

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VIII ZR 162/97

Verkündet am:
3. Juni 1998
G r o ß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1998 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Beyer, Ball und Dr. Leimert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 22. April 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Kläger kauften mit notariellem Vertrag vom 26. Mai 1994 vom Beklagten dessen Geschäftsanteile an der "T. GmbH

" (im folgenden: T. -GmbH). In dem Vertrag verpflichtete sich der Beklagte gegenüber den Klägern, die T. -GmbH von Verbindlichkeiten freizustellen, soweit diese am 24. Mai 1994 den Betrag von 52.694,71 DM übersteigen. In dem Vertrag heißt es insoweit unter anderem:

"V. Gewährleistung

...

Weiterhin leistet der Verkäufer auch in seiner Eigenschaft als bisheriger alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft dafür Gewähr, daß mit Ausnahme der folgenden Verbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt 24. Mai 1994, 24.00 Uhr, keine weiteren Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestanden haben:

...

Gesamt: 52.694,71 DM

... Sollten dennoch weitere Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor dem 24. Mai 1994, 24.00 Uhr, entstanden sein und noch bestehen, so verpflichtet sich der Verkäufer gegenüber den Käufern, die Gesellschaft von diesen Verbindlichkeiten freizuhalten."

Die Kläger behaupten, sie hätten weitergehende Verpflichtungen der T. -GmbH in der Gesamthöhe von



64.333,10 DM erfüllt, von denen der Beklagte die T. -GmbH hätte freistellen müssen.

Das Landgericht hat aufgrund eines Beweisbeschlusses vom 19. Dezember 1995 über die von der Klägerin behaupteten Verbindlichkeiten im Wege der Rechtshilfe teilweise Beweis erhoben, sodann Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 26. November 1996 bestimmt und den Parteivertretern mit Schreiben vom 20. November 1996 mitgeteilt, die Kammer habe Bedenken gegen das Bestehen eines auf Zahlung von Geld gerichteten Anspruchs der Kläger.

Im Termin vom 26. November 1996 ist Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 10. Dezember 1996 bestimmt worden. Mit Schriftsatz vom 3. Dezember 1996, beim Landgericht eingegangen am 9. Dezember 1996, haben die Kläger vorgetragen, daß sie den Beklagten in Schreiben vom 5. und 21. Dezember 1994, sowie vom 20. Februar und 6. März 1995 unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung aufgefordert hätten, sie von den streitgegenständlichen Verbindlichkeiten freizuhalten.

Mit Urteil vom 10. Dezember 1996 hat das Landgericht die Klage abgewiesen und dabei den Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 unter Hinweis auf § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassen. Der Schriftsatz wurde dem Beklagten mit dem Urteil zugestellt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Klage weiter.

Der Beklagte ist im Revisionsrechtszug nicht vertreten. Die Kläger haben den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe:

Über die Revision der Kläger ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Inhaltlich beruht die Entscheidung allerdings nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf der Berücksichtigung des gesamten Sach- und Streitstandes (BGHZ 37, 79, 81).

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Das Landgericht sei zwar möglicherweise im Rahmen seiner allgemeinen Fürsorgepflicht gehalten gewesen, die Verhandlung wegen des neuen Vorbringens in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 wiederzueröffnen, dies um so mehr, als die Kläger nach dem Hinweis vom 20. November 1996 (Mittwoch) bis zum Termin am 26. November 1996 (Dienstag) nicht mehr rechtzeitig dazu hätten Stellung nehmen können. Eine Aufhebung des Urteils gemäß § 539 ZPO sei jedoch nicht in Betracht gekommen, da die Kläger auch in der Berufungsinstanz nicht dargetan hätten, daß ihnen gegen den Beklagten ein Zahlungsanspruch zustehe. Ein Freistellungsanspruch, wie er in dem notariellen Vertrag vom 26. Mai 1994 vereinbart sei, gehe erst dann in einen Zahlungsanspruch über, wenn erfolglos eine Frist zur Herstellung mit Ablehnungsandrohung gesetzt oder jeder Schadenersatz ernsthaft und endgültig verweigert worden sei. Der Be-

klagte habe den Zahlungsanspruch aber lediglich bestritten, weil er nicht zur Freistellung aufgefordert worden sei. Daß eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erfolgt sei, hätten die Kläger in der Berufungsinstanz nicht hinreichend dargetan. Da das Vorbringen der Kläger im Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 nach § 296 a ZPO unberücksichtigt geblieben sei und deshalb in erster Instanz keine prozessuale Wirksamkeit erlangt habe, gehe die Bezugnahme der Kläger hierauf in der Berufungsinstanz ins Leere. Dieser Vortrag sei deshalb auch in zweiter Instanz nicht Verfahrensgegenstand geworden. Im übrigen hätten die Kläger insgesamt keinen ausreichenden Beweis angeboten, da sie nur die Absendung der Aufforderungsschreiben an den Beklagten unter Beweis gestellt hätten. Dies genüge aber nicht, um den Zugang dieser Schreiben beweisen zu können.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht wesentlichen Sachvortrag der Kläger außer Betracht läßt (§ 286 ZPO).

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Sachvortrag der Kläger in dem ihnen vom Landgericht nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 auch in der Berufungsinstanz nicht Verfahrensgegenstand geworden sei, ist unzutreffend. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht dabei allerdings davon aus, daß eine Nichtberücksichtigung von Vorbringen durch das Gericht des ersten Rechtszuges ge-

mäß § 296 a ZPO in der Berufungsinstanz nicht § 528 Abs. 3 ZPO unterfällt, sondern unter den Voraussetzungen des § 528 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO noch berücksichtigt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1979 - VI ZR 223/78 = NJW 1979, 2109). Von Rechtsirrtum beeinflusst sind jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Bezugnahme der Kläger in der Berufungsbegründung auf ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 sei ins Leere gegangen, da dieser Vortrag in erster Instanz nicht Gegenstand des Verfahrens geworden sei.

Nicht nachgelassener Vortrag, der noch vor der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils, aber erst nach der mündlichen Verhandlung zu den Akten gelangt und sowohl dem Gericht als auch dem Gegner bekannt geworden ist, darf zwar nicht Gegenstand der erstinstanzlichen Entscheidung sein. Insoweit erlangt dieses Vorbringen keine prozessuale Wirksamkeit. Auf solchen Vortrag darf aber in der Berufungsinstanz Bezug genommen werden (Senat, Urteil vom 18. September 1985 - VIII ZR 244/84 = WM 1985, 1361 unter VI). Das ist hier der Fall. Der Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 ist am 9. Dezember 1996 zu den Akten gelangt und mit der Urteilsausfertigung dem Beklagten zugestellt worden. Die Kläger haben in ihrem Berufungsbegründungsschriftsatz vom 5. Februar 1997 erklärt, sie machten sich das Vorbringen in dem Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 "ausdrücklich nochmals zu eigen". Damit haben die Kläger ihre Behauptung, den Beklagten wiederholt unter Fristsetzung aufgefordert zu haben, sie von den streitgegenständlichen Verbindlichkeiten zu befreien, in ausreichender Weise in ihren zweitinstanzlichen Vortrag einbezogen. Das Berufungsgericht hätte des-

halb diesem Vortrag nicht die prozessuale Wirksamkeit ab sprechen und die Klage mit der Begründung abweisen dürfen, die Kläger hätten nicht dargetan, daß ihnen gegen den Beklagten ein Zahlungsanspruch zustehe. Zumindest hätte das Berufungsgericht aber die Kläger auf die Notwendigkeit einer vollständigen Erklärung zu der behaupteten Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung hinweisen und über seine Rechtsmeinung unterrichten müssen, die Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 3. Dezember 1996 gehe ins Leere (§ 139 ZPO).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klage auch nicht mangels hinreichender Beweisangebote der Kläger für die von ihnen behauptete Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung abzuweisen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger, wie das Berufungsgericht meint, sich nicht auf einen Anscheinsbeweis für den Zugang ihrer Schreiben stützen können. Zu Recht macht die Revision geltend, daß das Berufungsgericht nicht alle maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte für das Zahlungsbegehren der Kläger berücksichtigt hat.

a) Rechtsirrtümlich meint das Berufungsgericht, ein Freistellungsanspruch, wie er in dem notariellen Vertrag vom 26. Mai 1994 vereinbart ist, könne nur dann Grundlage eines Geldanspruchs sein, wenn dem Schuldner des Freistellungsanspruches erfolglos eine Frist zur Herstellung der Freistellung mit Ablehnungsandrohung gesetzt worden sei oder der Schuldner die Herstellung oder überhaupt jeden Schadensersatz ernsthaft und endgültig verweigert habe.

aa) Zunächst kann schon dem rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt

werden, auf einen Freistellungsanspruch sei stets § 250 BGB anwendbar und er gehe daher nach § 250 Satz 2 BGB in einen Geldanspruch über, wenn der Gläubiger vergeblich eine Frist im Sinne des § 250 Satz 1 BGB bestimmt habe. § 250 BGB ist eine Regelung des Schadensersatzrechts und setzt voraus, daß der Gläubiger einen Schaden erlitten hat, der in der Belastung mit einer Verbindlichkeit besteht (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1991 - XII ZR 2/90 = NJW 1992, 114 unter 3; vgl. Senatsurteil vom 29. April 1992 - VIII ZR 77/91 = NJW 1992, 2221 unter 3). Ein allgemeiner Rechtsgedanke, der die Umwandlung auch eines sonstigen Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch rechtfertigen könnte, ist dieser Vorschrift des Schadensersatzrechts nicht zu entnehmen (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1991 aaO). Eine Anwendung des § 250 Satz 2 BGB käme daher von vornherein nur dann in Betracht, wenn der Freistellungsanspruch in Nr. V des Vertrages rechtlich nicht als Erfüllungsanspruch, sondern als Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der in Nr. V von dem Beklagten übernommenen Garantie einzustufen ist. Ob dies der Fall ist, kann aber letztlich dahingestellt bleiben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verliert der Gläubiger eines auf Freistellung gerichteten Schadensersatzanspruchs, der selbst die Leistung dem Dritten gegenüber erbracht hat, ohne zuvor den Schuldner gemäß § 250 Satz 1 BGB zur Freistellung aufgefordert zu haben, nicht jeden Zahlungsanspruch gegen den Schuldner. Vielmehr kann er nach allgemeinen Vorschriften Erstattung seiner Leistungen verlangen.

bb) Zutreffend rügt die Revision daher, daß das Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt ausgehend, sowohl

die Prüfung eines Aufwendungsersatzanspruchs gemäß §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB als auch eines Bereicherungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB unterlassen hat. Haben die Kläger, wovon für die Revision auszugehen ist, Verbindlichkeiten der T. -GmbH erfüllt, von denen der Beklagte die Gesellschaft gemäß Ziff. V des Vertrages vom 26. Mai 1994 freihalten sollte, können sie unter den Voraussetzungen dieser Vorschriften bei dem Beklagten Rückgriff nehmen.

b) Wäre der Freistellungsanspruch der Kläger hingegen als vertraglicher Erfüllungsanspruch anzusehen, der im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten steht, ist darüber hinaus auch die Heranziehung der Vorschrift des § 324 Abs. 1 BGB zu erwägen. Dem Beklagten könnte durch die Leistung der Kläger die Erfüllung seiner Freistellungsverpflichtung aus einem von diesem zu vertretenden Umstand unmöglich geworden sein und die den Klägern obliegende Gegenleistung sich dadurch gemäß § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB um den geleisteten Betrag vermindert haben. Da die Kläger nach ihrer revisionsrechtlich zu unterstellenden Behauptung die Gegenleistung bereits vollständig bewirkt haben, könnten sie dann das zuviel Geleistete gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern (vgl. Staudinger/Otto, BGB, 13. Aufl., § 324 Rdnr. 50; Erman/Battes, BGB, 9. Aufl., § 324 Rdnr. 5; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 324 Rdnr. 32).

Im übrigen sind die ihnen nach den allgemeinen Vorschriften möglicherweise zustehenden Ansprüche auf Erstattung ihrer Zahlungen (vgl. oben unter II 2 a bb) aus den zu § 250 BGB dargelegten Gründen (vgl. oben zu II 2 a aa a.E.)

nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie nicht zuvor nach § 326 BGB gegen den Beklagten vorgegangen sind.

III. Aus den dargelegten Gründen muß das Berufungsurteil aufgehoben werden. Der Rechtsstreit ist zur Nachholung der bislang fehlenden tatsächlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert