

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 43/71

URTEIL

Verkündet am

30. Oktober 1972

Werner,
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma R. K [REDACTED], Inhaber Walter K [REDACTED],
[REDACTED] N [REDACTED]-R [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h. c. [REDACTED]

gegen

die Firma Ernst H [REDACTED], Tief- und Straßenbau,
[REDACTED] S [REDACTED], D [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1972 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stimpel und der Richter Liesecke, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 21. Januar 1971 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin von zwei Wechseln, die von ihr an eigene Order ausgestellt und auf die Beklagte gezogen worden sind. Am 23. Februar 1970 hat die Klägerin einen Wechsel über 40 000,-- DM, fällig am 23. Mai 1970, ausgestellt, den die Beklagte angenommen hat. Am 21. Mai 1970 sandte die Beklagte der Klägerin einen Blankowechsel über 41 050,-- DM mit dem Fälligkeitsdatum vom 23. August 1970 und bat dieses Akzept als Prolongationswechsel zu verwenden. Die Klägerin lehnte die Prolongation des ersten Wechsels ab, behielt

- 3 -

aber das Akzept, setzte sich als Ausstellerin mit dem Datum vom 23. Mai 1970 ein und gab den Wechsel zum Diskont.

Der Wechsel vom 23. Februar 1970 wurde nicht eingelöst und mit 198,-- DM Kosten protestiert.

Die Klägerin hat, nachdem die Beklagte 9 000,-- DM gezahlt hat, mit der Klage im ordentlichen Verfahren auf Grund des Wechsels vom 23. Februar 1970, in der Berufungsinstanz hilfsweise auch des Wechsels vom 23. Mai 1970, die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 31 000,-- DM nebst Zinsen, Protestkosten und Wechselprovision begehrt. Sie hat geltend gemacht, sie habe das zweite Akzept, das nicht als Prolongationswechsel bezeichnet worden sei, auf die weitere Forderung gegen die Beklagte entgegengenommen. Eine etwaige Stundung des ersten Wechsels sei zudem abgelaufen, weil die Prolongation allenfalls bis zum 23. August 1970 gedauert habe.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, das Prolongationsangebot sei trotz gegenteiliger Erklärung der Klägerin durch Verwertung des zweiten Wechsels angenommen worden. Aus diesem Wechsel könne die Klägerin Ansprüche nur gegen Rückgabe des ersten Wechsels erheben. Am 26. Mai 1970 sei mit der Klägerin vereinbart worden, der zweite Wechsel solle so geregelt werden, daß zwei Forderungen auf Erschließungskostenanteile aus Grundstücksverkäufen



von je 10 000,-- DM und eine Forderung gegen die Gemeinde N [REDACTED] auf Erstattung von Erschließungskosten von 82.686,30 DM abgetreten wurden. Die eingehenden Beträge sollten mit der Wechselforderung verrechnet werden. Die Klägerin müsse zunächst die abgetretenen Forderungen einziehen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 31 000,-- DM nebst Zinsen ab 23. Mai 1970 unter Abweisung des Anspruchs auf Protestkosten verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten, sie habe am 26. Mai 1970 Forderungen "an Zahlungsstatt" wegen der Wechselforderung an die Klägerin abgetreten, als eine unrichtige rechtliche Würdigung des gleichzeitigen Tatsachenvortrages angesehen, die Eingänge auf die abgetretenen Forderungen hätten mit der Forderung aus dem laufenden Wechsel verrechnet werden sollen. Die Revision meint, die Beklagte habe ausdrücklich geltend gemacht und unter Beweis gestellt, daß die Abtretungen an Zahlungsstatt angeboten und angenommen worden seien. Jedoch handelt es sich deutlich

um einen fehlerhaften Gebrauch des Ausdrucks "an Zahlungsstatt", der mit dem Begriff "zahlungshalber" verwechselt worden ist. Das weitere Vorbringen der Beklagten ergab, daß nicht behauptet werden sollte, die Klägerin habe - was auch ganz ungewöhnlich gewesen wäre - eine andere als die geschuldete Leistung (die Zahlung der Wechselforderung), nämlich Forderungen gegen Dritte, mit Tilgungswirkung (§ 364 Abs. 1 BGB) angenommen, denn in diesem Fall blieb nichts aus den Eingängen der Forderungen zu "verrechnen" (Bl. 49, 53 GA). Das Berufungsgericht hat also nicht, wie die Revision meint, die Vereinbarung vom 26. Mai 1970 ausgelegt, ohne den angebotenen Zeugenbeweis zu erheben, sondern es hat die Verwechslung der rechtlichen Begriffe erkannt und den Vortrag der Beklagten richtig verstanden.

II. Das Berufungsgericht hat aus der Urkunde vom 25. Mai 1970 über die Abtretung einer angeblichen Forderung von 82 686,30 DM gegen die Gemeinde Nesselwang entnommen, daß die Abtretung nicht zahlungshalber für die Wechselforderung, sondern für die Forderung der Klägerin an die Bauherren erfolgt ist. Die Revision meint, die Klägerin habe derartiges selbst nicht behauptet. Die Klägerin hatte sich aber bereits im Schriftsatz vom 14. Dezember 1970 Seite 5 f (Bl. 68 f GA) mit dieser Forderung befaßt und ausgeführt (Bl. 75), diese Forderung könne allenfalls auf die beim Landgericht Kempten gegen die Bauherren anhängige Forderung verrechnet werden. Das hatte die Beklagte bestritten (Bl. 94 GA), aber das Berufungsgericht hat dem Satz

der Abtretungsurkunde "in Anrechnung auf die Forderung der Firma H. [REDACTED] gegen die Bauherren" unbedenklich entnehmen können, daß keine Verrechnung mit der Wechselforderung stattfinden sollte, die in der Urkunde nicht erwähnt wird.

III. Die Revision rügt ferner das Verfahren des Berufungsgerichts als fehlerhaft, soweit es sich mit dem gemäß § 272 a ZPO nachgereichten Schriftsatz der Beklagten vom 28. Dezember 1970 befaßt. Ein Verfahrensfehler des Berufungsgerichts liegt nicht vor.

Im Schriftsatz vom 14. Dezember 1970 hatte die Klägerin ihre bisher nur auf den Wechsel vom 23. Februar 1970 über 40 000,-- DM gestützte Klage hilfsweise auch auf den Wechsel vom 23. Mai 1970 über 41 050,-- DM gestützt. Sie hatte ferner die Behauptungen der Beklagten über den Inhalt der Besprechung der Parteien am 26. Mai 1970 bestritten, nach denen die Wechsel durch bestimmte Abtretungen geregelt werden sollten, aus denen noch Eingänge zu erwarten seien. In der Verhandlung vom 17. Dezember 1970 erbat die Beklagte eine Frist, um auf den Schriftsatz vom 14. Dezember 1970 zu antworten. Das Berufungsgericht hat daraufhin der Beklagten gestattet, auf diesen Schriftsatz "und den heutigen Sachvortrag der Klägerin", der einen dritten, angeblich nicht zurückgegebenen Wechsel betraf, bis 30. Dezember 1970 schriftsätzlich zu antworten. Die Beklagte hat daraufhin den Schriftsatz vom 28. Dezember 1970 eingereicht. In diesem behauptet sie, am 26. Mai 1970 sei nicht nur vereinbart,

der Wechsel solle durch die damals erklärten Zessionen abgedeckt werden, sondern es sei auch abgesprochen worden, die Beklagte könne gegebenenfalls auch weitere Forderungen abtreten, um die Wechselsumme abzudecken. Bis dahin habe die Klägerin die Wechselforderung gestundet. Nach Eingang von Beträgen habe über die Restsumme jeweils ein Prolongationswechsel gegeben werden sollen. Zwei weitere Abtretungen habe die Klägerin auch bereits entgegengenommen. Das Berufungsgericht hat diese Behauptungen nicht berücksichtigt, weil sie keine Erwiderung auf den verspäteten Schriftsatz (und auch nicht auf die Behauptungen in der mündlichen Verhandlung) darstellten. Die Revision hält dies für einen Verstoß gegen § 529 ZPO. Jedoch ist das Vorbringen gerade nicht als verspätet zurückgewiesen, sondern gemäß § 272 a ZPO nicht berücksichtigt worden, weil der Beklagten nicht nachgelassen worden sei, neue Behauptungen nachzubringen. Das war zulässig. § 272 a ZPO soll der mit einer neuen Behauptung des Gegners in der mündlichen Verhandlung überraschten Partei ermöglichen, sich innerhalb einer bestimmten Frist zu dieser Behauptung zu erklären, sie also zu bestreiten, zugestehen oder ihr durch ein selbständiges - gegebenenfalls auf neue tatsächliche Behauptungen gestütztes - Angriffs- oder Verteidigungsmittel entgegenzutreten (BGH LM ZPO § 272 a ZPO Nr. 4 und 5). Dagegen ist es nicht Sinn dieser Bestimmung, der Partei zu gestatten, in dem nachzureichenden Schriftsatz auch solche neuen Behauptungen vorzubringen, die durch einen verspätet eingereichten

Schriftsatz des Gegners nicht veranlaßt sind (BGH aaO). Das ist hier der Fall. Die Klägerin hatte im verspäteten Schriftsatz die Klage auch auf den Wechsel vom 23. Mai 1970 gestützt. Damit war die Klage geändert worden. Der Ansicht des Berufungsgerichts (S. 11 BU), es liege keine Klagänderung vor, ist nicht zu folgen. Aus den beiden, von der Beklagten angenommenen Wechseln entstand je eine Wechselforderung, mochten sie auch, wie das Berufungsgericht meint, "materiell identisch" sein, weil der zweite Wechsel ein Verlängerungswechsel zum ersten war. Die Forderung aus dem Erstwechsel, den die Klägerin behalten hatte, war lediglich gestundet. Auf sie konnte zurückgegriffen werden, wenn die Forderung aus dem Prolongationswechsel nicht zur Befriedigung führte. Nur bei Rückgabe des Erstwechsels tritt die Forderung aus dem Prolongationswechsel an die Stelle der Forderung aus dem Erstwechsel (vgl. BGH WM 1968, 943 m. w. N.). Die Klägerin hatte zudem eine Prolongation durch den zweiten Wechsel bestritten. Der Streitgegenstand wurde dadurch, daß die Klägerin sich nunmehr auch auf die Annahmeerklärung auf dem zweiten Wechsel stützte, geändert. Die Klagänderung war zulässig, weil die Beklagte sich in der mündlichen Verhandlung vom 17. Dezember 1970 vorbehaltlos (§ 269 ZPO) und außerdem im Vorwege auf eine Klage aus dem zweiten Wechsel eingelassen hatte (§ 264 ZPO; vgl. RGZ 103, 419, 422), indem sie in ihrem Schriftsatz vom 20. November 1970 ausführte, die Klägerin könne eine Wechselforderung gegen die Beklagte nur aus dem zweiten Wechsel

geltend machen, und sich in diesem Schriftsatz zugleich auf eine am 26. Mai 1970 vereinbarte Stundung gegen Abtretung von Forderungen berief (Bl. 45, 48 ff). Die Klagänderung machte daher keine Erwiderung der Beklagten nötig. Die Beklagte hatte ausführlich den Inhalt der Besprechung vom 26. Mai 1970 dargelegt, die nach ihrer Behauptung zur Abtretung bestimmter Forderungen "an Zahlungsstatt" geführt haben sollte. Sie hat hiervon abweichend in dem nachgereichten Schriftsatz vom 28. Dezember 1970 neue Behauptungen aufgestellt, die sie bereits in der Berufungserwiderung oder jedenfalls in der mündlichen Verhandlung vom 17. Dezember 1970 hätte vortragen können. Diese wurden nicht durch die Ausführungen der Klägerin in dem verspäteten Schriftsatz veranlaßt. Unabhängig von diesen wurde eine Vereinbarung anderen Inhalts als bisher behauptet. Nach dieser sollte entweder die Forderung aus dem Erstwechsel, die die Klägerin bisher allein geltend gemacht hatte, oder aus dem zweiten Wechsel, den die Beklagte für maßgeblich hielt, nicht nur durch die beiden bereits erklärten Abtretungen, sondern auch durch weitere, nicht näher bestimmte Abtretungen abgedeckt werden und bis dahin fortlaufend gestundet sein. Mit Recht hat es das Berufungsgericht abgelehnt, hierauf einzugehen. Das rechtliche Gehör auf die abgeänderte Klage ist dadurch gewährt worden, daß die Beklagte sich zum Anspruch aus dem zweiten Wechsel bereits in ihrem Schriftsatz vom 20. November 1970 ausführlich geäußert hatte. Die Einwendungen gemäß der von der Beklagten dort behandelten Vereinbarung vom 26. Mai 1970 dienten in gleicher Weise

der Verteidigung gegenüber dem ersten wie dem zweiten Wechsel, der nunmehr hilfsweise zum Klagegegenstand gemacht wurde und dieselbe Forderung wie der erste Wechsel betraf. Im Termin am 17. Dezember 1970 hat die Beklagte über die abgeänderte Klage unter Bezugnahme auf ihre früheren Schriftsätze verhandelt und damit ihren Vortrag über die Vereinbarung vom 26. Mai 1970 auch zur Verteidigung gegenüber dem zweiten Wechsel eingewandt. Mit ihrem nachgelassenen Schriftsatz hat sie somit nicht eine Erklärung auf eine Behauptung des Gegners, zu der sie sich im Termin nicht äußern konnte, nachgebracht (§ 272 a ZPO), sondern ihren Vortrag hinsichtlich der gegenüber beiden Wechseln bereits erhobenen und eingehend dargelegten Einwendungen durch einen neuen ersetzt, indem sie eine "zusätzliche Vereinbarung" behauptete. Hierfür eröffnete § 272 a ZPO keine Möglichkeit.

Das Berufungsgericht hat auch erwogen, ob die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen sei (§ 156 ZPO), um der Beklagten zu ermöglichen, diese Behauptung noch in den Rechtsstreit einzuführen, hat aber davon abgesehen. Diese Entscheidung, die sich im Rahmen des dem Berufungsgericht zustehenden Ermessens hält, ist vom Revisions-

gericht nicht nachzuprüfen. Ob das Vorbringen auch nach § 529 Abs. 2 u. 3 ZPO nicht mehr zugelassen werden durfte, kann offen bleiben.

Stimpel Liesecke Dr. Bauer Dr. Kellermann Dr. Tidow