
Datum: 13.02.1992
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 1. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 U 46/91
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1992:0213.1U46.91.00

Schlagworte: ZWANGSVOLLSTRECKUNG; NICHTIG; FORDERUNG; SITTENWIDRIG
Normen: BEURKG §§ 13, 13 A; BGB §§ 607, 414, 138; ZPO §§ 794, 767
Leitsätze:

1. Bei notariell beurkundeter Schuldübernahme müssen die einzelnen Bedingungen der übernommenen Schuld nicht beurkundet werden. Eine in Bezug genommene andere notarielle Urkunde über die übernommene Schuld muß nicht verlesen werden.

2. Zahlt die kreditgebende Bank an den alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter der Kreditnehmerin eine Provision, ohne eine aus redlicher kaufmännischer Sicht gegebene Veranlassung, wobei im Zusammenhang damit die Kreditbedingungen verschlechtert werden, so liegt eine sittenwidrige Benachteiligung der Kreditnehmerin vor, die den Darlehensvertrag nach § 138 nichtig macht.

Entscheidungsgründe

1

Die zulässige Berufung des Klägers hatte, bis auf einen unbedeutsamen Nebenpunkt vollen Erfolg, da die Beklagte gegen ihn aus der vor Notar V. errichteten Urkunde hinsichtlich des im vorliegenden Verfahren streitigen Teilbetrags von 5.625,00 DM der am 01.12.1988 fälligen Annuität nicht vollstrecken darf. Denn nach dem vorliegenden Streitstand ist der der Zwangsvollstreckung zugrundeliegende Darlehensanspruch der Beklagten nicht entstanden, weil der zwischen ihr und der Darlehensnehmerin Firma H.M. Treuhand GmbH - im folgenden Firma H. M. Treu - abgeschlossene Vertrag nach § 138 BGB nichtig ist.

2

Die Klage ist zulässig, insbesondere liegt in Gestalt des notariellen Vertrages vom 1. Juli 1986 (Bl. 20 GA ff) ein zur Vollstreckung geeigneter Titel vor, da in § 4 der Anlage 1 zu diesem Vertrag der Kläger die Schuld aus der zwischen der Firma H. M. Treu und der Beklagten am 19. und 27. August 1970 vereinbarten, hypothekarisch gesicherten Darlehensverpflichtung übernommen und sich mit seinem Vermögen insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Hiergegen ist die Vollstreckungsgegenklage nach §§ 767, 795, 797 IV ZPO zulässig.

3

Dem stehen nicht etwa förmliche Fehler der Beurkundung entgegen, die das Vorhandensein eines zur Vollstreckung geeigneten Titels beseitigten, was vom Senat zu prüfen ist und sonst zur Verweisung auf den einfacheren Rechtsbehelf des § 732 ZPO führen würde (vgl. BGHZ 22, Seite 55 ff, insbesondere 56, 57 u. 64). Denn die Urkunde weist alle erforderlichen Voraussetzungen von § 794 Abs. 1 Ziffer 5 ZPO auf. Insbesondere ist sie in der vorgeschriebenen Form vom Notar aufgenommen worden. Der Kläger hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung klargestellt, daß die Anlage 1 zur notariellen Urkunde, beinhaltend den Gesellschaftsvertrag, von Notar V. bei der Beurkundung vorgelesen worden ist, wofür bereits die aus § 13 Abs. 1 Satz 3 Beurkundungsgesetz rührende Vermutung sprach, da sowohl das eigentliche Vertragsprotokoll als auch Anlage 1 unterschrieben worden sind. - Die in § 4 Abs. 2 der Anlage 1 des Vertrages zitierten weiteren zwei notariellen Urkunden sind unstreitig bei Aufnahme der Urkunde vom 1. Juli 1986 nicht verlesen worden. Dessen bedurfte es auch nicht, denn die in § 4 Abs. 2 der Anlage 1 enthaltene Zitierung ist nur eine sogenannte unechte Verweisung, die nicht den Formvorschriften des Beurkundungsgesetzes unterliegt. In § 4 Abs. 2 der Anlage 1 geht es um die Übernahme von Darlehensverbindlichkeiten, die in den zitierten notariellen Urkunden ihrerseits u.a. zwischen H. M. Treu und der Beklagten im einzelnen geregelt worden sind. Sie bildeten nicht den Erklärungsinhalt des Vertrages vom 1. Juli 1986 mit, sondern stellen lediglich einen Hinweis zur näheren Erläuterung und weiteren Identifizierung der übernommenen Schuld dar. Diese selbst ist aber im Vertrag vom 1. Juli 1986 schon unzweifelhaft bezeichnet und festgelegt. Bei Schuldübernahmen wird die übernommene Schuld nicht erst begründet, sondern eben nur übernommen. Bei Schuldübernahmen bedarf es daher nicht der Protokollierung der Bedingungen der übernommenen Verbindlichkeit in der notariellen Urkunde. Es reicht eine reine Bezugnahme insoweit aus (vgl. HuhnSchuckmann, Rdn. 31 zu § 9 Beurkundungsgesetz; Keidel, FGG, Band B, Rdn. 77 zu § 9 Beurkundungsgesetz m.w.N.).

4

Der Annahme einer formell wirksamen Beurkundung von Schuldübernahme und Unterwerfungserklärung schadet es auch nicht, daß die Beklagte an der Beurkundung vom 1. Juli 1986 nicht beteiligt war. Denn eine Beurkundung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO muß nicht eine vertragliche Schuldbegründung, also die Erklärung beider Seiten enthalten. Es reicht die Beurkundung der Verpflichtung des Schuldners zur Leistung. Die Annahme ihrerseits muß nicht beurkundet werden (vgl. SteinJonas, Rdn. 89 zu § 794 ZPO und Zöller-Stöber, Rdn. 29 zu § 794 ZPO). - Auch ist es unschädlich, daß der betreffende notarielle Vertrag ohne Beteiligung des Klägers vor Notar V. errichtet wurde. Der Kläger ist von Herrn P. vertreten worden, der die Genehmigung des Klägers nachzubringen versprach. Der Kläger hat unter dem 7. Juli 1986 die streitige Urkunde in notariell beglaubigter Form genehmigt. Dies ist genügend. Denn bei Verpflichtungserklärung und Unterwerfung kann Vertretung erfolgen. Auch ein Verstoß gegen § 181 BGB schadet nicht, sofern der Vertretene, wie hier, noch genehmigt und zwar in notariell beglaubigter Form (vgl. Zöller-Stöber, 17. Aufl., Rdn. 29 zu § 794 ZPO m.w.N.).

5

Die nach alledem zulässige Klage ist auch begründet. Dies ergibt sich daraus, daß die Darlehensvereinbarung vom 19. August und 27. August 1970 gemäß § 138 Abs. 1 BGB

6

nichtig ist, was der Kläger der Beklagten nach § 417 BGB, § 797 Abs. 4 ZPO auch heute noch entgegenhalten kann. Etwa bestehende Ansprüche der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung sind von der vollstreckbaren Urkunde vom 1. Juli 1986 nicht erfaßt.

Der Kläger ist gemäß § 414 BGB durch vertragliche Verabredung zwischen ihm und der Klägerin im Wege der Schuldübernahme verpflichtet worden.

7

Eine solche Schuldübernahme lag noch nicht im vorbereitenden Schriftwechsel vor Verlängerung des Darlehens Ende 1984/Anfang 1985. Denn unter dem 19. Dezember 1984 hat der Kläger nur angefragt, welche Konditionen geboten würden und hat darauf hingewiesen, er müsse sicher sein, daß für den Fall der Teilungsversteigerung das Darlehen nicht gekündigt werden, sofern er später noch die Schuld übernehme. Die Beklagte hat unter dem 9. Januar (vgl. Bl. 16 R, 17 R) darauf dann nur geantwortet, bei einer Teilungsversteigerung werde man von einer Kündigung absehen, sofern das Darlehen ins geringste Gebot falle. Eine Schuldübernahme durch den Kläger oder seine Erben könne erfolgen. Mit diesen Voraussetzungen hat sich der Kläger dann mit Schreiben vom 14. Januar 1985 einverstanden erklärt (vgl. Bl. 18 GA), was aber nicht schon die Schuldübernahme selbst bedeutete, sondern nur die Verabredung, bei einer Teilungsversteigerung dürfe die Klägerin nicht kündigen, sofern ihr Anspruch ins geringste Gebot falle und der Kläger Schuldmitübernahme noch erkläre. Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß nach der "Schuldurkunde und Hypothekenbestellung" vom 27. August 1970 (Urkundenrollen-Nr. ... des Notars M., Bl. 8 ff GA) die Beklagte als Bank gemäß Ziffer 11 c der Verabredungen grundsätzlich bei Anordnung der Zwangsversteigerung sonst das Darlehen hätte kündigen dürfen. - Auch das Schreiben der Beklagten vom 17. Januar 1985, mit dessen Inhalt sich der Kläger und die F. GbR unter dem 21. Januar 1985 (vgl. Bl. 19, 19 R GA) einverstanden erklärt haben, stellt noch keine Schuldübernahme dar. Es wurde dort nur darauf hingewiesen, es würden die Bedingungen des Schreibens vom 9. Januar 1985 gelten, also bei Schuldübernahme und Einbeziehung ins geringste Gebot keine Kündigung erfolgen.

8

Eine Schuldübernahme nach § 414 BGB ist aber durch den streitigen Notarvertrag, der ein entsprechendes Angebot der Schuldübernahme in § 4 gegenüber der Beklagten beinhaltet, und Annahme dieses Angebots zustandegekommen. Der Kläger hat nämlich, wie der Vortrag der Beklagten (Bl. 243 GA) und ihr Schreiben vom 16.12.1986 (Bl. 254 GA) zeigen, der Beklagten die notarielle Urkunde vom 1. Juli 1986 zugeleitet und auf ihren Wunsch weitere Unterlagen übersandt. Nachdem diese vorlagen, hat diese unter dem 16. Dezember 1986 mitgeteilt, dies "genüge für die gewünschte Schuldübernahme". Auch der weitere Inhalt des Schreibens zeigt, daß die Beklagte mit der Schuldübernahme einverstanden war, so daß der Vertrag nach § 414 BGB zustandekam. Irgendwelche Formbedenken bestehen nicht, da das entsprechende Angebot in notarieller Form gemacht worden ist und das Recht der Beklagten auch im Grundbuch nach der Zwangsversteigerung eingetragen ist (vgl. § 873 BGB und Bl. 434 bis 438 in den zu Informationszwecken beigezogenen Akten der Zwangsversteigerung 61 K 214/84 AG W.).

9

Eine Schuldübernahme, wollte man sie nicht auf dem eben beschriebenen Wege annehmen, wäre weiterhin erfolgt gemäß §§ 180, 53 ZVG durch die Ersteigerung seitens der vom Kläger und Herrn P. gegründeten bürgerlich-rechtlichen Verwertungsgesellschaft am 11. November 1986. Die Zwangsversteigerungsakten (vgl. Bl. 315 R, 316, 320 d. Akte 61 K 214/84 AG W.) belegen, daß die Ansprüche der Beklagten aus der streitigen, hypothekarisch gesicherten Darlehensforderung bei der Zwangsversteigerung am 11. November 1986 in das geringste Gebot gefallen sind. Dann aber ist das Recht gemäß § 52 ZVG bestehen geblieben und der

10

Ersteher, hier die Verwertungsgesellschaft, hat nach § 53 ZVG, der auch bei der Teilungsversteigerung gilt (vgl. Zeller, Rdn. 3 zu § 180 ZVG und Rdn. 1 zu § 53 ZVG), die Schuld in Höhe der Hypothek übernommen. Durch Mitteilung der Übernahme kam gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz ZVG die Schuldübernahme zustande. Die entsprechenden Mitteilungen sind von den bisherigen Eigentümern, also der F. GbR und dem Kläger sowie dem Kläger und Herrn P. nach den vorliegenden Unterlagen erfolgt. Damit hätte der Kläger auch insoweit gemäß § 53 ZVG, § 416 BGB die Stellung eines Schuldübernehmers erlangt, dem auch im Rahmen des Vorgangs nach § 53 ZVG die Rechte aus § 417 BGB zustehen (vgl. Steiner-Eickmann, Rdn. 30 zu § 53 ZVG m.w.N.). - Zur Klarstellung sei gesagt, daß der Senat der Auffassung ist, daß vorliegend nach der Versteigerung nicht nur ein sogenanntes Liegenlassen des Darlehens gegeben gewesen ist. Dieser in § 91 Abs. 2 ZVG beschriebene Vorgang betrifft eine Vereinbarung zwischen Ersteher und Rechtsinhaber, ein nicht im geringsten Gebot enthaltenes und nach den Versteigerungsbedingungen daher nicht bestehenbleibendes Recht dennoch bestehen zu lassen. Ausweislich der Zwangsversteigerungsakte und nach dem Vortrag der Parteien in beiden Instanzen sollte die hypothekarisch gesicherte Forderung aber ins geringste Gebot fallen und ist darin auch einbezogen worden (siehe oben). Damit war der Fall von § 53 ZVG gegeben. Es bedarf daher keiner weiteren Erörterung, inwieweit für das Verhältnis zwischen Ersteher und Rechtsinhaber beim Fall des Liegenlassens nicht doch aufgrund der Vorschrift von § 821 BGB eine Unwirksamkeit der liegengebliebenen Darlehensforderung bedeutsam sein könnte.

Gemäß § 417 BGB ist damit von Belang, daß die Darlehensvereinbarung von August 1970 nach § 138 BGB nichtig war. Für den Senat ergibt sich dies aus folgendem: Nach dem vorliegenden Streitstand ist festzustellen, daß durch die Beklagte im Hinblick auf die Darlehensabrede eine Provisionszahlung an Herrn H.M. oder seine Einzelfirma M. erfolgt ist, ohne daß dem aus redlicher kaufmännischer Sicht erhebliche Veranlassungen zugrundegelegt hätten. Hierdurch ist die Firma H. M. Treu sittenwidrig benachteiligt worden. 11

Die Beklagte bestreitet nicht, daß sie Herrn H.M. im Zusammenhang mit der Gewährung des hier streitigen Darlehens für das Objekt W., A.straße eine Provision in Höhe von 2 % der Darlehenssumme zugewandt hat und daß zum Ausgleich dafür der ursprünglich mit jedenfalls 93 % vorgesehene Auszahlungskurs des streitigen Darlehens auf 91 % abgesenkt worden ist. Für den Senat ergibt sich aus dem vorliegenden Schriftwechsel ferner, daß die Beklagte der Firma H. M. Treu den ursprünglich vorgesehenen besseren Auszahlungskurs bewilligt hätte, wenn nicht die Provision an Herrn M. verabredet worden wäre. Die Beklagte selbst hat im einzelnen vorgetragen, daß sie bereit war, Beträge aus dem an Herrn M. zugesagten Gesamtkontingent von über 10 Mio. DM auch an andere Personen als Kreditnehmer zu überlassen, wenn eine entsprechende hypothekarische Absicherung erfolgen würde und die Bonität dieser Personen gewährleistet gewesen sei. Beides traf hinsichtlich des Objektes W. A.straße und der Firma H. M. Treu zu. Ausweislich des Schreibens der Firma H. M. Treu vom 29. Juni 1970 (Bl. 102 GA) ist die Veränderung der Auszahlungskondition auf Wunsch von Herrn H.M. (des Alleingeschäftsführers der H. M. Treu erfolgt unter gleichzeitigem Hinweis darauf, das Disagiodarlehen möge entsprechend um 2 % angehoben werden. Dies belegt, daß für die Beklagte einziger Grund für die Konditionsänderung das Begehren von Herrn M. selbst war, der unstreitig dieses Provisionsverlangen in die Wege geleitet hat. Damit steht fest, daß Firma H. M. Treu die ursprünglich besseren Bedingungen ohne die Provisionsabrede erhalten hätte, gleichgültig, wie im übrigen für hypothekarisch gesicherte Darlehen allgemein die sonstigen Marktbedingungen waren. Dieser letzten Frage muß somit vom Senat nicht nachgegangen werden. 12

Nach den Umständen stellt der Senat auch fest, daß der Provisionszahlung keine kaufmännisch redliche Veranlassung zugrundelag, sondern lediglich persönliches, gegen die eindeutigen Interessen von Firma H. M. Treu verstoßendes unredliches Gewinnstreben des Herrn M., wovon die Beklagte Kenntnis hatte und woran sie durch das Eingehen auf die Provisionsforderung zum Nachteil der Firma H. M. Treu mitgewirkt hat.

Provisionszahlungen an Vertreter oder Organe der anderen Vertragsseite, die keinen redlichen kaufmännischen Anlaß haben, sondern nur deren Bereicherung dienen, stellen allerdings keine sogenannte Schmiergeldzahlung im eigentlichen Sinne dar. Hierfür nämlich wäre Voraussetzung die heimliche Zuwendung für eine in der Zukunft liegende Bevorzugung (vgl. BGH NJW 1989, 26 rechte Spalte m.w.N.). Hier sollte das Geld aber erst nach Darlehensvereinbarung fließen. Ein sittenwidriges kollusives Zusammenwirken liegt aber vor, wenn ein Vertreter sich treuwidrig gegen den von ihm Vertretenen verhält und der Vertragspartner daran mitwirkt. Der Vertreter einer juristischen Person hat die Wahrung der Gesellschaftsinteressen zur Treupflicht. Er darf sich persönliche Vorteile hinter dem Rücken des Vertretenen nicht versprechen lassen, sonst verstößt er gegen einfachste Regeln kaufmännischen Anstandes. Die Tatsache, daß die durch ihren Alleingeschäftsführer vertretene und benachteiligte juristische Person in Gestalt dieses Vertreters bei entsprechenden Verabredungen Kenntnis von der Angelegenheit hat, schadet der Bejahung sittenwidriger Treuwidrigkeit nicht (vgl. BGH in NJW 1989, 26 f, 27). Der Bundesgerichtshof hat auch eine derartige Treuwidrigkeit im vergleichbaren Fall der Abzweigung von Provisionen für Familienangehörige bei Geschäften für juristische Personen bejaht und angenommen, die Sittenwidrigkeit dieses Vorgangs erfasse dann das gesamte Rechtsgeschäft, auch den Hauptvertrag, weil davon auszugehen sei, daß sich der Vertreter bei seiner Willensentschließung durch die Zusage zum Nachteil und Schaden des Geschäftsherrn habe beeinflussen lassen (vgl. BGH in NJW 1989, 26, 27 und RGZ 136, 359, 360).

14

Entsprechend ist es vorliegend:

15

Die Tatsache von Verabredung und Fließen der Provision ist, wie schon ausgeführt, jetzt nicht mehr im Streit. Ein in der mündlichen Verhandlung erster Instanz einmal erfolgtes Bestreiten der Zahlung einer Provision ist nach dem gesamten Inhalt des Vorbringens und der Erörterung in der mündlichen Verhandlung fallengelassen worden. Auf die Tatsache, ob die Provision nach Abrede tatsächlich geflossen ist oder nicht, käme es auch an sich nicht an. Die Provisionszahlung ist im übrigen auch nicht - mehr - bestritten. Die Frage, ob durch interne Regulierung innerhalb der M.-Gruppe später bereits von der Beklagten geflossene Provisionen wieder umgebucht worden sind (vgl. Bl. 136, 137 GA), ist für die Tatsache der Verabredung einer Zahlung zugunsten von Herrn H.M. und Durchführung der Zahlung an ihn ohne Bedeutung.

16

Der Provisionszahlung liegt kein kaufmännisch sinnvoller, redlicher Anlaß zugrunde außer dem persönlichen Gewinnstreben des Herrn M.. Die Beklagte und ihre Konsortialpartnerin haben die Frage des Grundes für eine solche Zahlung auch durchaus als Problem erkannt, wie der vorbereitende Schriftwechsel zwischen der Beklagten und ihrer Konsortialpartnerin, der Norddeutschen Hypotheken- und Wechselbank vom 3. und 10. Juni 1970 (Bl. 83, 81 GA) zeigt. Dort nämlich wird darüber nachgedacht, ob man eine solche, von Herrn M. geforderte Provision zahlen solle und die Konsortialpartnerin erklärt diese in Höhe von 2 % als eine "über den Rahmen der üblicherweise zu zahlenden Provision weit hinausgehende" (vgl. Bl. 81 R GA). Auch wurden von der N.bank Bedenken im Hinblick auf die Treugeber und die Verpflichtung des Herrn M. ihnen gegenüber geäußert.

17

Die Beklagte hat dargelegt, sie habe dem Provisionsbegehren aufgrund des Schreibens der Firma H. M. Treu vom 19. Juni 1970 (Bl. 103 GA) zugestimmt, in dem als Grund für die Provision angegeben wird, daß die Einzelfirma H.M. die Bereitstellungsprovisionen für den Darlehensbetrag der Beklagten gegenüber schulde, Darlehensnehmerin aber Firma H. M. Treu sei. Es handele sich daher eigentlich gar nicht um eine Provision, sondern um eine Unkostenerstattung. Der Senat ist überzeugt, daß dieser Grund von Seiten des Herrn M. nur vorgeschoben wurde, dies der Beklagten völlig klar war und sie gleichwohl auf das Ansinnen eingegangen ist: 18

Zum einen ist festzustellen, daß in § 15 der Allgemeinen Vertragsbedingungen des Prospektes für den hier betroffenen Grundstücksfond M 18 hinsichtlich der Baudurchführung verbindlich festgelegt wurde, daß die Firma Heinz M., Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH ~~###blob###~~amp; Co., die Bauten schlüsselfertig zum Festpreis erstellen sollte und hierin bis zur mittleren Bezugsfertigkeit die Bereitstellungsgebühren für die Finanzierung durch Fremdmittel enthalten waren. Da der Beklagten dieser Prospekt ausweislich ihres eigenen Schreibens vom 22. Januar 1970 (Bl. 84 GA), mit dem sie ihn an die N.bank weitergeleitet hat, bekannt war, muß der Senat annehmen, daß die Beklagte um diesen Umstand wußte. Denn es ist allgemein bekannt, daß Hypothekenbanken die vertraglichen Unterlagen ihrer Kreditnehmer genauestens zu überprüfen pflegen. Dann aber war ihr der Umstand nicht verborgen, daß nicht Herr H.M. mit seiner Einzelfirma Bereitstellungszinsen tragen sollte, auch nicht die Firma H. M. Treu, sondern eine dritte Firma der Gruppe, nämlich die H.M. Grundstücksverwaltungsgesellschaft. - Im übrigen ist auch der Vortrag der Beklagten zur Verteidigung gegen den Vorwurf sittenwidriger Provisionszahlung durch seine Widersprüchlichkeit unerheblich und es bedarf deshalb nicht mehr der angebotenen Vernehmung der Zeugen K. und W.. Die Beklagte hat Beweis durch Zeugnis dieser Personen dafür angetreten, die Firma M. Bauunternehmung habe die Bereitstellungszinsen zu tragen gehabt. Abgesehen davon, daß sich dies mit den schriftlichen Unterlagen zu Fonds M 18 nicht vereinbaren läßt, ist auch der weitere, ins einzelne gehende Vortrag der Beklagten hierzu unrichtig. Es wird jetzt dargelegt (vgl. Bl. 248 GA) die Firma M. habe die Bereitstellungszinsen vom 1. April 1970 an zu zahlen gehabt als Partnerin der Kontingenzusage. Die Firma H. M. Treu sei aber nach der Darlehensusage vom 19. August 1970 die eigentliche Darlehensnehmerin, damit Schuldnerin geworden. Somit habe die Provision dem Ausgleich der der Firma M. gegenüber berechneten Bereitstellungszinsen vom 01.04.1970 bis zur Darlehensusage im August 1970 gedient (Bl. 249 GA). 19

Die Bereitstellungszinsen für das konkrete Darlehen vom 1. April 1970 an sind aber ausweislich der von der Beklagten selbst vorgelegten eigenen Abrechnung vom 8. Mai 1972 vom 1. April 1970 an nicht etwa ihrerseits der Einzelfirma H.M. Bau in Rechnung gestellt worden, sondern der Firma H. M. Treu. Dies widerlegt, daß insoweit Bedarf für internen Ausgleich hätte bestehen können. Die Beklagte hat auch auf Anforderung des Senates keine Berechnung oder Anforderung entsprechender oder sonstiger Bereitstellungszinsen gegenüber der Einzelfirma H.M. oder H.M. Bau vorgetragen, geschweige denn belegt. Für einen internen Ausgleich, der zwischen der Firma H. M. Treu und der M. hätte erfolgen müssen, spricht also insoweit nichts. Wäre ein solcher Aufwand an Bereitstellungszinsen für das betreffende Darlehen Gegenstand einer Erstattung zwischen der Fa. H. M. Treu und Herrn M. gewesen, hätte zudem nicht die Abrede von 2 % der Darlehenssumme nahegelegen, sondern ein berechneter Ausgleich. Beliefen sich doch die konkret gegen die Fa. H. M. Treu berechneten Bereitstellungszinsen auf 38.270,82 DM, nicht nur 22.000,-DM. Für die Entstehung von Bereitstellungszinsen vor dem 1. April oder für das Kontingent sonst außerhalb der verschiedenen Darlehensverträge ist von der Beklagten nichts dargelegt worden. Unterlagen, die der Senat hierzu erbeten hat, sind nicht beigebracht worden. Der 20

Hinweis der Beklagten darauf, die gesetzlichen Aufbewahrungsfristen für solche Unterlagen seien abgelaufen, vermag der Senat nicht als hinlängliche Begründung zu empfinden. Hier ist darauf hinzuweisen, daß die Beklagte schließlich selbst verschiedene Unterlagen, die aus dem Jahre 1970 stammen, ihrerseits vorgelegt hat. Da diese Kreditengagements noch nicht abgewickelt sind, meint der Senat, es sei dann die Verwahrung aller einschlägigen Unterlagen zum Kontingent und den Einzeldarlehen eher zu verwahren gewesen, als die Vernichtung nach Ablauf gesetzlicher Aufbewahrungsfristen hinsichtlich eines Teils der Unterlagen.

Im übrigen wird die Widersprüchlichkeit der Verteidigung mit der Übernahme von Bereitstellungsinsen auch dadurch belegt, daß die Beklagte sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung verstärkt darauf berief, die Provision habe Herr M. doch fordern können, weil er der Firma H. M. Treu überhaupt die Teilnahme an den Bedingungen der günstigen Kontingentkredite ermöglicht habe. Abgesehen davon, daß diese Begründung inhaltlich abweichend von der Berufung auf Ausgleich von Bereitstellungsinsen ist, welche Herr M. selbst geltendgemacht hat, bleibt darauf hinzuweisen, daß nicht recht einzusehen ist, warum Herr M. von der Firma H. M. Treu eine derartige Provision hätte fordern dürfen. Er selbst kann nicht von Firmen seiner Gruppe völlig getrennt gesehen werden. Als Alleingeschäftsführer der Firma H. M. Treu hätte er die Pflicht gehabt, zu deren Gunsten zu wirken. Dies bedeutete die Inanspruchnahme von Vertragsangeboten zu den vorhandenen günstigen Bedingungen. Wiederum ist nicht ersichtlich, daß er selbst durch Aushandlung der Rahmenbedingungen des Kontingents Belastungen, Verpflichtungen, Aufwand oder Bemühungen gehabt hätte, die eines Ausgleichs durch zweiprozentige Provision bedurft hätten, die der Höhe nach, wie die N.bank schrieb, weit außerhalb des Üblichen für Provisionen dieses Bereichs lag. Im übrigen hätte, wäre wirklich eine Provision für die Konditionenbeschaffung gewollt gewesen, eine Berechnung des Herrn M. an Fa. H. M. Treu zu erwarten gewesen, die sich dann im Rechenwerk bei H. M. Treu niedergeschlagen hätte und den Treugebern in Gestalt der Kontrollkommission (nach S. 10 des Prospektes (Bl. 128 R GA), § 8 der Allgemeinen Bedingungen, Bl. 132 GA) bekannt geworden wäre. Das gewählte Vorgehen der Provisionszahlung durch die Beklagte an Herrn M. gewinnt etwas Verschleiernes. Dies bestärkt den Senat in seiner Wertung. 21

Indem die Beklagte trotz Kenntnis aller dieser Umstände auf das Verlangen des Herrn H.M. eingegangen ist, hat sie die sittenwidrige Schädigung der Firma H. M. Treu mit ihm zusammen in die Wege geleitet und hierdurch konkludent billigend die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 138 Abs. 1 BGB mit herbeigeführt. 22

Der Senat vermag nicht zu erkennen, daß das ursprünglich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtige Rechtsgeschäft durch Bestätigung später gemäß § 141 BGB wirksam geworden wäre. Solches kann zwar, auch schon in schlüssiger Form, etwa durch langjährige Vertragserfüllung in hinlänglicher Kenntnis der an der Wirksamkeit bestehenden Zweifel der Fall sein (vgl. Münchner Kommentar-Mayer-Maly, Rdn. 12 zu § 141 BGB). Vorliegend wird entsprechendes von der insoweit vortragspflichtigen Beklagten aber nicht geltendgemacht. Da der Kläger die Kenntnis von den Umständen der 2%igen Provisionszahlung vor Durchführung seiner Verhandlungen mit der Beklagten bestreitet, die Beklagte Gegenläufiges nicht einmal behauptet und auch sonst nichts für die Bestätigung des Vertrages in hinlänglicher Kenntnis der Umstände durch den Kläger oder seine Vorgänger in der Schuldnerstellung ersichtlich ist, bedarf es hierzu keiner weiteren Erörterung. Die bloße Tatsache, daß die Fa. H. M. Treu die Verträge erfüllt haben mag, was im übrigen auch nicht dargelegt ist, würde dem Senat jedenfalls nicht ohne Hinzutreten weiterer Umstände für eine Bestätigung ausreichen. 23

Damit war die Klage erfolgreich, da die Forderung, derentwegen die Schuldübernahme erfolgt und für die eine Unterwerfungserklärung abgegeben worden ist, nicht in Bestand war und ist. Allein dies macht die Vollstreckung aus der Urkunde unzulässig. Auf die Frage, ob etwa ein Anspruch der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht, kommt es nicht an. Denn ein Austausch von Forderungen bei einer vollstreckbaren Urkunde im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erfolgt nicht, wenn die ursprüngliche Forderung wegfällt und durch eine andere ersetzt wird. Ist die andere Forderung nicht Gegenstand der vollstreckbaren Urkunde und Unterwerfung, kann nicht etwa ein Forderungsaustausch erfolgen (vgl. BGH in NJW 1980, Seite 1050, 1051 für den Fall des Bereicherungsanspruchs).	24
Angesichts des Eingreifens von § 138 Abs. 1 BGB und der daraus folgenden Nichtigkeit der Darlehensabrede kommt es auf die weiteren von den Parteien aufgeworfenen Fragen zur Höhe von etwaigen Zinsschäden, erhöhten Verbindlichkeiten durch Erhöhung des Aufstockungsdarlehens und die Frage der zeitlichen Wirkung eingehender Zahlungen für die Tilgung vorliegend nicht an.	25
Der von dem Kläger begehrten weiteren Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung hinsichtlich Zinsen für den Betrag von 5.625,00 DM, (der seinerseits einen Zinsanteil enthält), bedarf es nicht, da insoweit für den Senat keine auf den Betrag von 5.625,00 DM entfallenden weiteren Zinsposten ersichtlich sind.	26
Der Schriftsatz der Beklagten vom 06.02.1992, der nicht nachgelassen war, Neues und Abweichendes aber auch nicht enthält, gibt keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.	27
Die Entscheidung über die Kosten folgt aus §§ 91, 92 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	28
Streitwert dieses Urteils und Beschwer der Beklagten: 5.625,00 DM	29
Beschwer des Klägers: 0,00 DM	30