

2466 087

Verkündet
am 22. Juni 1955
Schorm, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans N. [REDACTED], D [REDACTED], O [REDACTED]-
straße [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Heinrich K [REDACTED], G [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1955 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Raske, Dr. v. Werner, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 5. Zivilse-
nats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom
19. November 1954 aufgehoben. Die Sache wird zur
erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Inhaber eines im April 1949 eröffneten Lebensmittelgeschäfts in D [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED]. Durch notariellen Miet- und Kaufvertrag vom 21. März 1950 übertrug er das Geschäft zu einem Preis von 25.800,-- DM an die Eheleute D [REDACTED]; die Monatsmiete wurde auf 550,-- DM festgesetzt. Durch notariellen Vertrag vom selben Tage übernahm der Kläger wegen aller Zahlungsverpflichtungen der Eheleute D [REDACTED] gegenüber den Beklagten die selbstschuldnerische Bürgschaft und unterwarf sich insoweit gegenüber dem Beklagten wegen aller Zahlungsverpflichtungen aus der Bürgschaft der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde.

Die - inzwischen geschiedenen - Eheleute D [REDACTED] führten das Geschäft nur einige Monate. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1950 focht die Ehefrau D [REDACTED] dem Beklagten gegenüber den Kauf- und Mietvertrag vom 21. März 1950 wegen arglistiger Täuschung an mit der Begründung, der Beklagte habe wahrheitswidrig zugesichert, das Geschäft habe in den letzten Monaten vor der Übernahme einen Umsatz von 8.000,-- DM monatlich gehabt, obwohl der Umsatz in Wirklichkeit nur 2.400,-- DM monatlich betragen habe.

Der Beklagte nahm das Geschäft zum Preise von 19.000,-- DM von den Eheleuten D [REDACTED] wieder zurück und machte einen Verlust von mindestens 6.000,-- DM geltend. Wegen dieses Verlustes beabsichtigte der Beklagte, den Kläger aus der Bürgschaft in Anspruch zu nehmen; er verlangte von ihm mit Schreiben vom 25. September 1952 die Zahlung eines Betrages von zunächst 2.000,-- DM unter Fristsetzung bis zum 30. September 1952 und drohte die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde an.

- 3 -

Der Kläger hat darauf die vorliegende Klage erhoben, mit der er beantragt,
die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde gegen ihn für unzulässig zu erklären, hilfsweise festzustellen, daß dem Beklagten aus dieser notariellen Urkunde keine Ansprüche gegen ihn zustehen.

Er behauptet, der Beklagte habe die Eheleute D. bei Abschluss des Kauf- und Mietvertrages vom 21. März 1950 arglistig getäuscht, indem er ihnen einen Umsatz von monatlich 8.000,-- DM zugesichert habe, obwohl das Geschäft in den Monaten Januar - März 1950 einen durchschnittlichen Monatsumsatz von nur 1.200,-- DM erzielt habe. Infolge der dem Beklagten gegenüber erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sei der Vertrag nichtig geworden, so daß auch die von ihm, dem Kläger, übernommene Bürgschaft erloschen sei. Er macht weiter geltend, die notarielle Urkunde, aus der der Beklagte vollstrecken wolle, entbehre der erforderlichen Bestimmtheit hinsichtlich der zu zahlenden Beträge.

Der Beklagte hat bestritten, einen monatlichen Umsatz zugesichert zu haben. Er hat Widerklage auf Zahlung von 6.000,-- DM nebst Zinsen erhoben.

Das Landgericht in Düsseldorf hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Es hat als erwiesen erachtet, daß der Beklagte den Käufern vor Vertragsschluss wahrheitswidrig einen Umsatz von 8.000,-- DM zugesichert habe, obwohl in Wirklichkeit in der Zeit vom 9. November 1949 bis 20. Januar 1950 ein Monatsumsatz von nur rund 6.000,-- DM erzielt worden sei. Es hat daher die Anfechtung des Kauf- und Mietvertrages durch die Ehefrau D. als wirksam angesehen und das



Bestehen einer Hauptschuld und damit einer Bürgschaftsschuld verneint.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht in Düsseldorf durch Teilurteil vom 19. November 1954 die Klage abgewiesen und die Entscheidung über die Widerklage einem Schlußurteil vorbehalten.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision meint, es liege eine vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794 Nr 5 ZPO deswegen nicht vor, weil es an der Angabe einer bestimmten Geldsumme fehle, wie dies in der genannten Gesetzesbestimmung vorgeschrieben sei. Die Ansicht der Revision trifft nicht zu. Nach § 9 der Urkunde hat der Kläger dem Beklagten gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft "wegen aller Zahlungsverpflichtungen der Eheleute D. gegenüber dem Beklagten" übernommen, und er hat sich insoweit "wegen aller Zahlungsverpflichtungen aus der Bürgschaft" der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Wenn es nun in § 2 derselben Urkunde heißt, daß die Eheleute D. auf Grund des (in § 1) vorgenannten Miet- und Kaufvertrages dem Beklagten folgende Beträge schulden: Den Mietzins, der nach dem Mietvertrag zuzeit monatlich 550,-- DM ausmacht und einen am 1. April 1950 fälligen Restkaufpreis von 23.700,-- DM sowie einen Betrag von 1.500,-- DM für von Herrn K. vorgelegte Maklerprovision, so ist damit der Geldbetrag, auf den sich die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bezieht, hinreichend bestimmt. Der Kläger meint nun,

die erforderliche Bestimmtheit sei deswegen nicht gegeben, weil nach § 5 Abs 2 des gleichzeitig abgeschlossenen Miet- und Kaufvertrages der Kaufpreisteil von 6.000,-- DM, der auf die mit dem Geschäft übernommenen Warenvorräte entfiel, nicht endgültig gewesen sei. Es heiße nämlich in § 5 Abs 2 folgendermaßen:

"Der Berechnung des Kaufpreisteiles für die Warenvorräte ist der heutige Einkaufspreis zugrunde gelegt. Sollte sich nach Abschluss der Bestandsaufnahme für die Warenvorräte unter Zugrundelegung des heutigen Einkaufspreises ein höherer oder geringerer Betrag als 6.000,-- DM ergeben, ist der Differenzbetrag von den Ankäufern nachzuzahlen bzw. diesen zu erstatten."

Durch diese vertragliche Regelung wird aber die durch § 794 Nr 5 ZPO geforderte Bestimmtheit des Zahlungsanspruchs nicht in Frage gestellt. Erforderlich ist nur, daß in der Urkunde, durch die sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, der Zahlungsbetrag hinreichend bestimmt ist. Dies ist hier schon deswegen der Fall, weil in § 2 der Bürgschaftsurkunde zahlenmäßig genau bezeichnete Beträge angegeben sind, ohne daß in der Urkunde zum Ausdruck gebracht worden ist, daß ein Teilbetrag von 6.000,-- DM unter Umständen noch gewissen Änderungen unterliege. Damit ist dem § 794 Nr 5 ZPO Genüge getan. Wegen der Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld würde zwar eine Herabsetzung der 6.000,-- DM Kaufschuld auch eine entsprechende Minderung der Bürgschaftsschuld mit sich bringen. Dies könnte und müßte der Kläger durch eine Vollstreckungsgegenklage geltend machen. Andererseits würde eine Erhöhung des Kaufpreispostens von 6.000,-- DM über diesen Betrag hinaus, nicht zur Folge haben,

daß wegen des Mehrbetrages aus der vollstreckbaren Urkunde vollstreckt werden könnte. Denn diese hat insoweit nur den Betrag von 6.000,-- DM zum Gegenstand. Die Bestimmtheit des in der Urkunde angegebenen Betrages wird also nicht dadurch berührt, daß die Kaufpreisforderung für die Warenvorräte möglicherweise in geringem Umfang höher oder niedriger als 6.000,-- DM ist. Ebensowenig wie etwa ein Urkundenprozeß - der genau wie § 794 Nr 5 ZPO einen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme voraussetzt - deswegen unzulässig ist, weil der in der Urkunde angeführte Betrag sich als unrichtig erweist, genau so wenig wird die Eigenschaft einer Urkunde als einer vollstreckbaren dadurch berührt, daß die angegebene Geldsumme vielleicht nicht zutrifft.

II. Der Kläger hatte in der Berufungsinstanz geltend gemacht, der Miet- und Kaufvertrag sei - abgesehen von der Anfechtung - wegen Wuchers nichtig. Er hatte diesen Einwand darauf gestützt, daß Leistungen und Gegenleistungen angesichts eines zu erzielenden Umsatzes von 4.000,-- DM in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stünden und daß der Beklagte die Notlage der aus der Ostzone geflüchteten Eheleute D. ausgenutzt habe. Diesen hätten nur ganz unerhebliche Barmittel zur Verfügung gestanden, sie hätten insbesondere nicht genug Geld gehabt, um die am 1. April 1950 fällig werdende, von ihnen im Vertrag übernommene Maklerprovision von 1.500,-- DM zu zahlen. Darüber sei sich der Beklagte im klaren gewesen. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, daß der Vertrag erfüllbar gewesen sei, weil wenige Monate vor Übernahme des Geschäfts tatsächlich Umsätze von 8.000,-- DM monatlich und mehr erzielt worden seien. Der Fehlschlag, den die Eheleute D.

erlitten hätten, sei nur darauf zurückzuführen, daß es an der erforderlichen Zusammenarbeit der Ehegatten gefehlt habe. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Mietvertrag zwischen dem Beklagten und der Erbengemeinschaft A. über die Geschäftsräume lediglich bis zum 30. April 1951 abgeschlossen gewesen sei, so daß für die Eheleute D. keine Sicherheit dafür bestanden habe, daß er nicht zum 30. April 1951 gekündigt werde. Dafür aber, daß der Berufungsrichter diesen Umstand bei der Abwägung von Leistung und Gegenleistung übersehen habe, spricht nichts, zumal da in Nr 1 des im Tatbestand genau bezeichneten Vertrags vom 21. März 1950 ausdrücklich erwähnt ist, daß der Mietvertrag bis zum 30. April 1951 laufe und sich unter den in ihm angegebenen Voraussetzungen verlängere. Daß das Berufungsgericht die Dauer des Mietvertrags bei seinen Erörterungen zu dem Einwand aus § 138 BGB nicht erwähnt hat, erklärt sich daraus, daß es sich um einen in diesem Zusammenhang nicht erheblichen Punkt handelt. Anders könnte es vielleicht liegen, wenn bei Vertragsschluß bestimmte Umstände die Annahme nahegelegt hätten, der Hauseigentümer werde kündigen. Das hat der Kläger nicht behauptet.

III. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe zu Unrecht verneint, daß der Beklagte vom Miet- und Kaufvertrag zurückgetreten sei. Werde die Frage des Rücktritts bejaht, so sei der Kläger von der Bürgschaft auch deshalb frei, weil der Rücktritt eine einseitige Auflösung eines Verpflichtungsvertrages mit unmittelbarer rückwirkender Vernichtung des Vertragsverhältnisses bewirke. Diese Rüge richtet

sich gegen die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Verhalten des Beklagten gegeben hat. Sie könnte also nur Erfolg haben, wenn der Berufungsrichter erheblichen Prozeßstoff übersehen hätte oder wenn seine Auslegung gegen die Denkgesetze verstieße. Das ist nicht der Fall, insbesondere trifft es nicht zu, daß darin, daß der Beklagte nach der Anfechtungserklärung das Geschäft an den Zeugen M. verkauft hat, "gar nichts anderes als ein Rücktritt" erblickt werden könnte. Dies wäre vielleicht dann der Fall, wenn der Weiterverkauf nur dann sinnvoll gewesen wäre, wenn man einen Rücktritt vom Kaufvertrag annähme. Der Weiterverkauf war aber auch dann wirtschaftlich vernünftig, wenn man davon ausgeht, daß der Beklagte beim Kaufvertrag stehen bleiben wollte. Denn damit sicherte er sich - durch den von dem Käufer erzielten Preis von 19.000,-- DM - wenigstens einen Teil der ihm gegen die Eheleute D. zustehenden Forderungen aus dem Miet- und Kaufvertrag vom 21. März 1950. Ob das Verhalten des Beklagten rechtlich einwandfrei war, ob es insbesondere - wie die Revision meint - eine unzulässige Selbsthilfe darstellte, ist für die Auslegung ohne Bedeutung. Doch sei hierzu darauf hingewiesen, daß der Kläger selbst vorgebracht hat, daß die Ehefrau D. und der Erwerber M. gemeinschaftlich eine Warenbestandsaufnahme gefertigt haben, was nur erklärlich ist, wenn die Ehefrau D. mit der Weiterveräußerung einverstanden war, nachdem ihr Mann schon im August 1950 sie und das Geschäft im Stich gelassen hatte.

Der Kläger weist darauf hin, daß die Prozeßbevollmächtigten des Beklagten in verschiedenen Schriftsätzen vorgebracht hätten, das Geschäft sei "rückgängig gemacht" und es sei "zurückgegeben" worden.

er erblickt darin ein Geständnis, an das der Beklagte nach § 288 ZPO gebunden sei. Ein Geständnis kann aber nur eine Tatsache zum Gegenstand haben. In dem Vorbringen der Prozeßbevollmächtigten liegt aber - wenn überhaupt - nur eine rechtliche Würdigung des unstreitigen Vorgangs der Weiterveräußerung des Geschäfts.

IV. Das Berufungsgericht hat zur Frage der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ausgeführt:

Die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe den Eheleuten D. bei Vertragsschluss arglistig einen Umsatz von 8.000,-- DM monatlich zugesichert, könne mehrere Bedeutungen haben:

- a) der Beklagte habe einen Monatsumsatz von 8.000,-- DM garantiert,
- b) der Beklagte habe versichert, im Geschäft sei früher ein Umsatz von 8.000,-- DM monatlich erzielt worden und ein solcher Umsatz sei auch weiterhin erzielbar,
- c) der Beklagte habe erklärt, es sei bis zum Vertragsschluss ein Umsatz von 8.000,-- DM monatlich tatsächlich erzielt worden.

Zu a):

Den künftigen Umsatz eines Geschäftes könne ein Geschäftsmann dem Übernehmer nicht voraussagen, da der Umsatz nicht nur von den im Betrieb selbst steckenden Möglichkeiten abhängt, sondern vor allem auch von der Geschäftstüchtigkeit und dem Fleiss des neuen Inhabers, worauf der Übertragende keinen Einfluß habe. Für die Übernahme einer solch außergewöhnlichen Garantie müßten schon ganz besondere Gründe vorliegen, die hier nicht einmal vorgetragen

worden seien. Auf den von den Eheleuten D. nach der Übernahme erzielten Umsatz komme es daher nicht an.

Zu b):

Die Versicherung, daß früher 8.000,-- DM monatlich erzielt worden seien, bestreite der Beklagte nicht. Diese Erklärung entspreche aber auch den Tatsachen; denn selbst die dem Beklagten offensichtlich nicht gewogene frühere Filialleiterin M. habe bei ihrer Vernehmung ausdrücklich bestätigt, daß der Umsatz des erst seit April 1949 bestehenden Geschäftes im Jahre 1949 sehr hoch gewesen und sogar monatlich möglicherweise 10 - 12.000,-- DM betragen habe.

Zu c):

Endlich habe der Kläger den von ihm zu führenden Beweis, der Beklagte habe den Eheleuten D. zugesichert, der Umsatz habe stets, insbesondere auch in den letzten Monaten vor Übergabe des Geschäfts monatlich 8.000,-- DM betragen, nicht erbracht. Die dahingehende Behauptung des Klägers müsse vielmehr durch die Beweisaufnahme zweiter Instanz als widerlegt angesehen werden, zumindest sei aber der zu führende Beweis nicht gelungen.

Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es habe unterlassen zu prüfen, ob der Beklagte die Absicht verfolgt habe, einen Irrtum über den Umsatz, sei es als erzielten oder sei es als erzielbaren, bei den Eheleuten Damm zu verursachen. Insoweit sei aufschlußreich (§ 286 ZPO), daß die Zeugin M. bei ihrer Aussage bekundet habe, sie habe damals beabsichtigt, die Eheleute D. zu warnen, weil sie

gewußt habe, daß vom Beklagten ein Umsatz genannt werden würde, der den Tatsachen gerade nicht entspreche. Der Angriff geht fehl. Nachdem das Berufungsgericht insbesondere auf Grund der Aussage der Zeugin H. zu der Überzeugung gekommen war, daß der Beklagte den Eheleuten D. keine unrichtigen Erklärungen über den Umsatz gemacht habe, brauchte es nicht noch auf die Aussage der Zeugin M. besonders einzugehen.

Die Revision rügt weiter, daß das Berufungsgericht den Zeugen E. nicht noch einmal vernommen hat. Die Entscheidung über den dahingehenden Antrag des Klägers lag im Ermessen des Berufungsgerichts. Ein Verfahrensverstoß ist insoweit nicht gegeben. Ein solcher liegt auch nicht darin, daß das Berufungsgericht die Ehefrau des Klägers nicht vernommen hat. Denn diese war nach dem eigenen Vorbringen des Klägers bei den Vertragsverhandlungen nicht zugegen. Daß der Ehemann D. dem Kläger nach Abschluß des Vertrages wiederholt erklärt hat, der Beklagte habe einen Monatsumsatz von 8.000,-- DM zugesichert, durfte das Berufungsgericht für unerheblich halten, nachdem es den Ehemann D. selbst hierzu vernommen hatte.

V. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht nicht auf den Einwand des Klägers eingegangen sei, die Eheleute D. seien auch deswegen zur Anfechtung berechtigt gewesen, weil der Beklagte es unterlassen habe, sie darauf hinzuweisen, daß er keine Konzession für den Verkauf von Spirituosen gehabt habe. Der Kläger hatte hierzu behauptet, die Eheleute D. hätten angenommen, es liege eine solche Konzession vor. Zwar würden solche Konzessionen

nur persönlich erteilt, gingen also nicht auf einen Geschäftserwerber über; doch sei die Erteilung einer Konzession erheblich erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen, wenn für das Geschäft, das bereits bestand, nicht schon früher eine Konzession erteilt worden sei. Weiter hatte der Kläger behauptet, die Eheleute D. würden den Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn sie damit hätten rechnen müssen, daß sie die Konzession nicht erhalten würden. Ob nicht dieses Vorbringen schon deshalb gegenstandslos ist, weil die Ehefrau D. wegen der angeblichen arglistigen Täuschung über die Konzession den Vertrag überhaupt nicht angefochten hat, braucht nicht erörtert zu werden. Denn der Beklagte hat das Vorbringen des Klägers bestritten, der Kläger hat keinen Beweis angetreten. Das Berufungsgericht hätte besser getan, diesen Einwand ausdrücklich zu bescheiden. Ein entscheidungserheblicher Verfahrensverstoß liegt aber darin, daß es den unzureichenden Vortrag des Klägers nur stillschweigend abgetan hat, nicht.

VI. Wenn somit das Urteil des Oberlandesgerichts, soweit es sich um die bisher erörterten Fragen handelt, im wesentlichen zutrifft, so muß es doch aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht folgendes übersehen hat: die in der vollstreckbaren Urkunde verbriefte Forderung von 23.700 + 1.500,-- DM zuzüglich der monatlichen Mietzinsbeträge von je 550,-- DM besteht unstreitig nicht mehr in vollem Umfang. Der Beklagte selbst hat vorgebracht (Schriftsatz vom 21.10. 1954 Seite 4 Bl 186 d.A.), daß auf die Forderungen 20.800,-- DM anzurechnen seien. Die Vollstreckung aus der Urkunde ist also zu einem Teil nicht mehr zulässig. Dann aber ist es nicht angängig, die Vollstreckungsgegenklage ohne jede Einschränkung abzuweisen (JW 35, 3579; Baumbach-Lauterbach 23. Aufl Anm 3 F

zu § 767 ZPO; Stein-Jonas 18. Aufl IV Abs 1 zu Nr 61 zu 767 ZPO, RG JW 04, 59). Dies würde zur Folge haben, daß dann der Beklagte wegen des vollen, in der vollstreckbaren Urkunde aufgeführten Betrages vollstrecken könnte und der Kläger ihm wegen der Rechtskraft des voll abweisenden Urteils und wegen § 767 Abs 3 ZPO nicht mehr entgegenhalten könnte, er sei zum Teil bereits befriedigt. Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses klarstellt, inwieweit die Forderungen aus der vollstreckbaren Urkunde (nicht also weitergehende Schadensersatzansprüche des Beklagten) noch bestehen.

Schmidt Maske v. Werner Scheffler Wüstenberg