

18

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 142/64

## URTEIL

Verkündet am

3. November 1966

Schorm

Justizangestellter

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Doris K [REDACTED],  
W [REDACTED] / über M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von  
[REDACTED] -

gegen

die Firma August S [REDACTED] OHG  
in R [REDACTED] gesetzlich vertreten durch ihren Gesell-  
schafter, den Kaufmann August S [REDACTED] in R [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Bukow, Dr. Schulze und Stimpel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 15. Mai 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Ausstellerin und Inhaberin eines am 20. September 1962 ausgestellten, am 20. November 1962 fälligen Wechsels über 6.648,35 DM, den die Beklagte für die im Handelsregister damals nicht eingetragene Firma E [REDACTED] Hefevertretung GmbH W [REDACTED] angenommen hat. Die Klägerin hat wegen der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten ein Wechselvorbehaltsurteil erwirkt. Im Nachverfahren hat die Klägerin beantragt, das Urteil für vorbehaltlos zu erklären. Die Beklagte hat beantragt, unter Aufhebung des Urteils die Klage abzuweisen.

- 3 -

Die Beklagte hat geltend gemacht: Die Firma E [REDACTED] Hefeverwertung GmbH habe bereits vor der Eintragung Geschäfte gemacht. Die GmbH habe von dem Weinkommissionär Fritz S [REDACTED] in R [REDACTED] am 6. Juni 1962 60.000 l deutschen Traubensaft gekauft. Für den Kaufpreis seien als Vorkasse vier Akzepte gegeben worden. Drei davon, und zwar zwei über je 10.000 DM und eins über 20.000 DM, habe die Klägerin erhalten. S [REDACTED] habe sie an seinen Vorlieferanten C [REDACTED] und dieser an die Klägerin gegeben. Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte behauptet, daß dabei vereinbart worden sei, die Klägerin solle gegen diese Wechsel Traubensaft an die GmbH liefern. Die Wechsel sollten Vorkasse für diese Lieferungen sein. Die Klägerin habe über S [REDACTED] nur Waren im Werte von 13.351,65 DM geliefert. Im September 1962 habe eine Besprechung der Beklagten mit S [REDACTED] und C [REDACTED] bei der Klägerin in Ravensburg stattgefunden. Hierbei habe die Beklagte erklärt, die E [REDACTED] GmbH sei nur bereit, Wechsel in Höhe von 13.351,65 DM einzulösen. Die Klägerin habe die Herausgabe der Wechsel mit der Begründung abgelehnt, daß sie ihrerseits Forderungen gegen C [REDACTED] bzw. S [REDACTED] habe. Nach längeren Verhandlungen sei zwischen der Klägerin und der E [REDACTED] GmbH, die von der Beklagten vertreten worden sei, eine Vereinbarung zustande gekommen, daß die E [REDACTED] zunächst zwei neue Wechsel über 10.000 DM und 3.351,65 DM akzeptierte und dem anwesenden S [REDACTED] als Gegenleistung für die Lieferung übergab. S [REDACTED] habe die Wechsel an die Klägerin weitergegeben. Die E [REDACTED] habe diese beiden Wechsel eingelöst. Von dem Wechsel über 20.000 DM sei nach Abzug des Betrages von 13.351,65 DM noch ein Betrag von 6.648,35 DM offengeblieben. Über diesen Betrag habe die Beklagte für die E [REDACTED] GmbH den Klagwechsel per 20. November 1962 gegeben. Dabei sei zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbart worden, daß der Klagwechsel gegenüber der Beklagten so

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



lange nicht geltend gemacht werden solle, bis feststehe, daß C [REDACTED] und S [REDACTED] ihren Verpflichtungen aus den mit der Klägerin abgeschlossenen Verträgen endgültig nicht nachkämen. Die Klägerin habe nicht dargetan, daß sie nicht in der Lage sei, ihre Ansprüche gegenüber C [REDACTED] und S [REDACTED] durchzusetzen. Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte behauptet, bei Aushändigung der Prolongationswechsel habe die Klägerin gewußt, daß sie für die Akzepte den von der GmbH bei S [REDACTED] gekauften deutschen Traubensaft zu liefern habe. Die Klägerin habe die Wechsel so lange zurückbehalten wollen, bis der Traubensaft gegen Barzahlung oder Bankbürgschaft abgenommen würde. Der Traubensaft sei aber nicht geliefert worden, weil die Auskünfte über die GmbH ungünstig gewesen seien. Die Klägerin könne Zahlung von 6.648,35 DM nur verlangen Zug um Zug gegen Lieferung von ca. 700 l deutschen Traubensaft.

Die Beklagte hat ferner im zweiten Rechtszug geltend gemacht, C [REDACTED] habe ihr die Ansprüche auf Lieferung des von ihm bei der Klägerin gekauften ausländischen Traubensafts abgetreten.

Die Klägerin hat demgegenüber vorgetragen: C [REDACTED] habe von ihr gemäß Schlußschein vom 30. März 1959 100.000 l italienischen Traubensaft gekauft. Sie habe über die Hälfte geliefert. C [REDACTED] schulde ihr für die Lieferungen noch 23.442,79 DM. Er habe ihr zahlungshalber drei von ihm ausgestellte und von der Beklagten für die E [REDACTED] GmbH angenommene Wechsel ausgehändigt und dabei nichts davon gesagt, daß er zur Verfügung nicht berechtigt sei. Die Wechselbegebung sei nicht davon abhängig gemacht worden, daß die Klägerin Traubensaft an die GmbH liefere. Bei Fälligkeit habe die Beklagte sie um Prolongation gebeten. Zu diesem Zweck

sei u. a. der Klagwechsel von ihr ausgestellt und von der Beklagten angenommen worden. Soweit die Wechselsummen die Restschuld der Firma C [REDACTED] überstiegen, sei sie bereit, die Lieferungen gegen Einlösung der Wechsel fortzusetzen. Eine Stundung sei nicht vereinbart worden.

Das Landgericht hat das Vorbehaltsurteil bestätigt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Aufhebung des Vorbehaltsurteils und Klagabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz, der ursprüngliche Wechsel und dementsprechend auch der zur Prolongation ausgestellte Klagwechsel seien von C [REDACTED] der Klägerin nur als Vorkasse, d. h. zweckbestimmt für auszuführende Lieferungen an die GmbH, gegeben worden, sei aus grober Nachlässigkeit nicht im ersten Rechtszug vorgebracht und daher nach § 529 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Die Beklagte habe im ersten Rechtszug nur eine Stundungseinrede erhoben, auf die es nicht angekommen sei, wenn ihr jetziger Vortrag richtig sei. Selbst wenn die von der Beklagten benannten Zeugen die Behauptung, bereits die ursprünglichen Wechsel seien als Vorkasse von C [REDACTED] an die Klägerin gegeben, bestätigen würden, so wäre angesichts der bereits vorliegenden Zeugenaussagen und des eigenen Verhaltens der Beklagten der Beweis nicht geführt. Auch gegen die Annahme, daß jedenfalls die Prolongationswechsel Vorkasse gewesen seien, sprächen so viele wirtschaftliche Erwägungen und nicht zuletzt das

wechselnde Vorbringen der Beklagten, daß die Vernehmung der Zeugen über die jetzt aufgestellte Behauptung nur ein offenes Beweisergebnis erbringen könne, das zu Lasten der Beklagten gehe.

Die hiergegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision sind begründet.

Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung, das einen schlüssigen Einwand gemäß Art. 17 WG, § 812 BGB ergab, konnte nur dann gemäß § 529 Abs. 2 ZPO wegen Verspätung nicht zugelassen werden, wenn seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte. Das legt das Berufungsgericht nicht dar. Der Termin zur mündlichen Verhandlung ist vom Vorsitzenden am 24. September 1963 auf den 10. April 1964 bestimmt worden. Es ist nicht ersichtlich, warum die Zeugen nicht gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO zu dieser Verhandlung geladen werden konnten. Der Vorsitzende oder ein von ihm zu bestimmendes Mitglied des Berufungsgerichts hätten nach § 272 b ZPO prüfen müssen, ob das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung und das darauf bezügliche Beweisangebot erheblich waren und gegebenenfalls die vorsorgliche Ladung der Zeugen zum Verhandlungstermin anordnen müssen. Möglicherweise hätte in der Verhandlung der Beweis erhoben werden können, ohne daß die Erledigung des Rechtsstreits, in dem erst am 15. Mai 1964 das Urteil verkündet wurde, verzögert worden wäre. Die objektive Verzögerungsfolge wäre jedenfalls mit einer nachprüfbaren Begründung festzustellen gewesen (vgl. BGH LM § 272 b Nr. 2 und 4).

Eine Beweisaufnahme über das neue Vorbringen der Beklagten durfte auch nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Vernehmung der Zeugen über diese Behauptungen keinen Erfolg versprach. Die Beweiswürdigung durfte

nicht vorweggenommen werden (§ 286 ZPO). Ob sich aus anderen Tatsachen die Unwahrscheinlichkeit oder Unglaubhaftigkeit der behaupteten Tatsache ergab oder das Gericht sie durch die in erster Instanz erhobenen Beweise und die vorgelegten Urkunden als widerlegt ansah, war belanglos (BGH NJW 1951, 481, 482). Der völlige Unwert der Beweismittel, der allein zur Ablehnung der Beweisangebote berechtigt haben würde (BGH NJW 1956, 1480), ist nicht ersichtlich.

Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils war daher die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Bukow

Dr. Schulze

Stimpel