

VII ZR 222/58

Verkündet
am 11. Januar 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2202 097

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Fred S [REDACTED] in D [REDACTED],
Br [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Ehefrau Margarete L [REDACTED] geb. W [REDACTED]
in D [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heilmann-Trosien,
Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 12. November 1958 aufgehoben. Die Sache
wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Inhaberin des Cafés "M" in D. Im Januar 1954 übernahm es der Kläger, nach seiner Behauptung aus reiner Gefälligkeit gegen freie Wohnung, freies Essen und ein Entgelt für Rauchwaren und die Wäsche, um es auf die Höhe zu bringen, nach der Behauptung der Beklagten als Pächter zu einem monatlichen Pachtzins von 325 DM.

Zunächst ließ der Kläger im Einvernehmen mit der Beklagten die Räume umbauen und neu einrichten. Die Beklagte beschaffte inzwischen auf ihren Namen die Alkoholkonzession. Am 9. Februar 1954 eröffnete der Kläger das Café unter eigener Leitung. Er führte es bis zum 11. Oktober 1955.

Die Geschäftsvorgänge während dieser Zeit lauten entweder auf den Namen der Beklagten oder auf "Café M". Die Beklagte galt auch als die Steuerschuldnerin.

In einer schriftlichen Vereinbarung vom 11. Oktober 1955 legten die Parteien fest:

- 1.) daß der Kläger seine Tätigkeit im Café M sofort beende;
- 2.) daß der Kläger seine zum Aufbau des Cafés gemachten Aufwendungen gegen die Beklagte geltend mache und daß sich deren Höhe aus den dem Buchprüfer Pa zur Kontrolle vorliegenden Geschäftsbüchern des Cafés M ergebe;
- 3.) daß demgegenüber die Beklagte für die Zeit seit dem 1. Februar 1954 als rückständigen Pachtzins einen Betrag von 325 DM monatlich verlange und daß mangels einer Einigung über diese Forderung die Frage, ob ein Pachtverhältnis bestanden habe, gerichtlich geklärt werden solle;

- 3 -

4.) der Kläger erklärte, er sei nicht gewillt, über die bei der Geschäftsübergabe an die Beklagte bestehenden Schulden und auch nicht über den Saldo dieser Schulden und die Schulden, die bei der Geschäftsübernahme durch ihn bestanden, eine Erklärung abzugeben; hierzu unterwarfen sich die Parteien dem sachverständigen Urteil des Buchprüfers Pa[REDACTED].

Der Buchprüfer Pa[REDACTED] hat die ihm ausgehändigten Geschäftsbücher und Belege ungeprüft zurückgegeben.

Der Kläger verlangt entsprechend Ziffer 2 der Vereinbarung vom 11. Oktober 1955 von der Beklagten seine Aufwendungen ersetzt. Unstreitig hat er vom 3. Januar 1954 bis Juli 1955 Zahlungen von insgesamt 13.214,59 DM geleistet. Hierfür will er aus eigenen Mitteln 6.465 DM aufgebracht haben, während 6.000 DM aus einem der Beklagten von dem Arzt Dr. P[REDACTED] gewährten Darlehen und 741 DM aus einem Bankguthaben der Beklagten gestammt hätten. Den Betrag von 6.465 DM nebst Zinsen hat der Kläger eingeklagt. Zum Nachweis seiner Forderung hat er eine Zusammenstellung sowie Mappen, Hefte und Hefter vorgelegt, mit der Behauptung, daß sich die Höhe seiner Ansprüche aus diesen Unterlagen ergebe.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat bestritten, daß der Kläger eigene Mittel für das Geschäft verwendet habe. Für die Auslagen bis zur Geschäftseröffnung habe ihm ein Betrag von 4.000 DM aus dem Darlehen des Dr. P[REDACTED] zur Verfügung gestanden. Die später gezahlten Beträge habe er den Geschäftseinnahmen entnommen. Der Kläger habe in seiner Aufstellung willkürlich Zahlen eingesetzt, deren Richtigkeit sich aus den unvollständigen und ungeordneten Belegen nicht ergebe.



Hilfsweise hat die Beklagte aufgerechnet mit einer Pachtzinsforderung von 6.440 DM sowie mit weiteren Forderungen über insgesamt 5.972 DM, weil sie in dieser Höhe nach dem Ausscheiden des Klägers Geschäftsschulden bezahlt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Klaganspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob dem Kläger überhaupt dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zustehe; denn jedenfalls könne er deren Höhe nicht nachweisen.

Die Beklagte hat nicht vorgetragen, daß sich der Kläger verpflichtet habe, die Kosten der Aufwendungen für das Café zu tragen und zwar weder für den Fall, daß der Kläger, wie sie behauptet, das Café von ihr gepachtet, noch gar für den Fall, daß er entsprechend seiner Behauptung das Geschäft nur aus Gefälligkeit für sie geführt hat, um es auf die Höhe zu bringen. Demnach ist davon auszugehen, daß die Beklagte dem Kläger grundsätzlich dessen Aufwendungen für das Geschäft zu ersetzen hat.

Fraglich ist nur, ob dem Kläger dieserhalb noch eine Forderung zusteht. Das hängt davon ab, ob er die von ihm gezahlten Beträge dem von Dr. P. der Beklagten zur Verfügung gestellten Darlehen, dem Bankguthaben der Beklagten und den Geschäftseinnahmen entnommen oder ob er auch eigene Mittel hierfür aufgewandt hat.

II.

1.) Der Kläger will durch eine Gegenüberstellung der Beträge, die ihm aus dem Darlehen des Dr. P. [REDACTED] sowie den Geschäftseinnahmen zur Verfügung standen, und den von ihm gezahlten Beträgen dartun, daß die letzteren um den eingeklagten Betrag von 6.465 DM höher gewesen seien und daß er diesen Betrag aus eigenen Mitteln aufgebracht habe. Der Auflage des Berufungsgerichts im Beschluß vom 18. Dezember 1957 entsprechend hat er durch den Buchsachverständigen K. [REDACTED] eine Schlußabrechnung über seine Geschäftsführung, enthaltend die monatlichen Einnahmen und Ausgaben sowie die Geschäftsschulden bei Übernahme und Rückgabe des Cafés, vorgelegt. Das Berufungsgericht hat ein Gutachten des Sachverständigen Dr. Bra. [REDACTED] darüber eingeholt, ob diese Schlußrechnung in den zu den Akten gereichten Buchungsunterlagen eine zuverlässige Grundlage finde, ob die Buchungsunterlagen als ordnungsgemäße Buchführung nach kaufmännischen Grundlagen angesehen werden könnten und ob die nicht belegten Posten angemessen erscheinen. Der Sachverständige hat diese Fragen überwiegend verneint.

2.) Der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 22. Oktober 1958 beantragt, den Sachverständigen Dr. Bra. [REDACTED] zur mündlichen Verhandlung vorzuladen, um ihm zu dessen Gutachten vom 4. August 1958 Vorhaltungen machen zu können. Das Berufungsgericht hat diesem im einzelnen näher begründeten Antrag nicht entsprochen. Darin liegt ein Verfahrensfehler (§§ 411, 402, 397 ZPO), der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils zwingt (BGHZ 6, 398, 401).

3.) Das Berufungsgericht stellt auf die Beurteilung des Sachverständigen Dr. Bra. [REDACTED] ab, wonach die Buchungsunterlagen des Klägers nicht als ordnungsgemäße kaufmännische Buchführung angesehen werden könnten. Aus diesem Grunde spricht es ihnen jeden Beweiswert ab. Auch hierin kann ihm nicht gefolgt werden.

Für den Kläger galten, wie sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Bra[REDACTED] ergibt, nicht die handelsrechtlichen Vorschriften über die Handelsbücher, da der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erforderte (§ 4 Abs. 1 HGB). Abgesehen davon darf Aufzeichnungen nicht deshalb im Prozeß jeder Beweiswert abgesprochen werden, weil sie den Anforderungen einer kaufmännischen Buchführung nicht entsprechen. Das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob und inwieweit sich aus den vorhandenen Aufzeichnungen ergibt, daß dem Kläger, wie er behauptet, nicht aus dem Darlehen des Dr. P[REDACTED] und den Geschäftseinnahmen die erforderlichen Geldbeträge zur Verfügung standen, um die von ihm nachgewiesenen Auslagen zu bestreiten.

In diesem Zusammenhang könnte es von Bedeutung sein, ob das Finanzamt, wie der Kläger behauptet, dessen Buchführung anerkannt hat. Seine Meinung, daß die Finanzämter andere, also wohl geringere, Anforderungen an die Buchführung stellen als die Gerichte, hat das Berufungsgericht nicht begründet. Sie ist in dieser Allgemeinheit auch sicherlich nicht zutreffend.

4.) Der Sachverständige Dr. Bra[REDACTED] hat hinsichtlich der Aufstellung über die nicht durch Belege bewiesenen Ausgaben in seinem Gutachten zwar ausgeführt, daß diese insoweit für die buchhalterische Beurteilung nicht anerkannt werden könne. Daß für die prozessuale Beurteilung andere Gesichtspunkte gelten, hat er jedoch hervorgehoben. Dem ist zuzustimmen. Die Forderung des Klägers entfällt auch nicht, wie das Berufungsgericht meint, schon deshalb, weil er deren genaue Höhe nicht nachweisen kann. Vielmehr hätte es prüfen müssen, ob nicht nach § 287 Abs. 2 ZPO zu verfahren und unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung über die Höhe zu entscheiden war. Diese gesetzliche Möglichkeit hat das Berufungsgericht außer acht gelassen.

5.) Zu den Ausgaben, die das Berufungsgericht mangels Belege nicht für nachgewiesen erachtet, ist zu bemerken:

a) In der Aufstellung des Klägers sind monatliche Zahlungen von 72 DM an Dr. P. [REDACTED] enthalten; demnach müßte der Kläger in den (knapp) 21 Monaten, während deren er das Café betrieben hat, $(21 \times 72 =)$ 1.512 DM an Dr. P. [REDACTED] entrichtet haben. Nach der Bekundung des Zeugen Dr. P. [REDACTED] hat ihm der Kläger an Zinsen und Amortisation "etwa 1.500 DM" gezahlt. Weder der Sachverständige noch das Berufungsgericht sind hierauf eingegangen.

b) Wenn der Kläger, wie er behauptet, berechtigt war, Beträge für Tabakwaren und das Reinigen seiner Wäsche den Geschäftseinnahmen zu entnehmen, so ist hierfür ein angemessener Betrag einzusetzen.

c) Dafür, daß die nicht belegten Ausgaben in einem Geschäftsbetriebe von der Art und Größe des Cafés M. [REDACTED] üblich und angemessen sind, hat sich der Kläger auf das Gutachten eines Sachverständigen berufen. Das Berufungsgericht hält dieses Beweiserbieten für unerheblich, weil dadurch nicht die Tatsache aus der Welt geschafft werden könne, daß die Buchführung mangelhaft und für den Nachweis der Ansprüche des Klägers unbrauchbar sei.

Diese Erwägung ist fehlerhaft. Die nicht belegten Ausgaben können trotz der Mängel der Buchführung insoweit als nachgewiesen angesehen werden, als sie nach der Art und Größe des Cafés M. [REDACTED] üblich und angemessen sind. Das kann ein Sachverständiger beurteilen. So hat schon der Sachverständige Dr. Bra. [REDACTED] die nicht belegten Ausgaben für die Verpflegung des Klägers und zweier Angestellten sowie den Posten "verschiedene Unkosten", worunter die sog. Kleingaben fallen, die in einem kleinen Betriebe üblicherweise nicht verbucht werden, als angemessen bezeichnet.

III.

Schon aus den vorstehenden Gründen ist das Urteil auf die Revision des Klägers aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die weiteren Rügen der Revision brauchten nicht besonders beschieden zu werden, da der Kläger in der neuen Verhandlung Gelegenheit haben wird, seine Beweiserbieten wieder aufzugreifen.

Dr. Winkelmann Dr. Heilmann-Trosien Erbel

Dr. Vogt

Dr. Finke