

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 208/76

URTEIL

Verkündet am

8. Mai 1978

Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der L. R. Deutschland GmbH i. L., F. straße ,
G. , vertreten durch den Geschäftsführer und
Liquidator Rudolph Z. , N. J. /USA,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Streithelfer:

Hans B. , Kaufmann, S. straße , D. ,

- Prozeßbevollmächtigter

II. Instanz:

Rechtsanwalt , F. ,
Straße , D. -

gegen

1. den Diplom-Ingenieur Friedrich C. , S. weg ,
D. -E. ,

2. den Diplom-Ingenieur Detlev G. , M. /W. ,
Da. -E. ,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 1978 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Juli 1976 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die mittlerweile nach § 1 des Löschungsgesetzes vom 9. Oktober 1934 aufgelöste Klägerin, eine GmbH, plante, zunächst in G [REDACTED], die Errichtung einer Erdölraffinerie. Mit der tiefbautechnischen Planung und Bauleitung beauftragte sie durch schriftlichen Vertrag vom 22. Oktober 1971 die beiden Beklagten, die unter der Bezeichnung "Ingenieurgemeinschaft W [REDACTED]" auftraten. Nachdem die Beklagten einen Teil der Arbeiten erbracht hatten, wurde das Projekt aufgegeben und von einer anderen Gesellschaft übernommen. An seiner Stelle nahm die Klägerin in den Jahren 1972 und 1973 den Bau einer Raffinerie in Kochertürn/Ödheim in Angriff. Mit den tiefbautechnischen Arbeiten hierfür betraute der Kaufmann B [REDACTED], der Streithelfer der Klägerin, in deren Namen durch einen von ihm

- 3 -

unterzeichneten Ingenieurvertrag vom 7. Februar 1973 wiederum die Beklagten, die auch für dieses Projekt tätig wurden. B. war früher Geschäftsführer der Klägerin, als solcher jedoch im August 1972 ausgeschieden. Den Beklagten gegenüber legitimierte er sich durch eine am 1. Februar 1972 ausgestellte, von den beiden Gesellschaftern und (alleinvertretungsberechtigten) Geschäftsführern der Klägerin, Generaldirektor Z. und Professor D., unterzeichnete Generalvollmacht. Diese Vollmachtsurkunde mußte er aufgrund einer von der Klägerin erwirkten einstweiligen Verfügung vom 19. August 1974 zurückgeben.

Unter dem 5. Februar 1974 erwirkten die Beklagten gegen die Klägerin einen Vollstreckungsbefehl über 63.300 DM als Teilforderung aus dem "Vertrag vom 7. 3. 1973 (gemeint ist offenbar: 7. 2. 1973) sowie Rechnung vom 8. 10. 1973 und vom 16. 4. 1973". Gegen diesen rechtskräftig gewordenen Vollstreckungsbefehl wendet sich die Klägerin mit ihren Anträgen, (1) die Zwangsvollstreckung daraus für unzulässig zu erklären, hilfsweise, die Beklagten zur Herausgabe des Vollstreckungsbefehls zu verurteilen, sowie (2) festzustellen, daß die Beklagten ihr allen Schaden ersetzen müßten, der ihr durch die Vollstreckung aus diesem Titel entstanden sei und noch entstehen werde. Sie hat geltend gemacht, der hinter ihrem Rücken abgeschlossene Ingenieurvertrag vom 7. Februar 1973 sei für sie nicht verbindlich, weil B. sie ohne rechtsgültige Vollmacht vertreten habe. Die Beklagten hätten in Kenntnis dieses Mangels zu ihrem Schaden mit B. zusammengewirkt und so auch den Vollstreckungsbefehl erschlichen. Im übrigen habe sie die Beklagten für deren Leistungen aufgrund der beiden Ingenieurverträge schon um mehr als 600.000 DM überbezahlt. Allein nach Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls habe sie über 75.000 DM an die Beklagten geleistet und hierdurch deren Forderung getilgt.



Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin nach § 796 Abs. 2, § 767 Abs. 2 ZPO gehindert ist, den rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl zum 5. Februar 1974 mit Einwendungen zu bekämpfen, die sie durch Einspruch hätte geltend machen können. Dazu gehört auch das Vorbringen, die titulierte Forderung von 63.300 DM habe in Wirklichkeit nicht bestanden, weil bei Abschluß des ihr zugrundeliegenden Ingenieurvertrags vom 7. Februar 1973 die Klägerin durch Balzer nicht wirksam vertreten gewesen sei.

2. Die Frage, ob die Klägerin durch den Vertrag vom 7. Februar 1973 verpflichtet worden ist, kann aber noch im Zusammenhang mit dem Erfüllungseinwand von Bedeutung sein, den die Klägerin auf Vorgänge nach Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls gestützt hat und der darum durch § 796 Abs. 2 ZPO nicht ausgeschlossen wird.

Unstreitig hat die Klägerin in der Zeit von März bis August 1974 an die Beklagten ohne Angabe eines Verwendungszwecks Zahlungen in US-Dollar geleistet, die sich umgerechnet auf 72.545 DM belaufen und nach ihrer Ansicht auf die Schuld aus dem Vollstreckungsbefehl zu verrechnen sind, während die Beklagten sie auf Wechselverbindlichkeiten der Klägerin bezogen wissen möchten, die mit dem Vollstreckungsbefehl nichts zu tun hätten. Nach § 366 Abs. 2 BGB wird bei fehlender Zweckbestimmung des zahlenden Schuldners

von mehreren fälligen Schulden zunächst diejenige getilgt, die dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietet. Da ein Anspruch, über den ein Vollstreckungstitel vorliegt, für den Gläubiger im allgemeinen sicherer ist als eine nicht titulierte Forderung, hätte die Klägerin die titulierte Forderung von 63.300 DM nur dann (ganz oder teilweise) getilgt, wenn den Beklagten nach der Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB vorrangige Ansprüche gegen sie nicht oder nicht in Höhe der gezahlten 72.545 DM zugestanden hätten. Das Berufungsgericht meint, hierfür sei die Klägerin beweispflichtig. Das ist nicht richtig. Besteht Streit darüber, ob eine Zahlung auf eine bestimmte Forderung anzurechnen ist, so muß zunächst der Gläubiger beweisen, daß ihm noch eine weitere Forderung zusteht. Erst wenn ihm dieser Nachweis geglückt ist, muß der Schuldner seinerseits dartun, warum gerade die streitige Forderung getilgt sein soll (BGH, Urt. v. 30. 5. 74 - III ZR 86/73, WM 1974, 836).

Die Beklagten haben sich dafür, daß die Zahlungen der Klägerin auf nicht titulierte Verbindlichkeiten zu verrechnen seien, auf drei zu Protest gegangene Wechsel vom 10. Dezember 1973, 16. Dezember 1973 und 10. Januar 1974 über je 25.000 DM berufen. Die ersten beiden Wechsel hat die Klägerin weder ausgestellt noch angenommen; sie tragen lediglich das Indossament ihres früheren Geschäftsführers Balzer, das sich an das Blankoindossament der Ausstellerin anschließt. Das Berufungsgericht folgert jedoch aus dem von Balzer unterzeichneten Begleitschreiben vom 10. Dezember 1973 und einem weiteren Brief Balzers vom 4. Dezember 1973, daß die Wechsel zur Tilgung von Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber den Beklagten gegeben worden seien, die somit in Höhe der Wechselbeträge bestanden haben müßten.

Aus diesen Schriftstücken geht jedoch nicht klar hervor, ob sie sich auf Verbindlichkeiten der Klägerin aus dem Projekt G [REDACTED] oder aus dem Projekt Kochertürn/Ödheim beziehen. Das kann insofern von Bedeutung sein, als der Ingenieurvertrag vom 22. Oktober 1971 über das Projekt Germersheim nach dem unstreitigen Tatbestand zwischen den Parteien verbindlich zustande gekommen ist, wogegen die Klägerin bei dem Vertrag vom 7. Februar 1973 (Kochertürn/Ödheim) weder durch B [REDACTED] wirksam vertreten gewesen noch unter einem anderen Gesichtspunkt für dessen Erklärungen haftbar sein will; wäre dies richtig, so entfielen die Möglichkeit, die Zahlungen der Klägerin nach § 366 Abs. 2 BGB auf eine Verbindlichkeit aus diesem Vertrag anzurechnen, weil eine solche Anrechnung eine bestehende Schuld voraussetzt. Ebenso verhält es sich mit dem dritten, auf die Klägerin gezogenen Wechsel über 25.000 DM, den wiederum Balzer in ihrem Namen angenommen hat, obwohl ihm dazu, wie die Klägerin meint, die Vertretungsmacht fehlte.

3. Es kommt daher zunächst darauf an, ob die Klägerin gegenüber den Beklagten durch die rechtsgeschäftlichen Erklärungen verpflichtet worden ist, die Balzer in den Jahren 1973 und 1974 für sie abgegeben hat. Hierzu meint das Berufungsgericht, die Klägerin habe ohne Rücksicht darauf, ob die Generalvollmacht vom 1. Februar 1972 im Hinblick auf § 35 GmbHG wirksam gewesen sei, jedenfalls unter den Gesichtspunkten der Anscheins- und der Duldungsvollmacht für die Erklärungen B [REDACTED]s sowohl bei Abschluß des Ingenieurvertrags vom 7. Februar 1973 als auch bei der Hergabe der Wechsel einzustehen. Soweit es sich dabei auf die Vollmachturkunde vom 1. Februar 1972 stützt, ist nicht unzweifelhaft, ob diese, wenn sie etwa wegen der Unübertragbarkeit der Geschäftsführungsbefugnis nichtig gewesen wäre, gleichwohl die Grundlage für eine Rechts-scheinshaftung abgeben könnte (vgl. hierzu RGZ 108, 125,

128 sowie das zwischen denselben Parteien ergangene, ebenfalls am 8. Mai 1978 verkündete Revisionsurteil in Sachen II ZR 209/76). Aber auch unabhängig von der schriftlichen Generalvollmacht hat das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei einer Reihe von Schriftstücken besondere, den Geschäftsführern Z[REDACTED] und D[REDACTED] bekannt gewesene Umstände entnommen, aus denen die Beklagten nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte den Schluß ziehen durften, B[REDACTED] sei zu den streitigen Rechtsgeschäften ermächtigt.

So stützt es sich zunächst auf ein Schreiben des Geschäftsführers Z[REDACTED] vom 30. Mai 1973, worin dieser Balzer bittet, "vor Herausgabe von Briefen, die in irgend-einer Form eine Verpflichtung für L[REDACTED] REFINING bedeuten könnten", ihm den Text zur Genehmigung zu unterbreiten. Hieraus konnte das Berufungsgericht folgern, Z[REDACTED] habe von dem Auftreten B[REDACTED]s als Vertreter der Klägerin gewußt und dieses Auftreten zwar intern an seine Zustimmung gebunden, ohne dies aber nach außen erkennbar zu machen. Dabei kann sich das rechtsgeschäftliche Handeln Balzers zu jener Zeit nur noch auf den Plan der Errichtung einer Öltraffinerie in Kochertürn/Ödheim und nicht mehr auf das damals schon aufgegebene Projekt G[REDACTED] bezogen haben (vgl. BU S. 3). Weiterhin hat das Berufungsgericht die von der Klägerin vorgelegte Aktennotiz über eine Besprechung im Wirtschaftsministerium in Stuttgart vom 22. Februar 1975 sowie Tagebuchauszüge eines Mitarbeiters der Klägerin vom 15. Oktober 1973 und ab 1. Februar 1974 herangezogen. Diese Notizen betreffen unter anderem Besprechungen, die in Gegenwart eines oder beider Geschäftsführer, Balzers und anderer Mitarbeiter der Klägerin und zum Teil auch der beiden Beklagten (Besprechung vom 15. 10. 1973) geführt wurden und die Planungen für das

Projekt Kochertürn/Ödheim zum Gegenstand hatten, die damals bereits angelaufen und für die zumindest Vorarbeiten geleistet worden oder schon im Gange waren, an denen die Beklagten unstreitig beteiligt waren. Solche Arbeiten konnten nicht ohne den Abschluß entsprechender Verträge ausgeführt werden. Die Klägerin will zwar die Ansicht gehabt und zum Ausdruck gebracht haben, das Raffinerieprojekt der Ralph M. P. C. zu übertragen. Sie hat aber eingeräumt, daß die Beklagten für bestimmte Ingenieurleistungen hinzugezogen werden sollten, wie in der Notiz vom 15. Oktober 1973 auch ausdrücklich festgelegt ist. Wie das Berufungsgericht darüber hinaus festgestellt hat, konnte eine Kollision mit der für die Projektleitung in Aussicht genommenen Firma P. nicht eintreten, weil die Beklagten lediglich auf dem Tiefbausektor arbeiten sollten und gearbeitet haben.

Allerdings liegen die genannten Niederschriften zeitlich nach dem Ingenieurvertrag vom 7. Februar 1973. Dies hinderte das Berufungsgericht aber nicht, sie rückschließend im Zusammenhang mit dem übrigen Sachverhalt dahin zu würdigen, die Geschäftsführung der Klägerin habe während des gesamten hier wesentlichen Zeitraums von Anfang 1973 bis Anfang 1974 gewußt, daß B. als Vertreter der Klägerin in Verbindung mit der geplanten Errichtung einer Erdölraffinerie Rechtsgeschäfte für sie vornahm. Diese Feststellung rechtfertigt es, die Erklärungen B. unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht als für die Klägerin verbindlich zu betrachten. Dabei kommt es entgegen den Ausführungen der Revision nicht darauf an, ob die Geschäftsführer der Klägerin gerade den Vertrag vom 7. Februar 1973 gekannt haben oder ob er inhaltlich ihren Vorstellungen entsprochen hat. Entscheidend ist vielmehr das vom Berufungsgericht festgestellte Wissen der

Geschäftsführer, daß B. in einem bestimmten Geschäftsbereich, nämlich bei der Bearbeitung des Projekts Kochertürn/Ödheim, andauernd im Namen der Klägerin rechtsgeschäftlich tätig war, die Tatsache, daß sie hiergegen zunächst nicht in einer nach außen erkennbaren Weise eingeschritten sind, und das hierdurch ausgelöste oder bestärkte Vertrauen der Beklagten, B. besitze die Vollmacht der Klägerin zum Abschluß derartiger Verträge, wie sie hier in Frage stehen. Dazu konnte das Berufungsgericht nach Lage der Sache auch die Wechselzeichnung rechnen, da der Notwendigkeit, die Befugnis hierzu "besonders" zu erteilen (§ 54 Abs. 2 HGB), durch schlüssiges Verhalten genügt werden kann (Würdinger, Großkomm. HGB 3. Aufl. § 54 Anm. 6, 12).

Daß die Beklagten, wie die Klägerin behauptet hat, beim Abschluß oder der Durchführung des Vertrages vom 7. Februar 1973 mit B. arglistig zu ihrem Schaden zusammengewirkt hätten, ist nach den rechtlich unangreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bewiesen.

4. Danach kommen für die Frage, welche Schuld der Klägerin durch ihre Zahlungen in Höhe von 72.545 DM getilgt ist, Verbindlichkeiten sowohl aus dem Vertrag vom 22. Oktober 1971 als auch aus dem Vertrag vom 7. Februar 1973 einschließlich der dafür gegebenen Wechsel in Betracht. Gleichwohl läßt sich die Abweisung der Klage mit den bisherigen Feststellungen nicht halten.

Mit Recht wendet sich die Revision nämlich gegen die Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne angesichts ihrer mindestens in Höhe der drei Wechselbeträge von je 25.000 DM begründet gewesenen Verbindlichkeiten jene Zahlungen nicht auf die titulierte Forderung von 63.300 DM verrechnen, da sie nicht behauptet habe, der Vollstreckungs-

befehl habe dieselben Forderungen betroffen, für die B. in ihrem Namen die Wechsel angenommen oder weitergegeben hat. Der Erfüllungseinwand der Klägerin könnte nur dann von vornherein entfallen, wenn die drei Wechsel zur Abgeltung ganz bestimmter Rechnungsposten bestimmt gewesen und diese mit den im Vollstreckungsbefehl aufgeführten Posten nicht identisch gewesen wären. Dafür ist jedoch nichts ersichtlich. Nach den Begleitschreiben vom 5. Februar und 10. Dezember 1973 wurden die Wechsel vielmehr "als a/cto.-Zahlung" gegeben; sie sollten also der Abwicklung des Rechtsverhältnisses insgesamt dienen. Infolgedessen kommt es darauf an, ob den Beklagten über die titulierte Forderung hinaus noch weitere Ansprüche - sei es aus dem ersten, sei es aus dem zweiten Ingenieurvertrag - gegen die Klägerin zustehen (Urt. d. BGH v. 30. 5. 74 aaO). Für Entstehung und Höhe solcher Ansprüche außerhalb des Vollstreckungsbefehls sind, wie ausgeführt, die Beklagten beweispflichtig, wogegen die Klägerin, sofern dieser Beweis gelänge, ihrerseits beweisen müßte, daß sie nicht nur diese zusätzlichen (nicht titulierten) Ansprüche voll erfüllt, sondern darüber hinaus noch etwas auf den Vollstreckungsbefehl geleistet hat.

5. Die Entscheidung hängt demnach wesentlich vom beiderseitigen Stand der vertraglichen Ansprüche und Leistungen im Zeitpunkt der Zahlungen von insgesamt 72.545 DM

ab, der zwischen den Parteien streitig ist. Da es hierzu einer weiteren tatsächlichen Klärung bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Bundschuh