

15

BUNDESGERICHTSHOF 2137 013

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 166/63

Verkündet am

27. Oktober 1965
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ernst D., Inhaber des unter der Firma Ernst
Bankgeschäft geführten Bankgeschäfts, B. W.,
u.

Beklagten und Revisionsklägers,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwälte Prof. Dr. und
Dr. -

g e g e n

die B. Industriebank Aktiengesellschaft B.-Gr.,
str., vertreten durch ihren Vorstand, die Kaufleute
erst von A. und Dr. Heinrich R.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. März 1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1956 wurde die Kommanditgesellschaft "M [REDACTED] Feinstrumpffabrik GmbH & Co." (im folgenden "M [REDACTED]" genannt) mit dem Sitz in B [REDACTED] gegründet. An der Gesellschaft waren die Kaufleute Ro [REDACTED] und G [REDACTED] maßgeblich beteiligt. Die klagende Bank beteiligte sich still mit 1 Million DM und gewährte der Gesellschaft einen Investitionskredit von 1 250.000.-- DM. Die Mittel wurden größtenteils für die Anschaffung des für die Strumpffabrikation erforderlichen Maschinenparks verwandt. Diesen übereignete die Gesellschaft der Klägerin zur Sicherung ihres Investitionskredits, ferner übernahmen der Kaufmann Ro [REDACTED] und dessen Ehefrau die selbstschuldnerische Bürgschaft, außerdem wurde der Klägerin an mehreren Grundstücken der Beteiligten eine Gesamtgrundschuld in Höhe von 550.000.-- DM bestellt. Anfang Oktober 1958 stellte die "M [REDACTED]" ihre Zahlungen ein, im Dezember 1958 wurde über ihr Vermögen der Konkurs eröffnet. Am 28. Oktober 1958 schloß der Gesellschafter G [REDACTED] mit dem Strumpffabrikanten K [REDACTED]

aus H[REDACTED] einen schriftlichen Vertrag, in dem es heißt:

"... Die Firma M[REDACTED] befindet sich im gerichtlichen Vergleichsverfahren; möglicherweise wird es zum Anschlußkonkursverfahren kommen...

Die Vertragsschließenden beabsichtigen, nach Abschluß des Vergleichs - bzw. Anschlußkonkursverfahrens - den bisherigen Betrieb der Firma M[REDACTED] einschließlich des Firmennamens zu übernehmen und fortzuführen. Herr G[REDACTED] hat sich hierzu mit der (Klägerin) in Verbindung gesetzt,... mit dem Ziel, daß der bisher der M[REDACTED] gewährte Kredit auf die Vertragsschließenden bzw. die von diesen zu gründende Gesellschaft übertragen wird und daß die der (Klägerin) sicherungshalber übereigneten Maschinen der M[REDACTED] den Vertragsschließenden zur Verfügung gestellt werden. ...

Falls diese Bemühungen gelingen, wollen die Vertragsschließenden zum Betrieb der Firma M[REDACTED] eine Handelsgesellschaft (GmbH oder oHG) gründen ... und vereinbaren folgendes:

- 1 a) Die Vertragsschließenden stellen der Gesellschaft je DM 200 000 in bar als Einlage zur Verfügung.
- b) Unabhängig hiervon verpflichtet sich Herr K[REDACTED] als weitere Einlage einzubringen 100 Strumpfautomaten zur Herstellung nahtloser Damenstrümpfe..."

In Ausführung dieser Vereinbarung wurde die "B[REDACTED] M[REDACTED] Feinstrumpffabrik GmbH" (im folgenden als BMF bezeichnet) errichtet. Diese übernahm den Betrieb und Maschinenpark der "M[REDACTED]" aufgrund des nachstehenden "Pacht- und Kaufvertrages" mit der Klägerin vom 28.9./2.12.1959:

" § 1

Die (Klägerin) verpachtet an die (BMF) die in der Anlage ... näher bezeichneten Maschinen und Gegenstände für die Zeit vom 1. August 1959 bis 31. Mai 1966.



§ 2

Der Pachtzins beträgt im ersten Jahr ... monatlich DM 12 500 und ab 1. August 1960 monatlich DM 15 000 ...

§§ 3 - 7 ...

§ 8

Nach Zahlung des Pachtzinsbetrages in Höhe von insgesamt DM 1 200 000 ... verkauft die (Klägerin) die ... Maschinen und Gegenstände an die (BMF).

Der Kaufpreis beträgt DM 1 000 000 zuzüglich Zinsen ...

§§ 9 - 13 ..."

Der Kaufpreis sollte durch die Pachtzinszahlungen abgegolten sein. Daneben vereinbarte die Klägerin mit Ro [REDACTED] und G [REDACTED], daß die Gesamtgrundschuld von 550 000 DM als Sicherheit für den Kaufpreis dienen sollte.

Im Jahre 1960 entstanden Meinungsverschiedenheiten zwischen K [REDACTED], Ro [REDACTED] und G [REDACTED]. Diese schlugen der Klägerin vor, die Schuld der BMF unter den Beteiligten aufzuteilen. In ihrem Auftrage schrieb Rechtsanwalt Dr. A [REDACTED] am 10. März 1960 an die Klägerin :

"In einer persönlichen Rücksprache ist bereits mit Ihren Herren die Frage erörtert worden, ob eine Aufteilung der Verantwortung hinsichtlich der von der (BMF) Ihnen noch geschuldeten Beträge zwischen Herrn Ro [REDACTED] und der (BMF) möglich ist.

In Höhe von 550 000 DM Ihres Gesamtanspruchs von 1 000 000 DM ist eine dingliche Haftung gegeben. Wenn Sie künftig die BMF nur noch in Höhe von 450 000 DM als Ihre Schuldnerin ansehen, ist Herr Ro [REDACTED] bereit, für die verbleibenden 550 000 DM eine weitere dingliche Sicherung zur Verfügung zu stellen. ...

Außerdem ist es möglich, daß Sie für die restlichen 450 000 DM eine persönliche Bürgschaft des Herrn K [REDACTED] erhalten oder sogar eine Bankbürgschaft..."

Am 8. September 1960 schrieb die BMF an die Klägerin:

"...Wir haben davon Kenntnis genommen, daß Sie aufgrund Ihnen zugegangener Unterlagen jetzt bereit sind, eine Erklärung abzugeben, aufgrund deren wir aus dem mit Ihnen geschlossenen Pacht - und Kaufvertrag ... in Höhe von DM 550 000 zuzüglich Zinsen entlassen werden.

Herrn K[REDACTED] hat Ihnen bestätigt, daß er nach Erhalt Ihres diesbezüglichen Schreibens bereit ist, Ihnen eine Bankgarantie für den aus dem Vertrag sich ergebende Restverpflichtung unserer Firma zur Verfügung zu stellen ..."

Die Klägerin antwortete am 19. September 1960:

"... beziehen wir uns auf ... Ihr Schreiben vom 8. ds. Mts. und erklären uns hiermit bereit, den Kaufpreis für die von Ihnen ... übernommenen Maschinen und Gegenstände ... auf DM 450 000 zu ermäßigen, sobald uns ... als zusätzliche Sicherheit eine Bankbürgschaft beigebracht wird. Dafür entfällt die Mithaft der ... Gesamtgrundschuld von 550 000 DM, die uns nur noch als Sicherheit für den von Herrn Ro[REDACTED] zu zahlenden Betrag von DM 550 000 haften soll, während die Maschinen ausschließlich unsere Forderungen an Sie absichern ... "

Am 30. November 1960 übersandte die Klägerin der BMF den Entwurf einer Bürgschaftsurkunde, in der die Bezeichnung des Bürgen noch offengelassen war. K[REDACTED] veranlaßte den Beklagten, Inhaber der Hausbank der BMF, diese Bürgschaft am 22. Dezember 1960 zu unterschreiben. Der Beklagte sandte am selben Tag die Urkunde mit folgendem Begleitschreiben an die Klägerin :

"Auftrags des Herrn Alexander K[REDACTED], H[REDACTED], überreiche ich Ihnen ... eine Bürgschaftserklärung vom 22. Dezember 1960, die Sie für Rechnung der (BMF) verwenden wollen."

Die Bürgschaftsurkunde lautet (auszugsweise):

" Die(Klägerin) hat der (BMF) gemäß Pacht- und Kaufvertrag vom 28. September/ 2. Dezember 1959 Maschinen und Gegenstände zum Kaufpreis von DM 450 000 ... überlassen ... Die Kaufpreisforderung der (Klägerin) betrug am 30. November 1960 noch DM 345 667,83 ...

Ich nämlich (der Beklagte) übernehme hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft für die ... Erfüllung aller Verbindlichkeiten ..., die dem Hauptschuldner aus dem Pacht - und Kaufvertrag ... gegenüber der (Klägerin) obliegen..."

Am 29. Dezember 1960 schrieb die Klägerin an die BMF:

"Wir ... ermäßigen nunmehr nach Vorlage der von uns geforderten Bürgschaftserklärung den Kaufpreis für die... Maschinen und Gegenstände ... von DM 1 000 000 auf DM 450 000.

Unter Berücksichtigung der ... Pachtzahlungen sind ... per 29. Dezember 1960 noch insgesamt DM 335 046,68 ... auf den Kaufpreis zu zahlen ...

Hinsichtlich der Sicherstellung unserer Kaufpreisforderung entfällt mit sofortiger Wirkung die Mithaft der ... Gesamtgrundschuld von DM 550 000 ..."

Am 28. Dezember 1961 wurde über das Vermögen der BMF das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter verweigerte die weitere Erfüllung des Pacht- und Kaufvertrages. Die Klägerin verwertete den Maschinenpark; er erbrachte einen Bruttoerlös von nur 44 500 DM.

Die Klägerin nimmt nunmehr den Beklagten aus der Bürgschaft auf einen Teilbetrag von 10 000 DM in Anspruch. Der Beklagte wendet ein, der Pacht- und Kaufvertrag sei sittenwidrig und nichtig. Die Bürgschaft habe er wegen arglistiger Täuschung und wegen Irrtums rechtswirksam angefochten. Jedenfalls habe die Klägerin ihre Bürgschaftsforderung verwirkt, weil sie das ihr vorbehalten Kontroll- und Aufsichtsrecht gegenüber der BMF zu seinem Schaden nicht wahrgenommen habe. Außerdem habe sie sich durch Verschleuderung des Maschinenparks schadens-

ersatzpflichtig gemacht. Die Vorinstanzen haben den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Klagabweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Einwendungen des Beklagten gegen die Bürgschaftsforderung sind unbegründet. Sie brauchen nur insoweit beschieden zu werden, als die Revision auf sie zurückgreift.

1. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen des § 138 BGB für den Pacht- und Kaufvertrag verneint. Es sei davon auszugehen, daß der Maschinenpark schon beim Abschluß dieses Vertrages Ende 1959 wie bei der Verwertung im Jahre 1962 im wesentlichen nur noch Schrottwert gehabt habe; denn inzwischen habe der nahtlose Strumpf, für dessen Anfertigung die Maschinen nicht geeignet waren, den Markt erobert gehabt. Zwischen dem Zeitwert der Maschinen von etwa 50 000 DM und dem Kaufpreis von 1 000 000 DM habe mithin ein so auffallendes Mißverhältnis bestanden, daß die Klägerin habe darlegen müssen, der Vertrag sei gleichwohl nicht sittenwidrig, insbesondere nicht wucherisch gewesen.

Es kann dahinstehen, ob die Annahme der Revision, der Maschinenpark habe bereits beim Abschluß des "Pacht- und Kaufvertrages" am 2. Dezember 1959 nur noch Schrottwert gehabt, in den Feststellungen des Berufungsgerichts eine ausreichende Grundlage findet oder jedenfalls in der Revisionsinstanz wegen begründeter Verfahrensrügen als richtig zu unterstellen ist. Auch wenn das eine oder das andere der Fall sein sollte, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler einen unsittlichen Charakter des Vertrages verneinen. Entscheidende Bedeutung kommt insoweit den Umständen zu, unter denen der Vertrag geschlossen ist. Die Klägerin hatte gegen die zusammengebrochene

M [REDACTED] eine Kreditforderung von einer Million DM. Hinsichtlich dieser Forderung war sie - außer durch den Maschinenpark - durch eine Grundschuld und durch Bürgschaften der an der M [REDACTED] Beteiligten gesichert. Wurde der Zusammenbruch der M [REDACTED] von den Beteiligten als endgültig hingenommen, so konnte und mußte die Klägerin ihren Kredit dadurch zurückführen, daß sie die Sicherheiten verwertete. In dieser Lage wurde von G [REDACTED] und dem von diesem als Kapitalgeber gewonnenen Kaufmann K [REDACTED] - nicht etwa von der Klägerin - die Möglichkeit ins Auge gefaßt, das Unternehmen der M [REDACTED] durch eine Auffanggesellschaft fortführen zu lassen. Voraussetzung dafür war, daß die Klägerin, der der Maschinenpark sicherungsübereignet war, weiter still hielt. Die Bedingungen festzulegen, unter denen sich die Klägerin hierzu bereitfand, war der Sinn des "Kauf- und Pachtvertrages". Sein Inhalt war, wirtschaftlich gesehen, der, daß die BMF die Kreditforderung der Klägerin in Raten abzahlte. So haben es auch die Gründer der BMF, G [REDACTED] und K [REDACTED] aufgefaßt, wie sich aus ihrem Vertrag vom 28. Oktober 1958 ergibt, in dem es heißt :

" Herr G [REDACTED] hat sich hierzu mit der (Klägerin) in Verbindung gesetzt, ... mit dem Ziel, daß der bisher der M [REDACTED] gewährte Kredit auf die Vertragsschließenden bzw. die von diesen zu gründende Gesellschaft übertragen wird und daß die der (Klägerin) sicherungshalber übereigneten Maschinen der M [REDACTED] den Vertragsschließenden zur Verfügung gestellt werden."

Ob der von der BMF unternommene Auffangversuch glückte oder mißlang, hing nicht in erster Linie von dem Wert des von der Auffanggesellschaft zu übernehmenden Maschinenparks, sondern von der richtigen Einschätzung der wirtschaftlichen Chancen ab, die eine Fortführung des Unternehmens bot. Darin lag das von der BMF übernommene Risiko, an dem die ohnehin

gesicherte Klägerin sich nicht zu beteiligen brauchte. Außerdem waren gerade die Gründer der BMF als Fachleute auf dem Gebiet der Strumpffabrikation eher in der Lage, dieses Risiko richtig zu beurteilen als die klagende Bank. Unter diesen Umständen ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht dem Wert, den der Maschinenpark im Zeitpunkt des Abschlusses des "Pacht- und Kaufvertrages" hatte, unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, daß die Klägerin durch ihr Schreiben vom 29. Dezember 1960, also nach Annahme der Bürgschaft, die Grundsuld von 550 000 DM als Sicherung der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung aufgegeben habe; der Beklagte sei deshalb gemäß § 776 BGB mindestens in Höhe der eingeklagten Teilforderung frei geworden.

Es kann dahinstehen, ob dieser Gesichtspunkt in der Revisionsinstanz nicht schon deshalb unbeachtlich ist, weil der Beklagte sich in den Tatsacheninstanzen auf ihn nicht berufen und seine tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorgetragen hat. Jedenfalls übersieht die Revision, daß sämtliche Beteiligten sich darüber einig waren, daß die Bürgschaft des Beklagten nur den Teil der Forderung der Klägerin sichern sollte, der nach Abtrennung der 550 000 DM verblieb, für die nur Rosenkranz und die Gesamtgrundsuld hafteten. Diese Zusammenhänge kannte auch der Beklagte, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als Inhaber der Hausbank der BMF von Anfang an in die Sanierungsverhandlungen eingeschaltet war. Die Bürgschaft des Beklagten bezog sich deshalb von Anfang an nur auf die Teilforderung von 450 000 DM, die als solche erst entstand, nachdem die Forderung aufgeteilt und die Haftung der Grundsuld auf den restlichen Teil der Forderung beschränkt war. Die Voraussetzungen des § 776 BGB sind danach nicht gegeben.

3. Entgegen der Annahme der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht auch die Voraussetzungen einer der Klägerin zuzurechnenden arglistigen Täuschung verneint. Unstreitig hat die Klägerin selbst mit dem Beklagten wegen der Übernahme der Bürgschaft nicht verhandelt, sondern lediglich K [REDACTED] für die BMF. Allerdings hat die Klägerin die Bürgschaftsurkunde entworfen und den Entwurf ihrer Schuldnerin (BMF) zur Beschaffung der Bürgschaft ausgehändigt. Das genügt jedoch (vgl. Urt. des erkennenden Senats VIII ZR 182/63 vom 5. April 1965, WM 1965, 473) noch nicht, um die BMF bzw. K [REDACTED] nicht als Dritten im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB anzusehen. Es wäre vielmehr des weiteren erforderlich, daß der Beklagte aus den Verhandlungen mit K [REDACTED] entnehmen konnte, dieser verhandle im Auftrag der Klägerin mit ihm und die Klägerin lasse deshalb seine Erklärungen wie eigene gegen sich gelten. Dafür hat der Beklagte jedoch nichts vorgetragen. K [REDACTED] verhandelte vielmehr für die BMF und deren Gesellschafter, denen an einer Aufteilung und der damit für die BMF verbundenen Ermäßigung der Forderung der Klägerin gelegen war. Auch die Revision macht nicht geltend, K [REDACTED] sei Verhandlungsbeauftragter der Klägerin gewesen. Sollte er den Beklagten durch arglistige Täuschung zur Übernahme der Bürgschaft bestimmt haben, so könnte deshalb der Beklagte die Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung nur anfechten, wenn die Klägerin die Täuschung kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dafür hat der Beklagte nichts vorgetragen.

4. Das Berufungsgericht verneint, daß der Beklagte die Bürgschaft wegen Irrtums deshalb anfechten könne, weil er über den Wert der Maschinen als sonstiger einziger Sicherheit der Klägerin geirrt habe. Es hält die erst in der zweiten Instanz im Schriftsatz vom 30. Oktober 1962 enthaltene Anfechtungserklärung für verspätet (§ 121 Abs. 1 BGB), aber auch für unbegründet, weil der angebliche Irrtum des Beklagten

ein unbeachtlicher Motivirrtum sei.

Das läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte habe spätestens im Januar 1962 "nicht nur von der Gesamtlage, sondern auch von allen Einzelheiten Kenntnis erlangt." Das Berufungsgericht versteht darunter, wie sich aus seinem Hinweis auf ein Schreiben des Versteigerers von Go [REDACTED] vom 10. Januar 1962 ergibt, insbesondere auch, der Beklagte habe spätestens damals erkannt, daß der Maschinenpark zum großen Teil nur Schrottwert hatte. Wieso er dann, wie die Revision meint, gleichwohl noch weiterhin "über die Sicherung seiner sich aus der Bürgschaftsübernahme möglicherweise ergebenden Verpflichtung" geirrt haben könnte, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht konnte vielmehr ohne Rechtsirrtum annehmen, die erst im Oktober 1962 ausgesprochene Anfechtung wegen Irrtums sei nicht rechtzeitig erklärt worden.

Ebensowenig ist die Hilfsbegründung rechtsfehlerhaft. Nach feststehender Rechtsprechung (BGB RGRK 11. Aufl. § 119 Nr. 21) ist der Wert einer Sache als solcher keine Eigenschaft der Sache und der Irrtum über ihn deshalb kein Irrtum über eine Eigenschaft der Sache i.S. des § 119 Abs. 2 BGB. Erst recht ist der Irrtum des Bürgen über den Wert einer anderen für die Hauptschuld bestehenden Sicherung kein Irrtum über den Inhalt der Bürgschaftserklärung. Die von der Revision angezogene Schriftumsstelle betrifft einen wesentlich anders liegenden Fall. Das Berufungsgericht hat deshalb den - angeblichen - Irrtum des Beklagten zu Recht als unbeachtlichen Motivirrtum gewertet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann