

net worden. Auf den Rechnungen befinde sich kein Hinweis darauf, daß diese Preise nicht endgültig seien, sondern mit einer Erhöhung der Preise zu rechnen sei. Sie sei auch nicht mehr in der Lage, die erhöhten Beträge auf ihre Abnehmer umzulegen, da die gesamte Ware bereits abgesetzt sei. Die Klägerin habe ihr mitgeteilt, sie sei nicht berechtigt gewesen, die Beklagte über die kommende Preiserhöhung zu informieren.

#### Entscheidungsgründe:

Die Klägerin hat zwar durch den Bescheid der DWK vom 13. Oktober 1948 die Genehmigung erhalten, ihre Preise rückwirkend ab 1. Oktober 1948 zu erhöhen. Sie ist aber nicht verpflichtet, eine Erhöhung vorzunehmen. Die nachträgliche Abänderung der Vertragsgrundlage durch eine Vertragspartei gegen den Willen der anderen ist unzulässig und verstößt gegen Treu und Glauben. Die Klägerin hätte sich bei Abschluß des Vertrages die Erhöhung der Preise vorbehalten müssen. Warum sie dazu nicht befugt gewesen sein sollte, wie sie behauptet, ist nicht verständlich. Es würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen, wenn es dem Verkäufer freistünde, nach Erfüllung des Kaufvertrages einseitig die Preise für die von ihm gelieferten Waren zu erhöhen.

Der Bescheid der DWK hält an der Vertragsfreiheit, die das Zivilrecht beherrscht, fest. Das von der Beklagten in Abschrift überreichte Schreiben der DWK betont, daß der Abnehmer nicht zur Zahlung des Unterschiedes zwischen dem vereinbarten und dem genehmigten Preise gezwungen werden kann. Der Genehmigungsbescheid hat nur den Sinn, klarzustellen, daß gegen die Forderung des erhöhten Preises keine preispolitischen Bedenken bestehen.

Da die Beklagte sich mit der Erhöhung der vereinbarten Preise nicht einverstanden erklärt hat, ist die Klage abzuweisen.

(Mitgeteilt von Wolf Dierschke, Leipzig)

#### § 28 HGB; Thür. Ges. über die Errichtung und Veränderung von Handelsunternehmen vom 6. Juni 1946 (GesS S. 95).

**Die Haftung nach § 28 HGB tritt auch ein, wenn die OHG, die durch den Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns entstanden ist, nicht die staatliche Genehmigung erhalten hat, aber im Verkehr als Kaufmann aufgetreten ist.**

#### OLG Gera, Urt. vom 16. Dezember 1949 — 3 U 41/49.

Der Kaufmann Karl B. betrieb unter der Firma „Karl B., Großvertrieb für Thüringer Fabrikate“ in M. die Herstellung und den Handel mit Thermometern und anderen Glaserzeugnissen. Im Handelsregister war das Unternehmen nicht eingetragen.

Trotz einer Vorauszahlung von 3000 RM für die Lieferung von Erzeugnissen durch die Klägerin am 17. August 1946 sandte B. in der Folgezeit lediglich zwei Teillieferungen für zusammen 583 RM an die Klägerin ab, die erste am 6. November 1946 und die zweite am 16. Juli 1947.

Die am 21. Mai 1947 von Karl B. und Artur S. unter der Firma „Karl B. u. Co., Großvertrieb für Thüringer Fabrikate“ gegründete OHG bezweckte nach § 2 des Gesellschaftsvertrages die Fortführung des bisher von dem Gesellschafter Karl B. betriebenen Handelsgeschäftes. Vor Abschluß des am 3. Juni 1947 von der neugegründeten OHG eingeleiteten Eintragungsverfahrens verübte Karl B. Selbstmord. Deshalb unterblieb auch die nach dem Thüringer Gesetz vom 6. Juni erforderliche Genehmigung der OHG durch die Industrie- und Handelskammer.

Artur S. führte seit dem Tode des B. den Betrieb unter der im Gesellschaftsvertrag angegebenen Firmenbezeichnung allein weiter.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Firma „Karl B. u. Co., Großvertrieb für Thüringer Fabrikate“ Rückzahlung des vorausbezahlten Betrages, soweit er nicht durch die zwei Teillieferungen vom 6. November 1946 und 16. Juli 1947 verbraucht wurde.

Das Landgericht hat die Verklagte zur Zahlung verurteilt. Gegen dieses Urteil hat die Verklagte Berufung eingelegt.

#### Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt, jedoch nicht begründet.

Die Eigenschaft als Vollkaufmann bestreitet die Verklagte nicht. Sie ergibt sich gemäß § 1 HGB schon daraus, daß ein Grundhandelsgewerbe betrieben wird. Die Eintragung ins Handelsregister ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung.

Unbestritten hat die Klägerin am 17. August 1946 3000 RM an Karl B. gezahlt. Sie sollte dafür, wie sich aus der Aussage des Zeugen M. ergibt, Warenlieferungen in gleicher Höhe von der Firma Karl B. erhalten. Es ist also ein gültiger Kaufvertrag zwischen Karl B. und der Klägerin zustande gekommen. Die Klägerin ist, nachdem weitere Gegenleistungen, mit Ausnahme der beiden Teillieferungen, nicht mehr erfolgt sind, und infolge der Weigerung der Verklagten auch nicht mehr erfolgen konnten und sollten, mit Recht vom Verträge zurücktreten und hat einen Anspruch auf Rückgewähr des zuviel gezahlten Betrages (§§ 284, 326, 327, 346, 347 BGB).

Für diesen gegen Karl B. gerichteten Anspruch haftet die Verklagte. Ihre Verpflichtung zur Rückzahlung ergibt sich zwar nicht, wie das Landgericht meint, aus § 25, wohl aber aus § 28 HGB. Danach haftet, wenn jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter eintritt, so daß beide mit oder ohne Änderung der Firma eine OHG gründen, die Gesellschaft für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers.

Genau dieser Fall liegt schon nach der eigenen Einlassung der Verklagten vor, er ergibt sich aber auch ganz eindeutig aus § 2 des Gesellschaftsvertrages vom 21. Mai 1947. Wenn die Verklagte dagegen einwendet, daß ein Eintritt in das Geschäft des Einzelkaufmanns Karl B. gar nicht vorliege, sondern die Neugründung einer OHG, so ist dies nur ein Scheinargument. Der Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ist überhaupt nur auf die Weise möglich, daß sich die Beteiligten zusammenschließen und eine OHG gründen, also neu erstehen lassen. Unbeschadet dessen kann der Betrieb wirtschaftlich weiter fortgeführt werden, wenn auch in einer anderen juristischen Form, wie es im vorliegenden Falle geschah (§ 2 des Gesellschaftsvertrages). Es liegt also der typische Fall des § 28 HGB vor. Diese Vorschrift käme nur dann nicht zum Zuge, wenn vor der Gründung der OHG das bisherige Geschäft Karl B. tatsächlich aufgelöst und aufgegeben und ein neuartiges Unternehmen begonnen worden wäre (vgl. dazu KGJ 30 A 110, Baumbach HGB, 3. Auflage A 2 zu § 28, Koenige HGB, 2. Auflage A 1 zu § 28).

Mit dem Einwand, die von der Klägerin am 17. August 1946 an Karl B. gezahlten 3000 RM seien ein privates Darlehen an diesen gewesen und nicht eine Vorauszahlung für zu liefernde Waren, kann die Verklagte nicht gehört werden. Tatsächlich sind, wie sich aus der vorgelegten Korrespondenz ergibt, später von Karl B. an die Klägerin auf Grund der Vorauszahlung 2 Teillieferungen von Waren erfolgt. Auch äußerlich erscheint der Schriftwechsel keineswegs als Privatgeschäft, denn es sind immer in kaufmännischem Ton gehaltene Geschäftsbriefbogen verwendet worden. Vor allem aber greift hier die Vermutung des § 344 HGB ein, wonach alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zu seinem Handelsgewerbe gehörig anzusehen sind. Daß die gezahlten 3000 RM in den Büchern der Verklagten angeblich nicht zu finden sind, ist kein Beweis für das Vorliegen eines Privatgeschäftes. Ebensowenig kommt es darauf an, ob der Prokurist der Verklagten etwas von dem Geschäft gewußt hat, zumal sich aus der Aussage des Zeugen M. ergibt, daß ein geschäftlicher Kaufvertrag abgeschlossen wurde. Zur Widerlegung der Vermutung des § 344 HGB hätte die Verklagte dargetun müssen, daß das Geschäft gar keine Beziehungen zum Handelsgewerbe hat. Es genügt nicht, daß es sich um ein in diesem Handelsgewerbe ungewöhnliches Geschäft gehandelt habe (vgl. dazu insbesondere Koenige HGB A 1—3 zu § 344; Baumbach A 2 zu § 344).