

Verkündet

am 3. Dezember 1959

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2339 044

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

des Landes Schleswig-Holstein, vertreten durch den Landes-
minister für Wirtschaft und Verkehr,

Klägers, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Regierungsoberbauinspektor Josef D [REDACTED] in B [REDACTED],
zur Zeit in Ka [REDACTED], P.O.B. 11 (A [REDACTED]),

Beklagten, Berufungskläger, Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

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:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts in Schleswig vom 3. Juli 1958 im Kostenpunkt
und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von
1.162,— IM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Regierungsoberbauinspektor bei der Straßenverkehrsdirektion K■■■■, Abteilung Straßenbau (SVD). Sein Dienstherr, das Land Schleswig-Holstein (im folgenden kurz "das Land" genannt), macht gegen ihn eine Reihe von Ersatzforderungen geltend und hat Klage erhoben mit dem Antrag, ihn zur Zahlung von 18.110,16 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. September 1951 zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 6.769,60 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, der Beklagte in vollem Umfang, das Land mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung weiterer 4.391,34 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Neben anderen hier nicht mehr interessierenden Beträgen sind in der Berufungsinstanz 2 Posten der Klageforderung in Höhe von 6.323,74 DM und 1.500 DM streitig gewesen.

Dazu hatte das Land vorgetragen:

Der Beklagte habe in der Zeit von Juli 1949 bis Januar 1950 aus dem dem Land gehörenden Ilo-Forst größere Holzmen- gen aufgekauft und größtenteils an private Firmen weiter- veräußert. Dadurch habe er einen Gewinn von 6.323,74 DM erzielt, der dem Land zustehe. Die Holzverkäufe seien auf Grund von Holzbezugsscheinen des Landes erfolgt, das an einer Be- lieferung der kaufenden Firmen interessiert gewesen sei, weil

diese Firmen für die Straßenbauverwaltung tätig gewesen seien. In jener Summe sei auch ein Betrag von 1.162,-- DM enthalten, den der Beklagte dadurch erzielt habe, daß er von dem Holz aus dem Ilo-Forst, das er für 53,38 DM je fm eingekauft habe, 100 fm an das Straßenbauamt Flensburg, also an das Land, zum Preis von 65,-- DM weiterverkauft habe. Zumindest habe der Beklagte aber dem Land 3.832,40 DM zu ersetzen, die diesem als Selbstkosten dadurch entstanden seien, daß es für den Abtransport des Holzes an die belieferten Firmen Dienstfahrzeuge zur Verfügung gestellt habe.

Ferner habe der Beklagte auf Grund von Holzeinschlagsverträgen mit Forstämtern im Harz für das Land im Herbst 1948 größere Holzmengen gekauft. Davon seien 28,229 fm an die Firma M[REDACTED] in I[REDACTED] weiterverkauft worden. Der Beklagte habe hierfür einen für die SVD ausgestellten Scheck über 1.500,-- DM erhalten. Diesen Scheck habe der Beklagte eingelöst, den Gegenwert aber nicht an das Land abgeführt.

Der Beklagte hat bestritten, einen Gewinn von 6.323,74 DM erzielt zu haben, und im übrigen vorgetragen: Die Holzbeschaffung für die mit der Straßenbauverwaltung arbeitenden Firmen sei im dienstlichen Interesse gelegen und auch mit Einwilligung seiner Vorgesetzten erfolgt. Das Land sei nur nach außen als Käufer aufgetreten; tatsächlich seien die Käufe aber so abgewickelt worden, daß die Firmen das Holz teils unmittelbar, teils durch den Beklagten im voraus bezahlt hätten. Die Käufe seien kassenmäßig nicht über die SVD gegangen.

Ebenso verhalte es sich mit dem Verkauf des Holzes an die Firma M[REDACTED]. Der auf Grund des Schecks abgehobene Betrag sei für die Bezahlung des an diese Firma gelieferten Holzes verwendet worden.



Das Berufungsgericht hat die Berufung des Landes zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten diesen zur Zahlung von nur noch 958,14 DM verurteilt. Im übrigen hat es die Klage, insbesondere auch hinsichtlich der Beträge von 6.323,74 DM und 1.500,-- DM, abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt das Land seinen Anspruch hinsichtlich dieser Beträge, also in Höhe von 7.823,74 DM, weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Ob den Beklagte tatsächlich einen Unterschiedsbetrag von 6.323,74 DM erzielt hat, läßt das Berufungsgericht offen. Es sieht jedenfalls den Anspruch des Landes auf Herausgabe des Betrages als unbegründet an. Ein solcher Anspruch könne insbesondere nicht aus § 667 BGB hergeleitet werden. Es sei nicht festzustellen, daß das Land den Beklagten beauftragt habe, bei der Forstverwaltung Holz zu kaufen und dieses an die Bedarfsträger, u.a. auch an das Straßenbauamt Flensburg, weiter zu verkaufen. Ein solcher Auftrag wäre ungewöhnlich und kaum erklärlich gewesen, denn grundsätzlich hätte es der Landesverwaltung möglich sein müssen, den Bedarfsträgern, insbesondere dem Straßenbauamt Flensburg, das benötigte Holz auf dem verwaltungsüblichen Wege zuzuleiten. Wenn nun das Land es, abweichend von diesem Grundsatz, für sachdienlich gehalten habe, die Durchführung der erforderlichen Holzumsätze unter Umgehung der eigentlich zuständigen Stellen dem Beklagten zu überlassen, der allgemein als "Beschaffungsgenie" gegolten habe, so spiele sich dieser Vorgang "überhaupt nicht mehr auf der Ebene des Rechts ab". Das Land habe damit einen Erfolg erzielen wollen, der sich

auf dem verwaltungsüblichen Weg nicht hätte erreichen lassen und habe demgemäß die SVD und nicht die Bedarfsträger als Käufer vermerken lassen, um Holzscheine zu bekommen.

Die Betrauung des Beklagten mit den Holzumsätzen sei deshalb kein Auftrag im Sinne der §§ 662 ff BGB, sondern eine auf eine "Gefälligkeit" gerichtete Abrede gewesen, so daß die Anwendung des § 667 BGB ausgeschlossen sei. Wäre es anders gewesen, so hätte das Land alsbald nach der Durchführung der Holzgeschäfte von dem Beklagten Auskunft und Rechenschaft fordern müssen und auch gefordert. Das sei aber nicht geschehen.

Selbst wenn aber von einem Auftragsverhältnis ausgegangen werde, so bleibe doch die Vorschrift des § 667 BGB unanwendbar, denn diese müsse nach dem Sinn des Auftrags als abgedungen gelten. Die Straßenbauverwaltung habe den gewählten Weg nicht eingeschlagen, um Gewinne zu erzielen - was ungewöhnlich und verwaltungs- und buchungstechnisch kaum durchführbar gewesen wäre -, sondern um einerseits die mit ihr arbeitenden Firmen zu versorgen, andererseits aber nichts oder möglichst wenig mit den nicht in ihren Geschäftsbereich fallenden Holzgeschäften zu tun zu haben. Darauf habe sich der Beklagte einrichten und annehmen dürfen, daß er der SVD wegen der Holzgeschäfte keine Auskunft und Rechenschaft zu erteilen habe.

Das Land könne den Betrag auch nicht nach §§ 812, 816 BGB fordern. Selbst wenn davon ausgegangen werde, daß der Beklagte einen Unterschiedsbetrag in der beanspruchten Höhe eingenommen habe, so sei nicht erwiesen, daß ihm dieser als Gewinn verblieben sei. Es bleibe denkbar, daß der Beklagte, wie er behaupte, dieses Geld auch zum Ankauf von Holz aus privater Hand, ferner dazu verwendet habe, um Verluste aus Diebstahl abzudecken und Kosten für das Rücken von Holz zu bestreiten. Es fehle daher an einem lückenlosen Beweis für den von dem Land behaupteten Gewinn.

2) Den hiergegen gerichteten Rügen der Revision muß
- abgesehen von dem Betrag von 1.162,-- DM, auf den noch
zurückzukommen sein wird - im Ergebnis der Erfolg versagt
werden.

a) Mit Recht beanstandet zwar das Land die Auffassung des
Berufungsgerichts, daß es sich bei der Abwicklung der Holz-
geschäfte durch den Beklagten nicht um einen Auftrag, son-
dern um eine "nicht mehr auf der Ebene des Rechts" sich ab-
spielende "Gefälligkeit" des Beklagten gehandelt habe. Das
Land hatte ein erhebliches dienstliches Interesse daran, daß
die mit der Straßenbauverwaltung arbeitenden Firmen mit Holz
versorgt wurden, damit sie ihrerseits in der Lage waren, für
die Straßenbauverwaltung tätig zu sein. Diesen Zweck glaubte
das Land, wie das Berufungsgericht feststellt, nicht auf dem
verwaltungsüblichen Weg erreichen zu können, und hat deshalb
den Beklagten mit dieser Holzbeschaffung betraut.

Es kann nun nicht gesagt werden, daß die Tätigkeit des
Beklagten nur eine "Gefälligkeit" gewesen sei, die sich dem
Land gegenüber "nicht mehr auf der Ebene des Rechts" abge-
spielt habe. Der Beklagte hatte zwar offenbar bis zu einem
gewissen Grad freie Hand, doch war seine Tätigkeit dennoch
durch den Zweck, der mit diesen Geschäften vom Land verfolgt
wurde, beschränkt. Er war - bei Weiterzahlung seines vollen
Gehalts - ermächtigt, seine Arbeitskraft längere Zeit in er-
heblichem Umfang diesen Geschäften zu widmen; er war weiter-
hin ermächtigt, die Holzumsätze nach außen als Käufer und
Verkäufer abzuwickeln, um auf diese Weise die erforderlichen
Holzmengen zu erhalten. Infolgedessen hatte er dann aber auch
nicht die Stellung irgend eines privaten Holzhändlers, sondern
er war verpflichtet, im Sinne des von dem Land verfolgten
Zweckes tätig zu sein. So gesehen kann diese von seiner Be-
hörde erteilte Ermächtigung nicht anders als ein dienstlicher

Auftrag beurteilt werden, der mit Rechten und Pflichten verbunden war.

Damit erledigt sich die in der zweiten Revisionsbegründung vom 4. März 1959 enthaltene, auf Verletzung des § 139 ZPO gestützte Rüge.

b) Daraus folgt aber noch nicht ohne weiteres die Pflicht des Beklagten, das durch den Auftrag Erlangte an das Land herauszugeben (§ 667 BGB). Diese Pflicht kann abgedungen werden. Die von dem Berufungsgericht hilfsweise getroffene Feststellung, daß dies hier der Fall gewesen sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie liegt auf dem Gebiet der tatsächlichen Würdigung und ist auch immerhin möglich. Der von dem Land mit dem Auftrag verfolgte Zweck ging dahin, die mit der Straßenbauverwaltung arbeitenden Firmen mit Rohstoffen zu versorgen, damit sie im Interesse des Landes tätig sein konnten. Es ist nicht ersichtlich, daß das Land auch den weiteren Zweck verfolgte, aus der Vermittlung des Holzes an Privatfirmen Gewinn zu erzielen. Das würde auch, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist, nicht zu dem Aufgabenkreis der Straßenbauverwaltung gehören. Es ist auch nicht ersichtlich und von dem Land nicht vorgetragen worden, daß es dem Beklagten verboten war, von den belieferten Firmen für das Holz einen über dem Einkaufspreis liegenden Preis zu verlangen, sofern dieser - wie hier unbestritten - noch angemessen war. Ein solcher "Gewinn" hätte unter Umständen sogar berechtigt gewesen sein können, da, wie das Berufungsgericht ausführt, dem Beklagten nicht widerlegt werden kann, daß ihm bei den Holzumsätzen durch Verluste infolge Diebstahls, für das Rücken von Holz u.a. Unkosten entstanden sind, die ausgeglichen werden mußten. Der Beklagte hat also möglicherweise keinen wirklichen Gewinn oder wenigstens keinen Gewinn in der Höhe des eingeklagten Betrages erzielt.

Für die Auffassung des Berufungsgerichts spricht auch, daß nach seinen in der Revision nicht angegriffenen Feststellungen die Ausgaben und Einnahmen aus den für die Privatfirmen getätigten Holzumsätzen nicht über die Kasse der SVD gingen, sondern von dem Beklagten unmittelbar abgewickelt wurden und daß das Land von dem Beklagten auch nicht alsbald nach der Abwicklung der Holzumsätze Auskunft und Rechenschaft verlangt hat. Dem kann auch nicht, wie das Land meint, entgegengehalten werden, daß eine solche Abrechnung deshalb nicht erforderlich gewesen sei, weil der Beklagte keinen Gewinn habe erzielen dürfen, denn nach dem Ausgeführten war nicht ausgeschlossen, daß durch Verluste und Unkosten eine glatte Abwicklung auf der Grundlage des Einkaufspreises nicht möglich war.

Die von dem Berufungsgericht getroffene Auslegung des Vertrags, daß das Land nicht beabsichtigte, von dem Beklagten das aus den Holzumsätzen etwa Erlangte herauszuverlangen, ist somit immerhin möglich und infolgedessen für das Revisionsgericht bindend.

c) Aus diesem Grund muß auch ein Anspruch des Landes aus ungerechtfertigter Bereicherung entfallen. Insbesondere kann nicht gesagt werden, daß der Beklagte unrechtmäßig über Eigentum des Landes verfügt habe.

3) Ein anderes muß freilich für die Lieferung von 100 fm Holz an das Straßenbauamt Flensburg gelten.

Die Beschaffung von Holz für eine Behörde des Landes, zudem noch für eine der SVD unterstellte Behörde, gehörte in deren verwaltungsmäßigen Aufgabenbereich. In einem solchen Falle wäre es nicht nur nicht üblich, sondern geradezu pflichtwidrig gewesen, wenn es dem Beklagten als dem mit

der Beschaffung des Holzes beauftragten Beamten gestattet gewesen wäre, von der belieferten Behörde einen über dem Einkaufspreis liegenden Preis zu verlangen und den Unterschiedsbetrag zu behalten. Es kann deshalb nicht angenommen werden, daß die dem Beklagten erteilte Ermächtigung des Landes zu einer freien Preisgestaltung sich auch auf die Lieferung an das Straßenbauamt Flensburg bezogen habe. Dabei ist es unerheblich, daß der Beklagte diese Lieferung bei Gelegenheit der Holzbeschaffung für die Privatfirmen abgewickelt hat. Das ist ein zufälliger Umstand, der rechtlich ohne Bedeutung ist.

Der Beklagte war daher nicht berechtigt, von dem Straßenverkehrsamt Flensburg sich mehr bezahlen zu lassen, als das Holz ihn kostete. Er ist somit verpflichtet, die aus dieser Lieferung erzielte Preisdifferenz an das Land abzuführen (§ 667 BGB). Diese beträgt nach dem anscheinend nicht bestrittenen Vortrag des Klägers für 100 fm bei einem Einkaufspreis von 53,38 DM und einem Verkaufspreis von 65,— DM für den fm insgesamt 1.162,— DM.

Das angefochtene Urteil kann daher insoweit nicht aufrechterhalten werden. Indessen ist der Senat noch nicht in der Lage, in diesem Umfang der Klage jetzt schon stattzugeben. Der Beklagte hat vorgetragen, daß ihm bei den gesamten Holzumsätzen Unkosten und Verluste entstanden seien; das Berufungsgericht hat das auch als nicht widerlegt angesehen. Diese Kosten könnte er unter dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes (§ 670 BGB) von dem erzielten "Gewinn" möglicherweise (anteilmäßig) absetzen. Dafür, ob und in welchem Umfang solche abzugsfähigen Kosten entstanden sind, ist allerdings der Beklagte beweispflichtig. Das Berufungsgericht wird darüber noch zu befinden haben.

4) Das Land hat noch hilfsweise geltend gemacht, daß, wenn schon der Beklagte von den Firmen einen Mehrpreis hätte verlangen dürfen, er jedenfalls in erster Linie zur Deckung der Unkosten des Landes hätte verwendet werden müssen, die dadurch entstanden seien, daß das Land das Holz mit Dienstfahrzeugen an die Käufer abtransportiert habe, und die sich auf 3.832,40 DM beliefen.

Das Berufungsgericht hält auch diesen Anspruch für nicht begründet. Es sei nicht erwiesen, daß das Land mit dem Beklagten einen Beförderungsvertrag abgeschlossen habe. Es sei auch nicht festzustellen, daß die Lieferungen an die Firmen "frei Platz" vereinbart worden seien und der Beklagte dann unter schuldhafter Verletzung seiner Dienstaufgaben einer dahingehenden Erfüllungspflicht gegenüber den Firmen auf Kosten des Landes nachgekommen sei. Ebensowenig sei es bewiesen, daß der Beklagte schuldhaft unbefugt die Fahrzeuge des Landes eingesetzt habe.

Diese Darlegungen sind von dem Land mit seiner Revision nicht angegriffen worden. Sie begegnen auch keinen durchgreifenden Bedenken.

II.

Der Beklagte hat, wie er selbst nicht bestreitet, von der Firma M. einen auf den Namen des Landes ausgestellten Scheck über 1.500,-- DM eingelöst und diesen Betrag nicht an das Land abgeführt. Er hat dazu vorgetragen, er habe das Geld dazu verwendet, um das von dieser Firma gekaufte Holz bei der Forstverwaltung zu bezahlen.

Das Berufungsgericht hält den Anspruch des Landes auf Bezahlung dieser 1.500 DM ohne Rechtsfehler für unbegründet. Es verkennt nicht die Beweislast des Beklagten dafür, daß er

dazu berechtigt gewesen sei, das Geld nicht an das Land abzuführen, geht aber angesichts der Art der Abwicklung der übrigen Holzgeschäfte davon aus, daß auch der Holzkauf der Firma M. nicht über die Kasse des Landes abzuwickeln war. Das Land behaupte selbst nicht, mit dem Kaufpreis für dieses Holz von der Forstverwaltung im Harz belastet worden zu sein. Der Beklagte habe deshalb das Geld unmittelbar zur Bezahlung der an die Firma M. gegangenen Holzlieferung verwenden dürfen.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Der Beklagte ist auch nach dem unter I Ausgeführten nicht verpflichtet, einen etwaigen Differenzbetrag aus diesem Geschäft an das Land abzuführen.

III.

Der Revision des Landes ist infolgedessen insoweit stattzugeben, als die Klage in Höhe von 1.162,— DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. In diesem Umfang und im Kostenpunkt ist das Urteil daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen ist die Revi-

sion als unbegründet zurückzuweisen. .

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Meyer Dr. Vogt