

Verkündet
am 15. Dezember 1958
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

des Kaufmanns Kurt W [REDACTED], A [REDACTED], H [REDACTED]weg [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Eheleute Werner K [REDACTED] und Gabriele K [REDACTED] geb.
We [REDACTED], beide in Ko [REDACTED], Am I [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 10. Januar 1958 insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als 5.837,44 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 19. August 1956 zu zahlen und mehr als 4/5 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Wegen eines Betrages von 1.459,36 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 19. August 1956 wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Mit ihrem Zinsanspruch in Höhe von 1 % aus 7.296,80 DM werden die Kläger unter Abänderung des Urteils der Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Koblenz vom 8. April 1957 abgewiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 4/5 zu tragen. Die Entscheidung über das letzte Fünftel bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betrieb bis 19. August 1956 unter seinem Namen in A[REDACTED] ein Lebensmitteleinzelhandelsgeschäft. Wirklicher Inhaber des Geschäfts war jedoch die Lebensmittel-großhandlung Ka[REDACTED] & Co. KG in Ko[REDACTED], und der Beklagte führte nur das Geschäft für Rechnung dieser Firma gegen ein Entgelt in Höhe von 4 1/2 % des Umsatzes. Als im Jahre 1955 über das Vermögen der Firma Ka[REDACTED] das Vergleichsverfahren eröffnet wurde, erwarben die Kläger von dem Vergleichsverwalter Li[REDACTED] gegen Ende September 1955 das von dem Beklagten betriebene Geschäft zum 15. Oktober 1955 als Stichtag.

Am 15. Oktober 1955 wurde der Waren-, Kassen- und Forderungsbestand des Geschäfts aufgenommen. Dabei waren u.a. der Kläger Werner K[REDACTED], zwei Angestellte der Firma Ka[REDACTED] sowie der Beklagte beteiligt. Diese Inventur diente u.a. als wesentliche Grundlage für die Berechnung des Übernahme-preises.

Vom 15. Oktober 1955 ab teilte der Beklagte, so wie er es bisher der Firma Ka[REDACTED] gegenüber getan hatte, nunmehr den Klägern die Tageseinnahmen sowie alle Belege und Abrechnungen mit. Auch erschienen in dieser Zeit der Kläger K[REDACTED] oder dessen Beauftragter öfters bei dem Beklagten, um sich über den Geschäftsgang zu unterrichten.

Am 19. August 1956 schied der Beklagte aus dem Geschäft aus und übergab es den Klägern. Es wurde deshalb an demselben Tage eine neue Bestandsaufnahme durchgeführt, die gegenüber der Inventur vom 15. Oktober 1955 einen Fehlbetrag von 7.296,80 DM ergab.

Die Kläger verlangen von dem Beklagten Ersatz des Fehlbetrags. Sie haben Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung von 7.296,80 DM nebst 5 % Zinsen ab 19. August 1956 zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat vorgetragen, es sei zwischen ihm und den Klägern nie zu einem Vertragsabschluß gekommen. Von einem Geschäftskauf durch die Kläger sei ihm nichts bekannt gewesen. Er habe die Kläger lediglich für Kaufinteressenten gehalten und ihnen deshalb - im Einverständnis mit dem Vergleichsverwalter - die Geschäftsunterlagen ausgehändigt. Die Inventur vom 15. Oktober 1955 brauche er auch nicht gegen sich gelten zu lassen, da sie nur das Verhältnis der Firma Ka[REDACTED] zu den Klägern betroffen habe. Im übrigen seien bei dieser Inventur auf Veranlassung der Firma Ka[REDACTED] falsche Aufstellungen gemacht worden, um einen höheren Warenbestand auszuweisen. In einem nachgelassenen Schriftsatz in der ersten Instanz hat der Beklagte noch um Prüfung der Frage der Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts gebeten, da möglicherweise das Arbeitsgericht zuständig sei.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Seine Berufung wurde von dem Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Kläger beantragen Zurückweisung der Revision. Hilfsweise beantragen sie die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Arbeitsgericht.



Entscheidungsgründe:

1) a) Dem Beklagten wurde in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 25. März 1957 nachgelassen, sich binnen einer Frist von 8 Tagen zu dem Schriftsatz der Kläger vom 18. März 1957 noch zu erklären. Daraufhin hat der Beklagte am 1. April 1957 einen Schriftsatz vom 30. März 1957 eingereicht. Nach längeren Ausführungen zur Sache schreibt der Beklagte am Ende dieses Schriftsatzes noch:

"Auch ist nach Auffassung der 2. Kammer im Parallelprozeß - 2 O 352/56 - möglicherweise das Arbeitsgericht zuständig.... Die Frage der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist wegen der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichts jederzeit im Verfahren zu prüfen."

Das Landgericht hat sich zu der Frage der Zuständigkeit nicht geäußert. In der Berufungsbegründung hat der Beklagte erneut auf die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts hingewiesen und sich dabei auf die Rechtsauffassung der 2. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz berufen, die inzwischen in dem erwähnten Parallelprozeß der Firma Kallfelz gegen den Beklagten durch Urteil vom 12. Juli 1957 die Klage abgewiesen hatte, weil der Beklagte zu der Firma Kallfelz in einem Verhältnis als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des ArbGG gestanden habe und somit für Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis die ordentlichen Gerichte nicht zuständig seien. Durch Urteil vom 3. Dezember 1957 hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz diese Rechtsauffassung bestätigt und auf den inzwischen gestellten Verweisungsantrag der damaligen Klägerin den Rechtsstreit an das zuständige Arbeitsgericht Neuwied verwiesen.

Das Berufungsgericht hat im gegenwärtigen Rechtsstreit seine Zuständigkeit bejaht. Zu der Frage, ob der Beklagte zu den Klägern im Verhältnis eines Arbeitnehmers oder einer arbeitnehmerähnlichen Person gestanden hat, hat es keine Stellung genommen; denn es ist der Auffassung, daß sich der Beklagte im Hinblick auf § 528 Satz 2 ZPO jedenfalls nicht mehr auf die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte berufen könne. Der Beklagte habe in der ersten Instanz die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht beanstandet. Er habe zwar in dem ihm vorbehaltenen Schriftsatz ausgeführt, daß nach Auffassung einer anderen Kammer des erstinstanzlichen Gerichts "möglicherweise" das Arbeitsgericht zuständig sei; darin könne aber nicht das Vorbringen einer Einrede im Sinne von § 528 Satz 2 ZPO gesehen werden. Der Beklagte hätte vielmehr eindeutig zum Ausdruck bringen müssen, daß er das Landgericht in Koblenz für unzuständig halte und daß er unter allen Umständen eine Prüfung der sachlichen Zuständigkeit durch das Gericht begehre. Daß der Beklagte seine Rüge nicht rechtzeitig in der ersten Instanz vorgebracht habe, sei auch schuldhaft gewesen.

b) Die hiergegen gerichtete Rüge der Revision ist nicht begründet.

Nach § 528 Satz 2 ZPO kann die Frage der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte von dem Berufungsgericht nur dann geprüft und berücksichtigt werden, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte in der ersten Instanz geltend gemacht hatte oder wenn er glaubhaft macht, daß er ohne Verschulden außerstande war, sie im ersten Rechtszuge vorzubringen.

Mit Recht sieht das Berufungsgericht diese Voraussetzungen als nicht gegeben an.

Will der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erheben, so bedarf es dazu einer eindeutigen Erklärung. Es genügt, wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, nicht ein Hinweis auf die "Möglichkeit" der Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß das Gericht im ersten Rechtszuge von Amts wegen verpflichtet war, die Frage, ob das Arbeitsgericht zuständig sei, zu prüfen; denn das Gesetz will gemäß der Bestimmung des § 528 Satz 2 ZPO in der Berufungsinstanz die Einrede der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ebenso behandelt wissen wie eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede.

Der Vortrag der Revision, der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe die Einrede schon mündlich in erster Instanz vor Einlassung zur Hauptsache im Termin zur mündlichen Verhandlung erhoben, dies sei irrtümlich nicht protokolliert worden, kann nicht berücksichtigt werden; denn der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils weist hierüber nichts auf, und der Beklagte hat auch nicht eine Berichtigung des Tatbestands beantragt (§ 314 ZPO).

Mit Recht sieht das Berufungsgericht es auch als nicht unverschuldet an, daß der Beklagte es unterlassen hat, die Einrede in der ersten Instanz rechtzeitig und eindeutig zu erheben. Der Beklagte hatte, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, in dem ähnlich gelagerten Rechtsstreit Ka. / W. schon geraume Zeit vor der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug des gegenwärtigen Rechtsstreites diese Einrede erhoben; es war ihm also damals schon bekannt oder mußte ihm jedenfalls bekannt sein, daß die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts auch in dem jetzigen Rechtsstreit zweifelhaft sein konnte. Er hätte deshalb ohne weiteres die Einrede der Unzuständigkeit rechtzeitig erheben können.

2) a) In der Sache selbst stellt das Berufungsgericht fest, daß der Beklagte mit den Klägern stillschweigend einen Vertrag geschlossen hat, auf Grund dessen er das Andernacher Lebensmittelgeschäft mit Wirkung vom 15. Oktober 1955 unter den gleichen Bedingungen wie zuvor für die Firma Ka-
nunmehr für die Kläger weiterführte. Diese Feststellung, zu der das Berufungsgericht auf Grund einer eingehenden Würdigung des Sachverhalts gelangt ist, wird von der Revision nicht angegriffen und weist auch keinen Rechtsfehler auf.

b) Das Berufungsgericht stellt weiter fest, nach dem stillschweigend erklärten Willen beider Parteien habe die Inventur vom 15. Oktober 1955 als Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen ihnen dienen sollen. Der Beklagte könne dieser Inventur ihre Bedeutung nicht dadurch nehmen, daß er behaupte, sie sei auf Veranlassung und in Übereinstimmung mit der Firma Ka-
bewußt unrichtig erstellt worden, indem man die Warenbestände entgegen der wirklichen Sachlage zu hoch angegeben habe. Dieser Vortrag des Beklagten könne als unsubstantiiert nicht berücksichtigt werden. Der Beklagte müsse daher die Inventur so, wie sie zum 15. Oktober 1955 erstellt worden sei, gegen sich gelten lassen und deshalb auch den sich aus der Differenz der beiden Bestandsaufnahmen vom 15. Oktober 1955 und vom 19. August 1956 ergebenden Fehlbetrag den Klägern erstatten.

c) Es mag zweifelhaft sein, ob das Berufungsgericht den Einwand des Beklagten schon mit der Begründung zurückweisen konnte, er habe ihn nicht genügend substantiiert. Jedenfalls ist das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist, rechtlich bedenkenfrei.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Beklagte im Zusammenwirken mit der Firma Ka [REDACTED] eine falsche Inventur erstellt hat. Träfe dies zu, so kann es zwar nicht dem inneren Willen des Beklagten entsprochen haben, diese Inventur vom 15. Oktober 1955 auch zur Grundlage seiner Rechtsbeziehungen zu den Klägern zu machen. Hierauf kommt es aber, wie das Berufungsgericht richtig annimmt, nicht an. Auch wenn unterstellt wird, der Beklagte habe jenen Willen nicht gehabt, so hat er sich doch, wie die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, so verhalten, als ob er ihn gehabt hätte. Das muß er dann aber gegen sich gelten lassen, denn es kommt bei der Feststellung und Auslegung einer Willenserklärung nicht darauf an, was der Erklärende sich vorstellte oder wollte, sondern wie er sich äußerte und wie sein Verhalten und seine Erklärungen von dem Erklärungsempfänger aufzufassen und aufgefaßt worden sind. Deshalb ist es jedenfalls im Ergebnis richtig, wenn das Berufungsgericht die Haftung des Beklagten für den Fehlbestand bejaht hat, denn die Kläger konnten, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, davon ausgehen, daß der Beklagte, indem er an der Inventur am Stichtag der Übernahme mitwirkte, diese Inventur auch im Verhältnis zwischen sich und den Klägern gelten lassen wollte. Der Beklagte kann sich insbesondere auch nicht auf seine Mitwirkung an einer unzulässigen Irreführung der Kläger bei der Aufstellung der Inventur vom 15. Oktober 1955 berufen. Das verstößt gegen Treu und Glauben.

Es braucht deshalb nicht mehr darauf eingegangen zu werden, ob der Beklagte den Klägern nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet wäre.

d) Zur Höhe des Ersatzanspruchs rügt die Revision mit

Recht, daß das Berufungsgericht dem Beklagten ohne nähere Begründung die Verkaufswerte des Fehlbestandes angelastet und sich nicht mit der Behauptung des Beklagten auseinandergesetzt hat, daß er im Verhältnis zu den Klägern nur für die Einkaufspreise zu haften habe (vgl. den Schriftsatz des Beklagten vom 30. März 1957 S. 3). Das Berufungsgericht hätte dazu feststellen müssen, welche Werte des etwaigen Warenfehlbestands nach dem Vertragswillen der Parteien für die Haftung des Beklagten zugrundegelegt werden sollten und worden sind, und erforderlichenfalls, wie hoch der Einkaufswert des Warenfehlbestands anzusetzen ist.

Da der Beklagte in der Revision vorträgt, daß die Einkaufspreise 18 - 20 % unter den Verkaufspreisen liegen, richtet sich dieser Angriff der Revision gegen das Berufungsurteil nur bis zur Höhe von höchstens 20 % des Klageanspruchs, so daß das angefochtene Urteil auch nur insoweit aufgehoben werden muß.

e) Aufzuheben ist das Urteil ferner, soweit dem Kläger mehr als 4 % Zinsen zugesprochen worden sind. Der Beklagte war, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, nicht Inhaber des Geschäfts, sondern nur ein Geschäftsführer des wirklichen Inhabers, nämlich der Firma Ka[REDACTED] und später der Kläger. Er war deshalb auch nicht Kaufmann im Sinne des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. Infolgedessen findet auf ihn die vom Berufungsgericht angewandte Vorschrift des § 352 HGB keine Anwendung. In diesem Umfang ist die Klage deshalb abzuweisen (§ 246 BGB).

3) Die Revision des Beklagten ist infolgedessen, soweit der Beklagte zur Zahlung von 5.837,44 DM (80 % von 7.296,80 DM) nebst 4 % Zinsen verurteilt worden ist, zurückzuweisen.

Im übrigen ist das Urteil aufzuheben und die Sache, soweit die Kläger nicht mit ihrer Mehrforderung an Zinsen abgewiesen worden sind, zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Da die Kläger mit 4/5 ihres Anspruchs bereits endgültig obgesiegt haben, kann in diesem Umfang auch die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts aufrechterhalten werden. Ebenso können schon jetzt dem Beklagten 4/5 der Kosten der Revisionsinstanz auferlegt werden. Über das letzte Fünftel der Kosten aller Instanzen wird das Berufungsgericht noch zu befinden haben.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Winkelmann Erbel