

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 89/68

URTEIL

Verkündet am
19. März 1970
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Luis Mario Lopez O [REDACTED], genannt
Darwin Lopez O [REDACTED], H [REDACTED], H [REDACTED] weg Nr. 7 IV,

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma J. Angel C [REDACTED], Export, Import,
Schiffsausrüstung, H [REDACTED] W [REDACTED] weg Nr. 1,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 13. März 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt Ex- und Importgeschäfte, sowie die Ausrüstung von - überwiegend südamerikanischen - Schiffen.

Der Beklagte war von 1965 bis zum Januar 1967 für die Klägerin tätig. Die Parteien streiten darüber, ob er Angestellter mit einer monatlichen Vergütung von 350 DM oder - wie der Beklagte behauptet - freier Mitarbeiter auf Provisionsbasis war.

Seit 1966 lebte der Schweißer Julio Nelson Romero A [REDACTED] (im folgenden A [REDACTED] genannt), der wie der Beklag-

- 3 -

te aus Montevideo stammt und die uruguayische Staatsangehörigkeit besitzt, im Haushalt des Inhabers der Klägerin, der Argentinier ist. Er half diesem auch im Geschäft. Er sollte für den Fall der Rückkehr des Beklagten nach Uruguay dessen Aufgaben bei der Klägerin übernehmen und dazu vom Beklagten eingearbeitet werden.

Im Dezember 1966 fuhren er und der Beklagte im Auftrage der Klägerin nach London, wo Bestellungen der Schiffsbesatzung des in Montevideo beheimateten Schiffes "C[REDACTED]" für die Klägerin entgegengenommen werden sollten.

Am 12. Januar 1967 lief die "C[REDACTED]" in Hamburg ein. Der Inhaber der Klägerin und der Beklagte gingen zusammen mit A[REDACTED] an Bord. Die bestellten Waren wurden ausgeliefert.

Den Empfang der Kaufpreise quittierte A[REDACTED], jedenfalls teilweise. Ob er auch die von den Bestellern gezahlten Gelder in Empfang genommen hat und ob er dazu von der Klägerin beauftragt war, ist streitig.

Der Beklagte händigte am Vormittag des 12. Januar 1967 an Bord der "C[REDACTED]" einem Konkurrenten der Klägerin, dem Schiffsausrüster van C[REDACTED], 15.000 DM aus, der diese an den Schiffsoffizier de Palma weitergab.

Etwa um 13 Uhr verließen der Inhaber der Klägerin, der Beklagte und A[REDACTED] das Schiff. Der Inhaber der Klägerin passierte als erster die zum Kai hin ansteigende Gangway, ihm folgte A[REDACTED], der eine Collegmappe un-

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



ter dem Arm trug, dann folgten ein Besatzungsmitglied des Schiffes und als letzter der Beklagte.

Während A [REDACTED] über die Gangway ging, fiel die Collegmappe, in der sich nach Angaben des Beklagten das kassierte Geld befand, ins Wasser. A [REDACTED] sprang zweimal ins Wasser. Die Collegmappe wurde aber von ihm nicht geborgen. Sie brachte ein Taucher zu Tage. In ihr fand sich das Geld nicht.

Die Klägerin erhielt von de Palma die 15.000 DM ausgehändigt. Ein gegen den Beklagten und A [REDACTED] eingeleitetes Ermittlungsverfahren der StA in Hamburg (62 Js 91/67) wurde mangels Beweises eingestellt.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten und A [REDACTED] Klage auf Zahlung von 17.514,40 DM (32.154,40 DM kassierte Gelder abzüglich der von de Palma erhaltenen 15.000 DM, zuzüglich 360 DM Bergungskosten) nebst Zinsen erhoben.

Das Landgericht hat den Beklagten und Andino antragsgemäß als Gesamtschuldner verurteilt.

Das Urteil ist hinsichtlich Andinos rechtskräftig.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten unter Abänderung des Beginns der Zinsverpflichtung zurückgewiesen.

Die Revision erstrebt die Abweisung der Klage.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hält im Gegensatz zum Landgericht eine von dem Beklagten und A [REDACTED] gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung (§§ 823 Abs. 2, 830 BGB) nicht für bewiesen. Es erachtet aber eine positive Forderungsverletzung des Beklagten für gegeben. Unter diesem Gesichtspunkt sei der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sowohl nach dem Vorbringen der Klägerin als auch nach dem des Beklagten begründet.

Gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

2. Das Berufungsgericht geht zunächst von dem vom Beklagten bestrittenen Vortrag der Klägerin aus und hält diesen danach für schadensersatzpflichtig.

Hierauf und auf die dazu erhobenen Rügen der Revision bedarf es keines Eingehens. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Vortrag der Klägerin, nach dem zwischen ihr und dem Beklagten abgeschlossenen Anstellungsvertrag sei es ausschließlich seine Sache gewesen, die von den Besatzungsmitgliedern geschuldeten Beträge einzuziehen und an sie abzuliefern, den Tatsachen entspricht. Für die Revisionsinstanz kann daher nur von dem Vortrag des Beklagten ausgegangen werden.

3. Das Berufungsgericht hält den Beklagten aber auch nach seiner Darstellung für schadensersatzpflichtig.

Diese Auffassung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der Beklagte trägt vor, er sei für die Klägerin als freier Mitarbeiter auf Provisionsbasis tätig gewesen. Nur um eine Aufenthaltserlaubnis von der Fremdenpolizei zu erhalten, sei zum Schein ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden.

Seinen Landsmann A[REDACTED] habe er einarbeiten sollen, damit dieser im Falle seiner Abreise nach Uruguay an seine Stelle treten könne. Dazu sei A[REDACTED] mit ihm auf einigen Schiffen gewesen. A[REDACTED] habe sich dort mehr als "Laufbursche" betätigt. Kassieren habe A[REDACTED] nicht dürfen. Da die Klägerin der Ansicht gewesen sei, A[REDACTED] habe soviel gelernt, daß er in der Lage sei, selbständig zu verkaufen und zu kassieren, habe sie Ende November/Anfang Dezember 1966 ihn und A[REDACTED] beauftragt, nach London zu fahren, um dort auf dem Schiff "C[REDACTED]" Bestellungen zur Auslieferung in Hamburg aufzunehmen. Auftragsgemäß habe diese Bestellungen im wesentlichen A[REDACTED] aufgenommen. Im Hafen von Rotterdam habe dann A[REDACTED] auf dem Schiff "Punta del E[REDACTED]" im Auftrag der Klägerin allein für ca 15.000 DM Bestellungen aufgenommen und diese Bestellungen Ende Dezember 1966 in Hamburg ausgeliefert und die von ihm allein kassierten Gelder der Klägerin auch ordnungsgemäß abgeliefert. Bei den Bestellungen auf dem Schiff "C[REDACTED]" habe die Klägerin erklärt, A[REDACTED] solle dort allein kassieren und quittieren. Das habe er auch getan. Er, der Beklagte, habe A[REDACTED] - wie das früher dessen Aufgabe gewesen sei - nur bei der Auslieferung der Waren unterstützt und selbst keine Beträge kassiert. A[REDACTED] habe das Geld in seine Collegmappe getan. Diese sei dann während des Überschreitens der Gangway ins Wasser gefallen.

b) Das Berufungsgericht führt aus, nach den für die vertraglichen Beziehungen der Parteien maßgeblichen Grundsätzen von Treu und Glauben, habe sich die Aufgabe des Beklagten am 12. Januar 1967 nicht darin erschöpft, A [REDACTED] derart zu unterstützen, wie das früher dieser ihm gegenüber getan habe. Selbst wenn die Klägerin davon ausgegangen sein sollte, daß A [REDACTED] im Januar 1967 hinreichend eingearbeitet gewesen sei, habe der Beklagte angesichts der Jugend A [REDACTED] und der Kürze der Zeit nach Beendigung der Einarbeit doch die Nebenpflicht gehabt, auf A [REDACTED] ein Auge zu halten und sich zu vergewissern, daß dieser seine Aufgabe mit gebotener Sorgfalt durchführte. Der Beklagte habe das aber nicht getan. Der in die offene Collegmappe gestockte Geldbetrag sei erheblich gefährdet gewesen. Der Beklagte hätte einschreiten und für einen sachgerechten Transport des Geldes sorgen müssen. Wenn er dies getan hätte, wäre der eingetretene Schaden vermieden worden.

c) Diese Auffassung des Berufungsgerichts entbehrt der tatsächlichen Grundlagen.

Auch dann, wenn der Beklagte bei der Klägerin als freier Mitarbeiter auf Provisionsbasis tätig war, hatte er eine Verpflichtung, die Klägerin vor erkennbarem Schaden zu bewahren. Daraus ergibt sich aber, wenn man von dem Vortrag des Beklagten über die tatsächlichen Verhältnisse ausgeht, noch keine allgemeine vertragliche Nebenverpflichtung, A [REDACTED] zu überwachen, d.h., wie es das Berufungsgericht ausdrückt, auf diesen ein Auge zu halten und sich zu vergewissern, daß dieser seine Aufgaben mit der gebotenen Sorgfalt erfüllte (BU 16).

Es ist davon auszugehen, daß der Beklagte im Januar 1967 A [REDACTED] hinreichend eingearbeitet hatte. A [REDACTED] hatte bereits Ende Dezember 1966 allein ca 15.000 DM auf der "Punta del E [REDACTED]" kassiert und ordnungsgemäß an die Klägerin abgeführt. Er war im Januar 1967 fast 24 Jahre alt. Es ergaben sich für den Beklagten - dazu hat das Berufungsgericht jedenfalls nichts festgestellt - keine Anhaltspunkte dafür, daß er der ihm übertragenen Aufgabe bei dem Kassieren der Beträge auf der "C [REDACTED]" nicht voll genügen würde. Der Beklagte konnte vielmehr, wenn die Klägerin das Einkassieren Andino allein überließ, davon ausgehen, daß er das in eigener Verantwortung tun sollte. Eine Überwachungspflicht im Sinne der Ausführungen des Berufungsgerichts konnte für den Beklagten umso weniger in Betracht kommen, als der Inhaber der Klägerin selbst anwesend war. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn er sich durch besondere Abmachung mit der Klägerin verpflichtet hätte, das Kassieren und den Verbleib des Geldes zu beaufsichtigen.

d) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ließ sich der Hauptreißverschluß der Collegmappe nicht verschließen, weil sie mit Prospektmaterial und Papier vollgestopft war. Die Collegmappe war offen, als sie A [REDACTED] beim Verlassen des Schiffes unter dem Arm trug.

Das Berufungsgericht führt aus, das habe dem Beklagten nicht verborgen bleiben können. Darin liegt keine klare Feststellung, ob er es gesehen oder nur übersehen hat. Nur dann, wenn er es gesehen hat und für ihn auch voraussehbar war, daß der Geldbetrag in der Collegmappe bei dieser Art des Transportes gefährdet war, könnte aus

seiner Verpflichtung, die Klägerin vor erkennbarem Schaden zu bewahren, eine Pflicht zum Einschreiten gegeben sein. Wenn ihm aber nur vorgeworfen werden soll, er hätte dies bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt sehen müssen, dann kann ihm das nicht angelastet werden, da ihm eine Überwachung Andinos nicht oblag.

4. Das Berufungsgericht konnte nach alledem den Beklagten nicht als zum Schadensersatz verpflichtet ansehen, wenn es dessen Vortrag zugrunde legte. Das angefochtene Urteil kann schon aus diesem Grunde nicht bestehen bleiben. Auf die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts und die dazu erhobenen Rügen der Revision bedarf es daher keines Eingehens.

Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu prüfen haben, wie die vertraglichen Beziehungen der Parteien tatsächlich gestaltet waren, ob der Vortrag der Klägerin über diese und den Ablauf der Geschehnisse zutrifft und ob dann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten gegeben ist.

Wenn das Berufungsgericht auch bei der neuen Entscheidung dazu kommen sollte, daß der Beklagte fahrlässig ihm gegenüber der Klägerin obliegende vertragliche Pflichten verletzt hat, wird es bei der Prüfung der Frage des mitwirkenden Verschuldens des Inhabers der Klägerin (§ 254 BGB) zu beachten haben, daß die dazu im angefochtenen Urteil gemachten Ausführungen nicht unbedenklich sind. Es war

erst einmal Sache des Inhabers der Klägerin, auf das Geld zu achten.

Der Senat hat bei der Zurückverweisung von der Bestimmung des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke

Schmidt