

Verkündet am 19. November 1962
[redacted], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Joachim B [redacted] in B [redacted],
I [redacted]straße [redacted], früher in Be [redacted], N [redacted]
Straße [redacted],

Klägers, Widerbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [redacted] -

gegen

die Firma "S [redacted] L [redacted]" in Lo [redacted], B [redacted] Street,
vertreten durch ihren Geschäftsführer D. J. D [redacted],
Lo [redacted], dieser vertreten durch den Leiter der Filiale
der beklagten Firma für Deutschland Mr. M [redacted] in Be [redacted]
[redacted], F [redacted], Halle [redacted],

Beklagte, Widerklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. November 1962 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr.Haidinger sowie der
Bundesrichter Artl, Dr.Dorschel, Dr.Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Kammergerichts in Berlin vom
14. Februar 1961 wird auf Kosten des Klägers
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war Inhaber der Firma "T[REDACTED]-Reisen, Reisebüro Sch[REDACTED]". Die Beklagte ist eine Gesellschaft nach englischem Recht, die sich u.a. mit der Durchführung von Charterflügen befaßt und eine Niederlassung in Be[REDACTED] hat. Die Parteien standen seit Herbst 1957 in Geschäftsverbindung, in deren Verlauf der Kläger mit der Beklagten Charterverträge abschloß, bei denen er auf den Preis einen Nachlaß von 7,5 % erhielt.

Der Kläger behauptet, ihm sei im November 1958 anlässlich einer Besprechung mit dem kaufmännischen Direktor der Beklagten Sn[REDACTED] und dem Leiter der Be[REDACTED] Niederlassung der Beklagten Bl[REDACTED] zugesagt worden, daß er für die Vermittlung von Charterverträgen für den Sommer 1959 eine Provision von 2,5 % erhalten solle. Falls er mehr als 900 Flugstunden vermittele, habe ihm noch ein Zuschlag gewährt werden sollen. Das Abkommen habe Bl[REDACTED] für die Beklagte am 25. Februar 1959 mit einem Schreiben bestätigt, das unstreitig folgenden Inhalt hat:

"Wir möchten hiermit bestätigen, daß ein Abkommen getroffen wurde im Beisein von Mr. Sn[REDACTED] und dem Unterzeichneten, daß wir, die Firma S[REDACTED], bereit sind, Ihnen eine Provision in Höhe von 2 1/2 % für Vermittlung der H[REDACTED] zu zahlen."

(H[REDACTED] ist die Typenbezeichnung eines Flugzeuges, das die Beklagte einzusetzen pflegte). Durch seine, des Klägers Vermittlung habe die Beklagte mit der D[REDACTED] Flugtouristik GmbH Verträge über Charterflüge abgeschlossen und daraus im Sommer 1959 Einnahmen von 852 800 DM erzielt. Sie sei ihm daher zur Zahlung einer Provision von 21 300 DM verpflichtet.

Von diesem Betrage hat der Kläger ursprünglich einen Betrag von 10 080 DM abgesetzt, den er nach einer auf den 31. Dezember 1958 vorgenommenen Abrechnung aus der Geschäftsverbindung geschuldet habe. Im Laufe des Rechtsstreits hat er vorgetragen, bei der Abrechnung seien eine von ihm am 19. August 1958 mittels Barschecks an Bl. [REDACTED] geleistete Zahlung von 2000 DM und eine im November 1958 in seinem Auftrage von dem Be. [REDACTED] Frachtkontor geleistete Zahlung von 1184 DM nicht berücksichtigt worden.

Einen Teilbetrag von 10 000 DM seiner Forderung hat der Kläger abgetreten. Er hat im Rechtsstreit beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 10 000 DM an den Abtretungsempfänger und eines weiteren Teilbetrages von 1780 DM nebst Zinsen auf 11 780 DM an ihn selbst zu verurteilen.

Die Beklagte bestreitet, daß mit dem Kläger eine Abrede über eine Provisionszahlung für die Vermittlung von Charterflügen des Sommers 1959 getroffen sei. Sie behauptet, Sn. [REDACTED] habe lediglich für Vermittlung von Flügen in der Weihnachtszeit 1958 eine Provision zugesagt. Sie verlangt mit der Widerklage Zahlung des bei der Abrechnung festgestellten Saldos von 10 080 DM und eines weiteren dabei nicht berücksichtigten Betrages von 2975 DM aus einer Rechnung vom 11. November 1958, der im Revisionsrechtszuge nicht mehr streitig ist, sowie der Zinsen auf diese Beträge.

Das Landgericht und das Berufungsgericht haben die Klage abgewiesen und nach dem Antrage der Widerklage erkannt.



Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageansprüche weiter und erstrebt die Abweisung der Widerklage. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat die Ansprüche der Parteien nach deutschem Recht beurteilt. Die Revisionserwiderung glaubt, die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien hätten englischem Recht unterstellt werden müssen. Die Anwendung deutschen Rechtes ist indessen unbedenklich. Für die Frage, welchem Recht ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen einem Inländer und einem Ausländer unterstellt werden muß, ist nach anerkannter Rechtsauffassung in erster Linie der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Parteiwille, gegebenenfalls der sogenannte mutmaßliche Parteiwille, notfalls der Erfüllungsort entscheidend (BGHZ 19,110,111). Das Berufungsgericht hat darüber, nach welcher Richtung der Parteiwille gegangen ist, keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen, wie es überhaupt eine nähere Begründung für die Anwendung deutschen Rechtes nicht gegeben hat. Ersichtlich hat es aber angenommen, daß jedenfalls der Wille, ein etwaiges Provisionsversprechen englischem Recht zu unterstellen, nicht erklärt worden ist. Denn andernfalls hätte es englisches Recht anwenden müssen. Die Beklagte ist zwar ein ausländisches Unternehmen, sie unterhält aber in Be[REDACTED] wenn nicht eine Zweigstelle, so doch mindestens einen festen und dauerhaften Teil ihres Unternehmens, der die von

Be [REDACTED] abgehenden Luftreisen veranstaltet. Der Kläger, ein Deutscher, war Inhaber eines deutschen Reisebüros. Ihm war nach seiner Darstellung eine Provision versprochen worden für die Vermittlung von Verträgen über Charterflüge, die im Rahmen des Be [REDACTED] Betriebes der Beklagten ab Be [REDACTED] erfolgen sollten. Die Tätigkeit, für die dem Kläger angeblich Provision gebührt, war also in der Hauptsache in Deutschland auszuführen. Daß eine Provision in deutscher Währung zu zahlen wäre, kann einem Zweifel nicht unterliegen, ebenso wie die Beklagte unstreitig ihre sonstigen Geschäfte in deutscher Währung abgerechnet hat. Das behauptete Rechtsverhältnis zwischen den Parteien hatte danach im deutschen Rechtsgebiet seinen Schwerpunkt. Das rechtfertigt die Anwendung deutschen Rechtes (BGHZ 19,110,113).

B.

I. (Klage)

1. Das Berufungsgericht nimmt an, eine Vereinbarung über die Zahlung einer Provision für die Vermittlung von Charterflügen im Sommer 1959 sei nicht wirksam zustande gekommen.

Bl [REDACTED] habe, so stellt das Berufungsgericht fest, nicht selbständig Charterverträge von einem solchen Umfange, daß sie sich über den Sommer erstreckten, abschließen können. Damit will das Berufungsgericht ersichtlich sagen, er habe auch keine Vollmacht gehabt, Verträge über die Zahlung von Provision für derartige Charterverträge einzugehen. Das Berufungsgericht prüft weiter, ob der Zeuge Sn [REDACTED], den es ersichtlich zum Abschluß eines Vertrages, wie er nach Darstellung

des Klägers abgeschlossen sein soll, für bevollmächtigt hält, dem Kläger die Zusage einer Provisionszahlung gemacht habe. Es sieht auf Grund der Bekundung des Zeugen Sn [REDACTED] als erwiesen an, die von Sn [REDACTED] in englischer Sprache abgegebenen Erklärungen hätten dahin gelautet, daß er dem Kläger eine Zusage nur für das sogenannte Weihnachtsprogramm 1958 der Beklagten mache. Dagegen habe er keine Zusage für den Sommer 1959 abgegeben. Die Urteilsgründe enthalten aber keine eindeutige Feststellung, ob der als Dolmetscher für Sn [REDACTED] tätige Zeuge Bl [REDACTED] die Erklärungen des Sn [REDACTED] dem Kläger zutreffend dahin übersetzt hat, daß dieser Provision nur für die Vermittlung von Charterflügen während der Weihnachtszeit 1958 erhalten solle. Zugunsten der Revision muß davon ausgegangen werden, daß das Berufungsgericht unterstellt, und zwar nicht nur als Hilferwägung, Bl [REDACTED] habe die Erklärungen des Sn [REDACTED] unrichtig dahin übersetzt, dem Kläger solle für die Vermittlung von Charterflügen allgemein, also insbesondere des Sommers 1959, eine Provision gewährt werden. In diesem Falle, so meint das Berufungsgericht, habe die Beklagte aber die Erklärungen wirksam nach § 120 BGB angefochten.

2. a) Gegen die Annahme, daß die Beklagte dem Leiter der Be [REDACTED] Niederlassung Bl [REDACTED] keine Vollmacht zum Abschluß von Provisionsversprechen für Charterverträge größeren Umfanges erteilt habe, erhebt die Revision keine Angriffe. Sie beruft sich aber bei der Erörterung des von Bl [REDACTED] erfaßten Bestätigungsschreibens vom 25. Februar 1959 darauf, daß Bl [REDACTED] eine Anscheinsvollmacht besessen habe. Zur Begründung macht die Revision u.a. geltend, der Kläger habe nach Treu

und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte annehmen dürfen, daß die Beklagte, nämlich der Zeuge Sn [REDACTED], das Verhalten des Zeugen Bl [REDACTED] zumindest dulden werde. Der Kläger habe seit November 1958 der Auffassung sein können, die Beklagte sei mit einer Provision für Vermittlung von Flügen im Sommerprogramm 1959 einverstanden. Es ist indessen bedenkenfrei, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt weder unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht noch der Anscheinsvollmacht gewürdigt hat. Eine Duldungsvollmacht würde voraussetzen, daß Bl [REDACTED] schon früher unter Überschreitung seiner Befugnisse Verträge, die im Zusammenhang mit Charterverträgen großen Umfanges standen, abgeschlossen hätte, daß die Beklagte oder mindestens Sn [REDACTED] dieses Verhalten gekannt und geduldet hätten und der Kläger diese Duldung dahin hätte deuten dürfen, Bl [REDACTED] habe auch insoweit Vollmacht. Eine Anscheinsvollmacht läge vor, wenn die Beklagte oder Sn [REDACTED] zwar ein derartiges Verhalten des Bl [REDACTED] nicht gekannt hätten, sie es aber ^{hätten} kennen und verhindern können. Für den einen oder anderen Sachverhalt sind aber in den ersten beiden Rechtszügen keine hinreichenden Tatsachen vorgetragen worden. Die Revision hat auch nicht dargelegt, daß das Berufungsgericht dahingehende Behauptungen übergangen habe.

Fehl geht daher auch die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht hätte das Bestätigungsschreiben, das Bl [REDACTED] unter dem 25. Februar 1959 ausgestellt hat, nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht der Beklagten zurechnen und als Verzicht auf das Recht zur Anfechtung werten müssen. Das Schreiben kann deshalb entgegen der Meinung der Revision nicht etwa als bestätigendes Schuldanerkenntnis die Beklagte binden.

b) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung, daß Sn [REDACTED] selbst die behauptete Provisionsabrede nicht getroffen habe, unter Verletzung von Verfahrensvorschriften den Zeugen Sn [REDACTED] für glaubwürdig gehalten. Das Berufungsgericht habe nämlich die mit Schriftsatz vom 11. Mai 1960 beantragte Einholung einer Auskunft der Industrie- und Handelskammer und eines Sachverständigengutachtens darüber unterlassen, daß die Behauptung, im November 1958 sei nur über die Beschaffung von Flügen und sogar von Extraflügen in den drei Wochen der Weihnachtszeit verhandelt und eine Provision zugesagt worden, völlig unwahrscheinlich sei, weil bei der Veranstaltung von Flugreisen unmöglich sei, mit einer kurzen Frist von wenigen Wochen, ja sogar von wenigen Tagen, zu disponieren. Einer Beweiserhebung bedurfte es jedoch nicht. Ein Sachverhalt, wie er dem Beweisantrage zugrundeliegt, war nach der Begründung des Zeugen Sn [REDACTED] gar nicht gegeben. Die Beklagte führte unstreitig Flüge für den Be [REDACTED] Senat und die Technische Universität Be [REDACTED] aus. Der Zeuge Sn [REDACTED] hat hierzu bei seiner Vernehmung vom 24. Juni 1960 angegeben, er habe 2 1/2 % für alle die Charterflüge angeboten, die während der Weihnachtsperiode von dem Kläger über das mit dem Senat bereits vereinbarte Kontingent hinaus vermittelt werden würden. Für die Weihnachtsperiode 1958 sei ein Flugzeug H [REDACTED] in Be [REDACTED] stationiert gewesen. Diese Maschine und eine andere mehr für Frachtenflüge bestimmte seien durch das Weihnachtsprogramm des Senats und der Technischen Universität nicht voll ausgelastet gewesen. Es handelte sich also bei dem Provisionsversprechen, das der Zeuge Sn [REDACTED] erwähnt, nicht um die Planung eines Flugreiseprogramms, sondern nur um die Zuführung zusätzlicher Fluggäste für ein Flugzeug, dessen Stationierung bereits geplant war. Da das Be-

rufungsgericht davon ausgeht, daß die bei der Verhandlung im November 1958 anwesenden Zeugen Brunhilde B [REDACTED], Sc [REDACTED] und H [REDACTED] infolge Sprachschwierigkeiten die Worte es Zeugen Sn [REDACTED] nicht haben verstehen können, geht auch die Rüge der Revision fehl, das Berufungsgericht hätte zur Prüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen Sn [REDACTED] ihre Aussagen berücksichtigen müssen. Ihre Bekundungen können nur Bedeutung für die Frage haben, welche Übersetzung Bl [REDACTED] gegeben hat. Insoweit war aber, wenn unterstellt wird, daß Bl [REDACTED], wenn auch fälschlich, übersetzt hat, Sn [REDACTED] verspreche eine Provision für die Vermittlung von Sommer-Charterflügen, eine Würdigung nicht erforderlich. Wenn schließlich die Revision mit weiteren Erwägungen die Glaubwürdigkeit des Sn [REDACTED] angreift, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Beweiswürdigung.

c) Der Dolmetscher ist im allgemeinen rechtlich wie ein Bote anzusehen (RG LZ 1926, 917; BGB RGRK 11. Aufl. Anm. 22 vor § 164). Unbedenklich hat das Berufungsgericht hier Bl [REDACTED] für einen Dolmetscher der Beklagten gehalten und wie einen Erklärungsboten behandelt. Die Beklagte wäre daher grundsätzlich an das gebunden, was Bl [REDACTED] als Erklärung des Zeugen Sn [REDACTED] übersetzt hat. Überträgt der Dolmetscher allerdings bewußt falsch, so entfällt wie bei einer Übermittlung durch Boten eine Bindung (RG HRR 1940, Nr. 1278); Soergel/Siebert BGB 9. Aufl. § 120 Anm. 4). Bei unbewußt falscher Übertragung ist die Vorschrift des § 120 BGB entsprechend anzuwenden, nach der eine Willenserklärung, die durch einen Boten unrichtig übermittelt worden ist, wie eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung angefochten werden kann.

Das Berufungsgericht trifft keine Feststellung, ob Bl. bewußt falsch übersetzt hat. Es ist daher zu Gunsten des Klägers zu unterstellen, daß Bl. unbewußt die Erklärungen des Zeugen Sn. fälschlich dahin übertragen hat, der Kläger solle für die Vermittlung von Sommer-Charterflügen Provision erhalten. In diesem Fall müßte also, wie das Berufungsgericht mit Recht meint, die Beklagte sich die übermittelte Erklärung als ihre eigene entgegenhalten lassen, wenn sie sie nicht wirksam angefochten hat. Zur Begründung für die Annahme, daß die Beklagte eine Anfechtung unverzüglich erklärt habe, verweist das Berufungsgericht auf das Urteil des Landgerichts. Dieses führt aus, die innerhalb des Rechtsstreits erklärte Anfechtung sei nicht verspätet. Kenntnis von dem Anfechtungsgrund, d.h. von der Tatsache, daß bei der Besprechung im November 1958 Erklärungen falsch übersetzt worden sind, habe die Beklagte erst durch die Aussage der Zeugen Bl., Brunhilde B. und Sc. erlangt.

Diese Auffassung hält den Angriffen der Revision stand. Die Bekundungen der genannten Zeugen sind im Termin vom 8. März 1960 erfolgt. Wenn das Landgericht von einer Anfechtung spricht, die unverzüglich nach dieser Beweisaufnahme erfolgt sei, so meint es ersichtlich, daß die Beklagte im Schriftsatz vom 26. März 1960 zum Ergebnis der Beweisaufnahme vorgetragen hat, Bl. habe nicht nur ohne Vertretungsmacht Zusagen gegeben, er habe auch als Dolmetscher offenbar die Willenserklärung des Mr. Sn. falsch übermittelt und damit den Tatbestand der Untreue erfüllt. Der Kläger habe dessen Handlungsweise zu seinem Vorteil ausgenutzt. Diese Würdigung des schriftsätzlichen

Vortrages als Anfechtungserklärung enthält keinen Rechtsirrtum. Eine Anfechtungserklärung kann auch im Prozeß abgegeben werden. Daß das Landgericht, dem das Berufungsgericht insoweit beigetreten ist, in den Ausführungen des Schriftsatzes eine Willenserklärung, also eine auf eine Rechtswirkung gerichtete Erklärung, gesehen hat, ist unbedenklich. Ist sie aber eine privatrechtliche Willenserklärung, so unterliegt ihre Auslegung nur der beschränkten Nachprüfung im Revisionsverfahren. Wenn das Landgericht und das ihm insoweit folgende Berufungsgericht aus dem Schriftsatz vom 26. März 1960 die Erklärung der Beklagten entnommen haben, daß ein etwa zustande gekommenes Provisionsversprechen oder ein Maklervertrag wegen Unrichtigkeit der Übersetzung, also wegen eines Willensmangels nicht bestehen bleiben sollte, so ist das eine mögliche Auslegung. Verstöße gegen Auslegungsgrundsätze sind nicht erkennbar und von der Revision nicht gerügt. Es bestehen auch keine Bedenken gegen die Annahme, daß die Anfechtungserklärung ohne schuldhaftes Zögern abgegeben ist. Eine sofortige Anfechtung ist nicht immer erforderlich. So darf der Anfechtungsberechtigte sich vor Ausübung seines Rechtes noch vergewissern, ob der Anfechtungsgrund auch tatsächlich gegeben ist; er darf auch die Folgen gründlich überlegen und sich mit seinem Anwalt beraten. Wird berücksichtigt, daß die Abschrift des Vernehmungsprotokolls dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 9. März 1960 übersandt worden ist, daß dieser die Abschrift seiner Auftraggeberin weiterreichen mußte und daß die Beklagte ein ausländisches Unternehmen ist, so stellt es keinen Rechtsirrtum dar, wenn das Berufungsgericht die Anfechtung durch einen am Sonnabend dem 26. März 1960 verfaßten, bei Gericht

am 29. März 1960 eingegangenen Schriftsatz noch für rechtzeitig hält.

3. Nach alledem nimmt das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß an, daß keine wirksamen Vereinbarungen zwischen den Parteien darüber bestanden haben, der Kläger solle eine Maklertätigkeit oder eine sonstige Tätigkeit für die Beklagte im Chartergeschäft des Sommers 1959 ausüben oder eine Provision bei dem Zustandekommen von Charterverträgen erhalten.

Die Revision glaubt allerdings, dem Kläger stehe nach § 354 Abs.1 HGB ein Provisionsanspruch zu. Nach dieser Bestimmung kann derjenige, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, dafür auch ohne Verabredung Provision fordern. Das Berufungsgericht hält einen Anspruch unter diesem Gesichtspunkt nicht für gegeben, weil der Kläger nicht durch seine Tätigkeit zum Abschluß des Vertrages zwischen der Beklagten und der D. [REDACTED] Flugtouristik GmbH beigetragen habe. Ob dieser Auffassung, die die Revision angreift, zu folgen ist, bedarf keiner Entscheidung. Der Kläger kann aus § 354 HGB schon deshalb keine Provision verlangen, weil es bereits an dem Tatbestand einer Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung im Sinne des § 354 HGB fehlt. Diese Bestimmung hat nicht die Bedeutung, daß ein Kaufmann seine Tätigkeit einem anderen gegen dessen Willen aufdrängen könnte mit der Folge, daß der andere Provision zahlen müsse. Die Provisionspflicht setzt voraus, daß zwischen dem Kaufmann und dem anderen ein das Tätigwerden rechtfertigendes Verhältnis besteht (Ritter, HGB 2.Aufl., § 354 Anm.2; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 3.Aufl. § 354 Anm.3). Eine solche Rechtfertigung soll, abgesehen von den Fällen, in denen der andere

sich die erkennbar geleistete Tätigkeit hat gefallen lassen, nach verbreiteter Auffassung auch in der rechtmäßigen Geschäftsführung ohne Auftrag des § 683 BGB liegen können (Baumbach/Duden, HGB 15.Aufl. § 354 Anm.2 B; Düringer/Hachenburg, HGB 3.Aufl. § 354 Anm.5; HGB RGRK . . 2.Aufl. § 354 Anm.4; Ritter aaO; Schlegelberger/Hefermehl aaO). Eines näheren Eingehens auf diese Frage, insbesondere einer Abgrenzung des Tatbestandes des § 354 HGB gegenüber dem Falle stillschweigender Vereinbarung eines Maklerlohnes nach § 653 BGB bedarf es hier nicht, denn der Kläger hat die Voraussetzungen auch einer rechtmäßigen Geschäftsführung ohne Auftrag nicht dargelegt. Ob die Vermittlung des Abschlusses eines Chartervertrages mit der Flugtouristik GmbH, sofern der Kläger dabei mitgewirkt haben sollte, dem Interesse der Beklagten entsprochen hat, kann dahingestellt bleiben. Dafür, daß sie dem wirklichen Willen der Beklagten entsprochen habe, hat der Kläger nichts vorgebracht. Aber auch daß wenigstens der mutmaßliche Wille der Beklagten dahin gegangen sei, der Kläger solle den Abschluß vermitteln, hat der Kläger nicht behauptet. Mutmaßlicher Wille ist der bei objektiver Würdigung aller gegebenen Umstände, der Gewohnheiten und Anschauungen, vor allem der Vermögenslage des Geschäftsherrn voraussetzende Wille (BGB RGRK 11.Aufl. § 683 Anm.3). In dieser Richtung hat der Kläger nichts vorgebracht.

II. (Widerklage)

1. Hinsichtlich der Widerklage hat der Kläger in der Berufungsbegründungsschrift lediglich auf den Vortrag des ersten Rechtszuges Bezug genommen. Eine solche Bezugnahme hätte für sich genommen nach ständiger Rechtsprechung zur Berufungsbegründung nicht genügt

(BGHZ 7,170; Beschl. des erkennenden Senats vom 12. Februar 1959 - VIII ZB 6/59 - NJW 1959,885). Das Berufungsgericht hält aber auch insoweit die Berufung für zulässig, weil der Kläger durch sein Vorbringen, mit dem er die Berufung zur Klage begründet hat, auch das Urteil des Landgerichts hinsichtlich der Widerklage angegriffen habe. Denn das Landgericht habe über die Berechtigung der Widerklage nur entscheiden können, wenn es die Klage als unbegründet angesehen habe, weil andernfalls die Forderung der Beklagten gegen den Kläger durch die erklärte Aufrechnung erloschen gewesen wäre. Dem ist beizutreten. Die Beklagte hat mit der Widerklage Zahlung des Saldobetrages von 10 080 DM und eines weiteren Betrages von 2975 DM erlangt. Der Kläger hat demgegenüber die Saldoforderung in Höhe der bei der Abrechnung angeblich nicht berücksichtigten Zahlungen von 2800 und 1184 DM = 3984 DM bestritten; der nicht bestrittene Restbetrag des Saldos von (10 080 - 3984 =) 6096 DM sollte nach Ansicht des Klägers durch Aufrechnung mit seiner Provisionsforderung getilgt sein. Auch die weitere Forderung von 2975 DM hatte er, wie das Berufungsgericht in den Urteilsgründen ausführt, substantiiert nicht bestritten. Ihr gegenüber macht er ebenfalls nur die Aufrechnung mit der Provisionsforderung geltend. Was die Beträge von 6096 und 2975 DM betrifft, erstreckte sich daher bedenkenfrei die Berufungsbegründung zur Klage auch auf die Widerklage. Was dagegen die bestrittenen Posten von 2800 und 1184 DM anbelangt, so ist das Vorbringen des Klägers mit dem Berufungsgericht dahin aufzufassen, daß er mit seiner Provisionsforderung hilfsweise, d.h. für den Fall, daß das Gericht eine Tilgung durch Zahlung nicht für erwiesen hält, auch gegenüber der dann bestehenden weiteren Forderung der Beklagten aufrechne. Der Kläger hat also insoweit im ersten Rechtszuge

sich gegen die Widerklage mit einer Haupt- und einer Hilfseinwendung verteidigt. Das mit der Berufung angegriffene Urteil des Landgerichts hatte sowohl die Haupt- als auch die Hilfsverteidigung nicht für begründet erklärt. Die Berufungsbegründung, die sich lediglich mit der zur Aufrechnung gestellten Forderung des Klägers befaßt, bezog sich, soweit die Widerklage in Frage steht, mithin nur auf den Hilfseinwand. Insoweit genügt sie aber zweifelsfrei den Anforderungen des § 519 ZPO. Damit ist die Berufung zur Widerklage zulässig. Dem steht nicht entgegen, daß das Gericht über eine hilfsweise erklärte Aufrechnung nur erkennen darf, wenn es die Gegenforderung für feststehend hält, daß es also auch über den Haupteinwand des hilfsweise Aufrechnenden entscheiden muß. Hatte der Kläger einmal zulässig Berufung auch hinsichtlich der Widerklage eingelegt, so stand es ihm frei, die Begründung durch Angriffe zu erweitern, die er in der Berufungsbegründungsschrift nicht vorgebracht hatte (RGZ 149,202,205). Er konnte deshalb in dem Berufungsrechtszuge auf den Haupteinwand, er habe Zahlung in Höhe von 2800 und 1184 DM geleistet, zurückkommen.

2. Die Revision ist indessen, was die Verteidigung gegen die Widerklage betrifft, unbegründet.

a) Der Kläger hat sich zum Beweise, daß er 2800 DM gezahlt habe, die in der auf den 31. Dezember 1958 vorgenommenen Abrechnung nicht berücksichtigt seien, u.a. auf eine Quittung des Zeugen Bl. [REDACTED] bezogen, die folgenden Inhalt hat:

"Quittung über DM 2800.
DM Zweitausendachthundert in Barscheck 6022051
von Reisebüro Sch. [REDACTED] für Flug K. [REDACTED]
richtig erhalten zu haben bescheinigt

19.Aug. 58
gez. Bl. [REDACTED]"

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Zahlung von 2800 DM sei in der Aufstellung der Beklagten nicht aufgeführt. Aus der Quittung vom 19. August 1958 ergab sich nicht, daß die Beklagte diesen Betrag erhalten habe, zumal sie unbestritten ihrerseits behauptet habe, daß sie einen Flug nach K [REDACTED] überhaupt nicht durchgeführt habe. Wenn es sich um die Bezahlung eines Fluges einer anderen Gesellschaft handelte, könne sie hiermit nicht belastet werden.

Die Revision glaubt, die vom Berufungsgericht als Bestreiten gewertete Behauptung der Beklagten, die Angabe über den K [REDACTED]-Flug sei ihr unverständlich, und ihre Einlassung, der Eingang des Geldes sei nicht feststellbar, die Quittung müsse daher fingiert sein, beruhen auf der irrigen Annahme, maßgeblich sei der Zeitraum des Jahres 1959. Diese Auffassung der Revision ist unrichtig. Die Beklagte hatte zwar in ihrem Schriftsatz vom 4. Februar 1961 davon gesprochen, die Quittung über 2800 DM könne möglicherweise Darlehen betreffen, die Bl [REDACTED] aus veruntreuten Geldern an den Kläger im Jahre 1959 gegeben habe. Sie hat in demselben Schriftsatz aber ausdrücklich vorgetragen, der Kläger wolle den die Quittung betreffenden Einzelposten geltend machen, ohne seine Entstehung zu substantiieren; mit Recht nehme der Vorderrichter an, daß dieser Betrag beim Jahresabschluß-Saldo für 1958 berücksichtigt sei, wenn die Beklagte ihn erhalten hätte. Die Behauptung, daß der Betrag beim Jahresabschluß berücksichtigt worden sei, hat die Beklagte zwar nach den Gründen des Berufungsurteils fallen lassen. Ihre Erklärung im Schriftsatz vom 4. Februar 1961 zeigt aber, daß über den Zeitpunkt, der in der Quittung für die Zahlung angegeben ist, keine Unklarheit bestanden hat.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe die vom Kläger angebotenen Beweise dafür, daß der Betrag an den Zeugen Bl [REDACTED] oder einen von ihm Beauftragten gezahlt worden sei, nicht erhoben. Ferner trage mit Rücksicht auf die Quittung nicht der Kläger die Beweislast für die Zahlung, sondern die Beklagte die Beweislast dafür, daß der Betrag bei ihr nicht eingegangen sei. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht ohne Beweiserhebung nicht annehmen durfte, es sei nicht erwiesen, daß die Beklagte den Betrag erhalten habe. Da offenbar Bl [REDACTED] Vollmacht zur Empfangnahme von Geld hatte, würde die Beklagte sich eine für sie bestimmte Zahlung an Bl [REDACTED] entgegenhalten lassen müssen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird aber von der weiteren Begründung getragen, die Beklagte habe unbestritten behauptet, daß sie einen Flug nach K [REDACTED] überhaupt nicht durchgeführt habe. Der Kläger hätte behaupten und unter Beweis stellen müssen, daß er den in der Quittung genannten Betrag zur Abgeltung einer in der Abrechnung enthaltenen Forderung der Beklagten für eine Flugreise nach K [REDACTED] gezahlt hat. Daran fehlt es. Der Auffassung der Revision, die Beklagte habe nicht bestritten, daß im Jahre 1958 ein Flug nach K [REDACTED] stattgefunden habe, fehlt jede Grundlage. Die Rügen, die Verfahrensvorschriften der §§ 138, 286, 416 ZPO seien verletzt, sind daher nicht begründet.

b) Zum Beweise für die weitere Zahlung von 1184 DM hat sich der Kläger auf ein seinen Inhalt nach unstreitiges Schreiben des Be [REDACTED] L [REDACTED] GmbH & Co. KG vom 7. November 1958 berufen, das lautet:

"Betr.: den Betrag Ihrer Rechnung v.4.11.
in Höhe von DM 1 200
haben wir abzüglich unserer Buchungs-
gebühren von DM 16
mit DM 1 184
wunschgemäß der S. [REDACTED] L. [REDACTED] über-
wiesen."

Das Berufungsgericht hält dieses Schreiben nicht für ausreichend, um eine Überweisung an die Beklagte nachzuweisen. Es meint, der Kläger hätte nachweisen müssen, daß die Überweisung tatsächlich erfolgt sei. Dieser Nachweis wäre dem Kläger bei der Länge der dazwischenliegenden Zeit auch durchaus möglich gewesen.

Die Revision macht geltend, die Beklagte habe die Behauptung des Klägers nicht substantiiert bestritten. Sie habe nur vorgetragen, diese Zahlung sei in dem Saldo zum 31. Dezember 1958 berücksichtigt. Da aber das Berufungsgericht zu Recht feststelle, daß die Überweisung im fraglichen Saldo nicht aufgeführt ist, hätte zu Gunsten des Klägers die Zahlung als erfolgt anerkannt werden müssen. Auch dieser auf die Verletzung der §§ 138, 286 ZPO gestützte Angriff kann keinen Erfolg haben. Richtig ist zwar, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts eine Überweisung von 1184 DM nicht in der Abrechnung berücksichtigt worden ist. Die Revision irrt aber in der Annahme, die Beklagte habe den Empfang nicht ausdrücklich bestritten, so daß er nach § 138 Abs.3 ZPO als zugestanden anzusehen sei. Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 4. Februar 1961 vorgetragen, bezüglich des Betrages von 1184 DM möge der Kläger dartun, daß dieser Posten im Saldo zum 31. Dezember 1958 nicht berücksichtigt worden ist, wenn Zahlung zu Gunsten der Beklagten erfolgt sein sollte. Es werde gebeten, dem Kläger aufzugeben, Unterlagen wegen des Betrages vorzulegen. Darin hat das Berufungsgericht mit Recht ein Bestreiten gesehen. Die bloße Erklärung des Be [REDACTED] I [REDACTED], es habe den Betrag überwiesen, brauch-

te das Berufungsgericht nicht als ausreichenden Beweis anzusehen. Es ist denkbar, daß die Überweisung versehentlich unterblieben ist oder daß sie, weil das Be [REDACTED] L [REDACTED] [REDACTED] bei der Überweisung mißverständliche Angaben gemacht hat, zur Abdeckung einer anderen Schuld als der des Klägers verwendet worden ist. Einen Rechtsirrtum enthält die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts daher nicht. Daß das Berufungsgericht etwa von seiner Fragepflicht keinen Gebrauch gemacht habe, hat die Revision nicht gerügt.

III. Die Revision ist daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Mormann