

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 7/73

URTEIL

Verkündet am

10. Oktober 1973

S p e n g l e r

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Elisabeth R [REDACTED], R [REDACTED] im W [REDACTED],
B [REDACTED]straße 1,

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Edith M [REDACTED]-E [REDACTED] oHG, I [REDACTED]-O [REDACTED] 1,
Ma [REDACTED] Straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter Edith M [REDACTED]-E [REDACTED] und
Jürgen M [REDACTED], I [REDACTED]-O [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1973 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Oldenburg vom 14. November 1972
wird auf Kosten der Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin lieferte der Beklagten in der Zeit vom 17. Mai bis 6. August 1969 Edelsteine und Schmuckwaren für eine Bijouterie auf der Insel B[REDACTED]. Die Ware wurde der Beklagten zum kleineren Teil (für 4.797,71 DM) fest verkauft; überwiegend (im Wert von mehreren 10.000,-- DM) wurde sie ihr in Kommission gegeben. Nachdem die Beklagte Zahlungen in Höhe von 6.000,-- DM an die Klägerin geleistet und einen Teil der Schmuckgegenstände zurückgegeben hatte, verlangte die Klägerin von der Beklagten Ende 1969 Abrechnung über die von ihr verkaufte Kommissionsware und Rückgabe der nicht verkauften Stücke. Anfang 1970 gab die Beklagte weitere Gegenstände zurück.

- 3 -

Mit der Behauptung, die Beklagte habe nach dem Stande vom 25. März 1970 Kommissionsware im Gesamtwert von 41.021,36 DM weder verkauft noch zurückgegeben, hat die Klägerin eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch die der Beklagten aufgegeben worden ist, die noch in ihrem Besitz befindlichen Schmuckgegenstände an einen Gerichtsvollzieher herauszugeben. Aufgrund der einstweiligen Verfügung hat der Gerichtsvollzieher bei der Beklagten vorgefundene Edelsteine und Schmuckwaren im Wert von etwas über 6.600,-- DM sichergestellt und in Verwahrung genommen.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Beklagte schulde ihr außer den vom Gerichtsvollzieher in Besitz genommenen Gegenständen (Anlage I der Klageschrift) noch die Herausgabe weiterer Kommissionsware im Wert von 34.393,20 DM (Anlage II der Klageschrift in der Fassung des Schriftsatzes vom 6.7.1970).

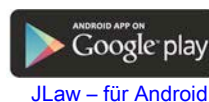
Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. einzuwilligen, daß der Gerichtsvollzieher ... die ihm aufgrund der einstweiligen Verfügung ... in Verwahrung genommenen Gegenstände gemäß Anlage I an die Klägerin herausgibt,
2. die in der Anlage II Bl. 1 bis 11 aufgeführten Gegenstände an die Klägerin herauszugeben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Beklagte hat behauptet, die vom Gerichtsvollzieher aufgrund der einstweiligen Verfügung in Verwahrung genommenen Gegenstände seien ihr teilweise nicht von der Klägerin geliefert worden. Die übrigen Gegenstände im Wert von 34.393,20 DM habe sie zwar von der Klägerin erhalten. Sie habe davon aber am 12. Dezember 1969 einen Teil, nämlich Kommissionsware im Wert von 19.994,46 DM (Anlage zum Schriftsatz vom 3.8.1970), an den bei der Klägerin beschäftigten Zeugen S■■■■, mit dem sie auf Anweisung der Klägerin die Geschäfte abgewickelt habe, zurückgegeben. Außerdem habe sie an diesem Tage für von ihr verkaufte Kommissionsware 15.000,-- DM an S■■■■ gezahlt. S■■■■ habe die zurückgegebene Kommissionsware und den Betrag von 15.000,-- DM auch an die Klägerin weitergeleitet. Die Beklagte hat ferner ein Zurückbehaltungsrecht an 14 von der Klägerin herausverlangten Stücken geltend gemacht. Dieses hat sie darauf gestützt, daß ihr ein fälliger Anspruch auf Zahlung von 1.202,29 DM gegen die Klägerin zustehe, weil sie nur für 4.797,71 DM Waren fest von der Klägerin gekauft, aber 6.000,-- DM an die Klägerin gezahlt habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist durch rechtskräftiges Teilurteil als unzulässig verworfen worden, soweit sie sich gegen die Verurteilung nach dem Klagenatrag zu 1 richtete. Hinsichtlich der Verurteilung nach dem Klageantrag zu 2 ist die Berufung der Beklagten durch Versäumnisurteil zurückgewiesen worden. Dieses Versäumnisurteil hat das Berufungsgericht durch das mit der Revision angegriffene Urteil aufrechterhalten. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung

des Klageantrages zu 2. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte die in der Anlage II aufgeführten Gegenstände, um die es im vorliegenden Revisionsverfahren allein noch geht, als Kommissionsware von der Klägerin erhalten. Sie war insoweit Verkaufskommissionär der Klägerin (§ 383 HGB). Da das Kommissionsverhältnis unstreitig nicht mehr besteht, kann die Klägerin die Rückgabe dieser Gegenstände von der Beklagten verlangen (§§ 985, 667 BGB).

Das Berufungsgericht hat die Behauptung der Beklagten, sie habe am 12. Dezember 1969 Gegenstände der Anlage II im Wert von 19.994,46 DM zurückgegeben und außerdem 15.000,-- DM für von ihr verkaufte Gegenstände dieser Anlage gezahlt, als nicht bewiesen angesehen. Hierzu hat es ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob die Beklagte entsprechend ihrer Behauptung und entgegen der Aussage des Zeugen Stumm diesem Ware und Geld übergeben habe. Die Inhaber der Klägerin, die auf Antrag der Beklagten zu Beweiszwecken vernommen worden sind, hätten glaubhaft bekundet, daß Stumm Ware und Geld jedenfalls nicht an die Klägerin weitergeleitet habe. S. [REDACTED] sei auch nicht bevollmächtigt gewesen, Ware und Geld für die Klägerin entgegenzunehmen. Die Beklagte habe eine Bevollmächtigung Stumms durch die Klägerin weder hinreichend dargetan,

noch unter Beweis gestellt. Das gelte auch von den Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht. Jedenfalls sei nicht ersichtlich, daß die Klägerin auch noch am 12. Dezember 1969 den Anschein einer Bevollmächtigung Stumms erweckt habe. Die Beklagte habe in einem Schreiben an die Klägerin vom 9. Oktober 1969 selbst zum Ausdruck gebracht, daß sie die Geschäfte mit der Klägerin direkt und nicht mit dem Zeugen S■■■■ abzuwickeln habe.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Soweit die Beklagte geltend macht, sie habe Gegenstände der Anlage II für 15.000,-- DM verkauft und den Erlös an die Klägerin abgeführt, hat das Berufungsgericht ihr Vorbringen zu Recht als nicht hinreichend substantiiert angesehen. Da die Klägerin nicht wissen konnte, ob und inwieweit Gegenstände der Anlage II verkauft worden sind, oblag es der Beklagten aufgrund ihrer prozessualen Sorgfalts- und Förderungspflicht, dies im einzelnen darzulegen, zumal sie der Klägerin auch rechenschaftspflichtig ist (§ 384 Abs. 2 HGB). Sie ist auf ihre Darlegungslast auch durch Beschluß des Berufungsgerichts vom 8. Februar 1972 besonders hingewiesen worden, hat aber gleichwohl keine näheren Angaben gemacht, sondern nur allgemein behauptet, sie habe Gegenstände der Anlage II im Wert von 15.000,-- DM verkauft. Hieraus folgt zunächst gemäß § 138 Abs. 3 ZPO, daß der von der Klägerin behauptete Besitz der Beklagten an den in der Anlage II aufgeführten Gegenständen (§ 985 BGB) durch dieses Vorbringen nicht wirksam bestritten worden

ist (vgl. BGHZ 12, 49 f; BGH GRUR 1961, 356, 359 - Pressedienst). Erst recht ist damit nicht schlüssig dargetan, daß die Klägerin das Eigentum an einem Teil der Gegenstände durch Ausführungsgeschäfte der Beklagten verloren habe oder der Beklagten die Erfüllung der Herausgabepflicht unmöglich geworden sei.

2. Was die behauptete Rückgabe von Gegenständen der Anlage II am 12. Dezember 1969 angeht, so erscheint schon als fraglich, ob es nicht auch insoweit an einer hinreichenden Substantiierung fehlt. Die Beklagte hat zwar eine Aufstellung der angeblich zurückgegebenen Gegenstände vorgelegt. Diese läßt jedoch nicht erkennen, welche Gegenstände der Anlage II damit gemeint sind. Der Auflage des Berufungsgerichts vom 8. Februar 1972, im einzelnen klarzustellen, welche Positionen ihrer Aufstellung sich mit den Positionen der Anlage II decken, ist die Beklagte nicht nachgekommen. Es kommt hierauf aber nicht entscheidend an, weil die Beklagte mit dem von ihr erhobenen Erfüllungseinwand auch aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen nicht durchdringen kann.

a) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die behauptete Rückgabe von Kommissionsware an den Zeugen S. nicht zur Erfüllung der Rückgabepflicht der Beklagten geführt hat, wenn S. die Gegenstände nicht an die Klägerin weitergeleitet hat und er auch weder bevollmächtigt war noch nach den Grundsätzen der Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht als bevollmächtigt gelten konnte, die Gegenstände für die Klägerin entgegenzunehmen. Es ist daher nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht die Frage, ob der Zeuge für die Klägerin

bestimmte Kommissionsware von der Beklagten übergeben erhalten hat, offengelassen und lediglich verneint hat, daß er diese Ware an die Klägerin weitergeleitet habe und die Beklagte an ihn wirksam habe leisten können.

b) Die Feststellung des Berufungsgerichts, Stumm habe die Ware jedenfalls nicht an die Klägerin weitergegeben, ist rechtlich nicht angreifbar. Die Revision, die beanstandet, das Berufungsgericht habe dem Antrag auf eine erneute Vernehmung und Beeidigung des Zeugen Stumm stattgeben müssen (§§ 391, 398 ZPO), beachtet nicht, daß S■■■■, soweit hier von Bedeutung, im ersten Rechtszug nur darüber vernommen worden war, ob er am 12. Dezember 1969 für die Klägerin bestimmte Schmuckgegenstände und Geld von der Beklagten übergeben erhalten habe. Die Frage der Weiterleitung von Schmuck und Geld an die Klägerin spielte damals ersichtlich noch keine Rolle. Nur auf die Frage der Entgegennahme von Schmuck und Geld bezieht sich auch der Beeidigungsantrag der Beklagten in der Berufungsbegründung. Die Beklagte hat dort beantragt, den Zeugen S■■■■ auf seine Aussage, "er habe am 12. Dezember 1969 von der Beklagten in deren Wohnung ... nicht eine á-conto-Zahlung für die Klägerin von 15.000,-- DM in bar und Schmuckwaren im Werte von 20.000,-- DM für die Klägerin zurückerhalten und er sei an diesem Tage gar nicht mit der Beklagten zusammengetroffen", zu beeidigen. Zu der Behauptung, Schmuck und Geld seien von S■■■■ an die Klägerin weitergeleitet worden, hat die Beklagte in der Berufungsbegründung, auf die sich die Revision insoweit nur beziehen kann, lediglich die Vernehmung der Eheleute M■■■■ als Partei beantragt. Angesichts dieser eindeutigen Fassung der Beeidigungs- und Beweis-

anträge kann es nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, daß das Berufungsgericht von einer Vernehmung des Zeugen S. [REDACTED] zu der Weiterleitungsbehauptung abgesehen hat. Den Zeugen auf seine erstinstanzliche Aussage zu beeidigen, war nicht erforderlich, weil unterstellt werden konnte, er habe die Gegenstände von der Beklagten erhalten.

Die Nichtbeeidigung der persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin auf ihre Parteiaussage stellt keine Verletzung des § 452 ZPO dar. Nach dieser Vorschrift unterbleibt die Beeidigung, wenn das Ergebnis der unbeeidigten Aussage ausreicht. Dies trifft im vorliegenden Falle nach den rechtsirrtumsfreien Erwägungen des Berufungsgerichts zu. Dieses ist, wie es ausführt, von der Richtigkeit der Aussage der beiden Inhaber überzeugt und sieht damit als geklärt an, daß eine Weiterleitung an die Klägerin jedenfalls nicht stattgefunden habe. Die strafrechtliche Frage, ob sich S. [REDACTED] der Unterschlagung schuldig gemacht hat, brauchte das Berufungsgericht nicht zu klären. Keinesfalls liegt in der Nichtbeeidigung der Inhaber der Klägerin eine Verletzung des dem Tatrichter durch § 452 ZPO eingeräumten Ermessens.

Als unbegründet erweist sich auch die auf die Nichtvernehmung der Zeugen Stein und Bredel gestützte Verfahrensrüge (§ 286 ZPO). Diese Zeugen sind lediglich dafür benannt worden, daß S. [REDACTED] entgegen seiner Aussage am 12. Dezember 1969 doch in der Wohnung der Beklagten gewesen sei. Hierauf kommt es nicht an, wenn unterstellt wird, daß S. [REDACTED] die Gegenstände am 12. Dezember 1969 von der Beklagten erhalten hat.

c) Das Berufungsgericht hat auch die Vollmachtsfrage im Ergebnis zutreffend beurteilt. Dabei sieht es eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung des Zeugen S. zum Empfang von Ware und Geld zu Recht als nicht bewiesen an. Der Ehemann M. ist als Partei zu der von der Beklagten behaupteten ausdrücklichen Bevollmächtigung vernommen worden, hat aber die Darstellung der Beklagten nicht bestätigt. Dies verkennt die Revision, wenn sie beanstandet, das Berufungsgericht sehe eine ausdrückliche Vollmacht nicht einmal als behauptet an. Ob das Berufungsgericht das Informationsschreiben der Beklagten an ihren T. Rechtsanwalt vom 2. Mai 1970 zutreffend gewürdigt hat, kann auf sich beruhen, weil mit diesem Schreiben jedenfalls nicht der Beweis für eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung des Zeugen S. durch die Klägerin erbracht werden kann. Es trifft auch nicht zu, daß das Berufungsgericht einen Beweisantrag der Beklagten übergangen habe. Das Vorbringen im Schriftsatz der Beklagten vom 26. Januar 1971 betrifft nur die Frage, ob es sonst vorgekommen sei, daß S. Schmuck oder Geld ohne Quittung von der Beklagten ausgehändigt erhalten habe, und damit nur die als richtig unterstellte Behauptung, die Beklagte habe S. am 12. Dezember 1969 Schmuckwaren im Werte von fast 20.000,-- DM und einen Geldbetrag von 15.000,-- DM übergeben. Es kann daher nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, daß das Berufungsgericht auf die Aussagen der hierzu vernommenen Zeugen nicht eingegangen ist.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht sind insofern nicht

bedenkenfrei, als darauf abgestellt wird, daß die unter der Anschrift der Klägerin an S. gerichteten Schmucksendungen der Beklagten nicht allein von S. hätten geöffnet werden können. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, handelt es sich dabei um einen betriebsinternen Vorgang, der den Rechtsschein einer Bevollmächtigung S. durch die Klägerin nicht auszuschließen brauchte. Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist aber zu entnehmen, daß die Beklagte am 12. Dezember 1959 jedenfalls nicht mehr annehmen konnte, S. sei zur Entgegennahme von Schmuck und Geld für die Klägerin bevollmächtigt. Das Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 9. Oktober 1969 enthält entgegen der Annahme der Revision nicht nur den Wunsch nach unmittelbaren Verhandlungen mit der Klägerin, sondern es bestätigt ein auch von dem Ehemann M. bekundetes Verlangen der Klägerin, daß die Beklagte die Geschäfte in Zukunft mit der Klägerin direkt und nicht mit dem Zeugen S. abzuwickeln habe. Damit hat aber die Klägerin ihren einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht entgegenstehenden Willen der Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht und bewirkt, daß die Beklagte aus dem Auftreten S. für die Klägerin in bezug auf die Annahme einer Bevollmächtigung von diesem Zeitpunkt an jedenfalls nichts mehr für sich herleiten konnte. Die Beklagte hätte dartun müssen, daß nach diesem Zeitpunkt der Rechtsschein einer Bevollmächtigung Stumms durch die Klägerin erneut in einer der Klägerin zurechenbaren Weise begründet worden sei. Hieran fehlt es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts.

Die Angriffe der Revision gegen eine Verwertung des Schreibens der Beklagten an die Klägerin vom

9. Oktober 1969 sind unbegründet. Wenn es auch zutrifft, daß das Schreiben dem Berufungsgericht nicht vorgelegen hat, so war sein Inhalt doch der von dem Zeugen S. vorgelegten Korrespondenzübersicht zu entnehmen. Das Berufungsgericht konnte auch davon ausgehen, daß die Klägerin den Inhalt der Korrespondenzübersicht zum Gegenstand ihres Vortrages machen wolle. Die Beklagte ist durch den Auflagenbeschluß vom 8. Februar 1972 auf die Korrespondenzübersicht und das Schreiben vom 9. Oktober 1969 besonders hingewiesen worden. Da sie hierzu keine Erklärung abgegeben hat, konnte das Berufungsgericht den in der Korrespondenzübersicht wiedergegebenen Inhalt des Schreibens als unstreitig ansehen.

II. Eine Verletzung des § 280 BGB erblickt die Revision darin, daß die Beklagte zur Herausgabe von Kommissionsware im Wert von 34.393,20 DM verurteilt worden sei, obwohl feststehe, daß die Beklagte einen erheblichen Teil dieser Ware veräußert habe. Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Zwar kann eine Verurteilung des Schuldners zu einer ihm unmöglichen Leistung grundsätzlich nicht verlangt werden. Aus § 283 BGB ergibt sich insoweit nichts anderes. Diese Bestimmung setzt voraus, daß die Frage der Unmöglichkeit ungeklärt bleibt, die Unmöglichkeit also nicht bereits feststeht (vgl. BGH NJW 1972, 152). Im Streitfall stellt das Berufungsgericht aber nur allgemein fest, daß die Beklagte nicht alle mit der Klage herausverlangten Gegenstände herausgeben könne, weil sie einen Teil davon unstreitig verkauft habe. Um welche Gegenstände es sich dabei handelt, bleibt offen. Das Vorbringen der Klägerin kann auch nicht etwa dahin verstanden werden, daß sie ihre Behauptung, die Beklagte

habe die in der Anlage II genannten Gegenstände noch im Besitz, habe einschränken wollen. Dies ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil sie mangels substantiierter Darlegungen der Beklagten nicht in der Lage war, hinsichtlich einzelner Stücke vom Herausgabeanspruch zum Anspruch auf Abführung des Verkaufserlöses oder Zahlung von Schadensersatz überzugehen. Liegt der Fall aber so, daß nicht feststeht, hinsichtlich welcher Stücke die Herausgabe unmöglich ist, dann kann es nicht als unzulässig angesehen werden, daß die Klägerin weiterhin die Herausgabe aller Gegenstände der Anlage II verlangt. Es muß der Vollstreckung des Herausgabeurteils überlassen bleiben, ob und inwieweit sie damit Erfolg hat.

III. Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten hat das Berufungsgericht mit der im Ergebnis zutreffenden Begründung verneint, die Beklagte habe keinen fälligen Anspruch auf Zahlung von 1202,29 DM gegen die Klägerin. Die Beklagte hat selbst nicht vorgetragen, sie habe die Abschlagszahlungen in Höhe von 6.000,-- DM nur auf Festrechnungen der Klägerin geleistet und nicht auch für von ihr verkaufte Kommissionsware. Die Parteien sind nur, wie das Berufungsgericht im Tatbestand feststellt, dahin übereingekommen, die Zahlungen der Beklagten "in erster Linie" auf die Festrechnungen der Klägerin anzurechnen. Bei dieser Sachlage könnte der Beklagten ein Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB nur dann zustehen, wenn sie dargetan und bewiesen hätte, daß sie der Klägerin aus dem Verkauf von Kommissionsware nichts schulde. Hieran fehlt es jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts. Im übrigen widerspricht es dem treuhänderischen Charakter des Kommis-

sionsverhältnisses, wenn die Beklagte die Zurückbehaltung von Kommissionsware auf Ansprüche stützen will, die mit der Geschäftsbesorgung selbst nichts zu tun haben (vgl. BGHZ 14, 342, 346; Soergel/Siebert, 10. Aufl., § 273 Rdn. 2).

Die Revision war daher mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Merkel

Schönberg

v. Gamm