

Verkündet
am 20. Mai 1963
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der offenen Handelsgesellschaft P [REDACTED] & Co.,
vertreten durch die Beklagten zu 2 und 3,
2. des Diplomkaufmanns Wilderich von P [REDACTED],
3. des Kaufmanns Ekkehard B [REDACTED],
alle F [REDACTED], R [REDACTED] platz [REDACTED],
Beklagten und Revisionskläger,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Ernst F. W. S [REDACTED], D [REDACTED],
I [REDACTED] straße [REDACTED],
Kläger und Revisionsbeklagten,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. April 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter
Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Reinicke und Dr. Schulze
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt/Main vom 6. März 1962 insoweit aufgehoben, als
es die Beklagten zu mehr als 7.976,63 DM nebst 5 %
Zinsen hiervon seit dem 1. Mai 1958 verurteilt und
den Beklagten von den Kosten des ersten Rechtszuges

mehr als 29/85 und von den Kosten der Berufungsinstanz mehr als 16/17 auferlegt hat. Im Aufhebungsumfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über 1/17 der Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden zu 16/17 den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im November 1955 schloß der Kläger mit der Beklagten zu 1, deren Gesellschafter die Beklagten zu 2 und 3 sind, einen Vertrag über die Verwertung eines Postens Keilriemen, nach dem der Verkaufserlös den Vertragschließenden je zur Hälfte zustehen sollte (Bl. 4 - 7 d.A.). Unter dem 4. Januar 1956 erteilte die Beklagte zu 1 - im folgenden die Beklagte genannt - dem türkischen Kaufmann A. einen Schlußbrief über den Verkauf dieses Warenpostens für einen Preis von 65.250 DM (Bl. 161/62 d.A.). Dieses Geschäft nutzte eine türkische Krediteinfuhrlizenz aus und stand im Zusammenhang mit einem Geschäft, das die Firma Karlheinz S. mit A. über eine große Menge Autoersatzteile abgeschlossen hatte, die die Firma S. von Vorlieferanten bezog. Beide Geschäfte sollten von der Braunschweigischen Staatsbank vorfinanziert werden. Die Beklagte beteiligte sich an dem Risiko der Vorfinanzierung für das Gesamtgeschäft. Die Bank stellte der Beklagten unstreitig 77.175 DM für Rechnung der Firma S. zur Verfügung (Bl. 15 d.A.). Über dem Geschäft mit Ardos und den Modalitäten seiner Durchführung kam es zwischen dem Kläger und der Beklagten zu Unstimmigkeiten, deren Beilegung das nunmehr umstrittene Abkommen vom 16./17. März 1956 (Bl. 37/38 d.A.) diente. Nach diesem Vertrag übernahm die Beklagte die Verantwortung und das Risiko für die Abwicklung des Keilriemengeschäfts allein, während der Kläger unter Verzicht auf etwa weitergehende Ansprüche eine ihm dann auch gezahlte Abfindung von 23.000 DM erhalten sollte.

Dieser Vertrag nannte als Voraussetzung für den Anspruchsverzicht, daß das Geschäft mit A. zum Preis von 65.250 DM "ohne Nebenabreden auf Grund der nachstehenden Abrechnung abgewickelt" werde.



Diese Abrechnung gibt als erzielten Verkaufspreis einen Betrag von 65.250 DM an und setzt davon 6.500 DM für eine (an T [REDACTED]) zu zahlende Provision und 10.440 DM für "vorveranschlagte Zwischenfinanzierungskosten" ab. Danach sollten sich 48.260 DM (muß heißen: 48.210 DM) ergeben. Dieser Betrag wurde in der Weise geteilt, daß auf den Kläger 23.000 DM und auf die Beklagte 25.260 DM (muß heißen: 25.210 DM) entfielen, wobei hervorgehoben wurde, daß etwaige Einsparungen bei den Finanzierungskosten der Beklagten zugute kommen sollten, sie aber auch etwa höhere Finanzierungskosten zu tragen hatte.

Der Kläger hat behauptet, der Verkaufserlös habe nicht 65.250 DM, sondern 98.175 DM und die Zwischenfinanzierungskosten hätten nicht 10.440 DM, sondern nur 771,75 DM betragen. Hieraus leitet er einmal ab, dem Abfindungsabkommen habe die Vertragsgrundlage gefehlt. Außerdem wirft er der Beklagten vor, sie habe ihn arglistig getäuscht. Er will den Abfindungsvertrag mit Anwaltsschreiben vom 29. Januar 1957 (Hülle Bl. 168 d.A.), jedenfalls aber mit Anwaltsschreiben vom 17. April 1957 angefochten haben und glaubt, aus beiden Gründen auf das Abkommen vom November 1956 zurückgreifen zu können. Er rechnet deshalb so: Von einem Verkaufserlös von 98.175 DM seien 6.500 DM Provision und 771,75 DM Zwischenfinanzierungskosten abzuziehen und die danach verbleibenden 90.903,25 DM hälftig zu teilen. Von den danach auf ihn entfallenden rund 45.450 DM habe er 23.000 DM erhalten, so daß ihm noch 22.450 DM zustünden.

Diesen Betrag hat er mit der Klage verlangt.

Die Beklagte hat behauptet: Sie habe sowohl A [REDACTED] wie der Firma Karlheinz S [REDACTED] einen Betrag von 98.175 DM in Rechnung gestellt. Dieser Betrag setze sich aus dem reinen Kaufpreis, der 65.250 DM betragen habe, und drei

weiteren Beträgen von 4.925 DM, 7.000 DM und 21.000 DM zusammen. Damit habe es folgende Bewandtnis: A [REDACTED] habe sich verpflichtet, einen Pauschalbetrag von 4.925 DM für die Finanzierung und das Transfer-Risiko zu tragen (Bl. 84 der Vorproz.Akten 3/4 O 153/60 LG Frankfurt/Main). Er habe sich von der Beklagten 7.000 DM zahlen lassen, um ohne türkische Devisengenehmigung über diesen Betrag in der Bundesrepublik bei Geschäftsreisen verfügen zu können. Auf seinen Wunsch seien ihm weitere 21.000 DM in Rechnung gestellt worden, damit er auch den Gegenwert hierfür in die Bundesrepublik transferieren könne und dann hier den Betrag für geschäftliche Anlässe verfügbar habe, ohne in seinem Lande weitere Genehmigungen einholen zu müssen. Die Provision T [REDACTED] habe nicht 6.500 DM, sondern 7.500 DM betragen. Da sie, die Beklagte, bei dem Geschäft federführend gewesen sei, ständen ihr 3.858,75 DM als der übliche Bonus zu. Außerdem habe das Geschäft mit A [REDACTED] zu seinem Zustandekommen zwei Flugreisen in die Türkei erfordert, die 5.323 DM gekostet hätten. Schließlich müßten 12.825 DM anteilige allgemeine Geschäftsunkosten abgesetzt werden. Unter Berücksichtigung aller dieser Beträge und 771,75 DM für an die Braunschweigische Staatsbank gezahlte Zinsen verbleibe ein zu teilender Reingewinn von 39.896,50 DM. Der Kläger habe danach 3.051,75 DM zuviel erhalten.

Diesen Betrag hat die Beklagte mit der Widerklage gefordert.

Es steht inzwischen fest, daß die Beklagte über jene 21.000 DM einen Sichtwechsel akzeptiert und das Papier A [REDACTED] begeben hat. A [REDACTED] ist verstorben. Der Transfer der ihm in Rechnung gestellten 98.175 DM hat sich über die hierfür vorgesehene Zeit verzögert. Die Braunschweigische Staatsbank hat daher die Forderung auf Zahlung von

98.175 DM mit Verlust verkauft und sich mit der Beklagten dahin geeinigt, daß sich diese an der Einbuße mit einem Betrage von 21.000 DM beteilige. Damit sollte sowohl die Verpflichtung der Bank, die A. [REDACTED] zusätzlich in Rechnung gestellten 21.000 DM nach vollzogenem Transfer freizugeben, wie das Obligo der Beklagten gegenüber der Bank entfallen. Im Hinblick hierauf haben die Beklagten, im September 1959 von den Erben A. [REDACTED] aus dem Wechsel in Anspruch genommen, jede Haftung aus dem Papier abgelehnt. Da sie sich jedoch nicht sicher sind, ob sie nicht doch noch von den Erben A. [REDACTED] belangt werden können, haben sie ein Zurückbehaltungsrecht an der Klagesumme geltend gemacht und hilfsweise beantragt, sie nur Zug um Zug gegen die hälftige Befreiung von der Forderung der Erben A. [REDACTED] zu verurteilen.

Der Kläger hat gegenüber den von der Beklagten abgesetzten Beträgen von 3.858,75 DM, 5.323 DM und 12.825 DM darauf hingewiesen, daß der ursprüngliche Vertrag der Parteien in seinem § 5 bestimmt, beide hätten sich schnellstens um einen Käufer zu bemühen und die bei diesen Verkaufsbemühungen entstehenden Kosten habe jede Partei selbst zu tragen.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 8.451,63 DM verurteilt und die weitergehende Klage sowie die Widerklage abgewiesen.

Es meint, dem Abfindungsabkommen fehle die Geschäftsgrundlage. Das Verhältnis der Parteien sei daher nach dem Vertrag vom November 1955 abzurechnen. Hierzu geht es davon aus, daß in dem A. [REDACTED] in Rechnung gestellten Betrage von 98.175 DM ein Aufschlag für A. [REDACTED] von 21.000 DM und eine an A. [REDACTED] geleistete Zahlung von 7.000 DM enthalten seien. Neben diesen beiden Beträgen setzt es noch

17

6.500 DM als Provision T [REDACTED] und 771,75 DM Zwischenfinanzierungskosten ab. Das sind zusammen 35.271,75 DM. Das Landgericht kommt so zu einem Gewinn von 62.903,25 DM. Hiervon billigt es dem Kläger die Hälfte, also 31.451,63 DM zu und kommt nach Abzug der dem Kläger gezahlten 23.000 DM zu einer Verurteilung der Beklagten in Höhe von 8.451,63 DM.

Die Beklagten haben das Berufungsurteil insoweit angegriffen, als ihrem Klagabweisungsantrag nicht stattgegeben worden ist. Sie haben ihren Hilfsantrag dahin gefaßt, sie nur Zug um Zug gegen Befreiung von ihrer Wechselverpflichtung gegenüber A [REDACTED] zu verurteilen. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Der Kläger hat sich der Berufung wegen eines Betrages von 50 DM angeschlossen. Er hat insoweit geltend gemacht, ausweislich des Schreibens der Braunschweigischen Staatsbank vom 17. März 1958 betrügen die Zwischenfinanzierungskosten nur 721,75 DM und nicht 771,75 DM. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt; es hat aber der Anschlußberufung nur in Höhe von 25 DM stattgegeben und sie im übrigen zurückgewiesen, weil sich der zu verteilende Gewinn zwar um 50 DM erhöhe, der Kläger hieran aber nur zur Hälfte teilhabe.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klagabweisungsantrag nebst dem Hilfsantrag und den Antrag auf Zurückweisung der Anschlußberufung weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision gebeten hat.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält das Abfindungsabkommen für nichtig, da die Beklagte den Kläger bei Abschluß dieses Vertrages arglistig getäuscht und der Kläger den Vertrag innerhalb eines Jahres seit Eingehung angefochten habe.

1. Die Anfechtungserklärung sieht das Berufungsgericht in dem Anwaltsschreiben vom 29. Januar 1957 (Hülle Bl. 168 d.A.). Diese Auslegung geht recht weit, ist aber entgegen der Ansicht der Revision nicht unmöglich.

2. Das Berufungsgericht meint: Die Beklagte habe dem Kläger bei Abschluß des Vertrages vom 16./17 März 1957 die ihr zugebilligte Sondervergütung von 4.925 DM verschwiegen. Sie habe diese Sondervergütung von vornherein A. in Rechnung gestellt, wie sich aus dem Schreiben der Braunschweigischen Staatsbank vom 17. März 1956 (Bl. 143 d.A.) und dem Schreiben der Firma Karlheinz S. vom 28. März 1958 (Bl. 23 d.A.) ergäbe. Hieraus folge, daß diese Vergütung nicht erst nach Abschluß der Abfindungsvereinbarung bewilligt worden sei.

Die Revision rügt demgegenüber die Übergehung eines Beweisangebots, das die Beklagten auf S. 12 ihres Schriftsatzes vom 31.3.1960 (Bl. 50 d.A.) gebracht und auf S. 5 ihrer Berufungsbegründung (Bl. 130 d.A.) wiederholt haben. Die Beklagten haben sich dort zum Beweise dafür, S. habe ihnen erst nach dem 17. März 1956 den Betrag von 4.925 DM zugesagt und zur Verfügung gestellt, auf das Zeugnis des Kaufmanns Karlheinz S. und des Prokuristen Werner Ar. berufen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagten diesen Vortrag dadurch nicht mehr aufrechterhalten haben, daß sie sich gegenüber den Darlegungen des Klägers, nach dem Inhalt des Schreibens der Braunschweigischen Staatsbank vom 17. März 1956 müßten ihnen die 4.925 DM schon am 17. März 1956 zugestanden haben, darauf berufen haben, bei diesem Betrage handle es sich nicht um einen Teil des Kaufpreises, sondern um einen Ausgleich dafür, daß sie das Transferrisiko übernommen hätten.

Jedenfalls steht ihr unter Beweis gestelltes Vorbringen im Widerspruch zu ihrem sonstigen Vortrag, insbesondere zu dem von ihnen eingereichten Schreiben der Braunschweigischen Staatsbank vom 17. März 1956, aus dem sich ergibt, daß die Beklagte die 4.925 DM auf Grund von Vereinbarungen erhalten hat, die bereits am 16./17 März 1956 getroffen waren. Ein Widerspruch läge nur dann nicht vor, wenn die Beklagten behauptet hätten, sie hätten diesen Betrag ursprünglich mit der Maßgabe von der Braunschweigischen Staatsbank erhalten, daß sie ihn der Firma S [REDACTED] zur Verfügung zu stellen hätten; erst später hätten sie sich mit Schaefer geeinigt, daß sie ihn behalten dürften. Das haben sie aber nicht behauptet.

Deshalb ist davon auszugehen, daß die Beklagte den Kläger an dem Betrag von 4.925 DM nicht hat beteiligen wollen, weil sie diesen Betrag für ein Risiko erhielt, an dem der Kläger nicht teilnahm. Gegen die Annahme einer arglistigen Täuschung bestehen daher keine rechtlichen Bedenken.

II. Zur Höhe der Verurteilung folgt das Berufungsgericht dem landgerichtlichen Urteil.

1. Das ist nicht zu beanstanden, soweit das Landgericht der Beklagten nichts für die Federführung, für die Flugreise und für anteilige Geschäftsunkosten gutgebracht hat.

Das Berufungsgericht meint, der Wortlaut des § 5 des ursprünglichen Vertrages: "Die bei den Verkaufsbemühungen entstehenden Kosten trägt jede Partei selbst" sei so eindeutig, daß keine Möglichkeit bestehe, die Unkosten der Beklagten zu berücksichtigen.

Die Revision hält das für unrichtig und meint, § 5 handle von den Kosten der Ausfindigmachung eines Käufers.

Es kommt jedoch weder auf die Ansicht des Berufungsgerichts noch auf die der Revision noch darauf an, daß es im allgemeinen nicht der Sinn eines Gewinnteilungsabkommens ist, den Teilhaber, der das Geschäft zustande bringt, ungünstiger zu stellen als den, dessen Verkaufsbemühungen keinen Erfolg haben oder^{der}gar untätig bleibt. Wie die Beklagte selbst vorgetragen hat (S. 11 ihres Schriftsatzes vom 31.3.60, Bl. 49 d.A.), hat sie die Provision an Tontscheff nicht für den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages, sondern für die Vermittlung des mit A. [REDACTED] geschlossenen Vertrages gezahlt. Diese Provision gehörte daher zu den echten Unkosten und stellte nicht bloß Kosten der Ausfindigmachung eines Käufers dar. Nur sie und nicht Kosten für die Federführung und die beiden Flugreisen und den nunmehr verlangten Anteil an den allgemeinen Geschäftsunkosten hat sie in die dem Abfindungsvertrag zugrunde gelegte Gewinnabrechnung aufgenommen. Hieran muß sie sich festhalten lassen.

a) Deshalb ist die Behauptung der Beklagten unerheblich, der Kläger habe im Dezember 1955 und im Januar 1956 auf die Ausführung der beiden Reisen in die Türkei gedrängt. Der hierfür angetretene Beweis brauchte daher nicht erhoben zu werden.

b) Da die Beklagte in die für den Abfindungsvertrag aufgemachte Gewinnabrechnung keine Unkosten für die Federführung und keinen Anteil für ihre allgemeinen Geschäftsunkosten aufgenommen hat, kommt es auch nicht darauf an, ob ein Handelsbrauch des Inhalts besteht, derartige Kosten seien absetzbar.

2. Das Berufungsurteil ist dagegen rechtlich nicht einwandfrei, soweit es sich zur Provision T. [REDACTED] verhält.

17

Es führt zu diesem Punkt aus: Aus dem von den Beklagten vorgelegten Schreiben vom 20. März 1956 (Bl. 65 d.A.) ergebe sich zwar, daß T. 7.500 DM und nicht bloß 6.500 DM, wie in der Abrechnung der Abfindungsvereinbarung angesetzt, gefordert habe. Aber die für die Zahlung von 7.500 DM angetretenen Beweise genügten nicht. Die Beklagte habe sich einmal auf ihre Geschäftsbücher berufen, zur Antretung des Urkundenbeweises habe aber nach § 420 ZPO die Vorlage der Bücher gehört. Und die Benennung des Zeugen K. im Schriftsatz vom 1. Februar 1962 sei verspätet und habe nach § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden müssen.

Die Revision rügt demgegenüber zu Recht, daß die Beklagten auf S. 13 ihres Schriftsatzes vom 6. November 1961 (Bl. 160 d.A.) um eine Auflage gebeten haben, falls sich das Berufungsgericht nicht mit dem Schreiben vom 20. März 1956 begnügen wolle, und daß das Berufungsgericht diese Bitte übergangen hat.

Da die Beklagte geltend gemacht hat, sie habe in die Abrechnung des Abfindungsabkommens versehentlich nur 6.500 DM aufgenommen, kann sie nicht an dem Ansatz von nur 6.500 DM festgehalten werden, falls sich dieser Betrag als unrichtig erweist.

In diesem Falle wäre der gemeinschaftliche Gewinn um 1.000 DM geringer. Da den Kläger hiervon die Hälfte trifft, wäre die Klage in Höhe von 500 DM abzuweisen. Daher war das Berufungsurteil zu diesem Teilbetrage aufzuheben.

III. Das Berufungsurteil ist zur Anschlußberufung rechtlich einwandfrei. Die Revision hat ihre gegenteilige Auffassung zu diesem Punkt auch nicht begründet.

IV. Sie greift das Berufungsurteil auch insoweit zu Unrecht an, als es den Beklagten das von ihnen geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht versagt. A. hat zwar 21.000 DM mehr, als erhalten, transferieren müssen. Das geschah aber so spät, daß die Braunschweigische Bank als Zwischenfinanzierungsinstitut nicht mehr länger warten wollte und die Forderung gegen A. mit 32 % Verlust verkauft hat. Deshalb können seine Erben die Beklagten aus dem Wechsel, sei es unter dem Gesichtspunkt des Verzuges, sei es nach Treu und Glauben, nicht mehr in Anspruch nehmen.

V. Die getroffene Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 92 und § 100 Abs. 4 ZPO. Soweit über die Kosten noch nicht erkannt ist, hängt die Kostenentscheidung vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits ab und war daher dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Reinicke

Dr. Schulze