

Verkündet
am 2. Juni 1960

Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Geschäftsinhaberin Maria E
in M , W Str ,

Klägerin und Revisionsklägerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Mechaniker Kurt D
in M , D Str. ,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Kuhn, Dr. Haager,
Dr. Reinicke und Hill

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am
7. Juli 1958 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil
des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte verkaufte der Klägerin durch schriftlichen Vertrag vom 4. Juli 1955 ein in München betriebenes Milchgeschäft, das die Klägerin am 1. August 1955 übernahm. Die Klägerin hatte als Kaufpreis für das Geschäft mit dazugehöriger Einrichtung und übernommenen Warenvorräten insgesamt 25.000 DM zu zahlen. Mündliche Vereinbarungen sollten nicht gültig sein. Die Klägerin zahlte auf den Kaufpreis 13.000 DM. Hinsichtlich der Restforderung von 12.000 DM vereinbarten die Parteien durch notariellen Vertrag vom 28. Juli 1955 Umwandlung in ein Darlehen, das durch Bestellung einer Buchhypothek gesichert werden sollte; es war mit - - = - = 7 1/2 % zu verzinsen und bis zum 1. November 1955 zurückzuzahlen. Die Klägerin unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung. Der Beklagte hat auf Grund der darüber aufgenommenen notariellen Urkunde die Eintragung einer Zwangshypothek auf einem der Klägerin gehörenden Grundstück erwirkt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte habe ihr vor und bei Vertragsabschluß arglistig vorgetäuscht, der Jahresumsatz betrage 180.000 DM, der Reinverdienst 14,6 %. In Wirklichkeit seien in dem Geschäft nur ein Jahresumsatz von 120.000 DM und ein Reinverdienst von 6 % zu erzielen. Die Klägerin hat Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und außerdem Wandlung des Kaufvertrags erklärt. Sie verlangt Rückzahlung von 13.000 DM und begehrt ferner, daß die Zwangsvollstreckung aus der erwähnten notariellen Urkunde für unzulässig erklärt wird. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat vorgetragen, der Jahresumsatz habe 140.000 DM, der Rohgewinn 14 % und der Reingewinn 6 % betragen. Das alles habe er der Klägerin von vornherein gesagt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage im wesentlichen abgewiesen. Nur in Höhe eines nicht mehr im Streit befindlichen Betrages von 1.429,49 DM hat das Oberlandesgericht die Zwangsvollstreckung aus der bezeichneten Urkunde für unzulässig erklärt. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die darüber hinausgehenden Klageansprüche weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

1. Die Parteien hatten sich nach Abschluß der Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt, und zwar nach einem Aktenvermerk des Berichterstatters "für den Fall einer Entscheidung durch den Senat". Obwohl die Klägerin ihr Einverständnis kurz darauf widerrufen hatte, ist das angefochtene Urteil nach § 128 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung ergangen. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der Widerruf sei unbeachtlich, da das Vorbringen der Klägerin in ihrem nachgereichten Schriftsatz, in dem sie den Widerruf erklärt habe, keine wesentliche Änderung der Prozeßlage ergebe.

2. Die Revision rügt Verletzung von Verfahrensvorschriften in mehrfacher Hinsicht.

a) Sie macht geltend, das Berufungsgericht wende das Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO ganz allgemein so häufig an, daß der Grundsatz der mündlichen Verhandlung damit praktisch beseitigt werde. Davon abgesehen ergebe sich die Unzulässigkeit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung in diesem Fall noch aus folgenden Gründen: Das vor dem



Einzelrichter erklärte Einverständnis decke, wenn man den erwähnten Aktenvermerk des Berichterstatters zunächst unberücksichtigt lasse, nicht eine Entscheidung durch den Senat. Berücksichtige man aber diesen Aktenvermerk, so sei die Erklärung des Einverständnisses bedingt und deshalb unzulässig gewesen. Jedenfalls aber sei das Einverständnis der Klägerin rechtswirksam widerrufen worden. Ihre nachgereichten Schriftsätze hätten auf entscheidende Gesichtspunkte hingewiesen.

b) Die Revision ist weiterhin der Auffassung, die Ergebnisse der Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter hätten nach § 285 Abs. 2 ZPO durch die Parteien dem Prozeßgericht vorgetragen werden müssen. Ferner hätten die beigezogenen Akten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden müssen.

c) Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe auch die nachgereichten Schriftsätze der Klägerin berücksichtigen müssen. Ob es das getan habe, sei unklar. Das angefochtene Urteil sei insofern widerspruchsvoll.

3. Der Senat hat bereits in der Entscheidung BGHZ 18, 61 ausgeführt, die Anwendung des schriftlichen Verfahrens nach § 128 Abs. 2 ZPO dürfe nicht dazu führen, daß der Grundsatz der Mündlichkeit praktisch fast allgemein aufgegeben werde. In dieser Hinsicht erwecke die dem Senat bekannte Tatsache Bedenken, daß bei dem Berufungsgericht - es handelte sich um dasselbe Gericht wie im vorliegenden Fall - die Urteile in der Regel im schriftlichen Verfahren erlassen würden. Das entspreche nicht dem Sinn und Zweck des § 128 Abs. 2 ZPO. Denn auch diese Bestimmung berühre

nicht den Grundsatz, daß im allgemeinen das mündliche Verfahren die beste Gewähr für eine rasche und sichere Aufklärung des Sachverhalts und für eine sachgerechte Entscheidung biete und daß es deshalb in der Regel auch anzuwenden sei.

4. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob auf Grund dieser Erwägungen, an denen der Senat festhält, und im Hinblick insbesondere auf den näher begründeten Widerruf des Einverständnisses der Klägerin mit dem Erlaß einer schriftlichen Entscheidung (vgl. dazu BGHZ 11, 27; 28, 278 m.w.Nachw.) die Anwendung des schriftlichen Verfahrens im vorliegenden Fall unzulässig war. Denn jedenfalls muß die weitere Revisionsrüge, es sei unklar, ob die nachgereichten Schriftsätze der Klägerin berücksichtigt worden seien, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

5. In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, bis zu welchem Zeitpunkt schriftsätzliches Vorbringen der Parteien eingegangen sein muß, um in einem Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO noch berücksichtigt werden zu können. Während in einem Teil des Schrifttums die Auffassung vertreten wird, es komme auf den Zeitpunkt des Eingangs der letzten Einverständniserklärung an (Baumbach/Lauterbach, ZPO 25. Aufl. § 128 Anm. 6 B; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 128 Anm. X 4), läßt die herrschende Meinung die Berücksichtigung auch später eingegangener Schriftsätze zu (BGHZ 11, 27; RGZ 151, 193, 195; OLG Nürnberg, JW 1929, 872; OLG Stuttgart, MDR 1957, 746; Rosenberg, ZivProzRecht 8. Aufl. § 108 III 2 b; Reinberger, Recht 1924, 82; Burkhardt, MDR 1957, 388). Die Frage braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn erforderlich ist von jedem Standpunkt

aus, daß sich aus dem Urteil klar und widerspruchsfrei ergibt, inwieweit der Prozeßstoff als in das Verfahren eingeführt angesehen worden ist.

6. Wie die Revision mit Recht rügt, entspricht das angefochtene Urteil diesen Anforderungen nicht.

Im ersten Absatz der Entscheidungsgründe führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin "möchte" das in ihren nachgereichten Schriftsätzen enthaltene Vorbringen "noch zum Gegenstand ihres Parteivortrags machen". Darauf will das Berufungsgericht nach den Ausführungen in diesem Absatz offenbar nicht eingehen, und im Einklang damit befaßt es sich auch nicht mit den in einem nachgereichten Schriftsatz der Klägerin enthaltenen Angriffen gegen die Glaubwürdigkeit maßgeblicher Zeugenaussagen. Im Widerspruch dazu verweist das Berufungsgericht im vorletzten Absatz des Tatbestands "wegen des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug auf ihre zu den Gerichtsakten überreichten Schriftsätze", ohne die nachgereichten Schriftsätze der Klägerin davon auszunehmen. Der Hinweis scheint sich mithin auch auf diese Schriftsätze zu beziehen.

7. Der darin liegende Widerspruch im Tatbestand stellt einen Verfahrensmangel dar, der allerdings nur dann zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann, wenn dieses darauf beruht, § 549 ZPO. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die Möglichkeit besteht, daß ohne den Verfahrensmangel anders entschieden worden wäre (Stein/Jonas/Schönke, aaO § 549 Anm. VI; Baumbach/Lauterbach aaO § 549 Anm. 2 A). Das ist hier der Fall. Die Unklarheit über das zugrunde zu legende Parteivorbringen kann sich aus den im folgenden dargelegten

Gründen auf das angefochtene Urteil auch im Ergebnis ausgewirkt haben.

8. a) Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, der Beklagte habe die Klägerin über die Höhe des erzielten Umsatzes arglistig getäuscht. Es hat dahingestellt gelassen, ob die Klägerin auch bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Kaufvertrag abgeschlossen hätte, und hat weiter ausgeführt, die Klägerin habe den Vertrag jedenfalls nachträglich bestätigt. Die Eheleute R. - die Vermieter der Geschäftsräume - hätten sie nämlich nach Abschluß des Vertrags über die erzielten Umsätze unterrichtet. Die Klägerin habe darauf erklärt, sie kaufe das Geschäft auf jeden Fall. Sie habe das Geschäft dann auch am 1. August 1955 übernommen und sei vorher am 28. Juli 1955 die oben erwähnte Darlehensverpflichtung eingegangen. Die "danach offenbare Bestätigung des Kaufs durch die Klägerin" schließe die spätere Anfechtung wegen arglistiger Täuschung aus.

b) Bei diesen Ausführungen bleibt unklar, auf welches Parteivorbringen das Berufungsgericht sich hinsichtlich der nachträglichen Unterrichtung der Klägerin stützt. Die Formulierung könnte darauf hindeuten, daß das Berufungsgericht die ihnen zugrunde liegenden Tatsachen als unstreitig angesehen hat. Ob es das getan hat, wird aber wiederum dann zweifelhaft, wenn man den nachgereichten Schriftsatz der Klägerin vom 5. Mai 1958 in Betracht zieht. In diesem Schriftsatz hat die Klägerin sich nämlich gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen R. gewandt. Sie hat damit ersichtlich auch deren Schilderung über den Verlauf der Verhandlungen, wie ihn auch das angefochtene Urteil in seinen

hier in Rede stehenden Ausführungen wiedergibt, bestreiten wollen.

c) Entsprechen diese Ausführungen des Berufungsgerichts nicht dem unstreitigen Sachverhalt, so erhebt sich die weitere Frage, ob das Berufungsgericht vielleicht davon ausgegangen ist, der Beklagte habe seiner insoweit gegebenen Behauptungs- und Beweislast genügt. Der Tatbestand ergibt in dieser Hinsicht jedoch lediglich die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe schon v o r dem Abschluß des Kaufvertrags die erzielten Umsätze von den Eheleuten R. erfahren, sei also von vornherein nicht getäuscht worden. Damit stimmt auch das Vorbringen des Beklagten in seinen Schriftsätzen vom 17. Dezember 1956 (Bl. 103 d.A.) und vom 17. Januar 1958 (Bl. 172 d.A.) überein.

Es ist hiernach zum mindesten fraglich, ob der Beklagte die Tatsachen behauptet hat, die schlüssig eine nachträgliche Bestätigung des Vertrags durch die Klägerin ergeben, und ob sich das Berufungsgericht nicht vielmehr unter Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes lediglich auf Teile verschiedener Zeugenaussagen gestützt hat, die sich der Beklagte gar nicht als Behauptung zu eigen gemacht hatte und nicht hatte machen wollen.

Gegen die Annahme, das Berufungsgericht habe allein auf das Beweisergebnis abgestellt, könnte jedoch wiederum sprechen, daß es sich in diesem Punkt nicht mit der umstrittenen Glaubwürdigkeit der Zeugen auseinandergesetzt und die zum Teil einander widersprechenden Aussagen nicht gegeneinander abgewogen hat. Dafür hätte dann insbesondere auch deshalb Anlaß bestanden, weil die Zeugen Reindel hinsicht-

lich des ausschlaggebenden Zeitpunkts ihrer Unterredung mit der Klägerin nachdrücklich betont haben, die Unterredung habe vor Abschluß des Kaufvertrags stattgefunden. Das Berufungsgericht verweist hinsichtlich des Zeitpunkts der Unterredung lediglich auf die Bekundung des Ehemanns der Klägerin, der jedoch bei dieser Unterredung nicht zugegen war, der ferner über die Anwesenheit einer dritten Person bei der Unterredung andere Angaben als die Zeugen R. gemacht hat und dessen Glaubwürdigkeit das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zudem anzweifelt. Daß das Berufungsgericht sich mit alledem nicht befaßt hat, könnte wiederum darauf hindeuten, daß es zu diesem Punkt keine Beweismwürdigung vornehmen, sondern unstreitige Behauptungen wiedergeben wollte. Darüber ist jedoch aus dem Urteil keine Klarheit zu gewinnen.

9. Das Berufungsgericht entnimmt eine nachträgliche Aufklärung der Klägerin abgesehen von ihrer Unterredung mit den Zeugen R. allerdings auch daraus, daß sie nach ihrem eigenen Vorbringen nach Vertragsabschluß durch den Beklagten erfahren habe, der v e r s t e u e r t e Umsatz betrage nur 140.000 DM. Dabei berücksichtigt das Berufungsgericht jedoch nicht, daß die Klägerin weiter behauptet hat, der Beklagte habe damals gleichzeitig erklärt, weitere 40.000 DM Umsatz habe er nicht versteuert (S. 5 d. Urt.). Aus dem Vorbringen der Klägerin kann mithin nicht entnommen werden, sie sei durch den Beklagten darüber aufgeklärt worden, daß der Umsatz weniger als 180.000 DM betrage.

10. Es ist nach alledem möglich und liegt sogar nahe, daß der in der erörterten Unklarheit des Tatbestands liegende Verfahrensverstoß das angefochtene Urteil auch im

Ergebnis beeinflußt hat. Das Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, ohne daß es auf die weiteren Rügen der Revision ankommt. Es erschien angebracht, die Sache an einen anderen Senat zu verweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr.Haidinger Dr.Kuhn Dr.Haager Dr.Reinicke Hill