

117

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 227/64

URTEIL

Verkündet am

25. März 1965
Scheibl, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Franz G. [REDACTED], Inhaber der Firma Franz
G. [REDACTED], B. [REDACTED], S. [REDACTED],

Klägers und Revisions-
klägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

g e g e n

den Generalagenten Anton B. [REDACTED] jun., I. [REDACTED]
[REDACTED]/Westfalen, G. [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisions-
beklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Gähtgens, Kessler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Dezember 1963 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber einer Firma, die auf einem von der Stadt B. gemieteten Gelände chemische Schutzmittel für Bauten herstellte. Durch Vertrag vom 25. August 1961 trat der Beklagte mit einer Einlage von 30.000 DM als stiller Gesellschafter bei. Die Einlage sollte mit 12% verzinst werden und der Kläger am Gewinn mit 50% beteiligt sein. Im Januar und Juni 1962 gewährte der Beklagte dem Kläger zwei Darlehen von 15.000 DM und 10.000 DM, die wiederum mit 12% verzinst werden sollten. Das erste Darlehen über 15.000 DM sollte

-3-

bis zum 1. Januar 1963, das andere bis zum 4. Juni 1963 zurückgezahlt werden.

Zwischen den Parteien kam es zu Streitigkeiten, insbesondere über die angebliche Pflicht des Beklagten zur tätigen Mitarbeit. Unter dem 21. Mai 1962 einigten sich die Parteien dahin: Der Kläger habe aus dem Gesellschaftsvertrag keinerlei Ansprüche "mit Ausnahme von Böswilligkeit"; der Beklagte sei an einem Verlust nicht beteiligt, verzichte auf Gewinnbeteiligung und beschränke seine Ansprüche auf bankmäßige Zinsen; er sei bereit, seine Einlagen doppelt solange stehen zu lassen als im Verträge vorgesehen.

Durch notariell beurkundete Erklärung vom 4. Juni 1962 erkannte der Kläger an, dem Beklagten 55.000 DM zu verschulden, gewährte ihm weitere Sicherheiten und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. In der Urkunde heißt es dabei weiter:

"Dieser sofort nach Kündigung fällige Betrag ist mit 12% jährlich zu verzinsen, und zwar seit den Tagen, an denen die jeweiligen Darlehensbeträge gegeben worden sind. Insoweit nehme ich, der Erschienene, Bezug auf die Darlehensvereinbarungen ..., auch bezüglich der Fälligkeit der Zinsen".

Der Gläubiger wurde ermächtigt, sich jederzeit vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen erteilen zu lassen.

Am 15. Oktober 1962 ließ sich der Beklagte eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilen und



begann die Zwangsvollstreckung gegen den Kläger. Am 7. Dezember 1962 ließ er wegen eines Betrages von 10.000 DM insbesondere eine Fabrikhalle (Werkhalle) und eine Nissenhütte auf dem städtischen Gelände pfänden, die bereits wegen Forderungen der Stadt in Höhe von über 4.000 DM gepfändet waren. Die Versteigerung der Gebäude am 17. Dezember 1962 erbrachte einen Erlös von 9.500 DM. Auf Erinnerung des Konkursverwalters der B [REDACTED]-Werke wurde aber die Vollstreckung in die Fabrikhalle für unzulässig erklärt, weil ihm die Halle inzwischen vermietet gewesen war.

Der Kläger hat Vollstreckungsgegenklage erhoben und beantragt, die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären. Er hat zur Begründung insbesondere vorgetragen:

Dem Beklagten habe bei Einleitung der Zwangsvollstreckung keine fällige Hauptforderung zugestanden. Er betreibe die Vollstreckung nur wegen der Hauptforderung. Die Fälligkeit der Darlehensbeträge sei nicht erhoben und von einer Kündigung abhängig gewesen; der Beklagte habe vorher nicht gekündigt. Durch die Versteigerung der für den Betrieb des Klägers notwendigen Hallen sei der damals wieder im Aufblühen befindliche Betrieb des Klägers zum Erliegen gekommen und dem Kläger ein schwerer Schaden entstanden. Er erklärt die Aufrechnung mit den dadurch entstandenen Schadensersatzansprüchen. Der Beklagte habe sich zwar bei der Pfändung der Gebäude nur einer Pfändung der Stadt angeschlossen, doch würde die Stadt allein die Gebäude nicht haben versteigern lassen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
Er hat insbesondere ausgeführt:

Bei Hingabe des zweiten Darlehens am 4. Juni 1962 hätten die Parteien sich geeinigt, daß die Darlehen jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zurückzuzahlen seien. Der Kläger habe nicht einmal die Zinsen pünktlich bezahlt, ihn arglistig getäuscht und die Beträge erschlichen. Der Kläger sei völlig zahlungsunfähig gewesen, die Stadt habe das Mietverhältnis über das Gelände für die Betriebsgebäude bereits 1959 gekündigt und ein Räumungsurteil sei seit dem 7. März 1962 rechtskräftig gewesen. Der Kläger habe ihm Ansprüche gegen die Stadt zur Sicherheit abgetreten, die nicht mehr bestanden hätten. Der Beklagte habe sich nur als nachpfändender Gläubiger an der Vollstreckung der Stadt beteiligt, die der Kläger nie hätte verhindern können. Der Betrieb sei spätestens im November 1962 endgültig zum Erliegen gekommen. Die Maßnahmen des Beklagten hätten ihm daher keinen Schaden mehr verursacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ergebnislos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung folgendes ausgeführt:

Nach der Urkunde vom 4. Juni 1962 sei der Betrag von 55.000 DM sofort nach Kündigung fällig gewesen. Da der Beklagte, soweit er das nicht schon getan habe, jederzeit kündigen könne, habe der Kläger keinen Anspruch auch nur auf eine befristete Untersagung der Vollstreckung aus der Urkunde. Die Urkunde vom 4. Juni 1962 nehme zwar auf die "Darlehensvereinbarungen" Bezug, aber nur wegen der Verzinsung, nicht wegen einer Kündigungsfrist. Der Kläger könne auch einen wirksamen "Darlehensvertrag" über das am 4. Juni 1962 vereinbarte Darlehen von 4.000 DM nicht vorlegen, jedenfalls sei auf die neue Fälligkeitsregelung der Urkunde vom 25. Mai 1962 (womit die Urkunde vom 21. Mai 1962 gemeint ist) in der notariellen Urkunde nicht Bezug genommen. Schließlich würden, wenn man die Fälligkeitsabreden aus der Urkunde vom 21. Mai 1962 für maßgeblich halte, der verbleibende Sicherungszweck der notariellen Urkunde für den Fall einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde verbieten, die Zwangsvollstreckung zunächst mangels Fälligkeit auch nur zeitweilig für unzulässig zu erklären; deshalb brauche nicht darauf eingegangen zu werden, ob ein wichtiger Grund bereits vorliege und der Beklagte die Darlehen gekündigt habe.

Die Ansprüche seien nicht durch Aufrechnung mit Gegenforderungen, insbesondere nicht mit Schadensersatzansprüchen wegen vorzeitiger Vollstreckung erloschen. Mangels näherer Angabe des Klägers müsse davon ausgegangen werden, daß der Anschlußpfändung der Werkhalle und Nissenhütte jedenfalls zum Teil fällige Zinsansprüche des Beklagten zu Grunde gelegen hätten; insoweit sei die Pfändung berechtigt gewesen; eine etwaige Mehrpfändung wäre für

einen Schaden nicht mehr kausal. Es sei auch nur eine Anschlußpfändung gewesen und aus dem Sachvortrag des Klägers lasse sich nicht feststellen, daß ohne diese die Versteigerung unterblieben wäre; der Kläger hätte insoweit konkrete Tatsachen unter Beweis stellen müssen.

II.

Das Urteil kann nicht bestehen bleiben. Die Klage auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 4. Juni 1962 gemäß § 767 ZPO durfte nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung abgewiesen werden.

Nach § 767 ZPO sind Einwendungen, die den durch ein Urteil festgestellten Anspruch betreffen, im Wege der Klage beim Prozeßgericht geltend zu machen. Das gilt auch für die gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO errichteten vollstreckbaren Urkunden (§§ 795, 797 ZPO).

1.) Der Kläger hat Einwendungen im Sinne des § 767 ZPO geltend gemacht.

Sein Vortrag geht dahin, daß der Beklagte die Zwangsvollstreckung abredewidrig betrieben habe, weil die Forderungen nach den Vereinbarungen der Parteien und mangels Kündigung noch nicht fällig gewesen seien; durch die vorzeitige Vollstreckung habe sich der Beklagte einer Vertragsverletzung schuldig gemacht und sei deshalb zum Schadensersatz verpflichtet; infolge der Aufrechnung mit

dieser Schadensersatzforderung seien die Forderungen erloschen.

Das sind Einwendungen, die der Schuldner gegenüber einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 767 ZPO vorbringen kann (vgl. BGHZ 16, 180; 22, 54).

2.) Die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß das Fehlen einer Kündigung ohne Bedeutung sei, sind unrichtig.

a) Denn wenn ein Darlehen erst nach Kündigung fällig wird, muß der Gläubiger kündigen. Er kann vorher die Leistung nicht verlangen (§ 609 BGB) und darf vorher nicht aus einer über die Darlehensschuld ausgestellten vollstreckbaren Urkunde vollstrecken. Die ohne eine erforderliche Kündigung betriebene Vollstreckung muß in einem solchen Falle für unzulässig erklärt werden. Deshalb durfte das Berufungsgericht nicht dahingestellt sein lassen, ob eine Kündigung ausgesprochen war.

b) Die Kündigung ist allerdings inzwischen nachgeholt.

Eine Kündigung ist die einseitige empfangshedürftige Willenserklärung, ein Schuldverhältnis für die Zukunft beenden zu wollen, also beim Darlehen die Erklärung, daß das hingegebene oder empfangene Geld nunmehr zurückgezahlt werden solle. Eine Kündigungserklärung braucht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen weder schriftlich noch ausdrücklich erklärt zu werden, so daß sie in der Klage auf Rückzahlung oder in einer ähnlichen Prozeßhandlung liegen kann. Die Erteilung und Zustellung der Vollstreckungs-

klausel genügten hierfür nicht, weil diese Klausel nach der Unterwerfungsverhandlung vor Fälligkeit erteilt werden durfte und nicht erkennen ließ, welche Forderungen der Beklagte geltend machen wollte. Spätestens bei Einleitung der ersten Vollstreckungsmaßnahmen im Oktober 1962 durch Erwirkung von Pfändungsbeschlüssen, die dem Kläger zugestellt wurden, erkannte dieser aber, daß nunmehr der Beklagte seine Ansprüche in bestimmter Höhe geltend machte. Diese Vollstreckungen erfolgten wegen eines Betrages von 10 000 DM. Damit hatte der Beklagte deutlich genug zu erkennen gegeben, daß er diesen Betrag zurückverlange. Spätestens dieses Verhalten enthielt eine Kündigungserklärung, die dem Kläger vor der Pfändung der Werkhallen zugegangen war.

Es bedarf deshalb keines Eingehens auf die Erwägung des Berufungsgerichts, für den Beginn der Vollstreckung "müsse mangels spezifizierter anderer Angaben des Klägers davon ausgegangen werden, daß dieser Pfändung zum Teil fällige Zinsansprüche des Beklagten zu Grunde gelegen hätten". Im übrigen hat der Beklagte nach dem Pfändungsprotokoll den Vollstreckungsauftrag wegen der Fabrikationshallen an den Gerichtsvollzieher nur wegen 10. 000 DM "Hauptforderung" erteilt.

c) Es wird weiter unten erörtert werden, welche Kündigungsfristen galten und welche Fälligkeitsabreden bestanden.

3.) Fehlsam ist die Erwägung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe nur eine Anschlußpfändung ausgebracht, und es lasse sich aus dem Sachvortrag des Klägers nicht fest-

stellen, daß ohne ihn die Versteigerung unterblieben wäre.

Denn der Kläger hatte ausdrücklich vorgetragen, die vorpfündende Stadt hätte keinen Versteigerungstermin beantragt und hätte allein die Versteigerung nicht durchgeführt. Er hatte dabei Abschriften der Protokolle des Gerichtsvollziehers über die drei Pfändungen im Auftrage der Stadt aus der Zeit vom 30. Oktober bis 20. November 1962 vorgelegt, die keinen Hinweis auf die Anberaumung eines Versteigerungstermins enthielten, während im Protokoll über die Anschlußpfändung für den Beklagten sofort der auf den 17. Dezember 1962 anberaumte Versteigerungstermin erwähnt wurde. Der Beklagte hatte darauf zwar mit einem Schriftsatz von 11 Seiten erwidert, der aber nicht zu dieser Behauptung Stellung nahm, so daß unstreitig gewesen sein dürfte, daß die Stadt keinen Versteigerungstermin beantragt hatte.

4.) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der ganze Schuldbetrag fällig gewesen sei, weil es in der Urkunde vom 4. Juni 1962 heißt, daß der ganze Betrag von 55.000 DM "sofort nach Kündigung fällig sei"; das bedeute, eine Kündigung sei jederzeit fristlos zulässig gewesen und dann sei der ganze Betrag fällig geworden.

Die Revision meint demgegenüber folgendes: Nach der vollstreckbaren Urkunde sei eine Kündigung nötig gewesen, doch stehe in der Urkunde nicht, daß die Kündigung jederzeit fristlos zulässig gewesen sei. Aus der Urkunde vom 21. Mai 1962 ergäben sich bestimmte erhebliche Laufzeiten der Schuld-

beträge, und die vollstreckbare Urkunde nehme auf diese kurz vorher geschlossene Vereinbarung Bezug.

a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klausel "sofort nach Kündigung fällig" habe den Beklagten zur jederzeitigen sofortigen Kündigung und Rückforderung berechtigt, bedurfte schon ohne Berücksichtigung der Urkunde vom 21. Mai 1962 näherer Begründung. Denn es sind Vereinbarungen durchaus üblich und möglich, daß ein Darlehen erst dann zurückzuzahlen ist, wenn nach der Kündigung noch eine weitere Frist verstreicht. Deshalb konnte die Klausel "sofort nach Kündigung fällig" möglicherweise nur diese weitere Schonfrist ausschließen, brauchte aber nichts darüber zu besagen, ob die Kündigung jederzeit fristlos oder mit der gesetzlichen Frist oder nach Maßgabe besonderer Vereinbarungen der Parteien zulässig war. Das Berufungsgericht mußte deshalb die Bedeutung dieser Klausel näher behandeln und insbesondere prüfen, ob nach den Parteivereinbarungen und insbesondere dem in der Urkunde geäußerten Willen sowie den vorangegangenen Verhandlungen mit dieser Klausel die gesetzliche Kündigungsfrist ausgeschlossen und die frühere Abrede über eine feste Laufzeit der Darlehen aufgehoben war.

b) Das Oberlandesgericht meint hilfsweise, daß der Sicherungszweck der notariellen Urkunde für den Fall einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde es verbiete, die Vollstreckung mangels Fälligkeit auch nur zeitweilig für unzulässig zu erklären; es fügt hinzu, daß deshalb nicht darauf eingegangen zu werden brauche, ob ein wichtiger

Grund zur fristlosen Kündigung vorliege und ob der Beklagte gekündigt habe.

Das ist fehlerhaft. Denn der Sicherungszweck einer vollstreckbaren Urkunde liegt in der Ersparnis eines der Vollstreckung vorangehenden Prozesses; sie verschafft dem Gläubiger einen Titel, gibt ihm die Möglichkeit des sofortigen Zugriffs und der Schaffung eines bevorrechtigten Pfändungspfandrechts, schneidet aber dem Schuldner keinerlei materiell-rechtlichen Einwendungen ab. Die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Vollstreckung befreit den Gläubiger nicht von der Einhaltung sonstiger gesetzlicher Vorschriften und vertraglicher Abreden, insbesondere über die Fälligkeit von Darlehen und ihre Kündigung.

c) Das Berufungsgericht nimmt bei Auslegung der Urkunde vom 4. Juni 1962 an, daß die Vereinbarung vom 21. Mai 1962 nicht zu berücksichtigen sei. Es ist rechtmäßig möglich, daß die Auslegung der Urkunde und der Parteiabreden zu diesem Ergebnis führen kann. Die Begründung des Berufungsgerichts läßt aber erhebliche Zweifel offen, ob es bei der Auslegung alle Umstände des Falles bedacht und keinen Rechtsfehler begangen hat.

Das Oberlandesgericht führt aus, daß die Bezugnahme in der notariellen Urkunde auf die "Darlehensvereinbarungen" nur für Beginn und Fälligkeit der Zinsen gegolten habe, bemerkt aber gleichzeitig, daß der Kläger "über das am 4. Juni 1962 vereinbarte Darlehen von 4.000 DM einen wirksamen Darlehensvertrag nicht vorlegen könne". Daraus folgt das Urteil weiter, es sei "zu vermuten", daß die

notarielle Urkunde für dieses Darlehen den vollständigen Vertragsinhalt wiedergebe. Dagegen bestehen folgende Bedenken: Bloße Vermutungen können die erforderlichen Feststellungen und die notwendige Überzeugung des Tatrichters nicht ersetzen. Über ein Darlehen vom 4. Juni 1962 über 4.000 DM sind keine Feststellungen getroffen. Ferner sind Vereinbarungen auch dann gültig, wenn sie nur mündlich getroffen sind und darüber keine "Verträge" vorgelegt werden können.

Im Berufungsurteil heißt es weiter, daß nach der ursprünglichen Vereinbarung das Darlehen über 15.000 DM schon fällig gewesen sei. Das Urteil läßt dabei die Urkunde vom 21. Mai 1962 außer Betracht, weil die notarielle Urkunde auf die in der Urkunde vom Mai 1962 enthaltene neue Fälligkeitsregelung nicht Bezug genommen habe. Diese Bemerkung genügt als Begründung nicht, weil der Kläger eingehend vortragen hatte, daß seine Erklärungen in der Notariatsurkunde auf die Vereinbarung vom 21. Mai 1962 hätten Bezug nehmen wollen und das Berufungsgericht folgende Umstände möglicherweise nicht bedacht hat: Die Notariatsurkunde nahm ausdrücklich auf frühere Vereinbarungen Bezug; damit konnten sowohl mündliche Abreden als auch die wenige Tage vorher getroffene schriftliche Vereinbarung gemeint sein. Das Schweigen der Notariatsurkunde über die kurz vorher niedergelegte Abrede vom 21. Mai 1962 brauchte nicht zu bedeuten, daß damit diese Abrede überholt war. Im Gegenteil spricht vieles dafür, daß diese Erklärung in der notariellen Urkunde gemeint war, weil sie die letzte umfassende Urkunde der Parteien war und ihre Abreden wesentlich umgestaltet hatte. Deshalb hätte es näherer Begründung und Erörterung mit den Parteien, notfalls nach Anhören des Notars bedurft, um die wahre Bedeutung der Notariatsurkunde zu klären.

Falls diese Urkunde vom 21. Mai 1962 auch für die Erklärung in der vollstreckbaren Urkunde Bedeutung behielt, hätte der Beklagte den Betrag von 15.000 DM frühestens im Januar 1964, den Betrag von 10.000 DM frühestens im Juni 1964 zurückfordern dürfen, wenn nicht Gründe für eine fristlose Kündigung eingetreten wären. Beide Termine waren am Tage der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht verstrichen. Die Einlage von 30.000 DM war nach dem Gesellschaftsvertrag vom 25. August 1961 auf 3 Jahre bis zum 31. August 1964 gegeben; nach der Erklärung vom 21. Mai 1962 war die Einlagezeit verdoppelt, würde also bis zum 31. August 1967 laufen, falls diese Bemerkung in der Urkunde vom 21. Mai 1962 die Einlage als stiller Gesellschafter betrifft und noch gültig war. Das alles hat das Berufungsgericht nicht geklärt.

5) Falls die neue Verhandlung zu dem Ergebnis führt, daß der Beklagte wegen der Hauptforderung zu einer Zeit vollstreckt hat, als diese nicht fällig war, hätte er vorzeitig vollstreckt. Als Folge einer vorzeitigen Vollstreckung hätte der Beklagte bei Verschulden Schadensersatz zu leisten, denn die abredewidrige Vollstreckung einer noch nicht fälligen Forderung auf Grund einer allgemeingehaltenen vollstreckbaren Urkunde enthält eine Vertragsverletzung und verpflichtet bei Verschulden zum Schadensersatz (§ 276 BGB). Das Gesetz kennt zwar bei der Vollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Titel, der später aufgehoben wird,

eine Haftung ohne Verschulden (§ 717 Abs. 2 ZPO), doch liegt ein solcher Fall hier nicht vor. Denn die Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sind endgültige und nicht nur vorläufige Vollstreckungstitel. Auch dazu fehlen Feststellungen.

6.) Das Urteil muß daher aufgehoben werden.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Gähtgens

Kessler

Dr. Reinhardt