

Verkündet

am 14. November 1951
Hirth, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle des
Bundesgerichtshofs

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ric. L. S [REDACTED], F [REDACTED], G [REDACTED]
U [REDACTED]

Beklagten, Berufungs- und Re-
visionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die Firma S.A.I.C.O., S [REDACTED] A [REDACTED] I [REDACTED] C [REDACTED]
O [REDACTED], V [REDACTED]/Italien,
vertreten durch ihren Generalbevollmächtigten Luigi
Di L [REDACTED] in V [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Re-
visionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. November 1951 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Drost, Dr. Selowsky, Dr. Benkard und Dr. Kuhn für
Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/
Main vom 27. Februar 1951 wird auf Kosten des Beklag-
ten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 1 -

Tatbestand:

Mitte 1948 trat die Klägerin, eine italienische Exportfirma, in einen von dem schweizerischen Staatsangehörigen Gottlieb J. [REDACTED] mit der amerikanischen Zentraleinkaufsstelle in G. [REDACTED] über die Lieferung von Obst abgeschlossenen Vertrag ein und schloß außerdem, dabei vertreten durch J. [REDACTED], mit dieser Einkaufsstelle einen Vertrag über die Lieferung weiteren Obstes ab. Soweit Lieferungen von den Amerikanern beanstandet wurden, wurden sie auf Weisung der Klägerin an die Firma B. [REDACTED] in F. [REDACTED] geleitet, die das Obst ihrerseits notverkauft. Den hierbei erzielten Erlös von 42.550,56 DM zog der Beklagte von der Firma B. [REDACTED] ein und verwendete den Betrag in seinem Unternehmen. Er will zur Klägerin in einem Provisionsverhältnis stehen und von J. [REDACTED] damit beauftragt worden sein, den Betrag zur Deckung seiner Provisionsansprüche zu kassieren. Er behauptet, ihm ständen insgesamt 56.541,70 DM für Provision zu, und rechnet damit, sowie mit einem Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns, den er auf mindestens 50.000 DM beziffert, auf. Er trägt vor, J. [REDACTED] habe ihm 5 % der Kaufpreise aus dem der Klägerin überlassenen Kaufvertrage zugesagt und ihn später, angeblich im Namen und in Vollmacht der Klägerin, damit beauftragt, gegen eine derartige Vergütung für die Klägerin unmittelbar tätig zu sein. Nach der Behaup-

- 2 -

tung des Beklagten soll die Klägerin die Provisions-
schuld J. aus dem zunächst auf den Namen J. s
abgeschlossenen Vertrag stillschweigend dadurch über-
nommen haben, dass sie mit ihm, dem Beklagten, unmit-
telbar verhandelt und es geduldet habe, dass er für
sie tätig geworden sei. Die Klägerin bestreitet, Pro-
visionsverpflichtungen J. s übernommen zu haben,
und behauptet, J. habe den Beklagten als seinen
Untervertreter beschäftigt, bei Provisionszusagen
nicht in ihrem Namen gehandelt und hierzu auch keine
Vollmacht gehabt. Die Klägerin verlangt Zahlung von
42.550,56 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1948
als dem Tage des Verzugseintritts, jedoch abzüglich
am 8. April 1949 - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht
- gezahlter 1.000 DM. Das Landgericht hat antrags-
gemäß verurteilt. Im 2. Rechtszuge hat der Beklagte
noch behauptet, die Klägerin habe bei einem Telefon-
gespräch mit B. ausdrücklich zugestimmt, dass die
42.550,56 DM zur Tilgung von Provisionsforderungen
dem Beklagten ausgezahlt werden sollten. Die Beru-
fung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Re-
vision verfolgt er den Klageabweisungsantrag weiter,
während die Klägerin um Zurückweisung der Revision
bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurteil sieht die Behauptung, die
Klägerin habe in einem Telefongespräch mit B.
der Auszahlung des Betrages an die Beklagte zur Ver-



- 3 -

rechnung von Provisionsforderungen zugestimmt, als erstmals 4 Tage vor dem Berufungstermin aufgestellt an und weist sie als verspätet (§ 529 Abs 2) und deshalb zurück, weil sie nicht in der Berufungsbegründung geltend gemacht sei (§ 529 Abs 3 ZPO). Es führt aus: Die Firma B. habe die Notverkäufe im Auftrage der Klägerin vorgenommen; der Erlös habe gemäß den §§ 675, 667 BGB der Klägerin zugestanden. Der Beklagte habe den Betrag für die Klägerin eingezogen und selbst nicht geglaubt, seinerseits einen Anspruch auf das Geld zu haben. Auf Grund des Einzuges der 42.550,56 DM habe er sich vielmehr als Schuldner der Klägerin gefühlt. Seine Aufrechnungserklärung setze auch seine Schuldnerschaft voraus. J. möge die Firma B. beauftragt haben, das Geld an den Beklagten auszu zahlen; er möge auch den Beklagten angewiesen haben, den Erlös aus den Notverkäufen einzuziehen. Unbewiesen sei jedoch, dass die Auszahlung zur Verrechnung mit Provisionsforderungen habe erfolgen sollen oder dass J. wenigstens nach Vornahme des Einzuges mit einer Verrechnung einverstanden und zu derartigen Erklärungen überhaupt befugt gewesen sei. B. habe den Beklagten mehrfach darauf hingewiesen, dass der Betrag für die Klägerin auf ein S. erikonto eingezahlt werden müsse. Mit dem Einzug des Betrages habe der Beklagte ein Geschäft der Klägerin geführt und ihr entweder gemäß §§ 662, 667 BGB oder gemäß § 687 Abs 2 BGB das Geld abführen müssen. Hierzu sei der Beklagte auch aus § 816 Abs 2 BGB verpflichtet. Die Firma B.

habe an ihn als einen Nichtberechtigten geleistet und sei deshalb von ihrer Schuld gegenüber der Klägerin nicht freigeworden; der Beklagte habe durch Entgegennahme des Geldes über eine Forderung der Klägerin verfügt, diese Verfügung habe die Klägerin mit der gegen den Beklagten gerichteten Klage genehmigt. Der Beklagte habe nicht bewiesen, dass er zur Klägerin in vertraglichen Beziehungen gestanden und gegen sie Provisionsansprüche habe. Dies lasse sich auch nicht daraus ableiten, dass die Klägerin bei ihm einmal fernmündlich wegen der technischen Durchführung einer Lieferung angefragt habe. Wegen einer Vergütung für seine Tätigkeit könne sich der Beklagte allenfalls an Jaeger halten, der für die Klägerin auch anderwärts mit Hilfe von auf eigene Rechnung bestellten Vertrauensmännern tätig geworden sei. Dem Beklagten stehe auch kein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns zu. Zwischen ihm und der Klägerin sei es nicht zu dem von ihm behaupteten Vertrag über die Abgabe von Angeboten bei der amerikanischen Zentraleinkaufsstelle gekommen. Hierüber hätten die Parteien zwar verhandelt; eine Einigung sei aber nicht erzielt worden. Die Aufrechnung sei daher unbegründet.

Das Berufungsurteil ist im Ergebnis richtig.

1.) Die Vorinstanzen trifft nicht der Vorwurf der Revision, sie hätten die Partei- und Prozeßfähigkeit der Klägerin nicht geprüft. Dass das Gericht den Mangel der Partei- und der Prozeßfähigkeit von Amts wegen

- 5 -

zu berücksichtigen hat, bedeutet nicht, dass alle denkbaren Gesichtspunkte, unter denen es hieran fehlen könnte, durchgeprüft werden müßten (Stein Jonas-Schönke § 56 II; Sydow-Busch § 56 ZPO Anm 2; Baumbach § 56 ZPO Anm 1 A). Nur, wenn sich aus dem Vorbringen der Parteien oder sonst Bedenken ergeben und das Gericht dem nicht nachgegangen ist, ist § 56 ZPO verletzt. Hier bestand kein Anlass, von Gerichts wegen die Partei- und Prozeßfähigkeit der Klägerin in Zweifel zu ziehen, da der Beklagte mit ihr kontrahiert und ihr gegenüber aufgerechnet haben wollte.

Infolge des Revisionsangriffs, der Klägerin fehle die Rechtspersönlichkeit, hatte der Senat im Hinblick auf § 56 ZPO seinerseits die Partei- und Prozeßfähigkeit der Klägerin zu untersuchen. Wird die Partei- und Prozeßfähigkeit eines Streitbeteiligten erst in der Revisionsinstanz angezweifelt, so kann das Revisionsgericht nicht durch § 561 ZPO gezwungen sein, die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Prüfung des aufgetretenen Zweifels an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Revisionsgericht kann den Gehalt einer aus § 56 ZPO hergeleiteten Revisionsrüge nur dadurch untersuchen, dass es die tatsächliche Berechtigung eines solchen Angriffs in seine Prüfung einbezieht. Das hat der Senat getan. Er hält auf Grund der ihm vorgelegten Auskunft der Kammer für Handel, Industrie und Landwirtschaft in Verona für nachgewiesen, dass die Klägerin partei- und pro-

zeßfähig ist. Mit diesem Nachweis erledigt sich der erörterte Revisionsangriff.

2.) Die Rüge fehlender Prozeßvollmacht ist nach § 88 ZPO in jeder Lage des Verfahrens, also auch in der Revisionsinstanz, zulässig. Die Klägerin hat durch die bereits erwähnte Auskunft nachgewiesen, dass Luigi Di Lenardo ihr Generalbevollmächtigter ist und Prozeßvollmacht erteilen darf. Sie hat ferner Prozeßvollmacht für ihre Prozeßvertreter aller 3 Instanzen vorgelegt. Damit ist auch dieser Einwand der Revision erledigt.

3.) Die Revision hat recht, dass das Berufungsurteil den gesetzlichen Vertreter der Klägerin entgegen § 513 Abs 1 Nr 1 ZPO nicht angibt. Das berührt aber die Wirksamkeit des Urteils nicht. Der Senat hat das Rubrum durch Aufnahme des Generalbevollmächtigten der Klägerin ergänzt.

4.) Zu Unrecht rügt die Revision die Verletzung des § 529 ZPO. Das Berufungsgericht hat die Behauptung, die Klägerin habe sich gegenüber B. telefonisch damit einverstanden erklärt, dass die 42.550,56 DM an den Beklagten zur Tilgung seiner Provisionsforderungen ausgezahlt werden dürfen, mit Recht als neu angesehen, da sie erst 4 Tage vor dem Berufungstermin in den Prozeß eingeführt worden ist und der Beklagte bis dahin etwas ganz anderes behauptet hatte, nämlich, J. habe sich mit einer Verrechnung der 42.550,56 DM einverstanden erklärt, hierbei in Voll-

- 7 -

macht der Klägerin gehandelt und hierzu auch Vollmacht gehabt. Der Beklagte hat nicht geltend gemacht, zur Erhebung der neuen Behauptung früher außerstande gewesen zu sein. Der Sachlage entspricht es, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, dass der Beklagte die behauptete Zustimmung der Klägerin bereits im ersten Rechtszug hätte vortragen können und dass die Berücksichtigung dieser Behauptung in der Berufungsinstanz die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben würde. B., in dessen Wissen die neue Behauptung gestellt worden ist, ist im ersten Rechtszuge in Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vernommen worden; er hätte hierüber gleich gehört werden können. Das Berufungsgericht hat ohne Beweisaufnahme entschieden; durch eine erneute Vernehmung des B. wäre die Erledigung des Rechtsstreits hinausgeschoben worden. Darüber aber, ob der Beklagte das Vorbringen im ersten Rechtszuge aus Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit unterlassen hat, hat das Berufungsurteil nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden. Dass ihm hierbei ein Rechtsverstoß unterlaufen wäre, ist nicht ersichtlich.

5.) Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Erlös aus den Notverkäufen der Klägerin gebührte. Auch devisenrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht.

Der Klageanspruch kann allerdings nicht, wie das Berufungsgericht ausführt, aus Auftrag und § 816 BGB nebeneinander begründet sein. Denn, war der Beklagte mit dem Einzug der 42.550,56 DM beauftragt,

so traf er diese Maßnahme nicht als Nichtberechtigter. Wohl aber kommen beide Anspruchsgrundlagen in einem einander ausschließenden Hilfsverhältnis infrage.

Das Berufungsurteil gibt die Aussage B. da-
hin wieder, dieser Zeuge habe die Auszahlung auf Anwei-
sung J. vorgenommen. Es trifft hierzu jedoch
keine Feststellung, sondern läßt offen, ob B. und
der Beklagte oder einer von beiden wegen des Geldes
eine Anweisung oder einen Auftrag von J. erhal-
ten haben; offen bleibt auch, ob J. insoweit Voll-
macht von der Klägerin hatte. Das zwingt dazu, den
Fall einmal unter der Annahme wirksamer Weisungen und
zum anderen ohne diese Annahme zu prüfen.

Hatte J. den Beklagten damit beauftragt, die
42.550,56 DM bei P. für die Klägerin einzuheben,
und wurde dieser Auftrag von einer Vollmacht der Klä-
gerin gedeckt, so hatte der Beklagte den Betrag der
Klägerin herauszugeben (§ 667 BGB). Der Beklagte hat-
te das Geld auch dann an die Klägerin abzuführen, wenn
J. die Firma B. wirksam angewiesen hatte, die
Summe dem Beklagten auszuhändigen, ohne dass damit
eine Forderung des Beklagten gegen die Klägerin be-
glichen werden sollte. Liess sich der Beklagte das
Geld ausfolgen, ohne dass hierzu eine wirksame Wei-
sung vorlag, so haftet er entweder aus § 687 Abs 2
BGB ohne weitere Voraussetzung oder aus § 816 Abs 2 BGB
deshalb, weil ihn die Klägerin in Anspruch nimmt und
spätestens damit die Zahlung der Firma B. zu einer

Leistung gemacht hat, die der Klägerin, also der Berechtigten, gegenüber wirksam ist. In allen diesen Hinsichten genügt zur Einhaltung der Devisenbestimmungen der Antrag, den Beklagten zur Zahlung auf Ausländersperrkonto zu verurteilen. Die Revision verkennt bei ihrem gegenteiligen Standpunkt, dass die Haftung des Beklagten in keinem Falle auf einem Verpflichtungsgeschäft, das von einer Devisengenehmigung abhängig war, sondern auf dem Empfang der 42.550,56 DM beruht.

6.) Dass dem Beklagten keine Provisionsrechte gegenüber der Klägerin und keine Ansprüche auf entgangenen Gewinn zustehen, hat das Berufungsgericht auf Grund von tatsächlichen Erwägungen angenommen. Insoweit rügt die Revision Verletzung der §§ 139, 286 ZPO.

Sie begründet diese Angriffe damit, die Vorinstanzen hätten nicht untersucht, welche rechtliche Bedeutung es habe, dass J. in seiner Aussage eingeräumt hat, der Beklagte "bekommt 1 1/2 % von meinen 4 1/2 %". Hierin soll nach dem Vortrag der Revision eine teilweise Abtretung der J. gegen die Klägerin zustehenden Provisionsansprüche liegen. Ohne weiteres konnte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, dass die Aussage J. in Wirklichkeit eine Abtretung beinhalte. Das wird erstmals von der Revision behauptet und kann daher nicht mehr beachtet werden.

Die Ausführung der Revision aber, die Rolle, die

J [REDACTED] im Verhältnis zwischen den Parteien gespielt habe, sei nicht genügend aufgeklärt worden, ist in Wirklichkeit ein unzulässiger Anruff auf die Beweiswürdigung. Insoweit bemängelt die Revision nicht die Übergehung von Beweisantritten, sondern äußert sich nur darüber, wie anders das Berufungsgericht nach ihrer Ansicht die Beweisaufnahme hätte würdigen sollen. Sie verlangt damit eine tatsächliche Beurteilung, die dem Revisionsgericht verschlossen ist.

Da der Beklagte nicht bewiesen hat, dass ihm ein Anspruch gegen die Klägerin zusteht, kann unerörtert bleiben, welche rechtliche Bedeutung es hat, dass er bei Vornahme seiner Aufrechnungserklärung und für diejenigen Geschäfte, aus denen er die zur Aufrechnung gestellten Ansprüche herleitet, keine Devisengenehmigung hatte und Devisengenehmigung für die Aufrechnungserklärung erst während der Dauer der Revisionsinstanz erhalten und erst im Revisionstermin vorgelegt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter	Dr. Drost	Dr. Selowsky
Dr. Benkard	Dr. Kuhn	