

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 85/64

URTEIL

Verkündet am

5. Mai 1966,
Heil,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gustav-Adolf N [REDACTED], Hi [REDACTED]
bei De [REDACTED], Ni [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die I [REDACTED]-Wärmegeräte-Vertriebsgesellschaft mbH in Ka [REDACTED]-
[REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer Paul A [REDACTED]
Maria Bu [REDACTED], Hi [REDACTED] b. De [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED], und
O. Fa [REDACTED], V [REDACTED], Kas [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 13. März 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Vertriebsgesellschaft, die Heizöfen und andere Erzeugnisse einer mit 95 % am Stammkapital beteiligten niederländischen Gesellschaft, der N.V. Metaalwarenfabriek I [REDACTED] in V [REDACTED], in Deutschland verkauft. Der Beklagte war vom 1. Januar 1959 bis zum 23. Mai 1962 ihr Geschäftsführer. Nach einer schriftlichen Ergänzung vom 29. August 1961 zu seinem Anstellungsvertrag sollte er neben seinem Gehalt von monatlich 1.250,-- DM ab 1961 für den Fall, daß ein Gewinn erzielt wurde, eine Tantieme von 1.800,-- DM zuzüglich 7,5 % des um 1.800,-- DM verminderten Bruttogewinns erhalten; als Bruttogewinn sollte der körperschaftsteuerpflichtige Gewinn ohne Berücksichtigung aus rein steuerlichen Gründen gemachter Sonderabschreibungen gelten (Nr. 3 b).

Der Ergänzungsvertrag bestimmte ferner unter Nr. 4, welche Gesichtspunkte für die Ermittlung des Betriebsergebnisses der Klägerin gelten sollten. Danach gingen u.a. "alle Verkaufskosten, Werbung, Kundendienst und Messen" für Artikel, welche die Klägerin im eigenen Namen vertrieb, zu ihren Lasten. Die von holländischen Steuerberatern aufgestellte Bilanz der Klägerin für 1961 wies einen Verlust von 28.592,99 DM aus.

Die Klägerin hat vorgetragen, der Beklagte habe für 1960 und 1961 auf Gehaltskonto und auf Spesenkonten insgesamt 19.155,76 DM unberechtigt entnommen. Unter Abzug von 7.537,08 DM, die der Beklagte zurückgezahlt hat, sowie einer nachträglich gutgebrachten Urlaubsabgeltung von 625,-- DM hat sie mit ihrer Klage vom Beklagten 10.993,86 DM mit Zinsen gefordert.

Der Beklagte hat mit seinem Antrag auf Klagabweisung bestritten, den Klagebetrag unberechtigt entnommen zu haben. Ferner hat er hilfsweise mit Gegenforderungen aufgerechnet. Er hat geltend gemacht, ihm stehe für 1961 eine Tantieme zu, weil die Klägerin in ihrer Gewinn- und Verlustrechnung zu Unrecht mit erheblichen Kosten belastet worden sei, die üblicherweise zu Lasten des Herstellers gingen und die jedenfalls bei der Berechnung seiner vertraglichen Tantieme nicht gewinnmindernd berücksichtigt werden dürften. Lasse man diese Kosten außer acht, so ergebe sich für 1961 ein Gewinn. Ferner müsse ihm die Klägerin eingesparte Steuern und Versicherungsbeiträge für den auf seinen Namen zugelassenen Firmenwagen erstatten. Schließlich schulde ihm die Klägerin für die Zeit vom 1. Januar 1962 an Provision. Denn es sei vereinbart worden, daß er nach diesem Zeitpunkt die Geschäftsführertätigkeit für die Klägerin vorläufig gegen Provision fort-



setzen solle, bis der vorgesehene Handelsvertretervertrag zwischen ihm und der N. V. I. [REDACTED] endgültig zustande gekommen sei.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

1. Bei seiner auf § 43 Abs. 2 GmbHG gestützten Entscheidung geht das Berufungsgericht davon aus, der Beklagte habe im ersten Rechtszug nicht bestritten, die mit der Klage geltend gemachten Beträge entnommen zu haben; nur die unberechtigte Entnahme habe er geleugnet. Demgemäß weist das Berufungsgericht das neue Vorbringen des Beklagten, er bestreite die Entnahme selbst, nach § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurück. Dem liegt die richtige Auffassung zugrunde, daß auch ein bloßes Bestreiten als ein neues Verteidigungsmittel im Sinne von § 529 Abs. 2 ZPO angesehen werden kann (BGHZ 12, 49).

Entgegen den Ausführungen der Revision trifft es auch zu, daß der Beklagte die ihm von der Klägerin vorgehaltene Entnahme von insgesamt 19.155,76 DM vor dem Landgericht nicht in Abrede gestellt hat. Auf die Klageschrift hat er erwidert, er bestreite, "daß er die in der Klageschrift genannten Beträge unberechtigt aus der Kasse der Klägerin entnommen habe".

Hierauf hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 2. November 1962 festgestellt, der Beklagte habe die Beträge aus der Klageschrift nicht bestritten, sondern behaupte lediglich,

zur Entnahme berechtigt gewesen zu sein. Dieser Auslegung seines Vortrags hat der Beklagte im ersten Rechtszug nicht widersprochen. Im Einklang damit ist dann im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils die Entnahme von insgesamt 19.155,76 DM als unstreitige Tatsache aufgeführt.

Auch der weitere Einwand der Revision in diesem Zusammenhang ist unbegründet, der Beklagte habe nämlich schon in der Klageerwiderung die Richtigkeit der Bilanzen der Klägerin überhaupt bestritten, wozu auch die Höhe der Entnahmen gehöre. Denn es ist nicht ersichtlich und wird auch von der Revision nicht dargelegt, inwiefern aus den Bilanzen die Höhe der von dem Beklagten entnommenen Gehalts- und Spesenbeträge hervorgehe.

2. Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß der Beklagte sich schon in erster Instanz nicht allein mit seinem Tantiemeanspruch und den weiteren, nur "hilfsweise" zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen verteidigt hat. In seinem Vorbringen, er sei zu den Entnahmen berechtigt gewesen, liegt vielmehr in erster Linie die Behauptung, die Entnahmen hätten der Sach- und Rechtslage entsprochen, sie seien also von vornherein durch Gehaltsforderungen oder durch ihm zu erstattende Aufwendungen gedeckt gewesen. Insoweit entspricht aber sein Vortrag weder im ersten noch im zweiten Rechtszug den Anforderungen des § 138 ZPO.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin in Ablichtung ein Schreiben des Beklagten vom 19. Mai 1962 überreicht, dessen Inhalt, wie das Berufungsgericht feststellt, unbestritten ist. Danach hat der Beklagte nicht nur die ihm vorgehaltenen Entnahmen zugegeben, sondern darüber hinaus auch

anerkannt, auf Gehaltskonto 2.922,74 DM zuzüglich 1.250,-- DM (der letztere Betrag ergibt sich aus einer Nachschrift am Ende des Briefes) zuviel abgehoben zu haben. Der Unterschied zu der von der Klägerin errechneten Mehrentnahme von 6.597,74 DM erklärt sich daraus, daß der Beklagte das (von der Klägerin an anderer Stelle berücksichtigte) Urlaubsgeld von 625,-- DM abgezogen und sich ferner eine Pauschaltantieme von 1.800,-- DM gutgebracht hat. Dieser Betrag ist in der Tat, wie die Revision meint, schon in erster Instanz geklärt worden, freilich keineswegs im Sinne des Beklagten. Auf den Vorhalt der Klägerin im Schriftsatz vom 25. Februar 1963 (S. 4) und den darauf ergangenen Auflagebeschuß vom 1. März 1963 hat der Beklagte nicht bestritten, die 1.800,-- DM zusätzlich zu den in der Klageschrift aufgeführten und auch in seinem Brief vom 19. Mai 1962 zugrunde gelegten Beträgen entnommen zu haben (Schriftsatz vom 23. März 1963 S. 3). Nachdem die Klägerin alsdann von ihrer zunächst angekündigten Klageerhöhung mit der Erklärung abgesehen hatte, sie wolle den Betrag von 1.800,-- DM als eine ohne Verpflichtung bewilligte Tantieme betrachten, wenn auch der Beklagte diesen Posten von seiner Gegenrechnung streiche (Schriftsatz vom 16. April 1963 S. 2), hat schließlich der Beklagte in seinem (von der Revision nicht erwähnten) Schriftsatz vom 24. April 1963 (S. 4) seinerseits die Forderung fallenlassen.

Des weiteren hat der Beklagte in jenem Brief zugegeben, er habe auf Spesenkonto - nach Abzug bereits zurückgezahlter 7.537,08 DM - noch 1.652,22 DM zuviel entnommen. In diesem Punkt weichen die Berechnungen der Parteien nur darin voneinander ab, daß der Beklagte sich einen später noch zu erörternden Betrag von 1.245,60 DM für Kraftfahrzeugsteuern und Versicherungsbeiträge gutgeschrieben hat. Ferner hat der

Beklagte zu den Verrechnungskonten "Messe Köln" und "Messe München" eine nähere Stellungnahme für später angekündigt und zu dem letzteren Posten versichert, er stehe jedenfalls "für den fraglichen Betrag durch Beleg oder Rückzahlung gerade".

Der Beklagte wußte also bei Prozeßbeginn ganz genau, worum es sich bei der Klageforderung handelt und welche Aufklärung von ihm erwartet wurde. Er konnte sich nicht mehr darauf berufen, die Unterlagen befänden sich in den Händen der Klägerin. Er hätte daher den Anforderungen an einen gehörigen Prozeßvortrag wie auch seiner Vertragspflicht zur Rechnungslegung nur dadurch genügen können, daß er im einzelnen darlegte und unter Beweis stellte, in Höhe seiner unstreitigen Entnahmen seien ihm tatsächlich Gehaltsansprüche oder erstattungsfähige Unkosten entstanden. Das hat er nicht getan.

3. Soweit der Beklagte in Richtigkeit der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustrechnungen der Klägerin ganz allgemein bestritten hat, konnte das Berufungsgericht dieses Bestreiten ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Zusammenhang es schon in erster Instanz erfolgt war, als unbeachtlich ansehen. Wie es feststellt, hat der Beklagte seine ursprüngliche Behauptung, die Bilanz habe ihm nicht vorgelegen, fallenlassen. Der Beklagte war daher in der Lage und nach § 138 ZPO auch gehalten, im einzelnen anzugeben, welche Bilanzansätze er für unrichtig halte und inwiefern sich daraus für ihn Einwendungen gegen die Klageforderung oder Gegenansprüche ergäben. Soweit er dies getan hat, hat das Berufungsgericht sein Vorbringen geprüft und, wie im folgenden auszuführen sein wird, zutreffend gewürdigt.

4. Den Einwand des Beklagten, ihm stehe für 1961 noch eine Tantieme zu, weil die Gewinn- und Verlustrechnung für 1961 nur wegen der ungerechtfertigten Belastung der Klägerin mit Unkosten, die von der Muttergesellschaft zu tragen seien, einen Verlust ausweise, hält das Berufungsgericht mit Rücksicht auf den Ergänzungsvertrag vom 29. August 1961 für unbegründet.

a) Es legt diesen Vertrag dahin aus, die Regelung unter Nr. 4 über die Belastung der Klägerin mit den Kosten der Werbung für die im eigenen Namen vertriebenen Geräte habe nicht nur, wie der Beklagte vorgetragen hat, als Weisung an die Geschäftsführung für das Verhältnis zwischen der Klägerin und der holländischen Muttergesellschaft, sondern gerade auch im Verhältnis der Parteien zueinander für die Tantiemberechnung maßgebend sein sollen. Diese Auslegung ist möglich und durch den Hinweis des Berufungsgerichts auf den Zusammenhang zwischen den Vertragsbestimmungen zu Nr. 3 und Nr. 4 und die Tatsache, daß es sich um eine vom Beklagten selbst entworfene Ergänzung zum Anstellungsvertrag handelt, ausreichend begründet. Was die Revision hiergegen vorbringt, hat das Berufungsgericht bereits geprüft und ohne Rechtsfehler für unerheblich erachtet.

Vor allem ist es ohne Belang, ob die Abwälzung der Kosten für eine Markenwerbung vom Hersteller auf die Vertriebsgesellschaft handelsüblich ist und steuerlich anerkannt wird, und inwieweit die N. V. I. von der Klägerin die Übernahme dieser Kosten tatsächlich verlangt hat; auf den vom Beklagten dazu angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis kam es daher nicht an. Hier geht es allein um das Anstellungsverhältnis der Parteien und die zwischen ihnen darüber getroffenen Vereinbarungen. Entgegen den Ausführungen der Revision hat das

Berufungsgericht auch nicht festgestellt, die N. V. I. [REDACTED] habe mit Wirkung gegen den Beklagten willkürlich bestimmen dürfen, ob die Klägerin einen Gewinn erzielt habe oder nicht. Es hat vielmehr den Anstellungsvertrag in Übereinstimmung mit dem Wortlaut so ausgelegt, daß nach ausdrücklicher Vereinbarung für die Abrechnung der Parteien untereinander bestimmte Verkaufskosten, wie sie unter Nr. 4 aufgeführt waren, als gewinnmindernder Aufwand der Klägerin gelten sollten, so wie andererseits Sonderabschreibungen aus rein steuerlichen Gründen nicht zu Lasten des Beklagten berücksichtigt werden durften. Hiergegen kann die Revision nicht einwenden, bei dieser Regelung hätte der Beklagte vielleicht niemals mit einem ausgewiesenen Gewinn und einer entsprechenden Tantieme für sich selbst rechnen können. Denn diese Möglichkeit hat der Beklagte durch sein Einverständnis mit der Vertragsänderung in Kauf genommen. Hierbei konnte die Klägerin davon ausgehen, der seit über zwei Jahren als ihr Geschäftsführer tätige Beklagte könne die wirtschaftliche Tragweite seiner vertraglichen Erklärungen genügend überschauen.

b) Nachdem der Beklagte im ersten Rechtszug nicht behauptet hatte, entgegen der Regelung im Anstellungsvertrag habe die Klägerin auch die Werbeaufwendungen für die von ihr nur gegen Provision vertriebenen technischen Teile zu ihren Lasten und damit zu Lasten seines Tantiemeanspruchs verbucht, durfte das Berufungsgericht dieses neue Vorbringen des Beklagten ebenfalls als verspätet zurückweisen.

c) Was der Beklagte über die Reklamationen vorgetragen hat, die zu Lasten der N. V. I. [REDACTED] hätten gehen müssen, war wiederum nicht genügend substantiiert. Dieses Vorbringen wäre nur dann erheblich gewesen, wenn daraus klar hervorgegangen wäre, die Klägerin habe aufgrund von Beanstandungen,

deren Beseitigung über den von ihr übernommenen Kundendienst hinausgegangen sei, noch im Zeitpunkt des Jahresabschlusses Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche gegen die N.V. I. in solcher Höhe gehabt, daß, hätten sie in der Bilanz ihren Niederschlag gefunden, für 1961 statt eines Verlustes von 28.592,99 DM ein Gewinn zu verzeichnen gewesen wäre.

Diese Fragen ließ der erstinstanzliche Vortrag des Beklagten offen. Dieser Vortrag, der sich nur beiläufig an die Ausführungen über die Behandlung der Werbeunkosten anschloß, erschöpfte sich darin, die N. V. I. habe der Klägerin lange Zeit hindurch schlechte Ware geliefert, und sie hätte dann, wenn die Klägerin als freier Alleinimporteur tätig gewesen wäre, an diese laufend Zahlungen "zum Ausgleich schlechter Lieferungen, Reklamationskosten und Schadensersatzansprüche usw. leisten müssen". Hieraus ließen sich nach Grund und Höhe bestimmbare, bilanzmäßig zu berücksichtigende Forderungen der Klägerin nicht entnehmen. Auch insoweit greift daher die Erwägung des Berufungsgerichts durch, das neue, zudem noch immer sehr allgemein gehaltene Vorbringen in der Berufungsbegründung sei verspätet.

d) Bei einem ausgewiesenen Verlust von 28.592,99 DM für 1961 konnte das Berufungsgericht offenlassen, ob die Klägerin Steuerberatungskosten in Höhe von 7.200,-- DM sowie eine Zollnachzahlung von 6.000,-- DM zum Nachteil des Beklagten als Aufwendungen verbuchen durfte. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, würde sich kein Gewinn und deshalb auch kein Tantiemeanspruch des Beklagten ergeben.

5. Der Beklagte konnte dem Klageanspruch ferner nicht eine Forderung auf Erstattung von Steuern und Versicherungs-

beitrügen mit der Begründung entgegenhalten, die Klägerin habe diese Kosten erspart, weil er ein Geschäftsfahrzeug auf seinen Namen angemeldet und dafür als Kriegsversehrter Vergünstigungen in Anspruch genommen habe, die ihm infolgedessen für seinen eigenen Wagen entgangen seien. Denn hierdurch hat er weder ein Geschäft der Klägerin besorgt, noch hat er ihr ohne Rechtsgrund etwas aus seinem Vermögen unmittelbar zugewandt. Zu den in den normalen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft fallenden Geschäften, deren Führung dem Beklagten nach seinem Anstellungsvertrag vom 17. Dezember 1958 im Verhältnis zur Klägerin oblag, gehörte nicht die Anmeldung eines firmeneigenen Wagens auf seinen Namen. Sie entsprach auch nicht dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Klägerin (§ 685 BGB), schon weil sie mit Nachforderungen des Finanzamts rechnen mußte, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat.

Ein Bereicherungsanspruch des Beklagten nach den §§ 684, 812 BGB scheidet ebenfalls aus. Denn soweit die Klägerin ohne Rechtsgrund etwas erspart haben soll, ist dies unmittelbar auf Kosten des Steuergläubigers und des Versicherers und nicht auf Kosten des Beklagten geschehen. Auf die vom Berufungsgericht weiterhin angeführten Bestimmungen des §§ 814, 817 BGB kommt es daher nicht an.

6. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht schließlich einen aufrechenbaren Provisionsanspruch des Beklagten mit der Begründung verneint, nach dem eigenen Vortrag des Beklagten und den vorliegenden Schriftstücken komme nur die N.V. I. [REDACTED] und nicht die Klägerin als Provisionsschuldnerin in Betracht. Daß die Klägerin, wie die Revision hervorhebt, unstreitig insoweit als Zahl- und Abrechnungsstelle einge-

schaltet war, besagt nicht, daß sie zugleich Schuldnerin gewesen wäre. Dasselbe gilt für den unbestrittenen Vortrag des Beklagten, die Änderung seiner Rechtsstellung seit dem 1. Januar 1961 habe nach außen zunächst nicht in Erscheinung treten sollen.

Unrichtig ist auch die Auffassung der Revision, die Klägerin dürfe den Beklagten nach Treu und Glauben wegen seiner Ansprüche nicht an die zu 95 % an ihr beteiligte Muttergesellschaft verweisen. Die Höhe der Beteiligung ändert nichts daran, daß die Klägerin rechtlich selbständig ist und für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafterin nicht haftet.

Mit ihrer weiteren Rüge, das Berufungsgericht hätte dem Beklagten für die Zeit nach dem 1. Januar 1962 zumindest ein Geschäftsführergehalt zubilligen müssen, übersieht die Revision, daß der Beklagte in den Tatsacheninstanzen für 1962 lediglich einen Provisions- und keinen Gehaltsanspruch geltend gemacht hat

7. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Dr. Schulze

Fleck