

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 85/73

URTEIL

Verkündet am

18. November 1974

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Fritz W., B., Am H.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und
Prof. Dr. -

gegen

den Angestellten Horst E., H.,
B. Straße,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Bundschuh für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Schlußurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. April 1973 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

Die Sache befindet sich bereits in der Revisionsinstanz, soweit das Berufungsgericht über die Berufung des Beklagten durch Teilurteil entschieden hat. Zum Sachverhalt wird auf das ebenfalls am 18. November 1974 verkündete Senatsurteil II ZR 70/73 verwiesen.

Nach dem Erlaß des Teilurteils hat der Kläger mit der Anschlußberufung zuletzt beantragt,

den Beklagten zur Erstattung zwischenzeitlich an die Kreissparkasse Herford gezahlter 15.726 DM nebst Zinsen zu verurteilen,

hilfsweise: festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm jedweden Schaden zu ersetzen, der ihm aus Maßnahmen der Kreissparkasse wegen des Debitsaldos auf dem Kontokorrentkonto 63.000 DM entsteht.

Der Beklagte hat gegenüber dem Zahlungsantrag den Einwand der Rechtshängigkeit erhoben; da der Kläger trotz der von ihm an die Kreissparkasse geleisteten Zahlungen den Freistellungsanspruch weiterhin uneingeschränkt geltend mache, bestehe in Höhe von 15.726 DM die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme. In der Sache selbst hat er sein bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt und gegenüber dem Zahlungsanspruch mit einer Gegenforderung aufgerechnet.

Das Berufungsgericht hat der Zahlungsklage - unter Zurückweisung des Aufrechnungseinwands gemäß § 529 Abs. 5 ZPO - stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der zugelassenen Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Nicht begründet ist der vom Beklagten gegen die Zahlungsklage erhobene Einwand der Rechtshängigkeit. Wird zunächst der Anspruch auf Schuldbefreiung eingeklagt und macht der Befreiungsgläubiger später, weil er inzwischen einen Teil der Schuld getilgt hat, einen Anspruch auf Erstattung geltend, so handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände. Dies folgt schon daraus, daß Befreiungs- und Erstattungsanspruch, obwohl sie auf demselben Schuldgrund beruhen und auf dasselbe wirtschaftliche Interesse gerichtet sind, einen verschiedenen Leistungsinhalt haben: die Freistellungsklage zielt auf Befreiung von der Inanspruchnahme durch den noch nicht befriedigten Gläubiger ab, die Erstattungsklage auf eine Ersatzleistung, nachdem der Kläger den Gläubiger befriedigt hat. Im übrigen hat das Berufungsgericht den Freistellungsantrag als Feststellungsantrag angesehen (BU S. 5).



2. In der Sache selbst hält das Berufungsgericht an seiner Beurteilung im Teilurteil fest, der Beklagte sei aufgrund der Vereinbarung vom 22. September 1970 in die Gesellschaft eingetreten und damit entsprechend § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Freistellung des Klägers verpflichtet.

Gegen die diesem Ergebnis zugrundeliegende Feststellung, der Beklagte sei gleichzeitig mit dem Ausscheiden des Klägers in die Gesellschaft eingetreten, hat die Revision, anknüpfend an den insoweit ergänzten Vortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz, weitere Verfahrensrügen erhoben. Diese greifen jedoch ebensowenig durch wie im Verfahren II ZR 70/73. Der Senat sieht auch hier gemäß Art. 1 Nr. 4 BGHEntlG von einer Begründung ab.

Dagegen kann das angefochtene Urteil, soweit das Berufungsgericht aus dem gleichzeitigen Eintritt des Beklagten in die Gesellschaft in entsprechender Anwendung des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB ohne weiteres einen Schuldbefreiungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten folgert, keinen Bestand haben. Wegen der Gründe hierfür wird ebenfalls auf die Senatsentscheidung II ZR 70/73 vom heutigen Tag Bezug genommen. Die Sache ist daher aus denselben Gründen wie dort unter Aufhebung des Urteils an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, damit geprüft werden kann, ob der Klageanspruch eine vertragliche Grundlage hat.

3. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird sich das Berufungsgericht auch mit den Revisionsrügen auseinanderzusetzen haben, die sich gegen die Nichtzulassung des vom Beklagten im Berufungsrechtszug erhobenen Aufrechnungseinwands gemäß § 529 Abs. 5 ZPO richten. Hierbei wird vor allem zu beachten sein, daß der

Kläger den Hauptanspruch, gegen den der Beklagte aufgerechnet hat, erstmals in der Berufungsinstanz geltend gemacht hat (vgl. für einen ähnlichen Fall BGHZ 29, 337, 342 f).

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Bundschuh