

VIII ZR 26/61
verkündet am 25. April 1962
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2227 037

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

In dem Rechtsstreit

des Grundstückseigentümers und Lichtspieltheaterbesitzers
Hugo Emil S. [REDACTED] in H. [REDACTED]-A. [REDACTED], B. [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers;

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Grundeigentümer und Lichtspieltheaterbesitzer
Hugo T. [REDACTED] in H. [REDACTED]-A. [REDACTED],
Th. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. April 1962 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und
Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 5. Januar 1961 wird auf Kosten
des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand :

Im Jahre 1949 schlossen sich die Parteien zum gemeinsamen Bau und Betrieb eines Lichtspieltheaters in einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammen. Der Vertrag wurde zunächst nur mündlich abgeschlossen. Die Parteien errichteten, teils auf einem von ihnen zu je 1/2 Miteigentum erworbenen, teils auf dem dazu gemieteten Nachbargrundstück ein Gebäude, in dem sie seit dem 11. November 1950 ein Kino betreiben. Als der Gesellschaftsvertrag schriftlich niedergelegt werden sollte, ergaben sich Differenzen vor allem wegen der Gewinnverteilung. Der Klärung dieses Streitpunktes diente ein Vorprozeß (13.0.83/52 LG Hamburg). Der jetzige Beklagte klagte dort gegen den jetzigen Kläger auf Feststellung, daß er von den Reineinnahmen 2/3 zu beanspruchen habe, während der jetzige Kläger den Standpunkt vertrat, der Gewinn sei hälftig zu teilen. Nachdem der gemeinsame Steuerberater der Parteien W. [REDACTED] als Zeuge bekundet hatte, die Parteien hätten sich auf Gewinnquoten von 2/3 und 1/3 geeinigt, entsprach das Landgericht durch Urteil v. 9. Juli 1952 der Feststellungsklage. In der Berufungsinanz verglichen die Parteien sich am 29. August 1952 außergerichtlich. Der Inhalt des Vergleichs ist niedergelegt in einem Bestätigungsschreiben des Prozeßbevollmächtigten des jetzigen Beklagten vom 30. August 1952 an den Prozeßbevollmächtigten des jetzigen Klägers. Danach erkannten die Parteien die beiderseitigen Einlagen mit 145 799 DM (für den Beklagten) bzw. 87 817 DM (für den Kläger) an, verpflichteten sich,

- 3 -

die Einlagen auf 150 000 bzw. 90 000 DM zu erhöhen und bestimmten, daß der Gewinn des Unternehmens im Verhältnis der geleisteten Einlagen verteilt werden solle. Dementsprechend wurde in den folgenden Jahren der Gewinn im Verhältnis 5/8 für den Beklagten und 3/8 für den Kläger verteilt.

Der Kläger will diese Quoten nicht mehr gelten lassen. Er beruft sich darauf, bei einer Betriebsprüfung seitens des Finanzamtes am 21. Dezember 1953 habe sich ergeben, daß die Einlage des Beklagten beim Abschluß des Vergleichs nicht 145 799 DM, sondern nur 109 436 DM betragen habe. Nach dem Verhältnis der wirklich geleisteten Einlagen der Parteien sei die richtige Gewinnverteilungsquote 11/19 für den Beklagten und 8/19 für den Kläger. Außerdem hätten die Parteien vereinbart, daß die Gewinne aus den Nebenbetrieben des Kinos (Süßwarenverkauf, Leinwandreklame, Verpachtung der Schaufenster und Foyer-Vitrinen) hälftig geteilt werden sollten. Das gleiche gelte für die Einnahmen aus der Verpachtung des Kinos durch die Parteien an die das Kino betreibende Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Bei Anwendung des richtigen Verteilungsschlüssels hätte er (Kläger) für die Jahre 1950 bis 1958 an Gewinnen 46 249 DM mehr erhalten müssen, die der Beklagte zuviel erhalten habe. Der Kläger hat in erster Linie einen entsprechenden Feststellungsantrag bezüglich der Quoten für die Gewinnverteilung bis Ende 1958 gestellt, hilfsweise um Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 46 249 DM gebeten. Der Beklagte bestreitet, daß im Vergleich die beiderseitigen Einlagen unrichtig angenommen seien, ferner daß wegen der Nebeneinnahmen etwas Besonderes vereinbart sei.



Der Kläger ist in beiden Instanzen unterlegen. Er verfolgt mit der Revision seine früheren Anträge weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat die Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen, weil der Kläger auf Leistung klagen könne und ihm deshalb das rechtliche Interesse gemäß § 256 ZPO fehle. Diese Begründung greift die Revision zu Unrecht an. Richtig ist zwar, daß ausnahmsweise trotz der Möglichkeit sofortiger Leistungsklage eine Feststellungsklage zulässig sein kann, wenn Gründe der Prozeßökonomie dafür sprechen. Solche sind hier nicht ersichtlich. Der Beklagte bestreitet (s.S. 7. d. Berufungsbeantwortung v. 19. Oktober 1960) nicht nur die vom Kläger geltend gemachten Quoten, sondern auch das Rechenwerk (S. 9, 10 der Berufungsbegründung v. 19. September 1960), mit dem der Kläger die Höhe seines Anspruchs begründet. Es ist also nicht zu erwarten, daß schon eine Feststellungsklage die Parteien wird endgültig befrieden können. Wenn die Revision ferner meint, der Kläger könne die Höhe seines Anspruchs noch nicht, jedenfalls nicht hinreichend spezifizieren, so setzt sie sich damit in Widerspruch zu der bindenden Feststellung des Berufungsgerichts; außerdem gibt ihm § 716 BGB die Möglichkeit, die notwendigen Feststellungen zu treffen.

2. Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Vorgeschichte des Vergleichs fest, daß die Parteien damals

nicht nur über die Quoten der Gewinnverteilung, sondern auch über die Höhe der geleisteten Einlagen (durch wechselseitige Anerkenntnisse) sich verglichen haben. Dies fällt in den Bereich der Auslegung. Denn bei einem Vergleich ist es Sache der Auslegung, den Inhalt des Vergleichs zu ermitteln und dabei die Grenze zwischen Vergleichsinhalt und Vergleichsgrundlage zu ziehen. Die Auslegung des Berufungsgerichts, nach der hier die wechselseitigen Anerkenntnisse über die Höhe der Einlagen dem Vergleichsinhalt und nicht der Vergleichsgrundlage zuzurechnen seien, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie ist möglich und verletzt keine Auslegungsnormen.

Auch die insoweit erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet. Der Bücherrevisor W [REDACTED], dessen Vernehmung als Zeugen die Revision vermißt, war vom Kläger in seinem Schriftsatz vom 10. Juni 1960 in einem anderen Zusammenhang genannt worden. Der Tatrichter hatte keine Veranlassung, gemäß § 139 ZPO den Kläger zu veranlassen, ihn für ein nach Meinung der Revision in diesem Zusammenhang interessierendes anderes Beweisthema als Zeugen zu benennen. Weder § 286 ZPO noch § 139 ZPO sind verletzt. Ebensowenig brauchte das Berufungsgericht Zeugen darüber zu vernehmen, daß der Bücherrevisor W [REDACTED] die Bilanz der Gesellschaft per 31. Dezember 1953 nur als vorläufig bezeichnet und daß der Kläger den Bilanzen widersprochen habe. All diese Behauptungen waren für die Auslegung des vorher geschlossenen Vergleichs ohne jeden Belang. Demnach

besteht die Auslegung des Berufungsgerichts zu Recht, daß die Parteien am 29./30. August 1956 sich auch über die Höhe der geleisteten Einlagen durch wechselseitige Anerkenntnisse verglichen haben.

Damit erweist sich das Vorbringen des Klägers, die Einlagen seien im Vergleich unrichtig angegeben, als unerheblich. § 779 BGB steht ihm nicht zur Seite, da die Höhe der Einlagen nicht Vergleichsgrundlage, sondern deren Anerkenntnis Vergleichsinhalt war. Aus demselben Grunde ist auch nicht die Geschäftsgrundlage des Vergleichs weggefallen. Da die Höhe der Einlagen einer der durch den Vergleich erledigten Streitpunkte war, kann auch keine Partei mit der Begründung, sie habe in diesem Punkte geirrt und nur deshalb den Vergleich geschlossen, auf diesen Streitpunkt zurückgreifen (BGH LM § 123 BGB Nr. 4).

Dem Irrenden bleibt allerdings der Einwand, er sei vom Vertragspartner durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Vergleichs bestimmt worden (BGH LM § 123 BGB Nr. 4). Der Kläger behauptet jedoch nicht einmal, der Beklagte habe beim Abschluß des Vergleichs gewußt, daß die Angabe über die Höhe seiner Einlagen unrichtig gewesen sei, jedenfalls hat er insoweit Beweis nicht angetreten.

Auch verstößt der Beklagte nicht gegen Treu und Glauben, wenn er den Kläger trotz dessen angeblichen Irrtums am Vergleich festhält. Zwar ist der Einwand des Rechtsmißbrauchs auch gegenüber dem Anspruch aus einem wirksamen Vergleich möglich (Staudinger zu § 779 Note 27 und die dort zitierten Belegstellen); er ist

aber im Streitfalle nicht begründet. Da eine vorsätzliche Täuschung durch den Beklagten - weil nicht behauptet, jedenfalls aber nicht unter Beweis gestellt - ausscheidet, käme nur in Betracht, daß der Beklagte hinsichtlich der Höhe seiner Einlagen beim Abschluß des Vergleichs selbst geirrt hätte. Bei dieser Sachlage ist es nicht rechtsmißbräuchlich, sondern rechtmäßig, daß der Beklagte seine durch den Vergleich erlangte Rechtsposition wahrt und sich gegen eine Wiederbelebung des durch den Vergleich beigelegten Streites wehrt.

3. Bezüglich der Einnahmen aus den Nebenbetrieben und dem Grundstück hatte der Kläger seine Ehefrau als Zeugin dafür benannt, daß die Parteien vereinbart hätten, die Gewinne hieraus sollten - abweichend von dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel - hälftig geteilt werden; das Berufungsgericht ist dem Beweisantrag nicht nachgegangen. Es hält das Vorbringen des Klägers nicht für hinreichend spezifiziert, weil er nur die Roheinnahmen mitgeteilt, aber nicht die auf diese Nebenbetriebe und auf die Einnahmen aus dem Grundbesitz entfallenden Unkosten berücksichtigt habe. Die Revision rügt Verletzung der §§ 286, 282 ZPO. Die Rüge ist nicht begründet.

Es ist schon zweifelhaft, ob das Beweisthema, für das der Kläger seine Ehefrau benannt hat, hinreichend bestimmt bezeichnet ist. Das Beweisangebot des Klägers läßt offen, wann die angebliche Sondervereinbarung getroffen worden ist, insbesondere ob vor dem Vergleich vom 29. August 1952 oder nach dem Vergleich. Wäre das erstere der Fall, so wäre das Beweisthema möglicherweise unerheblich, weil der Vergleich, der die Quote für die

Gewinnverteilung aus dem Lichtspielunternehmen generell neu regelte, eine frühere Sondervereinbarung bezüglich der Gewinne aus den Nebenbetrieben aufgehoben haben kann. Das Beweisangebot läßt ferner nicht erkennen, ob es sich um eine ausdrückliche Vereinbarung handeln soll, oder ob die Zeugin nur - wie der Kläger es tut - aus der Art der Verbuchung den Schluß auf eine stillschweigende Vereinbarung ziehen soll. letzteres wäre kein zulässiges Beweisthema für einen Zeugen. Wären diese Bedenken begründet, so wäre § 286 ZPO nicht verletzt, weil ein zulässiger Beweis-antrag nicht vorgelegen hätte.

Dies kann jedoch dahinstehen, da der Kläger jedenfalls die Höhe seines Gewinnanspruchs bezüglich der Nebenbetriebe und der Einnahmen aus dem Grundstück nicht hinreichend substantiiert hat, wie das Berufungsgericht zu recht angenommen hat. Es mag sein, daß insoweit das Rechenwerk der Berufungsbegründung vom 19. September 1960 zunächst die Höhe des Anspruchs hinreichend substantiierte. Der Berechnung des Klägers hat aber der Beklagte in seiner Berufungsbeantwortung vom 19. Oktober 1960 konkrete Abzugsposten, die der Kläger nicht berücksichtigt habe, entgegengehalten. Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO war es Sache des Klägers, sich auf diese Einwendungen zu erklären. Da er das unterlassen hat und auch aus seinen übrigen Erklärungen nicht die Absicht hervorgeht, sie bestreiten zu wollen, war der Vortrag des Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen. Damit verlor aber das Rechenwerk des Klägers für die Substantiierung der Höhe des Anspruchs

seine Bedeutung; es lag insoweit keine nachprüfbare Behauptung des Klägers zur Höhe des Anspruchs mehr vor. Das aber war die Voraussetzung, um von einem Buchsachverständigen ein Gutachten über die Höhe des Reingewinns aus den Nebenbetrieben und dem Grundstück einzuholen, nicht war es umgekehrt zulässig, durch ein solches Gutachten dem Kläger erst die Möglichkeit zu verschaffen, eine entsprechende Behauptung zur Höhe seiner Forderung aufzustellen. Infolgedessen erübrigte es sich auch, die Ehefrau des Klägers darüber zu vernehmen, ob die Parteien überhaupt bezüglich der Einnahmen aus den Nebenbetrieben eine Sondervereinbarung zur Gewinnverteilung getroffen haben. §§ 286, 282 ZPO sind deshalb auch insoweit nicht verletzt. Die Entscheidung RGZ 166, 242, auf die sich die Revisionsbegründung beruft, betrifft einen gänzlich anderen nicht vergleichbaren Sachverhalt und ein anderes Rechtsproblem.

Die Klage ist danach zu recht abgewiesen worden; die Revision des Klägers war - gemäß § 97 ZPO auf seine Kosten - zurückzuweisen.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Artl Dr.Dorschel Mormann