

52. 1. Welches Recht ist auf ein Nachzahlungsversprechen anzuwenden, das ein im Auslande etablierter deutscher Kaufmann dort einem anderen, im Inlande etablierten deutschen Kaufmann erteilt?

2. Versprechen, die beim Abschlusse eines außergerichtlichen Akkordes erlassene Quote nachzuzahlen, sobald der Schuldner in den Besitz genügender Mittel kommen sollte; Bedeutung des Ausschlusses der Klagbarkeit.

I. Civillsenat. Urt. v. 11. Dezember 1897 i. S. J. P. (Kl. u. Widerbekl.)
w. D. P. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. I. 269/97.

- I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsachen.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien waren Brüder. Zusammen mit einem dritten Bruder E. war der Beklagte früher Inhaber der Firma P. h. in Buenos-Aires, die mit der Firma des Klägers in Geschäftsverbindung stand. 1889 mußten P. h. ihre Zahlungen einstellen. Der Kläger hatte damals ein größeres Guthaben an die Firma, das auf zwei Konten, einem

Markt-Konto und einem Dollar-Konto, verbucht war. Die Mark-Forderung bezifferte sich auf rund 200000 *M.*, die Dollar-Forderung auf rund 104000 *M.* P. h. schlossen mit ihren Gläubigern außergerichtlich einen Aktord von 25 Prozent, dem auch der Kläger am 30. Dezember 1889 beiträt. Dabei wurde zugleich vereinbart, daß der Kläger sich mit der Dividende auf seine Dollarforderung als Kommanditist bei der Rekonstituierung der Firma P. h. beteiligen solle. Hinsichtlich der Markforderung schrieben beide Firmeninhaber dem Kläger am Tage des Aktordes: sie erkannten seinen Verlust auf diese Forderung als eine Ehrenschuld an und verpflichteten sich, jeder für seinen halben Anteil, diese Ehrenschuld nebst Zinsen abzutragen, sobald sie dazu in den Besitz genügender Mittel kommen sollten. Endlich empfing der Kläger noch an demselben 30. Dezember 1889 über die Aktordquote hinaus von jedem der beiden Firmeninhaber eine Zahlung von je 10000 *M.*, die in den vom Prokuristen des Klägers ausgestellten Quittungen — unter Bezugnahme auf den soeben erwähnten Brief — als „Abtragung eines Teiles der Ehrenschuld“ bezeichnet ist. Nach der Behauptung des Beklagten sollten diese 20000 *M.* ein Opfer darstellen, zu dem sich ein vierter Bruder H. damals verstanden habe, um den Kläger zum Beitritte zu dem Aktorde zu bewegen.

Weitere Zahlungen auf die aus dem Markkonto stammende sog. Ehrenschuld hatte der Kläger seitdem unstreitig nicht erhalten. Er berechnete die Höhe der Schuld einschließlich aufgelaufener Zinsen pr. 31. Dezember 1896 auf insgesamt 182920 *M.*, wovon dem Beklagten die Hälfte mit 91460 *M.* treffen würde. Nach einer vergeblichen Mahnung auf Abzahlungen im August 1896 belangte er den Beklagten gerichtlich auf Zahlung von 10000 *M.* nebst Prozeßzinsen, indem er näher darzuthun suchte, daß der Beklagte in der Lage sei, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie erforderlichen Unterhaltes eine Zahlung in dieser Höhe zu leisten.

Der Beklagte bestritt die Angaben des Klägers über seine Vermögenslage und stellte nähere Behauptungen auf, aus denen sich ergeben sollte, daß er zu Abzahlungen noch außer stande sei. In erster Linie aber machte er geltend, daß dem Kläger ein Klagerrecht nicht zustehe, da es im Briefe vom 30. Dezember 1889 heiße:

„Du wirst gewiß einsehen, daß, da es sich hier um eine Ehrenschuld

handelt, ein gerichtliches Vorgehen, uns zu ihrer Abtragung zu veranlassen, ausgeschlossen sein muß, vielmehr es uns allein überlassen bleibt, zu bestimmen, ob und wann wir dazu instande sind.“

Der Kläger wollte dieser Wendung eine solche Tragweite nicht beilegen und berief sich für seine Auffassung auf den übrigen Inhalt dieses Schreibens und auf die vorher und nachher gewechselten Briefe.

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, erhob Widerklage mit dem Antrage, festzustellen, daß dem Kläger ein klagbarer Anspruch überhaupt nicht zustehe.

Der erste Richter wies die Klage ab und erkannte nach dem Antrage der Widerklage, und die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob argentinisches, oder deutsches Recht anzuwenden sei, da das argentinische Handelsgesetzbuch an den vom Kläger angezogenen Stellen keine Abweichungen vom deutschen Rechte enthalte, die für die Auslegung des streitigen Nachzahlungsversprechens irgendwie in Betracht kommen könnten. Das Reichsgericht geht davon aus, daß, wenn auch der von der Firma P. h. mit ihren Gläubigern geschlossene Aktord im allgemeinen nach argentinischem Rechte zu beurteilen sein mag, doch das hier streitige Nachzahlungsversprechen, das die Inhaber der Firma persönlich ihrem Bruder und Hauptgläubiger erteilten, deutschem Rechte zu unterstellen ist. Dafür spricht der zu vermutende vernünftige Wille der Parteien. Das Versprechen war seinem Inhalte nach dazu bestimmt, die Pflichten der beiden Promittenten ihrem Bruder gegenüber für die Zeit ihres Lebens zu regeln; ja es enthielt darüber hinaus . . . Anordnungen, die erst nach dem Tode der Promittenten in Wirksamkeit treten sollten. Es kann nicht angenommen werden, daß die Beteiligten, die sämtlich Hamburger waren, diese für die Dauer bestimmten, ihre Familienbeziehungen beeinflussenden Abmachungen dem Rechte des ausländischen Staates unterstellen wollten, mit dem der Gläubiger in gar keiner, die Schuldner aber nur in der Beziehung standen, daß sie dort des Erwerbes halber einen, wenn auch auf Jahre berechneten, doch immerhin nur vorübergehenden Aufenthalt genommen hatten. Vernünftigerweise können die Beteiligten ihr Augenmerk nur auf das Recht des

Staates gerichtet haben, zu dem allein sie alle in dauernden Beziehungen standen. Das führt auf die Anwendung des in Hamburg geltenden Rechtes.

In der Sache selbst hat das Berufungsgericht angenommen, daß nach dem Willen der Parteien für das Nachzahlungsversprechen die Klagbarkeit ausgeschlossen sein sollte. Die Gründe führen aus, daß der Begriff „Ehrenschild“ an und für sich vieldeutig sei, daß aber der . . . weitere Satz des Besserungsscheines deutlich erkennen lasse, daß jedes gerichtliche Vorgehen zur Erzwingung der Abtragung der Schuld ausgeschlossen sein sollte. Es sei allein dem ehrenhaften Ermessen der Aussteller selbst überlassen worden, ob und wann sie sich zu Nachzahlungen imstande erachten würden. Wenn der Schluß des Schreibens die übernommene „Verpflichtung“ „immerhin“ als „eine durchaus formelle“ bezeichne, so könne diese Wendung nur als eine Phrase zur Beruhigung des Gläubigers verstanden werden, etwa in dem Sinne, daß es sich nicht um leere Redensarten handle, sondern daß man sich der Eingehung einer zwar unklagbaren, aber durch die Ehre der Versprechenden geschützten Verpflichtung wohl bewußt sei. Auf die vorher in der Angelegenheit gewechselten Briefe könne kein Gewicht gelegt werden, weil damals die näheren Modalitäten des Aktores und der besonderen Abmachungen mit dem Kläger noch nicht festgestanden hätten. Erst am 30. Dezember sei man mit dem Prokuristen B., den der Kläger mit Vollmacht nach Buenos-Aires gesandt habe, zum Abschlusse gekommen, unter Bedingungen, die dem Kläger besondere Vorteile vor anderen Gläubigern gewährten. Es könne daher nur auf den Inhalt des Besserungsscheines selbst, wie er beim Abschlusse des Aktores dem Bevollmächtigten des Klägers behändigt sei, ankommen. Der längere Zeit nach dem Abschlusse geschriebene Brief des Klägers vom 26. Februar 1890 aber habe an dem einmal getroffenen Abkommen nichts mehr ändern können.

Diese Ausführungen erscheinen in mehrfacher Hinsicht als rechtsirrtümlich.

Zunächst ist es nicht zu billigen, wenn das Berufungsgericht auf die Briefe kein Gewicht legen will, die vor dem Abschlusse des Aktores gewechselt sind. Es ist nicht behauptet und nicht festgestellt, daß bei den mündlichen Unterhandlungen, die zwischen den Firmeninhabern und dem Prokuristen des Klägers vor dem Abschlusse des

Akkordes in Buenos-Aires stattgefunden haben, irgendwie zur Sprache gekommen sei, daß das Nachzahlungsversprechen in einem anderen Sinne erteilt werden sollte, als es in der Korrespondenz der Brüder bereits hervorgehoben und festgestellt war. Der Umstand, daß sich die Beteiligten alsbald nach der Zahlungseinstellung der Firma, und ehe noch die näheren Bedingungen eines Akkordes feststanden, über die Nachzahlungspflicht aussprachen, beweist, welches Gewicht sie auf diesen Punkt legten. Der Brief des Klägers vom 9. Oktober 1889 aber enthielt den Satz:

„Diese Rückzahlung soll und darf nicht später von Eurer Gnade und Barmherzigkeit abhängen; ich will sie nicht als eine Art Almosen angesehen wissen“,

und forderte eine „klare und deutliche Bestätigung“ der Zusage. Es liegt auf der Hand, daß, wenn man bewußt hiervon abweichen wollte, eine Aussprache vorherging. Der Berufungsrichter verlegt den Art. 278 S. G. B., indem er dies außer acht läßt, und indem er nicht prüft, ob das Schreiben vom 30. Dezember nicht eine Auslegung zuläßt, die den Einklang mit den früheren Willensäußerungen der Parteien wahr.

Auch abgesehen hiervon aber beruht die Auslegung des Besserungsscheines, zu der das angefochtene Urteil gelangt, auf einer Verkennung von Rechtsgrundlagen, die im gemeinen Rechte feststehen.

Es ist in den Quellen anerkannt, daß ein Vertrag, der die Verpflichtung ihrer Art oder ihrem Umfange nach in die nackte Willkür des Schuldners stellt, nichtig ist und eine rechtliche Gebundenheit überhaupt nicht erzeugt.

Vgl. l. 8 Dig. de O. et A. 44, 7; l. 17. l. 108 § 1 Dig. de V. O. 45, 1.

Dagegen wird die Wirksamkeit einer Übereinkunft angenommen, die den Bestand oder das Maß der Obliegenheiten in das billige Ermessen des Schuldners stellt.

Vgl. l. 6. l. 77 Dig. pro soc. 17, 2; l. 69 § 4 Dig. de jure dot. 23, 3; l. 30 pr. Dig. de oper. libert. 38, 1.

Auch soll im Zweifel angenommen werden, daß die Leistung nicht auf die Willkür, sondern auf das billige Ermessen des Kontrahenten abgestellt sei.

Vgl. l. 22 § 1 Dig. de R. J. 50, 17; l. 7 pr. Dig. de contr. emt. 18, 1.

Das billige Ermessen aber wird stets als *arbitrium boni viri*, also als ein objektives, aufgefaßt, und die getroffene Entscheidung ist daher im Falle offener Unbilligkeit einer Berichtigung durch das Gericht zugänglich.

Vgl. l. 79 Dig. pro soc. 17, 2; l. 9 Dig. qui satisfacere cog. 2, 8.

Hätte sich das Berufungsgericht diese Rechtsätze vergegenwärtigt, so hätte es nicht zu dem Ergebnisse gelangen können, auf dem das Urteil beruht. Dieses Ergebnis läuft thatsächlich darauf hinaus, daß die Entscheidung über den Zeitpunkt, wann Abzahlungen vorzunehmen seien, in die reine Willkür des Beklagten gestellt sei. Nach dem Zusammenhang der Sache ist aber die Annahme auszuschließen, daß eine Zusage ohne allen rechtlichen Bestand beabsichtigt wäre. Es handelte sich, wie der Besserungsschein selbst zum Ausdruck bringt, und wie die vorhergegangene Correspondenz bestätigt, gerade darum, daß eine „formelle“ Verpflichtung eingegangen werden sollte. Dabei wollten sich dann die Aussteller des Besserungsscheines allerdings das Recht wahren, nach ihrem eigenen ehrenhaften Ermessen den Zeitpunkt zu bestimmen, wann sie die Abzahlungen vorzunehmen hätten; das heißt: in erster Linie wollten sie selbst darüber entscheiden, ob ihre Vermögens- und Erwerbsverhältnisse sich derart gestaltet haben würden, daß ihnen billigerweise Abzahlungen angeschlossen werden durften. Dieses Ermessen, dem sich der Kläger unterworfen hat, ist aber, wie aus den angeführten Quellenstellen folgt, als *arbitrium boni viri* zu verstehen und kann daher im Falle einer offenkundigen Unbilligkeit im Rechtswege angefochten werden.

Dem . . . hervorgehobenen Passus des Besserungsscheines braucht bei dieser Auffassung keineswegs jede Bedeutung abgesprochen zu werden. Der Beklagte konnte und durfte sich dagegen verwahren, daß er ohne weiteres durch gerichtliches Vorgehen des Klägers zur Abtragung der Schuld genötigt werde. Der bloße Nachweis, daß die im Eingange des Scheines erwähnte Bedingung erfüllt, d. h. daß der Beklagte nunmehr in den Besitz „genügender Mittel“ gelangt sei, würde die Klage allein nicht stützen können. Ist diese Bedingung eingetreten, so bleibt es immer noch Sache des Beklagten, nunmehr das ihm vorbehaltene Ermessen auszuüben. Übt er es aber in einer Weise aus, die nicht als billig gelten kann, in der vielmehr eine „manifesta iniquitas“ (l. 79 cit.) zu Tage tritt, so kann dem Kläger

der Rechtsweg nicht verschlossen werden. Einem solchen Thatbestande gegenüber würde die Berufung des Beklagten auf die Abmachung des Ausschlusses gerichtlichen Vorgehens einer Verteidigung mit dem eigenen Dolus gleichstehen, womit niemand gehört werden kann.

Ein solcher Thatbestand aber ist in den Instanzen vom Kläger behauptet und unter Beweis gestellt, wenn auch ohne Angabe des zutreffenden rechtlichen Gesichtspunktes, was aber unschädlich ist. Nach der Klagschrift soll der Beklagte in den letzten Jahren jährlich mindestens 25000 M „rein netto“ verdient haben, eine Jahresmiete von mehr als 2000 M für das von ihm bewohnte Einzelhaus zahlen, alljährlich Bade- und Vergnügungsreisen machen, überhaupt breit und behaglich leben und bereits wieder Kapitalien zurückgelegt haben. Durch Vorlage einer schriftlichen Auskunft über die jetzigen Verhältnisse des Beklagten sind diese Angaben weiter unterstützt. Werden sie als wahr unterstellt, so würde sich damit auch ergeben, daß der Beklagte von dem ihm überlassenen Ermessen einen unbilligen, mit Treue und Glauben nicht vereinbaren Gebrauch macht, wenn er trotz dieser günstigen Umstände Abzahlungen für unthunlich erklärt und verweigert.

Hiernach war das Berufungsurteil aufzuheben.

In Bezug auf die Klage bedarf die Sache der Zurückverweisung, da die soeben erwähnten Behauptungen des Klägers bestritten sind. Bei der erneuten Verhandlung wird es dem Beklagten unbenommen sein, besondere Umstände darzulegen, die die von ihm getroffene Entscheidung etwa in ein anderes Licht stellen und seine Weigerung als nicht unbillig rechtfertigen könnten. Bei der Würdigung der hiernach weiter aufzuklärenden tatsächlichen Verhältnisse wird davon auszugehen sein, daß der Beklagte innerhalb der Grenzen, die ein billiges Ermessen steckt, nicht gebunden ist und daher insoweit wider seinen Willen zu Abzahlungen nicht genötigt werden kann.

Die Widerklage dagegen konnte bereits jetzt zurückgewiesen werden. Sie bezweckt die richterliche Feststellung, daß dem Kläger wegen der ganzen Nachzahlungsschuld schlechthin das Klagerrecht zu versagen sei. Aus dem Ausgeführten aber ergibt sich, daß dies rechtlich unzutreffend ist. . . .