

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ----- nein

ZPO §§ 272b, 529 Abs. 2

Hat sich eine nach § 272 b ZPO angeordnete Beweisaufnahme bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung nicht mehr durchführen lassen, so ist das Gericht nicht gehindert, den Beweisantrag nunmehr als verspätet zurückzuweisen. Das gleiche gilt, wenn in der Zeit zwischen der Terminsanberaumung und der mündlichen Verhandlung der Einzelrichter vergeblich versucht hat, einen verspätet angetretenen Beweis noch zu erheben.

BGH, Urt. v. 17. März 1969 - II ZR 211/67 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 211/67

URTEIL

Verkündet am

17. März 1969

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Walter H [REDACTED], M [REDACTED], W [REDACTED]-
[REDACTED] str. [REDACTED],
2. der Kauffrau Veronika B [REDACTED], B [REDACTED] ([REDACTED]),
M [REDACTED]-P [REDACTED]-Str. [REDACTED],
3. des Kaufmanns Gert van L [REDACTED], H [REDACTED],
W [REDACTED] str. [REDACTED],
4. des Kaufmanns Wolf R [REDACTED], D [REDACTED]-O [REDACTED]-
[REDACTED], H [REDACTED]-Allee [REDACTED],
5. des Kaufmanns Wolfgang H o [REDACTED], D [REDACTED],
O [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Kauffrau Marga W [REDACTED] geb. Sp [REDACTED], handelnd unter der
Firma Willy S p [REDACTED], G [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. März 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 3. August 1967 wird
zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden
den Beklagten als Gesamtschuldern
auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagten im ordentlichen Verfahren aus einem von ihnen angenommenen Wechsel über 5.000 DM in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagten waren oder sind Gesellschafter der F [REDACTED] R [REDACTED] F [REDACTED] Gesellschaft mbH (im folgenden: FTR). Diese war an der D [REDACTED] F [REDACTED] G [REDACTED] GmbH (im folgenden: DFG) beteiligt. Im Jahr 1962 wurde beschlossen, das Stammkapital der DFG von 250.000 DM auf 500.000 DM zu erhöhen. Um ihren Einfluß in der DFG zu wahren, bemühte sich die FTR darum, den Ehemann der Klägerin, Dr. W [REDACTED], als

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



Filmtheaterbesitzer für die Übernahme einer der neuen Stammeinlagen in Höhe von 50.000 DM zu gewinnen. Hierzu konnte sich Dr. W. [REDACTED] wegen wirtschaftlicher Bedenken zunächst nicht entschließen. Die für ihn vorgesehene Stammeinlage übernahm einstweilen Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED]. Dieser bot Dr. W. [REDACTED] in einer notariellen Urkunde vom 6. Juni 1962 die Abtretung des Geschäftsanteils an.

Am 18./19. Juni 1962 kam es zwischen Dr. W. [REDACTED] und der FTR zu einer schriftlichen Vereinbarung. Darin verpflichtet sich Dr. W. [REDACTED], das Angebot Dr. M. [REDACTED] anzunehmen und darüber hinaus der DFG ein Darlehen von 50.000 DM zu geben. Die Finanzierung sollte folgendermaßen vor sich gehen: Dr. W. [REDACTED] gewährte der FTR über die T. [REDACTED]-U. [REDACTED] WirtschaftsprüfungsGmbH (TU) ein Darlehen von 50.000 DM unter der Voraussetzung, daß die FTR als Sicherheit für ihn bei der TU einen oder mehrere Sichtwechsel über denselben Betrag hinterlegte, die von mindestens fünf Gesellschaftern persönlich akzeptiert waren. Bei Eingang des Darlehens sollte die FTR den Darlehensbetrag Dr. W. [REDACTED] wieder zur Verfügung stellen, damit davon 25.000 DM auf die Stammeinlage und 25.000 DM auf das Darlehen an die DFG gezahlt werden konnten. Den Restbetrag von 50.000 DM (nämlich je 25.000 DM auf Stammeinlage und Darlehen) sollte der Filmtheaterbesitzer Ernst G. [REDACTED] bereitstellen. Dr. W. [REDACTED] sollte den Geschäftsanteil und das Darlehen zunächst je zur Hälfte treuhänderisch für die FTR und Ernst G. [REDACTED] halten. Hierzu heißt es in dem Abkommen unter 2 c weiter:

"Herr Dr. Karl W. [REDACTED] wird sich innerhalb einer Frist von 4 Wochen entscheiden, ob er den ihm zur Verfügung stehenden Anteil innerhalb der DFG in Zukunft persön-

lich oder als Treuhänder für FTR und Herrn G [REDACTED] zu je 50 % halten will. Sollte Herr Dr. Karl W [REDACTED] sich zu einer Treuhänderschaft entschließen, wird FTR innerhalb einer Frist von drei Monaten dieses von ihm gewährte Darlehen gegen eine Verzinsung von 10 % p.a. zurückerstatten.

Unter der Voraussetzung, daß Herr Dr. Karl W [REDACTED] sich dafür entscheiden sollte, den ihm am 6.6.62 angebotenen Stammanteil an der DFG in voller Höhe zu übernehmen und die Aufnahme des Herrn Ernst G [REDACTED] als weiterer Gesellschafter in die DFG möglich ist, stellt Herr Dr. Karl W [REDACTED] den von Herrn Ernst G [REDACTED] einbezahlten Betrag von DM 50.000,-- und die von den FTR-Gesellschaftern zur Sicherheit akzeptierten Wechsel wieder zur Verfügung."

Die Beklagten übergaben der TU einen von ihnen angenommenen Wechsel über 50.000 DM, worin die Namen des Ausstellers und des Wechselnehmers, die Verfallzeit sowie Tag und Ort der Ausstellung offengelassen waren. Dafür erhielt die TU zwei von der Klägerin ausgestellte Schecks über je 50.000 DM.

"In Abänderung und Ergänzung der Vereinbarung vom 18.6.1962" trafen Dr. W [REDACTED] und die FTR am 30. August 1962 eine weitere Abmachung, worin sie unter Nr. 2 die Frist, innerhalb deren sich Dr. W [REDACTED] entscheiden konnte, in welcher Weise er seine Rechte als DFG-Gesellschafter ausüben werde, bis zum 30. September 1962 verlängerten und bestimmten, daß Dr. W [REDACTED] "bis zur Abgabe dieser Erklärung ... den übernommenen DFG-Gesellschafter Anteil je zur Hälfte treuhänderisch für Herrn G [REDACTED] und die FTR GmbH" halten sollte. Am folgenden Tag nahm Dr. W [REDACTED] das Angebot Dr. M [REDACTED] vom 6. Juni 1962 durch notariell beurkundete Erklärung an. In einer Zusatzvereinbarung vom 23. Oktober 1962 wurde die Erklärungsfrist für ihn um sechs Wochen erneut verlängert.

Im Februar 1963 übergab Dr. W. [REDACTED] den ihm von der TU ausgehändigten Wechsel über 50.000 DM der Klägerin. Nachdem diese als Ausstellerin und Begünstigte und der 1. April 1963 als Verfalltag eingesetzt worden waren, wurde der Wechsel für die Klägerin zum Diskont gegeben. Im April 1963 gaben die Beklagten einen zum 1. Juli 1963 fälligen Prolongationswechsel in gleicher Höhe. Mit Schreiben vom 11. April 1963 "an FTR/DFG" kündigte Dr. W. [REDACTED] das seinerzeit gegebene Darlehen mit dem Hinweis, er habe es - wie die Beklagten bestritten haben - schon am 20. Dezember 1962 gekündigt. Schon vorher hatten die Gesellschafter der DFG den noch nicht eingetragenen Kapitalerhöhungsbeschluß rückgängig gemacht und die Liquidation der Gesellschaft beschlossen. Nachdem der Prolongationswechsel am 1. Juli 1963 fällig geworden war, zeichneten die Beklagten als Annahmer in vierteljährlichen Abständen jeweils weitere Verlängerungswechsel. Bei der letzten Prolongation im April 1964 akzeptierten sie 10 Wechsel über je 5.000 DM, fällig zum 1. Juli 1964. Einer davon ist der Klagewechsel; ihn hat die Klägerin zu Protest gehen lassen.

Mit dem Antrag, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 5.090 DM mit Zinsen zu verurteilen, macht die Klägerin die Wechselforderung zuzüglich Protestkosten und Auslagen geltend.

Die Beklagten haben um Klagabweisung gebeten und in der Berufungsinstanz Widerklage erhoben mit dem Antrag festzustellen, daß der Klägerin gegen sie keine Rechte aus den neun Wechseln in Höhe von 5.000 DM zustünden, hilfsweise, die Klägerin zur Herausgabe dieser Wechsel zu verurteilen. Sie haben geltend gemacht, die Wechsel seien abredewidrig an

die Klägerin weitergegeben und ausgefüllt worden. Der Darlehensanspruch gegen die FTR, der durch die Wechsel habe gesichert werden sollen, sei entfallen, weil sich Dr. W. [REDACTED] dafür entschieden habe, den Geschäftsanteil an der DFG auf eigene Rechnung zu übernehmen. Diese Tatsachen seien der Klägerin bekannt gewesen.

Die Klägerin hat der Zulassung der Widerklage widersprochen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Widerklage als unzulässig abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihre Anträge zur Klage und Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Gegenüber dem auf Art. 28 Abs. 2, 48 Abs. 1 Nr. 1 - 3 WG gestützten Klageanspruch hält das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten, der Klagewechsel sei abredewidrig von einer anderen Person als von Dr. W. [REDACTED] ausgestellt, für unbegründet. Hiergegen wendet sich die Revision vergeblich.

Durch Schreiben vom 15. Juli 1963 hat die Klägerin den Beklagten eine Vereinbarung bestätigt, wonach diese ihr einen neuen Prolongationswechsel per 1. Oktober 1963 gegeben haben, damit der erste, zum

1. Juli 1963 fällig gestellte Prolongationswechsel bei der Sparkasse eingelöst werden konnte. Dem haben die Beklagten nicht widersprochen. Hieraus hat das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei gefolgert, die Klägerin habe auch künftige Prolongationspapiere selbst ausstellen dürfen. Es kommt daher nicht darauf an, ob bei der Hergabe des ursprünglichen Blankoakzepts über 50.000 DM die Befugnis, den Wechsel auszufüllen und sich selbst als Aussteller einzusetzen, entgegen allgemeiner geschäftlicher Übung (vgl. RGZ 108, 389) auf Dr. W. [REDACTED] beschränkt, eine Übertragung dieses Rechts also ausgeschlossen worden war, wie die Beklagten behauptet haben.

II. Eine andere Frage ist es, ob die Beklagten der Klägerin entgegenhalten können, sie habe von dem Wechsel im Widerspruch zu den mit Dr. W. [REDACTED] getroffenen Vereinbarungen Gebrauch gemacht. Auch diese Frage hat das Berufungsgericht aus rechtlich einwandfreien Erwägungen verneint.

1. Die bloße Tatsache, daß der Wechsel nur zur Sicherheit gegeben worden ist, begründet noch keinen Einwand gegen die Wechselforderung. Ein solcher Einwand setzt vielmehr den Nachweis voraus, daß dem Gläubiger aus dem zu sichernden Rechtsverhältnis ein Anspruch nicht zusteht (RG JW 1935, 1779). In dieser Hinsicht haben die Beklagten geltend gemacht, die Darlehensforderung Dr. W. [REDACTED]s gegen die FTR sei durch Verrechnung erloschen, weil Dr. W. [REDACTED] den mit Hilfe des Darlehensbetrages erworbenen Geschäftsanteil an der DFG endgültig für eigene Rechnung übernommen habe. Dem ist das Berufungsgericht aus tatsächlichen Gründen nicht gefolgt.

a) Es legt die Vereinbarung zwischen der FTR und Dr. W. [REDACTED] dahin aus, Dr. W. [REDACTED] habe den treuhänderisch für die FTR und Ernst G. [REDACTED] erworbenen Geschäftsanteil an der DFG weiterhin als Treuhänder halten sollen, wenn er nicht innerhalb der vertraglich bestimmten, nach dem letzten Verlängerungsabkommen sechs Wochen nach dem 23. Oktober 1962 endenden Frist erklärt habe, den Anteil auf eigene Rechnung übernehmen zu wollen. Sein Schweigen bis zum Ablauf der Frist habe mithin nicht als Übernahmeerklärung gelten, sondern vielmehr die endgültige Fortsetzung der zunächst vereinbarten Treuhandschaft bedeuten sollen, so daß Dr. W. [REDACTED] nunmehr berechtigt gewesen sei, das Darlehen gegenüber der FTR zu kündigen. Diese Auslegung, bei der sich das Berufungsgericht vor allem auf Nr. 2 des Ergänzungsabkommens vom 30. August 1962 gestützt hat, ist entgegen den Ausführungen der Revision sprachlich möglich und mit den §§ 133, 157 BGB vereinbar. Ihr steht auch nicht die Erwägung der Revision entgegen, das Wort "entscheiden" unter Nr. 2 c des Vertrages vom 18./19. Juni 1962 weise darauf hin, daß man von Dr. W. [REDACTED] eine klare, empfangsbedürftige Erklärung erwartet habe. Denn es ist gerade die Frage, ob Dr. W. [REDACTED], wenn er eine solche Erklärung nicht fristgemäß abgab, den Geschäftsanteil künftig weiterhin als Treuhänder oder auf eigene Rechnung halten sollte. Das Berufungsgericht hat das erstere angenommen; diese tatrichterliche Würdigung kann die Revision nicht durch eine gegenteilige Auslegung ersetzen.

b) Die Revision rügt des weiteren, daß das Berufungsgericht zwei Zeugen nicht vernommen hat.

In der Berufungsbegründung vom 9. Februar 1967 hatten die Beklagten Dr. J. [REDACTED] und Ernst G. [REDACTED] dafür benannt, daß die Parteien der Vereinbarung vom 18./19. Juni 1962 sich darüber einig gewesen seien, die dem Kläger vorbehaltene Erklärungsfrist solle "als vereinbartes Rücktrittsrecht von den bereits übernommenen Verpflichtungen zur persönlichen Leistung von Darlehen und Einlage" gelten. Nachdem der Vorsitzende des Berufungsgerichts am 17. Februar 1967 Verhandlungstermin auf den 13. Juli 1967 anberaumt hatte, verwies er durch Verfügung vom 10. April 1967 unter Aufrechterhaltung dieses Termins die Sache an den Berichterstatter als Einzelrichter. Der Berichterstatter ordnete durch prozeßleitende Verfügung vom 10. April 1967 die Vernehmung von Dr. J. [REDACTED] und Ernst G. [REDACTED] unter der Voraussetzung an, daß die Beklagten bis zum 5. Mai 1967 entsprechende Auslagenvorschüsse einzahlten. Darauf legten die Beklagten am 9. Mai 1967 mit dem Bemerken, Dr. J. [REDACTED] sei inzwischen nach München verzogen, eine Gebührenverzichtserklärung dieses Zeugen vor, die sich jedoch auf eine Vernehmung in München beschränkte. Zu dieser durch Beweisbeschluß des Einzelrichters vom 17. Mai 1967 angeordneten Vernehmung kam es nicht mehr, weil Dr. J. [REDACTED] im Termin vor dem ersuchten Richter am 26. Juni 1967 nicht erschien und seine Ladung zu einem späteren Termin wegen des schon vorher stattfindenden Verhandlungstermins aufgehoben wurde.

Für Ernst G. [REDACTED] hatten die Beklagten trotz Erinnerung (Verfügung vom 29. Mai 1967) den angeforderten Vorschuß ebenfalls nicht eingezahlt. Erst

am 19. Juni 1967 reichten sie eine Gebührenverzichts-
erklärung ein, die jedoch nach der zutreffenden Auf-
fassung des Einzelrichters nicht eindeutig erkennen
ließ, ob sie sich auch auf die vorgesehene Vernehmung
am Sitz des Berufungsgerichts beziehen sollte. Hierauf
hingewiesen, zahlten die Beklagten schließlich Anfang
Juli 1967 den Auslagenvorschuß ein, nachdem sich kurz
zuvor bereits ihr Prozeßbevollmächtigter für den Be-
trag stark gesagt hatte. Ernst G. [REDACTED] wurde daraufhin
zum Verhandlungstermin vom 13. Juli 1967 geladen; er
erschien aber nicht.

In seinem auf diese Verhandlung ergangenen Urteil
hat das Berufungsgericht alsdann das Beweiserbieten
nicht zugelassen, weil die Beklagten es grob nachlässig
zu spät vorgebracht hätten und seine Berücksichtigung
den Rechtsstreit verzögert hätte. Das rügt die Revision
zu Unrecht.

Zwar trifft es zu, daß die Beklagten Dr. J. [REDACTED]
und Ernst G. [REDACTED] schon in der Klagebeantwortung benannt
hatten. Dieser Beweisantrag bezog sich aber nicht auf
die Frage der Vertragsauslegung, sondern auf ein an-
deres Beweisthema. Bei dem Beweiserbieten in der Be-
rufungsbegründung handelte es sich um neues Vorbringen
im Sinne von § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Auch sonst ist
die Anwendung dieser Vorschrift zu Lasten der Beklagten
nicht zu beanstanden. Wie der Senat bereits entschieden
hat (Urt.v.13.5.68 - II ZR 43/66, insoweit in WM 1968,
1329 nicht abgedr.), bindet eine vorsorglich getroffene,
aber bis zum Abschluß der mündlichen Verhandlung nicht
mehr durchführbare Beweisanordnung nach § 272 b ZPO
das Gericht nicht in dem Sinne, daß es den einmal vor-
gesehenen Beweis unter allen Umständen, selbst auf

Kosten einer Verzögerung des Rechtsstreits, erheben müßte, obschon die Partei sonst keinen Anspruch auf eine Beweisaufnahme gehabt hätte; denn damit würde der Zweck des § 272 b ZPO, das Verfahren zu beschleunigen, ins Gegenteil verkehrt. Das gleiche ist auch dann anzunehmen, wenn in der Zeit zwischen der Terminsanberaumung und der mündlichen Verhandlung der Einzelrichter einen verspätet angetretenen Beweis vergeblich noch zu erheben versucht, wie es hier der Fall gewesen ist. Nur wenn der Beweis im Schluß-Verhandlungstermin vor dem Prozeßgericht tatsächlich erhoben werden kann, ist die Beweisanordnung durchzuführen.

c) Wie das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei darlegt, läßt sich eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung Dr. W■■■■s, er wolle den Geschäftsanteil auf eigene Rechnung übernehmen, nicht feststellen.

2. Wann Dr. W■■■■ das Darlehen gekündigt hat, ist gleichgültig, nachdem die dreimonatige Rückzahlungsfrist gemäß Nr. 2 c Abs. 1 Satz 2 der Vereinbarung vom 18./19. Juni 1962 in jedem Falle abgelaufen ist. Hierauf wäre es nur dann angekommen, wenn eine fristgerechte Erklärung Dr. W■■■■s, er wolle den Geschäftsanteil weiterhin nur als Treuhänder innehaben, für die Erhaltung des Darlehensanspruchs erforderlich gewesen, also ohne eine solche Erklärung der Rückzahlungsanspruch entfallen wäre. Nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts liegt es aber gerade umgekehrt.

III. Entgegen den Ausführungen der Revision ist das Berufungsgericht auf das Vorbringen der Beklagten eingegangen, ihnen stehe gegenüber dem Klageanspruch eine

aufrechenbare Schadenersatzforderung oder mindestens ein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil Dr. W. es unter Verstoß gegen seine Pflichten als Treuhänder versäumt habe, das an die DFG gegebene Geld nach Aufhebung des Kapitalerhöhungsbeschlusses beizeiten zurückzufordern. Es hält diesen Einwand für unbegründet, weil nicht dargetan sei, daß die für die DFG bestimmten Beträge tatsächlich an diese weitergeleitet und nicht, wie die Klägerin unter Hinweis auf ein Schreiben des früheren Geschäftsführers der DFG vorgetragen hat, abredewidrig von der FTR vereinnahmt worden seien, und weil die Beklagten überdies für ihre Behauptung, die DFG sei zur Rückzahlung eines solchen Betrages noch in der Lage gewesen, keinen Beweis angetreten hätten. Dem kann die Revision nichts Erhebliches entgegenhalten. Mit ihrer Ansicht, das Scheitern der Kapitalerhöhung sei zu Lasten Dr. W. gegangen, setzt sie sich in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach Dr. W. nur Treuhänder der FTR gewesen ist und der Darlehensvertrag mit der FTR wie auch die Hergabe der Wechsel ihn gerade gegen einen Geldverlust bei der DFG sichern sollten.

IV. Die Widerklage ist erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ohne Einwilligung der Klägerin erhoben worden. Das Berufungsgericht hat sie nicht zugelassen, weil zur Entscheidung über sie weitere Aufklärung nötig und es nicht sachdienlich sei, den Widerklageanspruch noch in dem anhängigen, sonst entscheidungsreifen Rechtsstreit zu verfolgen. Zu Unrecht macht die Revision hiergegen geltend, die Zulassung der Widerklage hätte der Prozeßwirtschaftlichkeit gedient, weil der Streitstoff derselbe gewesen sei. Während der Klagewechsel im Besitz der Klägerin verblieben und von ihr zu Protest

gegeben worden ist, haben die weiteren neun Wechsel über je 5.000 DM nach dem Vortrag der Parteien einen anderen, im einzelnen noch nicht feststehenden Weg genommen. Deshalb habe, so meint das Berufungsgericht, für die Widerklage noch geklärt werden müssen, ob und auf Grund welcher Umstände die Klägerin die weiteren neun Prolongationswechsel in Händen hat und inwieweit ihre etwaigen Rechte aus diesen Wechseln Einwendungen der Beklagten unterliegen. Da diese Klärung nicht sofort möglich war, hat es das Berufungsgericht nicht für angebracht gehalten, sie noch in dem anhängigen Rechtsstreit durchzuführen. Das ist eine sachgerechte Erwägung, mit der sich das Berufungsgericht im Rahmen des § 529 Abs. 4 ZPO gehalten hat.

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck