

2126 006

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 166/65

URTEIL

Verkündet am

4. Dezember 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

- 1) des Kaufmanns Rudolf P.,
2) der Kauffrau Karla P. geb. Mi.,
beide in D./Ho., Na.,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

den Kaufmann Hermann W. in Pi./Holst.,
Th. Weg,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1967
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlan-
desgerichts in Hamburg vom 21. Mai 1965 wird
unter Änderung der Kostenentscheidung des Be-
rufungsgerichts zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die
Beklagten ihre eigenen außergerichtlichen Ko-
sten.

Ein Drittel der Gerichtskosten und der außer-
gerichtlichen Kosten des Klägers haben der Be-
klagte zu 1 und die Beklagte zu 2 als Gesamt-
schuldner zu tragen, die übrigen 2/3 dieser
Kosten werden dem Beklagten zu 1 auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 23. Juli 1960 gründeten der Kaufmann G. [REDACTED] sowie
der Beklagte zu 1), dessen Ehefrau (Beklagte zu 2) und
Alexander Ka. [REDACTED] die "GE. [REDACTED]" Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung mit dem Sitz in H. [REDACTED]. In dem no-
tariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag übernahmen

Gelb und der Beklagte je eine Stammeinlage von 8 000 DM, die beiden anderen Gesellschafter je eine Stammeinlage von 2 000 DM. Der Vertrag enthält die Erklärung: Sämtliche Stammeinlagen sind in bar geleistet. Der Gesellschafter Ka[REDACTED] wurde zum alleinigen Geschäftsführer bestellt. Die Gesellschaft wurde am 26. August 1960 in das Handelsregister eingetragen. Gegenstand des Unternehmens war der Großhandel mit Automaten und Füllware.

Der Beklagte zu 1) und G[REDACTED] hatten vor Errichtung der GmbH den gleichen Geschäftszweig bereits unter der Firma GE[REDACTED] Adolf G[REDACTED] & Rudolf P[REDACTED] in H[REDACTED] als offene Handelsgesellschaft betrieben. Diese Gesellschaft wurde aufgelöst und aufgrund der Anmeldung vom 21. September 1960 im Handelsregister gelöscht. Nach dem Inhalt der Anmeldung war der Geschäftsbetrieb der oHG mit dem 22. Juli 1960 mit allen Aktiven und Passiven in der am 23. Juli errichteten GE[REDACTED] GmbH übernommen worden.

Bei der Anmeldung der GmbH beim Amtsgericht Hamburg versicherte der Geschäftsführer Ka[REDACTED], die übernommenen Stammeinlagen seien in voller Höhe vonbar gezahlt und befänden sich zu seiner freien Verfügung.

G[REDACTED] veräußerte später seinen Geschäftsanteil in Teilen an die übrigen Gesellschafter. Ka[REDACTED] trat einen Teilgeschäftsanteil in Höhe von 500 DM an die Beklagte zu 2) ab.

Auf eine Zeitungsanzeige im Hamburger Abendblatt, in der 75 % GmbH-Anteile eines Markenvertriebsunternehmens mit nachweisbarer Rentabilität zum Preise von 100 000 DM angeboten und monatlich feste Gehaltsbezüge von 2 000 DM in Aussicht gestellt wurden, meldete sich der Kläger. Er erhielt darauf ein Schreiben eines Dr. Sch[REDACTED] vom 29. Juni 1961. In diesem heißt es:



"... Bei der betreffenden GmbH handelt es sich um eine solche, die Waren-Automaten in Kombination mit einem weltbekannten Herstellerwerk der Genußmittelbranche vertreibt.

Es sind bereits 1200 Stellplätze vorhanden, und monatlich kommt eine größere Anzahl hinzu, da 17 feste Vertreter beschäftigt werden. Das Geschäft liegt nicht nur in den Gewinnen durch die Verkäufe der Automaten, sondern für die nächsten 10 Jahre insbesondere in den Verdienstspannen der geschützten Nachlieferungen für diese Waren-Automaten. Forderung für den Erwerb der 75 % GmbH-Anteile ist eine tätige Mitarbeit als Prokurist mit einem Monatsgehalt von 2 000 DM, welches selbstverständlich außerhalb der Beteiligung läuft. Es handelt sich bei der betreffenden GmbH um ein absolut seriöses und insbesondere krisenfestes Unternehmen, was schon durch die obengenannte Kombination mit einer weltbekannten Markenartikel-Firma gewährleistet ist.

Sie werden sich selbst davon überzeugen können, daß ich die Lukrativität dieser Firma vorsichtig eingeschätzt habe."

Dr. Sch[REDACTED] ergänzte sein Schreiben vom 29. Juni 1961 durch ein Schreiben vom 30. Juni 1961. Er bemerkte darin, daß die Gewinnbeteiligung der betreffenden 75 % GmbH-Anteile aufgrund der vorliegenden Unterlagen etwa 40 bis 50 000 DM jährlich betragen dürfte. In einer folgenden Besprechung nannte Dr. Sch[REDACTED] dem Kläger die GE[REDACTED] als die in der Anzeige geschilderte Gesellschaft und erklärte ihm, daß zwei der drei Gesellschafter, nämlich die beklagten Eheleute, nach Israel auswandern und ihre Beteiligungen schnellstmöglich verkaufen wollten.

Durch Vermittlung des Dr. Sch[REDACTED] kam es dann zu einer Besprechung zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Dabei gab der Beklagte den Umsatz der GE[REDACTED], die erst seit dem 1. August 1960 eine verbende Tätigkeit ausübte, für das zweite Halbjahr 1960 mit ca. 250 000 DM

und für das erste Halbjahr 1961 mit ca. 300 000 DM an. Er erklärte ferner, daß er von Buchhaltung und Bilanzen sehr wenig verstehe. Die beabsichtigte Veräußerung der Geschäftsanteile begründete der Beklagte zu 1) damit, daß er in Tel Aviv den Bau eines Hotels plane. Am Schluß der Besprechung stellte er dem Kläger anheim, sich den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft selbst anzusehen.

Die Besichtigung des Geschäftsbetriebes fand von Montag, dem 17. Juli bis Donnerstag, dem 20. Juli 1961 statt. Am 17. Juli 1961 vereinbarten der Kläger und der Beklagte, daß am 21. Juli 1961 Bilanzen per 31. Dezember 1960 und 30. Juni 1961 vorgelegt werden sollten. Die Bilanzen sollten von dem Angestellten He [REDACTED] des für die GE [REDACTED] ständig tätigen Steuerbevollmächtigten Echte aufgestellt werden. Am 21. Juli fand dann eine weitere Besprechung statt, an der der Kläger, der Beklagte und als dessen Berater die Wirtschaftsprüfer R [REDACTED] und B [REDACTED], ferner zeitweise Dr. Sch [REDACTED] teilnahmen. He [REDACTED] legte den Anwesenden die von ihm am 20. Juli 1961 unterschriebenen Bilanzen vor. Die Bilanz zum 31. Dezember 1960 wies einen Gewinn von 40 328,68 DM aus, die Bilanz zum 30. Juni 1961 einen solchen von nur 1 317,55 DM. Die Gesprächspartner unterhielten sich darüber, wie das schlechte Ergebnis zum 30. Juni 1961 zu erklären sei. Nach Überprüfung in der Buchhaltung der GE [REDACTED] durch B [REDACTED] und He [REDACTED] kamen sie für das erste Halbjahr 1961 zu einem höheren Gewinnergebnis. Gegen Ende der Unterredung bat der Beklagte den Kläger in einen Nebenraum. Am Sonnabend, dem 22. Juli 1961 suchte der Kläger den Beklagten zu einer weiteren Unterredung auf. Bei den Besprechungen hatte dieser den Gewinn für das zweite Halbjahr 1960 mit 40 000 DM angegeben.

Wiederholt hatte er den Kläger auf ihre gemeinschaftlichen Interessen hingewiesen, nachdem sie festgestellt hatten, daß sie beide Freimaurer waren.

Am 24. Juli 1961 traten zu Protokoll eines Notars der Beklagte seine beiden Geschäftsanteile von 8 000 und 3 000 DM und in besonderer Urkunde die Beklagte zu 2) ihre Geschäftsanteile von 2 000, 2 000 und 500 DM an den Kläger ab. Beide notariellen Urkunden enthalten die Erklärung: Alle Geschäftsanteile sind in voller Höhe eingezahlt.

Der Kläger zahlte für die Geschäftsanteile des Beklagten auf den vereinbarten Kaufpreis von 72 300 DM einen Betrag von 70 300 DM und für die Geschäftsanteile der Beklagten zu 2) einen Betrag von 27 700 DM. Ferner zahlte er an Dr. Schmidt eine Provision von insgesamt 6 000 DM.

Der Kläger wurde alleiniger Geschäftsführer der GmbH, der Mitgesellschafter Ka[REDACTED] dagegen zu ihrem Prokuristen bestellt. Die Umsätze des Unternehmens gingen erheblich zurück. Im September 1961 entzog der Kläger dem Mitgesellschafter Ka[REDACTED] die Prokura. Mit Schreiben vom 9. Oktober 1961 focht der Kläger den Beklagten gegenüber den Kauf der Geschäftsanteile wegen arglistiger Täuschung an. Über das Vermögen der GmbH wurde auf Antrag des Klägers am 28. November 1961 das Konkursverfahren eröffnet, das inzwischen beendet ist. Die nichtbevorrechtigten Gläubiger erhielten keine Quote. Die Gesellschaft wurde am 11. November 1964 im Handelsregister gelöscht.

Mit der bereits im November 1961 eingeleiteten Klage forderte der Kläger aufgrund der Anfechtung des Kaufs der Geschäftsanteile und unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung von dem Beklagten zu 1) Zahlung von 104 000 DM nebst Zinsen und von der Beklagten zu 2) als Gesamtschuldnerin Zahlung von 33 700 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren hat der Kläger die Klage auch darauf gestützt, daß die Stammeinlagen entgegen den Angaben im Gesellschaftsvertrage und in den Abtretungs-urkunden vom 24. Juli 1961 nicht in bar gezahlt worden seien. Auch darüber hätten ihn beide Beklagte getäuscht.

Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 98 000 DM nebst Zinsen und die Beklagte zu 2) zur Zahlung von 27 700 DM nebst Zinsen als Gesamtschuldner mit dem Ehemann und beide Beklagte ferner verurteilt, an den Kläger weitere 6 000 DM nebst Zinsen zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung einer Forderung in Höhe von 6 000 DM gegen die Erben des am 19. Dezember 1961 verstorbenen Dr. Günther Sch[REDACTED] auf Rückzahlung der Provision aus der Vermittlung der Verträge zwischen den Parteien über die Veräußerung der Geschäftsanteile.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstreben die Beklagten die Zurückweisung der Berufung des Klägers.

Entscheidungsgründe:

I. Die den Beklagten vorgeworfenen Täuschungshandlungen hält das Berufungsgericht zum Teil für bewiesen. Es stellt dazu fest:

1. Die bei der Abtretung der Geschäftsanteile zu Protokoll des Notars in den Urkunden vom 24. Juli 1961 abgegebenen Erklärungen über die volle Einzahlung der Geschäftsanteile seien unrichtig gewesen. Tatsächlich sei die behauptete Einzahlung nie erfolgt. Das Stammkapital sei weder dadurch eingezahlt worden, daß die GmbH Vermögen und Verbindlichkeiten der von dem Ka [REDACTED] G [REDACTED] und dem Beklagten zu 1) zunächst errichteten offenen Handelsgesellschaft GE [REDACTED] Adolf G [REDACTED] & Rudolf P [REDACTED] übernommen hatte, noch seien die nach dem Gesellschaftsvertrag vom 23. Juli 1960 von den Gründern der GmbH übernommenen Stammeinlagen in bar geleistet worden. Die Eröffnungsbilanz der mit der Eintragung in das Handelsregister am 26. August 1960 entstandenen GmbH weise zwar per 23. Juli 1960 einen Kassenbestand von 20 000 DM aus. In Wirklichkeit sei jedoch eine solche Einzahlung nicht vorgenommen worden. Wie dem vom Berufungsgericht eingeholten Gutachten des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters N [REDACTED] zu entnehmen sei, seien in dem Kassenbuch keine Bareinzahlungen auf das Stammkapital bei der Gründung der GmbH oder später vermerkt worden. Nach den Buchungen, die am 30. September 1960 erfolgt seien, sei, wie N [REDACTED] näher dargelegt habe, das Stammkapital nur buchmäßig dargestellt worden. Kassenmäßig sei es aber nicht vorhanden gewesen. Die behaupteten Bareinzahlungen von insgesamt 20 000 DM seien nicht schon dadurch bewiesen, daß das Kassenkonto am 30. September 1960 entsprechende Buchungen aufweise. Auch die Bekun-

dungen des als Zeugen vernommenen Angestellten He [REDACTED] seien nicht geeignet, die Überzeugung des Senats von dem Unterbleiben der Einzahlungen zu erschüttern. Selbst wenn, so führt das Berufungsgericht in einer Hilferwägung aus, den Buchungen am 30. September 1960 wirkliche Geschäftsvorgänge zugrunde gelegen haben sollten, die Beträge von insgesamt 20 000 DM also an diesem Tage eingezahlt und noch am selben Tage an die Gesellschafter wieder ausgezahlt worden wären, würde darin nur eine unbeachtliche Scheineinzahlung liegen. Sie könnte die dem Kläger gegenüber abgegebene Erklärung, die Geschäftsanteile seien voll eingezahlt worden, nicht rechtfertigen.

Den Beklagten sei bei der Abtretung bekannt gewesen, so führt das Berufungsgericht weiter aus, daß ihre Erklärung, die Geschäftsanteile seien voll eingezahlt worden, unrichtig war. Der Beklagte hätte die Tatsache, daß er, wie die Beklagte zu 2), die Einlage nicht geleistet hatte, dem Kläger und seinen Beratern nicht verschweigen dürfen. Wenn er diese für den Entschluß des Klägers, die Geschäftsanteile zu erwerben, erhebliche Tatsache verschwie, so habe der Beklagte in Täuschungsabsicht gehandelt. Die Beklagten seien auch nicht etwa der Ansicht gewesen, daß die Übernahme der Aktiven und Passiven der oHG durch die GmbH die fehlende Einzahlung des Stammkapitals ersetze. Das hätten sie selbst nicht behauptet, eine solche Ansicht wäre auch nicht mit dem Gesetz zu vereinbaren.

Hätten die Beklagten dem Kläger bei den Kaufverhandlungen, spätestens aber bei der Abtretung der Geschäftsanteile wahrheitsgemäß erklärt, daß eine Einzahlung auf die Stammeinlagen nicht erfolgt war, so hätte der Kläger, insbesondere auch im Hinblick auf die Unsicherheit

hinsichtlich des Gewinnes der GmbH im ersten Halbjahr 1961, von dem Erwerb der Geschäftsanteile mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgesehen.

2. Das Berufungsgericht sieht ferner als erwiesen an, daß der Beklagte unter Berufung auf die Thora (eine Gebetrolle, die in der Synagoge in einem heiligen Schrein aufbewahrt wird) und mit unrichtigen Behauptungen einen ungefähren Gewinn von 60 000 DM für das erste Halbjahr 1961 "beschworen" habe, obwohl er, wie er gewußt habe, dazu keine annähernd sicheren Angaben habe machen können (BU S. 53). Außerdem habe der Beklagte auch falsche Angaben über unechte Betriebsaufwendungen gemacht (BU S. 58).

Ein ungefährer Gewinn von 60 000 DM sei, so legt das Berufungsgericht mit näherer Begründung dar, im ersten Halbjahr 1961 bei weitem nicht erzielt worden (EU S. 57, 58). Das Verhalten des Beklagten im Zusammenhang mit dem Schwur auf die Thora stelle eine arglistige Täuschung dar. Diese Täuschungshandlung sei für die Willenserklärung des Klägers ursächlich gewesen.

Die Täuschungshandlung des Beklagten sei der Beklagten zu 2) zuzurechnen, weil der Beklagte die Verhandlungen auch für seine Ehefrau geführt habe.

II. Gegenüber der Feststellung des Berufungsgerichts, daß keine Barzahlung auf die von den Gründern der GmbH übernommenen Stammeinlagen vorgenommen worden sei, rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Sachverhalt nicht ausreichend geklärt. Es hätte dem in der letzten mündlichen Verhandlung am 4. Mai 1965 gestellten und als verspätet zurückgewiesenen Antrag, den früheren Geschäftsführer und späteren Prokuristen der GmbH Ka [REDACTED] darüber

zu vernehmen, daß die Stammeinlagen der früheren Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft voll eingezahlt worden seien, entsprechen müssen. Darüber hinaus bestünden auch Bedenken in der Richtung, ob das Berufungsgericht aufgrund der von ihm gewürdigten Umstände eine Nichteinzahlung der Stammeinlagen annehmen durfte. Die Täuschungsabsicht des Beklagten und die Ursächlichkeit für den Kauf der Geschäftsanteile seien ebenfalls rechtlich nicht einwandfrei festgestellt worden.

Über diese Angriffe der Revision braucht nicht entschieden zu werden. In dem Schreiben vom 9. Oktober 1961 hat der Kläger, wie unstreitig ist, die Anfechtung noch nicht darauf gestützt, daß er durch unrichtige Angaben über die Einzahlung der Stammeinlagen arglistig getäuscht worden sei. Dieser Anfechtungsgrund war ihm, wie er im Prozeß vorgetragen hat, damals noch nicht bekannt. Wenn der Kläger mit seinem Vorbringen andere als in der ursprünglichen Anfechtungserklärung erwähnte Gründe geltend gemacht hat, so liegt darin eine neue Anfechtungserklärung (vgl. Urt.v. 11. Oktober 1965 - II ZR 45/63 - NJW 1966, 39). Daraus folgt: Wenn schon die ursprüngliche Anfechtungserklärung gerechtfertigt und deshalb das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist, so würde die spätere Anfechtungserklärung insoweit ins Leere gehen. Wie nachstehend dargelegt wird, halten die Feststellungen des Berufungsgerichts darüber, daß die in dem Schreiben vom 9. Oktober 1961 erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung begründet ist, den Angriffen der Revision stand. Auch die mit der Klage geltend gemachten Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche sind nicht davon abhängig, ob der Kläger durch Angaben über die Einzahlung der Stammeinlagen getäuscht worden ist.

III. Die Revision macht geltend, der Beklagte habe überhaupt nur Angaben über einen zu erwartenden Gewinn machen können. Denn der wirkliche Gewinn einer GmbH könne im allgemeinen erst längere Zeit nach dem Stichtag, auf welchen die Gewinnermittlung erfolgen soll, festgestellt werden. Dessen ist sich aber das Berufungsgericht, wie die Revision selbst ausführt, auch bewußt gewesen. Sie meint jedoch, eine Täuschungshandlung sei schon deshalb nicht einwandfrei festgestellt worden, weil es im Berufungsurteil an der Feststellung fehle, daß sich der Beklagte der Unsicherheit seiner Bewertung des zu erwartenden Gewinns, bei der es sich nur um eine Schätzung handeln könne, auch bewußt gewesen sei. Seine Gewinnerwartung habe der Beklagte aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit den zutreffend angegebenen Umsätzen für 1960 und 1961 begründet. Es sei auch zu berücksichtigen, daß während der Verhandlungen eine von He [REDACTED] aufgestellte Zwischenbilanz per 30. Juni 1961 vorgelegt worden sei, die nur einen Gewinn von rd. 1 300 DM ergeben habe, dann aber nach kurzer Überprüfung durch He [REDACTED] und B [REDACTED] überschlägig auf einen Gewinn von 44 000 DM berichtigt worden sei. Welches Betriebsergebnis tatsächlich aber erzielt worden sei, habe das Berufungsgericht nicht festgestellt. Demnach sei, so meint die Revision, nicht auszuschließen, daß der Beklagte zu 1 in einem Irrtum gehandelt habe. Eine Täuschung scheide aber auch schon deswegen aus, weil dem Kläger die Unsicherheit der von dem Beklagten abgegebenen Schätzung bekannt gewesen sei.

Diese Angriffe der Revision greifen nicht durch.

1. Die arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB setzt allerdings voraus, daß Tatsachen vorgespiegelt oder unterdrückt worden sind. Solche Tatsachen hat das Berufungsgericht hier festgestellt. Deshalb ist es nicht von Bedeutung, welche Wertvorstellungen sich der Beklagte von der Ertragsfähigkeit des Handelsgeschäfts gemacht hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat er die Bedenken des Klägers hinsichtlich der Ertragsaussichten und des wirklich erzielten Gewinns im ersten Halbjahr 1961 durch unrichtige Angaben tatsächlicher Art auszuräumen versucht und damit auch Erfolg gehabt.

2. Wie das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausführt, verlor die durch den Beklagten bei den Verhandlungen zunächst erweckte Vorstellung, daß es sich um ein günstiges Geschäft handle, bei dem 20 % vom Umsatz als Gewinn zu erwarten und demnach im ersten Halbjahr 1961 der Gewinn auf 60 000 DM zu veranschlagen sei, zunächst dadurch ihr Gewicht, daß die von He [REDACTED] aufgestellte und am 21. Juli 1961 vorgelegte Zwischenbilanz per 30. Juni 1961 zwar einen Umsatz von rd. 300 000 DM aufwies, aber einen sehr niedrigen Gewinn ergab. Der Beklagte war deshalb, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, bemüht, den Eindruck zu erwecken, daß der wirkliche Gewinn viel höher liege, und ist bei seinen Angaben über den zu veranschlagenden Gewinn verblieben, also dabei, daß dieser auf 20 % des Umsatzes angenommen werden könne. Um dies glaubhaft zu machen, habe der Beklagte den Beteiligten vertraulich mitgeteilt, er habe private Kosten (z.B. Reisekosten, Kosten für die Anschaffung von Schmuck und Teppichen), Zahlungen an die Beklagte zu 2 und unechte Provisionen

über Geschäftsunkosten laufen lassen, und dann in einem persönlichen Gespräch mit dem Kläger unter vier Augen versichert, die ihm genannten Gewinnzahlen seien richtig und unechte Betriebsaufwendungen der Grund dafür, daß der in der Zwischenbilanz ausgewiesene Gewinn geringer sei. Der Sachverständige N. habe, so führt das Berufungsgericht weiter aus, für das erste Halbjahr 1961 keine Ausgaben feststellen können, die sich als unechte Betriebsaufwendungen bezeichnen ließen. Die Beklagten hätten demgegenüber auch nicht dargelegt, in welcher Weise etwa "getarnte Buchungen" vorgenommen worden seien und dazu keine Erklärungen abgegeben (BU S. 56/57). Unter Würdigung dieses Sachverhalts ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß im ersten Halbjahr 1961 unechte Betriebsaufwendungen nicht vorgekommen seien und der Beklagte dies aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter und Prokurist der GmbH gewußt habe.

Nach diesen Feststellungen hat der Beklagte zu 1 also bewußt unrichtige Tatsachen dem Kläger vorgespiegelt, um aufgetretene Bedenken über den Ertrag des Handelsgeschäfts im ersten Halbjahr 1961 zu zerstreuen, und den von ihm vorher veranschlagten Gewinn von etwa 60 000 DM für diesen Zeitraum als sicher hingestellt.

3. Dem steht nicht entgegen, daß bei den Verhandlungen am 21. Juli 1961 He. und B. auch Erwägungen darüber angestellt haben, um welche Beträge die aufgestellte Zwischenbilanz per 30. Juni 1961 berichtigt werden könnte, um den Ertrag des Geschäfts im ersten Halbjahr 1961 höher zu veranschlagen. Wenn dabei noch zu erwartende Zahlungen aus bereits abge-

schlossenen Geschäften auf der Grundlage verbuchter Vorauszahlungen geschätzt und dem Umsatz des ersten Halbjahres mit rd. 18 000 DM zugeschlagen wurden und auf der anderen Seite Zahlungen an die Gesellschafter in Höhe von zusammen 26 188,50 DM außer Betracht blieben, so ergab sich nach dieser Berechnung, wie das Berufungsgericht aufgrund der Bekundungen des Wirtschaftsprüfers B. feststellt, ein berichtigtes Gewinnergebnis von rd. 44 000 DM. Der Kläger hat sich jedoch nicht schon nach den ihm mitgeteilten Berechnungen dieser Art alsbald zu dem Kauf entschlossen, sondern erst nach einem weiteren Gespräch mit dem Beklagten, in dem dieser ihm nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unrichtige Angaben über sog. unechte Geschäftsaufwendungen und vorgetäuschte Ausgaben mitteilte oder bekräftigte und dabei auch unter Berufung auf die Thora als sicher hinstellte, daß der veranschlagte Gewinn von ca. 60 000 DM tatsächlich erzielt worden sei. Ein solcher Gewinn ist aber, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, bei weitem nicht erreicht worden (BU S. 58).

4. Die Revision wendet sich allerdings auch gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß unechte gewinnmindernde Betriebsaufwendungen nicht vorgekommen seien. Das Berufungsgericht hätte, so rügt die Revision, den Bericht des Konkursverwalters berücksichtigen müssen, wonach z.B. für Wohnung 5 000 DM und im Jahr 1961 bis zum 24. Juli 1961 (abgesehen von davor und danach erfolgten weiteren Entnahmen) von der Beklagten zu 2 7 333,70 DM und vom Beklagten in mehreren Teilbetrügen noch weitere 2 849 DM entnommen worden seien. Das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, daß diese Positionen mit denen identisch seien, die der Wirtschaftsprüfer

B. bei seiner Aussage vom 9. Dezember 1963 genannt hat. Infolgedessen habe das Berufungsgericht nicht davon ausgehen dürfen, daß die Angabe des Beklagten, es seien unechte gewinnbringende Betriebsaufwendungen vorgekommen, unzutreffend sei.

Diese Beanstandungen der Revision sind nicht stichhaltig. Dem Sachverständigen Wirtschaftsprüfer N., war nach dem Beweisbeschluß auch die Frage gestellt worden, ob in den Büchern der GmbH im ersten Halbjahr 1961 unechte Betriebsaufwendungen verbucht waren, z.B. Kürschnerrechnungen, Kosten für Privatreisen der Gesellschafter, Kauf von Schmucksachen, optischen Geräten und Teppichen, 6 964,65 DM nicht verdiente Provisionen des Beklagten zu 1, 5 000 DM für ein angeblich erstattetes Gutachten über das Automatengeschäft in Südamerika sowie Vergütung für in Wahrheit nicht geleistete Arbeit. Der Sachverständige beantwortete diese Fragen in dem Gutachten vom 13. Februar 1963 S. 12, 13 dahin, er habe bei sehr kritischer Durchsicht der im ersten Halbjahr 1961 auf den Sachkonten verbuchten Betriebsaufwendungen sowie der Buchungen im Journal in diesem Zeitraum keine unechten Betriebsaufwendungen festgestellt, auch keine Buchungen der genannten Art. Es sei aber erfahrungsgemäß sehr schwer, solche Ausgaben, wenn sie erfolgt seien, festzustellen, weil die Konten und auch die Belege solche Ausgaben nicht ohne weiteres erkennen ließen. Das Berufungsgericht hat dazu erwogen (EU S. 56/57), es sei nunmehr Sache der Beklagten gewesen, näher anzugeben, in welcher Weise etwa getarnte Buchungen vorgenommen worden seien. Sie hätten indes dazu keine Erklärungen abgegeben. Aus diesen Umständen und dem Sachverständigengutachten hat das Berufungsgericht dann die Überzeugung gewonnen, daß im ersten Halbjahr 1961 keine unechten Betriebsaufwendungen vorgekommen seien.

Dieser Feststellung steht nicht entgegen, daß ausweislich der geprüften Konten der GmbH auch Kapital entzogen worden ist. Der Sachverständige N. hat dazu festgestellt, der Beklagte habe der GmbH 16 810,70 DM und Kaufmann 12 820,67 DM als Darlehen geschuldet. Wenn der Konkursverwalter in seinem Bericht Zahlungen der GmbH an die Beklagten für Wohnung in Höhe von 5 000 DM und im Jahre 1961 weitere Zahlungen an die Beklagten anführt, so ergibt sich daraus noch nicht, daß es sich bei diesen Zahlungen um getarnte Betriebsausgaben handelte, also um Ausgaben, die das ermittelte Gewinnergebnis hätten beeinflussen können. Das gilt auch hinsichtlich der Zahlungen an den Beklagten in Höhe von 2 849 DM, auf die die Revision verweist, abgesehen davon, daß dieser Betrag nicht ins Gewicht fällt. Die Bedenken der Revision enthalten daher keinen zulässigen Angriff gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß verdeckte Betriebsausgaben nicht nachgewiesen seien. Demnach ist das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei auch zu der Feststellung gelangt, der Beklagte habe unrichtige Angaben darüber gemacht, daß die vorgelegte Zwischenbilanz per 30. Juni 1961 auf getarnten Betriebsausgaben beruhe und in Wirklichkeit für das erste Halbjahr 1961 von einem Gewinn von 20 % der Umsätze ausgegangen werden könne.

Diese Würdigung des Berufungsgerichts wird auch durch die weiteren Rügen der Revision, mit denen sie geltend macht, das Berufungsgericht habe das tatsächliche Betriebsergebnis per 30. Juni 1961 nicht festgestellt, nicht in Frage gestellt. Auf diese Feststellung kommt es nach dem Gesagten nicht an. Daß ein Gewinn von 60 000 DM bei weitem nicht erzielt worden war, sagt das Berufungsgericht ausdrücklich. Dagegen hat auch die Revision nichts Durchgreifendes vorgebracht.

Es ist auch unerheblich, welche Überlegungen He [REDACTED] und B [REDACTED] bei der Verhandlung am 21. Juli 1961 angestellt haben, um überschlägig auf einen Gewinn von 44 000 DM zu kommen. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren die unrichtigen Angaben des Beklagten über angebliche verdeckte Betriebsausgaben mindestens mitursächlich für den Kaufentschluß des Klägers.

IV. Die Täuschungshandlungen des Beklagten sind nach der Feststellung des Berufungsgerichts, die rechtlich bedenkenfrei ist, auch der Beklagten zu 2 anzurechnen. Greift hiernach die Anfechtung der Kaufverträge wegen arglistiger Täuschung durch, so schuldet der Beklagte die Rückzahlung des ihm gezahlten Kaufpreises von 70 300 DM gemäß § 812 BGB. Daneben haftet er aber unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen auch auf Schadensersatz in Höhe des Betrages von 27 700 DM, den der Kläger für die Geschäftsanteile der Beklagten zu 2 gezahlt hat. Der Kläger kann von beiden Beklagten darüber hinaus ebenfalls wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen als Schadensersatz den Betrag von 6 000 DM ersetzt verlangen, den er an Dr. Sch [REDACTED] für die Vermittlung des Kaufs der Geschäftsanteile gezahlt hat. In dieser Hinsicht sind von der Revision keine besonderen Angriffe gegen das Berufungsurteil erhoben worden. Auch insoweit enthält es keinen sachlich-rechtlichen Fehler.

V. Somit war die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Jedoch mußte die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts, das beiden Beklagten die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt hat, in Anwendung des § 100 ZPO, wie geschehen, geändert werden. Für die Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Klägers haften die Beklagten nur in Höhe von einem Drittel als

Gesamtschuldner, während die restlichen zwei Drittel dieser Kosten dem Beklagten allein zur Last fallen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber