

Verkündet
am 11. Januar 1962

Schorm, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Ehefrau Elleda B [REDACTED] geb. A [REDACTED],
L [REDACTED]/Sch [REDACTED], Postbox [REDACTED],
2. Claudio Romano B [REDACTED], ebenda,
Kläger und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Daniel D [REDACTED], W [REDACTED],
R [REDACTED]gasse [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Dr. Haager und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main
vom 10. Juni 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Inhaber zweier eigener Wechsel, die der Beklagte am 23. Januar 1954 in Genf an die Order von Victor C. M. [REDACTED] in Mo [REDACTED] über 20 000 sfr und 22 000 sfr ausgestellt hat. Da der Beklagte einen Teilbetrag geleistet hat, haben die Kläger beantragt, den Beklagten aus dem ersten Wechsel zur Zahlung von Zinsen und aus dem zweiten Wechsel zur Zahlung von 21 140 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Sie haben entsprechende Vorbehaltsurteile erwirkt und sodann den Antrag gestellt, diese Urteile, mit kleineren Änderungen, für vorbehaltlos zu erklären. Der Beklagte hat um Aufhebung der Vorbehaltsurteile und Abweisung der Klage gebeten. Er hat behauptet, Th. V. [REDACTED], einem Wechselvormann der Kläger, seien aus einer Hypothek, die früher Paul Schi [REDACTED] gehört habe, 21 500 sfr auf die restlichen Wechselorderungen gezahlt worden; diese seien damit erloschen. Die Kläger tragen demgegenüber vor, Th. V. [REDACTED] habe als Hypothekenerlös nur 18 905 sfr erhalten; dieser Betrag sei auf andere Verbindlichkeiten des Beklagten angerechnet worden.

Das Landgericht hat die Vorbehaltsurteile dem Antrage der Kläger entsprechend für vorbehaltlos erklärt. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten bezüglich des ersten Wechsels in vollem Umfange und bezüglich des zweiten Wechsels mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Beklagte 1 895 sfr nebst Zinsen zu zahlen habe; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Kläger Revision eingelegt; sie verfolgen ihre Anträge weiter, soweit ihnen nicht stattgegeben worden ist. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Rechtsstreit sei, wie der übereinstimmende Wille der Parteien ergebe, nach schweizerischem Recht zu entscheiden. Diese Auffassung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Kläger müßten sich die Einwendungen entgegenhalten lassen, die der Beklagte gegenüber dem Wechselvormann Th. V. erheben könne. Diesem gegenüber könne der Beklagte geltend machen, daß er, Th. V., in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Beklagten 18 905 sfr aus der Hypothek erlangt habe, die früher Schi. gehört habe. Die Kläger hätten zwar behauptet, dieser Betrag sei auf andere Verbindlichkeiten des Beklagten angerechnet worden. Sie hätten aber nicht bewiesen, daß Th. V. zu der Zeit, als er den Hypothekenerlös erhalten habe, außer den Wechselforderungen Ansprüche gegen den Beklagten gehabt habe.

Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht habe die Beweislast nach deutschem Recht entschieden; es hätte sie aber nach schweizerischem Recht entscheiden müssen (BGHZ 3, 342, 345). Da nicht feststehe, wie dieses Recht die Beweislast verteile, müsse das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Rüge der Revision kann schon deshalb nicht zum Ziel führen, weil die Revision nicht behauptet hat, daß die Frage der Beweislast nach schweizerischem Recht anders beantwortet werde als nach deutschem Recht. Das Berufungs-



gericht hat überdies die Frage, ob die Kläger das Bestehen weiterer Forderungen beweisen müßten oder der Beklagte das Gegenteil hiervon dartun müsse, entgegen der Auffassung der Revision nach Schweizer Recht entschieden. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht auf Artikel 87 OR gestützt. Es hat lediglich bei der Auslegung dieser Bestimmung die deutsche Rechtsprechung und die deutsche Rechtslehre zu § 366 BGB, der dem Art. 87 OR entspricht, herangezogen. Dies war zulässig; ein Verstoß gegen § 293 ZPO liegt nicht vor.

II.

1. Die Revision ist der Ansicht, der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts sei falsch. Der Hypothekenerlös sei nicht auf die Forderungen Th. V. gegen den Beklagten, sondern auf Th. V. Forderungen gegen M. verrechnet worden. M. habe Th. V. nicht nur die Wechsel gegeben, sondern, unabhängig davon, auch die Verwertung der Hypothek gestattet, und zwar nicht zur Tilgung der Wechselforderungen oder anderer Ansprüche gegen den Beklagten, sondern zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, die er, Mautner, gegenüber Th. V. eingegangen sei. Theodor V. hat, worauf die Revision mit Recht hinweist, eine derartige Aussage gemacht. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger sich den Inhalt dieser Aussage zu eigen gemacht haben. Jedenfalls hat das Berufungsgericht dieser Aussage, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, keinen Glauben geschenkt und seine Entscheidung vor allem darauf gestützt, daß die Kläger selbst vorgetragen haben, der Hypothekener-

lös sei auf die Verbindlichkeiten des Beklagten verrechnet worden; der Streit der Parteien ging, wie sich auch aus der geführten Korrespondenz ergibt, nicht darum, ob der Hypothekenerlös auf Verbindlichkeiten des Beklagten angerechnet werden sollte, sondern darum, ob die Verbindlichkeiten des Beklagten, auf die die Kläger den Hypothekenerlös angerechnet haben, bestünden. Dementsprechend hat auch der Zeuge Richard V. [REDACTED] bekundet, die Hypothek, die ursprünglich Schi. [REDACTED] oder dem Beklagten gehört habe, sei auf den Treuhänder C. [REDACTED] übertragen worden, damit sein Bruder, Theodor V. [REDACTED], daraus wegen seiner Gesamtforderung gegen den Beklagten befriedigt werde.

2. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Kläger hätten den Hypothekenerlös auf Verbindlichkeiten des Beklagten angerechnet. Diese etwaigen Verbindlichkeiten sei der Beklagte aber gegenüber M. [REDACTED], nicht gegenüber Th. V. [REDACTED] eingegangen. Erst in der (einzigen) mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hätten die Kläger behauptet und unter Beweis gestellt, daß M. [REDACTED] diese Forderungen gegen den Beklagten an Th. V. [REDACTED] abgetreten habe. Dieser Vortrag sei verspätet und damit gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

Diese Ausführungen halten, wie die Revision zutreffend dargelegt hat, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Kläger hatten immer behauptet, der Hypothekenerlös sei auf bestimmte Forderungen gegen den Beklagten angerechnet worden, und sie hatten auch vorgetragen, daß diese Forderungen in der Person M. [REDACTED] entstanden seien. Das Berufungsgericht mußte daher die Kläger gemäß § 139 ZPO fragen, ob

M [REDACTED] die Forderungen (ebenso wie die Wechselansprüche) an Th. V [REDACTED] abgetreten habe. Das Berufungsgericht hat diese Frage auch in der mündlichen Verhandlung gestellt. Es hat aber gleichwohl die Beantwortung dieser Frage, nämlich den Vortrag der Kläger, diese Forderungen seien Th. V [REDACTED] von M [REDACTED] abgetreten worden, als verspätet zurückgewiesen. Das war unzulässig; es ist nicht sachgemäß, einer Partei Fragen zu stellen und die sofortige Beantwortung der Fragen durch die Partei unberücksichtigt zu lassen.

Das Berufungsgericht mußte überdies beachten, daß die Kläger in erster Instanz obgesiegt hatten; das Landgericht hatte ausgeführt, die Kläger hätten das Bestehen weiterer Forderungen substantiiert vorgetragen und der Beklagte müsse beweisen, daß diese Forderungen nicht bestünden. Einem Kläger, der den Rechtsstreit in der ersten Instanz gewonnen hat, wird aber nur in Ausnahmefällen der Vorwurf gemacht werden können, er habe dadurch grob nachlässig gehandelt, daß er Angriffs- und Beweismittel in dieser Instanz nicht vorgebracht habe (BGH LM ZPO § 550 Nr. 5).

Das Berufungsgericht führt aus, die Klage sei auch dann unbegründet, wenn man das Vorbringen der Kläger zulasse. Denn die Kläger hätten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht jedenfalls keine näheren Einzelheiten darüber angeben können, zu welchem Zeitpunkt M [REDACTED] die weiteren Forderungen an Th. V [REDACTED] abgetreten habe. Auf diesen Zeitpunkt komme es aber an, da nur die Forderungen in Betracht kämen, die Th. V [REDACTED] in dem Augenblick zugestanden hätten, in dem er den Erlös aus der Hypothek erlangt habe. Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind, wie die Revision zutreffend darlegt, nicht frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht kommt seiner Verpflichtung aus § 139 ZPO nicht schon dadurch nach, daß es dem Prozeßbevollmächtigten der Kläger Fragen stellt. Es muß ihm vielmehr auch Gelegenheit geben, sie nach Rücksprache mit seiner Partei vollständig zu beantworten; auch muß der Partei eine angemessene Zeit zur Beantwortung der Frage bleiben (Baumbach/Lauterbach, ZPO 25. Aufl. § 139 Anm. 2 F). Die Revision hat die fehlenden Angaben mitgeteilt. Sie hat behauptet und unter Beweis gestellt, daß M. [REDACTED] die Forderungen an Th. V. [REDACTED] abgetreten habe, bevor er ihm die Wechsel gegeben habe. Da Th. V. [REDACTED] den Hypothekenerlös erst nach Hereinnahme der Wechsel erhalten hat, sind ihm damit die weiteren Forderungen gegen den Beklagten nach dem Vorbringen der Kläger vor dem Zeitpunkt abgetreten worden, in dem Th. V. [REDACTED] den Erlös aus der Hypothek erlangt hat.

III.

Das Berufungsurteil mußte nach alledem aufgehoben werden. Da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,

zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr.Nastelski Dr.Fischer Dr.Kuhn Dr.Haager Dr.Reinicke