

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 9/72

URTEIL

Verkündet am

9. Januar 1974

Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Klara B. [REDACTED] geb. K. [REDACTED] in H. [REDACTED]/Westf.,
A. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma B. [REDACTED] Mühlen-Speditionsgesellschaft
mit beschränkter Haftung i.L. in E. [REDACTED]-B. [REDACTED], ge-
setzlich vertreten durch den Liquidator Wirtschafts-
prüfer Dr. Bernhard K. [REDACTED] in E. [REDACTED], Z. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. Oktober 1971 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die beklagte GmbH lieferte bis etwa 1967 an die Firma N[REDACTED]-Futterwerke H. B. [REDACTED] in H[REDACTED] (im folgenden: Firma B.) laufend in größerem Umfange Waren. Alleininhaber der Firma ist der Ehemann der Klägerin. Die Firma schuldete schon 1967 der Beklagten aus Warenlieferungen einen größeren Betrag. Die Klägerin, der Haus- und landwirtschaftliche Grundstücke gehören, übernahm für die Schuld ihres Ehemannes Bürgschaften. Die Beklagte stundete die Schuld einstweilen. In den folgenden Jahren lieferte die Beklagte nur noch in kleinerem Umfang Waren. Die Firma B. gab der Beklagten zum Betrage von mehreren 100 000 DM von ihr akzep-

tierte Wechsel, die die Beklagte als Ausstellerin bei Banken diskontierte. Die Wechsel wurden vereinbarungsgemäß laufend durch Polongationswechsel ersetzt. Für einen Teil der Wechsel gab die Firma B. den Banken Sicherheiten. Die Beklagte sowohl wie die Firma B. gerieten in Schwierigkeiten, als ab November 1969 die Banken keine Prolongationswechsel mehr annahmen.

Die Beklagte schloß nach Maßgabe eines Vergleichsvorschlages vom 5. November 1969 mit ihren Gläubigern außergerichtlich einen Liquidationsvergleich. Liquidator wurde der Wirtschaftsprüfer Dr. K. Die Firma B. strebte ebenfalls einen außergerichtlichen Vergleich mit ihren Gläubigern an. Sie beauftragte mit entsprechenden Schritten den Rechtsanwalt S. in Essen, dessen Sozios der Notar Dr. W. ist. Eine Gläubigerversammlung fand am 19. Januar 1970 unter der Leitung von Dr. W. bei der Firma B. in Haltern statt. Den Gläubigern wurde "ein Vergleichs-Status per 30. November 1969" vorgelegt. Dieser wies gegenüber rd. 3,5 Mio DM Aktiva Passiva in Höhe von rd. 7,4 Mio DM aus. Unter den Passiva waren als "Verbindlichkeiten aus Warenlieferungen und Leistungen B. Mühle" (Beklagte) 3 071 611,23 DM und unter "Wechsel B. Mühle" (Beklagte) weitere 681 605 DM ausgewiesen. Für den letztgenannten Betrag bestanden nach dem Status von der Firma B. gestellte "Aus- und Absonderungsrechte" in Höhe von 350 000 DM. Die Gläubigerversammlung setzte einen Gläubigerausschuß ein, dem Dr. K. als Liquidator der Beklagten angehörte. Als Vergleichstrehänder wurde Rechtsanwalt S. in Aussicht genommen. Die Rechtsanwälte Dr. W. und S. wurden beauftragt,



alsbald eine Sitzung des Gläubigerausschusses einzuberufen, der einen Vergleichsvorschlag ausarbeiten und bis zum 12. Februar 1970 den Gläubigern bekanntgeben sollte. In einer Gläubigerausschußsitzung vom 28. Januar 1970, in der Einzelheiten des aufzustellenden Vergleichsvorschlages erörtert wurden, wies Dr. K. [REDACTED] darauf hin, "daß er vom Gläubigerbeirat der (Beklagten) beauftragt sei, eindeutig festzustellen, daß eine Annahme des Vergleichsvorschlages ... nur in Betracht komme, wenn die Bürgschaftsverpflichtung seitens (der Klägerin) anerkannt werde". Mit Schreiben vom 27. Februar 1970 meldete Dr. K. [REDACTED] für die Beklagte bei den Anwälten der Firma B. als Forderung "aus Warenlieferungen und gewährten Waren und Wechseldarlehen" 3 087 000 DM nebst Zinsen an. In dem Schreiben heißt es:

"Ich habe davon abgesehen, das mit Ihrem letzten Gläubigerrundschreiben versandte Formschreiben zu unterzeichnen, da ich mich zu meinem Bedauern nicht in der Lage sehe, wie ich Ihnen mit separatem Brief vom heutigen Tage bereits mitgeteilt habe, dem Vergleichsvorschlag zuzustimmen. Ich muß daher auf voller Befriedigung bestehen, und zwar nunmehr alsbald, mindestens in Form von angemessenen Akontozahlungen. Im anderen Falle müßte ich zu meinem Bedauern gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen.

Ich darf Sie abschließend bitten, mich nach Ablauf der von Ihnen gesetzten Annahmefrist für die Zustimmungserklärungen nach dem 5.3.1970 über das Ergebnis zu informieren."

Am 19. März 1970 schrieb Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] an Dr. K. [REDACTED]:

"Unter Bezugnahme auf unsere gestrige Unterredung überreiche ich Ihnen als Liquidator der (Beklagten) in der Anlage den schriftlich fixierten Vorschlag der Eheleute B[REDACTED]. Ich darf Ihnen versichern, daß es mich große Mühe gekostet hat, den Eheleuten B[REDACTED] diese Formulierung abzurufen. Sagen Sie bitte Ihren Ausschußmitgliedern, daß ich über den sachlichen Teil dieses Vorschlages nicht mehr handeln kann. Ich bin insoweit mit meinen Bemühungen um das Zustandekommen des Vergleichs am Ende..

Die exakte Feststellung der Forderungen der (Beklagten) gegen die Firma B[REDACTED] muß, wie wir gestern übereinstimmend feststellten, zwischen uns noch erfolgen. Wir gingen gestern übereinstimmend davon aus, daß die Forderung wahrscheinlich zwischen 2,5 und 3 Mio liegen würde. Um auch in dieser Beziehung nach Möglichkeit einem weiteren Prozeß über die Höhe der Forderung vorzubeugen, habe ich in den Vergleich mit aufgenommen, daß die Fa. B[REDACTED] auf jegliche materielle Einwendungen gegen die von (Beklagten) geltend gemachten Forderungen bis zu 2,5 Mio beim Zustandekommen des Vergleichs und des anliegenden Abkommens verzichtet..."

Am 24. März 1970 schlossen Dr. K[REDACTED] namens der Beklagten, der Ehemann der Klägerin und diese vor dem Notar Dr. W[REDACTED] folgenden notariellen Vertrag (Urkundenrolle Nr. 164/70) (auszugsweise):

"§ 1

Herr B[REDACTED] hat als Alleininhaber der Einzelfirma N[REDACTED]-Futterwerke H. B[REDACTED] in Haltern - nachstehend Firma B[REDACTED] genannt - mit seinen Gläubigern, darunter auch (Beklagte) einen außergerichtlichen Vergleich gemäß seinem schriftlichen Vergleichsangebot vom 12. Februar 1970 geschlossen. Laut Ziffer 4) dieses Vergleichs

hat (Beklagte) einen Anspruch auf Zahlung einer Vergleichsquote von 40 % ihrer Gesamtforderungen gegen die Firma B [REDACTED]. Die genaue Höhe der Gesamtforderungen der (Beklagten) gegen die Firma B [REDACTED] wird zwischen diesen beiden Firmen noch festgestellt. Die Firma B [REDACTED] erkennt aber schon hierdurch die Forderungen der (Beklagten) gegen die Firma B [REDACTED] in Höhe von 2,5 Mio DM -i.B. zwei Millionen fünfhunderttausend Deutsche Mark- unter Verzicht auf alle Einwendungen welcher Art sie auch sein mögen, an. Die Vergleichsquote von 40 % der Gesamtforderungen der (Beklagten) - mindestens aber von 2,5 Mio DM - ist von der Firma B [REDACTED] nach dem vorerwähnten außergerichtlichen Vergleich in folgenden Raten aufzubringen:

5 % am 31. 12. 1970,
10 % am 31. 3. 1971,
10 % am 30. 6. 1971,
15 % am 31. 12. 1971.

Wenn innerhalb der von (Beklagten) zu setzenden Nachfrist von 2 Wochen eine fällige Vergleichsrate nicht oder nicht voll gezahlt wird, leben die ursprünglichen Forderungen von (Beklagten) in voller Höhe - jedoch abzüglich der aufgrund des Vergleichs schon gezahlten Beträge - wieder auf. Der noch geschuldete Restbetrag wird in diesem Falle sofort fällig...

§ 2

(Klägerin) hatte in den Jahren 1965 - 1967 für die Verbindlichkeiten der Firma B [REDACTED] gegenüber (Beklagten) selbstschuldnerische Bürgschaften in Höhe von 950.000,00 DM nebst Zinsen übernommen.... Die Rechtswirksamkeit dieser Bürgschaften ist zwischen den Vertragsparteien streitig. Zur Beilegung dieser Rechtsstreitigkeiten vereinbaren (Beklagte) und (Klägerin) folgendes: ...

(Klägerin) übernimmt hiermit bis zur Höhe von 950.000,00 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Erfüllung der Verpflichtungen der Firma B. auf Zahlung der in § 1 näher erläuterten 4 Vergleichsraten an (Beklagte) unter Zugrundelegung einer Vergleichsquote von 40 % der Gesamtforderungen der (Beklagten) gegen die Firma B., die der Höhe nach noch festzustellen sind, mindestens aber mit 2,5 Mio DM endgültig anerkannt sind...

(Klägerin) bestellt zur Sicherheit für die Erfüllung der von ihr in diesem Vertrage übernommenen selbstschuldnerischen Bürgschaftsverpflichtungen 3 Grundschulden von insgesamt 950.000,00 DM auf ihrem Grundbesitz,..."

Die Klägerin bewilligte am selben Tage in notarieller Urkunde vor Notar Dr. W. (Urkundenrolle Nr. 165/1970) für die Beklagte die Eintragung von drei Grundschulden in Höhe von 300 000, 325 000 und 325 000 DM auf ihrem Grundbesitz und unterwarf sich wegen der genannten "Grundschuldbeträge der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen".

Als am 24. März 1969 die Klägerin in dieser Weise der Beklagten Sicherheiten stellte, waren die von der Firma B. akzeptierten und von der Beklagten ausgestellten Wechsel bereits zu Protest gegangen; die Banken hatten auch bereits Titel sowohl gegen die Firma B. wie gegen die Beklagte erwirkt. Die Firma B. bezahlte in den folgenden Monaten auf die Wechsel mehrere 100 000 DM an die Banken. Mit Rücksicht hierauf verweigerte sie die Zahlung der ab 31. Dezember 1970 fällig gewordenen Vergleichsraten an die Beklagte. Diese betrieb darauf die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde vom 24. März 1970.

Die Klägerin hat mit der Begründung, nach den zwischen der Firma B. und der Beklagten getroffenen Vereinbarungen habe diese die Wechsel einlösen müssen, Vollstreckungsgegenklage erhoben mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 24. März 1970 für unzulässig zu erklären. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter. Nach Einlegung der Revision ist die Klägerin in Konkurs gefallen. Ihr Konkursverwalter hat die belasteten Grundstücke aus der Konkursmasse für die Klägerin freigegeben. Die Klägerin hat den Rechtsstreit aufgenommen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

1. Die Aufnahme des Rechtsstreits durch die Klägerin ist zulässig und wirksam geworden, nachdem der Konkursverwalter die Grundstücke für die Gemeinschuldnerin aus der Konkursmasse freigegeben hat (vgl. Senatsbeschuß vom 10. Oktober 1973).

2. a) In den Tatsacheninstanzen hat die Klägerin zur Begründung ihres Standpunktes, die Beklagte habe - im Verhältnis zur Firma B. - die Bankenwechsel einlösen müssen, mehrere - nicht unbedingt miteinander in Einklang stehende - Gründe geltend gemacht:

Wenn in § 1 Satz 2 und 3 des Vertrages vom 24. März 1970 von "Gesamtforderungen" der Beklagten gegen die Firma B. die Rede sei, so seien damit die gesamten Forderungen der Beklagten, also nicht nur die Warenforderungen in Höhe von angeblich rd. 3 Mio DM (vgl. "Vergleichs-Status" der Firma B. per 30. 11. 1969), sondern auch die im "Vergleichs-Status" mit "Wechsel B. [REDACTED] Mühle" bezeichneten Forderungen in Höhe von rd. 680 000 DM gemeint gewesen. Ferner ergebe sich aus den Umständen, die zu der Wechselhingabe geführt hätten, daß es ausschließlich Sache der Beklagten gewesen sei, die Wechsel einzulösen. Der Warenkredit, den die Beklagte der Firma B. gewährt habe, sei in beiderseitigem Einverständnis etwa ab 1967 eingefroren worden. Dafür habe die Firma B. der Beklagten in größerem Umfang Akzepte zur Verfügung gestellt, damit diese sich durch Diskontierung der Wechsel Kredit bei den Banken habe beschaffen können. Die Beklagte habe sich dabei der Firma B. gegenüber verpflichtet, für die Einlösung oder Prolongierung dieser Finanzwechsel zu sorgen. Dementsprechend sei auch in den Jahren 1967 bis 1969 verfahren worden. Auch bei den Vorverhandlungen, die vor Abschluß des Vertrages vom 24. März 1969 zwischen den Beteiligten geführt worden seien, sei eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden, schließlich auch noch beim Abschluß des notariellen Vertrages vom 24. März 1969.

b) Das Berufungsgericht hat über die widerstreitenden Behauptungen der Parteien Beweis erhoben durch dreimalige Vernehmung des Ehemannes der Klägerin und des Notars Dr. W. [REDACTED] als Zeugen, ferner durch eidliche Par-

teilvernehmung des Liquidators der Beklagten Dr. K. [REDACTED]. Aufgrund der Beweisaufnahme stellt das Berufungsgericht fest:

Bei den Verhandlungen zwischen dem Notar Dr. W. [REDACTED] und dem Liquidator der Beklagten Dr. K. [REDACTED], die dem Abschluß des Vertrages vom 24. März 1970 vorausgegangen seien, sei der unterschiedliche Standpunkt der Beteiligten in der Frage, wer von ihnen die damals bereits ausgeklagten Wechsel einzulösen habe, zur Sprache gekommen. Dem Ehemann der Klägerin sei der abweichende Standpunkt Dr. K. [REDACTED] bekannt gewesen. Er habe gleichwohl eine Regelung der Wechselfrage in seinem Sinne im Vertrage vom 24. März 1970 nicht verlangt, weil sonst der Vertrag gescheitert wäre. Dies habe der Ehemann der Klägerin bei seiner ersten Vernehmung selbst wahrheitsgemäß zugestanden. Der Ehemann der Klägerin habe damit das sich aus der Nichtregelung der Wechselfrage im Vertrage vom 24. März 1970 ergebende Risiko bewußt übernommen. Deshalb sei sein umfassender Verzicht auf Einwendungen ("welcher Art sie auch sein mögen") gegen eine Forderung der Beklagten von (mindestens) 2,5 Mio DM in § 1 des Vertrages dahin auszulegen, daß die Firma B. gegen die in diesem Vertrage übernommene Verpflichtung zur ratenweisen Zahlung von 1 Mio DM sich nicht auf etwaige Zahlungen auf die damals bereits ausgeklagt gewesenen Wechselforderungen berufen könne. Für die Firma B. sei auch ein so umfassender Verzicht auf Einwendungen gegen die Vergleichsforderung von 1 Mio DM nicht widersinnig gewesen, weil sie bei einem 60 %igen Nachlaß ihrer Schuld und Bewilligung von Ratenzahlungen für den Rest immer noch günstiger abgeschnitten habe als ohne den Vergleich.

3. Die Rügen der Revision - im wesentlichen Verfahrensrügen - bleiben ohne Erfolg.

a) Die Revision rügt in erster Linie, daß das Berufungsgericht nicht die von der Klägerin als Zeugen benannten Dipl.-Volkswirt Dr. M. [REDACTED] und Rechtsanwalt S. [REDACTED] vernommen habe. Die Zeugen waren dafür benannt, "daß unter den "Gesamtforderungen" in der Urkunde vom 24. 3. 1970 die Wechsel enthalten seien und ausdrücklich bei den Vorbesprechungen, die zur Konzipierung des Vertrages geführt hätten, vereinbart worden sei, daß die Wechsel von der Beklagten einzulösen seien". Das Berufungsgericht hat (BU S. 13, 14) dieses Vorbringen einmal im Hinblick auf die entgegenstehende Aussage des Notars Dr. W. [REDACTED], der die Vorverhandlungen mit den Beteiligten geführt und den Vertrag vom 24. März 1970 entworfen hat (s. sein Schreiben vom 19. März 1970 an Dr. K. [REDACTED], GA II, 385), für nicht hinreichend substantiiert, im übrigen aber auch für unerheblich gehalten; weil eine solche (angebliche) frühere Absprache auf jeden Fall durch den späteren umfassenden Einwendungsausschluß im notariellen Vertrage außer Kraft gesetzt worden sei. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Auch brauchte sich das Berufungsgericht, was die Revision rügt, nicht mit einem Schreiben des Dr. M. [REDACTED] vom 24. Juni 1971 an die Firma B. auseinanderzusetzen, in dem aufgrund einer Durchsicht des Kontos B. [REDACTED] Mühlen festgestellt wird, daß die Schuld der Firma B. aus Warenlieferungen der Beklagten bis einschließlich 1969 allenfalls 1 135 499 DM betrage. Abgesehen davon, daß das Schreiben als solches ein durchaus untaugliches

Beweismittel wäre und daß im Gegensatz zu ihm sogar in dem "Vergleichs-Status" der Firma B. selbst per 30. November 1969 eben diese Schuld der Firma B. mit über 3 Mio DM ausgewiesen ist, war dieser Vortrag schon deshalb unbeachtlich, weil die Firma B. im Vertrag vom 24. März 1970, so wie ihn auch die Klägerin auslegt, eine Mindestwarenforderung der Beklagten in Höhe von 2,5 Mio DM bedingungslos anerkannt hat.

b) Das Berufungsgericht hat auch nicht übersehen, daß die Firma B. die Zahlungen auf die Bankenwechsel erst nach Abschluß des Vertrages vom 24. März 1970 geleistet hat. Sie hatte also in diesem Zeitpunkt - wenn man die Richtigkeit ihrer Behauptung unterstellt, im Verhältnis zur Beklagten habe diese sich zur Einlösung der Wechsel verpflichtet - gegen diese noch keinen Anspruch auf Zahlung der Wechselbeträge an sich (die Firma B.), sondern lediglich einen Befreiungsanspruch, d.h. einen Anspruch auf Zahlung der Wechselbeträge an die Banken als Wechselinhaber. Das Berufungsgericht war aber nicht gehindert, den Einwendungsverzicht der Firma B. in § 1 des notariellen Vertrages auch als Verzicht auf eine Aufrechnung mit Gegenforderungen aus der künftigen Einlösung von Bankenwechseln aufzufassen. Denn diese Gegenforderungen waren im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dadurch schon grundgelegt, daß die Beklagte bis dahin ihre - angebliche - Verpflichtung zur rechtzeitigen Einlösung der Wechsel nicht erfüllt hatte und infolgedessen schon vollstreckbare Wechselurteile gegen die Firma B. ergangen waren, mit deren Vollstreckung gerechnet werden mußte. Da zudem nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Firma B. eine Regelung der

Wechselfrage im Vertrage bewußt nicht veranlaßt, sondern den entgegengesetzten Standpunkt der Beklagten in dieser Frage hingenommen hatte, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler in dem Einwendungsverzicht in § 1 auch einen Verzicht auf die Aufrechnung mit Gegenforderungen erblicken, die für die Firma B. durch die spätere Einlösung der Bankenwechsel entstanden.

c) Schließlich hat das Berufungsgericht auch nicht, wie die Revision meint, verkannt, daß die fraglichen Wechsel Finanzwechsel und nicht Warenwechsel gewesen seien. Eben dies war zwischen den Beteiligten streitig. Das Berufungsgericht hat diesen Streit nicht entschieden, sondern lediglich angenommen, die Firma B. habe jedenfalls auf die Aufrechnung mit angeblichen Gegenforderungen aus der Wechseleinlösung verzichtet.

Die Frage, ob die Wechsel Finanzwechsel oder Warenwechsel waren und ob die Klägerin oder die Firma B. gegen die Beklagte aufgrund der Wechseleinlösungen Gegenforderungen hat, ist mithin offen geblieben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Braxmaier

Hoffmann