

BUNDESGERICHTSHOF

2087 058

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 63/63

URTEIL

Verkündet am

11. März 1965

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Rudolf P. H e [REDACTED], H [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Erdmann F [REDACTED], Hamburg, S [REDACTED]-
allee [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 5. Februar 1963 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von 5.000 DM nebst 9 % Zinsen aus 1.300 DM vom 15. August 1958 bis 14. Juli 1960 und aus 950 DM seit 15. Juli 1960, sowie 5 % Zinsen aus 3.700 DM vom 1. Mai 1958 bis 14. Juli 1960 und aus 4.050 DM seit 15. Juli 1960 verurteilt worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 8/13 zu tragen; über die weiteren 5/13 hat das Berufungsgericht zu entscheiden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien standen seit 1955 in geschäftlicher Verbindung. Der Beklagte übernahm im März 1958 von dem Kläger

eine Partie gebrauchter Werkzeuge; über die Bedingungen fanden Verhandlungen statt, deren Inhalt streitig ist. Sie führten zu einem Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 3. April 1958 folgenden Inhalts:

"Wir verkauften Ihnen, wie von Ihnen besichtigt und übernommen:

17 Kisten ... spanabhebende Werkzeuge lt. der Ihnen übergebenen Liste zum Gesamtpreis von DM 8.000,--. Obiger Preis versteht sich ab unserem Lager H [REDACTED]. Zahlung erfolgt gemäß unserer Vereinbarung."

Die Werkzeuge wurden für Rechnung des Beklagten bei einer anderen Firma eingelagert. Dem Beklagten gelang es nicht, sie, wie beabsichtigt, weiterzuveräußern.

Im Juli 1958 unterschrieb der Beklagte drei Quittungen über vom Kläger als Darlehen empfangene Beträge in Höhe von insgesamt 5.300 DM. Der Beklagte hat hierauf bisher keine Zahlungen geleistet.

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung von 13.300 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat vorgetragen, die Werkzeuge habe er in Kommission übernommen; er habe mit dem Kläger vereinbart, daß dieser nur insoweit Zahlung beanspruchen könne, als er - der Beklagte - die Werkzeuge weiterveräußert und daraus einen Erlös erzielt habe. Die Darlehensschuldscheine habe er aus Gefälligkeit und auf ausdrücklichen Wunsch des Klägers unterzeichnet. Tatsächlich habe er nur etwa 1.000 DM ausgezahlt erhalten.



Der Beklagte hat ferner mit Gegenforderungen aufgerechnet, u. a. mit zwei Darlehensforderungen von 2.800 und 2.200 DM, über die er eine Quittung des Klägers vom 10. März 1958 über 5.000 DM vorgelegt hat.

Der Kläger hat erwidert, er habe die Darlehensquittung vom 10. März 1958 dem Beklagten nur aus Gefälligkeit ausgestellt, damit er sie seinen Geschäftspartnern zum Nachweis seiner Kreditfähigkeit vorlegen könne. Tatsächlich habe er nichts erhalten.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 12.950 DM nebst Zinsen verurteilt. Es hat die Forderungen des Klägers (bis auf einen nicht mehr im Streit stehenden Mehranspruch von Zinsen) für begründet erklärt. Von den zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Beklagten hat es diesem nur eine jetzt nicht mehr interessierende Schadensersatzforderung von 350,-- DM zugesprochen.

Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Die Darlehensforderung des Klägers über 5.300 DM:

a) Das Berufungsgericht sieht es auf Grund der vorgelegten Darlehensschuldscine und der Angaben des Klägers bei der von dem Landgericht durchgeführten Parteivernehmung

als erwiesen an, daß der Beklagte die Darlehenssumme von insgesamt 5.300 DM voll ausgezahlt erhalten hat. Es kommt daher zu dem Ergebnis, daß der Beklagte zur Rückzahlung verpflichtet sei. Den Einwand des Beklagten, der Kläger sei damals finanziell überhaupt nicht in der Lage gewesen, Darlehen in dieser Höhe zu gewähren, hält es für unbegründet.

b) Der Beklagte rügt hierzu die Verletzung des § 445 ZPO. Er ist der Auffassung, daß der Kläger für seine Behauptung, er habe dem Beklagten 5.300 DM Darlehen ausgezahlt, beweispflichtig gewesen sei, und daß er deshalb nicht nach § 445 ZPO als Partei hätte vernommen werden dürfen.

Diese Rüge ist nicht begründet.

Durch die Vorlage der Darlehensschuldsscheine war der Kläger grundsätzlich eines weiteren Beweises über die Hingabe des Darlehens enthoben, und es oblag nunmehr dem Beklagten, den Gegenbeweis zu führen, daß er das Darlehen nicht erhalten habe (RGRK BGB Anm. 43 zu § 607; RGZ 56, 325; 57, 320; Urteil des Senats vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 -). War somit der Beklagte für seine Behauptung, er habe die Darlehensbeträge bis auf 1.000 DM nicht erhalten, beweispflichtig, so war auch die Parteivernehmung des Klägers nach § 445 ZPO zulässig.

Dem steht auch nicht entgegen, daß das Landgericht in seinem Beweisbeschluß vom 29. August 1961 hierzu in Verken-
nung der Beweislast die Parteivernehmung des Beklagten an-
geordnet hatte und es zur Vernehmung des Klägers eines An-
trags des Beklagten sowie einer Änderung des Beweisbeschlus-
ses bedurft hätte; denn die Parteien hatten nach Abschluß
der Parteivernehmung des Klägers zur Sache verhandelt, ohne

daß der Parteivertreter des Beklagten dies gerügt hatte. Dadurch ist dieser Mangel durch Rügeverzicht geheilt worden (§ 295 ZPO). Eine solche Heilung ist auch möglich (Urteil des Senats vom 9. Dezember 1963 - VII ZR 176/62 -).

2. Die Kaufpreisforderung des Klägers von 8.000 DM:

a) Das Berufungsgericht sieht es auf Grund des Schreibens des Klägers vom 3. April 1958 (Anl. 3 zu Bl. 52) und der Parteivernehmung des Klägers als erwiesen an, daß der Kläger dem Beklagten die Werkzeuge ohne einschränkende Bedingung hinsichtlich dessen Zahlungspflicht verkauft habe, so daß der Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises von 8.000 DM verpflichtet sei und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit es ihm gelungen sei, die Werkzeuge weiterzuveräußern.

b) Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen des Beklagten sind nicht begründet.

Der Kläger war für seine Behauptung, es sei ein unbedingter Kaufvertrag abgeschlossen worden, beweispflichtig. Aus dem Schreiben vom 3. April 1958 allein konnte ein voller Beweis für die Unrichtigkeit der Behauptungen des Beklagten noch nicht entnommen werden. Dagegen spricht der letzte Satz: "Zahlung erfolgt gemäß unserer Vereinbarung", der die Möglichkeit einer Vereinbarung des von dem Beklagten behaupteten Inhalts immerhin noch offen läßt. Das Berufungsgericht hatte daher seine Feststellung auch nicht nur auf die Urkunde, sondern ebenso auf die Angaben des Klägers bei seiner Parteivernehmung vor dem Landgericht gestützt.

Die Parteivernehmung des Klägers war entgegen der mit der Revision vertretenen Auffassung zulässig. Da er die

beweispflichtige Partei war, durfte sie allerdings nicht nach § 445 ZPO erfolgen; ein dahingehender Antrag war auch nicht gestellt worden. Jedoch durfte das Oberlandesgericht die Parteivernehmung des Klägers nach § 448 ZPO verwerten, und zwar zum Zwecke der Erhärtung des bereits durch die Vorlegung der Urkunde vom 3. April 1958 begonnenen Beweises.

3. Die Gegenforderungen des Beklagten:

a) Soweit das Berufungsgericht die Schadensersatzforderung des Beklagten von 16.940,30 DM verneint hat, hat dieser das Urteil nicht angefochten.

b) Das Berufungsgericht hält "in Übereinstimmung mit der Parteivernehmung des Klägers" (BU S. 16) die Quittung des Klägers vom 10. März 1958 über 5.000 LM Darlehen für eine Gefälligkeitsunterschrift zur Stützung der Kreditfähigkeit des Beklagten.

Das wird von dem Beklagten mit Recht gerügt. Der Beklagte hat die Darlehensquittung vorgelegt; ihre Echtheit wird nicht bestritten. Für seine Behauptung, es handle sich nur um eine Gefälligkeitsquittung und er habe die Darlehenssumme nicht erhalten, ist nach dem bereits zu 1 b) Ausgeführten der Kläger beweispflichtig. Er durfte daher nicht nach § 445 ZPO als Partei hierzu vernommen werden. Ob die Parteivernehmung des Klägers nach § 448 ZPO gewollt war oder jedenfalls von dem Berufungsgericht als solche gewertet worden ist, ist zumindest zweifelhaft, da die Voraussetzungen für eine Parteivernehmung des Klägers nach § 448 ZPO nicht oder jedenfalls noch nicht gegeben waren. Anders als in dem Falle der Kaufpreisforderung von 8.000 LM handelte es sich hier nicht um die Erhärtung eines schon angefangenen Beweises.

sondern um die Widerlegung eines von dem Beklagten erbrachten Urkundenbeweises. Zudem waren die vorhandenen Beweismöglichkeiten nicht erschöpft; denn die in dem Beweisbeschluß des Landgerichts hierzu angeordnete Parteivernehmung des Beklagten ist nicht durchgeführt worden, ohne daß eine Säumnis des Beklagten im Sinne des § 454 ZPO festgestellt worden ist. Auch war noch Zeugenbeweis angeboten.

Unter diesen Umständen ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß das Oberlandesgericht - ebenso wie das Landgericht, auf dessen Urteil es Bezug nimmt - die Beweislast vorkannt hat. Da die Beweislastnormen außerprozessuales Recht sind (Wieczorek ZPO § 282 Anm. E II; § 445 Anm. D I a 1; BGH in LM Nr. 8 zu § 559 ZPO und in ständiger Rechtsprechung), ist ein Verstoß hiergegen auch nicht einem Rügeverzicht nach § 295 ZPO zugänglich.

Das Urteil kann daher zu diesem Punkte mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

4. Es steht somit fest, daß dem Kläger eine Darlehensforderung von 5.300 DM sowie eine Kaufpreisforderung von 8.000 DM abzüglich dem Beklagten rechtskräftig zuerkannter 350 DM zustehen. Diesen Forderungen steht jedoch die von dem Beklagten behauptete und zur Aufrechnung gestellte Darlehensforderung von 5.000 DM entgegen, über die das Berufungsgericht nach dem oben Ausgeführten nochmals zu befinden haben wird. Die Voraussetzungen für den Erlaß

eines Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO sind nicht gegeben, da der rechtliche Zusammenhang zwischen den Forderungen nach dem bisherigen Sachstand nicht verneint werden kann.

Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und soweit der Beklagte zur Zahlung von 5.000 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, aufzuheben. Die aus dem Urteilstenor ersichtliche Aufhebung des Urteils hinsichtlich der Zinsen beruht darauf, daß, falls die Aufrechnung mit der noch streitigen Gegenforderung Erfolg hat, in erster Linie die lästigste Forderung als getilgt gilt (§§ 396 Abs. 2, 366 Abs. 2 BGB). Das ist trotz des etwas späteren Zinsbeginns die mit 9 % verzinsliche Darlehensforderung des Klägers in Höhe von 1.300 DM.

In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu erwägen haben, ob es ohne Vernehmung des Beklagten überhaupt zu einer eindeutigen Klärung gelangen kann.

Im übrigen ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Von den Kosten der Revision hat der Beklagte 8/13 zu tragen (§§ 97, 92 ZPO); über die restlichen 5/13 wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer