

II ZR 79/51

2367 032

V e r k ü n d e t
am 19. Januar 1952
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Rudolf B. in B., U. str. ,
Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma A.J. R. Söhne KG, in Liquidation,
in S., vertreten durch den gerichtlich
bestellten Liquidator Dr. Franz D. in F.,

Klägerin, Berufungs- und
Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt .
Dr. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1952 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundes-
richter Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Celle vom 29. März 1951 wird
auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betrieb in S [REDACTED] eine mechanische Weberei. Ihre persönlich haftenden Gesellschafter waren Dr. S [REDACTED], M [REDACTED], Dr. W [REDACTED] und K [REDACTED]; zu den Kommanditisten gehörten unter anderen Prof. R [REDACTED] und Frau, die zu den persönlich haftenden Gesellschaftern in einem gespannten Verhältnis standen. Die genannten Gesellschafter waren bis auf K [REDACTED] nicht-arisches.

Im Oktober 1937 wurden die persönlich haftenden Gesellschafter wegen angeblichen Verstosses gegen Devisenbestimmungen in Haft genommen. Der Oberfinanzpräsident in Hannover entzog ihnen durch Sicherungsanordnung vom 10. Oktober 1937 die Befugnis zur Vertretung der Firma, dem nichtarischen Prokuristen J [REDACTED] die Prokura und E [REDACTED] die Rechte des Delegierten der Gesellschaft; zugleich setzte er den Beklagten zum Treuhänder ein. Am 4. Februar 1938 beschlossen die Gesellschafter die Arisierung des Unternehmens und erteilten dem Beklagten unwiderrufliche Verkaufsvollmacht. Am 20. Januar 1939 beschlossen sie die Auflösung der Gesellschaft und bestellten den Beklagten zum Liquidator. In dieser Versammlung wurde dem Beklagten auf seinen Antrag eine Verkaufsprovision von 1 1/2 % der Kaufsumme zugestanden. Der Beklagte verkaufte das Unternehmen am 20. Februar 1939 an die Firma Wilhelm K [REDACTED] & Co. und erhob eine Verkaufsprovision von 32.423 RM. Die Gesellschafter der Klägerin fochten im Mai 1948 die Gesellschafterbeschlüsse vom 4. Februar 1938 und 20. Januar 1939 gegenüber dem Beklagten an. Die Klägerin verlangt die Provision im Verhältnis von 10 : 1 mit 3.200 DM zurück. Der Beklagte hat für seine Tätigkeit als Treuhänder 29.300 RM bekommen und für seine Tätigkeit als Li-

- 3 -

quidator, die sich noch bis zum Jahre 1943 erstreckte, /durch Verfügung des Oberfinanzpräsidenten von Berlin - Brandenburg vom 21.10.1943/ 30.000 RM bewilligt erhalten und bezogen. Der Beklagte hat den Betrieb mit Wirkung ab 1. Januar 1939 für die Firma Wilhelm KU[REDACTED] & Co. geführt; hierfür hat ihm diese 6.000 RM bezahlt.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Es nimmt an, die jüdischen Gesellschafter der Klägerin hätten beiden Beschlüssen vom 4. Februar 1938 und 20. Januar 1939 unter kollektivem Zwang gestanden und seien darum anfechtungsberechtigt. Ihre Anfechtungserklärung sei nach der VO vom 13. Januar 1949 (VOB1 BZ 1949, 19) rechtzeitig und habe die Provisionszusage vernichtet. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt er seinen Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet. Das Berufungsgericht hat die Revision ausdrücklich zugelassen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht lässt dahingestellt, ob kollektiver Zwang zur Anfechtung berechtigt und ob der Beklagte seinerseits, worüber die Parteien im zweiten Rechtszuge hauptsächlich gestritten haben, die Gesellschafterbeschlüsse vom 4. Februar 1938 und 20. Januar 1939 durch Drohungen herbeigeführt hat. Es hält die Provisionszusage für sittenwidrig und damit nach § 138 Abs 1 BGB für nichtig. Auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hat es die Parteien hingewiesen, und über ihn ist verhandelt worden.



Das Berufungsurteil führt im einzelnen aus: Zwischen der vereinbarten Provision und der Leistung des Beklagten bestehe ein auffälliges Mißverhältnis. Der Beklagte habe für seine Tätigkeit als Treuhänder und Liquidator zunächst eine Vergütung von 29.300 RM und später noch eine Vergütung von 30.000 RM erhalten. Wenn er auch im Anfang eine umfangreiche Tätigkeit habe entfalten müssen, so habe er seinen Posten als Direktor der Braunschweigischen Staatsbank beibehalten und die Tätigkeit als Treuhänder und Liquidator nur nebenbei ausgeübt. Mit 59.300 RM sei seine Tätigkeit hinreichend vergütet gewesen. Gleichwohl habe er mit Schreiben vom 19. Januar 1939 verlangt, ihm für seine Verkaufstätigkeit noch zusätzlich 1 1/2 % Provision zu bewilligen. Diese Forderung habe er damit begründet, daß "das Objekt durch Beordnung verschiedener Dinge und durch die Vorbereitung der im Zuge der Übernahme erforderlichen Reorganisationsmaßnahmen erst verkaufswürdig hätte gemacht werden müssen". Diese Begründung sei recht dürftig. Tatsächlich habe der Beklagte, wenn er auch zunächst als Treuhänder eingesetzt gewesen sei, von Anfang an den Verkauf des Unternehmens oder die Liquidation der Gesellschaft betreiben sollen und betrieben. Als Pg habe er nicht den Willen und die Absicht gehabt, das Unternehmen im Interesse und zugunsten der nichtarischen Gesellschafter der Klägerin weiterzuführen. Der Kreisleiter von Holzminden, Kn... habe unter dem 11. Januar 1938 zutreffend geschrieben, daß der Beklagte "keine Veranlassung habe, lediglich im Interesse der schwerer Vergehen angeschuldigten persönlich haftenden Gesellschafter seine verantwortungsvolle und aufreibende Tätigkeit über Gebühr auszudehnen." Daß

der Verkauf des Unternehmens von Anfang an Zweck und Ziel der Tätigkeit des Beklagten gewesen sei, ergebe auch die überreichte Korrespondenz. Der Beklagte habe schon kurz nach seiner Bestellung zum Treuhänder, nämlich unter dem 4. November 1937 an die C[REDACTED]- und P[REDACTED]bank in B[REDACTED] geschrieben, daß Prof. Ro[REDACTED] seinen Anwalt T[REDACTED] beauftragt habe, den Verkauf oder die Überleitung des Unternehmens in arische Hände so schnell wie möglich zu betreiben und die Auflösung der Gesellschaft notfalls über § 133 HGB zu erzwingen, daß der Klageweg jedoch erst beschritten werden solle, wenn seine, des Beklagten, Stellungnahme vorliege. Die Antwort hierauf (vom 6. November 1937) besage, daß sich auch die C[REDACTED]- und P[REDACTED]bank bereits um die Überleitung der Firma in arische Hände bemüht habe. E[REDACTED] habe in seinem Schreiben vom 15. Dezember 1938 berichtet, daß der Beklagte "einer Arisierung dringend das Wort spreche". Tatsächlich sei die Arisierung auch bereits am 4. Februar 1938 beschlossen und dem Beklagten Verkaufsvollmacht erteilt worden. Weil der Verkauf des Werkes von vornherein beabsichtigt, wenn nicht überhaupt das eigentliche Ziel der Treuhänderbestellung gewesen sei, sei es nicht gerechtfertigt gewesen, daß sich der Beklagte für den Verkauf eine besondere Provision habe versprechen lassen. Hinzu komme, daß es sich bei dem Verkauf nicht um ein im normalen Geschäftsverkehr abgeschlossenes Kaufgeschäft, sondern um einen Verkauf gehandelt habe, den die Gesellschafter unter dem Druck der Verhältnisse hätte vornehmen müssen. Richtig sei zwar, daß die Gruppe Ro[REDACTED] wegen ihrer Differenzen mit den anderen Gesellschaftern auch an einen Verkauf des Unternehmens gedacht habe. Der eigentliche Ent-

schluß zum Verkauf sei aber erst Ende 1937/Anfang 1938 unter politischem Druck gefasst worden. Die Gesellschafter hätten die Ausführung dieses Entschlusses jedoch nicht zu übereilen, sondern vielmehr hinauszuzögern gedacht. Der Kreisleiter von Holzwinden habe den Druck auf die Gesellschafter noch verstärkt, wenn er im Schreiben vom 11. Januar 1938 mitgeteilt habe, daß sich der Leiter der Überwachungsstelle, Dr. Ro., mit Rücksicht auf den eindeutig jüdischen Charakter des Unternehmens mit der Absicht trage, die Rohstoffkontingente erheblich zu kürzen, und daß ihm, Kn., der Gedanke, die Gesellschafter könnten der Überführung des Unternehmens in arische Hände Schwierigkeiten bereiten, so unerträglich erscheine, daß er sich sofort eingehend damit befassen werde, "die Verhältnisse in S. durch eine radikale Lösung zu bereinigen." Die Gesellschafter hätten sich gegenüber dem Beklagten in einer schwächeren Lage befunden. Das gelte sowohl für den 4. Februar 1938 wie für den 20. Januar 1939. Beide Gesellschafterbeschlüsse hingen ausserdem so eng miteinander zusammen, daß sie sich voneinander nicht trennen liessen und nur im Zusammenhang betrachtet werden könnten. Den in Haft befindlichen Gesellschaftern sei vielfach klargemacht worden, daß sie nicht damit rechnen könnten, je wieder die Geschäftsführung ihres Unternehmens zu übernehmen; ihnen gegenüber habe der Beklagte gestanden, der durch Hoheitsakt eingesetzt gewesen sei und dem von den maßgebenden Stellen von Partei und Staat, insbesondere von Kn., der Rücken gestärkt worden sei. Der Beklagte habe seine stärkere Stellung nicht nur in verwerflicher Weise ausgenutzt, sondern sich selbst an

dem auf die Gesellschafter ausgeübten Druck beteiligt. Aus dem Schreiben der Devisenstelle vom 15. Januar 1938 (Bl 160 da) ergebe sich, daß er das Schreiben Kn...s vom 11. Januar 1938 an die Devisenstelle gesandt habe und daß diese hierdurch zu einem Eingreifen im Sinne einer Beschleunigung des Verkaufs des Unternehmens veranlaßt worden sei. Die Verwerflichkeit seiner Handlungsweise ergebe sich auch aus seiner Stellung als Pg und Kreisamtsleiter. Ihm sei es untersagt gewesen, mit Juden Geschäfte zu machen. Die ihm durch Hoheitsakt übertragene Tätigkeit als Treuhänder habe er einwandfrei ausüben müssen. Bei dem Verkauf des Unternehmens sei er nicht als Makler tätig gewesen. Daß er sich dafür eine Provision habe versprechen lassen, sei sittenwidrig. Maßgebend seien die Verhältnisse, die im Zeitpunkt der Erteilung der Provisionszusage bestanden hätten. Gerade nach damaliger Auffassung sei schlechterdings nicht zu verstehen gewesen, daß der Beklagte die ihm übertragene Tätigkeit als Treuhänder zu Privatgeschäften im eigenen geldlichen Interesse ausgenutzt habe, und zwar auf Kosten von jüdischen Gesellschaftern, die ihn persönlich nichts angegangen seien. Er könne sich nicht darauf berufen, daß er im Einvernehmen und im Zusammenwirken mit dem Kreisleiter gehandelt habe. Bezeichnend sei im übrigen, daß er von der Provision einen Betrag von 10.000 RM an die NSV abgeführt habe. Hierzu hätte kein Anlaß bestanden, wenn die Provision wirklich für ehrlich ausgeübte Maklertätigkeit erarbeitet gewesen wäre. Erschwerend komme noch hinzu, daß der Beklagte auch von der Erwerberin des Unternehmens erhebliche Zuwendungen erhalten habe. Er gebe selber zu, von der Firma K... Anfang 1939 6.000 RM und dann als deren

Beiratsmitglied jährlich 1.000 RM erhalten zu haben. Diese Zahlungen könnten nur eine Art Provision sein, da die von Oberfinanzpräsidenten bewilligten 30.000 RM für seine Liquidatorentätigkeit bis zum Abschluß der gesamten Liquidation bestimmt gewesen seien. Ob der Beklagte darüber hinaus noch weitere 20.000 RM von der Firma KÜ[REDACTED] erhalten habe, wie die Klägerin durch Vorlage einer Fotokopie erst nach Schluß der Verhandlung glaubhaft gemacht habe, könne dahingestellt bleiben, denn der Sachverhalt genüge, wenn alle Einzelpunkte zu einem Gesamtbilde vereinigt würden, zu der Annahme, daß die Provisionsvereinbarung gegen die guten Sitten verstosse.

Das Berufungsurteil ist im Ergebnis richtig.

1.) Es kann allerdings nicht gebilligt werden, daß der Berufungsrichter berücksichtigt, daß Pg's keine Geschäfte mit Juden machen durften. Dieses Verbot entsprang der nationalsozialistischen Anschauung, daß Juden minderwertig seien. Eine derartige Auffassung kann auch für die Frage nach der Sittenwidrigkeit eines während der Herrschaft des Nationalsozialismus geschlossenen Vertrages keine Beachtung finden. Es braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob die Frage des Sittenverstosses im Falle eines Anschauungswandels nach der zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts herrschenden Anschauung zu beurteilen ist (so die frühere Rechtsprechung, vgl. die Nachweise in RG 153, 294 303, anders RG 150, 1 247, 152, 254; JW 1937, 3221) oder ob nicht jedenfalls in grundlegenden Fragen die im Zeitpunkt der Urteilsfällung verfassungsgesetzlich geltende Auffassung maßgebend ist.

Das Berufungsurteil ist im Ergebnis richtig.

--- Denn im Grunde genommen steht hier kein Anschauungswandel in Frage. Auch obwohl der Nationalsozialismus einerseits Geschäfte mindestens gewisser Parteimitglieder mit Juden verbot und andererseits gegen Schädigungen von Juden nicht einschritt, waren dieses Verbot und derartige Schädigungen keinen Augenblick rech- tens. Das Provisionsabkommen der Parteien kann daher nicht deshalb für sittenwidrig gehalten werden, weil dem Beklagten als Pg und Kreisamtsleiter Geschäfte mit Juden verboten waren; andererseits kann es aber auch nicht des- halb als gültig angesehen werden, weil es zur Zeit seines Abschlusses von dem unrechtlichen Standpunkt aus, daß Ju- den alles zumutbar sei, gebilligt wurde.

Die Revision rügt auch zu Recht, daß das Berufungs- gericht annimmt, der Beklagte habe seine Tätigkeit als Treuhänder und Liquidator nur nebenbei ausgeübt. Hierfür geben die Akten nicht nur keinen Anhalt, sondern der Be- klagte hat auf S 8 seines Schriftsatzes vom 19. Februar 1951 vorgebracht, vor Erteilung der Verkaufsvollmacht ha- be er den Gesellschaftern der Klägerin erklärt, er kehre gern in seinen Beruf zur Bank zurück. Für die Revisions- instanz ist daher zu unterstellen, daß der Beklagte min- destens von seiner Bestellung zum Treuhänder bis zum Verkauf des Unternehmens der Klägerin als Direktor der Braunschweigischen Staatsbank beurlaubt war und von ihr in dieser Zeit keine Bezüge erhielt.

Wenigstens ungenau ist die Ausführung des Berufungs- urteils, der Beklagte habe eine Verkaufsprovision ver- langt, obwohl seine Tätigkeit als Treuhänder und Liqui- dator mit 59.300 RM hinreichend vergütet gewesen sei.

Als der Beklagte dieses Verlangen stellte, hatte er erst 29.300 RM der Gesellschaftskasse entnommen, während er die weiteren 30.000 RM erst im Jahre 1943 bewilligt erhielt. Bei Abschluß des Provisionsabkommens war also noch ungewiß, was ihm insgesamt zufallen würde.

Schließlich ist das Berufungsurteil insoweit nicht ganz einwandfrei, als es die Sittenwidrigkeit der Provisionsabrede aus auffälligem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung herleitet. Der Revision ist zuzugeben, daß der Bezug der 59.300 RM rechtlich nicht zu beanstanden ist. Damit war die Tätigkeit des Beklagten aber auch bezahlt. Das und nicht mehr hat das Berufungsurteil, richtig verstanden, sagen wollen.

2.) Trotz der aufgezeigten Fehler und Ungenauigkeiten ist das Berufungsurteil zu halten. Hierbei konnte ausser Betracht bleiben, ob die Beträge, die der Beklagte von der Firma Wilhelm Kuhn & Co. erhalten hat, in Wirklichkeit Provisionen und in diesem Sinne oder überhaupt bei der Frage nach der Sittenwidrigkeit der Provisionsabrede zu berücksichtigen waren. Es konnte auch offen bleiben, ob der Beklagte von Anfang an von allen Gesellschaftern den Auftrag hatte, das Unternehmen zu verkaufen. Jedenfalls seine Bestellung zum Treuhänder bezweckte, wie das Berufungsgericht feststellt, den Verkauf oder eine Arierisierung auf andere Weise. Der Zweck der Treuhänderschaft war von vornherein die Ausschliessung allen jüdischen Einflusses und die Arierisierung des Unternehmens; die Rückgewinnung des alten Einflusses kam nicht mehr in Frage. Mindestens seit dem 4. Februar 1938 konnte der Beklagte einen Verkauf ausser auf seine obrigkeitliche Bestellung

zum Treuhänder auch auf einen Auftrag der Gesellschafter stützen, da ihm an diesem Tage von allen Gesellschaftern unwiderrufliche Verkaufsvollmacht erteilt worden war. An seiner Aufgabe, das Unternehmen zu verkaufen, änderte auch der Gesellschafterbeschuß vom 20. Januar 1939 nichts; hierdurch trat nur insofern eine Änderung ein, als der Beklagte die Gesellschaft nach dem Verkauf des Unternehmens nicht mehr fortführen, sondern liquidieren sollte. Das Berufungsgericht hat rechtlich einwandfrei festgestellt, daß die inhaftierten und die anderen jüdischen Gesellschafter mit der Verwirklichung der Ankündigungen Dr. Ru[redacted]'s und Kr[redacted]'s rechnen mußten, also damit, daß entweder die Rohstoffkontingente erheblich gekürzt oder "die Verhältnisse durch eine radikale Lösung bereinigt" würden. Der Beklagte forderte die Verkaufsprovision, obwohl er der Gesellschaftskasse auf Grund staatlicher Ermächtigung bereits 29.300 RM entnommen hatte und dessen sicher war, von den entsprechenden staatlichen Stellen insgesamt eine angemessene Vergütung zu Lasten der Klägerin bewilligt zu erhalten. Er tat dies gegenüber Menschen, die nach ihrer allgemeinen Lage und im Vergleich ihrer Stellung zu der seinigen seinem Verlangen schutz- und wehrlos ausgesetzt waren. Jedenfalls nach der "Kristallnacht" waren alle Gesellschafter der Klägerin nicht nur ohne Rechtsschutz, sondern jedem Übergriff und jeder Willkür preisgegeben. Der Beklagte dagegen fand, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, bei den maßgebenden Stellen von Partei und Staat die erforderliche Rückenstärkung und nutzte seine Stellung als Pg und Kreisamtsleiter aus. Die beiden Gesellschafterversammlungen vom 4. Februar 1938 und 20. Januar 1939 wurden im Gerichtsgebäude in Braunschweig abgehalten, und die inhaftierten

Gesellschafter wurden hierzu vorgeführt. Der Beklagte ließ sich die Verkaufsprovision einräumen, obwohl er durch Weitergabe des Kn...schen Schreibens an die Devisenstelle seinerseits die Lage derer verschärft hatte, von denen er nun die Provisionszusage forderte. Unter allen diesen Umständen war das Verlangen des Beklagten nach einer Verkaufsprovision und die hierüber herbeigeführte Abrede sittenwidrig.

Es geht nicht um den von der Revision behandelten Fall, daß sich ein Makler für den Arisierungverkauf eines jüdischen Unternehmens eine Provision versprechen ließ, denn der Beklagte war nicht Makler und diente nicht als solcher den jüdischen Beteiligten und ihren Interessen. Es steht auch nicht zur Entscheidung, ob der Beklagte sich eine Verkaufsprovision hätte versprechen lassen dürfen, wenn er zu echter treuhänderischer Verwaltung des Unternehmens berufen worden wäre und dann unter normalen Verhältnissen den Auftrag zum Verkauf erhalten hätte. Es handelte sich weder um eine ausschließlich den Belangen der Inhaber dienende Treuhänderschaft noch um einen echten Verkauf im Interesse der Klägerin oder ihrer Gesellschafter. Die Lage der Gesellschafter der Klägerin war gegenüber der Situation bei anderen Arisierungsverkäufen weit ungünstiger. Der Verkauf des Unternehmens war auch nicht, wie die Revision will, getrennt für sich zu behandeln, sondern nach den rechtlich einwandfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kein dem Beklagten erteilter Sonderauftrag; er gehörte ohnehin zu seinen Aufgaben. Ob ein Treuhänder, der das treuhänderisch verwaltete Unternehmen verkaufen soll und verkauft, neben einem Entgelt für die Tätigkeit als Treuhänder noch eine Ver-

kaufprovision beanspruchen darf und hierfür 1 1/2 % des Kaufpreises angemessen sind, konnte dahinstehen, da ein solcher Fall nicht vorliegt und eine dahingehende Fragestellung die Besonderheiten des gegebenen Falles außer acht läßt. Außerdem hat der Kläger in den Tatsacheninstanzen keinen Beweis für diese Behauptung angetreten, so daß die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe insoweit einen Beweisantritt übergangen, auch der tatsächlichen Grundlage entbehrt.

Der Beklagte hat daher die empfangene Provision zu erstatten, und zwar im Verhältnis 10 : 1 in Deutscher Mark. Der Beklagte ist mithin dem gestellten Antrage entsprechend zu Recht zur Zahlung von 3.200 DM verurteilt worden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter Dr. Selowsky Dr. Haidinger

Dr. Fischer Dr. Kuhn