Gegenforderung geltend gemacht, so kann er sich im Rechtsmittelverfahren auch ohne Einlegung eines eigenen Rechtsmittels auf die anderen Einwendungen berufen, falls der Vorderrichter die Abweisung der Klage unter Zurückweisung der übrigen Einwendungen nur auf die Aufrechnung gestützt hat.

2. Gesetz: BGB §§ 711, 714.

Rechtssatz:

Ist ein Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gesellschaftsrechtlich zur selbständigen Geschäftsführung und Vertretung befugt, so hat ein gegen eine von ihm vorgenommene Handlung erhobener Widerspruch eines anderen Gesellschafters jedenfalls dann keine Wirkung nach außen, wenn er dem Geschäftspartner nicht bekannt gegeben war.

Aktenzeichen: II ZR 309/53

Urteil des BGH vom 10. März 1955 OLG Frankfurt/Main

34

II ZR 309/53

Verkündet
am 10. März 1955
Jodas, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Druckerei und Verlag H. D. [REDACTED];
Inhaberin Ella D. [REDACTED], in K. [REDACTED]-N. [REDACTED],
H. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Kaufmann C.R. S. [REDACTED] in F. [REDACTED]/Main,
G. [REDACTED] str. [REDACTED],
2. den Kaufmann K.R. N. [REDACTED] in O. [REDACTED]/Main,
L. [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1): Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
- Prozeßbevollmächtigter zu 2): Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Februar 1955 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrich-
ter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Artl und Dr. Winkelmann
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt/Main vom 8. Juli 1953 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin fordert von den beiden Beklagten als Gesamtschuldnern die Zahlung eines Restbetrages von 7.940,74 DM aus einem Druckauftrag; die Beklagten machen eine nach ihrer Meinung dem Beklagten S. gegen die Klägerin zustehende Schadensersatzforderung geltend. Diese wird teils zur Aufrechnung gestellt, teils vom Beklagten S. mit der Widerklage verfolgt.

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die von einigen Firmen der Fahrradindustrie gebildete "I. Gemeinschaft zur Förderung des R. und des R. e.V." Sch., kurz IRA genannt, entschloß sich Anfang 1949, eine Sonderwette "Radsport-Toto" zu veranstalten und diese dem Fußball-Toto nachgebildete Neuerung bei dem in demselben Jahr geplanten Straßenradrennen "Quer durch Deutschland" einzuführen.

Die IRA trat deshalb an den Beklagten S. heran und bat ihn, sich für die Verwirklichung dieses Vorhabens einzusetzen. In dem Beklagten N., einem Fußball-Toto-Fachmann, fand der Beklagte S. einen Partner, der an der neuen Wette ebenfalls ein Interesse hatte; er gründete deshalb mit ihm eine "Organisationsgemeinschaft". Dieser Organisationsgemeinschaft übertrug die IRA durch Vereinbarung vom 28. April 1949 die Aufgabe, durch Verhandlungen mit den zuständigen Stellen und den interessierten Kreisen, vor allem den Landes-Toto-Gesellschaften, die Durchführung der Rad-Wette vorzubereiten und die dazu notwendigen organisatorischen Maßnahmen durchzuführen. Nach Abschnitt III sollte die Organisationsgemeinschaft die ihr zufallenden Organisationsaufgaben und Propagandamaßnahmen ohne Zuschuß der IRA durchführen; nach IV erteilte ihr die IRA das allei-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

nige Recht zur Gestaltung des amtlichen Wettscheins mit informatorischer Vorschau, zu dessen Herausgabe und Vertrieb, über den ihr Vereinbarungen mit den einzelnen Toto-Unternehmern überlassen wurden.

Zur Durchführung des Planes brachte der Beklagte N. sodann den Beklagten S. mit der Sport-T. GmbH Rheinland-Pfalz und deren Geschäftsführer W. in Verbindung. Die T.-GmbH Rheinland-Pfalz fand an dem Plan Gefallen; auf ihren Wunsch brach die Organisationsgemeinschaft die Verhandlungen mit anderen T.-Gesellschaften ab. Als die Verhandlungen mit der T.-GmbH Rheinland-Pfalz so weit gediehen waren, daß die Durchführung der geplanten Rad-Wette wahrscheinlich erschien, entwarf die Organisationsgemeinschaft die Tippvorschauen und -zettel und übersandte die Entwürfe der T.-GmbH Rheinland-Pfalz und der Klägerin zur Unterrichtung; dabei erklärte sie der Klägerin, grundsätzlich bereit zu sein, diese mit dem Druck der Tippvorschauen und -zettel zu beauftragen. Zwischen der Organisationsgemeinschaft und der T.-GmbH Rheinland-Pfalz wurde vereinbart, es sollten nicht nur 250.000 Vorschauen, wie die Organisationsgemeinschaft zunächst gewünscht hatte, sondern entsprechend dem Vorschlag der T.-GmbH Rheinland-Pfalz 400.000 mit einem Preisaufdruck "Preis 20 Pfennig" auf Kosten der Organisationsgemeinschaft gedruckt und von der T.-GmbH Rheinland-Pfalz vertrieben werden; von dem Verkaufserlös der Vorschauen sollten die Organisationsgemeinschaft und T.-GmbH Rheinland-Pfalz je 10 Deutsche Pfennig für jedes verkaufte Stück erhalten. Neben diesen Vorschauen mit aufgedrucktem Preis sollten noch 120.000 Exemplare ohne Preisaufdruck und 75.000 lose Tippzettel auf Kosten der T.-GmbH Rheinland-Pfalz gedruckt werden. Daraufhin beauftragte der Beklagte S. für die Organisationsgemeinschaft die Klägerin mit dem Druck der genannten Vorschauen und Tippzettel. Mit Rechnung vom 19. Juli 1949 berechnete

die Klägerin der Organisationsgemeinschaft für den Druck der 400.000 Vorschauen mit Preisaufdruck 10.336,02 DM; hiervon sind die mit der Klage geforderten 7.940,74 DM noch nicht beglichen. Die Druckkosten für die 120.000 Vorschauen ohne Preisaufdruck und die 75.000 Tippzettel bezahlte die T■■■■-GmbH Rheinland-Pfalz der Klägerin.

Die T■■■■-GmbH unterhielt in K■■■■ eine "Rheinland-pfälzische T■■■■-Hauptstelle", die als "rechtlich selbständig" bezeichnet wird, also, soweit ersichtlich, auf eigene Rechnung ihres "Leiters" Si■■■■ betrieben wurde. Dieser wollte außerhalb der sonstigen Werbemaßnahmen eine Sonderaktion durchführen, mit einer motorisierten Kolonne den Radrennfahrern vorausfahren und an die Zuschauer Vorschauen verkaufen. Zur Durchführung dieses Planes erteilte er der Klägerin einen weiteren Druckauftrag über 300.000 Vorschauen mit Preisaufdruck, denn die ursprünglich vorhandenen 400.000 Vorschauen hatte die T■■■■-GmbH Rheinland-Pfalz bereits restlos an ihre Annahmestellen verteilt. Die Klägerin ließ diesen Auftrag durch eine andere Druckerei im Lohndruck ausführen und erhielt von Simonis Bezahlung der Druckkosten.

Gegenüber der Klage auf Zahlung des Restrechnungsbeitrages von 7.940,74 DM wenden die Beklagten ein, der Auftrag sei der Klägerin von der Organisationsgemeinschaft nicht im eigenen Namen, sondern in Vollmacht der IRA erteilt worden; sie berufen sich ferner auf einen von ihnen behaupteten Verzicht der Klägerin und auf Verwirkung. Der Beklagte N■■■■ beruft sich darauf, er sei mit der Auftragserteilung nicht einverstanden gewesen. Hilfsweise stellen die Beklagten einen Schadensersatzanspruch zur Aufrechnung, den sie aus dem Druck der 300.000 Vorschauen für Si■■■■ herleiten. Sie behaupten, hiervon seien 90.000 Stück für je 20 Pfennig verkauft worden; dadurch sei der Absatz der vereinbarungsgemäß gedruckten 400.000 Vorschauen entsprechend vermindert

und die Organisationsgemeinschaft um einen entsprechenden Erlösanteil von 9.000 DM geschädigt worden. Wegen des Unterschiedes zwischen diesem Betrage und der Klageforderung hat der Beklagte S. [REDACTED] Widerklage auf Zahlung von 1.059,26 DM erhoben, während sich der Beklagte N. [REDACTED] auf den Klageabweisungsantrag beschränkt hat.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, der Widerklage in Höhe von 59,26 DM stattgegeben und den weitergehenden Antrag der Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin und die Anschlußberufung des Beklagten S. [REDACTED] zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung beider Beklagten nach dem Klageantrag und die vollständige Abweisung der Widerklage. Die Beklagten beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht betrachtet die von den Beklagten gebildete Organisationsgemeinschaft ohne Rechtsirrtum und ohne Widerspruch der Parteien als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Es stellt tatsächlich fest, daß diese Gesellschaft der Klägerin den Druckauftrag im eigenen Namen erteilt habe, und folgert hilfsweise aus Abschnitt III der Vereinbarung mit der IRA, daß die Beklagten von dieser keine Vollmacht zur Erteilung des Druckauftrages hatten. Die Beklagten können sich daher nicht darauf berufen, daß die Klägerin nur Ansprüche gegen die IRA und nicht gegen die Beklagten habe.

II. Dem Einwand des Beklagten N. [REDACTED], der Auftrag sei für ihn deshalb nicht verbindlich, weil der Beklagte Sonntag ihn ohne die erforderliche Vertretungsmacht erteilt habe, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt, es hat die Kla-

ge nur deshalb abgewiesen, weil es die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung für begründet hält.

Der Beklagte N. hat auch in der Revisionsinstanz seine Einwendungen dagegen wiederholt, daß er aus dem von dem Beklagten S. unstreitig allein erteilten Druckauftrag überhaupt hätte verpflichtet werden können. Falls dies zutrifft, so wäre die Revision ihm gegenüber schon aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt, ohne daß es im Verhältnis zu ihm der Entscheidung über die Aufrechnung bedürfte.

1. Es ist dem Beklagten N. darin zuzustimmen, daß diese Frage in der Revisionsinstanz vorweg entschieden werden kann und muß. Das Reichsgericht hat wiederholt entschieden, daß in einer solchen Nachprüfung weder ein Verstoß gegen die Regeln der Rechtskraft liegt noch eine Verletzung Grundsatzes, daß die angegriffene Entscheidung solange nicht zum Nachteil des Rechtsmittelklägers geändert werden darf (§§ 536, 559 ZPO), als die Gegenseite nicht ebenfalls ein Rechtsmittel einlegt oder sich dem eingelegten Rechtsmittel anschließt (RGZ 70, 158; 80, 164). Die Entscheidung RGZ 161, 167 171 weicht hiervon für den Fall der Aufrechnung nur in der Begründung, aber nicht im Ergebnis ab. Es kann im vorliegenden Falle ebenso wie in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen offen bleiben, ob ein Beklagter, der die Abweisung einer Klage nicht wegen seiner sonstigen Einwendungen, sondern nur auf Grund der Aufrechnung mit einer Gegenforderung erreicht hat, in der Lage wäre, das Urteil wegen der darin für ihn liegenden Beschwer mit einem Rechtsmittel anzugreifen. Auch wenn man diese Möglichkeit aus den vom Reichsgericht (RGZ 161, 167 172) angeführten Gründen bejaht, so ergibt sich doch daraus kein Hindernis dagegen, daß ein solcher Beklagter im Rahmen der Verteidigung gegen das vom Kläger eingelegte Rechtsmittel alle seine Einwendungen wiederholt ohne Rücksicht darauf, ob der Vorderrichter

ihnen gefolgt ist oder nicht. Es liegt hier nicht anders, als wenn ein Beklagter ohne Geltendmachung einer Aufrechnung mehrere voneinander unabhängige Einwendungen erhoben hat und nur mit einer von ihnen durchgedrungen ist. Wie in diesem Fall das Revisionsgericht nicht gehindert ist, den vom Berufungsgericht herangezogenen Abweisungsgrund unerörtert zu lassen, wenn es die Klage aus einem vom Berufungsgericht bekannten Grunde für abweisungsreif hält (§ 563 ZPO), so kann und muß das Revisionsgericht auch von einer Entscheidung über eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung absehen, wenn es im Gegensatz zum Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klageforderung auch ohne die Aufrechnung unbegründet, also zur Aufrechnung von vornherein nicht geeignet war. Auch in der angeführten Entscheidung RGZ 161, 167 ff hat das Reichsgericht aus der offen gelassenen Möglichkeit eines eigenen Rechtsmittels deshalb mit Recht nicht die jetzt von der Revision angestrebte Schlußfolgerung gezogen, daß der Beklagte auf diese Möglichkeit beschränkt wäre.

2. Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß es bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts grundsätzlich zur Geschäftsführung der Mitwirkung aller Gesellschafter bedarf (§ 709 BGB). Die Gesellschafter können jedoch eine hiervon abweichende Regelung treffen, sie können insbesondere vereinbaren, daß jeder Gesellschafter auch allein zu handeln berechtigt ist. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann jeder Gesellschafter der Vornahme eines bestimmten Geschäfts durch einen anderen widersprechen (§ 711 BGB). Diesen Fall sieht das Berufungsgericht als gegeben an, es stellt auch fest, daß der Beklagte N. gegenüber dem Beklagten Sonntag der Erteilung des Druckauftrages rechtzeitig widersprochen hat, es versagt jedoch diesem Widerspruch die Wirkung gegenüber der Klägerin, weil er dieser nicht bekannt gegeben sei.

a) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein nach § 711 BGB erklärter Widerspruch auch die aus § 714 BGB sich ergebende Vertretungsmacht des handelnden Gesellschafters beeinträchtigt, bedarf nur dann einer Entscheidung, wenn die Gesellschafter eine von der gesetzlichen Regel des § 709 BGB abweichende Regelung der Geschäftsführungsbefugnis vereinbart haben. Diese Vereinbarung kann zwar völlig formlos, auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen getroffen werden; man wird auch an ihre Form um so geringere Anforderungen zu stellen brauchen, je formloser der Gesellschaftsvertrag selbst geschlossen ist. Stets bedarf es aber der Feststellung eines bestimmten Sachverhalts, aus dem ein derartiger übereinstimmender Wille der Gesellschafter zu entnehmen ist. Eine solche Feststellung kann aber aus den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden. Es folgert aus der "Art und Weise, wie die beiden Gesellschafter für die Organisationsgemeinschaft verhandelt und korrespondiert haben, daß sie die Geschäfte der Organisationsgemeinschaft nur teilweise gemeinschaftlich geführt und im übrigen sich gegenseitig ermächtigt hatten, auch einzeln für die Gesellschaft verbindlich zu handeln." Es hält keine Tatsachen für dargetan, "die auf eine von dieser Regelung der Geschäftsführungsbefugnis abweichende Vereinbarung über die nach außen wirkende Vertretungsmacht hindeuten könnten". Es kann dahingestellt bleiben, ob aus der Art und Weise von Verhandlungen und von Korrespondenz überhaupt Schlüsse auf eine Vereinbarung über die Geschäftsführungsbefugnis gezogen werden können, solange es noch nicht zum Abschluß eines Geschäfts gekommen ist. Das, was das Berufungsgericht feststellt, ergibt zunächst nur, daß die beiden Beklagten "sich gegenseitig ermächtigt hatten", einzeln zu handeln. Diese Ermächtigung, die im Wirtschaftsleben auch in anderen Fällen einer Gesamtvertretung nicht unüblich ist, braucht nicht den Inhalt einer auch nur stillschweigenden Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu haben. Auch

wenn die Beklagten die Geschäfte "nur teilweise" gemeinschaftlich geführt haben, so können sie sich damit im Rahmen des gesetzlichen Inhalts des Gesellschaftsvertrages (§ 709 BGB) gehalten haben, die vom Berufungsgericht festgestellte "Ermächtigung" hätte dann rechtlich nur die Bedeutung einer von Fall zu Fall erteilten Vollmacht. Diese war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für den hier streitigen Auftrag nicht erteilt, und es konnte nur darauf ankommen, ob eine Haftung des Beklagten W. auf den Gesichtspunkt eines Rechtsscheins gegründet werden kann. Das Berufungsgericht hatte von seinem Rechtsstandpunkt aus keinen Anlaß zu dieser Prüfung, der festgestellte Sachverhalt und der Vortrag der Klägerin geben dem Revisionsgericht aber die Möglichkeit, diese vom Berufungsgericht unterlassene Prüfung selbst nachzuholen und die Frage zu verneinen.

b) Die Möglichkeit, eine in Wahrheit nicht vorhandene Vollmacht kraft Rechtsscheins als bestehend zu behandeln, besteht nur dann, wenn eine Vollmacht niemals erteilt war, sondern auch dann, wenn sie zwar bestanden hat, aber erloschen war. Die Vorschriften der §§ 170 - 172 BGB gehen im Grunde auf diesen Gedanken zurück, wenn sie für bestimmte Fälle die beschränkte Fortdauer einer im übrigen nicht mehr bestehende Vollmacht anordnen. Wird von diesen hier nicht gegebenen Sonderfällen abgesehen, so wird die Möglichkeit der Bejahung einer Vollmacht kraft Rechtsscheins um so näher liegen, je stärker und je länger sich derjenige am Rechts- und Wirtschaftsleben beteiligt, zu dessen Lasten der Rechtsschein in Anspruch genommen wird. Bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird der Rechtsschein dann zu einer Haftung des nicht mitwirkenden Gesellschafters führen können, wenn sich eine laufende Geschäftsverbindung entwickelt hat oder wenn doch ein Gesellschafter vorher erkennbar als Vertreter des anderen aufgetreten ist, ohne daß seine Vertretungsmacht bei der Abwicklung beanstandet worden wäre.

Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Vortrag der Klägerin, den sie gerade zur Frage der Haftung des Beklagten N. [REDACTED] gebracht hat, ergibt sich nichts dafür, daß die Beklagten vor Erteilung des streitigen Auftrags einzeln oder gemeinsam namens der "Organisationsgemeinschaft" irgendwelche Rechtsgeschäfte mit der Klägerin abgeschlossen oder auch nur über einen Abschluß verhandelt hätten. Unerheblich ist hierbei alles das, was nach Erteilung des Auftrags liegt, ebenso unerheblich ist es, wie die beiden Beklagten gegenüber der Sport-T. [REDACTED] GmbH aufgetreten sind und wen diese als Vertragspartner angesehen hat. Die Klägerin hat nichts darüber vorgetragen, daß und in welcher Weise die Sport-T. [REDACTED] GmbH vor oder bei Erteilung des Auftrags gegenüber der Klägerin mitgewirkt hätte.

Unstreitig hat der Beklagte N. [REDACTED] vor Erteilung des Auftrags an die Klägerin an einer informatorischen Besprechung teilgenommen. Daraus hat die Klägerin selbst zutreffend nicht etwa die Erteilung einer Vollmacht zu weiteren Verhandlungen an den Beklagten S. [REDACTED] hergeleitet. Sie hat in der Klageschrift und im Schriftsatz vom 3. Juli 1951 behauptet, daß die beiden Beklagten Vertragspartner seien; im Beweisbeschuß vom 12. September 1951 ist Beweiserhebung darüber angeordnet worden, ob der Beklagte N. [REDACTED] bei der streitigen Bestellung als Vertragspartner in Erscheinung getreten sei. Darüber ist der von der Klägerin benannte Zeuge W. [REDACTED], Geschäftsführer der Sport-T. [REDACTED] GmbH gehört worden. Die späteren wiederholten Hinweise der Klägerin auf die Korrespondenz (Schriftsätze vom 6. Februar und 19. März 1952 und 13. Juni 1953) sind nicht schlüssig, weil die Korrespondenz mit der Klägerin ausschließlich aus dem Auftragschreiben besteht, diejenige mit anderen Stellen aber bei der Klägerin keinen Rechtsschein einer Vollmacht erweckt haben kann.

c) Nun hat das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt keinen Anlaß gesehen, die Aussage des Zeugen W. [REDACTED] zu würdigen, sie kann daher auch bei der Beurteilung durch das Revisionsgericht nicht berücksichtigt werden. Dies ist aber auch nicht erforderlich, denn der eigene Vortrag der Klägerin ergibt nach dem Zusammenhang, daß der Zeuge bei den Verhandlungen der Beklagten mit der Klägerin nicht mitgewirkt hat und daß er nur dafür benannt war, wer für die Beklagten mit ihm als dem Vertreter der Sport-T. [REDACTED] GmbH verhandelt hatte. Gerade wenn aber der Beklagte N. [REDACTED], wie die Klägerin besonders im Schriftsatz vom 13. Juni 1953 hervorhebt, an mehreren Verhandlungen mit der Sport-T. [REDACTED] GmbH teilgenommen hat, so spricht das nicht für, sondern gegen eine Ermächtigung des Beklagten S. [REDACTED], auch den Beklagten N. [REDACTED] zu verpflichten. Daß der Zeuge Bekundungen über eine unmittelbare Mitwirkung des Beklagten N. [REDACTED] bei den Verhandlungen mit der Klägerin machen könne, ergibt ihr im Schriftsatz vom 3. Juli 1951 enthaltener Beweisantritt nicht.

An derselben Stelle hat die Klägerin auch ihren damaligen Geschäftsführer L. [REDACTED] als Zeugen benannt. Dieser ist jedoch nach dem ergänzenden Beweisbeschluß vom 28. September 1951 (Bl 44) nur zur Frage des Verzichts der Klägerin gehört worden. Hiergegen hat die Klägerin keinen Widerspruch erhoben. Sie hat den Zeugen am 21. Dezember 1951 neu für die Höhe ihrer Restforderung benannt, ist aber in den sehr ausführlichen weiteren Schriftsätzen, in denen die Haftung des Beklagten N. [REDACTED] erörtert ist, niemals wieder auf den Beweisantritt vom 3. Juli 1951 zurückgekommen. Die spätere erneute Vernehmung des Zeugen zu einer wiederum anderen Frage ist auf einen Beweisantrag der Beklagten zurückzuführen. Hieraus ist zu entnehmen, daß die Klägerin den Zeugen nicht mehr für die hier allein bedeutsame Behauptung benannt hat, der Beklagte N. [REDACTED] habe bei dem Auftrag an die Klägerin selbst mitgewirkt.

d) Bei dieser Auslegung der Vereinbarung zwischen den Beklagten wäre daher die Klage gegen den Beklagten N [REDACTED] schon deshalb unbegründet, weil er nicht persönlich haftet; es käme ihm gegenüber auf die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht an.

3. Waren aber die Vereinbarungen zwischen den Beklagten dahin auszulegen, daß sie sich nicht nur von Fall zu Fall ermächtigt hätten, sondern daß jeder für sich allein zur Geschäftsführung berechtigt sein sollte (§ 711 BGB), so würde sich daraus, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, auch eine Vertretungsmacht nach außen ergeben (§ 714 BGB), und die Entscheidung hinge davon ab, welchen Einfluß der von dem Beklagten N [REDACTED] gegenüber dem Beklagten So [REDACTED] erklärte Widerspruch gegen dieses Geschäft auf die Vertretungsmacht gegenüber der Klägerin hatte, die von dem Widerspruch nichts wußte. Das Berufungsgericht hält diesen Widerspruch nach außen für wirkungslos, und darin ist ihm entgegen einer weit verbreiteten, früher wohl als durchaus herrschend zu bezeichnenden Meinung zu folgen. Für das Recht der offenen Handelsgesellschaft wird aus der Regelung des § 115 HGB einhellig die Folgerung gezogen, daß ein von einem Gesellschafter erklärter Widerspruch gegen eine bestimmte Handlung nur im Innenverhältnis wirkt, die sich aus §§ 125, 126 HGB ergebende Vertretungsmacht nicht einschränkt und die trotz des Widerspruchs vorgenommene Handlung weder gegenüber der offenen Handelsgesellschaft noch gegenüber dem widersprechenden Gesellschafter wirkungslos macht (Weipert Großkomm Anm 15 zu § 115 HGB). Für diese Folgerung ist es von erheblicher Wichtigkeit, daß nach § 126 Abs 2 HGB eine Beschränkung der Vertretungsmacht Dritten gegenüber überhaupt unwirksam ist und daß selbst eine völlige Entziehung der Vertretungsmacht nach außen nur unter der Voraussetzung des § 15 HGB wirksam ist. Diese besonderen Voraussetzungen treffen für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht zu,

aber wenn in § 711 BGB ein mit § 115 HGB weitgehend übereinstimmender Gesetzeswortlaut verwendet ist, so geht es nicht an, aus dem Wort "muß unterbleiben" für §§ 711, 714 BGB eine zwingende Folgerung herzuleiten (Planck Anm 6 zu § 714 BGB), die für § 115 HGB nicht zu ziehen ist. Der entscheidende Grund für die bisher herrschende Meinung wurde darin gesehen, daß der von einem Gesellschafter erklärte Widerspruch die Geschäftsführungsbefugnis aufhebe (Oertmann Anm 1 zu § 711 BGB; Geiler bei Düringer-Hachenburg HGB 3. Aufl II, 1 S 140 Anm 111/ und bei Staudinger 70. Aufl Bem 2 zu § 711, Bem 2 zu § 714 BGB/). Bei dieser Begründung wird aber übersehen, daß auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Befugnis zur Geschäftsführung (§ 712 BGB) und zur Vertretung (§ 715 BGB) nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und in einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft niemals durch einen einzelnen Gesellschafter, sondern nur durch einstimmigen Beschluß oder durch einen Mehrheitsbeschluß entzogen werden kann. Eine Beschränkung des Umfangs der Befugnis zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung sieht das Gesetz nicht vor; aus dem Umstand, daß ein Gesellschafter nach § 711 BGB einer bestimmten Handlung widerspricht, kann aber keineswegs allgemein der Schluß gezogen werden, daß er auch den Willen habe, die Befugnis eines anderen zur Geschäftsführung allgemein aufzuheben oder auch nur einzuschränken. Könnte ein einzelner Gesellschafter durch seinen Widerspruch die Vertretungsmacht eines anderen einschränken oder aufheben, so könnte das zu einer völligen Lahmlegung der Gesellschaft führen und bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft zu fast unlösbaren Schwierigkeiten bei der Verteilung des Gewinnes aus einem trotz des Widerspruchs abgeschlossenen, aber für den widersprechenden Gesellschafter etwa nicht wirksamen Geschäft. Dieser sich aus der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes ergebende Grund spricht entscheidend für die Meinung des Berufungsgerichts, während das von ihm

34

in Übereinstimmung mit Enneccerus-Lehmann (14. Aufl § 178 B 1 S 721) hervorgehobene Interesse der Verkehrssicherheit durch die Anwendung der bereits erörterten Regeln über die Haftung kraft Rechtsscheins hinreichend gewahrt werden könnte. Aus den angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 90, 173 ff; 100, 48 ff; 143, 212 ff) läßt sich für die zu entscheidende Frage nichts entnehmen. Die Entscheidung RGZ 81, 92 ff prüft die Wirksamkeit des Widerspruchs nur unter dem Gesichtspunkt seiner Zulässigkeit, beruht aber im übrigen darauf, daß ein in Anwesenheit des Vertragspartners erklärter Widerspruch eines Gesellschafters selbst bei der offenen Handelsgesellschaft nach außen wirksam ist. Da diese Voraussetzung hier nicht zutrifft, bedarf es auch keiner Prüfung, ob diese Entscheidung für die offene Handelsgesellschaft und mit Oegg (RGRKomm Anm 2 zu § 711 BGB) mit Recht auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts angewendet werden kann.

Während Palandt-Gramm (14. Aufl zu § 711) ohne eigene Begründung der als streitig bezeichneten früheren Meinung folgt, vertritt Soergel-Erdsiek (Bem 1 zu § 711 BGB) ebenfalls ohne Begründung die nach den vorstehenden Ausführungen zutreffende Meinung.

Hatten daher die Beklagten sich nicht nur gegenseitig eine Vollmacht erteilt, sondern mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung für jeden von ihnen eine Befugnis zur Geschäftsführung und damit zur Vertretung begründet, so konnte der Beklagte N. seine Haftung aus dem von dem Beklagten S. allein an die Klägerin erteilten Druckauftrag jedenfalls dann nicht durch den gegen das Geschäft erklärten Widerspruch ausschließen, wenn dieser Widerspruch der Klägerin nicht bekannt war. Dafür, daß die Geschäftsführungsbefugnis nach § 712 BGB wirksam entzogen war oder daß der Beklagte Neumann die Gesellschaft vor Erteilung des streitigen Auftrags wirk-

sam durch eine Kündigung zur Auflösung gebracht hätte, gibt sein bisheriger Sachvortrag keinen hinreichenden Anhaltspunkt

4. Die Entscheidung des Rechtsstreits gegenüber dem Beklagten N. hängt hiernach ohne Rücksicht auf die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung davon ab, wie der Gesellschaftsvertrag zwischen den Beklagten hinsichtlich der Befugnis zur Geschäftsführung auszulegen ist. Diese Auslegung kann das Revisionsgericht weder aus den nicht hinreichend eindeutigen Ausführungen des Berufungsgerichts entnehmen noch auf Grund des festgestellten Sachverhalts selbst treffen. Deshalb mußte das Berufungsurteil, soweit es den Anspruch gegen den Beklagten N. abweist, schon aus diesem Grunde aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Nur dann, wenn sich bei der erneuten Prüfung ergibt, daß der Beklagte S. nach der gebotenen Auslegung des Gesellschaftsvertrages allein zur Geschäftsführung berechtigt war, bedarf es auch gegenüber dem Beklagten N. der Prüfung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung.

III. Das Berufungsgericht gesteht den Beklagten die Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von 8.000 DM zu, es geht davon aus, daß von den im Auftrag von Simonis nachgedruckten 300.000 Prospekten etwa 80.000 Stück abgesetzt seien und daß dadurch den Beklagten infolge schuldhafter Vertragsverletzung der Klägerin ein Ausfall von 8.000 DM entstanden sei.

1. Der Unternehmer eines Werkvertrages oder eines Werklieferungsvertrages, dem der Besteller eine Vorlage oder eine ähnliche Unterlage zur Herstellung des Werks übergibt, darf von dieser nach dem Vertrage nur insoweit Gebrauch machen, als der Besteller damit einverstanden ist. In seinem Urteil vom 14. Dezember 1954 - I ZR 65/53 (BGHZ 16, 4 ff) -

hat der I. Zivilsenat auf dem Gebiet der Damenkonfektion eine solche Verpflichtung aus einer entsprechenden Auslegung der Vertragsbedingungen unter Heranziehung der Grundsätze von Treu und Glauben hergeleitet (aaO 8 ff). Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Heranziehung des § 242 BGB und eine besondere Vertragsauslegung zur Begründung dieses Ergebnisses erforderlich sind, ob es sich nicht vielmehr ohne weiteres aus dem Wesen des Werkvertrages ergibt. Wenn das Berufungsgericht aus dem Verträge eine Verpflichtung der Klägerin entnimmt, alles zu unterlassen, was die Vertragspartner schädigen könnte, so ist dieses auch von der Revision nicht angegriffene Ergebnis ebensowohl aus einer rechtlich einwandfreien Auslegung des hier erteilten Druckauftrages wie auch aus allgemeinen Grundsätzen des Werkvertrages zu begründen. Da die Beklagten mit dem Nachdruck der 300.000 Prospekte und deren Auslieferung an Si■■■■ nicht einverstanden waren, so liegt darin, falls die Klägerin schuldhaft handelte, eine positive Vertragsverletzung.

2. Ein solches Verschulden der Klägerin bejaht das Berufungsgericht; die Angriffe der Revision hiergegen sind nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Beklagte S■■■■ den früheren Geschäftsführer der Klägerin L■■■■ schon v o r dem Nachdruck besonders darauf aufmerksam gemacht hätte, daß ohne Zustimmung der Organisationsgemeinschaft keine weiteren Wettzeitungen mit Preisaufdruck gedruckt werden dürften. Es stellt aber fest, die Klägerin habe gewußt, daß die Beklagten die Vorschauen gestaltet hatten und daß die Beklagten und die T■■■■ GmbH Rheinland-Pfalz zwischen Vorschauen mit und ohne Preisaufdruck unterschieden. Es ist unstreitig, daß Si■■■■ bis dahin bei der Klägerin weder für die Beklagten noch für die T■■■■-GmbH Rheinland-Pfalz Drucksachen bestellt hatte. Die Klägerin hat nach ihrem Vortrag angenommen, daß Si■■■■ bei der Bestellung im Einvernehmen mit dem Direktor der T■■■■-GmbH

Rheinland-Pfalz W[redacted] handelte und dieser wiederum auf Grund einer Zustimmung der Beklagten damit einverstanden war. Das Berufungsgericht sieht eine Fahrlässigkeit der Klägerin darin, daß sie sich auf eine "Kette von Vermutungen" stützte, statt vor Annahme und Durchführung des Auftrages bei den Beklagten fernmündlich zurückzufragen. Die Revision meint zu Unrecht, das Berufungsgericht habe den Begriff der Fahrlässigkeit verkannt und eine Reihe von Umständen nicht gewürdigt. Unstreitig und unerheblich ist es, daß die Sport-T[redacted] GmbH mit der Klägerin als Vertragsdruckerei in ständiger Verbindung stand und den Druck der Wettscheine bei ihr angeregt und in die Wege geleitet hatte und daß sie nach der Vereinbarung der Parteien über die 400.000 Vorschauen hinaus noch 120.000 Vorschauen mit Wettscheinen ohne Verkaufspreis-Eindruck und weiter 75.000 Wettscheine erhielt und bezahlte. Sie hat auch 100.000 Stück von den 400.000 streitigen Vorschauen bezahlt, davon aber nach der nicht bestrittenen Verteilerliste nur 19.000 Stück erhalten. Alles dies geschah im Rahmen des Vertrages und im Einverständnis der Beklagten, es kann daraus aber weder geschlossen werden, daß die GmbH zusätzlich Vertragspartei geworden wäre noch daß sie ohne Einverständnis der Beklagten selbständig weitere Druckaufträge erteilen konnte. Das wäre auch dann nicht möglich gewesen, wenn der von der Revision aufgenommene Vortrag der Beklagten als richtig unterstellt wird, daß zwischen der Beklagten und der T[redacted]-Gesellschaft eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustande gekommen sei. Auch wenn die Sport-T[redacted] GmbH mit der Bestellung der Nachdrucke durch Si[redacted] einverstanden war oder sie gar angeregt hat, hätte dies der Klägerin nicht das Recht gegeben, den Auftrag ohne Rückfrage bei den Beklagten auszuführen. Dazu wäre sie auch in der Lage gewesen, ohne die GmbH zu verletzen oder ihre ständigen Beziehungen zur GmbH zu gefährden. Deshalb kann sich die Klägerin nicht damit entlasten, sie habe das Einverständnis der GmbH schuldlos angenommen. Aus demselben Grunde ist es unerheblich, ob die Klä-

gerin der Meinung sein konnte, daß die Sport-T... GmbH jedenfalls bei der Bestimmung der Druckauflage entscheidend gehört wurde, und ebenso unerheblich ist der "Eindruck" des Zeugen W..., die Beklagten würden gegen den Vertrieb weiterer Exemplare nichts einzuwenden gehabt haben.

Es ist daher dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß die Klägerin ihren Vertragspflichten schuldhaft zuwidergehandelt hat, ohne daß es auf ein den Beklagten zustehendes Urheberrecht an den Vorschauen ankommt.

3. Das Berufungsgericht bejaht auch die Ursächlichkeit dieser Vertragsverletzung für einen den Beklagten entstandenen Schaden.

Zutreffend sieht es einen Schaden nicht schon in dem Druck der 300.000 Vorschauen, sondern erst in deren Vertrieb durch Si... Es geht auch nicht, wie die Revision meint, davon aus, dieser Vertrieb habe den Absatz bei den von den Beklagten belieferten Annahmestellen beeinträchtigt. Wer wettlustig war, bevor die Fahrer in die Nähe seines Aufenthaltsortes kamen, der wurde von einem Erwerb der Vorschauen bei den Annahmestellen nicht dadurch abgehalten, daß später den Zuschauern weitere Stücke zum Erwerb angeboten wurden; wer sich aber erst als Zuschauer zu einer Wette entschloß, der hatte keine Veranlassung und auch kaum Gelegenheit, nachträglich eine Annahmestelle aufzusuchen. Die Beeinträchtigung sieht das Berufungsgericht vielmehr darin, daß die für die Aktion Si... benötigten Vordrucke aus der bei der T...-GmbH Rheinland-Pfalz lagernden Reserve von 19.000 Erstdrucken entnommen und im übrigen von den 35 T...-Stellen zurückgeholt worden wären, wenn die Klägerin nicht den Nachdruck hergestellt und die Stücke an Si... ausgeliefert hätte.

Diese Begründung des ursächlichen Zusammenhangs ist an sich schlüssig und folgerichtig, sie setzt aber einmal voraus, daß ein solches Zurückholen durchführbar gewesen wäre, und ferner, daß die Beklagten keinen durchsetzbaren Anspruch auf Beteiligung an dem Erlös der nachgedruckten Stücke hatten.

a) Zu der ersten Frage sagt das Berufungsgericht wörtlich (S 15): "Das wäre möglich gewesen, da die T-~~Stellen~~, an die die Ersatzdrucke versandt worden waren, in einem räumlich getrennten Gebiet lagen, und da der Führer der fliegenden Kolonne Si~~die~~ die für seine besondere Verkaufsaktion notwendigen Wettzeitungen auch nicht auf einmal, sondern nach und nach abholte." Dabei wird der entscheidende Gedankengang zwar nicht ganz deutlich, er läßt sich aber dahin erkennen, Si~~habe~~ habe nicht den ganzen zum Angebot an die Zuschauer erforderlichen Vorrat gleichzeitig, sondern nur nach und nach benötigt, er sei deshalb in der Lage gewesen, die bei Annahmestellen in den bereits durchfahrenen Gebieten unverkauft gebliebenen Bestände jeweils dort statt bei der Druckerei abzuholen oder abholen zu lassen. Hätte er im Rahmen seiner Verpflichtungen gegenüber der Sport-T~~GmbH~~ und im Rahmen von deren Vertragspflichten gegenüber den Beklagten gehandelt, so hätten diese Annahmestellen ihm auf Anweisung der GmbH die Bestände auch ausgehändigt. So verstanden, ist gegen diese Begründung rechtlich nichts zu erinnern.

b) Über die weitere Frage trifft dagegen das Berufungsgericht keine eindeutigen Feststellungen. Es sagt (S 15) wörtlich: "Die Frage, ob und in welcher Höhe die Beklagten an dem Erlös der von der fliegenden Kolonne Si~~vertriebenen~~ vertriebenen Nachdrucke beteiligt sind, ist dagegen erheblich schwieriger zu entscheiden, weil durch den Nachdruck neue, nicht von den Beklagten getragene Druckkosten entstanden sind, weil den Beklagten die Zahl der Nachdrucke zunächst

unbekannt gewesen ist, und weil schließlich zwischen dem Direktor der T■■-GmbH Rheinland-Pfalz W■■ und dem früheren Hauptstellenleiter Si■■ Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, ob die T■■-GmbH Rheinland-Pfalz Si■■ überhaupt einen Auftrag gegeben hat, 300.000 Vorschauen nachzubestellen, und eine Abrechnung über die ganze Sonderaktion zwischen Si■■ und der T■■-GmbH Rheinland-Pfalz deshalb unterblieben ist." Diese Sätze vermögen das Berufungsurteil nicht zu tragen. Es kann zwar nach der Sachlage davon ausgegangen werden, daß die Beklagten einen Anspruch gegen Simonis auch dann nicht durchsetzen könnten, wenn er rechtlich begründet sein sollte. Dagegen geht das Berufungsgericht selbst davon aus, daß rechtlich begründete Ansprüche gegen die Sport-T■■ GmbH auch durchsetzbar sind. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten, insbesondere nach deren Schreiben an den Zeugen W■■ vom 3. September 1949 (insbesondere Blatt 2 dieses Schreibens) war, wie das Berufungsgericht (S. 15) selbst feststellt, der Verkauf von Vorschauen durch eine besondere Kolonne unter Führung des früheren T■■-Hauptstellenleiters Si■■ von der T■■-GmbH Rheinland und den Beklagten von Anfang an geplant. Diese Planung konnte nur den Inhalt haben, daß hierbei diejenigen Vorschauen verwendet werden sollten, an deren Erlös die Beklagten vertraglich beteiligt waren. Wird nun mit dem Berufungsgericht unterstellt, daß die Sport-T■■-GmbH dem Zeugen Si■■ einen Auftrag zum Nachdruck der 300.000 Vorschauen gegeben hatte, so lag dies zwar außerhalb des Vertrages, die dadurch entstehenden Druckkosten konnten die Beklagten nicht berühren, aber deren vertraglicher Anspruch gegen die Sport-T■■-GmbH auf Zahlung der Hälfte des Erlöses der wirklich verkauften Stücke wurde dadurch nicht beeinträchtigt. Daß eine Abrechnung über die von Si■■ verkauften Stücke unterblieben ist, war für diesen Anspruch bedeutungslos und konnte lediglich zu Zweifeln über seine Höhe und in diesem Rahmen zu Beweisschwierigkeiten führen. Diese konnten sich aber nur im Verhältnis zwischen

den Beklagten und der Sport-T■■■■-GmbH auswirken und niemals einen Schaden für die Beklagten zur Folge haben, der auf der Nachdruck als solchen zurückzuführen wäre. Der Anspruch der Beklagten gegen die Sport-T■■■■-GmbH wäre bei einem solchen Sachverhalt der ursprüngliche Erfüllungsanspruch und nicht ein Schadensersatzanspruch, so daß auch die Frage nicht auf treten könnte, ob etwa die Klägerin als Gesamtschuldnerin mit der Sport-T■■■■-GmbH für den Schaden haftete.

Selbst wenn die Sport-T■■■■-GmbH nicht einen Auftrag zum Nachdruck gegeben hätte, aber damit einverstanden gewesen wäre, daß Si■■■■ diese von ihm selbst beschafften Stück für die im Rahmen des Vertrages liegende Aktion verwendete, wäre die Lage nicht anders. Auch dann hätten die Beklagten gegen die Sport-T■■■■-GmbH ihren Erfüllungsanspruch aus dem Verträge ohne Rücksicht auf die zusätzlichen Druckkosten.

Hat jedoch Si■■■■ seine ganze Aktion unter Verletzung seiner ihm gegenüber der GmbH obliegenden Treupflicht ohne deren Kenntnis und gegen deren Willen durchgeführt, so konnte aus dem Absatz der dabei vertriebenen Vorschauen kein vertraglicher Erfüllungsanspruch der Beklagten gegenüber der Sport-T■■■■-GmbH erwachsen, sie hatten also einen Schaden und dessen Ursache lag darin, daß Si■■■■ ein solches Verhalten ermöglicht wurde, also in der Vertragsverletzung der Klägerin. Die Adäquanz dieser Ursächlichkeit würde nicht davon abhängig sein, ob und inwieweit daneben auch die Sport-T■■■■-GmbH etwa für das Verhalten des Zeugen Si■■■■ einstehen müßte; in diesem Falle wäre der Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin begründet.

Die vom Berufungsgericht hervorgehobenen Meinungsverschiedenheiten über das Verhältnis der Sport-T■■■■-GmbH zur Aktion Si■■■■ können hiernach nicht hinreichen, um die Ursächlichkeit des Vertragsverstößes der Klägerin für die Entstehung eines Schadens zu beweisen; sie kann nur dann bejaht

werden, wenn festgestellt werden kann, daß die Beklagten gegen die Sport-T-GmbH keinen Vertragserfüllungsanspruch haben, mit dem sie ihren Anteil an den von Si vertriebenen Vorschauen erhalten können. Diese Voraussetzung ist nur dann gegeben, wenn ihnen der Beweis gelingt, daß die Sport-T-GmbH mit dem Vorgehen von Si nicht einverstanden war. Ob das Berufungsgericht aus dem bisherigen Beweisergebnis oder aus einer etwaigen weiteren Beweisaufnahme eine solche Feststellung herleiten kann, muß seiner erneuten Prüfung überlassen bleiben. Wird die Feststellung nicht getroffen, so besteht die Schadensersatzforderung nicht, der Klageanspruch ist dann gegenüber dem Beklagten S begründet, seine Widerklage unbegründet.

Zum Zwecke der hiernach noch erforderlichen Feststellungen war das Berufungsurteil auch insoweit aufzuheben und die Sache zurückzuweisen, als zugunsten des Beklagten S erkannt ist. Gegenüber dem Beklagten N hätte dieser Aufhebungsgrund nur dann Bedeutung, wenn die gegen ihn gerichtete Klage nicht schon aus dem zu II erörterten Grunde abgewiesen wird.

IV. Führt die erneute Prüfung wiederum zur Bejahung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der verschuldeten Vertragsverletzung der Klägerin und einem den Beklagten entstandenen Schaden, so hängt dessen Umfang davon ab, wieviele Stücke der zuerst gedruckten Vorschauen mehr verkauft worden wären, wenn Si die für seine Aktion erforderlichen Stücke aus diesem Vorrat entnommen hätte. Dazu würde es der Feststellung bedürfen, wieviele Stücke Si bei seiner Aktion tatsächlich verkauft hat. Beide Vorderurteile sind zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Anzahl nur durch Schätzung nach § 287 ZPO ermittelt werden kann. Als Anhaltspunkt für diese Schätzung ist ohne Rechtsirrtum die Anzahl der Nachdruckstücke verwendet worden, die Si ab-

geholt hat, aber auch diese Menge ist nicht genau zu ermitteln, sie hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wenigstens 80.000 und höchstens 100.000 Stück betragen. Das Berufungsgericht erwägt weiter (§ 17), daß bei dem Vertrieb durch eine fliegende Kolonne mit einer größeren Zahl von Helfern ein gewisser Verlust eingerechnet werden muß, und daß nicht bewiesen ist, daß die von Si [REDACTED] abgeholten Nachdrucke restlos verkauft worden sind. Es kommt in Übereinstimmung mit dem Landgericht zur Schätzung eines Schadens in Höhe von 8.000 DM. Da nach dem Vortrag der Beklagten ihr Anteil an jedem verkauften Stück 0,10 DM betrug, so entspricht diese Schätzung einem Absatz von 80.000 Stück.

Die Revision rügt die Verletzung eines Wahrscheinlichkeitssatzes, aus dem sich ergebe, daß durch eine fliegende Kolonne, die unmittelbar vor den Rennfahrern herfährt, jedenfalls nicht mehr Scheine verkauft werden, als durch das weit verzweigte und eingeführte System der Annahmestellen; sie will deshalb dieselbe Verhältniszahl angewendet wissen, die sich bei dem Verkauf der Erstdrucke ergeben hat. Dabei übersieht sie aber, daß die Aussichten für einen Absatz bei einer solchen fliegenden Kolonne deshalb günstiger sind, weil diese Gelegenheit hat, an die an dem Rennen interessierten Zuschauer unmittelbar heranzukommen und ein solches Angebot tagelang während der ganzen Fahrzeit von morgens bis nachmittags fortzusetzen. Das Berufungsgericht wird aber Gelegenheit haben, seine Schätzung noch einmal zu überprüfen und insbesondere die immerhin mögliche Deutung auszuschließen, als hätte es die Anzahl der von Si [REDACTED] abgeholten Stücke auf 80.000 geschätzt und wäre ohne Berücksichtigung der von ihm selbst hervorgehobenen Umstände von einem restlosen Absatz dieser abgeholten Stücke ausgegangen. Dabei wird auch dem Umstand Rechnung getragen werden können, daß Si [REDACTED] selbst seine Aktion als ein Verlustgeschäft bezeichnet hat, was bei einer Roheinnahme von 16.000 DM für 80.000 Stück nicht ohne weiteres einleuchten würde.

Da eine endgültige Sachentscheidung noch nicht möglich ist, so war die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Canter	Dr. Delbrück	Artl
zugleich für den		Dr. Winkelmann
beurlaubten und ab-		
wesenden BR.Dr.Selowsky		