

VII ZR 27/60

Verkündet
am 22. Juni 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2211 059

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

des Kaufmanns Wolfgang A. He[REDACTED], H[REDACTED], M[REDACTED]weg[REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft A. H[REDACTED] & Co., H[REDACTED],
B[REDACTED] M[REDACTED], vertreten durch die Gesellschafter
August I. Q[REDACTED] und Anni Q[REDACTED] geb. W[REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu
Hamburg vom 3. November 1959 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war der persönlich haftende Gesellschafter der inzwischen aufgelösten und am 4. Januar 1956 im Handelsregister gelöschten Kommanditgesellschaft W. He [REDACTED] und Co., einer Ex- und Importfirma (im folgenden: "Fa. He [REDACTED]"). Einziger Kommanditist der Gesellschaft mit einer Einlage von 10.000 DM war der Vater des Beklagten, Ludwig He [REDACTED].

Die Klägerin ist eine Fachimportfirma für Bienenhonig.

Am 13. Juli 1954 bestätigte die Firma He [REDACTED] der Klägerin den Abschluß folgender Vereinbarung: Die Firma He [REDACTED] sollte der Klägerin Einfuhrlizenzen im Betrage von 500.000 US-Dollars zum Ankauf von Bienenhonig aus USA/Mexico/Kuba, lieferbar ab 26. Juli 1954, beschaffen gegen Zahlung einer Vergütung von 13. 1/4 % = 278.581,25 DM.

Der Beklagte hat in diesem Zusammenhang behauptet, Ministerialdirektor Dr. S [REDACTED] vom Bundesernährungsministerium habe ihm am 9. Juli 1954 die Gewährung von Einfuhrlizenzen zu diesem Termin und in dieser Höhe fest zugesagt, und zwar als Entschädigung für eine Benachteiligung der Firma He [REDACTED] durch den Bund bei früheren Auslandsgeschäften.

In den folgenden Monaten kaufte die Klägerin entsprechende Mengen Honig in Übersee ein und leistete an die Firma He [REDACTED] Teilzahlungen auf die vereinbarte Vergütung in Höhe von insgesamt 98.500 DM, wovon inzwischen 5.000 DM zurückgezahlt sind.

Die angeblich fest zugesagten Einfuhrlizenzen wurden nicht erteilt. Die Klägerin geriet dadurch im Herbst 1954 in Schwierigkeiten, weil ein Teil des Honigs bereits ver-

schiff war. Auf Grund einer Verhandlung der Parteien mit den zuständigen Sachbearbeitern im Bundesernährungsministerium vom 26. Oktober 1954 wurde der Klägerin am 11. November 1954 eine Transitgenehmigung über 200.000 US-Dollars erteilt, um zunächst eine Ausschiffung der schwimmenden Partien zu ermöglichen.

Am 18. Dezember 1954 verhandelten die Parteien mit der Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft in Frankfurt am Main, um eine Umwandlung der Transitlizenz in eine Einfuhrlizenz zu erwirken, jedoch ohne Erfolg. Die Klägerin verschaffte sich darauf im Januar 1955 anderweit US-Dollars und führte für 200.000 Dollars Honig nach Deutschland ein.

Die Klägerin hat von der Firma He[REDACTED] Rückzahlung der 98.500 DM, abzüglich der bereits zurückgezahlten 5.000 DM, gefordert. In einem Vorprozeß (24 O 37/55 LG Hamburg = 2 U 198/55 OLG Hamburg) hat die Klägerin hiervon einen Teilbetrag von 52.659,86 DM nebst 9,5 % Zinsen seit dem 15. Februar 1955 eingeklagt. Das Landgericht hat die Firma He[REDACTED] am 3. Juni 1955 antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat ihre Berufung am 16. August 1955 zurückgewiesen. Die Firma He[REDACTED] hat dagegen keine Revision eingelegt.

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin den Beklagten als damaligen persönlich haftenden Gesellschafter der Firma He[REDACTED] in Höhe eines Teilbetrages von 5.000 DM nebst Zinsen aus der im Vorprozeß eingeklagt gewesenen Teilforderung in Anspruch.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und hat in der Berufungsinstanz Widerklage erhoben mit den Anträgen:



die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 20.000 DM (Teilbetrag) nebst 8,5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1955 zu zahlen,

hilfsweise:

festzustellen, daß der Klägerin Zahlungs- und/oder Regreßansprüche gegen den Beklagten weder aus dem von der Klägerin mit der Firma W. He[REDACTED] & Co. am 13. Juli 1954 abgeschlossenen Honigeinfuhrgeschäft noch aus dem am 26. Oktober 1954 vereinbarten conta-a-meta-Geschäft wegen Honigeinfuhren zwischen der Klägerin und dem Beklagten zustehen.

Der Beklagte hat geltend gemacht: Der im Vorprozeß eingeklagte Anspruch der Klägerin gegen die Firma He[REDACTED] habe nicht bestanden. Die Rechtskraft der im Vorprozeß ergangenen Urteile stehe einer erneuten Nachprüfung dieser Frage im vorliegenden Rechtsstreit nicht entgegen. Die Vereinbarung vom 13. Juli 1954 sei am 26. Oktober 1954 dahin abgeändert worden, daß die Klägerin die jetzt von ihr zurückgeforderten Beträge damals nicht an die Firma He[REDACTED] für die Beschaffung von Importlizenzen im Betrage von 500.000 US-Dollars, sondern an ihn persönlich für die Beschaffung der am 11. November erteilten Transitlizenz in Höhe von 200.000 US-Dollars, somit nicht ohne Rechtsgrund, gezahlt habe.

Hilfsweise hat der Beklagte mit angeblichen Gegenforderungen in Höhe von 202.951 DM aufgerechnet. Diese hat er daraus hergeleitet, daß die Klägerin ihm am 26. Oktober 1954 eine hälftige Gewinnbeteiligung (a meta) aus der Durchführung des 500.000 Dollar-Honiggeschäfts versprochen habe, gleichviel, auf welche Weise es durchgeführt werde. Da die Klägerin in Höhe von 200.000 Dollars das Geschäft später durchgeführt habe, schulde sie ihm die vereinbarte Gewinnbeteiligung hieraus. In Höhe der restlichen 300.000 Dollars habe die Klägerin die Durchführung des Geschäfts schuldhaft unterlassen und sei ihm deshalb schadensersatzpflichtig.

Mit dem Zahlungsantrag der Widerklage hat der Beklagte je 10.000 DM Teilbetrag der beiden vorgenannten angeblichen Gegenforderungen geltend gemacht.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurück- und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Berufungsanträge weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte könne wegen der Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils nach § 129 Abs. 1 HGB im vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr mit Einwendungen gehört werden, welche nicht in seiner Person begründet seien und auch von der Firma He [REDACTED] nicht mehr erhoben werden könnten.

Die Revision greift das an. Hierauf braucht jedoch nicht eingegangen zu werden. Denn das Berufungsgericht beschränkt sich nicht auf den Hinweis dieser Wirkung der Vorprozeßurteile, sondern nimmt in den Gründen seines Urteils auch sachlich zu den vom Beklagten gegen die Klageforderung erhobenen Einwendungen sowie zu dem Vortrag des Beklagten zur Widerklage Stellung. Die insoweit rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts tragen seine Entscheidung.

2) Der Vortrag des Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit weicht vom Vorbringen der Firma He[REDACTED] im Vorprozeß wesentlich ab. Der Beklagte hat behauptet: Der Vertrag zwischen der Klägerin und der Firma He[REDACTED] vom 13. Juli 1954 sei von den Beteiligten am 26. Oktober 1954 abgeändert worden. Anstelle der Firma He[REDACTED] sei der Beklagte persönlich Vertragspartei geworden. Es habe nicht mehr eine Importlizenz von 500.000 Dollars, sondern nur noch eine Transitlizenz von 200.000 Dollars beschafft werden sollen. Die von der Klägerin an den Beklagten z.T. bereits gezahlten, z.T. damals noch zu zahlenden Beträge hätten als an den Beklagten persönlich (nicht als Vertreter der Firma He[REDACTED]) geleistet gelten bzw. demnächst an ihn persönlich gezahlt werden sollen.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme diese Behauptungen des Beklagten als nicht erwiesen angesehen. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen, wird auch von der Revision nicht angegriffen. Die Beweislast für eine nachträgliche Abänderung des Vertrages vom 13. Juli 1954 trifft den Beklagten. Angesichts der Nichterweislichkeit seines Vorbringens ist davon auszugehen, daß der Vertrag vom 13. Juli 1954 auch über den 26. Oktober 1954 hinaus unverändert fortbestanden hat. Dann aber hat die Klägerin die von ihr in der Zeit von Ende September bis Anfang Dezember 1954 an den Beklagten gezahlten Beträge an diesen als an den Vertreter der Firma He[REDACTED] gezahlt und zwar als Vorschüsse auf die Vergütung, welche der Firma He[REDACTED] nach der Vereinbarung vom 13. Juli 1954 zugestanden hätte, wenn sie der Klägerin die versprochenen Importlizenzen über 500.000 Dollars beschafft hätte. Da sie unstrittig diese Importlizenzen nicht beschafft hat und eine künftige Durchführung des Geschäfts nicht mehr in Betracht kommt, ist sie der Klägerin entweder aus den

§§ 323 ff BGB oder aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse verpflichtet. Für diese Schuld der Firma He[REDACTED] haftet der Beklagte nach den §§ 161 Abs. 2, 128 HGB, weil er unstreitig im Zeitpunkt ihrer Entstehung persönlich haftender Gesellschafter der Firma He[REDACTED] war.

Der Einwand des Beklagten, die Firma He[REDACTED] sei nicht auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert, geht demnach fehl, ohne daß es noch darauf ankommt, ob dem Beklagten dieser Einwand schon durch § 129 Abs. 1 HGB abgeschnitten wäre.

3) Der Beklagte hat im vorliegenden Rechtsstreit behauptet, er habe am 26. Oktober 1954 mit der Klägerin vereinbart, daß diese bei einer Durchführung des 500.000 Dollar-Honiggeschäfts, gleichviel, in welcher Weise es durchgeführt werde, ihn persönlich (nicht die Firma He[REDACTED], wie diese im Vorprozeß behauptet hatte) am Gewinn beteiligen werde. Darauf stützt er sowohl seinen Gegenanspruch auf Gewinnbeteiligung aus diesem Geschäft, soweit es die Klägerin in Höhe von 200.000 Dollars später in anderer Weise als ursprünglich geplant durchgeführt hat, als auch seinen Gegenanspruch auf Schadensersatz, soweit das Geschäft von der Klägerin in Höhe der restlichen 300.000 Dollars überhaupt nicht durchgeführt worden ist. Beide Ansprüche sind Grundlage seiner Aufrechnung gegen die Klage und seiner Widerklage.

a) Der Beklagte hat demnach im gegenwärtigen Rechtsstreit selbst nicht vorgetragen, die Klägerin habe der Firma He[REDACTED] am 26. Oktober 1954 eine Gewinnbeteiligung versprochen. Wenn die Revision das jetzt etwa behaupten will, so kann sie mit diesem neuen tatsächlichen Vorbringen in der Revisions-

instanz nicht mehr gehört werden. Die Firma He[REDACTED] hatte zwar im Vorprozeß eine dahingehende Behauptung aufgestellt. Das ändert aber nichts daran, daß der Beklagte in den Tatsacheninstanzen dieses Rechtsstreits derartiges nicht behauptet hat. Er ist daher jetzt gehindert, in der Revisionsinstanz eine solche Behauptung nachzuschieben. Seine eigene Sachdarstellung in den Vorinstanzen dieses Prozesses ist mit der Behauptung über die Abrede einer Gewinnbeteiligung der Firma He[REDACTED] schlechthin unvereinbar und kann auch nicht hilfsweise einen Anspruch dieser Firma ergeben. Der Kläger hat mit der von ihm behaupteten Vereinbarung vom 26. Oktober 1954 einen ganz neuen Klagegrund vorgebracht, aus dem nach seinem Vortrag nur ihm persönlich, nicht aber der Firma He[REDACTED] Ansprüche erwachsen sein können. Unter diesen Umständen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, den Beklagten zu fragen, ob er nicht Ansprüche der Firma He[REDACTED] hilfsweise behaupten wolle.

Da die Firma He[REDACTED] also nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten in den Tatsacheninstanzen dieses Prozesses keine Gegenansprüche hat, mit denen sie gegen die Klageforderung hätte aufrechnen können, kommt es auch insoweit nicht auf eine etwaige Bindungswirkung der Vorprozeßurteile gegen den Beklagten gemäß § 129 Abs. 1 HGB an. Aus demselben Grunde geht die Rüge der Revision ins Leere, das Berufungsgericht hätte aufklären müssen, daß Ansprüche der Firma He[REDACTED] bei deren Auflösung auf ihn (Beklagten) übergegangen seien. Darauf konnte es nicht ankommen, da nach dem eigenen Vortrag des Beklagten Ansprüche der Firma He[REDACTED] nicht in Betracht kamen.

b) Das Berufungsgericht hält die oben wiedergegebene Behauptung des Beklagten über seine persönliche Gewinnbeteiligung ebenfalls für nicht erwiesen. Auch dagegen

bringt die Revision nichts vor. Damit steht aber fest, daß der Beklagte keine eigenen Ansprüche auf Gewinnbeteiligung oder Schadensersatz aus einer Vereinbarung der Parteien vom 26. Oktober 1954 hat, mit denen er gegen die Forderung der Klägerin aufrechnen und deren überschießenden Teil er im Wege der Zahlungswiderklage verfolgen könnte.

c) Unter diesen Umständen braucht nicht auf die vom Berufungsgericht nicht erörterte Frage eingegangen zu werden, ob, was die Klägerin geltend gemacht hat, der Beklagte die Zahlungen der Klägerin an ihn durch Betrug erschlichen hat und seiner Aufrechnung gegen die dann auch aus den §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB begründete Forderung der Klägerin der § 393 BGB entgegensteht.

4) Die Revision trägt vor: Der Schriftwechsel lasse es kaum zweifelhaft erscheinen, daß die Klägerin dem Beklagten für die Beschaffung der Transitlizenz eine Vergütung zugesagt habe, selbst wenn darüber nicht ausdrücklich gesprochen worden sein sollte. Da der wirtschaftliche Erfolg der beschafften Transitlizenz nach der Behauptung des Beklagten der gleiche gewesen sei wie der der Importlizenz, welche die Firma He[REDACTED] ursprünglich beschaffen sollte, so sei die Klägerin bei verständiger Auslegung des Vertrags verpflichtet, die gleiche Vergütung, die sie der Firma He[REDACTED] für die Importlizenz versprochen hatte, nun dem Beklagten für die Transitlizenz zu zahlen.

Diese Behauptungen lassen sich mit den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vereinbaren. Abgesehen davon, daß die beschaffte Transitlizenz der Höhe nach weniger als die Hälfte der erstrebten Importlizenz betrug, war der wirtschaftliche Erfolg auch im übrigen nicht der gleiche. Denn mit der Transitlizenz war nur die Erlaubnis zur Durchfuhr des von der Klägerin gekauften Honigs durch das Bundesgebiet

erteilt, nicht aber die von der Klägerin erstrebte Genehmigung zur Einfuhr, d.h. zur Weiterveräußerung der Ware innerhalb des Bundesgebiets zum Inlandsverbrauch. Auch die unstreitigen späteren Bemühungen der Parteien, eine Umwandlung der Transit- in eine Importlizenz zu erreichen, zeigen, daß der wirtschaftliche Erfolg der beiden Lizenzen verschieden war.

5) Die Klägerin hatte sich im Vorprozeß zunächst, über ihren Rückzahlungsanspruch von 98.500 DM hinaus, noch eines weiteren Schadensersatzanspruchs von 10.440 DM gegen die Firma He[REDACTED] berührt. Sie hat diesen Anspruch aber noch im Laufe des Vorprozesses fallen gelassen, und beide Parteien sind in der Folgezeit darauf nicht mehr zurückgekommen. Demgemäß erstreckt sich das Berufungsurteil im vorliegenden Rechtsstreit auch nicht auf diese Schadensersatzforderung der Klägerin.

6) Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen den Beklagten beschwerenden materiellen Rechtsfehler erkennen läßt, ist die Revision zurückzuweisen, ohne daß es noch auf das sonstige, im Vorstehenden nicht behandelte Vorbringen der Revision ankommt.

Das Kostenurteil folgt als § 97 ZPO.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann

Bundesrichter Dr. Heimann-
Trosien ist erkrankt und
kann deshalb nicht unter-
schreiben.

Erbel

Glanzmann

Meyer

Dr. Vogt