

B 29

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 85/63

URTEIL

Verkündet am

8. November 1965
Heil,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto T [REDACTED], B [REDACTED],
W [REDACTED], jetzt: B [REDACTED], Avenue M [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

die S [REDACTED] reg. T [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer Dr. M [REDACTED], [REDACTED]/Liechtenstein,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. Februar 1963 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat mit zwei weiteren Kaufleuten am 26. Juni 1951 in [REDACTED] die Beklagte als Gesellschaft des liechtensteinischen Rechts gegründet. Außer einem für die Beklagte zeichnungsberechtigten Geschäftsführer waren der Kläger und zwei andere Personen kraft Gesellschafterbeschuß befugt, jeweils gemeinschaftlich mit einem weiteren Gesellschafter die Beklagten zu vertreten und über ihr Konto bei der [REDACTED] Handelsbank (vormals Bank für Anlagewerte) zu verfügen. Der Kläger ließ sich ohne Unterschrift eines weiteren Gesellschafters am 29. Dezember 1951 11.707,32 US-\$ und 5.745,41 US-\$ = 73.126,94 DM vom Konto der Beklagten nach Deutschland überweisen. Bei der Bank gab er an, es handle sich um den Ausgleich für Frachtspeisen, die er für die Beklagte vorgelegt habe. Als er keine Belege für diese Frachtspeisen beibrachte, erstattete

die Beklagte gegen ihn Strafanzeige.

Mit ihrer allein noch interessierenden Widerklage hat die Beklagte den Kläger auf Rückzahlung der 73.126,94 DM in Anspruch genommen. Sie hat vorgetragen, der Kläger habe sich diesen Betrag unter falschen Angaben unrechtmäßig angeeignet.

Der Kläger hat demgegenüber behauptet, er habe das Geld im Interesse der Beklagten abgehoben und verwendet. So habe er davon u.a. für 31.607,95 DM Zuwendungen an Dr. [REDACTED] gemacht, damit dieser die Beklagte bei Warenlieferungen bevorzuge. Ferner habe er eine Kommissionsforderung der [REDACTED] Belge S.A. in Brüssel an die Beklagte in Höhe von 6.621,84 US-\$ = 27.809 DM beglichen. Schließlich habe er mit Billigung eines Gesellschafters Zahlungen an die [REDACTED] GmbH in Frankfurt (Main) geleistet, ein Unternehmen, an dem der Kläger, seine Ehefrau und ein Dritter beteiligt waren.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen, das Kammergericht hat ihr stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Kammergericht zurückverwiesen (Urt. v. 13.11.1961 - II ZR 23/59). Nunmehr hat das Kammergericht auf die Widerklage den Kläger zur Zahlung von 47.752,28 DM mit Zinsen verurteilt und im übrigen die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die volle Abweisung der Widerklage.



Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, es komme nach den gem. § 565 Abs. 2 ZPO maßgebenden Ausführungen im ersten Revisionsurteil noch auf drei Einwendungen des Klägers gegen die Widerklageforderung an, und zwar, neben einem zugunsten des Klägers entschiedenen und deshalb jetzt nicht mehr interessierenden Streitpunkt, auf die Frage, ob der Kläger im Interesse der Beklagten Leistungen im Werte von 31.607,95 DM an den Kaufmann Dr. [REDACTED] erbracht, sowie darauf, ob er mit dem bei der Bank abgehobenen Geld eine Schuld der Beklagten bei der [REDACTED] Belge S.A. in Brüssel in Höhe von 27.809 DM bezahlt habe. Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsgericht vor, es habe bei diesen Ausführungen übersehen, daß es infolge der Zurückverweisung der Sache von der Lage bei Schluß der letzten mündlichen Verhandlung habe ausgehen und deshalb ohne Rücksicht auf das aufgehobene Berufungsurteil den gesamten Streitstoff habe neu würdigen müssen; infolgedessen habe es in den Gründen des neuen Urteils nur die Punkte, deretwegen das frühere Urteil vom Revisionsgericht beanstandet worden war, nicht aber "den gesamten übrigen Streitstoff" erörtert und hierdurch gegen § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO verstoßen.

Auf diese Rüge ist nur insoweit einzugehen, als die Revision die Umstände, aus denen sie eine Verletzung des § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO herleitet, bestimmt genug bezeichnet hat; das ist lediglich hinsichtlich der Verjährungseinrede des Klägers der Fall. Diese Einrede hatte das Berufungsgericht in seinem ersten Urteil dahin beschieden, daß sie nach dem hier anzuwendenden liechtensteinischen Recht unbegründet sei. Die hiergegen erhobenen Revisions-

rügen hat der Senat in seinem ersten Revisionsurteil für nicht durchgreifend erachtet. Das Berufungsgericht hat im Tatbestand seines jetzigen Urteils auf beide Entscheidungen und besonders auf die Entscheidungsgründe des Revisionsurteils Bezug genommen. Diesen Hinweis auf die Ausführungen des Revisionsgerichts hat es zu Beginn seiner Entscheidungsründe wiederholt. Das ist ausreichend, da der Kläger im zweiten Berufungsverfahren auf die Einrede der Verjährung selbst nicht mehr zurückgekommen ist.

2. Das Berufungsgericht sieht die Behauptung des Klägers seine Leistungen an Dr. [REDACTED] seien wirtschaftlich der Beklagten zugute gekommen, nicht als bewiesen an. Diese Ausführungen lassen einen sachlichrechtlichen Fehler nicht erkennen.

3. Zu der Behauptung des Klägers, er habe eine Schuld der Beklagten bei der [REDACTED] S.A. in Brüssel in Höhe von 27.809 DM bezahlt, hat das Berufungsgericht im Beweisbeschluß vom 5. Juni 1962 die Vorlage der Geschäftsbücher der Beklagten angeordnet, verbunden mit der Auflage, der Kläger solle binnen drei Wochen unter Berücksichtigung des § 424 Nr. 2 ZPO konkrete Angaben über die Fundstelle in den Geschäftsbüchern der Beklagten machen. Dieser Auflage ist der Kläger zunächst nicht nachgekommen. Im Verhandlungstermin vom 19. Februar 1963 hat er schließlich die Fotokopien zweier Bankbelege der [REDACTED] N.V. in Brüssel überreicht; danach hatte diese Bank am 12. Januar und am 18. Februar 1953 zur Gutschrift für die [REDACTED] zwei Schecks über 5.000 US-\$ und 1.500 US-\$ entgegengenommen, und zwar lt. handschriftlichem Vermerk "van [REDACTED] [REDACTED] voor zaak [REDACTED]". Dem daraufhin von der Beklagten gestellten Antrag auf eine Erklärungsfrist hat das Berufungsgericht nicht entsprochen, sondern noch in demsel-

ben Termin sein Urteil verkündet und darin den Einwand des Klägers, er habe das vom Konto der Beklagten abgehobene Geld für sie verwendet, auch insoweit für unbewiesen erachtet.

Dazu hat es ausgeführt, die Ablichtungen und ihr Inhalt seien mindestens nach § 279 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen, weil der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten sich auf sie nicht habe erklären können und der Kläger die Urkunden aus grober Nachlässigkeit nicht früher beigebracht habe. Bis zur Einreichung der Ablichtungen habe es an der nach § 424 Nr. 2 ZPO erforderlichen substantiierten Behauptung von Tatsachen gefehlt, die durch die Handelsbücher der Beklagten hätten bewiesen werden sollen. Durch die Vorlage der Ablichtungen, aus denen sich Form und Zeitpunkt der behaupteten Zahlung ergäben, sei das Vorbringen des Klägers zwar nunmehr schlüssig geworden. Da dieses Vorbringen aber verspätet sei, könne es auch keine Grundlage für den Beweisantrag auf Vorlage der Handelsbücher bilden. Im wesentlichen mit derselben Begründung hat das Berufungsgericht auch einen weiteren Beweisantrag des Klägers auf Vorlage der Handelsbücher der [REDACTED] S.A. als unbeachtlich bezeichnet.

Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

a) Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsgericht eine Verletzung des § 565 Abs. 2 ZPO vor. Zwar hatte der Senat in seinem ersten Revisionsurteil den Vortrag des Klägers als erheblich und den Beweisantrag auf Vorlage der Handelsbücher der Beklagten als zulässig bezeichnet. Das Berufungsgericht durfte daher die Beweisaufnahme nicht mehr

aus den vom Senat beanstandeten Gründen seines früheren Urteils ablehnen (BGHZ 3, 321, 326). Die Ausführungen des Senats sind aber nicht so aufzufassen, daß es dem Berufungsgericht auch verwehrt sein sollte, den Parteien im Rahmen eines nunmehr zu erlassenden Beweisbeschlusses sachdienliche Auflagen zu machen, die es zur Durchführung der Beweisaufnahme für notwendig halten durfte. Jede Partei, vor allem auch die beweispflichtige, ist gehalten, vom Gericht angeordnete Beweiserhebungen zu fördern, soweit es in ihrer Macht steht. Eine solche Mitwirkungspflicht ergab sich hier für den Kläger daraus, daß für die im Ausland ansässige Beklagte eine gerichtliche Anordnung nach § 425 ZPO, ihre Handelsbücher - womöglich sogar in Berlin - vorzulegen, ohne eine gewisse zeitliche und gegenständliche Begrenzung auf unzumutbare Schwierigkeiten stoßen mußte; auf diese Schwierigkeiten hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 9. November 1962 auch hingewiesen. Bis zur mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 1963 fehlte aber jede nähere Bezeichnung der Eintragung, die der Kläger in den Büchern der Beklagten zu finden erwartete. Seinem Vortrag war nur zu entnehmen, daß es sich um eine im Jahr 1952 oder später an die [REDACTED] S.A. in Brüssel wegen einer Kommissionsforderung von 6.621,84 \$ gegen die Beklagte geleistete Zahlung handeln sollte. Art, Zeitpunkt und genaue Höhe dieser behaupteten Zahlung ergaben sich erst aus den in der letzten Verhandlung, mehr als acht Monate nach dem Beweisbeschuß vom 5. Juni 1962, vom Kläger vorgelegten Ablichtungen der beiden Bankbelege. Unter diesen vom ersten Revisionsurteil noch nicht erfaßten Umständen war das Berufungsgericht durch den Gesichtspunkt des § 565 Abs. 2 ZPO nicht gehindert, das neue Vorbringen des Klägers, mit dem er jetzt erst eine reibungslose Durchführung der Beweisaufnahme ermöglichte, als verspätet zurückzuweisen

xy

und demzufolge die von ihm behauptete Vermögensleistung für die Beklagte: als nicht bewiesen anzusehen (vgl. RGZ 1, 423).

b) Darin, daß das Berufungsgericht das neue Vorbringen des Klägers nach der für alle Tatsacheninstanzen geltenden Vorschrift des § 279 ZPO zurückgewiesen hat, ohne zuvor die Anwendbarkeit des § 529 Abs. 2 ZPO zu prüfen, ist entgegen den Ausführungen der Revision ebenfalls kein revisionsrechtlich beachtlicher Fehler zu sehen. Der Unterschied zwischen dem Tatbestand des § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO und dem des § 279 ZPO liegt in der Berufungsinstanz darin, daß nach § 529 Abs. 2 ZPO die Partei in der Lage gewesen sein muß, das Vorbringen schon im ersten Rechtszuge geltend zu machen; steht dies fest, so hat das Gericht - anders als nach § 279 ZPO bei solchen Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die erst in der Berufungsinstanz vorgebracht werden konnten - keinen Ermessensspielraum, sondern es muß das neue Vorbringen zurückweisen, wenn seine Berücksichtigung den Rechtsstreit verzögern würde und grobe Nachlässigkeit der Partei nicht auszuschließen ist. Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht "mindestens" die Voraussetzungen des § 279 ZPO als erfüllt angesehen. Es hat also zugunsten des Klägers unterstellt, daß er die Bankmitteilungen nicht schon im ersten Rechtszug vorlegen konnte. Hierdurch ist der Kläger nicht beschwert. Denn hätte das Berufungsgericht schon für den ersten Rechtszug eine grobe Nachlässigkeit des Klägers festgestellt, so hätte es nach § 529 Abs. 2 ZPO erst recht zu einer Zurückweisung seines Vorbringens kommen müssen. Auch die von der Revision angezogene Entscheidung RG HRR 1937, 196 besagt nicht, daß ein Urteil aus dem Grund aufgehoben werden müsse, weil das Berufungsgericht das Vor-

bringen einer Partei nach § 279 ZPO zurückgewiesen hat, ohne zuvor die Frage der obligatorischen Zurückweisung nach § 529 Abs. 2 ZPO abschließend zu prüfen.

c) Weiterhin rügt die Revision ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe dadurch, daß es entgegen dem Antrag der Beklagten auf Bestimmung einer Erklärungsfrist sofort ein Urteil verkündet hat, gegen § 272 a ZPO verstoßen. Die Bestimmung des § 272 a ZPO soll derjenigen Partei, die durch ein neues Vorbringen des Gegners im Termin überrascht wird, das rechtliche Gehör sichern. Nur zugunsten dieser Partei gilt daher der Satz, daß das Gericht einem begründeten Antrag nach § 272 a ZPO entweder stattgeben oder vertagen müsse (RG JW 1934, 1909). Dagegen kann sich die Partei, die, wie hier der Kläger, durch ihre Säumigkeit den Antrag ausgelöst hat, nicht auf § 272 a ZPO berufen. Zu ihren Lasten kann das Gericht daher, anstatt eine Erklärungsfrist zu bestimmen oder zu vertagen, in geeigneten Fällen auch das neue Vorbringen als verspätet zurückweisen (Baumbach/Lauterbach, ZPO 28. Aufl. § 272 a Anm. 2 B). Die von der Revision angenommene Möglichkeit, die Beklagte hätte, wenn ihr eine Erklärungsfrist gesetzt worden wäre, den Vortrag des Klägers nicht mehr bestritten, ändert nichts an der Tatsache, daß die Erledigung des Rechtsstreits durch ein solches Verfahren verzögert worden wäre.

d) Nach den rechtlich fehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts gelten die Gründe, aus denen es das aus den Bankmitteilungen ersichtliche neue Vorbringen des Klägers als verspätet zurückgewiesen hat, auch gegenüber dem weiteren Beweisantrag des Klägers im Schriftsatz vom 4. Juni 1962 auf Vorlage der Handelsbücher der [REDACTED] S.A. in Brüssel; auch insoweit hat es der Kläger

durch grobe Nachlässigkeit versäumt, den Beweisgegenstand zur rechten Zeit so genau wie möglich zu bezeichnen. Auf die zusätzliche Erwägung des Berufungsgerichts, der Antrag habe auch nicht der Vorschrift des § 428 ZPO genügt, kommt es daher nicht mehr an.

e) Nach dem hier maßgebenden Sach- und Streitstand bei Abschluß der letzten mündlichen Verhandlung hätte eine Zulassung des neuen Vorbringens den Rechtsstreit allerdings dann nicht verzögert, wenn die vom Kläger bis dahin beigebrachten Unterlagen allein schon zum Beweis seiner Behauptung ausgereicht hätten. Das hat das Berufungsgericht aber mit der rechtlich einwandfreien Erwägung verneint, selbst wenn auf Grund dieser Unterlagen davon auszugehen sei, daß der Kläger selbst die Schecks bei der Bank in Brüssel eingereicht habe, so ergebe sich daraus noch nicht, aus welchen Mitteln die Leistung erfolgt sei. Diese Erwägung greift unabhängig von der im Berufungsurteil nur beiläufig erörterten Frage durch, ob es sich bei den Ablichtungen um echte Urkunden im Sinne der §§ 415 ff ZPO gehandelt habe. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe rechtsirrig die Frage der Echtheit einer Urkunde und die der inneren Beweiskraft miteinander vermengt, ist daher unbegründet.

Dasselbe gilt für den Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe die Bankmitteilungen nicht im Zusammenhang mit dem Schreiben der [REDACTED] A.G. vom 8. August 1952, worin die [REDACTED] u.a. einen Betrag von 6.621,84 \$ für Kommissionen bei der Beklagten anmahnte, gewürdigt. Auch bei zusammenhängender Würdigung konnte das Berufungsgericht aus diesen Unterlagen allenfalls entnehmen, daß eine Kommissionsschuld der Beklagten gegenüber der [REDACTED] in der ange-

gegebenen Höhe bestanden habe und mit den vom Kläger bei der Bank eingereichten Schecks schließlich im wesentlichen beglichen worden sei, nicht aber, daß die Schecks mit dem Geld eingelöst worden seien, das der Kläger vom Konto der Beklagten in Zürich abgehoben hatte.

Schließlich kann die Revision auch in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg geltend machen, das Berufungsgericht habe die Stellungnahme der Beklagten zu den Ablichtungen fehlerhaft vorweg gewürdigt. Bei seiner Entscheidung durfte und mußte das Berufungsgericht vom bisherigen Vortrag der Beklagten ausgehen, daß die vom Kläger behauptete Zahlung bestritten werde.

4. Auch die Behauptung des Klägers, er habe von den abgehobenen 73.124,94 DM mit Billigung des Gesellschafters Dr. [REDACTED] Zahlungen an die [REDACTED] zum Ausgleich eines Verlustes dieser Firma geleistet, hält das Berufungsgericht für unwesentlich. Denn der Kläger habe in diesem Zusammenhang nicht vorgetragen, er habe mit den Zahlungen eine Schuld der Beklagten beglichen. Dieser Beurteilung ist beizutreten. Daran ändert auch der Hinweis der Revision auf einen weiteren Tatsachenvortrag des Klägers im Schriftsatz vom 15. Februar 1963 nichts. Denn auch dieser Vortrag enthält die vom Berufungsgericht zu Recht vermißte Darstellung des Klägers nicht.

5. Die Kosten seiner mithin erfolglosen Revision

29

hat der Kläger nach § 97 ZPO zu tragen.

Dr.Fischer Liesecke Dr.Schulze Fleck Stimpel