

Verkündet
am 27. Januar 1958
Voitscheck, 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 Wirtschaftsberaters Fritz Th. D [REDACTED], B [REDACTED]
[REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers, Anschlußberufungsbeklagten,
Revisionsklägers und Anschlußrevisionsbeklagten.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] A [REDACTED] - und T [REDACTED] Akt.-Ges., vormalig As-
phaltfabrik F. S [REDACTED] Nachf. AG., vertreten durch ihren
Vorstand Direktor Hans M [REDACTED], B [REDACTED], K [REDACTED]
[REDACTED] -/llee [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlußberufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und
H. Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers und die Anschlußre-
vision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zi-
vilsenats des Kammergerichts vom 23. Februar 1957
werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben
der Kläger 23/24 und die Beklagte 1/24 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war in der Zeit vom 1. August 1952 bis 1955 in der Berliner Zweigniederlassung der Beklagten beschäftigt. In der Zeit vom 1. August 1952 bis 31. März 1953 sowie ab 1. April 1955 übte er eine beratende Tätigkeit aus, für die er vereinbarungsgemäß eine feste Vergütung von 500 DM monatlich erhielt. In der Zeit vom 1. April 1953 bis 31. März 1955 war er mit der kommissarischen Verwaltung und Leitung der Zweigniederlassung betraut. In dieser Zeit erhielt er monatlich 800 DM.

Nachdem sich der Kläger am 18. April 1955 krank gemeldet hatte und Mißhelligkeiten zwischen den Parteien entstanden waren, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 7. Juni 1955 das Vertragsverhältnis zum 31. Juli 1955. Für die Monate Juni und Juli 1955 hat der Kläger kein Gehalt mehr erhalten.

Dem Kläger war über sein festes Gehalt hinaus noch eine weitere Vergütung in Form einer Gewinnbeteiligung in Aussicht gestellt worden. Zu einer Einigung über die Höhe der Tantième ist es nicht gekommen. Die Beklagte hat dem Kläger schließlich für das Jahr 1952 eine Tantième von 260,75 DM und für das Jahr 1953 eine solche von 4 087,63 DM, zusammen 4 348,38 DM bewilligt, hiervon jedoch folgende Posten abgezogen: 173,70 DM für angeblich unberechtigt liquidierte Reisespesen nach Hannover, 140,35 DM für Asphaltarbeiten und 200 DM für Auslagenvorschuß, zusammen 514,05 DM. Den nach Abzug dieser Beträge sich ergebenden Restbetrag von 3.834,33 DM hat die Beklagte an den Kläger im Juni 1955 überwiesen.

- 3 -

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 7 058,10 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1955 zu verurteilen. Er hat folgende Ansprüche gegen die Beklagte errechnet:

Gehalt für Juni und Juli 1955	1 000,-- DM
Tantième 1952	3 123,10 "
" 1953	<u>10 820,20 "</u>
	14 943,30 DM

abzüglich

Zahlung der Beklagten	3 834,33 DM	
eigene Entnahmen (129,84 + 86,70) =	<u>216,54 DM</u>	<u>4 050,87 DM</u>
		10 892,43 DM
		=====

und hiervon die Klagesumme als Teilbetrag geltend gemacht.

Zur Begründung hat er vorgetragen: Der Gehaltsanspruch für Juni und Juli 1955 sei gerechtfertigt, denn er habe in dieser Zeit trotz seiner Krankheit der Beklagten seine Dienste angeboten und sei auch für sie tätig gewesen. Über die Höhe der Tantième sei zwar keine feste Vereinbarung getroffen worden, es sei aber angesichts seiner Stellung bei der Beklagten eine solche von 10 % des Geschäftsgewinnes als üblich anzusehen; da die Gewinnberechnung der Beklagten im Jahre 1952 einen Betrag von 31 231 DM und im Jahre 1953 einen Betrag von 108 202 DM ausweise, sei sein Anspruch (10 % dieser Beträge) gerechtfertigt. Zu Unrecht habe die Beklagte auch für die Reisekosten Hannover und für Asphaltarbeiten Beträge abgesetzt. Die Reise nach Hannover sei eine Geschäftsreise gewesen; bei den Asphaltarbeiten habe es sich um einen Versuchsanstrich im Interesse der Beklagten gehandelt, der überdies wieder habe entfernt werden müssen.



Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat die Ansprüche des Klägers bestritten. Hilfsweise hat sie außer den bereits von ihr in Abzug gebrachten Posten noch weiterhin zur Aufrechnung gestellt eine Forderung von 341,55 DM für unberechtigt liquidierte Reisespesen und von 317,59 DM. Den letzteren Betrag habe sie für den Kläger als Arbeitgeberanteil an die Krankenversicherungsanstalt Berlin (KVAB) abgeführt, jedoch zu Unrecht, weil der Kläger, wie sich nachträglich ergeben habe, nicht versicherungspflichtig gewesen sei; die KVAB habe die Rückzahlung dieses Betrages an die Beklagte verweigert, weil der Kläger sie inzwischen für ärztliche Leistungen in Anspruch genommen habe; der Kläger sei um diesen Betrag auf ihre Kosten unentgeltlich bereichert.

Das Landgericht hat die Klage bis auf einen Betrag von 297,51 DM abgewiesen. Es hat einen Gehaltsanspruch des Klägers für die Monate Juni und Juli 1955 verneint und sich die Tantiemenberechnung der Beklagten (4 348,38 DM) zu eigen gemacht. Auf der anderen Seite hat es die Abzüge und sonstigen Gegenforderungen der Beklagten als unzureichend begründet nicht anerkannt; lediglich die 216,54 DM, die sich der Kläger selbst anrechnen lassen will, hat es abgezogen.

Gegen dieses Urteil haben der Kläger Berufung, die Beklagte Anschlußberufung eingelegt.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz beantragt, die Beklagte zur Zahlung weiterer 6 760,59 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1956 zu verurteilen. Er hat seine Forderung wie folgt aufgliedert:

Gehalt für Juni und Juli 1955	1 000,- DM
Tantième 1952	3 123,10 "
" 1953 (Teilbetrag von 10 820,20 DM)	<u>6 985,87 DM</u>
	11 108,97 DM
abzüglich Zahlung der Bekl. 3 834,33 DM	
Entnahmen 216,54 "	
Urteilssumme <u>297,51 "</u>	<u>4 348,38 DM</u>
	6 760,59 DM
	=====

Die Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung und mit ihrer Anschlußberufung die Abweisung des ganzen Klageanspruchs beantragt.

Das Kammergericht hat beide Berufungen zurückgewiesen.

Mit der Revision und Anschlußrevision verfolgen die Parteien ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Ansprüche des Klägers (Revision):

1) Gehaltsanspruch.

Das Berufungsgericht hat einen Gehaltsanspruch des Klägers für die Monate Juni und Juli 1955 verneint. Es hat dazu festgestellt, der Kläger sei seit 18. April 1955 durch Krankheit an der Dienstleistung verhindert gewesen und habe bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses die Arbeit auch nicht wieder aufgenommen. Es könne auf Grund der Beweisaufnahme auch nicht festgestellt werden, daß

116

der Kläger trotz seiner Erkrankung noch im Juni oder Juli 1955 Dienste für die Beklagte geleistet oder seine Dienstleistungen angeboten habe.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 7. Juli 1955 jegliche weitere Tätigkeit fest untersagt habe; mindestens von diesem Zeitpunkt an könne sich daher die Beklagte nicht darauf berufen, daß der Kläger nicht für sie tätig gewesen sei.

Dabei verkennt die Revision aber, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Kläger in dieser Zeit krank und arbeitsunfähig war, die Untersagung einer Tätigkeit für seine Untätigkeit also nicht ursächlich gewesen ist, weil er auch ohne dieses Schreiben infolge seiner Krankheit nicht hätte arbeiten können.

Die Behauptung der Revision, aus den Angaben der Zeugen Ho [REDACTED] und Bo [REDACTED] ergebe sich "wenigstens einiger Beweis" für das Vorbringen des Klägers, er sei im Juni und Juli 1955 noch für die Beklagte tätig gewesen, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die von dem Berufungsgericht vorgenommene Beweismwürdigung. Das Berufungsgericht war auch - entgegen der Auffassung der Revision - nicht gezwungen, den Kläger noch nach § 448 ZPO als Partei zu vernehmen. Das lag in seinem Ermessen. Dafür, daß es dieses Ermessen überschritten oder mißbraucht hätte, hat die Revision nichts vorgetragen. Eine Beweisaufnahme, die zu keinem positiven Ergebnis führt, ist für sich allein noch kein hinreichender Grund, eine Pflicht des Gerichts anzunehmen, die beweispflichtige Partei zu vernehmen

Das Berufungsgericht hat dem Kläger somit mit Recht einen Gehaltsanspruch für die Monate Juni und Juli 1955 versagt. Zwar hat der zur Dienstleistung Verpflichtete auch dann noch einen Anspruch auf Vergütung, wenn er "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" infolge Krankheit an der Dienstleistung verhindert ist (§ 616 Abs. 1 Satz 1 BGB). Er kann auch bei längerer Verhinderung durch Krankheit noch Entgelt "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" beanspruchen (Urteil des BAG vom 24. Februar 1955 = NJW 1956, 77). Dem hat die Beklagte aber dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß sie dem Kläger noch bis Ende Mai 1955, also für die ersten 6 Wochen seiner Erkrankung, das Gehalt voll weiterbezahlt hat.

2) Gewinnbeteiligungsanspruch:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß dem Kläger eine Gewinnbeteiligung zugesichert worden, daß aber eine Einigung über die Höhe nicht zustande gekommen ist. Insoweit hat die Revision keine Einwände erhoben.

Zur Höhe der dem Kläger zuzubilligenden Gewinnbeteiligung führt das Berufungsgericht folgendes aus:

Eine Bemessung nach § 612 Abs. 1 BGB komme nicht in Betracht, weil für Dienstleistungen der Art, wie sie der Kläger für die Beklagte zu erbringen hatte, weder eine Taxe noch eine übliche Vergütung festzustellen sei. Infolgedessen sei die Höhe der Tantième nach der Vorschrift der §§ 315, 316 BGB zu bestimmen. Nach § 316 BGB stehe das Bestimmungsrecht zwar im Zweifel demjenigen zu, der die Gegenleistung gefordert habe; hier bestehe aber ein solcher Zweifel nicht, da nach dem Willen der Parteien der

Beklagten die Bestimmung der Gegenleistung, hier also der Gewinnbeteiligung, zugestanden habe. Die Beklagte habe diese Bestimmung nicht dem Kläger überlassen wollen; das ergebe sich daraus, daß sie zur Vermeidung von Unstimmigkeiten mit den leitenden Angestellten ihrer anderen Zweigniederlassungen auf eine gleichmäßige Gewinnbeteiligung bei allen Zweigniederlassungen habe Gewicht legen müssen. Der Kläger habe auch nicht behauptet, daß den Leitern der anderen Zweigniederlassungen das Recht eingeräumt worden sei, die Höhe der Tantième zu bestimmen. Der Kläger habe dadurch, daß er ständig bei der Beklagten vorstellig geworden sei, um diese zur Bestimmung der ihm zustehenden Tantième zu veranlassen, selbst zum Ausdruck gebracht, daß das Bestimmungsrecht der Beklagten zustehe.

Die von der Beklagten getroffene Bestimmung entspreche der Billigkeit. Wie sich aus der Auskunft der Deutschen Revisions- und Treuhandgesellschaft, die die Berechnung der Tantième vorgenommen habe, ergebe, seien alle Niederlassungsleiter gleich behandelt worden.

Die Revision rügt hierzu, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Ansprüche des Klägers nicht nur eine Vergütung für seine Tätigkeit und seine Verdienste, sondern auch eine Entschädigung für erlittenes Unrecht aus der Zeit des nationalsozialistischen Regimes darstellen sollten. Auch habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, daß der Kläger deshalb eine höhere Tantième beanspruchen könne, weil sein monatliches Fixum unter dem der anderen Niederlassungsleiter gelegen habe.

Diese Rügen sind nicht begründet. Der Vortrag der Revision, daß der Kläger unter dem Gesichtspunkt der Entschädigung für erlittenes Unrecht eine höhere Tantième

zu beanspruchen habe, ist neu und kann deshalb nicht berücksichtigt werden. Er steht überdies im Widerspruch zu dem Schreiben des Klägers vom 10. September 1953 (angeführt im Schriftsatz der Beklagten vom 3. Dezember 1955), in dem er ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß er mit den anderen Niederlassungsleitern gleich behandelt werden wolle. Daß er dieses Schreiben abgefaßt hat, hat der Kläger nicht bestritten.

Fehl geht auch der Hinweis der Revision, daß der Kläger deshalb, weil er ein geringeres festes Monatsgehalt als die anderen Niederlassungsleiter erhalten habe, eine höhere Tantième beanspruchen könne. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, konnte die Beklagte, soweit die festen Bezüge der Niederlassungsleiter in Frage standen, sehr wohl Unterschiede machen. Dafür, daß nach dem Willen der Parteien der Kläger insoweit einen Ausgleich durch eine höhere Gewinnbeteiligung erhalten sollte, hat er nichts vorgetragen. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Höhe der Gewinnbeteiligung nicht in Beziehung zu der Höhe des festen Gehaltes gebracht hat.

II. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche der Beklagten (Anschlußrevision).

1) Forderung auf Ersatz der von der KVAB nicht zurück-
erstatteten Arbeitgeberanteile.

Das Berufungsgericht führt aus, die KVAB habe sich auf den Standpunkt gestellt, der Kläger sei nicht versicherungspflichtig, und habe daher die Mitgliedschaft des Klägers vom Tage des Eintritts ab gelöscht. Damit sei der

Rechtsgrund für die Zahlung der Arbeitgeberanteile an die KVAB und für die Versicherungsleistungen an den Kläger entfallen. Die Beklagte habe daher einen Bereicherungsanspruch gegen die KVAB, diese einen solchen gegen den Kläger. Für einen Ersatzanspruch der Beklagten gegen den Kläger nach § 812 BGB fehle es aber an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung.

Dem ist, wenn auch nicht in allen Punkten der Begründung, so doch im Ergebnis beizutreten.

Das Berufungsgericht hat zwar die Bestimmung des § 213 RVO übersehen. Danach ist die Krankenkasse, auch wenn ein Arbeitnehmer zu Unrecht bei ihr angemeldet worden ist, nach dreimonatiger Beitragszahlung verpflichtet, im Versicherungsfall die satzungsmäßigen Leistungen zu erbringen. Daraus folgt, daß ein Rückgewähranspruch der KVAB gegen den Kläger jedenfalls nicht besteht.

Aber auch der Beklagten steht ein Anspruch auf Rückerstattung der von ihr abgeführten Arbeitgeberanteile gegen die KVAB nicht zu. Ein Arbeitgeber, der für einen versicherungsfreien Arbeitnehmer, dessen Beschäftigungsverhältnis irrtümlich für versicherungspflichtig angesehen wurde, Beiträge zur Krankenversicherung entrichtet, hat zwar grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung der Beiträge in voller Höhe (Entscheidung des Reichsversicherungsamts - Nr. 3696 vom 15. Januar 1930 = Entsch. u. Mitt. des RVA 1930 Bd. 27 S. 77). Das Reichsversicherungsamt hat aber (aaO) auch weiter entschieden, daß dann, wenn die Krankenkasse auf Grund des § 213 RVO Leistungen erbracht hat, eine Rückgewähr der bis zum Eintritt des Versicherungsfalles abgeführten Beträge nicht verlangt werden kann, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese

Leistungen höher oder niedriger als die abgeführten Beträge waren. Dieser Auffassung, die ihre innere Rechtfertigung in der Wechselbeziehung der beiderseitigen Leistungen findet, ist zuzustimmen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger unter diesen Umständen durch die Leistungen der Beklagten überhaupt bereichert worden ist, denn auf jeden Fall würde einem Bereicherungsanspruch der Beklagten nach § 812 BGB der Umstand entgegenstehen, daß keine Vermögensverschiebung unmittelbar unter den Parteien stattgefunden hat.

2) Rückgewähr von Reisespesen.

Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Beklagten verneint. Es hat dazu ausgeführt, der Kläger sei in seiner Stellung als Niederlassungsleiter befugt gewesen, notwendige Geschäftsreisen zu machen und seine Spesen hierfür zu liquidieren. Wenn die Beklagte nun angeblich zu Unrecht ausbezahlte Reisespesen zurückverlange, so obliege es ihr auch, darzulegen und zu beweisen, daß der Kläger diese Spesen zu Unrecht liquidiert habe; an einer solchen Darlegung fehle es aber.

Wenn die Anschlußrevision demgegenüber meint, es sei Sache des Klägers zu beweisen, daß er die Spesen mit Recht liquidiert habe, so geht das fehl. Der Anspruch der Beklagten stützt sich auf § 812 BGB; infolgedessen muß sie, nicht der Kläger, beweisen, daß es an einem Rechtsgrund für ihre Zahlung gefehlt hat. Da die Beklagte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hierzu nichts dargelegt hat, ist ihr schon wegen ungenügender Substantiierung ihres Anspruchs dieser mit Recht versagt worden.

3) Entnahmen.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei nicht festzustellen, ob der Kläger zu Unrecht einen Auslagenvorschuß von 200 DM erhalten habe; eine solche Feststellung könne schon deshalb nicht getroffen werden, weil nicht einmal klar sei, ob dieser Betrag nicht in dem von dem Kläger anerkannten und abgesetzten Betrag von 216,54 DM für zu Unrecht entnommene Auslagen enthalten sei.

Auch hier ist die Anschlußrevision nicht begründet, denn die Beklagte hat ihren von dem Kläger bestrittenen Anspruch nicht hinreichend substantiiert. Sie hätte zumindest behaupten müssen, wann und aus welchem Anlaß dieser Auslagenvorschuß entnommen worden ist. Die Angabe eines Postens von 200 DM unter dem Stichwort Auslagenvorschuß kann für sich allein noch nicht als eine genügende Begründung des von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Anspruchs angesehen werden.

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Anschlußrevision, das Berufungsgericht hätte § 139 ZPO verletzt, weil es die Beklagte nicht auf die Möglichkeit einer Stufenklage hingewiesen habe, ist schon deshalb abwegig, weil bei einem nur zur Aufrechnung gestellten Anspruch für eine Stufenklage überhaupt kein Raum ist.

4) Anspruch auf Bezahlung von Asphaltarbeiten.

Das Berufungsgericht hat auch diesen Anspruch verneint; die Beklagte habe nicht behauptet, daß ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei; eine Bereicherung des Klägers sei nicht festzustellen.

Die Anschlußrevision rügt hierzu, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß nach dem Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 22. Juni 1956 der Kläger diesen Anspruch anerkannt und auf Grund vertraglicher Beziehungen durch seine Ehefrau eine Schadensersatzklage beim Amtsgericht Tiergarten habe erheben lassen. Der Kläger habe den Empfang der Leistung nicht in Abrede gestellt, daher wäre er auch verpflichtet gewesen darzulegen und zu beweisen, daß die Arbeit der Beklagten unentgeltlich erfolgen sollte oder ihm Gegenansprüche zustünden.

Diese Rügen gehen fehl. Auch hier fehlt es an einer hinreichenden Substantiierung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs der Beklagten. Aus der von dem Kläger nicht bestrittenen Tatsache, daß die Asphaltarbeiten ausgeführt worden sind, läßt sich noch nicht der Schluß ziehen, daß ein dahingehender Werkvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen worden ist. Eine solche Behauptung kann dem Schriftsatz der Beklagten vom 22. Juni 1956 auch nicht entnommen werden. Die reichlich unklaren Ausführungen dieses Schriftsatzes können jedenfalls nicht als eine hinreichende Substantiierung ihres Anspruchs angesehen werden. Aus der Tatsache, daß die Ehefrau des Klägers beim Amtsgericht Tiergarten eine Schadensersatzklage erhoben hat, kann auch nicht schon entnommen werden, daß der Kläger damit den Abschluß eines Werkvertrags anerkannt hat. Zu einer näheren Darlegung ihres Anspruchs hätte die Beklagte um so mehr Anlaß gehabt, als der Kläger seinerseits behauptet hat, es habe sich bei den Asphaltarbeiten um einen im Interesse der Beklagten ausgeführten und später wieder entfernten Probeanstrich gehandelt.

5) Die zu Ziffer 2) bis 4) allgemein erhobene Rüge der Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe angesichts

der bestehenden Unklarheit nach § 448 ZPO die Abrechnung zwischen den Prozeßparteien klären müssen, geht fehl. Dazu hatte das Berufungsgericht angesichts des nicht einmal schlüssigen Vortrags der Beklagten keine Veranlassung. Das Berufungsgericht hatte auch keine Veranlassung, die Beklagte nach § 139 ZPO auf die Notwendigkeit einer Substantiierung ihres Vortrags hinzuweisen. Diese Notwendigkeit hätte die Beklagte, die durch einen rechtskundigen Prozeßbevollmächtigten vertreten war, selbst erkennen können und müssen, ohne daß es eines Hinweises des Gerichts bedurfte, zumal schon das Landgericht diese Ansprüche als nicht hinreichend substantiiert zurückgewiesen hatte.

III. Revision und Anschlußrevision sind daher als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr.Winkelmann Meyer