

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

T e i l -

III ZR 130/87

### URTEIL

Verkündet am:  
16. Februar 1989  
Freitag  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma BE G [REDACTED] GmbH i.L.,  
vertreten durch den Liquidator Mario G [REDACTED],  
S [REDACTED]straße [REDACTED], N [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Vittorio R [REDACTED],  
S [REDACTED]straße [REDACTED], F [REDACTED],
2. Concetta R [REDACTED],  
S [REDACTED]straße [REDACTED], F [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

WII

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner, Dr. Halstenberg, Dr. Werp und Dr. Wurm

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 9. April 1987 wird zurückgewiesen, soweit

- a) die Beklagte auf die Klage der Klägerin zu 2 zur Herausgabe von 21 Wechseln über je 5.153,01 DM, ausgestellt von der Beklagten und von den Klägern akzeptiert, verurteilt und
- b) die Widerklage gegen die Klägerin zu 2 in Höhe von 205.931,71 DM nebst 4 % Zinsen abgewiesen ist.

Auf die Revision wird das angefochtene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte auf die Klage der Klägerin zu 2

- c) zur Zahlung von 1.722,73 DM nebst 10 % Zinsen sowie
- d) zur Freistellung der Klägerin zu 2 von Ansprüchen Dritter aus weitergegebenen Wechseln verurteilt

und

- e) die Widerklage gegen die Klägerin zu 2 in Höhe von 107.731,91 DM abgewiesen worden ist.

Wegen der Zahlungsansprüche zu c) und e) wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, soweit sie nicht den Kläger zu 1 betreffen, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Der Kläger zu 1 eröffnete am 16. Juli 1982 in F██████ bei N██████ ein italienisches Restaurant. Einrichtungsgegenstände und Waren bezog er von der verklagten GmbH. Deren Geschäftsführer und seine Ehefrau (eine Cousine des Klägers) beteiligten sich seit Sommer 1983 auch aktiv an der Leitung des Gaststättenbetriebs; die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft war geplant. Dazu kam es jedoch nicht; der Geschäftsführer der Beklagten zog sich Anfang 1984 aus dem Unternehmen des Klägers zu 1 zurück. Am 27. Februar 1984 unterzeichneten der Kläger zu 1 und seine Ehefrau, die Klägerin zu 2, ein Schuldanerkenntnis gegenüber der Beklagten über 535.353,45 DM "aus Warenlieferungen und Leistungen". Der Schuldbetrag ergab sich aus einer vom Geschäftsführer der Beklagten gefertigten Zusammenstellung. Bei einer weiteren Besprechung am 7. März 1984 wurde dem Kläger zu 1 vom Geschäftsführer der Beklagten eine neue Aufstellung über deren Forderungen und ein mit "Anerkennung und Berichtigung d. Aufstellung vom 27.2.1984" überschriebenes Schriftstück vorgelegt, das der Kläger zu 1 unterzeichnete. Am 9. März 1984 gaben die Kläger auch noch ein notarielles Schuldanerkenntnis ab, nach dem sie der Beklagten 535.353,45 DM und deren Geschäftsführer persönlich weitere 107.210,-- DM schuldeten. Zugleich verkauften die Kläger der Beklagten ein Wohnanwesen in Italien, erklärten die Auflassung und ermächtigten den Geschäftsführer der Beklagten, die Eigentumsumschreibung in Italien auf ihre Kosten vornehmen zu lassen. Der Kaufpreis, der vorläufig mit 412.500,-- DM beziffert wurde, sollte mit der anerkannten Schuld



verrechnet werden. Für den Schuldrest nebst Zinsen und Spesen akzeptierten die Kläger 36 Monatswechsel über je 5.153,01 DM, von denen der Kläger zu 1 in der Folgezeit 15 (Gesamtbetrag 77.295,15 DM) einlöste. Außerdem zahlte er weitere 4.000,-- DM an die Beklagte.

Mit Schreiben vom 20. Juni 1984 fochten die Kläger sämtliche Schuldanerkenntnisse und den Kaufvertrag vom 9. März 1984 wegen arglistiger Täuschung an. Nach ihrer Auffassung haben sie bereits mehr an die Beklagte gezahlt, als sie ihr schuldeten. Auf ihre Klage hat das Landgericht festgestellt, daß das notarielle Schuldanerkenntnis vom 9. März 1984 und der Grundstückskaufvertrag nichtig sind, und die Beklagte verurteilt, an die Kläger 1.722,73 DM nebst 10 % Zinsen ab 25. April 1986 zu zahlen, ferner 21 Wechsel über je 5.153,01 DM herauszugeben und "für den Fall, daß die Beklagte die Wechsel weitergegeben hat," die Kläger von den Wechselansprüchen Dritter freizustellen. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen und die auf Zahlung von 313.663,62 DM nebst 4 % Zinsen gerichtete Hilfswiderklage nicht zugelassen. Dagegen hat die Beklagte Revision eingelegt. Deren Annahme hat der Senat abgelehnt, soweit sich das Rechtsmittel gegen die Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Schuldanerkenntnisses und des Kaufvertrags vom 9. März 1984 richtet. Im übrigen, also insoweit, als die Beklagte sich gegen die Abweisung ihrer Hilfswiderklage und ihre Verurteilung gemäß den Leistungsanträgen der Kläger wendet, ist die Revision angenommen worden (Senatsbeschluß vom 30. Juni 1988).

Über das Vermögen des Klägers zu 1 ist - wie dem Senat erst am 4. Januar 1989 bekannt geworden ist - bereits am 1. Juni 1987 das Konkursverfahren eröffnet worden.

Entscheidungsgründe:

Da das Verfahren hinsichtlich des Klägers zu 1 gemäß § 240 ZPO unterbrochen ist, war über die Revision, soweit sie der Senat angenommen hat, nur insoweit - durch Teilurteil - zu entscheiden, als das Verfahren die Klägerin zu 2 betrifft. Das Rechtsmittel ist insoweit zum Teil unbegründet; im übrigen führt es zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und teilweise zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei gemäß §§ 812 ff BGB verpflichtet, die aufgrund der nichtigen Schuldanerkenntnisse gegebenen Wechsel zurückzugeben und die Kläger insoweit von Forderungen Dritter freizustellen.

Zur Begründung der den Klägern zuerkannten Forderung von 1.722,73 DM wegen Überzahlung hat das Berufungsgericht auf die Entscheidungsgründe des Landgerichts verwiesen. Danach sind auf die zur Zeit der Abrechnung im Februar/März 1984 bestehende Forderung der Beklagten in Höhe von 551.112,18 DM von den Klägern inzwischen bereits insgesamt 552.834,91 DM gezahlt worden.

Die Eventualwiderklage der Beklagten hat das Berufungsgericht für nicht sachdienlich angesehen, weil der ansonsten entscheidungsreife Prozeß durch die erforderlichen Beweiserhebungen verzögert würde.

Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

## II.

1. Mit Recht rügt die Revision die Nichtzulassung der Hilfswiderklage als verfahrensfehlerhaft.

a) Zulässigkeitsbedenken gegen die b e d i n g t e Erhebung der Widerklage bestehen nicht. Der Hauptantrag der Beklagten auf Abweisung der Feststellungsklage und der Widerklageantrag stehen in einem echten Eventualverhältnis (vgl. BGHZ 21, 13; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 47. Aufl. Anh. § 253 Anm. 2 B m.w.Nachw.): Bei Abweisung des Feststellungsantrags hätte sich die Beklagte weiter auf das notarielle Schuldanerkenntnis stützen können und keines anderen Vollstreckungstitels gegen die Kläger bedurft. Für den - inzwischen eingetretenen - Fall jedoch, daß gemäß dem Klageantrag die Nichtigkeit des Schuldanerkenntnisses festgestellt wird, muß der Beklagten die prozessuale Möglichkeit zugestanden werden, im Wege der Widerklage einen neuen Zahlungstitel zu erstreiten.

b) Die Widerklage ist jedoch, wenn sie - wie hier - erst im Berufungsrechtszuge erhoben wird und der Gegner

nicht einwilligt, gemäß § 530 Abs. 1 ZPO nur zuzulassen, wenn die Geltendmachung des Widerklageanspruchs im anhängigen Verfahren dem Berufungsgericht sachdienlich erscheint. Diese Voraussetzung durfte hier nicht mit der Begründung verneint werden, der ansonsten entscheidungsreife Prozeß würde durch die erforderlichen Beweiserhebungen verzögert. Wenn das Berufungsgericht für die Entscheidung über die Widerklage noch Beweiserhebungen für notwendig hielt, durfte es auch dem Zahlungsantrag der Kläger noch nicht stattgeben. Dieser Zahlungsantrag konnte nämlich nur Erfolg haben, wenn die - aufgrund der Nichtigkeit des Schuldanerkenntnisses notwendig werdende - neue Gesamtabrechnung aller von beiden Seiten erbrachten Leistungen und Zahlungen einen entsprechenden Saldo zugunsten der Kläger ergab. Dann aber schied ein Saldo zugunsten der Beklagten notwendigerweise aus. Die Widerklage ist auf Zahlung einer Verbindlichkeit gerichtet, deren Nichtbestehen Voraussetzung des Klageantrags auf Zahlung ist. Wenn das Berufungsgericht diesen Klageantrag für entscheidungsreif im Sinne einer Verurteilung der Beklagten hielt, hätte es zugleich auch den Zahlungsantrag der Beklagten für abweisungsreif erachten, die Widerklage deshalb zulassen und sachlich über sie befinden müssen.

2. Zur Zulassung und Abweisung der Widerklage ist in Ausnahmefällen auch das Revisionsgericht befugt, wenn die vom Berufungsgericht zur Klage getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei sind und eine Endentscheidung rechtfertigen (BGHZ 33, 398, 401). Das ist hier jedoch nur zum Teil der Fall. Die vom Berufungsgericht der Entscheidung über die Klage zugrundegelegte Abrechnung über die beiderseitigen

Leistungen und Ansprüche, aus der sich ein Saldo von 1.722,73 DM zugunsten der Kläger ergibt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

Soweit Landgericht und Oberlandesgericht die bei der Abrechnung zu berücksichtigenden **Z a h l u n g e n** der **K l ä g e r** mit insgesamt (471.539,76 + 77.295,15 + 4.000,-- =) 552.834,91 DM beziffert haben, entspricht das dem übereinstimmenden Parteivorbringen im Berufungsrechtszuge.

Der Streit beschränkt sich darauf, in welcher Höhe diesen Zahlungen **A n s p r ü c h e** der **B e k l a g t e n** gegenüberstanden: Während die Vorinstanzen diese Ansprüche - dem Vorbringen der Kläger folgend - mit 551.112,18 DM beziffert haben, hat die Beklagte zur Begründung der Widerklage ihre eigenen Forderungen aus der Zeit bis zur Abgabe des Schuldanerkenntnisses mit insgesamt 811.348,89 DM berechnet und für die Zeit danach Zinsen von 55.149,64 DM angesetzt. Für die insoweit streitigen Einzelpositionen gilt folgendes:

a) Bei den Leistungen der Beklagten hat das Berufungsgericht deren über 58.881,-- DM lautende Rechnung Nr. 041 nur in Höhe von 8.000,-- DM berücksichtigt, weil die Beklagte Art und Umfang der erbrachten Zusatzleistungen nicht hinreichend spezifiziert dargetan habe. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe insoweit die Darlegungs- und Beweislast verkannt, greift nicht durch. Da sich die Beklagte auf das nichtige Schuldanerkenntnis nicht mehr stützen

konnte, mußte sie, wenn die streitige Rechnung bei der Abrechnung in vollem Umfang berücksichtigt werden sollte, im einzelnen darlegen und beweisen, für welche Zusatzleistungen sie mehr als 8.000,-- DM verlangen konnte. Die Kläger haben eine solche Forderung weder im vorprozessualen Schreiben ihres Anwalts vom 20. Juni 1984 noch im Schriftsatz vom 29. September 1986 anerkannt. Zum Beweise reichte die Zeugen aussage G., auf die sich die Revision beruft, inhaltlich nicht aus, weil auch sie die vom Berufungsgericht vermißten Einzelangaben nicht enthält.

b) Erfolglos bleibt die Revision auch, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht der Beklagten für die Tätigkeit ihres Geschäftsführers und seiner Ehefrau nicht die geforderte Vergütung von 82.957,50 DM zugebilligt hat. Auch insoweit kann sich die Beklagte nicht mehr auf das nichtige Schuldanerkennntnis stützen. Zur Begründung des geforderten Betrags waren in den Erklärungen vom 7. März 1984 zunächst Leistungen des Geschäftsführers in der Zeit vom Dezember 1981 bis Mai 1983 angeführt worden. Nunmehr beruft sich die Beklagte darauf, es handele sich um die Vergütung für die ab Sommer 1983 im Betrieb des Klägers geleistete Mitarbeit. Diese Tätigkeit erfolgte unstreitig in der Absicht, eine Gesellschaft zur gemeinsamen Fortführung des Gaststättenbetriebs zu gründen. Nachdem der Geschäftsführer der Beklagten diese Absicht aufgegeben und sich aus dem Unternehmen zurückgezogen hatte, kann sich die Beklagte nunmehr nicht darauf berufen, sie habe gemäß § 612 BGB mit den Klägern stillschweigend eine Vergütung vereinbart.

c) Ohne Erfolg fordert die Revision auch die Berücksichtigung von Reise-, Notarkosten, Gebühren, Übersetzer- und Sachverständigenkosten in Höhe von 78.550,91 DM. Diesen Abrechnungsposten hatte die Beklagte bereits in der Berufungsinstanz modifiziert und in der Begründung ihrer Widerklage durch folgende Beträge ersetzt:

|                                   |               |
|-----------------------------------|---------------|
| "Kosten für Grundstück in Italien | DM 43.275,40  |
| Verluste Deltastil                | DM 28.877,81" |

Für einen Ersatz der Grundstücksüberschreibungskosten fehlt, nachdem die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages feststeht, jede Rechtsgrundlage. Die Position "Verluste Deltastil" ist nicht näher begründet worden, obwohl die Kläger diese Forderung in ihrer Widerklageerwiderung nach Grund und Höhe bestritten und ungenügende Substantiierung gerügt hatten.

Die zu a) bis c) erörterten Anspruchspositionen in Höhe von insgesamt (50.881,-- + 82.957,50 + 43.275,40 + 28.877,81 =) 205.991,71 DM hat das Berufungsgericht somit bei seiner Gesamtabrechnung zu Recht unberücksichtigt gelassen. Da die Beklagte andererseits in ihrer Forderungsaufstellung zur Begründung der Widerklage ihre Warenlieferungen mit 601.933,18 DM um 60,-- DM niedriger angesetzt hat als die Kläger (in der Klagebegründung wie in der Berufungserwiderung), erweist sich im Ergebnis die Widerklage jedenfalls in Höhe von (205.991,71 - 60,-- =) 205.931,71 DM nebst Zinsen als abweisungsreif.

d) Dagegen ist die Sache hinsichtlich des Restbetrags der Widerklage von (313.663,62 - 205.931,71 =) 107.731,91 DM nebst Zinsen wie auch des Zahlungsklagebetrags von 1.722,73 DM noch nicht entscheidungsreif. Insoweit hat die Beklagte in ihrer Widerklagebegründung **Z i n s a n - s p r ü c h e** geltend gemacht, nämlich 54.305,-- DM für die Zeit von Juni 1983 bis 15. April 1984 und 55.149,64 DM für die Zeit danach. Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht der Beklagten diese Zinsansprüche vollständig versagt hat.

Als Anspruchsgrundlage scheidet zwar das nichtige Schuldanerkenntnis aus. Selbst wenn auch unabhängig davon keine Zinsvereinbarung getroffen worden sein sollte, kommen doch zumindest Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB in Betracht; als Gastwirt war der Kläger zu 1 Kaufmann gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB (BGHZ 70, 132, 134). Nach dem eigenen Vortrag der Kläger standen der Beklagten noch im Februar/ März 1984 Ansprüche in Höhe von (551.112,18 - 471.539,76 =) 79.572,42 DM zu, die erst im Laufe der Folgezeit durch Einlösung der Wechsel und Zahlung von 4.000,-- DM getilgt wurden.

Wegen des Zahlungsantrags der Klägerin zu 2 und der gegen sie gerichteten Widerklage in Höhe von restlichen 107.731,91 DM war das angefochtene Urteil daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dort wird nicht allein die Höhe der Zinsansprüche, sondern auch zu prüfen sein, ob überhaupt eine Mitberechtigung und -verpflichtung

der Klägerin zu 2 begründet ist, nachdem die Nichtigkeit des Schuldanerkenntnisses feststeht. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Kläger zu 1 die Gaststätte, für die die Warenlieferungen der Beklagten bestimmt waren, eröffnet und die Zahlungen an die Beklagte geleistet.

3. Ohne Erfolg bleibt die Revision, soweit sie sich dagegen wendet, daß Landgericht und Oberlandesgericht die Beklagte gemäß dem Antrag der Klägerin zu 2 zur Herausgabe von 21 Wechseln an die Kläger verurteilt haben.

Vergeblich rügt die Beklagte insoweit einen Verstoß gegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, weil die herauszugebenden Wechsel ohne Angabe des Ausstellungsdatums nicht bestimmt genug bezeichnet seien. Das Berufungsgericht durfte - mangels gegenteiligen Parteivorbringens - davon ausgehen, daß überhaupt nur noch die - nach Wechselsumme, Aussteller und Akzeptanten bezeichneten - 21 Wechsel existieren. Dann aber ist die fehlende Angabe des Ausstellungsdatums unschädlich.

Materiell ist die Beklagte gemäß § 812 BGB zur Herausgabe der Wechsel an die Klägerin zu 2 und den insoweit an die Stelle des Klägers zu 1 getretenen Konkursverwalter verpflichtet. Die von den Klägern akzeptierten Wechsel sollten - wie sich aus Nr. V 3 des notariellen Schuldanerkenntnisses vom 9. März 1984 ergibt - zur Tilgung der in dem abstrakten Schuldanerkenntnis begründeten Forderung dienen. Da das Schuldanerkenntnis nichtig ist, muß die Beklagte die Wechsel an die Akzeptanten herausgeben.

Neben der Verurteilung zur Herausgabe der 21 Wechsel scheidet eine Verurteilung der Beklagten zur Freistellung der Kläger von Wechselansprüchen Dritter aus. Der hierauf gerichtete Klageantrag sollte - wie die Prozeßbevollmächtigte der Kläger in der Revisionsverhandlung klargestellt hat - nur hilfsweise für den Fall gestellt werden, daß sich die Beklagte zur Abwehr des Herausgabeanspruchs auf eine Weitergabe der Wechsel berufen und der Hauptantrag deswegen nicht durchdringen würde. Das ist nicht geschehen. Die Verurteilung zur Freistellung war daher ersatzlos aufzuheben.

Krohn

Kröner

Halstenberg

Werp

Wurm