

62. 1. Kann der Inhaber eines Wechsels von dem Wechselverpflichteten verlangen, daß er die Wechselsumme in Teilbeträgen an verschiedene Empfänger zahle?

2. Kann auf die Einrede der Rechtshängigkeit verzichtet werden oder ist sie von Amts wegen zu berücksichtigen?

3. Kann eine Partei auch in Punkten für beweisfällig erklärt werden, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind?

W.D. Art. 39. ZPO. §§ 263, 274 Abs. 2 Nr. 4.

II. Zivilsenat. Urt. v. 17. Mai 1939 i. S. B. (Wech.) w. G. (Kl.).
II 200/38.

I. Landgericht Düsseldorf.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger klagt aus einem von ihm am 31. Oktober 1926 aus-
gestellten, auf den Beklagten gezogenen und von diesem an-
genommenen Wechsel an eigene Order über 50000 RM., fällig am
2. Januar 1927. Der Wechsel trägt auf der Vorderseite über dem
Wechseltexte den Vermerk: „Nur 25000 RM. gültig“. In der rechts
über dem Wortlaute des Wechsels stehenden Angabe „RM. 50000“
ist die Zahl 50000 durchstrichen; dagegen sind die Worte „Reichsmark
Fünfundzigtausend“ im Wortlaute des Wechsels stehengeblieben. Auf

der Rückseite trägt der Wechsel ein Blankindossament des Klägers. Der Annahme des Wechsels durch den Beklagten liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger verkaufte im Juli 1926 an den Beklagten die gesamten Aktien der N.ischen Buchdruckerei AG. zu einem vorläufigen Kaufpreise von 125000 RM. Der endgültige Kaufpreis sollte nach der Festlegung der Aktiv- und Passivposten der Gesellschaft nach ihrem tatsächlichen Werte durch eine von dem Beklagten auf seine Kosten zu bestellende Treuhandgesellschaft festgesetzt werden. Auf den Kaufpreis hat der Beklagte 75000 RM. bar gezahlt. Die restlichen 50000 RM. sollten je zur Hälfte am 2. Januar und 2. April 1927 gezahlt werden. Der Beklagte nahm wegen des Restkaufpreises drei von dem Kläger an eigene Order ausgestellte Wechsel an, nämlich einen Wechsel über 50000 RM., fällig am 1. Oktober 1926, den Klagewechsel und einen Wechsel über 25000 RM., fällig am 2. April 1927. Die beiden letzten Wechsel sollten als Verlängerungswechsel dienen. Der Beklagte hat auf die Wechselforderung von 50000 RM. unstreitig 25000 RM. bezahlt.

Der Kläger hat unter Änderung seines früheren, auf Zahlung an ihn selbst lautenden Antrags beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 25000 RM. nebst 2 v. H. Zinsen über dem jeweiligen Reichsbankdiskont zu zahlen, und zwar 11909,70 RM. an die Zudersfabrik R. & G. AG. in W., 2000 RM. an Rechtsanwalt Dr. Ge. in St., 1000 RM. an Rechtsanwalt Hei. in St., 5000 RM. an die Landtschaftliche Bank in St. zur Guthrift auf das Konto des Klägers, den gesamten Rest der Forderung nebst Zinsen an die Darmstädter und Nationalbank in Berlin zur Guthrift auf das Konto des Klägers. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat ausgeführt, darin, daß der Kläger von seinem ursprünglichen Antrag auf Zahlung an sich selbst abgegangen sei, liege eine unzulässige Klageänderung. Er hat weiter die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben und behauptet, der Kläger habe den Anspruch aus dem Wechsel in einem vor dem Landgericht in St. anhängigen Rechtsstreit durch Widerklage gegen ihn geltend gemacht. Ferner hat er gegen den Klageanspruch eine Gegenforderung von 37336,81 RM. zur Aufrechnung gestellt.

Da der frühere Prozeßbevollmächtigte des Klägers ins Ausland verzogen war, war der Klagewechsel vorübergehend nicht aufzufinden. Der Kläger konnte ihn daher im ersten Rechtsgange nicht vorlegen. Da der Beklagte bestritt, daß der Kläger im Besitze des Wechsels sei,

wies das Landgericht die Klage als im Wechselprozeß unstatthaft ab. Im zweiten Rechtszug hat der Kläger den vor dem Landgericht verlesenen Antrag nur noch als Hilfsantrag gestellt und in erster Reihe beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 25000 RM. nebst Zinsen zu 2 v. H. über Reichsbankdiskont zu verurteilen mit der Maßgabe, daß davon 2000 RM. an den Rechtsanwalt Dr. He. in St. und 1000 RM. an den Rechtsanwalt Hei. in St. zu zahlen seien. Der Kläger hat den wiederaufgefundenen Klagewechsel im zweiten Rechtszuge vorgelegt. Er hat die Anzeige von der Abtretung der Wechselforderung widerrufen und behauptet, daß die Abtretungsempfänger damit einverstanden seien. Weiter hat er geltend gemacht, der Beklagte habe die Einrede der Rechtshängigkeit erst nach der Verhandlung zur Hauptsache und damit verspätet vorgebracht.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts geändert und den Beklagten unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurteilt, 25000 RM. nebst Zinsen in Höhe von 2 v. H. über dem jeweiligen Reichsbankdiskontsatz, mindestens aber 6 v. H., seit dem 2. Januar 1927 zu zahlen, und zwar 2000 RM. an den Rechtsanwalt Dr. He. in St., weitere 1000 RM. an den Rechtsanwalt Hei. in St., den Rest an den Kläger. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, der Kläger habe als Aussteller aus dem von dem Beklagten angenommenen Wechsel gemäß Art. 23 Abs. 2 und Art. 81 der nach Art. 1 Abs. 6 des Einführungsgesetzes zum Wechselgesetz hier noch anzuwendenden Wechselordnung in Verbindung mit § 1 des Gesetzes über die Wechsel- und Scheckzinsen vom 3. Juli 1925 (RGBl. I S. 93) einen Anspruch auf Zahlung der Klagesumme nebst Zinsen. Die Revision greift das Berufungsurteil insoweit nicht an. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß für den Klagewechsel, der am 31. Oktober 1926, also vor dem Inkrafttreten des Wechselgesetzes ausgestellt ist, nach Art. 1 Abs. 6 E.G. z. W.G. die Vorschriften der Wechselordnung maßgebend sind. Gegen die Gültigkeit des Klagewechsels bestehen nach der Wechselordnung keine Bedenken. Zu den Erfordernissen eines gezogenen Wechsels gehört nach Art. 4 Nr. 2 W.D. auch die Angabe der zu zahlenden Geldsumme. Nach der vorliegenden Abschrift lautet der

Klagewechsel auf 50000 RM.; diese mit Buchstaben in den Wortlaut des Wechsels eingefügte Summenangabe ist nicht durchstrichen. Darüber steht der Vermerk: „Nur 25000 RM. gültig“. Es handelt sich dabei um die Abschreibung der von dem Beklagten auf den Wechsel geleisteten Teilzahlung von 25000 RM. gemäß § 39 W.D. Der Vermerk ist zwar nicht glücklich gefaßt, der Wortlaut des Wechsels läßt aber doch hinreichend deutlich erkennen, daß er nur über 50000 RM. ausgestellt ist und jedenfalls noch für 25000 RM., den Betrag der Klageforderung, gültig sein soll. Dem Erfordernis des Art. 4 Nr. 2 W.D. ist somit genügt.

Das Berufungsurteil führt weiter aus, die vom Beklagten erhobene Rüge unzulässiger Klageänderung sei verfehlt. Die Änderung des Zahlungsempfängers stelle eine nach § 268 Nr. 2 ZPO. zulässige Klageerweiterung dar, da keine neuen Parteien in den Rechtsstreit eingeführt, sondern lediglich andere Zahlstellen angegeben worden seien. Die Revision erhebt auch insoweit keine Angriffe. Es ist aber zu beachten, daß eine Teilabtretung der Wechselforderung ebensowenig zulässig ist, wie etwa ein Teilindossament. Aus der Notwendigkeit der Übergabe des Wechsels zur Verschaffung des abgetretenen Rechts und aus dem Grundsatz, daß das Recht an dem Wechsel für den Erwerb des Rechts aus dem Wechsel notwendig ist, folgt, daß nur eine einheitliche Gläubigerschaft für die gesamte Wechselforderung bestehen kann. Das Berufungsgericht hat denn auch angenommen, daß es sich lediglich um die Angabe neuer Zahlstellen handele. Für einen Wechsel kann aber nur ein Zahlungsort und eine Zahlstelle angegeben werden, und der Aussteller kann beides nach der Annahme des Wechsels nicht einseitig von sich aus ändern. Im übrigen enthält der Hauptantrag des Klägers im zweiten Rechtsgange nicht die Angabe von Zahlstellen im Sinne des Wechselrechts, sondern die Angabe neuer Zahlungsempfänger. Allerdings verwandelt sich durch den Verzug des Unnehmers die Wechselschuld aus einer Forderung in eine Bringschuld, und nach § 270 Abs. 1 BGB. hat der Schuldner im Zweifel Geld auf seine Kosten und Gefahr dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln. Die von dem Kläger als Empfänger von Teilzahlungen angegebenen Rechtsanwälte Dr. Ge. und Hei. sind aber nicht Gläubiger von entsprechenden Teilen der Wechselforderung und konnten das nach dem Vorhergesagten auch nicht werden. Andererseits ist der Beklagte nach Art. 39 W.D. nur

verpflichtet, gegen Aushändigung des quittierten Wechsels Zahlung zu leisten. Danach bestehen gegen die trotz des Widerspruchs des Beklagten von dem Berufungsgericht ausgesprochene Beurteilung zur Zahlung von Teilen der Wechselsumme an die Rechtsanwälte Dr. Ge. und Hei. erhebliche rechtliche Bedenken. Wie im folgenden noch darzulegen ist, verfällt das angefochtene Urteil aus den von der Revision angeführten Gründen der Aufhebung, und die Sache muß zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Das Berufungsgericht wird deshalb bei der künftigen Verhandlung und Entscheidung den Bedenken gegen eine Beurteilung zu Teilzahlungen aus dem Wechsel an dritte Personen Rechnung tragen müssen.

Weiter hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Kläger habe durch die Vorlegung des Wechsels im zweiten Rechtsgange nachgewiesen, daß er Inhaber und Wechselberechtigter sei. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts sei die Vorlegung des Wechsels keine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Wechselprozesses gewesen. Der Kläger habe auch noch im zweiten Rechtsgange durch die Vorlegung des Wechsels beweisen können, daß er den Wechsel im Besitz habe. Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts, die von der Revision ebenfalls nicht angegriffen werden, ist nichts zu erinnern. Insbesondere ist der Kläger zur Geltendmachung des Anspruchs aus dem Wechsel befugt. Er ist zwar nicht im Besitz einer Protesturkunde; seine Berechtigung ergibt sich aber aus dem Wechsel. Der Wechsel ist vom Kläger an eigene Order ausgestellt. Das auf dem Wechsel befindliche, nicht durchstrichene Blankogiro des Klägers steht seiner Berechtigung nicht entgegen; denn ein Blankoindossament weist jeden aus, der den Wechsel in der Hand hat, auch den Blankoindossanten selbst.

Das Berufungsurteil ist ferner der Ansicht, daß die Einrede der Rechtshängigkeit als unverzichtbare prozeßhindernde Einrede nach § 274 Abs. 3 ZPO. auch nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung noch habe vorgebracht werden können. Es führt aber aus, der Beklagte habe den ihm obliegenden Beweis dafür, daß der Anspruch aus dem Klagenwechsel Gegenstand der bei dem Landgericht in St. anhängigen Widerklage sei, mit den im Wechselprozeß zulässigen Beweismitteln nicht erbringen können. Die Widerklage aus dem Grundgeschäft auf Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreis-

restes für die Aktien der R.schen Buchdruckerei AG. könne die Einrede der Rechtshängigkeit ebensowenig begründen, wie die vom Beklagten erhobene Klage auf Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen des Klägers gegen den Beklagten aus dem Klagewechsel. Die Einrede der Rechtshängigkeit sei daher nach § 598 ZPO. als im Wechselverfahren unstatthaft zurückzuweisen.

Die Revision weist zunächst darauf hin, daß das Berufungsurteil schon deshalb nicht bestehen bleiben könne, weil es den Aufrechnungseinwand des Beklagten nicht beschrieben und dadurch ein selbständiges Verteidigungsmittel ohne Angabe von Gründen übergangen habe. Der Angriff der Revision ist berechtigt. Im Tatbestande des Berufungsurteils war zunächst gesagt, der Beklagte habe sein Vorbringen im ersten Rechtsgang im Berufungsverfahren wiederholt, „ohne den Aufrechnungseinwand aufrechterhalten zu haben“. Auf den Antrag des Beklagten hat dann das Berufungsgericht den Tatbestand dahin berichtigt, daß die Worte „ohne den Aufrechnungseinwand aufrechterhalten zu haben“ in Wegfall gekommen sind. Das Berufungsurteil ist, entsprechend der ursprünglichen Fassung des Tatbestandes, auf den Aufrechnungseinwand des Beklagten in den Entscheidungsgründen nicht eingegangen. Es ist somit für einen ganzen Rechtsbehelf, nämlich die rechtsvernichtende Einrede der Aufrechnung, nicht mit Gründen versehen. Darin liegt nach § 551 Nr. 7 ZPO. ein unbedingter Revisionsgrund (vgl. RGUrt. in HRN. 1925 Nr. 1688). Das Reichsgericht hat allerdings ausgesprochen, daß die Übergangung eines selbständigen Verteidigungsmittels dann keinen Verstoß gegen § 551 Nr. 7 ZPO. bedeutet, wenn das übergangene Verteidigungsmittel nicht zu dem von der Revision erstrebten Ergebnis führen kann (vgl. RGUrt. in JW. 1930 S. 705 Nr. 7; RGZ. Bd. 156 S. 113[119]). Diese Voraussetzung ist hier aber nicht gegeben. Die Einwendung der Aufrechnung mit einer die Klageforderung übersteigenden Forderung gegen den Kläger war vielmehr geeignet, die Klage zu Fall zu bringen. Die Fassung des Tatbestandes vor seiner Berichtigung zeigt auch, daß das Berufungsgericht die Einwendung der Aufrechnung in den Entscheidungsgründen bewußt unerörtert gelassen hat. Das angefochtene Urteil mußte daher aus diesem Grunde aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Revision macht weiter geltend, daß auch die Entscheidung

des Berufungsgerichts über die Einrede der Rechtshängigkeit auf einem Rechtsirrtum beruhe. Sie führt aus, es treffe nicht zu, daß dem Beklagten der Beweis für die Rechtshängigkeit obliege. Die Rechtshängigkeit sei ein verfahrensrechtlicher Zustand, der durch verfahrensrechtliche Handlungen begründet werde. Die verfahrensrechtlichen Handlungen müsse das Gericht von Amts wegen auf Grund des gesamten Akteninhalts prüfen. Der Akteninhalt unterliege nicht der Verfügung der Parteien im Rechtsstreite, so daß eine Beweispflicht für keine von ihnen in Frage kommen könne. Die Tatsache, daß die Akten des landgerichtlichen Rechtsstreits in St. vernichtet worden seien, begründe keine Beweispflicht für den Beklagten. Die vernichteten Akten hätten wiederhergestellt werden müssen. Das Berufungsgericht habe die prozeßhindernde Einrede des Beklagten nicht für unbegründet erklären dürfen, weil die Rechtshängigkeit des Wechselanspruchs aus den vorgelegten Schriftsätzen nicht mit Sicherheit zu entnehmen gewesen sei.

Über die Frage, ob die Einrede der Rechtshängigkeit zu den verzichtbaren, prozeßhindernden Einreden gehöre oder ob die Rechtshängigkeit von Amts wegen zu beachten sei, herrscht Streit. Während sich das neuere Schrifttum überwiegend auf den Standpunkt gestellt hat, daß die Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen sei (vgl. Jonas-Pohle 16. Aufl. Bem. III zu § 263 ZPO., Seuffert-Walshmann 12. Aufl. Bem. 112c zu § 263 ZPO., Baumbach 14. Aufl. Bem. 3A zu § 263 ZPO., Sauer Grundlagen des Prozeßrechts S. 499; a. M. Kleinfeller in ZRP. Bd. 56 S. 130), hat die Rechtsprechung bisher eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede angenommen (vgl. RGZ. Bd. 52 S. 179 [183], Bd. 104 S. 155 [158]; RGUrt. in SeuffArch. Bd. 60 Nr. 41, JRR. 1931 Nr. 52). In RGZ. Bd. 158 S. 145 [153] hat das Reichsgericht die Frage offen gelassen. Der Senat hat sich der Ansicht angeschlossen, daß die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu den verzichtbaren Einreden gehört, sondern daß die Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Die Einrede der Rechtshängigkeit bezweckt einmal die Verhütung widersprechender Urteile über denselben Streitgegenstand, sodann aber auch die Vermeidung einer mehrfachen Prozeßführung über denselben Streitgegenstand zu gleicher Zeit. Die Vermeidung einer solchen gleichzeitigen mehrfachen Prozeßführung dient einerseits den

Belangen der beklagten Partei, die durch die mehrfachen Rechtsstreitigkeiten belästigt wird, andererseits aber auch öffentlichen Belangen. Die gleichzeitige Verhandlung derselben Sache unter denselben Parteien in mehrfachen Verfahren bedeutet einen Mißbrauch des Rechtsschutzes und eine Vergeubung von Mühe und Zeit der Behörden (vgl. Seuffert-Walshmann aaO.). Diese öffentlichen Belange haben aber nach der Rechtsauffassung der Gegenwart, wie sie insbesondere aus dem Vorpruch zu der Zivilprozeßänderung von 1933 (RWSt. I S. 821) hervorgeht, gegenüber der Zeit, in der die angeführten, die Verzichtbarkeit der Einrede bejahenden Entscheidungen ergangen sind, eine besondere und gesteigerte Bedeutung erlangt, und der Grundsatz, daß niemand die Tätigkeit der Gerichte unnütz in Anspruch nehmen darf (vgl. RGZ. Bd. 155 S. 72 [75]), nicht einmal mit Zustimmung der Gegenpartei, muß auch bei mehrfacher Rechtshängigkeit angewendet werden. Der Revision und dem Berufungsgericht ist mithin darin beizutreten, daß die Rechtshängigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

Der Einrede der Rechtshängigkeit würde nicht entgegenstehen, daß der Kläger den Wechselanspruch vor dem Landgericht in St., wenn überhaupt, im ordentlichen Verfahren geltend gemacht hat, während er hier im Wechselverfahren vorgeht. Der Wechselgläubiger hat allerdings ein Recht darauf, seinen Anspruch in dem schnellen und die Verteidigung des Schuldners zunächst stark einschränkenden Wechselverfahren zu verfolgen. Hat er sich aber anders entschieden und den Anspruch einmal im ordentlichen Verfahren geltend gemacht, so kann er nicht mehr wegen desselben Anspruchs daneben ein Wechselverfahren einleiten, und ihm steht, wenn er das dennoch tut, die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. Dagegen vermag die verneinende Feststellungsklage, die der Beklagte bei dem Landgericht in St. gegen den Kläger erhoben hat, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu begründen. Eine verneinende Feststellungsklage betrifft schon allgemein nicht den gleichen Anspruch, wie die entsprechende Leistungsklage, und ihre Abweisung würde ein Leistungsurteil nicht entbehrlich machen. Für den vorliegenden Fall kommt noch hinzu, daß dem Kläger, wenn man die Einrede der Rechtshängigkeit zulassen wollte, durch die Klage des Beklagten auf Feststellung des Nichtbestehens des Wechselanspruchs die Geltendmachung der Wechselforderung im Wechselverfahren abgebrochen würde.

Da die Akten des Landgerichts in St. während des gegenwärtigen Rechtsstreits vernichtet worden sind, standen dem Berufungsgericht für die Feststellung, ob der Anspruch aus dem Klagewechsel dort rechtshängig war, die folgenden Unterlagen zur Verfügung (wird im einzelnen aufgeführt). Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. R., der den jetzigen Beklagten in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht in St. vertreten hat, als Beweismittel zu verwenden, weil der Beweis antritt durch die Vorlegung dieses Schreibens auf einen mittelbaren Zeugenbeweis hinauslaufen würde, der im Wechselverfahren nicht zulässig sei. Dazu ist zu bemerken, daß die von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen, und um solche handelt es sich nach dem oben vertretenen Standpunkt über die Einrede der Rechtshängigkeit auch hier, nicht unter §§ 592 und 595 ZPO. fallen. Für sie gelten die Einschränkungen der Beweismittel nicht, da eine beschränkte Nachprüfung mit ihrer unbedingten Natur nicht vereinbar ist. Dasselbe gilt übrigens nach der herrschenden Ansicht auch für die verzichtbaren prozeßhindernden Einreden (vgl. Jonas-Pohle Bem. IV zu § 595 ZPO. und Baumbach Bem. 3 zu § 595 ZPO.). Es ist daher rechtsirrig, daß das Berufungsgericht geglaubt hat, auf die im Wechselverfahren zugelassenen Beweismittel beschränkt zu sein, und daß es festgestellt hat, dem Beklagten sei der Beweis für die Rechtshängigkeit des Wechselanspruchs mit den im Wechselverfahren allein zulässigen Beweismitteln nicht gelungen, die Einrede der Rechtshängigkeit sei deshalb als im Wechselverfahren unstatthaft zurückzuweisen. Die Revision rügt das zwar nicht ausdrücklich. Ihr gesamtes Vorbringen läßt aber erkennen, daß sie die vom Berufungsgericht angenommene Beschränkung auf die im Wechselverfahren zugelassenen Beweismittel nicht gelten lassen will. Insoweit sind die Angriffe der Revision begründet.

Dagegen lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Beweisfähigkeit des Beklagten keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Prüfung von Amts wegen begründet für das Gericht nicht die Pflicht, wie im Amtsverfahren von sich aus zur Erforschung der Wahrheit tätig zu werden. Die Anregung der Prüfung bleibt weitgehend der Partei überlassen; sie kann die Prüfung nur nicht durch ihr Verhalten verhindern. Das Gericht hat sich daher auch hier auf die Prüfung des ihm vorgelegten oder offenkundigen Stoffes zu

beschränken. Es hat zwar gegebenenfalls die Parteien nach § 139 ZPO. zu Beweisantritten anzuregen, aber es hat nicht die Pflicht, durch eigene Tätigkeit die tatsächlichen Grundlagen seiner Entscheidung zu beschaffen oder über die sonst geltenden Grenzen hinaus Beweisaufnahmen anzuordnen. Die Verteilung der Beweislast, d. h. der Grundsatz, daß die Nichtaufklärung eines Tatbestandes nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften zu Lasten einer Partei geht, gilt auch hier (vgl. Jonas-Pohle Vorbem. III 4 vor § 128 ZPO.). Da das Gesetz im § 274 ZPO. zum Ausdruck gebracht hat, daß es den Hinweis auf die mehrfache gleichzeitige Rechtshängigkeit derselben Streitfache als Einrede behandelt wissen will, geht die Nichtaufklärung des Tatbestandes zu Lasten der Partei, der die Einrede zugute kommen würde, d. h. zu Lasten des Beklagten. Eine andere Auffassung würde dem Kläger den Beweis dafür aufbürden, daß der geltend gemachte Anspruch nirgends anderweit gleichzeitig anhängig sei, und damit zu praktisch nicht haltbaren Folgerungen führen.

Danach läßt sich das bisherige Ergebnis dahin zusammenfassen, daß das Berufungsgericht zwar die Beweismöglichkeiten für den Beklagten unzulässig beschränkt, das Bestehen einer Beweislast zu seinen Ungunsten aber mit Recht bejaht hat. Wenn nicht erwiesen wird, daß der Kläger mit der Widerklage vor dem Landgericht in St. den Anspruch aus dem Klagewechsel geltend gemacht hat, so ist der Beklagte beweisfällig geblieben und die Einrede der Rechtshängigkeit unbegründet. Bei dem Landgericht in St. ist ein Anspruch auf Zahlung von 25000 RM. nebst 6 v. H. Zinsen seit dem 2. Januar 1927 anhängig, und das Berufungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, daß der Kläger diesen Anspruch sowohl aus dem Wechsel wie aus dem Grundgeschäft, nämlich dem Kaufvertrag über die Aktien, herleiten konnte. Durch eine Klage aus dem Grundgeschäft würde der Anspruch aus dem Wechsel aber nicht rechtshängig geworden sein. Der Wechsel enthält ein selbständig verpflichtendes, vom Bestande des Grundgeschäfts unabhängiges Zahlungsverprechen. Der Schuldner, der einen Wechsel zahlungshalber angenommen hat, ist gegen eine doppelte Forderungnahme dadurch geschützt, daß der Gläubiger die Leistung aus dem Grundgeschäft nur gegen Rückgabe des Wechsels fordern kann; der Schuldner hat gegenüber der Forderung aus dem Grundgeschäft ein Zurückbehaltungsrecht. Die Klage aus dem Grundgeschäft und die Klage aus dem Wechsel beruhen auf verschiedenen

Klagegründen; die Einrede der Rechtshängigkeit erfordert aber Gleichheit des Klagegrundes.

Das Berufungsgericht hat im einzelnen ausgeführt, der Beklagte habe nicht beweisen können, daß mit der Widerklage der Anspruch aus dem Klagerwechsel und nicht der Anspruch aus dem Grundgeschäft geltend gemacht worden sei. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht die vernichteten Akten des Landgerichts in St. nicht hat auf Grund der Handakten der Anwälte wiederherstellen lassen. Dazu war es aber nicht verpflichtet. Wie bereits ausgeführt, begründet die Prüfung von Amts wegen für das Gericht nicht die Pflicht, durch eigene Tätigkeit die tatsächlichen Grundlagen für seine Entscheidung zu beschaffen oder über die sonst geltenden Grenzen hinaus Beweisaufnahmen anzuordnen. Das Berufungsgericht war daher nicht verpflichtet, die vernichteten Akten des Landgerichts in St. wiederherstellen zu lassen oder ihre Wiederherstellung durch dieses auf Betreiben des Beklagten abzuwarten. Die Akten konnten nur auf Grund der Handakten der Prozeßbevollmächtigten der Parteien vor dem Landgericht in St. wiederhergestellt werden. Der Kläger hat die Handakten seines Prozeßbevollmächtigten vorgelegt, und der Beklagte konnte die Handakten seines St. er Anwalts oder die ihm daraus für die Beurteilung bedeutsam erscheinenden Schriftstücke ebenfalls vorlegen; er hat das bei zwei Schriftsätzen auch getan. Die Wiederherstellung der Akten bedeutete einen unnötigen und zeitraubenden Umweg, und das Berufungsgericht hat ohne verfahrensrechtlichen Firtum davon abgesehen, zumal da es sich um ein Wechselverfahren handelte und der Eigenart dieses Verfahrens auch insoweit Rechnung zu tragen war, als eine Beschränkung in den Beweismitteln gemäß §§ 592 und 595 ZPO. nicht bestand. Die verfahrensrechtliche Rüge der Revision ist deshalb insoweit, als sie sich auf die Nichterhebung bestimmter Beweise bezieht, unbegründet, obwohl das Berufungsgericht für die Zulässigkeit der Beweismittel von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen ist. Die Rüge ist aber dadurch überholt, daß die Akten des Landgerichts in St. inzwischen wiederhergestellt sind und in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht vorgelegen haben. Da die Rechtshängigkeit nach den vorstehenden Darlegungen von Amts wegen zu prüfen ist, so hat das Revisionsgericht insoweit auch neue Tatsachen zu beachten und gegebenenfalls auch Beweise zu erheben (vgl. RGZ. Bd. 86

§. 15 [16], Bd. 150 S. 330 [334], Bd. 151 S. 43 [44]). Weder die wiederhergestellten Akten, noch die vom Berufungsgericht für seine Beweiswürdigung verwerteten Unterlagen ergeben aber, daß die Widerklage aus dem Wechsel und nicht aus dem Grundgeschäft erhoben ist. Aus den wiederhergestellten Akten läßt sich insbesondere nichts erkennen, was nicht schon aus den vom Berufungsgericht berücksichtigten Akten und einzelnen Urkunden zu entnehmen gewesen wäre (wird näher ausgeführt). Die Einrede der Rechtshängigkeit mußte daher zurückgewiesen werden, aber, da die Beschränkung des Beklagten auf die im Wechselverfahren zugelassenen Beweismittel insoweit nicht besteht, schlechthin und nicht, wie es das Berufungsgericht will, nach § 598 ZPO. als im Wechselprozeß unstatthaft. Da das Berufungsgericht eine zwingende, von Amts wegen zu beachtende Vorschrift verletzt hat, ist eine solche Änderung des Berufungsurteils auch zum Nachteil des Beklagten und Revisionsklägers zulässig.