

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 188/67

URTEIL

Verkündet am

14. Juli 1969

Klett,

Justizhauptschreiber

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Angestellten August S. [REDACTED] in W. [REDACTED]/Hessen,
A. [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Sönke B. [REDACTED] in H. [REDACTED]/Holst.,
L. [REDACTED]weg,

Kläger und Revisionsbeklagten

- Prozeßbevollmächtigter

II. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

in F. [REDACTED] ([REDACTED]) -

Tatbestand berichtigt
durch Beschluß vom
11. Sept. 1969.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 8. Juni 1967 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

⁵
Im Herbst 1962 eröffnete der Beklagte in von der Bundesvermögensverwaltung gemieteten Räumen des ehemaligen Lagers L [REDACTED] in H [REDACTED] (Schleswig-Holstein) unter der Bezeichnung "A [REDACTED]-E [REDACTED]-Hütte" einen Glasveredelungsbetrieb. Das Unternehmen litt von Anfang an unter Kapitalmangel. In notarieller Erklärung vom 17. Dezember 1952 übernahm der Kläger gegenüber der Firma J [REDACTED]. T [REDACTED] & Söhne in Schleswig für sämtliche zukünftigen Rohglaslieferungen an den Beklagten bis zu 10 500 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft, jedoch mit der Einschränkung, daß die Bürgschaft nur für

Lieferungen galt, bei denen der Kläger die Aufträge mitgezeichnet hatte. In der folgenden Zeit arbeiteten die Parteien geschäftlich in vielfacher Weise zusammen; der Umfang und die Einzelheiten dieser Zusammenarbeit sind streitig. Im Jahre 1953 brach das Unternehmen zusammen. Am 18. April 1953 leistete der Beklagte den Offenbarungseid. Vom 8. August 1953 bis zum 9. März 1954 saß er wegen des Verdachts von Vermögensdelikten, die mit seiner Unternehmertätigkeit zusammenhingen, in Untersuchungshaft. Das Strafverfahren endete mit einer Verurteilung. Am 28. August 1953 mußte er die gemieteten Werksräume räumen.

Am 18. März 1954, also wenige Tage nach der Entlassung des Beklagten aus der Untersuchungshaft, unterzeichneten die Parteien folgende Urkunden:

Urkunde_I

"Verpflichtungen

die seitens der A- E- Hütte
Inh. Aug. Otto S, L Lager
gegenüber Herrn Kaufmann Sönke B,
L Lager in der Zeit vom
17.12.52 bis 8.8.53 entstanden sind:

- | | |
|---|---------------|
| 1) Bestehende Verpflichtung B
gegenüber T Schleswig aus
Bürgschaft für Herrn S | = 4.500,-- DM |
| 2) Entstandene Kosten für diese
Verpflichtung + Zinsen | = 1.800,-- DM |
| 3) Entstandene Verpflichtungen
gegenüber K, L
Lager für Lieferungen an
A- E- hütte | = 2.226,-- DM |



4) Desgleichen gegenüber Lo [REDACTED], L [REDACTED] Lager, aus Lieferungen an A [REDACTED]-E [REDACTED]-Hütte	= 1.800,-- DM
5) Bareinlagen und Auslagen f. Miete, Löhne, Strom und Rohstoffe u. Frachten	= 3.400,-- DM
6) Barauszahlung an Herrn S [REDACTED] Juli 1953	= 600,-- DM
7) Scheck v. Herrn S [REDACTED]	= 370,-- DM
8) Abtretung der Forderung K [REDACTED], L [REDACTED] Lager, gegenüber Herrn S [REDACTED] an mich	= 835,-- DM -----
Gesamt	= 15.531,-- DM =====

Diese Gesamtforderung besteht gegenüber Herrn S [REDACTED] am 15. März 1954. Da noch mehrere Prozesse in dieser Angelegenheit laufen, kann sich diese Summe noch erhöhen, wobei im Vorwegwege hiermit der Anspruch gegenüber Herrn S [REDACTED] geltend gemacht wird.

Oben stehender Betrag von 15.531,-- DM wird als Forderung des Herrn Sönke B [REDACTED] an Herrn August S [REDACTED] von beiden Parteien als zu recht bestehend, anerkannt.
...."

Urkunde II

"Abtretung"

Herr August O. S [REDACTED], als Inhaber der A [REDACTED]-E [REDACTED]-Hütte, L [REDACTED] Lager, beabsichtigt, wegen Bereicherung und Verletzung des Nutzungsrechts gegenüber:

- 1) der Bundesvermögensverwaltung
- 2) Fa. T [REDACTED] u. Söhne Sc [REDACTED] und
- 3) Fa. G [REDACTED], Beleuchtungskörper, Le [REDACTED]

einen Schadensfeststellungsprozess zu führen. Den sich daraus für Herrn S [REDACTED] ergebenden Betrag, tritt dieser hiermit in Höhe von DM. 15 531,-- an den Kaufmann Herrn Sönke B [REDACTED], L [REDACTED]-Lager, ab.

Herr S [REDACTED] schuldet Herrn B [REDACTED] lt. beiliegender Aufstellung den Betrag von DM. 15 531,--. Dieser Betrag ist jedoch nicht endgültig, da eine endgültige Aufrechnung noch nicht vorgenommen werden kann und im wesentlichen von dem Ausgang dieses Prozesses abhängig ist."

Der Kläger klagt aus dem Schuldanerkenntnis (Urkunde I) einen Teilbetrag von 500 DM ein. Der Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß er dem Kläger weder aus der Erklärung vom 18.3.1954 noch aus einem anderen dort angegebenen Grunde etwas schulde. Der Beklagte behauptet, er habe im Einvernehmen mit dem Kläger das Anerkenntnis vom 18. März 1954 nur zum Schein abgegeben, um seine Gläubiger daran zu hindern, in die in der Abtretungserklärung (Urkunde II) genannten Forderungen des Beklagten zu vollstrecken; die in der Urkunde I aufgezählten Forderungen des Klägers hätten nie bestanden. Hilfsweise wendet der Beklagte Verwirkung ein, weil der Kläger erstmals im Jahre 1963, also nach neun Jahren, Rechte aus dem Anerkenntnis hergeloitet habe. Letztlich rechnet der Beklagte mit zwei angeblichen Gegenforderungen auf.

Die Vorinstanzen haben auf die Klage den Beklagten zur Zahlung von 500 DM verurteilt und seine Widerklage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage und ein negatives Feststellungsurteil gemäß der Widerklage. Der Kläger war in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

1. Scheingeschäft

Zu Recht sieht das Berufungsgericht in der Urkunde I ein bestätigendes Schuldanerkenntnis und folgert daraus, der Beklagte müsse beweisen, daß er dieses Anerkenntnis im Einverständnis mit dem Kläger nur zum Schein abgegeben habe. Es sieht diesen Beweis nicht als geführt an, sondern hält es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für wahrscheinlicher, daß kein Scheingeschäft vorliege, als das Gegenteil. Dabei würdigt es das Vorbringen der Parteien zu den Positionen 1 bis 8 des Schuldanerkenntnisses und die dazu erhobenen Beweise. Es hält einzelne der dort aufgeführten Forderungen für voll bewiesen, andere wenigstens dem Grunde nach, bezüglich der restlichen aber nicht für bewiesen, daß sie im Zeitpunkt des Schuldanerkenntnisses nicht bestanden.

Die Revision möchte die Gewichte der Beweiswürdigung anders verteilt sehen mit dem Ergebnis, daß das Berufungsgericht Anlaß gehabt habe, den Beklagten gemäß § 448 ZPO als Partei zu vernehmen und gegebenenfalls zu beidigen. Die Rügen der Revision können insoweit keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat auf Antrag des Beklagten gemäß § 445 ZPO den Kläger als Partei über die Behauptungen des Beklagten, insbesondere über den angeblichen Scheincharakter des Schuldanerkenntnisses ver-

nommen. Zu der Möglichkeit einer Vernehmung des Beklagten gemäß § 448 ZPO hat es keine Ausführungen gemacht. Darin liegt aber kein Rechtsfehler. Wie der Bundesgerichtshof bereits in der Entscheidung IV ZR 303/56 vom 6. März 1957 (LM ZPO § 448 Nr. 2 = ZZP 1957, 332) ausgeführt hat, ist die Rüge einer Verletzung des § 448 ZPO nicht schon deshalb begründet, weil das Gericht in den Entscheidungsgründen sich nicht besonders mit dieser Vorschrift befaßt hat. Denn es ist regelmäßig davon auszugehen, daß dem Gericht die Bestimmung des § 448 ZPO bekannt ist und daß es auch geprüft hat, ob es nach dieser Vorschrift verfahren soll. Hier ist nichts anderes anzunehmen. Es steht im Ermessen des Gerichts, ob es von § 448 ZPO Gebrauch machen will. Hier legte der Sachverhalt dem Gericht insoweit Zurückhaltung nahe. Denn nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten bezweckte sein Schuldanerkenntnis eine Täuschung und Benachteiligung seiner Gläubiger. Schon deshalb konnte das Berufungsgericht den Beklagten als wenig geeignet ansehen, in eigener Sache beweiskräftig auszusagen. Erst recht aber brauchte es, nachdem es schon den Kläger - mit negativem Erfolg für den Beklagten - als Partei vernommen hatte, von einer Vernehmung des Beklagten keine entscheidende Wendung des Rechtsstreits zu erwarten, und zwar selbst dann nicht, wenn mit der Revision das Ergebnis der Beweisaufnahme in Einzelheiten für den Beklagten günstiger zu beurteilen gewesen wäre. Auch dann war schwerlich zu erwarten, daß eine Parteiaussage des Beklagten nicht nur die entgegenstehende Parteiaussage des Klägers, sondern auch die Bedenken ausräumen konnte, die sich aus den Aussagen unbeteiligter

Zeugen und dem Schriftwechsel gegen den angeblichen Scheincharakter des Schuldanerkenntnisses ergaben. Von einer Überschreitung der dem Gericht bei der Anwendung des § 448 ZPO gesetzten Grenzen des Ermessens - nur darin läge ein Rechtsverstoß - kann nicht die Rede sein.

2. Vorwirkung

Das Berufungsgericht verneint, daß der Kläger seine Rechte aus dem Schuldanerkenntnis dadurch verwirkt habe, daß er erst nach neun Jahren Ansprüche aus ihm hergeleitet hat. In Anlehnung an BGHZ 25, 47 ff vermißt das Berufungsgericht "die besonderen Umstände", die das Verhalten des Klägers als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen ließen. Insbesondere habe der Beklagte nicht dargetan, wieso er sich infolge der Untätigkeit des Klägers darauf eingerichtet habe, daß dieser seine Forderungen nicht mehr geltend machen werde. Insoweit genüge es nicht, daß der Beklagte angeblich infolge des langen Zuwartens des Klägers Unterlagen vernichtet habe, aus denen sich das Nichtbestehen der Klageforderung ergebe. Diese Würdigung des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht findet eine naheliegende Erklärung für das Zuwarten des Klägers darin, daß der Beklagte in den Jahren nach seinem wirtschaftlichen Zusammenbruch nicht in sonderlich guten wirtschaftlichen Verhältnissen gelebt habe. Es trifft zu, daß die durch das lange Zuwarten eines Gläubigers veranlaßte Vernichtung von Beweisunterlagen durch den

Schuldner schon begrifflich nicht die Einwendung der Verwirkung stützen kann. Denn diese setzt gerade eine bestehende Forderung voraus. Ein Sachverhalt, wie ihn der Beklagte geltend macht, könnte allerdings einen Einwand aus § 826 BGB begründen, wenn der (angebliche) Gläubiger gerade in der Erwartung so lange zugewartet hätte, der Schuldner werde seine Beweisunterlagen vernichten. Das behauptet der Beklagte selbst vom Kläger nicht.

3. Aufrechnung

Der Beklagte hat hilfweise mit zwei Gegenforderungen aufgerechnet.

a) Er hat nach dem Zusammenbruch der A-
E-Hütte deren Beitragsrückstände bei der Allgemeinen Ortskrankenkasse I nach und nach in Höhe von 2 748,67 DM getilgt. Er ist der Ansicht, der Kläger sei verpflichtet, sich hieran zur Hälfte zu beteiligen. Das Berufungsgericht verneint dies, weil der Beklagte kein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien dargelegt habe, aus denen sich eine solche Erstattungspflicht des Klägers ergebe. Die Revision verweist demgegenüber vergeblich auf den unter Beweis gestellten Sachvortrag des Beklagten. Die Behauptungen des Beklagten beziehen sich auf die im einzelnen streitige Zusammenarbeit der Parteien während der Krisenzeit der A-E-Hütte. Der Beklagte hat hierzu behauptet: Der Kläger habe (zwar) teilweise Löhne gezahlt, dabei sei aber zu berück-

sichtigen, daß der Kläger seinerzeit auch sämtliche Einnahmen des Unternehmens zu seiner Verfügung hatte; ferner: Der Kläger habe praktisch die Geschäfte des Beklagten geführt, aber die Erzeugnisse des Betriebes ausschließlich auf seine Rechnung weiterverkauft; ferner: Der Kläger habe namens der A- E-Hütte Bestellungen aufgegeben; ferner: Der Kläger habe im Betriebe des Beklagten eigene Veredelungsaufträge durchgeführt. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß dieses, allgemein gehaltene Vorbringen des Beklagten keinesfalls genüge, einen Anspruch auf teilweise Erstattung der von ihm nachträglich bezahlten AOK Beiträge zu rechtfertigen.

b) Der Beklagte hat im ersten Rechtszuge vorge-
tragen:

"Der Kläger zog einen Wechsel über
3 000 DM ein, der allein dem Beklagten
zustand und aus dem die Firma
Br & Ke in M
verpflichtet war.

Beweis: Auskunft der V bank I'.

Das Landgericht hat dieses Vorbringen als ungenügend erklärt: Der Beklagte habe konkret behaupten und beweisen müssen, daß der Kläger durch eine etwaige Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmte Beträge erlangt habe, die er herauszugeben verpflichtet sei. In der Berufungsbegründung hat der Beklagte sich "für die Tatsache, daß der Wechselbetrag dem Beklagten zustand", "auf das Zeugnis der Firma Br & Ke in M bezogen", mit dem Zusatz, Name und ladungs-

fähige Anschrift des zuständigen Sachbearbeiters würden nachgereicht. Dies ist jedoch nicht geschehen. Das Berufungsgericht hat deshalb eine Aufrechnung mit der angeblichen Gegenforderung nicht durchgreifen lassen, weil der Beklagte entgegen seiner Ankündigung keinen Beweis für seine Behauptung angetreten habe. Das ist entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden. Der Beklagte hatte sich nicht, wie die Revision geltend macht, auf eine Auskunft der Firma Br[REDACTED] & Ke[REDACTED] bezogen, was auch unzulässig gewesen wäre (die Zivilprozeßordnung kennt als Beweismittel nur amtliche Auskünfte, vgl. § 272 b Abs. 2 Nr. 2), sondern auf das Zeugnis des Sachbearbeiters dieser Firma. Der Beklagte hätte deshalb gemäß § 373 ZPO den Zeugen benennen, d.h. seinen Namen und seine ladungsfähige Anschrift mitteilen müssen. Da er das nicht getan hat, hat das Berufungsgericht mit Recht die entsprechende Behauptung des Beklagten als beweislos angesehen. Abgesehen davon war auch der Sachvortrag des Beklagten in diesem Punkte, wie schon

das Landgericht zutreffend angenommen hat, nicht hinreichend substantiiert. Die fragliche Wechselangelegenheit hätte mindestens zeitlich fixiert und es hätten die Umstände dargelegt werden müssen, aus denen sich ergab, daß der Kläger unbefugt einen dem Beklagten zustehenden Wechselbetrag kassiert hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

16

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 188/67

in dem Rechtsstreit

des Angestellten August S. [REDACTED] in W. [REDACTED]/Hessen,
A. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklügers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Sönke B. [REDACTED] in H. [REDACTED]/Holst.,
L. [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in F. [REDACTED] ([REDACTED]) -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat in der Sitzung am 17. September 1969 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger
sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Mormann und Braxmaier

beschlossen:

Gemäß § 319 ZPO wird der Anfang des
Tatbestandes des Urteils vom
14. Juli 1969 dahin berichtigt, daß
es heißt: "Im Herbst 1952" statt
"Im Herbst 1962".

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Mormann

Braxmaier