

26. Zur Beurteilung eines dem Abschluß des endgültigen Gesellschaftsvertrags vorausgeschickten Vorstadiums.

II. Zivilsenat. Urtr. v. 25. Oktober 1921 i. S. W. (Def.) m. Gummitwerke Max B. G. m. b. H. (R.). II 142/21.

I. Landgericht Köln, Kammer für Handelsachen. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin, Gesellschaft m. b. H. Gummitwerke Max B., trat im Oktober 1916 mit dem in Bergisch Gladbach ansässigen Beklagten in Verhandlung wegen gemeinschaftlicher Fabrikation und Absetzung der vom Beklagten hergestellten und mit dem Namen Ceromit bezeichneten Hochdruck-Dichtungsplatten. Nachdem er den Betrieb eine kurze Zeit lang in ihren Räumen in Köln geleitet hatte, errichtete sie bei ihm in Gladbach eine Zweigstelle und erteilte ihm Postvollmacht, worauf er die Geschäfte während einiger Monate an seinem Wohnsitz unter ihrer Firma führte. Im März oder April 1917 gründete er mit seiner Ehefrau eine „Ceromit-Gesellschaft m. b. H.“, in deren Namen er seitdem den Artikel vertreibt.

Die Klägerin erblickt hierin eine Rechtswidrigkeit. Nach ihrer Behauptung wäre im Oktober 1916 ein Gesellschaftsvertrag auf die Dauer von 3 Jahren mit Gewinnbeteiligung für sie zu  $\frac{2}{3}$  zustande gekommen. Dagegen behauptet der Beklagte, es habe sich nur um Vorbesprechungen und um Versuche gehandelt; als der Geschäftsführer H. zum Meere eingezogen worden sei und die Klägerin sich nicht habe entschließen können, das Unternehmen zu finanzieren, habe er das Projekt fallen lassen.

Die Klage geht auf Rechnungslegung und Herausgabe des Gewinnes. Beide Vorinstanzen stellten sich auf den Standpunkt der Klägerin. Das Oberlandesgericht erließ ein Teilurteil nach § 254 ZPO., wodurch es den Beklagten verurteilte, 1. ihr Abrechnung zu erteilen über alle Geschäfte, die er vom Oktober 1916 bis zum 1. Oktober 1919 sowohl unter der Firma Gummitwerke Max B. G. m. b. H. als auch unter der Firma Ceromit G. m. b. H. und unter seiner eigenen Firma in Ceromit abgeschlossen oder ausgeführt habe, 2. ihr die Bücher und Belege sowie den Schriftwechsel über diese Geschäfte vorzulegen.

Auf die Revision wurde die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

#### Gründe.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bis in den März 1917 hinein habe der Beklagte den Ceromit-Betrieb unter der Firma der Klägerin geleitet. Unter dieser Firma habe er die Ankündigungen in den Fachzeitschriften veröffentlicht, die Offerten hinausgeschickt und die Rechnungen ausgestellt. Noch im April 1917 habe er Geldsendungen, die unter der Firma der Klägerin eingingen, auf Grund der in seinem Besitz befindlichen Postvollmacht vereinnahmt. Etwa ebensolange habe er sie über den Gang der Geschäfte auf dem Laufenden gehalten, um Übersendung von Materialien ersucht usw. Alle diese Tatsachen ließen sich nur verstehen, wenn man eine feste Vereinbarung zwischen den Parteien annehme; auf Grund bloßer Vorbereitungen und lediglich in der Hoffnung auf künftigen Abschluß einer Vereinbarung würden Kaufleute schwerlich einen gemeinschaftlichen Betrieb eröffnen und über ein halbes Jahr lang führen. Auch der Briefwechsel der Parteien bestätige, daß Ende 1916 und anfangs 1917 beide Teile der Überzeugung gewesen seien, ein fester Vertrag liege vor. Mit Bezug auf den Beklagten sei ausschlaggebend ein Brief vom 27. Dezember 1916, worin er von „unserem Büro“ spreche, an Erteilung der Postvollmacht erinnere, die Muster erwähne, die ein von der Klägerin angebrachter Kunde W. erhalten habe, schließlich auch Unterlagen für Aufstellung der ersten Bilanz erbitte. Ebenso zeigten verschiedene Briefe der Klägerin, wie sie sich ständig für das Gedeihen des Unternehmens interessiert, ihm alle bei ihr eingehenden Anfragen überwiesen und Gelbbeträge ausgehändigt habe. Die Aussage des Zeugen H. tue auch den Inhalt des Abkommens zur Genüge dar: die Herstellung und der Vertrieb des Ceromit hätten unter der Firma der Klägerin auf gemeinschaftliche Kosten erfolgen sollen, der Anteil der Klägerin am Gewinn und Verlust sei auf  $\frac{1}{3}$ , der des Beklagten auf  $\frac{2}{3}$  bestimmt gewesen, die Gesellschaft sei eingegangen zunächst auf 3 Jahre bis zum 1. Oktober 1919. Es sei ja selten, daß Kaufleute ein derartiges Abkommen mündlich träfen, aber rechtlich stehe dem mündlichen

Vertragschluß nichts im Wege. Wie aus den beiderseitigen Vertragsentwürfen hervorgehe, sei auch im vorliegenden Fall eine schriftliche Niederlegung der Vereinbarung geplant gewesen. Entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB. müsse das Abkommen aber unabhängig von der Beurkundung für gültig erachtet werden. Obgleich jeder Teil seinen Entwurf spätestens Mitte Oktober 1916 dem Gegner übergeben und, weil nicht der mündlichen Vereinbarung entsprechend, zurückerhalten habe, sei doch der gemeinsame Betrieb aufgenommen und über ein halbes Jahr fortgeführt worden, ohne daß von einer Seite nochmals die schriftliche Niederlegung verlangt worden sei. Dazu komme, daß der Beklagte oder die von ihm gegründete Ceromit-Gesellschaft m. b. H. in der Steuererklärung die Klägerin als gewinnanteilsberechtiget bezeichnet habe. Offenbar habe der Beklagte also damals an der Gültigkeit des Abkommens nicht gezweifelt.

Diese Ausführungen beruhen auf Verletzung des § 346 SGB. und des § 154 BGB. Nachdem die Verhandlungen der Parteien über Abschluß eines Gesellschaftsvertrags begonnen hatten, hat der Beklagte einige Monate hindurch teils in den Geschäftsräumen der Klägerin in Köln, teils in Bergisch Gladbach unter Benutzung ihrer Firma und ihrer Postvollmacht Ceromit verkauft und die eingehenden Zahlungen in Empfang genommen. Darin, daß dies nicht ohne vertragsmäßige Grundlage geschah, muß dem Berufungsgericht zugestimmt werden. Wollte man die Vermögensvorteile, die ihm auf solche Weise auf Kosten der Klägerin zufließen, nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung für ausgleichspflichtig erklären, so würde man dem Wesen der Sache nicht gerecht. Insofern ist es ganz richtig, wenn das Berufungsgericht eine „feste Vereinbarung“ der Parteien als geschlossen ansieht. Es irrt nur darin, daß es diese „feste Vereinbarung“ ohne weiteres dem auf 3 Jahre geplanten Gesellschaftsvertrag gleichsetzt, um dessen Inhalt die Verhandlungen sich drehten. Einen langfristigen Vertrag anders als in Schriftform abzuschließen, würde allen kaufmännischen Gepflogenheiten zuwiderlaufen, und weder die vom Berufungsgericht betonten Umstände noch die bisherigen Behauptungen der Klägerin zwingen zu der Annahme, daß die Parteien im vorliegenden Fall dergleichen im Sinne gehabt hätten. Vielmehr spricht die Tatsache, daß jede Partei einen Entwurf aufgestellt und der andern zur Unterzeichnung zugesandt hat, aufs Deutlichste für den Willen, auch hier den endgültigen Vertrag schriftlich zu schließen. Bis ein solcher Vertrag zustande kommen würde, sollte das Ceromit nur versuchsweise auf gemeinschaftliche Rechnung hergestellt und vertrieben werden. Wenn der Beklagte nach Ablehnung seines Entwurfs durch die Klägerin noch eine Zeit lang mit dem Vertrieb des Ceromits unter ihrer Firma fortfuhr, so erklärt sich das hinreichend aus der Er-

wartung, daß trotz der Meinungsverschiedenheiten der Parteien doch noch eine Einigung über den endgültigen Vertrag zustande kommen werde. Unlängend das Vorkommnis bei der Steuererklärung, so ist nicht ersichtlich, ob die in dem Briefe des Steueramts vom 16. Februar 1920 erwähnte Entscheidung der Berufungskommission sich nicht auf die Steuererklärung für 1917 bezog, wo die Klägerin während der ersten Monate in der Tat an dem Betriebe beteiligt war. Auch die Aussage des Zeugen H. bietet der Ansicht des Berufungsgerichts keine Stütze. Wenn sich danach die Parteien in den von dem Zeugen hervorgehobenen Punkten — insbesondere über eine Gewinnbeteiligung der Klägerin zu  $\frac{1}{3}$  und über eine dreijährige Dauer der Gesellschaft — verständigt haben, so schließt das nicht im geringsten aus, daß über eine Reihe anderer Punkte, wie namentlich über die Einlagen und die sonstigen Pflichten der Parteien, eine Einigung erzielt werden mußte (vgl. § 154 Abs. 1 BGB.). Daß bei der bezeugten Unterredung von schriftlicher Fixierung des Vertrags nicht gesprochen wurde, ist unerheblich, da, wie erwähnt, die Beurkundung geschäftsüblich ist und die Aufstellung und Auswechslung von Entwürfen den Willen, von der Regel nicht abzuweichen, ergab (vgl. § 154 Abs. 2).

Hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden, damit das Berufungsgericht den Sachverhalt unter Beachtung der erörterten Gesichtspunkte nochmals einer Prüfung unterzieht. Werden nicht neue Momente beigebracht, so ist der Abschluß eines Vertrags festzustellen, dessen Inhalt auf einen nur vorläufigen Betrieb auf gemeinsame Rechnung gerichtet war. Während dieses Betriebs haben die Parteien dann den Versuch gemacht, über einen endgültigen, mehrjährigen Vertrag zu einer Einigung zu gelangen. Es wäre das eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit gewesen, die von jedem Teil jederzeit gekündigt werden konnte (§ 723 BGB.). Hier würde eine Kündigung durch den Beklagten schon darin liegen, daß er die Ceromit-Gesellschaft m. b. H. gründete und der Klägerin davon Anzeige machte. Unbedenklich wäre der Gewinnanteil der Klägerin an der vorläufigen Gesellschaft auf das Drittel zu bemessen, das für die endgültige Gesellschaft in Aussicht genommen war.

Es muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß das Berufungsgericht auf Grund neuer Tatsachen wiederum den Abschluß des Vertrags auf 3 Jahre feststellt. Möglich ist auch, daß der Beklagte, wie es schon in der Klagschrift behauptet wird, die Klägerin nicht sofort von der Gründung der Ceromit-Gesellschaft in Kenntnis setzte, sondern ihr erst später den Abbruch der Verhandlungen erklärt hat. Alsdann würde er ihr durch den Betrieb jener Gesellschaft, sei es während des Restes der bedungenen 3 Jahre oder bis zur Abgabe der Kündigungserklärung, schadenserzappflichtig geworden sein. Der An-

---

spruch auf Rechnungslegung über diejenigen Geschäfte, die er unter der Firma und für Rechnung der Ceromit-Gesellschaft geführt hat, könnte in diesen Fällen mit Hilfe des Gesichtspunkts der Naturalrestitution (§ 249 Satz 1 BGB.) begründet werden; vgl. das Urteil des erkennenden Senats RGZ. Bd. 89 S. 99.