

Verkündet

am 17. Mai 1956

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

des Kaufmanns Friedrich Z [REDACTED] in B [REDACTED]-N [REDACTED],
D [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] -

gegen

die Verlag F. W [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Willi We [REDACTED], N [REDACTED],
Wi [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und
Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. Mai 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Kuhn und Dr. Haager
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 3. Sep-
tember 1954 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Mün-
chen aufgehoben und die Sache zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung an den 6. Zivilsenat des
Berufungsgerichts verwiesen, der auch über die
Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Journalistin E. B. (im folgenden E.B. abgekürzt) gab unter der nicht eingetragenen Firma Bu die Wochenzeitschrift "D. Bl. I." heraus, die sie von der Klägerin drucken ließ. Da die Klägerin Barzahlung verlangte und die Abnehmer der Zeitschrift nicht alsbald zahlten, geriet E. B. in Finanzierungsschwierigkeiten. Am 14. Februar 1950 übernahm der in B. wohnhafte Beklagte gegenüber der Klägerin die Bürgschaft für die Druckkosten der nächsten drei Nummern (7 - 9). Bis zum 25. Februar 1950 stellte er dem Bu 900 DM für Matern, 1.200 DM für Propagandazwecke und 1.500 DM mittels Schecks zur Verfügung. Den Scheck erhielt die Klägerin, sie brachte den Gegenwert unter dem 24. Februar 1950 gut. Mit Schreiben vom 25. Februar 1950 an E. B. überreichte er einen weiteren Scheck über 1.000 DM als weitere Einzahlung auf sein "Kapitalkonto". In diesem Schreiben hieß es weiter: Er habe die erwähnten Beträge auf seine "zu leistende Einlage" gezahlt; zur Sicherung seiner Ansprüche "gegen E. B. bzw. den Bu" seien ihm die Verlagsrechte des Bu und die Lizenz auf die Bl. I. übereignet; das Verlagsrecht falle der "Gesellschaft" zu, "sobald die beabsichtigte GmbH gegründet" sei; zur Ablösung hierfür erhalte E. B. Geschäftsanteile; "bis zur Gründung der Gesellschaft" habe ihm E. B. auch die Außenstände aus dem Absatz der Nummern 7 ff zur Sicherheit abgetreten; für die erwähnten Beträge und die Bürgschaftsverpflichtung hafte E. B. ihm auch selbstschuldnerisch; "nach Gründung der Gesellschaft" fielen die Sicherungsbestimmungen fort, was er E. B. dann noch ausdrücklich bestätigen werde. Unter dem 26. Februar 1950 quittierte E. B., die 1.000 DM "laut obigem Abkommen als weitere Zahlung für seine Stammanteile erhalten" zu haben. Am 28. Februar 1950 teilte der Bu (Unter-

schrift E. B) der Klägerin mit, daß "unser Herr Z (der Beklagte), der ab 1. Februar 1950 - rückwirkend - an dem Verlag mitbeteiligt ist", die Bürgschaft übernommen habe und bat um Verständnis für eine Verspätung in den "Überweisungen aus B". In einem an die Klägerin gerichteten Brief vom 17. März 1950 sprach E. B. von dem Beklagten als ihrem "Geschäftspartner". Am 23. März 1950 sprachen E. B. und der Beklagte in N mit dem Geschäftsführer der Klägerin, We; sie strebten an, daß die Klägerin dem Burgverlag die Druckkosten für 13 Nummern kreditiere. Im übrigen besteht über den Inhalt dieser Besprechung Streit. Da die Klägerin die bis zum 25. März 1950 zu liefernde Nummer nicht lieferte, telefonierte der Beklagte noch an diesem Tage mit We und erwirkte, daß die Nummer bis zum 27. März 1950 ausgeliefert wurde. Wie die Klägerin behauptet, soll der Beklagte bei diesem Telefongespräch und bei der Besprechung vom 23. März 1950 als Gesellschafter von E. B. aufgetreten sein. Unter dem 26. März 1950 richtete der Beklagte "an den Bu Frau E B" ein Schreiben, mit dem er einen Scheck über 2.000 DM übersandte und in dem er erklärte, er gebe diesen Betrag "wie alle früheren und zukünftigen Beträge als Darlehen, bis die neue Gesellschaft eingetragen ist und wobei dann die Darlehensbeträge als Einlage auf mein Stammkapital angerechnet werden." Auch für die 2.000 DM sollte als vereinbart angesehen werden, daß dem Beklagten alle Außenstände von der Nummer 7 ab fortlaufend zur Sicherheit abgetreten seien. E. B. bescheinigte auf diesem Brief unter dem 25. März 1950, den Betrag "als Darlehen" erhalten zu haben und mit den Ausführungen des Schreibens einverstanden zu sein. Den Scheck übersandte der Burgverlag der Klägerin. Unter Bezugnahme auf die "persönlichen Verhandlungen zwischen Frau B und Herrn Z einerseits und Herrn We ander-

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

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

seits" (vom 23. März 1950) übersandte die Klägerin dem Bu [REDACTED] mit Schreiben vom 1. April 1950 drei Akzepte mit der Bitte, sie "mit Ihrer Unterschrift" zu versehen, und dem Hinweis, daß der Beklagte als Bezogener eingesetzt worden sei; nach diesem Brief sollten die drei Wechsel dem Ausgleich der bis zum 30. März 1950 entstandenen Druckkosten dienen. Der Bu [REDACTED] (Unterschrift E. B.) übersandte der Klägerin unter dem 3. April 1950 "verabredungsgemäß zum Ausgleich des Kontos bis 30. März 1950" statt der erwähnten drei Wechsel zwölf Wechsel über insgesamt 5.523,18 DM, die sämtlich vom Beklagten als Aussteller und erster Girant gezeichnet, auf den "Bu [REDACTED] Inhaber E [REDACTED] B [REDACTED]" gezogen und mit "Bu [REDACTED] E [REDACTED] B [REDACTED]" akzeptiert waren. Die Bank der Klägerin lehnte die Diskontierung der Wechsel ab. Die Klägerin drängte auf Bezahlung der Druckkosten und auf Sicherheiten. Der Bu [REDACTED] kam dem nicht nach. Die Klägerin hörte daher am 29. April 1950 mit dem Weiterdruck der Zeitung auf. Die Bl [REDACTED] I [REDACTED] mußte ihr weiteres Erscheinen einstellen, der Bu [REDACTED] brach zusammen.

Die Klägerin verlangte von E. B. und dem Beklagten als Gesamtschuldnern Zahlung der zwölf Wechsel (5.523,18 DM), 139,34 DM Wechselstempel, Protestkosten und sonstige Spesen und 5.987,82 DM weitere Druckkosten, insgesamt 11.649,84 DM.

Das Landgericht hat E. B. zur Zahlung dieses Betrages verurteilt. Insoweit ist das landgerichtliche Urteil rechtskräftig.

Gegenüber dem Beklagten stützt die Klägerin den Anspruch auf den Druckauftrag und darauf, daß E. B. und der Beklagte eine offene Handelsgesellschaft gebildet hätten und der Beklagte als Gesellschafter von E. B. auf-

getreten sei. In Höhe der restlichen Druckkosten der Nummern 7 - 9 gründet sie ihren Anspruch auch auf die Bürgschaft des Beklagten vom 14. Februar 1950 und in Höhe von 5.662,52 DM auch auf die zwölf Wechsel und die ihr durch deren Nichteinlösung entstandenen Kosten.

Der Beklagte bestreitet, Gesellschafter von E. B. geworden oder als solcher aufgetreten zu sein. Er will lediglich Darlehnsgeber von E. B. gewesen sein und behauptet, in dieser Eigenschaft habe er am 23. März 1950 mit We [REDACTED] vereinbart, daß die Klägerin, die gleich ihm E. B. kreditiert habe, ihren E. B. gewährten Kredit auf 13 Druckrechnungen in voraussichtlicher Höhe von 20 bis 25.000 DM erhöhen solle und er dafür anstelle der übernommenen Bürgschaft und statt der Übernahme weiterer Bürgschaften auf den Bu [REDACTED] gezogene Wechsel an eigene Order ausstelle und der Klägerin giriere. Die Erhöhung des von der Klägerin gewährten Kredits habe nur davon abhängen sollen, daß die über ihn, den Beklagten, einzuholenden Auskünfte gut ausfielen, und diese Voraussetzung sei eingetreten, wie der Brief der Klägerin vom 19. April 1950 und die vorgelegten Auskünfte ergäben. Er selbst habe sich erklärtermaßen nur dann noch mit mehr als 6.600 DM engagieren wollen, wenn die Klägerin ihrerseits mit der Bezahlung von insgesamt 13 Druckrechnungen, die noch nicht bezahlten eingeschlossen, zuwarten wolle. Durch die Einforderung von Wechseln für die bis zum 30. März 1950 entstandenen Druckkosten (Schreiben vom 1. April 1950) habe die Klägerin zu erkennen gegeben, daß sie die Bedingung ihrer Kreditzusage als erfüllt angesehen habe. Gegen die Vereinbarung vom 23. März 1950 habe sie allerdings insofern verstoßen, als sie den Beklagten als Bezogenen eingesetzt habe; das sei jedoch in den mit Schreiben des Bu [REDACTED] vom 3. April 1950 übersandten zwölf

Wechseln ohne Widerspruch der Klägerin richtiggestellt worden. Wenn die Klägerin die Wechsel mit dem insgeheimen Vorbehalt, nicht 13 Nummern zu kreditieren, eingefordert habe, so habe sie den Beklagten arglistig getäuscht. Er hat deshalb die Hingabe der zwölf Wechsel vorsorglich aus § 123 BGB angefochten und geltend gemacht, alsdann habe er die Wechsel ohne rechtlichen Grund ausgestellt und giriert. Der Beklagte behauptet weiter, ohne die von der Klägerin nicht gehaltene Kreditzusage hätte er dem Bu-
keine Darlehen gegeben. E. B. habe die Zeitschrift überdies an die M Verlagsbuchhandlung (Dr. Ka) für 9.000 DM verkaufen wollen. Hiervon hätten die Darlehen des Beklagten zurückgezahlt werden sollen. Einen Tag vor Abschluß dieses Vertrages habe die Klägerin in Kenntnis dieses Umstandes den Druck der Zeitschrift eingestellt und damit den Verkauf der Bl I zunichte gemacht. Sie habe damit schuldhaft ihre am 23. März 1950 gegebene Kreditzusage verletzt und den Beklagten persönlich auch um die Rückzahlung seiner E. B. gewährten Darlehen (6.600 DM) gebracht. Er hat daher mit diesem Betrage gegen die Wechselschuld hilfsweise aufgerechnet und Widerklage auf Zahlung von 6.600 DM oder einen anderen nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Betrag erhoben.

Das Landgericht hat auch den Beklagten zur Zahlung von 11.649,84 DM, und zwar gesamtschuldnerisch mit E. B., verurteilt. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt er seinen Klageabweisungsantrag und den Antrag der Widerklage weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt aus: Dem Brief vom 25.

Februar 1950 sei zu entnehmen, daß der Beklagte und E. B. die Absicht gehabt hätten, zur Herstellung und zum Vertrieb der Zeitschrift eine GmbH zu gründen, und sich schon vor Gründung der GmbH zur Erreichung dieses Zwecks zusammengetan hätten. E. B. habe Namen, Lizenz und Büro und der Beklagte Kapital zur Verfügung gestellt. Es sei unerheblich, ob das von E. B. betriebene Einzelhandelsunternehmen in eine GmbH habe umgewandelt oder ob, wie der Beklagte als Partei ausgesagt habe, ein neuer Verlag zur Herausgabe der Zeitschrift habe aufgemacht werden sollen. Die Herausgabe der Bl. I sei nach § 1 Abs 2 Nr 8 HGB Grundhandelsgeschäft gewesen. Der Gewerbebetrieb sei über den Umfang des Kleingewerbes (§ 4 HGB) hinausgegangen. Es seien keine Umstände ersichtlich, daß die Haftung der Beteiligten den Gläubigern gegenüber beschränkt gewesen sei. Daher lägen die Voraussetzungen einer offenen Handelsgesellschaft (§§ 105, 4 Abs 2 HGB) vor, auch wenn die beiden Beteiligten ihren Zusammenschluß nicht in dieser Form gewollt hätten und ohne daß es noch auf die nähere Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses angekommen wäre. Der auf eine GmbH-Gründung gerichtete Vorvertrag bedürfe allerdings gerichtlicher oder notarieller Beurkundung. Aber der Mangel dieser Form könne gegenüber Dritten, die im Vertrauen auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses gehandelt hätten, nicht geltend gemacht werden. Da E. B. und der Beklagte Beiträge geleistet hätten, komme es nicht darauf an, inwieweit es sich um Kapitaleinlagen oder um Darlehen gehandelt habe (OGHZ 1, 350). Die Absicht, eine GmbH zu gründen, stehe der Annahme einer offenen Handelsgesellschaft nicht entgegen. Auch der Umstand, daß die Firmenbezeichnung Bu. als Firma einer oHG unzulässig sei (§ 19 HGB), schließe eine oHG nicht aus (RGZ 112, 280). Endlich hindere auch die vom Beklagten übernommene Bürgschaft die Annahme ei-

ner oHG nicht. E. B. habe allerdings in ihrem Brief vom 23. Mai 1950 erklärt, daß sie die Alleininhaberin des Bu[REDACTED] sei. Aber dieser Brief sei mit Blickrichtung auf den Prozeß geschrieben, und deshalb verdienten die Angaben der Schreiben von E. B. vom 28. Februar, 17. März 1950 den Vorzug. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß diese beiden Briefe ohne seine Kenntnis und ohne seinen Willen geschrieben worden seien. Denn er habe die Klägerin durch sein eigenes Verhalten in den Glauben versetzt, daß er Teilhaber des Bu[REDACTED] sei. So sei er bei der Besprechung vom 23. März 1950 als Unterhändler des Bu[REDACTED] aufgetreten. Wenn er dabei erklärt haben sollte, daß er nur dessen Geldgeber sei, so sei das nicht richtig. Denn er sei auch in der Folge gegenüber der Klägerin so aufgetreten, wie das ein Gesellschafter zu tun pflege, indem er den Bu[REDACTED] angewiesen habe, der Klägerin Außenstände abzutreten, bei der Klägerin angerufen habe, um weitere Auslieferungen für den Bu[REDACTED] zu erreichen, und den Buchprüfer Br[REDACTED] mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt habe, der der Klägerin am 27. April 1950 im Namen des Beklagten und der E. B. telegraphiert und die ordnungsmäßige Geschäftsführung des Bu[REDACTED] im Interesse des Beklagten zu überwachen gehabt habe. Das letztere schließt das Berufungsgericht aus dem Brief des Beklagten vom 19. Mai 1950. Es meint weiter: Es sei zutreffend, wenn das Landgericht in dem Verhalten des Beklagten die Betätigung eines Scheingesellschafters gefunden habe. Im übrigen sei eine nicht eingetragene Gesellschaft, die keine oHG sei, aber als solche auftrete, als oHG zu behandeln. Der Burgverlag sei als Gesellschaft aufgetreten, wie sich aus der Korrespondenz ergebe. Er habe der Klägerin am 28. Februar 1950 mitgeteilt, daß der Beklagte rückwirkend ab 1. Februar 1950 mitbeteiligt sei, und im Schreiben vom 17. März 1950 von dem Beklagten als dem Geschäftspartner gespro-

chen. Somit hafte der Beklagte als Scheingesellschafter des im Rechtsverkehr als oHG aufgetretenen Bu [REDACTED] für dessen Verbindlichkeiten nach § 128 HGB.

Daneben hafte der Beklagte für die noch offestehenden Druckkosten der Nummern 7 - 9 (2.730 DM) auf Grund der Bürgschaft vom 14. Februar 1950. ,

Schließlich hafte der Beklagte in Höhe von 5.662,50 DM als Aussteller und Girant der zwölf Wechsel. Diese Wechsel seien zum Ausgleich der bis zum 30. März 1950 aufgelaufenen Druckkosten verlangt und gegeben worden. Sie ständen mit der angeblichen Kreditvereinbarung vom 23. März 1950 in keiner Verbindung.

Dem Beklagten stehe auch kein Schadensersatzanspruch zu. Wenn wegen Verletzung einer am 23. März 1950 gegebenen Kreditzusage Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden könnten, so ständen diese nicht dem Beklagten persönlich, sondern dem Bu [REDACTED] zu. Im übrigen habe die Klägerin gar keine feste Kreditzusage erteilt. Sonst wäre die Einholung weiterer Auskünfte über den Beklagten sinnlos und die neuerlichen Finanzierungsvorschläge des Bu [REDACTED] vom 6. April 1950 unverständlich gewesen. Überdies habe dann der Burgverlag in seinem Schreiben vom 11. April 1950 nicht erklären können: "Ich verstehe durchaus, daß Sie sich sichern müssen." Die Klägerin habe den Bu [REDACTED] nur dann in größerem Umfang kreditieren wollen, wenn die über den Beklagten einzuholenden Auskünfte befriedigend ausfielen. Bis zur zwölften Nummer hätten die Druckkosten noch bar bezahlt werden sollen, da bis dahin Auskünfte über die Kreditwürdigkeit des Beklagten noch nicht hätten vorliegen können. Daraus folge, daß es im Ermessen der Klägerin gelegen habe, ob sie die Auskünfte als ausreichend habe ansehen wollen. Die Kreditauskünfte

hätten zwar erkennen lassen, daß der Beklagte ein Mann von gutem Rufe sei, aber kein klares Bild über seine finanziellen Verhältnisse ergeben. Die Klägerin habe ihr Ermessen nicht mißbraucht, wenn ihr diese Auskünfte zu einem Kredit für 13 Nummern nicht genügt hätten. In der Anforderung von drei Wechseln mit Schreiben vom 1. April 1950 und der Übersendung von zwölf Wechseln mit Schreiben vom 3. April 1950 liege nicht der Abschluß eines Kreditvertrages im Sinne der Besprechung vom 23. März 1950. Denn diese Wechsel seien zum Ausgleich der bereits entstandenen Druckkosten gefordert und gegeben worden. Das sei dem Bu[REDACTED] auch, wie sein Schreiben vom 3. April 1950 ergebe, klar gewesen. Zudem habe der Bu[REDACTED] für die Druckrechnungen vom 31. März, 5. April, 15. April und 21. April 1950 keine Wechsel übersandt, so daß davon ausgegangen werden könne, daß er selbst nicht angenommen habe, daß die angebliche Kreditvereinbarung vom 23. März 1950 zustande gekommen sei. Soweit der Beklagte behaupte, er habe für die bereits entstandenen Druckkosten nur dann Wechsel ausstellen wollen, wenn die Klägerin für die künftigen 13 Nummern Kredit gewähre, sei das unrichtig, da er für die bereits entstandenen Druckkosten schon aus § 128 HGB haftet habe. Mangels Kreditvereinbarung seien die Schreiben vom 17. Januar, 4. Februar und 9. Februar 1950 maßgebend geblieben, die vorsahen, daß die Druckkosten bar zu zahlen waren. Diese Bedingungen habe der Bu[REDACTED] nicht erfüllt, so daß die Klägerin gemäß § 320 BGB berechtigt gewesen sei, den Druck der Zeitschrift einzustellen. Dieser Sachverhalt stehe auf Grund des Schriftwechsels und der im ersten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme fest; deshalb bedürfe es der von den Parteien beantragten Beweisaufnahme nicht mehr, weil der Beweiswert der vorliegenden Urkunden nicht durch etwa davon abweichende Zeugenaussagen erschüttert werden könnte.

Das Berufungsurteil ist nicht haltbar.

1.) Die Revision rügt zu Recht, daß nicht zu erkennen ist, ob das Berufungsgericht das Bestehen einer OHG annehmen oder den Beklagten als Scheingesellschafter haften lassen will.

2.) Die vom Berufungsgericht angeschnittene Frage, ob die Gründer einer GmbH eine offene Handelsgesellschaft bilden können und aus § 128 HGB haften, stellt sich nicht. Denn eine GmbH war noch nicht gegründet und für eine noch nicht eingetragene GmbH wurde auch nicht gehandelt. Das Berufungsgericht rechnet vielmehr damit, daß ein neuer Verlag aufgemacht werden und die beabsichtigte GmbH gar nicht aus dem Bu[REDACTED] hervorgehen sollte.

3.) Gleichwohl können E. B. und der Beklagte eine OHG gebildet haben. Dazu würde gehören, daß der Beklagte in den von E. B. als Einzelhandelsunternehmen betriebenen Bu[REDACTED] als Gesellschafter eingetreten ist. Das ist nicht ausreichend dargetan:

E. B. hat zwar in ihrem Schreiben vom 28. Februar 1950 unter der Firma Bu[REDACTED] erklärt, daß der Beklagte rückwirkend ab 1. Februar 1950 an dem Verlage beteiligt sei, und in ihrem Schreiben vom 17. März 1950 den Beklagten als ihren Geschäftspartner bezeichnet. Sie hat auch in ihrem Schriftsatz vom 2.1.51 vorgetragen, der Beklagte sei auf Grund einer Übereinkunft vom 25. Februar 1950 als Teilhaber in die Firma Bu[REDACTED] eingetreten und diese habe in eine GmbH umgewandelt werden sollen. Aber es liegen auch gegenteilige Äußerungen vor: E. B. hat sich in dem Schreiben vom 23. Mai 1950 als Alleininhaberin des Bu[REDACTED] bezeichnet. Von ihr sind alle Schreiben des Bu[REDACTED] unterschrieben, der Beklagte hat kein einziges Schreiben dieses Verlages gezeichnet und, soweit ersicht-

lich, tragen alle Schreiben des Bu[REDACTED] das Diktatzeichen Bu, also das der Frau B[REDACTED]. Auf allen Schreiben des Bu[REDACTED] ist ein Postscheckkonto mit dem Namen E[REDACTED] B[REDACTED] angegeben. Der Beklagte hat nach seinem Schreiben vom 25. Februar 1950 die Verlagsrechte, die Lizenz und die Außenstände von E. B. zur Sicherheit übertragen erhalten. Das Verlagsrecht und die Lizenz sollten der Gesellschaft erst nach ihrer Gründung zufallen und dann die Grundlage für die Zuteilung von Geschäftsanteilen an E. B. bilden. Nach dem Schreiben des Beklagten vom 26. März 1950 sollten die neu zur Verfügung gestellten 2.000 DM wie alle vorher gegebenen Beträge (4.600 DM) Darlehen sein, die bei Gründung der beabsichtigten GmbH in Stammeinlagen umgewandelt werden sollten. Auch für diese 2.000 DM ließ sich der Beklagte von E. B. nach seinem Schreiben vom 26. März 1950 Sicherheiten geben. E. B. quittierte über die 2.000 DM als Darlehen und erklärte sich mit dem Inhalt des Schreibens des Beklagten vom 26. März 1950 einverstanden. Dieses Schreiben des Beklagten war nicht an E. B. persönlich gerichtet, sondern "an den Bu[REDACTED] Frau E[REDACTED] B[REDACTED]" adressiert. Die zwölf Wechsel nannten den Bu[REDACTED] Inhaber E[REDACTED] B[REDACTED] als Bezogenen. Die Klägerin selbst richtete ihre Schreiben vom 6., 27. und 29. April 1950 an den "Bu[REDACTED] Frau E[REDACTED] B[REDACTED]" und redete den Empfänger ihrer an den Bu[REDACTED] gerichteten Briefe vom 16., 27., 28. und 31. März 1950 mit "Sehr geehrte Frau B[REDACTED]" an. Es geht nicht an, von allen diesen Tatsachen ausschließlich das Schreiben E. B.'s vom 23. Mai 1950 herauszugreifen und nur dieses Schreiben im Verhältnis zu den Schreiben vom 28. Februar und 17. März 1950 zu würdigen.

Gewiß hat der Beklagte in seinem Brief vom 25. Februar 1950 geschrieben, daß er die bis dahin zur Verfügung gestellten 3.600 DM auf seine "zu leistende Einlage"

gezahlt habe, und daß der mit diesem Schreiben überreichte Scheck von 1.000 DM "als weitere Einzahlung auf sein Kapitalkonto" verwendet werden soll. Er hat sich die 1.000 DM auch als "weitere Zahlung für seine Stammanteile" quittieren lassen. In diesem Brief hat er aber auch ausgeführt, was "bis zur Gesellschaftsgründung" vereinbart sei und was gelten sollte, "sobald die beabsichtigte GmbH gegründet" sei. Er hat sich insbesondere Sicherheiten geben lassen und erklärt, daß das ihm zur Sicherheit übertragene Verlagsrecht der GmbH zufalle, sobald die beabsichtigte GmbH gegründet sei und daß nach der Gründung der Gesellschaft die Sicherungsbestimmungen fortfielen. Sein Schreiben vom 26. März 1950 hat er nicht, wie das von einem Brief an den Mitgesellschafter erwartet werden kann, an Frau B. persönlich, sondern an den Bu. Frau E. gerichtet. In diesem Brief hat er klargestellt, daß er die im Scheck beigefügten 2.000 DM "wie alle früheren Beträge als Darlehen" gebe, bis die neue Gesellschaft eingetragen sei. Diese 2.000 DM hat er sich ausdrücklich als Darlehen quittieren lassen. Der Beklagte hat außerdem behauptet, er habe für den Bu. keine Vertretungsmacht gehabt, über die Konten nicht verfügen können, im Betrieb keine Anweisungen geben dürfen und keine gegeben, keine Leute eingestellt oder entlassen und auch sonst keine Vereinbarungen für den Verlag treffen dürfen; auch an Gewinn und Verlust sei er nicht beteiligt gewesen (Schriftsatz vom 17.1.51).

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei als Teilhaber des Bu. aufgetreten, ist rechtlich nicht einwandfrei. Das Berufungsgericht kommt hierzu einmal für die Besprechung vom 23. März 1950, sagt aber nicht, worauf es diese Annahme gründet. Die Bekundung We., die als einzige hierfür in Betracht kommen könnte, sagt davon nichts. Auch die Annahme, der Beklagte sei auch

in der Folgezeit in einer Weise aufgetreten, wie es nur ein Gesellschafter zu tun pflegt, ist nicht tragfähig begründet: Der Beklagte hat in seinem Schreiben vom 14. April 1950 nicht gesagt, er habe den Bu [REDACTED] "angewiesen", der Klägerin Außenstände abzutreten, sondern, er habe dies vom Bu [REDACTED] "gefordert". Der Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte bei seinem Anruf vom 27. März 1950 für den Bu [REDACTED] aufgetreten sei, liegt der Schriftsatz der Klägerin vom 2. August 1952 und damit eine einseitige, bestrittene Parteiangabe zugrunde. Der vom Berufungsgericht verwertete Brief des Beklagten vom 19. Mai 1950 sagt nicht, daß der Beklagte den Buchprüfer Br [REDACTED] bloß in seinem Interesse mit der Überwachung der ordnungsmäßigen Geschäftsführung des Bu [REDACTED] beauftragt habe, sondern, daß dies im Interesse der Klägerin und im Interesse des Beklagten geschehen sei. Dies deckt sich mit der Behauptung des Beklagten, daß er gleich der Klägerin nur Darlehensgeber gewesen sei. Der Beklagte hat sich auf das Zeugnis des Br [REDACTED] dafür berufen (S 7 des Schriftsatzes vom 2.9.52), daß Br [REDACTED] keine Geschäfte des Bu [REDACTED] geführt hat, daß er dazu auch gar nicht beauftragt war und daß er das Telegramm vom 27. April 1950 nur auf Bitten von Frau B [REDACTED] auch mit deren Namen versehen hat. Das Berufungsgericht hat diesen Beweis nicht erhoben. Dem Telegramm konnte daher nicht entnommen werden, daß Br [REDACTED] im Auftrage des Beklagten Geschäfte des Bu [REDACTED] geführt habe und daß das Handeln Br [REDACTED] dem Beklagten zugerechnet werden müsse. Ist aber rechtlich nicht einwandfrei begründet, daß der Beklagte so aufgetreten sei, wie das nur ein Gesellschafter zu tun pflege, so ist auch die hieraus gewonnene Folgerung des Berufungsgerichts unhaltbar, sollte der Beklagte bei der Besprechung vom 23. März 1950 erklärt haben, daß er nur Geldgeber des Bu [REDACTED] sei, so sei das nicht richtig.

Es mußte vielmehr eine positive Feststellung darüber getroffen werden, ob der Beklagte eine solche Erklärung abgegeben hat oder nicht.

Das Berufungsgericht hat Recht, daß der Gebrauch der für eine oHG unzulässigen Firma Bu [REDACTED] das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft nicht ausschließt. Gewiß auch kann ein Gesellschafter einer oHG für die Gesellschaft Bürgschaft leisten (RGZ 139, 252) oder Wechsel auf die Gesellschaft ziehen. Aber das können auch gewichtige Beweisanzeichen dafür sein, daß keine offene Handelsgesellschaft gegeben ist. Nur unter diesem Gesichtspunkt hat der Beklagte diese Umstände geltend gemacht.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone vom 24.2.49 (OGHZ 1, 350) mißverstanden. Der OGH hat nicht den Standpunkt vertreten, daß es für die Annahme einer oHG unerheblich sei, ob etwas als Einlage oder Darlehen erbracht wurde, sondern er hat ausgeführt, daß, wenn feststeht, daß Beiträge geleistet wurden, es für die Annahme des Bestehens einer oHG unerheblich ist, i n w i e w e i t es sich um Kapitaleinlagen oder um Darlehen handelte. Das Berufungsgericht war daher nicht der Prüfung enthoben, ob der Beklagte die an den Bu [REDACTED] gezahlten Beträge als Einlage oder als Darlehen geleistet hat. Hierfür wird den Schreiben des Beklagten vom 25. Februar und 26. März 1950 kaum etwas entnommen werden können, wenn, wie diese Schreiben besagen, ein neuer Verlag in Form einer GmbH gegründet und nicht die Einzelhandelsfirma Bu [REDACTED] in eine GmbH umgewandelt werden sollte.

4.) Wer in das Einzelhandelsgeschäft eines anderen zwar nicht eintritt, aber als persönlich haftender Gesellschafter dieses Unternehmens auftritt, hat gegenüber dem

gutgläubigen Dritten wie ein Gesellschafter zu haften.

a) Eine solche Haftung des Beklagten kann aber nicht daraus abgeleitet werden, daß der Bu [REDACTED], wie sich aus dessen Schreiben vom 28. Februar 1950 und 17. März 1950 ergibt, als Gesellschaft aufgetreten ist, wenn diese Briefe, wie der Beklagte behauptet und unter Beweis gestellt hat (Schriftsätze vom 14.2.53, S 12, Bl 286 R und vom 11.5.53, S 7, Bl 315), ohne seine Kenntnis und seinen Willen geschrieben worden sind.

Eine Haftung des Beklagten als Scheingesellschafter des Bu [REDACTED] läßt sich auch nicht, wie dies das Berufungsgericht anscheinend tut, damit begründen, der Beklagte habe den Bu [REDACTED] gemeinsam mit E. B. betrieben. Denn in diesem Falle würde er echter Gesellschafter gewesen sein und für die Schulden des Verlages nach den §§ 28, 128 HGB zu haften haben.

b) Auch die Gutgläubigkeit der Klägerin ist rechtlich nicht einwandfrei dargetan. Das Wissen ihres Geschäftsführers ist das Wissen der Klägerin (RG JW 1935, 2044; BGH WM 1956, 566).

Hat der Beklagte bei der Besprechung vom 23. März 1950 erklärt, daß er nur Darlehensgeber des Bu [REDACTED] sei, so hätte We [REDACTED] dem nachgehen müssen, wenn er dies angesichts der Schreiben des Bu [REDACTED] vom 28. Februar und 17. März 1950 nicht glauben wollte.

Gutgläubigkeit der Klägerin kann jedenfalls für die nach dem 1. April 1950 entstandenen Druckkosten zu verneinen sein, weil die zwölf Wechsel E. B. als alleinige Inhaberin des Bu [REDACTED] bezeichnen.

Es bedarf auch einer sorgfältigen Auseinandersetzung

mit der Frage, ob die Klägerin den Beklagten vor dem Prozeß überhaupt als persönlich haftenden Gesellschafter von E. B. oder als Mitinhaber des Bu [REDACTED] angesehen hat. Hiergegen spricht, daß der Beklagte kein einziges Mal unter der Firma Bu [REDACTED] an die Klägerin geschrieben hat, daß sämtliche Briefe des Bu [REDACTED] von E. B. unterzeichnet sind und den Aufdruck eines persönlichen Postscheckkontos E. B.'s tragen und daß die Klägerin mehreren Schreiben an den Burgverlag noch den Namen B [REDACTED] hinzufügte oder sich in der Anrede an Frau B [REDACTED] wandte.

5.) Das Berufungsurteil kann auch insoweit nicht bestehen bleiben, als es die Verurteilung des Beklagten in Höhe von 2.730 DM auf Bürgschaft stützt.

Der Beklagte hat behauptet und unter Beweis gestellt (Schriftsätze vom 12.5.52, S 4, Bl 187 und vom 11.5.53, S 2 ff, Bl 312 R ff), daß die angebliche Kreditzusage der Klägerin vom 23. März 1950 auch die noch nicht bezahlten Druckkosten der Nummern 7 - 9 umfaßte und daß seine Verpflichtung aus der Bürgschaft vom 14. Februar 1950 entfallen sollte, falls er zur Sicherung des von der Klägerin für 13 Nummern in Aussicht genommenen Kredits Wechsel ausstellte. Da die zwölf der Klägerin übersandten Wechsel genau dem Betrage entsprachen, den der Bu [REDACTED] bis zum 30. März 1950 schuldete (5.523,18 DM), und der Beklagte diese Wechsel in der Annahme ausgestellt und hingegeben haben will, sie würden von ihm in Durchführung der angeblichen Verabredung vom 23. März 1950 verlangt, war zu prüfen, ob die Bürgschaft vom 14. Februar 1950 durch Hingabe von Wechseln für die Druckkosten der Nummern 7 - 9 hinfällig werden sollte. Der insoweit angetretene Beweis brauchte nur dann nicht erhoben zu werden, wenn die zwölf Wechsel zu einem anderen Zweck als der Durch-

führung der angeblichen Vereinbarung vom 23. März 1950 gegeben wurden. Das hat das Berufungsgericht zwar angenommen, aber auch das ist, wie noch auszuführen ist, rechtlich zu beanstanden.

6.) Auch soweit das Berufungsurteil einen Anspruch aus den Wechseln gibt, ist es nicht frei von Rechtsirrtum.

Insoweit begeht das Berufungsgericht einmal den Fehler, daß es annimmt, der Beklagte habe behauptet, daß sich die angebliche Kreditzusage der Klägerin vom 23. März 1950 auf die k ü n f t i g e n 13 Druckrechnungen beziehe, während er tatsächlich behauptet und unter Beweis gestellt hat (vgl. vorstehend zu Ziff 5), daß diese Zusage die bereits entstandenen, aber noch nicht bezahlten Druckkosten umfaßt habe. Das steht im Einklang mit seiner weiteren Behauptung, We [REDACTED] habe am 23. März 1950 nur auf Zahlung von 2.000 DM gedrängt, und er, der Beklagte, habe wegen anderweitiger Engagements auch gar nicht mehr aufbringen können und deshalb darauf Wert gelegt, daß die Klägerin den Verlag ins solange kreditiere, als er sich von jenen Engagements noch nicht gelöst habe. Von diesem Fehler ist auch die Beurteilung der Schreiben vom 1., 3., 6., 11. und 14. April 1950 und die Annahme des Berufungsgerichts beeinflusst, bei den, am 3. April 1950 hingegebenen Wechseln habe es sich nicht um die am 23. März 1950 vorgesehenen Wechsel gehandelt. Wenn am 23. März 1950 verabredet wurde, daß die Klägerin die noch nicht gezahlten und die noch entstehenden Druckkosten bis zur Höhe von 13 Zeitschriftennummern dem Bu [REDACTED] kreditieren und sich der Beklagte für diese Kosten in Form einer Wechselunterschrift mitverpflichten sollte, falls die über den Beklagten einzuholenden Auskünfte gut ausfielen, so durfte die Klägerin vom Beklagten nicht die Unterzeichnung von Wechseln fordern, wenn ihr die erhal-

tenen Auskünfte nicht genügten. Denn der Beklagte stand außer durch die behauptete Vereinbarung vom 23. März 1950 und die am 14. Februar 1950 übernommene Bürgschaft in keinem Vertragsverhältnis zur Klägerin. Forderte sie gleichwohl vom Beklagten Wechselunterschriften ein, so ergab der bloße Hinweis, daß die Wechsel "zum Ausgleich" der bereits entstandenen Druckkosten verlangt wurden, nicht ohne weiteres, daß diese Wechsel erfüllungs- und nicht sicherungshalber gefordert wurden.

Des weiteren begeht das Berufungsgericht den Fehler, daß es die Erklärungen und Handlungen des Bu [REDACTED] dem Beklagten zurechnet, indem es ihn als Gesellschafter dieser Firma behandelt. Verfehlt ist deshalb insbesondere auch die Überlegung des Berufungsgerichts, die angebliche Vereinbarung vom 23. März 1950 habe sich auf die bereits entstandenen Druckkosten deshalb nicht erstrecken können, weil der Beklagte dafür bereits gemäß § 128 HGB haftet habe. Haftete der Beklagte schon als oder wie ein Gesellschafter einer OHG, so bedurfte es einer besonderen Erklärung dafür, wieso er sich dann noch wechselmäßig für die (künftigen) Druckkosten verpflichten sollte und verpflichtete.

Dem Schreiben vom 14. April 1950 läßt sich nicht entnehmen, daß dem Beklagten bei Hingabe der Wechsel bekannt gewesen sei, daß die Wechsel mit der angeblichen Kreditvereinbarung vom 23. März 1950 nicht in Verbindung standen. Wenn der Beklagte dort schreibt, die Klägerin habe die Wechsel "für die noch offenen Rechnungen eingefordert", so darf das nicht aus dem Zusammenhang gerissen, sondern muß vielmehr mit dem Satze dieses Briefes gelesen werden, daß der Beklagte erst am Tage dieses Briefes von dem inzwischen mit dem Bu [REDACTED] geführten Schriftwechsel Kenntnis erlangt und daraus ersehen habe,

daß die Klägerin die am 23. März 1950 mit ihm, dem Beklagten, getroffenen Vereinbarungen umgestoßen habe. Auch im Schreiben des Bu [REDACTED] vom 3. April 1950 war gesagt, daß der Beklagte verreist sei, jedoch seine Unterschrift für die Wechsel dagelassen habe und daß die Wechsel "verabredungsgemäß" überreicht würden, womit nur die angebliche Vereinbarung vom 23. März 1950 gemeint gewesen sein kann.

Das Berufungsgericht hätte durch Vernehmung aller dafür in Betracht kommenden Zeugen aufklären müssen, was am 23. März 1950 im einzelnen besprochen worden ist, statt sich auf einseitige und unsichere Schlüsse aus dem aneinander vorbeigehenden Schriftwechsel einzulassen und zum Teil nur den Vortrag der Klägerin der Entscheidung zugrunde zu legen.

7.) Ohne eine sorgfältige Klärung der angeblichen Vereinbarung vom 23. März 1950 läßt sich weder die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung verneinen noch die Widerklage abweisen.

Die Erwägung des Berufungsgerichts, wenn überhaupt Schadensersatzansprüche aus einer Verletzung der angeblichen Vereinbarung vom 23. März 1950 in Frage kämen, so ständen sie dem Bu [REDACTED] und nicht dem Beklagten persönlich zu, geht an dessen Vortrag vorbei. Der Beklagte hat behauptet und unter Beweis gestellt, daß er diese Vereinbarung persönlich als Gläubiger des Bu [REDACTED] mit der Klägerin als einem anderen Gläubiger dieses Unternehmens geschlossen habe, weil er sich von einer weiteren Unterstützung des Verlages nur dann etwas versprochen habe, wenn auch die Klägerin einen größeren Kredit gewährte. Die Klägerin nahm in ihrem Schreiben vom 1. April 1950 denn auch auf die "persönlichen Verhandlungen zwischen Frau B [REDACTED] und Herrn Z [REDACTED] einerseits" und

We [REDACTED] andererseits Bezug. Und der Beklagte sprach in seinem Schreiben vom 14. April 1950 widerspruchslos von den mit ihm getroffenen Vereinbarungen.

Auch aus der Tatsache, daß für die Druckrechnungen vom 5., 15. und 21. April 1950 keine Wechsel übersandt wurden, läßt sich nicht ohne weiteres herleiten, daß die angebliche Vereinbarung vom 23. März 1950 nicht den vom Beklagten behaupteten Inhalt gehabt haben könne und die Klägerin mindestens mangels Bezahlung der weiteren Druckkosten zur Einstellung des Druckes berechtigt gewesen sei. Denn inzwischen hatte der Burgverlag das Schreiben der Klägerin vom 6. April 1950 (Bl 121) erhalten, das ergab, daß die Klägerin die Wechsel diskontieren lassen wollte. Hiermit war aber klar, daß die Klägerin die Wechsel nicht als Sicherung für den am 23. März 1950 angeblich zugesagten Kredit, sondern erfüllungshalber verlangte, und dies wurde nach der Behauptung des Beklagten (vgl auch seinen Brief vom 14. April 1950) als eine Verletzung der am 23. März 1950 angeblich getroffenen Vereinbarung angesehen.

8.) Es erschien zweckmäßig, die Sache an einen anderen Senat zu verweisen.

9.) Die Kostenentscheidung hängt vom endgültigen Ausgang der Sache ab und war daher dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Canter

Dr. Selowsky

Dr. Haidinger

Dr. Kuhn

Dr. Haager