

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 17/73

URTEIL

Verkündet am
18. Januar 1974
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Maschinenbauers Bodo R [REDACTED],
[REDACTED] E[REDACTED]/üb. H[REDACTED], L[REDACTED]weg [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagten und Revisionsklägers,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer Dipl.-Kfm. Dr. Bernhard K [REDACTED] -
[REDACTED], [REDACTED] Es[REDACTED], 7[REDACTED]straße [REDACTED], als Vergleichs-
verwalter und Sachverwalter der Gläubiger in dem Vergleichs-
verfahren über das Vermögen des Kaufmanns Reginald Ke[REDACTED]-
[REDACTED], Großhandel mit Getränken, Tabak- und Süßwaren unter
der Firma "Getränke Ke[REDACTED]", G[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Kläger und Revisionsbeklagten,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1974 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 9. November 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Sache befindet sich im zweiten Revisionsrechtszug. Wegen des Sachverhalts wird auf das Urteil des erkennenden Senats vom 25. Februar 1972 - I ZR 157/70 - Bezug genommen. Durch das genannte Urteil ist das erste Urteil des Berufungsgerichts, das unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage auf Zahlung eines Teiles des Restkaufpreises für ein kaufmännisches Unternehmen (Getränkegroßhandel) abgewiesen und die auf Erhöhung des Teilbetrages gerichtete Anschlußberufung des Klägers zurückgewiesen hatte, aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Das Berufungsgericht hat nunmehr durch das vorliegende zweite Berufungsurteil die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung des Klägers die Verurteilung des Beklagten

- 3 -

auf Zahlung von 25 100 DM nebst 5 % Zinsen von 15 820,78 DM seit dem 3. Juli 1968 bis zum 12. April 1970 und von 25 100 DM ab 13. April 1970 erhöht.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts scheitert die Anwendung des § 138 BGB auf den Unternehmenskaufvertrag vom 29. März 1968 schon daran, daß es an einem auffallenden Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung fehle; den Leergutverbindlichkeiten, die der Beklagte zusätzlich zum vertraglich vereinbarten Kaufpreis übernommen habe, habe der Leergutbestand des Unternehmens gegenübergestanden; der Umstand allein, daß das Hereinholen des Leergutes von der Kundschaft auf erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten gestoßen sei, führe nicht zur Nichtigkeit des Vertrages.

Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Zunächst ist schon nicht ersichtlich, wie das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangen konnte, den Leergutverbindlichkeiten in der jetzt unstreitigen Höhe von rund 260 000 DM habe der Leergutbestand des Unternehmens gegenübergestanden. Als unstreitig kann dies nach dem Akteninhalt nicht angesehen werden. Vielmehr hat der Beklagte geltend gemacht, ein entsprechender Leergutbestand sei nicht vorhanden gewesen. Auch



ergibt sich aus den im Berufungsurteil wiedergegebenen Zeugnisaussagen nichts für die Feststellung des Berufungsgerichts.

Die Revision macht ferner zu Recht geltend, daß Schwierigkeiten bei der Wiederbeschaffung des an die Kunden ausgeliehenen Leergutes einem Fehlen von Leergut wirtschaftlich gleichstanden, wenn es wegen der Unzulänglichkeit der Aufzeichnungen der Firma Ke [REDACTED] oder weil es sich um Fehlbestände aus früheren Jahren handelte, praktisch nicht möglich war, das Leergut von den Kunden hereinzuholen. Der erkennende Senat hat auf diesen Gesichtspunkt bereits in seinem ersten Revisionsurteil hingewiesen, wo er im Zusammenhang mit der Ablehnung der Auffassung des Berufungsgerichts, es habe hinsichtlich der Anrechnung der Leergutverbindlichkeiten auf den Kaufpreis ein versteckter Dissens vorgelegen, zum Ausdruck gebracht hat, erklärte Grundlage des Kaufvertrages sei gewesen, daß ein den Leergutverbindlichkeiten entsprechender Leergutbestand im Geschäft des Zeugen Ke [REDACTED] und bei dessen Kunden vorhanden gewesen sei, die GmbH (Käuferin) also einen entsprechenden Gegenwert erhalte und in der Lage sei, im Zuge der Fortführung des Geschäftsbetriebes das Leergut vollständig an die Lieferanten zurückzugeben oder doch jedenfalls dafür zu sorgen, daß diese davon absahen, Leergutforderungen fällig zu stellen, d.h. Schadensersatz in Geld für nicht zurückgegebenes Leergut zu fordern. Es ist weiter darauf hingewiesen worden, daß dann, wenn die Leergutverpflichtungen nicht durch entsprechende Bestände gedeckt gewesen seien und sich daraus eine echte Belastung für die GmbH ergeben habe, die vom Beklagten erhobenen Einwendungen, wie Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, Gewährleistungsansprüche nach den §§ 459 ff BGB, Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage, begründet sein könnten.

Eine echte Belastung stellten die Leergutverbindlichkeiten für die Käuferin aber dann dar, wenn das Leergut zwar irgendwo vorhanden war, aber nicht begetrieben werden konnte. Das Bestehen eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 und 2 BGB kann unter solchen Umständen jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Maßgebend sind insoweit - neben den Vorstellungen der Vertragsparteien - vor allem wirtschaftliche Gesichtspunkte (vgl. BGH LM Nr. 4 zu § 138 (Ba) BGB; Nr. 3 zu § 138 (A) BGB = MDR 1965, 561). Wirtschaftlich gesehen war es für die Käuferin von entscheidender Bedeutung, ob die Leergutforderungen, die den Gegenwert für Leergutverbindlichkeiten in Höhe von rund 260 000 DM darstellen sollten, tatsächlich festgestellt und mit Erfolg geltend gemacht werden konnten; denn sie lief sonst Gefahr, entsprechende Ersatzbeträge an die Getränkeliieferanten zahlen zu müssen, wenn diese nicht weiter still hielten, sondern Rückgabe des Leergutes forderten, was nicht von der Hand zu weisen war, weil sich das veräußerte Unternehmen im Vergleichsverfahren befand und von einer neu gegründeten GmbH fortgeführt werden sollte, die es erfahrungsgemäß schwer haben mußte, zufriedenstellende Umsätze zu erzielen.

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen ferner nicht aus, die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB mit der Begründung auszuschließen, ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vermöge den Einwand der Sittenwidrigkeit allein nicht zu begründen. Letzteres ist zwar richtig. In der Rechtsprechung ist aber anerkannt, daß ein Vertrag bei auffälligem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wenn eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragsteiles hervorgetreten ist, wie insbesondere

bei bewußter Ausnutzung einer schwierigen Lage der anderen Seite. Dabei kann ein besonders grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung allein schon den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung rechtfertigen (vgl. BGH WM 1969, 1255, 1257).

Das Vorbringen des Beklagten ist insoweit nicht unschlüssig, zumal er für die GmbH, jedenfalls nach seiner Darstellung, Leergutverpflichtungen in Höhe von 260 000 DM ohne jeden wirtschaftlichen Gegenwert übernommen hat und Kerschsieper auch wissen mußte, ob die Leergutforderungen buchmäßig nicht erfaßt oder zu alt waren, um noch mit Erfolg geltend gemacht werden zu können, und daher die Leergutforderungen bereits bei Geschäftsübernahme zum größten Teil praktisch wertlos waren. Für eine schwierige Lage des Beklagten spricht, daß er seine Einlage (später Darlehen) nicht verlieren wollte und sich außerdem von einem Rechtsanwalt beraten ließ, der bis zur Stellung des Vergleichsantrages jedenfalls der Berater des Vergleichsschuldners und Verkäufers Ke[REDACTED] war. Zudem war der Beklagte in geschäftlichen Angelegenheiten ersichtlich unerfahren. Unter diesen Umständen ist auch die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 2 BGB nicht ohne weiteres auszuschließen.

II. Zur rechtzeitig erklärten Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung führt das Berufungsgericht aus, der Beklagte könne damit keinen Erfolg haben, weil zumindest Rechtsanwalt Dr. F[REDACTED] als Bevollmächtigter und Vertreter des Beklagten die Höhe der Leergutverbindlichkeiten gekannt und als Rechtsanwalt auch in ihrer vollen Bedeutung erfaßt habe; er jedenfalls sei sich des Risikos und der zu erwartenden Schwierigkeiten, das Leergut aus der Kundschaft zurückzuholen, bewußt gewesen. Diese Kenntnis müsse sich der Beklagte nach den §§ 164, 166 BGB zurechnen lassen; deshalb entfalle eine arglistige Täuschung.

Die Revision greift auch diese Ausführungen mit Erfolg an.

1. Soweit das Berufungsgericht ausführt, der Beklagte müsse sich die Kenntnis des Rechtsanwalts Dr. F. zurechnen lassen, hat es nicht beachtet, daß der Beklagte den Kaufvertrag selbst abgeschlossen hat. Danach kommt eine unmittelbare Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB jedenfalls nicht in Betracht.

In der Rechtsprechung ist zwar der Grundsatz des § 166 Abs. 1 BGB auch auf andere Hilfspersonen des Geschäftsherrn, wie insbesondere Versicherungsagenten oder sonstige nur zur Vorbereitung von Geschäften berechnete Vertreter angewandt worden (vgl. RGZ 131, 343, 355 ff; BGH LM Nr. 1 zu § 307 BGB). Dies kann aber nur für den Fall gelten, daß es sich um Hilfspersonen handelt, die dem Geschäftspartner gegenüber bei den Vertragsverhandlungen als für den Geschäftsherrn handelnd in Erscheinung getreten sind, also eine vertreterähnliche Stellung gehabt haben; auf Personen, die den Geschäftsherrn nur intern beraten, ist § 166 Abs. 1 BGB nicht entsprechend anzuwenden (vgl. BGH LM Nr. 8 zu § 166 BGB = MDR 1964, 130 f).

Den Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht entnommen werden, ob Rechtsanwalt Dr. F. bei den Verhandlungen über den Vertrag vom 29. März 1968 als Vertreter des Beklagten und damit der GmbH aufgetreten ist. Der Beklagte hat dies bestritten und geltend gemacht, Rechtsanwalt Dr. F. habe gar nicht für ihn auftreten können, weil er der langjährige Berater des Vergleichschuldners und Verkäufers Kerschsieper gewesen sei. Ob dies zutrifft, ist nicht geprüft.

Offen bleibt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weiterhin, ob sich Rechtsanwalt Dr. F. hinsichtlich der Leergutverbindlichkeiten bestehenden Risikos tatsächlich voll bewußt gewesen ist. Da der Beklagte behauptet und unter Beweis gestellt hat, die Leergutforderungen seien aus der Buchführung

und den sonstigen Unterlagen der Firma Ke [REDACTED] überhaupt nicht feststellbar und überwiegend auch so alt gewesen, daß sie schon aus diesem Grunde nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden konnten, hätte sich die Kenntnis des Rechtsanwalts Dr. F [REDACTED] gegebenenfalls auch hierauf beziehen müssen.

2. Eine arglistige Täuschung des Beklagten im Sinne von § 123 BGB kann nach dem vom Berufungsgericht nicht voll gewürdigten Vortrag des Beklagten weniger in den Angaben über die Höhe der Leergutverbindlichkeiten, als vor allem darin liegen, daß in ihm die Vorstellung erweckt wurde, die Leergutverpflichtungen könnten durch Leergutforderungen ausgeglichen werden. Diese Vorstellung war insbesondere dann irrig, wenn aus den dem Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen überhaupt nicht zu ersehen war, von wem und in welcher Höhe das Leergut zurückgefordert werden konnte. In diesem Zusammenhang ist auch die Behauptung von Bedeutung, die Leergutverbindlichkeiten seien nicht etwa in den letzten Wochen oder Monaten vor der Geschäftsübergabe entstanden, sondern hätten sich über viele Jahre durch unsorgfältige Behandlung angesammelt. Dies alles wird letzten Endes nur anhand der Unterlagen, deren Vorlage der Beklagte verlangt hat, und mit Hilfe eines Sachverständigen geklärt werden können. Trifft es zu, dann war es auch arglistig, wenn Ke [REDACTED], wie ebenfalls behauptet worden ist, die Höhe der Leergutverbindlichkeiten in ihrer Bedeutung herunterspielte mit der Erklärung, das Leergut befinde sich zum größten Teil in der Kundschaft, und dadurch die Vorstellung erweckte - wovon auch das erste Revisionsurteil ausgeht - diese Verbindlichkeiten könnten durch einen Aktivbestand an Leergutforderungen nahezu ausgeglichen werden.

III. Einen Mangel des Unternehmens im Sinne der §§ 459 ff BGB kann es darstellen, daß, wie behauptet und unter Beweis gestellt worden ist, nicht feststellbar war, wo sich das Leergut befand,

das den Gegenwert zu den übernommenen Leergutverpflichtungen darstellen sollte. Die Bedenken des Berufungsgerichts, es sei zweifelhaft, ob ein Mangel vorliege, weil die Übernahme der Leergutverpflichtungen kein Teil des Kaufpreises sei, sind nicht begründet. Entscheidend ist insoweit nicht die Aufgliederung im Kaufvertrag, sondern daß es sich hierbei um einen Teil der von der Verkäuferin zu erbringenden Gegenleistung handelt, wie andererseits auch die Leergutforderungen zum Kaufgegenstand gerechnet werden müssen. Soweit das Berufungsgericht ausführt, etwaige Gewährleistungsansprüche seien nach § 460 BGB ausgeschlossen, weil Rechtsanwalt Dr. F. die Schwierigkeiten gekannt habe, ist erneut darauf hinzuweisen, daß sich der Beklagte die Kenntnis des Rechtsanwalts Dr. Feige nicht ohne weiteres entgegenhalten zu lassen braucht (vgl. oben II 1).

IV. Die Grundsätze über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage hält das Berufungsgericht deshalb nicht für anwendbar, weil sich der Beklagte auf Umstände berufe, die von beiden Seiten als ungewiß und risikobeladen angesehen worden seien. Auch insoweit gilt indessen, daß dem Beklagten die behauptete Kenntnis des Rechtsanwalts Dr. F. nicht ohne weiteres zugerechnet werden kann. Zudem bleibt offen, ob der behauptete Hinweis der Verkäuferseite auf Schwierigkeiten, die sich bei der Geltendmachung der Leergutforderungen ergeben könnten, das Risiko einschloß, nicht feststellen zu können, wo sich das Leergut befand, und unter Umständen nach Leergut zu fahnden, das schon vor Jahren in den Besitz von Kunden gelangt war.

V. In seinen Ausführungen zur Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) hat das Berufungsgericht zu Unrecht außer acht gelassen, daß insoweit auch geltend gemacht worden war,

Kerschsieper habe seine Verpflichtung zur treuhänderischen Verwaltung von Trinkhallen, bei denen die Vermieter einen Eintritt der GmbH in den Mietvertrag ablehnten (§ 1 des Kaufvertrages), nicht erfüllt.

VI. Eine Wiederansichnahme der mit dem Unternehmen verkauften beweglichen Sachen durch den Verkäufer hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht. Die hiergegen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen erscheinen als nicht begründet, so daß auf die Anwendbarkeit des § 5 AbzG nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

VII. Die angefochtene Entscheidung kann aus den unter I - V dargelegten Gründen keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung zu den dort behandelten Einwendungen des Beklagten ist dem Revisionsgericht mangels ausreichender Feststellungen nicht möglich. Das Urteil des Berufungsgerichts war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten dieses Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Schönberg

v. Gamm