

BUNDESGERICHTSHOF

25

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 202/88

Verkündet am:
28. September 1989
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Ernst H [REDACTED],
S [REDACTED] Weg [REDACTED], L [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Armin Sc [REDACTED],
M [REDACTED] straße [REDACTED], K [REDACTED] / T [REDACTED],

Beklagter, Widerkläger,
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] als
Abwickler der Kanzlei des
verstorbenen Rechtsanwalts
[REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1989 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Fuchs, Gärtner, Winter und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. Juli 1988 aufgehoben, soweit es der Widerklage stattgegeben und über die Kosten entschieden hat.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verlangt Schadensersatz, der Beklagte bestreitet die Höhe dieses Anspruchs und macht Gegenansprüche geltend.

- 3 -

Der Beklagte war für den Kläger, der ein Handelsgewerbe betreibt, bis zum 31. März 1985 gegen feste Vergütung und Spesen als freier Mitarbeiter tätig. Er entnahm, ohne dazu berechtigt zu sein, den Geschäftskonten 203.739,96 DM und löste Schecks im Betrage von 67.336,01 DM ein.

Der Kläger verlangt Ersatz eines Teiles seines Schadens, den er in der Klageschrift wie folgt berechnete:

Zu Unrecht entnommene Beträge	271.075,97 DM
dem Beklagten standen zu	<u>77.895,00 DM</u>
	193.180,97 DM

Noch offenstehende Vergütungs- ansprüche des Beklagten in Höhe von 4.500 DM/monatlich für die Zeit vom 1. Januar 1984 bis 31. März 1985: 67.500 DM, abzüglich von ihm zu erstattender 7.000 DM	<u>60.500,00 DM</u>
	132.680,97 DM

Den Anspruch auf Ersatz eines Teilbetrages davon in Höhe von 120.000 DM machte der Kläger mit der Klage geltend. Ihr gab das Landgericht statt in Höhe von 85.394,51 DM nebst Zinsen nach folgender Berechnung:

Zu Unrecht entnommene Beträge	271.075,97 DM
abzüglich dem Beklagten vom Kläger zugestandene Vergütungs- ansprüche	<u>132.680,97 DM</u>
	138.395,00 DM

abzüglich Beträge, die der Beklagte gezahlt hatte zur Abdeckung von Verbindlichkeiten aus dem Handels- gewerbe des Klägers	<u>53.000,48 DM</u>
	85.394,52 DM



Der Beklagte legte Berufung ein, ohne zu rügen, daß das Landgericht die in Höhe von insgesamt 138.395,00 DM zugestandenen Vergütungsansprüche mit dem von dem Kläger errechneten Schaden in Höhe von 132.680,97 DM verwechselt hatte. Er erhob Eventual-Widerklage und kündigte insoweit den Antrag an, den Kläger zur Zahlung einer Vergütung in Höhe von 136.500 DM nebst Zinsen zu verurteilen, die er wie folgt berechnete:

1983	12 Monate à 4.500 DM	54.000,00 DM
1984	12 Monate à 5.500 DM	66.000,00 DM
1985	3 Monate à 5.500 DM	<u>16.500,00 DM</u>
		136.500,00 DM

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 7. Juni 1988 stellte der Beklagte ausweislich des Protokolls den Antrag zur Eventual-Widerklage nur in Höhe von 76.500 DM. Die Parteien schlossen einen Vergleich. Für den Fall dessen Widerrufs bestimmte das Berufungsgericht Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 19. Juli 1988.

Nachdem der Kläger den Vergleich innerhalb der dafür vereinbarten Frist widerrufen hatte, reichte er am 18. Juli 1981 einen Schriftsatz vom 14. Juli 1988 ein, auf dem sich die mit dem 18.7.88 datierte Verfügung der Berichterstatterin findet "Zur Akte". Dieser Schriftsatz beginnt:

"Bei der Erörterung im Termin ist angesichts der stets wechselnden hypothetischen Berechnungen der Ansprüche des Beklagten offensichtlich übersehen worden, daß die Honorare für das Jahr 1983 bereits bezahlt und in der Klageschrift des Kollegen L. aus diesem Grunde nicht enthalten waren. Dies ergibt sich auch aus der Aufstellung des Beklagten vom 19.12.83.

Beweis: Kopie der Aufstellung"

Aus der in Ablichtung beigelegten, nach der Behauptung des Klägers vom Beklagten stammenden Aufstellung vom 19. Dezember 1983 ergibt sich, daß in dem zugestandenem Betrag von 77.895,00 DM die Vergütung auch für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1983 enthalten war.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Beklagten zurück und verurteilte auf die im Tatbestand seines Urteils mit 136.500 DM bezifferte Widerklage, die es im übrigen abwies, den Kläger zur Zahlung von 54.000 DM nebst Zinsen. Es ging von einem dem Beklagten vom Kläger zugestandenem Gegenanspruch von 137.895,00 DM aus. Diesen Betrag hatte es um 500 DM zu niedrig berechnet, weil es von dem Vergütungsbeitrag für die Zeit vom 1. Januar 1984 bis 31. März 1985 in Höhe von 67.500 DM den zu erstattenden Betrag von 7.000 DM abgesetzt hatte und zu dem unrichtigen Ergebnis von 60.000 DM gelangt war. Es setzte die vom Landgericht vorgenommene Berechnung nicht fort und bemerkte deshalb das unrichtige Ergebnis nicht mit der Folge, daß es die Berufung des Beklagten zurückwies, anstatt ihr in Höhe von 5.714,03 DM stattzugeben.

Der Kläger wendet sich mit der Revision gegen seine Verurteilung auf die Widerklage des Beklagten.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Der Berufungsrichter hält die Widerklage in Höhe von 54.000 DM für begründet. Dazu führt er aus, der Kläger habe nicht substantiiert vorgetragen, dem Beklagten diese Vergütung bei der Berechnung der Klageforderung bereits gutgebracht zu haben. Sein Vortrag, er habe von seinen Forderungen 77.895,00 DM in Abzug gebracht, die der Beklagte hätte in Rechnung stellen können, reiche nicht aus für die Annahme, daß es sich dabei um Vergütungsansprüche handele. Er könne damit ebensogut Spesen gemeint haben. Der seinen Vergütungsanspruch für das Jahr 1983 betreffende Vortrag des Beklagten sei deshalb nicht nur schlüssig, sondern auch unstreitig.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht seine Feststellung in mehrfacher Hinsicht unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften getroffen hat.

1. Das Landgericht hatte die vom Kläger abgesetzten Beträge von 77.895,00 DM und 60.500,00 DM als Vergütungsansprüche des Beklagten angesehen. Wenn das Berufungsgericht demgegenüber hinsichtlich des Betrages von 77.895,00 DM Zweifel hatte, hätte es den Kläger darauf hinweisen müssen. Daß es das nicht getan hat, beanstandet die Revision zutreffend als Verletzung von § 139 ZPO.

2. Der Kläger hatte in dem zumindest einem Mitglied des Berufungsgerichts vor der Verkündung des Urteils zur Kenntnis gelangten Schriftsatz vom 14. Juli 1988 ausdrücklich

darauf hingewiesen, aus der in Ablichtung beigefügten eigenen Aufstellung des Beklagten vom 19. Dezember 1983 ergebe sich, daß in dem Betrage von 77.895,00 DM dessen Vergütung auch für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1983 enthalten sei. Auf diese Aufstellung hatte sich der Kläger im übrigen bereits in seiner Berufungserwiderung bezogen (Bl. 297 d.A.). Deshalb lag in seinem Schriftsatz vom 14. Juli 1988 eine Anregung, gegebenenfalls die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anzuordnen (§ 156 ZPO). Das hätte das Berufungsgericht tun müssen, wenn es die Frage anders beurteilen wollte als das Landgericht (vgl. BGHZ 30, 60, 65; 53, 245, 262 f; BGH Urt. v. 31. Mai 1988 - VI ZR 261/87, BGHR ZPO § 156 Ermessen 1). Sein Verfahren verletzt, wie die Revision ebenfalls mit Recht rügt, auch § 156 ZPO.

II.

Das Berufungsurteil konnte, soweit es der Widerklage stattgegeben hat, mithin keinen Bestand haben. Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit,

die Frage, ob der von dem Beklagten geltend gemachte Vergütungsanspruch für das Jahr 1983 begründet ist, erneut zu prüfen und zu entscheiden.

Merz

Fuchs

Gärtner

Winter

Schmitz