

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2131 018

ZPO § 293

- a) Der Richter muß das ausländische Recht von Amts wegen ermitteln; es steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen, in welcher Weise er dieser Verpflichtung nachkommen will.
- b) Kann der Inhalt des ausländischen Rechts nicht festgestellt werden, so darf der Richter keine Bestimmung anwenden, die nach seinen Ermittlungen nur möglicherweise oder nur wahrscheinlich gilt.

WG Art. 1, 75; BGB § 242 Ca

Der Wechselschuldner, auf dessen Verhalten die Formwidrigkeit des Wechsels zurückzuführen ist, verstößt aus diesem Grund noch nicht gegen Treu und Glauben, wenn er die Nichtigkeit des Wechsels geltend macht.

BGH Urt. v. 24. November 1960 - II ZR 9/60 - LG Berlin
KG Berlin

II ZR 9/60

Verkündet
am 24. November 1960
Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit der

S. [REDACTED], Gesellschaft in Firma S. [REDACTED]
[REDACTED] et I. [REDACTED] S.A. -
vertreten durch ihr Vorstandsmitglied, den Direktor
M. [REDACTED]-J. [REDACTED] in S. [REDACTED] (Schweiz),

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die R. [REDACTED] B. [REDACTED] Aktiengesellschaft, vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Dr. K. [REDACTED] und Gerichts-
assessor a.D. O. [REDACTED], B. [REDACTED], V. [REDACTED]-L. [REDACTED]-Platz [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. November 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Haager und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 21. Novem-
ber 1959 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin eines eigenen Wechsels, den die afghanische Regierung am 14. Dezember 1937 in Kabul über £ 24.194.16,8 an die Order der Beklagten ausgestellt hat. Die Beklagte hat diesen Wechsel in Deutschland mit einem Indossament versehen. Die Klägerin nimmt die Beklagte im Wechselprozeß auf Zahlung eines Teilbetrages in Höhe von 100 000 DM in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Wechsel nicht rechtzeitig protestiert worden sei. Das Berufungsgericht hat die Berufung aus dem gleichen Grunde zurückgewiesen. Der erkennende Senat hat die Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil vom 28. Juni 1956 (BGHZ 21, 155) aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Senat hat entschieden, der Protest sei rechtzeitig erfolgt. Er hat weiter ausgeführt, der Wechsel sei nach deutschem Recht (Art. 92 Abs. 2 WG) nichtig, weil die Wechselsumme in bestätigtem Londoner Bankscheck zahlbar sei und damit das Formerfordernis fehle, daß eine bestimmte Geldsumme zu zahlen sei (Art. 75 Nr. 2 WG); die Beklagte könne daher aus ihrem Indossament nur in Anspruch genommen werden, wenn der Grundwechsel den Formerfordernissen des afghanischen Wechselrechts entspreche (Art. 92 Abs. 1 WG). Das Berufungsgericht hat die Berufung erneut zurückgewiesen. Die Klägerin hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt; sie beantragt, ihrem Antrag auf Zahlung von 100 000 DM stattzugeben. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, in Afghanistan

[JLaw - Gesetze und Urteile](#)Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile[\(mobile App\)](#)[JLaw - für Android](#)[JLaw - für iOS](#)

habe es im Jahre 1937 kein kodifiziertes Wechselgesetz gegeben und es habe nicht ermittelt werden können, ob in dieser Zeit ein Wechselrecht kraft Wohnheitsrecht bestanden und welchen Inhalt dieses Recht gegebenenfalls gehabt habe.

Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an. Sie rügt zunächst, daß das Berufungsgericht der Klägerin die Beweislast für das Bestehen und den Inhalt eines Wechselgewohnheitsrechts auferlegt habe. Es ist richtig, daß der Klägerin insoweit keine Beweislast im eigentlichen Sinne oblag. Das Berufungsgericht mußte den Inhalt des afghanischen Rechts von sich aus ermitteln. Die Gerichte sind, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (RGZ 39, 346; 126, 196 ff, 202) und wie auch der Bundesgerichtshof (MDR 1957, 31 ff, 33) entschieden hat, nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln. Der Richter kann allerdings die Unterstützung einer Partei in der Weise in Anspruch nehmen, daß er sie zu Nachweisen auffordert. Damit trägt die Partei aber nicht die Beweislast für das Bestehen der ihr günstigen ausländischen Rechtsnorm. § 293 ZPO hat vielmehr folgende Bedeutung: "Wenn der Richter angemessene Bemühungen zur Feststellung des fremden Rechtssatzes erfolglos angewendet hat, und wenn eine von ihm gemachte Auflage der angegebenen Art von den Parteien nicht befolgt ist oder die von den Parteien vorgenommenen Darlegungen den behaupteten Rechtssatz nicht ergeben, so darf der Richter zum Nachteil der (bezüglich des behaupteten Rechtssatzes) 'beweispflichtigen' Partei erkennen" (Melchior, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts 1932 S. 422). In diesem Sinne sind, wie die Revision zutreffend dargelegt hat, auch die Ausführungen des ersten Revisionsurteils zu verstehen. Das Berufungsgericht hat jedoch, was die Revision verkennt,

diesen Rechtssatz nicht verletzt. Das Berufungsgericht hat von Amts wegen Ermittlungen angestellt; es hat Auskünfte der deutschen Botschaft in Kabul angefordert und eine Äußerung des früheren Rechtsberaters des afghanischen Außenministeriums eingeholt. Das Berufungsgericht hat dementsprechend auf Seite 5 seines Urteils ausgeführt, weder die von ihm angestellten Ermittlungen noch die von der Klägerin beigebrachten Nachweise könnten die Feststellung rechtfertigen, der eingeklagte Wechsel sei nach afghanischem Recht gültig. Derartige Äußerungen finden sich auch an anderen Stellen des Urteils. So heißt es auf Seite 6 des Berufungsurteils, die von der Klägerin eingereichten Gutachten und die angestellten Ermittlungen reichten nicht aus, um für die Zeit vor 1938 das Bestehen eines Wechselgewohnheitsrechts in Afghanistan anzunehmen, und am Ende des Berufungsurteils führt das Berufungsgericht abschließend aus, es hätten nach alledem keine ausreichenden Anhaltspunkte ermittelt werden können, daß in Afghanistan 1937 (nicht nur im Einzelfall) Wechsel ausgestellt und durch Indossament mit der Rechtsfolge weitergegeben worden seien, daß die Indossanten wechselmäßig in Anspruch genommen worden seien, wenn der Aussteller nicht gezahlt habe. Die Revision stützt ihre Ansicht, das Berufungsgericht habe der Klägerin eine Beweislast für das Bestehen und den Inhalt des afghanischen Wechselrechts auferlegt, zu Unrecht auf die Äußerung des Berufungsgerichts, es sei für das Bestehen eines derartigen Wechselrechts der Beweis nicht erbracht. Mit dieser Äußerung, die sich an den Wortlaut des § 293 ZPO anschließt, ist lediglich gemeint, daß die vom Gericht angestellten Ermittlungen und die von der Klägerin eingereichten Unterlagen nicht zu der Feststellung (dem Nachweis) eines afghanischen Wechselrechts (mit geringeren Form-erfordernissen) geführt hätten und dieser Umstand zum Nachteil der Klägerin gehe, die sich auf das Bestehen einer derartigen, ihr günstigen Bestimmung berufen habe.

II.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe seine Verpflichtung, das afghanische Recht zu ermitteln, nicht ordnungsmäßig erfüllt. Auch diese Rüge ist nicht berechtigt. Es lag im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts, in welcher Weise es versuchte, das Bestehen und den Inhalt eines afghanischen Wechselrechts festzustellen (RGZ 80, 262, 268; Melchior aaO S. 422; Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht 1949 S. 495). Dieses Ermessen hat das Berufungsgericht nicht verletzt.

1. Die Revision ist der Ansicht, das Berufungsgericht hätte sich nicht mit den unzureichenden Auskünften der deutschen Botschaft in Kabul begnügen dürfen; es hätte vielmehr darauf bestehen müssen, daß die deutsche Botschaft sich um eine echte Aufklärung über das in Frage stehende afghanische Recht bemühe. Das Berufungsgericht hätte insbesondere das Auswärtige Amt einschalten müssen, um auf diesem Wege eine amtliche Auskunft zu erhalten. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Das Berufungsgericht hat alles getan, was man von ihm verlangen konnte. Die deutsche Vertretung hat das, was sie zur Sache sagen konnte, in zwei Äußerungen niedergelegt. Die afghanischen Behörden gaben aber die begehrte Auskunft nicht, obwohl die deutsche Botschaft eine Verbalnote an das afghanische Außenministerium gerichtet und mehrfach an die Erledigung ihrer Anfrage erinnert hatte. Die Revision übersieht auch, daß der Schriftwechsel zwischen dem Berufungsgericht und der deutschen Vertretung in Kabul stets über das Auswärtige Amt gegangen war.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe sich nicht mit der Äußerung in dem (von der Klägerin eingereich-

ten) Gutachten von Prof. Dr. Zweigert begnügen dürfen, es seien keine Entscheidungen afghanischer Gerichte über ein Wechsel-Gewohnheitsrecht ergangen; das Berufungsgericht hätte sich vielmehr Klarheit darüber verschaffen müssen, ob nicht doch solche Entscheidungen getroffen worden seien. Das Berufungsgericht hat sich jedoch, was die Revision verkennt, um die Ermittlung von afghanischen Erkenntnissen bemüht; die deutsche Botschaft sollte sich in der erbetenen Auskunft auch zu dem Erlaß derartiger Entscheidungen äußern. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte die deutsche Botschaft in Kabul veranlassen müssen, bei einem höheren afghanischen Gericht Erhebungen darüber anzustellen, ob dort Urteile über afghanisches Wechsel-Gewohnheitsrecht ergangen seien. Die deutsche Botschaft konnte aber nicht von sich aus Erhebungen bei afghanischen Gerichten anstellen; sie war vielmehr darauf angewiesen, den diplomatischen Weg einzuhalten und sich mit dem afghanischen Außenministerium in Verbindung zu setzen. Überdies hat das Berufungsgericht der deutschen Botschaft anheimgestellt, sich wegen der Erteilung der Auskunft an eine andere (in Afghanistan ansässige) sachverständige Person oder Stelle zu wenden, und es hat auf diesem Wege eine gutachtliche Stellungnahme des früheren Rechtsberaters des afghanischen Außenministeriums, des schwedischen Assessors L. [REDACTED], erhalten, in der es heißt, die Benutzung von Wechseln sei 1938 in Afghanistan unbekannt gewesen, das Formular des eingeklagten Wechsels sei auch in Deutschland gedruckt worden.

4. Die Revision führt aus, von K. [REDACTED], der deutsche Gesandtschaftsrat in Kabul, Tay M. [REDACTED], der Direktor der A. [REDACTED] Bank in Deutschland, und Dr. T. [REDACTED], der Direktor der Internationalen Transportgesellschaft, hätten den Wechsel als gültig bezeichnet. Wenn das Berufungsgericht diese gutachtlichen Äußerungen verfahrensmäßig nicht als

ausreichende Beweise des Gewohnheitsrechts habe ansehen wollen, hätte es von § 139 ZPO Gebrauch machen müssen. Die Klägerin hätte dann diese Personen als Zeugen oder als Sachverständige für das Bestehen des Gewohnheitsrechts benannt. Diese Ausführungen sind nicht geeignet, der Revision zum Erfolg zu verhelfen. Das Berufungsgericht hat die Äußerungen dieser Personen in prozessual zulässiger Weise gewürdigt. Im Rahmen der Prüfung, ob ein ausländisches Gewohnheitsrecht besteht und welchen Inhalt es gegebenenfalls hat, gilt, wie die Revision an anderer Stelle selbst zutreffend hervorhebt, der Freibeweis; es sind also nicht die Bestimmungen über den Strengbeweis anzuwenden, die für die Feststellung bestrittener Tatsachen aufgestellt sind. Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung dieser Äußerungen wendet. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Berufungsgericht bei der Pflicht zur Ermittlung der ausländischen Rechtsnorm nicht von den ihm zugänglichen Rechtsquellen Gebrauch gemacht hat (RGZ 126, 196, 202; 167, 373, 380; BGH MDR 1957, 31, 33). Die Revision kann aber nicht geltend machen, das Berufungsgericht habe die Unterlagen, die es pflichtgemäß herbeigezogen hat, nicht richtig gewürdigt; die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt ausländischen Rechts ist insoweit für das Revisionsgericht bindend (§§ 562, 549 ZPO). Aus diesem Grund kann auch der Angriff der Revision keinen Erfolg haben, das Berufungsgericht habe gegen die Denkgesetze verstoßen, weil es aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der in Afghanistan herrsche, nicht den zwingenden Schluß gezogen habe, der eingeklagte Wechsel sei als Wechsel gültig (vgl. Melchior aaO S. 431 mit Nachweisen).

III.

Die Revision hält das Berufungsurteil auch für den Fall für unrichtig, daß man dem Berufungsgericht zustimme und der Ansicht sei, es könne nicht festgestellt werden, ob 1937 in Afghanistan ein Wechsel-Gewohnheitsrecht bestanden und welchen Inhalt dieses Recht gegebenenfalls gehabt habe. Die Revision meint, es gebe keinen Rechtssatz, daß die Klage abzuweisen oder deutsches Recht anzuwenden sei, wenn das ausländische Recht nicht ermittelt werden könne. In diesem Falle müsse vielmehr das Recht der dieser Rechtsordnung am nächsten verwandten Rechtsordnung oder das wahrscheinlich geltende Recht angewandt werden.

Auch diese Ausführungen sind nicht geeignet, das Berufungsurteil zur Aufhebung zu bringen. Die Frage, wie zu entscheiden sei, wenn das ausländische Recht nicht ermittelt werden kann, ist umstritten (vgl. Riezler aaO S. 497). Es braucht nicht zu der Frage Stellung genommen zu werden, ob in einem solchen Fall die Klage abgewiesen oder ob das deutsche oder das Recht angewandt werden muß, das der ausländischen Rechtsordnung am nächsten verwandt ist. Diese drei Ansichten führen zum gleichen Ergebnis. Nach deutschem Recht ist der Wechsel, wie das erste Revisionsurteil bereits dargelegt hat, nicht gültig, und das Recht, das der afghanischen Rechtsordnung im Hinblick auf das Wechselrecht am nächsten kommt, ist das - auch in Deutschland geltende - Genfer Einheitliche Wechselgesetz. Das Wechselrecht hat sich in Europa entwickelt. Ein eigenständiges Wechselrecht gibt es in Asien nicht. Dementsprechend hat Afghanistan auch im Jahre 1955 ein Wechselgesetz erlassen, das im wesentlichen den Vorschriften des Genfer Einheitlichen Wechselgesetzes entspricht und in Art. 545 Nr. 2 bestimmt, der eigene Wechsel

müsse das unbedingte Versprechen enthalten, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen (Schettler/Büeler, Das Wechsel- und Scheckrecht aller Länder, Länderteil Afghanistan).

Es kann schließlich nicht der Auffassung der Revision zugestimmt werden, das Berufungsgericht hätte, wenn das ausländische Recht nicht habe ermittelt werden können, jedenfalls prüfen müssen, ob 1937 wahrscheinlich ein Wechsel-Gewohnheitsrecht in Afghanistan bestanden habe und hiernach wahrscheinlich ein Wechsel formgültig gewesen sei, dessen Betrag in bestätigtem Londoner Bankscheck zahlbar sei (vgl. Martin Wolff, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. S. 77). Ein nur wahrscheinlich geltendes Recht, das in keiner anderen Rechtsordnung Niederschlag gefunden zu haben braucht und möglicherweise lediglich in der Vorstellung einer Partei besteht, kann nicht angewandt werden; Bestand und Inhalt eines derartigen "Rechts" sind zu ungewiß, um Grundlage einer richterlichen Entscheidung sein zu können.

IV.

Nach alledem ist die Beklagte nicht aus dem Wechsel verpflichtet worden; es kann nicht festgestellt werden, daß der Wechsel nach afghanischem Recht gültig ist (Art. 82 Abs. 1 WG), und der Wechsel erfüllt nicht die Formerfordernisse, die das deutsche Wechselgesetz aufgestellt hat (Art. 92 WG). Die Beklagte kann auch entgegen der Auffassung der Revision die Ungültigkeit des Wechsels geltend machen, ohne sich einer unzulässigen Rechtsausübung schuldig zu machen. Zwar gilt, wie der erkennende Senat bereits entschieden hat (BGHZ 30, 322), die Vorschrift des § 242 BGB auch gegenüber den zwingenden Vorschriften des Wechselgesetzes; es muß jeweils im einzelnen Fall die richtige Grenze zwischen

den Herrschaftsbereichen dieser Bestimmungen gezogen werden, wobei darauf zu achten ist, daß der Wechsel seine Eignung als umlaufsfähiges Wertpapier nicht verlieren darf. Ein Wechselschuldner verstößt aber grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, wenn er die Formwidrigkeit und Nichtigkeit eines Wechsels geltend macht; dies gilt auch dann, wenn die Formwidrigkeit auf das Verhalten des Wechselschuldners zurückzuführen ist. Diese Tatsache allein reicht nicht aus, um in der Geltendmachung der Nichtigkeit einen Verstoß gegen Treu und Glauben zu sehen. Es kann daher unterstellt werden, daß die Beklagte angeregt hat, die afghanische Regierung möge den Wechsel so ausstellen, wie es geschehen ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Rechtslage anders ist, wenn der Wechselschuldner den Wechsel bewußt formwidrig ausstellt, um sich später auf die Nichtigkeit des Wechsels und das Fehlen einer wirksamen Wechselverpflichtung zu berufen; ein derartiger Fall ist nicht gegeben. Die Beklagte ist vielmehr ursprünglich davon ausgegangen, daß der Wechsel gültig sei; sie wollte eine wirksame Wechselverpflichtung des afghanischen Staates begründen.

V.

Die Rügen der Revision sind damit nicht berechtigt.

Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Nastelski Dr.Kuhn Dr.Nörr Dr.Haager Dr.Reinicke