

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II_ZR_160/66

URTEIL

Verkündet am

15. Januar 1968

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Leo H [REDACTED] M [REDACTED],
P [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hermann-Josef M [REDACTED], handelnd unter
der Firma F [REDACTED]-R [REDACTED], D [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Bukow, Dr. Schulze, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats (Hilfssenats) des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Juli 1966 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien standen in einer Geschäftsverbindung, die vor allem die Lieferung von Fotoartikeln zum Gegenstand hatte. Nach dem letzten Vortrag des Klägers wurden diese Geschäfte in den Büchern der Parteien nicht voll erfaßt. Beide Parteien verwahrten deshalb ihre Belege und überprüften sie in Abständen von etwa zwei Jahren gemeinsam, um den wirklichen Kontenstand festzustellen. Eine äußere Übereinstimmung zwischen dem hierbei erzielten Ergebnis und der Buchführung wurde sodann durch fingierte Rechnungen und Gutschriften hergestellt.

Im Jahr 1961 beauftragte der Beklagte seinen Prokuristen W[REDACTED], dessen Ausscheiden zum 30. Juni 1961 bevorstand, die Konten der Großabnehmer abzustimmen. W[REDACTED] suchte zu diesem Zweck auch die Geschäftsräume des Klägers auf und überprüfte gemeinsam mit dessen Angestellten Kr[REDACTED] anhand der vorliegenden Aufzeichnungen den

Kontenstand seit 1959. Über das Ergebnis dieser Prüfung fertigte er eine Aktennotiz an, die abschließend zugunsten des Klägers einen Saldo von 23.510 DM nach dem Stand vom 15. Juni 1961 auswies. Während der Kläger zunächst behauptet hatte, er könne nur eine Fotokopie dieser Aktennotiz vorlegen – diese Fotokopie hat W. [REDACTED] unstreitig erst während des Rechtsstreits (1965) mit seinen Anfangsbuchstaben gezeichnet –, hat er in der Berufungsinstanz einen Durchschlag der Notiz (ohne Anschreiben und ohne Unterschrift) zu den Akten gegeben und dazu vorgetragen, er habe ihn im ordnungsmäßigen Geschäftsgang vom Beklagten erhalten. Gestützt auf das darin niedergelegte, geringfügig berichtigte Abrechnungsergebnis und das nach seiner Meinung hierüber zustande gekommene Saldoanerkennnis, das der Beklagte durch spätere Verhandlungen über die Art und Weise der Tilgung erneut bestätigt habe, hat er beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 23.395,35 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat mit seinem Antrag auf Klageabweisung erwidert, er habe niemals den von W. [REDACTED] unzutreffend ermittelten Saldo anerkannt. Die Feststellungen Wilmers und der hierüber angefertigte Vermerk seien ausschließlich für seinen eigenen Geschäftsgebrauch bestimmt gewesen. Den Durchschlag müsse W. [REDACTED] dann ohne sein Wissen dem Kläger irgendwie in die Hände gespielt haben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie bis auf einen Betrag von 1.554,50 DM, den der Beklagte anerkannt hat, abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die volle Wiederherstellung des Urteils der ersten Instanz.



Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hält nicht für erwiesen, daß der Beklagte den Schuldsaldo von 23.510 DM, der nach der Aktennotiz seines ehemaligen Prokuristen W[REDACTED] am 15. Juni 1961 zugunsten des Klägers bestanden haben soll, ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten anerkannt habe. Die von W[REDACTED] und Kr[REDACTED] durchgeführte Kontenabstimmung habe lediglich der Vorbereitung eines Rechnungsabschlusses gedient; eine rechtsgeschäftliche Erklärung habe W[REDACTED] hierbei nicht abgegeben. Auch sei nicht bewiesen, daß der Kläger die in seinen Händen befindliche Durchschrift der Aktennotiz, die ihrem äußeren Inhalt nach für den inneren Geschäftsbetrieb des Beklagten bestimmt gewesen sei, mit Willen des Beklagten oder eines seiner Vertreter erhalten habe. Es bestehe begründeter Anlaß zu der Vermutung, daß es sich hierbei um ein zunächst von W[REDACTED] für persönliche Zwecke zurückbehaltenes und erst später in den Besitz des Klägers gelangtes Exemplar handle, und daß W[REDACTED] als Zeuge nur deshalb etwas anderes bekundet habe, um sein eigenes treuwidriges Verhalten zugunsten des Klägers und zum Nachteil des Beklagten zu verschleiern. Allein aus dem Umstand, daß der Beklagte in Kenntnis der Forderung des Klägers ihr nicht ausdrücklich widersprochen, sondern sich ausweichend verhalten habe, habe der Kläger nach Lage der Sache ein Saldoanerkennntnis des Beklagten oder einen Antrag auf Abschluß eines entsprechenden Vertrags ebenfalls nicht entnehmen können.

2. Gegen diese tatrichterliche Würdigung wendet sich die Revision ohne Erfolg. Zu Unrecht meint sie, in der Urteilsbegründung einen Widerspruch aufzeigen zu können. Die von ihr angezogenen Sätze lauten wörtlich folgender-

maßen: "Der Beklagte hat seinen Antrag zu einem Rechnungsabschluß oder einem Anerkenntnisvertrag auch nicht dadurch abgegeben, daß er dem Kläger einen Durchschlag der Aktennotiz des Prokuristen W■■■■■ übersandt hat. Es ist nicht bewiesen, daß der Kläger den in seinen Händen befindlichen Durchschlag der ihrem äußeren Inhalt nach für den Geschäftsbetrieb des Beklagten bestimmten Aktennotiz mit Willen des Beklagten oder eines seiner Vertreter erhalten hat." Wie diese und die anschließenden Ausführungen nach Wortlaut und Zusammenhang erkennen lassen, ist das Berufungsgericht der Behauptung des Klägers, der Durchschlag der Aktennotiz sei auf ordnungsmäßigem Wege, also mit Billigung des Beklagten oder seines Vertreters, an ihn gelangt, entgegen der Annahme der Revision gerade nicht gefolgt. Es hält vielmehr für möglich, daß W■■■■■ pflichtwidrig die Durchschrift zurückbehalten und sie erst nach seinem Ausscheiden aus dem Geschäft des Beklagten, jedenfalls aber nicht in seiner Eigenschaft als Prokurist des Beklagten, sondern auf Grund persönlicher Beziehungen dem Kläger zugeleitet hat. Wenn dem so ist, dann kann entgegen den Ausführungen der Revision nicht davon gesprochen werden, die Übersendung sei erwiesenermaßen aus dem Verantwortungsbereich des Beklagten erfolgt und deshalb müsse der Beklagte seinerseits beweisen, daß dies gegen seinen Willen geschehen sei. Ebensowenig kommt der Grundsatz zum Tragen, daß die Unredlichkeit eines Vertreters zu Lasten des Vertretenen geht (vgl. BGHZ 40, 42, 45); denn hierbei wird der Nachweis einer Vertretung vorausgesetzt.

3. Damit fallen auch alle weiteren Folgerungen, welche die Revision aus der vermeintlich festgestellten Übersendung der Aktennotiz durch den Beklagten selbst zieht, in sich zusammen. Das gilt vor allem für die Auffassung, der

Beklagte hätte angesichts seiner jahrelangen Geschäftsverbindung mit dem Kläger diesem gegenüber alsbald klar zum Ausdruck bringen müssen, er sei mit dem Inhalt der Aktennotiz nicht einverstanden, um zu vermeiden, daß der Kläger nach den Gepflogenheiten des redlichen Geschäftsverkehrs die Übersendung der Notiz als Genehmigung der darin enthaltenen Saldofeststellung auffasse. Auch hierbei setzt die Revision voraus, was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht bewiesen ist, daß nämlich die Notiz auf ordnungsmäßige Weise in den Besitz des Klägers gelangt sei. Wenn die Revision meint, der Kläger habe nach der Kontenabstimmung eine Stellungnahme des Beklagten zu deren Ergebnis erwarten dürfen, so übersieht sie zudem, daß nach dem Vortrag des Beklagten, den der Kläger nach dem Beweistermin vom 23. Mai 1961 nicht mehr bestritten hat (vgl. seinen Schriftsatz vom 11. Juni 1961 S. 2, 3), die Überprüfung der Konten durch W. [REDACTED] ebenso wie der darüber angefertigte Vermerk zunächst nur zur geschäftsinternen Unterrichtung des Beklagten bestimmt gewesen sind, der sich mit Rücksicht auf das bevorstehende Ausscheiden seines Prokuristen einen Überblick über den Kontenstand verschaffen wollte.

4. Soweit die Revision auf den Vortrag des Klägers zurückgreift, die Parteien hätten insbesondere im Jahr 1962 mehrfach darüber verhandelt, wie der Beklagte seine Verbindlichkeit abdecken solle, ohne daß hierbei Bestehen und Höhe der Schuld selbst streitig gewesen seien, geht sie an der Feststellung des Berufungsgerichts vorbei, dieser Vortrag sei ebenfalls nicht bewiesen. Unbegründet ist auch die weitere Rüge, das Berufungsgericht hätte antragsgemäß den Angestellten Kr. [REDACTED] über die Behauptung des Klägers vernehmen müssen, der Beklagte habe 1963 auf einer Fotoausstellung der Forderung des Klägers auf Zahlung von rund

20.000 DM nicht widersprochen, den Kläger auf eine spätere Besprechung vertröstet und diese Verabredung dann nicht eingehalten. Hierbei geht die Revision wiederum von der Annahme aus, es stehe fest, daß der Beklagte selbst oder sein Vertreter dem Kläger die Aktennotiz zugeschickt habe und deshalb habe der Beklagte als redlicher Kaufmann dem Inhalt der Notiz ausdrücklich widersprechen müssen. Da diese Annahme nicht zutrifft, durfte das Berufungsgericht wie geschehen, jene Behauptung als wahr unterstellen, sie aber als nicht ausreichend ansehen, um ein schlüssig erklärtes Anerkenntnis des Beklagten darzutun oder wenigstens wahrscheinlich zu machen. Das Berufungsgericht hat sich deshalb auch im Rahmen des ihm durch § 448 ZPO eingeräumten Ermessens gehalten, wenn es davon abgesehen hat, den beweispflichtigen Kläger von Amts wegen über seine Verhandlungen mit dem Beklagten zu vernehmen.

Dr. Fischer

Dr. Bukow

Dr. Schulze

Fleck

Stimpel