

VII ZR 166/58

Verkündet

am 14. Mai 1959

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

2343 042

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

In dem Rechtsstreit

der Firma W[REDACTED] AG, Z[REDACTED], S[REDACTED]platz [REDACTED], vertre-
ten durch ihren Verwaltungsrat, den Kaufmann K. H. P[REDACTED];
Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Theodor We[REDACTED], H[REDACTED]-Wel[REDACTED], R[REDACTED]-
[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamburg vom 31. Juli 1958 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Verwaltungsrat P [REDACTED] der Klägerin übergab dem Beklagten am 24. Januar 1955 in Zürich 14.100,- Schweizer Franken in bar. Bei dieser Gelegenheit setzte der Beklagte sein Handzeichen (W) auf ein kariertes Notizbuchblatt mit folgendem handschriftlichen Text:

"Abgegeben	2.100,-
	<u>12.000,-</u>
	14.100,-".

Die Klägerin behauptet, sie habe dem Beklagten das Geld darlehnsweise gegeben, und verlangt mit der Klage Rückzahlung nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Mai 1955.

Der Beklagte bestreitet, daß es sich um ein Darlehn handelt habe. Er behauptet, er habe das Geld als Gewinnanteil erhalten auf Grund einer Vereinbarung mit der Klägerin, wonach diese die von ihr erzielten "Überpreise" (aus bestimmten Geschäften) mit ihm (Beklagten) zu teilen gehabt habe. Unstreitig stand die Klägerin damals in Geschäftsverbindung mit der Firma M [REDACTED] & B [REDACTED] GmbH in H [REDACTED], deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagte war und ist, wobei zwischen beiden Firmen vereinbart war, daß Gewinne, welche die Klägerin aus dem Weiterverkauf von Warenlieferungen der Firma M [REDACTED] & B [REDACTED] GmbH erzielte, unter beiden Firmen aufgeteilt werden sollten. Der Beklagte behauptet, daß für 6 bestimmte Geschäfte, davon einer Lieferung von Motorenöl und 3 Lieferungen von Tafelparaffin, die Gewinnteilungsabrede dahin abgeändert worden sei, daß der Gewinnanteil nicht der Firma M [REDACTED] & B [REDACTED] GmbH, sondern ihm (Beklagten) persönlich zustehen sollte. Um diesen Gewinnanteil handele es sich bei den strittigen 14.100 sfrs. Die von der Klägerin in Fotokopie vorgelegte Notizbuchseite sei nur der Schluß der insgesamt 3 Seiten umfassenden Gewinnabrechnung.

Die Klägerin bestreitet das Vorbringen des Beklagten. Sie behauptet, sie habe bei den vier vom Beklagten im einzelnen genannten Geschäften keine "Überpreise" erzielt, zumal das Motorenöl nicht zur Weiterveräußerung, sondern zur Auffüllung ihres "Pflichtlagers" bestimmt gewesen sei und sie auch bei den 3 Geschäften über Tafelparaffin nicht (wie sonst) als Handelsvertreterin der Firma M. & B. GmbH, sondern als Eigenhändlerin aufgetreten sei. Sie meint, die vom Beklagten über die 4 Geschäfte vorgelegten Unterlagen ergäben nicht, daß dem Beklagten hieraus ein Gewinnanteil von 14.100 sfrs zustände.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin ihre Klage vorsorglich auch auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter. Der Beklagte hat die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht läßt es für die Frage, ob ein Darlehen vorliegt, dahingestellt, ob das streitige Rechtsverhältnis nach deutschem oder schweizerischem Recht zu beurteilen ist. Das ist nach der Rechtsprechung unzulässig, weil auf diese Weise unklar bleibe, wieweit das Revisionsgericht das angefochtene Urteil nachprüfen kann (so RGZ 167, 274, 280; BGH LM IPrR Nr. 2, BGH Urteil vom 30. Oktober 1958 VII ZR 182/57 mit weiteren Nachweisen). Die Klägerin ist indessen durch das Vorgehen des Berufungsgerichts keinesfalls beschwert. Denn soweit das Recht der Schweiz anwendbar sein sollte, wäre es einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen (§ 549, § 562 ZPO). Auf Verletzung deutschen Rechts aber läßt sich hier die Revision nicht stützen, wie im folgenden ausgeführt ist.



2) Die Revision rügt, daß der Beweisbeschluß des Oberlandesgerichts vom 10. Juli 1958 über die Parteivernehmung des Beklagten in Verletzung von § 359 Ziffer 1 ZPO das Beweisthema nicht enthält. Der Mangel ist aber dadurch geheilt, daß die Klägerin am gleichen Tage später rügelos zur Sache verhandelt hat (§ 295 ZPO).

3) Die Revision macht geltend, in den Bekundungen des Beklagten bei seiner Parteivernehmung vom 10. Juli 1958 liege der unzulässige Widerruf eines Geständnisses, weil früher vorgetragen war, der Überpreis sei auf Grund der Listenpreise der Firma M. & B. GmbH zu berechnen gewesen, während der Beklagte bei seiner Vernehmung bekundet hat, die Differenz zwischen den von der Firma Ma. & B. GmbH in Rechnung gestellten und den von der Klägerin erzielten Preisen habe hälftig geteilt werden sollen. Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auch auf das (von ihr erst in der Revisionsinstanz vorgelegte) Schreiben der Firma M. & B. GmbH an den Verwaltungsrat P. der Klägerin vom 27. März 1954, worin es heißt, daß "die Differenz zwischen unserem Originalpreis und dem erzielten Preis jeweils hälftig Ihnen und uns" zufallen sollte.

Die Revisionsrüge geht fehl. Ein Geständnis des Beklagten lag in seiner ursprünglichen Darstellung nicht. Denn es handelte sich insoweit um seine eigenen Behauptungen, nicht um die der Klägerin. Es läßt sich auch nicht feststellen, daß die Klägerin seine Behauptungen sich zu eigen gemacht hätte, also ein "vorweggenommenes Geständnis" vorläge. Der Beklagte war also nicht gehindert, seine Darstellung in diesem Punkt zu berichtigen und zu ergänzen.

Daß bei den hier in Betracht kommenden Geschäften (abweichend von der sonstigen Regelung) der zu teilende

Überpreis in dem Unterschied zwischen dem Rechnungspreis der Firma M. & B. (gegenüber der Klägerin) und dem von der Klägerin tatsächlich erzielten Preis bestehen sollte, hatte der Beklagte bereits in seinem Schriftsatz vom 10. Juni 1958 behauptet. Die Revision irrt daher, wenn sie annimmt, die dahingehende Bekundung des Beklagten bei seiner Parteivernehmung sei in den Prozeß nicht als Behauptung des Beklagten eingeführt worden.

Von dem Schreiben vom 27. März 1954 konnte das Berufungsgericht nichts wissen, da die Parteien in den Tatsacheninstanzen dieses Schreiben nicht erwähnt hatten. Es wäre Sache der Klägerin gewesen, sich vor Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz auf das ihr damals schon bekannte Schreiben zu berufen. Daß das Berufungsgericht nicht auf dessen Vorlage hingewirkt und der Klägerin nicht den Antrag auf Parteivernehmung des Beklagten zu der Richtigkeit des Schreibens nahegelegt hat, läßt daher einen Verstoß gegen § 139 ZPO nicht erkennen.

Davon, daß Pfister bei der Übergabe des Geldes an den Beklagten nicht im eigenen Namen, sondern in Vertretung der Klägerin gehandelt hat, gehen beide Parteien und beide Vorinstanzen übereinstimmend aus. Wenn der Beklagte bei seiner Parteivernehmung bekundet hat, die Sondervereinbarung über die sechs Geschäfte sei dahin gegangen, daß die Preisdifferenz "zwischen Herrn P. und mir persönlich" zu teilen war, so meint er dabei ersichtlich nichts anderes, sondern hat (ebenso wie schon im Schreiben vom 27. März 1954) "die Klägerin" und "P." (als einzigen Gesellschafter und allein vertretungsberechtigten Verwaltungsrat der Klägerin) einfach gleichgesetzt. Das ist umso eher verständlich, als es bei der Parteivernehmung des Beklagten nicht auf die Unterscheidung zwischen der Klägerin und P., sondern

auf die Unterscheidung zwischen der Firma M [REDACTED] & B [REDACTED] und dem Beklagten ankam. Ein Verstoß gegen § 344 HGB ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

Der Beklagte hat bei seiner Parteivernehmung bekundet, bei einem der 6 Geschäfte habe zwar ein Weiterverkauf durch die Klägerin nicht stattgefunden, weil die Klägerin die Ware für das in der Schweiz gesetzlich eingeführte Pflichtlager verwertet habe, die Klägerin habe aber dafür vom schweizerischen Staat einen bestimmten Preis als staatliches Darlehen ausgezahlt bekommen und P [REDACTED] habe ihm erklärt, auch diese Ware sei als verkauft zu betrachten, weil der Staat für diesen Posten eine Abnahmegarantie übernommen habe. Auch bei dieser Darstellung des Beklagten handelt es sich nicht, wie die Revision meint, um den Widerruf eines früheren Geständnisses, sondern lediglich um die zulässige Ergänzung des eigenen früheren Vorbringens des Beklagten.

4) Die Revision rügt weiter Verletzung der §§ 286, 398 ZPO, weil das Berufungsgericht nicht auf ihren Beweisantritt im Schriftsatz vom 6. November 1957 (Zeugnis von A [REDACTED]) eingegangen sei, daß die Geschäfte, auf die der Beklagte sich beruft, "zu keiner Gewinnteilung führen konnten", insbesondere, "daß keines der hier in Betracht kommenden vier vorgelegten Geschäftsunternehmen zu einem Geschäft mit Gewinnbeteiligung geführt hat". Abgesehen davon, daß unklar ist, ob sich der Beweisantritt auf den Gesamtinhalt des Schriftsatzes oder nur auf dessen Ziffer 5 beziehen sollte, ist der genannte Schriftsatz im Verlauf der 1. Instanz ans Landgericht gerichtet worden. In der Berufungsbegründung hat die Klägerin diesen ihren Beweisantritt nicht ausdrücklich erwähnt. Dort ist A [REDACTED] als Zeuge für den Inhalt des Notizbuchs sowie dafür benannt, daß die Klägerin dem Beklagten das Geld darlehnsweise gegeben habe. Das Protokoll über die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht

am 10. Juli 1958 ergibt ebenfalls nichts darüber, daß die Klägerin sich wegen der oben genannten Beweisfragen in der Verhandlung auf das Zeugnis von A. [REDACTED] berufen hätte. Die Klägerin hat in dieser Verhandlung allerdings Beweis angetreten dafür,

"daß die aus den 4 roten Mappen sich ergebenden Kaufgeschäfte nicht den von dem Beklagten behaupteten hälftigen Überpreis ergäben",

jedoch nicht durch Benennung A. [REDACTED] als Zeugen, sondern durch Antrag auf Einholung einer Auskunft von einem schweizerischen Wirtschaftsprüfer, der die entsprechenden Feststellungen aus den Geschäftsbüchern der Klägerin treffen sollte. Unter diesen besonderen Umständen konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß annehmen, daß die Klägerin (trotz ihrer allgemeinen Erklärung in Ziffer 1 der Berufungsbegründung, ihr gesamtes schriftsätzliches Vorbringen 1. Instanz einschließlich aller Beweisantritte und Beweisangebote werde ausdrücklich wiederholt) den Zeugen A. [REDACTED] in 2. Instanz nicht mehr zur Frage der Gewinnerzielung aus den 6 strittigen Geschäften benennen wollte.

5) Eine Verletzung von §§ 286, 398 ZPO liegt auch nicht darin, daß das Berufungsgericht (entgegen dem Beweisantritt der Klägerin in der Berufungsbegründung) den Zeugen A. [REDACTED] nicht darüber vernommen hat, "daß die fotokopierte Seite (des Notizbuchs) nicht Teil einer Abrechnung war". Hierüber, sowie dazu, ob die Klägerin dem Beklagten das Geld darlehnsweise gegeben hatte, war A. [REDACTED] bereits in erster Instanz vernommen worden, wie der Beweisbeschuß des Landgerichts vom 22. März 1957 und die Aussage Altermatts vom 24. April 1957 zeigen. Es lag daher in dem - vom Revisionsgericht nicht nachprüfaren - Ermessen des Berufungsgerichts, ob es den Zeugen zu diesen Punkten nochmals vernehmen wollte oder nicht (§ 398 ZPO).

6) Die Revision beruft sich darauf, daß der Beklagte den von ihm angegebenen Rechtsgrund für die Zahlung des Geldes nicht bewiesen habe. Dabei ist verkannt, daß die Beweislast nicht den Beklagten, sondern die Klägerin trifft. Sie muß ihre Behauptung beweisen, daß sie dem Beklagten das Geld als Darlehn gegeben hat.

7) Darauf, daß das Berufungsgericht eine Vorschrift des schweizerischen Rechts zu Unrecht nicht angewandt hätte, kann die Revision nicht gestützt werden (§ 549 ZPO).

8) Das Berufungsgericht hat den § 286 ZPO nicht dadurch verletzt, daß es die Grundsätze über den Anscheinsbeweis nicht beachtet hätte. Es gibt keinen Erfahrungssatz dahin, daß gezahltes Geld entweder "darlehnsweise" oder "ohne Rechtsgrund" gegeben sei, wenn der Empfänger den von ihm behaupteten anderen Rechtsgrund nicht zu beweisen vermag. Sollte der Beklagte gegen die Wahrheitspflicht (§ 138 ZPO) verstoßen haben, wie die Revision behauptet, so wäre das noch nicht gleichbedeutend damit, daß das Berufungsgericht seine Aufklärungspflicht verletzt hätte (§ 139 ZPO). Die Revision hat eine dahingehende Rüge in diesem Zusammenhang auch nicht erhoben.

Die Revision beruft sich darauf, daß eine Partei, wenn sie einen umstrittenen Punkt leicht aufklären könne, diese Aufklärung geben müsse. So liegt der Fall aber hier nicht. Der Nachweis des umstrittenen Rechtsgrundes für die Zahlung der Klägerin an den Beklagten ist für den Beklagten nicht leichter zu führen als für die Klägerin.

9) Auf ungerechtfertigte Bereicherung kann die Klägerin ihren Anspruch nach deutschem Recht nicht stützen, weil nach ihrer eigenen Darstellung der Beklagte das Geld nicht rechtsgrundlos erhalten hat und der Rechtsgrund auch später nicht weggefallen ist.

10) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht den (von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten) Bereicherungsanspruch nicht nach schweizerischem Recht geprüft hat, das nach Ansicht der Revision hier anzuwenden ist. Die Klägerin meint, nach Art. 62 des schweizerischen Obligationenrechts genüge es als Voraussetzung ihres Bereicherungsanspruchs, daß sie an den Beklagten eine Zahlung geleistet hat, für welche ein Rechtsgrund nicht bewiesen ist; der Beklagte müsse, um ihren Bereicherungsanspruch auszuräumen, den Nachweis führen, daß sie ihm das Geld geschuldet habe; da er diesen Nachweis nicht erbracht hat, müsse er ihr das Geld zurückzahlen.

Die Anwendung schweizerischen Rechts ist dem Revisionsgericht hier nicht nach §§ 549, 562 ZPO verwehrt. Denn das Berufungsgericht hat den Bereicherungsanspruch der Klägerin nach schweizerischem Recht überhaupt nicht geprüft. Wenn es am Anfang seiner Entscheidungsgründe ausführt, die Rechtslage sei nach deutschem und schweizerischem Recht gleich, so bezieht sich das ersichtlich nur auf die Frage des "Darlehns". Das Revisionsgericht könnte daher hier das (nichtrevisible) schweizerische Recht selbst anwenden, ohne deswegen zu einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht genötigt zu sein, wie sich aus § 565 Abs. 4 ZPO ergibt (vgl. BGHZ 24, 159; BGH Urteil vom 15. November 1956 VII ZR 249/56).

Die Revision irrt aber in ihrer Annahme, nach schweizerischem Recht brauche die Klägerin für ihren Bereicherungsanspruch nicht zu beweisen, daß sie rechtsgrundlos gezahlt habe. Vielmehr muß die Klägerin nach Art. 62, 63 Abs. 1 Schweiz. Oblig.-recht (ebenso wie nach § 812 des deutschen BGB) außer der Bereicherung des Beklagten auch deren Rechtsgrundlosigkeit beweisen (ebenso: Guhl, Schweiz. Oblig.-recht, 5. Aufl. 1956 S. 175 ff., 178). Diesen Beweis hat sie nicht geführt.

11) Die vom Beklagten überreichten 4 Belegmappen beweisen zwar nicht, daß die vier Geschäfte Überpreise ergeben hätten, die den vom Beklagten behaupteten Gewinnanteil rechtfertigen würden. Sie beweisen aber auch nicht das Gegenteil. Angesichts der die Klägerin treffenden Beweislast verstieß das Berufungsgericht unter diesen Umständen nicht gegen die §§ 139 und 286 ZPO, wenn es in dieser Richtung keine weitere Aufklärung veranlaßte. Es brauchte auch nicht die von der Klägerin angebotene Auskunft eines schweizerischen Wirtschaftsprüfers einzuholen. Denn das Berufungsgericht hat in zulässiger Weise die Behauptung der Klägerin als wahr unterstellt, daß die Geschäftsbücher der Klägerin Eintragungen aufwiesen, welche die vom Beklagten behaupteten Gewinnanteile aus den in den vier Anlagemappen erwähnten Geschäften keineswegs ergäben. Das Berufungsgericht hält aber die Geschäftsbücher der Klägerin nicht für zuverlässig und würde daher auch bei entsprechenden Feststellungen eines Wirtschaftsprüfers aus den Geschäftsbüchern der Klägerin einen Beweis im Sinne der klägerischen Behauptung nicht als geführt angesehen haben. Diese Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist nach § 286 ZPO mit der Revision nicht angreifbar. Der Beweisantritt der Klägerin bezweckte den Nachweis des von der Klägerin behaupteten Inhalts ihrer Geschäftsbücher. Daraus (als einem Indiz) wollte die Klägerin den Schluß gezogen wissen, daß sie aus den hier in Betracht kommenden 6 Geschäften keinen "Überpreis" (= Gewinn) erzielt habe. Da aber das Berufungsgericht das Indiz nicht für beweiskräftig hielt, brauchte es den von der Klägerin dafür angebotenen Beweis nicht zu erheben.

12) Daß das Berufungsgericht den Schriftsatz der Klägerin vom 10. Juli 1958 bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt hat, enthält keinen Gesetzesverstoß; denn der Schriftsatz ist erst am 11. Juli 1958 - einen Tag nach der münd-

lichen Verhandlung - bei Gericht eingegangen. Der Inhalt des Schriftsatzes brauchte dem Berufungsgericht auch keinen Anlaß zu geben, wieder in die mündliche Verhandlung einzutreten; § 139 ZPO ist insoweit nicht verletzt.

13) Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, die Klägerin sei durch die Art und Weise überrascht worden, wie das Berufungsgericht das Wort "abgegeben" (in der von der Klägerin überreichten Fotokopie der Notizbuchseite) ausgelegt hat. Der Beklagte hatte bereits in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 1957 darauf hingewiesen, daß das Wort "abgegeben" eher für seine Darstellung als für die der Klägerin spreche. Auch im landgerichtlichen Urteil waren darüber Ausführungen gemacht. Unter diesen Umständen hat das Berufungsgericht die Klägerin mit seiner Auslegung des Wortes "abgegeben" keineswegs "überrascht". Eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Berufungsgericht liegt nicht darin, daß es möglicherweise die Frage der Auslegung des Wortes "abgegeben" in der mündlichen Verhandlung nicht mehr erörtert hat. Die Klägerin hatte auch ohnedies genügenden Anlaß und ausreichende Gelegenheit, das Berufungsgericht auf den angeblich abweichenden Sprachgebrauch (in Hamburg und der Schweiz) in Bezug auf das Wort "abgegeben" hinzuweisen.

14) Daß die Klägerin das von der Firma M. & B. bezogene Motorenöl nicht weiterveräußert, sondern auf "Pflichtlager" gelegt hat, schließt nicht aus, daß die Parteien, wie der Beklagte bei seiner Parteivernehmung bekundet hat, diese Ware - mit Rücksicht auf ein dafür gewährtes staatliches Darlehn - vereinbarungsgemäß so behandelt haben, als wäre sie weiterveräußert, wobei der zu teilende "Überpreis" dann in der Differenz zwischen dem Rechnungspreis der Firma M. & B. und dem vom Schweizerischen Staat

für diese Ware gewährten Darlehnsbetrag bestand. Wirtschaftlich erhielt damit die Klägerin einen Gegenwert für die Ware. Einen Verstoß gegen § 286 ZPO, soweit er überhaupt der Revisionsrüge zugänglich wäre, läßt das Urteil des Berufungsgerichts auch insofern nicht erkennen.

15) Da das Berufungsurteil auch sonst keinen die Klägerin beschwerenden Rechtsverstoß aufweist, ist nach alledem die Revision mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen. —

Glanzmann Bundesrichter Heimann-Trosien Erbel Dr. Vogt
Scheffler ist
erkrankt und
kann deshalb
nicht unterschreiben
Glanzmann