

BUNDESGERICHTSHOF

III ZR 59/81

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

1. des Landwirts Gerhard M [REDACTED],
H[REDACTED]straße [REDACTED], R[REDACTED],
2. der Frau Hanna M [REDACTED] geb. Sp[REDACTED],
H[REDACTED]straße [REDACTED], R[REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. K[REDACTED] -

g e g e n

die Kreissparkasse He[REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den Vorstand, Vorstandsvorsitzende
Hans-Karl V[REDACTED], Hermann So[REDACTED], Horst Sch[REDACTED],
A[REDACTED], He[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. Hei[REDACTED] und
Kollegen, Postfach [REDACTED], Ham[REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. G. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Halstenberg am 18. März 1982 gemäß § 554 b Abs. 1 ZPO in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht (Beschuß vom 11. Juni 1980 - 1 PBvU 1/79 - NJW 1981, 39)

beschlossen:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. Februar 1981 - 11 U 149/80 - wird nicht angenommen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Revisionsverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

G r ü n d e

Die Annahme der Revision ist abzulehnen, da die Sache nicht von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung im Sinne von § 554 b Abs. 1 ZPO ist und die Revision im Endergebnis keine Aussicht auf Erfolg hat.

1. Die Frage, ob die Zugangsfiktion in Nr. 6 Abs. 2 der AGB der Sparkassen in der maßgeblichen Fassung vom Juli 1967 hinsichtlich der hier maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten des AGBG am 1. April 1977 (§ 30 AGBG) wirksam ist, ist nicht mehr klärungsbedürftig. Vielmehr wurde, wie auch die Revision einräumt, diese Zugangsfiktion als wirksam hingenommen (vgl. BGH Urteile vom 13. Dezember 1967 - Ib ZR 168/65 = LM BGB § 812 Nr. 79 und vom

- 3 -

29. Januar 1979 - II ZR 148/77 = WM 1979, 417 f.). Die Notwendigkeit einer Überprüfung dieser Rechtsprechung ergibt sich auch nicht aus § 10 Nr. 6 des später in Kraft getretenen AGBG, wonach Zugangsfiktionen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht mehr für Erklärungen "von besonderer Bedeutung" wirksam vereinbart werden können; denn diese Rechtsentwicklung ist in der genannten Entscheidung vom 29. Januar 1979 bereits berücksichtigt worden, und zwar ohne daß dies zu einer Rückwirkung von § 10 Nr. 6 AGBG auf die Fälle vor seinem Inkrafttreten oder zu einer anderen Beurteilung von Zugangsfiktionen nach § 242 BGB geführt hätte.

Es ist auch nicht grundsätzlich zu klären, ob nach der damaligen Rechtslage der letzte Halbsatz in Nr. 6 Abs. 2 AGB der Sparkassen wirksam ist, wonach die Zugangsfiktion auch für Sendungen gelten soll, die als unzustellbar zurückgekommen sind. Diese Frage kann vielmehr dahingestellt bleiben; denn selbst wenn dieser Halbsatz bereits damals als unwirksam anzusehen war, wäre der übrige Teil dieser Klausel gemäß § 139 BGB nicht davon berührt worden.

2. Die Sache hat auch im Endergebnis keine Aussicht auf Erfolg.

Nach der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AGBG gilt die Saldenmitteilung vom 18. November 1975 als dem Beklagten zu 1 zugegangen, sofern sie an ihn abgesandt worden ist. Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, daß nach Nr. 6 Abs. 2 Satz 3 der AGB der Sparkassen die Absendung nur unter bestimmten Voraussetzungen, die ihrer Auffassung nach hier nicht vorliegen, zu vermuten



sei. Auf diese Vermutungsregelung kommt es hier nicht an, da das Berufungsgericht aufgrund seiner Beweisaufnahme die Absendung dieser Saldenmitteilung positiv festgestellt hat. Diese dem Berufungsgericht obliegende Beweiswürdigung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Aussage des Zeugen Rüter nicht "zu cursorisch". Sie ist vielmehr eine ausreichende Grundlage für das Beweisergebnis des Berufungsgerichts.

Die abgesandte Saldenmitteilung vom 18. November 1975 gilt nach Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 der AGB der Sparkassen als dem Beklagten zu 1 zugegangen. Da er ihr nicht widersprochen hat, gilt sie nach Nr. 10 Abs. 1 dieser AGB als genehmigt. Entgegen der Revision haben die Beklagten nicht ausreichend substantiiert dargelegt, daß sie berechtigt seien, diese Genehmigung nach § 812 BGB zu kondizieren.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtmäßigkeit des genehmigten Saldos kehrt sich entgegen der Ansicht der Revision nicht deshalb um, weil der Beklagte zu 1 bis zu dem Kündigungsschreiben vom 9. November 1976 keinen Kontoauszug erhalten hatte. Diesen Umstand kann er der Klägerin nicht entgegenhalten, da er diese Auszüge weder sich zusenden ließ noch abholte.

Das Berufungsgericht hat auch kein substantiiertes Vorbringen der Beklagten hinsichtlich der Unrichtigkeit des genehmigten Saldos übergangen. Die allgemeine Bezugnahme auf Manipulationen des ungetreuen Zweigstellenleiters D. reicht hierfür nicht aus. Vielmehr hätten die Beklagten konkret darlegen müssen, in welcher Weise das

Konto falsch belastet worden ist. Wegen Fehlens eines solchen konkreten und damit nachprüfbaren Vortrags brauchte das Berufungsgericht auch nicht die Strafacten betreffend das Strafverfahren gegen diesen Zweigstellenleiter beizuziehen. Die von der Revision vorgetragene Möglichkeit, daß die Beklagten anhand dieser Strafacten gegebenenfalls noch weitere Feststellungen hätten treffen können, verpflichtete das Berufungsgericht nicht zur Beiziehung dieser Akten. Hierbei hätte es sich nämlich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis gehandelt, da die Aktenbeiziehung erst der Beschaffung eines konkreten Tatsachenvortrags gedient hätte.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht aufgrund pauschaler "Bezugnahme auf die Vorprozeßakten" festgestellt, daß die Beklagten in einem Falle zu ihren eigenen Gunsten gemeinsam mit dem Zweigstellenleiter zum Nachteil der Klägerin manipuliert hätten. Das Berufungsgericht hat vielmehr im einzelnen ausgeführt, welchen konkreten Vorgang es damit gemeint hat und auf welchem Vortrag in den beigezogenen Parallelprozeßakten seine Feststellungen beruhen. Die wei-

teren Behauptungen der Beklagten, daß die Kontoauszüge ab 18. November 1975 unvollständig, rekonstruiert und verspätet vorgelegt seien und daß die Sparkonten nicht abgerechnet worden seien, enthalten keine substantiierte Darlegung einer konkreten unberechtigten Buchung auf dem hier betroffenen Konto.

Nußgens

Krohn

Tidow

Scholz-Hoppe

Halstenberg