

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 154/69

URTEIL

An Verkündungs Statt
zugestellt:

Dem Beklagten
am 13. Mai 1971,
dem Kläger
am 14. Mai 1971

Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilfried L. [REDACTED] in B. [REDACTED],
W. [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Horst E. [REDACTED] in B. [REDACTED],
H. [REDACTED] Zeile [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Mai 1971 gemäß § 128 Abs. 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Messner, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 22. Mai 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 20. März 1968 (Urkundenrolle Nr. 40 des Notars) verkaufte der Beklagte, der Alleingesellschafter der Firma Bau- und T[REDACTED]-Gesellschaft mit beschränkter Haftung in

- 3 -

B [REDACTED] (im folgenden: Ba [REDACTED]) war, seine Geschäftsanteile an den Kläger. Der Kaufpreis war im Vertrage mit 100 000 DM angegeben. Er betrug in Wirklichkeit 300 000 DM. Über die restlichen 200 000 DM gab der Kläger, ebenfalls am 20. März 1968, in vollstreckbarer notarieller Schuldurkunde (Urkundenrolle Nr. 42 des Notars) gegenüber dem Beklagten ein Schuldanerkenntnis ab; als fingierter Schuldgrund war "Provision für die Vermittlung von Aufträgen" angegeben. Nach einem weiteren notariellen Vertrag vom 20. März 1968 zwischen der Ba [REDACTED] und dem Beklagten (Urkundenrolle Nr. 41 des Notars) blieb der Beklagte gegen Gehalt und Provision als Angestellter in den Diensten der Ba [REDACTED]. Anfang April 1968 entstand zwischen den Parteien Streit, weil der Beklagte aufgrund einer alten Vollmacht aus dem Jahre 1967 am 29. März 1968 den Maschinenpark der Ba [REDACTED] an eine Gläubigerin der Gesellschaft veräußert hatte. Durch Vertrag vom 11. April 1968 vereinbarte die Ba [REDACTED] mit dem Beklagten, daß dieser am 13. April 1968 aus den Diensten der Gesellschaft ausschied.

Der Kläger behauptet, insbesondere aus der unbefugten Veräußerung des Maschinenparks, beträchtliche Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu haben, mit denen er gegen dessen Forderung aus dem notariellen Schuldanerkenntnis aufgerechnet hat. Er hat deshalb Vollstreckungsgegenklage erhoben mit dem Antrag, die Vollstreckung aus der Urkunde Nr. 42 für unzulässig zu erklären. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen,



weil der Kläger (Ba[REDACTED]) am 11. April 1968 auf alle ihm etwa zustehenden Schadensersatzansprüche verzichtet habe. Dagegen wandte sich der Kläger mit seiner Berufungsbegründung vom 10. Februar 1969.

Inzwischen hatte das Finanzamt im November und Dezember 1968 in einer Betriebsprüfung bei der Ba[REDACTED] die Steuern und Besteuerungsgrundlagen für die Jahre 1964 bis 1966 überprüft und festgestellt, daß "keine ordnungsmäßige Buchführung vorliege." Hierüber erstattete das Finanzamt einen Bericht vom 7. Januar 1969, der bei der Ba[REDACTED] am 11. Februar 1969 einging. Daraufhin focht der Kläger durch ein Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 17. Februar 1969 an den Beklagten die drei Verträge vom 20. März 1968 wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an. Zur Begründung wird in dem Schreiben ausgeführt:

"Ich überreiche Ihnen dazu anliegend den der Bau- und T[REDACTED]-Gesellschaft mbH am 11.1.1969 zugestellten Betriebsprüfungsbericht des Finanzamts für Körperschaften vom 7.1.1969, aus dem sich ergibt, daß bei der Bau- und T[REDACTED]-Gesellschaft mbH keine ordnungsmäßige Buchführung vorlag, keine ordnungsmäßige Geschäftsführung vorhanden war, die Buchführung verworfen wurde, Steuernachzahlungen in Höhe von etwa DM 200.000,-- zu leisten sein werden und mit der Fesetsetzung von Steuerstrafen in Höhe weiterer etwa DM 200.000,-- zu rechnen ist, daß also das Unternehmen am 20.3.1968 bereits konkursreif war. Alle vorstehenden Beanstandungen beziehen sich auf die Zeit vor dem 20.3.1968. Sie waren Herrn E[REDACTED] und

dem Geschäftsführer der Bau- und Transport-Gesellschaft mbH bei Abschluß der oben-
genannten Verträge bzw. Abgabe des Schuld-
anerkennnisses nicht bekannt. Bei Kenntnis
der Sachlage und bei verständiger Würdigung
des Falles würden Herr E [REDACTED] und der Ge-
schäftsführer der Bau- und T [REDACTED]-Gesellschaft
mbH die Verträge niemals abgeschlossen bzw.
das Schuldanerkennnis niemals abgegeben haben,
was keiner weiteren Ausführungen bedarf. Mithin
liegen die Voraussetzungen des § 119 BGB vor.
Hierauf wird die Anfechtung in erster Linie
gestützt.

Zusätzlich erkläre ich namens meiner Mandanten
die Anfechtung aus § 123 BGB. Alle vorge-
nannten Umstände waren Ihnen am 20.3.1968 bzw.
am 11.4.1968 bekannt. Sie haben dieselben
Herrn E [REDACTED] und dem Geschäftsführer der Bau-
und T [REDACTED]-Gesellschaft mbH arglistig ver-
schwiegen."

Ferner reichte der Kläger beim Berufungsgericht folgenden
Schriftsatz - ebenfalls vom 17. Februar 1969 - ein:

"...trage ich namens des Klägers vor,
daß folgende Beurkundungen bzw. Erklärungen
mit dem anliegenden Brief angefochten wurden:

- 1) UR-Nr. 40/1968,
- 2) UR-Nr. 42/1968,
- 3) UR-Nr. 41/68,
- 4) die Vereinbarung vom 11.4.1968.

Die Anfechtung wird hiermit für den vorliegenden
Rechtsstreit wiederholt. Der Betriebsprüfungs-
bericht des Finanzamts für Körperschaften vom
7.1.1969 liegt in Fotokopien an. ..."

Der Beklagte nahm durch Schriftsatz vom 16. Mai 1969, beim Berufungsgericht eingegangen am 17. Mai 1969, eingehend zur Berufungsbegründung des Klägers vom 10. Februar 1969 Stellung. Zum Schluß des Schriftsatzes wird ausgeführt:

"IV.

Es sei schließlich noch erwähnt, daß der Kläger und auch die Bautrag durch Schreiben vom 17. 2. 69 den Vertrag vom 20. 3. 68 (Nr. 40 von 1968 der UR des Notars Dr. Ei [REDACTED] Rö [REDACTED]) angefochten haben. Eine ausreichende Begründung dieser Anfechtung liegt bisher nicht vor.

Der Beklagte hat die Anfechtung zurückgewiesen. Die sich etwa aus der Anfechtung ergebenden Streitfragen brauchen jedoch in der vorliegenden Sache nicht zur Diskussion gestellt werden, solange es an einem entsprechenden Sachvortrag des Klägers fehlt.

Im übrigen bezieht sich der Beklagte auf seinen gesamten Sachvortrag in der Vorinstanz. Die Behauptungen des Klägers werden bestritten, soweit ihre Richtigkeit nicht ausdrücklich zugestanden ist."

Aufgrund der ersten und einzigen mündlichen Verhandlung vom 22. Mai 1969 gab das Berufungsgericht der Klage statt, weil der Kläger das Schuldanerkenntnis vom 20. März 1968 rechtswirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten habe. Mit der Revision erstrebt der Beklagte Klagabweisung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht stellt fest, die Buchhaltung der Bautrag habe die in dem Betriebsprüfungsbericht des Finanzamts im einzelnen aufgeführten Mängel gehabt. Wegen dieser Mängel sei es sowohl dem Unternehmer selbst als auch einem sachverständigen Dritten nicht möglich gewesen, sich in dem Buchführungswerk in angemessener Zeit zurechtzufinden und dabei eine Kontrolle der Gewinnermittlung vorzunehmen. All das sei dem Beklagten am 20. März 1968 bekannt gewesen; gleichwohl habe er es dem Kläger nicht gesagt. Dazu sei er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen. Er habe eine Aufklärung des Beklagten arglistig unterlassen. Dieser würde sonst die Geschäftsanteile der Bautrag nicht gekauft haben.

Diese Feststellungen sieht das Berufungsgericht in erster Linie als vom Beklagten zugestanden, in zweiter Linie als gemäß § 286 ZPO erwiesen an.

Beides ist nicht haltbar.

2. a) Ausweislich des Berufungsurteils selbst (S. 20) hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der mündlichen Verhandlung erklärt, "er könne (zu dem neuen Vorbringen des Klägers) keine Erklärungen ... abgeben, solange ihm nicht die Unterlagen zur Verfügung gestellt worden seien". Zu Unrecht sieht darin

das Berufungsgericht die gemäß § 138 Abs. 2 ZPO unzulässige Verweigerung einer Erklärung. Mit den "Unterlagen" kann nichts anderes gemeint sein, als die vom Finanzamt beanstandete Buchhaltung der Bautrag. Der Beklagte konnte in der Tat, ohne daß ihm diese zur Verfügung gestellt wurde, zu den einzelnen Beanstandungen im Betriebsprüfungsbericht des Finanzamts nicht Stellung nehmen. Die Erklärung des Prozeßbevollmächtigten, eine Erklärung nicht abgeben zu können, bevor ihm die Unterlagen zur Verfügung gestellt würden, war im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts ein zulässiges Bestreiten mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO): Die angeblichen Mängel der Buchführung der Bautrag waren weder Handlungen des Beklagten noch Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen, weil - auch nach der Unterstellung des Berufungsgerichts - der Beklagte nicht selbst die Bücher geführt, sondern durch Angestellte hat führen lassen. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, daß der Beklagte in der in Betracht kommenden Zeit alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Bautrag war. Abgesehen davon, daß es hier nicht auf das Wissen der Bautrag, sondern das des Beklagten als der beklagten Partei dieses Rechtsstreits ankommt, ist auch dem Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH nicht das Wissen seiner Buchhalter als eigenes im Sinne des § 138 Abs. 4 ZPO zuzurechnen. Der Beklagte hat demnach die Mangelhaftigkeit der Buchführung der Bautrag prozessual wirksam bestritten.

b) Daraus ergibt sich, daß der Beklagte auch eine Kenntnis dieser Mangelhaftigkeit bestritten hat. Wer eine bestimmte Tatsache bestreitet, bestreitet ohne weiteres auch die Kenntnis dieser Tatsache. Im übrigen hätte das Berufungsgericht "aus den übrigen Erklärungen" des Beklagten entnehmen müssen, daß dieser auf jeden Fall ein arglistiges Verschweigen der Mängel der Buchführung bestreiten wollte. Widerspricht es schon jeder prozeßrichterlichen Erfahrung, daß bei einem Streit über die Anfechtung eines Vertrages wegen arglistiger Täuschung eine Partei ausgerechnet ihre eigene Arglist zugibt, so verbot sich hier eine solche Annahme schon deshalb, weil der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 16. Mai 1969 ausdrücklich vorgetragen hatte, daß er die Anfechtung, für die bisher eine ausreichende Begründung nicht vorliege, (außerprozessual) zurückgewiesen habe. Hatte das Berufungsgericht gleichwohl noch Zweifel, ob der Beklagte damit auch die ihm vorgeworfene Arglist bestreiten wollte, so mußte es den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten entsprechend befragen, statt den Beklagten im Urteil mit der Feststellung zu überraschen, er habe seine eigene Arglist zugestanden.

Es genügte hinsichtlich des Vorwurfs der Arglist ein einfaches Bestreiten seitens des Beklagten, weil der Kläger seinerseits, auch in seinem Schreiben vom 17. Februar 1969, sich auf die schlichte Behauptung beschränkt hatte, der Beklagte habe die Mängel der Buchführung beim Abschluß der Verträge arglistig verschwiegen.

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die eine Anfechtung nach § 123 BGB begründenden Behauptungen des Klägers nicht bestritten, ist demnach unrichtig und rechtfertigt nicht die getroffenen Feststellungen. Die Behauptungen des Klägers bedurften vielmehr des Beweises.

3. Ob dieser Beweis, soweit es sich um die objektive Mangelhaftigkeit der Buchführung handelt, schon durch den Betriebsprüfungsbericht vom 7. Januar 1969 als Urkundenbeweis geführt ist, was die Revision verneint, braucht nicht entschieden zu werden. Nicht ausreichend ist jedenfalls die Begründung des Berufungsurteils für die Feststellung einer Arglist des Beklagten. Das Berufungsurteil begründet diese Feststellung lediglich damit, "es bestehe kein einleuchtender Grund dafür, daß der Beklagte es unterlasse, ausdrücklich seine am 20. März 1968 bestehende Kenntnis von all diesen Tatsachen zu bestreiten oder zu behaupten, er habe dem Kläger all das mitgeteilt". Diese Begründung erledigt sich schon dadurch, daß, wie zu 2 b) ausgeführt ist, bei richtiger Würdigung seines Vorbringens der Beklagte ein arglistiges Verschweigen bestritten hat. Vorsatz und Arglist ergaben sich auch nicht ohne weiteres aus seinem Schweigen selbst. Das Berufungsgericht hätte gemäß § 286 ZPO berücksichtigen müssen, daß auch ein kleiner Unternehmer wie der Beklagte, der - wovon das Berufungsgericht hier ausgeht - nicht selbst die Bücher führt, die Mängel der von einem Angestellten besorgten Buchführung nicht ohne weiteres zu kennen und deren Tragweite

zu erkennen braucht. Die Mängel der Buchführung bezogen sich im Übrigen auf einen im März 1968 bereits 1-4 Jahre zurückliegenden Zeitraum. Für den angeblich getäuschten Kläger bestand die Bedeutung der Mangelhaftigkeit der Buchführung nicht so sehr in der Undurchsichtigkeit der Buchführung, sondern nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts darin, daß - wie geschehen - das Finanzamt bei einer Betriebsprüfung die Buchführung wegen ihrer Mängel verwarf und von der Bautrag Steuernachzahlungen und Steuerstrafen forderte. Dem Beklagten kann deshalb ein arglistiges Verschweigen nur angelastet werden, wenn er im März 1968 mindestens damit rechnete, daß bei einer späteren Betriebsprüfung das Finanzamt die Buchführung verwerfen und Steuernachzahlungen und Strafen beträchtlichen Ausmaßes gegen die Bautrag verhängen würde, gleichwohl aber dieses Risiko dem Beklagten verschwieg in der Annahme, daß der Beklagte sonst die Geschäftsanteile nicht oder nicht zu dem vereinbarten Preis kaufen würde. Ob das Berufungsgericht überhaupt eine Feststellung dieses Umfangs hat treffen wollen, ist aus den Entscheidungsgründen nicht klar ersichtlich, jedenfalls entbehrt eine solche Feststellung der ausreichenden Begründung.

4. Das angefochtene Urteil war deshalb nach § 564 ZPO aufzuheben, und nach § 565 ZPO war die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der erneuten Verhandlung werden beide Parteien Gelegenheit haben, ihr

Vorbringen zur Anfechtung der Verträge zu ergänzen. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht sich mit dem Prozeßstoff erster Instanz (Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen des Klägers) zu befassen haben.

Da von der neuen Entscheidung des Berufungsgerichts auch abhängt, wer die Kosten der Revision zu tragen hat, war auch diese Entscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann