

II ZR 80/52

2368 046.

10

Verkündet
am 8. Oktober 1952
Klett, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Hermann B [REDACTED], M [REDACTED],
L [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Oberingenieur Martin A [REDACTED], M [REDACTED]
[REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1952 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Fischer, Dr. Kuhn,
Artl und Dr. Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des I. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 7. März 1952 - 1 U 1437/51 - wird
auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Der Kläger betrieb ein Baugeschäft und geriet im Herbst 1950 in Zahlungsschwierigkeiten. Der Beklagte war leitender Angestellter des Klägers und schloss mit diesem unter Mitwirkung des Rechtsanwalts H. in M., bevor der Kläger die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens beantragte, einen auf den 18. November 1950 datierten Vertrag, der die Übernahme der Hauptaktiven des Klägers zum Gegenstand hatte. Nach den Bestimmungen des Vertrages verkauft und übereignet der Kläger an den Beklagten die in einer Anlage näher aufgeführten Maschinen, Baugeräte, Büro- und Wohnbaracken und Einrichtungsgegenstände zum Gesamtpreis von 47.115,95 DM. Der Kläger überträgt ferner auf den Beklagten 2 grössere Aufträge der amerikanischen Besatzungsmacht in Erding und Neubiberg zur Ausführung als Subkontraktor. Er verkauft weiter an den Beklagten das Ruinengrundstück H. str. zu den gleichen Bedingungen wie es der Kläger von Hans J. übernommen hat. Der Beklagte übernimmt die Haftung für einzelne in einer Anlage aufgeführten Schulden, für deren Bezahlung er den Gläubigern garantiert hat, zu dem die Vergleichs-Quote übersteigenden Betrag. Unter Ziff 10 des Vertrages tritt der Kläger Nachforderungen auf Restauftragssummen aus einer Reihe von Verträgen an den Beklagten ab. Ziff 11 und 12 enthalten folgende Bestimmungen:

11.

Als Ausgleich für die Übernahme der Aufträge Erding und Neubiberg und der in Ziffer 10 vorgesehenen Nachforderungen verpflichtet sich Herr B. an Herrn A. zur Tilgung der vorgesehenen Vergleichsquote einen Betrag von DM 35.741,52 zu zahlen. Dieser Betrag wird zusammen mit den einzelnen Vergleichsquoten jeweils anteilmässig fällig. Die.

- 3 -

Übernahme dieser Zahlungsverpflichtung erfolgt unter der Bedingung, dass ein bestätigter Vergleich zustande kommt. Die Zahlung soll ausschließlich dazu dienen das Konkursverfahren zu vermeiden und die Existenz des Herrn A. zu sichern. Sie stellt keinen klagbaren Gegenanspruch in Form eines Kaufpreises oder dergl. dar, da bei den vorgelegten Kalkulationen nicht mit einem entsprechenden Gewinn zu rechnen ist.

Die Vertragschliessenden sind sich darüber im klaren, dass die Aufträge Erding und Neubiberg von Herrn A. hätten zurückgegeben werden müssen, wenn Herr B. nicht in der in diesem Vertrag vorgesehenen Weise eingetreten wäre.

Die Vertragschliessenden sind sich darüber, dass die Zahlung der DM 35.741,52 kein klagbarer Kaufpreisanspruch ist, auch aus dem Grund im klaren, weil der Kaufpreis der Ziffern 1, 3 und 9 den Wert der übernommenen Gegenstände wesentlich übersteigt.

12.

Dieser Vertrag tritt am 18.11.1950 in Kraft. Meinungsverschiedenheiten aus diesem Vertrag werden in freundschaftlichem Geist und Hinzuziehung des Herrn Rechtsanwalt H. [REDACTED] bereinigt.

Die Parteien unterzeichneten eine weitere Vertragsurkunde mit Datum vom 16. November 1950, die gleichlautend mit dem Verträge vom 18. November 1950 ist, in der aber die vorstehende Ziffer 11 fehlt. Mit notariellem Vertrag vom 22. November 1950 übertrug der Kläger an den Beklagten alle Ansprüche und Rechte, die ihm gegen Hans J. [REDACTED] aus dem mit diesem abgeschlossenen notariellen Kaufvertrag vom 5. Juli 1950 zustanden. Der Beklagte nahm diese Abtretung an und trat in sämtliche Verbindlichkeiten des Klägers aus dem vorgenannten Kaufvertrag ein.

In dem auf Antrag vom 23./25. November 1950 beim Amtsgericht München eröffneten Vergleichsverfahren kam ein am 9.4.1951 bestätigter Zwangsvergleich zustande, in dem der Kläger sich verpflichtete, den Vergleichsgläubigern 35 % ihrer Forderungen in 4 gleichen Teilbeträgen innerhalb eines Jahres zu bezahlen, die erste Rate 3 Monate nach der gerichtlichen Bestätigung des Vergleichs, die übrigen drei Raten jeweils drei



Monate später. In dem Vergleichsverfahren hat der Beklagte in einem Schreiben an den Vergleichsverwalter, Rechtsanwalt Dr. W■■■■■, vom 23. Dezember 1950 erklärt, dass er sich hiermit noch einmal ausdrücklich verpflichte, den lt. Verkaufsvertrag mit dem Kläger vom 18. November 1950 festgesetzten Betrag von 35.741,52 DM für die Vergleichsmasse des Klägers zu zahlen, und zwar bei Annahme des Vergleichsverfahrens DM 8.935,38 und den Restbetrag in je 3 Monatsraten derselben Höhe.

Der Kläger verlangt in dem vorliegenden Rechtsstreit die erste und zweite Rate mit je 8.935,38 DM und 5 % Zinsen hiervon seit dem 12.4.1951 bzw dem 9.7.1951.

Er hat geltend gemacht, dass die Abrede der Unklagbarkeit nur zum Schein, und zwar nur zu dem Zwecke getroffen worden sei, um befürchtete Zwangszugriffe Dritter auf die Zusatzzahlung auszuschalten. Der Beklagte habe sich aber dessen ungeachtet rechtswirksam verpflichten wollen und verpflichtet und demgemäss auch in seinem Schreiben vom 23. Dezember 1950 dem Vergleichsverwalter die Zahlung nochmals verbindlich zugesagt.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Er hat bestritten, dass eine klagbare und rechtswirksame Zahlungsverpflichtung von ihm übernommen worden sei, vorsorglich mit Gegenforderungen aufgerechnet und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben. Dem Schreiben vom 23.12.1950 gegenüber berief sich der Beklagte auf Anfechtung wegen Drohung, die mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 21. Mai 1951 erklärt worden ist.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Zeugnisaussage des Rechtsanwalts H., der vorgelegten Urkunden und der beigezogenen Vergleichsakten fest, dass der Vertrag mit Datum vom 18. November 1950 zuerst unterzeichnet und dass dessen Ziff 11 in dem späteren auf den 16. November zurückdatierten im übrigen völlig gleichlautenden Vertrag weggelassen worden sei, weil Rechtsanwalt H. dies zur Vermeidung befürchteter Zwangsvollstreckungsmassnahmen für tunlich gehalten habe, ohne dass damit der Vertrag vom 18. November 1950 aufgehoben worden sei. Die Vertragsurkunden beider Fassungen seien dem Vergleichsgericht mit Bericht vom 13. Dezember 1950 vorgelegt worden. In diesem sei betont, dass die gesicherte Durchführung des Vertrages mit dem Beklagten für das Schicksal des Vergleichsverfahrens entscheidend sei. Der Zufluss der rund 35.000 DM sei unbedingt notwendig, weil mit der vorhandenen Aktivmasse von schätzungsweise 20.000 DM der Vergleich nie erfüllt werden könnte. Bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass unklagbare Ansprüche zwar durch Parteiabrede begründet werden könnten mit der Wirkung, dass die vertragliche Bindung praktisch in das Belieben des Vertragsteils gestellt werde, der die Leistung zusage. Eine solche Wirkung sei im vorliegenden Falle zweifellos nicht gewollt. Die Parteien sowie Rechtsanwalt H. und der Vergleichsverwalter, Rechtsanwalt W., hätten das größte Gewicht darauf gelegt, dass der Beklagte vollwirksam verpflichtet werde, für den Fall der gerichtlichen Bestätigung des Vergleichs die Zusatzzahlung von rund 35.000 DM termingemäss zu

leisten. Den Passus über die Unklagbarkeit dieser Verpflichtung habe Rechtsanwalt H. nur zu dem Zweck aufgenommen, um einen Zwangszugriff von dritter Seite auf diese Forderung auszuschalten und deshalb auch in der Fassung des Vertrages vom 16. November die Ziff 11 überhaupt herausgelassen. Es habe aber völlige Einigkeit darüber bestanden, dass die Zusatzverpflichtung des Beklagten nicht aufgehoben werde. Nach der Aussage des Zeugen H. hätten die Parteien die Unklagbarkeit nicht ernstlich gemeint. Der Beklagte habe überdies in dem Schreiben vom 23. Dezember 1950 an Rechtsanwalt Dr. W. diese Zusatzzahlungsverpflichtung ohne Einschränkung wiederholt und sogar noch eine schriftliche Bankgarantie hierfür beibringen wollen. Das Schuldanerkenntnis vom 23. Dezember sei zwar dem Vergleichsverwalter gegenüber erklärt, dieser sei aber zu seiner Entgegennahme von dem Kläger zweifellos bevollmächtigt gewesen, auf alle Fälle würde ein berechtigender Vertrag zugunsten des Klägers vorliegen (§ 328 BGB).

Die Revision macht demgegenüber geltend, dass der Vertrag vom 16. November nach dem Vertrage vom 18. November 1950 und zwar am 19. November 1950 gefertigt worden sei und dass deshalb anzunehmen sei, dass der Vertrag vom 16. November 1950 Geltung haben sollte. Die Revision rügt hierzu im Rahmen des § 286 ZPO, dass die Zeugen H. und Z. nicht gehört worden sind. Diese Rüge ist unbegründet. Nach der Behauptung des Klägers und der Darstellung des Zeugen H. der das Berufungsgericht folgt, ist die Urkunde vom 16. November nach der Unterzeichnung der Urkunde vom 18. November gefertigt und von den Parteien unterzeichnet worden. Dies behauptet auch die Revision. In der Berufungsbegründung, auf die die

Revision gleichzeitig verweist, hatte der Beklagte allerdings unter Beweis gestellt, dass der Vertrag vom 18. November am 20. oder 21. November niedergeschrieben und am 22. November 1950 unterzeichnet, der Vertrag vom 16. November aber am 19. November 1950 gefertigt und unterschrieben worden sei. Nach dieser Behauptung soll also der Vertrag vom 16. November vor dem Verträge vom 18. November unterzeichnet worden sein. Selbst wenn dies der Fall wäre, so könnte daraus nichts gegen die Geltung des Vertrages vom 18. November, der allein in Ziffer 11 die Vereinbarung über eine Zahlung von 35.741,52 DM enthält, gefolgert werden. Auch hinsichtlich der in der Ziffer 11 niedergelegten Bestimmung, dass die unter der Bedingung des Zustandekommens eines bestätigten Vergleichs versprochene Zahlung keinen klagbaren Gegenanspruch in Form eines Kaufpreises oder dergleichen darstelle, wäre die vorhergehende Fertigung eines Vertrages ohne diese Ziffer 11 ohne jede Bedeutung. Das Berufungsgericht hat in einwandfreier Begründung dargelegt, dass die Unterzeichnung des Vertrages vom 16. November der in Ziffer 11 des Vertrages vom 18. November festgelegten Verpflichtung nicht entgegenstehe und dass im Vertrag vom 16. November die Ziffer 11 weggelassen worden sei, weil Rechtsanwalt H. dies zur Vermeidung befürchteter Zwangsvollstreckungsmassnahmen für tunlich gehalten habe. Diese Feststellung würde nicht erschüttert sein, wenn feststeht, dass der Vertrag vom 16. November entgegen der Annahme des Berufungsgerichts schon vor der Unterzeichnung des Vertrages vom 18. November unterzeichnet worden ist.

Die Revision rügt im Rahmen des § 139 ZPO aber auch zu Unrecht, das Berufungsgericht hätte die Zeu-

gen Hi [REDACTED] und Z [REDACTED] vernehmen müssen, um den Willen der Parteien beim Vertragsschluss zu ermitteln. Es bestand für das Gericht kein Anlass anzunehmen, dass diese Zeugen ausser der unter Beweis gestellten Reihenfolge der Unterzeichnung beider Urkunden auch über den Inhalt der Vereinbarungen und den Vertragswillen der Parteien Bekundungen machen könnten, und dass sich der Beklagte hierüber auf andere Zeugen als auf Rechtsanwalt H [REDACTED] habe berufen wollen. Die Frage der Auslegung der Ziff 11 und ihrer Fortgeltung stand in diesem Prozess von Anfang an zur Erörterung. Das Vorbringen der Parteien gab dem Berufungsrichter keinen Anlass anzunehmen, dass der Beklagte übersehen haben könnte, hierzu erforderliche Beweisanträge zu stellen.

Der Einwand des Beklagten, dass der streitige Anspruch unklagbar sei, wird von dem Berufungsgericht in nicht zu beanstandender Auslegung des Vertrages rechtlich einwandfrei mit der Feststellung verneint, dass die Unklagbarkeit nicht ernstlich gemeint gewesen sei. Es bestehen auch keine rechtlichen Bedenken gegen die Wertung des Schreibens des Beklagten vom 23. Dezember 1950 an Rechtsanwalt W [REDACTED], die eine Anerkennung und hinsichtlich der Fälligkeit eine die Vereinbarung in Ziffer 11 des Vertrages vom 18. November ändernde Verpflichtungserklärung des Beklagten enthält. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist beizutreten.

Unbeachtlich ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob der Beklagte selbst Vergleichsgläubiger war, weil in diesem Falle der Vertrag, der dem Beklagten durch die Übernahme der Hauptaktiven besondere Vorteile gewährt habe, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger nach

§ 8 Vergleichspränung verstoßen würde. Weder dem Sachverhalt noch dem Parteivortrag in den Vorinstanzen ist etwas darüber zu entnehmen, dass die Übernahme der Hauptaktiven eine Bevorzugung des Beklagten darstelle. Dieser hat vielmehr selbst in der Tatsacheninstanz vorgetragen, wie nachteilig sich das Geschäft für ihn ausgewirkt habe. Deshalb bestand für das Berufungsgericht kein Anlass, von Amts wegen die Frage aufzuwerfen, ob der Beklagte auch Vergleichsgläubiger war.

Mit Recht verneint das Berufungsgericht, dass der mit dem Beklagten abgeschlossene Vertrag gegen ein gesetzliches Gebot oder gegen die guten Sitten verstoße. Hierfür ist unerheblich, dass nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Satz über die Unklagbarkeit in Ziffer 11 des Vertrages vom 18. November nur zu dem Zweck aufgenommen worden ist, um einen Zwangszugriff von dritter Seite auf diese Forderung auszuschalten. Für die Frage eines Verstoßes gegen die guten Sitten ist der Inhalt der wirklich gewollten Vereinbarung entscheidend. Das wirklich Gewollte, nämlich die durch das Zustandekommen eines bestätigten Vergleichs bedingte Zahlungsverpflichtung des Beklagten verstieß keinesfalls gegen die guten Sitten.

Die Revision des Beklagten konnte daher keinen Erfolg haben und mußte mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Drost

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl . . :

Dr.K.E.Meyer