

Verkündet
am 13. November 1958
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Balthasar J. [REDACTED], F. [REDACTED]/M. [REDACTED], Fu. [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
-- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --

g e g e n

1) Horst I. [REDACTED], K. [REDACTED], W. [REDACTED]straße Nr. [REDACTED],

2) Herbert K. [REDACTED], K. [REDACTED], Le. [REDACTED]straße Nr. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 13. November 1958 un-
ter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und
der Bundesrichter Scheffler, Dr. Heimann-Trosien,
Dr. Winkelmann und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düs-
seldorf vom 26. Juni 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 25. August 1951 ließ der Kläger eine größere Anzahl Elektro- und Kohlenherde, Strahlöfen, Bügeleisen und andere Haushaltsgeräte von Berlin nach Westdeutschland transportieren. Der Beklagte I., der den Verkauf der Geräte übernommen hatte, stellte sie in Köln in einem Lager unter; das der Beklagte K. für sein damals von ihm betriebenes Speditionsgeschäft gemietet hatte. Am 4. September 1951 wurden die Waren von der Zollfahndungsstelle Köln beschlagnahmt, weil der Verdacht bestand, daß sie unerlaubt aus der Sowjetzone eingeführt worden seien. Am 29. Oktober 1951 wurden die Geräte wieder freigegeben.

Der Kläger nimmt die Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung eines vom Gericht zu schätzenden, mindestens 10.000,-- DM ausmachenden Geldbetrages, den Beklagten Kegel darüberhinaus auf Zahlung von mindestens weiteren 3.500,-- DM in Anspruch.

Er hat behauptet, die Beklagten hätten während der Beschlagnahme einen Teil der Geräte verkauft und den Erlös nicht an ihn abgeführt. Sie hätten auch die Waren während der Einlagerung vernachlässigt und ihn dadurch geschädigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter. Die Beklagten bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß der Beklagte L. es übernommen hatte, die Geräte für den Kläger zu verkaufen. Bis zur Beschlagnahme durch die Zollfahndungsstelle habe er erst einen kleinen Teil davon verkauft gehabt. Etwa acht Tage vor der förmlichen Aufhebung der Beschlagnahme habe ihm der Kläger in Leverkusen bekannt gegeben, daß er den Beklagten Ke. mit dem weiteren Verkauf der Geräte beauftrage und daß Leupold die vor der Beschlagnahme verkauften Geräte mit Kegel abrechnen solle. Demgemäß habe L. mit Ke. und letzterer alle Verkäufe mit dem Kläger abgerechnet. Auf Grund dieser Abrechnungen seien alle etwaigen Ansprüche des Klägers gegen die beiden Beklagten getilgt.

2.) a) Im Rahmen der Beweiswürdigung befaßt sich das Berufungsgericht zunächst mit dem Widerspruch zwischen der Einlassung des Beklagten I. bei seiner Vernehmung durch die Zollfahndungsstelle am 2. November 1951 und dem Inhalt seiner Parteivernehmung in dem anhängigen Rechtsstreit. Es hält für möglich, daß der Beklagte Leupold vor der förmlichen Freigabe nicht selbst weitere Waren verkauft, sich aber bei seiner Vernehmung durch die Zollfahndungsstelle mit dem Beklagten Ke. identifiziert und dessen Verkäufe als eigene Verkäufe bezeichnet habe. Der Widerspruch zwischen der Einlassung des Beklagten Leupold vor der Zollfahndungsstelle und seiner Bekundung im Rechtsstreit lasse deshalb letztere, entgegen der Ansicht des Klägers, "noch keineswegs als völlig unglaubhaft" erscheinen.



Das Berufungsgericht stellt dann richtig heraus, daß die Beklagten für die von ihnen behaupteten Abrechnungen beweispflichtig sind. In seiner anschließenden Beweiswürdigung spricht es aber davon, daß die Parteivernehmungen der beiden Beklagten nur einen "Beweis minderen Wertes" gezeitigt hätten. Immerhin seien sie von solcher Bedeutung, daß sich der Kläger in der Berufungsinstanz nicht allein auf den Hinweis habe beschränken dürfen, die Aussage des Beklagten Leopold sei wegen dessen einander widersprechenden Angaben vor der Zollfahndungsstelle und vor dem Landgericht völlig unglaubhaft und die Aussage des Beklagten Ke..., er habe mit dem Kläger abgerechnet, sei sowohl unsubstantiiert als auch unwahr. Das Landgericht habe die Aussagen der beiden Beklagten als vom Kläger zugestanden ansehen dürfen, weil dieser sie nicht bestritten habe. Trotz der nach § 531 ZPO gegebenen Möglichkeit habe sich der Kläger auch im Berufungsverfahren nur unzureichend dazu geäußert.

4 b) Diesen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, worauf das Berufungsgericht seine Annahme stützt, daß die Beklagten unter einander und der Beklagte Ke... mit dem Kläger abgerechnet haben. Es bleibt unklar, ob das Berufungsgericht von einem fiktiven Geständnis des Klägers im Sinne der §§ 138 Abs. 3, 531 ZPO ausgeht oder ob es auf Grund der Parteiaussagen beider Beklagten die volle Überzeugung gewonnen hat, daß die Abrechnungen erfolgt sind. Wenn das Berufungsgericht bei Berücksichtigung aller Umstände den Parteiaussagen der Beklagten folgen wollte, so stand ihm dies im Rahmen der §§ 286, 445, 447, 448 ZPO frei. Unrichtig dagegen wäre es gewesen, von einem fiktiven Geständnis des Klägers in der Berufungsinstanz auszugehen. Da der Kläger nach der Vernehmung beider Beklagten deren Aussagen im ersten Rechtszuge nicht entgegengetreten war, hat das Landgericht die Darstellungen der Be-

klagen, sie hätten abgerechnet, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als vom Kläger zugestanden ansehen dürfen. Der Kläger konnte aber trotz dieses vom Landgericht unterstellten Geständnisses gemäß § 531 ZPO im Berufungsverfahren die Darstellungen der Beklagten noch bestreiten. Diese rechtliche Möglichkeit hat zwar das Berufungsgericht nicht übersehen. Jedoch bleibt unklar, ob es ein Fortdauern der Geständniswirkung angenommen hat, weil der Kläger sich nicht genügend erklärt habe. In Wirklichkeit kann daran, daß der Kläger in seiner Berufungsbegründung die behaupteten Abrechnungen bestritten hat, kein Zweifel bestehen. Eines substantiierten Bestreitens bedurfte es, um die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 5 ZPO zu beseitigen, nicht. Demnach konnte das Berufungsgericht die Feststellung, die Beklagten hätten abgerechnet, nur treffen, wenn es deren Aussagen für wahr hielt. Daß es diese Überzeugung gewonnen hat, ist den angefochtenen Urteil nicht eindeutig zu entnehmen. Diese von der Revision gerügte Unklarheit zwingt zur Aufhebung des Urteils.

II.

Das weitere Vorbringen der Revision bedarf keiner Erörterung mehr. Das Oberlandesgericht wird jedoch darauf hingewiesen, daß ein Beweisantrag nicht schon dann nicht zuzulassen ist, wenn er schon im ersten Rechtszug hätte gestellt werden können, daß vielmehr auch die übrigen Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 ZPO gegeben sein müssen.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Scheffler

Heimann-Trösien

Dr. Winkelmann

Erbel