

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 607; ZPO § 530 Abs. 2

- a) Der auf Darlehensrückzahlung Klagende muß neben der Auszahlung des verlangten Betrages auch die Einigung der Parteien über die Hingabe als Darlehen beweisen und einen vom Beklagten behaupteten anderen Rechtsgrund - sei es auch nur im Verhältnis zu einem Dritten - ausschließen.
- b) § 530 Abs. 2 ZPO ist nicht anwendbar, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges sich mit einer hilfsweise geltend gemachten Aufrechnung nicht befaßt, sondern die Klage schon aus anderen Gründen abgewiesen hat.

BGH, Urt. v. 28. Oktober 1982 - III ZR 128/81 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 128/81

URTEIL

Verkündet am
28. Oktober 1982
Schorm,
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Unternehmers Hans-Heinz W [REDACTED],
D [REDACTED] 175, K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

den Kaufmann Kurt I [REDACTED],
P [REDACTED]straße 14, H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1982 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. G. Krohn, Kröner, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Halstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. Juni 1981 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger macht eine Darlehensforderung geltend, die ihm von seiner Ehefrau abgetreten worden ist.

Der Beklagte hatte am 8. Dezember 1970 50.000 DM und am 9. August 1971 100.000 DM als Darlehen erhalten.

Der Kläger hat vorgebracht, Darlehensgeberin sei seine Ehefrau gewesen. Nach Rückzahlung von 30.000 DM habe der Beklagte ihr noch 120.000 DM – die Klagesumme – geschuldet.



Der Beklagte hat behauptet, er habe den Darlehensvertrag nicht mit der jetzigen Ehefrau des Klägers, sondern mit ihrem damaligen Ehemann Dr. N. geschlossen; in dessen Auftrag habe ihm die Ehefrau 100.000 DM überwiesen. Hilfsweise hat der Beklagte mit Gegenansprüchen aufgerechnet, die ihm von Dr. N. abgetreten worden seien.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Rückzahlung von 70.000 DM verurteilt, im übrigen die Klageabweisung bestätigt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: In Höhe von 50.000 DM sei die Klage unbegründet, weil dieser Betrag vom Konto des Dr. N. ausgezahlt worden sei und der Kläger nicht habe beweisen können, daß seine Ehefrau das Darlehen gewährt habe. Auch für den weiteren Betrag von 100.000 DM sei aufgrund der widersprechenden Zeugenaussagen nicht sicher festzustellen, ob der Beklagte die Darlehensabrede mit der Ehefrau des Klägers und/oder mit ihrem damaligen Ehemann Dr. N. getroffen habe. Da diese Darlehenssumme aber vom Konto der Ehefrau überwiesen worden sei, habe insoweit der Beklagte den Nachteil der Beweislosigkeit zu tragen. Die Geldüberlassung sei nämlich notwendiger Bestandteil des Darlehensvertragsabschlusses; deswegen habe die Ehefrau des Klägers die

100.000 DM im Zweifel in eigenem Namen als Darlehen gegeben. Die Aufrechnung greife in Höhe von 30.000 DM durch; im übrigen entfalle sie gemäß § 530 Abs. 2 ZPO.

II.

Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Das Berufungsgericht hat die Beweislast verkannt.

Dabei kommt es - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auf die Frage, ob es sich beim Darlehen nach § 607 BGB um einen Real- oder einen Konsensualvertrag handelt, nicht an (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 1975 - III ZR 117/72 = NJW 1975, 775; RGRK - BGB 12. Aufl. vor § 607 BGB Rdn. 4 ff.). In jedem Fall hat der auf Darlehensrückzahlung Klagende nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats und fast einhelliger Meinung im Schrifttum nicht nur die Auszahlung des verlangten Betrages, sondern auch die Einigung der Parteien über die Hingabe als Darlehen zu beweisen (Senatsurteil vom 24. Mai 1976 - III ZR 63/74 = WM 1976, 974; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast § 607 BGB Rdn. 4 m.w.Nachw.).

Etwas anderes gilt hier auch nicht aufgrund der Beweislastregeln im Rahmen des § 164 BGB. Auch wenn die Ehefrau des Klägers die 100.000 DM von ihrem eigenen Konto im eigenen Namen überwiesen hat, löst diese Überweisung - ebenso wie eine Barzahlung - als dingliches Geschäft allein noch keinen schuldrechtlichen Anspruch aus. Hierfür kommt es, auch wenn man mit dem Berufungs-

gericht im Darlehen einen Realvertrag sieht, auf die zugrunde liegende schuldrechtliche Abrede an. Insoweit streiten die Parteien aber nicht darüber, ob die Ehefrau des Klägers eine Darlehensabrede in eigenem oder in fremdem Namen geschlossen hat, sondern ob sie die 100.000 DM überhaupt aufgrund einer zwischen ihr und dem Beklagten getroffenen Vereinbarung gezahlt hat oder nur um einen Auftrag zu erfüllen, den ihr damaliger Ehemann Dr. N. ihr erteilt hatte, weil er selbst sich mit dem Beklagten geeinigt hatte und ihm ein Darlehen gewähren wollte. Bei einem solchen Streit gilt die allgemeine Beweislastregel, daß der Kläger die Hingabe als Darlehen beweisen und einen behaupteten anderen Rechtsgrund - sei es auch nur im Verhältnis zu einem Dritten - ausschließen muß. Ebenso wie es ohne Einfluß auf die Beweislast ist, wenn die Darlehenssumme einem Dritten zufließt (Senatsurteil vom 27. Januar 1975 aaO), kommt es nicht darauf an, ob das Geld von einem anderen gezahlt wird. Entscheidend ist allein, zwischen wem die Vertragsverhandlungen und die Einigung über die Zahlung als Darlehen erfolgten. Der Kläger muß daher beweisen, daß seine Ehefrau sich mit dem Beklagten über eine Darlehenshingabe geeinigt und ihm nicht nur im Auftrag ihres damaligen Ehemannes Dr. N. das Geld überwiesen hat.

Hierüber hat das Berufungsgericht bisher keine eindeutigen Tatsachenfeststellungen getroffen. Es hat sich - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nach einer Wiedergabe der einander widersprechenden Zeugenaussagen mit der Feststellung begnügt, daß (jedenfalls) die Darstellung des Klägers nicht widerlegt und die Behauptungen des Beklagten nicht erwiesen seien. Dem angefochtenen Urteil ist dagegen nicht mit hinreichender Klarheit

die endgültige Feststellung zu entnehmen, daß die Darstellung des Klägers auch nicht bewiesen, eine eindeutige Tatsachenfeststellung insoweit also nicht möglich sei. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht - eventuell nach Wiederholung und Ergänzung der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme - noch zu positiven Feststellungen über die Behauptungen des Klägers kommt. Die Sache ist daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III.

Falls das Berufungsgericht zur Bejahung eines Darlehensvertrages zwischen der Ehefrau des Klägers und dem Beklagten kommt, wird es erneut über die vom Beklagten hilfsweise geltend gemachte Aufrechnung mit angeblich von Dr. N. abgetretenen Gegenansprüchen zu befinden haben.

Im angefochtenen Urteil hat das Berufungsgericht dazu ausgeführt: Zwar habe der Beklagte bereits im ersten Rechtszug die Aufrechnung erklärt und die von der Ehefrau des Klägers angeblich im Herbst 1974 ausgestellte Schuldurkunde vorgelegt; erst im Berufungsrechtszuge aber habe er die zur Aufrechnung gestellte Forderung genügend substantiiert. Die Aufrechnung sei daher gemäß § 530 Abs. 2 ZPO zu behandeln und als nicht sachdienlich nicht zuzulassen.

Diese Begründung ist nicht frei von Rechtsirrtum. Zu Unrecht beruft das Berufungsgericht sich auf das Ur-

teil des erkennenden Senats vom 10. Juli 1975 - III ZR 16/74 = MDR 1975, 1008. Ob an der dort vertretenen Auslegung des - dem jetzigen § 530 Abs. 2 ZPO entsprechenden - § 529 Abs. 5 ZPO a.F. trotz der Kritik im Schrifttum (Anm. E. Schneider MDR 1975, 1008 und bei Zöllner/Schneider 13. Aufl. § 530 ZPO Anm. 6; Baumbach/Lauterbach/Albers 40. Aufl. § 530 Anm. 2 B; Wieczorek/Rössler 2. Aufl. § 530 ZPO. Anm. C) in vollem Umfange festzuhalten ist, kann dahingestellt bleiben. Im Gegensatz zum damals entschiedenen Fall, in dem der Klage in erster Instanz stattgegeben, also über die Hilfsaufrechnung des Beklagten entschieden worden war, hatte das Landgericht hier den Klageanspruch von vornherein schon aus anderen Gründen verneint und sich daher mit der Hilfsaufrechnung gar nicht befaßt. In diesem Fall jedenfalls ist § 530 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar (Stein/Jonas/Grunsky 20. Aufl. § 530 ZPO Rdn. 15; E. Schneider MDR 1975, 979, 981). Einem Beklagten, der in erster Instanz bereits mit dem Bestreiten der Klageforderung durchgedrungen ist, soll nicht daraus, daß er eine nur vorsorglich geltend gemachte Hilfsaufrechnung noch nicht substantiierter begründet hatte, der Nachteil erwachsen, daß er zur erneuten Geltendmachung der Aufrechnung in der Berufungsinstanz der Zulassung nach § 530 Abs. 2 ZPO bedarf.

Das neue Vorbringen zur Substantiierung der Aufrechnungsforderung ist, da die Spezialvorschrift des § 530 Abs. 2 ZPO nicht eingreift, nach § 528 ZPO zu beurteilen. Auch in diesem Zusammenhang muß aber bei der Prüfung, ob die Verspätung gemäß § 528 Abs. 1 ZPO genügend entschuldigt ist oder die Unterlassung nach § 528 Abs. 2 ZPO auf grober Nachlässigkeit beruht, der Grundsatz beachtet werden, daß man in der Regel von einem Verschulden

der Partei, die in erster Instanz obsiegt hat, nicht sprechen kann, wenn sie die Rechtslage von Anfang an ebenso wie letztlich auch ein Kollegialgericht der ersten Instanz beurteilt und ihr Vorbringen entsprechend beschränkt hat (Stein/Jonas/Grunsky 20. Aufl. § 528 ZPO Rdn. 10, 5; Thomas/Putzo 11. Aufl. § 528 ZPO Anm. 4 c m.w.Nachw.; vgl. Senatsurteil vom 18. Oktober 1956 - III ZR 245/55 = VersR 1956, 794; zur Ausnahme vgl. BGH Urteil vom 5. März 1968 - VI ZR 197/66 = VersR 1968, 581).

Nußgens

Krohn

Kröner

Scholz-Hoppe

Halstenberg