

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 253

Zur Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für die
Klage eines Nachlaßgläubigers, wenn der Beklagte
bei beschränkter Erbenhaftung (hier durch Anordnung
der Nachlaßverwaltung) behauptet, daß der Wert des
Nachlasses zur Befriedigung der Ansprüche des
Klägers nicht ausreicht.

HGB § 355

Zur Frage der Aufhebung einer Kontokorrentverein-
barung durch stillschweigend-konkludentes Verhalten
der Vertragsparteien.

BGH, Urt. v. 19. Januar 1984 - I ZR 209/81 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 209/81

URTEIL

Verkündet am

19. Januar 1984

Roth

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Ludger P. [REDACTED] als Nachlaßverwalter des
Nachlasses des am 20. Dezember 1976 verstorbenen
Landwirts Hermann S. [REDACTED] aus H. [REDACTED] A. [REDACTED],
S. [REDACTED] 6, B. [REDACTED]/U. [REDACTED],

Beklagter, Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Bankhaus W. F. [REDACTED] & Söhne KG, vertreten durch ihre
persönlich haftenden Gesellschafter Olaf C. [REDACTED], Horst
S. [REDACTED] und O. [REDACTED] Landesbank AG, L. [REDACTED]
Straße 12, O. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 9. Oktober 1981 aufgehoben, soweit das Berufungsgericht die negative Feststellungswiderklage hinsichtlich eines Betrages von 40.000,-- DM nebst 8,75 % Zinsen seit dem 19. Oktober 1974 abgewiesen und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte ist Nachlaßverwalter des Nachlasses des am 20. Dezember 1976 verstorbenen Landwirts Hermann S. [REDACTED]. Dieser unterhielt bei der Klägerin, einem Bankinstitut,

.
.
.
.
.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

seit dem 10. Februar 1965 ein Bankkonto (Konto-Nr. 3711), über das er Wechsel- und Scheckgeschäfte, Überweisungen und Barabhebungen tätigte. Nachdem die Klägerin am 1. August 1967 auch ein Konto für die Ehefrau des Erblassers eingerichtet hatte (Konto-Nr. 8026), wurden auf dem Konto Nr. 3711 - abgesehen von Zins- und Gebührenlastschriften - nur noch wenige Geschäftsvorfälle gebucht: am 5. Februar 1968 je eine Gut- und Lastschrift über 1.500,-- DM, am 12. Juni 1968, 21. April 1969, 25. Januar 1972 und 20. Oktober 1973 Wechsellastschriften über 8.731,90 DM, 3.001,50 DM, 40.000,-- DM und 20.010,-- DM, am 24. Oktober 1973 eine Wechselgutschrift über 18.116,50 DM und am 12. Juni 1974 eine Schecklastschrift über 5.000,-- DM.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 1974 kündigte die Klägerin beide Konten. Der rechnerische Schuldsaldo des Kontos Nr. 3711 betrug zu diesem Zeitpunkt 83.365,57 DM. Der letzte Jahresabschlußsaldo vor der Kündigung des Kontos hatte sich per 31. Dezember 1973 auf 70.134,09 DM belaufen.

Die Klägerin, die ihre Forderungen aus der Geschäftsverbindung mit dem Erblasser hinsichtlich des Kontos Nr. 3711 per 31. Dezember 1978 auf insgesamt 111.088,87 DM beziffert hat den Beklagten in vorliegender Sache auf Zahlung eines Teilbetrages von 10.000,-- DM nebst 8,75 % Zinsen seit dem 1. Juli 1978 dieser von ihr behaupteten Verbindlichkeit in Anspruch genommen. Sie hat vorgetragen, das Konto Nr. 3711 sei vereinbarungsgemäß als Kontokorrentkonto geführt worden. Die Jahresabschlüsse habe sie dem Erblasser, nach dessen Tode seinem Erben, regelmäßig übersandt, ohne daß Widerspruch erhoben worden sei. Schuldner der Forderungen, die den in das Kontokorrent eingestellten Wechselverbindlichkeiten zugrunde gelegen hätten, sei neben der Ehefrau S. [REDACTED] auch der Erblasser

selber gewesen. Mit dem Kündigungsschreiben vom 18. Oktober 1974 hätten die bankvertraglichen Beziehungen zwischen der Klägerin und dem Erblasser nicht geendet. Die Bedeutung dieses Schreibens habe sich abredgemäß darauf beschränkt, den Kontosaldo fällig zu stellen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und widerklagend die Feststellung begehrt, daß der Klägerin keinerlei Ansprüche gegen den Nachlaß des Erblassers zustünden. Dazu hat er vorgetragen: Die Klage sei bereits durch Prozeßurteil abzuweisen, weil ihr das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Die Klägerin könne für den behaupteten Anspruch in keinem Fall Befriedigung finden, da der Nachlaß lediglich aus einem Grundstück im Wert von 200.000,-- DM bestehe. Dieses sei mit Grundpfandrechten belastet, die - zuzüglich Nebenforderungen - mit mehr als 240.000,-- DM valutierten.

Abgesehen davon seien die Klageforderung und die weitergehenden Zahlungsansprüche, derer sich die Klägerin berühme, auch sachlich nicht gerechtfertigt. Ein Kontokorrentverhältnis zwischen der Klägerin und dem Erblasser sei nicht vereinbart worden. Demzufolge habe die Klägerin Tagesauszüge oder Jahresabschlüsse zu keiner Zeit übersandt. Zumindest habe ab 1968 ein Kontokorrentverhältnis nicht mehr bestanden, da seit dem 1. August 1967 nach Einrichtung des Kontos der Ehefrau S. (Nr. 8026) auf dem Konto des Erblassers (Nr. 3711) kaum noch Bewegung geherrscht habe. Spätestens habe das Kontokorrentverhältnis durch die von der Klägerin am 18. Oktober 1974 erklärte Kündigung geendet.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, daß Wechsellastschriften auf dem Konto Nr. 3711 nicht hätten gebucht werden dürfen, weil Schuldnerin der den Wechselverbindlichkeiten zugrunde liegenden Forderungen allein die Ehefrau

S [REDACTED] gewesen sei und die lediglich zur Sicherung der Klägerin eingegangenen wechselmäßigen Verpflichtungen des Erblassers vereinbarungsgemäß nicht über das Konto Nr. 3711 hätten abgewickelt werden sollen. Im übrigen habe die Ehefrau S [REDACTED] die Schuld von 40.000,-- DM, auf der die Wechsellastschrift vom 25. Januar 1972 beruhe, in voller Höhe durch Zahlung getilgt.

Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der Widerklage entsprechend dem Klageantrag zur Zahlung verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht nach Beweisaufnahme unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen der Widerklage teilweise stattgegeben. Insoweit hat es festgestellt, daß der Klägerin über die Klageforderung hinaus gegen den Nachlaß des am 20. Dezember 1976 verstorbenen Landwirts Hermann S [REDACTED] keine Forderung von mehr als 68.365,57 D nebst 8,75 % Zinsen seit dem 19. Oktober 1974 zustehe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten, der seinen Antrag auf Klageabweisung und die Widerklage - soweit sie erfolglos war - weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Entgegen der Ansicht des Beklagten fehle der Klage das Rechtsschutzbedürfnis nicht. Es könne nicht davon ausgegangen werden, daß mangels Nachlaßmasse der von der Klägerin begehrte Rechtsschutz von vornherein nicht zu

erreichen sei. Zum Nachlaß gehöre ein Grundstück, über dessen Wert die Parteien ebenso stritten wie über die Höhe der valutierenden Belastungen. Einer Aufklärung dieses Streitpunkts durch das Prozeßgericht bedürfe es im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits nicht.

Sachlich sei die Klage in vollem Umfang, die Widerklage teilweise begründet. Zwischen der Klägerin und dem Erblasser sei im Jahre 1965 mit der Eröffnung des Kontos Nr. 3711 eine Kontokorrentvereinbarung zustande gekommen. Die Kontoführung weise das typische Bild eines Kontokorrentkontos auf. Die Vereinbarung eines Kontokorrents sei in Fällen wie hier auch üblich. Für die Einrichtung und Führung des Kontos Nr. 3711 als Kontokorrentkonto spreche auch, daß dem Erblasser sowohl die Tagesauszüge als auch die Jahresabschlüsse regelmäßig übersandt worden seien, wie der Bevollmächtigte B. [REDACTED], der die geschäftlichen Interessen der Eheleute S. [REDACTED] gegenüber der Klägerin wahrgenommen habe, bei seiner Zeugenvernehmung vor dem Berufungsgericht bestätigt habe. Dieses Kontokorrentverhältnis habe erst durch die Kündigung der Klägerin vom 18. Oktober 1974 geendet. Zwar hätten in der Zeit ab 1. August 1967 nur noch wenige Kontobewegungen stattgefunden. Indessen könne daraus nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß das Kontokorrentverhältnis nach dem Willen der Parteien habe enden sollen. Einen stichhaltigen Anhalt dafür habe der Beklagte nicht erbracht. Andererseits könne sich die Klägerin im Hinblick darauf, daß sie mit Schreiben vom 18. Oktober 1974 die Kündigung des Kontos ausgesprochen habe, nicht mit Erfolg darauf berufen, daß sie lediglich den seinerzeit bestehenden Schuldsaldo fällig gestellt habe.

Maßgebend sei danach für die Verpflichtung des Erblassers aus dem Kontokorrentverhältnis der letzte Jahres-

abschluß per 31. Dezember 1973 mit einem Schuldsaldo von 70.134,09 DM, den der Erblasser widerspruchslos hingenommen und damit anerkannt habe. Diesem Saldo seien mit Ausnahme der Schecklastschrift vom 12. Juni 1974 über 5.000,-- DM, deren Berechtigung die Klägerin nicht bewiesen habe, die bis zur Kündigung aufgelaufenen, als solche unstreitigen Zinsen in Höhe von 8.231,48 DM hinzuzurechnen. Die Gesamtverpflichtung des Erblassers habe sich infolgedessen per 18. Oktober 1974, dem Zeitpunkt der Kündigung, auf 78.365,57 DM belaufen.

Bereicherungsrechtliche Ansprüche könne der Beklagte dem nicht entgegenhalten. Nach den Bekundungen des vom Berufungsgericht vernommenen früheren persönlich haftenden Gesellschafters der Klägerin B. könne nicht ausgeschlossen werden, daß es sich bei den in das Kontokorrent eingestellten Wechsellastschriften um solche Verbindlichkeiten des Erblassers gehandelt habe, die die Klägerin vereinbarungsgemäß in das Kontokorrent habe einstellen dürfen. Auf Tilgungszahlungen berufe sich der Beklagte vergeblich. Soweit er im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht behauptet und durch Benennung der Ehefrau S. sowie der persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin C. und Schmietenknop als Zeugen unter Beweis gestellt habe, daß Frau Schildt durch Zahlung von 40.000,-- DM die Schuld aus der Wechsellastschrift vom 25. Januar 1972 getilgt habe, komme es darauf nicht an. Der Beklagte habe keine konkreten Tatsachen dafür vorgetragen, daß gerade diese Wechselforderung bezahlt worden sei. Mit seinen Beweisanträgen insoweit gehe es ihm zumindest hinsichtlich der als Zeugen benannten persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin darum, die für einen schlüssigen Sachvortrag erforderlichen Tatsachen erst zu ermitteln. Daß den persönlich haftenden Gesellschaftern der Klägerin die in Betracht kommenden Vorgänge aus eigener

Kenntnis ohne Ermittlungen bekannt seien, trage der Beklagte selber nicht vor. Seit der Anordnung der Nachlaßverwaltung habe er im übrigen zur Überprüfung des Sachverhalts und zur rechtzeitigen Anbringung von Beweisanträgen hinreichend Zeit gehabt.

II. Die gegen dieses Urteil gerichteten Angriffe der Revision haben hinsichtlich der Widerklage teilweise Erfolg. Im übrigen ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage bejaht. Dieses folgt bei einer Leistungsklage wie hier regelmäßig aus der Nichterfüllung des behaupteten sachlich-rechtlichen Anspruchs, dessen Gebensein im Rahmen der Prüfung des Rechtsschutzinteresses zu unterstellen ist (BGH GRUR 1973, 208, 209 = WRP 1973, 23 - Neues aus der Medizin; 1980, 241, 242 = WRP 1980, 253, 254 = NJW 1980, 1843 - Rechtsschutzbedürfnis). Das gilt auch dann, wenn der Schuldner vermögenslos ist und der klagende Gläubiger keine Aussicht auf Befriedigung hat (vgl. BGH NJW 1978, 2031, 2032). Zutreffend ist das Berufungsgericht davon auch im Streitfall ausgegangen. Entgegen der Ansicht der Revision spielt es für die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses keine Rolle, daß die Erbenhaftung vorliegend durch Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1975 BGB) auf den Nachlaß beschränkt ist und die Klägerin bei der Verwertung des lediglich aus einem Grundstück bestehenden Nachlasses, das mit Grundpfandrechten belastet ist, möglicherweise leer ausgeht. Ob in den Fällen der beschränkten Erbenhaftung bei Nichtvorhandensein eines Nachlasses die Klage eines Nachlaßgläubigers mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen ist, wenn davon auszugehen ist, daß der Kläger letztlich keine Erfüllung finden wird, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Zwischen den Parteien ist streitig, wie hoch

der Wert des zum Nachlaß gehörenden Grundstücks ist und ob die Klägerin auch unter Berücksichtigung der eingetragenen Belastungen Befriedigung finden kann. Jedenfalls bei einer solchen Sachlage, bei der nicht feststeht, daß die Erfüllung der Ansprüche des klagenden Nachlaßgläubigers ausgeschlossen ist, kann das für die gerichtliche Geltendmachung dieser Ansprüche erforderliche Rechtsschutzbedürfnis nicht verneint werden.

Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht bei der sachlichen Prüfung der von der Klägerin behaupteten Ansprüche unerörtert gelassen hat, ob und inwieweit die Klägerin aus dem einzigen vorhandenen Nachlaßgegenstand Befriedigung finden kann. Im Hinblick darauf, daß die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung gem. § 780 Abs. 2 ZPO kraft Gesetzes und ohne besonderen Ausspruch unter dem Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung steht, brauchte sich das Berufungsgericht mit dieser Frage nicht auseinanderzusetzen, sondern konnte ihre Prüfung und Entscheidung dem Zwangsvollstreckungsverfahren überlassen (vgl. RGZ 162, 298, 300; BGH LM BGB § 1975 Nr. 1 = NJW 1954, 635; st. Rspr.)

2. Die Revision ist der Auffassung, daß von einem Saldoanerkennnis des Erblassers und von einem Schuldsaldo zu seinen Lasten in Höhe von 70.134,09 DM per 31. Dezember 1973 nicht ausgegangen werden könne, weil der Erblasser den Jahresabschluß für 1973 nicht erhalten habe. Das Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere die Aussage Backhaus, lasse keine stichhaltigen Rückschlüsse darauf zu, daß dem Erblasser außer den Tagesauszügen auch die Jahresrechnungsabschlüsse übersandt worden seien.

Mit diesen gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts gerichteten Ausführungen kann die Revision keinen

Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat der Aussage des von ihm als Zeugen vernommenen Bevollmächtigten B. der Eheleute S. entnommen, daß die Klägerin dem Erblasser nicht nur die Tagesauszüge sondern auch die Jahresschlußrechnungen regelmäßig übersandt habe, und zwar auch für das Jahr 1973. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts unterliegen keinen rechtlichen Bedenken. Im Protokoll über die Vernehmung des Zeugen B. heißt es zwar lediglich, daß der Erblasser bis zum Jahre 1976 "die Kontoauszüge" erhalten habe. Daß er aber damit - entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts - in einem einschränkenden Sinne nur von Tagesauszügen gesprochen habe und nicht auch von Auszügen, die die jeweiligen Jahresabschlußrechnungen betrafen, ist nicht ersichtlich. Auch von der Revision ist das nicht behauptet worden.

3. Die Revision wendet sich nicht gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin und der Erblasser bei Einrichtung des Kontos Nr. 3711 ein Kontokorrentverhältnis vereinbart hätten. Jedoch macht sie geltend, daß die Vertragsparteien - wie der Zeuge Ba. bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht ausgesagt habe - das Kontokorrentverhältnis bereits im Sommer 1967 hätten einschlafen lassen. Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben.

Zutreffend ist das Berufungsgericht in rechtlicher Hinsicht davon ausgegangen, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob das Kontokorrentverhältnis bereits im Sommer 1967 geendet habe, maßgeblich auf den Willen der Vertragsparteien ankomme und daß der Beklagte, der einen solchen Willen behaupte, dafür beweispflichtig sei. Das greift die Revision nicht an, meint aber, daß unter Berücksichtigung

des Ergebnisses der Beweisaufnahme und der Umstände des Falles dieser Beweis entgegen der Annahme des Berufungsgerichts als geführt anzusehen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien eine ausdrückliche Abrede über die Aufhebung des Kontokorrentkontos Nr. 3711 oder seine Umwandlung in ein nicht im Kontokorrent zu führendes Darlehenskonto nicht getroffen. Auch lassen es die Bekundungen des Zeugen Ba[REDACTED] und die Umstände des Falles nicht als rechtsfehlerhaft erscheinen, wenn das Berufungsgericht meint, daß kein hinreichender Anhalt für die Annahme einer stillschweigenden Übereinkunft der Klägerin und des Erblassers über die Aufhebung der Kontokorrentabrede gegeben sei. Es trifft zwar zu, daß ab 1. August 1967, seit Einrichtung des Kontos Nr. 8026 für die Ehefrau des Erblassers, nur noch wenige Geschäftsvorfälle auf dem Konto Nr. 3711 gebucht worden sind, was für die Annahme sprechen könnte, daß die Parteien dieses Konto jedenfalls als Kontokorrentkonto für überflüssig erachtet und die Kontokorrentabrede deshalb stillschweigend als gegenstandslos angesehen hätten. Indessen spricht der Umstand, daß auf einem Kontokorrentkonto mehrere Jahre lang keine oder nur unerhebliche Kontobewegungen stattgefunden haben, nicht ohne weiteres gegen die Fortdauer des Kontokorrentverhältnisses (RG LZ 1927, 1108 Nr. 3; BGH WM 1970, 184, 186; Canaris in GroßKomm. HGB, 3. Aufl., § 355 Anm. 109, 111). Vorliegend ist insoweit zu berücksichtigen, daß die Klägerin das Konto weiter wie bisher als Kontokorrentkonto geführt hat, daß sie dem Erblasser Tagesauszüge und Jahresabschlüsse in unveränderter Form und ohne Unterbrechung übersandt hat, und ferner, daß sie neben Zins- und Gebührenlastschriften auch andere Geschäftsvorfälle, wenn auch nur noch in geringem Umfang, auf dem Konto verbucht hat. Ferner steht fest, daß der Erblasser den Kontoauszügen der Klägerin einschließlich

der Jahresabschlußrechnungen zu keiner Zeit widersprochen hat. Schließlich läßt sich auch die Aussage des früheren persönlich haftenden Gesellschafters der Klägerin Be [REDACTED] nicht in dem von der Revision behaupteten Sinne verstehen. Die Bekundungen des Zeugen betreffen den Rückgang der laufenden Geschäfte, aber nicht die Auflösung des Kontos oder die Kontokorrentabrede. Wenn sich daher das Berufungsgericht nicht davon zu überzeugen vermocht hat, daß das Kontokorrentverhältnis zwischen dem Erblasser und der Klägerin bereits vor der mit Schreiben vom 18. Oktober 1974 ausgesprochenen Kündigung geendet habe, so ist das weder erfahrungswidrig noch sonst rechtsfehlerhaft.

4. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe die Behauptung des Beklagten, daß die der Wechsellastschrift vom 25. Januar 1972 in Höhe von 40.000,-- DM zugrundeliegende Schuld durch eine Zahlung der Ehefrau des Erblassers getilgt worden sei, rechtsfehlerhaft unberücksichtigt gelassen und habe deshalb die Widerklage in Höhe des gezahlten Betrages zu Unrecht abgewiesen. Damit hat die Revision Erfolg. Das Berufungsgericht hat insoweit den Vortrag des Beklagten und das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht hinreichend ausgeschöpft (§ 286 ZPO).

a) Der Bevollmächtigte B [REDACTED] der Eheleute S [REDACTED] hat bei seiner Zeugenvernehmung vor dem Berufungsgericht mehrfach ausgesagt, daß die Ehefrau S [REDACTED] den Wechsel über 40.000,-- DM, der zu der Wechsellastschrift vom 25. Januar 1972 auf dem Konto des Erblassers geführt habe, im Jahre 1973 oder 1974 mit Mitteln bezahlt habe, die ihr aus Grundstücksverkäufen zugeflossen seien. Diese Aussage, nach der - ihre Richtigkeit unterstellt - die Gesamtansprüche der Klägerin über die vom Berufungsgericht aberkannten 32.723,30 D hinaus um weitere 40.000,-- DM zu mindern wären, hat das

Berufungsgericht außer acht gelassen. Gründe dafür hat es nicht angeführt. Daß die Aussage des Zeugen B [REDACTED] greifbar unrichtig sei und deshalb keiner Erörterung bedürfe, ist nicht ersichtlich. Selbst der Zeuge Ba [REDACTED], der früherer persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin, ist der Aussage des Zeugen B [REDACTED] nicht uneingeschränkt, sondern nur mit der Maßgabe entgegengetreten, daß seiner Erinnerung nach die Ehefrau S [REDACTED] den Wechsel nicht eingelöst habe. Die Frage, ob nach den Bekundungen des Zeugen B [REDACTED] der Wechsel über 40.000,-- DM als bezahlt anzusehen ist, bedarf daher schon aus diesen Gründen der erneuten tatrichterlichen Prüfung.

b) Darüber hinaus hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht geltend macht, den Beweisantrag des Beklagten, zu der vorerörterten Tilgungsbehauptung auch die Ehefrau S [REDACTED] und die persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin C [REDACTED] und S [REDACTED] als Zeugen zu vernehmen, aus Gründen zurückgewiesen, die einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe keine konkreten Tatsachen dafür vorgetragen, daß gerade die hier in Rede stehende Wechselforderung getilgt worden sei. Das trifft nicht zu. Der Beklagte hat behauptet, daß die Wechselschuld von 40.000,-- DM die der Wechsellschrift vom 25. Januar 1972 zugrunde liege, durch Zahlung der Ehefrau S [REDACTED] beglichen worden sei (Sitzungsniederschrift des Berufungsgerichts vom 11. September 1981, S. 8 = GA 160 R). Das Berufungsgericht meint weiter, daß die Beweisantritte des Beklagten - jedenfalls hinsichtlich der persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin - darauf abzielten, die für einen Beweisantrag erforderlichen Tatsachen erst noch zu ermitteln. Auch dem kann nicht gefolgt werden. Die Tilgungsbehauptung des

Beklagten und sein damit in Zusammenhang stehender Sachvortrag lassen die zu ermittelnde Tatsache (Bezahlung der Wechselschuld durch die Ehefrau S. [REDACTED] mit Erlösen aus Grundstücksverkäufen in den Jahren 1973/74) hinreichend deutlich erkennen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß bereits der Zeuge B. [REDACTED] das Vorbringen des Beklagten bestätigt hat, was - wie zu a) ausgeführt - schon für sich geeignet sein kann, die Widerklage in dem hier zu beurteilenden Umfang zu stützen. Darüber hinaus ist ein Beweis-antrag wie hier auch nicht deshalb unzulässig, weil die benannten Zeugen - hier die persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin C. [REDACTED] und S. [REDACTED] - bei ihrer Aussage auf Geschäftsvorfälle - hier auf die Unterlagen zu den Konten 3711 und 8026 - zurückgreifen müssen. Schließlich hätte das Berufungsgericht die Beweisantritte des Beklagten auch nicht als verspätet mit der Erwägung zurückweisen dürfen, daß der Beklagte seit der Anordnung der Nachlaßverwaltung hinreichend Zeit gehabt habe, den Sachverhalt zu überprüfen und Beweis anzutreten. Der Beklagte hat die in Rede stehende Tilgungsbehauptung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Vernehmung des Zeugen B. [REDACTED] aufgestellt, der die dieser Behauptung zugrundeliegenden Tatsachen bekundet hat. Daß der Beklagte diese Tatsachen schon vorher gekannt habe oder daß sie ihm vorwerfbar nicht bekannt gewesen seien, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

III. Danach war die Sache auf die Revision des Beklagten unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen in dem erkannten Umfang aufzuheben und - da sie insoweit weiterer tatrichterlicher Prüfung bedarf - zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Merkel

Piper

Erdmann

Teplitzky