

2081 083

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 81/66

URTEIL

Verkündet am

26. September 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M.H. S. [REDACTED] & Z. [REDACTED],
H. [REDACTED] ([REDACTED]), Holland,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Hans F. [REDACTED], A. [REDACTED], M. [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 19. April 1966 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein holländisches Unternehmen, befaßt sich mit dem Export und Import von Obst und Gemüse. Sie belieferte seit März 1963 laufend die Frau Maria Sch[REDACTED], die einen Obst- und Gemüsegroßhandel in Güdingen (Saar) betrieb.

Im Kommissionsvertrag vom 4. Mai 1963 verpflichtete Frau Sch[REDACTED] sich, den Erlös aus dem Verkauf der von der Klägerin gelieferten Waren nach Abzug der Zollvorlage und einer Provision von 10 % sofort an den Beklagten zu zahlen, der das Geld an die Klägerin weiterleiten sollte. Frau Sch[REDACTED] erkannte an, daß sie die Außenstände, über die sie genau Buch zu führen hatte, an die Klägerin abtreten mußte. Ferner enthielt der Vertrag den Auftrag der Klägerin an den

- 3 -

Beklagten, die Bücher, die Kasse und die Belege jederzeit zu kontrollieren. Die Klägerin zahlte dem Beklagten hierfür eine wöchentliche Vergütung von 150 DM.

Im Februar 1964 stellte die Klägerin ihre Lieferungen an Frau Sch[REDACTED] ein. Das Vertragsverhältnis der Parteien wurde im gegenseitigen Einvernehmen zum 15. Februar 1964 gelöst. In einem zur Unterzeichnung durch den Beklagten bestimmten Schreiben der Klägerin vom 1. Februar 1964 heißt es, daß er aus seiner Tätigkeit für sie nichts mehr zu fordern habe.

Die Klägerin hat geltend gemacht, Frau Sch[REDACTED] schulde ihr noch mindestens 22.760,10 DM. Auch der Beklagte hafte ihr auf Zahlung dieses Betrages aus Verletzung der von ihm übernommenen Treuhänderpflichten, ferner aus Schuldmitübernahme, Bürgschaft, Garantieverprechen und unerlaubter Handlung. Er habe häufig ihr und anderen gegenüber erklärt, er stehe für die Schulden der Frau Sch[REDACTED] gerade. Nur im Vertrauen darauf habe sie an diese geliefert. Der Beklagte habe praktisch das Geschäft mit Frau Sch[REDACTED] gemeinsam geführt und dabei ihren - der Klägerin - Interessen gröblich zuwider gehandelt.

Die Klägerin hat Frau Sch[REDACTED] und den Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung des vorgenannten Betrages nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Der Beklagte hat in Abrede gestellt, die von ihm der Klägerin gegenüber übernommenen Verpflichtungen verletzt zu haben oder der Klägerin aus einem der anderen von ihr angeführten rechtlichen Gesichtspunkte zu haften.



Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen den Beklagten abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch gegen den Beklagten weiter. Dieser bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat eine Haftung des Beklagten unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten verneint.

I.

1. Zur Annahme einer Bürgschaft fehlt es an der erforderlichen Schriftform (§ 766 BGB).

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob die Geltendmachung des Formmangels hier nicht gegen Treu und Glauben verstoße, weil die Klägerin die Frau Sch[REDACTED] nur im Vertrauen auf die Erklärungen des Beklagten beliefert habe und dieser nach der Unterstellung des Berufungsgerichts das Geschäft praktisch mit Frau Sch[REDACTED] gemeinsam betrieben und in Wirklichkeit geführt habe.

Die Rüge ist nicht begründet. Die Berufung auf den Mangel der Schriftform wäre möglicherweise dann treuwidrig, wenn der Beklagte etwa ein Verlangen der Klägerin, seine Mithaftung schriftlich festzulegen, für nicht erforderlich erklärt hätte (vgl. dazu BGHZ 26, 142, 151).

Die Klägerin hat aber selbst nicht behauptet, je einen solchen Wunsch geäußert zu haben.

Das Berufungsgericht ist ferner der Auffassung, für eine Kaufmannseigenschaft des Beklagten, die gemäß § 350 HGB die Schriftform der Bürgschaft entbehrlich machte, komme es nicht darauf an, ob er das Geschäft der Frau Sch[REDACTED] in Wirklichkeit geführt habe; entscheidend sei, daß er nach außen hin allein namens und für Rechnung der Frau Sch[REDACTED] aufgetreten sei. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Das Berufungsgericht hat zu Gunsten der Klägerin unterstellt, daß der Beklagte dem Inhaber der Klägerin und anderen Personen gegenüber sinngemäß erklärt habe, er werde für die Verbindlichkeiten der Frau Sch[REDACTED] gegenüber der Klägerin eintreten. Für die Annahme eines Schuldbeitritts des Beklagten fehlt es jedoch nach der Auffassung des Berufungsgerichts an einem eigenen unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Beklagten.

Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu sind frei von Rechtsfehlern zum Nachteil der Klägerin.

Die Revision greift sie nur insoweit an, als sie darauf hinweist, der Beklagte habe bei dem vom Berufungsgericht unterstellten gemeinsamen Betrieb des Geschäfts mit der Frau Sch[REDACTED] offenbar nicht nur die Ausnutzung von deren Stand auf dem Markt, sondern auch die Verwertung der von der Klägerin zu liefernden Waren bezweckt. Es ist ihr zuzugeben, daß das naheliegt, wenn man von der Unterstellung des Berufungsgerichts ausgeht. Es kommt darauf aber nicht an. Entscheidend ist die tatrichterliche Feststellung, aus den Umständen und dem Verhalten der Klägerin vor dem Rechtsstreit

könne nicht entnommen werden, daß sie selbst die Erklärungen des Beklagten als Angebot eines Schuldbeitritts aufgefaßt habe, sie hätte sonst auf die schriftliche Festlegung einer entsprechenden Verpflichtung des Beklagten hingewirkt. Die Revision hat diese eingehend begründete Auffassung des Berufungsgerichts nicht anzugreifen vermocht.

3.) Das Berufungsgericht hat unter diesen Umständen ferner ohne Rechtsirrtum ein Garantieverprechen des Beklagten verneint. Die Revision hat diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht weiter verfolgt.

4.) Das Berufungsgericht konnte auch die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung als nicht substantiiert vorgetragen ansehen. Insbesondere hat die Klägerin es an einem für die Annahme eines Betruges erforderlichen Vorbringen dafür fehlen lassen, daß der Beklagte von vornherein beabsichtigt habe, seine Zusagen, die Interessen der Klägerin wahrzunehmen und für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Frau Sch[REDACTED] zu sorgen, nicht einzuhalten. Ebensowenig ist ein unter § 266 StGB fallendes strafbares Verhalten des Beklagten näher dargetan.

II.

Das Berufungsgericht nimmt zwar an, daß zwischen den Parteien ein Vertrag über eine entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB bestanden habe, und erkennt dabei auch entgegen der Auffassung der Revision offensichtlich nicht, daß Treupflichten des Beklagten gegenüber der Klägerin bestanden. Es verneint aber eine Verletzung solcher Pflichten durch den Beklagten und hat dazu ausgeführt:

Die völlige Mittellosigkeit der Frau Sch[REDACTED] sei der Klägerin bei Beginn der Geschäftsbeziehungen (März 1963) genau bekannt gewesen. Eine Haftung des Beklagten wegen Vermittlung eines nicht zahlungsfähigen Abnehmers komme daher nicht in Betracht. Das stetige Anwachsen der Schuld der Frau Sch[REDACTED] habe die Klägerin aus ihrer eigenen Buchführung ersehen können. Der Beklagte habe daher insoweit keine Berichtspflicht gehabt. Der Vortrag der Klägerin lasse auch nicht erkennen, daß die Schulden sich etwa infolge unverhältnismäßig hoher Entnahmen der Frau Sch[REDACTED] für ihren persönlichen Bedarf vergrößert hätten, was der Beklagte in Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin unter Umständen hätte unterbinden müssen. Die Klägerin habe das mit der Fortsetzung der Lieferungen an Frau Sch[REDACTED] verbundene Risiko bewußt in Kauf genommen. Daß der Beklagte etwa aus dem Warenerlös Beträge für sich verwandt habe, habe die Klägerin nicht substantiiert behauptet.

Auch diese Darlegungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Revision hat sie nur in den im folgenden erörterten Beziehungen angegriffen.

1.) Sie rügt, das Berufungsgericht habe den Umfang der sich aus dem Vertragsverhältnis der Parteien für den Beklagten ergebenden Verpflichtungen zu eng gezogen. Er sei nicht nur verpflichtet gewesen, die Erlöse aus dem Warenverkauf in Empfang zu nehmen und an die Klägerin weiterzuleiten sowie die Buchhaltung und die Kasse der Frau Sch[REDACTED] zu kontrollieren, sondern er habe diese aktiv zur Einziehung und richtigen Verwendung der Erlöse anhalten müssen.

Davon geht aber auch das Berufungsgericht ersichtlich aus. Es spricht Seite 30 davon, die Erklärungen des Beklagten hätten seiner Bereitschaft Ausdruck gegeben, sich um die Regulierung der Verbindlichkeiten der Frau Sch[REDACTED] zu bemühen, wozu er auf Grund des Geschäftsbesorgungsvertrages verpflichtet gewesen sei.

2.) Die Klägerin hat es aber an einem schlüssigen und spezifizierten Sachvortrag fehlen lassen, aus dem im einzelnen zu entnehmen wäre, daß der Beklagte die erforderlichen Bemühungen um die Abführung der Erlöse unterlassen habe und daß ihr hierdurch Schaden entstanden sei.

Wer Schadensersatz aus Vertragsverletzung fordert, muß zunächst dartun, daß der objektive Tatbestand einer Vertragsverletzung gegeben ist. Insoweit trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast. Das gilt nach ständiger Rechtsprechung in gleicher Weise bei Dienstverträgen, Werkverträgen, Aufträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen (vgl. BGHZ 42, 16, das Urteil des Senats vom 9. Februar 1967 VII ZR 220/64 und die dort angeführten weiteren Entscheidungen). Erst wenn eine objektive Pflichtverletzung feststeht, obliegt es gegebenenfalls dem Schuldner, seine Schuldlosigkeit zu beweisen (BGHZ 23, 288; 28, 251).

3.) Im vorliegenden Falle ist davon auszugehen, daß bis zum 31. Dezember 1963 von den aus den Warenverkäufen erzielten Erlösen von rund 443.000 DM rund 400.000 DM an die Klägerin abgeführt worden sind. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin in der Klageschrift hat sich ihre Forderung in den Monaten Januar und Februar 1964 durch weitere Zahlungen ermäßigt.

Die Revision meint, es könne nicht zweifelhaft sein, daß der Beklagte seine Sicherungs- und Einziehungspflichten verletzt habe, sonst wäre die Schuld in Höhe der Klagesumme nicht entstanden. Er habe nicht behauptet, daß der Forderung der Klägerin Außenstände aus den Verkäufen gegenübergestanden hätten. Es müsse daher davon ausgegangen werden, daß die Erlöse nicht zur Befriedigung der Klägerin, sondern anderswie verwandt worden seien.

Dem kann nicht gefolgt werden. Nicht der Beklagte, sondern die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen einen Vortrag hierzu vermissen lassen. Der Beklagte hat behauptet (vgl. seine Schriftsätze vom 8. Juni 1964 S. 5 und vom 23. März 1966 S. 5), den Schulden der Frau Sch. hätten buchmäßig Außenstände in etwa derselben Höhe gegenübergestanden. In dem Schreiben des Steuerberaters N. vom 29. Januar 1964 heißt es, der Forderung der Klägerin per 31. Dezember 1963 ständen entsprechende buchmäßig erfaßte Außenstände gegen die Abnehmer bzw. Warenvorräte gegenüber. Im Schreiben vom 16. März 1964 an die Anwälte der Klägerin hat der Beklagte zwar einschränkend erklärt, wenn der Schuldsaldo nicht in vollem Umfang durch Außenstände gedeckt sei, so lediglich deswegen, weil die Klägerin ihren Lieferverpflichtungen unzulänglich nachgekommen sei, die laufenden Betriebskosten aber nur bei ausreichend großen Lieferungen hätten gedeckt werden können.

Die Klägerin hat demgegenüber keine Stellung dazu genommen, ob und in welcher Höhe bei Beendigung der Tätigkeit des Beklagten Außenstände vorhanden waren. Sie hat es auch an einem Vortrag darüber fehlen lassen, daß der Beklagte verpflichtet und in der Lage gewesen wäre, bestimmte Außenstände vor dem Ende seiner Tätigkeit für die Klägerin noch

ganz oder zum Teil einzutreiben, daß dies späterhin nicht mehr möglich gewesen und ihr dadurch ein Schaden in entsprechender Höhe entstanden sei.

4.) Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht aus dem Vorbringen der Klägerin eine objektive Vertragsverletzung des Beklagten und einen hierdurch verursachten Schaden der Klägerin nicht zu entnehmen. Die Klägerin war zwar möglicherweise nicht ohne weiteres in der Lage, in dieser Beziehung die erforderlichen ins einzelne gehenden Angaben zu machen. Sie hätte sich dazu aber insinsetzen können, indem sie zunächst von dem Beklagten und der Frau Sch [REDACTED] über die Außenstände Auskunft (§§ 675, 666 BGB) und ferner von der Frau Sch [REDACTED] gemäß der Vereinbarung im Vertrag vom 4. Mai 1963 deren Abtretung verlangt und sie beizutreiben versucht hätte. Von diesen Möglichkeiten hat sie keinen Gebrauch gemacht. In der Berufungsbegründung hat sie sich einen Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Beklagten nur vorbehalten.

5.) Bei dieser Sachlage kann die Revision auch damit keinen Erfolg haben, der Beklagte hätte der Klägerin berichten müssen, daß Erlöse aus dem Warenverkauf anderweit verwandt worden seien. Der Beklagte hat unwidersprochen behauptet, eingezogene Außenstände seien höchstens zur Deckung der laufenden Betriebsunkosten verwandt worden. Es fehlt demgegenüber an bestimmten Angaben der Klägerin darüber, ob und inwieweit der Beklagte seine vertraglichen Verpflichtungen ihr gegenüber durch Zulassung einer bestimmungswidrigen Verwendung der Verkaufserlöse auch nur objektiv verletzt hat.

6./ Die Klägerin hat im Berufungsverfahren ihren Anspruch auch darauf gestützt, der Beklagte habe in einem Rechtsstreit über eine ihr abgetretene Forderung ohne sachliche Notwendigkeit und, ohne sie vorher zu benachrichtigen, einem für sie ungünstigen Vergleich zugestimmt, die Vergleichssumme sei auch nicht erkennbar an sie abgeführt worden.

Das Berufungsgericht konnte darin ohne Rechtsirrtum eine nicht sachdienliche Änderung des Klagegrundes sehen. Es handelte sich bei dem neuen Vorbringen um einen selbständigen, besonders gelagerten, nicht entscheidungsreifen Streitstoff, für dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung nicht verwertet werden konnte (IM Nr. 18 zu § 264 ZPO). Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht die Zulassung der Klageänderung als nicht sachdienlich ablehnen, obwohl auch mit dem neuen Sachvortrag eine Verletzung von Vertragspflichten durch den Beklagten geltend gemacht wurde. Es kommt nicht entscheidend auf die rechtliche Gleichartigkeit, sondern auf die tatsächliche Verschiedenheit des neuen Klagegrundes an.

III.

Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin erkennen läßt, ist deren

Revision als unbegründet mit Kostenfolge aus dem § 97 ZPO
zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke