

Verkündet

am 27. 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

der Wilhelm K[REDACTED] Kommanditgesellschaft,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschaf-
ter, den Kaufmann Henry H[REDACTED] in M[REDACTED],
B[REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]

gegen

den Werbefachmann Ferdinand M[REDACTED] in Bad G[REDACTED],
V[REDACTED]gasse [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und
Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

Streitgehilfe des Klägers:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED],

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. Mai 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn,
Liesecke, Dr. Reinicke und Dr. Schulze
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Köln vom 30. Dezember 1960
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen*

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 21. Juni 1956 übernahm die Beklagte, eine Druckerei, die Herstellung dreier vom damaligen Verlag des Klägers geplanter Handbücher. Nach der Ziffer 6 dieses Vertrages sollte die Beklagte dem Kläger ab 1. Juli 1956 auf die Dauer von zwölf Monaten Barvorschüsse von 2.250 DM monatlich zur Verfügung stellen, jedoch zur Einstellung dieser Zahlungen berechtigt sein, wenn sich ergäbe, daß diese Vorschüsse zweckfremd verwendet würden. Im übrigen sollte sie dem Kläger alle ausgeführten Arbeiten in Rechnung stellen dürfen (Ziff. 4) und außer den Herstellungskosten eine "Gewinnbeteiligung" von 2 DM für jedes verkaufte Exemplar erhalten (Ziff. 3). Außerdem sollte ihr die Auslieferung der Vertragsobjekte im Namen und für Rechnung des Verlages obliegen, wobei die Verkaufserlöse von den Abnehmern der Handbücher so lange an die Beklagte gezahlt werden sollten, bis die Herstellungskosten und die Barvorschüsse voll abgedeckt sein würden (Ziff. 5 Abs. 1). Für die Auslieferung der Vertragsobjekte sollte die Beklagte 7 % vom Fakturenwert erhalten (Ziff. 5 Abs. 2), während der Kläger bis zur vollen Befriedigung der Beklagten Schuldner aller von der Beklagten zu erbringenden Leistungen und der Barvorschüsse bleiben sollte (Ziff. 2).

Die Beklagte wies den Kläger mit Schreiben vom 22. September 1956 (Bl. 96 d.A.) an, nur das Handbuch der Verlage zu bearbeiten und die Arbeiten an den beiden anderen Handbüchern zunächst einzustellen. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1956 (Bl. 108 d.A.) "stoppte" die Beklagte sämtliche Arbeiten; zugleich erklärte sie, über die Möglichkeit einer weiteren Zusammenarbeit erst nach einer persönlichen Besprechung entscheiden zu wollen. Sie leistete auch die vereinbarten Barvorschüsse nicht mehr, die

-3-

letzte Zahlung dieser Art erhielt der Kläger durch Scheck vom 1. Oktober 1956, eingelöst am 3. Oktober 1956.

Der Kläger sieht in dem Verhalten der Beklagten eine schuldhaftige Vertragsverletzung und meint, die Beklagte sei mit der Zahlung der Vorschüsse mit Ablauf des 1. Oktober 1956 (muß heißen: 1. November 1956) in Verzug geraten. Er behauptet, an den Vertragsobjekten noch im Oktober 1956 weiter gearbeitet zu haben, dann aber wegen des Ausbleibens der Vorschüsse der Beklagten finanziell zusammengebrochen zu sein. Unstreitig hat er seine Arbeitskräfte entlassen; seine Verlagsorganisation, die die Beklagte als ohnehin dürftig bezeichnet, zerfiel. Er will hierdurch einen Schaden von mindestens 60.000 DM erlitten haben. Hierfür macht er die Beklagte unter den Gesichtspunkten des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und der positiven Vertragsverletzung verantwortlich. Mit der Klage verlangt er einen Teilbetrag von 20.250 DM. Da er seine Ansprüche an die Beklagte während des Rechtsstreits, am 6./8. Mai 1958, an P.P. M. abgetreten hat, klagt er auf Leistung an diesen.

Die Beklagte hält sich zu ihrem Verhalten berechtigt. Unstreitig hat der Kläger am 12. September 1956 den Offenbarungseid geleistet, hiervon hat die Beklagte Mitte Oktober 1956 Kenntnis erlangt. Am 3. Oktober 1956 wurde der Beklagten von der M. & G. GmbH ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß über 12.382,48 DM zugestellt, der die angeblichen Ansprüche des Klägers auf das Entgelt für die Bearbeitung eines Handbuchs aus Vertrag oder sonstigem Rechtsgrund erfassen sollte. Die Beklagte macht geltend, infolge dieser Pfändung habe sie die vereinbarten Vorschüsse nicht mehr an den Kläger zahlen dürfen. Sie behauptet, erst durch den Offenbarungseid und die Pfändung habe sie erfahren, daß der Kläger Schulden von rund 61.000 DM habe. Außerdem habe der Kläger Teile

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach § 87a ff. UrhG geschützt.



der Vorschüsse zweckwidrig verwendet und nicht das alleinige Verlagsrecht an den Handbüchern besessen. Unter diesen Umständen sei ihr die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar gewesen. Sowohl die Ziffer 6 des Vertrages vom 21. Juni 1956 wie die §§ 321, 610 BGB hätten sie zur Einstellung der Vorschußzahlungen berechtigt. Wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes habe sie auch ein Rücktrittsrecht nach § 242 BGB oder, falls ein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen sei, nach § 723 BGB gehabt. Jedenfalls treffe sie kein Verschulden an der Nichtzahlung der Vorschüsse. Mit Schriftsatz vom 19. Juni 1957 (S. 4, Bl. 25 d.A.) hat sie den Vertrag vom 21. Juni 1956 wegen arglistiger Täuschung angefochten. Sie verweist auch darauf, daß über das Vermögen des Klägers am 30. März 1958 das Konkursverfahren eröffnet, am 24. April 1958 jedoch mangels Masse wieder eingestellt worden ist. Am 1. April 1958 betrug die Schuldenlast des Klägers 100.780 DM. Mit Schreiben vom 28. Dezember 1956 (Bl. 113 d.A.) hat die Beklagte dem Kläger zur Wiederaufnahme der Arbeiten an dem Verlagshandbuch Frist bis zum 15. Januar 1957 gesetzt und angedroht, bei fruchtlosem Ablauf der Frist die Angelegenheit gerichtlich klären zu lassen. Sie sieht hiermit die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 326 BGB als gegeben. Anfang 1957 verlangte die Beklagte vom Kläger, er solle die Arbeiten in ihrem Bonner Büro nach Dienstschluß ausführen. Da der Kläger dem nicht nachkam, trat die Beklagte mit Schreiben vom 7. März 1957 vom Vertrage zurück.

Die Beklagte hat an den Kläger insgesamt 18.660,33 DM gezahlt. Diesen Betrag fordert sie mit der Widerklage.

Der Kläger behauptet, die Beklagte von vornherein über seine Schulden aufgeklärt zu haben. Er meint, sein

Schaden bestehe mindestens in dem Betrage, den ihm die Beklagte zur Verfügung gestellt habe. Denn infolge des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten habe er diesen Betrag vergeblich aufgewendet. Mit dieser Begründung hat er gegen die Widerklageforderung aufgerechnet.

Er behauptet noch, die M [REDACTED] & G [REDACTED] GmbH voll befriedigt zu haben. Diese Gesellschaft hat im Frühjahr 1957 den Anspruch auf die Barvorschüsse freigegeben und ist später liquidiert und im Handelsregister gelöscht worden.

Das Landgericht hat die Klage dem Grundenach für gerechtfertigt erklärt und die Widerklage abgewiesen.

Die Beklagte hat gegen dieses Grund- und Teilurteil Berufung eingelegt. Der Kläger hat dem Rechtsanwalt Dr. S [REDACTED] in B [REDACTED], der die M [REDACTED] & G [REDACTED] GmbH bei der von dieser Firma ausgebrachten Pfändung vertreten hat, den Streit verkündet. Dr. S [REDACTED] ist dem Kläger mit dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung als Streitgehilfe beigetreten. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und den Antrag der Widerklage weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Kläger habe der Beklagten vor Vertragsschluß seine Schulden mit rund 61.000 DM angegeben und gruppenweise erläutert.

Die Revision greift diese Feststellung zu Unrecht an.

1. Das Berufungsgericht stützt die angegriffene Feststellung vornehmlich auf die Aussage des Dr. W [REDACTED], eines Mitarbeiters des Klägers.

Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht die Aussage dieses Zeugen vom 12. Juli 1960 (Bl. 221, 223 ff d.A.) verwertet hat. Diese Rüge kann das Berufungsurteil jedoch nicht zu Fall bringen.

Die Aussage des Zeugen vom 12. Juli 1960 ist allerdings nicht protokolliert, sondern in eine lediglich vom Vorsitzenden und nicht auch vom Urkundsbeamten unterschriebene Niederschrift aufgenommen worden. Sie hätte an sich nicht der Entscheidung zugrunde gelegt werden dürfen, da das Berufungsgericht bei der Urteilsfällung anders als bei der Vernehmung des Zeugen besetzt war (RG JW 1939, 434; RG HRR 1940, 1258 m.w.Nachw.; BGH LM § 1421 BGB Nr. 1). Richtig ist auch, daß dieser Mangel unverzichtbar ist, da er kein Verfahrensmangel im Sinne des § 295 ZPO, sondern ein Fehler der Urteilsfällung ist (BGH LM § 1421 Nr. 1). Aber das Berufungsurteil beruht nicht auf diesem Mangel.

Das Protokoll vom 12. Juli 1960 ist nebst der Beweisniederschrift vom selben Tage zum Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung gemacht worden. Die Parteivertreter sind vom Berufungsgericht befragt worden, ob sie Bedenken gegen die inhaltliche Richtigkeit der Niederschrift über die Vernehmung des Dr. Wendte vom 12. Juli 1960 hätten, und haben diese Frage ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 28. Oktober 1960 (Bl. 261, 262 d.A.) verneint. Es ist daher davon auszugehen, daß die Aussage des Dr. Wendte vom 12. Juli 1960 durch die bloß vom Vorsitzenden unterschriebene Niederschrift richtig wiedergegeben wird. Dann ist aber der Zweck, dem die Protokollierung einer Zeugenaussage dient, erfüllt. Deshalb ist der von der

Revision gerügte Fehler für den Ausgang des Berufungsverfahrens nicht ursächlich geworden.

2. Die übrigen Revisionsangriffe gegen die Feststellung, der Kläger habe die Beklagte vor Abschluß des Vertrages vom 21. Juni 1956 über seine Schulden unterrichtet, sind zwar auf die Verletzung der §§ 286, 139 ZPO gestützt, enthalten aber in Wirklichkeit unzulässige Beanstandungen der dem Tatrichter vorbehaltenen Beweiswürdigung und sind darum unzulässig.

II. Eingehend legt das Berufungsgericht dar, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Zahlung der monatlichen Barvorschüsse zu verweigern.

1. Es führt aus, die Anfechtung des Vertrages sei unbegründet, da der Kläger die Beklagte nicht getäuscht, sondern vor Vertragschluß über seine Schulden wahrheitsgemäß unterrichtet und entgegen ihrer Behauptung auch das alleinige Verlagsrecht an den Handüchern gehabt habe. Die Angriffe der Revision gegen diese Annahmen decken sich mit den oben unter I für nicht durchgreifend erachteten Rügen.

2. Das Berufungsgericht hält für nicht bewiesen, daß der Kläger Teile der Barvorschüsse zweckwidrig verwendet habe. Das entspricht der Aussage des hierzu gehörten Gerhard P. Damit entfällt das für den Fall zweckwidriger Verwendung der Vorschüsse vorgesehene Zahlungsverweigerungsrecht.

3. Das Berufungsgericht führt das Anwachsen der Schulden des Klägers von rund 61.000 DM bei Vertragschluß auf über 100.000 DM bei Konkurseröffnung darauf zurück, daß die Beklagte ab 1. November 1956 die zugesagten Barvorschüsse nicht mehr gezahlt habe und als Folge hiervon der Verlagsbetrieb des Klägers zusammengebrochen sei. Diese

Feststellung unterliegt keinen rechtlichen Bedenken und schließt die Anwendung der §§ 321, 610 BGB aus.

4. Das Berufungsgericht legt dar, daß der Beklagten auch nicht das Recht erwachsen sei, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grunde zu kündigen.

a) Die Verschuldung des Klägers reiche hierzu nicht aus, weil sie der Beklagten von vornherein bekannt gewesen sei. Auch die Ableistung des Offenbarungseides habe der Beklagten nicht das Recht gegeben, das Vertragsverhältnis auf Grund des § 723 oder des § 242 BGB fristlos zu kündigen. Denn, möge ein solches Ereignis auch einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft oder eines sonstigen, besonderes Vertrauen erfordernden Schuldverhältnisses darstellen, so sei das hier doch anders, weil die Beklagte gewußt habe, daß der Kläger rund 61.000 DM Schulden und kein nennenswertes Vermögen hatte, und sie bei dieser Sachlage mit der Möglichkeit des Offenbarungseides habe rechnen müssen.

Diese Beurteilung trägt der festgestellten besonderen Sachlage Rechnung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Die Einstellung der Vorschußzahlungen sei auch nicht durch die von der M. & G. GmbH ausgebrachte Pfändung gedeckt. Der Anspruch auf Zahlung der Vorschüsse sei unpfändbar gewesen. Einmal seien die Vorschüsse treuhandartig gebunden gewesen, sie hätten nur für die Bearbeitung der drei Handbücher verwendet werden dürfen und nicht in das Vermögen des Klägers übergehen sollen (§ 851 Abs. 1 ZPO). Zum anderen sei der Anspruch auf Zahlung der Vorschüsse wegen der Zweckbindung nicht ohne Veränderung seines Inhalts übertragbar (§ 399 BGB) und

deshalb nicht pfändbar (§ 851 Abs. 2 ZPO) gewesen. Auf Grund der engen Rechtsbeziehungen der Parteien sei die Beklagte verpflichtet gewesen, gegen den unwirksamen Teil der Pfändung anzugehen. Überdies habe sie, wie die Handakten des Rechtsanwalts Dr. S. [REDACTED] ergäben, gar nicht angenommen, daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß die Erfüllung ihrer Vorschußverpflichtung gehindert und die Durchführung des Vertrages vom 21. Juni 1956 beeinträchtigt habe. Sie sei vielmehr selbst der Meinung gewesen, daß diese Pfändung den angestrebten Zweck, nämlich die Zusammenarbeit mit dem Kläger, nicht ernstlich gefährde.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ansicht des Berufungsgerichts zutrifft, die Beklagte habe von sich aus für die Einschränkung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf das zulässige Maß sorgen müssen. Jedenfalls ist die Feststellung des Berufungsgerichts rechtlich bedenkenfrei, die Beklagte habe diese Vollstreckungsmaßnahme nicht als Gefährdung der vereinbarten Zusammenarbeit gewertet. Diese Feststellung hätte nicht nur auf die bei der Handakten des Rechtsanwalts Dr. S. [REDACTED] befindlichen Briefe der Beklagten, sondern auch noch darauf gestützt werden können, daß die Beklagte den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht zum Anlaß nahm, ihr Vertragsverhältnis zum Kläger zu lösen, sondern nur die Fortzahlung der Vorschüsse verweigerte, vom Kläger dagegen die Weiterführung der Arbeiten verlangte. Überdies hat die Beklagte nicht bloß dem Kläger die Vorschüsse nicht gezahlt, sondern überhaupt nicht gezahlt.

c) Des weiteren verneint das Berufungsgericht, daß der Kläger seinerseits Vertragspflichten verletzt habe. Es nimmt insbesondere an, dem Kläger sei nach Einstellung der Vorschußzahlungen und nach dem hierdurch bedingten Zusammenbruch seines Verlagsbetriebes nicht zumutbar ge-

wesen, die Arbeiten im Büro der Beklagten nach Dienstschluß fortzusetzen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Beklagten stand daher auch nach § 326 BGB kein Rücktrittsrecht zu.

d) Zu Recht vertritt das Berufungsgericht auch die Auffassung, die Beklagte könne ihre Zahlungsweigerung auch nicht auf die Tatsache der Konkurseröffnung stützen. Das folgt schon daraus, daß sich dieser Umstand erst rund 1 1/2 Jahre nach der Zahlungsverweigerung der Beklagten ereignete und daher nicht der Grund für die Einstellung der Vorschußzahlungen gewesen sein kann.

Bei der gegebenen Sachlage kommt es nicht darauf an, ob die Vertragsbeziehungen der Parteien, wie das Berufungsgericht meint, als eine stille atypische Gesellschaft oder, wie die Revision meint, als ein Werk- und Finanzierungsvertrag zu qualifizieren ist.

III. Das Berufungsgericht spricht den Klageanspruch dem Grunde nach und die Aufrechnungsforderung bis zum Betrage des Widerklageanspruchs aus § 326 BGB zu. Es meint: Die Beklagte habe die Barvorschüsse schuldhaft nicht gezahlt, da sie ernstlich nicht an ein Leistungsverweigerungsrecht geglaubt habe. Sie habe sich unmißverständlich, ernstlich und endgültig geweigert, ihrer Vorschußpflicht nachzukommen; der Kläger habe ihr daher keine Nachfrist zu setzen brauchen. Ihm falle auch kein mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) zur Last, da der Umstand, daß er gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß keine Erinnerung angebracht habe, für die Zahlungsverweigerung der Beklagten und seinen Schaden nicht ursächlich geworden sei.

Die Revision meint, die Beklagte habe die Weiterzahlung der Vorschüsse berechtigterweise verweigert und sei daher mangels Verschuldens nicht in Verzug geraten.

Hierzu kann im wesentlichen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, daß die Beklagte kein Recht hatte, die Zahlung der monatlichen Vorschüsse zu verweigern.

Es mag sein, daß der Kläger durch die Ableistung des Offenbarungseides seine Kreditfähigkeit verlor. Von der Fortdauer seiner Kreditfähigkeit hing aber nicht die Durchführung des Vertrages vom 21. Juni 1956 ab, da die Beklagte die Finanzierung der Vertragsobjekte trotz einer Schuldenlast des Klägers von rund 61.000 DM übernommen hatte und sich aus dem Absatz der drei Handbücher befriedigen sollte.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte auch nicht irrigerweise ein Leistungsverweigerungsrecht angenommen, sondern vielmehr erkannt, daß ihr selbst der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß kein Recht gab, die Zahlung der versprochenen Vorschüsse einzustellen.

Die Revision war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Fischer Dr.Kuhn Liesecke Dr.Reinicke Dr.Schulze