

VII ZR 102/58

Verkündet
am 12. Februar 1959
Judas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2237 08f

Im Namen des Volkes
In dem Rechtsstreit

der Firma I [REDACTED] & Co., H [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED]
Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1) die Witwe Lucie M [REDACTED] geb. G [REDACTED],
2) Rolf M [REDACTED],
beide H [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],
Kläger, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1959 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Dr. Win-
kelmann

für Recht erkannt;

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 11. März 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an den
3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Grundstücksgesellschaft T [REDACTED] GmbH in H [REDACTED] (im folgenden kurz Gesellschaft genannt), über deren Vermögen am 4. November 1955 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, war Eigentümerin einiger Trümmergrundstücke. Anfang 1954 begann die Gesellschaft auf diesen Grundstücken mit dem Bau von 7 Mietwohnhäusern. Die Maurer- und Zimmerarbeiten übertrug sie der Beklagten. Mit Schreiben vom 19. April 1954 erteilte die Gesellschaft dem inzwischen verstorbenen Malermeister M [REDACTED], der auch ihr Gesellschafter war, den Auftrag zur Ausführung der Malerarbeiten zum Festpreis von 40.616,50 DM. In diesen Preis war ein - inzwischen zurückbezahlter - Betrag von 5.000 DM einbezogen, den M [REDACTED] wie auch andere Handwerker der Gesellschaft als sogenannte Vorlage gewährt hatte. Auf Grund eines weiteren Angebots erhielt M [REDACTED] am 30. November 1954 noch den Auftrag, die Badezimmer und Küchen der im Bau befindlichen Häuser für einen Festpreis von 14.504 DM mit Steinemaille zu verkleiden. Diesem Auftrag war, M [REDACTED]'s Angebot entsprechend, eine Fläche von 2.800 qm zum Angebotspreis von 5,18 DM pro Quadratmeter zugrunde gelegt. Zwei andere Malerfirmen hatten ihren Angeboten eine Fläche von nur 2.300 qm zum Preis von 4,34 und 4,40 DM pro Quadratmeter zugrunde gelegt.

Wegen finanzieller Schwierigkeiten veräußerte die Gesellschaft die Grundstücke am 2. März 1955 an die Beklagte. In einem weiteren zwischen der Gesellschaft und den Beklagten geschlossenen Vertrag vom 28. Februar 1955 wurde u.a. bestimmt:

"L [REDACTED] übernimmt alle Bau- und Nebenhandwerkerverträge, die mit den sieben Häusern T [REDACTED]straße/G [REDACTED]weg zusammenhängen, sowie den Architekten J. A. H [REDACTED] und den Makler Erhard Ha [REDACTED] und Notar Dr. B [REDACTED]."

Am 22. März 1955 sandte die Beklagte an die einzelnen an den Bauten beteiligten Handwerker ein Schreiben, in dem sie bat, ihr mitzuteilen, ob sie bereit seien, mit ihr zu kontrahieren.

M. teilte auf dieses Schreiben der Beklagten am 31. März 1955 mit, daß er bereit sei, die von der Gesellschaft erteilten Maleraufträge zu den gleichen Bedingungen für die Beklagte auszuführen.

Nachdem die Beklagte in der Zwischenzeit die mit den Handwerkern abgeschlossenen Verträge überprüft hatte, focht sie mit Schreiben vom 30. März 1955 den mit M. abgeschlossenen Vertrag wegen arglistiger Täuschung an, weil M. zum Nachteil des Auftraggebers überhöhte Maße eingesetzt habe.

Gleichzeitig veranlaßte die Beklagte den Geschäftsführer der T. straße GmbH., Bo., den Auftrag für die Gesellschaft anzufechten. Bo. wandte sich daraufhin mit Schreiben vom 3. April 1955 an M., in dem es heißt, es ergebe sich "auch für die T. -GmbH die Notwendigkeit der Vertragsanfechtung".

Die Beklagte hat in der Folgezeit die dem M. übertragenen Arbeiten durch ein anderes Malergeschäft ausführen lassen.

Am 11. August 1955 erhob M. gegen die Beklagte unter dem Aktenzeichen 10 O 145/55 Landgericht Hamburg Klage auf Schadensersatz und machte mit dieser Klage einen Teilbetrag seines entgangenen Gewinns in Höhe von 8.000 DM geltend. Durch Urteil vom 25. Oktober 1955 wurde seine Klage abgewiesen. In den Gründen des Urteils führte das Landge-



richt aus, dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch zu, weil zwischen den Parteien keine vertraglichen Beziehungen bestanden hätten. Den Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der T [REDACTED] GmbH sei nicht die Übernahme einer Schuld gegenüber den Bauhandwerkern zu entnehmen, sondern lediglich eine Verpflichtung der Beklagten, die Gesellschaft von Ansprüchen der Bauhandwerker freizuhalten.

Die Kläger als Erben des M [REDACTED] verlangen erneut Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns, den sie mit 15.895,10 DM beziffern. Sie haben Klage erhoben und beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines Teilbetrags von 1.100 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Zur Begründung der Klage haben sie vorgetragen, das Landgericht habe in dem vorangegangenen Rechtsstreit über einen Teilbetrag von 8.000 DM zu Unrecht eine Haftung der Beklagten aus Schuldübernahme oder aus Vertrag zugunsten Dritter verneint. Im übrigen stützen sie die Klage darauf, daß der Konkursverwalter der Gesellschaft am 9. Januar 1956 deren Freistellungsanspruch gegen die Beklagte an Müller abgetreten habe.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorgebracht, M [REDACTED] habe die Maße für die Steinemallearbeit willkürlich um 500 qm erhöht und von dem sich daraus ergebenden Mehrbetrag 2.540 DM dem Baukaufmann E. H [REDACTED], der für die Gesellschaft die Angebote entgegengenommen habe, als Schmiergeld bezahlt, E. H [REDACTED] habe davon 540 DM dem Architekten J. A. H [REDACTED] gegeben und den Rest behalten. Auf diese Weise habe sich M [REDACTED] im Zusammenwirken mit E. H [REDACTED] und dem Architekten J. A. H [REDACTED] den Auftrag zu einem überhöhten Preis und mit unrichtigen Maßen verschafft.

Der Vertrag sei deshalb nach § 138 BGB nichtig. Er sei aber auch am 30. März 1955 von der Gesellschaft wirksam angefochten worden. Überdies habe der Konkursverwalter der Gesellschaft die am 9. Januar 1956 vorgenommene Abtretung des Freistellungsanspruchs mit Schreiben vom 16. April 1956 angefochten, weil ihm bei Abgabe der Abtretungserklärung nicht bekannt, vielmehr von Bo[REDACTED] verschwiegen worden sei, daß die Gesellschaft den Vertrag bereits am 3. April 1955 angefochten habe.

Den ersten Vertrag vom 19. April 1954 könne die Beklagte aus wichtigem Grunde kündigen. Ganz abgesehen davon, daß auch in diesem Vertrag die Preise überhöht seien, könne der Beklagten angesichts der bei Abschluß des 2. Vertrags von M[REDACTED] begangenen Täuschung nicht zugemutet werden, diesen Vertrag noch zu erfüllen.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag festzustellen, daß den Klägern aus der Nichtausführung der Aufträge keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen.

Die Kläger haben Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 1.100 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 9. April 1956 verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge weiter. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Kläger unmittelbar aus dem Vertrag vom 28. Februar 1955 keine Rechte gegen die Beklagte herleiten können, denn dieser Vertrag enthalte keine den Klägern gegenüber wirksame Schuldübernahme. Damit befindet sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem rechtskräftigen Urteil des Landgerichts Hamburg im Vorprozeß 10. O 145/55, in dem über einen Teilanspruch des Erblassers der Kläger in Höhe von 8.000 DM in diesem Sinne entschieden und die Klage abgewiesen worden ist.

Das Berufungsgericht gründet seine Entscheidung lediglich auf den Freistellungsanspruch der Gesellschaft gegen die Beklagte, den der Konkursverwalter am 9. Januar 1956 dem Rechtsvorgänger der Kläger abgetreten habe. Dieser Freistellungsanspruch sei in der Hand der Kläger zu einem vollen Anspruch auf Zahlung erwachsen. Die am 16. April 1956 durch den Konkursverwalter erklärte Anfechtung dieser Abtretung hat das Berufungsgericht als unwirksam angesehen, da sie sich nur auf einen Motivirrtum gründe. Auch die Anfechtungserklärungen der Gesellschaft vom 3. April 1955 und der Beklagten vom 30. März 1955 könnten nicht zur Unwirksamkeit des zwischen M. und der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrags führen; denn die Anfechtungserklärung des Geschäftsführers der Gesellschaft, B., stütze sich nur auf einen unbeachtlichen Kalkulationsirrtum, und die Beklagte sei zur Anfechtung überhaupt nicht legitimiert gewesen, da sie damals in keinem Vertragsverhältnis mit M. gestanden habe. Eine Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 BGB liege nicht vor. Es sei nicht erwiesen, daß M. sich den Auftrag durch die Zahlung von Schmiergeld verschafft habe. Ebenso sei nicht erwiesen, daß er im Zusammenwirken mit Vertretern der Gesellschaft die Annahme seiner Angebote trotz überhöhter Maße und Preise erwirkt habe. Infolgedessen sei die Gesellschaft und auf Grund ihres an M. abgetretenen

Freistellungsanspruchs gegen die Beklagte diese den Klägern zur Erfüllung der Verträge verpflichtet. Der Schaden der Kläger erreiche auch mindestens den mit der Klage geltend gemachten Teilbetrag von 1.100 DM.

2) Der Entscheidung des Berufungsgerichts steht das in dem vorangegangenen Rechtsstreit zwischen M[REDACTED] und der Beklagten ergangene rechtskräftige Urteil des Landgerichts Hamburg nicht entgegen, da der Anspruch der Kläger von dem Berufungsgericht ausschließlich auf Grund der nach diesem Urteil erfolgten Abtretung des Freistellungsanspruchs der Gesellschaft, also eines neuen Klagegrundes, zuerkannt wurde. Insoweit hat die Revision auch keine Rüge erhoben.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte auf Grund der Verträge vom 28. Februar und 2. März 1955 nicht ohne weiteres verpflichtet sei, in die von dieser mit den Bauhandwerkern abgeschlossenen Verträge einzutreten, sondern nur insoweit, als diese Verträge im Rahmen einer preisgerechten Marktgestaltung zustandegekommen seien; darauf, ob die Gesellschaft die Verträge gegenüber M[REDACTED] zu erfüllen hatte, komme es nicht an.

Diese Rüge ist nicht begründet. Sie richtet sich in unzulässiger Weise gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Vertrag vom 28. Februar 1955 nach seinem Inhalt und Zweck der Gesellschaft die Gewähr geben sollte, bei der Fortführung des Bauvorhabens durch die Beklagte nicht mehr aus den von ihr für dieses Bauvorhaben eingegangenen Verbindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden und dadurch finanziellen Nachteil zu erleiden. Wenn das Berufungsgericht daraus den Schluß zieht, daß es nach diesem Vertrag nicht im Belieben der Beklagten habe liegen sollen, nur in die Verträge einzutreten, die im Rahmen einer marktgerechten Preisgestaltung zustandegekommen sind, so ist diese Auslegung des Vertrags möglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend.

Mit Recht stellt das Berufungsgericht daher darauf ab, daß die Beklagte in dieser Beziehung den Handwerkern nur die Einwendungen entgegenhalten könne, zu deren Geltendmachung auch schon die Gesellschaft berechtigt gewesen wäre.

b) Die Beklagte hatte behauptet, M. [REDACTED] habe in dem Vertrag vom 30. November 1954 die Flächenmaße "willkürlich" um 500 qm erhöht und von dem sich daraus ergebenden Gewinn 2.540 DM als Schmiergeld an den Baukaufmann E. H. [REDACTED], der die Angebote der Handwerker entgegengenommen habe, abgeführt, um den Auftrag zu erhalten.

aa) Das Berufungsgericht sieht das als nicht erwiesen an. Es läßt dahingestellt, ob der Geschäftsführer Bo. [REDACTED], E. H. [REDACTED] und der Architekt J. A. H. [REDACTED] unzuverlässig waren und sich gegenseitig zum Nachteil der Gesellschaft "illegale Gewinne" zugeschoben haben. Auch könne unterstellt werden, daß E. H. [REDACTED] die auf ihn entfallenen 2.000 DM (J. A. H. [REDACTED] soll den Rest erhalten haben) nicht für Zwecke der Gesellschaft verwendet habe. Jedenfalls sei nicht erwiesen, daß M. [REDACTED] an unlauteren Handlungen teilgenommen habe. Es sei den Klägern nicht zu widerlegen, ja es spreche sogar vieles dafür, daß M. [REDACTED] den Betrag von 2.540 DM als "Vorlage" an E. H. [REDACTED] bezahlt habe. Dieser sei - wie unbestritten - zur Entgegennahme solcher Vorlagen berechtigt gewesen. Aus der dem M. [REDACTED] erteilten Quittung sei nicht zu ersehen, daß es sich um eine "Provisionszahlung" gehandelt habe. Allerdings liege eine schriftliche "Vereinbarung" zwischen E. H. [REDACTED] und dem Architekt H. [REDACTED] vom 14. Dezember 1954 vor, in der diese Zahlung als "Provision" bezeichnet werde. Das berühre aber M. [REDACTED] nicht, denn er habe an der Vereinbarung nicht mitgewirkt und es sei nicht nachgewiesen, daß er von ihr überhaupt Kenntnis gehabt habe. Wenn E. H. [REDACTED]

auf diesem, dem Geschäftsführer Bo [REDACTED] zur Kenntnisnahme vorgelegten Schriftstück vermerkt habe "In dieser Form nicht unterschreiben", so spreche das sogar für die Annahme, daß die Zahlung von dem Architekten H [REDACTED] nur "irrtümlich" als Provisionszahlung bezeichnet worden sei, denn die Zahlung eines Schmiergeldes hätte dem hieran nicht beteiligten Bo [REDACTED] verborgen bleiben müssen. Ebenso hätte in einem solchen Falle M [REDACTED] davon absehen müssen, Bo [REDACTED] von dieser Zahlung zu unterrichten, wie das geschehen sei; denn M [REDACTED]'s Mitteilung habe zur Folge haben müssen, daß E. H [REDACTED] die Verwendung des empfangenen Betrags für Gesellschaftszwecke hätte nachweisen müssen.

Ebenso sei nicht erwiesen, daß M [REDACTED] die Maße "willkürlich" um 500 qm überhöht habe.

bb) Mit Recht wird das von der Revision angegriffen.

Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist nämlich nicht schlüssig. Das Berufungsgericht sieht es als nicht wahrscheinlich an, daß der Betrag von 2.540 DM als Schmiergeld bezahlt worden sei, weil es sonst nicht verständlich sei, daß M [REDACTED] und E. H [REDACTED] den Geschäftsführer Bo [REDACTED] von der Zahlung in Kenntnis gesetzt haben. Das Berufungsgericht übersieht aber die nach den Umständen nicht fernliegende Möglichkeit, daß Bo [REDACTED] entweder an dem Geld ebenfalls beteiligt werden sollte oder wenigstens über die Natur und die Verwendung dieser Zahlung als Schmiergeld für E. und J. A. H [REDACTED] Bescheid wußte. Diese Annahme mußte für das Berufungsgericht umso näher liegen, als es selbst im Eingang seiner Beweiswürdigung die Möglichkeit unterstellt, daß sich diese drei Personen Unkorrektheiten zum Nachteil der Gesellschaft haben zuschulden kommen lassen. Die vom Berufungsgericht angenommene Gutgläubigkeit M [REDACTED]'s beruht wesentlich auf der weiteren Annahme, Bo [REDACTED] sei gutgläubig gewesen;

diese Annahme aber ist mit der erwähnten Unterstellung nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen. Zwar würde eine Schlechtgläubigkeit des Bo[REDACTED] noch nicht zwingend zu dem Schluß führen müssen, daß M[REDACTED] das Geld als Schmiergeld bezahlt hat; doch würde immerhin vieles dann für diese Annahme sprechen.

Das Berufungsgericht hätte daher bei seiner Beweismwürdigung, bevor es zu dem von ihm gewonnenen Ergebnis kam, sich eingehend mit der Frage, ob Bo[REDACTED] gutgläubig war, auseinandersetzen und darlegen müssen, warum es eine Schlechtgläubigkeit des Bo[REDACTED] als nicht erwiesen ansieht. Dabei hätte es für seine Beweismwürdigung die in der Vereinbarung vom 14. Dezember 1954 enthaltene, nicht nur E. H[REDACTED] und den Architekt H[REDACTED], sondern auch Bo[REDACTED] belastende Bezeichnung der Zahlung als "Provision" zum Ansatzpunkt nehmen müssen und hätte nicht, wie es geschehen ist, umgekehrt von der ohne weitere Darlegung unterstellten Gutgläubigkeit des Bo[REDACTED] ausgehen dürfen. In der neuen Verhandlung wird auch zu prüfen sein, ob nach der Lage des Falles es mit der Lebenserfahrung noch vereinbar ist, daß der Architekt H[REDACTED] die Zahlung "irrtümlich" als Provision bezeichnet hat.

Die Annahme des Berufungsgerichts, es sei nicht erwiesen, daß M[REDACTED] ein Schmiergeld bezahlt habe, kann daher in der Beweismwürdigung des Berufungsgerichts keine hinreichende Stütze finden.

Damit ist dann aber auch der Begründung des Berufungsgerichts für seine Auffassung, daß M[REDACTED] nicht nachgewiesen werden könne, die Maße willkürlich um 500 qm erhöht zu haben, der Boden entzogen.

c) Das angefochtene Urteil kann daher mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden. Ergibt sich nämlich, daß M. ein Schmiergeld bezahlt und die Maße willkürlich erhöht hat, dann wäre der Anspruch der Kläger nicht begründet. Der zweite Vertrag zwischen der Gesellschaft und M. müßte dann, wie das Berufungsgericht auch schon erwähnt hat, als nichtig angesehen werden (RGZ 136, 360; Urteil des Senats - VII ZR 230/56 - vom 21. März 1957). Auf die Wirksamkeit der verschiedenen Anfechtungserklärungen käme es nicht mehr an.

Die Nichtigkeit des zweiten Vertrags würde aber auch auf die Ansprüche der Kläger aus dem ersten Vertrag zwischen M. und der T-GmbH nicht ohne Folgen bleiben. In diesem Falle hätte die Gesellschaft die Möglichkeit gehabt, diesen Vertrag zu kündigen, und zwar ohne nach § 649 BGB zur Zahlung der vereinbarten Vergütung weiterhin verpflichtet zu sein. Das hat das Reichsgericht in der in RGRK Anm. 2 a.E. zu § 649 BGB. angeführten, nicht veröffentlichten Entscheidung vom 12.10.1917 angenommen; auch der erkennende Senat ist dem in einem Urteil vom 28.3.1957 - VII ZR 274/56 - beigetreten. Konnte sich aber die Gesellschaft auf diese Weise von ihrem Verträge mit M. lösen, so konnte sie nach Treu und Glauben von der Beklagten nicht verlangen, daß er sie von Verbindlichkeiten gegenüber M. aus diesem Verträge befreie. Das kann die Beklagte auch den Klägern entgegenhalten, soweit diese sie aus dem ihnen abgetretenen Befreiungsanspruch haftbar machen (§ 404 BGB).

3) Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird unter Berücksichtigung der aufgezeigten Gesichtspunkte eine neue Beweiswürdigung vornehmen müssen.

wobei es auch im übrigen an die Beweiswürdigung des aufgehobenen Urteils in keiner Weise gebunden ist.

Nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO wird die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts verwiesen.

Glanzmann Scheffler Rietschel Heimann-Trosien Dr.Winkelmann