

VII ZR 138/60

Verkündet
am 30. Oktober 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2211 094

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Hermann S [REDACTED] GmbH, Kraftfahrzeughandel
und -reparatur, K [REDACTED], A [REDACTED] Str. [REDACTED], ver-
treten durch ihren Geschäftsführer Hermann S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Erich B [REDACTED], K [REDACTED] K [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Revisionsbeklagten und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

- 1) Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
7. März 1960 insoweit aufgehoben, als - abgesehen von
der Abweisung eines Mehranspruchs von Zinsen - zum Nach-
teil der Klägerin entschieden worden ist.
- 2) Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin wei-
tere 6.000 DM - sechstausend Deutsche Mark - nebst Zinsen
hieraus in Höhe von $9 \frac{3}{4} \%$ vom 1. Oktober 1956 bis
31. Dezember 1958, von 9% vom 1. Januar 1959 bis 31. März
1959 und von $8 \frac{1}{2} \%$ ab 1. April 1959 zu bezahlen.
- 3) Im übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
- 4) Die Revision des Beklagten wird zurückgewiesen.
- 5) Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsver-
fahrens wird dem Berufungsgericht überlassen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I. Im April 1952 kauften die Eheleute Be [REDACTED] in R [REDACTED] für ihr Ferntransportunternehmen von der Klägerin einen Faun-Lastwagen mit Anhänger. Der durch Teilzahlungen zu tilgende Kaufpreis betrug rund 72.000 DM. Die Lieferung erfolgte unter Eigentumsvorbehalt.

Am 2. Februar 1953 wurde über das Vermögen der Klägerin das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt betrug die Restschuld der Eheleute Be [REDACTED] noch etwa 38.000 DM. Im Mai 1953 beauftragte die Klägerin mit Zustimmung ihres Vergleichsverwalters den Beklagten, gegen die Eheleute Be [REDACTED] vorzugehen, die zahlungsunfähig geworden waren. Demnächst ließ sich der Beklagte daneben von den Eheleuten Be [REDACTED] beauftragen, ihre Verbindlichkeiten mit ihren Gläubigern zu regeln. In der Folgezeit bemühte sich der Beklagte um den Verkauf des Lastzugs. Er ließ ihn am 17. September 1953 von dem Kraftfahrzeugsachverständigen Ingenieur St [REDACTED] schätzen; dieser stellte einen Taxwert von 44.970 DM fest.

Im Januar 1954 kam es zum Abschluß eines Kaufvertrags über den Lastzug zwischen den Eheleuten Be [REDACTED] und dem Transportunternehmer R [REDACTED]. Bei den Kaufverhandlungen betätigte sich der Beklagte als Vertreter der Eheleute Be [REDACTED]. Es wurde ein Kaufpreis von 35.000 DM vereinbart. Außerdem verpflichtete sich R [REDACTED], den Verkäufer Heinrich Be [REDACTED] für zunächst zwei Jahre mit einem Brutto-Wochenlohn von 200 DM anzustellen.

De Der Lastzug wurde im Januar oder Februar 1954 an R [REDACTED] übergeben. Die für die Konzessionsübertragung erforderliche Genehmigung des Regierungspräsidenten wurde erteilt.

R [REDACTED] zahlte den vollen Kaufpreis von 35.000 DM in Raten auf das persönliche Konto des Beklagten bei der Stadtsparkasse Köln.

Am 30. Juni 1954 ließ der Beklagte den Lastzug durch die D [REDACTED] A [REDACTED] - T [REDACTED] GmbH erneut schätzen, die einen Taxwert von 20.150 DM feststellte. Unter Berücksichtigung angeblich von R [REDACTED] inzwischen vorgenommener Wertverbesserungen bot der Beklagte dem Vergleichsverwalter der Klägerin als "Kaufpreis" 10.000 DM an. Der Verwalter lehnte den Vorschlag des Beklagten ab und verlangte die Abführung des gesamten Erlöses aus dem Verkauf des Lastzugs, weil dieser im Eigentum der Klägerin gestanden habe.

Am 29. Oktober 1954 fand vor dem Vergleichsrichter ein Erörterungstermin statt. Über das Ergebnis der Besprechung wurde u.a. folgende Aktennotiz des Vergleichsrichters niedergelegt:

".... Rechtsanwalt B [REDACTED] (Beklagter) wird aus der Sache B [REDACTED] insgesamt 20.500 DM unverzüglich an den Verwalter Rechtsanwalt Dr. Sp [REDACTED] auszahlen"

In der Folgezeit wurde die Zahlung dieses Betrags über das Konto des Beklagten bei der Stadtsparkasse K [REDACTED] geleistet.

II. In ihrem Vergleichsverfahren schlug die Klägerin einen Liquidationsvergleich vor in der Weise, daß ihr gesamtes Vermögen dem Vergleichsverwalter zur Verwaltung und Verwertung übertragen werde; die Gläubiger sollten 50 % ihrer Forderungen erhalten; die Liquidation sollte längstens innerhalb 18 Monaten nach Bestätigung des Vergleichs durchgeführt sein. Dieser Vergleich wurde von den Gläubigern angenommen und am 22. Mai 1953 vom Vergleichsgericht bestätigt.



Zu dem Liquidationsvermögen der Klägerin gehörten auf gepachteten Gelände errichtete ausgedehnte Werkhallen in K [REDACTED], die für die damalige belgische Besatzungsmacht beschlagnahmt worden waren. Wegen der Bezahlung dieses Objekts schwebten Verhandlungen mit der Oberfinanzdirektion in K [REDACTED]. Dabei, wie überhaupt im Vergleichsverfahren, vertrat der Beklagte auftragsgemäß die Interessen der Klägerin und ihres Gesellschafters Hermann S [REDACTED]. Insbesondere setzte er sich gegenüber der Oberfinanzdirektion für eine Erhöhung der vorgeschlagenen Kaufsumme ein.

Am 15. Mai 1954 sandte der Beklagte im eigenen Namen an die Gläubiger der Klägerin ein Rundschreiben, in dem er diese, um "das Vergleichsverfahren schnellstmöglichst zu beenden", bat, eine Erklärung zu unterzeichnen, daß sie nach Zahlung von 50 % ihrer Forderung befriedigt seien. Mit diesem Vorschlag waren etwa 90 % der Gläubiger einverstanden.

Inzwischen waren die Verhandlungen mit der Oberfinanzdirektion K [REDACTED] weiter gediehen. Am 29. Juli 1954 teilte diese dem Beklagten auf Anfrage mit, daß der Ankauf der Werkhallen zum Preis von 400.000 DM gesichert sei. Da nunmehr infolge der hierdurch zu erwartenden Erhöhung des Vergleichsvermögens der beabsichtigte Aufkauf der Gläubigerforderungen zum Preis von 50 % ihres Nennbetrags einen Gewinn versprach, wurde zwischen den Parteien zunächst vereinbart, daß der Beklagte im eigenen Namen die Forderungen der Gläubiger in dieser Weise aufkaufe und sich abtreten lasse. Dies wurde in der Folgezeit durchgeführt.

Um sich die für den Ankauf der Forderungen erforderlichen Gelder zu beschaffen, nahm der Beklagte im September 1954 bei der Kreissparkasse K [REDACTED] einen Kredit von 90.000 DM

auf (Konto-Nummer S. [REDACTED] 0). Als Sicherung bestellten er und seine Ehefrau eine Grundschuld. Auch übernahm ein Bekannter S. [REDACTED] eine Bürgschaft in Höhe von 30.000 DM. Ferner wurden die von dem Beklagten erworbenen Gläubigerforderungen sicherheitshalber an die Kreissparkasse abgetreten. Die Kreissparkasse zahlte darauf an die Gläubiger die vereinbarte Quote von 50 % aus. Ende Oktober 1954 waren alle Gläubiger befriedigt.

In dem Termin, der am 29. Oktober 1954 vor dem Vergleichsrichter stattfand, wurde erörtert, daß eine wesentlich höhere Quote als die zunächst vorgesehenen 50 % erreicht werde. Es wurde in einer Aktennotiz des Vergleichsrichters vom 2. November 1954 hierzu folgendes niedergelegt:

"Es wurde Übereinstimmung erzielt, daß die schwer und zeitraubend verwertbaren restlichen Massebestände und zwar die Außenstände nominell 491.000 DM und das Grundstück in Aachen an Hermann S. [REDACTED] persönlich veräußert werden sollen. Dieser verpflichtet sich, als Gegenleistung die Massemittel so weit aufzustocken, daß über die bislang auszuschüttenden 50 % weitere 25 % an die Vergleichsgläubiger verteilt werden können"

Soweit Rechtsanwalt B. [REDACTED] im Auftrag Hermann S. [REDACTED] Forderungen erworben hat, wird dieser die Abtretungserklärungen vorlegen und der Verwalter den Gläubigern gegenüber die Abtretung und derzeitige Forderungsinhaberschaft bestätigen (folgt die oben erwähnte Regelung der Sache B. [REDACTED])...."

Nachdem der Vergleichsverwalter die auf den Namen des Beklagten ausgestellten Abtretungserklärungen der Gläubiger vorgelegt worden waren, zahlte er die Forderungsbeträge mit einer Quote von 75 % auf das Konto des Beklagten S. 26.340 bei der Kreissparkasse K. [REDACTED]. Hierdurch ergab sich - dem Berufungsurteil zufolge - ein Gewinn von 67.854,79 DM.

Am 3. November 1954 hob der Beklagte von dem genannten Konto 15.000 DM durch Verrechnungsscheck ab, und ließ den Betrag seinem Konto bei der Stadtsparkasse K. gutbringen, um von diesem dann die verlangten 20.500 DM aus der Sache Be. an den Vergleichsverwalter zahlen zu können. (s. oben).

Am 26. Mai 1955 wurde das Vergleichsverfahren aufgehoben.

III. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten den Restbetrag aus dem Verkauf des Lastzugs Be. in Höhe von 14.500 DM und Ersatz des von ihm von dem Konto S. abgehobenen Betrags von 15.000 DM. Hierzu hat sie vorgetragen:

- 1) Der Beklagte habe den damals im Vorbehaltseigentum der Klägerin stehenden Lastzug ohne die Zustimmung des Geschäftsführers der Klägerin und des Vergleichsverwalters an Richarz veräußert, und den Gegenwert selbst vereinnahmt. Er sei deshalb zur Herausgabe des Erlangten und zum Schadensersatz verpflichtet.
- 2) Der Beklagte habe die Gläubigerforderungen nur treuhänderisch für Hermann S. aufgekauft. Er sei deshalb nicht berechtigt gewesen, über das Konto bei der Kreissparkasse K. zu seinem Vorteil zu verfügen.

Hermann S. hat seine Forderung gegen den Beklagten an die Klägerin abgetreten.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 29.500 DM nebst 9,75 % Zinsen seit dem 1. März 1955 zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

Er hat vorgetragen:

1) Die Klägerin und der Vergleichsverwalter seien mit dem Verkauf des Lastzugs an R. [REDACTED] einverstanden gewesen. Der Kaufpreis von 35.000 DM stelle nicht nur den Gegenwert für den Lastzug dar, sondern auch für die damit verbundenen, dem Be. [REDACTED] zustehenden Konzessionen, an deren Erwerb R. [REDACTED] ein besonderes Interesse gehabt habe. In dem Termin vom 29. Oktober 1954 hätten sich überdies der Beklagte und der Vergleichsverwalter dahin geeinigt, daß die Klägerin für ihre Forderung aus dem Verkauf des Lastzugs mit dem Betrag von 20.500 DM, den die Klägerin auch erhalten habe, befriedigt sei.

2) Der Beklagte habe die Gläubigerforderungen nicht als Treuhänder für Hermann S. [REDACTED], sondern für eigene Rechnung erworben. Damit sei auch Hermann S. [REDACTED] einverstanden gewesen, da er selbst keinen Kredit bei der Kreissparkasse erhalten hätte und ihm zur Vermeidung eines Anschlußkonkurses an einer sofortigen Bereinigung der Schulden gelegen gewesen wäre.

Hilfsweise rechnet der Beklagte mit einer Forderung von 38.000 DM auf, denn er habe von den aus dem Ankauf der Forderungen erzielten Beträgen Hermann S. [REDACTED] diesen Betrag darlehensweise gegeben und noch nicht zurückerhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung von 8.500 DM nebst Zinsen in Höhe von 9 3/4 % vom 1. Oktober 1956 bis 31. Dezember 1958; von 9 % vom 1. Januar 1959 bis 31. März 1959 und von 8 1/2 % ab 1. April 1959 verurteilt; im übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt mit dem Antrag, dem Beklagten zur Zahlung weiterer 21.000 DM nebst Zinsen wie im Berufungsurteil berechnet zu verurteilen. Der Beklagte hat ebenfalls Revision eingelegt mit dem Antrag, die Klage voll abzuweisen. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung der Revision der Gegenpartei.

Entscheidungsgründe:

I. Die Restforderung von 14.500 DM aus dem Verkauf des Lastzugs.

1) a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der mit Zustimmung des Vergleichsverwalters dem Beklagten erteilte Auftrag, die Restschuld der Eheleute Be [REDACTED] einzutreiben, auch die Ermächtigung enthalten habe, den im Vorbehaltseigentum der Klägerin stehenden Lastzug "wirtschaftlich angemessen" zu verwerten. Die Klägerin habe deshalb einen Anspruch auf Herausgabe des für den Lastzug Erlangten nach § 667 BGB.

Darin, daß der Beklagte sich am 29. Oktober 1954 mit dem Vergleichsverwalter auf eine Zahlung von 20.500 DM geeinigt habe, könne ein Erlaß der diesen Betrag übersteigenden Forderung der Klägerin nicht gesehen werden. Der Vergleichsverwalter habe mit der Vereinbarung über die Zahlung von 20.500 DM keine abschließende Regelung treffen wollen; ihm sei damals nur daran gelegen gewesen, diesen Betrag zu erhalten, der gerade noch zur Auffüllung der Vergleichsmasse benötigt worden sei, um die Quote von 75 % auszahlen zu können. Weitere Ansprüche der Klägerin seien hiervon nicht berührt worden.

b) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe des Beklagten sind nicht begründet.

aa) Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Auftrag der Klägerin, gegen die Eheleute Be [REDACTED] vorzugehen, habe auch die Ermächtigung enthalten, den Lastzug gegebenenfalls zu verwerten, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie steht auch, wie sich aus dem Urteil ergibt, im Einklang mit dem letzten Vortrag der Klägerin; denn danach war ihr Geschäftsführer Hermann S [REDACTED] mit dem Verkauf schließlich einverstanden.

Der Beklagte ist somit zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet (§ 667 BGB).

bb) Der Beklagte beanstandet die Feststellung des Berufungsgerichts, daß ihm am 29. Oktober 1954 der über die 20.500 DM hinausgehende Betrag nicht erlassen worden sei. Er weist darauf hin, der Vergleichsverwalter habe damals schon gewußt, daß der von dem Beklagten vereinnahmte Erlös über dem an den Vergleichsverwalter abzuführenden Betrag gelegen habe; wenn unter diesen Umständen der Vergleichsverwalter nicht darauf bestanden habe, daß der Beklagte den Mehrerlös abführe, so sei die von dem Berufungsgericht gezogene Schlußfolgerung, der Mehrerlös sei durch die Vereinbarung vom 29. Oktober 1954 nicht betroffen, nicht zwingend.

Diese Rüge geht fehl. Auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Vergleichsverwalter die vom Beklagten behauptete Kenntnis gehabt hat. Es ist jedoch der Ansicht, der Verwalter habe an der Mehrforderung kein Interesse gehabt, weil er für die Vergleichsmasse nur noch 20.500 DM gebraucht habe, und er habe deshalb wegen der Mehrforderung überhaupt keine Vereinbarung treffen wollen. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

2) a) Zur Höhe des Herausgabeanspruchs der Klägerin geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß der Klägerin nur der für den Sachwert des Lastzugs als solchen bezahlte Betrag gebührt, Leistungen für die gleichfalls übertragenen Konzessionen ihr aber nicht zuständen.

Hierzu ist die Klägerin der Auffassung, daß, wenn die übertragenen Konzessionen überhaupt vergütet wurden, dies durch den vorgesehenen Arbeitsvertrag mit Heinrich Be [REDACTED] geschehen sei, der später durch Zahlung von 10.000 DM abgelöst worden ist. In diesem Sinne haben auch die als Zeugen vernommenen Eheleute Be [REDACTED] ausgesagt. Dagegen ist der Beklagte der Meinung, der Anstellungsvertrag berühre den Verkauf des Lastzugs und der Konzessionen nicht, das Entgelt für die Konzessionen stecke vielmehr in den 35.000 DM; das hat auch der Zeuge R [REDACTED] bekundet.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, es spreche zwar vieles für die Auffassung der Klägerin, insbesondere seien die Eheleute Be [REDACTED] nicht unglaubwürdig. Angesichts der gegenteiligen Bekundung des Zeugen R [REDACTED] reiche ihre Aussage jedoch nicht zu der Feststellung aus, daß der Betrag von 35.000 DM nur für den Sachwert des Lastzugs vereinbart worden sei (BU S. 33). Infolgedessen sei der Wert der Konzessionen, der nach dem Gutachten des Sachverständigen mit 6.000 DM zu beziffern sei, hiervon abzusetzen, so daß noch eine Restforderung der Klägerin von 55.000 DM abzüglich $(20.500 + 6.000) = 8.500$ DM verbleibe.

b) Damit hat das Berufungsgericht die Beweislast verkannt. Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich die Klägerin ihren Herausgabeanspruch nach Grund und Höhe darzulegen und zu beweisen hat. Das Berufungsgericht hat aber übersehen, daß der Beklagte die Unaufklärbarkeit der Frage, ob die Konzessionen

durch den Abschluß des "Arbeitsvertrags" oder mit dem Kaufpreis von 35.000 DM abgegolten werden sollten, schuldhaft herbeigeführt hat. Der Beklagte war auf Grund des ihm von der Klägerin erteilten Auftrags und auf Grund der Tatsache, daß der Lastzug, wie er wußte, noch im Eigentum der Klägerin stand, verpflichtet, den Erlös hieraus an die Klägerin abzuführen. Dann war es aber auf jeden Fall erforderlich, daß in dem Kaufvertrag der dem Lastzug entsprechende Gegenwert zahlenmäßig genau festgelegt und daß klar aufgeschlüsselt wurde, in welcher Höhe der Kaufpreis einschließlich des (später mit 10.000 DM abgegoltenen) Anstellungsvertrags als Entgelt für den Lastzug und als Entgelt für die Konzessionen dienen sollte. Diese Verpflichtung traf den Beklagten in besonderem Maße auch deshalb, weil er neben dem Auftrag der Klägerin, gegen die Eheleute Be [REDACTED] vorzugehen, von diesen den Auftrag angenommen hatte, ihre Schulden zu regeln. Wenn er schon trotz des hierdurch drohenden Interessenwiderstreits beide Mandate annahm, so musste er wenigstens klare Verhältnisse schaffen. Das hat der Beklagte aber schuldhaft unterlassen.

Die Folgen dieser von ihm verschuldeten Unaufklärbarkeit hat er wegen der von ihm begangenen Vertragsverletzung zu tragen und zwar in der Weise, daß nunmehr ihn nach Treu und Glauben die Beweislast trifft und etwaige Zweifel zu seinen Lasten gehen müssen (vgl. hierzu auch RGZ 60, 146, 152; 128, 121, 125; BGHZ 6, 224, 227; 30, 226, 232; Urteil des VI. Zivilsenats vom 16. April 1955 = LM Nr. 2 zu § 282 ZPO).

Das angefochtene Urteil kann daher insoweit nicht aufrechterhalten werden; vielmehr hat der Senat anstelle des Berufungsgerichts diejenige Entscheidung zu treffen, die das Berufungsgericht bei richtiger Würdigung der Beweislast auf Grund seiner Feststellungen getroffen haben würde.

Da die Art der Verrechnung des Kaufpreises nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr weiter aufzuklären ist und auch irgendwelche Anträge des Beklagten nicht mehr offenstehen, ist dieser, ohne daß es noch einer Zurückverweisung bedarf, zur Zahlung auch der weiteren 6.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte kann auch gegen diesen Anspruch nicht mit einer Gegenforderung von 38.000 DM aufrechnen, da diese, wie noch auszuführen sein wird, nicht besteht.

3) Unter diesen Umständen kommt es auf die Rüge des Beklagten, der Wert der Konzessionen sei von dem Berufungsgericht zu gering angesetzt worden, und auf die Rüge der Klägerin, das Berufungsgericht habe zu Unrecht verneint, daß der Klägerin durch die schuldhafte Festsetzung eines zu geringen Kaufpreises ein Schaden entstanden sei, nicht mehr an.

II. Der Anspruch von 15.000 DM (Entnahme von dem Konto S. 26.340).

1) Das Berufungsgericht führt aus, es spreche eine Reihe von Beweisanzeichen dafür, daß der Beklagte die Forderungen der Gläubiger für Rechnung des Hermann S. [REDACTED] aufgekauft habe und infolgedessen das Konto S. 26.340 im Verhältnis zu diesem als ein Treuhandkonto anzusehen sei, von dem der Beklagte nichts für sich hätte entnehmen dürfen. Indes meint das Berufungsgericht, daß diese Beweisanzeichen nicht für eine solche Feststellung genügten, da andere Beweisanzeichen für das Gegenteil sprächen. So sei nicht zu erwarten gewesen, daß der Beklagte diese "umfangreiche und nicht ganz unriskante Tätigkeit zum Aufkauf der Forderungen ohne Honorar ausgeübt hätte"; der Beklagte sei dabei auch mit seinem Namen

als Rechtsanwalt nach außen in Erscheinung getreten und habe sich selbst durch die Stellung einer Grundschuldsicherung wirtschaftlich mit dem Geschäft verbunden. Für die Auffassung des Beklagten sprächen insbesondere auch die eidlichen Zeugenaussagen seiner Ehefrau und seiner Büroangestellten. Schließlich sei der Beklagte rechtlich nicht gehindert gewesen, selbständig - also ohne Beteiligung der Klägerin oder des Hermann S. [REDACTED] - als Aufkäufer die Forderungen zu erwerben. Es sei deshalb weder der Beweis erbracht, daß eine etwaige Treuhandabrede schließlich aufrechterhalten geblieben sei, noch daß dem Beklagten andererseits der ganze Gewinn aus dem Geschäft hätte zufließen sollen. Deshalb sei die Forderung der Klägerin auf Rückzahlung der entnommenen 15.000 DM nicht begründet. Ebenso sei aber auch der zur Aufrechnung gestellte Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der Hermann S. [REDACTED] angeblich darlehensweise gegebenen 38.000 DM nicht gerechtfertigt; der Beklagte habe nicht beweisen können, daß es sich um ein Darlehen gehandelt habe.

2) Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen der Klägerin sind im Ergebnis begründet.

a) Es steht - insoweit unbestritten - fest, daß der Beklagte mit der Klägerin sowie mit Hermann S. [REDACTED] einen Anwaltsvertrag geschlossen hatte, der die anwaltliche Betreuung der Klägerin und ihres Gesellschafters im Vergleichsverfahren zum Gegenstand hatte. Der Beklagte ist auch im Rahmen dieses Vertrags in verschiedener Weise für die Klägerin und Hermann S. [REDACTED] tätig geworden, wie das in dem Berufungsurteil näher dargelegt ist. Ebenso steht unbestritten fest, daß zwischen den Beteiligten vereinbart worden ist, der Beklagte solle, um die Klägerin vor einem drohenden Anschlußkonkurs zu bewahren und ihrem Gesellschafter die Fortführung des Betriebs zu ermöglichen, die Forderungen

der Vergleichsgläubiger im eigenen Namen zu 50 % ihres Nennbetrags erwerben. Streit besteht lediglich darüber, wem der sich aus der höheren Vergleichsquote ergebende Gewinn aus diesem Geschäft zustehen soll.

Das Berufungsgericht sieht sich nicht in der Lage, hierzu klare Feststellungen zu treffen, und ist deshalb lediglich auf Grund der Unaufklärbarkeit zu dem von ihm gewonnenen Ergebnis gelangt, weil weder die eine noch die andere Partei den von ihr behaupteten Inhalt der Abmachung beweisen könne.

aa) Dabei verkennt das Berufungsgericht jedoch, daß die Vereinbarung über den Gewinn im Rahmen des zwischen den Beteiligten abgeschlossenen allgemeinen Anwaltsvertrags steht. Die Forderungen sollten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls zunächst im Interesse der Klägerin aufgekauft werden und zwar insbesondere zu dem Zweck, ihr eine reibungslose Durchführung des Vergleichsverfahrens zu ermöglichen. Daran würde sich aber auch dann nichts ändern, wenn der Beklagte, wie er behauptet, den aus diesem Geschäft zu erwartenden Gewinn ganz oder, wie es das Berufungsgericht für nicht unwahrscheinlich hält, teilweise erhalten sollte. Denn auch dann bliebe noch neben dem Streben des Beklagten nach einem persönlichen Gewinn als Grund und Zweck der Vereinbarung die Wahrung der Interessen der Klägerin und des Gesellschafters S. [REDACTED] im Vergleichsverfahren. So hat auch der Beklagte selbst vorgetragen, Hermann S. [REDACTED] habe, als sich die Sparkasse auf einen treuhänderischen Aufkauf der Forderungen für ihn nicht eingelassen habe, ihn, den Beklagten, "flehentlich gebeten, ihm durch den eigenen Ankauf der Forderungen behilflich zu sein" (S. 15 des Urteils). Dieser rechtlichen Beurteilung würde auch ein etwaiger Wille des Beklagten, hieraus ein Privatge-

schäft zu seinem Nutzen zu machen, nicht entgegenstehen, denn die Vereinbarung würde als wesentlichen Bestandteil auch dann immer noch die Hilfe für die Klägerin, also die Wahrnehmung ihrer Interessen im Vergleichsverfahren, behalten und könnte infolgedessen auch nicht aus dem Rahmen des allgemeinen Anwaltsvertrags gelöst werden (vgl. dazu auch BGHZ 18, 340, 341).

bb) Handelt es sich somit um einen anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag, so hat die Klägerin einen Anspruch auf Herausgabe des vollen durch den Aufkauf der Forderungen erzielten Gewinns (§§ 675, 667 BGB).

Ist, wie die Klägerin behauptet, zwischen den Parteien vereinbart worden, daß der Beklagte die Forderungen nur als ihr Treuhänder erwerben sollte, versteht sich das von selbst.

Aber auch wenn, wie der Beklagte behauptet, der Gewinn aus dem Geschäft ihm zugute kommen sollte, oder wie das Berufungsgericht es als möglich annimmt, eine Teilung des Gewinns vereinbart worden sein sollte, müßte ein gleiches gelten. In jedem Falle ist nämlich eine solche Vereinbarung nichts anderes als das Versprechen eines Entgelts für die anwaltschaftliche Tätigkeit in Form eines wirtschaftlichen Nutzens an dem Gegenstand der Betreuung.

Eine solche Vereinbarung wäre aber nichtig. Abgesehen davon, daß sie schon der nach §§ 93 Abs. 2 Satz 1 und 2, 95 der damals geltenden Rechtsanwaltsgebührenordnung a.F. erforderlichen Schriftform ermangeln würde, würde sie auch der Bestimmung des § 93 Abs. 2 Satz 5 aaO widersprechen, wonach es dem Anwalt verboten ist, die Höhe der Vergütung vom Ausgang der Sache oder sonst vom Erfolg seiner Tätigkeit abhängig zu machen. Das hat der Beklagte aber, wenn man seinen Vortrag als richtig unterstellt, getan. Denn er hat in standeswidriger, wenn nicht sogar sittenwidriger Weise

n
n
5). seine eigenen wirtschaftlichen Interessen mit dem Gegenstand seiner Betreuung verquickt und damit seine Unabhängigkeit, die oberstes Gebot für die Berufstätigkeit des Anwalts ist, aufgegeben, ja sogar die Gefahr geschaffen, gegen die Interessen der Klägerin tätig zu werden (vgl. dazu auch das Urteil des Senats in BGHZ 34, 64 zu dem ähnlich gelagerten Fall eines Erfolgshonorars in Form eines Streitanteils). Daran ändert es auch nichts, daß sich der Beklagte bei dem Kauf der Forderungen mit seinem eigenen Kredit und einer zum Teil seiner Frau zustehenden Grundschuld persönlich eingesetzt hat; eine solche besonders enge, mit einem eigenen Risiko verbundene Verflechtung persönlicher wirtschaftlicher Belange mit dem Gegenstand der Betreuung ist in Gegenteil erst recht standeswidrig.

Deshalb kann die Meinung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei "rechtlich nicht gehindert gewesen, selbständig, also ohne Beteiligung der Klägerin, als Aufkäufer der Forderungen aufzutreten" (S. 44 des Urt.), nicht geteilt werden. Sie wäre nicht einmal dann richtig, wenn der Beklagte, wie das Berufungsgericht offenbar annimmt, den Kauf der Forderungen außerhalb des Anwaltsvertrags vorgenommen hätte; denn der Anwalt ist nicht ein beliebiger Dritter; seine Stellung als Betreuer der Vergleichsschuldnerin und ihres Gesellschafters hätte es ihm auf jeden Fall verboten, neben seiner anwaltlichen Tätigkeit an dem Gegenstand seiner Betreuung noch private Interessen zu verfolgen.

t cc) Die Nichtigkeit der Vereinbarung eines Entgelts in dieser von dem Gesetz mißbilligten Form führt aber nicht etwa zur Unwirksamkeit des Anwaltsvertrags. Die Regel des § 139 BGB findet hier keine Anwendung. Denn dem Zweck der Bestimmung des § 93 Abs. 2 Satz 5 RAGebO a.F. ist, wie

bereits der VI. Zivilsenat (BGHZ 18, 340, 348) entschieden hat, zu entnehmen, daß zwar der gerichtliche Schutz für die dem Anwalt untersagte Gebührenvereinbarung entfallen, die Gültigkeit des Anwaltsvertrags aber in der Regel nicht in Zweifel gezogen werden solle, da andernfalls der Mandant seine Ansprüche aus dem Vertrag verlieren würde und damit seine Interessen ernstlich gefährdet würden. Das entspricht auch der Auffassung des Reichsgerichts, wonach § 139 BGB bei Verstoß gegen ein Gesetz, das den Schutz eines Vertragspartners zum Inhalt hat, nicht anwendbar ist, da sonst der Geschützte sein Recht aus dem Vertrag verlieren und sich damit der durch das Gesetz angestrebte Schutz vielfach in sein Gegenteil verkehren würde (RGZ 146, 116, 119 - Nichtigkeit eines Wettbewerbsverbots für einen Handlungsgehilfen -; vgl. auch RGZ 100, 39, 40 und 104, 105, 107). Der Senat folgt der in den genannten Entscheidungen vertretenen Rechtsauffassung.

dd) Daraus folgt, daß der Beklagte in jedem Fall verpflichtet ist, an die Klägerin das durch den ihm erteilten und von ihm ausgeführten Auftrag Erlangte, hier also den Gewinn aus dem Aufkauf der Forderungen, voll herauszugeben (§ 667 BGB). Der Anspruch auf Zahlung der von dem Beklagten entnommenen 15.000 DM ist demnach grundsätzlich gerechtfertigt. Umgekehrt ist daher auch der zur Aufrechnung gestellte Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der von ihm dem Hermann S. "Leihweise" überlassenen 38.000 DM nicht begründet, denn dieser hat damit nur das erhalten, was ihm nach § 667 BGB zustand. Das Vorliegen eines Darlehensvertrags hat das Berufungsgericht ohnehin nicht als erwiesen angesehen (vgl. unten III 1 b).

Das angefochtene Urteil kann daher insoweit mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden.

b) Indessen ist der Senat nicht in der Lage, von sich aus schon jetzt den Beklagten zur Zahlung von 15.000 DM zu verurteilen.

Der zwischen den Beteiligten abgeschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag würde nämlich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn bei dem Aufkauf der Forderungen die Gläubiger der Klägerin irregeführt werden sollten, indem man ihnen die damals den Parteien schon bekannte bessere Vermögenslage der Klägerin, die eine Vergleichsquote von 75 % versprach, geflissentlich verschwieg und ihnen im Gegenteil einen Verkauf der Forderungen zu 50 % als besonders vorteilhaft hinstellte.

Das Berufungsgericht enthält hierzu keine Feststellungen; es ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht diese Frage geprüft hat, wozu es von seinem Rechtsstandpunkt aus bisher auch keinen Anlaß gehabt hat.

Sollte die Feststellung getroffen werden können, daß der Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, so würde der Herausgabeanspruch nach § 667 BGB entfallen und an seine Stelle ein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten treten, der auf Herausgabe des aus dem Vermögen der Klägerin grundlos Erlangten, nämlich der von dem Vergleichsverwalter auf das Konto des Beklagten überwiesenen Beträge, soweit sie nicht zur Abdeckung der Schulden verwendet worden sind, gehen würde. Die Beziehungen der Parteien würden sich dann nach § 817 Satz 1 und Satz 2 BGB richten. Hierbei waren gegebenenfalls die in BGHZ 28, 255 aufgestellten Grundsätze zu berücksichtigen.

Die hierzu erforderlichen Feststellungen kann nur der Tatrichter treffen.

III. Der Aufrechnungsanspruch.

1) Der Beklagte hat einen Rückzahlungsanspruch von 38.000 DM zur Aufrechnung gestellt mit der Begründung, er habe diesen Betrag dem Hermann S. [REDACTED] als Darlehen überlassen.

Dieser Anspruch ist in jedem Falle unbegründet.

a) Wenn die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung wegen des Aufkaufs der Forderungen rechtswirksam ist, der Klägerin also ein Herausgabeanspruch nach § 667 BGB zusteht, so ist, wie bereits zu II 2 a, dd dargelegt, ein Rückzahlungsanspruch des Beklagten nicht gegeben.

b) Nichts anderes gilt aber auch, wenn der Vertrag wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig wäre. Die Klägerin könnte sich dann allerdings nicht auf einen Anspruch nach § 667 BGB berufen, so daß die Annahme, es liege ein Darlehen vor, rechtlich möglich wäre. Das Berufungsgericht hat aber die dahingehenden Behauptungen des Beklagten als nicht erwiesen angesehen. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Was der Beklagte dagegen in seiner Revision vorbringt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Insbesondere ist die Meinung des Beklagten, die Tatsache, daß Hermann S. [REDACTED] zwei Quittungen ausgestellt habe, zwingt zu dem Schluß, daß ein Darlehen vorliege, nicht richtig. Das Berufungsgericht hat seine gegenteilige Beweiswürdigung in rechtlich unanfechtbarer Weise begründet.

Waren die Hermann S. [REDACTED] überlassenen 38.000 DM aber kein Darlehen, dann kann es sich bei der von dem Beklagten geleisteten Zahlung nur um die Auszahlung eines Teils aus den Forderungsankäufen erzielten Gewinns gehandelt

haben. Die Klägerin könnte dann dem Rückzahlungsanspruch des Beklagten dessen eigene Sittenwidrigkeit entgegenhalten (§ 817 Satz 2 BGB).

2) Dagegen könnte darin, daß der Beklagte sich weigert, die von der Klägerin beanspruchten 15.000 DM zu bezahlen, diese vielmehr als "Lohn" für seine Bemühungen behalten will, die Erklärung einer Aufrechnung gegen diesen Anspruch der Klägerin mit Honorarforderungen des Beklagten für seine gesamte in dem Vergleichsverfahren entwickelte Tätigkeit gefunden werden. Darauf näher einzugehen, erübrigt sich, da die Sache insoweit schon aus anderen Gründen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, es hierzu auch bisher an einem substantiierten Vortrag des Beklagten fehlt.

IV.

Das angefochtene Urteil ist deshalb, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist, - abgesehen von der Abweisung eines nicht mehr im Streit stehenden Anspruchs auf Mehrzinsen - aufzuheben und der Beklagte zur Zahlung weiterer 6.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Wegen des weiteren Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von 15.000 DM ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Revision des Beklagten ist als unbegründet zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens
bleibt dem Berufungsgericht überlassen.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Erbel Meyer