

VII ZR 66/61

Verkündet

am 28. Juni 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2227 001

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Alfred W., Z. (Krs. P.), Bezirk
K., Ki.weg ,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von -

gegen

1) A., Bank für Absatzkredit Graf von B. & Co. KG,
M., E.straße, gesetzlich vertreten durch
ihre persönlich haftenden Gesellschafter

- a) A. Constantin Graf von B., Schloß We. a.d.B.,
- b) Joachim P. Schloß D.,
vertreten durch seinen Generalbevollmächtigten, Rent-
amtmannspräsident Friedrich Kr., F. i.,
H. Straße ,

2) die beiden vorgenannten persönlich haftenden Gesell-
schafter der Beklagten zu 1),

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Juni 1962 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt
am Main vom 10. Januar 1961 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mitte 1955 eröffnete der Kläger einen "Fernsehautomaten-Vertrieb". Er stellte gegen eine monatliche "Mindestmiete" von 30 DM in den Wohnungen von Interessenten Fernsehgeräte auf, die mit einem Münzautomaten versehen waren. Nach Einwurf von 0,50 DM konnte der Kunde das Gerät für jeweils eine Stunde benutzen. Die bei der Entleerung des Automaten anfallenden Beträge schrieb der Kläger dem Kunden als Kaufpreisraten gut. Nach Tilgung des Kaufpreises sollte der Kunde Eigentümer des Gerätes werden.

Da der Kläger zur Finanzierung des Geschäfts, das er in großem Umfang betreiben wollte, nicht über eigene flüssige Mittel verfügte, schloß er mit der beklagten Bank (im folgenden: Beklagte) die Verträge vom 16. Juni 1955, 13. Dezember 1955 und 16. Januar 1956. Auf Grund dieser Verträge gewährte die Beklagte ihm Kredit. Das geschah in der Weise, daß sie dem Kläger im voraus für jedes Gerät 600 DM Darlehen zahlte. Davon erhielt der Lieferant der Fernsehgeräte 414 DM und der Hersteller der Automaten 48 DM. Von den restlichen 138 DM sollte der Kläger seine Geschäftskosten (Vertreterstab, Kundendienst usw.) decken. Zur Sicherheit übereignete er der Beklagten die Fernsehgeräte und trat ihr seine Forderungen gegen die Kunden ab.

Nach § 2 des Vertrages vom 16. Juni 1955 hatte die Beklagte dem Kläger den Kredit für ein Gerät jeweils erst dann ausbezahlen, wenn der Kläger ihr einen von seinem Kunden unterzeichneten Formularvertrag über das Gerät vorlegte. Tatsächlich zahlte die Beklagte jedoch in den folgenden Monaten zunächst die Darlehensbeträge für mehr Geräte, als der Zahl der ihr vorgelegten Verträge entsprach. Bis Ende 1955 hatte sie insgesamt die Beträge für 1579 Geräte gezahlt, der Kläger jedoch nur 1395 Verträge eingereicht, so daß eine Lücke von 184 Verträgen bestand.

Im Januar 1956 räumte sie dem Kläger einen Kredit von 70.000 DM ein und zahlte ihm 20.000 DM "überzahlte Miete" zurück, leistete aber keine Zahlungen auf die vom Kläger in diesem Monat eingereichten Verträge.

Der Kläger führte darauf 11.843 DM, die er vom 1. - 6. Februar 1956 bei seinen Kunden kassiert hatte, nicht an die Beklagte ab, sondern verwandte sie für sich. Er tat das, obwohl er nach § 4 Abs. 2 des Vertrages vom 16. Juni 1955 alle kassierten Beträge sofort ohne Abzug an die Beklagte weiterzuleiten hatte, und obwohl ihm nach § 6 des Vertrages vom 16. Januar 1956 das Kassieren überhaupt verboten war.

Am 10. Februar 1956 brach die Beklagte ihre Vertragsbeziehungen zum Kläger fristlos ab, erwirkte gegen ihn eine einstweilige Verfügung, welche ihm das Kassieren und Entleeren der Automaten untersagte, und erstattete gegen ihn Strafanzeige wegen Untreue. Der Kläger wurde festgenommen und war vom 11. - 22. Februar 1956 in Untersuchungshaft. Das Strafverfahren gegen ihn endete schließlich nur mit einer Verurteilung wegen unterlassener Feststellung seines Vermögensstandes (§ 240 Abs. 1 Nr. 4 KO in Verbindung mit § 39 HGB).

Auf Antrag der Beklagten vom 26. März 1956 wurde am 11. April 1956 über das Vermögen des Klägers der Konkurs eröffnet. Das Verfahren wurde am 6. Mai 1957 mangels Masse eingestellt.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte hätte ihm auch im Januar 1956 darlehensweise die vereinbarten Beträge für die in § 3 des Vertrages vom 16. Januar 1956 vorgesehene Monatsmenge von 250 Geräten zahlen müssen. Das



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach § 87a ff. UrhG geschützt.

habe sie nicht getan. Angesichts dieser Vertragsverletzung sei ihm nicht vorzuwerfen, daß er die kassierten Gelder zurückhielt. Die Nichtauszahlung der Darlehensbeträge, der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung, die Strafanzeige, der Abbruch der geschäftlichen Beziehungen und der Konkursantrag seien Vertragsverletzungen und unerlaubte Handlungen der Beklagten.

Er hat mit der Klage einen Teil seines von ihm mit rund 800.000 DM bezifferten Schadens in Höhe von 10.000 DM gegen die beklagte Bank und deren persönlich haftende Gesellschafter geltend gemacht.

Die Beklagten haben demgegenüber die Auffassung vertreten, rechtmäßig gehandelt zu haben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht führt aus: Nach § 2 Abs. 3 des Vertrages vom 16. Juni 1955 habe der Kläger den Darlehensteil von 138 DM, der ihm nach Bezahlung des Gerätes und des Münzautomaten zur Deckung seiner Unkosten und als Gewinn verbleiben sollte, für jedes Gerät erst dann von der Beklagten verlangen können, wenn er ihr den Vertrag mit seinem Kunden vorgelegt habe. Die Parteien hätten diese Vertragsbestimmung in der Folgezeit nicht abgeändert, auch nicht durch abweichende tatsächliche Übung; diese habe vielmehr lediglich auf einem Entgegenkommen der Beklagten ohne Rechtspflicht beruht.

Die Revision greift diese Würdigung an, jedoch ohne Erfolg.

a) Nach § 11 des Vertrages vom 16. Juni 1955 bedurften Änderungen und Ergänzungen des Vertrages der Schriftform. Das Berufungsgericht sagt dazu, daß eine schriftliche Änderung des § 2 Abs. 3, die nach § 11 notwendig gewesen wäre, nicht erfolgt sei.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß eine vereinbarte Schriftform auch mündlich oder stillschweigend aufgehoben werden könne.

Es spricht jedoch nichts dafür, daß das Berufungsgericht diese rechtliche Möglichkeit übersehen haben sollte. Seine Ausführungen sind vielmehr dahin zu verstehen, daß im vorliegenden Fall eine stillschweigende Aufhebung der Schriftform nicht erfolgt ist. Diese Würdigung des Tatrichters ist rechtsfehlerfrei und bindet das Revisionsgericht.

b) Das Berufungsgericht brauchte dem Beweisantritt des Klägers über die tatsächliche Handhabung im Jahre 1955 nicht nachzugehen; denn es geht selbst davon aus, daß diese Handhabung so war, wie der Kläger behauptet hat.

c) Den Verträgen vom 14. Dezember 1955 und vom 16. Januar 1956 sowie dem Schreiben vom 22. Juli 1955 brauchte das Berufungsgericht eine Abänderung des § 2 Abs. 3 des Vertrages vom 16. Juni 1955 nicht zu entnehmen. Auch der Umstand, daß die Beklagte aus dem Kredit Zinsgewinn zog und der Kredit für sie gesichert war, nötigte das Berufungsgericht nicht zu der vom Kläger erstrebten Auslegung des Verhaltens der Parteien.

d) Das Berufungsgericht durfte bei seiner Würdigung auch die Erklärung des Klägers bei seiner polizeilichen Vernehmung im Strafverfahren mit heranziehen, erst im Jahre 1956 sei § 2 des Vertrages vom 16. Juni 1955 "verwirklicht" worden. Aus dieser Erklärung konnte es ein Beweisanzeichen dafür herleiten, daß § 2 nicht durch tatsächliche Handhabung stillschweigend abgeändert worden war.

Das Berufungsgericht hat in dieser Aussage des Klägers dagegen nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung an die Beklagte gesehen, durch welche eine Abänderung des Vertrages wieder rückgängig gemacht worden wäre, wie die Revision von ihrem irrigen Ausgangspunkt aus annimmt. Da es eine Abänderung des § 2 verneint hat, brauchte es nicht die von der Revision vermißte Feststellung zu treffen, daß die Parteien eine Abänderung wieder vertraglich beseitigt hätten.

e) Ist aber § 2 des Vertrages vom 16. Juni 1955 wirksam geblieben, so liegen die Ausführungen der Revision zu § 321 BGB neben der Sache.

2) Das Berufungsgericht führt aus: Die Beklagte sei um so mehr berechtigt gewesen, entgegen der bisherigen Praxis im Januar 1956 nach § 2 Abs. 3 des Vertrages vom 16. Juni 1955 zu verfahren, als sie dem Kläger in diesem Monat den Kredit von 70.000 DM gewährt habe, den er dazu habe verwenden sollen, einen Lagerbestand an Fernsehgeräten anzuschaffen.

Es handelt sich hierbei um zusätzliche Erwägungen des Berufungsgerichts, deren es angesichts seiner Hauptbegründung nicht bedurfte und auf die es nicht entscheidend ankommt. Denn da nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts § 2 Abs. 3 des Vertrages vom 16. Juni 1955 nicht abgeändert worden ist und daher fortgalt,

konnte und durfte die Beklagte sich unter den gegebenen Umständen von einer abweichenden tatsächlichen Handhabung lösen und sich auf den Boden des Vertrages zurückziehen. Sie hätte das auch dann tun dürfen, wenn sie dem Kläger im Januar 1956 keinen zusätzlichen Kredit bewilligt hätte. Sie konnte es daher selbst dann, wenn - wie der Kläger behauptet hat - der genannte Kredit von 70.000 DM nicht zur Anschaffung eines Lagerbestandes dienen sollte, sondern vom Kläger vereinbarungsgemäß zur Abdeckung alter Schulden verwendet werden durfte.

Die Angriffe, welche die Revision in diesem Zusammenhang erhebt, sind daher gegenstandslos.

3) Es mag sein, daß - wie die Revision vorträgt - die Beklagte schon vor Januar 1956 erfahren hatte, daß der Kläger über keinerlei Eigenkapital verfügte und daß er die Herstellerin der Automaten mit Wechseln bezahlt hatte. Das schließt aber nicht aus, daß diese Umstände zu dem Vertrauensschwund der Beklagten gegenüber dem Kläger beigetragen und sie mit veranlaßt haben, die "Vorfinanzierung" weiterer Geräte im Januar 1956 zurückzustellen. Damit handelte die Beklagte nicht vertragswidrig. Da der Kläger mit der Vorlage der Verträge erheblich im Rückstand war, durfte sie bei der gegebenen Sachlage mit Zahlungen warten, bis er den Rückstand durch Vorlage weiterer Verträge aufgeholt hatte.

4) Die Beklagte war danach im Januar 1956 vertraglich befugt, die Finanzierung von Geräten einstweilen zu unterlassen. Ihr Verhalten gab dem Kläger nicht das Recht, seinerseits entgegen den Vertragsbestimmungen kassierte Beträge einzubehalten und nicht an die Beklagte abzuführen.

Ob der Angestellte R■■■■, der nach dem Vertrage vom 16. Januar 1956 das Inkasso übernehmen sollte, dazu Anfang Februar 1956 schon in der Lage war, ist unerheblich. Das berechtigte den Kläger keinesfalls, kassierte Beträge, auf die allein die Beklagte ein vertragliches Anrecht hatte, für sich zu behalten.

5) a) Angesichts des vertragswidrigen Verhaltens des Klägers war die Beklagte befugt, weitere Vertragsverletzungen mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung zu unterbinden. Nachdem die von der Beklagten zunächst versuchte Einschaltung R■■■■ am Widerstand des Klägers gescheitert war, ist nicht ersichtlich, mit welchen den Kläger weniger belastenden Maßnahmen die Beklagte hätte zu ihrem Recht kommen können, das Inkasso durch den Kläger zu unterbinden.

b) Auch in der Strafanzeige der Beklagten liegt unter den gegebenen Umständen weder eine Vertragsverletzung noch eine unerlaubte Handlung.

Die Staatsanwaltschaft hat zwar vor Anklageerhebung das Verfahren gegen den Kläger insoweit eingestellt, als es sich um die kassierten Gelder handelt. Das ist jedoch mit der Begründung geschehen, dem Kläger sei die Verwendung kassierter Gelder für eigene Zwecke nicht mit Sicherheit nachzuweisen. Im vorliegenden Rechtsstreit ist unstreitig, daß der Kläger 11.843 DM kassierte Gelder nicht an die Beklagte abgeliefert, sondern für sich behalten hat. Diese Gelder waren auf Forderungen eingegangen, die der Kläger an die Beklagte abgetreten hatte, und der Kläger war vertraglich verpflichtet, alle kassierten Beträge sofort und ohne Abzug an die Beklagte abzuliefern. Damit hatte der Kläger mindestens den äußeren Tatbestand der Untreue erfüllt. Unter diesen Umständen war die Strafanzeige der Beklagten weder eine Vertragsverletzung noch eine unerlaubte Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 164 StGB; § 826 BGB).

c) Angesichts des grob vertragswidrigen Verhaltens des Klägers war die Beklagte ferner berechtigt, das Vertragsverhältnis zu ihm fristlos zu lösen, ohne daß es noch einer vorherigen Abmahnung bedurfte.

d) Schließlich ist die Stellung des Konkursantrages keine Vertragsverletzung der Beklagten, hier schon deswegen nicht, weil der Kläger damals unstreitig konkursreif war.

Nach dem oben Gesagten geht auch die Annahme der Revision fehl, die Beklagte habe wegen vorangegangener eigener Vertragsverletzungen keinen Konkursantrag stellen dürfen.

6) Aus denselben Gründen, aus denen eine Forderung des Klägers gegen die beklagte Bank zu verneinen ist, besteht kein Anspruch des Klägers gegen die Beklagten zu 2) und 3), die persönlich haftenden Gesellschafter der beklagten Bank (§§ 128, 161 Abs. 2 HGB).

Die Revision des Klägers ist daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Erbel Dr. V