

24

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 257/64

URTEIL

Verkündet am

17. Mai 1965

Scheibl,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Katharina K [REDACTED], K [REDACTED], M [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Alfred H [REDACTED], K [REDACTED],
de N [REDACTED] platz [REDACTED], bei F [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla, Gähtgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 9. April 1964 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und der verstorbene Ehemann sowie Erblasser der Beklagten, Josef K., haben in geschäftlichen Beziehungen zueinander gestanden. Insbesondere hat der Kläger auf einem dem Erblasser der Beklagten gehörigen -von diesem später im Jahre 1959 anderweitig verkauften- Grundstück in Köln-Sülz, W. Straße 1-1, auf seine Kosten Baulichkeiten errichtet. Hierüber verhält sich ein Pachtvertrag vom 18. Oktober 1949, der am 30. Juni 1951 auf Grund einer vom Verwalter im damaligen Konkursverfahren über das Vermögen des Klägers ausgesprochenen Kündigung beendet worden ist und folgenden Wortlaut hat:

"Vertrag"

Herr Josef K. in Pattscheid vermietet seinen Grundbesitz in Köln-Sülz, W. Straße 1-1 an Herrn Alfred H., Köln-Lindenthal, bis zum 1. März

1953 zum monatlichen Mietpreis von 400 DM.

Herr K. räumt Herrn H. das Recht ein, auf vorbenanntes Grundstück eine Umfassungsmauer sowie eine Halle und 4 Büroräume aufzubauen. Außerdem räumt Herr K. Herrn H. das Vor- und Ankaufsrecht zum gemeinen Wert ein. Der Wert soll dann von einem beeideten Sachverständigen ermittelt werden. Herr K. verpflichtet sich, wenn die Ausübung des Vor- bzw. Ankaufsrechts nicht zustandekommt, dem Herrn H. die Kosten für die Planierung des Grundstücks, der Errichtung der Mauern und der Gebäulichkeiten zu vergüten. Falls der Grundbesitz an einen Dritten übergehen sollte, verpflichtet Herr K. sich, die dem Herrn H. gegenüber eingegangene Verpflichtung dem Käufer aufzuerlegen.

Entstehen bei der Festlegung der Vergütung Meinungsverschiedenheiten, so soll auch in diesem Falle der Wert durch den vorerwähnten Sachverständigen ermittelt werden. Herr K. erklärt von Herrn H. DM 18.000,-- (achtzehntausend) in bar für den eventuellen Ankauf oben erwähnten Grundbesitzes erhalten zu haben.

Köln, den 18. Oktober 1949.

Alfred H.,
Köln-Lindenthal,
K. str.
gez. A.H.

Josef K.,
Pattscheid,
Bez. Düsseldorf,
Im D.,
gez. Josef K."

Über den dort erwähnten Betrag von 18 000 DM verhält sich auch eine Quittung vom 18. Oktober 1949 mit folgendem Wortlaut:

"Quittung!

Herr Josef K. in Pattscheid erklärt hiermit von Herrn Alfred H., Köln-Lindenthal,
18.000,-- IM (achtzehntausend)
in bar erhalten zu haben.



Herr K. verpflichtet sich, vorerwähnte Summe mit 6 % Zinsen bis spätestens zum 1. März 1953 an Herrn H. zurückzuzahlen. Für den Fall, daß Herr K. zum genannten Termin nicht in der Lage ist, die Schuld zu begleichen, erklärt der Schuldner K. sich damit einverstanden, daß die oben genannte Summe als Anzahlung für den eventuellen Ankauf seines Grundbesitzes in Köln, W. str. durch Herrn H. dienen soll.

Köln, den 18. Oktober 1949

Alfred H.
Köln-Lindenthal,
K. str.
gez. A.H.

Josef K.
Pattscheid,
Bez. Düsseldorf,
Im D.
gez. Josef K."

Der Kläger begehrt mit seiner Klage auf Grund der von ihm vorgelegten genannten Urkunden von der Beklagten als der alleinigen Erbin ihres am 7. Oktober 1960 verstorbenen Ehemannes Josef K. die Rückzahlung des nach seiner Behauptung als Darlehen gegebenen Betrages von 18 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 18. Oktober 1949.

Hilfsweise stützt er seine Klage auf einen Anspruch auf Auskehrung der ihm zustehenden Anteile an den Pachteinnahmen des Grundstücks Köln, W. str., aus der Zeit vom Ende seines Pachtverhältnisses bis zum Verkauf des Grundstücks, in der das Grundstück anderweitig verpachtet war.

In erster Instanz hat der Kläger einen Teilbetrag seiner Forderung eingeklagt, und zwar in Höhe von 3 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 18. Oktober 1949.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und widerklagend beantragt, festzustellen, daß dem Kläger gegen sie

ein Anspruch in Höhe von 15 000 DM nicht zustehe.

Die Beklagte bestreitet, daß der Kläger jemals ihrem Ehemann ein Darlehen von 18 000 DM gewährt habe, und behauptet, die vom Kläger vorgelegten Urkunden seien gefälscht. Die Unterschriften ihres Ehemannes unter den Urkunden seien unecht. Jedenfalls sei aber der Inhalt der Urkunden erst nachträglich vom Kläger gegen den Willen ihres Ehemannes über dessen Unterschriften, soweit diese echt sein sollten, gesetzt worden. Der Kläger sei zur Gewährung eines Darlehens an den Erblasser in der behaupteten Höhe finanziell nicht in der Lage gewesen und habe vor allem diese Darlehensforderung weder in seinem Vermögensverzeichnis anlässlich des Konkurses über sein Vermögen im Jahre 1950 noch auch bei seinen späteren Offenbarungseiden in den Jahren 1954 und 1958 aufgeführt oder erwähnt. Der vom Kläger hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Zahlung anteiliger Pachteinnahmen sei unbegründet, insbesondere weil die Aufbauten nicht mit verpachtet worden seien und der Kläger vertragswidrig diese Bauten bei Beendigung seines Pachtverhältnisses nicht beseitigt habe. Im übrigen hat die Beklagte beiden Ansprüchen vorsorglich den Einwand der Verwirkung entgegengehalten, da der Kläger seine angeblichen Ansprüche zu Lebzeiten des Erblassers niemals geltend gemacht habe.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt und unter Erhöhung seines Klageanspruchs von 3 000 DM auf 18 000 DM zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 18 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 18. Oktober 1949 zu zahlen.

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz zu ihrer durch die Klageerhöhung erledigten negativen Feststellungswiderklage keinen Antrag mehr gestellt und um Zurückweisung der Berufung des Klägers gebeten. Dabei hat sie hilfsweise gegenüber dem Klageanspruch (Haupt-, Hilfs- und Zinsanspruch) noch die Einrede der Verjährung erhoben und außerdem hilfsweise die Aufrechnung mit einer angeblichen Gegenforderung in Höhe von etwa 6 000 DM aufgewendeten Kosten für die Abräumung des Grundstücks Köln-Sülz, W [REDACTED] str. [REDACTED], erklärt, und zwar auch gegenüber dem Hauptanspruch des Klägers.

Der Kläger hat dieser Aufrechnung widersprochen und im übrigen die Berechtigung der mit der Aufrechnung verfolgten Gegenforderung der Beklagten bestritten.

Das Oberlandesgericht hat nach Erhebung weiterer Beweise auf die Berufung des Klägers das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 18 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 1. Januar 1957 zu zahlen, den weitergehenden Zinsanspruch des Klägers jedoch abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung in vollem Umfang weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht führt aus, daß die Beweiskraft der vom Kläger vorgelegten Urkunden nach der gesetzlichen Regelung des § 440 ZPO zu beurteilen sei. Daß die Unterschrift des Erblassers der Beklagten unter

der Darlehensquittung vom 18. Oktober 1949 und auch unter dem Vertrag vom gleichen Tage echt sei, werde von der Beklagten nicht mehr bestritten und sei durch das eingeholte Schriftgutachten des Sachverständigen Dr. F. [REDACTED] jedenfalls auch bewiesen. Zwar sei sowohl die Quittung vom 18. Oktober 1949 als auch der Vertrag vom gleichen Tage nicht völlig frei von äußeren Mängeln; erstere besonders wegen des offensichtlichen Abschneidens des ursprünglich vorhanden gewesenen Briefkopfes (wahrscheinlich der Firmenbezeichnung des Erblassers der Beklagten), und letzterer vor allem wegen des nicht völlig kongruent eingeschobenen Empfangsbekanntnisses über die streitigen 18 000 DM, sowie beide aus den übrigen vom Schriftsachverständigen hervorgehobenen Gründen. Indessen seien diese "Mängel" - wie übrigens auch von den Parteien nicht verkannt werde - nicht so erheblich, daß sie es erlauben würden, die Vorschrift des § 419 ZPO anzuwenden.

Das greift die Revision mit der Erwägung an, nach dem Schriftgutachten bestehe der "dringende und begründete Verdacht", daß die (über den Unterschriften stehende) Maschinenschrift "nicht in einem Zuge geschrieben wurde", und daß der Text der Quittung über die bereits geschriebenen Unterschriften "später eingesetzt worden" sei. Damit habe sich das Oberlandesgericht unter Verletzung des § 286 ZPO nicht auseinandergesetzt, insbesondere nicht, aus welchen Gründen mit Rücksicht auf diese Ausführungen des Schriftsachverständigen eine Anwendung des § 419 ZPO nicht wenigstens bezüglich der Darlehensquittung vom 18. Oktober 1949 geboten gewesen sei.

Demgegenüber ist zu bemerken: Es ist zwar richtig, daß mit äußeren Mängeln einer Urkunde auch bei echter

Unterschrift die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 419 ZPO grundsätzlich gegeben sind. Inwiefern jedoch solche "äußeren Mängel" die gesetzliche Beweiskraft einer Urkunde aufheben oder mindern, entscheidet das Tatsachengericht nach freiem Ermessen. Hier hat der Tatrichter aber nicht übersehen, daß nach seinen eigenen Feststellungen und der Ansicht des Schriftsachverständigen die Urkunden gewisse äußere Mängel aufweisen. Es hat sich jedoch mit diesen Mängeln, vor allem auch mit den vom Schriftsachverständigen hervorgehobenen, allgemein auseinandergesetzt, so daß insoweit § 286 ZPO nicht verletzt worden ist.

Auch im übrigen ist in diesem Punkt ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht ersichtlich. Denn selbst einer Urkunde mit - wie hier - gewissen festgestellten äußeren Mängeln kann bei feststehender echter Unterschrift die Beweiskraft des § 440 Abs. 2 ZPO zuerkannt werden, sofern diese "Mängel" oder die sonstige äußere Beeinträchtigung der Urkunde nicht erheblich sind (vgl. hierzu: Urteile des Reichsgerichts vom 10. März 1908 und vom 5. März 1910 in RG Nachschlagewerk § 440 Ziffer 4 und 5 ; auch RG in Seuff. Arch. Band 63 Nr. 169 sowie Wiczorek ZPO § 419 unter B). Daß das Oberlandesgericht bei seiner Würdigung den Begriff "wesentliche Mängel" oder "erhebliche Beeinträchtigung" verkannt oder in diesem Zusammenhang sonstige Umstände übersehen hätte, kann nicht anerkannt werden.

2.) Deshalb ist das Berufungsgericht weiterhin zutreffend davon ausgegangen, daß nach der hier somit anzuwendenden Regel des § 440 Abs. 2 ZPO es grundsätzlich Sache der Beklagten war, die für den Kläger streitende Vermutung dahin, daß die über der Unterschrift des Erblassers der Beklagten auf den Urkunden stehende Schrift

echt sei, d.h. mit dem Willen des Ausstellers dort stehe (vgl. RGZ 64, 406, 407), zu widerlegen. Diesen Beweis sieht das Oberlandesgericht auf Grund der von ihm selbst durchgeführten umfangreichen Beweisaufnahme sowie unter Berücksichtigung aller sonstigen Umstände als von der Beklagten nicht geführt an.

Dabei geht es von den Erwägungen aus: Die gesetzliche Beweisregelung des § 440 Abs. 2 ZPO gelte auch für Blanko-Unterschriften und für den hier behaupteten sogenannten Blankettmißbrauch; der Beklagten stünden zur Widerlegung der gesetzlichen Beweisvermutung alle Beweismittel, die nach § 286 ZPO zu würdigen seien, offen; es genüge für eine Widerlegung jedoch nicht allein, daß der Text der Urkunde nach der Behauptung des Schuldners vom Gläubiger oder von diesem nachträglich geschrieben, geändert oder ergänzt worden sei, vielmehr müsse die Beklagte auch beweisen, daß eine etwaige nachträgliche Ausfüllung oder Änderung der Urkunde gegen den Willen des Unterschriftleistenden erfolgt wäre.

Das zeigt im Grundsatz keinen Rechtsfehler (vgl. RGZ 57, 66, 68; 64, 406; 73, 276, 279). Jedoch ist gegenüber diesen Ausführungen des Berufungsgerichts und im Hinblick auf eine Rüge der Revision der Hinweis angezeigt, daß jedenfalls dann, wenn nach Fertigstellung und Unterzeichnung etwas in die Urkunde eingefügt worden ist, der die Ungültigkeit dieser Einfügung geltend machende Unterzeichner nur zu beweisen braucht, daß diese Einfügung nach Fertigstellung und Unterzeichnung der Urkunde erfolgt ist. Gesteht der Gegner die insoweit nachträgliche Einfügung oder Ergänzung zu, so ist der Unterzeichner dieses Beweises enthoben, und der Gegner muß alsdann beweisen, daß das nachträglich Eingefügte mit Wissen und Willen des Unterzeichners erfolgt ist

(vgl. RG in Gruch Beitr. Bd. 61 S. 489, 491; Wieczorek aaO § 440 unter A II b 2). Nach dem Vortrag der Parteien sowie nach dem festgestellten Sachverhalt fehlt es hier aber gerade an einem solchen Zugeständnis des Klägers, die den Empfang der 18 000 DM bestätigende schriftliche Erklärung in den beiden Urkunden sei von ihm - dem Kläger - nachträglich, d.h. nach Fertigstellung und Unterschriftsleistung, in die Urkunden eingefügt worden. Vielmehr hat der Kläger stets behauptet, der gesamte Inhalt der Urkunden sei vor der Unterschriftsleistung beider Beteiligten von ihm mit der Schreibmaschine geschrieben gewesen. Damit sind die aufgezeigten Voraussetzungen für eine "Umkehr der Beweislast" hier nicht gegeben. Vielmehr bleibt es in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht bei der allgemeinen Regel des § 440 Abs. 2 ZPO, daß die Beklagte den vollen Beweis dafür zu erbringen hatte, das über der als echt feststehenden Unterschrift ihres Erblassers in den vorgelegten Urkunden Stehende sei gegen dessen Willen vom Kläger nachträglich geschrieben oder eingefügt worden. Einer abschließenden tatrichterlichen Feststellung, ob die eine oder andere der insoweit entgegenstehenden Behauptungen der Parteien richtig sei, bedurfte es entgegen der Meinung der Revision nicht. Denn aus dem Zusammenhalt der Urteilsgründe (EU S. 10 unten) ergibt sich hinreichend deutlich, daß das Oberlandesgericht sich auf Grund der Schriftgutachten des Sachverständigen außerstande gesehen hat, die Behauptung der Beklagten als richtig festzustellen, das Empfangsbekenntnis über die 18 000 DM Darlehen sei vom Kläger nachträglich in die Urkunde, also nach deren Fertigstellung und Unterschrift, eingefügt worden. Der Tatrichter hat somit die Beklagte insoweit als beweisfällig angesehen. Die lediglich als Hilferwägung anzusehende und jedenfalls mißverständliche oder einen Rechtsirrtum des Vorderrichters nicht zwei-

folsfrei ausschließende zusätzliche Bemerkung des Berufungsgerichts, die Beklagte müsse auch beweisen, daß "eine etwaige nachträgliche Änderung gegen den Willen ihres Erblassers erfolgt wäre", ist bei dieser Sach- und Rechtslage also unschädlich.

3.) Die Rügen der Revision gegen die - auf der Grundlage des § 286 ZPO beruhende - Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts hinsichtlich des Inhalts oder Erklärungswertes der Urkunden, daß hiernach nämlich der Erblasser der Beklagten vom Kläger ein Darlehen von insgesamt 18.000,-- DM empfangen habe, und daß die Beklagte den ihr obliegenden Gegenbeweis nicht geführt habe, greifen ebenfalls nicht durch.

Insbesondere kann nicht anerkannt werden, wie die Revision meint, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO wesentlichen Prozeßstoff übergangen. Es spricht nichts dafür, der Tatrichter habe übersehen, daß das Konto des Klägers bei seiner Geschäftsbank zur Zeit der Ausstellung der Urkunden einen Schuldsaldo von 19.251,59 DM ausgewiesen hat. Denn das Oberlandesgericht sagt ausdrücklich (BU S. 11): Die Meinung des Landgerichts lasse sich nicht aufrecht erhalten, der Kläger sei 1948/49 nicht in der Lage gewesen, an den Erblasser der Beklagten ein Darlehen in Höhe von insgesamt 18.000,-- DM "in Raten und in bar" zu gewähren; die Aussagen von vier in der Berufungsinstanz vernommenen Zeugen ließen es als möglich erscheinen, daß der Kläger solche Mittel habe flüssig machen können (vor allem durch Verkäufe des Klägers von Kraftfahrzeugen und Maschinen in jener Zeit), zumal er das Darlehen nicht auf einmal gezahlt haben wolle. Demgegenüber kann aus der, übrigens durch eine Grundschuld auf seinem Grundstück ausreichend abgesicherten Schuld des Klägers gegenüber seiner Geschäftsbank zu jener Zeit jedenfalls nicht zwingend auf das Gegenteil geschlossen werden.

11

Auch auf die Aussagen der im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen G [REDACTED] und Sch [REDACTED] brauchte das Berufungsgericht entgegen der Rüge der Revision nicht ausdrücklich einzugehen, zumal deren Aussagen nur die allgemeine Glaubwürdigkeit des Klägers berühren könnten, aber jedenfalls nicht die Hingabe der Darlehensbeträge selbst betrafen, und die Beklagte in der Berufungsinstanz auf diese Zeugnisaussagen nicht zurückgekommen war und insbesondere deren Nichtverwertung durch das Landgericht nicht gerügt hatte. Denn das Landgericht hatte von einer Verwertung dieser Aussagen abgesehen, weil nicht auszuschließen sei, daß diese Zeugen den Kläger wegen persönlicher Differenzen zu belasten versuchten.

Die Revision rügt weiter, das Oberlandesgericht - das von einer mit Antrag der Beklagten im Schriftsatz vom 20. März 1964 auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung begehrten weiteren Beweisaufnahme Abstand genommen hat, weil es insoweit die unter Beweis gestellten neuen Behauptungen der Beklagten als richtig unterstellt hat - habe dieses unterstellte Beweisergebnis rechtsfehlerhaft gewertet. Diese Rügen vermögen der Revision ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Auszugehen ist dabei davon, daß nach der auf Grund der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz getroffenen und insoweit nicht angegriffenen Feststellung des Oberlandesgerichts die die Schuld des Erblassers der Beklagten ausweisenden Urkunden vom 18. Oktober 1949 jedenfalls im Jahre 1958 existiert haben, also nicht etwa - wie die Beklagte behauptet hat - erst nach dem Ableben ihres Erblassers auf Grund von irgendwelchen im Besitz des Klägers gelangten Blankounterschriften von diesem angefertigt worden sind. Die neuen und vom Oberlandesgericht als richtig unterstellten Behauptungen der Beklagten betreffen nun aber lediglich die Frage, ob - wie der Kläger behauptet hat - diese Urkunden sich von etwa 1950, als er in Konkurs fiel, bis etwa 1957 im Besitz seines Bruders Hermann H [REDACTED] zur Sicherung eines angeblich von diesem

dem Kläger gewährten Darlehens befunden haben, und der Kläger deshalb sowohl in seinem Vermögensverzeichnis im Konkursverfahren 1950, als auch bei seinem ersten Offenbarungseid im Jahre 1954 diese Forderung nicht angegeben hat, sowie ob der Bruder Hermann H. zu dieser Zeit finanziell überhaupt in der Lage gewesen sei - was von der Beklagten bestritten war -, die behaupteten Darlehen dem Kläger zu gewähren. Entscheidend für die rechtliche Nachprüfung der Würdigung des Oberlandesgerichts durch das Revisionsgericht ist hiernach, daß es sich bei den aufgeworfenen Fragen und von der Beklagten aufgestellten Behauptungen jedenfalls lediglich um Indizien handelt, nämlich für die allein erhebliche Tatfrage, ob der Kläger entgegen dem Wortlaut der vorgelegten Urkunden dem Erblasser der Beklagten Darlehensbeträge in der Gesamthöhe von 18.000.-- DM nicht gegeben hat. In der Verwertung und Beurteilung solcher bloßen Beweiszeichen ist aber das Tatsachengericht wesentlich freier gestellt (vgl. LM § 539 ZPO Nr. 1). Es ist deshalb jedenfalls kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht sich auf Grund dieser aus dem als wahr unterstellten Sachverhalt sich ergebenden Indizien von der Richtigkeit der Behauptung der Beklagten, es sei ihrem Erblasser vom Kläger in Wirklichkeit ein Darlehen nicht gegeben worden, nicht zu überzeugen vermocht hat. Der Vorderrichter hat hierzu insbesondere ausgeführt, es bestehe trotz allem immer noch oder stets die nicht abzuweisende Möglichkeit der Kläger habe versehentlich oder absichtlich die den Gegenstand der Klage bildende Darlehensforderung 1950 und 1954 bei seinen Erklärungen über den Bestand seines Vermögens nicht angegeben. Diese Möglichkeiten anzunehmen, war das Berufungsgericht mit Rücksicht auf die ihm zustehende freie Beweiswürdigung entgegen der Ansicht der Revision auch nicht dadurch gehindert, daß der Kläger bestritten hatte, er habe die Darlehensforderungen bei diesen Vermögenserklärungen "absichtlich verschwiegen. Auch die von der Revision beanstandete Auffassung des Oberlandesgerichts, eine "verpfändete" Forderung gehöre rechtlich nicht zum Vermögen eines Schuldners und hieraus sei das Verschweigen der Darlehensforderung durch den Kläger zu erklären, ist insoweit für die revisionsrechtliche Prüfung

nicht entscheidungserheblich: Einmal, weil es sich dabei ebenfalls nur um die Beurteilung eines Indizes handelt, und zum anderen, weil entgegen der Ansicht der Revision es keinen Satz der Lebenserfahrung gibt, ein Kaufmann wisse stets, daß eine nur "verpfändete" Forderung rechtlich noch zu seinem Vermögen gehöre, die er bei seinen Erklärungen über den Bestand seines Vermögens anzugeben habe.

Die gleichen Erwägungen gelten, soweit das Berufungsgericht auch der Tatsache, daß der Kläger in dem im Jahre 1958 erneut abgeleisteten Offenbarungseid die Darlehensforderung nicht angegeben hat, ebenfalls eine entscheidungserhebliche Bedeutung nicht zugemessen hat. Insoweit hat das Oberlandesgericht unangefochten festgestellt, daß zu dieser Zeit der von ihm vernommene Zeuge S. als Abtretungsempfänger der streitigen Darlehensforderung auch im Besitz beider Urkunden vom 18. Oktober 1949 gewesen ist, die ihm "verkauft oder verpfändet" gewesen seien.

4.) Soweit das Oberlandesgericht eine Verwirkung des Klageanspruchs verneint hat, wird dieses Ergebnis schon getragen durch die nicht angefochtene tatrichterliche Feststellung (BU S. 12 oben und S. 15 unten), daß der Kläger bereits im Jahre 1958 vom Erblasser der Beklagten die Rückzahlung des Darlehensbetrages gefordert hat. Der Rechtsvorgänger der Beklagten und diese selbst hatten somit keinen Anlaß für die Annahme, der Kläger würde seine Darlehensforderung nicht geltend machen.

5.) Schließlich ist auch die Nichtzulassung der von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit einer Gegenforderung von 6.000.-- DM gegen den Klageanspruch durch das Oberlandesgericht gemäß § 529 Abs. 5 ZPO rechtlich nicht zu beanstanden. Nach dem vorgetragenen Akteninhalt und dem Tatbestand der Urteile hat die Beklagte die Aufrechnung mit dieser Gegenforderung nicht in der ersten Instanz, sondern erst im Berufungsverfahren erklärt; jedenfalls ist die bloße hilfsweise Erwähnung dieser Forderung im Schriftsatz der Beklagten vom

17. Mai 1962 Seite 3 entgegen der Ansicht der Revision nicht als Aufrechnungserklärung, die eindeutig und bestimmt sein muß, zu werten. Wird aber eine Gegenforderung in der ersten Instanz nur "erwähnt", ohne gegenüber der Klageforderung zur Aufrechnung gestellt zu werden, so steht dieser Umstand der Zurückweisung der Aufrechnung nach § 529 Abs. 5 ZPO nicht entgegen (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. vor § 529 unter V, 1). Hier kommt hinzu, daß die Beklagte trotz des Bestreitens des Klägers diese ihre Gegenforderung weder substantiiert, noch im einzelnen unter Beweis gestellt hat, so daß die Zurückweisung der erst in der Berufungsinstanz von der Beklagten erklärten Aufrechnung in jedem Falle rechtlich bedenkenfrei ist (vgl. hierzu auch : BGHZ 17, 124).

Nach alledem war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Gähtgens

Dr. Reinhardt