

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 174/93

Verkündet am:
26. Januar 1994
Böhringer-Mangold
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Klaus B[REDACTED],
2. Eckhard V[REDACTED],
als Gesellschafter der Firma B[REDACTED] - V[REDACTED] Bräunungsan-
lagen,
3. Hedwig B[REDACTED], Inhaberin der Firma H. B[REDACTED] Besonnungs-
anlagen,

sämtlich wohnhaft Zum H[REDACTED], B[REDACTED],

Widerbeklagte und Revisionskläger,

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

g e g e n

Bernd B[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED], O[REDACTED],

Widerkläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1994 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Widerbeklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 7. Dezember 1992 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 14. Januar 1993 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Widerkläger begehrt Rückzahlung eines zuviel gezahlten Kaufpreisanteils. Dem liegt, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Widerkläger ist persönlich haftender Gesellschafter der "Bernd B. S. S.-B. KG" (künftig: KG), die an verschiedenen Orten Sonnenstudios betreibt. Die Widerbeklagte zu 3 befaßte sich unter der Firma "H. B. Besonnungsanlagen" mit dem Vertrieb und der Wartung von Bräunungsanlagen. Ihr Ehemann, der Widerbeklagte zu 1, war für sie als freier Mitarbeiter im Außendienst tätig. Im Januar 1988 übernahm er zusammen mit dem Widerbeklagten zu 2 den Warenbestand, die Geschäftseinrichtung, Kraftfahrzeuge, Mietkautionen, Kassenbestände, Bankguthaben und drei Sonnenstudios von der Widerbeklagten zu 3. Die Widerbeklagten zu 1 und 2 handeln seither unter der Firma "B.-V. Bräunungsanlagen".

Im Oktober 1987 kamen der Widerkläger, der Widerbeklagte zu 1 und Rechtsanwalt O., Prokurist und Bevollmächtigter der KG sowie des Widerklägers persönlich und zusammen mit dem Widerbeklagten zu 1 Gründungsgesellschafter der Kommanditistin, der "S. S.-Bräunungsstudios GmbH", überein, in D. ein weiteres Sonnenstudio einzurichten. Die dort zur Aufstellung vorgesehenen 20 Bräunungsanlagen sollten im Wege des Finanzierungsleasing beschafft und von der Widerbeklagten zu 3 geliefert werden. Zum Ab-



schluß eines entsprechenden Leasingvertrages fand sich die Firma BAV Leasing (künftig: BAV) bereit. Leasingnehmer war der Widerkläger persönlich.

Am 19. Oktober 1987 stellte die Widerbeklagte zu 3 der BAV die Leasinggegenstände mit 569.135,88 DM in Rechnung. Vereinbarungsgemäß sollte die BAV hiervon Gegenforderungen in Höhe von 120.162,33 DM abziehen. Nachdem der Widerkläger auf Veranlassung von Rechtsanwalt O. die Übernahme der Leasinggegenstände bestätigt hatte, übersandte die BAV am 23. Oktober 1987 einen Kaufpreisscheck über 448.973,55 DM (569.135,88 DM - 120.162,33 DM), den O. zugunsten seines Privatkontos einlöste.

Bei der Einrichtung des Sonnenstudios im November 1987 stellte sich heraus, daß nur 19 Bräunungsgeräte aufgestellt werden konnten und auf die Installierung sogenannter Klimabänke ganz verzichtet werden mußte. Hierdurch reduzierte sich der Lieferumfang um 127.649,22 DM auf 441.486,66 DM. O. zahlte daraufhin an die Widerbeklagte zu 3 von dem vereinnahmten Kaufpreis 241.856,73 DM aus. Neben einer Provision von 79.467,60 DM behielt er auch den Differenzbetrag von 127.649,22 DM ein, um den sich der Lieferumfang gegenüber dem ursprünglichen Rechnungsbetrag vermindert hatte.

Am 14. Dezember 1987 erteilte die Widerbeklagte zu 3 der KG mit Rücksicht auf die Reduzierung des Lieferumfangs eine "Gutschriftsanzeige" folgenden Wortlauts:

"Zwischen Planung und Einrichtung des oben genannten Sonnenstudios haben sich einige preisliche Veränderungen ergeben. Aus diesem Grunde er-

gibt sich ein Guthaben gegenüber der am 19.10.87
gestellten Rechnung ...
Gesamtguthaben = 127.649,22 DM."

Die BAV, die von alledem erst nachträglich erfuhr, hielt sich wegen dessen falscher Übernahmebestätigung an ihren Leasingnehmer, den Widerkläger. Dieser nimmt als Prozeßstandschafter der BAV mit deren Zustimmung die Widerbeklagten auf Rückzahlung des zuviel gezahlten Betrages von 127.649,22 DM in Anspruch. Er hat behauptet, die Widerbeklagte zu 3 habe der BAV mitgeteilt, Rechtsanwalt O. sei berechtigt, den Kaufpreis für sie als Treuhänder in Empfang zu nehmen, und habe den gleichwohl ihr selbst übersandten Kaufpreisscheck an O. weitergegeben. Neben ihr hafteten auch die Widerbeklagten zu 1 und 2 gemäß § 25 HGB auf Rückzahlung des zuviel gezahlten Differenzbetrages, weil sie das Einzelunternehmen der Widerbeklagten zu 3 seit Januar 1988 weitergeführt hätten. Die Widerbeklagten haben dem entgegengehalten, Rechtsanwalt O. habe den Kaufpreisscheck in seiner Eigenschaft als Generalbevollmächtigter des Widerklägers als dessen Treuhänder entgegengenommen. Ihm habe die BAV den Scheck auch übersandt. Der mit der Widerklage herausverlangte Differenzbetrag sei daher unmittelbar in das Vermögen O. gelangt und bis zu seiner Veruntreuung durch O. dort verblieben. Die Gutschrift der Widerbeklagten zu 3 vom 14. Dezember 1987 habe lediglich deklaratorischen Charakter.

Das Landgericht hat der Widerklage stattgegeben. Die Berufung der Widerbeklagten ist erfolglos geblieben. Der Widerkläger, der auf die Klage des Widerbeklagten zu 1 zur Zahlung von 8.717,04 DM verurteilt worden war, hat seine

Berufung zurückgenommen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Widerkläger beantragt, verfolgen die Widerbeklagten ihr auf Abweisung der Widerklage gerichtetes Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Widerbeklagte zu 3 habe von der BAV 127.649,22 DM zuviel erhalten und müsse diese rückerstatten. Um diesen Betrag sei der Kaufpreis für die von der Widerbeklagten zu 3 gelieferten Geräte einvernehmlich ermäßigt worden. Der von der BAV danach zuviel gezahlte Differenzbetrag sei der Widerbeklagten zu 3 zugeflossen. Zwar sei nicht bewiesen, daß der Kaufpreisscheck der BAV der Widerbeklagten zu 3 übersandt und von ihr dann an Rechtsanwalt O■■■ weitergegeben worden oder daß Rechtsanwalt O■■■ von der Widerbeklagten zu 3 zur Entgegennahme des Schecks bevollmächtigt gewesen sei. Auch eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht des Rechtsanwalts O■■■ komme nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht in Betracht. Die Widerbeklagte zu 3 müsse sich aber so behandeln lassen, als habe sie den Scheckbetrag

selbst in voller Höhe erhalten, weil sie die Leistung der BAV an Rechtsanwalt O. nachträglich konkludent genehmigt habe. Das folge aus ihrer Gutschrift vom 14. Dezember 1987, mit der sie eindeutig erklärt habe, die KG habe wegen des geringeren Lieferumfangs ein Guthaben von 127.649,22 DM. Die im Prozeß abgegebene Erklärung der Widerbeklagten zu 3, die Gutschrift habe lediglich deklaratorische Bedeutung, vermöge nicht zu überzeugen. Wenn sie der Auffassung gewesen wäre, der von der BAV zuviel bezahlte Betrag sei nicht ihr, sondern Rechtsanwalt O. als Bevollmächtigtem des Widerklägers zugeflossen, hätte es sich für sie als eine seit vielen Jahren im Wirtschaftsleben erfahrene Kauffrau aufgedrängt, lediglich eine neue Abrechnung zu erstellen. Statt dessen habe sie durch die Gutschrift ausdrücklich klargestellt, daß die KG von ihr noch 127.649,22 DM, sei es in bar, sei es in Form von Waren, zu bekommen habe. Dies setze notwendig voraus, daß die Widerbeklagte zu 3 selbst davon ausgegangen sei, die BAV habe den Kaufvertrag in seinem ursprünglichen Umfang voll erfüllt und ihr, der Widerbeklagten zu 3, seien damit 127.649,22 DM mehr zugeflossen, als ihr nach dem reduzierten Lieferumfang zugestanden hätten. Die hierin liegende nachträgliche Genehmigung wirke auf den Zeitpunkt der Zahlung zurück, so daß die Erfüllungswirkung mit dem Eingang des Schecks bei Rechtsanwalt O. eingetreten sei. Daß dieser den streitigen Betrag später unterschlagen habe, sei für die vertragliche Rückzahlungspflicht der Widerbeklagten zu 3 ohne Belang.

Die Rückzahlungspflicht treffe gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auch die Widerbeklagten zu 1 und 2, da sie das Handelsgeschäft der Widerbeklagten zu 3 übernommen und in einer

Weise fortgeführt hätten, daß der Verkehr die neue Firma mit der alten identifiziere.

II. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Es läßt sich schon nicht feststellen, ob die Widerbeklagten gegen das landgerichtliche Urteil in zulässiger Weise Berufung eingelegt haben.

a) Das Revisionsgericht hat die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen, weil vom Vorliegen dieser Prozeßvoraussetzung das gesamte weitere Verfahren abhängt (BGH, Beschluß vom 4. Juni 1992 - IX ZB 10/92 = NJW-RR 1992, 1338 unter II 2 m.w.Nachw.).

b) Eine solche Prüfung ist hier nicht möglich. Die Gerichtsakte enthält, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, keine formgültige Berufungsschrift der Widerbeklagten. Es findet sich dort lediglich die Fotokopie einer nicht unterzeichneten, mit einem Stempelaufdruck "Quittung" und dem Eingangsstempelabdruck des Oberlandesgerichts vom 22. April 1991 versehenen Berufungsschrift vom 19. April 1991. Das Original dieser Berufungsschrift ist laut einem Aktenvermerk vom 8. Mai 1991 nicht auffindbar. Diesem Umstand haben indessen weder das Berufungsgericht noch die Parteien im Berufungsverfahren Bedeutung beigemessen. Infolgedessen ist jegliche Aufklärung dazu unterblieben, wann und ob überhaupt eine ordnungsgemäße, nämlich vom Prozeßbevollmächtigten der Widerbeklagten (oder von einem

anderen beim Berufungsgericht zugelassenen Rechtsanwalt) unterschriebene (z.B. BGH, Beschluß vom 18. Oktober 1989 - IVa ZB 15/89 = NJW 1990, 1305) Berufungsschrift bei Gericht eingereicht worden ist. Sollte es daran fehlen, so wäre die Berufung der Widerbeklagten allenfalls als unselbstständige Anschlußberufung zu behandeln (vgl. z.B. BGH, Beschluß vom 1. Oktober 1986 - IVb ZB 83/86 = BGHR ZPO § 522 a Abs. 1 Umdeutung 1). Die unselbstständige Anschließung hätte indessen, worauf die Revisionserwiderung zu Recht hinweist, mit der Rücknahme der Berufung des Widerklägers im Termin vom 26. Oktober 1992 ihre Wirkung verloren (§ 522 Abs. 1 ZPO).

Vergeblich will die Revision den Nachweis oder wenigstens Indizien für eine ordnungsgemäße Berufungseinlegung aus der erwähnten Fotokopie des "Quittungsexemplars" und aus dem Empfangsbekenntnis herleiten, mit dem die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Widerklägers den Erhalt der Berufungsschrift vom 19. April 1991 bestätigt haben. Beide Schriftstücke besagen nichts dazu, ob eine formgültige Berufungsschrift bei Gericht eingereicht worden ist.

Den Widerbeklagten wird daher Gelegenheit zu geben sein, zur Frage der Einreichung einer formgerechten Berufungsschrift näher vorzutragen und Beweis anzutreten (vgl. BGH, Beschluß vom 4. Juni 1992 aaO). Zu diesem Zweck war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Die Frage der Zulässigkeit der Berufung könnte freilich offenbleiben, wenn dem Berufungsgericht in der Sache beizupflichten wäre und der Berufung der Widerbeklagten auch für den Fall ihrer Zulässigkeit mangels Begründetheit und somit in jedem Falle der Erfolg versagt bleiben müßte. Das ist indessen nicht der Fall.

a) Das Berufungsgericht geht von einer "vertraglichen Rückzahlungspflicht" der Widerbeklagten zu 3 aus. Dem Berufungsurteil ist indessen nicht zu entnehmen, auf welche Weise, mit welchem Inhalt und wem gegenüber eine vertragliche Rückzahlungspflicht begründet worden sein soll. Die "Gutschriftsanzeige" der Widerbeklagten zu 3 kommt dafür schon deswegen nicht in Betracht, weil sie nicht an die BAV, sondern an die KG gerichtet war und ein "Guthaben" zu deren Gunsten ausweist. Die an die BAV gerichtete Mitteilung der Widerbeklagten zu 3 vom Dezember 1987 über die Reduzierung des Lieferumfangs wertet das Berufungsgericht als Angebot auf Anpassung des Kaufvertrages an den tatsächlichen Lieferumfang. Daß die Widerbeklagte zu 3 damit zugleich eine vertragliche Rückzahlungspflicht in Höhe des Differenzbetrages habe übernehmen wollen, hat das Berufungsgericht dagegen nicht festgestellt. Nach der Lebenserfahrung läge eine solche Annahme auch fern, denn die Widerbeklagte zu 3 wußte zu diesem Zeitpunkt, daß der Kaufpreis von der BAV an Rechtsanwalt O. ausgezahlt worden war und dieser hiervon nur 241.856,73 DM an sie weitergeleitet, die Auszahlung des Kaufpreises mithin schon durch den Abzug des Differenzbetrages von 127.649,22 DM an den reduzierten Lieferumfang angepaßt hatte. Aus diesem Grunde geht auch der Hinweis der Revisionserwiderung fehl, im Falle einer Abän-

derung oder Teilaufhebung eines bereits erfüllten Vertrages entspreche die Anwendung der Rücktrittsregeln der §§ 346 ff BGB eher dem Parteiwillen als die der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

b) Als Grundlage des mit der Widerklage verfolgten Rückzahlungsbegehrens kommt mithin allein ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 BGB in Betracht. Ein solcher Anspruch setzt u.a. voraus, daß die Widerbeklagte zu 3 den mit der Widerklage herausverlangten Betrag erlangt hat. Daran fehlt es nach den bislang getroffenen Feststellungen.

Das Berufungsgericht hat sich auf der Grundlage des Ergebnisses der Beweisaufnahme nicht davon zu überzeugen vermocht, daß die Widerbeklagte zu 3 den an sie adressierten Kaufpreisscheck der BAV erhalten hat, daß sie Rechtsanwalt Obst zur Entgegennahme des Schecks bevollmächtigt hat oder daß sie sich nach den Grundsätzen der Anscheins oder Duldungsvollmacht so behandeln lassen müßte, als sei Rechtsanwalt O. für sie empfangsbevollmächtigt gewesen. Ob daran festzuhalten ist, wird das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits unter Einbeziehung der Beweisantritte zu prüfen haben, deren Übergehung der Widerkläger in der Revisionsverhandlung gerügt hat.

Soweit das Berufungsgericht meint, die Widerbeklagte zu 3 müsse sich so behandeln lassen, als sei ihr auch der von Rechtsanwalt O. veruntreute Teil des Kaufpreises zugeflossen, weil sie die Kaufpreis-Scheckzahlung der BAV an Rechtsanwalt O. durch die am 14. Dezember 1987 erteilte

Gutschrift konkludent genehmigt habe, wendet sich die Revision gegen diesen Standpunkt mit Recht.

Das Berufungsgericht bleibt schon eine Erklärung dafür schuldig, weshalb in einer Gutschriftsanzeige gegenüber der KG eine konkludente Genehmigung der Scheckzahlung liegen soll, die nach dem festgestellten Geschehensablauf von der BAV an Rechtsanwalt O■■■■ erfolgt ist. Die KG war weder an dem Kaufvertrag noch an dem Leasingvertrag über die von der Widerbeklagten zu 3 gelieferten Bräunungsanlagen beteiligt.

Davon abgesehen ist es, wie die Revision mit Recht rügt, erfahrungswidrig, der Widerbeklagten zu 3, die unstreitig nur den Kaufpreisanteil erhalten hat, der dem reduzierten und von ihr ausgeführten Lieferumfang entsprach, zu unterstellen, sie habe die Hingabe des Kaufpreisschecks an Rechtsanwalt O■■■■ als Erfüllung der Kaufpreisschuld seitens der BAV auch insoweit gelten lassen wollen, als Rechtsanwalt O■■■■ den Gegenwert des Schecks nicht an sie weitergeleitet hatte. Das gegenteilige Auslegungsergebnis **des Berufungsgerichts berücksichtigt allein den Wortlaut** der Gutschriftsanzeige, läßt die Interessenlage der Widerbeklagten zu 3 dagegen außer acht undbürdet ihr im Ergebnis das Risiko der Unterschlagung seitens des für den Widerkläger tätigen Rechtsanwalts O■■■■ auf, das zu übernehmen für die Widerbeklagte zu 3 kein erkennbarer Anlaß bestand. Ebensowenig ist den Ausführungen des Berufungsgerichts zu entnehmen, weshalb überhaupt die Widerbeklagte zu 3, nachdem sie erhalten hatte, was ihr zustand, weitergehende Zahlungen der BAV an Rechtsanwalt O■■■■ als von ihr selbst empfangen hätte genehmigen sollen. Ein solches Verhalten kann-

te und mußte - auch aus laienhafter Sicht - für die Widerbeklagte zu 3 nur Nachteile, mindestens Gefahren mit sich bringen, die niemand ohne Not auf sich nimmt. Anlaß hierzu hätte allenfalls dann bestanden, wenn die Widerbeklagte zu 3 nur um den Preis der Genehmigung der Kaufpreiszahlung an den nicht berechtigten Empfänger O in den Genuß des ihr zustehenden reduzierten Kaufpreises gekommen wäre. So verhielt es sich indessen nicht; vielmehr hatte die Widerbeklagte zu 3 die ihr zustehende Kaufpreissumme von 241.856,73 DM bereits seit 8. Dezember 1987 in Händen, bevor sie am 14. Dezember 1987 die Gutschriftsanzeige erstellte.

Die Auslegung des Berufungsgerichts verletzt somit zumindest den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung und ist deshalb für das Revisionsgericht nicht bindend (z.B. BGH, Urteil vom 2. Juli 1992 - I ZR 181/90 = WM 1992, 2026 unter II 2 b; Senatsurteil vom 9. Juni 1993 - VIII ZR 205/92 = NJW-RR 1993, 1203 unter I 3 b). Weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf es nicht. Deshalb kann der erkennende Senat die Gutschriftsanzeige selbst auslegen. Dies führt aus den dargelegten Gründen zu dem Ergebnis, daß die Widerbeklagte zu 3 mit der Gutschriftsanzeige vom 14. Dezember 1987 lediglich den ursprünglichen Rechnungsendbetrag von 569.135,88 DM nachträglich dem um den Gutschriftsbetrag reduzierten Vertrags- und Lieferumfang angepaßt hat. Damit entfällt die Annahme des Berufungsgerichts, die Widerbeklagte zu 3 müsse sich so behandeln lassen, als habe sie auch den mit der Widerklage herausverlangten Differenzbetrag erlangt.

c) Ein etwaiger Bereicherungsanspruch der BAV müßte zudem an § 818 Abs. 3 BGB scheitern. Da Rechtsanwalt O. den umstrittenen Differenzbetrag nach den von der Revisionserwiderung nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts unterschlagen und für sich verbraucht hat, wäre eine etwaige Bereicherung der Widerbeklagten zu 3 ersatzlos weggefallen.

d) Da die Widerbeklagte zu 3 den mit der Widerklage geforderten Betrag nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens nicht schuldet, kommt auch eine Mithaftung der Widerbeklagten zu 1 und 2 nicht in Betracht.

Wolf

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers