

76

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 148/73

URTEIL

Verkündet am
8. Januar 1976
Groß,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Gisela D. [REDACTED], B. [REDACTED],
S. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. die Hausfrau Gerda H. [REDACTED],
2. den Arbeiter Dieter H. [REDACTED],
3. den Arbeiter Kurt H. [REDACTED],

sämtlich wohnhaft in Z. [REDACTED] bei B. [REDACTED], S. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED].

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1976 durch die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz, Lohmann und Kröner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 13. Juli 1973 wird zurückgewiesen, jedoch wird das Berufungsurteil im ersten Absatz seines Urteilsausspruchs wie folgt gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 30 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 25. Mai 1972 zu zahlen, und zwar auf das Treuhandkonto Nr. 40/8 [REDACTED]/9 [REDACTED] bei der Bank für Handel und Industrie AG.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsrechtszuges.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Eheleute P [REDACTED] gewährten dem inzwischen aus dem Rechtsstreit ausgeschiedenen Ehemann der Beklagten am 1. April 1968 ein mit 5 % verzinsliches Darlehen in Höhe von 30 000 DM. Dieser betrieb damals in B [REDACTED] als Einzelhandelskaufmann unter der Firma

"Holländische Kaffee-Lagerei Paul J. [REDACTED]" ein Lebensmittelgeschäft mit mehreren Filialen. Eine davon befand sich am S. [REDACTED]weg. Städtebauliche Maßnahmen veranlaßten den Ehemann der Beklagten im Jahre 1967, mehrere Filialen aufzugeben. Ein als Ersatz eröffneter Supermarkt mußte im November 1968 geschlossen werden. Das Amtsgericht Charlottenburg lehnte am 27. November 1968 die Eröffnung eines Konkurses mangels Masse ab. Am 24. April 1970 wurde das Unternehmen im Handelsregister gelöscht.

Am 2. Mai 1970 eröffnete die Beklagte, die gelernte Einzelhandelskauffrau ist und vorher als Angestellte bei ihrem Ehemann gearbeitet hatte, in den Geschäftsräumen im S. [REDACTED]weg ein neues im Handelsregister eingetragenes Lebensmittelunternehmen unter der Firma Gisela D. [REDACTED]. Ihr Ehemann ist bei ihr angestellt. Sein Gehalt ist bis zur Pfändungsgrenze von dritten Gläubigern gepfändet.

Im April 1970 geriet der Ehemann der Beklagten mit der Entrichtung der Darlehenszinsen an die Eheleute P. [REDACTED] in Verzug. Nach mehreren Mahnungen sprachen deshalb die Eheleute gemeinsam im Mai 1970 und der Ehemann P. [REDACTED] allein im September 1970 im Geschäft vor. Der Inhalt der Unterredungen ist streitig.

Mit einem anwaltlichen Schreiben vom 27. Oktober 1970 forderten die Eheleute P. [REDACTED] den Ehemann der Beklagten auf, den Darlehensvertrag auch von der Beklagten unterzeichnen zu lassen. Das wurde abgelehnt. Um die Jahreswende 1970/71 erwirkten die Eheleute P. [REDACTED] gegen den Ehemann der Beklagten einen vollstreckbaren



Zahlungsbefehl über einen Teilbetrag von 3 000 DM. Die am 11. Februar 1971 bei dem Schuldner versuchte Pfändung verlief fruchtlos.

Am 1. Mai 1971 traten die Eheleute P. ihre Ansprüche aus dem Darlehensvertrag an die drei Kläger ab, die ihre Tochter, ihr Schwiegersohn und ihr Enkel sind. Mit Schreiben vom 23. November 1971 kündigten die Kläger gegenüber der Beklagten und ihrem Ehemann einen weiteren Teilbetrag von 3 000 DM zur Zahlung binnen drei Tagen und das restliche Darlehen zum 25. Mai 1972. Am 15. Januar 1972 formulierten die Eheleute P. auf anwaltlichen Rat die Abtretung neu und übertrugen nunmehr den Klägern "sämtliche in Betracht kommende Ansprüche aus Anlaß des Herrn Günter D. gewährten Darlehens und dessen Geschäftsübergabe" an die Beklagte "sowie die Ansprüche aus deren Haftungserklärung für das Darlehen".

Die Kläger haben vorgetragen, auch die Beklagte sei zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet. Im Mai 1970 habe sie den Eheleuten P. erklärt, sie sei Inhaberin des Geschäfts geworden, damit die Gläubiger ihres Ehemannes herausgehalten würden. Sie habe nicht widersprochen, als ihr Ehemann auf die Frage nach dem Schicksal des Darlehens geantwortet habe, die Eheleute P. brauchten sich keine Sorgen zu machen, das Geld stecke in der Ware. Bei der Mahnung des Ehemannes P. im September 1970 habe die Beklagte ihn wegen der unregelmäßigen Zinszahlungen beruhigt und erklärt, er bekomme auf jeden Fall sein Geld, da auch sie dafür einstehe.

Nach rechtskräftiger Verurteilung des Ehemannes der Beklagten zur Zahlung von weiteren 27 000 DM nebst Zinsen haben die Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtschuldnerin mit ihrem Ehemann 30 000 DM nebst 5 % Zinsen seit Klagerhebung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen: Sie habe gegenüber den Eheleuten P. weder erklärt, sie wolle für das Darlehen einstehen, noch, sie habe das Geschäft nur übernommen, um die Gläubiger herauszuhalten. Bei seinem zweiten Besuch sei der Ehemann P. im Laden ausfällig geworden. Sie habe ihn beruhigen und vertrösten wollen. Bei den Gesprächen mit den Eheleuten P. sei es stets nur um die Zinsen des Darlehens gegangen. Die Forderung sei nur zum Schein abgetreten worden, was auch daraus hervorgehe, daß das dem Ehemann P. am 29. September 1970 zum treuhänderischen Empfang des Darlehens einschließlich Zinsen genehmigte Treuhand-Konto-Nr. 4/8/9 bei der Bank für Handel und Industrie AG auf seinen und nicht den Namen der Kläger laute.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Beklagte als Gesamtschuldnerin mit ihrem Ehemann zur Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen "an die Kläger auf deren Treuhandkonto" verurteilt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Kläger bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Den Klägern stehe aus abgetretenem Recht auch gegenüber der Beklagten auf Grund des zwischen ihr und dem - dabei auch für seine Ehefrau handelnden - Ehemann P. im Jahre 1970 geschlossenen Schuldmitübernahmevertrages ein Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 30 000 DM nebst Zinsen zu. Der Schuldbeitritt sei durch die Zeugenaussage des Ehemannes P. bewiesen. Dieser sei - anders als der ebenfalls als Zeuge vernommene Ehemann der Beklagten - glaubwürdig. Dagegen bleibe die Aussage der Ehefrau P. außer Betracht, weil zweifelhaft sei, ob sie sich an die von ihr mitgehörten Gespräche richtig erinnere und die Tragweite ihrer Bekundungen voll übersehe.

Die Beklagte habe danach dem Ehemann P. schon im April 1970 fernmündlich versprochen, "für das Geld einzustehen", und habe dies bei dem Besuch der Eheleute P. im Mai 1970 bestätigt. Mit diesen Äußerungen habe die Beklagte rechtsverbindlich angeboten, der Darlehensschuld ihres Ehemannes als weitere Schuldnerin beizutreten. Sie habe damit erreichen wollen, daß der Ehemann Pfeil seine für sie und ihren Ehemann peinlichen und den Betrieb des Geschäftes störenden Mahnungen vor der Kundschaft unterlasse. Daneben habe sie

auch wegen der wirtschaftlich auf ihr lastenden Aufbringung der Zinsen ein Interesse daran gehabt, für die Rückzahlung des Darlehens einzustehen.

Für die Wirksamkeit der vom Ehemann P. stillschweigend erklärten Annahme des Angebots sei es unerheblich, ob er das als Inhaber der Darlehensforderung oder als Vertreter der Kläger getan habe. Die Abtretung sei ernstlich gewollt gewesen, wie schon die Einrichtung des Treuhandkontos zeige. Sie sei auch nicht etwa deshalb nichtig, weil die Kläger es sich dadurch ermöglicht hätten, die Eheleute P. als Zeugen zu benennen.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

II.

Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht die Kläger rechtsfehlerfrei auf Grund der Abtretung (§ 398 BGB) als Inhaber der Klagforderung angesehen. Daß die Zession tatsächlich und auch inhaltlich ausreichend bestimmt erklärt worden ist, stellt die Revision nicht in Frage. Sie wendet vielmehr ein, die Abtretung sei als Scheingeschäft nichtig, weil sie nur erklärt worden sei, damit die Eheleute P. als Zeugen auftreten könnten, und beanstandet, das Berufungsgericht habe nicht erwogen, daß eine Abtretung hier ganz unwahrscheinlich sei. Danach hätten nämlich auf das Geld selbst dringend angewiesene "Westgläubiger" eine Forderung an im "Osten" ansässige Personen abgetreten.

85

Diese Rügen sind nicht begründet. Bei einem Scheingeschäft wird einverständlich nur der äußere Schein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen, die mit seinem Abschluß verbundene Rechtswirkung soll dagegen nicht eintreten (BGHZ 36, 84, 88). Einen derartigen Sachverhalt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ihm lagen der Genehmigungsbescheid der Landeszentralbank in Berlin vom 29. September 1970 mit den darauf vermerkten Erklärungen und die Urkunden über die Abtretungen vom 1. Mai 1971 und vom 15. Januar 1972 vor. Danach haben die Eheleute P. alle mit dem Darlehensanspruch zusammenhängenden Rechte den Klägern "im Vorgriff auf die Erbschaft" übertragen und sich bis zu ihrem Lebensende die Zinseinkünfte vorbehalten. Daß das Berufungsgericht diese Tatsachen bei seiner Würdigung außer acht gelassen hat, ist nicht ersichtlich. Wenn es festgestellt hat, die Übertragung der Rechte aus dem Darlehensvertrag sei wirklich gewollt gewesen, ist dagegen aus Rechtsgründen nichts einzuwenden.

Es kann sich daher nur fragen, ob eine Abtretung nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist, wenn sie auch dazu dienen soll, dem bisherigen Rechtsinhaber im Prozeß um die Forderung die Stellung als Zeuge zu verschaffen. Das ist zu verneinen. Das Gesetz schließt eine solche Zession nicht aus. Der Zedent nutzt mit der Abtretung grundsätzlich nur eine Möglichkeit aus, die ihm das Gesetz gewährt. Die prozessuale Stellung des Schuldners muß dadurch nicht untragbar erschwert werden. Das regelmäßig starke Interesse des Zedenten am Ausgang des Rechtsstreits kann und muß bei der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO berücksichtigt werden. Das hat das Berufungsgericht getan. Auch wird gerade in solchen Fällen eine

Gegenüberstellung des Zeugen mit dem Schuldner und dessen Anhörung oder gegebenenfalls auch Vernehmung geboten sein. Mit diesen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten kann im allgemeinen den Folgen einer solchen Abtretung angemessen Rechnung getragen werden (RGZ 81, 160, 161; OLG Nürnberg VersR 1969, 46). Eine solche Zession ist allerdings wegen Sittenwidrigkeit nichtig, wenn die daran Beteiligten wissen, daß die Forderung in Wahrheit nicht besteht und sie diese mit Hilfe einer unwahren Aussage des Zedenten bei Gericht durchsetzen wollen. Einen derartigen Sachverhalt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

III.

Das Berufungsgericht hat seinen Ausführungen weitgehend die vom Ehemann P. im zweiten Rechtszug gemachte Aussage zugrunde gelegt. Hierzu rügt die Revision, es hätte die Bekundung der Ehefrau P. und damit im Ergebnis auch den Widerspruch zwischen ihrer und der Aussage ihres Ehemannes über die Vorgänge bei dem Besuch in dem Geschäft der Beklagten im Mai 1970 nicht mit der Begründung außer Betracht lassen dürfen, die Zeugin übersehe die Tragweite ihrer Bekundungen nicht voll.

Diese Rüge muß erfolglos bleiben. Zu den bei der Würdigung einer Zeugenaussage nach § 286 ZPO bedeutsamen Faktoren zählt auch, ob der Zeuge in der Lage ist, die Bedeutung der Vorgänge zu erkennen, über die er aussagen soll, d.h., ob er ihre Tragweite überblickt. Das Berufungsgericht hat von einer Verwertung der Aussage Frau P. auch deshalb Abstand genommen, weil sich die Zeugin nur mit großer Mühe an Einzelheiten des

in ihrer Gegenwart geführten Gesprächs erinnert habe. Wie die Revision nicht bezweifelt, kann ein Gericht einen solchen Umstand bei der Würdigung einer Aussage berücksichtigen und sie deshalb nach seinem persönlichen Eindruck als unverwertbar ansehen.

Im übrigen hat Frau P. nach der Sitzungsniederschrift nicht bekundet, der Ehemann der Beklagten sei zugegen gewesen, als diese erklärt habe, sie werde für das "Geld geradestehen". Danach besteht zwischen ihren und den Angaben ihres Ehemannes auch nicht der von der Revision behauptete Widerspruch.

IV.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte an der Übernahme der Darlehensschuld wirtschaftlich nicht interessiert gewesen sei, es habe daher zu Unrecht eine Haftung der Beklagten auf Grund eines Schuldbeitritts angenommen, ist nicht geeignet, den Bestand des angefochtenen Urteils zu erschüttern, weil die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung der Darlehenssumme nebst Zinsen im Ergebnis zutrifft (§ 563 ZPO).

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Beklagte gegenüber dem Ehemann P. erklärt hat, sie stehe für das Geld ein. Es hat diese Äußerung nicht nur auf die Zinsen, sondern auch auf das Kapital des Darlehens bezogen. Entgegen den Bedenken der Revision ist eine solche Würdigung nach den von dem Berufungsgericht festgestellten Umständen möglich. Sie muß daher im Revisionsrechtszug zugrunde gelegt werden.

Allerdings kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, daß insoweit etwa bestehende Unklarheiten zu Lasten der Beklagten gingen. Die Voraussetzungen für die Haftung des Schuldners hat nach allgemeinen Beweisregeln der ihn in Anspruch nehmende Gläubiger darzulegen und im Streitfall zu beweisen. Diese rechtsirrigte Erwägung des Berufungsgerichts erschüttert den Bestand des angefochtenen Urteils jedoch nicht, weil sie erkennbar hilfsweise, nur zur Absicherung der schon gebildeten Überzeugung, angestellt worden ist.

2. Wenn jemand für die Verbindlichkeit eines anderen "einstehen" will, kann damit die Übernahme einer Bürgschaft, ein Schuldbeitritt oder, was hier im übrigen ausscheidet, das Versprechen einer Garantie gemeint sein. Was im Einzelfall gewollt ist, muß durch Auslegung ermittelt werden.

a) Bei der im Gesetz nicht geregelten, nach § 305 BGB aber zulässigen Schuldmitübernahme verpflichtet sich der Übernehmer durch Vertrag mit dem Gläubiger oder dem Schuldner, künftig als Gesamtschuldner mit für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen (BGH in WM 1975, 451, 452 und 916). Seine Verpflichtung richtet sich nur im Zeitpunkt ihrer Entstehung nach der alten Schuld, danach entwickelt sie sich selbständig nach den Regeln der Gesamtschuld (BGH in WM 1968, 1200, 1201 = NJW 1968, 2332). Die Bürgschaft soll dagegen eine Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner sichern, für sie ist daher nach § 767 BGB der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Da sich Bürgen nicht selten in der Erwartung ver-

82

pflichten, nicht in Anspruch genommen zu werden, bestimmt das Gesetz zu ihrem Schutz, daß die Bürgschaftserklärung schriftlich erteilt werden muß, § 766 BGB. Der Schuldbeitritt ist dagegen nicht formbedürftig, weil der Beitretende als Gesamtschuldner mit seiner unmittelbaren Inanspruchnahme rechnen muß (Soergel/Siebert/R.Schmidt, BGB 10. Aufl. vor § 414 Bem. 8 mit weiteren Nachweisen).

b) Ob die Interessenlage der Beklagten hier entscheidend gegen die Annahme eines Schuldbeitritts spricht, wie die Revision meint, kann offenbleiben. Angesichts des vom Berufungsgericht festgestellten ernstlichen Willens der Beklagten, für die Rückzahlung des von ihrem Ehemann aufgenommenen Darlehens auch selbst einzustehen, haftet die Beklagte - wenn Schuldbeitritt ausscheidet - jedenfalls aus Bürgschaft. Dieses Rechtsgeschäft bedurfte nicht der Schriftform (§ 766 BGB), weil die Erklärung sich als Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns darstellt (§§ 343, 350 HGB).

Kraft der unstreitigen Eintragung der Firma der Beklagten im Handelsregister ist nach § 5 HGB davon auszugehen, daß sie ihr Gewerbe als Vollkaufmann betrieben hat. Fraglich kann daher nur sein, ob die Übernahme der Bürgschaft für sie ein Handelsgeschäft war. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören (§ 343 Abs. 1 HGB). Dazu gehören nicht nur die für dieses Handelsgewerbe üblichen, dafür typischen Geschäfte, sondern alle Geschäfte, die auch nur mittelbar auf das Handelsgewerbe sich beziehen, mit ihm in einem auch nur entfernten, lockeren Zusammenhang stehen (BGH LM HGB § 406 Nr. 1). Dazu rechnen auch freigebige Rechtsakte,

sofern nicht etwa aus ihrem Inhalt oder aus sonstigen Umständen hervorgeht, daß sie außerhalb des Gewerbebetriebs abgeschlossen sind (RGZ 29, 11, 13; Ratz in HGB-RGRK 3. Aufl. § 343 Anm. 3). Solche Tatsachen bringt die Revision nicht vor.

Möglichen Zweifeln über die Zugehörigkeit eines Geschäfts zum Betrieb eines Handelsgewerbes begegnet die in § 344 Abs. 1 HGB enthaltene Vermutung.

Danach gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig. Diese Vermutung ist erst widerlegt, wenn feststeht, daß das von dem Kaufmann eingegangene Geschäft, auch für den Geschäftsgegner erkennbar, nicht dem Betrieb seines Handelsgewerbes dienen sollte (OLG Köln, MDR 1972, 865; Ratz aaO § 344 Anm. 4; Baumbach/Duden, HGB 21. Aufl. §§ 344 bis 345 Anm. 2 C). Das kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schon deshalb nicht angenommen werden, weil sich für den Geschäftsgegner die Erklärung der Beklagten auf Verbindlichkeiten des von ihr "übernommenen" Geschäfts bezog. Daß eine Übernahme im Sinne von § 25 HGB nicht stattgefunden hat, steht nicht entgegen. Im übrigen wird der Bezug der Erklärung auf das Unternehmen der Beklagten nicht dadurch beseitigt, daß die Übernahme einer Bürgschaft möglicherweise den Interessen dieses Unternehmens wenig oder nicht entsprach (vgl. Ratz aaO § 343 Anm. 3).

3. Für die Entscheidung über das Zahlungsbegehren ist es nicht von Bedeutung, ob die Beklagte den Klägern aus Schuldbeitritt oder aus Bürgschaft haftet. Auch als Bürge steht der Beklagten die Einrede der Vor-

ausklage nicht zur Verfügung, weil die Bürgschaft für sie ein Handelsgeschäft ist (§§ 343, 349 HGB). Im übrigen sind nach dem Parteivorbringen seit Mai 1970 keine Umstände eingetreten, die zwar für einen Bürgen, nicht aber für einen Gesamtschuldner rechtlich bedeutsam wären (vgl. §§ 423, 425, 767 BGB).

V.

Die Revision rügt vergeblich, das Berufungsgericht habe die Beklagte, entgegen dem Klagantrag und ohne sie zu hören, zur Zahlung auf ein Treuhandkonto verurteilt, das nicht den Klägern, sondern dem Ehemann P. zustehe.

Eine etwa in dem angefochtenen Urteil enthaltene Abweichung vom Klagantrag zu Lasten der Kläger (§ 308 Abs. 1 ZPO) könnte nur diese, nicht aber die Beklagte beschweren.

Die Verurteilung zur Zahlung auf ein Treuhandkonto gründet sich auf den Wohnsitz der Kläger in der Deutschen Demokratischen Republik (vgl. dazu die Nachweise bei Baumbach/Lauterbach-Albers/Hartmann, ZPO 34. Aufl. Schlußanhang IV B I B). Sie ist für sich nicht geeignet, Rechte der Beklagten zu schmälern.

Die Verurteilung zur Leistung auf dieses Konto würde die Beklagte allerdings beschweren, wenn zweifelhaft wäre, ob sie dadurch von den Verpflichtungen gegenüber den Klägern befreit würde. Entgegen der Mei-

nung der Revision sind solche Zweifel nicht deshalb begründet, weil das Treuhandkonto von dem Ehemann P. errichtet worden ist und auf seinen Namen lautet. Ihm ist lediglich die devisenrechtliche Ermächtigung erteilt worden, die den Klägern zustehenden Beträge für diese "treuhänderisch" entgegenzunehmen. Daß die Kläger hiermit nicht einverstanden seien, behauptet die Revision nicht.

Das Berufungsgericht ist aber offenbar versehentlich davon ausgegangen, daß das Treuhandkonto den Klägern zustehe, während in Wahrheit der Ehemann P. sein Inhaber ist. Der Tenor des angefochtenen Urteils war daher entsprechend zu berichtigen.

Im Ergebnis mußte die Revision daher erfolglos bleiben.

Dr. Krohn

Dr. Tidow

Dr. Peetz

Lohmann

Kröner