

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 77/83

URTEIL

Verkündet am
12. Dezember 1983
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Hans-Peter Sch[REDACTED], G[REDACTED]str. 5/5,
B[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Herrn Gustav-Adolf T[REDACTED], H[REDACTED]str. [REDACTED], K[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1983 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. Februar 1983 aufgehoben, soweit es zum Nachteil des Beklagten erkannt hat.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war vom 1. Februar 1974 bis Ende 1977 Geschäftsführer des vom Kläger in B■■■■ betriebenen "Kurbads im Te■■■■". Grundlage der Tätigkeit des Beklagten war der mit dem Kläger am 15. Januar 1974 geschlossene "Dienstleistungsvertrag" sowie die "Beschreibung" des Klägers vom Januar 1973 zum Umfang der Tätigkeit und der Zuständigkeit des Betriebsleiters des Kurbads.

- 3 -

Der Kläger hat Ende August 1978 die Zahl der gedruckten Zeitwert- und Sonderkarten mit der Summe der davon nach der Kassenrolle verkauften und noch vorhandenen Karten verglichen und einen Fehlbestand von 2.075 Zeitwert- sowie 142 Sonderkarten errechnet. Nach seiner Behauptung hat der Beklagte diese Karten auf eigene Rechnung verkauft. Er habe sie nicht durch die Kasse laufen lassen, wo sie einen Aufdruck mit dem bezahlten - und zugleich auf der Kassenrolle aufgezeichneten - Preis nebst Datum erhalten hätten, sondern sie nur mit seiner Unterschrift versehen, worauf sie das Personal des Bades ebenfalls als gültigen Eintrittsausweis behandelt habe. Daraus ergebe sich ein wertmäßiger Fehlbestand von mindestens 127.022,75 DM. Auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen nimmt der Kläger den Beklagten (ein vom Kläger weiter geltend gemachter Feststellungsanspruch ist nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens) in Anspruch.

Nach dem Vortrag des Beklagten hat er, und zwar im Einverständnis mit dem Kläger, lediglich Freikarten unterzeichnet und sie zu Werbe- und Spendezwecken abgegeben. Auch seien zahlreiche "Kartenvordrucke", wie schon bei seinem Vorgänger, als Schmierzettel benutzt oder als Unterlagen für wacklige Tische oder klemmende Türen verwendet worden.

Das Landgericht hat den Zahlungsantrag abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihm stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben.

Zwischen den Parteien hat ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag bestanden. Zutreffend hat daher das Berufungsgericht geprüft, ob der Klageanspruch nach den §§ 675, 667 BGB begründet ist. Nach diesen Vorschriften kann der Kläger von dem Beklagten die Herausgabe dessen fordern, was dieser (zusätzlich) aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Insoweit ist der Kläger beweispflichtig (vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1 § 667 Rdr. 1). Das würde allerdings bei einem buchungsmäßigen Kassenfehlbestand nicht gelten. In einem solchen Fall hat der Kassenhalter zu beweisen, daß verbuchte Beträge der Kasse tatsächlich nicht zugeflossen oder nicht verbuchte Beträge ausgegeben worden sind (BAG MDR 1966, 960). Jedoch geht es hier um keinen solchen Fehlbestand hinsichtlich der von den Kassenrollen aufgezeichneten Einnahmen. Auch haben die Parteien nicht etwa vereinbart, daß die Abrechnung der aus dem Verkauf von Eintrittskarten erzielten Erlöse auf der Grundlage der dem Beklagten jeweils nach ihrem Druck überlassenen Kartenvordrucke erfolgen solle. Dafür geben weder der "Dienstleistungsvertrag" vom 15. Januar 1974 noch die "Beschreibung" des Klägers vom Januar 1973 über den Umfang der Tätigkeit und der Zuständigkeit des Betriebsleiters des Kurbads noch der Sachvortrag des Klägers etwas her. Dieser hat auch nicht, was in eine solche Richtung deuten könnte, in bestimmten Zeitabschnitten oder jedenfalls beim Ausscheiden des Beklagten zum 31. Dezember 1977 mit ihm ausgehend von der Zahl der Kartenvordrucke abgerechnet, sondern eine derartige Abrechnung erstmals im August 1978, und zwar anhand der für

jenen Zeitpunkt ermittelten Zahlen, erstellt. Dennoch meint das Berufungsgericht, es sei interessengerecht, daß der Kläger nur die Zahl der dem Beklagten überlassenen Eintrittskarten zu beweisen brauche, wogegen dieser, was nicht geschehen sei, hätte nachweisen müssen, "wieviel Karten bei Beendigung seiner Tätigkeit noch vorhanden waren, wieviel zu welchen Preisen er verkauft hat, was mit dem Erlös geschah, wieviel Freikarten verteilt wurden und was aus den restlichen Karten geworden ist". Diese Auffassung läßt sich jedoch weder mit dem Interesse des Klägers an einer wirksamen Kontrolle der Kartenverkäufe noch aus der Möglichkeit des Beklagten begründen, "sich von vorneherein Abrechnungsunterlagen zu verschaffen und die zweckwidrige Verwendung der Kartenvordrucke zu unterlassen beziehungsweise zu verhindern". Beides kann nicht dazu führen, nunmehr im nachhinein - entgegen den vertraglichen Gegebenheiten und der danach während der Tätigkeit des Beklagten gehandhabten Abrechnung über die Kassenrollen - die Zahlen der gedruckten (übrigens noch nicht einmal nummerierten), auf den Kassenrollen aufzeichneten und noch vorhandenen Karten zur Abrechnungsgrundlage der Parteien zu machen.

Das angefochtene Urteil beruht demnach auf der Verkennung der Beweislast durch das Berufungsgericht. Es kann deshalb keinen Bestand haben. Vielmehr bedarf die Sache erneuter

Prüfung durch das Berufungsgericht. Dabei wird es dem Beweisangebot des Klägers zu den "Privatverkäufen" des Beklagten und - gegebenenfalls - dessen Beweisantritt zur Verwendung der Kartenvordrucke als Schmierzettel und als Unterlage für wacklige Tische sowie klemmende Türen nachzugehen haben.

Stimpel

Bundschuh

Dr. Schulze

Brandes

Dr. Bauer