

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 6/73

URTEIL

Verkündet am

8. November 1973

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Hugo H [REDACTED] GmbH, R [REDACTED],
R [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer
Kurt H [REDACTED] und Zeno S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Josef B [REDACTED], G [REDACTED],
T [REDACTED]straße,

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Schmidt, Dr. Girisch, Meise und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 20. November 1972 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betraute durch Vertrag vom 14. März 1967 den Kaufmann Hans G., der in E. ein Baubüro betrieb, als Generalunternehmer mit der Errichtung von drei Miethäusern mit 92 Wohnungseinheiten auf seinem Grundstück in W.-B. M. Straße. G. ließ die Arbeiten durch die Firma H. GmbH, deren einziger Gesellschafter er wurde, an die einzelnen Nachunternehmer vergeben.

Der Klägerin übertrug die H. GmbH durch "Bauleistungsauftrag" vom 17. April 1967 den Einbau von sieben Aufzugsanlagen zum Pauschalpreis von 133.000 DM. Auf diesen Werklohn zahlte der Beklagte durch die Treuhand- und Finanzierungsgesellschaft für W.- und B. mbH

- 3 -

"T■■■■■■", D■■■■■■, die er mit der finanziellen Betreuung des Bauvorhabens beauftragt hatte, am 26. Juli 1967 und 19. Juni 1968 Abschlüsse von insgesamt 86.922 DM, so daß von dem Pauschalpreis noch ein Rest von 46.078 DM offen blieb.

Mit Schreiben vom 26. Juni 1969 verlangte die Klägerin von dem Beklagten die Bezahlung des restlichen Werklohnes für die inzwischen eingebauten Aufzugsanlagen. Der Beklagte verwies sie mit Schreiben vom 17. Juli 1969 an die H■■■■■ GmbH als ihre Auftragsgeberin.

Am 4. September 1969 wurde über das Vermögen der H■■■■■ GmbH das Konkursverfahren eröffnet.

Die Klägerin verlangt in diesem Rechtsstreit von dem Beklagten 44.600 DM nebst Zinsen als Teilbetrag des restlichen Werklohnes. Sie stützt ihren Anspruch in erster Linie darauf, daß der Beklagte die Schuld der H■■■■■ GmbH bei einer Besprechung mit dem Ingenieur W■■■■■ von ihrem Zweigbüro in E■■■■■ und mit G■■■■■ am 18. Juli 1967 mitübernommen habe. Hilfsweise hat sie geltend gemacht, G■■■■■ habe am 3. Februar 1970 seine Forderung gegen die Beklagte in Höhe ihrer restlichen Werklohnforderung an sie abgetreten.

Der Beklagte hat eine Schuldübernahme bestritten. Im übrigen hat er sich auf das mit G■■■■■ vereinbarte Abtretungsverbot und darauf berufen, daß G■■■■■ im Zeitpunkt der Abtretungserklärung keinen Anspruch mehr gegen ihn gehabt habe.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.



Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht sieht im Gegensatz zum Landgericht einen Schuldbetritt des Beklagten als nicht erwiesen an. Es meint, selbst wenn die Richtigkeit der Zeugenaussagen W[REDACTED] und G[REDACTED] über die Besprechung mit dem Beklagten vom 18. Juli 1967 auf der Bowlingbahn in E[REDACTED] unterstellt werde, so könne doch dieser Besprechung nicht entnommen werden, der Beklagte habe die Schuld der H[REDACTED] GmbH gegenüber der Klägerin mitübernommen. Das gelte zunächst für die von beiden Zeugen bekundete Zusage des Beklagten, die erste Rate und auch die weiteren Teilbeträge - für die Fahrstuhlanlagen - über die "T[REDACTED]" unmittelbar an die Klägerin anstatt zunächst an die H[REDACTED] GmbH zu zahlen. Damit seien lediglich Vereinbarungen über die Zahlungsweise der vom Beklagten geschuldeten Beträge getroffen worden. Aber auch die weiteren von den Zeugen bekundeten Erklärungen des Beklagten ergäben nur eine Bestätigung vorhandener Rechtsbeziehungen, nicht aber eine neue selbständige Verpflichtung des Beklagten. Die übrigen - unstrittigen - Umstände sprächen eher gegen als für einen Schuldbetritt. Danach habe es einer erneuten Vernehmung der vor dem Landgericht vernommenen Zeugen und ihrer von der Klägerin beantragten Beeidigung nicht bedurft.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Fehl geht ihre Rüge, das Berufungsgericht hätte, ohne selbst die vom Landgericht vernommenen Zeugen nochmals anzuhören, deren Glaubwürdigkeit und Aussage anders beurteilt als das Landgericht. Eine derartige Verletzung tatrichterlichen Ermessens gemäß § 398 Abs. 1 ZPO (vgl. BGH NJW 1964, 2414 Nr. 8; 1968, 1138 m.w.N.) liegt hier nicht vor.

Das Berufungsgericht erwähnt zwar beiläufig, daß der Zeuge G [REDACTED] "persönlich durchaus nicht uninteressiert" sei und zwischen ihm und dem Beklagten Feindschaft, zwischen den beiden Zeugen dagegen Freundschaft bestehe. Es zieht indessen daraus keine Folgerungen. Vielmehr läßt es die Frage nach der Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen offen und geht von der Richtigkeit ihrer Aussagen aus.

Es sieht auch nicht die Bekundungen der Zeugen, sondern die von ihnen bekundeten Erklärungen des Beklagten als widersprüchlich und mehrdeutig an. Allein diese Erklärungen des Beklagten bei der Besprechung vom 18. Juli 1967 legt es anders aus als das Landgericht. Darin liegt kein Verstoß gegen § 398 Abs. 1 ZPO (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 1970 - VII ZR 97/68 - = Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 424).

Das Berufungsgericht brauchte bei seiner Auslegung der Erklärungen des Beklagten die beiden Zeugen auch nicht zu beeidigen.

2. Die tatrichterliche Auslegung der von den beiden Zeugen bekundeten Erklärungen des Beklagten durch das Berufungsgericht ist möglich und läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht lasse bei der gebotenen Würdigung der gesamten Umstände wesentliche von G [REDACTED] bekundete Erklärungen der an der Besprechung vom 18. Juli 1967 beteiligten drei Personen außer Betracht. Das Berufungsgericht geht vielmehr auch darauf ein, daß Walther in der Besprechung geäußert hatte, der Beklagte solle die Klägerin sichern und sich verpflichten, selbst zu zahlen, wenn die H [REDACTED] GmbH nicht zahle, anderenfalls die Klägerin nicht weiterarbeiten werde. Es würdigt auch die Erklärungen des Beklagten, er sei Bauherr und Auftraggeber und werde die Zahlungen über die "T [REDACTED]" unmittelbar an die Klägerin statt an die H [REDACTED] GmbH leisten. Wenn es dabei zu dem Ergebnis kommt, der Beklagte habe den Wünschen W [REDACTED] nach einer Schuldübernahme nicht entsprochen, sondern nur Vereinbarungen über die Zahlungsweise der nach seinem Vertrag mit G [REDACTED] diesem geschuldeten Beträge getroffen, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Im übrigen übersieht die Revision mit ihrer Ansicht, W [REDACTED] habe die Erklärungen des Beklagten als Schuldübernahme verstehen müssen, daß er sie tatsächlich nicht in diesem Sinne verstanden hat, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei feststellt. W [REDACTED] hat nämlich in seiner am 19. Juli 1967 für die Klägerin gefertigten Aktennotiz über die Besprechung vom Vortage nichts von einer Schuldübernahme erwähnt, sondern berichtet, der Beklagte habe sich zur sofortigen Zahlung der ersten Rate bereit erklärt. Wegen einer schriftlichen Garantie habe der Beklagte ihm gesagt, daß diese nicht erforderlich sei, da er (Beklagter) und die T [REDACTED] ohnehin Partner der Klägerin seien, was auch aus dem Auftrag hervorgehe, der zwar von der H [REDACTED], aber im Namen und auf Rechnung des

Bauherrn erteilt worden sei. Aus diesem Wortlaut der Aktennotiz W[REDACTED] durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler entnehmen, daß W[REDACTED] nicht der Auffassung war, der Beklagte habe am 18. Juli 1967 zusätzliche und weitergehende Verpflichtungen übernommen, als sie ihm aus seinem ursprünglichen Verträge mit G[REDACTED] erwachsen waren.

c) Wie das Berufungsgericht weiter feststellt, war die Klägerin mit dem Besprechungsergebnis vom 18. Juli 1967 nicht zufrieden. Sie hat auch nicht etwa, was im Falle einer Schuldübernahme nahe gelegen hätte, eine solche Vereinbarung schriftlich bestätigt. Vielmehr hat sie weiterhin noch vergeblich eine schriftliche Verpflichtungserklärung des Beklagten zu erreichen versucht. All das zeigt, daß die Klägerin selbst dem Verlauf der Besprechung vom 18. Juli 1967 keinen Schuldbeitritt des Beklagten entnommen hat.

II.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin aus Bürgschaft, weil es an der für eine Bürgschaftserklärung erforderlichen Schriftform fehle (§ 766 BG). Weitere Rechtsgrundlagen für den Anspruch der Klägerin aus eigenem Recht erörtert es nicht.

Auch das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Was die Revision dagegen vorbringt, greift nicht durch.

1. Fehl geht ihr Hinweis, der Beklagte habe sich als Kaufmann formlos verbürgen können (§ 350 HGB). Sie weist keinen Tatsachenvortrag nach, aus dem sich ergäbe, daß die Bürgschaft für den Beklagten ein Handelsgeschäft gewesen wäre.

2. Auf "Anweisung" (§§ 783, 784 BGB) hatte sich die Klägerin in den Vorinstanzen als Klagegrundlage nicht berufen. Bei dieser Sachlage hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, hierauf einzugehen, zumal es auch an der erforderlichen Schriftform fehlt.

3. Fehl geht die Ansicht der Revision, der Beklagte habe der Klägerin aus Raterteilung. Der Erklärung des Beklagten, die Klägerin solle mit ihren Arbeiten fortfahren, brauchte das Berufungsgericht eine solche Raterteilung nicht zu entnehmen. Die Klägerin hat die Erklärung des Beklagten auch nicht in diesem Sinne aufgefaßt. Die von der Revision erwähnte Entscheidung des Senats vom 14. November 1968 - VII ZR 51/67 - (= WM 1969, 36) betraf einen anders gelagerten Fall.

III.

Das Berufungsgericht verneint auch einen Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht G [REDACTED]. Es führt aus, die Abtretung vom 3. Februar 1970 sei unwirksam wegen des in Nr. 7 des Vertrages vom 14. März 1967 zwischen dem Beklagten und G [REDACTED] vereinbarten Abtretungsverbots. Im übrigen habe die Klägerin nicht dargetan, daß G [REDACTED] im Zeitpunkt der Abtretungserklärung noch Forderungen gegen den Beklagten gehabt habe.

Auch dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie meint, der Beklagte könne sich nach Treu und Glauben nicht auf das Abtretungsverbot berufen, da er G [REDACTED] gegenüber den der Klägerin zustehenden Betrag "einbehalten" habe.

Das ist nicht richtig. Der Beklagte ist in dem Schreiben seines Anwalts vom 28. März 1969 bei einer "überschlägigen Abrechnung" zu dem Ergebnis gekommen, G[REDACTED] habe bereits 138.000 DM zuviel erhalten. Zu diesem Betrag ist der Beklagte gelangt, indem er von dem Werklohn G[REDACTED] u.a. 249.900 DM als Sicherheitsbetrag wegen Mängel und 44.600 DM als "restliche Kosten der Aufzugsanlage" abgesetzt hat. Diese Art der Abrechnung entspricht den Erklärungen des Beklagten vom 18. Juli 1967, von denen das Berufungsgericht ausgeht. Damit hatte der Beklagte aber gerade keine Verpflichtung gegenüber der Klägerin übernommen, sondern daran festgehalten, nur mit G[REDACTED] abrechnen zu wollen. Die Besprechung vom 18. Juli 1967 und die Abrechnung vom 28. März 1969 haben somit das vertragliche Abtretungsverbot nicht etwa zu Gunsten der Klägerin eingeschränkt. Die Berufung des Beklagten auf das Abtretungsverbot kann folglich nicht wegen dieser Abrechnung des Beklagten als rechtsmißbräuchlich angesehen werden.

2. Hiernach kommt es nicht mehr darauf an, ob G[REDACTED] im Zeitpunkt der Abtretung noch Forderungen gegen den Beklagten hatte oder nicht.

IV.

Die Revision der Klägerin ist nach alledem als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Schmidt

Girisch

Meise

Doerry