

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 106/68

URTEIL

Verkündet am

21. Mai 1970

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma ECC Erna N [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führerin Erna D [REDACTED]-N [REDACTED], F [REDACTED]/[REDACTED] R [REDACTED] Land-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin,
Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

den Handelsvertreter Heinz M [REDACTED], E [REDACTED]-B [REDACTED], B [REDACTED]
Straße [REDACTED]

Kläger, Berufungsbeklagten,
Widerbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 9. April 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war von 1949 bis März 1965 Handelsvertreter der Beklagten, die Bekleidungsgegenstände vertreibt. Im Herbst 1953 wurde am Wohnsitz des Klägers in E [REDACTED] ein Auslieferungslager eingerichtet. In dieses lieferte die Beklagte ihre Waren zum Verkauf an die Kunden im Bezirk des Klägers. Mieterin der Lagerräume war die Beklagte. In der Lagerverwaltung war der Bruder des Klägers Egon M [REDACTED] tätig. Anfangs war dieser Angestellter des Klägers; die Beklagte er-

- 3 -

stattete dem Kläger jedoch das seinem Bruder gezahlte Gehalt. Seit dem 1. Januar 1955 übernahm die Beklagte den Bruder des Klägers als ihren Angestellten und zahlte ihm sein Gehalt unmittelbar. Dieser führte u.a. die Lagerkartei und im wesentlichen auch den Schriftwechsel mit der Beklagten. Er erstellte ferner die Inventuren über das Lager, die er auch unterschrieb; er fertigte diese auf Grund der Lagerkartei an, ohne tatsächliche Bestandsaufnahmen vorzunehmen. Solche wurden auch vom Kläger oder von der Beklagten nicht vorgenommen.

Ende 1963 ermittelte die Beklagte bei einer Bestandsaufnahme einen Fehlbestand von 78.645,10 DM. Egon M. errechnete nach einer Überprüfung den Fehlbestand auf 64.381,55 DM.

Der Kläger hat mit der Klage Zahlung ihm unstreitig zustehender Provisionen in Höhe von 10.258,30 DM nebst Zinsen aus seiner Tätigkeit als Handelsvertreter der Beklagten verlangt.

Die Beklagte hat eine Forderung auf Erstattung des Fehlbestandes in Höhe von mindestens 64.381,55 DM zur Aufrechnung gestellt und diese im zweiten Rechtszug für einen Teilbetrag von 10.000 DM auch mit Widerklage geltend gemacht.

Sie ist der Auffassung, der Kläger, der über das Lager habe verfügen können, hafte für den Fehlbestand. Egon M. habe nur eine untergeordnete Stellung in der Lagerverwaltung innegehabt. Ein so hoher Fehlbestand habe dem Kläger unmöglich entgehen können. Die Beklagte hat ferner behauptet, der Kläger habe bei einer Besprechung nach Entdeckung der Fehlbestände erklärt, er stehe dafür ein.



Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und deren Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Berufungsanträge weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe erklärt, er stehe für die Fehlbestände ein, nicht für bewiesen.

Die tatrichterliche Würdigung der Beweisaufnahme ist rechtlich nicht zu beanstanden und bindet daher das Revisionsgericht.

Die dagegen gerichteten Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet.

II.

Das Berufungsgericht verneint auch eine - ursprüngliche - Haftung des Klägers aus Vertrag. Es könne dahingestellt bleiben, ob und in welcher Höhe ein Verlust tatsächlich oder nur karteimäßig vorliege. Jedenfalls sei es der Beklagten nicht gelungen, den ihr obliegenden

Beweis zu führen, daß der Kläger für das Auslieferungslager verantwortlich sei. Die Parteien hätten darüber bei Einrichtung des Lagers keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen. Eine Vereinbarung ergebe sich auch nicht daraus, wie das Lager tatsächlich verwaltet worden sei. Umständen, die auf eine Verantwortlichkeit des Klägers hinwiesen, stünden andere gegenüber, die dagegen sprächen. Eine eindeutige Feststellung lasse sich auch aus dem vorgelegten Schriftwechsel nicht treffen. Gegen eine Verantwortlichkeit des Klägers spreche insbesondere, daß Egon M. seit 1955 Angestellter der Beklagten war. Eine Haftung des Klägers folge nicht schon daraus, daß er über das Lager verfügen durfte und verfügt habe. Daß er darüber zum Nachteil der Beklagten verfügt habe, sei nicht dargetan. Es könne auch nicht festgestellt werden, daß dem Kläger aus seiner Vertretertätigkeit der Fehlbestand im Lager nicht habe entgehen können, da sein Bruder ihm jeweils Bestandslisten übergeben habe, in denen nur die tatsächlich vorhandenen Waren aufgeführt gewesen seien.

Diese Ausführungen sind rechtlich nicht bedenkenfrei.

1. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts haben die Parteien bei der Einrichtung des Auslieferungslagers im Herbst 1953 keine ausdrückliche Vereinbarung über die Lagerverwaltung getroffen. Der Kläger hat im Schriftsatz vom 5. Juli 1966 Seite 2 selbst eingeräumt, es sei kein Zweifel daran möglich, daß er anfangs, solange sein Bruder sein Angestellter war, die Verantwortung für das Lager gegenüber der Beklagten getragen habe. Es ist in der Tat nicht ersichtlich, wer sonst diese Verantwortung getragen haben sollte. Der Kläger meint aber, das habe sich geändert, seitdem die Beklagte seinen Bruder als ihren

Angestellten übernommen habe.

2. Eine solche Änderung hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht. Auch nach seiner Annahme spricht die Begründung eines unmittelbaren Angestelltenverhältnisses zwischen der Beklagten und Egon M. ■ seit dem 1. Januar 1955 nicht eindeutig dafür, daß der Kläger seitdem von einer eigenen Verantwortlichkeit für das Lager freigestellt gewesen wäre. Es ist vielmehr, wie die Revision mit Recht anführt, nicht ausgeschlossen, daß der Kläger, der nach wie vor als Handelsvertreter über die Lagerbestände durch Abgabe an Kunden selbständig verfügte, neben seinem Bruder der Beklagten gegenüber weiterhin verantwortlich war. Es spricht sogar manches dafür, daß die Beklagte nicht bereit war, ihn daraus zu entlassen, um sich erforderlichenfalls nur an seinen Bruder halten zu können, der von ihr als Angestellter ein geringes Gehalt (zunächst 400 DM monatlich) bezog. Da der Bruder des Klägers Angestellter der Beklagten war, sprechen Schreiben des Bruders an diese und Schreiben der Beklagten an ihn, wie der Revision zuzugeben ist, nicht ohne weiteres dafür, daß der Kläger für die Lagerverwaltung nicht mehr verantwortlich war. Das hat auch das Berufungsgericht nicht angenommen.

3. Ob die frühere Sach- und Rechtslage sich insofern seit dem 1. Januar 1955 geändert hat, ist mangels ausdrücklicher Vereinbarungen der Parteien ihrem schlüssigen Verhalten zu entnehmen. Zu Unrecht hat aber das Berufungsgericht eine Beweislast der Beklagten für ein Fortbestehen der Verantwortlichkeit des Klägers angenommen.

Nach allgemein anerkannten Beweislastgrundsätzen hat derjenige, der sich auf die Änderung einer bestimmten Sach-

und Rechtslage beruft, die Tatsachen, aus denen sich die Änderung ergeben soll, darzulegen und zu beweisen. Das Berufungsgericht durfte daher nicht, weil es eindeutige Feststellungen über die Regelung der Verantwortung für das Lager seit dem 1. Januar 1955 nicht für möglich hielt, die Beklagte als beweisfällig ansehen und deshalb zu ihrem Nachteil entscheiden. Dieser Rechtsirrtum muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

4. Dem Revisionsgericht ist allerdings keine endgültige Entscheidung zu Gunsten der Beklagten möglich. Es ist Sache des Tatrichters, sofern überhaupt ein tatsächlicher, nicht nur karteimäßiger Verlust festgestellt wird, die einzelnen für und gegen ein Fortbestehen der Verantwortung des Klägers sprechenden Umstände erneut zu würdigen. Die Sache muß daher an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dabei ist von der sich aus § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO ergebenden Möglichkeit Gebrauch gemacht worden.

5. Für den Fall, daß das Berufungsgericht nunmehr eine Haftung des Klägers für den Fehlbestand grundsätzlich bejahen sollte, erscheinen für die weitere Behandlung der Sache folgende Hinweise angezeigt:

a) Es handelt sich um eine Geschäftsbesorgung, für die die §§ 675, 666, 667 BGB gelten. Die Beweislast dafür, welche Waren im Laufe der Zeit dem Lager zugeführt worden sind, trifft die Beklagte. Die Warenabgänge wird grundsätzlich der Kläger darzulegen und zu beweisen haben. Er hat auch die Beweislast dafür, inwieweit ihm ohne sein Verschulden die Herausgabe von Waren nicht möglich ist.

b) Für die gegebenenfalls an die Stelle der Herausgabepflicht tretende Schadensersatzverbindlichkeit wird auch der § 254 BGB zu berücksichtigen sein. Von Bedeutung kann in diesem Zusammenhang sein, daß beide Teile möglicherweise ihre Aufsichtspflicht verletzt, insbesondere in den ganzen Jahren keine Aufnahme der tatsächlichen Bestände veranlaßt haben.

c) Veruntreuungen durch den Kläger persönlich, die dessen Haftung aus unerlaubter Handlung begründen könnten, scheint die Revision nicht mehr geltend machen zu wollen. Es braucht daher darauf zur Zeit nicht eingegangen zu werden.

Glanzmann

Rietschel

Vogt

Finke

Girisch