

VII ZR 149/59

Verkündet
am 27. März 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2200 006

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

In dem Rechtsstreit

des Albert F. [REDACTED] in S. [REDACTED], A. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Frau Rosy von O. [REDACTED] geb. Z. [REDACTED], H. [REDACTED] P. [REDACTED],
V. [REDACTED] str. [REDACTED]

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1961 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 30. Juni 1959 wird zurückgewiesen. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Witwe Emilie M. betrieb seit 1. März 1954 als persönlich haftende Gesellschafterin zusammen mit dem Dipl.-Ing. S. als Kommanditisten unter der Firma M. & Co KG in M. ein Textilwarengeschäft. Im Laufe des Jahres 1954 suchte sie durch eine Zeitungsanzeige einen Ehepartner mit dem Hinweis, daß Einheirat in ein Geschäft möglich sei. Hierauf meldete sich der Kläger.

Der Kläger, der von Beruf Mechanikermeister ist und nach dem Kriege Gewerbelehrer in der Türkei gewesen war, bemühte sich damals um eine neue Tätigkeit. Im Herbst 1954 suchte er die Witwe M. auf. Zu einer Heirat kam es nicht, jedoch unterzeichneten beide mit Datum vom 1. Dezember 1954 einen Gesellschaftsvertrag. Danach hatte der Kläger zunächst 15.000 DM zur Ablösung des bisherigen Gesellschafters Schüt und später weitere 15.000 DM einzubringen, die er als Vertriebener durch ein Aufbaudarlehen zu erlangen hoffte. Dieserhalb reichte er am 14. Dezember 1954 einen Vertrag beim Ausgleichsamt ein. Von September 1954 bis Januar 1955 gab der Kläger der Witwe M. in Teilbeträgen nach und nach insgesamt 15.900 DM und am 9. Februar 1955 weitere 785,26 DM.

Anfang Februar 1955 stellte der Wirtschaftsprüfer F. fest, daß die Firma M. & Co überschuldet war. Mit Schreiben vom 5. Februar 1955 nahm der Kläger den Kreditantrag beim Ausgleichsamt zurück. In einer Urkunde vom 9. Februar 1955 bekannte die Witwe M. im Namen ihrer Firma, vom Kläger den Betrag von 15.900 DM als Darlehen erhalten zu haben, und verpflichtete sich zur Rückzahlung in monatlichen Teilbeträgen von 300 DM. In einer schriftlichen Erklärung vom selben Tage übernahm der während des Revisionsverfahrens verstorbene Ehemann der Beklagten (im folgenden Erblasser ge-

nannt), dessen Erbin die Beklagte ist, für die Erfüllung der Verpflichtungen der Firma M. & Co aus der Vereinbarung vom 9. Februar 1955 die selbstschuldnerische Bürgschaft.

Der Kläger hat den Erblasser auf Grund der Bürgschaft wegen der von Februar 1956 bis April 1958 fällig gewordenen Raten in Anspruch genommen. Er hat beantragt, ihn zur Zahlung von 8.075,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Erblasser hat Klagabweisung beantragt. Er hat die Ansicht vertreten, daß die von der Witwe M. und dem Kläger gegründete Gesellschaft am 9. Februar 1955 aufgelöst worden sei und daß danach Frau M. gegen den Kläger einen Anspruch auf Berichtigung des ihn betreffenden Schuldenanteils gehabt habe. Die Urkunde vom 9. Februar 1955, wonach der Kläger gegen Frau M. einen Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens habe, sei nur zum Scheine ausgestellt worden. Mangels eines Darlehensanspruchs des Klägers sei auch die von ihm, dem Erblasser, übernommene Bürgschaft gegenstandslos. Jedenfalls aber habe er die Bürgschaft wegen arglistiger Täuschung durch den Kläger und die Witwe M. angefochten. Wenn ihm nicht beide vorgetäuscht hätten, der Kläger sei ein drängender Darlehensgläubiger, während er in Wirklichkeit ein zum Ausgleich verpflichteter Gesellschafter gewesen sei, der seine Einlage zurückerhalten sollte, so würde er sich nicht verbürgt haben.

Der Kläger hat in Abrede gestellt, daß zwischen ihm und Frau M. eine Gesellschaft bestanden habe. Der Vertrag vom 1. Dezember 1954 habe, so behauptet er, nur dazu gedient, vom Ausgleichsamt schneller das nachgesuchte Aufbaudarlehen zu erhalten. Mangels einer Täuschung habe der Erblasser die Bürgschaft nicht anfechten können.



Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 8.025 DM nebst Zinsen stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Hilfsweise beantragt die Beklagte, ihr die beschränkte Erbenhaftung vorzubehalten.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß der Darlehensvertrag zwischen dem Kläger und Frau M. von diesen ernstlich gewollt worden sei und daß sich der Erblasser für die Darlehensschuld an sich wirksam verbürgt habe. Der Erblasser habe jedoch die Bürgschaftserklärung wegen arglistiger Täuschung rechtswirksam angefochten (§ 123 BGB).

Nach Treu und Glauben habe der Kläger den Erblasser über seine bisherigen Rechtsbeziehungen zu Frau M. und die Hintergründe seiner Vereinbarung mit ihr vom 9. Februar 1955 aufklären müssen. Statt dessen sei in dieser Vereinbarung fälschlicherweise von einem - nicht vorhandenen - Darlehensvertrag vom 31. Dezember 1954 die Rede gewesen. Auch sei ein Sicherungsübereignungsvertrag zugunsten des Klägers auf den 31. Dezember 1954 zurückdatiert worden. Der Kläger habe selbst in seinem Brief vom 11. März 1955 an Frau M. die Vereinbarung vom 9. Februar 1955 und den Sicherungsübereignungsvertrag als "Schriebe" bezeichnet, die "mehr so pro forma geschrieben" seien, damit nach außen nicht auffalle, was tatsächlich beabsichtigt war. Das ganze Verhalten zeige, daß er und Frau M. angesichts der zu Tage getretenen ungünstigen

Lage des Geschäfts bestrebt waren, für ihn, den Kläger, mit allen Mitteln zu retten, was sich noch retten ließ. Sie hätten dem Erblasser bewußt den wahren Zusammenhang verschwiegen und so ihn getäuscht, um ihn zur Übernahme der Bürgschaft zu bewegen.

Diese Täuschung sei für die Bürgschaftsübernahme auch ursächlich gewesen. Der Erblasser habe durch seine Bürgschaft Frau M. vor einem angeblich seine Darlehensforderung geltend machenden Gläubiger schützen und sie damit vor dem Konkurs bewahren wollen. In Wirklichkeit hätte der Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag ohne die Zustimmung der Frau M. das Gesellschaftsverhältnis nicht vor Ablauf von 5 Jahren kündigen und nur Anspruch auf ein nach der Auseinandersetzung sich ergebendes, bestenfalls ganz geringes Guthaben geltend machen können. Der Erblasser würde bei Kenntnis der wahren Lage die Bürgschaft nicht übernommen haben.

II.

1) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habenden Schriftwechsel zwischen dem Kläger und Frau M. sowie das Kassabuch der Firma M. & Co und Zahlungsbelege in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise verwendet. Die Rüge ist nicht gerechtfertigt.

Der Erblasser hat zwar den vom beauftragten Richter des Berufungsgerichts im Beweistermin vom 24. April 1959 angeforderten Schriftwechsel erst am 29. Juni 1959, also am Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung vom 30. Juni 1955, in der das angefochtene Urteil erging, bei Gericht eingereicht. Der Kläger hat auch, wie der Akteninhalt ergibt, erst in der letzten mündlichen Verhandlung erfahren, daß dieser Schrift-

wechsel und das von der als Zeugin vernommenen Frau M. dem Gericht nachträglich übersandte Kassabuch sowie die dazu gehörigen Zahlungsbelege dem Gericht eingereicht waren. Daß sich der Kläger infolgedessen einer mit den Vorschriften der §§ 272, 132 ZPO nicht im Einklang stehenden, ihn möglicherweise überraschenden Verfahrenslage gegenüber sah, ist der Revision zuzugeben.

a) Es kommt jedoch nicht darauf an, ob der Kläger, wie die Revision durch einen handschriftlichen Vermerk seines zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten beweisen möchte, der Verwertung der genannten Urkunden in der mündlichen Verhandlung widersprochen hat. Der Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör war in dieser Verfahrenslage in der Weise ausgestaltet, daß der Kläger entweder nach anerkannter Rechtsprechung (RG JW 34, 1909) die Vertagung der Verhandlung oder gemäß § 272 a ZPO die Einräumung einer Frist zur schriftsätzlichen Erklärung auf die vorliegenden Beweismittel beantragen konnte; dem hätte stattgegeben werden müssen. Ausweislich der Sitzungsniederschrift hat er aber keinen dieser Anträge gestellt; das behauptet auch die Revision nicht. Auf mangelndes rechtliches Gehör kann sich der Kläger demnach nicht berufen.

b) Aus der Anlage zur Sitzungsniederschrift vom 30. Juni 1959 erhellt zudem, daß der Kläger zu den Eintragungen im Kassabuch, sowie dem Inhalt seines Briefes vom 4. März 1955 an Frau M., soweit das Berufungsgericht diese Beweismittel bei seiner Entscheidung verwertet hat, in Gegenwart seines Prozeßbevollmächtigten vernommen worden ist. Somit hat das Berufungsgericht auch nicht gegen den Grundsatz der mündlichen Verhandlung (§ 128 ZPO) verstoßen.

c) Den im angefochtenen Urteil gleichfalls verwerteten Brief des Klägers an Frau M. vom 11. März 1955 hatte der

Erblasser bereits zum Gegenstand des landgerichtlichen Verfahrens gemacht (Bl. 41 d.A.).

d) Dem Brief der Frau M. an den Kläger vom 12. Dezember 1954 sowie dem Antwortschreiben des Klägers vom 22. Dezember 1954 hat das Berufungsgericht lediglich entnommen, daß der das Datum des 1. Dezember 1954 tragende Gesellschaftsvertrag zwischen dem 12. und 22. Dezember 1954 geschlossen worden ist. Das ergab sich auch aus der Zeugen- aussage der Frau M. Zudem belastet diese Feststellung den Kläger nicht.

e) Daß der Kläger in der letzten mündlichen Verhandlung die Echtheit der vorgelegten Privaturkunden habe in Zweifel ziehen wollen oder daß er nicht in der Lage gewesen sei, sich über deren Echtheit zu erklären (§ 439 ZPO), hat die Revision nicht ausgeführt.

f) Das Berufungsgericht hatte den Schriftwechsel zwischen dem Kläger und Frau M. sowie das Kassabuch von dem Beklagten und der Zeugin M. angefordert. Eine Zurückweisung dieser Beweismittel gemäß § 529 Abs. 3 ZPO kam daher entgegen der Ansicht der Revision nicht in Frage. Zudem ist durch die Berücksichtigung dieser Beweismittel die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert worden. Schließlich kann auch eine erfolgte Verwertung verspätet beigebrachter Beweismittel mit der Revision nicht angefochten werden (BGH VZR 1/54 v. 21. Mai 1954, LM Nr. 8 zu § 529 ZPO).

g) Den Kläger gemäß § 139 ZPO zu allen Briefen seines Schriftwechsels mit Frau M. zu befragen, war das Berufungsgericht nicht gehalten. Dem Kläger stand es frei, ihm günstig erscheinende Briefe im Rechtsstreit selbst zu verwerten. Was der Kläger nach der Darstellung der Revision auf

Befragen des Berufungsgerichts aus dem Schriftwechsel als zu seinen Gunsten sprechend angeblich angeführt haben würde, steht zudem den vom Berufungsgericht aus dem Schriftwechsel gezogenen Schlüssen nicht entgegen. Das gilt auch von dem Brief der Frau M. an ihn vom 12. März 1955. Auf die darin erwähnte angebliche Äußerung des Erblassers brauchte das Berufungsgericht kein Gewicht zu legen, denn der Kläger hatte sich selbst nicht darauf berufen, obwohl ihm der Brief bekannt war, und sie stand auch zu seiner Darstellung im Widerspruch. Auch ein Verstoß gegen § 286 ZPO ist somit nicht gegeben.

2) Die Revision will den Vertrag vom 1. Dezember 1954 als Vorvertrag gewertet wissen.

a) Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, daß der Kläger mit Frau M. einen endgültigen Gesellschaftsvertrag geschlossen hat, rechtsfehlerfrei begründet. Es stellt fest, daß der Kläger nicht in die zwischen Frau M. und S. bestehende Kommanditgesellschaft eintreten sollte, sondern mit Frau M. eine neue Gesellschaft begründet hat. Hierzu war die Zustimmung des S. nicht erforderlich. Das Handelsgeschäft konnte Frau M. in die am 1. Januar 1955 beginnende Gesellschaft mit dem Kläger einbringen, da S. nach einer schon im Dezember 1954 getroffenen Abmachung zum 31. Dezember 1954 aus der Kommanditgesellschaft ausschied. Die neue Gesellschaft sollte nicht schon mit der Unterzeichnung des Vertrags am 1. Dezember 1954, sondern erst mit dem 1. Januar 1955 beginnen (vgl. §§ 5, 7 des Vertrags).

b) Die Bekundung des Zeugen Le. schließt die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß der Kläger die ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Tätigkeit ausgeübt hat, nicht aus. Das Berufungsgericht hat sie in anderem Sin-

ne gewürdigt.

3) Inwiefern dem Schriftwechsel zwischen dem Kläger und Frau M. zu entnehmen sein soll, daß sich der Beklagte auch bei Kenntnis des Gesellschaftsverhältnisses verbürgt hätte, hat die Revision nicht ausgeführt. In den Vorinstanzen hat der Kläger aus dem Schriftwechsel hierfür nichts hergeleitet.

Ob man mit dem Berufungsgericht ein "unvernünftiges Verhalten" der Frau M. darin sieht, daß diese eine rechtlich nicht bestehende Schuld solchen Ausmaßes dem Kläger gegenüber übernommen hat, ist unerheblich. Im Hinblick auf die Verschuldung der Frau M. und die Vorschrift des § 241 KO entsprach es entgegen der Meinung der Revision sicherlich nicht den guten Sitten. Jedenfalls aber wird die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte würde bei Kenntnis der wahren Sachlage die Besorgnis gehabt haben, Frau M. besitze nicht die geschäftlichen Fähigkeiten, um das Geschäft zu halten, und er würde sich dann nicht verbürgt haben, durch die Wertung des Verhaltens der Frau M. nicht berührt.

4) Der Kläger hatte, wie sich aus dem Berichtigungsbeschluß zum Berufungsurteil vom 29. September 1959 ergibt, in der letzten mündlichen Verhandlung behauptet, der Erblasser habe vor Übernahme der Bürgschaft die Geschäftsbücher der Firma M. & Co einschließlich des Kassabuchs eingesehen und dabei die Eintragungen über die Zahlungen des Klägers sehen müssen. Den Kläger aufzufordern, für diese Behauptung Beweis anzutreten (§ 139 ZPO), hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß. Wenn auch das vom Kläger im Kassabuch verwandte Wort "Einlage" - neben zahlreichen anderen Beweiszeichen - zu dem Schluß des Berufungsgerichts geführt hat,

der Kläger habe sich als Gesellschafter und nicht als Darlehensgläubiger betrachtet, so folgt daraus noch nicht, daß auch der Erblasser aus dem Ausdruck "Einlage" auf ein Gesellschaftsverhältnis schließen mußte oder geschlossen hätte.

5) Somit erweisen sich die Angriffe der Revision als unbegründet. Die vom Berufungsgericht festgestellte arglistige Täuschung des Erblassers durch den Kläger berechtigt die Beklagte, die Zahlung auf Grund der Bürgschaft zu verweigern, wie in dem Urteil richtig dargelegt wird.

III.

Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten der Revision zu tragen.

Glanzmann

Die Bundesrichter Dr. Winkelmann und Rietschel haben ihren Urlaub angetreten und sind deshalb an der Unterzeichnung verhindert.

Glanzmann

Erbel

Finke