

21

BUNDESGERICHTSHOF^{2140 032}

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 71/68

URTEIL

Verkündet am

17. November 1969

Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Max K [REDACTED] in H [REDACTED], E [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Kurt J [REDACTED] - G [REDACTED]
in Bad Ha [REDACTED], A [REDACTED] ring [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Lt

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Braxmaier für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 7. März 1968 wird auf Kosten des Klägers mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der unbefristete Klageantrag als unzulässig abgewiesen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Firma Ernst A. S. [REDACTED]-D. [REDACTED] KG in H. [REDACTED] (im folgenden KG), deren persönlich haftender Gesellschafter der Kaufmann Ernst A. S. [REDACTED]-D. [REDACTED] war, beschäftigte sich mit der Finanzierung von Kraftfahrzeugen. Kommanditisten dieser Firma waren außer den Parteien der Sohn des Klägers, Dipl. Kaufmann Wolfgang K. [REDACTED], und die geschiedene Ehefrau des persönlich haftenden Gesellschafters, Frau Hannelore S. [REDACTED]-D. [REDACTED]. Dem Beklagten war für seine Kommanditeinlage von 100 000 DM ein fester Betrag von monatlich 1 250 DM als Vergütung zugesagt worden. Für deren Zahlung hatten Frau S. [REDACTED]-D. [REDACTED], der persönlich haftende Gesellschafter der Kommanditgesellschaft und die ebenfalls von diesem betriebene Firma Friedrich H. D. [REDACTED], Versicherungsgeneralagentur, die Ga-

- 3 -

rantie übernommen. Ferner waren dem Beklagten zur Sicherung des erwähnten Anspruchs Briefgrundschulden an einem Grundstück der Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] bestellt.

Mitte Dezember 1959 gewährte der Beklagte der Firma Ernst A. S[REDACTED]-D[REDACTED] KG ein Darlehen von 150 000 DM, das mit 1 1/2 % monatlich zu verzinsen war. Als Sicherheit für das Darlehen nebst Zinsen erhielt der Beklagte eine auf dem Grundstück der Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] eingetragene Grundschuld von 50 000 DM sowie Grundschuldbriefe über insgesamt 122 500 DM, die Kunden der KG dieser zur Sicherung von Forderungen der KG übergeben hatten. Ferner hatten für die Erfüllung der Forderungen aus dem Darlehensvertrag die Firma Friedrich H. D[REDACTED], Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] und der persönlich haftende Gesellschafter der KG die Garantie übernommen.

Am 17. August 1961 teilte S[REDACTED]-D[REDACTED] dem Beklagten fernmündlich mit, daß die KG in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sei und der Kläger sie übernehmen wolle. Der Beklagte kündigte bei dieser Gelegenheit das Darlehen. Am folgenden Tage kam es zu Verhandlungen zwischen S[REDACTED]-D[REDACTED] und dem Beklagten sowie dessen Steuerberater F[REDACTED], die später unter Beteiligung des von S[REDACTED]-D[REDACTED] beauftragten Rechtsanwalts Dr. Se[REDACTED] in dessen Büroräumen fortgeführt wurden. Im Verlaufe dieser Besprechung nahm F[REDACTED] Einblick in einen bei den Akten des Rechtsanwalts Dr. Se[REDACTED] liegenden Status der KG zum 31. Juli 1961. F[REDACTED] stellte dabei fest, daß das Darlehen des Beklagten von 150 000 DM in der Bilanz nicht offen aufgeführt war und machte hierauf die Beteiligten aufmerksam. Als Bedingungefür sein Ausscheiden aus der KG, zu dem S[REDACTED]-D[REDACTED] den Beklagten auf Wunsch des Klägers veranlassen sollte, verlangte der Beklagte die Auszahlung des Komman-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



ditanteils und die Rückzahlung des Darlehens in voller Höhe nebst Zinsen und der garantierten Gewinnanteile bis zum Tage der Zahlung sowie Freistellung von allen Ansprüchen, die gegen die Gesellschaft bis zum Tage seines Ausscheidens von dritten Personen erhoben werden würden. Unmittelbar im Anschluß an diese Besprechung suchten S██████-D██████ und Rechtsanwalt Dr. Se██████ den Kläger auf und unterrichteten ihn über deren Ergebnis. Sie teilten dem Beklagten noch am selben Abend mit, daß der Kläger den Kommanditanteil des Beklagten erwerben wolle und daß das Darlehen des Beklagten von Frau S██████-D██████ zurückgezahlt werden solle. Rechtsanwalt Dr. Se██████ fertigte sodann drei Vertragsentwürfe an. Durch einen zwischen den Parteien abzuschließenden Vertrag sollte der Kläger den Kommanditanteil des Beklagten an der KG für 100 000 DM erwerben, die am 1. September 1961 zu zahlen waren. In Nr. 3 dieses Vertrages war eine Erklärung des Beklagten enthalten, daß er vorbehaltlich der Zahlung der mit ihm vereinbarten Gewinnanteile für die Zeit bis zum 31. August 1961 keine irgendwie gearteten Ansprüche gegen die KG habe. Durch einen weiteren Vertrag sollte Frau S██████-D██████ ihren Kommanditanteil von 50 000 DM gegen Zahlung von 50 000 DM auf den Kläger übertragen. Der letzte Vertrag betraf die Rückzahlung des Darlehens des Beklagten von 150 000 DM. Vertragsschließende sollten der Beklagte. einerseits sowie Frau S██████-D██████ und der persönlich haftende Gesellschafter der KG andererseits sein. Nach dem Vertrage sollten 50 000 DM aus dem von Frau S██████-D██████ erlösten Kaufpreis für ihren Kommanditanteil getilgt werden. Wegen des Restbetrages von 100 000 DM der am 31. Dezember 1961 fällig sein sollte, war bestimmt, Frau S██████-D██████ erkläre sich unter Aufrechterhaltung ihrer Bürgschaft damit einverstanden, daß die auf ihrem Grundstück eingetragenen Grundschulden von

zweimal 50 000 DM dem Beklagten verblieben. Die anderen in seinen Händen befindlichen Sicherheiten sollte der Beklagte im Falle der Zahlung des ersten Teilbetrags von 50 000 DM an Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] und S [REDACTED]-D [REDACTED] zurückgeben, die sich über die Auseinandersetzung zwischen ihnen eine besondere Regelung vorbehielten.

Die Vertragsentwürfe, soweit sie den Beklagten betrafen, sandte Rechtsanwalt Dr. B [REDACTED], der Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] vertrat, nachdem sie von den anderen Beteiligten unterschrieben waren, mit Schreiben vom 21. August 1961 an den Beklagten. Der Beklagte ließ die Entwürfe von F [REDACTED] prüfen, der ihn mit Schreiben vom 21. August 1961 darauf hinwies, daß die Formulierung in Nr. 3 des Vertrages zwischen den Parteien nicht ganz bedenkenfrei sei, weil sich die Darlehensforderung gegen die KG richte. Der Beklagte unterzeichnete alsbald die Verträge, die von den Beteiligten auch erfüllt wurden. Am 22. August 1961 schlossen überdies der Beklagte einerseits, Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] und S [REDACTED]-D [REDACTED] andererseits einen Nachtrag zu dem dritten Vertrag, in dem es heißt, der Beklagte gebe in Abweichung von Nr. 3 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages die Sicherheiten nur insoweit frei, als sie nominal 125 000 DM überstiegen.

Bald darauf schied S [REDACTED]-D [REDACTED] als persönlich haftender Gesellschafter aus der KG aus, während der Sohn des Klägers als persönlich haftender Gesellschafter eintrat. In der Folgezeit stellte sich heraus, daß die KG entgegen dem durch die Bilanzen vermittelten Bild mit mehreren Millionen DM überschuldet war, weil S [REDACTED]-D [REDACTED] Veruntreuungen begangen hatte. Die KG wurde später in "H [REDACTED] Finanzierungsgesellschaft K [REDACTED] KG" umbenannt. Sie befindet sich in Liquidation.

dt

Der Kläger ist der Ansicht, daß der Beklagte ihn zu dem Abschluß der Verträge vom 21. August 1961 durch arglistige Täuschung bewogen habe. Der Beklagte habe ihn, nachdem sich bei der Besprechung im Büro des Rechtsanwalts Dr. Se [REDACTED] am 18. August 1961 herausgestellt hatte, daß das Darlehen des Beklagten in dem damals von F [REDACTED] eingesehenen Status nicht enthalten war, über diesen Sachverhalt unterrichten müssen. Er habe dies jedoch unterlassen und sogar in Nr. 3 des Vertrages der Parteien eine unrichtige Erklärung abgegeben. Deshalb hafte der Beklagte, so meint der Kläger, ihm auf Schadensersatz. Er hat daher Klage erhoben und Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 150 000 DM nebst Zinsen sowie außerdem eines nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmenden Ersatzes in Geld für den weiteren Schaden verlangt, den er durch das Verhalten des Beklagten erlitten habe. Hilfsweise hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß der Beklagte zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hält die Klage insgesamt für sachlich nicht gerechtfertigt, bemerkt jedoch am

Schluß des Urteils, daß der im Berufungsrechtzuge wiederholte unbezifferte Klageantrag unzulässig gewesen sei, mit dem der Kläger Verurteilung des Beklagten begehrt hatte, an den Kläger über die bezifferte Klagesumme hinaus einen nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmenden Betrag für den Schaden zu leisten, den der Kläger deshalb erlitten habe, weil der Beklagte ihm bei Abschluß des Vertrages vom 21. August 1961 verschwiegen habe, daß in den Büchern der KG das dieser von dem Beklagten gewährte Darlehen nicht enthalten war. Dieser Antrag sei nämlich, so meint das Berufungsgericht, nicht bestimmt gewesen, und es seien auch keine für eine Schätzung der Höhe des Schadens hinreichenden Tatsachen vorgetragen worden.

Das Berufungsgericht hat somit diesen Antrag sowohl als unbegründet als auch als unzulässig abgewiesen. Das ist schon deshalb nicht angängig, weil die Wirkungen einer Prozeßabweisung andere sind als die einer Sachabweisung. Schon mit Rücksicht auf die unterschiedliche Rechtskraftwirkung einer Klagoabweisung aus verfahrensrechtlichen und einer solchen aus sachlichen Gründen darf deshalb die Zulässigkeit eines Klageantrags nicht dahingestellt bleiben (BGH Urt. v. 16. Januar 1951 - I ZR 3/50 - LM ZPO § 268 Nr. 1 und vom 30. Juni 1969 - II ZR 71/68 - WM 1969, 1257). Ist der Antrag unzulässig, so muß die Klage vielmehr als unzulässig und nicht als unbegründet abgewiesen werden.

Entgegen der Ansicht der Revision hat indes das BG mit Recht angenommen, daß der unbezifferte Klageantrag nicht zulässig war. Das Berufungsurteil ist daher dahin zu verstehen, daß die Klage als unzulässig abgewiesen werden sollte.

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muß die Klageschrift einen bestimmten Antrag enthalten. Die Rechtsprechung hat allerdings entsprechend den Bedürfnissen der Praxis gestattet, in gewissen Fällen von einem bezifferten Antrag abzusehen, insbesondere wenn das Gericht nach § 287 ZPO den Schaden zu schätzen hat (BGHZ 4, 138, 142; BGH Urt. v. 11. Juni 1964 - III ZR 192/63 - LM ZPO § 253 Nr. 39). Ein solcher Ausnahmefall liegt indes hier nicht vor. Der Schaden des Klägers läßt sich ohne Schwierigkeiten beziffern. Er hat auch eingehende Angaben darüber gemacht, welchen Schaden er erlitten haben will. Für eine Schätzung ist ersichtlich kein Raum. Sollte der Kläger mit dem unbezifferten Antrag darauf ausgegangen sein, das Risiko einer späteren Beweisaufnahme über eine ihn treffende Mitverantwortung an dem Eintritt eines Schadens aufzufangen, so wäre der Antrag ebenfalls unzulässig (BGH Urt. v. 13. März 1967 - III ZR 8/66 - LM ZPO § 253 Nr. 42).

Der unbezifferte Antrag des Klägers muß deshalb, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, als unzulässig abgewiesen werden. Es erscheint zweckmäßig, dies in dem Urteilsausspruch des erkennenden Senats zum Ausdruck zu bringen.

2. Die Revision bemängelt weiter, daß das Berufungsgericht nicht über den Feststellungsantrag erkannt habe. Sie übersieht jedoch, daß das Berufungsgericht die Abweisung der Klage, mithin auch die Abweisung des Feststellungsantrags, der hilfsweise gestellt war, gebilligt hat. Dieser Antrag ist ersichtlich aus sachlichen Gründen abgewiesen worden. Da dem Kläger gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch zusteht, wie noch auszuführen sein wird, ist auch der Feststellungsanspruch unbegründet, so

daß das Berufungsgericht auch insoweit die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts mit Recht zurückgewiesen hat.

3. In der Sache selbst macht der Kläger dem Beklagten einen doppelten Vorwurf: Einmal beruft er sich darauf, daß die Erklärung des Beklagten in Nr. 3 des Vertrages der Parteien über den Erwerb des Kommanditanteils des Beklagten von 100 000 DM durch den Kläger falsch gewesen sei. Außerdem gründet er seinen Schadensersatzanspruch auf das Vorbringen, der Beklagte habe es unterlassen, den Kläger darauf hinzuweisen, daß das von dem Beklagten der KG gewährte Darlehen in den Bilanzen der KG nicht ausgewiesen war. Das Berufungsgericht hält dagegen die Erklärung in Nr. 3 des erwähnten Vertrages nicht für unrichtig und meint, der Beklagte habe auch den Kläger weder vorsätzlich getäuscht noch ihm fahrlässig Tatsachen verschwiegen, die für ihn hätten von Bedeutung sein können.

Die Revision verkennt nicht, daß dem Kläger Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten nicht zustehen, wenn die Feststellungen des Berufungsgerichts und die von ihm auf Grund dieser Feststellungen angestellten rechtlichen Erwägungen einer Nachprüfung standhalten, gleichgültig auf welche rechtlichen Gesichtspunkte die Ansprüche des Klägers gestützt werden. Sie bekämpft daher die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts mit Verfahrensrügen, versucht darzulegen, daß das Berufungsgericht den Prozeßstoff nicht erschöpft habe, und bemüht sich, die vom Berufungsgericht gezogenen Schlüsse als rechtlich unhaltbar hinzustellen. Sie kann damit jedoch keinen Erfolg haben.

a) Das Berufungsgericht hat die in Nr. 3 des Vertrages über den Kauf des Kommanditanteils des Beklagten enthaltene Erklärung, daß dieser vorbehaltlich der vereinbarten Gewinnanteile keine irgendwie gearteten Ansprüche gegen die KG habe, als negatives Schuldanerkenntnis gewertet. Der Revision, die diese rechtliche Beurteilung für rechtsirrig hält, ist zuzugeben, daß ein solches negatives Schuldanerkenntnis vom Gläubiger gegenüber dem Schuldner abgegeben werden muß und daß der Kläger im Rechtssinne nicht Schuldner der Darlehensforderung des Beklagten gegen die KG war. Die Revision läßt indes außer acht, daß der Beklagte auch S[REDACTED]-D[REDACTED] gegenüber eine entsprechende Erklärung abgegeben hatte. S[REDACTED]-D[REDACTED] war aber nicht nur Beauftragter des Klägers, sondern auch persönlich haftender Gesellschafter der KG. Wie sich aus dem Vertrag des Beklagten mit Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] und S[REDACTED]-D[REDACTED] ergibt, handelte es sich um eine befreiende Schuldübernahme durch Frau S[REDACTED]-D[REDACTED], sodaß der Beklagte tatsächlich keine Ansprüche mehr gegen die KG hatte. Im übrigen hat das Berufungsgericht ersichtlich die Vorgänge wirtschaftlich gesehen. Der Kläger wollte die KG unstreitig an sich bringen. Zu seinen Lasten wäre es daher gegangen, wenn der Beklagte weitere Forderungen gegen die KG gehobt hätte. Deshalb kam die Erklärung des Beklagten, keine weiteren Ansprüche gegen die KG zu haben, wirtschaftlich dem Kläger zugute. Diese Vereinbarung steht daher, wie das Berufungsgericht offenbar sagen wollte, einem negativen Schuldanerkenntnis gleich. Im übrigen kommt es auf diese rechtliche Einordnung nicht an. Entscheidend war, ob der Beklagte nach Abschluß des Vertrages vom 21. August 1961 mit Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] und S[REDACTED]-D[REDACTED] keinen Anspruch gegen die KG mehr hatte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat.

b) Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, daß es dem Willen und der Absicht des Beklagten entsprach, die KG aus der Haftung für das Darlehen zu entlassen, nachdem sich Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] zur Rückzahlung bereit erklärt hatte und die Erfüllung dieser Verpflichtung gesichert erschien. Daß Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] bereits als Bürgin für die Darlehensschuld einzustehen hatte, hinderte das Berufungsgericht, worauf die Revisionserwiderung mit Recht hinweist, entgegen der Ansicht der Revision nicht daran, die von ihm für richtig gehaltene Würdigung vorzunehmen, denn die Rechtsordnung verbietet weder dem Bürgen, die Schuld als eigene zu übernehmen, noch dem Gläubiger, mit Rücksicht auf die Übernahme der Hauptschuld durch den Bürgen den bisherigen Schuldner aus dem Schuldverhältnis zu entlassen. Bei ihren Rügen übersieht die Revision, daß der hier in Frage stehende Vertrag zwischen dem Beklagten einerseits und Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] sowie S [REDACTED]-D [REDACTED] andererseits abgeschlossen wurde und S [REDACTED]-D [REDACTED] damals noch persönlich haftender Gesellschafter der KG war, der die Vereinbarung namens der KG mit dem Beklagten treffen konnte, ohne daß er hieran durch § 181 BGB gehindert wurde. Daß der Beklagte Sicherungen behielt, die ihm die KG gewährt hatte, schloß nicht aus, daß er die KG aus ihrer Schuld entließ.

c) Das Schreiben des F [REDACTED] vom 21. August 1961 hat das Berufungsgericht ebenso berücksichtigt wie die Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Se [REDACTED] vom 7. November 1961 und das Antwortschreiben des Beklagten vom 11. November 1961. Wenn es aus ihnen nicht die Schlüsse gezogen hat, die von der Revision für richtig gehalten werden, so ist das kein Rechtsfehler, der die Revision

begründen könnte. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist möglich und läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Ebenso hat das Berufungsgericht auch in Betracht gezogen, daß der Beklagte mit einem Teil der Darlehensforderung in einem von der H[REDACTED] Finanzierungsgesellschaft K[REDACTED] KG gegen ihn anhängig gemachten Rechtsstreit hilfsweise aufgerechnet hatte. Es meint, die Hilfsaufrechnung sei einem prozeßtaktischen Verhalten entsprungen, das "keine zwingenden Rückschlüsse auf die beim Abschluß des Vertrags vom 21. August 1961 vorhanden gewesene Absicht des Beklagten" zulasse. Dies ist eine mögliche Würdigung, die aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist und nicht zu dem von der Revision als unabweisbar angesehenen Schluß nötigt, daß dem Beklagten Arglist vorzuwerfen sei.

d) Wie bereits ausgeführt ist, steht der Umstand, daß der Beklagte Sicherheiten behielt, die ihm die KG gegeben hatte, und zwar nach dem von der Revision angeführten Verträge vom 22. August 1961 auch über die von Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] gegebenen Sicherheiten hinaus, der Annahme des Berufungsgerichts nicht entgegen, daß der Beklagte die Kommanditgesellschaft aus der Haftung für die Rückzahlung des Darlehens entlassen habe. Der Beklagte sollte nach dem Vertragswerk nur die Möglichkeit haben, sich an die Sicherheiten zu halten, die ihm bestellt worden waren.

e) Ebensowenig greift die Rüge der Revision durch, daß das Berufungsgericht die Heimlichkeit der Vereinbarung zwischen dem Beklagten einerseits und Frau S[REDACTED]-D[REDACTED] sowie S[REDACTED]-D[REDACTED] andererseits verkannt habe. Das Berufungsgericht prüft vielmehr ausdrücklich die Frage, ob den Beklagten eine Mitteilungspflicht traf, und ver-

neint sie ohne Rechtsverstoß. Die Revision will die feststehenden und vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen anders gewürdigt wissen, ohne indessen einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen. Damit kann sie keinen Erfolg haben. Das gilt umso mehr, als die Revision nicht einmal vorgetragen hat, daß der Beklagte Sicherheiten, die ihm die KG zur Verfügung gestellt hatte, verwertet habe oder daß Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] und S [REDACTED]-D [REDACTED] diese Sicherheiten für sich verwendet hätten. Auch der von der Revision angezogene von dem Beklagten am 17. August 1961 angefertigte Aktenvermerk zwingt nicht zu den von der Revision gezogenen Schlüssen.

f) War aber die Versicherung des Beklagten in Nr. 3 des Vertrages mit dem Kläger nicht objektiv unrichtig, so kommt es auf die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts nicht an, der Beklagte habe jedenfalls davon ausgehen können, daß durch die über die Rückgabe der Sicherheiten in dem Vertrage mit S [REDACTED]-D [REDACTED] und Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] getroffene Regelung die KG nicht habe geschädigt werden sollen. Die Rügen der Revision gegen diese Ausführungen im Berufungsurteil, die sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiet bewegen und deshalb unzulässig sind, bedürfen daher keiner weiteren Prüfung.

g) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, es lasse sich nicht feststellen, daß der Beklagte vor der Besprechung vom 18. August 1961 gewußt habe, sein der KG gegebenes Darlehen sei in deren Bilanzen nicht offen ausgewiesen worden. Der Beklagte habe behauptet, die Jahresbilanzen für die Jahre 1959 und 1960 nicht erhalten zu haben. Auch sei ihm nicht widerlegt, daß er die

monatlichen Bilanzstatistiken ungelesen beiseite gelegt habe, weil er sie für unbeachtlich gehalten und auch nicht verstanden habe.

Diese Darlegungen werden von der Revision zu Unrecht bekämpft. Die Erklärung des Klägers in dem Schriftsatz vom 25. Mai 1967 S. 3 und 4 konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß dahin werten, er wolle in Änderung seines bisherigen Vorbringens nicht mehr bestreiten, daß der Beklagte die Jahresbilanzen der KG für 1959 und 1960 nicht erhalten habe. Es handelte sich entgegen der Ansicht der Revision weder um eine Erklärung mit Nichtwissen im Sinne des § 138 Abs. 4 ZPO noch um reine Rechtsausführungen. Ebenso wenig ist entscheidend, ob der Beklagte die Bilanzen unterzeichnen muß, denn es steht fest, daß er sie nicht unterzeichnet hat. Ob der Beklagte die monatlichen Bilanzstatistiken gelesen hatte, konnte letztlich nur er selbst angeben. Das Berufungsgericht ist ersichtlich seinem Vorbringen gefolgt, daß er sie nicht zur Kenntnis genommen habe. Dazu war es berechtigt, denn es war ihm nicht verwehrt, diesen Vortrag des Beklagten für glaubhaft zu halten. Allerdings hätte das Berufungsgericht Beweise erheben müssen, wenn der Kläger solche angeboten hätte, um das Vorbringen des Beklagten zu widerlegen. Der Kläger hat jedoch keine derartigen Beweise angeboten, wie in dem Berufungsurteil ausdrücklich vermerkt ist. Entgegen der Ansicht der Revision ist dieser Bemerkung nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht die Beweislast verkannt habe. Angesichts der von dem Berufungsgericht angeführten Besonderheiten spricht auch keine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Beklagte, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine ausreichenden bilanztechnischen

Kenntnisse hatte, die monatlichen Bilanzstatistiken gelesen habe. Ebensowenig ist die Erwägung des Berufungsgerichts zu beanstanden, daß der Beklagte an den Bilanzstatistiken schon deshalb kein großes Interesse zu haben brauchte, weil ihm eine feste Gewinnbeteiligung in bestimmter Höhe bindend zugesagt worden war. Ob der Beklagte, wie die Revision meint, sich als Kaufmann Bilanzkenntnisse auch dann anlasten lassen muß, wenn er sie nicht gehabt hat, ist unerheblich, weil das Berufungsgericht davon ausgeht, daß der Beklagte die Bilanzen entweder nicht erhalten oder nicht gelesen habe.

h) Allerdings erfuhr der Beklagte in der Besprechung vom 18. August 1961, daß sein Darlehen in dem bei dieser Besprechung vorliegenden Status der KG zum 31. Juli 1961, in den sein Steuerberater F. [REDACTED] Einsicht nahm, nicht offen enthalten war. Jedoch hat das Berufungsgericht festgestellt, daß S. [REDACTED]-D. [REDACTED] auf die Frage F. [REDACTED] erklärte, das Darlehen sei in dem Aktiv-Posten: "Kapitalsonderkonten" enthalten. Das Berufungsgericht hält diese Angabe zwar objektiv nicht für geeignet, die Tatsache zu erklären, daß das Darlehen nicht unter den Passiven aufgeführt war. Es hat aber nicht feststellen können, daß der Beklagte hieraus den Schluß gezogen habe, der vorliegende Status sei gefälscht. Auch das Schreiben des Beklagten an Rechtsanwalt Dr. Se. [REDACTED] vom 7. November 1961 rechtfertigt nach Ansicht des Berufungsgerichts eine solche Feststellung nicht. Es kommt daher zu dem Ergebnis, es sei nicht dargetan, daß der Beklagte von Bilanzfälschungen und sonstigen strafbaren Handlungen des S. [REDACTED]-D. [REDACTED] etwas gewußt habe. Demgemäß habe er solche dem Kläger auch nicht absichtlich verschwiegen und ihn nicht vorsätzlich getäuscht.

Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen beschränken sich im wesentlichen auf unzulässige Bemängelungen der tatsächlichen Feststellungen. Wenn in dem Posten "Kapitalsonderkonten" Guthaben oder Forderungen der KG und von ihr aufgenommene Darlehen zusammengefaßt waren, so konnte bei einem Überwiegen der Vermögenswerte über die Schulden ein unter den Aktiva zu verbuchender Betrag sich ergeben. Daß in Wirklichkeit die Angaben des S [REDACTED]-D [REDACTED] unrichtig waren und er einen gefälschten Status vorgelegt hatte, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es brauchte daher über diese Frage kein Sachverständigengutachten einzuholen. Ebensowenig brauchte das Berufungsgericht auf Einzelheiten der Aktenvermerke des Beklagten vom 17. und 19. August 1961 einzugehen. Es hat zudem ersichtlich den Sachverhalt zu Grunde gelegt, der sich aus dem Aktenvermerk des Beklagten vom 19. August 1961 über den Verlauf der Besprechung im Büro des Rechtsanwalts Dr. Se [REDACTED] ergab.

i) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist dem Beklagten auch nicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit zu machen. Es lasse sich nicht die Feststellung treffen, daß der Beklagte bei Anwendung der im Geschäftsverkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, für die Entschließung des Klägers, die Kommanditanteile des Beklagten und der Frau S [REDACTED]-D [REDACTED] zu übernehmen, sei die Tatsache, daß der Beklagte der KG ein Darlehen gegeben hatte und daß dieses Darlehen in der Bilanz nicht offen ausgewiesen war, möglicherweise von wesentlicher Bedeutung gewesen. Da der Beklagte durch die telefonische Mitteilung des S [REDACTED]-D [REDACTED] vom 17. August 1961 erfahren hatte, daß der Kläger, um die Liquiditätsschwierigkeiten der KG zu beheben, Bürgschaften für die KG in Höhe von

mehr als 1 000 000 DM übernommen hatte, habe er davon ausgehen können, daß sich der Kläger vor Eingehung dieser Verbindlichkeiten über die finanzielle Lage der KG und die Geschäftsführung ihres persönlich haftenden Gesellschafters informiert hatte. Auch habe er annehmen können, daß S [REDACTED]-D [REDACTED] noch weitgehend das Vertrauen des Klägers genoß, weil S [REDACTED]-D [REDACTED] vom Kläger damit beauftragt war, die Verhandlungen mit dem Beklagten wegen der Übernahme dessen Kommanditanteils durch den Kläger zu führen. Zudem hätten auch der Steuerberater F [REDACTED] und Rechtsanwalt Dr. Se [REDACTED], als im Laufe der Besprechung vom 18. August 1961 festgestellt wurde, daß das Darlehen des Klägers in dem Status der KG zum 31. Juli 1961, der keine geprüfte Bilanz darstellte, nicht offen ausgewiesen war, keinen Verdacht in der Richtung geäußert, daß der Status zwecks Verschleierung des Darlehens des Beklagten gefälscht sei, sondern sich mit der Erklärung des S [REDACTED]-D [REDACTED] begnügt. Unter diesen Umständen könne es dem Beklagten nicht als Fahrlässigkeit angelastet werden, daß er keinen entsprechenden Verdacht geschöpft und es unterlassen habe, den Kläger unmittelbar zu informieren, zumal er davon habe ausgehen dürfen, daß der Kläger von S [REDACTED]-D [REDACTED] und Rechtsanwalt Dr. Se [REDACTED], die sich unmittelbar im Anschluß an die Besprechung mit dem Beklagten zu dem Kläger begaben, auch über die Darlehensangelegenheit unterrichtet werden würde.

Auch diese Erwägungen halten entgegen der Ansicht der Revision einer rechtlichen Prüfung stand. Denn deren Rügen laufen wiederum darauf hinaus, die tatsächlichen Feststellungen anders zu würdigen, als es das Berufungsgericht für richtig gehalten hat. Daß S [REDACTED]-D [REDACTED] ausschließlich im Interesse des Klägers gehandelt habe, hat

lf

das Berufungsgericht nicht angenommen. Daß er seine eigenen Belange vertrat, hinderte aber nicht die Feststellung, daß er gleichzeitig auch im Auftrage des Klägers tätig wurde, mit dem er nach seiner eigenen Erklärung, wenn auch nur noch als angestellter Geschäftsführer der KG, weiter zusammenarbeiten wollte. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb der Beklagte hätte erkennen müssen, daß S [REDACTED]-D [REDACTED] gegen die Interessen des Klägers handelte.

Als Vertreter des Klägers hat das Berufungsgericht S [REDACTED]-D [REDACTED] nicht angesehen. Soweit die Revision geltend macht, daß S [REDACTED]-D [REDACTED] nicht als Vertreter des Klägers gehandelt habe, gehen ihre Rügen daher ins Leere. Daß der Kläger wünschte, der Beklagte solle aus der KG ausscheiden und seinen Kommanditanteil dem Kläger übertragen, ist unstreitig. Ebensowenig ist die Feststellung des Berufungsgerichts zu beanstanden, daß der Kläger es S [REDACTED]-D [REDACTED] überlassen hatte, entsprechende Vorverhandlungen mit dem Beklagten zu führen und die beiderseitigen Forderungen jeweils dem anderen Partner zu übermitteln. S [REDACTED]-D [REDACTED] war also insoweit als Beauftragter des Klägers tätig, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen hat. Wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Beklagte habe davon ausgehen dürfen, daß S [REDACTED]-D [REDACTED] und Rechtsanwalt Dr. Se [REDACTED] den Kläger auch über das Darlehen und die vereinbarte Rückzahlung unterrichten würden, so läßt dies keinen Rechtsirrtum erkennen.

Eine Fahrlässigkeit des Beklagten, die seine Haftung aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß begründen könnte, ist somit rechtlich einwandfrei verneint worden.

Dem Kläger stehen hiernach keine Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu, so daß der erste Hauptantrag der Klage als unbegründet abgewiesen werden muß. Gleichzeitig folgt daraus, daß auch der auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten gerichtete Hilfsantrag des Klägers keinen Erfolg haben kann.

Deshalb war die Revision mit der aus der Urteilsformel ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten ergibt sich aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Braxmaier