

VII ZR 161/58

Verkündet
am 3. Dezember 1959
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2339 043

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

In dem Rechtsstreit

des Syndikus Theodor K., D., A.straße 8,
Beklagten, Berufungsklägers, Revisions-
klägers und Anschlußrevisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

die Firma O. & N., Ingenieurbau-Aktiengesell-
schaft, vertreten durch ihren Vorstand, den Dipl.-Ing. Max
E. in H., Ch.,

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisions-
beklagte und Anschlußrevisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 3. Dezember 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 4.
Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Ham-
burg vom 14. Juli 1958 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das genann-
te Urteil insoweit aufgehoben, als es den weitergehenden
Zinsanspruch der Klägerin abgewiesen hat. Insoweit wird
die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, früher Rechtsanwalt, war 1950 und im ersten Halbjahr 1951 kaufmännischer Direktor der Rechtsvorgängerin der Klägerin, der Firma Ingenieurbaugesellschaft O. & N. GmbH in H. (I.). Technischer Direktor der I. mit Einzelprokura war damals Dr. Tr. .

Am 5. April 1950 vereinbarten der Beklagte und Dr. Tr. im Namen der Ingbau mit der Firma Gebr. R. GmbH in S. folgendes: Die Firma R. tritt ihre Forderung von 81.000,-- DM nebst Zinsen, die sie gegen die Firma T.-Werke Ernst v. M. KG in H. hatte, an die I. ab. In dem schriftlichen Vertrag vom 5. April 1950 heißt es:

"Die I. ist berechtigt, diese Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. Sie verpflichtet sich, aufgrund dieser Forderung auf die Firma T.-werk Ernst v. M. einzuwirken, die Fabrikation dieses Unternehmens auf rationelle Basis zu stellen und nach den Weisungen bzw. gegebenenfalls unter Leitung der I. weiter zu führen. Die I. hat bei Geltendmachung dieser Forderung die Interessen der Firma Gebrüder R. G.m.b.H. zu wahren. Beträge, die unmittelbar auf diese Forderung eingehen, verpflichtet sich die Ingbau unverzüglich an die Firma Gebrüder R. G.m.b.H. weiterzuleiten.

Sollte es der I. möglich sein, als Gläubiger dieser Forderung den Fortbestand und die Weiterführung der Firma T.-werk v. M. zu ermöglichen, so ist die I. der Firma Gebrüder R. gegenüber berechtigt, dieses Treuhandverhältnis aufzulösen und ist von den hiermit vereinbarten Beschränkungen befreit, Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages von mindestens DM 40.000,--, dessen endgültige Höhe jedoch noch festgesetzt werden muß.

- 3 -

Sollte sich ergeben, daß der vereinbarte Mindestbetrag den wirtschaftlichen Wert der Forderung nicht erreicht, so verpflichten sich die Parteien, über den endgültigen Preis, der dem etwaigen wirtschaftlichen Wert zu entsprechen hat, erneut zu verhandeln.

Die I. [REDACTED] verpflichtet sich, sich bis zum 30. Juni 1950 zu entscheiden, ob sie von dem hier vereinbarten Recht Gebrauch machen wird oder nicht. Sollte die I. [REDACTED] von diesem Recht keinen Gebrauch machen, so ist die Firma Gebr. R. [REDACTED] berechtigt, von diesem Vertrag zurückzutreten."

Mit Schreiben vom 25. September 1950 bestätigte der Beklagte im Namen der I. [REDACTED] der Firma R. [REDACTED], daß die Vereinbarung vom 5. April 1950 bis zum 31. Dezember 1950 verlängert sei.

Durch schriftlichen Vertrag vom 14. Oktober 1950 zwischen der Firma R. [REDACTED] und der I. [REDACTED], den für die I. [REDACTED] der Beklagte allein "in Generalvollmacht" unterschrieb, wurde der Vertrag vom 5. April 1950 dahin abgeändert und ergänzt, daß die Firma R. [REDACTED] für die Abtretung der Forderung von der I. [REDACTED] 50.000,-- DM und einen prozentualen Anteil etwaiger darüber hinausgehender Zahlungen der T. [REDACTED] werke an die I. [REDACTED] erhalten sollte.

Die T. [REDACTED] werke leisteten bis zum 11. April 1951 auf die abgetretene Forderung einschließlich Zinsen und Kosten an die I. [REDACTED] insgesamt 100.488,-- DM. Der Beklagte zahlte im Namen der I. [REDACTED] an die Firma R. [REDACTED] bis zum gleichen Zeitpunkt 55.008,90 DM und erteilte dieser Firma mit Schreiben vom 11. April 1951 nebst Kontoaufstellung vom 10. April 1951 eine entsprechende Abrechnung. Von dem überschüssenden Betrag überführte der Beklagte 25.465,55 DM in sein eigenes Vermögen, so daß der I. [REDACTED] aus dem Geschäft nur 20.013,55 DM verblieben.



Den größten Teil des Betrages, den er für sich abgezweigt hatte, brachte der Beklagte dadurch an sich, daß er sich von der Hauptbuchhalterin der I., der Zeugin Sa., am 11. April 1951 einen von der I. zu Gunsten von "Herrn A. R., S." auf die H. Landesbank gezogenen Scheck über 23.860,— DM aushändigen ließ, auf die Rückseite des Schecks unbefugt den Namen "A. R." setzte und den Scheck dann seinem (des Beklagten) eigenem Konto bei einer anderen Bank gutschreiben ließ.

Die Abrechnung, die der Beklagte am 31. Mai 1951 der I. erteilte, schließt mit einem Saldo zu Gunsten der I. von nur 20.013,55 DM. Das bewerkstelligte der Beklagte im wesentlichen auf folgende Weise: Den Scheck vom 11. April 1951 über 23.860,— DM, den er sich selbst hatte gutschreiben lassen und den er in seiner Aufstellung vom 10. April 1951 für die Firma R. nicht erwähnt hatte, bezeichnete er in seiner Abrechnung für die I. fälschlich als Zahlung der I. an die Firma R.. Eine Scheckzahlung der T. Werke an die I. vom 15. Februar 1951 in Höhe von 6.500,— DM, die in der Aufstellung des Beklagten für die Firma R. enthalten war, ließ er in seiner Abrechnung für die I. weg, führte andererseits darin aber auch die von ihm namens der I. an die Firma R. geleistete Schlußzahlung von 5.008,90 DM nicht auf.

Die Klägerin sieht in der Handlungsweise des Beklagten eine schuldhaft Verletzung seines Dienstvertrages mit der I. und eine unerlaubte Handlung (Untreue). Sie verlangt mit der Klage unter anderem Schadensersatz in Höhe von 25.465,55 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 11. April 1951. Den Zinsanspruch rechtfertigt sie damit, daß sie Bankkredite

zum gleichen Zinssatz habe in Anspruch nehmen müssen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Er hält die Verträge vom 11. April 1950 und 14. Oktober 1950 für unwirksam wegen Verstosses gegen die Dekartellisierungsbestimmungen und auch deswegen, weil Dr. T. [REDACTED] und er (Beklagter) nicht befugt gewesen seien, diese Verträge im Namen der I. [REDACTED] abzuschließen.

Der Beklagte behauptet: Er habe nach dem 5. April 1950 mit dem damaligen, inzwischen verstorbenen Geschäftsführer B. [REDACTED] der I. [REDACTED] vereinbart, er (Beklagter) solle den Vertrag der I. [REDACTED] mit der Firma R. [REDACTED] vom 5. April 1950 im Innenverhältnis zwischen der I. [REDACTED] und ihm auf seine (des Beklagten) eigene Rechnung und auf sein eigenes Risiko abwickeln; die I. [REDACTED] solle im Erfolgsfalle 20.000,— DM erhalten. Das sei geschehen.

Die 40.000,— DM, welche sich die I. [REDACTED] unstreitig zunächst auf Kredit beschafft und als Gegenleistung für die Abtretung der Forderung an die Firma R. [REDACTED] gezahlt hat, sei im Innenverhältnis ein Darlehen der I. [REDACTED] an ihn (Beklagten) gewesen. Nach außen hätten diese Abreden geheim bleiben sollen, um das geschäftliche Ansehen der I. [REDACTED] nicht zu gefährden.

Hilfsweise hat der Beklagte mit einer angeblichen Gegenforderung aufgerechnet.

Gegenüber dem Zinsanspruch hat er in zweiter Instanz vorgetragen, die Klägerin könne nicht gleichzeitig Bankzinsen und entgangenen Gewinn verlangen; er hat auch die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat durch Teilurteil (unter anderem) nach dem oben genannten Klageantrag erkannt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil zurückgewiesen, hat jedoch den Zinssatz auf 4 % ermäßigt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag gegen den oben genannten Klageantrag weiter.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen und begehrt im Wege der Anschlußrevision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils bezüglich der Zinshöhe.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

A) Zur Revision des Beklagten.

I. Das Berufungsgericht führt aus:

Der Vertrag der I. [REDACTED] mit der Firma R. [REDACTED] vom 5. April 1950 sei wirksam zustande gekommen, weil der für die [REDACTED] mitunterzeichnende Dr. Tr. [REDACTED] Einzelprokura gehabt und der Vertrag nicht gegen die Verordnung Nr. 78 der britischen Militärregierung verstoßen habe.

Der Beklagte habe dadurch, daß er von den seitens

der T...werke an die I... gezahlten Beträgen 25.465,55 DM für sich behalten habe, seinen Dienstvertrag mit der I... schuldhaft verletzt (positive Vertragsverletzung). Er habe die von ihm behauptete Abrede zwischen der I... und ihm nicht beweisen können, daß er die Abwicklung des Vertrages vom 5. April 1950 im Innenverhältnis auf eigene Rechnung und eigenes Risiko übernommen habe.

II. Die Angriffe der Revision hiergegen sind nicht begründet.

1.) Die Revision vermißt eine Feststellung des Berufungsgerichts darüber, ob die I... sich, wie im Vertrag vom 5. April 1950 vorgesehen, bis zum 30. Juni 1950 entschieden habe, daß sie von den Rechten des Vertrages Gebrauch mache oder nicht.

Einer dahingehenden Feststellung bedurfte es jedoch nicht. Denn der Vertrag vom 5. April 1950 sieht als Rechtsfolge einer nicht fristgerechten Entscheidung der I... nur ein Rücktrittsrecht der Firma R... vor. Unstreitig ist die Firma R... aber nicht vom Vertrage zurückgetreten. Die Revision ist selbst nicht der Auffassung, daß der Vertrag vom 5. April 1950 mit Ablauf des 30. Juni 1950 außer Kraft getreten wäre.

2.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Vereinbarung vom 14. Oktober 1950 zwischen der I... und der Firma R... nicht gewürdigt, durch welche der Vertrag vom 5. April 1950 abgeändert und ergänzt wurde. Die Revision hält die Vereinbarung vom 14. Oktober 1950 für unwirksam, weil der Beklagte, der sie allein für die I... unterzeichnet hat, nicht vertretungsberechtigt gewesen sei.

Die Rüge liegt neben der Sache. Das Berufungsgericht brauchte sich mit dem Vertrag vom 14. Oktober 1950 nicht zu befassen; denn gleichviel, ob diese zusätzliche Vereinbarung wirksam war oder nicht, blieb der von dem allein vertretungsberechtigten Dr. Tr. [REDACTED] mitunterzeichnete Vertrag vom 5. April 1950 einschließlich der Abtretung der Forderung von der Firma R. [REDACTED] an die I. [REDACTED] wirksam. Einwendungen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß dieser Vertrag nicht gegen die Verordnung Nr. 78 der britischen Militärregierung verstosse, erhebt die Revision nicht; ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts ist insoweit auch nicht ersichtlich. Auf Grund der wirksamen Abtretung vom 5. April 1950 standen die Beträge, welche der Beklagte aus den Zahlungen der T. [REDACTED] werke an die I. [REDACTED] für sich abzweigte, nicht der Firma R. [REDACTED], sondern der I. [REDACTED] zu.

3.) Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht auf die Frage der Vertretungsbefugnis des Beklagten beim Abschluß der Verträge vom 5. April und 14. Oktober 1950 nicht einzugehen. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Beklagte befugt war, im Namen der I. [REDACTED] mit der Firma R. [REDACTED] zu vereinbaren, daß der Vertrag vom 5. April 1950 bis zum 31. Dezember 1950 verlängert werden solle (vgl. sein Schreiben vom 25. September 1950).

4.) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte bei Würdigung des Schreibens vom 25. September 1950 und der Vereinbarung vom 14. Oktober 1950 zu dem Schluß gelangen müssen, daß der Beklagte, weil er diese Schriftstücke im Namen der I. [REDACTED] allein unterzeichnete, das ganze Geschäft im Innenverhältnis auf eigene Rechnung und Gefahr und zu eigenem Nutzen habe durchführen dürfen.

Das geht fehl. Ein Schluß dahin, daß der Beklagte bei dem Geschäft im Innenverhältnis zur I. [REDACTED] für eigene Rechnung zu handeln befugt gewesen wäre, läßt sich nicht daraus herleiten, daß er die beiden oben genannten Schriftstücke und auch den sonstigen Schriftwechsel über das Geschäft im Namen der I. [REDACTED] allein unterzeichnet hat. Das hat das Berufungsgericht für den Schriftwechsel insgesamt rechtsfehlerfrei dargelegt (S. 37 bis 38 seines Urteils); daß es die Schriftstücke vom 25. September 1950 und 14. Oktober 1950 dabei nicht besonders erwähnt hat, stellt keinen Rechtsfehler dar.

5.) Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht hier § 667 BGB sinngemäß für anwendbar hält. Ob das zutrifft, kann auf sich beruhen; denn es handelt sich nur um eine Hilferwägung des Berufungsgerichts. In erster Linie stützt es ohne Verstoß gegen § 286 ZPO seine Entscheidung darauf, daß der Beklagte ~~keine~~ positive Verletzung seines Dienstvertrages begangen habe.

6.) Das Berufungsgericht hat die Beweislast nicht verkannt.

a) Aus seinem Dienstvertrag mit der I. [REDACTED] ergab sich für den Beklagten die Pflicht, Gelder der I. [REDACTED] nicht für sich zu verwenden.

b) Der Beklagte behauptet nun eine nachträgliche Vereinbarung zwischen ihm und der I. [REDACTED], aus der er das Recht herleitet, abweichend vom ursprünglichen Inhalt seines Dienstvertrages, Gelder, die die T. [REDACTED] werke an die I. [REDACTED] gezahlt hatten, in sein eigenes Vermögen zu überführen. Diese Vereinbarung muß er beweisen, da sie die Grundlage der von

ihm behaupteten nachträglichen Änderung seiner vertraglichen Rechtsstellung zur I. ist.

c) Die Revision meint, die Beweislast sei hier deswegen anders zu beurteilen, weil die Klägerin erst Anfang 1957 Klage erhoben hat und der 1955 verstorbene B. nicht mehr als Zeuge gehört werden kann.

Eine Umkehrung der Beweislast findet aber in derartigen Fällen nur dann statt, wenn eine Partei der anderen die Beweisführung schuldhaft unmöglich gemacht oder erschwert hat (BGH in IM § 282 ZPO Nr. 2; RGZ 128, 121, 125; 60, 147, 152).

Der Beklagte behauptet allerdings, die I. habe seit Frühjahr 1951 über alles Bescheid gewußt. Das ist aber streitig. Das Landgericht stellt in seinem Urteil (S. 14) sogar das Gegenteil als unstreitig fest, nämlich, daß die Klägerin erst Jahre später die Entnahmen des Klägers aus den Geschäftsunterlagen ermittelt habe. Das Berufungsurteil (S. 38 bis 39) hebt hervor, daß der Beklagte den Hauptgesellschafter Dr. C. den wahren Sachverhalt verheimlicht habe. Daß B. unterrichtet gewesen wäre, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ebenfalls nicht bewiesen.

Es läßt sich also nicht feststellen, daß die I. (Klägerin) in Kenntnis ihrer Ersatzansprüche gegen den Beklagten jahrelang mit der Klageerhebung gewartet hätte.

7. Das Vorbringen der Revision, die Klage sei verspätet erhoben, ist hier auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung von Bedeutung. Verwirkung würde außer längerem Zeitablauf voraussetzen, daß der Beklagte aus dem Zu-

warten der Klägerin das Vertrauen hätte gewinnen dürfen und gewonnen hätte, die Klägerin werde ihre Forderung gegen ihn nicht mehr geltend machen, sowie, daß der Beklagte sich hierauf eingerichtet hätte, (RGZ 158, 100, 107-108), oder daß andere besondere Umstände vorlägen, unter denen die spätere Geltendmachung der Klageforderung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde. Dafür fehlt hier jeder Anhaltspunkt, zumal der Beklagte selbst in hohem Maße gegen Treu und Glauben verstoßen hat.

III. Auf die vom Beklagten im ersten Rechtszug geltend gemachte Aufrechnung braucht nicht mehr eingegangen zu werden. Das Landgericht hat die Aufrechnungsbefugnis des Beklagten verneint. Das Oberlandesgericht hält die Berufung des Beklagten, soweit sie sich hiergegen richtet, für unzulässig, da der Beklagte sie insoweit nicht begründet habe. Die Revision ist auf diesen Punkt nicht mehr zurückgekommen.

B) Zur Anschlußrevision der Klägerin.

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte brauche nur 4 % Zinsen zu zahlen, weil die Klägerin ihre vom Beklagten in der Berufungsinstanz bestrittene Behauptung, sie habe Bankkredite zu 10 % Zinsen in Anspruch genommen, nicht unter Beweis gestellt habe.

II. 1.) Die Anschlußrevision rügt Verletzung der §§ 139, 286 ZPO und trägt vor, der Beklagte habe auch in zweiter Instanz die Zinshöhe nicht bestritten. Jedenfalls aber hätte das Berufungsgericht die Klägerin auf das Fehlen des Beweisantritts hinweisen müssen; die Klägerin würde dann für ihre Behauptung Zeugen benannt haben.

Die Rüge ist begründet. Der Beklagte hatte in erster Instanz die Zinshöhe nicht bestritten. Er hatte in zweiter Instanz gegenüber dem Zinsanspruch schriftsätzlich nur die oben im Tatbestand wiedergegebenen Ausführungen gemacht. Diesen Ausführungen konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß nicht entnehmen, daß der Beklagte nunmehr bestreiten wolle, die Klägerin habe Bankkredite zu 10 % Zinsen in Anspruch genommen.

Wenn es in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils (S. 49 unten) heißt, der Beklagte habe in der Berufungseinstanz diese Behauptung der Klägerin bestritten, so ist das ersichtlich keine tatbestandsmäßige Feststellung, an die das Revisionsgericht nach § 314 ZPO gebunden wäre, sondern lediglich eine Würdigung der oben wiedergegebenen Ausführungen des Beklagten auf Seite 7 seiner Berufungsbeurteilung. Diese Würdigung verstößt aber gegen § 286 ZPO. Die Abweisung der Zinsmehrforderung kann daher keinen Bestand haben; die Sache muß insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Meyer

Dr. Vogt