
Datum: 22.08.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 133/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0822.8U133.06.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 2 O 615/05

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 11.05.2006 verkündete Urteil des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 106.715,81 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 35.840,00 € seit dem 22. März 2006 sowie weiterer Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 70.875,10 € seit dem 18. September 2006 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 106.715,81 € festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Klägerin bestellte an ihrem beim Amtsgericht Herford verzeichneten Grundbesitz zugunsten der Sparkasse C eine Grundschuld über nominell 200.000,00 DM, die zur Besicherung aller Forderungen der Sparkasse aus den bei ihr geführten Bankkontoverbindungen für die Q N GmbH & Co. KG (im Folgenden KG) gegen diese bestimmt war. Veranlassung dazu war die von dem damaligen Geschäftsführer N2 der Komplementär-GmbH der KG an die Klägerin herangetragene Bitte um eine werthaltige Besicherung der Gesellschaftsschuld. Zwischen der Klägerin und der Sparkasse wurde, als Verwertungsreife durch Zahlungsverzug der KG eingetreten war, nach Verhandlungen vereinbart, dass sie die Verbindlichkeiten der KG in monatlichen Raten von zuletzt 1.280,00 € abtragen könne. Die KG ist in der Folgezeit als vermögenslos im Handelsregister gelöscht worden. Die Beklagte führte später die zuvor von der KG betriebene Diskothek auf eigene Rechnung und unter der Fa. Q Diskothek Inhaberin X fort. Aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Parteien, deren Inhalt streitig ist, zahlte die Beklagte in der Folgezeit die Raten, die die Klägerin mit der Sparkasse vereinbart hatte, und zwar zunächst direkt an die Sparkasse, ab Mitte 2001 an die Klägerin. Die letzte Rate zahlte die Beklagte im November 2003 an die Klägerin. Im Oktober 2003 hatte sie den Betrieb der Diskothek endgültig eingestellt.

Die Klägerin hat gestützt auf die Behauptung, die Beklagte habe zugesagt, die Schulden der KG gegenüber der Sparkasse ratenweise, wie von ihr der Klägerin mit der Sparkasse vereinbart, abzutragen und sie, die Klägerin, habe inzwischen die Sparkasse mit einer Zahlung von insgesamt 98.458,25 € befriedigt, die Beklagte auf Zahlung in Anspruch genommen.

Die Beklagte hat den Inhalt der getroffenen Abreden anders dargestellt und die Zahlung verweigert.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten der erstinstanzlich getroffenen Feststellungen und der Begründung der Klageabweisung wird Bezug genommen auf den Inhalt des erstinstanzlichen Urteils.

Gegen dieses richtet sich die form- und fristgerechte Berufung der Klägerin, die ihr Begehren unter Klageerhöhung weiterverfolgt.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag.

Die Klägerin meint, das Landgericht habe zu Unrecht die Vorschrift des § 25 HGB nicht geprüft. Die Voraussetzungen einer Haftung als Vermögensübernehmerin hätten bereits erstinstanzlich vorgelegen und seien unstrittig gewesen. Die Beklagte hafte daher für die Verbindlichkeiten der KG. Die Klägerin bezieht sich insoweit auf vier mit der Berufungsbegründung vorgelegte Urteile des Oberlandesgerichts Hamm und ein Urteil des Bundesgerichtshofs, die die Voraussetzungen des § 25 HGB bejaht hätten. Davon sei auch hier auszugehen.

Die Klägerin meint ferner, ihr stehe gegen die Beklagte ein Rückgriffsanspruch aus einem Auftragsverhältnis wegen Bestellung der Grundschuld vom 13.05.1996 zu. Unerheblich sei, dass der Anspruch erst nach Geschäftsübernahme fällig geworden sei. Er sei auch nicht

verjährt.

Sie, die Klägerin, habe an die Sparkasse insgesamt 106.715,81 € gezahlt.	11
Im Übrigen habe das Landgericht die Aussagen der vernommenen Zeugen L, E und Y fehlerhaft gewürdigt.	12
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Klägerin wird Bezug genommen auf den Inhalt ihrer in zweiter Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze.	13
Die Klägerin beantragt,	14
das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 106.715,81 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 35.840,00 € seit Rechtshängigkeit (22. März 2006) sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 70.875,81 € seit Zustellung der Berufungsbegründung vom 13.09.2006 (18.09.2006) zu zahlen.	15
Die Beklagte beantragt,	16
die Berufung zurückzuweisen.	17
Sie meint, die Klageerweiterung sei unzulässig.	18
In erster Instanz sei die Vorschrift des § 25 HGB von der Klägerin nicht eingeführt worden, dies sei auch nicht gewollt gewesen. Ausreichender Sachvortrag zu den Tatbestandsvoraussetzungen habe gefehlt. In zweiter Instanz werde nun unzulässigerweise der Klagegrund ausgewechselt. Sie willige in die Klageänderung nicht ein, die auch nicht sachdienlich sei, da neue Fragen zu prüfen seien, insbesondere die aufrechterhaltene Verjährungseinrede, die Klageerhöhung durch die behauptete höhere Zahlung sowie die Frage, ob ggf. eine Forderung als Gesamtsumme oder nur in Raten zu zahlen sei.	19
Die Voraussetzungen des § 25 HGB lägen nicht vor.	20
Die Forderung sei auch der Höhe nach nicht schlüssig dargelegt. Die Bezugnahme auf Schreiben der Sparkasse seien unzureichend. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass die Klageforderung von der Klägerin zu zahlen gewesen und gezahlt worden sei. Kosten und Verzugsschäden seien ohnehin nicht erstattungsfähig.	21
Das Landgericht habe im Übrigen detailliert und sorgfältig die Zeugenaussagen gewürdigt und zutreffend bewertet.	22
Die Klägerin behaupte auch erstmals in zweiter Instanz einen Anspruch der KG gegen sie im Zusammenhang mit der Grundsuldbestellung. Es habe sich nur um eine Gefälligkeit gehandelt. Der jetzt neue Sachvortrag sei nicht zuzulassen.	23
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Beklagten wird Bezug genommen auf den Inhalt ihrer in zweiter Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze.	24
Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen E und L. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 18. Juli 2007.	25
B.	26

Die zulässige Berufung ist begründet.	27
I.	28
Die Klageerweiterung der Klägerin in zweiter Instanz ist entgegen der Ansicht der Beklagten nach §§ 533, 264 Nr. 2 ZPO zulässig. Es kommt weder auf die Einwilligung der Beklagten noch auf die Sachdienlichkeit einer Klageänderung an.	29
II.	30
Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 106.715,81 € nebst der geltend gemachten Rechtshängigkeitszinsen.	31
1.	32
Hinsichtlich der Hauptforderung ergibt sich der Anspruch der Klägerin als solcher auf Aufwendungsersatz aus einem Auftragsverhältnis der Parteien gem. § 670 BGB i.V.m. § 25 HGB.	33
a)	34
Die Q KG hatte der Klägerin nach § 670 BGB die Aufwendungen zu erstatten, die sie für die Begleichung von deren Schuld bei der Sparkasse vereinbarungsgemäß aufgewendet hat. Soweit die Beklagte erstmals das Auftragsverhältnis der Klägerin mit der KG bestreitet, weist diese zutreffend darauf hin, dass dieser Sachvortrag neu und nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist. Der Sachverhalt, aus dem sich das Zustandekommen des Auftragsverhältnisses ergibt, wurde bereits auf Seite 3 der Klageschrift vorgetragen und ist von der Beklagten erstinstanzlich nicht bestritten worden, dementsprechend auch als unstreitiger Sachvortrag in den Tatbestand des angefochtenen Urteils aufgenommen worden. Die Zulassung neuen Sachvortrags scheidet hier deshalb aus, weil die Voraussetzungen nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht dargelegt und glaubhaft gemacht sind.	35
Im Übrigen ist ein Auftragsverhältnis zumindest auch gegenüber der KG schon deshalb gegeben, weil gerade der Zweck die Begleichung von deren Verbindlichkeiten war und nach den unstreitigen erstinstanzlichen Feststellungen, an die der Senat gebunden ist (§ 529 I Nr. 1 ZPO), gerade eine Vereinbarung zwischen der KG und der Klägerin geschlossen wurde. Nur daneben mag es eine "Gefälligkeit" für L gewesen sein.	36
b)	37
Es kann dahinstehen, ob der Sachvortrag der Klägerin in erster Instanz ausgereicht hat, um die Voraussetzungen des § 25 HGB darzulegen. Jedenfalls der zweitinstanzliche Sachvortrag genügt zur Ausfüllung dieser Norm. Die Beklagte ist verpflichtet, die gegen die KG begründete Forderung der Klägerin zu bezahlen. Sie hat das Handelsgeschäft der KG unter Lebenden erworben und unter der Firma der KG fortgeführt.	38
Zur Begründung verweist der Senat auf die von der Klägerin mit der Berufungsbegründung vorgelegten Urteile des hiesigen 28. Zivilsenats (Urt. v. 11.09.2003, 28 U 72/03) und das dieses bestätigende Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.11.2005 (II ZR 355/03). Die dort gemachten Ausführungen gelten hier ebenso.	39
Zusammenfassend und ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen:	40
	41

Bei einem Wechsel des Inhabers ist die Firmenfortführung deswegen eine der Voraussetzungen für die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB, weil in ihr die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (vgl. BGH, a.a.O.; ZIP 2004, 1103, 1104 m.w.N.; OLG Hamm, 28. Zivilsenat, a.a.O.). Die Vorschrift greift auch dann ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird.

Das ist hier der Fall. Von Unternehmensfortführung geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden. Dabei kommt es nur auf die bloße Tatsache der Geschäftsfortführung an, nicht hingegen darauf, ob ihr ein rechtsgeschäftlicher derivativer Erwerb zugrunde liegt (vgl. BGH, a.a.O., m.w.N.). 42

Die Beklagte hat das Unternehmen der KG in diesem Sinne übernommen und fortgeführt. Sie hat unstreitig ohne zeitliche Unterbrechung den Betrieb der KG unter Übernahme der Räumlichkeiten samt Inventar und kommunikationstechnischen Einrichtungen sowie der Lieferantenbeziehungen und eines Teils der Mitarbeiter der KG fortgesetzt. 43

Die Beklagte hat den Diskothekenbetrieb der KG auch unter deren Firma fortgeführt. Aus der maßgeblichen Sicht der beteiligten Verkehrskreise ist eine Firmenfortführung anzunehmen, wenn die von dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weitergeführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die alte Firma unverändert fortgeführt wird. Es genügt, dass der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird (BGH, a.a.O., m.w.N.). 44

Diese Voraussetzungen einer Firmenfortführung liegen hier vor. Der prägende Teil der Firma der KG bestand in der Buchstaben Zahlenkombination "Q", unter der die Diskothek so eingeführt und bekannt war, dass für die Beklagte ein Erwerb des Unternehmens ohne diese Bezeichnung nicht in Frage gekommen wäre. Die Firma der Beklagten enthielt genau diese, dem Verkehr als Kurzbezeichnung für den Diskothekenbetrieb bekannte Buchstaben- und Zahlenfolge. Das reicht zur Annahme einer Firmenfortführung aus. 45

Angesichts dessen steht der Firmenfortführung auch nicht die Behauptung der Beklagten entgegen, dass die K GmbH und die M GmbH Herausgabe des Diskothekeninventars und Zahlung verlangt haben und dass Herr N2 die Rechte an der Bezeichnung Q für sich in Anspruch genommen hat. Darauf weist die Klägerin in ihrer Stellungnahme zur Berufungserwiderung vom 01.03.2007 zutreffend hin (dort S. 5 ff. unter Ziff. 3). Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. 46

Soweit der Sachvortrag zu den Voraussetzungen des § 25 HGB in zweiter Instanz überhaupt neu und streitig ist, ist er nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Er ist wegen eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden. Das Landgericht hätte gem. § 139 ZPO einen entsprechenden Hinweis geben müssen, da dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin und der Klägerin selbst ausweislich des Schriftsatzes vom 4. Juni 2004 (dort S. 8, 4. Absatz) nicht bewusst war, dass diese 47

"Altgläubigerin" i.S.v. § 25 HGB war.

c)	48
Die zwischen den Parteien streitige Vereinbarung über die Begleichung der Forderungen der KG hat keine Auswirkungen auf die Haftung nach § 25 HGB, auch wenn der Sachvortrag der Beklagten als wahr unterstellt wird. Übereinstimmend haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie über die gesetzliche Haftung nach § 25 HGB nicht nachgedacht und darüber keine Regelung getroffen haben; sie war ihnen nicht bewusst.	49
Mit der Geltendmachung des Forderungsübergangs nach § 25 HGB verstößt die Klägerin entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). § 25 HGB sieht eine Beschränkung der Zahlungspflicht, wie sie die Beklagte behauptet (Ratenzahlung, zinslose Stundung) gerade nicht vor. Zudem ist jedenfalls in der Klageerhebung der Widerruf der Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarung zwischen den Parteien wegen des Bestreitens des Zahlungsanspruchs durch die Beklagte zu sehen (vgl. nur Palandt/Heinrichs, 66. Aufl., § 271 BGB, Rdn. 15 m.w.N.), so dass jedenfalls deshalb der Einwand der Beklagten unerheblich ist.	50
Aus vorstehenden Gründen bestehen auch gegen die Fälligkeit der Forderung keine Bedenken.	51
d)	52
Der Höhe nach kann die Klägerin den geltend gemachten Gesamtbetrag von 106.715,81 € von der Beklagten erstattet verlangen.	53
aa.	54
In erster Instanz hatte die Klägerin die bestrittene Forderung nicht schlüssig dargelegt, nachdem sie von der Beklagten bestritten worden war. Sie hat lediglich eine Endsumme genannt ohne nähere Spezifizierung.	55
Der nunmehr ergänzende Sachvortrag in zweiter Instanz auf den Hinweis des Senats ist nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 1, 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 zuzulassen, weil der Anspruch dem Grunde nach entgegen der Ansicht des Landgerichts gegeben ist und dieses auf die fehlende Konkretisierung der Forderung hätte hinweisen müssen.	56
cc.	57
Zutreffend führt die Klägerin aus, dass sie nicht den gesamten Kontenverlauf detaillierter als geschehen darlegen musste, sondern nur, dass es sich um konkret bezeichnete Verbindlichkeiten der KG handelt, deren Begleichung sie unstreitig mit der Sparkasse vereinbart hat. Da ihr die Einzelheiten nicht bekannt sind und sie diese ebenso wie die Beklagte von der Sparkasse unter Verweis auf das Bankgeheimnis auch nicht mitgeteilt bekommen hat, kann kein näherer Sachvortrag erwartet werden.	58
ee.	59
Die von dem Senat vernommene Zeugin E hat sowohl in ihren Schreiben vom 12.09.2006, 10.05.2007 und 22.05.2007 als auch bei ihrer Vernehmung überzeugend bekundet, dass eine Forderung der Sparkasse gegen die KG in Höhe von insgesamt 106.715,81 € bestand und diese von der Klägerin bezahlt worden ist. Die Zeugin war die zuständige Sachbearbeiterin	60

bei der Sparkasse seit November 1999. Ihre Erkenntnisse beruhen auf eigenen Wahrnehmungen und selbst durchgeführten Prüfungen. Es haben sich für den Senat keine Anhaltspunkte ergeben, die gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage und die Glaubwürdigung der Zeugin sprechen. Ihre Angaben stehen im Einklang mit den zur Akte gereichten Unterlagen über den Kontoverlauf.

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme haben sich auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass in dem Hauptforderungssaldo private Verbindlichkeiten des Zeugen L oder sonstiger Gesellschafter einbezogen worden sind. Dies konnte die Zeugin zwar nur für die Zeit ab Beginn ihrer Tätigkeit bekunden, sie hat es allerdings auch für die Zeit davor, während die Kontenbetreuung in der zuständigen Geschäftsstelle der Sparkasse erfolgte, als sehr ungewöhnlich bezeichnet. Für den Senat haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass diese Behauptung der Beklagten, die sie ebenfalls nicht konkretisieren konnte und die letztlich auf einer Vermutung beruht, richtig sein könnte. Auch der vernommene Zeuge L, der damalige Geschäftsführer der KG, hat dies bei seiner Aussage überzeugend ausgeschlossen und bekundet, bei der Zusammenführung der vier Konten der KG seien nur Verbindlichkeiten der KG selbst in den Saldo eingeflossen. Der Senat hatte keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge die Unwahrheit gesagt haben könnte. Allein die Tatsache, dass er zu damaliger Zeit Geschäftsführer der KG gewesen ist, genügt dafür nicht.

61

Die Zeugin E hat weiterhin auch den Einwand der Beklagten aufgrund des vorgelegten Kontoauszuges vom 06.01.2004 ausgeräumt, die Höhe der jetzt geltend gemachten Forderung sei nicht erklärlich. Sie hat insoweit überzeugend ausgeführt, dass der in dem Kontoauszug genannte Saldo lediglich die Hauptforderung betrifft und nachfolgend weitere Kontobewegungen, insbesondere Zinsen und Kosten hinzu kamen, die letztlich zu dem hier geltend gemachten Saldo führten.

62

Außer der Hauptforderung in Höhe von 69.499,90 € kann die Klägerin als Aufwendung auch die Zinsforderung in Höhe von 34.100,72 € von der Beklagten erstattet verlangen. Die vernommene Zeugin E hat bestätigt, dass es sich um Zinsen handelt, die aufgrund des Verzuges der KG berechnet und bezahlt worden sind. Es sind damit der Klägerin zu erstattende notwendige Aufwendungen i.S.v. § 670 BGB.

63

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann die Klägerin auch die entstandenen Kosten in Höhe von 3.115,19 € ersetzt verlangen. Diese sind im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens betreffend das Grundstück der Klägerin entstanden, das sie für Forderungen gegen die KG zugunsten der Sparkasse C mit einer Grundschuld belastet hatte. Auch insoweit handelt es sich um notwendige Aufwendungen. Die Klägerin hat seinerzeit gegen die Klage der Sparkasse C auf Duldung der Zwangsvollstreckung eingewandt, sie sei bei der Bewilligung der Grundschuld und der Unterzeichnung der Sicherungszweckerklärung nicht hinreichend belehrt worden. Nachdem ihr Prozesskostenhilfebegehren für diese Rechtsverteidigung erfolglos geblieben war, hat sie die Klageforderung anerkannt und die Sparkasse aus dem Anerkenntnisurteil vom 07.02.2001 die Zwangsversteigerung betrieben. Da sie zunächst gegen die Beklagte einen Freistellungsanspruch hatte, diese sich allerdings mit der Freistellung in Verzug befand und erst deshalb die hier geltend gemachten Kosten entstanden sind, hat sich der Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umgewandelt, so dass sie die geltend gemachten Aufwendungen erstattet verlangen kann.

64

e)

65

66

Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung hindert die Durchsetzbarkeit des Anspruchs nicht.

Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB verjährt in 30 Jahren (vgl. § 195 BGB in der vor dem 01.01.2002 geltenden Fassung; Palandt/Sprau, 61. Aufl., § 670 BGB, Rdn. 6 m.w.N.). Nach dem 01.01.2002 wurde gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB die dann laufende 3jährige Verjährungsfrist durch die im April 2004 erhobene Feststellungsklage der Klägerin nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. Soweit die Klägerin im März 2006 die Klage in eine bezifferte Leistungsklage geändert hat, endete hinsichtlich der mit der Berufung geltend gemachten Mehrforderung die Hemmung nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB; allerdings wurde nach § 204 Abs. 3 S. 3 BGB mit der Geltendmachung des Aufwendungsersatzanspruchs in Höhe von 106.715,81 € die Verjährung erneut gehemmt. 67

2. 68

Der zuerkannte Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB. 69

III. 70

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 71

Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 72