

15. 1. Haftet die offene Handelsgesellschaft aus Geschäften, die ein vertretungsberechtigter Gesellschafter abgeschlossen hat, auch dann, wenn dieser seinem Geschäftsgegner nicht erkennbar gemacht hat, daß er im Namen der Gesellschaft handle?
2. Eigentumsvorbehalt und Rücktritt vom Kaufvertrag.
3. Nachträgliche Geltendmachung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln in der Berufungsinstanz.
- RGB. §§ 124 flg. BGB. §§ 164, 455. RPD. § 529.

II. Zivilsenat. Ur. v. 11. November 1927 i. S. Offene Handelsgesellschaft N. & Co. u. Gen. (Bekl.) w. Offene Handelsgesellschaft S. N. (Kl.). II 127/27.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte N. betrieb im Jahre 1924 in Berlin eine Molkerei. Im Januar 1925 übereignete er alle seine Kühe (etwa 22) der Beklagten E., seiner Schwiegermutter, und zwar, wie er behauptet, zur Sicherung für ein von ihr erhaltenes Darlehen. Am 21. Februar 1925 verkaufte die Klägerin an den Beklagten N. sieben Kühe zum Gesamtpreis von 4655,65 RM. Davon wurden 2005,65 RM sofort dadurch getilgt, daß N. der Klägerin Schlachtvieh lieferte. Wegen des Rests von 2650 RM gab der Beklagte N. der Klägerin ein am 15. Juni 1925 fälliges Akzept, das bei Verfall nicht eingelöst wurde und in Protest ging. Am 8. April verkaufte die Klägerin an N. sechs weitere Kühe um insgesamt 3480 RM. Auch für diesen Betrag erhielt sie von N. einen Wechsel, der unter Hinzurechnung der vom Käufer zu tragenden Diskontierungsspesen auf den Betrag von 3591,40 RM gestellt wurde und am 8. Juli 1925 fällig war. Auch dieser Wechsel wurde nicht eingelöst.

Nach dem bestrittenen Vorbringen der Klägerin sollen die Röhre in beiden Fällen unter Vorbehalt des Eigentums verkauft worden sein. Außerdem behauptet die Klägerin: die aus den Beklagten N. u. Frau E. als Teilhabern bestehende offene Handelsgesellschaft N. & Co. (Beklagte zu 1), die am 8. Mai 1925 ins Handelsregister eingetragen worden ist und Mitte April 1925 gegründet worden sein soll, habe in Wirklichkeit schon am 21. Februar 1925 bestanden, sodaß außer dem Beklagten N. auch die Firma N. & Co. und die Gesellschafterin Frau E. für beide noch ausstehende Posten aufzukommen hätten. Demgemäß verlangt die Klägerin Zahlung des noch rückständigen Kaufpreises von zusammen 6241,40 R.M. oder Herausgabe der 13 Röhre von den drei Beklagten. Den Beklagten N. und Frau E. gegenüber stützt sie dieses Verlangen auch auf unerlaubte Handlung mit der Begründung: sie hätten die offene Handelsgesellschaft N. & Co. gegründet, um dadurch die Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten N. zu vereiteln, und die Beklagte Frau E., die in Wahrheit die Eigentümerin des Geschäfts gewesen sei, habe es zugelassen, daß N. als Strohmann für sie Geschäfte abschloß.

Unstreitig wurde bei der Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister der 1. April 1925 als Zeitpunkt des Geschäftsbeginns angegeben.

Das Landgericht ordnete durch einstweilige Verfügung die vorläufige Rückgabe der verkauften 13 Röhre an die Klägerin an. Daraufhin erhielt die Klägerin 12 davon vorläufig zurück. Der erste Richter verurteilte sodann den Beklagten N. zur Zahlung von 6241,40 R.M. oder zur Herausgabe der 13 Röhre und wies die gegen die offene Handelsgesellschaft und Frau E. gerichtete Klage ab.

Die Klägerin und der Beklagte N. legten Berufung ein. Durch einstweilige Verfügung des Berufungsgerichts, die auf Antrag der Klägerin erging, wurde diese ermächtigt, die bei ihr noch vorhandenen 11 Röhre (die 12. war inzwischen eingegangen) öffentlich zu versteigern und den Erlös als Streitmasse zu hinterlegen. Die Versteigerung fand statt und die Klägerin hinterlegte den Erlös von 3000 R.M. Das Berufungsgericht verurteilte die Firma N. & Co. und die Gesellschafter N. und Frau E. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 3591,40 R.M. und den Beklagten N. allein zur Zahlung weiterer 2650 R.M.; außerdem wurden die drei Beklagten verurteilt

einzuwilligen, daß die hinterlegten 3000 *R.M.* an die Klägerin ausbezahlt würden. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Die Revision der drei Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Soweit das Berufungsgericht den Beklagten *N.* aus den beiden Verträgen vom 21. Februar und 8. April 1925 als Käufer für haftbar erklärt, erhebt die Revision keinen Angriff. Sie wendet sich gegen seine Verurteilung nur insofern, als sie die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückweisung seiner Aufrechnung mit einer Gegenforderung von 2400 *R.M.* bemängelt. Für den aus dem ersten Vertrag noch geschuldeten Kaufpreisbetrag von 2005,65 *R.M.* kommt eine Haftung der beklagten offenen Handelsgesellschaft *N. & Co.* und der Gesellschafterin Frau *E.* auch nach Annahme des Berufungsrichters nicht in Frage, weil als Tag des Geschäftsbeginns der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister der 1. April 1925 eingetragen und der Gesellschaftsvertrag keinesfalls früher als Mitte April 1925 geschlossen worden ist. Dagegen bejaht der Vorderrichter die Haftung auch der offenen Handelsgesellschaft und der Mitbeklagten Frau *E.* für den Kaufpreis aus dem zweiten Vertrag mit der Begründung, daß die offene Handelsgesellschaft (und damit auch die Gesellschafterin Frau *E.*) den im Handelsregister eingetragenen Zeitpunkt des Geschäftsbeginns gegen sich gelten lassen müsse und sich daher gegenüber der gutgläubigen Klägerin nicht auf einen angeblich erst später — nach dem 8. April 1925 — eingetretenen Geschäftsbeginn berufen könne.

Mit Recht bemerkt demgegenüber die Revision, es sei nicht festgestellt, daß der Beklagte *N.* am 8. April 1925, beim Ankauf der sechs weiteren Kühe, im Namen der offenen Handelsgesellschaft gehandelt habe. Der Gesellschafter muß, wenn durch seine Erklärungen die offene Handelsgesellschaft verpflichtet werden soll, für den Dritten erkennbar in deren Namen auftreten. Ausdrückliche Worte sind hierzu nicht erforderlich; das Auftreten für die Gesellschaft kann vielmehr auch aus begleitenden Umständen entnommen werden. Tritt der Wille, im Namen der Gesellschaft zu handeln, nicht erkennbar hervor, so ist die etwaige Absicht des Erklärenden, nicht in eigenem Namen zu handeln, bedeutungslos; es gilt also auch hier der im § 164 Abs. 2 *BGB.* ausgesprochene Grundsatz.

Eine Feststellung dahin, daß der Beklagte N. am 8. April 1925 als Käufer in fremdem Namen aufgetreten sei, ist nicht getroffen. Im Namen der offenen Handelsgesellschaft N. & Co. konnte er gar nicht auftreten, weil diese damals noch nicht bestand. Nach Behauptung der Beklagten soll ja der Gesellschaftsvertrag erst Mitte April 1925 abgeschlossen worden sein und es steht auch nichts darüber fest, daß sich die Beklagten N. und Frau E. schon am 8. April oder früher, zunächst ohne förmlichen Vertrag, zur gemeinsamen Ausführung von Handelsgeschäften zusammengetan hätten. Wenn diese beiden Beklagten bei der am 8. Mai 1925 erfolgten Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister den Zeitpunkt des Geschäftsbegins der Gesellschaft auf den 1. April 1925 angegeben haben, so geschah das offensichtlich nur in dem Sinne, daß eine künftige Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern vom 1. April als dem vertraglich festgesetzten Anfang des gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs auszugehen habe. Dieser Eintrag im Handelsregister konnte aber nichts daran ändern, daß ein nach dem 1. April durch den Beklagten N. bewirkter Ankauf von Rühen die Gesellschaft als solche nur dann verpflichtete, wenn N. seinen Willen, dabei im Namen der Gesellschaft zu handeln, irgendwie zum Ausdruck brachte. Das war gerade hier um so mehr erforderlich, als N. auch schon vor Begründung seiner gesellschaftlichen Beziehungen zu Frau E. mit Rühen gehandelt hatte und ihn nichts hinderte, auch nach Einleitung dieser Beziehungen derartige Geschäfte in eigenem Namen und für seine eigene Rechnung abzuschließen. Der Standpunkt des Berufungsgerichts läßt sich auch nicht auf Grund der Vorschrift des § 344 Abs. 1 HGB. rechtfertigen, schon deshalb nicht, weil die dort aufgestellte Vermutung nur für die Handelsgesellschaft selbst gilt, eine Vermutung dafür aber nicht begründet, daß der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft in deren Namen gehandelt habe. Ebenso wenig greift § 15 HGB. zugunsten der Klägerin ein; denn am 8. April 1925 war, wenn man von anderen Bedenken absieht, überhaupt noch kein Eintrag ins Handelsregister gemacht. Endlich geht auch der Versuch der Revisionsbeklagten fehl, die Auffassung des Berufungsgerichts unter Hinweis auf § 123 Abs. 2 HGB. zu halten. Denn am 8. April hatte die Gesellschaft N. & Co. ihre Geschäfte zweifellos noch nicht begonnen; der am 8. Mai 1925 bewirkte Eintrag ins

Handelsregister, der den Geschäftsbeginn auf den 1. April 1925 zurückverlegte, vermag aber den wirklichen Geschäftsbeginn, den § 123 Abs. 2 im Auge hat, nicht zu ersetzen.

(Es wird ausgeführt, daß der Berufungsrichter als erwiesen ansehe, es sei bei beiden Verkäufen ein Eigentumsvorbehalt zu gunsten der Klägerin vereinbart worden. Dann wird fortgesetzt:)

Mit Grund bezeichnet es die Revision als rechtsirrtümlich, daß der Berufungsrichter der Klägerin die beiden Kaufpreisbeträge von 2650 und 3591,40 R.M., zusammen 6241,40 R.M., und außerdem noch die hinterlegten 3000 R.M. nebst Zinsen zugesprochen hat. Eine so weitgehende Verurteilung der Beklagten hat die Klägerin selbst nicht beansprucht. Denn ihr Antrag ging auf Zahlung der rückständigen Kaufpreise von 6241,40 R.M. nebst Zinsen oder auf Herausgabe der 13 Kühe. Nachdem sodann von den 12 Kühen, welche die Klägerin auf Grund einstweiliger Verfügung des Landgerichts zurückhalten hatte, die noch vorhandenen 11 Stück (gemäß der einstweiligen Verfügung des Berufungsgerichts) versteigert worden waren, verlangte die Klägerin hilfsweise, d. h. an Stelle des Herausgabeanspruchs, Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung in die Ausfolgung des hinterlegten Versteigerungserlöses von 3000 R.M. an sie, die Klägerin. Die Verurteilung zur Einwilligung in die Auszahlung der 3000 R.M. neben der Verurteilung zur Entrichtung der beiden Kaufpreisbeträge ist daher nicht gerechtfertigt. Nach § 455 BGB. berechtigt der Eigentumsvorbehalt den Verkäufer einer beweglichen Sache bei Zahlungsverzug des Käufers im Zweifel zum Rücktritt vom Vertrag mit der Folge, daß die Parteien die empfangenen Leistungen einander nach §§ 346 bis 358 BGB. zurückzugewähren haben. Dagegen verstößt die Ausführung des Berufungsgerichts: die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts bedeute nicht ohne weiteres den Rücktritt vom Kaufvertrag; der Anspruch auf Kaufpreiszahlung werde durch den dinglichen Herausgabeanspruch nicht ausgeschlossen, wie auch umgekehrt der Anspruch auf den Kaufpreis dem Herausgabeanspruch nicht entgegenstehe.

Begründet ist endlich auch die Klage, die sich auf die Zurückweisung des Gegenanspruchs des Beklagten N. in Höhe von 2500 R.M. bezieht. Dieser Aufrechnungsanspruch wurde im Berufungsverfahren damit begründet, daß eine von den Kühen statt zugesicherter 20 Liter Milch nur 3 Liter gegeben habe (nachdem in

erster Instanz nur von einer den Betrag von 2650 *R.M.* weit übersteigenden, auf anderer Tatsachengrundlage beruhenden Gegenforderung für Schadenersatz die Rede gewesen war). Der Beklagte *N.* hat also die Aufrechnung der Gegenforderung aus ungenügender Milchgewinnung erst im Berufungsverfahren geltend gemacht. Dies nimmt auch der Vorderrichter an. Er weist aber dieses Vorbringen auf Grund des § 529 Abs. 3 *B.P.D.* zurück, weil das verspätete Vorbringen auf grober Nachlässigkeit beruhe und eine Verzögerung des Rechtsstreits zur Folge hätte. Diese Fassung lehnt sich an § 529 Abs. 2 an, auf welchen Abs. 3 verweist. Die Revision ist der Ansicht, die im Abs. 5 des § 529 *B.P.D.* für die Geltendmachung einer Aufrechnung im Berufungsverfahren getroffene Sonderregelung schließe die Anwendung des Abs. 3 in einem derartigen Falle aus. Dem ist beizutreten. Nach der früheren Fassung des § 529, welche die Absätze 2 und 3 des jetzigen § 529 noch nicht enthielt, konnte kein Zweifel daran sein, daß für die Geltendmachung einer Aufrechnung in der Berufungsinstanz der damalige Abs. 3 (im wesentlichen gleichen Inhalts mit dem jetzigen Abs. 5) maßgebend war. Warum das anders geworden sein sollte dadurch, daß durch die Novelle von 1924 in den § 529 die jetzigen Absätze 2 und 3 (über neue Angriffs- und Verteidigungsmittel und neues, in der Berufungsbegründung nicht mitgeteiltes Vorbringen des Berufungsklägers) eingeschoben worden sind, ist nicht einzusehen. § 529 Abs. 5 enthält daher für die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung eine Sonderregelung, welche die Anwendung von Abs. 2 oder 3, das ausschließt (so auch Stein-Jonas § 529 bei Nr. V Abs. 2): Ist Abs. 5 maßgebend, so wurde die Zurückweisung der Aufrechnung dadurch ausgeschlossen, daß die Klägerin in die Geltendmachung einwilligte. Dies ist nach dem hier entsprechend anzuwendenden § 269 *B.P.D.* anzunehmen, wenn sie sich in der mündlichen Verhandlung auf das Aufrechnungsvorbringen der Beklagten sachlich eingelassen hat. Aus den vor dem Berufungsgericht vorgetragenen Schriftsätzen geht aber nicht hervor, daß das geschehen wäre; denn in keinem der nach dem 28. April 1926 liegenden Schriftsätze der Klägerin findet sich eine Erwiderung auf das Aufrechnungsvorbringen. Es ist daher Sache des Berufungsgerichts, zu diesem Punkt Stellung zu nehmen. Der von der Revision hervorgehobene Umstand, daß ein Widerspruch der Klägerin gegenüber der Auf-

rechnung weder festgestellt noch aus den Akten ersichtlich ist, genügt für sich allein noch nicht zur Annahme ihrer Einwilligung nach § 529 Abs. 5 BPatG. . . .