

Verkündet am 16. November 1964
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Volksbank D [REDACTED] eingetragenen Genossenschaft mit
beschränkter Haftpflicht, gesetzlich vertreten durch den
Vorstand Direktor K [REDACTED],

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

g e g e n

die Firma Wilhelm B [REDACTED], Maschinenfabrik in Wi [REDACTED]/Wü [REDACTED]
[REDACTED], Inhaber: Kaufmann Wilhelm B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. November 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Heidinger und der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorechel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stutt-
gart vom 9. April 1963 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Volksbank in der Rechtsform einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, macht auf Grund Abtretung Ansprüche geltend, die der Kommanditgesellschaft "C" Curt W. Feinstrumpfwirkerei KG in L (im folgenden: C) zugestanden haben sollen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil es nicht als erwiesen ansieht, daß die C Vertragsgegnerin der Beklagten geworden sei.

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kaufmann Curt W. war persönlich haftender Gesellschafter der C. Er war gleichzeitig persönlich haftender Gesellschafter der Firma E Strumpffabrik Curt W. KG in E. Ferner waren die Ehefrau W. und der gesetzliche Vertreter der Klägerin, Direktor K., Gesellschafter der "V Strumpffabrik GmbH".

Am 19. November 1955 bestätigten Direktor K. und Curt W. in einem Schreiben an die Beklagte, eine Maschinenfabrik, mündliche Abreden dahin, daß die Beklagte sich entschlossen habe, in ihrem Betriebe die Fertigung von Automaten zur Herstellung von nahtlosen Perlon-Damenstrümpfen aufzunehmen, und daß sie der Beklagten zugesichert hätten, zunächst die gesamte Produktion dieser Maschinen für das Jahr 1956 fest abzunehmen, sowie, daß die Beklagte die Zusicherung gegeben habe, daß sie schon heute das Recht bekämen, auch die Gesamtproduktion der Maschinen für die Jahre 1957 und 1958 fest zu übernehmen. In dem Schreiben finden sich die Wendungen:

"Wie Ihnen Herr K. gestern am Telefon erklärte, haben wir bereits entsprechende Schritte wegen des Absatzes der im Jahre 1956 herzustellenden Maschinen

- 3 -

unternommen und sind auch gewisse Bedingungen schon eingegangen ... Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie uns in Bälde eine Planung über die höchstmögliche Auslieferung für 1956 übermitteln könnten, damit wir selbst weitere Schritte unternehmen können ..."

Für dieses Schreiben wurde nicht ein Firmenbogen, sondern neutrales Briefpapier verwendet. Am 26. November 1955 sandten Curt W. und Direktor K. ein in der Aufmachung gleiches Schreiben an die Beklagte, in dem weitere Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich des Übernahmepreises festgelegt wurden. In diesem Schreiben heißt es u.a.:

"... Die Aufträge durch uns werden anhand dieser Bedingungen erteilt und von Ihnen bestätigt. Falls die Käufer von Maschinen zusätzliche Leistungen ... verlangen werden, sind diese Arbeiten durch Ihre Firma vorzunehmen. Die Kosten hierfür hat, soweit sie im Betrieb des Käufers vorgenommen werden, derselbe zu tragen."

Die Beklagte antwortete mit einem an die "Firma V. GmbH zu Händen von Herrn W." gerichteten Schreiben. Den folgenden Schriftwechsel mit der Beklagten hat Curt W. geführt. Hierbei bediente er sich gedruckter Geschäftspapiere der Firma C., teilweise schrieb er namens dieser Firma, teilweise änderte er den Firmenkopf dahin ab, daß er einfügte: "Curt W. in Firma ...". Die Beklagte ihrerseits richtete ihre Schreiben teils an die V. Strumpffabrik GmbH, zu Händen von Herrn W., teils an die gleiche Anschrift ohne den Zusatz "zu Händen von Herrn W.", teils an die Firma Curt W. "zu Händen von Herrn W." und teils an diese Firma ohne den Zusatz. Seit etwa Januar 1957 richtete sie auch Schreiben an "Herrn Curt W., C. Feinstrumpfwirkerei KG".

Die Beklagte hat zur Finanzierung des Automatenbaus insgesamt 55.100,- DM, teils in Schecks, teils in Wechseln erhalten. Bezogene und Akzeptantin der Wechsel war die C.



Sie war auch Ausstellerin der Schecks. Weitere von ihr erwartete Zahlungen erhielt die Beklagte nicht. Die Suche nach einem anderen Geldgeber scheiterte. Die Beklagte hat nur drei Automaten hergestellt. Zwei von ihnen wurden in der zweiten Hälfte des Jahres 1956 geliefert und der Firma V [REDACTED] in Rechnung gestellt. Wegen eines Fehlers, der mindestens bei einem der Automaten aufgetreten war, kamen beide im November 1956 zur Beklagten zurück. Nach der Behauptung der Beklagten sind die fertiggestellten drei Automaten voll einsetzbar. Zu einer Abnahme ist es jedoch nicht gekommen.

Am 8. August 1952 hat die C [REDACTED] in einer Mantelabtretung Forderungen in Höhe von 50.000 DM abgetreten, die sich aus Rechnungsdurchschriften und Aufstellungen ergeben sollen. Am 31. März 1956 überreichte die C [REDACTED] der Klägerin unter Bezugnahme auf die Mantelabtretung eine Forderungsaufstellung. In ihr ist eine Forderung gegen die Beklagte in Höhe von 20.000 DM angegeben. Am 30. September 1956 übersandte die C [REDACTED] der Klägerin eine weitere Forderungsaufstellung. Sie enthält unter der Bezeichnung "Darlehen bzw. Anzahlung aus Vertrag" eine Forderung gegen die Beklagte in Höhe von 25.000 DM. Das gleiche wiederholte sie am 7. April 1958.

Am 26. November 1958 fertigte ein von Curt W [REDACTED] zugezogener Anwalt eine Erklärung, nach der Curt W [REDACTED], Strumpfhersteller in L [REDACTED], den Rest der angeblichen Forderung gegen die Beklagte in Höhe von 33.000 DM an die Vereinigten Glanzstoff-Fabriken AG abtrat. Am 28. Februar 1960 trat Curt W [REDACTED] in einer ebenfalls von seinem Anwalt entworfenen Erklärung unter der Bezeichnung "Ingenieur in D [REDACTED]" Zinsansprüche an die Firma Zwirnerei- und Nähfadenfabrik G [REDACTED] ab.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, daß die C [REDACTED] Vertragspartnerin der Beklagten geworden sei, und macht eine

dieser Firma erwachsene Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Automatenkaufvertrages, hilfsweise einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend. Im ersten Rechtszuge hat sie Zahlung von 25.000 LM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte hat sich vor dem Landgericht nicht dagegen gewandt, daß die C. Vertragspartei gewesen sei, hat vielmehr nur die Ansicht vertreten, daß sich die Rechtsverhältnisse der Beteiligten nicht nach Kaufrecht beurteilten. Es habe sich vielmehr um ein gesellschaftsähnliches Verhältnis gehandelt. Mangelnde Finanzierung durch die Vertragspartner sei der Grund dafür, daß sie nicht mehr als drei Automaten fertiggestellt habe. Die Beklagte hat hilfsweise mit unstreitigen Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 19.402,31 DM verurteilt. Es hat von dem eingeklagten Betrage von 25.000 DM einen Betrag von 5.597,69 DM aus drei Forderungen, die im weiteren Verfahren keine Rolle mehr spielen, abgezogen.

Im Berufungsrechtszug hat die Beklagte sich auf den Standpunkt gestellt, ihre Vertragsgegner seien Curt W. persönlich und Direktor K. gewesen. Im übrigen meint sie, auch diesen stehe ein Anspruch nicht zu. Mit der Anschlußberufung verfolgt die Klägerin über die ihr vom Landgericht zugebilligte Forderung hinaus einen weiteren ihr angeblich abgetretenen Anspruch auf Zahlung von 3.000 LM. Sie leitet ihn daraus her, daß die C. auf Grund eines mit der Volksbank We. getroffenen Abkommens an diese für die Beklagte 3.000 LM auf eine Forderung gezahlt habe, die der Volksbank We. gegen die Beklagte zustand.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage im vollen Umfange abgewiesen und die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung von insgesamt 22.402,31 DM weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Kaufvertrag über Strumpfautomaten

I.

Das Berufungsgericht sieht nicht als erwiesen an, daß die C. Vertragspartnerin der Beklagten aus dem Vertrag über die Herstellung der Strumpfautomaten geworden ist. Das Berufungsgericht hält es vielmehr für möglich, daß die Beklagte den Vertrag mit Curt W. und Direktor K. persönlich abgeschlossen hat. Seine Auffassung entnimmt das Berufungsgericht im wesentlichen dem Schriftwechsel der Parteien.

II.

1. Die Revision macht in erster Linie geltend, die Beklagte habe die Tatsache, daß die C. den Vertrag geschlossen habe, im ersten Rechtszuge zugestanden. Sie folgert daraus, die Beklagte habe das Geständnis nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufen können. Diese Voraussetzungen sind nach Meinung der Revision nicht gegeben.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Unter welchen Umständen ein Vertragsschluß überhaupt eine Tatsache darstellt, die zugestanden werden kann, bedarf keiner Erörterung. Hier mag in der Tat die Klägerin nicht nur eine Rechtsansicht vortragen, sondern eine Tatsachenbehauptung aufgestellt haben. Curt W. hätte die C. unmittelbar nur berechtigt und verpflichtet, wenn er bei Vertragsschluß seine Erklärungen aus-

drücklich oder stillschweigend in deren Namen abgegeben hätte und der Vertretungswille für den Geschäftsgegner erkennbar zum Ausdruck gekommen wäre. Die Behauptung, daß dies geschehen sei, könnte in dem Klagevorbringen enthalten sein. Die Beklagte hat, wie der Revision zuzugeben ist, dem Vortrag der Klägerin nicht widersprochen und das Landgericht hat demzufolge den Vertragsschluß zwischen der C. und der Beklagten als unbestritten angesehen. Das genügt indessen für die Annahme eines Geständnisses im Sinne des § 288 ZPO nicht. Das Geständnis setzt voraus, daß der Gegner sich der Behauptung des Erklärenden durch eine übereinstimmende Erklärung anschließt. Daß die Beklagte eine solche Erklärung abgegeben hat, ist aber ihrem Vortrag nicht zu entnehmen, auch die Revision hat nichts dafür vorgebracht, daß die Beklagte mehr getan habe, als das Vorbringen der Klägerin nicht zu bestreiten. Wenn eine Partei aber behauptete Tatsachen lediglich nicht bestreitet, so sind diese Tatsachen zwar nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen. Dieses nur unterstellte Zugeständnis des § 138 Abs. 3 ZPO erfüllt aber nicht den Tatbestand des wirklichen Geständnisses nach § 288 ZPO. Das unterbliebene Bestreiten kann vielmehr bis zur letzten Tatsachenverhandlung auch noch im Berufungsrechtszuge nach § 531 ZPO nachgeholt werden (Wieczorek ZPO § 138 I II a, § 288 A I a 2; Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 138 II 3). Die Beklagte konnte daher ohne die Einschränkung des § 290 ZPO im Berufungsrechtszuge geltend machen, nicht die C., sondern Curt W. und Direktor K. hätten mit ihr den in Frage stehenden Vertrag geschlossen.

2. Soweit es sich um die Frage handelt, ob Curt W. oder die C. den Vertrag geschlossen habe, meint die Revision weiter, sei die Beweislast verkannt, weil nach § 344 Abs. 1 HGB die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig gelten.

Liese Ansicht der Revision ist irrig. Curt W. ist allerdings in seiner Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter der C. Kaufmann und betreibt in dieser Eigenschaft auch ein Handelsgewerbe, aber es ist nicht sein eigenes, sondern das der Gesellschaft. Es steht also nicht in Frage, ob er den Kaufvertrag in seiner privaten Rechtssphäre oder im Rahmen des eigenen Handelsgewerbes geschlossen hat, sondern, ob er persönlich oder die von ihm vertretene Gesellschaft Vertragspartei ist. Das aber ist nicht Gegenstand der Vermutung des § 344 HGB; diese Frage ist vielmehr allein nach der Vorschrift des § 164 BGB über die Vertretung zu entscheiden (BGH Urteil vom 5. Mai 1960 - II ZR 128/58 = LM HGB § 406 = WM 1960, 866).

3. Soweit die Revision aus der Tatsache, daß die Zahlungen über die C. abgewickelt worden sind und die Beklagte hierüber quittiert hat, den Schluß ziehen will, die im November 1955 getroffenen Vereinbarungen seien mit der C. zustande gekommen, kann sie keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat diese Umstände nicht übersehen, es hat sie vielmehr anders gewürdigt, als die Revision es will. Das Berufungsgericht meint, die C. habe als Dritte die von Curt W. und Direktor K. geschuldete Leistung erbringen können. Es sei nicht bekannt, ob nicht etwa Curt W. Forderungen an die Firma C. gehabt habe, die diese durch Zahlung an die Beklagte vereinbarungsgemäß beglichen habe. Diese Würdigung ist möglich und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

III.

Die Revision rügt aber mit Recht, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt habe.

Von den beiden Personen, die nach Ansicht des Berufungsgerichts möglicherweise noch gegenwärtig Gläubiger der Forderung sind, ist die eine, nämlich Curt W., der gesetzliche Vertreter der abtretenden Gesellschaft und die andere, Direktor K., der gesetzliche Vertreter der die Abtretung annehmenden Klägerin. Waren sich aber beide jeweils in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter darüber einig, daß die Forderung der Klägerin zustehe, so erscheint die Auffassung, beide könnten gleichwohl noch persönlich Inhaber der Forderung sein, wenig überzeugend. Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung folgendes übersehen:

Die C. würde, wenn sie durch Curt W. eine ihr nicht zustehende Forderung an die Klägerin abgetreten hätte, als Nichtberechtigte verfügt haben. Diese Verfügung wäre nach § 185 BGB wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten, also, vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus, des Curt W. und des Direktors K., erfolgte. Was Curt W. betrifft, so ist eine stärkere Einwilligungserklärung als die eigene Verfügung - wenn auch als gesetzlicher Vertreter - kaum zu denken. Das gleiche gilt auch für K., wenn er als gesetzlicher Vertreter der Abtretungsempfängerin an der Abtretung eines ihm möglicherweise zustehenden Anspruches mitwirkte.

Unter diesem Blickpunkt hat das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht geprüft. Dem war es nicht deshalb entgangen, weil die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, nicht eindeutige, sich auf Tatsachen beziehende Behauptungen aufgestellt und dafür Beweis angeboten habe und ihr Beweisangebot genügend substantiierte Behauptungen vermissen lasse. Das Gericht ist verpflichtet, einen Sachverhalt unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Das aber hätte zu der Erwägung führen müssen, ob nicht schon

nach dem unstreitigen Sachverhalt die Voraussetzungen der Einwilligung nach § 185 BGB gegeben seien.

Bereits aus diesem Grunde muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Es kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben, ob die Revision auch deshalb Erfolg haben müßte, weil, wie sie vorträgt, das Berufungsgericht sich nicht erschöpfend mit der Behauptung auseinandergesetzt hat, die C. sei mindestens in der Zeit nach den von Curt W. und Direktor K. im November 1955 geführten Verhandlungen Vertragspartnerin geworden. So könnten etwa die Beteiligten stillschweigend übereingekommen sein, daß die C. als interessierte Hauptabnehmerin der Strumpfmaschinen die Entwicklungskosten zahle und als Vertragspartei an die Stelle der ursprünglich als Käufer vorgesehenen Curt W. und des Direktors K. trete. Wenn es in den Gründen des Berufungsurteils heißt, die weiteren Urkunden seien nach, teilweise sogar erheblich nach dem Vertragsschluß vom November 1955 verfaßt, so könnte das zu eng gesehen sein. Bei einer Würdigung der gesamten Umstände kann nicht daran vorbeigegangen werden, daß die Beklagte in späterer Zeit offenbar den Kontoauszügen der C. (vgl. Auszug vom 4. November 1958 - Anlage 28 zum Schriftsatz vom 12. Dezember 1962) nicht widersprochen hat und nach ihrer Einlassung im ersten Rechtszuge anscheinend überhaupt nicht auf den Gedanken gekommen ist, die C. könne nicht die aus dem Vertragsverhältnis Berechtigte sein. Für ihr Verhalten hat die Beklagte auch im zweiten Rechtszuge keine Erklärung gegeben.

Bei der erforderlichen neuen Verhandlung wird die Klägerin Gelegenheit haben, ihren bisherigen Sachvortrag in der ange-deuteten Richtung zu ergänzen. Im übrigen mag das Berufungs-

gericht, wenn es darauf ankommen sollte, seine Auffassung überprüfen, ob der Ausdruck: "Curt W. in Firma C." tatsächlich verdeutlicht, daß es sich um ein privates Schreiben handelt. Es spricht viel dafür, daß diese Fassung gewählt ist, um anzudeuten, daß er als persönlich haftender Gesellschafter der C. auftrete. Als persönlich haftender Gesellschafter war er aber Vertreter der C.. Wenn ferner das Berufungsgericht daraus etwas herleitet, daß in den vom Anwalt des Curt W. verfaßten Abtretungserklärungen vom 26. November 1958 und 28. Februar 1960 er selbst, nicht aber die C. als Gläubigerin bezeichnet sei, könnte bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung auch von Bedeutung sein, daß diese Abtretungserklärungen nur die Mantelzessionen ergänzen. In diesen Mantelzessionen ist aber die C. als abtretende Firma bezeichnet worden.

B. Zahlung an Volksbank We.

1. Das Berufungsgericht meint, auch der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines Betrages von 3.000 DM, der daraus hergeleitet werde, daß die Firma C. für die Beklagte an die Volksbank We. diesen Betrag gezahlt habe, sei nicht begründet. Die Beklagte möge zwar der Firma C. gegenüber zum Aufwendungsersatz verpflichtet sein. Ein solcher Anspruch der Firma C. werde aber nicht von den hier maßgeblichen Abtretungen gedeckt. Alle Abtretungserklärungen bezeichneten die abgetretene Forderung deutlich als: "Darlehen bzw. Anzahlung laut Vertrag". Hiermit könne nur eine sich aus dem Nachbau der italienischen Strumpfautomaten ergebende Forderung gegen die Beklagte gemeint sein.

2. Die Revision macht demgegenüber geltend, auch die Zahlung der 3.000 DM an die Volksbank We. sei im Zusammenhang mit dem Verträge über die Fertigung der Strumpfautomaten erfolgt. Zweck der Zahlung sei nämlich gewesen, die Beklagte

zu entlasten, damit sie sich dem Automatenbau frei von Pfändungsansprüchen durch Gläubiger zuwenden konnte. Im übrigen, so meint die Revision, habe die Klägerin vorgetragen, daß sie an alle drei Gläubiger, nämlich die Klägerin, die Vereinigten Glanzstofffabriken und die Firma Zwirnerei- und Nähfadenfabrik G [REDACTED], ihren gesamten Anspruch gegen die Beklagte abgetreten habe, wie er sich aus der Aufstellung vom 4. November 1958 ergebe. In dieser Aufstellung seien aber die 3.000 DM, die an die Volksbank We [REDACTED] gezahlt worden sind, mit enthalten.

Sollte das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wiederum zu dem Ergebnis kommen, daß ein Anspruch der Klägerin aus dem Vertrage über die Fertigung der Strumpfautomaten nicht bestehe, so wird es in der Tat seine Auffassung, daß die Erstattungsansprüche von 3.000 DM nicht abgetreten seien, überprüfen müssen. Aus der Aufstellung vom 4. November 1958 in Verbindung mit den Abtretungserklärungen gegenüber den Vereinigten Glanzstofffabriken und den Zwirnerei- und Nähfadenfabriken G [REDACTED] könnte geschlossen werden, daß die Klägerin ihre gesamten Ansprüche an die Beklagte in Höhe von $(55.000 + 3.000 =)$ 58.000 DM in erster Linie bis zum Betrage von 25.000 DM an die Klägerin und den überschießenden Betrag von 33.000 DM an die beiden anderen Gläubiger hat abtreten wollen.

C.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht übertragen worden, weil sie von der Sachentscheidung abhängt.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann