

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 144/64

URTEIL

Verkündet am

11. November 1966
Wüst, Justizhaupt-
sekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Horst W [REDACTED], B [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED] bei G [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die J [REDACTED] Gaststätten- und Spielbetriebe GmbH in Liqui-
dation, vertreten durch ihren Liquidator Oskar B [REDACTED],
B [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1966 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 13. April 1964 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte bot am 25. Januar 1963 in der Zeitung "Frankfurter Allgemeine" das von ihr in Berlin W 15, Fasanenstraße 23 seit dem 25. August 1963 betriebene Spielkasino "J [REDACTED]-Club" mit folgender Anzeige zum Verkauf an:

"Eleganter Spiel-Club in Westberlin (K [REDACTED]) mit nachweisbaren Monatsumsätzen bis zu DM 200 000,-- wegen Ausreise zu verkaufen.
Spiel-Konzession wird für den Käufer beschafft.
Verhandlungsbasis: DM 100 000,--
Mindestbaranzahlung: DM 30 000,--
Angebote unter"

- 3 -

Aufgrund dieser Anzeige schrieb der Kläger am 27. Januar 1963 an die angegebene Chiffre. Die Beklagte erwiderte unter dem 30. Januar 1963.

Am 7. Februar 1963 verhandelten die Parteien in Gegenwart des Rechtsvertreters der Beklagten, des Rechtsanwalts Dr. Ernst Sch[REDACTED], sieben Stunden. Im Verlauf der Besprechung erhielt der Kläger Einsicht in die vom Finanzamt Charlottenburg-Ost bestätigten Spielabrechnungen, die sogenannten Bon-Bücher. Obwohl er angab, auf dem Gebiet des Spielwesens Erfahrung zu haben - der Kläger war 28 Jahre alt und von Beruf Bäckermeister aus Oppenheim am Rhein -, ermahnte ihn Rechtsanwalt Dr. Sch[REDACTED] zu besonderer Vorsicht. Er sagte wörtlich: "Haben Sie es nötig, einen Spielclub zu betreiben?" Diese Mahnung schlug der Kläger mehrfach aus und erklärte, den angebotenen Spielclub unter allen Umständen kaufen zu wollen. Die Kaufsumme wurde unter Berücksichtigung insbesondere des durch die Bon-Bücher ausgewiesenen Umsatzes auf DM 80 000,-- ausgehandelt. Bevor es zur Unterschriftsleistung kam, ermahnte Rechtsanwalt Dr. Sch[REDACTED] den Kläger noch einmal im Namen der Beklagten, alles zu bedenken, mit den Worten: "Wenn erst unterschrieben ist, ist es zu spät; ein Spielclub ist nicht für jedermann das richtige". Hierauf bat sich der Kläger noch einmal die Bon-Bücher zur Durchsicht aus. Sie wurden ihm gegeben. Der Kläger rechnete sie noch einmal durch. Schließlich kam es zu dem schriftlichen Vertrag, der u.a. folgende Vereinbarung enthält:

- "1) Die Verkäuferin verkauft an den Käufer das von ihr zu Berlin 15, F[REDACTED]str. [REDACTED] betriebene, in ihrem Alleineigentum stehende unter dem Namen "J[REDACTED]-Club" geführte Spielcasino, so wie es steht und liegt.
.....



- 2) Der Käufer verpflichtet sich zur Zahlung eines Kaufpreises von DM 80 000,-- an die Verkäuferin

.....
.....

- 10) Grundlage dieses Vertrages bilden die von der Verkäuferin dem Käufer vorgelegten, seit dem 25. August 1962 geführten, vom Finanzamt abgestempelten Bon-Bücher, ausweisend einen Gesamtumsatz, bestehend aus Gesamteinsatz in Höhe von mindestens DM 530 000,-- d.h. einer Gesamteinnahme in Höhe von mindestens DM 53 000,-- (10 %) bis zum 31.12.1962."

Im Anschluß daran gaben die Parteien noch folgende schriftliche Erklärung ab:

"Hiermit wird bestätigt, daß die in § 10 des Kaufvertrages vom 7.2.63 als Grundlage des Vertrages genannten Umsatzzahlen sich ausschließlich auf die vom J [REDACTED]-Club in der Zeit vom 25.8.62 bis 31.12.1962 mit dem Berliner Ramso-Spiel erzielten Umsätze beziehen und hieraus keine Umsatzerwartung für das nach Übernahme des Kaufgegenstandes betriebene B.-Ramso-Spiel vom Unternehmer abgelitet werden kann."

Entsprechend den Zahlungsbedingungen ließ der Kläger alsbald die vereinbarten DM 50 000,-- als Anzahlung in bar an die Beklagte überweisen und begab wegen des Restes von DM 30 000,-- 12 Wechsel über je DM 2 500,--.

Am 28. Februar 1963 übernahm der Kläger den Spielclub.

Mit Schreiben vom 4. März 1963 verlangte der Kläger Rückzahlung der Kaufpreisanzahlungssumme, weil der Hauseigentümer nicht bereit sei, einen Mietvertrag mit ihm abzuschließen, und forderte die Beklagte auf, am 5. März 1963 zur Rückübernahme des Inventars sowie Kontrolle der Zählerstände und Übergabe der Schlüssel im J [REDACTED]-Club zu erscheinen.

Nach fruchtlosem Ablauf der zur Rückzahlung gesetzten Frist erklärte der Kläger am 14. März 1963 durch seinen Prozeßbevollmächtigten die Anfechtung des Kaufvertrages "wegen arglistiger Täuschung und Irrtums" über die Rentabilität des Spielclubs.

Er hat vorgetragen, mit der Zeitungsanzeige, die den Vertragsverhandlungen zugrunde gelegen habe, habe die Beklagte ihm zugesichert, daß das Spielcasino monatliche "Netto-Einnahmen" von DM 20 000,-- abwerfe. Diese Zusicherung, die ihn zum Vertragsabschluß bewogen habe, habe sich jedoch als unrichtig herausgestellt. Bei der Übernahme des Casinos habe er Anfang März 1963 aufgrund von Informationen des früheren Croupiers S. feststellen müssen, daß die monatlichen Umsätze im Jahre 1962 etwa DM 30 000,--, im Januar 1963 höchstens DM 50 000,-- betragen hätten. Die Umsätze und die daraus resultierenden Einnahmen hätten damit auch nicht die in Nr. 10 des Kaufvertrages zugesagte Höhe von DM 53 000,-- für vier Monate (Ende August bis Ende Dezember 1962) = ca. DM 13 000,-- monatlich erreicht. Diese der Beklagten bereits bei Vertragsschluß bekannten Umstände habe sie ihm arglistig verschwiegen. Sie habe ihn weiter nicht darüber aufgeklärt, daß sie aufgrund der schlechten Geschäftslage gezwungen gewesen sei, in erheblichem Umfange Werbespiele mit eigenen Einsätzen durchzuführen, so daß die in den bei Vertragsabschluß allein vorgelegten Bon-Büchern ausgewiesenen Kartengeldeinnahmen von insgesamt DM 53 000,-- für August bis Dezember 1962 nicht den tatsächlichen Gewinn des Casinos dargestellt hätten. Die Steuerunterlagen habe er nicht gesehen.

Die Beklagte habe ihm weiter verschwiegen, daß sie das Spielcasino im November 1962 an den Zahnarzt B.

verpachtet gehabt habe, der es mit einem Verlust von ca. DM 5 500,-- habe schließen müssen. Das Kasino sei dann erst am 11. Dezember 1962 wieder eröffnet worden. Auch B. gegenüber hätten die Gesellschafter der Beklagten bei Abschluß des Pachtvertrages unwahre Angaben gemacht.

Aufgrund dieses Sachverhalts macht der Kläger neben den Rechten aus der Anfechtung Gewährleistungsansprüche geltend und verlangt Wandlung, hilfsweise Minderung des Kaufpreises.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
DM 50 000,-- nebst 4 % Zinsen seit
dem 19. März 1963 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, Grundlage des Kaufvertrages seien, wie die Nr. 10 des Vertrages ausdrücklich klarstelle, lediglich die vom Finanzamt bestätigten Bon-Bücher gewesen, nicht die Zeitungsanzeige, obwohl auch deren Inhalt zutreffe. Die Bon-Bücher für die Zeit vom 25. August bis zum 31. Dezember 1962 hätten aber dem Kläger bei Vertragsschluß vorgelegen und seien von ihm eingehend geprüft worden. Er habe die einzelnen Zahlen der Bon-Bücher in der Weise nachgerechnet, daß er die sich aus den Bon-Büchern ergebenden Einzelsummen diktiert habe, um sie dann zusammenrechnen und vergleichen zu lassen.

Das Landgericht hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, der Kläger habe den Kaufvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht die Klage abgewiesen.

Mit der Revision begehrt der Kläger die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückweisung der Berufung der Beklagten. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Beklagte hat trotz ihrer Löschung im Handelsregister nicht die Parteifähigkeit verloren. Die Löschung hat nämlich keine rechtsgestaltende Wirkung in dem Sinne, daß sie die Gesellschaft endgültig zum Erlöschen bringt, sie hat vielmehr nur die Bedeutung der Beurkundung einer Tatsache. Im Streitfall ist die Liquidation entgegen der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister noch nicht beendet und damit die Gesellschaft noch nicht erlöschen, somit auch noch parteifähig.

Die Liquidation einer Gesellschaft ist in der Regel solange nicht beendet, als ein anhängiger Prozeß nicht abgeschlossen ist (so Brodmann, GmbHG, 2. Aufl. 1930 Anm. 3 b zu § 74; Vogel, GmbHG, 2. Aufl. Anm. 1 zu § 74 unter Hinweis auf RGZ 77, 268, 273).

Dabei ist von dem anerkannten Grundsatz auszugehen, daß die Beendigung der Liquidation und damit der Verlust der Parteifähigkeit dann eintritt, wenn die Gesellschaft

kein Vermögen mehr hat (BGH LM Nr. 1 zu § 74 GmbHG). Die Parteifähigkeit hängt mithin von dem Vorhandensein irgendwelcher Aktiven ab. Indes muß insoweit im Prozeß gegen die Gesellschaft die Behauptung des Klägers genügen (Wieczorek B II b 1 zu § 50 ZPO; Scholz, GmbHG, 4. Aufl. Anm. 12 zu § 13). Ein Kläger aber, der bereits gegen die werbende Gesellschaft eine Klage auf Zahlung erhoben hatte, die während der Liquidation der Gesellschaft fortgesetzt wird, trägt damit regelmäßig zugleich vor, die beklagte Gesellschaft habe noch Vermögen. Im Streitfall kommt hinzu, daß die Beklagte ersichtlich aus den Vorinstanzen nicht unerhebliche - bedingte - Kosten-erstattungsansprüche gegen den Kläger hat.

B. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, der Kläger habe keinen Anspruch nach § 812 BGB, weil die von ihm erklärte Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung keine rechtliche Wirkung entfaltet habe.

I. 1. Das Berufungsgericht führt dazu im einzelnen aus, durch die Anzeige in der Zeitung "Frankfurter Allgemeine" sei der Kläger nicht getäuscht worden. Zwar habe diese Anzeige bei den Vertragsverhandlungen eine gewisse Bedeutung erlangt, der Kläger habe aber nicht einmal behauptet, daß die Angaben in der Anzeige unrichtig seien. In Wirklichkeit seien sie aber auch, wie sich aus den Geschäftsunterlagen ergebe, richtig. Die Beklagte habe in ihrer Anzeige angegeben, in ihrem Spielclub seien nachweislich schon Monatsumsätze bis zu DM 200 000,-- erzielt worden. Mit dieser Anzeige habe sie jedoch nicht vorgespiegelt, daß solche Monatsumsätze durchschnittlich erzielt worden seien oder daß solche gegenwärtig erwartet werden könnten. Sollte der Kläger das angenommen haben, so hätte er eine nach dem

Inhalt der Anzeige nicht begründete Folgerung gezogen. Nach der Überzeugung des Gerichts habe der Kläger aber auch solche Erwartungen nicht gehabt. Er sei sich über die tatsächlichen Umsätze bei Vertragsschluß völlig im klaren gewesen und habe sich eine Belebung durch Einführung eines neuen Spiels erhofft. Das ergebe sich nicht nur aus dem unbestrittenen Ablauf der Verhandlungen, sondern auch aus den während der Verhandlung bei Durchsicht der Bon-Bücher vom Kläger gemachten Zahlenaufstellungen, die auf der Urschrift seines Schreibens vom 27. Januar 1963 enthalten seien. Dem Kläger hätten also annähernd die gleichen Zahlen vorgelegen, wie sie sich aus den Geschäftsunterlagen der Beklagten ergäben. Maßgebend für den Kaufentschluß des Klägers seien die in den Bon-Büchern ausgewiesenen Beträge gewesen, nicht der Inhalt der Anzeige.

2. Die Beklagte, so führt das Berufungsgericht weiter aus, habe den Kläger auch nicht über wesentliche Eigenschaften des Spielclubs getäuscht. Der Kläger sehe diese Täuschung darin, daß die Beklagte ihm in Nr. 10 des Vertrages Kartengeldeinnahmen von DM 53 000,-- für die Monate August bis Dezember 1962 zugesichert habe. In der Zusicherung, daß ein Geschäft in der Vergangenheit einen bestimmten Betrag abgeworfen habe, könne die Zusicherung einer Eigenschaft des Geschäfts für die Zukunft jedoch nur dann gesehen werden, wenn die Zusicherung eine längere Zeitspanne erfasse. Schon daran fehle es.

Aber selbst, wenn in den Umsatzzahlen der letzten vier Monate des Jahres 1962 eine auch für die Zukunft geltende Eigenschaft gesehen werden sollte, dann fehle es an der Arglist. Denn nach Nr. 10 des Vertrages sollten die durch die Bon-Bücher ausgewiesenen Beträge "Grundlage"

des Vertrages sein. Daraus allein unter Berücksichtigung der Begleitumstände lasse sich entnehmen, daß die Beklagte in diesem Umfang für den Kläger erkennbar Zusicherungen auch für die Zukunft nicht habe machen wollen.

Die Nr. 10 des Vertrages habe für den Kläger eine wenn auch weitgehend unsichere, tatsächliche Unterlage für Spekulationen gebildet und für die Beklagte insoweit Bedeutung gehabt, daß sie den Käufer über den bisherigen Geschäftsverlauf unterrichtet und damit etwaige Einwendungen abgeschnitten habe.

3. Die Beklagte habe den Kläger auch nicht in Bezug auf den Umsatzrückgang getäuscht. Der Kläger sei vielmehr nicht nur nicht getäuscht, sondern geradezu darauf hingewiesen worden, daß der Umsatz von Monat zu Monat mehr zurückgegangen sei und im Dezember 1962 einen Tiefstand erreicht habe.

4. Schließlich seien, so fährt das Berufungsgericht fort, dem Kläger durchaus nicht Brutto- für Nettoeinnahmen vorgespiegelt worden. Bei den vom Kläger gemachten Äußerungen habe die Beklagte keinen Anlaß gehabt, daran zu zweifeln, daß er auch über die Notwendigkeit von Werbespielen unterrichtet gewesen sei. Im übrigen hätten die Werbespiele keinen bedeutenden Umfang gehabt. Insgesamt seien an Einsätzen DM 1 855,80 verbucht. Es komme daher nicht auf die unter Beweis gestellten Behauptungen des Klägers an, in den Monaten August, September und teilweise Oktober 1962 habe die Beklagte den buchmäßigen Umsatz durch Werbespiele hochgetrieben.

5. Schließlich habe die Beklagte den Kläger auch nicht durch Verschweigen der Verpachtung an B. im

November 1962 getäuscht. Die Tatsache, daß der frühere Pächter den Spielklub mit Verlust habe schließen müssen, habe keine selbständige Bedeutung für den zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag. Sie bestätige nur die negative Entwicklung des Geschäftsbetriebs, wie sie auch dem Brancheunkundigen schon durch den in den Bon-Büchern beurkundeten, von Monat zu Monat sich steigenden Umsatz- und Einnahmerückgang seit September 1962 ersichtlich gewesen sei.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht wird dem unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers, der Umsatz des Kasinos sei in den ersten Monaten durch Werbespiele hochgetrieben und damit sei ein unechtes Ergebnis erzielt worden, nicht gerecht. Der aus den Geschäftsunterlagen ersichtliche Betrag von DM 1 855,80 wird vom Berufungsgericht als der Spieleinsatz für Werbespiele und als nur geringfügig im Verhältnis zum Gesamtumsatz bezeichnet. Es ist nicht ersichtlich, worauf das Berufungsgericht diese Feststellung stützt; denn nach den Abrechnungsbögen handelt es sich bei diesem Betrag um Verluste aus Werbespielen; es ist nicht sicher, daß diese Verluste mit den Einsätzen gleichgesetzt werden können; es ist durchaus denkbar, daß die Einsätze erheblich höher waren und jedenfalls zum Teil durch Gewinne ausgeglichen wurden. Das Berufungsgericht hätte daher die angetretenen Beweise erheben und die Fragen des Verhältnisses von Einsatz und Verlust bei Werbespielen klarstellen müssen.

Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts geht fehl, der Kläger hätte in diesem Zusammenhang behaupten

und unter Beweis stellen müssen, die Buchungen seien falsch. Die Bon-Bücher dienen in erster Linie der Berechnung und Festsetzung der Vergnügungssteuer; es sind dort alle Spieleinsätze einzutragen, ohne daß es in diesem Zusammenhang darauf ankommt, ob die Spieleinsätze von Dritten eingezahlt werden oder ob der Unternehmer den Spieleinsatz trägt. Die Buchungen in den Bon-Büchern sind mithin auch in dem zuletzt erwähnten Falle richtig. Es trifft allerdings zu, daß bei der Durchführung von Werbespielen die Vergnügungssteuer ohne Einnahmen und damit auch ohne Unternehmergewinn gezahlt werden muß. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließt dieser finanzielle Aufwand nicht die Möglichkeit aus, daß Werbespiele in erheblichem Umfange betrieben wurden, um andere Ziele, z.B. einen günstigen Verkauf des Objekts, zu erreichen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wären bei der Durchführung von 50 v.H. Werbespielen und einem in den Bon-Büchern ausgewiesenen Gesamtumsatz von DM 530 000,-- an Vergnügungssteuer DM 6 650,-- ohne entsprechende Einnahmen zu zahlen gewesen. Andererseits zahlte der Kläger für den Club DM 80 000,--, einen Betrag also, der auch einen solchen Aufwand unter Umständen gerechtfertigt haben würde.

Nach allem kann das Berufungsurteil schon aus diesem Grund keinen Bestand haben und war aufzuheben. Das Berufungsgericht wird in der erneuten Verhandlung der Frage der Umsatzsteigerung durch Werbespiele nachzugehen und erforderlichenfalls die angetretenen Beweise zu erheben haben. Dabei wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß Werbespiele in einem gewissen Umfang branchenüblich sind.

2. a) Mit Recht bekämpft die Revision auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei sich über die tatsächlichen Umsatzerfolge völlig im klaren gewesen und habe eine Belebung des Spielgeschäfts allein aus der Einführung eines neuen Spiels erhofft (BU 19), sowie die weitere Feststellung des Berufungsgerichts (BU 23), der Kläger sei geradezu darauf hingewiesen worden, daß der Umsatz seit dem hohen Betrag im September 1962 von Monat zu Monat mehr zurückgegangen sei und im Dezember 1962 einen Tiefstand erreicht habe. Es ist nicht ersichtlich, worauf das Berufungsgericht diese Feststellungen stützt. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Aufstellung des Klägers, die er während der Verhandlungen gemacht hat (Hülle GA 107), nicht zu entnehmen, daß der Kläger einen Überblick über den Umsatzrückgang hatte. Die Aufzeichnungen sind ohne Angabe eines Datums. Ein Vergleich der Aufzeichnungen mit den Bon-Büchern ergibt folgendes: Spalte 1 (Rückseite des Schreibens, linke Spalte) enthält die Endsummen der Bon-Bücher Nr. 12 - 20 und umfaßt den Zeitraum vom 30.9. bis 5.11.1962, die Spalte 2 (Rückseite des Schreibens, rechte Spalte) enthält die Endsummen der Bon-Bücher Nr. 01 - 11 und umfaßt den Zeitraum vom 25.8. bis 30.9.1962, die Spalte 3 (Vorderseite des Schreibens) enthält die Endsummen der Bon-Bücher Nr. 21 - 24 und 27 - 29 und umfaßt den Zeitraum vom 5.11. bis 16.11. und Dezember 1962. In der Aufstellung des Klägers fehlen die Bon-Bücher Nr. 25 und 26 für den Zeitraum vom 22.11. bis 30.11.1962. Es läßt sich demnach auch aus der Art der Zusammenstellung und der Aufaddierung nicht der Schluß rechtfertigen, daß der Kläger den Umsatzrückgang erkannt hat. Das Berufungsgericht berücksichtigt ferner nicht, daß in der Aufstellung die Endsummen von zwei Bon-Büchern fehlen, daß demnach viel dafür spricht, daß dem Kläger nicht einmal alle Bon-Bücher vorgelegen haben. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum

der Kläger gerade die Zahlen dieser Bon-Bücher nicht notiert haben sollte. Überdies läßt sich diesem Umstand zwanglos weiter entnehmen, daß der Kläger weder auf die Nummern der Bon-Bücher, noch auf die Daten geachtet hat und mithin nur Kenntnis vom Gesamtumsatz (abgesehen von den Zahlen der nicht notierten Bon-Bücher), aber nicht von dem Umsatzrückgang erhalten hat.

Der Umstand, daß das Bon-Buch Nr. 26, dessen Endsumme in der Aufstellung des Klägers nicht enthalten ist (Zeitraum vom 27. - 30. November 1962), nur 576 ausgefüllte Spielbons enthält und die übrigen Bons (bis Nr. 800) vom Finanzamt ungültig gestempelt sind, gewinnt Bedeutung in Verbindung mit dem noch zu behandelnden Vortrag des Klägers, die Beklagte habe ihm die Verpachtung des Spielclubs im November 1962 arglistig verschwiegen. Denn nur in dem Bon-Buch Nr. 26 (und Nr. 29 - Jahresabschluß 1962) sind unbenützte Spielbons ungültig gestempelt, während sonst das Ende eines Monats keinen Anlaß bot, die nicht verwendeten Bons ungültig stempeln zu lassen. Die Annahme liegt nicht fern, daß die Beklagte das Bon-Buch Nr. 26 dem Kläger deshalb nicht vorgelegt hat, um dessen Rückfrage zu vermeiden, warum gerade das Buch Nr. 26 mit dem Monatsende abgeschlossen und der Rest der Spielbons ungültig gestempelt worden sei.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Umsatzentwicklung gekannt, entbehrt nach alledem der tatsächlichen Grundlage.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, worauf das Berufungsgericht seine weiteren Feststellungen stützt, der Kläger habe eine Belebung des Spielgeschäfts allein aus der Einführung eines neuen Spiels erhofft, für die

EntschlieÙung des Klägers zum Kauf sei daher die Umsatzentwicklung nicht ursächlich gewesen. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß diese Hoffnung nicht ausschließt, der Kläger sei bei Abschluß des Kaufvertrages von den unrichtigen und unvollständigen Angaben der Beklagten ausgegangen und dadurch zum Erwerb des Unternehmens jedenfalls mitbestimmt worden.

b) Der Kläger hat bestritten, daß ihm die Geschäftsbücher oder weitere Unterlagen zur Kenntnis gebracht worden seien. Für die Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß der Kläger nur die Bon-Bücher eingesehen hat. Auch aus Nr. 10 des Vertrages ist nichts über die Umsatzentwicklung zu entnehmen.

Ohne Rechtsverstoß geht das Berufungsgericht von dem Grundsatz aus, daß Treu und Glauben das Offenlegen von Umständen erfordern, die für den Entschluß des anderen Vertragsteils von entscheidender Bedeutung sind, insbesondere dann, wenn der Verkäufer durch eigenes zweideutiges Verhalten die Möglichkeit einer Unklarheit bei dem Geschäftsgegner begründet oder begünstigt hat oder auch, wenn der Käufer durch besondere Anfrage zu erkennen gegeben hat, daß er auf die Kenntnis gewisser Verhältnisse besonderen Wert legt oder schließlich, wenn die Aufklärung nach der Verkehrssitte und den Grundsätzen redlichen Geschäftsgebarens erwartet werden kann.

Das Berufungsgericht wird in der erneuten Verhandlung davon ausgehen müssen, daß die Umsatzentwicklung in der Regel, d.h. ohne das Vorliegen besonderer Umstände, beim Erwerb eines Unternehmens von Bedeutung und geeignet ist, maßgebend den Kaufentschluß zu beeinflussen. Dies wird ganz besonders für den Fall zu gelten haben, daß ein nicht un-

erheblicher und stetiger Umsatzrückgang eingetreten ist. Ob die Gründe für den Rückgang darauf beruhen, daß die Öffnungszeiten des Spielclubs verkürzt wurden, wie das Berufungsgericht meint, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Auch dieser Punkt hätte aber einer Offenlegung durch die Beklagte bedurft.

3. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß das Berufungsgericht die Bedeutung der Nr. 10 des Vertrages nicht erschöpfend gewürdigt habe, wenn es zu dem Ergebnis komme, die Nr. 10 des Vertrages habe für den Kläger die Bedeutung einer wenn auch weitgehend unsicheren tatsächlichen Unterlage für Spekulationen, für die Beklagte die Bedeutung eines Nachweises, daß der Kläger über den bisherigen Geschäftsverlauf unterrichtet und ihm damit etwaige Einwendungen abgeschnitten seien. Diese Auslegung trägt nicht einmal dem Wortlaut der Nr. 10 des Vertrages Rechnung, denn wenn Umstände "Grundlage des Vertrages" sind, dann handelt es sich jedenfalls um mehr als nur um "weitgehend unsichere tatsächliche Unterlagen für Spekulationen". Auch soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen im Schriftsatz des Klägers vom 24. März 1964 verweist, begegnet seine Auffassung rechtlichen Bedenken. Denn der Kläger will an dieser Stelle des Schriftsatzes ersichtlich dartun, daß der Beklagten die Pflicht zur Aufklärung über die Höhe der echten Einsätze auch und gerade deshalb obgelegen habe, weil es sich um ein Geschäft mit spekulativem Einschlag gehandelt habe. Daraus läßt sich nicht die Folgerung des Berufungsgerichts rechtfertigen, der Kläger habe Nr. 10 als unsichere tatsächliche Grundlage für Spekulationen angesehen.

Mit Recht weist die Revision auf die Anzeige in der FAZ hin, deren Inhalt zwar nicht unmittelbar zum Vertrags-

inhalt erhoben wurde, deren wesentlicher Inhalt, nämlich daß es sich um einen zumindest lebens- und entwicklungsfähigen Spielclub handle, aber in Nr. 10 des Vertrages durch die Angabe des Umsatzes für die Zeit vom 25. August bis zum 31. Dezember 1962 = DM 530 000,-- aufgenommen wurde. Mit der Güte und Entwicklungsfähigkeit des Unternehmens war dann auch der Kaufpreis von DM 80 000,-- zu rechtfertigen. Die tatsächliche Umsatzentwicklung des Unternehmens der Beklagten (über DM 200 000,-- im September, DM 140 000,-- im Oktober, DM 120 000,-- im November, DM 30 000,-- in 2/3 Dauer des Monats Dezember, DM 50 000,-- im Januar 1963) entspricht jedoch nicht diesem Unternehmensbild. Das Berufungsgericht wird schon insoweit in eine Prüfung einzutreten haben, ob die Beklagte den Kläger arglistig getäuscht hat. Das Berufungsgericht wird überdies auch in diesem Zusammenhang den unten zu 4. erörterten Umstand heranzuziehen haben, daß die Beklagte dem Kläger die Verpachtung des Spielclubs im November 1962 verschwiegen hat.

Auch die ergänzende Erklärung der Parteien, aus den mitgeteilten Umsätzen lasse sich keine Umsatzerwartung für die Zukunft herleiten, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Denn die Unrichtigkeit der Angaben bezieht sich auf das durch die erzielten Umsätze vermittelte Bild des Unternehmens der Beklagten und nicht auf künftige Umsatzerwartungen.

4. Schließlich ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Kläger nicht insoweit getäuscht, als sie die Verpachtung an B. im November 1962 verschwiegen habe, aus Rechtsgründen zu beanstanden. Das Berufungsgericht geht auch hier zu Unrecht davon aus, dem Kläger sei der von Monat zu Monat sich steigernde Um-

satzrückgang bekannt gewesen.

Davon abgesehen ist aber auch die weitere Folgerung des Berufungsgerichts von Rechtsirrtum beeinflusst, es könne von der Beklagten nicht verlangt werden, von dem Verlustgeschäft des Pächters zu berichten und damit den Käufer besonders eindringlich zu warnen; bei dem zu berücksichtigenden Interessengegensatz zwischen Verkäufer und Käufer würde dies eine Überspannung der Aufklärungspflicht bedeuten. Denn die Beklagte hätte den Mißerfolg des Pächters jedenfalls schon deshalb dem Kläger mitteilen müssen, weil sie nach ihrer Anzeige den Eindruck erweckt hatte und diesen Eindruck aufgrund der Nr. 10 des Vertrages auch weiter unterhielt, als ob hier ein gut fundiertes und entwicklungsfähiges Unternehmen "wegen Ausreise" des Inhabers veräußert werden sollte.

C. I. Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers nach den §§ 459 ff BGB mit der Begründung verneint, es fehle schon an einer Zusicherung oder Vorspiegelung bestimmter geschäftlicher Eigenschaften, bei der Kürze der Unternehmensdauer könne von einer aus den Umsätzen der vier Monate des Jahres 1962 zu entnehmenden Eigenschaft des Erwerbsgeschäfts noch nicht gesprochen werden.

Diese Auffassung des Berufungsgerichts begegnet keinen durchgreifenden Bedenken; Auch die Heranziehung des Inhalts der Anzeige in der FAZ führt zu keinem anderen Ergebnis, da anders als im Falle der arglistigen Täuschung keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme bestehen, es habe keine bestimmte Eigenschaft des Unternehmens im Sinne einer Sacheigenschaft zugesichert werden sollen.

II. Soweit das Berufungsgericht Ansprüche des Klägers aus einer unerlaubten Handlung mangels einer Täuschung des Klägers durch die Beklagte ablehnt und dabei darauf hinweist, die Staatsanwaltschaft habe das Verfahren bisher aus rechtlichen Gründen eingestellt, nämlich weil ein Betrug oder Betrugsversuch nicht nachweisbar sei, ist dem entgegenzuhalten, daß die Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 154 a StPO (jetzt § 154 d StPO) erfolgt ist, wonach die Staatsanwaltschaft zwecks Austragung der für das Strafverfahren vorgreiflichen bürgerlich-rechtlichen Fragen eine Frist bestimmen kann. Dementsprechend hat die Staatsanwaltschaft auch mitgeteilt, sie werde sich im Abstand von drei Monaten über den Fortgang des Zivilverfahrens unterrichten und nach dessen Abschluß auch die übrigen Fälle erneut prüfen. Das Berufungsgericht kann sich daher nicht auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft berufen, vielmehr erwartet gerade umgekehrt die Staatsanwaltschaft die Entscheidung des Zivilgerichts.

III. 1. Das Berufungsgericht verneint schließlich auch einen Anspruch des Klägers unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB.

Dazu führt das Berufungsgericht aus, auch der Gesichtspunkt, daß der Wert des Kaufgegenstandes in einem auffälligen Mißverhältnis zum Kaufpreis stehe, könne den Anspruch des Klägers nicht rechtfertigen. Denn die Voraussetzungen des § 138 BGB lägen im übrigen nicht vor. Die möglicherweise vorliegende Unerfahrenheit des Klägers sei aber schon deshalb von der Beklagten nicht in verwerflicher Weise ausgenutzt worden, weil der Rechtsvertreter der Beklagten mehrfach den Kläger vor voreiligen Schritten gewarnt habe. Ein uncinsichtiger, dem mahnenden Zureden eines Erfahrenen trotzendes Vertragspartner verdiene nicht

den Schutz des Gesetzes. Ihm könne nicht anders geholfen werden, als daß er, durch den Verlust von Werten geläutert, fortan vorsichtiger und umsichtiger werde. Jedenfalls liege - und darauf allein komme es an, - hier ein bewußtes Ausnutzen der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns nicht vor.

2. Auch diese Ausführungen sind von Rechtsirrtum beeinflusst.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Warnung durch den Rechtsvertreter der Beklagten schließe ein Ausnutzen aus, weil der Kläger die Warnungen in den Wind geschlagen und daher bewußt alles Risiko auf sich genommen habe, würde nur dann zu billigen sein, wenn dem Kläger nicht bloß ohne Angabe von konkreten Gründen von dem Kauf abgeraten worden wäre; wenn z.B. dem Kläger die Umsatzentwicklung und der Mißerfolg des Pächters im November 1962 mitgeteilt worden wäre und dieser dann die auf diesen Tatsachen fußenden Warnungen nicht beachtet hätte. Es genügte nicht der Hinweis, der Kläger solle sich nicht durch den sich aus den Bon-Büchern ergebenden Gesamtumsatz und eine daraus abzuleitende Gesamteinnahme "blenden" lassen. Denn diese Warnung enthielt keinen Hinweis auf die schlechte Umsatzentwicklung. Anders läge der Fall nur dann, wenn dem Kläger zumindest der Umsatzrückgang bekannt gewesen wäre, er demnach klar sein Risiko hätte erkennen können. Auch insoweit wird das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 Absatz 1 und 2 BGB erneut zu prüfen haben.

D. Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Krüger-Nieland Pehle Sprenkmann Mösl Alff