

VII ZR 133/61

Verkündet
am 4. Juni 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2225 050

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Filmkaufmanns Antonio B [REDACTED] in M [REDACTED],
K [REDACTED] str. [REDACTED]

Beklagten, Widerklägers, Beru-
fungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Otto G [REDACTED] in M [REDACTED],
W [REDACTED] str. [REDACTED]/II, als Konkursverwalter über das Vermö-
gen der Firma E [REDACTED]-Film GmbH,

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 4. Juni 1962 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heilmann-Trosien,
Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 9.
März 1961 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Filmverleih-Firma E Film GmbH in M (i.F. E). Diese bestellte am 27. August 1955 den Beklagten zum Verkaufsleiter ihrer Zweigstelle in D. Ihm oblag dort die Einziehung der Einspielergebnisse, die er auf das Konto der E bei der Kreissparkasse in D abführen sollte. Das tat er jedoch nicht; vielmehr errichtete er unter seinem Namen ein Sonderkonto bei dem Bankhaus Bl in D, auf das er die Verleiheinnahmen einzahlte.

Die E stellte am 16. November 1955 ihre Zahlungen ein; an demselben Tage übertrag sie ihre Außenstände zur Sicherung der Gläubigerforderungen auf die Treuhandunion Wirtschaftsprüfungs-GmbH in M (i.F. Treuhand). Ihr erteilte der Beklagte am 7. Dezember 1955 eine Abrechnung, nach der er 106.508,38 DM eingenommen und in voller Höhe entweder an die E abgeführt oder gegen eigene Ansprüche verrechnet habe.

Der Kläger hält diese Abrechnung für unrichtig. Er macht u.a. geltend, der Beklagte habe einen darin aufgeführten Betrag von 9.400 DM nicht an die E abgeführt, sondern deren damaligen Geschäftsführer S damit ein persönliches Darlehen gewährt. Ferner habe er nach dem Stichtag seiner Abrechnung, dem 17. November 1955, noch 4.792,23 DM vereinnahmt und für sich verbraucht. Den erstgenannten Betrag hat der Kläger voll, von dem zweiten hat er einen Teil von 600 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klageabweisung erbeten. Er behauptet, daß er alle der E zustehenden Beträge an diese weiter-

- 3 -

geleitet oder in zulässiger Weise mit ihr verrechnet habe. Darüber hinaus ständen ihm noch 7.895,88 DM an rückständigem Gehalt und Urlaubsgeld zu. Wegen dieses Betrags hat er Widerklage erhoben und hilfsweise damit gegen die Klageforderung aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Diese Entscheidung hat das Oberlandesgericht in Höhe von 7.900 DM nebst Zinsen sowie zur Widerklage bestätigt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verlangt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

In seiner Revision bestreitet der Beklagte die Sachberechtigung des Klägers. Er macht geltend, die E. habe ihre gesamten Außenstände an die Treuhand abgetreten. Eine Rückübertragung habe das Oberlandesgericht nicht festgestellt.

Die Rüge ist unbegründet. Wichtig ist zwar, daß die E. ihre Forderungen an die Treuhand abgetreten hatte und daß das Oberlandesgericht eine Rückabtretung nicht ausdrücklich erwähnt. Sie ergibt sich aber aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe.



Die Abtretung ist nach dem Urteil nur "zur Sicherung der Gläubigerforderungen" erfolgt. Sie hatte spätestens mit der Eröffnung des Konkurses am 2. März 1956 ihre Bedeutung verloren, weil nunmehr der Konkursverwalter allein befugt war, die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen. Demgemäß ist der Kläger von da ab als Alleinberechtigter aufgetreten, ohne daß der Beklagte oder die Treuhand dem je widersprochen hätten. Daraus folgt, daß ihm die Treuhand die Außenstände mindestens stillschweigend wieder übertragen hatte. Davon ist auch der Beklagte bisher ausgegangen; denn er sagt S. 13 seines Schriftsatzes vom 6. Oktober 1957 selbst, daß der Konkursverwalter sämtliche Unterlagen von der Treuhand übernommen habe (vgl. hierzu auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. April 1962 VIII ZR 43/61 = WM 1962, 603).

II.

Der Beklagte hatte in seine Abrechnung vom 7. Dezember 1955 einen Betrag von 11.400 DM "für Zahlungen direkt an Zentrale" eingesetzt. Hiervon sind mindestens 9.400 DM nicht als Eingänge bei der E. [REDACTED] verbucht worden.

Das Oberlandesgericht stellt hierzu fest: Der Beklagte habe das Geld nicht an die E. [REDACTED] abgeführt, sondern an deren Geschäftsführer S. [REDACTED] als persönliches Darlehen überwiesen; S. [REDACTED] habe ihm, dem Beklagten, dafür 2 Wechselakzpte ausgehändigt. Nachträglich, am 5. Dezember 1955, habe sich der Beklagte von S. [REDACTED] zwei mit "August" und "September" 1955 datierte Quittungen aushändigen lassen, in denen dieser bestätigte, "für E. [REDACTED] Film Zentrale, a conto Gehalt für September und Oktober", bzw. "für November und

Dezember" 5.000 bzw. 4.400 DM erhalten zu haben. Darauf habe der Beklagte erklärt, hiermit sei die Darlehensschuld des S [REDACTED] getilgt. S [REDACTED] habe, da der Beklagte diese Mitteilung nicht schriftlich bestätigt und auch die Wechsel nicht zurückgegeben habe, seine angeblichen Gehaltsforderungen für September bis Dezember 1955 im Konkurs der Eden selbst angemeldet.

1. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob S [REDACTED] und der Beklagte eine ernstliche Abtretung beabsichtigt hatten. Es mißt diesen Vorgängen keine Bedeutung bei, weil der Beklagte keine ihm abgetretene Gehaltsforderung des S [REDACTED] geltend gemacht habe. Zudem habe er damit gemäß den § 55 Nr. 3 KO nicht aufrechnen dürfen.

Die Revision meint demgegenüber: Die Abtretung vom 5. Dezember 1955 sei wirksam. Die bei dieser Gelegenheit von dem Beklagten abgegebenen Erklärungen seien dahin zu verstehen, daß er sofort gegenüber dem vertretungsberechtigten Geschäftsführer S [REDACTED] mit der ihm (dem Beklagten) abgetretenen Forderungen gegen die Ansprüche aufgerechnet habe, die der E [REDACTED] auf Rückzahlung der entnommenen 9.400 DM zugestanden hätten.

2. Dem kann nicht gefolgt werden.

Es sprechen von vornherein gewichtige Gründe gegen die Annahme, daß S [REDACTED] seine Gehaltsforderungen überhaupt an den Beklagten abgetreten hat. Da der Tatrichter hierzu aber keine abschließende Stellung genommen hat, muß der Senat die Abtretung als solche unterstellen. Sie führt jedoch nicht zu dem von der Revision gewünschten Ergebnis.

Der Beklagte hatte in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, er habe durch die Erklärungen, die er am 5. Dezember 1955 gegenüber Schröder abgegeben habe, mit den an ihn abgetretenen Gehaltsforderungen aufrechnen wollen. Das Fehlende kann im Revisionsrechtszuge nicht mehr nachgeholt werden (§ 561 ZPO). Demgemäß ist die Annahme der Revision unbeachtlich, der Beklagte habe doch einen solchen Aufrechnungswillen gehabt und zum Ausdruck gebracht.

Allerdings hat er im Schriftsatz vom 19. September 1960 geltend gemacht, seine Abrechnung vom 7. Dezember 1955 sei als solche Aufrechnungserklärung zu deuten. Das ist jedoch nicht möglich. In dieser Abrechnung hat er angegeben, er habe die fraglichen 9.400 DM an die Zentrale der E. abgeführt. Damit ist die Annahme unvereinbar, er habe erklärt, daß er aufrechne. Denn eine solche Aufrechnung ist grundsätzlich etwas anderes als die behauptete unmittelbare Zahlung.

Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob der Wirksamkeit einer Aufrechnung nicht auch die Bestimmungen der §§ 393 BGB und 55 KO entgegenstehen würden.

III.

Das Oberlandesgericht stellt fest, daß der Beklagte nach dem 22. November 1955 der E. zustehende Einspielergebnisse in Höhe von 4.792,32 DM vereinnahmt, jedoch nicht an diese abgeführt habe; demgemäß schulde er den Betrag. Die hierauf gestützte Teilforderung von 600 DM sei somit begründet.

Die dagegen gerichteten Verfahrensrügen des Revisionsklägers sind unbegründet.

1. Das Berufungsgericht folgt insoweit den von der Treuhand außergerichtlich erstatteten Gutachten. Dazu war es im Rahmen der ihm zustehenden Beweiswürdigung befugt. Das gilt umso mehr, als der Diplom-Kaufmann J. [REDACTED], der 2 dieser Gutachten mitunterzeichnet hat und bei der Treuhand angestellt ist, mehrfach als Zeuge und Sachverständiger gehört worden ist. Daß die Treuhand nicht mehr Inhaberin der Forderung ist, ist bereits zu I ausgeführt worden.

Die Annahme der Revision, das Berufungsgericht habe jene Gutachten ohne eigene Prüfung übernommen, wird durch keinerlei Anhaltspunkte gestützt. Das gleiche gilt für die Behauptung, es habe bei seiner Würdigung nicht beachtet, daß ein Vorstandsmitglied der Treuhand bei der Eden Vorsitzender des Gläubigerausschusses ist.

2. Es ist unerheblich, ob der Kläger, der allein auf die vorhandenen schriftlichen Unterlagen angewiesen war, im Anschluß an geänderte Angaben der Treuhand seine Forderungen im Laufe der Zeit ermäßigt hat. Das Oberlandesgericht brauchte sich hiermit nicht auseinanderzusetzen.

3. Der Antrag des Beklagten, die Akten der Staatsanwaltschaft über das gegen ihn geführte Ermittlungsverfahren heranzuziehen, hatte mindestens unter Berücksichtigung der von der Treuhand angestellten Untersuchungen einen unbestimmten Inhalt. Es fehlten ins Einzelne gehende Behauptungen darüber, welche Zahlungen die Staatsanwaltschaft

ermittelt hatte, welche namentlich angegebenen Personen vernommen worden waren und was sie ausgesagt hätten.

Ohne solche Mitteilungen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, auf den Antrag einzugehen.

4. Die Revision gibt nicht an, an welcher Stelle der Beklagte behauptet haben soll, die fraglichen 6 Schecks seien der Gemeinschuldnerin gutgebracht worden. Aus seinen wechselnden Angaben ist dies nicht zu entnehmen.

IV.

Der Beklagte hat geltend gemacht, daß ihm gegen die Eden eine Gegenforderung von 7.895,88 DM für rückständiges Gehalt und Urlaubsgeld zustehe, und zwar für die Zeit vom 15. Juli 1955 bis zum 31. März 1956. Insoweit hat er Widerklage erhoben; hilfsweise hat er mit diesem angeblichen Anspruch aufgerechnet.

Der Kläger hatte keine Einwendungen gegen die Gehaltsforderungen für die Zeit vom 15. Juli bis zum 30. November 1955 erhoben; der Beklagte hatte sie bereits in seiner Abrechnung vom 7. Dezember 1955 berücksichtigt. Im 2. Rechtszuge hat der Kläger erklärt, daß er zur Vereinfachung des Rechtsstreits außerdem ein volles Monatsgehalt für Dezember 1955 mit 1.300 DM und das vom Beklagten verlangte Urlaubsgeld von 800 DM anerkenne, hiergegen aber mit den Forderungen aufrechne, die der Konkursmasse über den eingeklagten Betrag hinaus zuständen.

Das Oberlandesgericht hat die Widerklage als unzulässig abgewiesen, weil dafür das Arbeitsgericht zuständig sei; insoweit ist das Urteil rechtskräftig. In Höhe der nachträglich anerkannten 2.100 DM hält es die Aufrechnung des Beklagten für begründet, da die nachträgliche "Gegenaufrechnung" des Klägers unwirksam sei. Im übrigen spricht es dem Beklagten jede Gehaltsforderung für die Zeit nach dem 31. Dezember 1955 ab, weil das Arbeitsverhältnis spätestens mit diesem Tage gelöst worden sei.

Der Beklagte wendet sich vergeblich gegen diese Beurteilung.

1. Das Berufungsgericht sieht es als erwiesen an, daß die Eden dem Beklagten zum 31. Dezember 1955 gekündigt hat; es hält aber nicht für dargetan, daß die dem Beklagten zustehende Kündigungsfrist von 6 Wochen gewahrt worden ist. Trotzdem sei, so legt es dar, das Vertragsverhältnis am 31. Dezember 1955 erloschen; denn der Beklagte habe seit dem 1. Januar 1956 einen eigenen Filmverleih angemeldet und betrieben. Daraus sei zu entnehmen, daß er das Dienstverhältnis "von sich aus freiwillig beendet" habe.

Die Revision hält diese Begründung für unrichtig, weil ein Dienstvertrag nur durch Kündigung oder gegenseitiges Einvernehmen, nicht aber durch einseitiges Verhalten eines Teils aufgelöst werden könne.

Das ist zwar richtig, trifft aber nicht den Kern der Sache. Zwar heißt es in dem Urteil, der Beklagte habe das Dienstverhältnis "von sich aus" beendet. Diese Worte können aber nach den vorangegangenen Erörterungen nur dahin verstanden werden, daß sich der Beklagte durch sein Verhalten mit der von der Eden zum 31. Dezember 1955 ausgesprochenen Kündigung einverstanden erklärt und dies in einer für die E[REDACTED] erkennbaren Weise zum Ausdruck gebracht hat.

2. Dasselbe Ergebnis folgt aus dem § 615 S. 1 BGB.

Der Beklagte stützt seinen Gehaltsanspruch für 1956 allein auf diese Vorschrift. Dann hätte er aber behaupten und beweisen müssen, daß er die E[REDACTED] gemäß dem § 294 BGB in Verzug gesetzt, ihr also seine Leistungen angeboten habe (vgl. hierzu BAG NJW 1961, 381). Daran fehlt es.

Die nach der Behauptung des Beklagten vor Konkurseröffnung gefertigte "Schlußabrechnung" war nicht geeignet, jenes Angebot zu ersetzen. Sie enthielt zwar Gehaltsansprüche des Klägers bis zum 31. März 1956, besagte aber nichts darüber, daß er neben seinem neuen Arbeitsfeld für die E[REDACTED] tätig sein konnte und wollte; eine solche Doppelbeschäftigung kam umso weniger in Betracht, als es sich um Konkurrenzunternehmen handelte.

Da der Beklagte also für die Zeit nach dem 31. Dezember 1955 keine Gehaltsansprüche hat, kommt es auf die Voraussetzungen des § 615 S. 2 BGB und die sich darauf beziehenden Ausführungen der Revision nicht an.

3. Das Oberlandesgericht stellt fest, daß die Geschäftsführerin Frau D. keine Gesamtabrechnung mit dem Beklagten vorgenommen hat. Sie hat vielmehr nur Lohnforderungen der Angestellten, darunter auch die des Beklagten, von der Lohnbuchhaltung errechnen lassen und danach die Anmeldungen textmäßig aufgesetzt (Aussage D. Bl. 90 und 203).

Dem Oberlandesgericht kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden, wenn es hierin nur eine persönliche Hilfeleistung, nicht jedoch eine die gegenseitigen Forderungen ausschließende oder anerkennende Willenserklärung erblickt.

Zu einer Ausübung der Fragepflicht nach dem § 139 ZPO hatte es keine Veranlassung, da der durch einen Rechtsanwalt vertretene Beklagte wissen mußte, worauf es ankam.

4. Das Urlaubsgeld für 1955 hat der Konkursverwalter in Höhe von 800 DM anerkannt; insoweit ist die Klage abgewiesen worden. Der Beklagte hat nicht behauptet, daß ihm ein höherer Betrag zusteht.

Für 1956 entfallen dahingehende Ansprüche, weil das Dienstverhältnis nach dem oben Gesagten damals nicht mehr bestand.

5. Der Schriftsatz vom 20. Februar 1961 ist nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereicht worden. Die darin enthaltene neue Aufrechnung konnte also nicht beachtet werden.

Zwar hat der Beklagte in diesem Schriftsatz behauptet, daß es sich nur um eine Wiederholung seines mündlichen Vortrags handele. Der gemäß dem § 314 ZPO allein maßgebliche Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt aber nichts über die fragliche Aufrechnungserklärung; eine Berichtigung des Tatbestands gemäß dem § 320 ZPO hat der Beklagte nicht beantragt.

V.

— Die Revision ist somit, da auch sonst kein den Beklagten beschwerender Rechtsirrtum zu erkennen ist, mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Meyer

Finke