

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 302/75

URTEIL

Verkündet am
11. Mai 1977
Scheibl,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Ha[REDACTED] Bauträger GmbH, vertreten durch
den Geschäftsführer Wolfgang K[REDACTED], Al[REDACTED] W[REDACTED] in
H[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma Sanitär-Ge[REDACTED], Ge[REDACTED] & Co., persönlich haftende
Gesellschafterin Frau Elisabeth P[REDACTED], Rö[REDACTED]straße [REDACTED]
in Es[REDACTED] a.N.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1977 durch die Richter Dr. Hiddemann, Claßen, Hoffmann, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 25. September 1975 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 fordert von der Beklagten aus abgetretenem Recht die Zahlung von 100 000 DM nebst Zinsen für Geschäftsanteile der "Norddeutschen Wohnungsbaugesellschaft K mbH" (im folgenden: NWK) im Nennwert von 38 000 DM, die die Beklagte aufgrund eines notariellen Angebots der Norddeutschen Beteiligungsgesellschaft mbH ("N") vom 28. November 1972 und notarieller Annahmeerklärung vom 1. Dezember 1972 zum Kaufpreis von 100 000 DM erworben hat.

- 3 -

Die Veräußerung stand in Zusammenhang mit der Abwicklung eines Konkursverfahrens über das Vermögen des Kaufmanns Emil Max K■■■■, der eine Anzahl von Firmen gegründet hatte oder an ihnen beteiligt gewesen war. Zu diesen Unternehmen gehörte ursprünglich auch die Beklagte, ferner die NWK, deren Geschäftsanteile zu 95 % von Emil Max K■■■■ und zu 5 % von seinem Sohn Wolfgang K■■■■, dem Geschäftsführer der Beklagten, gehalten wurden. Die NWK war Eigentümerin mehrerer Grundstücke, die zum Teil mit Grundpfandrechten zur Sicherung von Ansprüchen gegen Emil Max K■■■■ und gegen andere Firmen seiner Unternehmensgruppe belastet waren. Unter anderem hatte Emil Max K■■■■ nach der Behauptung der Beklagten von dieser ein Darlehen über 100 000 DM erhalten, über welches er unstreitig einen Schuldschein vom 31. Dezember 1969 ausgestellt hat. Inwieweit und in welcher Zeit dieses Darlehen auf einem Grundstück der NWK dinglich gesichert war, ist zwischen den Parteien streitig. Nachdem das Konkursverfahren im Februar 1970 eröffnet war, veräußerte der Konkursverwalter Niethammer die 95 % Geschäftsanteile der NWK (Nennwert 38 000 DM) durch notariellen Vertrag vom 9./10. Juli 1970 an die "St■■■■ Steuerberatungsgesellschaft mbH", die später in "N■■■■" umbenannt wurde. Die Käuferin hatte 38 000 DM zu zahlen. Darüber hinaus verpflichtete sie sich in § 3 des Vertrages, 95 % eines etwaigen, noch zu ermittelnden höheren Firmenwertes zusätzlich zu zahlen. § 4 dieses Vertrages lautet:

Herr Emil Max K■■■■ hat unter anderem Verpflichtungen gegenüber

- a) - g) ...,
- h) Ha■■■■ Bauträger GmbH, H■■■■.

Diese vorgenannten Verpflichtungen sind teilweise auf dem Grundbesitz der Norddeutschen Wohnungsbaugesellschaft K■■■■ mbH dinglich gesichert. Soweit Herr K■■■■ für diese



vorgenannten dinglich gesicherten Forderungen persönlich haftet oder mithaftet, stellt die Käuferin den Verkäufer von diesen Verbindlichkeiten frei.

Aufgrund der Freistellungserklärung durch die Käuferin erbrachte Leistungen sind auf den gemäß § 3 Absatz 3 zu zahlenden zusätzlichen Kaufpreis voll anzurechnen.

Mit notariellem Vertrag vom 7. Oktober 1971 erwarb die Klägerin sämtliche Geschäftsanteile der "N[REDACTED]". Sie veräußerte sie wieder aufgrund eines notariellen Verkaufsangebots vom 28. November 1972, und zwar zu 70 % an die Firma G[REDACTED] GmbH (deren Alleingesellschafterin die Ehefrau Emil Max K[REDACTED] ist) und zu 30 % an Emil Max K[REDACTED].

Bei der Protokollierung der Verkaufsangebote vom 28. November 1972 an die Beklagte (betreffend NWK) und an Emil Max K[REDACTED] und die Firma G[REDACTED] (u.a. betreffend N[REDACTED]) war für die "N[REDACTED]" deren Geschäftsführer Ke[REDACTED] aufgetreten. Er erklärte im Angebot an Emil Max K[REDACTED] und die G[REDACTED], daß er sein Amt mit Wirksamkeit dieses Vertrages niederlege.

Die Klägerin fordert von der Beklagten die Zahlung von 100 000 DM nebst Zinsen mit der Behauptung, die "N[REDACTED]" habe ihr den Anspruch aus der Veräußerung der NWK-Anteile durch privatschriftliche Erklärung des Geschäftsführers Ke[REDACTED] vom 28. November 1972 abgetreten. Die Beklagte bestreitet die Wirksamkeit der Abtretung, macht Rücktritt der "N[REDACTED]" vom Verträge sowie Erfüllung durch eine Wechselzahlung der Ehefrau K[REDACTED] geltend und rechnet hilfsweise auf. Den Aufrechnungsanspruch begründet sie mit einem ihr nach ihrer Ansicht aus § 4 des Vertrages vom 9./10. Juli 1970 zustehenden eigenen Anspruch gegen die "N[REDACTED]", weil

sie meint, diese Vertragsbestimmung erfasse u.a. auch den von ihr behaupteten Darlehensanspruch gemäß dem Schuldschein vom 31. Dezember 1969. Hilfsweise stützt sie diese Aufrechnung auf Abtretung der in § 4 aaO vereinbarten Freihaltungsansprüche durch den Konkursverwalter.

Das Landgericht hat der im Urkundenprozeß erhobenen Klage stattgegeben und der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Nachdem die Klägerin - nach vorangegangener Ankündigung in ihrem Schriftsatz vom 17. April 1975 - in der ersten mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz am 25. September 1975 mit Zustimmung der Beklagten vom Urkundenprozeß Abstand genommen hatte, hat das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision hat Erfolg.

I. 1. Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe die Aktivlegitimation der Klägerin zu Unrecht bejaht, eine Überschreitung der Vertretungsmacht Kellenbergers sowie einen Verstoß gegen das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) nicht beachtet und ferner einen Beweisantritt der Beklagten und deren Vorbringen über den Zeitpunkt der Abtretungserklärung der "N[REDACTED]" ohne Grund als verspätet zurückgewiesen.

Auf alle diese Rügen kommt es nicht an, weil das angefochtene Urteil aus anderen - unter 2) zu erörternden - Gründen ohnehin aufgehoben werden muß. Soweit die Beklagte mit entscheidungserheblichem Vorbringen bisher wegen Verspätung ausgeschlossen worden ist, wird sie bei der erneuten Verhandlung Gelegenheit haben, dieses Vorbringen geltend zu machen.

2. a) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Beklagte habe nicht eindeutig dargelegt, daß die Forderung der Klägerin durch Befriedigung aus einer Wechselverbindlichkeit der Ehefrau Emil Max K[REDACTED] erloschen sei. Auch nach der Darstellung der Beklagten habe Frau K[REDACTED] den Wechsel über 135 000 DM nicht zwecks Tilgung der hier fraglichen Forderung der Klägerin akzeptiert, sondern weil ihr Ehemann sonst von dem Kommanditisten der Klägerin, Heinz P[REDACTED], eine Anzahl "Re[REDACTED]"-Aktien nicht erhalten hätte. Darüber hinaus sei auch nicht bewiesen, daß der Wechsel erfüllungshalber für die Forderung der Klägerin akzeptiert sei; die Beklagte habe den Zeugen L[REDACTED] erst mit Schriftsatz vom 11. September 1975 und damit verspätet (§ 279 Abs. 1 ZPO) benannt.

b) Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

aa) Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils und den darin in Bezug genommenen Schriftsätzen der Parteien ist die Folgerung, die Beklagte habe die Erfüllung der Klageforderung nicht eindeutig dargelegt, unhaltbar. Im Schriftsatz vom 16. April 1975 (S. 3 und 4) hat die Beklagte vorgetragen, Pfeffer habe von Emil Max K[REDACTED] Zahlung von 100 000 DM oder ein Wechselakzept seiner Ehefrau auf die jetzt streitige Klageforderung verlangt und dazu erklärt, er werde andernfalls die von

ihm - nach Behauptung der Beklagten nur treuhänderisch - gehaltenen Re- -Aktien nicht auf K- übertragen; diesem Druck habe sich die Ehefrau K- schließlich gebeugt und einen Wechsel über 135 200 DM akzeptiert. In dieser Darlegung kommt eindeutig zum Ausdruck, daß das Wechselakzept mindestens auch für die hier streitige Klageforderung bestimmt gewesen, mithin also erfüllungshalber durch einen Dritten gegeben worden sei (§§ 364 Abs. 2, 267 BGB). Das Interesse an der (Rück-) Übertragung der Re- -Aktien war nach dieser Darstellung nur als Motiv für die Bereitschaft, den Wechsel zu akzeptieren. Da die Beklagte (aa0) weiterhin behauptet hat, die Ehefrau K- sei in einem Wechselprozeß zur Zahlung verurteilt und die hier streitige Forderung sei durch Vollstreckung aus diesem Urteil erloschen, setzt sich das Berufungsgericht in offenbaren Widerspruch zu dem Sachvortrag der Beklagten, wenn es deren Darstellung in einem anderen als dem oben erörterten Sinne deutet oder eine solche Deutung doch für möglich hält. Das Berufungsurteil kann daher mit dieser Begründung keinen Bestand haben.

bb) Die hilfsweise gegebene Begründung, die Benennung des Zeugen L- für die Behauptungen über das Wechselakzept habe nach § 279 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden können, verkennt die Voraussetzungen und die Reichweite des § 279 ZPO.

Zwar findet diese Bestimmung nach § 283 ZPO entsprechende Anwendung auf die Benennung von Beweismitteln. Der Rechtsstreit wäre bei Berücksichtigung des Beweisantritts auch verzögert worden. Für diese Feststellung kommt es nur auf den Vergleich der Prozeßlagen an, die entstanden sind oder entstanden wären, wenn das streitige Vorbringen berücksichtigt oder nicht berücksichtigt würde (BGH, Urteil vom 7. Februar 1974 - II ZR 65/73 = LM ZPO § 529 Nr. 29

= NJW 1974, 862); insoweit kann kein Zweifel bestehen, daß die Durchführung einer Beweisaufnahme nach dem Übergang ins ordentliche Verfahren den Rechtsstreit gegenüber einem Abschluß ohne Beweisaufnahme ernstlich verzögert hätte, zumal eine nach § 272 b ZPO verfügte Ladung aller drei von den Parteien benannten Zeugen - darunter des in der Sch[REDACTED] wohnenden Zeugen Ke[REDACTED] - schon praktisch kaum möglich gewesen wäre.

Die Zurückweisung der Zeugenbenennung war aber deshalb unstatthaft, weil die Beklagte nicht grob nachlässig gehandelt hat, wie es für § 279 ZPO sowohl nach Absatz 1 als auch nach Absatz 2 erforderlich wäre. Die hierzu notwendigen tatsächlichen Feststellungen liegen sämtlich vor. Das Revisionsgericht kann daher die an sich dem Tatrichter obliegende Würdigung der maßgeblichen Umstände selbst vornehmen.

Grob nachlässig handelt eine Partei, die die ihr erkennbaren prozessualen Anforderungen ganz eindeutig mißachtet, die also jede ihr mögliche und zumutbare prozessuale Sorgfalt vermissen läßt. Hierfür genügt nicht in jedem Falle die Tatsache, daß Beweis für ein streitiges Vorbringen erst mehrere Monate nach der Äußerung des Gegners angetreten wird. Vielmehr müssen auch der Stand und der bisherige Ablauf des Verfahrens berücksichtigt werden.

Der vorliegende Rechtsstreit wurde auch in der zweiten Instanz zunächst als Urkundenprozeß geführt, in dem die Benennung von Zeugen für einen Erfüllungseinwand nach § 598 ZPO hätte zurückgewiesen werden müssen. Die Klägerin hatte zwar mit ihrem Schriftsatz vom 17. April 1975 angekündigt, vom Urkundenprozeß Abstand nehmen zu wollen. Der Übergang in das ordentliche Verfahren wurde aber erst

nach Erklärung der Klägerin dazu und nach Einwilligung der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 25. September 1975 vollzogen. Bis dahin blieb das Verfahren im Urkundenprozeß anhängig, so daß die Klägerin ihre Ankündigung auch noch hätte fallen lassen und ihren Anspruch im Urkundenprozeß hätte weiterverfolgen können. Ob eine beklagte Partei in einer solchen Prozeßsituation überhaupt verpflichtet ist, das - mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende - ordentliche Verfahren schon im einzelnen schriftsätzlich vorzubereiten, kann dahingestellt bleiben. Für die Beklagte war der künftige Verfahrensablauf jedenfalls noch so ungewiß, daß es ihr nicht als grobe Mißachtung ihrer Prozeßpflichten angerechnet werden kann, wenn sie den Zeugen L. nicht alsbald nach Eingang des Schriftsatzes vom 29. April 1975 benannte, mit dem die Klägerin das Vorbringen über die Erfüllung der Forderung bestritten hatte. Das gilt um so mehr, als das Berufungsgericht den Verhandlungstermin vom 21. April 1975 ersatzlos aufgehoben hatte und besondere Eile zunächst nicht geboten schien, nachdem auch die Klägerin auf die Berufungsbegründung vom 7. November 1974 erst mit Schriftsatz vom 17. April 1975 erwidert hatte. Neuen Verhandlungstermin auf den 25. September beraumte das Berufungsgericht erst mit Verfügung vom 15. Juli 1975 an. Wenn unter diesen besonderen Voraussetzungen die Beklagte erst mit Schriftsatz vom 11. September 1975 Beweis antrat, so kann das jedenfalls nicht als grobe Nachlässigkeit angesehen werden.

Zugunsten der Beklagten muß ferner berücksichtigt werden, daß eine frühere Zeugenbenennung den Prozeß nur beschleunigt hätte, wenn daraufhin die drei von den Parteien benannten Zeugen prozeßleitend zum Termin vom 25. September geladen worden wären. Ob das möglich gewesen wäre, ist - wie bereits ausgeführt - schon

zweifelhaft. Der Beklagten darf es aber jedenfalls nicht als grobe Sorgfaltspflichtverletzung angerechnet werden, wenn sie vor der Terminsanberaumung und in dem Stadium des nur angekündigten Übergangs zum ordentlichen Verfahren nicht damit rechnete, daß das Berufungsgericht Zeugen nach § 272 b ZPO laden würde, und wenn sie die Zeugenbenennung deshalb zunächst unterließ.

Da das Berufungsgericht diese Gesichtspunkte nicht beachtet und das Beweisangebot der Beklagten deshalb zu Unrecht zurückgewiesen hat, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Auf die weiteren Fragen, ob die Zurückweisung von Beweisangeboten nach § 279 Absatz 1 ZPO oder nach Absatz 2 dieser Bestimmung zu beurteilen wäre und ob die Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze auch im Stadium einer erst angekündigten Abstandnahme vom Urkundenprozeß Anwendung finden, kommt es daher nicht mehr an.

cc) Die Zurückweisung des Beweisantritts läßt sich schließlich auch nicht nach § 529 Abs. 2 ZPO aufrechterhalten. Diese Bestimmung setzt voraus, daß Angriffs- oder Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz vorgebracht werden, die bereits in erster Instanz hätten geltendgemacht werden können. Daran fehlt es, weil im Urkundenprozeß vor dem Landgericht die Benennung von Zeugen für den Einwand der Erfüllung als in dieser Verfahrensart unzulässig hätte zurückgewiesen werden müssen (§ 598 ZPO).

II. Da das angefochtene Urteil schon aufgehoben werden muß, soweit es den Klageanspruch für begründet erklärt hat, besteht keine Veranlassung mehr, über die Hilfsaufrechnung der Beklagten zu entscheiden.

Für eine eigene Sachentscheidung des Senats fehlen die Voraussetzungen. Die Sache mußte daher zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Hiddemann

Claßen

Hoffmann

Treier

Dr. Brunotte