

V e r k ü n d e t

am 17. November 1959

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Joseph E. A. [REDACTED], Export-Import, in F. [REDACTED]/
M., L. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Horst W. [REDACTED] in Mü. [REDACTED], Ho. [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. November 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt
(Main) vom 14. Juli 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte kaufte am 21. November 1955 von dem Kaufmann H. vier Perserteppiche zum Gesamtpreis von 5000 DM. Darüber stellte er eine mit "Schuldschein" überschriebene Urkunde aus, in der er dem Verkäufer bescheinigte, "nach heutiger Vereinbarung" vier nach Herkunft (Kirman usw.) und Einzelpreis näher bezeichnete Teppiche im Gesamtwerte von 5000 DM gekauft zu haben. In diesem vom 21. November 1955 datierten Schein heißt es alsdann wörtlich:

"Anzahlung: 1000,-
Rest von: 4000,- verpflichte ich mich in monatlichen Raten zu je 1000,- DM ab 15. Februar 1956 laufend an Herrn H. zu zahlen.

Ich bin damit einverstanden den Schuldschein in Zahlung zu geben."

H. nahm die Teppiche, die er dem Beklagten in M., seinem Wohnsitz, in seiner Wohnung vorgelegt hatte, mit der Begründung wieder mit, er wolle sie als Vorführteppiche noch anderen Kunden zeigen. Der Beklagte behielt sich vor, die Anzahlung bei Übergabe der Teppiche zu leisten.

Einige Zeit nach Kaufabschluß brachte der in F. wohnende Verkäufer H. die Teppiche zu dem damals im gleichen Ort ansässigen Schwager des Beklagten B., weil dieser nach M. fahren wollte. B. teilte dem Kaufmann H. einige Tage später mit, die Teppiche seien fehlerhaft, es befänden sich Ölflecke darauf. H. erklärte zu B.; er solle die Teppiche liegen lassen, er werde die Sache mit dem Beklagten in Ordnung bringen. Nach einiger Zeit ließ H. die Teppiche bei B. holen und verkaufte sie anderweit.

Bereits am 24. November 1955 hatte er den Schuldschein

- 3 -

des Beklagten an die Klägerin, von der er die Teppiche bezogen hatte, übergeben und auf der Rückseite des Scheines vermerkt: "zur Einziehung des Betrages von DM 4000". Noch am gleichen Tage teilte die Klägerin dem Beklagten schriftlich mit, "sie habe heute seinen Schuldschein über DM 4000,- vom 21. November von ... H. ... akzeptiert", sie bitte, die monatlichen Zahlungen von DM 1000 (zahlbar ab 15. Februar 1956) unmittelbar an sie abzuführen. Am 20. Februar 1956 mahnte sie unter Hinweis auf ihr Schreiben vom 24. November 1955 die "laut Schuldschein am 15. Februar 1956 fällig gewesene erste Rate von DM 1000,-" an. Am 26. März 1956 ging bei ihr ein Betrag von 1000 DM ein, den der Beklagte jedoch nicht überwiesen haben will. Am 11. April 1956 schrieb sie ihm: "Um einem nochmaligen Irrtum vorzubeugen, wollen wir Sie hiermit erneut aufmerksam machen, daß die nächst fälligen DM 1000,- am 15. April wiederum auf unser Konto Nr. 21 der Bank für Gemeinwirtschaft zu überweisen sind; denn Ihr Schuldschein befindet sich in unseren Händen und ist somit bei uns abzutragen." Unter dem 14. Mai 1956 erinnerte sie nochmals an Erledigung der Angelegenheit und fügte hinzu: "Am Fälligkeitstermin (15. April) riefen Sie uns an, daß wir das Geld am 26. April erhalten würden; danach haben Sie wiederum um Verlängerung des Termines gebeten bis 5. Mai, um dann die Gesamtschuld zusammen zu erledigen. Seit dieser Zeit warten wir nun täglich." Das Schreiben schließt mit der Bitte, innerhalb dieser Woche zu zahlen, andernfalls die Klägerin die Ware zurückverlangen müsse. Mit Schreiben vom 14. Juni 1956 teilte die Klägerin dem Beklagten unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 14. Mai und seine verschiedenen Telefonanrufe mit, sie sehe sich gezwungen, ihn letztmalig zur Zahlung seiner Restschuld aufzufordern, andernfalls sie die Einziehung des Betrages ihrem Rechtsanwalt übergeben müsse. Den Empfang dieses Schreibens bestätigte der Beklagte am 18. Juni 1956 mit dem Bemerkten, er sei überrascht, eine Mahnung zu erhalten; H. habe aus Reklamationsgründen die Teppiche bereits am 10. Mai 1956 abholen lassen. Hierüber habe er eine

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bestätigung. Es sei ihm nicht bekannt, jemals mit der Klägerin telefoniert zu haben; die Angelegenheit ginge ihn nichts an, sie möge sich an H. wenden. Auch im Rechtsstreit will sich der Beklagte nicht an die Schreiben vom 20. Februar, 11. April und 14. Mai 1956 erinnern; er will auch in dieser Zeit nie mit ihr telefoniert haben

Gestützt auf Abtretung, positive Vertragsverletzung und unerlaubte Handlung hat die Klägerin mit der am 29. Juni 1956 erhobenen Klage vom Beklagten Zahlung von 3000 DM nebst Zinsen verlangt. Dieser will zur Zahlung insbesondere deshalb nicht verpflichtet sein, weil er die Teppiche niemals erhalten habe und der Kaufvertrag gewandelt worden sei.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision begehrt die Klägerin Aufhebung des Berufungsurteils und Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte will die Revision in erster Linie als unzulässig verworfen, hilfsweise zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat die Revision ohne Begründung zugelassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bindet diese Zulassung das Revisionsgericht dann nicht, wenn sie in offensichtlichem Verstoß gegen das Gesetz ausgesprochen worden ist (BGHZ 2, 396; Urteil v. 17. April 1952 - III ZR 182/51 - LM ZPO § 546 Nr. 9; Urteil v. 29. April 1959 - V ZR 256/58 - MDR 1959, 560 u.a.). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor und ist auch nicht allein deshalb anzunehmen, weil das Berufungsgericht die Zulassung nicht begründet hat.

B.

I. Das Berufungsgericht, welches davon ausgeht, es handele sich um eine echte Abtretung der Kaufpreisforderung seitens des Zeugen H. an die Klägerin, ist der Auffassung, der Kaufvertrag vom 21. November 1955 sei niemals erfüllt worden, weil es an einer Lieferung der gekauften Teppiche an den Beklagten im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB fehle.

Daß eine "Übergabe" am Tage des Kaufabschlusses nicht erfolgt sei, entnimmt es der Aussage des Zeugen H. Dabei verwertet es insbesondere seine insoweit als glaubwürdig angesehene Bekundung, er sei sich mit dem Beklagten darüber einig gewesen, die ausgemachte Anzahlung von 1000 DM solle "erst bei Lieferung" gezahlt werden. In der Überbringung der Teppiche an den Schwager des Beklagten B. sieht es keine Übergabe und Lieferung an den Beklagten. Dazu führt es aus, eine Überbringung an B. sei im Vertrage nicht vorgesehen gewesen, dieser habe keine Vollmacht des Beklagten gehabt, die Teppiche für ihn in Empfang zu nehmen, und habe auch einige Tage danach ausdrücklich erklärt, er weigere sich, die Teppiche nach M. zu bringen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete. Sie sind insbesondere, soweit es die erhobenen Beweise würdigt, einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur beschränkt zugänglich, und enthalten im Ergebnis keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin. Sie halten auch gegenüber der Verfahrensrüge der Revision einer Nachprüfung stand.

1. Dieser ist zwar darin beizutreten, daß es auf die Dauer des unmittelbaren Besitzes des Beklagten für den Begriff der Übergabe einer Sache im Sinne der §§ 433, Abs. 1, 929 BGB nicht unbedingt ankommt, daß es vielmehr möglich gewesen

wäre, daß der Zeuge H. dem Beklagten die Teppiche zu Eigentum übergab und sie sich von ihm alsbald leihweise zwecks Vorführung bei anderen Interessenten wieder aushändigen ließ. Es würde alsdann eine Übergabe nach § 929 BGB zum Zwecke der Eigentumsübertragung mit anschließendem Abschluß eines Leihvertrages erfolgt sein. Dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts ist jedoch zu entnehmen, daß ein solcher Fall hier ausscheidet. Es stellt zwar nur ausdrücklich fest, H. und der Beklagte hätten eine Ersatzübergabe durch Vereinbarung eines Besitzkonstitutes (§ 930 BGB) nicht gewollt. Eine solche Übergabe dadurch, daß zwischen dem Erwerber und dem Eigentümer ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, lag hier allerdings auch schon deshalb fern, weil der unmittelbaren Übergabe der Teppiche an den Beklagten durch H. zum Zwecke der Eigentumsübertragung an sich nichts im Wege stand, weil sie alsbald wieder - leihweise - zurückgegeben werden konnten.

Es ist auch kein Rechtsverstoß, daß das Berufungsgericht diese entfernt liegende Möglichkeit einer sofortigen Eigentumsübertragung durch Übergabe und einer sich anschließenden leihweisen Rückgabe der Teppiche nicht ausdrücklich erwähnt hat. Denn einer solchen rechtlichen Beurteilung der damaligen Vorgänge stehen teils der unstreitige Sachverhalt, teils die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts entgegen. Unstreitig ist am 21. November 1951 keine Anzahlung geleistet worden. Andererseits hat das Berufungsgericht festgestellt, Hofer und der Beklagte seien sich darüber "einig" gewesen, diese Anzahlung habe erst "bei Lieferung" geleistet werden sollen. Die unterbliebene Zahlung steht danach der Annahme entgegen, die damaligen Vertragspartner seien von einer Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung ausgegangen und hätten das kurze Vorführen der Teppiche als "Lieferung" im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB angesehen. Damit würde es sowohl an einer Übergabe zwecks Eigentumsübertragung als auch an einer Einigung

über den Eigentumsübergang gefehlt haben.

2. Es liegt auch kein Anhalt dafür vor, daß das Berufungsgericht den Inhalt der von ihm nicht erwähnten Aussage des Beklagten bei seiner Vernehmung als Partei am 11. Dezember 1957 vor dem Landgericht übersehen und deshalb unberücksichtigt gelassen hat (Verletzung von § 286 ZPO). Dieser hat zwar damals angegeben, er sei mit H. handelseinig geworden und habe ihm die in dem Schuldschein bezeichneten Teppiche abgekauft, er sei der Meinung gewesen, diese würden bei ihm bleiben, er habe sich daher bereit gefunden, einen Schuldschein auszustellen; als er diesen geschrieben und unterschrieben gehabt habe, sei H. mit dem Plan herausgekommen, die Teppiche nicht bei ihm zu belassen, sondern wieder mitzunehmen, um sie noch anderen Kunden vorzuzeigen. Diese Angaben rechtfertigen jedoch keine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Wenn der Beklagte sich darauf einließ, H. die Teppiche zu belassen, ohne daß dieser ihm den Schuldschein zurückgab, weil er, wie er - der Beklagte - damals gleichfalls ausgesagt hat, gedacht hat, H. sei ihm durch die Bekanntschaft mit seinem Schwager B. "gut genug", mußte das Berufungsgericht daraus noch nicht den Schluß ziehen, daß bereits vorher eine Übergabe der Teppiche zum Zwecke der Eigentumsübertragung nach §§ 433 Abs. 1, 929 BGB erfolgt war. Eine solche Folgerung brauchte es auch dann nicht zu ziehen, wenn der Schuldschein, wie die Revision meint, die Auslegung zulassen würde, er sei ein selbständiges Schuldversprechen; denn auch für diesen Fall gilt die Einlassung des Beklagten, H. sei ihm gut genug gewesen.

C.

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob dem Beklagten aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages, aus seiner vereinbarten Aufhebung usw. Einreden oder Einwendungen, ins-

besondere im Rahmen der §§ 320, 323 ff und 462 BGB erwachsen sind und ob er diese nach § 404 BGB gegenüber der Klägerin geltend machen könnte. Es glaubt, diese Fragen nicht untersuchen zu brauchen, weil die Klägerin "in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt habe, sie stütze die Klage nur noch auf positive Vertragsverletzung". Die Revision greift diese nur in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils enthaltene "Feststellung", hinsichtlich deren ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung vom Berufungsgericht ohne Begründung abgelehnt worden ist, an. Auf die hierzu erhobenen Rügen kommt es in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht entscheidend an, weil die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage der "sogenannten positiven Vertragsverletzung" seine klagabweisende Entscheidung nicht zu rechtfertigen vermögen und sein Urteil schon aus diesem Grunde aufgehoben werden muß.

I. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin erblicke die "Vertragsverletzung" darin, daß der Beklagte sich nicht unverzüglich nach Erhalt des Schreibens vom 24. November 1955 mit der Mitteilung, sie habe den Schuldschein "akzeptiert" und bitte um Zahlung an sie bei Fälligkeit, darauf hingewiesen habe, die Kaufpreisforderung gehe nicht in Ordnung, weil die Teppiche nicht geliefert worden seien, sowie darin, daß er auch auf ihre verschiedenen Mahnungen geschwiegen habe. Es geht davon aus, eine schuldhaft Verletzung von Forderungen aus vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen könne einen Schadensersatzanspruch begründen, und erwägt, eine positive Forderungsverletzung durch den Schuldner könne auch durch schuldhaftes Unterlassen der Erfüllung einer (vertraglichen) "Anzeigepflicht" begangen werden, die auch bei Kaufverträgen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein könne. Weil aber, so fährt es fort, die Klägerin nicht einmal behauptet habe, Hofer habe mit dem Beklagten eine Anzeigepflicht dahin vereinbart, daß dieser ihm anzeige, ob

die Teppiche geliefert seien oder nicht, sei ein entsprechender Anspruch auch durch Abtretung nicht auf die Klägerin übergegangen. Ob H. diese von der Nichtlieferung habe unterrichten müssen, hält es für unerheblich und verneint auch, daß sich eine "Anzeigepflicht" des Beklagten aus seinem späteren Verhalten, insbesondere aus seinem Stillschweigen trotz wiederholter Mahnungen, ergebe. Dabei läßt es dahingestellt, wie die Frage zu beurteilen sei, wenn ein Zessionar einer Kaufpreisforderung ein gewichtiges Interesse an der Unterrichtung über den Stand der Lieferung und keine andere Unterrichtsquelle habe als den Schuldner der Kaufpreisforderung, nämlich den Käufer; denn, so fährt es fort, hier habe die Klägerin sich bei dem Zeugen H. möglicherweise noch besser Informationen holen können, weil dieser zu ihr in geschäftlicher Verbindung von gewisser Dauer gestanden habe, während ihre rechtlichen Beziehungen zu dem Beklagten nur einmalige gewesen seien. Es meint weiter, es käme auch nicht darauf an, ob die Klägerin von H. unterrichtet worden sei, sondern allein darauf, ob sie ihn als Informationsquelle habe benutzen können. Treffe letzteres zu, wie das Berufungsgericht meint, so verstoße ein Schweigen des Käufers, der nichts geliefert erhalten habe, nicht gegen Treu und Glauben und ebensowenig ergebe sich daraus eine Anzeigepflicht, selbst wenn er wiederholt Mahnungen erhalten habe.

II. Der Revision ist darin zu folgen, daß diese Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum sind. Es hat das Vorbringen der Klägerin zu eng unter dem Gesichtspunkt einer sich aus Vertrag oder auch aus Treu und Glauben ergebenden regelrechten "Anzeigepflicht" betrachtet.

Daß eine vertraglich vereinbarte Anzeigepflicht nicht in Frage kam und deshalb auch nicht mit der Abtretung auf die Klägerin übergegangen sein kann, ist richtig. Gleichgültig ist andererseits aber auch, ob sich die Klägerin bei H. mög-

licherweise hätte unterrichten können. Bei seinen Ausführungen zieht das Berufungsgericht nicht in Betracht, daß die Klägerin nach dem Wortlaut des Schuldscheins kaum Anlaß hatte, sich bei H. zu erkundigen, weil sie davon ausgehen durfte, die Lieferung sei erfolgt. Darüber, inwieweit H. sie wirklich unterrichtet hat, hat der Tatrichter abschließende tatsächliche Feststellungen nicht getroffen. Bei der besonderen Lage des Falles ist seine Auffassung, der Beklagte sei hier nicht verpflichtet gewesen, die Klägerin - sei es nach Erhalt der Mitteilung vom 24. November 1955, sei es wenigstens nach Empfang der Mahnungen - darüber aufzuklären, daß er die Teppiche nicht erhalten habe, und die Ablehnung jeglicher Schadensersatzansprüche wegen dieses Schweigens, mindestens mit der von ihm gegebenen Begründung, die ein Eingehen auf diese besondere Gestaltung des Falles vermissen läßt, rechtlich nicht haltbar.

Wenn die Klägerin durch die Abtretung vom 21. November im Schuldverhältnis auch nicht die Stellung als Verkäuferin erlangt hat, so hat sie durch sie doch jedenfalls die Gläubigerstellung des bisherigen Gläubigers H., dessen Gläubigerrecht völlig aufhörte, erworben (BGB RGRK 10. Aufl. § 398 Anm. 3). Damit sind Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien entstanden, die, wie das Berufungsgericht auch selbst ausführt, dem Grundsatz von Treu und Glauben unterstehen (§ 242 BGB). Hier braucht nun nicht entschieden zu werden, ob der Schuldner einer abgetretenen Forderung immer die Pflicht hat, auch ohne daß er ausdrücklich danach gefragt wird, ob er die Forderung anerkenne, dem neuen Gläubiger, der ihm die Abtretung mitteilt und um Zahlung bei Fälligkeit bittet, davon zu unterrichten, d.h. hier ihm "anzuzeigen", er habe die gekaufte Ware noch nicht erhalten, seine Zahlungsverpflichtung sei also keineswegs sicher. Eine solche Verpflichtung muß aber dann als Rechtspflicht bejaht werden, wenn der Schuldner, worauf bereits das Landgericht in seinem in der Revisionsbegründung angeführten Urteil verwiesen hat, einen Schuldschein

ausgestellt und dem früheren Gläubiger ausgehändigt hat, dessen Wortlaut an dem Bestehen der abgetretenen Schuld keinen Zweifel begründet. Es genügt hier darauf zu verweisen, daß der Schein von einer Restforderung spricht und von einer Anzahlung, die nach dem Wortlaut des Schuldscheins geleistet war, sowie daß kein Anhalt dafür vorlag, die Teppiche könnten noch nicht geliefert sein. Es kommt noch hinzu, daß er das ausdrückliche Einverständnis des Schuldners enthielt, den Schuldschein "in Zahlung" zu geben. Wer eine solche Urkunde aus der Hand gibt, mit der - erfahrungsgemäß - Mißbrauch getrieben werden kann, hat; wenn es auch einen guten Glauben an das Bestehen einer abgetretenen Forderung nicht gibt, dann nach Treu und Glauben die Rechtspflicht, seinen neuen Gläubiger, den Abtretungsempfänger und Inhaber des Schuldscheins, über den wahren Sachverhalt aufzuklären, wenn er damit rechnen muß, dieser könne auf den Wortlaut des Schuldscheins vertrauen. Er handelt in einem solchen Falle dann auch fahrlässig (§ 276 BGB), wenn er erkennen konnte, dem Abtretungsempfänger könne aus seinem Schweigen ein Schadenerwachsen, wenn er den "Schein für sicher" hielt und deshalb von weiteren Maßnahmen absah.

Das Berufungsgericht hätte den Sachverhalt unter diesen Gesichtspunkten prüfen sollen, eine Prüfung, die insbesondere nach dem Briefwechsel zu einer Bejahung der Schadenersatzpflicht des Beklagten aus fahrlässig verletzter Rechtspflicht zur Aufklärung - das hat die Klägerin erkennbar mit positiver Vertragsverletzung gemeint - hätte führen können.

Eine abschließende Entscheidung ist dem Revisionsgericht jedoch nicht möglich, weil es dazu weiterer Erörterungen tatsächlicher Art, insbesondere darüber bedarf, ob der Beklagte fahrlässig gehandelt hat und ob durch die fahrlässig unterlassene Aufklärung, wenn sie rechtzeitig erfolgt wäre, noch ein Schaden der Klägerin hätte vermieden werden können. Was die Fahrlässigkeit des Beklagten anbelangt, wird zu berücksichtigen

sein, daß er zwar nicht Kaufmann, aber doch ersichtlich Ingenieur bei einer größeren Firma mit nicht unerheblichem Einkommen ist, an dessen Einsicht und Erkenntnisvermögen einige Anforderungen werden gestellt werden können. Es wird zu prüfen sein, ob er nicht daraus, daß die Klägerin sich ihm gegenüber als Importfirma für Perserteppiche bezeichnete, erkannt hat oder doch hätte erkennen müssen, es handele sich bei den von ihm gekauften Teppichen um von der Klägerin an H. [REDACTED] gelieferte Ware, die dieser seinem Einverständnis in dem Schuldschein entsprechend, ihn "in Zahlung zu geben", mit ihm "bezahlt" hatte. Falls das Berufungsgericht ebenso wie bereits das Landgericht die Feststellung treffen sollte, der Beklagte habe auch die weiteren Nachrichten der Klägerin erhalten, würde sich der Gedanke aufdrängen, daß er nunmehr sogar erkennen konnte, die Klägerin habe - von wem es auch sei - bewußt darüber getäuscht werden sollen, daß eine Lieferung nicht erfolgt war und daß die "Forderung nicht in Ordnung ging". Diese Täuschung könnte er bewußt durch sein Stillschweigen unterstützt haben. Er würde dann sogar unter dem Gesichtspunkt des arglistigen Schweigens schadensersatzpflichtig sein können, ein Rechtsgrund, der sich in diesem Zusammenhang auch noch unter den hier erörterten Vortrag der Klägerin einordnen läßt.

D.

Der Revision ist aber auch darin zu folgen, daß die Bemerkung in den Entscheidungsgründen, die Klägerin habe erklärt, sie stütze ihre Klage "nur noch auf positive Vertragsverletzung", nicht hindert, ihren Klaganspruch auch unter weiteren rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Um einen Verzicht der Klägerin kann es sich bei ihrer Erklärung nicht handeln; denn ein solcher hätte, wie die Revision mit Recht rügt, nach § 160 Abs. II ZPO durch Aufnahme in das Sitzungsprotokoll festgestellt werden müssen. Auf die Rechtsmeinung einer klagenden Partei kommt es im übrigen nicht an, sondern nur auf

den von ihr vorgetragenen Sachverhalt. Rechtfertigt dieser ihren Antrag, so ist nach ihm zu erkennen, selbst wenn ihre Rechtsmeinung falsch sein sollte (Wieczorek ZPO § 253 Anm. G IV a 1). Möglich wäre natürlich, daß die Klägerin irgendeinen Tatsachenvortrag fallen gelassen hätte. Das ist aber der erwähnten Bemerkung in den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen und würde auch im Widerspruch zum Tatbestand des Berufungsurteils stehen, in dem auf das gesamte Vorbringen der Klägerin in beiden Tatsacheninstanzen verwiesen ist, ohne daß sich eine Einschränkung ergibt.

Der Sachverhalt hätte daher vom Berufungsgericht unter allen möglichen rechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden müssen und dieses wird zur Nachholung dieser Prüfung in dem neuen Berufungsverfahren Gelegenheit haben; denn der Rechtsstreit mußte zur weiteren Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden, weil dem Revisionsgericht auch insoweit eine abschließende Entscheidung nicht möglich ist.

Es mag nur noch folgendes bemerkt werden:

I. Das Berufungsgericht wird abschließend zu prüfen haben, ob der Schuldschein vom 21. November 1955 etwa als ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne von § 780 ZPO angesehen werden könnte, wie die Revision meint.

II. Der Erörterung bedarf weiter, welche rechtliche Bedeutung die in den Schuldschein aufgenommene Erklärung des Beklagten hat, "Ich bin damit einverstanden, den Schuldschein in Zahlung zu geben". Darin könnte lediglich das Einverständnis mit einer künftigen Abtretung gesehen werden. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, darin einen im voraus erklärten Verzicht des Beklagten auf Einwendungen nach § 404 BGB zu erblicken, vor allem, wenn damit etwa dem Verkäufer H. eine "Bezahlung" eigener Schuld (der verkauften Teppiche bei seinem Lieferanten)

ermöglicht werden sollte. Nach herrschender Meinung handelt es sich bei § 404 BGB um nachgiebiges Recht, auch ist in der Rechtsprechung stets die Möglichkeit eines Verzichts auf § 404 BGB von vornherein durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger anerkannt (RGZ 71, 30, 32; 71, 184, 187; 125, 252, 254, RG HRR 1929 Nr. 1994 und JW 1938, 1247; BGH Urteile vom 19. Dezember 1953 - II ZR 61/53 - LM BGB § 406 Nr. 2 = BB 1954, 207, vom 26. Oktober 1955 - IV ZR 124/55 - BB 1956, 575 und vom 28. März 1956 - IV ZR 264/55 - BB 1956, 830). Bei der Würdigung in dieser Beziehung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 24. September 1957 - VIII ZR 324/56 - S. 13 mit Nachweisen; in Betrieb 1957, 1125 = BB 1957, 1120 nicht mit abgedruckt). Besonderer Prüfung wird dabei bedürfen, wieweit ein etwaiger Verzicht geht und ob ein Käufer, der einen solchen Schuldschein ausgestellt hat, etwa noch beliebig, auch wegen verhältnismäßig geringfügiger Fehler, den Kaufvertrag wandeln kann, ohne den Abtretungsempfänger zu unterrichten.

Schließlich wird auch in den Kreis der Betrachtungen einzubeziehen sein, ob in dem Verhalten des Beklagten nicht ein nachträglicher Verzicht auf Einwendungen oder sogar ein Anerkenntnis der Forderung erblickt werden kann.

III. Der Beklagten kann es im übrigen überlassen bleiben, in dem neuen Verfahren vor dem Berufungsgericht ihr Vorbringen hinsichtlich nach ihrer Darstellung übergangenen Parteivorbringens und nicht berücksichtigter Beweisanträge entsprechend ihren weiteren Revisionsrügen zu wiederholen, mit dem sie beweisen will, daß der Beklagte mit seinem angeblich flüchtigen Schwager B. und dem Zeugen H. zusammengewirkt hat, um die Klägerin von der Verfolgung ihrer Ansprüche, sei es gegen den Beklagten, sei es gegen Hofer abzuhalten, bis es diesem gelang, die Teppiche anderweit zu verkaufen.

E.

Dem Berufungsgericht ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen, weil diese von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängig ist.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner