

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO §§ 332, 331a

Der Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten kann von der erschienenen Partei auch in einem Termin, auf den die mündliche Verhandlung vertagt war, gestellt werden, sofern die andere Partei in diesem Termin ausgeblieben ist.

ZPO §§ 46 Abs.2, 567 Abs.3

Der Beschluß eines Oberlandesgerichts, durch den ein Ablehnungsgesuch gegen einen Richter zurückgewiesen wurde, unterliegt nicht der Nachprüfung durch den Bundesgerichtshof.

ZPO §§ 379, 402, 411 Abs.3

Ordnet das Gericht das Erscheinen eines Sachverständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens lediglich auf Antrag einer Partei an, so kann es die Ladung davon abhängig machen, daß die betreffende Partei einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die mündliche Befragung des Sachverständigen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

BGH, Urt. v. 8. Januar 1964 - VIII ZR 123/62 - OLG München
LG München

Verkündet am 8. Januar 1964
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

der Frau Erika Gräfin von K l [REDACTED]
in S [REDACTED] in T [REDACTED], F [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Alois W [REDACTED] in F [REDACTED]
[REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrich-
ter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts München vom
30. März 1962 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zum Nachlaß des Vaters der Beklagten, des am 26. Februar 1943 verstorbenen Dr. S. [REDACTED], gehörte ein Geschäftsanteil an der Sanatorium S. [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung (nachfolgend als GmbH bezeichnet) im Betrage von 217 800 RM. Erben des Dr. S. [REDACTED] wurden die Beklagte und ihre drei Geschwister. Nach der Währungsreform wurde der Geschäftsanteil der Erbengemeinschaft auf 141 570 DM umgestellt.

Im Jahre 1953 regelte der Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Dr. S. [REDACTED] schriftlich die Aufteilung des Geschäftsanteils des Erblassers auf die Erben unter Berücksichtigung der Vorempfänge. Auf die Beklagte entfiel ein Geschäftsanteil von 27 267,50 DM.

Durch notarielle Urkunde vom 20. September 1954 trat die Beklagte gegen Zahlung eines Kaufpreises von 18 145 DM, auf den eine Darlehensschuld der Beklagten an die GmbH verrechnet wurde, diesen Geschäftsanteil "mit sofortiger dinglicher Wirkung" an den Kläger ab, der bereits damals Vorsitzender des Aufsichtsrats der GmbH war und es noch heute ist. Dieser nahm die Abtretung an. In VI des notariellen Vertrages verpflichtete sich die Beklagte ferner, für den Fall, daß die Übertragung des Geschäftsanteils im Wege der Erbauseinandersetzung auf sie nichtig sein oder noch einer Genehmigung bedürfen sollte, alles zu tun, was zur rechtswirksamen Übertragung des Geschäftsanteils auf sie und von ihr auf den Beklagten notwendig ist.

Um den an der Wirksamkeit der von dem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Verteilung des Geschäftsanteils des Erblassers und der inzwischen von der Beklag-



ten und anderen Miterben abgeschlossenen Übertragungsverträge aufgetauchten Zweifeln Rechnung zu tragen, wurden die Aufteilung, die Übertragung der Teilgeschäftsanteile auf die einzelnen Miterben und die inzwischen erfolgten Veräußerungen in einer notariellen Urkunde vom 18. Oktober 1954 rückwirkend genehmigt und die Übertragung der Geschäftsanteile von den Miterben auf die Erwerber wiederholt. In dieser Urkunde ist der Geschäftsanteil der Beklagten mit 27 270 DM beziffert. Bei der Abgabe der in der notariellen Urkunde vom 18. Oktober 1954 enthaltenen Erklärungen vertrat der Bruder der Beklagten, der inzwischen verstorbene Kurdirektor Ernst Hermann S., den Testamentsvollstrecker und die übrigen Erben mit der Zusicherung, schriftliche Vollmachten nachzureichen. Im Gegensatz zu den anderen Beteiligten verweigerte die Beklagte trotz mehrmaliger Aufforderung durch den Kläger die Erteilung der Vollmacht.

Der Kläger erhob darauf Klage mit dem Antrage, die Beklagte zu verurteilen, dem Vertrage vom 18. Oktober 1954 zuzustimmen.

Das Landgericht gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück. Diese Entscheidung wurde durch das Urteil des erkennenden Senats vom 26. Februar 1957 - VIII ZR 219/56 - (WM 1957, 542) aufgehoben. Die Klage wurde insoweit abgewiesen, als die Beklagte verurteilt worden war, der in der Urkunde vom 18. Oktober 1954 verlautbarten Übertragung ihres Geschäftsanteils von 27 270 DM an der GmbH auf den Kläger zuzustimmen. Im übrigen wurde die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

In einer notariellen Urkunde vom 17. Dezember 1957 machten darauf die anderen Miterben des Dr. S [REDACTED], anstelle des verstorbenen Miterben Ernst Hermann S [REDACTED] [REDACTED] dessen Rechtsnachfolgerin, der Beklagten das Angebot, ihr von dem zum Nachlaß gehörenden Geschäftsanteil einen Teilgeschäftsanteil von 27 270 DM mit sofortiger dinglicher Wirkung zuzuteilen und zu übertragen. Dieses Angebot wurde der Beklagten am 20. Januar 1958 zugestellt. Der Kläger richtete seine Klage nunmehr in erster Linie darauf, die Beklagte zur Annahme dieses Angebots zu verurteilen.

Diesem Antrage gab das Oberlandesgericht statt. Auf die Revision der Beklagten wurde auch diese Entscheidung von dem erkennenden Senat durch sein Urteil vom 17. Februar 1959 - VIII ZR 142/58 - (WM 1959, 693) aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte inzwischen das in der notariellen Urkunde vom 17. Dezember 1957 enthaltene Angebot abgelehnt hatte, hat der Kläger nunmehr beantragt, die Beklagte zu verurteilen, den anderen Miterben nach Dr. S [REDACTED] und der Rechtsnachfolgerin des verstorbenen Miterben Ernst Hermann S [REDACTED] ein Angebot des Inhalts zu machen, daß die Miterben nach Dr. S [REDACTED] und die Rechtsnachfolgerin des Miterben Ernst Hermann S [REDACTED] der Beklagten im Wege der Teilauseinandersetzung einen Teilgeschäftsanteil an der GmbH von 27 270 DM mit sofortiger dinglicher Wirkung zuteilen und diesen Teilgeschäftsanteil auf sie übertragen.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte entsprechend diesem Antrage verurteilt.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger erstrebt, verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage auch insoweit abzuweisen, als sie nicht bereits durch das erste Revisionsurteil abgewiesen wurde.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das jetzt angefochtene Urteil des Berufungsgerichts ist nicht auf Grund mündlicher Verhandlung der Parteien, sondern auf den im Termin vom 2. Februar 1962 gestellten Antrag des Vertreters des Klägers ergangen, eine Entscheidung nach Aktenlage zu erlassen. Die Revision ist zu Unrecht der Auffassung, daß eine Entscheidung nach Lage der Akten unzulässig gewesen sei.

Zu dem vorhergegangenen Verhandlungstermin vom 19. Januar 1962 war der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten ordnungsgemäß am 2. Januar 1962 geladen worden. Erst am Tage vor diesem Termin zeigte der Prozeßbevollmächtigte mit einem in Sch~~weiz~~ in Tirol aufgegebenen Telegramm an, daß er schwer erkrankt sei und um zweimonatige Vertagung ersuche. Im Termin vom 19. Januar 1962 erklärte der Vertreter des Klägers, daß er mit der beantragten zweimonatigen Vertagung nicht einverstanden sei. Das Berufungsgericht verkündete darauf den Beschluß, daß die Sache auf den 2. Februar 1962, 9 Uhr, vertagt werde, und ordnete an, den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu diesem Termin zu laden und ihn unter Hinweis auf § 53 BRAO darauf aufmerksam zu machen, daß mit einer weiteren Vertagung nicht gerechnet werden könne. Die Ladung mit dem Hinweis auf § 53 BRAO wurde dem Prozeßbevollmächtigten der Beklag-

ten am 26. Januar 1962 zugestellt. Im Termin vom 2. Februar 1962 war die Beklagte weder erschienen noch durch einen Rechtsanwalt vertreten.

Bei dieser verfahrensrechtlichen Gestaltung war das Berufungsgericht mit Rücksicht auf den Antrag des Klägers zu der Prüfung gezwungen, ob der Sachverhalt für eine Entscheidung nach Lage der Akten hinreichend geklärt erschien. Diese Frage hat das Berufungsgericht, wie das von ihm erlassene Urteil erkennen läßt, bejaht. Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Urteils nach Lage der Akten waren bei dessen Verkündung gegeben.

Mündliche Verhandlungen, in denen von dem Kläger der Sachantrag gestellt worden war, dem das Berufungsgericht stattgegeben hat, hatten am 20. November 1959 und 22. Januar 1960 stattgefunden. Daß die Frist von einer Woche zwischen der am 26. Januar 1962 erfolgten Zustellung der Ladung an den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten und dem Terminstag vom 2. Februar 1962 nicht eingehalten war (vgl. § 217 ZPO), enthält entgegen der Ansicht der Revision keinen Verfahrensverstoß, denn der Termin vom 2. Februar 1962 wurde in einem am 19. Januar 1962 verkündeten Beschlusse bestimmt, so daß die Ladung der Parteien zu dem neuen Termin nicht erforderlich war (§ 218 ZPO). Der Umstand, daß das Berufungsgericht mehr getan hat, als nach der Zivilprozeßordnung erforderlich war, und noch eine besondere Ladung des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zum Termin vom 2. Februar 1962 angeordnet hatte, kann sich nicht in der Weise zu Gunsten der Beklagten auswirken, daß sie sich auf Nichteinhaltung der Ladungsfrist berufen darf.

Gemäß § 332 ZPO sind als Verhandlungstermine "im Sinne der vorstehenden Paragraphen" auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist. Allerdings erläutern Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18.Aufl. § 332 Anm.I und Baumbach/Lauterbach, ZPO 27.Aufl. § 332 Anm.1 diese Vorschrift dahin, daß sie nur auf die echten Versäumnisurteile anwendbar sei und für die Entscheidung nach Aktenlage nicht in Frage komme. Ob diese Erläuterungsbücher damit zum Ausdruck bringen wollen, daß es nicht statthaft sei, beim Ausbleiben einer Partei in einem Termin, auf den die mündliche Verhandlung vertagt ist, auf den Antrag der erschienenen Partei eine Entscheidung nach Lage der Akten gemäß § 331 a ZPO zu erlassen, bleibt zweifelhaft. Sollten sie tatsächlich dieser Auffassung zuneigen, so könnte ihr nicht gefolgt werden, denn eine solche einschränkende Auslegung des § 332 ZPO erscheint nach Wortlaut, Sinn und Zweck der erwähnten Bestimmung nicht gerechtfertigt. Vielmehr muß auch in einem Termin, auf den die mündliche Verhandlung vertagt wurde, die erschienene Partei bei Ausbleiben der anderen Partei das Recht haben, eine Entscheidung nach Lage der Akten zu beantragen. Einen solchen Antrag hat das Gericht sachlich zu prüfen und hat ihm gegebenenfalls stattzugeben (vgl. Sydow/Busch/Krantz/Triebe1, ZPO 22.Aufl. § 332 Anm.3).

Nachdem der Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten in der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 1962 zulässigerweise gestellt worden war, bestimmte das Berufungsgericht einen Verkündungstermin auf den 2. März 1962, von dem der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten durch eingeschriebenen Brief verständigt wurde. Das Berufungsgericht hat somit den Erfordernissen des § 251 a Abs.1 Satz 2 und 3 ZPO genügt. Der erwähnte Verkündungs-

termin vom 2. März 1962 ist sodann zulässigerweise (§ 227 ZPO) durch den im Termin vom 2. März 1962 verkündeten Beschluß aus dienstlichen Gründen auf den 30. März 1962 verlegt worden. In diesem Termin ist das Urteil ordnungsgemäß verkündet worden.

Allerdings sieht § 251 Abs.1 Satz 4 ZPO vor, daß die Verkündung des Urteils zu unterbleiben hat, wenn die nicht erschienene Partei dies vor dem Verkündungstermin beantragt und glaubhaft macht, daß sie in dem Verhandlungstermin ohne ihr Verschulden ausgeblieben ist. Hier hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten rechtzeitig am 23. Februar 1962 einen solchen Antrag gestellt und ihn damit begründet, daß er mit Schreiben vom 30. Januar 1962 ordnungsgemäß und rechtzeitig auf Vertagung ersucht habe, da er schwer krank sei. Das Berufungsgericht hat dem Antrag nicht entsprochen, weil nach seiner Auffassung eine unverschuldete Säumnis nicht vorgelegen habe. Diese Begründung trägt die Ablehnung des Antrags, wie nachstehend noch näher dargelegt werden wird.

2. Die Revision macht weiter geltend, daß die Ablehnung des vom 30. Januar 1962 datierten und am 2. Februar 1962 beim Oberlandesgericht eingegangenen und mit schwerer Erkrankung begründeten Antrags des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten auf Verlegung des Termins vom 2. Februar 1962 um etwa einen Monat durch Anordnung der Entscheidung nach Aktenlage eine Versagung des rechtlichen Gehörs für die Beklagte bedeute.

Sie kann indes auch mit dieser Rüge keinen Erfolg haben. Der hier zu beurteilende Sachverhalt unterscheidet sich wesentlich von dem der Entscheidung BGHZ 27,163

zugrundeliegenden, auf die sich die Revision beruft. Aus den Gerichtsakten ergibt sich, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten, der sich fast ständig in Österreich aufhielt, obwohl er in München als Rechtsanwalt zugelassen war, immer wieder mit Rücksicht auf seinen schlechten Gesundheitszustand die Vertagung von Terminen und die Verlängerung von Fristen beantragt und erreicht hat. Gerade mit Rücksicht auf seine wiederholten Erkrankungen, die ihn des öfteren länger als eine Woche daran hinderten, seinen Beruf auszuüben, hätte er rechtzeitig dafür Sorge tragen müssen, daß für die vor auszusehenden Fälle seiner Verhinderung, Termine in anhängigen Sachen wahrzunehmen, ein eingearbeiteter Vertreter zur Verfügung stand. Es hätte daher gar nicht des Hinweises des Berufungsgerichts auf § 53 BRAO bedurft, um den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zur Bestellung eines Vertreters anzuhalten. Vielmehr wäre es seine Pflicht gewesen, als er schon vor dem Termin vom 19. Januar 1962 schwer erkrankt war und sich dazu im Ausland aufhielt, alsbald für seine Vertretung zu sorgen. Wäre er dieser Verpflichtung rechtzeitig nachgekommen, so hätte es dem Vertreter möglich sein müssen, sich in die Sache so weit einzuarbeiten, daß er im Termin vom 2. Februar 1962 auftreten und verhandeln konnte. Das gilt umso mehr, als durch die beiden vorangegangenen Revisionsurteile der Prozeßstoff erheblich eingengt war und trotz des Umfangs der Sache die Terminsvorbereitung für einen Vertreter keine besonderen Schwierigkeiten bot. Hätte das Berufungsgericht den von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten gestellten Anträgen auf lange Vertagungen stattgegeben, so wäre die endgültige Entscheidung des bereits seit 1955 anhängigen Rechtsstreits weiter erheblich verzögert worden. Der

Kläger, der vor dem Berufungsgericht bereits zwei Mal obgesiegt hatte, war an endlicher Erledigung der Sache dringend interessiert. Das Berufungsgericht war gehalten, auch dieses Interesse zu berücksichtigen, und war nicht verpflichtet, den Belangen der Beklagten, die naturgemäß auf Wahrnehmung des Verhandlungstermins durch ihren langjährigen Prozeßbevollmächtigten Wert legte, den Vorzug zu geben. Daraus ergibt sich gleichzeitig, daß die Säumnis in dem Termin vom 2. Februar 1962 nicht unverschuldet war.

3. Mit dem Vorbringen, daß das Berufungsgericht über die mehrfachen Anträge der Beklagten, mit denen sie Richter des Berufungsgerichts ablehnte, rechtsfehlsam entschieden habe, indem es die Anträge sämtlich zurückwies, kann die Revision nicht gehört werden. Dem Endurteil vorausgegangene Entscheidungen des Berufungsgerichts unterliegen dann nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht, wenn sie nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung unanfechtbar sind (§ 548 ZPO). Da die Beschlüsse, durch welche die Ablehnungsgesuche der Beklagten zurückgewiesen wurden, von einem Oberlandesgericht erlassen waren, konnten sie nach § 567 Abs.3 ZPO nicht mit dem sonst gegen die Zurückweisung von Ablehnungsgesuchen vorgesehenen Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 46 Abs.2 ZPO) angefochten werden. Sie waren daher unanfechtbar geworden und sind deshalb der Beurteilung durch den erkennenden Senat entzogen (RG HRR 1933,1697; Wieczorek ZPO § 46 Anm.B II b; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27.Aufl. § 46 Anm.2). Die Revision meint zwar, daß gegen diese bereits vom Reichsgericht gegebene Begründung Bedenken bestünden. Sie hat diese Bedenken aber nicht nä-

her aufgezeigt. Nach Ansicht des erkennenden Senats ergibt sich die Rechtfertigung der dargelegten, auch von ihm vertretenen Auffassung zwingend aus dem Gesetz. Er hat deshalb keinen Anlaß, von ihr abzugehen.

Die Revision erhebt auch in diesem Zusammenhange die Rüge der Versagung des rechtlichen Gehörs. Sie begründet sie damit, der Beklagten sei die Äußerung eines von ihr abgelehnten Richters erst so spät zur Stellungnahme zugeleitet worden, daß sie vor der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nicht mehr habe antworten können. Auch mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben, denn die behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre hier keinesfalls ursächlich für die zu Ungunsten der Beklagten ergangene Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gewesen. Wie die Revision selbst vorträgt, hätte die Beklagte in ihrer Gegenäußerung dieselben Ausführungen gemacht, welche in den Eingaben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 25. März 1962, 28. Februar 1962 und 27. Februar 1962 enthalten sind. Alle diese Ausführungen beziehen sich jedoch auf Vorgänge, die entweder bereits in dem Beschluß des Berufungsgerichts vom 23. November 1961 erörtert und beschlossen waren und auf die ein neues Ablehnungsgesuch daher nicht gestützt werden konnte, oder auf solche Angaben, die zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit keinesfalls geeignet waren. Sie hätten daher nicht dazu führen können, daß das Ablehnungsgesuch Erfolg gehabt hätte. Wie bereits in BGHZ 27,163,169 dargelegt ist, kann die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs nur dann die Aufhebung des angefochtenen Urteils begründen, wenn das Urteil auf der Versagung des rechtlichen Gehörs beruht oder beruhen kann. An dieser Voraussetzung fehlt es hier. Das Ableh-

nungsgesuch gegen Oberlandesgerichtsrat Dr. M. [REDACTED] wäre auch dann zurückgewiesen worden, wenn die Beklagte die dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters rechtzeitig erhalten hätte und in der Lage gewesen wäre, zu ihr Stellung zu nehmen. Oberlandesgerichtsrat Dr. M. [REDACTED] konnte daher bei der Entscheidung des Berufungsgerichts mitwirken.

4. Zu Unrecht erblickt die Revision einen weiteren Rechtsverstoß des Berufungsgerichts darin, daß es das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. Maier bei seiner Entscheidung verwertet hat, obwohl der Sachverständige sein Gutachten trotz eines entsprechenden, ausdrücklich von der Beklagten gestellten Antrages nicht mündlich erläutert hat. Das Berufungsgericht hat indes nicht verkannt, daß es verpflichtet war, auf den rechtzeitig gestellten Antrag der Beklagten das persönliche Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens anzuordnen. Es hat vielmehr am 14. Juli 1961 einen dem Antrag der Beklagten entsprechenden Beweisbeschluß erlassen. Allerdings hat es darin die Ladung des Sachverständigen zu dem gleichzeitig anberaumten Beweis- und Verhandlungstermin vom 11. Oktober 1961 davon abhängig gemacht, daß die Beklagte bis zum 16. September 1961 die Zahlung eines Auslagenvorschusses von 500 DM nachwies. Diese Anordnung war entgegen der Ansicht der Revision nicht unzulässig. Die Vorschrift des § 379 ZPO ist nach herrschender Meinung (Wieczorek, aaO § 402 Anm. C II a; Baumbach/Lauterbach, aaO § 402 Anm. 1, beide mit Nachweisen), der sich der erkennende Senat anschließt, auf den Sachverständigenbeweis dann anwendbar, wenn die Begutachtung lediglich auf Parteiantrag stattfinden soll.

Diese Voraussetzung war hier gegeben. Schon das schriftliche Gutachten des Sachverständigen wurde auf Antrag der Beklagten eingeholt und seine Einholung deshalb davon abhängig gemacht, daß die Beklagte einen Kostenvorschuß von 1000 DM einzahlte. Das Gutachten ist demgemäß auch erst eingeholt worden, nachdem die Beklagte den Vorschuß geleistet hatte. Er reichte jedoch, wie sich später herausstellte, zur Deckung der Kosten des schriftlichen Gutachtens bei weitem nicht aus. Die Anordnung des Erscheinens des Sachverständigen erging ebenfalls allein auf Antrag der Beklagten. Der Kläger hatte in dem Termin vom 7. Juli 1961, der dem Erlaß des Beschlusses vorausging, ausdrücklich erklärt, daß er den von ihm gestellten Antrag auf Anhörung des Sachverständigen vor dem Senat nicht aufrecht erhalte. Das Berufungsgericht selbst hielt eine Ladung des Sachverständigen von Amts wegen nicht für erforderlich, wie die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergeben. Die Anordnung in dem am 14. Juli 1961 verkündeten Beschluß vom 7. Juli 1961 ging somit allein auf den Antrag der Beklagten zurück. Deshalb handelte das Berufungsgericht nach §§ 379, 402 ZPO pflichtgemäß, wenn es die Ladung des Sachverständigen zu dem vorgesehenen Termin von der Hinterlegung eines Vorschusses abhängig machte. Der Vorschuß wurde von der Beklagten nicht geleistet. Somit liegt kein Rechtsverstoß darin, daß das Berufungsgericht davon abgesehen hat, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens vor das Berufungsgericht zu laden.

5. Auch in sachlicher Hinsicht hält das angefochtene Urteil den Angriffen der Revision stand.

a) Das Berufungsgericht stellt unter zulässiger Bezugnahme auf das zweite Berufungsurteil ausdrücklich fest, daß die Beklagte im Zeitpunkt der Beurkundung des Vertrages vom 30. September 1954 nicht geschäftsunfähig gewesen sei. Daß das Berufungsgericht bei der Prüfung dieser Frage sich nicht der Hilfe eines Sachverständigen bedient hat, ist entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden, wie der erkennende Senat in dem zweiten Revisionsurteil auf Seite 8, 9 dargelegt hat. Rechtsanwalt Dr. R. [REDACTED], der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten, ist über dieselben Behauptungen, die in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 2. Juni 1959 unter Beweis gestellt waren, bereits am 7. Oktober 1957 als Zeuge vernommen worden. Zu einer wiederholten Vernehmung des Zeugen war das Berufungsgericht nicht verpflichtet.

b) Hinsichtlich des objektiven Wertes der GmbH hat das Berufungsgericht die Berechnungen des Sachverständigen zugrundegelegt, die dieser zur Ermittlung des Ertrags- und Liquidationswerts angestellt hatte. Die Zuziehung von weiteren Sachverständigen, die von der Beklagten angeregt worden war, stand im Ermessen des Berufungsgerichts. Die von der Revision erwähnten Schriftsätze der Beklagten vom 19. November 1959 und 5. Januar 1960 haben dem Sachverständigen vor Erstattung seines Gutachtens vorgelegen. Anhaltspunkte dafür, daß der Sachverständige Dr. Maier diese Schriftsätze nicht beachtet haben könnte, sind nicht zutage getreten. Er sah es jedoch ersichtlich nicht als erforderlich an, einen Architekten als Sachverständigen hinzuzuziehen oder anzuregen, ein weiteres Gutachten von einem Architekten einzuholen, weil er sich für genü-

gend sachkundig hielt, um den Wert der GmbH zu ermitteln. Auch das Berufungsgericht hat, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils ergibt, an der Sachkunde des Sachverständigen keinen Zweifel gehabt.

Das Berufungsgericht ist zwar bei der Erörterung der Frage des objektiven Mißverhältnisses von dem Ertragswert des Unternehmens ausgegangen, den der Sachverständige mit 850 000 DM angenommen hat. Es schließt seine Erwägungen jedoch mit dem Satz ab, daß unabhängig davon, ob man von dem Ertragswert oder dem auf 1 030 000 DM bezifferten Liquidationswert ausgehe, von einem objektiven Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht die Rede sein könne. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht in einer Hilfsröwägung zugunsten der Beklagten sogar unterstellt, daß objektiv ein auffälliges Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen bestanden habe. Soweit die Revision mit ihren Rügen dartun will, daß ein erhebliches objektives Mißverhältnis vorhanden gewesen sei, braucht somit schon aus diesem Grunde den von ihr geäußerten Bedenken nicht nachgegangen zu werden.

c) Entscheidenden Wert hat das Berufungsgericht darauf gelegt, daß sich nicht die Feststellung treffen lasse, der Kläger habe sich unter Ausbeutung einer etwa zu bejahenden Notlage der Beklagten von der Rechtsordnung mißbilligte Vorteile versprechen lassen. Es verneint den subjektiven Tatbestand sowohl des Absatz 2 als auch des Absatz 1 des § 138 BGB, weil die Beklagte nicht den Nachweis erbracht habe, daß der Kläger sich

des objektiven Wertes der Geschäftsanteile bewußt gewesen wäre und sein Wissen bei dem Vertragsschluß mit der Beklagten zu deren Nachteil ausgenutzt hätte. Ersichtlich hat das Berufungsgericht hiermit zum Ausdruck bringen wollen, der Kläger habe nicht gewußt, daß der ohnehin nur sehr schwer feststellbare objektive Verkehrswert des von ihm erworbenen Teilgeschäftsanteils wesentlich höher gewesen sei als der bezahlte Kaufpreis, zumal in der Zeit nach dem Zusammenbruch bei allen anderen Verkäufen von Geschäftsanteilen der GmbH ein geringerer vom Hundertsatz gezahlt ist, als ihn die Beklagte mit dem Kläger ausgehandelt hat. Diese Würdigung liegt weitgehend auf tatsächlichem Gebiet und ist deshalb für den erkennenden Senat bindend, denn die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

Für die Annahme der Revision, das Berufungsgericht habe die von ihr angegebenen Schriftsatzstellen übersehen, ist kein Anhaltspunkt ersichtlich. Ob Professor Sa■■■■■ oder dessen Erben in einer Notlage waren, als dessen Anteil an der GmbH verkauft wurde, ist für die Entscheidung der Frage, ob die erforderlichen subjektiven Voraussetzungen bei dem Kläger vorgelegen haben, ohne jede Bedeutung. Soweit von der Beklagten wesentliche Tatsachen unter Beweis gestellt sind, ist von ihr lediglich Dr. Ri■■■■■ als Zeuge benannt worden. Dieser ist aber über die dem Abschluß des notariellen Vertrages vom 30. September 1954 voraufgegangenen Verhandlungen zwischen den Parteien, auf deren Beurteilung es ankommt, bereits sehr ausführlich als Zeuge vernommen worden.

Bei seiner Vernehmung hat er auch den von der Revision besonders hervorgehobenen Vorgang bestätigt, daß der Kläger der Beklagten Geldscheine gezeigt und erklärt habe, sie könne ja nach dem Abschluß des Vertrages sofort ein Krankenhaus aufsuchen, sie brauche nur zu unterschreiben. Ebenso hat Dr. R. [REDACTED] als Zeuge bekundet, der Kläger habe bei der Verhandlung im Parkhotel geäußert, daß Dr. O. [REDACTED] (der Name O. [REDACTED] beruht offenbar auf einem Irrtum der Revision) den Anteil der Frau N. [REDACTED] zu einem wahren Schundkurs gekauft habe. Zu einer nochmaligen Vernehmung dieses Zeugen war das Berufungsgericht nicht verpflichtet. Wenn es aus den Aussagen dieses Zeugen nicht die Schlüsse zog, die von der Revision für richtig gehalten werden, so liegt darin kein Rechtsfehler, der die Revision begründen könnte, denn die Würdigung einer Zeugenaussage obliegt allein dem Tatrichter.

d) Die Behauptung der Beklagten, bei dem Abschluß des Vertrages vom 30. September 1954 zwischen den Parteien sei dessen Geheimhaltung vor den anderen Miterben vereinbart worden, ist von dem Berufungsgericht als richtig unterstellt worden. Eine etwa erfolgte Zuwiderhandlung des Klägers gegen diese Verpflichtung berührt jedoch nach der Auffassung des Berufungsgerichts weder den Bestand des Vertrages noch die der Beklagten nach diesem Vertrage obliegenden Verpflichtungen. Auch insoweit ist entgegen der Ansicht der Revision dem Berufungsgericht ein Rechtsverstoß nicht unterlaufen.

Daß nur die wesentlichen Vereinbarungen, aus denen sich die Abtretung oder die Verpflichtung zur Abtretung eines GmbH-Anteils ergibt, der Beurkundung bedürfen, ist allgemein anerkannt. Der erkennende Senat trägt keine Bedenken, sich dieser Ansicht anzuschließen, zumal die von der Revision verfochtene Gegenmeinung, es müsse alles, was Gegenstand der Parteivereinbarung ist, in die Urkunde aufgenommen werden, von ihr nicht näher begründet worden ist. Daraus, daß die angeblich vereinbarte Geheimhaltungsverpflichtung nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen worden ist, lassen sich daher keine Schlüsse zu Ungunsten des Klägers ziehen.

Ob der Kläger, wie die Revision geltend macht, durch die angebliche Verletzung der Geheimhaltungspflicht eine sogenannte positive Vertragsverletzung begangen hat, kann offen bleiben. Das Recht zum Rücktritt vom Vertrage gibt eine positive Vertragsverletzung dem anderen Teile nur dann, wenn diese Verletzung den Vertragszweck derart gefährdet, daß dem vertrags-treuen Teil nach Treu und Glauben die Festhaltung am Vertrage mit Rücksicht auf diese Gefährdung nicht zugemutet werden kann (BGB RGRK 11. Aufl. Anh. zu § 326 Anm. 7). Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht ersichtlich nicht als gegeben angesehen, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergibt. Insoweit handelt es sich um eine auf tatsächlichem Gebiet liegende Würdigung, an die der erkennende Senat gebunden ist, weil die Revision in diesem Zusammenhange Verfahrensrügen nicht erhoben hat. Die Beklagte hat zudem auch in den Tatsachenrechtszügen nicht näher angegeben, welche Nachteile ihr daraus entstanden sind oder entstehen konnten,

daß der Kläger seiner angeblichen Verpflichtung zur Geheimhaltung des Vertrages vom 30. September 1954 vor den Miterben nicht nachgekommen ist.

Die Angriffe der Revision können somit den Bestand des Berufungsurteils nicht gefährden. Deshalb muß die Revision zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Artl Dr.Mezger Mormann