

BUNDESGERICHTSHOF

2087 057

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 102/63

URTEIL

Verkündet am
11. März 1965
Pohl,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ernst B i [REDACTED], Kö [REDACTED]/T [REDACTED],
Li [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

das Bankhaus K [REDACTED], La [REDACTED] & Co., Kommanditgesellschaft,
F [REDACTED] (M [REDACTED]), Bo [REDACTED] L [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten
durch die persönlich haftenden Gesellschafter Dr. Fritz
P [REDACTED] und Walter G. Ho [REDACTED] in F [REDACTED] (M [REDACTED]),

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 5. März 1963 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zu mehr als 39.371,98 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

In diesem Umfange, also wegen eines Betrages von 10.628,02 DM nebst Zinsen, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Der Beklagte hat vier Fünftel der Kosten der Revision zu tragen; die Entscheidung über das restliche Fünftel wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und der Kaufmann Pf[REDACTED] waren die Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer folgender Firmen:

- 3 -

- 1) Chemische Fabriken Mi[REDACTED] Hermann Pf[REDACTED] GmbH
in W[REDACTED] ("Ce[REDACTED]"),
- 2) Mineralölwerk H[REDACTED] GmbH in H[REDACTED] ("H[REDACTED]"),
- 3) C[REDACTED] Industrie- und Handelsgesellschaft mbH
in Ha[REDACTED] ("C[REDACTED]").

Alle drei Firmen standen bis 1955 in Geschäftsverbindung zur Klägerin: die beiden erstgenannten beanspruchten laufend Kredit, die C[REDACTED] unterhielt 1953 ein Guthaben von rund 2 1/2 Millionen DM. Auf Grund eines Verrechnungsabkommens vom 15./22. September 1952 glich die Klägerin in der Folgezeit die Konten der Firmen z.T. gegeneinander aus. 1955 fielen die Ce[REDACTED] und Pf[REDACTED] in Konkurs.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung eines Teilbetrages von 50.000 DM. Sie stützt sich in erster Linie auf eine ihr am 10. Februar 1953 von der Ce[REDACTED] abgetretene Darlehensforderung dieser Firma gegen den Beklagten in Höhe von 123.862,69 DM. Hilfsweise beruft sie sich auf eine selbstschuldnerische Bürgschaft, die der Beklagte am 9. September 1950 für ihre Forderungen gegen die Ce[REDACTED] übernommen hat. Diese beziffert sie auf 131.303 DM (aus eingelösten Zollbürgschaften der Klägerin für die Ce[REDACTED]).

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat die Wirksamkeit der Abtretung und seiner Bürgschaft bestritten. Er hat hilfsweise mit Gegenforderungen gegen die Ce[REDACTED] und gegen die Klägerin aufgerechnet.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter.



Entscheidungsgründe:

I.

Die von der Ce[REDACTED] an die Klägerin abgetretene Darlehensforderung gegen den Beklagten (123.862,69 DM):

1. Das Berufungsgericht bejaht die Wirksamkeit der Abtretung, weil der für die Ce[REDACTED] alleinvertretungsrechtigte Pf[REDACTED] die Abtretungsurkunde unterzeichnet hat. Es läßt u.a. dahingestellt, ob die Mitunterschrift des Beklagten auf einem Blankettmißbrauch Pf[REDACTED] beruht.

a) Die Revision meint, die Klägerin hätte den objektiven Erklärungswert der Mitunterschrift Pf[REDACTED] dahin auffassen müssen, er gebe die Abtretungserklärung nur für den Fall ab, daß auch eine wirksame Abtretungserklärung des Beklagten vorliege.

Das trifft nicht zu. Die Klägerin durfte der Abtretungsurkunde entnehmen, daß der alleinvertretungsberechtigte Pf[REDACTED] eine unbedingt wirksame Abtretungserklärung abgeben wollte, gleichviel, ob die entsprechende Erklärung des Beklagten wirksam war oder nicht. Sie durfte annehmen, daß die Mitunterschrift des Beklagten auf der Abtretungsurkunde durch die internen gesellschaftlichen Abreden bedingt war, ohne aber nach dem erklärten Willen Pf[REDACTED] Bedeutung für die Außenwirkung seiner Abtretungserklärung zu haben.

Im übrigen würde auch der Beklagte die Forderung der Ce[REDACTED] auf Grund seiner Blankounterschrift nach den Grundsätzen des Rechtscheins wirksam an die Klägerin abgetreten haben. Wer nämlich ein Blankett mit seiner Unterschrift aus

der Hand gibt, muß auch bei einer seinem Willen nicht entsprechenden Ausfüllung des Blanketts den dadurch geschaffenen Inhalt der Urkunde einem redlichen Dritten gegenüber, dem die Urkunde vorgelegt wird, als seine Willenserklärung gegen sich gelten lassen (BGHZ 40, 65). Den Beweis dafür, daß die Klägerin von der angeblichen Blankettfälschung Pfeifers gewußt hätte, hat der Beklagte nicht erbracht.

b) Die Behauptung, die Abtretung sei erst nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Ce [REDACTED] (1955) geschehen, als Pf [REDACTED] diese Firma nicht mehr vertreten konnte, hat der Beklagte erstmals in der Revisionsinstanz aufgestellt. Sie kann daher nicht berücksichtigt werden.

c) Den von der Revision als übergangen gerügten Beweisantritten in dem erstinstanzlichen Schriftsatz des Beklagten vom 9. Januar 1959 brauchte das Berufungsgericht schon deswegen nicht nachzugehen, weil der Beklagte sie in der Berufungsinstanz nicht wiederholt hatte (BGHZ 35, 103, 106); die Revision hat das Gegenteil jedenfalls nicht dargelegt.

d) Sie rügt, daß das Berufungsgericht nicht die vom Beklagten beantragte Auskunft des Landeskriminalamts V [REDACTED] [REDACTED] eingeholt hat darüber, daß am 10. Februar 1953 auf Grund der finanziellen Lage der Ce [REDACTED] kein Anlaß bestanden habe, der Klägerin durch die Abtretung eine Sicherheit zu geben.

Das soll ein Beweisanzeichen dafür sein, daß am 10. Februar 1953 keine Abtretung erfolgt sei. Das Berufungsgericht war aber nicht genötigt, dem Gewicht beizulegen. Im übrigen war die beantragte Auskunft ein untaugliches Beweismittel, einmal angesichts des völlig unsubstantiierten

Vortrags des Beklagten zu diesem Punkt, zum andern mangels jeglicher Befugnis des Landeskriminalamts zu derartigen Auskünften.

e) Zu Unrecht rügt die Revision, der Direktor Ho [REDACTED] der Klägerin sei nicht "als Partei vernommen", sondern nur "gehört" worden. Durch Beweisbeschluß vom 29. Januar 1959 war die Parteivernehmung Ho [REDACTED] angeordnet. Er ist auch am 17. März 1959 vernommen worden. Im übrigen hätte der Beklagte einen bei der Vernehmung Ho [REDACTED] etwa unterlaufenen Verfahrensfehler früher rügen müssen (§ 295 ZPO).

f) Die Aufstellung der Klägerin vom 8. Juni 1955 und ihre Konkursforderungsanmeldung vom 12. August 1955 hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Es war nicht genötigt, daraus die von der Revision gewünschten Schlüsse zu ziehen. Da der Inhalt der beiden Urkunden unstreitig war, brauchte es darüber auch keine Beweise zu erheben.

g) Es hat weiter nicht die Behauptung des Beklagten übersehen, die Klägerin habe ihm erstmals am 28. April 1955 erklärt, die Forderung sei am 10. Februar 1953 abgetreten worden. Es hält die etwaige vorherige Unkenntnis des Beklagten ohne Rechtsverstoß für unerheblich.

Es brauchte den Zeugen Mü [REDACTED] nicht darüber zu vernehmen, ob die Klägerin am 28. April 1955 dem Beklagten gegenüber beruhigende Erklärungen abgegeben hat. Auch aus dieser Behauptung brauchte es keine maßgebenden Schlüsse für die Wirksamkeit oder den Zeitpunkt der Abtretung zu ziehen.

Ebensowenig brauchte es das Verhalten der Klägerin im Vorprozeß O [REDACTED] /55 LG F [REDACTED] für erheblich zu halten.

h) Offensichtlich verfehlt ist die Rüge, daß § 181 BGB verletzt sei.

2. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts stand der Ce [REDACTED] gegen den Beklagten im Zeitpunkt der Abtretung unstreitig eine Forderung in Höhe von 123.862,69 IM aus Darlehen zu. Dagegen bringt die Revision nichts vor.

Es stellt weiter die Fälligkeit dieser Forderung fest. Auch das greift die Revision nicht an.

II.

Die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen:

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe gegen den eingeklagten Teilbetrag von 50.000 DM wirksam mit einer ihm gegen die Ce [REDACTED] zustehenden Gegenforderung aufgerechnet (§ 406 BGB). Diese sei ihm daraus entstanden, daß er im Dezember 1956 von der Kreissparkasse in Pe [REDACTED] aus einer von ihm im April 1952 für die Ce [REDACTED] übernommenen Bürgschaft in Höhe von 10.628,02 DM in Anspruch genommen worden sei (§ 774 BGB).

Die Revision beanstandet in diesem Zusammenhang lediglich, das Berufungsgericht habe die vom Beklagten vorgeschriebene Reihenfolge der aufgerechneten Forderungen nicht beachtet. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn seine angeblichen weiteren Gegenforderungen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß als nicht erwiesen angesehen, wie unten ausgeführt ist.

2. Der Beklagte hatte einen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin aus Verletzung eines Treuhandvertrages der Parteien und aus § 826 BGB mit der Begründung herzu-
leiten gesucht, sie habe zur "Refinanzierung" eines ver-
botenen Sperrmarkgeschäfts Pf[REDACTED] die C[REDACTED] zu Unrecht
auf Grund der Einlösung von Wechseln des Kaufmanns von
Pr[REDACTED] mit 310.000 DM belastet. Da er (Beklagter) ihr am
7. September 1953 seinen Gesellschaftsanteil an der C[REDACTED]
als Sicherheit für die Schulden von "H[REDACTED]" übertragen
habe, sei sie verpflichtet gewesen, seine Interessen an
der C[REDACTED] treuhänderisch zu wahren. Statt dessen habe sie
bei der Abwicklung des Sperrmarkgeschäfts durch Einlösung
der Pr[REDACTED]-Wechsel vorsätzlich sittenwidrig zu seinem
Nachteil mit Pf[REDACTED] zusammengearbeitet und den abgetre-
tenen Geschäftsanteil entwertet.

Es kann dahinstehen, ob den Ausführungen des Berufungs-
gerichts beigetreten werden kann, die es über das Ausmaß
der Treuhänderpflichten der Klägerin und über die eigenen
Kontrollmöglichkeiten des Beklagten macht (vgl. dazu BGHZ
32, 67). Das Urteil wird jedenfalls durch die weitere Fest-
stellung des Berufungsgerichts getragen, sämtliche in die-
sem Zusammenhang erfolgten Buchungen der Klägerin zu Lasten
der C[REDACTED] seien durch das Verrechnungsabkommen vom 15./22.
September 1952 gedeckt gewesen. Danach war nämlich die Klä-
gerin befugt, Schulden der C[REDACTED] mit Guthaben der C[REDACTED]
auszugleichen. Es ist nicht ersichtlich, warum dieses Recht
dadurch geschmälert worden sein sollte, daß der Beklagte
der Klägerin seinen C[REDACTED]-Anteil zur Sicherheit abgetreten
hatte.

Im einzelnen schließt sich der erkennende Senat dem
an, was der II. Senat des Bundesgerichtshofs dazu in seinem

Urteil II ZR 38/60 vom 18. Januar 1962 ausgeführt hat (S. 8 - 13 aaO). Hierauf wird Bezug genommen. In jenem Rechtsstreit war der jetzige Beklagte rechtskräftig mit einem gegen die jetzige Klägerin geltend gemachten Teilbetrag von 6.100 DM derselben Schadensersatzforderung (Sperrmarkschiebung/Wechsel von Pr[REDACTED]) abgewiesen worden, deren im Vorprozeß nicht verbrauchten Teil er jetzt zur Aufrechnung gestellt hat. Der Sachverhalt, der damals der Entscheidung des II. Senats zu Grunde lag, ist derselbe, den das Berufungsgericht auch im jetzigen Rechtsstreit festgestellt hat. Die von der Revision als übergangen gerügten Beweisanträge waren sämtlich unerheblich.

3. Der Beklagte hat eine weitere Schadensersatzforderung gegen die Klägerin zur Aufrechnung gestellt. Diese will er daraus herleiten, daß die Klägerin seine Abberufung als Geschäftsführer und seinen Ausschluß als Gesellschafter bei "C[REDACTED]" und "H[REDACTED]" erwirkt habe (vgl. hierzu, soweit "H[REDACTED]" in Betracht kommt, die beiden Urteile des II. Senats des Bundesgerichtshofs vom 25. Januar 1960 - II ZR 207/57 - = WM 1960, 289 und - II ZR 22/59 - = BGHZ 32, 17; ferner die beiden Urteile des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. 4 U 89/60 vom 11. Juli 1961 und 4 U 94/60 vom 30. Juni 1964). Er hatte behauptet, ihm sie dadurch bei beiden Firmen 6 Jahre lang sein Geschäftsführergehalt von je 1.000 DM monatlich entgangen, insgesamt also - neben dem Verlust der Rendite - ein Schaden von 144.000 DM entstanden.

Das Berufungsgericht führt aus, das Vorbringen des Beklagten sei deswegen unsubstantiiert, weil er keine Tatsachen vorgetragen habe, aus denen sich ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin beim Zustandekommen der betreffenden Gesellschafterbeschlüsse ergeben könnte.

a) Die Revision verweist demgegenüber auf Ausführungen in einigen Berufungsschriftsätzen des Beklagten. Darin finden sich jedoch keine genügend substantiierten Darlegungen über ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten der Klägerin in dem genannten Zusammenhang. Nur ein solches Verhalten aber könnte (nach § 826 BGB) den Gegenanspruch des Beklagten rechtfertigen. Denn die Mitgesellschafter einer GmbH stehen als solche nicht unmittelbar in Vertragsbeziehungen zueinander, sondern es steht nur jeder einzelne Gesellschafter jeweils in einem Rechtsverhältnis zur GmbH. Das Treuhandabkommen der Parteien bezüglich des Geschäftsanteils C [REDACTED] scheidet als Anspruchsgrundlage für diese Forderung aus.

b) Fehl geht die auf § 139 ZPO gestützte Rüge der Revision. Das Berufungsgericht hatte den Beklagten durch Beschlüsse vom 22. März 1960 und 9. November 1961 wiederholt auf die nicht genügende Substantiierung seines Vorbringens hingewiesen. Mehr brauchte es nicht zu tun.

4. Als unsubstantiiert bezeichnet das Berufungsgericht auch das Vorbringen des Beklagten, mit dem er seinen Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin wegen Verschleuderung seines Hauses Wi [REDACTED], Hi [REDACTED]straße [REDACTED], begründen will.

In der Tat ist es unschlüssig. Der Beklagte hat nicht behauptet und unter Beweis gestellt, daß die Firma Lin [REDACTED] E [REDACTED]fabrik, mit der er in Kaufverhandlungen stand, sich ohne das Eingreifen der Klägerin bereit gefunden hätte, den von ihm geforderten Kaufpreis von 500.000 DM, oder jedenfalls mehr als 350.000 DM, zu zahlen. Der Beklagte hat somit nicht dargetan, daß ihm durch den Verkauf zu 350.000 DM ein Schaden entstanden ist.

5. Völlig unsubstantiiert war der Vortrag des Beklagten (S. 5 seines Schriftsatzes vom 15. Dezember 1961) über angebliche "Luftgeschäfte" zwischen Pfeifer und von Pr [REDACTED]. Daran ändert auch die Verweisung auf eine umfangreiche Vernehmung von Pr [REDACTED] in den Ermittlungsakten ■ Js [REDACTED]/55 StA W [REDACTED] nichts.

Unter diesen Umständen brauchte sich das Berufungsgericht mit diesem unsubstantiierten Vortrag nicht zu befassen.

6. Der Beklagte hatte einen weiteren Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin daraus herzuleiten gesucht, daß diese seine Sanierung bewußt vereitelt habe (S. 5 - 7 des Schriftsatzes vom 14. Januar 1963 - "1962" ist ein Schreibfehler -).

Das Berufungsgericht enthält auch hierzu keine ausdrücklichen Ausführungen. Die Revision rügt die Übergehung von Beweisakten. Die Rüge ist nicht begründet. Der Beklagte hatte sich in diesem Zusammenhang lediglich auf das Schreiben des Bankhauses B [REDACTED] & Co. vom 16. November 1954, auf seine eigene Parteivernehmung und auf die Akten ■ U [REDACTED]/60 OLG F [REDACTED] a. M. (betr. seinen Ausschluß als Gesellschafter von "H [REDACTED]") bezogen. Mit dem Schreiben wollte er dartun, daß er in aussichtsreichen Sanierungsverhandlungen mit dem genannten Bankhaus gestanden habe; dieser Umstand war für sich allein unerheblich. Der Antrag auf seine eigene Parteivernehmung war unzulässig. Er hätte auch im einzelnen darlegen müssen, was sich aus den Akten ergeben sollte, deren Beiziehung er beantragt hatte. Da er an jenem Rechtsstreit selbst als Partei beteiligt war, hätte er das unschwer tun können.

7. Die Revision rügt (S. 11 - 13 der Revisionsbegründung), daß das Berufungsgericht auf weitere Einzelpunkte im Sachvortrag des Beklagten nicht eingegangen ist, aus denen sich nach Ansicht der Revision weitere aufrechenbare Gegenforderungen des Beklagten ergeben sollen.

Dabei übersieht sie, daß der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 6. November 1961 (S. 2 - 3) nur noch die oben unter II 2 - 4 behandelten Schadensersatzansprüche als zur Aufrechnung gegen die Klageforderung gestellt bezeichnet hatte. Darin durfte das Berufungsgericht eine prozessuale Erklärung des Beklagten erblicken des Inhalts, daß er im vorliegenden Rechtsstreit von allen bis dahin erwähnten Gegenforderungen nur noch die in diesem Schriftsatz genannten berücksichtigt haben wolle, und zwar auch soweit etwa infolge einer früheren Aufrechnungserklärung materiell bereits eine Tilgung der Klageforderung eingetreten sein sollte.

Eine derartige bewußte Beschränkung des Prozeßstoffs ist - auch wenn sie zu einer von der materiellen Rechtslage abweichenden Entscheidung führt - prozessual zulässig, soweit die Parteien in der Verfügungsbefugnis über ihre Rechte frei sind (vgl. BGHZ 38, 254, 257 f.).

Mit Recht hat das Berufungsgericht sich daher nicht mit Gegenforderungen befaßt, die weder im Schriftsatz vom 6. November 1961 noch in späteren Schriftsätzen des Beklagten zur Aufrechnung gestellt worden sind.

III.

Der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus dessen Bürgschaft vom 9. September 1950 für eine Forderung der Klägerin gegen die Ce [REDACTED] aus eingelösten Zollbürgschaften in Höhe von 131.303 DM:

Wegen eines Betrages von 10.628,02 DM stützt das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten auf den genannten, von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten Anspruch. Es meint, der Beklagte habe das Bestehen der Forderung der Klägerin gegen die Ce [REDACTED] nicht substantiiert bestritten.

Das rügt die Revision mit Recht.

1. Der Beklagte hatte nicht nur (hilfsweise) behauptet, die Forderung sei nachträglich erloschen. Er hatte auch ihre Entstehung bestritten. Dazu bedurfte es keiner Substantiierung.

Es wäre Sache der Klägerin gewesen, die Entstehung ihrer Forderung gegen die Ce [REDACTED], deretwegen sie den Beklagten als Bürgen in Anspruch nehmen will, zu beweisen. Das hat sie bisher nicht getan.

2. Soweit das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten hierauf stützt, kann sein Urteil somit keinen Bestand haben. Die Sache bedarf weiterer Aufklärung. Dabei wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben:

a) Seine Annahme, der Beklagte könne gegen den Anspruch der Klägerin (gegen ihn aus seiner Bürgschaft) nicht mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihm gegen die Klägerin zustehen, entbehrt der gesetzlichen Grundlage (§ 387 BGB).

b) Mit einer Forderung der Ce (Hauptschuldnerin) gegen die Klägerin kann er allerdings als Bürge (mangels Gegenseitigkeit) nicht aufrechnen. Es kommt jedoch für ihn ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 770 Abs. 2 BGB oder den §§ 768, 273 BGB in Betracht (vgl. BGHZ 24, 97; RGRK BGB 11. Aufl. § 770 Anm. 5).

3. In der neuen Berufungsverhandlung hat der Beklagte Gelegenheit, seine Behauptungen über eine Tilgung der etwaigen Forderung der Klägerin gegen die Ce erneut vorzutragen.

IV.

Soweit der Beklagte endgültig unterlegen ist, sind ihm die Kosten der Revision aufzuerlegen (§§ 97, 92 ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt