

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2059 019

II ZR 61/63

URTEIL

Verkündet am
15. April 1965
Schorm,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Peter F. [REDACTED] in K. [REDACTED],
F. [REDACTED]-S. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die N. [REDACTED] M. [REDACTED] GmbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Jakob E. [REDACTED] in K. [REDACTED]
H. [REDACTED] ring [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 28. Dezember 1962 verkündete Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte steht bei der Klägerin, deren Gesellschafter er zu 16 % und der Verleger Gustav B. [REDACTED] zu 84 % ist, mit 4.660,96 DM im Debet. Er war außerdem Geschäftsführer und hat sich von der Gesellschaft in der Zeit vom 1. Januar 1958 bis zum 30. Juni 1961 monatlich 1.000 DM auszahlen lassen. Die Klägerin behauptet, ihm habe nur ein Gehalt von monatlich 500 DM zugestanden. Sie verlangt von ihm Zahlung von 10.000 DM, und zwar in Höhe von 4.660,96 DM aufgrund des erwähnten Debets und den Rest als Teilbetrag des nach ihrer Behauptung zuviel erhobenen Gehalts.

Der Beklagte hat behauptet, B. [REDACTED] habe die monatlichen Entnahmen von 1.000 DM genehmigt. Außerdem hat er gegen den Klageanspruch aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung des Beklagten hatte in Höhe von 1.500 DM Erfolg. Das Berufungsgericht hat insoweit angenommen, die fristlose Abberufung des Beklagten aus dem Amt des Geschäftsführers habe keine fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses enthalten, für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist von 3 Monaten ständen ihm daher dreimal 500 DM als Gehalt zu. In dieser Höhe sei sein Debet durch Aufrechnung erloschen. Insoweit ist das Berufungsurteil nicht angegriffen worden.

In Höhe von 8.500 DM ist es bei der Veurteilung des Beklagten geblieben.

Mit der Revision strebt er die gänzliche Abweisung der Klage an. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht entnimmt den Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen (B [REDACTED], M [REDACTED] Dr. K [REDACTED]), dem Beklagten habe nur ein Gehalt von monatlich 500 DM zugestanden.

Diese Feststellung unterliegt rechtlichen Bedenken.

1. Die Klägerin hatte ein Gutachten des Wirtschaftsprüfers Dr. Sistig eingereicht (vgl. S. 7 BU, das Protokoll vom 19.12.61, Bl. 56 dA und den Schriftsatz des Beklagten vom 6.1.62, Bl. 58 dA), um damit ihre Behauptung zu belegen, der Beklagte habe bei ihr 89.314,95 DM veruntreut (S. 1 des Schriftsatzes der Klägerin vom 6.12.61, Bl. 15 dA). Dieses



Gutachten ist aus den Akten verschwunden. Der Berufungsrichter sagt dazu (BU S. 7), es scheine prozeßwidrig aus den Akten entnommen zu sein. Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe es entfernt, weil es ergebe, daß B. von den Gehaltsbuchungen zugunsten des Beklagten Kenntnis gehabt habe. Zum Beweise hierfür hat er beantragt, der Klägerin die Vorlegung dieses Gutachtens aufzugeben (S. 11 der BerBegr.; Bl. 178 dA und S. 2/3 des Schriftsatzes vom 23.11.62, Bl. 213/14 dA). Dieser Beweisantritt war erheblich, möglicherweise sogar allein entscheidend. Die Klägerin ist zur Vorlegung des Gutachtens verpflichtet, da sie darauf im Prozeß zur Beweisführung Bezug genommen hat (§ 423 ZPO). Daß dies nicht in einem vorbereitenden Schriftsatz, sondern dadurch geschehen ist, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin das Gutachten persönlich überreicht hat, ist unerheblich. Denn auch die tatsächliche Vorlegung ist Bezugnahme (Wieczorek, ZPO § 423 A II a). Es kommt auch nicht darauf an, daß die Klägerin mit dem Gutachten eine Behauptung belegen wollte, die für den vorliegenden Rechtsstreit nicht wesentlich war, und im Termin vom 19. Dezember 1961 (vgl. Bl. 56 dA) auf die Verwertung des Gutachtens verzichtet hat. Denn § 423 ZPO stellt nicht auf die Erheblichkeit der unter Beweis gestellten Behauptung, sondern darauf ab, daß der Gegner der beweispflichtigen Partei auf die vorzulegende Urkunde im Prozeß zur Beweisführung Bezug genommen hat, und, nachdem die Urkunde einmal vorgelegt worden ist, kann der prozeßrechtliche Anspruch auf Vorlegung nicht mehr durch Rücknahme der Urkunde oder durch Verzicht der Partei, die sie vorgelegt hat, beseitigt werden (Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO § 423 I; Wieczorek § 423 B; Baumbach/Lauterbach, ZPO § 423 Anm. 1). Immer muß die Urkunde aber als Beweismittel und nicht bloß ihr Inhalt in Bezug genommen worden sein (Stein/

Jonas/Schönke/Pohle aa0). Daran kann hier aber kein Zweifel bestehen, da sich die Klägerin für die Behauptung, die sie mit dem Gutachten belegen wollte, auf das Zeugnis des Gutachters (Dr. Sistig) berufen hat (S. 1 ihres Schriftsatzes vom 6.12.61 Bl. 15 dA).

Die Revision rügt daher zu Recht Verletzung der §§ 421, 423, 427 ZPO.

2. Sie rügt auch, daß das Berufungsgericht dem Zeugen B. [REDACTED] geglaubt hat, ohne den zahlreichen Beweis- antritten nachzugehen, mit denen der Beklagte die Unglaub- würdigkeit dieses Zeugen unter Beweis gestellt hat (S. 16 - 22 der BerBegr., Bl. 183 - 187 a dA). Angesichts des Ver- schwindens des Gutachtens Dr. Sistig aus den Prozeßakten war mindestens die angebliche Äußerung B. [REDACTED] von Bedeutung, er werde immer dann ohne weiteres einen Mein- eid schwören, solange er überzeugt sei, daß man ihm nicht das Gegenteil nachweisen könne. Für diese Behauptung hat der Beklagte allerdings Fräulein Ho. [REDACTED] als Zeugin be- nannt, eine Benennung, die das Berufungsgericht in ande- rem Zusammenhang als verspätet zurückgewiesen hat. Aber diese Zurückweisung kann sich nicht auf den Beweis für die angebliche Äußerung B. [REDACTED] beziehen und wäre anderenfalls unberechtigt, da B. [REDACTED] in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vernommen wor- den ist und der Beklagte nicht vor dieser Vernehmung Be- weise anzutreten brauchte, mit denen das Aussageergebnis angezweifelt wird.

3. Hätten aber noch Beweise erhoben werden müssen, so hätten schon aus diesem Grunde (vgl. Wieczorek, ZPO § 529 C III a) die Beweisantritte der Berufungsbegründung

und die dort geltend gemachte Aufrechnung nicht als verspätet zurückgewiesen werden dürfen.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz hängt vom endgültigen Ausgang der Sache ab und war daher dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck