

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 89/64

URTEIL

Verkündet am

4. April 1966
Schorm,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma S t [REDACTED] & C o . , Kommanditgesellschaft,
in Ha [REDACTED] / Si [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter, den Beklagten zu 2,
2. des Fabrikanten Karl Martin S t [REDACTED] in Mü [REDACTED]
bei Be [REDACTED] / S [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Robert L [REDACTED] in He [REDACTED] / über A [REDACTED]
(Mi [REDACTED]),

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. April 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 26. Februar 1964 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Worte "als Gesamtschuldner" in der Kostenentscheidung sowie das Wort "gesamtschuldnerisch" in Ziffer 1 der Formel des Urteils der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Bonn vom 7. August 1963 entfallen.

Die Kosten der Revision werden den Beklagten je zur Hälfte auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber eines am 20. Mai 1961 von der Firma H. G. La [REDACTED] Kommanditgesellschaft in Ra [REDACTED] ausgestellten, am 20. August 1961 fälligen Wechsels über 10.000 DM. Bezogener ist die Beklagte zu 1. Der Beklagte zu 2 ist ihr persönlich haftender Gesellschafter. Unter dem Vordruck "Angenommen" befindet sich ein unleserlicher, möglicherweise als "St [REDACTED]" zu deutender Namenszug und darunter die mit Schreibmaschine geschriebene Angabe: "St [REDACTED] & Co. KG Ha [REDACTED]" (statt richtig: Ha [REDACTED]).

Der Kläger hat mit der Klage die Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung der Wechselsumme

nebst Zinsen und Wechselunkosten begehrt und nach Abtretung der Forderung während des Rechtsstreits den Antrag dahin geändert, daß die Zahlung an die Firma N. Kunststoff-GmbH in He. (Mi.) erfolgen solle.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Sie haben bestritten, daß der Namenszug beim Akzept vom Beklagten zu 2 herrühre. Der inzwischen verstorbene Komplementär der Ausstellerin La. habe die Unterschrift fälschlich angefertigt.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Wechselunkosten verurteilt, das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Beweis der Echtheit des Akzepts als vom Kläger geführt angesehen. Es stützt seine Überzeugung in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf die Aussage des Zeugen Dr. H., der ausgesagt hat, der Beklagte zu 2 habe ihm erklärt, er habe vier Wechsel, darunter einen über 10.000 DM, fällig am 20. August 1961, akzeptiert; bei diesem Wechsel müsse es sich um den Klagwechsel handeln. Die von den Beklagten vorgetragenen Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. H. seien nicht begründet. Es bestehe auch kein Anlaß, entsprechend dem Antrage der Beklagten oder von Amts wegen ein Schriftgutachten über die Echtheit der Unterschrift einzuholen. Der Antrag der Beklagten, einen Sachverständigen zu vernehmen, sei gemäß § 529 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Die Einholung eines Gutachtens verzögere den Rechtsstreit erheblich. Die Beklagten



hätten im ersten Rechtszug den angeforderten Vorschuß für das von ihnen beantragte Gutachten nicht gezahlt und deshalb sei die Einholung unterblieben. Das Gericht sei nicht davon überzeugt, daß die Beklagten es nicht aus grober Nachlässigkeit versäumt hätten, den Auslagenvorschuß von 250 DM zu zahlen. Die Behauptung, seinerzeit in augenblicklicher Geldverlegenheit gewesen zu sein, räume den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nicht aus. Die Revision rügt zu Unrecht die Anwendung des § 529 Abs. 2 ZPO.

II. Die Nichtzahlung des Vorschusses für das Sachverständigengutachten hatte keinen Ausschluß der Beklagten mit diesem Beweismittel gemäß § 230 ZPO zur Folge. Es hatte lediglich die Einholung des Gutachtens zu unterbleiben, sofern nicht das Gericht die Einholung von Amts wegen nach § 144 ZPO für erforderlich hielt. Wird das Beweisangebot nach Versäumung der für die Einzahlung gesetzten Frist wiederholt, so ist das Beweismittel "nachträglich vorgebracht" (§§ 283 Abs. 2, 279 ZPO) und, wenn dies in der Berufungsinstanz geschieht, als "neu" anzusehen (§ 529 Abs. 1 ZPO; vgl. bereits RGZ 7, 389, 392). Mit Recht hat das Berufungsgericht seine Zulassung gemäß § 529 Abs. 2 ZPO abgelehnt. Es konnte ohne nähere Begründung annehmen, der Rechtsstreit werde durch die Einholung des Gutachtens erheblich verzögert werden. Nach allgemeiner Erfahrung erfordern derartige Gutachten, die die Herstellung von Vergrößerungen, mikroskopische Untersuchungen usw. voraussetzen, wesentlich mehr als ca. 1 1/2 Monate, die hier zwischen Anberaumung und Zeitpunkt des Berufungstermins lagen. Im Rechtsstreit über ein anderes Akzept derselben Serie hat das graphologische Gutachten etwa fünf Monate gedauert. § 529 Abs. 2 ZPO setzt auch nicht die von der Revision vermißte Feststellung voraus, daß der Partei grobe Fahrlässigkeit bei der Unterlassung des Vorbringens

im ersten Rechtszug zur Last fällt. Vielmehr genügt die negative Überzeugung des Gerichts, das Fehlen der groben Nachlässigkeit sei nicht dargetan, um die Zulassung des neuen Beweismittels auszuschließen (vgl. RGZ 147, 303; BGH NJW 1951, 358, 359). Die grobe Nachlässigkeit der Beklagten scheidet auch nicht deshalb aus, weil das Landgericht im Beweisbeschuß dargelegt hatte, es spreche nach der Aussage des Zeugen Dr. H. [REDACTED] ein Anscheinsbeweis für die Echtheit des Akzepts und die Beklagten trügen nunmehr die Beweislast für seine Fälschung. Die Beklagten durften den Beweisbeschuß nicht deshalb unbeachtet lassen, weil die Annahme eines Anscheinsbeweises mangels eines typischen Geschehensablaufes rechtsirrig gewesen sei, wie die Revision darlegt, und weil sie davon ausgehen konnten, das Landgericht werde nach Erkenntnis seiner fehlerhaften Auffassung den Kläger als beweisfällig betrachten und die Klage abweisen.

Der Vorschuß ist nach §§ 379, 402 ZPO (vgl. RGZ 109, 66) vom Beweisführer, der sich auf den Sachverständigen berufen hat, zu erfordern und von ihm ohne Rücksicht darauf zu leisten, ob er die Beweislast trägt (Stein/Jonas, ZPO § 379 I 2). Der Beweis wurde, wenn der Beweisführer nicht der Beweisbelastete war, als sog. Gegenbeweis erhoben. Das war zulässig, denn der vom Kläger zu führende Hauptbeweis war angetreten und bereits erhoben (vgl. Wieczorek, ZPO § 379 A IV). Für die Zulässigkeit der Beweisanordnung und der Einforderung des Vorschusses spielte es keine Rolle, daß das Landgericht im Beweisbeschuß die Beklagten als beweispflichtig bezeichnet hatte. Die Beklagten konnten nicht darauf vertrauen, das Landgericht werde die Klage abweisen, ohne das Gutachten einzuholen, weil es die Unrichtigkeit seiner Auffassung, es genüge ein Anscheinsbeweis des Klägers, erkennen werde. Bei zutreffender Beurteilung war, wie das Berufungsgericht dargelegt hat, der Hauptbeweis in der letzten mündlichen Verhandlung auf Grund der Zeugenaussage und der gesamten Umstände als geführt anzusehen. Die Beklagten hätten, wenn sie die aus der Beweis-

aufnahme zu gewinnende Überzeugung des Gerichts von der Echtheit des Akzepts durch den mit Hilfe des Gutachtens zu führenden Gegenbeweis erschüttern wollten (vgl. OGHZ 4, 107), den Vorschuß zahlen müssen. Das Berufungsgericht konnte hiernach ohne Rechtsirrtum zu der Auffassung gelangen, eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten sei nicht widerlegt.

III. Das Berufungsgericht hat entgegen der Ansicht der Revision nicht dadurch § 286 ZPO verletzt, indem es Feststellungen des Landgerichts ohne eigene Prüfung übernahm. Es hat auf Grund eigener Beweiswürdigung den Beweis der Echtheit des Akzepts als geführt angesehen und auch ohne Verfahrensverstöß von der Einholung eines Sachverständigengutachtens gemäß § 144 ZPO abgesehen. Die irrige Bezeichnung des Zeugen Wirtschaftsberaters Dr. H. [REDACTED] als "Wirtschaftsprüfer" der Firma ist hier belanglos. Ob die Beklagten sich widersprüchlich eingelassen haben, kann offenbleiben, weil dieser Gesichtspunkt nur unterstützend angeführt worden ist. Die Identität des vom Zeugen Dr. H. [REDACTED] angeführten Wechsels mit dem Klagwechsel hat das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen § 286 ZPO als gegeben angesehen. Nach den Umständen hätte die Beklagte dartun müssen, daß noch ein anderes Akzept der gleichen Ausstellerin und Akzeptantin mit gleichem Betrag und gleicher Fälligkeit im Umlauf war und daß dieses weitere Akzept bei der Besprechung mit Dr. H. [REDACTED] gemeint war.

IV. Zu Unrecht hat allerdings das Landgericht die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt. Gesellschaft und Gesellschafter können zwar für denselben Betrag in Anspruch genommen werden, aber sie sind nicht Gesamtschuldner im Sinne der §§ 421 ff BGB. Sie müssen zwar jeder den ganzen Betrag zahlen und durch die Zahlung des einen wird der andere dem Gläubiger gegenüber befreit. Damit sind sie aber nicht Gesamtschuldner, denn es fehlt an mehreren Verbindlichkeiten (BGHZ 5, 37). Auch die Kosten der Berufungsinstanz haben

die Beklagten daher nicht als Gesamtschuldner zu tragen
 (§ 100 Abs. 3 ZPO).

Die Revision war hiernach mit der entsprechenden Maß-
gabe zurückzuweisen. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmit-
tels haben die Beklagten je zur Hälfte zu tragen (§§ 97,
100 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO).

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck