



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 92/06

vom

22. Februar 2007

in der Rechtssache

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Dr. Kayser und Dr. Detlev Fischer

am 22. Februar 2007

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 10. April 2006 zugelassen.

Das genannte Urteil wird aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Verfahren vor dem Senat wird auf 35.044,68 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger begehrt als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. Estrich GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) die Herausgabe des Betrages von 31.044,68 €, den der verklagte Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter der Schuldnerin in einem Prozess gegen eine Drittschuld-

nerin erstritten und von dieser erhalten hat. Nach der erstinstanzlichen Behauptung des Klägers hat der Beklagte diesen Prozess aufgrund eines von der Schuldnerin erteilten Mandats geführt. Ferner begehrt der Kläger von dem Beklagten im Wege der Stufenklage zunächst Auskunft darüber, welche Beträge er aus weiteren Aktivprozessen, die er als Prozessbevollmächtigter der Schuldnerin geführt hat, nach dem 20. März 2000 (an diesem Tage wurde der Kläger als vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt eingesetzt, ab 14. Februar 2001 war er als starker tätig) von den jeweiligen Beklagten erhalten hat.

2 Der Beklagte hat sich in erster Instanz hauptsächlich damit verteidigt, er sei nicht von dem Kläger, sondern von einer Bank mandatiert gewesen, der aufgrund einer Globalzession alle hier in Rede stehenden Forderungen der Schuldnerin abgetreten gewesen seien. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, weil er das Vorverfahren als Prozessbevollmächtigter der Schuldnerin und sodann des Klägers als Insolvenzverwalter geführt habe. In der Berufungsinstanz hat der Kläger hilfsweise - für den Fall, dass der Beklagte tatsächlich von der Sicherungszessionarin beauftragt war - zwei Abtretungserklärungen der Bank zu seinen Gunsten vorgelegt. Daraufhin hat der Beklagte vorgetragen, doch kein Mandat der Bank gehabt zu haben. In Wirklichkeit habe er die Prozesse für die Geschäftsführer der Schuldnerin geführt.

3 Das Berufungsgericht hat abweichend vom Landgericht eigene Ansprüche des Klägers verneint, die Berufung des Beklagten gleichwohl zurückgewiesen, weil der Kläger aus abgetretenem Recht der Bank (hierbei hat das Berufungsgericht die zweite Abtretungserklärung zugrunde gelegt) die Klageansprüche geltend machen könne. Die Revision hat es nicht zugelassen.

II.

4 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie führt zur Zulassung der Revision sowie zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 544 Abs. 7 ZPO).

5 1. Der Beklagte hat die Bevollmächtigung der beiden Personen bestritten, welche die zweite Abtretungserklärung unterzeichnet haben. Das Berufungsgericht hat dieses Bestreiten für unbeachtlich angesehen, weil es sich um Behauptungen "ins Blaue hinein" gehandelt habe, die im Übrigen "ohne Beweisantritt geblieben" seien.

6 Diese Ansicht ist rechtsfehlerhaft. Für das Bestehen der Vertretungsmacht ist derjenige darlegungs- und beweispflichtig, der sich auf ein gültiges Vertretergeschäft beruft (BGH, Urt. v. 31. Januar 1974 - II ZR 173/72, NJW 1974, 748; Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl. § 164 Rn. 18; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht 2. Aufl. § 164 BGB Rn. 27). Indem das Berufungsgericht das einfache Bestreiten des Beklagten für unbeachtlich gehalten hat, hat es seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

7 2. Das Berufungsurteil beruht auf der Gehörsverletzung.

8 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeerwiderung geht es nicht "unstreitig um Mandate, die ursprünglich die Insolvenzschuldnerin dem Beklagten erteilt hatte und die dieser als deren Prozessbevollmächtigter bearbeitet hat". Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, es habe jedenfalls in der Zeit vor der

Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Nebeneinander von Mandaten des Klägers und "Direktmandaten" der Bank an den Beklagten gegeben. Welchem Bereich das Mandat zuzuordnen war, aus dem der Beklagte den streitgegenständlichen Betrag erlöst hat, ist nicht festgestellt.

9 Ob die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die bislang bestehenden Mandate der Schuldnerin gekündigt mit der Folge, dass es fortan nur noch solche der Bank gegeben habe, verfehlt ist, wie die Beschwerdeerwidderung geltend macht, kann dahin stehen. Wenn keine Kündigung vorlag, verblieb es bei der vom Berufungsgericht festgestellten "Zweigleisigkeit" der Mandate.

III.

10 Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird zu beachten sein, das der erst in zweiter Instanz erhobene Einwand des Beklagten, er sei nicht von der Bank, sondern von den Geschäftsführern der Schuldnerin persönlich mandatiert gewesen, präkludiert ist. Davon ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Dass diese Annahme fehlerhaft sei, weil sich auch der Kläger erstmals im Berufungsverfahren auf die Abtretung seitens der Bank berufen habe, ist unzutreffend. Der Einwand, der Beklagte sei von Dritten mandatiert worden, war auch gegenüber dem erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers erheblich, wonach die Schuldnerin Auftraggeberin war.

11 Bisher ist übersehen worden, dass der Klageantrag ("...aus Aktivprozessen, die er als Prozessbevollmächtigter der Firma S. ... geführt hat") nicht zu der hilfsweise vorgetragenen Klagebegründung ("...aus Aktivprozessen, die

er als Prozessbevollmächtigter der ... [Bank] ... geführt hat") passt, der das Berufungsgericht gefolgt ist. Die Zurückverweisung gibt Gelegenheit, dies zu bereinigen.

Dr. Gero Fischer

Dr. Ganter

Raebel

Dr. Kayser

Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:

LG Göttingen, Entscheidung vom 19.10.2004 - 8 O 84/04 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 10.04.2006 - 7 U 152/04 -