

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 207/86

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
26. März 1987
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

W + E U [REDACTED] AG,
Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht,
vertreten durch die gemeinsam vertretungsberechtigten
Verwaltungsratsmitglieder Edwin A. W [REDACTED] und Dr. Walter
H [REDACTED],
M [REDACTED]-Hö [REDACTED]-Straße [REDACTED], CH-[REDACTED] Z [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Martin W [REDACTED],
Hä [REDACTED] Landstraße [REDACTED], [REDACTED] G [REDACTED]

Beklagter, Widerkläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Zorn, Fuchs, Gärtner und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Dezember 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klägerin auf die Widerklage verurteilt worden ist, an den Beklagten 241.230 DM nebst Zinsen zu zahlen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten über die vom Beklagten beanspruchte Vergütung einer von ihm behaupteten Berater-tätigkeit.

Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts, ist auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs

von Maschinen und Anlagen für Umwelttechnik tätig. Ihr Aktienkapital wurde ursprünglich von einer anderen Gesellschaft gehalten sowie von Hermann Wi[REDACTED] und dem Elektroingenieur Theodor E[REDACTED], ihren gemeinsam vertretungsberechtigten Verwaltungsratsmitgliedern. Im Jahre 1975 gewann die Klägerin über eine deutsche Tochtergesellschaft einen von der Stadt Ha[REDACTED] ausgeschriebenen Wettbewerb für die Erstellung einer Müllverwertungsanlage. Im selben Jahr kam es zwischen den Verwaltungsratsmitgliedern und dem Beklagten, der bislang Landrat des Kreises Ha[REDACTED] gewesen und seitdem als Anlageberater tätig geworden war, zu Verhandlungen über die Wahrnehmung der Interessen der Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland. Diese umschrieb der Beklagte in einem Schreiben vom 8. Mai 1976 wie folgt:

- "1. Erkundung des Marktes für den Bedarf an Leistungen und Erzeugnissen der Fa. Wi[REDACTED] + E[REDACTED] einschl. der Fa. Gu[REDACTED] AG in allen Bereichen. Dies gilt insbesondere für Energieunternehmen und Kommunen. Dazu zählt die Beschaffung der langfristigen Bauprogramme der Energieunternehmen sowie der Investitions-, Struktur- und Förderungsprogramme der öffentlichen Hand.
2. Beschaffung der für die Fa. Wi[REDACTED] + E[REDACTED] interessanten Ausschreibungen im EWG-Bereich und in Entwicklungsgebieten, soweit letztere gefördert werden.
3. Kontaktaufnahme zu osteuropäischen Wirtschaftsstellen nach vorheriger Absprache mit der Geschäftsleitung der Fa. Wi[REDACTED] + E[REDACTED].
4. Konkreter Einsatz, Kontaktaufnahme, Kundenbetreuung bei sich abzeichnenden Aufträgen und Ausschreibungen, Hilfestellung bei den Verhandlungen über Angebote, Kontakte zu Behörden bei Schwierigkeiten hinsichtlich von Bauauflagen u.ä. bis zur Abwicklung des Auftrags.



5. Konzeption von Leasing-Vorhaben und deren Finanzierung.

Das vereinbarte Honorar beträgt monatlich 3.000,-- DM zuzügl. 1.000,-- DM Pauschalbetrag für Spesen und Unkosten. Hinzu kommen bei einer Betätigung in der BRD 11 % Mehrwertsteuer. Das monatliche Honorar von insgesamt 4.000,-- DM ist vereinbarungsgemäß ab 1.4. 1976 auf ein von mir noch anzugebendes Konto zu zahlen."

Die Klägerin antwortete mit einem von ihren beiden Verwaltungsratsmitgliedern unterzeichneten Schreiben vom 31. Mai 1976:

"Grundsätzlich sind wir mit der von Ihnen vorgeschlagenen Vereinbarung einverstanden. Das monatlich festgelegte Honorar von insgesamt DM 4.000 werden wir laufend auf Ihr Konto bei der L. [REDACTED] B. [REDACTED] in Lu [REDACTED], Konto Nr. ... von hieraus überweisen. Die Entschädigung für die Monate April und Mai wird mittels Barcheck, welcher Ihnen Herr Wi [REDACTED] am 31. Mai 1976 übergeben wird, ausgeglichen. Über die Höhe des mit Schreiben vom 10. November 1975 festgelegten Erfolgshonorars von DM 300.000 für das Projekt MVA Ma [REDACTED] werden wir aufgrund vorstehender Honorarvereinbarung erneut verhandeln müssen, sobald Klarheit besteht, wann und in welcher Weise dieses Projekt abgewickelt werden soll.

Wir möchten ausdrücklich darauf hinweisen, daß sich Ihre Tätigkeit lediglich auf das geografische Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein beschränken soll."

Dabei waren die Beteiligten sich darüber einig, daß die Beratungstätigkeit des Beklagten sich ausschließlich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beziehen sollte. Die anderslautende Beschreibung war gewählt worden, um zu verhindern, daß seine Tätigkeit aus politischen Gründen "an die große Glocke gehängt wurde".

Im Juli 1977 gründeten Wi [REDACTED] und E [REDACTED], dabei ebenfalls von dem Beklagten beraten, mit Stammeinlagen von je 150.000 DM die Ma [REDACTED] R [REDACTED] GmbH (im folgenden: MKR) in Er [REDACTED], die sich mit der Beseitigung von Altreifen und mit der Herstellung von Gummigranulat aus Altgummi befassen sollte. Im selben Jahr schloß die Gesellschaft mit dem Beklagten einen Beratungsvertrag ab. Darin verpflichtete sich dieser auch zu einer Beteiligung als stiller Gesellschafter mit einer Einlage von 100.000 DM.

Das Aktienkapital der Klägerin wurde 1978 von dem schweizerischen AL [REDACTED]-Konzern übernommen. Wi [REDACTED] und E [REDACTED] waren seitdem als gemeinsam vertretungsberechtigte Direktoren mit der Geschäftsführung der Klägerin betraut. Daß sie außerdem die Gesellschafter der MKR waren, blieb den Organen der Klägerin zunächst unbekannt. Sie schloß mit dem Beklagten einen von diesem am 15. Februar, von ihrem Direktor Wi [REDACTED] am 1. März 1979 unterzeichneten Beratervertrag für die Zeit vom 1. Januar 1979 bis zum 31. Dezember 1984. Danach sollte der Beklagte gegen eine Vergütung von monatlich 4.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer in der Bundesrepublik Deutschland und im Ausland als allgemeiner Berater der Klägerin tätig sein, im besonderen für die Objekte und Aufgaben, die ihm von dieser genannt wurden.

Am 2. April 1979 trat der Beklagte, wie bereits vor deren Gründung erwogen, der MKR, deren Stammkapital entsprechend erhöht wurde, mit einer Stammeinlage von 100.000 DM als Gesellschafter bei. Die Klägerin lieferte der Gesellschaft im Jahre 1979 eine Anlage für die Herstellung von Gummigranulaten zum Festpreise von 4.011.395 DM, der von

einer deutschen Leasing-Firma finanziert wurde, und verpflichtete sich dieser gegenüber, für die Verbindlichkeit der MKR einzustehen; in der Folgezeit gab sie außerdem Garantieerklärungen für der Gesellschaft gewährte Bankkredite ab.

Im Oktober/November 1982 wurde dem Verwaltungsrat der Klägerin die Beteiligung ihrer Direktoren Wi[REDACTED] und E[REDACTED] an der MKR bekannt. Daraufhin nahm sich der Direktor Wi[REDACTED] das Leben; der Direktor E[REDACTED] wurde fristlos entlassen und wegen des Verdachts strafbarer Handlungen angezeigt. Über das Vermögen der MKR wurde am 10. Januar 1983 das Konkursverfahren eröffnet.

Die Müllverwertungsanlage der Stadt Ha[REDACTED], wegen der es zur ersten Kontaktaufnahme zwischen der Klägerin und dem Beklagten gekommen war, ist bislang nicht gebaut worden.

Die Klägerin machte geltend, der Beklagte habe die ihm für die Zeit ab Januar 1978 bis Januar 1980 gewährten Vergütungen in Höhe von insgesamt 100.000 DM auf ihre Kosten ohne rechtlichen Grund, andernfalls in zum Schadensersatz verpflichtender Weise erlangt, und verlangte mit der Klage die Rückzahlung dieses Betrages. Der Beklagte erhob Widerklage auf Zahlung der ihm nach seiner Behauptung auch für die nachfolgende Zeit bis Dezember 1983 zustehenden Vergütung. Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage bis auf einen Teil der Zinsforderung statt. Die Berufung der Klägerin hatte nur, soweit sie sich gegen die Widerklage verteidigte, geringen, die Anschlußberufung des Beklagten, mit der er Vergütung bis zum 31. Dezember 1984 und höhere Zinsen verlangte, zum Teil Erfolg. Mit der

Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin nur noch die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet, weil die Klägerin keine Umstände dargelegt und bewiesen habe, aus denen sich eine Verpflichtung des Beklagten ergeben würde, die ihm bis Januar 1980 gezahlte Vergütung zurückzugewähren. Dazu führt es aus: Der Beklagte habe diese Leistungen nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Ebenso wie der erste Beratervertrag sei auch der am 15. Februar/1. März 1979 vereinbarte wirksam zustande gekommen, weil der Direktor E. ebenfalls mit ihm einverstanden gewesen und es im schweizerischen Obligationenrecht anerkannt sei, daß Gesamtvertreter weder gemeinschaftlich noch gleichzeitig zu handeln brauchten. Dafür, daß der Beklagte bei Abschluß der Verträge mit den Direktoren arglistig zum Nachteil der Klägerin zusammengewirkt hätte, gebe es keine Anhaltspunkte. Auch unter dem Gesichtspunkt einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung sei der Rückzahlungsanspruch nicht begründet. Die Klägerin habe den Nachweis nicht erbracht, daß der Beklagte ihm aus den Verträgen obliegende Leistungen schuldig geblieben sei. Ferner könne sie die

Rückzahlung auch nicht als Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung verlangen. Es sei weder erkennbar, daß der Beklagte in unredlicher Weise zum wirtschaftlichen Engagement der Klägerin bei der MKR beigetragen habe, noch daß der zweite Beratervertrag nur zu dem Zweck geschlossen worden sei, ihm als Mitgesellschafter der MKR zu Lasten der Klägerin einen unverdienten Gewinn zukommen zu lassen.

Das nimmt die Klägerin, die insoweit das Berufungsurteil nicht angefochten hat, hin.

II.

Die Widerklage hält das Berufungsgericht in dem dem Beklagten zugesprochenen Umfange für begründet. Dazu führt es aus:

1. Wie die Begründung des Urteils zur Klage ergebe, könne die Klägerin sich nicht darauf berufen, daß der Beklagte die ihm obliegenden Leistungen nicht erbracht habe; sie habe nicht bewiesen, daß er in bestimmtem Umfange auch von sich aus tätig werden müssen.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht. Das Berufungsgericht hat die Beweislast verkannt.

Im Gegensatz zur Klage, mit der die Klägerin in erster Linie einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltend machte und deshalb für die diesen

Anspruch begründeten Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig war, handelt es sich bei der Widerklage um einen Anspruch des Beklagten auf die ihm nach seiner Behauptung geschuldete Vergütung aus einem Dienstvertrage. Nach § 611 Abs. 1 BGB wird durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Nach allgemeinen Grundsätzen ist es deshalb Aufgabe des Beklagten, die Voraussetzung für den von ihm geltend gemachten Vergütungsanspruch, also die Leistung der versprochenen Dienste, darzulegen und zu beweisen. Dazu gehört auch, ob er verpflichtet war, im Rahmen von Eigeninitiativen oder nur auf Anweisung der Klägerin für diese tätig zu werden. Auch nach seinem Vortrag soll die Klägerin nur bis November 1982 an ihn herangetreten sein, um seine Beratungstätigkeit zu beanspruchen.

2. Die Klägerin macht geltend, aus dem Umstand, daß dem Beklagten seit Januar 1980 keine Vergütung gezahlt worden sei, ergebe sich, daß ihm von dieser Zeit an ein Anspruch darauf nicht mehr zugestanden habe, weil die Parteien den Beratervertrag konkludent aufgehoben hätten. Das hält das Berufungsgericht aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme für nicht bewiesen und unterstellt lediglich, es habe sich um eine Stundung gehandelt, deren Voraussetzung spätestens mit dem Ablauf des 31. Dezember 1984 entfallen sei.

Die Revision rügt zu Recht als Verletzung von § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht bei seiner Auslegung den Aussagen der Zeugen nicht voll gerecht geworden ist. Der frühere Direktor E. hat als Zeuge vor dem Berufungsgericht am 4. Dezember 1985 bekundet:

"... kann ich bestätigen, daß die Zahlung der Honorare an den Beklagten, wie ich meine ab Januar 1980, ausgesetzt worden ist. Dies lag daran, daß das Objekt Ha[REDACTED] zu dieser Zeit ins Stocken geraten war, aber auch daran, daß die Klägerin sparen wollte. Die Aussetzung geschah auf unbestimmte Zeit, wobei daran gedacht war, die Zahlung vorzunehmen, wenn an dem Projekt wieder gearbeitet würde. Der Beklagte war so anständig, diesem Wunsch nachzukommen. Die Verhandlungen darüber hat Herr Wi[REDACTED] geführt. Ich bin aber darüber informiert gewesen. Mir ist bekannt, daß das Projekt Ha[REDACTED] bis 1982 geruht hat. Bis zu diesem Zeitpunkt hat sich eine intensive Tätigkeit des Beklagten insoweit für die Firma nicht mehr gelohnt. Wann, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen die Zahlungen an den Beklagten wieder aufgenommen werden sollten, weiß ich nicht sicher. Ich nehme jedoch an, daß die geschuldeten Honorare hätten bezahlt werden sollen, wenn das Projekt wieder aktuell wurde.

Auch nach Aussetzung der Honorarzahlungen ist der Beklagte wie zuvor für die Firma tätig geworden; sicher weiß ich dies für die Objekte Ta[REDACTED] und Me[REDACTED]. Ich meine, daß sei noch im Jahr 1981 gewesen.

Die Tätigkeit für die Projekte Ta[REDACTED] und Me[REDACTED] bestand darin, daß der Beklagte uns eine Kontaktperson vermittelte, ...

Ich stelle klar, daß ich nicht zum Ausdruck bringen wollte, der Beklagte habe auf die Honorare verzichtet. Vielmehr bestand Einigkeit, daß die Honorare nach wie vor geschuldet werden und irgendwann gezahlt werden sollten."

Die Aussage der als Zeugin vernommenen Ehefrau des Beklagten vor dem Berufungsgericht lautet auszugsweise:

"... Anschließend (= nach dem Gespräch mit dem Direktor Wi[REDACTED]) hat mein Mann mich darüber informiert, daß das Honorar so lange nicht gezahlt werden sollte, bis sich ein geschäftlicher Erfolg einstellen würde, was ich auf die Mü[REDACTED] Ha[REDACTED] bezogen habe. Mein Mann hat mir als Grund für die Vereinbarung erklärt, daß er damit der Klägerin habe helfen wollen."

Das Berufungsgericht hat aufgrund dieser Bekundungen lediglich eine Aufhebung des Beratervertrages, einen Erlaßvertrag hinsichtlich der dem Beklagten geschuldeten Vergütung und eine Stundung dieses Anspruchs geprüft. Nach dem Wortlaut der Zeugenaussagen lag es jedoch nahe, daß die Klägerin und der Beklagte eine Wiederaufnahme der Vergütungszahlungen von einer Bedingung, nämlich einem geschäftlichen Erfolg in der Angelegenheit der Mü [REDACTED] [REDACTED] Ha [REDACTED], abhängig machen wollten. Diese Angelegenheit stand im Mittelpunkt der Bemühungen des Beklagten. Die Revision versteht das so, damit sei das bis dahin geschuldete monatliche Honorar in ein Erfolgshonorar umgewandelt worden. Diese naheliegende Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen. Der Berufungsrichter hat sie aber nicht gesehen. Das ist ein Rechtsfehler. Das Projekt Ha [REDACTED] ist nicht erfolgreich zum Abschluß gebracht worden.

III.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben.

Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen. Die Klägerin ist dann in der Lage, zu ihrem Einwand weiter vorzutragen, der Beklagte habe bei Abschluß des zweiten Beratervertrages gewußt, daß Wi [REDACTED] und E [REDACTED] ihr Aktienkapital an den AL [REDACTED]-Konzern veräußert hatten; es hätte sich

ihm, auch wegen seiner Beteiligung an der MKR, aufdrängen müssen, daß sie mit dem Abschluß des Vertrages und mit der Kreditierung der MKR ihre Befugnisse überschritten.

Merz

Zorn

Fuchs

Gärtner

Schmitz