

75

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

I. Gesetz: ZPO § 198

Rechtssatz:

1. Bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt genügt zum Nachweis der Zustellung das von einem Referendar mit dem Zusatz i.V. unterzeichnete Empfangsbekenntnis nicht, wenn dieser weder zum Vertreter des Anwalts amtlich bestellt noch zur Ausstellung des Empfangsbekenntnisses besonders ermächtigt war.
2. Zur Übermittlung des zuzustellenden Schriftstückes an den anderen Anwalt ist dessen Mitwirkung erforderlich. Hierzu gehört, daß zu der Übersendung des zuzustellenden Schriftstücks der Wille des Anwalts hinzutritt, die Zustellung entgegenzunehmen, wobei sich der Wille auf eine bestimmte eingehende Urkunde beziehen muß.

II. Gesetz: BGB §§ 387, 667.

Rechtssatz:

Hat der Beauftragte auf Grund der ihm vom Auftraggeber erteilten Vollmacht für diesen von einem Dritten Geld erhalten, so kann er gegen den Anspruch auf Herausgabe des Erlangten jedenfalls dann nicht aufrechnen, wenn der Auftraggeber bei Erteilung des Auftrags mit der unverzüglichen Abführung des Erlangten rechnen durfte und deshalb die Aufrechnung Treu und Glauben widerspricht (vgl. RGZ 160, 52 607).

Aktenzeichen: II ZR 292/53

Urteil des BGH vom 29. September 1954 KG Berlin

Verkündet
am 29. September 1954
Jodas, Just. Angest.
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 Franz Otto B [REDACTED] in B [REDACTED]
[REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Wilhelmine M [REDACTED], geb. B [REDACTED] in
B [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. September 1954 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Fischer und Artl für Recht
erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 19. Juni 1953 wird auf Kosten
des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres am 18. Februar 1947 verstorbenen Ehemanns. Er war persönlich haftender Gesellschafter, die Klägerin Kommanditistin, der Kommanditgesellschaften R [REDACTED] Wilhelm M [REDACTED] KG und B [REDACTED]-Druckgesellschaft Wilhelm M [REDACTED], die ihren Sitz in B [REDACTED], A [REDACTED] str. [REDACTED] hatten. Wilhelm M [REDACTED] war Mitglied der NSDAP, sein Vermögen war deshalb der Vermögenssperre auf Grund des MilRegG Nr 52 unterworfen. Der Beklagte übernahm es nach seiner Rückkehr aus einem sowjetrussischen Konzentrationslager, in dem er mit dem dort verstorbenen Ehemann der Klägerin zusammen war, auf Grund von Vereinbarungen mit der Klägerin, die Freigabe des der Verwaltung des Treuhänders für NSDAP-Vermögen unterstellten Vermögens herbeizuführen. Die Klägerin trat dem Beklagten zunächst durch notarielle Urkunde vom 23. Oktober 1950 ihren Anspruch auf Herausgabe des Inventars der beiden Druckereibetriebe gegen die Besatzungsbehörden "unwiderruflich" ab. Sie erteilte sodann dem Beklagten am 3. Januar 1951 eine Vollmacht zu Verhandlungen mit den zuständigen Behörden und Privatpersonen, um die Freigabe der beschlagnahmten Gegenstände zu erreichen. Diese Vollmacht wurde durch eine weitere Urkunde vom 11. Januar 1951 ergänzt, in der der Beklagte u.a. zur Entgegennahme aller Unterlagen und Belege und Zahlungen aus den Händen des Haupttreuhänders, der MilReg oder anderer Behörden oder Personen ermächtigt wurde.

Das beschlagnahmte Gesellschaftsvermögen, über das der Treuhänder zum Teil verfügt hatte, wurde am 13. Februar 1951 freigegeben. Der Beklagte erhielt von dem Treuhänder u.a. einen Barbestand von 13.303,16 DM. Hiervon zahlte er an die Klägerin am 21. Februar 1951 und am 17. April 1951 je 2.000 DM aus, weigerte sich jedoch, auch den Restbetrag an die Klägerin herauszugeben. Die Klägerin widerrief die



erteilten Vollmachten und verlangte in dem vorliegenden Rechtsstreit ihre Herausgabe sowie Rückabtretung der dem Beklagten durch die Urkunde vom 23. Oktober 1950 übertragenen Rechte, ferner Zahlung eines Teilbetrages von 6.000 DM nebst Zinsen, Rechnungslegung über den Betrag von 9.303,16 DM, Auskunft über sonstige Einnahmen, Herausgabe von Unterlagen, die die Wiederbeschaffung der den beiden Gesellschaften gehörenden Maschinen oder eine Entschädigung hierfür betreffen, sowie Zahlung eines zugunsten der Klägerin bestehenden weiteren Guthabenbetrages.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

Er hat gegenüber dem Verlangen der Klägerin auf Herausgabe des dem Beklagten vom Treuhänder ausgehändigten Barbestandes geltend gemacht, daß ihm hieraus 2.919 DM für Aufwendungen gebührten, und ferner mit einer Darlehensforderung aufgerechnet, welche die Klägerin bestritten hat.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil zur Rückabtretung der gemäß Urkunde vom 23. Oktober 1950 übertragenen Rechte, Zahlung von 6.000 DM nebst 4% Zinsen seit dem 20. Dezember 1951, Herausgabe von zwei Vollmachtsurkunden, Auskunftserteilung und Rechnungslegung verurteilt.

Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten gegen dieses Urteil zurückgewiesen.

Die Revision des Beklagten richtet sich gegen den Anspruch auf Rückabtretung und gegen die Verurteilung zur Zahlung von 6.000 DM. Die Klägerin beantragt, die Revision als unzulässig zu verwerfen oder als unbegründet zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Zustellung des Berufungsurteils, die der Anwalt der Klägerin am 18. Juli 1953 vorgenommen hat, ist nicht ordnungsgemäß erfolgt. Infolgedessen ist die Revision des Beklagten am 23. Oktober 1953 rechtzeitig eingelegt, so daß der mit der Revision gleichzeitig gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als gegenstandslos anzusehen ist.

Der Anwalt der Klägerin hat die Zustellung des Berufungsurteils in der Weise vorgenommen, daß er dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten eine Urteilsausfertigung des Gerichts, die der Urkundsbeamte des Berufungsgerichts erteilt hatte, und den ausgefüllten Vordruck eines Empfangsbekenntnisses übersandte. Beide Schriftstücke sind im Büro des Anwalts des Beklagten eingegangen, während dieser für eine Woche im Urlaub war und die Bearbeitung der laufenden Post einem bei ihm als Hilfsarbeiter tätigen Referendar übertragen hatte. Dieser hat das Empfangsbekenntnis mit dem Zusatz i.V. unterzeichnet und an den Anwalt der Klägerin zurückgehen lassen. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat versichert, von der Erledigung durch den Referendar seien solche Unterschriftsleistungen ausgenommen gewesen, die nur von einem Anwalt vorgenommen werden könnten, dazu hätten auch Empfangsbekenntnisse bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt gehört. Solche Unterschriften hätten durch einen anderen Anwalt vollzogen werden müssen, der sein Büro im gleichen Hause wie der Anwalt des Beklagten unterhalten und sich hierzu bereit erklärt habe. Entsprechend dieser Weisung sei auch verfahren worden. In dem vorliegenden Fall habe der Referendar jedoch das Empfangsbekenntnis unterzeichnet, obwohl er zur Empfangnahme von Zustellungen im Zustellungsverfahren von Anwalt zu Anwalt nicht

ermächtigt gewesen sei. Er, der Anwalt des Beklagten, habe von dem Sachverhalt erst Kenntnis erhalten, als er der Angelegenheit im Oktober 1953 auf einen Hinweis des gegnerischen Prozeßbevollmächtigten nachgegangen sei. Der Referendar hat an Eidesstatt versichert, er habe mit der Unterschrift auf dem Empfangsbekenntnis lediglich den Empfang einer Urteilsausfertigung bestätigen wollen, die, wie er angenommen habe, vom Gericht für den Beklagten bestimmt gewesen und nur versehentlich dem Anwalt der Klägerin übersandt worden sei.

Die Zustellung kann nicht als wirksam angesehen werden. Sie erfordert nach § 198 ZPO, daß der zustellende Anwalt das zu übergebende Schriftstück dem anderen Anwalt übermittelt. Hierfür konnte zwar auch eine Ausfertigung verwendet werden, die den Ausfertigungsvermerk des Urkundsbeamten trug und auf der keine Erklärung enthalten war, daß das Urteil von Anwalt zu Anwalt zugestellt werde. Die Übergabe einer Ausfertigung ersetzt immer die der beglaubigten Abschrift (Baumbach-Lauterbach ZPO § 170 Anm 2 B). Die in § 198 Abs 1 Satz 3 ZPO für den Fall der Zustellung eines Schriftsatzes geforderte Erklärung, daß er von Anwalt zu Anwalt zugestellt werde, ist, wie sich aus dieser Vorschrift ergibt, nicht als zwingendes Erfordernis einer wirksamen Zustellung aufgestellt worden. Die Erklärung, daß von Anwalt zu Anwalt zugestellt werde, war aus dem ausgefüllten Vordruck des Empfangsbekenntnisses hinreichend deutlich zu entnehmen. Von Seiten des Anwalts der Klägerin war daher zunächst mit der Übersendung beider Schriftstücke den von ihm zu beobachtenden Förmlichkeiten Genüge getan. Er hat nach Erhalt des von dem Referendar unterzeichneten Empfangsbekenntnisses angenommen, daß der Referendar amtlich bestellter Vertreter gewesen sei. Dies war aber unstreitig nicht der Fall. Er war zur Empfangnahme von Zustellungen auch nicht besonders ermächtigt worden. Das Empfangsbekenntnis war daher kein Empfangsbekenntnis im Sinne des § 198 Abs 2 ZPO. In Rechtslehre und Recht-

sprechung ist streitig, ob das in dieser Vorschrift zum Nachweis der Zustellung als genügend bezeichnete mit Datum und Unterschrift versehene Empfangsbekenntnis des Zustellungsempfängers ein wesentliches Formerfordernis der Zustellung ist. Das Reichsgericht hat mehrfach ausgesprochen, daß das schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts ein wesentliches Erfordernis für die Wirksamkeit der Zustellung sei, seine Erteilung jedoch auch nachträglich erfolgen könne, wodurch die Zustellung mit rückwirkender Kraft wirksam werde (vgl. RGZ 8, 328; 14, 348; Beschl v 20.12.1935 - II B 12/35 Nachschlagewerk des RG zu § 198 ZPO Nr 15, vgl. daselbst Nr 1, 2 und 4). Der Bundesgerichtshof hat, soweit für den erkennenden Senat ersichtlich ist, diese Frage noch nicht entschieden, dagegen für den Fall einer von Amts wegen vorzunehmenden Zustellung durch Aufgabe zur Post den hierüber vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle aufzunehmenden Aktenvermerk als wesentlich angesehen (BGHZ 8, 314). Dieser Fall liegt aber insofern anders, als diese Beurkundung in § 213 ZPO ausdrücklich vorgeschrieben ist. Ob die Ansicht des Reichsgerichts, daß bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt die Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses nach § 198 Abs 2 ZPO zur Vollendung des Zustellungsaktes erforderlich sei, durch die gemäß Art 2 Abschn I Nr 25 des REinhG v 12.9.1950 (BGBl I 455) erfolgte neue Fassung des § 198 Abs 1 ZPO als überholt anzusehen ist, wie das OLG Neustadt in dem Urteil vom 16.1.1953 (NJW 1953 S 791 m Nachw) angenommen hat, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn das Empfangsbekenntnis des Anwalts nicht mehr als wesentliches Erfordernis der Zustellung anzusehen wäre, würde eine wirksame Zustellung jedenfalls deshalb nicht vorliegen, weil zur Übermittlung im Sinne des § 198 Abs 1 ZPO die Mitwirkung des Anwalts, dem zugestellt wird, erforderlich ist. Hierzu gehört der Wille des Anwalts oder seines zur Entgegennahme von Zustellungen befugten Vertreters, eine Zustellung entgegenzunehmen. Die-

ser Wille muß sich auf eine bestimmte eingehende Urkunde beziehen (RGZ 159, 83 /847). Diese Voraussetzung ist nicht nachgewiesen.

Die Erwägung der Revisionsbeantwortung, der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten müsse sich unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit so behandeln lassen, als ob er den Referendar zur Annahme von Zustellungen bevollmächtigt hätte, kann bei dem vorliegenden Sachverhalt schon deshalb keine andere Beurteilung rechtfertigen, weil nicht dargetan ist, daß der Prozeßbevollmächtigte das Unterzeichnen von Empfangsbekanntnissen durch den Referendar geduldet hat. Dem Anwalt der Klägerin war aus der Unterzeichnung des Empfangsbekanntnisses erkennbar, daß der Referendar nicht als amtlich bestellter Vertreter unterzeichnet hat, er mußte daher mit der Möglichkeit rechnen, daß der Referendar nicht zur Empfangnahme von Zustellungen ermächtigt war.

II. Die Revision konnte jedoch keinen Erfolg haben.

1. Sie bekämpft die Verurteilung des Beklagten zur Rückabtretung der ihm in der Urkunde vom 23. Oktober 1950 übertragenen Rechte mit der Behauptung, daß Ansprüche der Klägerin gegen die in Frage kommenden Besatzungsbehörden auf Herausgabe des Inventars der in der Urkunde genannten beiden Firmen nicht mehr bestünden, und meint, die Klägerin verlange eine unmögliche Leistung, da über das Inventar, wie das Berufungsurteil selbst feststelle, verfügt worden sei. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Gegenstand des Anspruchs der Klägerin gegen den Beklagten ist die Abgabe einer Erklärung über die Rückabtretung. Diese Erklärung abzugeben ist dem Beklagten möglich. Er hat damit nicht dafür einzustehen, daß die Herausgabeansprüche noch bestehen. Es kommt hinzu, daß die Urkunde vom 23. Oktober 1950 zwar als Gegenstand der Abtretung die Ansprüche der Klägerin auf Heraus-

15

be des Inventars bezeichnet, aber nach ihrem Zweck den Beklagten ermächtigen sollte, gegen den Treuhänder alle Ansprüche geltend zu machen, die mit der Verwaltung des auf Grund des MilRegG Nr 52 beschlagnahmten Gesellschaftsvermögens zusammenhängen. Hierfür sprechen auch die dem Beklagten erteilten Vollmachten vom 3. Januar und 11. Januar 1951. Besteht aber die Möglichkeit, daß die Abtretung auch Ersatzansprüche erfassen sollte, die sich aus Verfügungen über das Inventar ergaben, so kann, zumal solche Ansprüche nach dem vorgetragenen Sachverhalt nicht ausgeschlossen erscheinen, die geforderte Rückabtretung nicht als völlig gegenstandslos angesehen werden. Es kommt daher nicht darauf an, ob über das Inventar verfügt worden ist und ob infolgedessen ein Herausgabeanspruch nicht mehr besteht.

2. Der Anspruch auf Zahlung des Betrages von 6.000 DM ist auf Grund des von dem Berufungsgericht einwandfrei festgestellten Auftragsverhältnisses begründet. Der Beklagte hat von dem Treuhänder auf Grund der Vollmacht der Klägerin einen Barbestand von 13.303,16 DM ausgehändigt erhalten. Er ist daher verpflichtet, den Restbetrag von 9.303,16 DM abzüglich der begründeten Aufwendungen an die Klägerin herauszugeben (§ 667 BGB).

a) Die Revision wendet sich nicht gegen die Verpflichtung als solche, sondern rügt, das Berufungsgericht hätte den Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen und sonstigen Unkosten in Höhe von 2.919 DM gegenüber dem zugesprochenen Teilbetrag von 6.000 DM berücksichtigen müssen. Der Revision ist zuzugeben, daß der Gläubiger, der nur einen Teil seiner Forderung einklagt, es hinnehmen muß, daß der Beklagte eine Gegenforderung gerade gegen diesen Teilbetrag zur Aufrechnung stellt. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn eine Partei die Aufrechnung bereits vor dem Prozeß erklärt hat und der Gläubiger den hierdurch nicht berührten Teil seiner Forde-

rung einklagt oder die Aufrechnung selbst in der Klageschrift dadurch vornimmt, daß er die Gegenforderung von seinem Gesamtanspruch absetzt (vgl. zu dieser Frage Urt d. V. Zivilsenats des BGH v. 26.3.54 - V. ZR 151/52 - S. 22). Die Klägerin hat, nachdem ihr der Beklagte eine "Unkostenaufstellung" vom 10.1.1951 über den Betrag von 2.919 DM für verauslagte Beträge und für die Klägerin "geleistete Tätigkeit" übersandt hatte, diese Forderung zum Teil bestritten und in ihrer Klageschrift unter Beifügung einer Abschrift dieser Aufstellung zunächst Rechnungslegung über den Betrag von 9.303,16 DM verlangt und gleichzeitig "den zu ihren Gunsten bestehenden Guthabenbetrag" eingeklagt. Sie hat später Zahlung eines bestimmten Betrages von 6.000 DM gefordert und zusätzlich beantragt, den Beklagten zu verurteilen, gegebenenfalls den zugunsten der Klägerin bestehenden weiteren Guthaben-Betrag an die Klägerin zu zahlen. Das Landgericht hat der Klägerin durch Teilurteil 6.000 DM nebst Zinsen zugesprochen und die Entscheidung über den weitergehenden Zahlungsanspruch dem Schlußurteil vorbehalten. Hierbei ist klargestellt, daß der Klägerin der Teil der Gesamtforderung zugesprochen worden ist, der durch die Verrechnung oder Aufrechnung mit den Ansprüchen des Beklagten auf 2.919 DM nicht berührt worden ist. Dies war zulässig.

b) Die Revision wendet sich ferner dagegen, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung mit den bestrittenen Darlehensforderungen in Höhe von zusammen 167.000 RM = 16.700 DM deshalb versagt hat, weil die Forderung der Klägerin auch aus unerlaubter Handlung begründet sei, und außerdem in Hilferwägungen das Bestehen dieser Forderungen nicht als nachgewiesen angesehen hat. Sie konnte jedoch im Ergebnis auch hinsichtlich dieser Aufrechnung keinen Erfolg haben. Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 6.000 DM beruht auf dem mit dem Beklagten begründeten Treuhandverhältnis, nach dessen besonderen Inhalt eine Aufrechnung

mit Darlehensforderungen, die unstreitig nicht in dem Treuhandverhältnis begründet worden sind, nach Treu und Glauben als unzulässig angesehen werden muß. Dabei kann unentschieden bleiben, ob der Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten auch dann, wenn es in Geld besteht, mit einer zur Aufrechnung gestellten Geldforderung nicht gleichartig und deshalb die Aufrechnung nach § 387 BGB schlechthin unzulässig ist (so insbes. Oegg in RGRKom z BGB 1953 § 387 Anm 3, anscheinend auch Palandt-Danckelmann, BGB 12. Aufl § 387 Anm 5; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 1954 § 70 IV) oder ob im vorliegenden Falle die Aufrechnung deshalb als unzulässig anzusehen wäre, weil der Treuhänder dem Beklagten den streitigen Betrag bar ausgehändigt, dieser ihn auf Grund der Vollmacht der Klägerin in Empfang genommen und die Klägerin infolgedessen Eigentum an dem Geld erlangt hat (vgl RG DJZ 1907 S 540; RG Urt v 15.5.1930 - 2 D 1553/29 Nachschlagew.d.RG zu § 387 Nr 52). Der Senat schließt sich der Auffassung des RG an, daß bei einem Treuhandverhältnis (im weiteren Sinne), bei dem der Beauftragte das Treugut für den Treugeber erworben oder erhalten hat, schon auf Grund dieses Treuhandverhältnisses wider Treu und Glauben handeln kann, wenn er dem Herausgabeverlangen mit Gegenforderungen entgegentritt (vgl RGZ 160, 52 607; ebenso Erman-Westermann BGB § 387 Anm 4). So liegt der Fall aber hier. Der Beklagte hatte sich bereit erklärt, an Stelle der Klägerin bei der zuständigen Stelle die alsbaldige Freigabe des auf Grund des MilRegG Nr 52 in Verwaltung genommenen Gesellschaftsvermögens zu erwirken, um der Klägerin hierdurch unter Einsatz seiner Person zu einem schnelleren Erfolg zu verhelfen. Er war daher nach Treu und Glauben verpflichtet, das auf diese Weise Erlangte alsbald der Klägerin auszufolgen. Wenn der Beklagte wegen der später zwischen den Parteien aufgetretenen Zerwürfnisse die Sorge hatte, die Klägerin könnte die Befriedigung ihm zustehender Ansprüche vereiteln oder erschweren, so hatte

der Beklagte die Möglichkeit, sofern für diese Besorgnis hinreichende Tatsachen vorgelegen hätten, sich durch einen gerichtlichen Arrest Sicherungen gegen eine Benachteiligung zu verschaffen. Es widerspricht aber dem Treuhandverhältnis wenn der Beklagte der Klägerin die Herausgabe des Erlangten auf Grund von Gegenansprüchen vorenthält, die ihren Grund nicht in dem Treuhandverhältnis und den damit verbundenen Aufwendungen haben, und auf diese Weise das Treuhandverhältnis in sein Gegenteil verkehrt, indem der Treuhänder ohne vorherige entsprechende deutliche Vereinbarung versucht, sie auf Kosten der Treugeberin für eine umstrittene Forderung aus dem Treugut zu befriedigen.

Der Beklagte ist auf Grund des Auftragsverhältnisses verpflichtet, an die Auftraggeberin, die Klägerin, das herauszugeben, was er auf Grund des Auftrages erlangt hat, und muß es der Klägerin überlassen, sich wegen etwaiger Ansprüche Dritter mit diesen auseinanderzusetzen.

Die Revision des Beklagten war daher zurückzuweisen. Damit bleibt unentschieden, ob und in welchem Umfange die behaupteten Darlehensforderungen des Beklagten bestehen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter	Dr. Selowsky	Dr. Delbrück
Dr. Fischer	Artl	