

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 139, 278 Abs. 3

Zur Frage, wann ein Hinweis nach §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO
auch im Anwaltsprozeß nötig ist, um eine unzulässige Über-
raschungsentscheidung zu vermeiden.

BGH, Urteil vom 2. Februar 1993 - XI ZR 58/92 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 58/92

Verkündet am:
2. Februar 1993
Bartholomäus,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Halstenberg, Dr. Siol, Nobbe und Dr. van Gelder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. Februar 1992 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos [\(mobile App\)](#)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Bankhaus St. KG. Deren Komplementär, Heinz St., der auch an zahlreichen weiteren Gesellschaften maßgeblich beteiligt war, schloß am 30. April 1987 im Namen der "Unternehmensgruppe St." mit der Firma V GmbH, die dabei durch den Beklagten als ihren Geschäftsführer vertreten wurde, einen "Kooperationsvertrag zur Durchführung von Planung, Bau und Betrieb von Freizeitbädern nach dem Stil der Wabalus"; Wabalu ist eine Abkürzung für: Wasser/Bad/Luft. Während die St.-Gruppe vor allem die Grundstücksbeschaffung und die Objektfinanzierung - durch Auflage geschlossener Immobilienfonds - übernahm, gehörte zum Aufgabenbereich der V insbesondere die Betriebsplanung und -werbung. Für ihre Leistungen bis zur Betriebsfertigkeit sollte die V nach Nr. 11 Abs. 1 des Kooperationsvertrags beim Erstobjekt (Bochum) 2,5 Millionen DM und bei allen Folgeobjekten jeweils 2 Millionen DM erhalten. In Nr. 11 Abs. 2 des Vertrags heißt es weiter:

Das Honorar ist ratenweise fällig, wie die Beitritts-
erklärungen für zeichnende Gesellschafter eingehen.
Das Honorar wird paketweise mit jeweils 10% vom Gesamt-
volumen fällig und ausbezahlt. Darüber hinaus werden
erforderliche Fremdkosten (Satz, Litho, Druck
....) der V auf Nachweis und Anforderung erstattet.

Am 6. Oktober 1987 diktierte St. folgenden "Aktenvermerk für Bankhaus":

Firma V ., Herr B

Konto anlegen, Kreditrahmen 950.000 DM. Herr B
reicht die Unterlagen der V . ein.

Zinssatz möglichst nieder. Der Kredit wird später ver-
rechnet mit den Honoraren des Herrn B. bzw. der
V. für die Wabalu-Bäder.

Am 28. Oktober 1987 unterschrieb der Beklagte - ohne Hin-
weis auf ein Vertretungsverhältnis - einen Antrag auf Er-
öffnung eines Girokontos bei der Gemeinschuldnerin und füg-
te eine Selbstauskunft über seine persönlichen Einkommens-
und Vermögensverhältnisse bei. Auf dem für ihn eingerichte-
ten Girokonto Nr. nahm er schon am 3. November
1987 den ihm bewilligten Kredit von 950.000 DM voll in An-
spruch. Den von der Gemeinschuldnerin per 31. Dezember 1987
errechneten Debetsaldo von 963.361,16 DM erkannte er am
11. Januar 1988 ausdrücklich an. Im März 1988 eröffnete die
Gemeinschuldnerin auf Antrag des Beklagten unter der Konto-
Nr. ein weiteres Kreditkonto, von dem er alsbald
zur Begleichung von Fremdrechnungen 15 Einzelbeträge von
insgesamt 375.483,51 DM an sich selbst überwies; später
folgten weitere Überweisungen an Drittfirmen.

Nachdem das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ge-
gen die Gemeinschuldnerin am 29. Juli/1. August 1988 Anord-
nungen nach § 46 a KWG erlassen hatte, wurde am 7. Oktober
1988 das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Kon-
kursverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 14. Oktober 1988
kündigte er die Kreditverträge und forderte vom Beklagten

Ausgleich der Debetsalden, die sich per 31. Oktober 1988 auf 1.033.412,59 DM und 502.228,33 DM beliefen. Der auf Zahlung von 1.535.640,92 DM nebst Zinsen gerichteten Klage haben Landgericht und Oberlandesgericht stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat die Einwendungen des Beklagten gegen den Klageanspruch aus § 607 BGB mit folgender Begründung zurückgewiesen:

Bei den Konten, deren Ausgleich der Kläger fordere, handele es sich nicht um Vorschußkonten, über die eigene Verbindlichkeiten der Gemeinschaftsdnerin gegenüber der V hätten abgewickelt werden sollen, sondern um Privatkreditkonten des Beklagten, für die er persönlich hafte; das ergebe sich unmißverständlich aus dem Aktenvermerk St s vom 6. Oktober 1987 und aus den Kontoeröffnungsunterlagen. Fällige Forderungen der V hätten zur Zeit der Kontoinanspruchnahme noch gar nicht bestanden.

Die in erster Instanz erklärte Aufrechnung mit abgetretenen Ansprüchen der V habe der Beklagte im zweiten Rechtszug nicht aufrechterhalten; im übrigen seien deren Voraussetzungen auch nicht schlüssig dargelegt.

Auch zur Aufrechnung geeignete eigene Ansprüche aus § 670 BGB stünden dem Beklagten nicht zu. Er habe weder substantiiert vorgetragen noch unter Beweis gestellt, daß die vom Kreditkonto abgehobenen Beträge auch wirklich an die V geflossen seien, daß die V dafür entsprechende Leistungen gemäß dem Kooperationsvertrag erbracht habe und die vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen für den Vergütungsanspruch eingetreten seien.

II.

Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Rechtsfehlerfrei ist die auf den vorgelegten Urkunden beruhende tatrichterliche Würdigung, nach der eine Kreditvereinbarung zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten Grundlage der streitigen Girokontobelastungen war. Der Einwand des Beklagten, es habe sich nach dem Willen der Gemeinschuldnerin nur um Vorschußkonten zur Abwicklung ihrer eigenen Verbindlichkeiten gehandelt, ist mit dem Inhalt des Aktenvermerks St. vom 6. Oktober 1987 nicht vereinbar: Aus ihm ergibt sich unmißverständlich, daß die Kontoeröffnung der Gewährung eines - möglichst niedrig - verzinslichen Kredits dienen sollte. Der Aktenvermerk legte

zwar noch nicht fest, ob die V oder der Beklagte persönlich Kreditschuldner sein sollte. Diese Frage ist danach aber in den Kreditkontounterlagen eindeutig geklärt worden: Die Kontoeröffnungsanträge sind vom Beklagten im eigenen Namen, ohne irgendeinen Hinweis auf ein Handeln als Vertreter der V , gestellt worden, die Selbstauskunft vom 27. Oktober 1987 bezog sich nur auf seine persönlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse; beide Konten wurden demgemäß von der Gemeinschuldnerin als Privatkonten des Beklagten geführt, die Kontoauszüge ihm persönlich unter seiner Privatanschrift zugesandt.

Vergeblich beruft sich die Revision auf das erstinstanzliche Vorbringen des Beklagten, aufgrund zusätzlicher mündlicher Abreden habe es sich dennoch nur um ein "Parkkonto" gehandelt, für das eine persönliche Haftung des Beklagten ausgeschlossen worden sei. Die Rüge, das Berufungsgericht habe diesem Vorbringen nachgehen und die dafür benannten Zeugen vernehmen müssen, greift nicht durch. Das Berufungsgericht durfte das Vorbringen unberücksichtigt lassen; denn der Beklagte hat sich darauf im zweiten Rechtszug nicht mehr berufen, sondern nunmehr sich selbst als Kreditnehmer angesehen und lediglich eine besondere Abrede über eine spätere Verrechnung seiner Kreditschuld behauptet (vgl. zu 3.). Dafür hat er sich nur noch auf den Inhalt des Aktenvermerks vom 6. Oktober 1987 gestützt, dessen rechtliche Würdigung als die entscheidende Prozeßfrage angesehen und den darin festgehaltenen Sachverhalt als "durchweg unstreitig" bezeichnet.

2. Ohne Erfolg bleibt die Revision auch, soweit sie sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Aufrechnung des Beklagten mit `a b g e t r e t e n e n` Vergütungsansprüchen der V wendet. Zu Unrecht sieht der Beklagte darin eine ihn beschwerende rechtskraftfähige Aberkennung solcher Ansprüche.

Im Berufungsurteil wird zu Beginn der gerügten Ausführungen die - von keiner Partei beanstandete - Feststellung getroffen, daß der Beklagte sein erstinstanzliches Vorbringen zur Aufrechnung mit abgetretenen Ansprüchen im zweiten Rechtszug nicht aufrechterhalten hat. Daraus ergibt sich eindeutig, daß das Berufungsgericht insoweit eine Sachentscheidung nicht mehr treffen wollte und konnte. Wenn sich im Berufungsurteil anschließend trotzdem noch beiläufig ("Im übrigen") einige Bemerkungen zur Schlüssigkeit finden, liegt darin keine rechtskraftfähige Sachentscheidung.

3. Die Revision hat Erfolg, soweit sie die Aufrechnung mit `e i g e n e n` Ansprüchen weiterverfolgt.

a) Das Recht hierzu hat der Beklagte aus der Verrechnungsvereinbarung hergeleitet, die in dem Bankaktenvermerk vom 6. Oktober 1987 von St niedergelegt worden ist. Nach dem Vorbringen des Beklagten sah diese Nebenabrede vor, er solle der V Geldbeträge, die ihr nach dem Kooperationsvertrag als Vergütung für ihre Leistungen erst zu einem späteren Zeitpunkt zustehen würden, alsbald aus dem ihm gewährten Kredit zukommen lassen; dafür sollte er bei Eintritt der Voraussetzungen, die im Kooperationsvertrag

für die Fälligkeit der Vergütung der V vereinbart waren, gegen die Gemeinschuldnerin einen Aufwendungsersatzanspruch haben, mit dem er gegen deren Kreditforderung aufrechnen konnte.

Eine Vereinbarung dieses Inhalts ist rechtlich zulässig und war für die Beteiligten damals wirtschaftlich sinnvoll: Die V benötigte ab Ende Oktober/Anfang November 1987 bereits Geldmittel für die Vorbereitung und Durchführung des gemeinsamen Projekts. Sie konnte aber nicht verlangen, daß ihre Ansprüche aus dem Kooperationsvertrag von seiten der St -Gruppe bereits erfüllt wurden, bevor die Fälligkeitsvoraussetzungen nach Nr. 11 des Vertrags gegeben waren. Die Lösung, daß zunächst der - persönlich kreditwürdige - Beklagte bei der Gemeinschuldnerin einen niedrig verzinslichen Kredit aufnahm, daraus seinerseits der V das benötigte Geld zur Verfügung stellte, dafür aber später, bei Eintritt der im Kooperationsvertrag vorgesehenen Fälligkeitsvoraussetzungen, aufrechnungsfähige eigene Aufwendungsersatzansprüche gegen die Gemeinschuldnerin erhalten sollte, wurde den Interessen aller Beteiligten gerecht: Die V erhielt sofort das benötigte Geld. Der Beklagte hatte lediglich ein begrenztes Risiko zu tragen: er mußte den Kredit persönlich nur zurückzahlen, wenn und soweit das Projekt vorzeitig scheiterte. Die Gemeinschuldnerin hatte für diesen Fall in dem Beklagten einen zahlungskräftigen Schuldner. Bei plangemäßer Durchführung des Projekts und der Verrechnung zwischen Gemeinschuldnerin und Beklagten entfiel die im Kooperationsvertrag nicht ausdrücklich geregelte Frage, gegen welches Unternehmen der St -Gruppe sich die Ansprüche der V richten soll-

ten; es blieb der Regelung im Innenverhältnis der Unternehmensgruppe vorbehalten, ob und von wem die Gemeinschuldnerin einen Ausgleich zu erhalten hat.

b) Das Berufungsgericht hat eine Vereinbarung mit dem dargestellten Inhalt weder festgestellt noch verneint, sondern sich - im Gegensatz zum Landgericht - nur darauf gestützt, der Beklagte habe jedenfalls die tatsächlichen Voraussetzungen für seine zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche weder schlüssig dargelegt noch unter Beweis gestellt. Darin sieht die Revision mit Recht eine unzulässige Überraschungsentscheidung (vgl. BGH, Urteile vom 13. Juni 1989 - VI ZR 216/88 - und vom 20. Juni 1990 - VIII ZR 158/89 = BGHR ZPO § 278 Abs. 3 - Überraschungsentscheidung 2 und 3, jeweils m.w.Nachw.).

Nicht zu beanstanden ist zwar der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts: Der Beklagte, der die Beweislast für alle Voraussetzungen seiner Gegenansprüche trägt, mußte darlegen und ggfs. beweisen, daß von der V. Leistungen erbracht wurden, die nach dem Kooperationsvertrag eine Vergütung in Höhe des Klagebetrags rechtfertigten (aa), daß die V. vom Beklagten bereits Zahlungen in dieser Höhe erhalten hat (bb) und daß die Fälligkeitsvoraussetzungen nach Nr. 11 jenes Vertrags erfüllt worden sind (cc); dabei waren die zeitlichen Beschränkungen des § 55 Abs. 1 Nr. 2 und 3 KO zu berücksichtigen.

Über diese Anspruchsvoraussetzungen war aber in den Vorinstanzen bis zum Erlaß des Berufungsurteils nicht gestritten worden.

- aa) Der Beklagte hatte bereits im ersten Rechtszug Rechnungen vorgelegt, die von der V und von Drittfirmen über Leistungen gemäß dem Kooperationsvertrag ausgestellt worden waren. Zumindest in den Fremdrechnungen waren diese Leistungen detailliert beschrieben. Im übrigen hatten weder der Kläger noch das Landgericht Bedenken gegen die inhaltliche Richtigkeit der Rechnungen erhoben oder mangelnde Substantiierung gerügt. In der Berufungsbegründung hatte der Beklagte es als "stets unstreitig" bezeichnet, daß die eigenen und fremden Honoraransprüche in Höhe zumindest der Klageforderung entstanden waren. Der Kläger hatte sich in der Berufungserwiderung nur gegen die Passivlegitimation der Gemeinschuldnerin, nicht aber gegen die Berechtigung der vorgelegten Rechnungen gewandt.
- bb) Daß die Rechnungen der V und die Fremdrechnungen über die streitigen Kreditkonten - also vom Beklagten - bezahlt worden waren, stand für das Landgericht als unstreitig fest (LGU S. 3/4); für die Mehrzahl der Rechnungen hatte der Beklagte Fotokopien der Überweisungsformulardurchschriften vorgelegt. Auch in der Berufungsinstanz hatte der Kläger die Zahlungen nicht bestritten.
- cc) In einem vorprozessualen Schreiben, das der Klageschrift beigelegt war (Anlage K 9), hatte der Beklagte bereits ausgeführt, daß Anfang August 1988 für das erste Projekt - W B - ein Zeich-

nungsstand von 62,5% erreicht und damit in Höhe des Klagebetrags die Fälligkeitsvoraussetzungen nach Nr. 11 des Kooperationsvertrags erfüllt waren. Auch insoweit hatte der Kläger Einwendungen nicht erhoben.

Bei diesem Streitstand durfte das Berufungsgericht zur Aufrechnung geeignete Gegenansprüche nicht mit der Begründung, der Beklagte habe deren Voraussetzungen weder substantiiert dargelegt noch unter Beweis gestellt, völlig verneinen. Es mußte - auch im Anwaltsprozeß - zumindest vorher gemäß §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO darauf hinweisen, daß und in welcher Hinsicht ihm der Beklagtenvortrag nicht ausreichend erschien. Die Parteien mußten so die Möglichkeit erhalten, ihr Vorbringen zu den vom Berufungsgericht für entscheidend angesehenen Punkten zu ergänzen und ggfs. weiteren Beweis anzutreten.

Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, das Versäumte nachzuholen.

c) Auch wenn danach die Gegenansprüche noch nicht entscheidungsreif sein, sondern eine Beweisaufnahme erfordern sollten, steht der Aufrechnung nicht die Regelung in Nr. 2 (1) der AGB der Gemeinschuldnerin entgegen, auf die sich der Kläger in der Revisionserwiderung erstmalig beruft. Danach soll der Kunde gegenüber der Bank nur insoweit aufrechnen können, als seine Forderungen unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind (zur Wirksamkeit der Klausel und zur Aufrechnung mit entscheidungsreifen Gegenansprüchen vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1986 - II ZR

285/84 = WM 1986, 477, 478; Bruchner/Bunte Aktuelle AGB-rechtliche Fragen im Bankgeschäft S. 27-29 m.w.Nachw.)). Das Aufrechnungsverbot widerspricht hier jedoch der behaupteten Verrechnungsvereinbarung, die wesentlicher Bestandteil der Kreditaufnahme durch den Beklagten war. Mit dieser vorrangigen Individualabrede (§ 4 AGBG) ist es nicht vereinbar, wenn der Kläger die Kreditrückzahlungsansprüche ohne Rücksicht auf die geltend gemachten Gegenansprüche durchsetzen und den Beklagten wegen seiner Ansprüche auf eine eigene Klage verweisen will.

Schimansky

Dr. Halstenberg

Dr. Siol

Nobbe

Dr. van Gelder