

Verkündet
am 30. April 1962
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Exportbierbrauerei L [REDACTED] H [REDACTED], Karl M [REDACTED] K [REDACTED]
H [REDACTED]/S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Emil Sch [REDACTED], Baugeschäft, H [REDACTED]/S [REDACTED], Kö [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. April 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Dr. Haager und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom
3. März 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
den 1. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die ein Baugeschäft betreibt, führte im Jahre 1957 für die Klägerin, eine Brauerei, ein großes Bauvorhaben durch. Im Zusammenhang mit der Bewerbung um dieses Vorhaben trafen die Parteien eine Vereinbarung, die die Lieferung von Aktien der D [REDACTED] K [REDACTED] zum Gegenstand hatte. Die Klägerin bestätigte der Beklagten die Vereinbarung mit Schreiben vom 26. Juli 1957, das auszugsweise wie folgt lautet:

"Wir nehmen höflichst Bezug auf die Besprechung Ihres sehr geehrten Herrn Karl Sch [REDACTED] mit unserem Herrn Horst M [REDACTED] am 20. ds.Mts. Der Ordnung halber bestätigen wir dabei die getroffene Vereinbarung wie folgt:

Unter der Voraussetzung, daß wir Ihnen den Bauleistungsauftrag für den Flaschenkellerneubau erteilen, haben Sie sich verpflichtet, an uns bzw. an die von uns zu benennende Adresse DM 10.000,-- Aktien der D [REDACTED] K [REDACTED] zum Preise von höchstens 370,- zu verkaufen."

Die Beklagte besaß, wie die Klägerin wußte, keine derartigen Aktien. Sie verschaffte sich aber 5 Aktien zu je 300 DM Nennwert für 5 700 DM und gab sie der Klägerin. Die Parteien stritten alsdann darüber, wieviel Aktien die Beklagte noch zu liefern und zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen habe. Die Klägerin schrieb der Beklagten am 5. September 1957:

"Darüber, daß Sie die Aktien der D [REDACTED] K [REDACTED] noch nicht beschafft haben, sind wir überrascht, denn es war vereinbart, daß Sie uns dieselben bei Vertragsabschluß übergeben..."

Die Beklagte antwortete am 17. September 1957:

"Bezüglich der Aktien der D [REDACTED] K [REDACTED] müssen wir richtig stellen, daß keinesfalls vereinbart war, daß diese Aktien bei Abschluß des Bauleistungsvertrages übergeben werden sollten. Unser

Herr Karl Sch[REDACTED] hat vielmehr eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Beschaffung solcher Aktien schwierig ist - weil meist in fester Hand - und deshalb ihre Zeit dauert. Inzwischen haben Sie ja auch bereits für ca. DM 6000 Aktien bekommen und wir bleiben bemüht Ihnen auch für den Restbetrag von ca. DM 4000 solche Aktien zu beschaffen. Dabei dürfen wir richtig stellen, daß niemals die Beschaffung von Aktien im Nennwert von 10000 in Aussicht genommen, geschweige denn vereinbart worden ist, denn es war doch auch Ihnen von vorneherein bewußt, daß es für uns eine glatte Unmöglichkeit ist Aktien der D[REDACTED] K[REDACTED] im Nennwert von 10000 also für 37000,- zu beschaffen. So haben Sie in Ihrem Schreiben vom 28.7.57 auch selbst nicht von Aktien zum Nennwert gesprochen..."

Die Parteien verhandelten darauf über die streitigen Punkte und einigten sich. Die Klägerin bestätigte die Einigung der Beklagten mit Schreiben vom 21. September 1957, in dem es heißt:

"Wegen der Aktien der D[REDACTED] K[REDACTED] präzisieren wir unseren Standpunkt, obwohl u.E. das aufgrund der klaren Abreden hierüber nicht erforderlich wäre, nochmals wie folgt:

Sie haben uns vor Abschluß des Bauleistungsvertrages DM 10.000,-- D[REDACTED] Aktien nominal zu einem Kurswert von höchstens DM 370,-- verkauft. Die Übergabe der Aktien ebenso wie die Bezahlung des Kaufpreises hätte, da hierüber keine besondere Vereinbarung getroffen wurde, sofort, jedenfalls vor bzw. bei Abschluß des Bauleistungsvertrages erfolgen müssen.

Demgegenüber haben Sie in Ihrem Schreiben vom 17. ds. Einwendungen geltend gemacht, die wir, wie bereits mündlich zum Ausdruck gebracht, nicht anerkennen können. Sie erklärten in diesem Zusammenhang, daß Sie der irrtümlichen Meinung gewesen seien, an uns nur so viel D[REDACTED] Aktien übergeben zu müssen, die Ihnen zum Kurswert gerechnet DM 10.000,-- kosten.

In Anbetracht dessen, daß Sie uns letzteres wiederholt ausdrücklich und ehrenwörtlich erklärt haben,



haben wir uns mit Ihrem sehr geehrten Herrn Karl Sch[REDACTED] neuerdings wie folgt geeinigt:
Sie übergeben uns auf unsere Aufforderung jeweils
5 D[REDACTED] Aktien zum Nennwert von je DM 300,--
bis Weihnachten 1957, bis März 1958, bis Juni 1958
und letztmals bis 1961. Der Kurs dieser Aktien darf
für uns nicht höher als DM 370,-- sein..."

Die Beklagte hat der Klägerin jedoch keine weiteren Aktien geliefert. Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe mit der Beklagten einen Kaufvertrag geschlossen. Sie verlangt von der Beklagten Erfüllung dieses Vertrages und hat dementsprechend beantragt, die Beklagte Zug um Zug gegen Zahlung von 16 650 DM zu verurteilen, ihr 15 Aktien der D[REDACTED] K[REDACTED] AG zum Nennwert von je 300 DM zu übergeben und zu übereignen. Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie meint, sie habe nur eine unverbindliche Gefälligkeit übernommen. Eine etwaige Verpflichtung sei unwirksam, da sie sich auch zur Beschaffung eines Grundstücks verpflichtet habe und damit die gesamten Verpflichtungen gerichtlich oder notariell hätten beurkundet werden müssen. Die Beklagte ist der Ansicht, sie habe jedenfalls nur übernommen, sich um die Beschaffung der Aktien zu bemühen. Dies habe sie getan. Ihre Bemühungen seien aber erfolglos geblieben, da die Aktien an der Börse nicht gehandelt würden und von den Eigentümern nicht zu erlangen gewesen seien.

Das Landgericht (Kammer für Handelssachen) hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei der Klägerin gegenüber Verpflichtungen eingegangen; es habe sich nicht um unverbindliche Gefälligkeitsmaßnahmen gehandelt. Die Klägerin habe aber nicht bewiesen, daß die Vereinbarungen einen Kaufvertrag dargestellt hätten. Es sei daher anzunehmen, daß die Klägerin der Beklagten einen Auftrag erteilt habe (Berufungsurteil S. 15). Es könne dahingestellt bleiben, ob die Beklagte den Auftrag wirksam gekündigt habe oder dieser ohne ihr Verschulden nachträglich unmöglich geworden sei. Die Klägerin könne jedenfalls nur auf Erfüllung des Auftrages, also darauf klagen, daß die Beklagte die Aktien für Rechnung der Klägerin kaufe. Diesen Anspruch habe die Klägerin jedoch nicht geltend gemacht.

2. Die Revision greift zunächst den Ausgangspunkt des Berufungsurteils an. Sie meint, das Berufungsgericht habe nicht auf die Beweislast abstellen dürfen; die Auslegung eines Vertrages habe mit der Beweislast nichts zu tun. Dieser Grundsatz gilt jedoch nur für die Vertragsauslegung als solche, nicht für die Feststellung der Tatsachen, die für die Auslegung von Bedeutung sind (BGHZ 20, 109, 110). Es ist zwischen diesen Tatsachen und der Auslegung selbst, die auf Grund des festgestellten Sachverhalts erfolgt, zu unterscheiden. Die für die Auslegung wesentlichen Tatsachen sind nach den Regeln über die Behauptungs- und Beweislast festzustellen; die Auslegung selbst ist unabhängig von dieser Regel vorzunehmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht diese Rechtslage verkannt hat. Jedenfalls ist die Auslegung, die das Berufungsgericht vorgenommen hat, aus a

deren Gründen nicht frei von Rechtsirrtum.

3. Das Berufungsgericht ist bei der Auslegung von dem Wortlaut des Vertrages ausgegangen und hat ausgeführt, es heiße dort zwar, die Beklagte verkaufe der Klägerin die Aktien. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens sei hier aber unzuverlässig. Auch dann, wenn in einem Vertrag von einem Verkauf die Rede sei, könne ein Auftrag gemeint sein. Müsse sich der Schuldner die Ware, die er liefern solle, erst beschaffen, dann liege bei der Vereinbarung eines festen Preises der Abschluß eines Kaufvertrages nahe. Die Parteien hätten jedoch "einen Preis von höchstens 370 DM" ausgemacht. Dies spreche dafür, daß die Beklagte die von ihr zu beschaffenden Aktien möglichst günstig einkaufen und der Klägerin auch zu dem Einkaufspreis liefern, daß ihr aber ein Limit bis zu einem Höchstkurs von 370 DM gesetzt werden sollte; sei dies der Fall, dann liege kein Kauf, sondern ein Auftrag vor.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Parteien nicht in Wirklichkeit einen festen Preis vereinbart haben. Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte hätte von ihr auch dann einen nach dem Kurs von 370 DM berechneten Kaufpreis verlangen können, wenn sie die Aktien zu einem niedrigeren Kurs gekauft hätte. Es ist dem Berufungsurteil nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob es eine Auslegung des Vertrages in diesem Sinne ausschließt oder offenläßt. Das Berufungsgericht führt aus (Berufungsurteil 10), die Parteien hätten hierüber nicht ausdrücklich gesprochen. Das schließt aber eine derartige Auslegung des Vertrages nicht aus. Das Berufungsgericht weist dann darauf hin, daß die Beklagte für die Aktien, die

sie der Klägerin geliefert habe, den Preis berechnet habe, den sie gezahlt habe, und meint, dies spreche dafür, daß die Beklagte zumindest angenommen habe, sie dürfe keinen Gewinn erzielen. Diese Begründung ist jedoch nicht überzeugend, da die Beklagte diese Aktien nicht zu einem geringeren Kurs als zu 370 DM gekauft hatte. Abschließend führt das Berufungsgericht aus, selbst wenn die Beklagte der Klägerin die Aktien zu 370 DM hätte liefern dürfen, falls sie sie zu einem geringeren Kurs gekauft hätte, spreche dies immer noch nicht für das Vorliegen eines Kaufvertrages. Es ist nicht sicher, ob das Berufungsgericht hiermit eine Hilfsurteilung anstellt oder ob es die Frage, wie der Vertrag in dieser Hinsicht auszulegen sei, offen gelassen hat, weil es nach seiner Ansicht hierauf nicht ankommt. Der erkennende Senat muß daher zu Gunsten der Revisionsklägerin unterstellen, daß die Beklagte die Aktien auf jeden Fall für 370 DM hätte liefern müssen und dürfen. Ist diese Voraussetzung gegeben, so liegt, mögen die Parteien den Preis auch als Höchstpreis bezeichnet haben, in der Sache ein Festpreis vor. Ist dies aber nicht der Fall, dann legt der Wortlaut des Vertrages entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts den Abschluß eines Kaufvertrages nahe. Es ist zwar richtig, daß auch dann, wenn ein fester Preis vereinbart wird, eine Geschäftsbesorgung im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts vorliegen kann; dies ist aber die Ausnahme (RGZ 94, 289; RGZ 110, 221), die näher hätte begründet werden müssen. Das Berufungsurteil enthält auch einen Widerspruch. Es geht davon aus, daß bei der Vereinbarung eines festen Preises der Abschluß eines Kaufvertrages nahe liege. Es legt dann dar, die Parteien hätten einen Preis von höchstens 370 DM vereinbart. Es läßt die Möglichkeit offen, daß damit gleichwohl ein fester Preis

gemeint sei, und führt abschließend aus, auch die Vereinbarung eines derartigen Preises spreche nicht für den Abschluß eines Kaufvertrages.

4. Die Ausführungen des Berufungsgerichts tragen aber auch dann nicht die Abweisung der Klage, wenn die Beklagte der Klägerin die Aktien zu einem geringeren Preis hätte liefern müssen, falls sie sie zu einem Kurs unter 370 DM erworben hätte. Das Berufungsgericht hat den Wortlaut der Vereinbarungen nicht erschöpfend gewürdigt. In dem Schreiben vom 26. Juli 1957 heißt es, daß die Beklagte die Aktien verkaufe. Es ist zwar richtig, daß dieser Ausdruck nicht die Möglichkeit ausschließt, die Beklagte habe nicht verkaufen, sondern nur eine Geschäftsbesorgung übernehmen wollen. Wenn die Parteien, geschäftsgewandte Leute, den Ausdruck "verkaufen" wählen, so gibt dies aber immerhin einen gewissen Anhalt für die Vorstellung, von der sie sich haben leiten lassen; es müssen Gründe dargelegt werden, die den gewählten Ausdruck als sachlich unzutreffend erscheinen lassen (RGZ 110, 117, 122). Hinzu kommt, daß es in dem Schreiben auch heißt, die Beklagte "verpflichtete" sich, die Aktien zu verkaufen. Auch dieses Wort spricht dafür, daß die Beklagte sich nicht nur bemühen wollte, die Aktien für 370 DM zu beschaffen, und daß der Vertrag gegenstandslos werde, falls ihr dies nicht möglich sein werde. In dem Schreiben vom 21. September 1957 ist wiederholt, daß die Beklagte die Aktien verkauft habe. Es heißt dort weiter, der Kurs der Aktien "darf für uns (Klägerin) nicht höher als 370 DM sein." Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob diese Wendung für den Abschluß eines Kaufvertrages spreche. Es meint, es dürfe

diesen Brief nicht zur Auslegung des Vertrages verwerten, da die Vereinbarung vom September 1957 den Vertrag vom Juli 1957 nur bezüglich der Lieferungs- und Lieferungszeit geändert habe. Dies schließt jedoch, was das Berufungsgericht verkennt, nicht aus, daß die spätere Vereinbarung auch insoweit zur Auslegung des früheren Vertrages herangezogen werden kann, als es sich um andere Fragen als um die Menge und den Zeitpunkt der zu liefernden Aktien handelt. Das Berufungsgericht durfte also die von ihm aufgeworfene Frage nicht dahingestellt sein lassen; es hätte vielmehr das Schreiben vom 21. September 1957 eingehend würdigen und insbesondere beachten müssen, daß dort von einer Vermittlungstätigkeit oder einer Geschäftsbesorgung nicht die Rede ist, es vielmehr ausdrücklich heißt, die Beklagte habe der Klägerin auf deren Aufforderung die Aktien zu übergeben, und zwar zu einem Kurs, der für die Klägerin nicht höher als 370 DM betragen dürfe. Das Berufungsgericht hätte begründen müssen, weshalb die Absicht der Parteien bei dieser Ausdrucksweise eine bloße Vermittlung und nicht auf den festen Abschluß eines Kaufvertrages gerichtet gewesen sei (vgl. Kuhn in RGRK 11. Aufl. § 433 Anm. 78).

5. Das Berufungsgericht befaßt sich alsdann mit dem Zweck des Vertrages und seiner wirtschaftlichen Bedeutung. Auch hierbei sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum. Die Beklagte hätte allerdings einen ungünstigen Vertrag geschlossen, wenn sie die Aktien zu 370 DM hätte liefern müssen, jedoch nur einen geringeren Preis hätte fordern dürfen, falls sie die Aktien billiger erwürbe; sie könnte dann nichts verdienen, aber möglicher-

weise verlieren. Für die Annahme eines derartigen Vertrages müssen besondere Anhaltspunkte gegeben sein. Diese könnten darin liegen, daß der Beklagten daran gelegen war, das Bauvorhaben für die Klägerin durchzuführen. Die Beklagte kann, um hieran zu verdienen, in Kauf genommen haben, bei der Lieferung der Aktien zuzusetzen. Das Berufungsgericht meint demgegenüber, der Zusammenhang mit dem Bauvorhaben sage nichts für einen Kauf. Für die Klägerin sei es als Konkurrenzunternehmen der D [REDACTED] K [REDACTED] schwer möglich gewesen, deren Aktien zu erwerben. Der Beklagten sei dies nach der Vorstellung der Parteien leichter gefallen. Dieser Gesichtspunkt spreche entschieden dafür, daß die Parteien den Erwerb der Aktien durch die Beklagte für Rechnung der Klägerin als bloße Vermittlungstätigkeit gewollt hätten; es sei Sache der Klägerin, diesen in höchstem Maße wahrscheinlichen Zweck als Abschluß eines Aktiengeschäfts auszuräumen. Dies sei ihr nicht gelungen. Diese Ausführungen sind nicht einwandfrei. Es mag sein, daß es für die Klägerin nicht wertlos war, wenn die Beklagte sich darum bemühte, die Aktien zu erwerben, der Klägerin aber keine Ansprüche zustehen sollten, wenn die Beklagte bei ihren (sorgfältig vorzunehmenden) Bemühungen erfolglos bleiben sollte. Dies schließt aber nicht aus und macht es auch nicht unwahrscheinlich, daß die Klägerin, die der Beklagten den Bauauftrag erteilte, ihre Interessen in stärkerem Maße sicherte und mit der Beklagten fest vereinbarte, diese solle ihr die Aktien zu einem bestimmten Höchstpreis liefern.

Schließlich meint das Berufungsgericht, und hierin ist möglicherweise die wesentlichste Begründung des Berufungsurteils zu sehen, es sei unwahrscheinlich, daß die Beklagte,

die ein Baugeschäft betreibe und nicht mit Wertpapieren handle, ein derart großes Risiko übernommen habe, wie es der Verkauf von Wertpapieren darstelle, die man sich erst beschaffen müsse; es sei auch unwahrscheinlich, daß die Klägerin der Beklagten zugemutet habe, ein solches Risiko zu tragen. Das Berufungsgericht hat jedoch bei diesen Erwägungen den Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt. Es hat sich nicht mit dem Vorbringen der Beklagten auseinandergesetzt, sie habe dem Verlangen der Klägerin nachgegeben, weil sie geglaubt habe, sie werde die Aktien von anderer Seite erwerben können. Das Berufungsgericht hat auch nicht die Behauptung der Klägerin gewürdigt, sie sei bei Abschluß des Vertrages davon ausgegangen, die Beklagte habe sich die Beschaffung der Aktien bei anderen gesichert. Jedenfalls ergibt der Brief der Beklagten vom 17. September 1957, daß die Beklagte zu diesem Zeitpunkt erkannt hatte, wie schwierig es für sie war, die Aktien zu erwerben. Gleichwohl hat sich die Beklagte aber am 20. September 1957 mit der Klägerin darüber geeinigt, ihr Weihnachten 1957, März und Juni 1958 und im Jahre 1961 je 5 Aktien zum Nennwert von 300 DM zu übergeben, ohne daß irgendein Vorbehalt gemacht worden wäre. Das Berufungsgericht hätte deher erwägen müssen, ob die Beklagte nicht hiermit das Risiko bewußt übernommen und nur dadurch abgeschwächt hätte, daß sie nicht sofort zu liefern brauchte.

6. Schließlich kränken die Ausführungen des Berufungsgerichts daran, daß es nicht feststellt, welche Vereinbarungen die Parteien seiner Ansicht nach getroffen haben. Das Berufungsgericht meint zwar, es bleibe, da die Klägerin den Abschluß eines Kaufvertrages nicht bewiesen habe, nur ein

Auftrag übrig. Es legt aber nicht dar, wie dieser Auftrag ausgestaltet worden ist. Das Berufungsgericht (Berufungsurteil S. 15) läßt als möglich offen, daß die Beklagte den Auftrag wirksam gekündigt habe. Mit einem Auftrag, den die Beklagte jederzeit hätte kündigen können, war der Klägerin jedoch nicht gedient. Sie war dann auf den guten Willen der Beklagten angewiesen. Der Schriftwechsel der Parteien läßt keinen Zweifel, daß die Klägerin, die ihre Interessen wahrzunehmen verstand, sich hiermit nicht begnügen wollte. Das Berufungsgericht läßt weiter die Möglichkeit offen, daß auf Seiten der Beklagten ein ursprüngliches Unvermögen vorgelegen und sie hierfür einzustehen habe. Wäre dies der Fall, dann könnte der Auftrag der Beklagten nicht nur darauf gerichtet gewesen sein, sich um die Beschaffung der Aktien zu bemühen. Hätte die Verpflichtung der Beklagten ausschließlich hierin bestanden, dann brauchte sie nicht zu haften, wenn sich später herausgestellt haben sollte, daß ihre Bemühungen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses zum Scheitern verurteilt gewesen sein sollten. Eine Haftung der Beklagten könnte nur in Betracht kommen, wenn sie sich verpflichtet hätte, für den Erfolg ihrer Bemühungen einzustehen. Ist dies aber der Fall, dann werden die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen haben. Es wäre nicht einzusehen, warum die Klägerin in einem solchen Falle, den das Berufungsgericht als möglich offen läßt, mit der Beklagten eine Vereinbarung getroffen haben sollte, nach der sie die Beklagte zunächst darauf verklagen müßte, daß diese die Aktien kaufe, und dann, wenn ein entsprechendes Urteil ergangen und vollstreckt worden wäre, eine zweite Klage auf Herausgabe der Aktien erheben müßte. Es fehlt an allen Anhaltspunkten für die Annahme, daß die Parteien einen derart umständlichen Weg

gewählt haben sollten.

7. Nach alledem tragen die Ausführungen des Berufungsgerichts die Abweisung der Klage nicht. Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden. Der Rechtsstreit war, da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht, und zwar zweckmäßigerweise an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, da es in der neuen Verhandlung weitgehend darauf ankommt, die Willenserklärungen der Parteien erneut zu würdigen.

Dr.Nastelski Dr.Fischer Dr.Kuhn Dr.Haager Dr.Reinicke