

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 96/67

URTEIL

Verkündet am
2. Oktober 1969
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Wilhelm S [REDACTED], I [REDACTED]
Haus Nr. [REDACTED],

Beklagten zu 1),

2. des Kaufmanns Harald D [REDACTED], C [REDACTED],
Haus A [REDACTED], I [REDACTED],

Beklagten zu 2), Berufungsbe-
klagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter des Beklagten zu 2):
Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

1. den Oberst a.D. Volkmar von A [REDACTED],
2. die Kauffrau Gudula S [REDACTED] geb. von A [REDACTED],
beide wohnhaft in I [REDACTED] Haus [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED]-

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten Döscher gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 18. April 1967 wird zurückgewiesen.

Er hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind die Erben der während des Revisionsverfahrens verstorbenen früheren Klägerin Frau Grace von A[REDACTED]. Der Kläger zu 1) ist ihr Ehemann, die Klägerin zu 2) ihre Tochter. Der Beklagte zu 1) ist der Ehemann der Klägerin zu 2).

Die beiden Beklagten übernahmen durch Vertrag vom 3./16. September 1960 von der Firma J[REDACTED] S.A. in I[REDACTED] den Vertrieb eines neuartigen Autowaschverfahrens mit den dazugehörigen Waschgeräten und Waschmitteln für die Länder Niedersachsen, Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein. Sie ließen ein Konto bei dem Bankhaus H[REDACTED], M[REDACTED] & Co in H[REDACTED] eröffnen und erhielten

- 3 -

am 3. Oktober 1960 von diesem zugunsten der Firma J [REDACTED] eine Bankgarantie, für die die frühere Klägerin gegenüber dem Bankhaus die selbstschuldnerische Bürgschaft übernahm. Die Firma J [REDACTED] nahm auf Grund ihrer Lieferungen an die Beklagten diese Bankgarantie in Höhe von 85.000 DM in Anspruch. Am 31. Dezember 1961 lief der den Beklagten gewährte Bankkredit, der 88.093 DM betrug, ab.

Durch Vertrag vom 29. Oktober 1960 hatten die jetzige Klägerin zu 2) und der Journalist Heiko D [REDACTED], ein Sohn des Beklagten zu 2), die Kommanditgesellschaft S [REDACTED] & Co gegründet, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Klägerin zu 2) war. Harald D [REDACTED] war Kommanditist. Diese Gesellschaft vertrieb ihrerseits im Zusammenwirken mit den Beklagten die von diesen eingekauften Waschgeräte.

Am 21. Dezember 1961 schrieb die Firma S [REDACTED] & Co an das Bankhaus u.a.:

"Vereinbarungsgemäß bitten wir zu Lasten unseres Kontos, Ihre Forderung gegen die Herren W. S [REDACTED] und H. D [REDACTED] zum Ausgleich zu bringen. Die Bürgschaftserklärung von Frau Grace von A [REDACTED] fügen wir in der Anlage bei. Das Konto W. S [REDACTED] und H. D [REDACTED] bitten wir aufzulösen."

Daraufhin glich das Bankhaus das Konto zum 31. Dezember 1961 aus und belastete das Konto der Firma S [REDACTED] & Co mit 88.093 DM, wobei es in Höhe von mindestens 76.000 DM Kredit gewährte. Für die Forderung des Bankhauses gegen die Firma S [REDACTED] & Co verbürgte sich die



frühere Klägerin bis zur Höhe von 90.000 DM selbstschuldnerisch. Aus dieser Bürgschaft wurde sie im Oktober 1963 in Höhe von 89.925,93 DM von dem Bankhaus in Anspruch genommen.

Mit der Klage hat die frühere Klägerin von den Beklagten als Gesamtschuldnern zunächst nur die Zahlung von 7.077,60 DM verlangt. Gegen den nicht vertretenen Beklagten zu 1) hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht keinen Antrag gestellt. Ihre Klage gegen den Beklagten zu 2) - im folgenden als Beklagter bezeichnet - ist vom Landgericht durch Teilurteil abgewiesen worden.

Auf ihre Berufung, mit der sie den Klageantrag gegen den Beklagten auf 16.500 DM erhöht hat, ist dieser unter Abweisung eines weitergehenden Zinsanspruches zur Zahlung von 16.500 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 28. September 1964 verurteilt worden.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Die Kläger bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Klage aus abgetretenem Recht der Firma S. & Co für begründet. Dieser habe ein Anspruch auf Ersatz der ihr durch die Ablösung der Bankschuld der Beklagten entstandenen Aufwendungen gemäß § 670 BGB zugestanden, den sie an die frühere Klägerin abgetreten habe.

1. Es hat das Vorbringen der früheren Klägerin hierzu, die ihre Ansprüche zunächst anders begründet hatte, als sachdienliche Klageänderung zugelassen und festgestellt, daß die jetzige Klägerin zu 2) als persönlich haftende Gesellschafterin der Firma S [REDACTED] & Co von beiden Beklagten in Übereinstimmung mit dem Bankhaus aufgefordert worden sei, die Schuld zu tilgen. Diese Aufforderung sei als rechtlich selbständiger Auftrag anzusehen. Aus anderen Gründen seien die Firma S [REDACTED] & Co oder ihre Gesellschafter zur Ablösung des Kredits der Beklagten nicht verpflichtet gewesen. Ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Beklagten und den Gesellschaftern der Firma S [REDACTED] & Co, in dessen Rahmen die Ablösung der Schuld habe fallen können, sei nicht festzustellen. Die Beklagten hätten auch nicht das Waschverfahren und die Geräte nur gefälligkeitshalber erst einmal von der Firma J [REDACTED] im Auftrag der Gesellschafter der Firma S [REDACTED] & Co übernommen, so daß die Firma S [REDACTED] & Co verpflichtet gewesen sei, die Beklagten von dem Bankkredit freizustellen. Aus dem Vertrieb von Waschgeräten durch die Firma S [REDACTED] & Co könne weder geschlossen werden, daß diese sich den Beklagten gegenüber zur Übernahme aller Geräte verpflichtet, noch daß sie später das gesamte Geschäft mit den Geräten von den Beklagten erworben und als Gegenleistung dafür den Kaufpreis-Kredit abgelöst hätte.

Für den danach begründeten Aufwendungsersatzanspruch der Firma S [REDACTED] & Co hafte der Beklagte als Gesellschafter der mit dem Beklagten zu 1) eingegangenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

2. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung rechtsfehlerfrei begründet.

Welche Rechte und Pflichten sich aus der Ablösung einer Schuld zwischen dem Ablösenden und dem Schuldner ergeben, richtet sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis. Das kann ein Auftrag sein (vgl. RGRK, 11. Aufl. Anm. 8 zu § 267 BGB). Der Auftraggeber schuldet dann dem Beauftragten den Ersatz seiner Aufwendungen. Dazu gehört bei einem Zahlungsauftrag das gezahlte Geld, hier außer dem aufgewendeten Guthaben die von der Firma S. [REDACTED] & Co übernommene Verbindlichkeit der Bank gegenüber. Der Beklagte haftet mit dem Beklagten zu 1) gemäß §§ 420 ff, 427 BGB als Gesamtschuldner.

3. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe das neue Vorbringen der früheren Klägerin nicht zulassen dürfen. Es habe übersehen, daß das Landgericht es nicht nur als unzulässige Klageänderung, sondern gemäß § 279 ZPO auch wegen Verspätung zurückgewiesen habe. Die Zulassung in der Berufungsinstanz verstoße gegen § 529 ZPO.

Hierauf braucht nicht eingegangen zu werden, denn mit der Revision kann weder die Zulassung der Klageänderung noch die Berücksichtigung verspäteten Vorbringens angefochten werden (§ 270 ZPO; BGH LM Nr. 8 und 17 zu § 529 ZPO).

4. Die Revision greift weiter die vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung an. Dieses hat jedoch - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - eine eingehende tatrichterliche Würdigung des gesamten Sachverhalts und der Beweisaufnahme vorgenommen. Danach

hat es für erwiesen gehalten, daß die Gesellschafter der Firma S [REDACTED] & Co sich mit der Ablösung des Kredits nicht zur Übernahme sämtlicher Geräte verpflichtet hatten und daß sie auch in der Folgezeit weder die Gesamtheit der Geräte noch die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag der Beklagten mit der Firma J [REDACTED] als Gegenleistung für die Ablösung des Kredits übernommen haben. Diese Feststellungen beruhen auf der Aussage die die Klägerin zu 2) als Zeugin gemacht hat, und einer Würdigung der nach der Überzeugung des Berufungsgerichts diese bestätigenden gesamten Umstände. Dazu gehört u.a. der zeitliche Zusammenhang der Kreditablösung, die Weigerung der Klägerin zu 2), den Vertragsentwurf vom 3. Juni 1961 zu unterschreiben, sowie die Übernahme von Geräten durch die Firma S [REDACTED] & Co in der Form von Einzel-geschäften, wobei die Erlöse aus der Veräußerung von dieser jeweils den Beklagten gutgeschrieben wurden. Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß die Firma S [REDACTED] & Co den Kredit auf Grund der an sie gerichteten Aufforderung der Beklagten ausgeglichen hat. Hierbei ist die persönlich haftende Gesellschafterin - die Klägerin zu 2) - einerseits von den engen geschäftlichen und persönlichen Beziehungen zu den Beklagten und andererseits auch von dem Wunsch, ihre Mutter vor einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft zu schützen, bewogen worden, auf die Aufforderung der Beklagten einzugehen.

Diese Feststellungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand. Die von ihr erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft. Sie sind unbegründet.

5. Das Berufungsgericht führt aus, die am Tage vor der abschließenden mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingegangenen schriftlichen Ausführungen des Beklagten vom 17. März 1967 zu der spätestens seit dem Beweisbeschuß des Senats vom 11. Juni 1965 und der eingehenden Erörterung der Einzelheiten im Beweistermin vom 10. November 1965 als wesentlich erkannten Frage, ob die geplante Firma S [REDACTED] & Co in den Vertrag mit der Firma J [REDACTED] eintreten sollte, wahrten die Schriftsatzfrist nicht und seien auch sonst grob nachlässig verspätet. Die beantragte Beweiserhebung, die auch nicht im Wege der prozeßleitenden Verfügung habe herbeigeführt werden können, würde den Rechtsstreit verzögern und scheide daher gemäß § 279 ZPO aus. Im übrigen sei das Vorbringen auch unerheblich, denn es lasse nicht hinreichend substantiierte Erklärungen der späteren beiden Gesellschafter der Firma S [REDACTED] & Co erkennen, und enthalte mithin keinen Sachverhalt, der als rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Gesellschafter zur Übernahme der eingekauften Geräte angesehen werden könne.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Begriff der Verspätung und den der groben Nachlässigkeit verkannt. Es habe daher die in dem Schriftsatz vom 17. März 1967 angebotenen Beweise erheben müssen. Der Schriftsatz sei deshalb erst so spät eingereicht worden, weil die Parteien zunächst nach dem Beweisaufnahmetermin vom 10. November 1965 Vergleichsverhandlungen geführt hätten. Am 18. Oktober 1966 sei neuer Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt worden. Erst mit Schriftsatz vom 9. Januar 1967 - eingegangen am 10. Februar 1967 - habe der Prozeßbevollmächtigte der früheren

Klägerin zu dem Beweisergebnis Stellung genommen. Hier-
auf habe der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten im
Schriftsatz vom 15. Februar 1967 gerügt, daß ihm die
Anlagen zum Schriftsatz vom 9. Januar 1967 nicht zu-
gegangen seien. (Letzteres trifft nicht zu. In dem ge-
nannten Schriftsatz war nur gebeten worden, von den An-
lagen eine weitere Fotokopie zur Verfügung zu stellen).
Erst nach Zugang der Anlagen habe dann der Schriftsatz
vom 17. März 1967 verfaßt werden können.

b) Die Rüge kann im Ergebnis keinen Erfolg haben.

aa) Gegen die Anwendung des § 279 ZPO bestehen
allerdings Bedenken. Die Zurückweisung verspäteten
Vorbringens ist dann nicht gerechtfertigt, wenn sich
das Gericht in der Lage sieht, sachlich über dieses zu
entscheiden. Das hat das Berufungsgericht aber getan.
Es hat den zurückgewiesenen Vortrag in tatsächlicher
und rechtlicher Hinsicht gewürdigt, als unerheblich
beurteilt und deshalb die Erhebung der angetretenen
Beweise nicht für erforderlich gehalten. Wenn eine Be-
weisaufnahme, die den Prozeß verzögern würde, nicht
notwendig ist, dann tritt durch die Berücksichtigung
des verspäteten Vorbringens eine Verzögerung nicht ein
(RGZ 162, 282, 291; Wieczorek, ZPO, § 279 Anm. CII).

bb) Auf diesem Verfahrensverstoß beruht aber das
Berufungsurteil nicht. Die Auffassung des Berufungs-
gerichts, die Vernehmung der benannten Zeugen sei nicht
erforderlich, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
Es vermißt mit Recht die substantiierte Darlegung eines
Sachverhalts, der die rechtliche Verpflichtung der Ge-

sellschafter der Firma S [REDACTED] & Co zur Übernahme der von den Beklagten eingekauften Autowaschgeräte nebst Zubehör ergeben könnte. Das gilt insbesondere auch für die Behauptung des Beklagten, die Firma S [REDACTED] & Co sei gegründet worden, um in die zwischen den Beklagten und der Firma J [REDACTED] abgeschlossenen Verträge einzutreten. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Rechtserheblich könnte nur sein, ob die Firma S [REDACTED] & Co tatsächlich in diese Verträge eingetreten ist oder ob sie sich dazu verpflichtet hatte. Das ergibt sich aus dem Beweisantrag nicht.

6. Das Berufungsgericht stellt fest, die Firma S [REDACTED] & Co habe ihren Aufwendungsersatzanspruch an die frühere Klägerin abgetreten. Die Abtretung sei wirksam. Der Anspruch habe sich, soweit die Firma S [REDACTED] & Co die Bankschulden der Beklagten aus eigenen Mitteln getilgt habe, auf Zahlung, soweit sie selbst dafür Bankkredit in Anspruch genommen habe, auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit, nach Inanspruchnahme der früheren Klägerin aus ihrer Bürgschaft auf Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber der früheren Klägerin gerichtet. Insoweit habe er sich durch die Abtretung an die frühere Klägerin in einen Zahlungsanspruch verwandelt.

Diese Ausführungen sind entgegen der Meinung der Revision rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGHZ 12, 136, 141, 142). Die Revision berücksichtigt nicht, daß die Forderung der Bank gegen die Firma S [REDACTED] & Co, die ursprünglich Gegenstand des Befreiungsanspruches war, nach § 774 EGB auf die frühere Klägerin übergegangen war, nachdem sie als Bürgin die Bank befriedigt hatte.

7. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 BGB nicht zugebilligt. Es führt dazu aus, selbst wenn das Schreiben der Firma S [REDACTED] & Co an die Beklagten vom 31. Oktober 1963 den Umfang der Abtretung an die frühere Klägerin noch offen gelassen habe, so habe die Inhaberin der Firma - die jetzige Klägerin zu 2) - jedenfalls zu gerichtlichem Protokoll vom 10. November 1965 die Abtretung bestätigt. Das stehe der schriftlichen Abtretungsanzeige im Sinne von § 410 Abs. 2 BGB gleich.

a) Die Revision bittet um Nachprüfung dieser Auffassung. Sie verweist darauf, daß sich die Klägerin zu 2) in ihrer Zeugenaussage auf die Abtretungsurkunde vom 3. September 1963 berufen habe, die die unrichtige Feststellung enthalte, zunächst habe das Bankhaus seine Forderung an die Firma S [REDACTED] & Co abgetreten. Die Zeugenaussage, wonach die Firma S [REDACTED] & Co ihre Ansprüche - gleich aus welchem Rechtsgrund - an die frühere Klägerin abgetreten habe, stehe dazu im Widerspruch und könne die Voraussetzungen des § 410 Abs. 2 BGB nicht erfüllen. Es fehle auch die Übergabe einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers an den Schuldner.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem Beklagten steht kein Leistungsverweigerungsrecht zu.

aa) Zwar hat sich die Klägerin zu 2) bei ihrer Zeugenaussage auch auf die Abtretungserklärung vom 3. September 1963 bezogen, aus der die frühere Klä-

gerin jedoch keine Ansprüche gegen die Beklagten herleiten kann. Das ist aber unschädlich. Die Klägerin zu 2) hat eindeutig erklärt, daß sich die Abtretung an die frühere Klägerin auf jegliche Forderung aus der Abdeckung des Kredits, den die Beklagten bei dem Bankhaus eingeräumt erhalten hatten, bezog - ohne Rücksicht auf die Rechtsgründe. Damit ist auch der hier geltend gemachte Anspruch aus § 670 BGB erfaßt. Vernünftige Zweifel können daran nicht bestehen.

bb) Das Berufungsgericht hat es nicht auf die den Beklagten zugegangene schriftliche Abtretungserklärung vom 31. Oktober 1963 abgestellt. Es kann dahinstehen, ob nicht diese bereits die Erfordernisse des § 410 Abs. 2 BGB erfüllt. Jedenfalls liegt in der protokollierten Erklärung der Klägerin zu 2) eine Abtretungsanzeige nach § 410 Abs. 2 BGB. Dem Schutzzweck des § 410 BGB, den Schuldner vor nochmaliger Inanspruchnahme zu bewahren (vgl. RGRK, 11. Aufl. Anm. 1 zu § 410 BGB), ist mit dieser Erklärung Genüge getan. Eine anderweitige Inanspruchnahme des Beklagten wegen der hier geltend gemachten Forderung ist nach Lage des Falles ausgeschlossen. Die Klägerin zu 2) war als Zeugin in der Lage, eine solche rechtsgeschäftsähnliche Handlung (vgl. dazu Soergel-Siebert, 10. Aufl. § 409 BGB, Rdn. 4) vorzunehmen. Sie hat die Erklärung in Gegenwart des Beklagten abgegeben. Die Protokollabschrift ist ihm zudem zugegangen.

cc) Die Abtretungsanzeige nach § 410 Abs. 2 BGB macht, entgegen der Meinung der Revision, die Übergabe einer schriftlichen Abtretungserklärung überflüssig.

8. Zur Höhe des Anspruches führt das Berufungsgericht aus, ursprünglich habe der Firma S. & Co ein Aufwendungsersatzanspruch von mindestens 88.903 DM zugestanden. Die Firma S. & Co habe den Beklagten die Erlöse aus der Veräußerung einzelner Waschgeräte gutgeschrieben. Es sei dem Parteivortrag nicht zu entnehmen, daß dadurch die Restschuld unter den hier geltend gemachten Teilbetrag von 16.500 DM ermäßigt worden wäre.

a) Hiergegen wendet sich die Revision. Sie meint, es sei Sache der früheren Klägerin gewesen, im einzelnen darzulegen, wie viele Geräte verkauft worden seien. Da sie das nicht getan habe, sei ihre Klage der Höhe nach unschlüssig.

b) Diese Auffassung ist verfehlt. Der Beklagte hat die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß seine Schuld erfüllt oder sonstwie getilgt ist. Dazu fehlt jeder Sachvortrag des Beklagten. Auch die Revision vermag einen solchen nicht nachzuweisen.

9. Auch im übrigen enthält das angefochtene Urteil keine Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten.

Seine Revision ist nach alledem als unbegründet zurückzuweisen.

Er hat nach § 97 ZPO die Kosten des Revisions-
verfahrens zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Schmidt