



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 22/03

Verkündet am:
11. Mai 2004
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2004 durch die Richter Dr. Bungeroth, Dr. Müller, Dr. Joeres, Dr. Wassermann und die Richterin Mayen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 28. November 2002 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Bank nimmt den Beklagten, einen Rechtsanwalt und Notar, aus einem Kontokorrentkredit in Anspruch. Den Kreditvertrag hatten der Beklagte und sein damaliger Mitgesellschafter K., die beabsichtigten, gemeinsam ein Immobiliengeschäft in B. durchzuführen, im Namen der zu diesem Zweck gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im folgenden: Klägerin) abgeschlossen. Der Geschäftsbeziehung der Parteien lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugrunde. 1998 kün-

digte sie das Darlehen wegen bestehender Zahlungsrückstände. Mit der Klage verlangt sie den Restsaldo in Höhe von 1.099.878,54 DM nebst Zinsen. Der Beklagte hat - soweit im Revisionsverfahren von Interesse - geltend gemacht, er sei aus der Haftung für den Kredit entlassen worden. Außerdem hat er hilfsweise eine an ihn abgetretene Forderung der M. GmbH in Höhe von 824.325,53 DM zur Aufrechnung gestellt und diese darauf gestützt, daß die Klägerin die Zeden- tin durch einen unbegründeten Insolvenzantrag daran gehindert habe, in der genannten Höhe eine Wiederaufbauentschädigung für ein abge- branntes Gebäude in Anspruch zu nehmen.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 20. Oktober 2000 stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten hat der Senat die Revision zugelassen, mit der der Beklagte seinen Klage- abweisungsantrag weiter verfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des ange- fochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Beru- fungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Der Beklagte sei neben dem Mitgesellschafter K. als Gesamtschuldner zur Rückzahlung des gekündigten Kontokorrentkredits verpflichtet. Die von ihm behauptete Entlassung aus der Mithaftung für das Kontokorrentkonto stehe nicht fest. Es sei bereits fraglich, ob der Beklagte insoweit überhaupt erheblichen Vortrag erbracht habe. Jedenfalls sei das Landgericht nach der Aussage des Zeugen K. zu Recht davon ausgegangen, daß eine Entlassung des Beklagten aus der Haftung nicht bewiesen sei. Soweit sich der Beklagte zum Beweis seiner Behauptung ergänzend auf die Vernehmung der Zeugen B. und M.

berufen und die nochmalige Vernehmung des Zeugen K. beantragt habe, bestehe hierzu mit Rücksicht auf das insgesamt wenig substantiierte Vorbringen des Beklagten und die übrigen - gegen eine Haftungsentlassung sprechenden - Umstände des Falles kein Anlaß. Die Aussage des Zeugen K. vor dem Landgericht lasse auch keine Anhaltspunkte für die vom Beklagten behauptete krankheitsbedingte Verwirrung des Zeugen erkennen. Die vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung scheitere daran, daß der unberechtigte Insolvenzantrag der Klägerin gegen die M. GmbH für den Verlust der Wiederaufbauentschädigung nicht ursächlich geworden sei.

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Ohne Erfolg bleibt allerdings die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, indem es nach der mündlichen Verhandlung gestaffelte Schriftsatzfristen für die Parteien gesetzt und in seinem Urteil neue Tatsachen aus dem zuletzt eingereichten Schriftsatz der Klägerin verwertet habe, ohne dem Beklagten zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben. Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, greift die hiermit erhobene Verfahrensrüge schon deshalb nicht, weil es an dem nach § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b ZPO erforderlichen Vortrag der Revision dazu fehlt, daß das Berufungsurteil auf dem angeblichen Verfahrensverstoß beruht (§ 545 Abs. 1 ZPO). Insoweit gelten die gleichen Anforderungen, wie sie die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung für ordnungsgemäße Verfahrensrügen nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 Buchstabe b ZPO a.F. aufgestellt hat (vgl. dazu BGH, Urteile vom 8. Oktober 1987 - VII ZR 45/87, WM 1988, 197, 199 m.w.Nachw., vom 13. März 1996 - VIII ZR 99/94, NJW-RR 1996, 949, 950 und vom 6. Mai 1999 - IX ZR 430/97, WM 1999, 1204, 1206) und wie sie auch für die Geltendmachung einer Revisionszulassung wegen Verletzung rechtlichen Gehörs gelten (Senatsbeschluß vom 11. Februar 2003 - XI ZR 153/02, WM 2003, 702, 703). Die Revision hätte daher darlegen müssen, was der Beklagte im Falle ausreichender Gelegenheit zur Äußerung vorgebracht hätte. Daran fehlt es.

2. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist auch, daß das Berufungsgericht der Hilfsaufrechnung des Beklagten nicht nachgegangen ist. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der Auffassung des Berufungsgerichts zu folgen ist, daß der Beklagte aus materiell-rechtlichen Gründen mit seiner Aufrechnung nicht durchdringt. Es kann auch offenbleiben, ob die insoweit von der Revision erhobenen Verfahrensrügen durchgreifen. Das Berufungsgericht hat nämlich - wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert - übersehen, daß die vom Beklagten erklärte Aufrechnung bereits an dem beschränkten Aufrechnungsverbot gemäß Nr. 4 der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in das Vertragsverhältnis einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin scheitert. Danach kann der Kunde gegen die Bank nur mit Forderungen aufrechnen, die unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind. Diese Bestimmung, die mit Nr. 4 AGB-Banken und mit Nr. 11 Abs. 1 AGB-Sparkassen übereinstimmt, trägt § 11 Nr. 3 AGBG (jetzt § 309 Nr. 3 BGB) Rechnung und ist rechtlich unbedenklich (vgl. Senatsurteil vom 18. Juni 2002 - XI ZR 160/01, WM 2002, 1654 m.w.Nachw.).

Sie greift hier ein, weil der Schadensersatzanspruch, mit dem der Beklagte aufrechnet, weder unbestritten noch rechtskräftig festgesetzt ist. Es liegt daher keine der in Nr. 4 der AGB der Klägerin vorgesehenen Ausnahmen vom Aufrechnungsverbot vor. Die Anwendung dieser Bestimmung scheitert auch nicht daran, daß die Klägerin sich auf sie in den Vorinstanzen nicht berufen hat. Da ein vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer Aufrechnung und nicht nur deren Geltendmachung im Rechtsstreit ausschließt, haben die Gerichte einen solchen Aufrechnungsausschluß vom Amts wegen zu beachten (Senatsurteil vom 18. Juni 2002 aaO m.w.Nachw.).

3. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Haftungsentlassung des Beklagten verneint hat, ist dagegen, wie die Revision mit Recht rügt, von Rechtsfehlern beeinflusst. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist durch die vom Landgericht durchgeführte Vernehmung des Zeugen K. die vom Beklagten behauptete Entlassung aus der Haftung nicht bewiesen worden. Dabei habe es weder der beantragten Wiederholung dieser Beweisaufnahme noch der ergänzenden Vernehmung der zu demselben Beweisthema vom Beklagten benannten Zeugen Bü. und Mö. bedurft, da der Vortrag des Beklagten zu der Haftungsentlassung wenig plausibel und nachvollziehbar sei und die übrigen Umstände des Falles gegen die behauptete Entlassung aus der Haftung sprächen.

Diese Annahme beruht, wie die Revision zu Recht rügt, auf einem Verstoß gegen das aus § 286 Abs. 1, § 523 ZPO a.F. (der gemäß § 26 Nr. 5 EGZPO für das Berufungsverfahren noch gilt) folgende Gebot, sich mit dem Streitstoff umfassend auseinanderzusetzen und den Sachverhalt durch die Erhebung der angetretenen Beweise möglichst vollständig aufzuklären (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1992 - VIII ZR 202/90, NJW 1992, 1768, 1769; Senatsurteile vom 29. Januar 2002 - XI ZR 86/01, WM 2002, 557, vom 18. November 2003 - XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 31 und vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 524). Das Berufungsgericht hätte seine Beweiswürdigung nicht ohne Vernehmung der Zeugen Bü. und Mö. vornehmen dürfen.

Nach der durch Vernehmung der Zeugen K., Bü. und Mö. unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten hat die Kläge-

rin ihn im Rahmen eines Gesprächs, das der Zeuge K. am 12. November 1996 mit den Vertretern der Klägerin geführt hatte, aus der Mithaftung entlassen. Nach Erhalt der bei der Klägerin über dieses Gespräch geführten Aktennotiz vom 19. November 1996 habe der Zeuge K. sich bei der Klägerin darüber beschwert, daß die am 12. November 1996 getroffene Freistellungsvereinbarung zugunsten des Beklagten nicht darin vermerkt sei. Die Zeugin Mö. habe daraufhin erklärt, die Nichtaufnahme der Vereinbarung beruhe auf einem Versehen. Dieser Vortrag ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schlüssig, weil er, wenn er der Wahrheit entspricht, geeignet ist, die Freistellungsvereinbarung zu belegen. Davon, daß eine Vernehmung der Zeugen Bü. und Mö., wie das Berufungsgericht meint, eine Ausforschung wäre, kann keine Rede sein, zumal von dem Beklagten näherer Vortrag zu den Einzelheiten der Verhandlungen schon deshalb nicht zu erwarten war, weil er selbst bei den Gesprächen zwischen dem Zeugen K. und den Vertretern der Klägerin am 12. November 1996 nicht zugegen war. Mit Rücksicht auf das Verbot der vorweggenommenen Würdigung nicht erhobener Beweise (vgl. BGHZ 53, 245, 260; Senatsurteile vom 19. März 2002 - XI ZR 183/01, WM 2002, 1004, 1006 und vom 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02, WM 2004, 521, 525) hätte das Berufungsgericht daher nicht eine Würdigung der Aussage des Zeugen K. vornehmen dürfen, ohne die zum selben Beweisthema benannten Zeugen Bü. und Mö. zu vernehmen. Dasselbe gilt für die aus Sicht des Berufungsgerichts gegen die Freistellungsvereinbarung sprechenden Indizien. Auch sie machten die Durchführung einer Beweisaufnahme nicht entbehrlich. Wegen des Verbots der vorweggenommenen Würdigung nicht erhobener Beweise hätte das Berufungsgericht diese Indizien ebenfalls erst nach Erhebung der vom Beklagten für seine Behauptung

angetretenen Beweise im Rahmen der dann vorzunehmenden Beweiswürdigung berücksichtigen dürfen (vgl. Senatsurteil vom 19. März 2002 aaO S. 1005 f.).

III.

Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, war sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Bungeroth

Müller

Joeres

Wassermann

Mayen