

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1999 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Beyer, Dr. Leimert und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 19. März 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Beklagten zu 1) vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die C. Deutschland AG vertreibt die Kraftfahrzeuge der Marke C. in Deutschland über sogenannte "A-Händler" (Vertragshändler) und "B-Händler". Die "B-Händler" sind jeweils einem "A-Händler" zugeordnet, über den

sie die zu vertreibenden Fahrzeuge beziehen. Sie werden dabei als Verkaufskommissionäre der "A-Händler" auf Provisionsbasis tätig. Der Abschluß eines "B-Händlervertrages" mit einem "A-Händler" bedarf der Zustimmung der C. Deutschland AG.

Der Kläger ist "A-Händler" für C. -Fahrzeuge. Anfang 1993 plante der Beklagte zu 2) im Zusammenhang mit der Anpachtung einer Tankstelle nebst Reparaturwerkstatt die Gründung eines Unternehmens, welches "B-Händler" für C. -Fahrzeuge werden sollte. Zwecks Abschlusses eines "B-Händlervertrages" suchte er Kontakt zu dem Kläger. Dieser versprach ihm mit Schreiben vom 12. Januar 1993, sich bei der C. Deutschland AG für die Genehmigung eines "B-Händlervertrages" einzusetzen. Er bot dem Beklagten zu 2) bis zum Zustandekommen dieses Vertrages eine lose Zusammenarbeit an, in deren Rahmen der Beklagte zu 2) schon Fahrzeuge verkaufen und reparieren könne; Ausstellungsfahrzeuge könne er dem Beklagten zu 2) aber erst bei "grünem Licht von C. " zur Verfügung stellen, jedoch wolle er ihm jeweils kostenlos Fahrzeuge für Probefahrten zur Verfügung stellen. Entsprechend dem Inhalt dieses Schreibens wurde zunächst verfahren; der Kläger erteilte dem Beklagten zu 2) für den Verkauf jedenfalls eines Fahrzeuges eine Provisionsabrechnung. Noch im Januar 1993 gründete der Beklagte zu 2) die Beklagte zu 1), eine GmbH, deren Geschäftsführer er wurde. Die Beklagte zu 1) wurde am 5. März 1993 ins Handelsregister eingetragen; mittlerweile ist sie gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 LöschG aufgelöst.

Am 26. Januar 1993 bestellte der Beklagte zu 2) mündlich beim Kläger drei und am 2. Februar 1993 zwei weitere C. -Fahrzeuge, die im März und April 1993 geliefert wurden. Eines dieser Fahrzeuge nahm der Kläger später

zurück; die übrigen vier Fahrzeuge wurden teilweise im Betrieb der Beklagten zu 1) genutzt.

Der Abschluß des "B-Händlervertrages" mit dem Kläger verzögerte sich. Die Beklagte zu 1) schloß am 28. Juni 1993 einen "B-Händlervertrag" mit einem anderen "A-Händler"; den beabsichtigten Vertragsschluß hatte der Beklagte zu 2) dem Kläger zuvor mitgeteilt und gleichzeitig die Rückgabe der vier vom Kläger bezogenen Fahrzeuge angekündigt. Am 30. Juni 1993 erteilte der Kläger der Beklagten zu 1) Rechnungen für die vier Fahrzeuge über insgesamt 116.011,75 DM. Der Beklagte zu 2) stellte die Wagen am ersten Juli-Wochenende 1993 auf dem Betriebsgelände des Klägers ab und warf die Schlüssel in den Briefkasten. Nach einem vom Kläger zur Beweissicherung eingeholten Gutachten weisen die vier Fahrzeuge Gebrauchsspuren und teilweise reparaturbedürftige Beschädigungen auf.

Der Kläger fordert vom Beklagten Zahlung von 116.011,75 DM nebst Zinsen und Mahnkosten. Er macht geltend, der Beklagte habe die vier Fahrzeuge für die noch zu gründende Beklagte zu 1) gekauft; der Kaufpreis habe bezahlt werden sollen, sobald die Beklagte zu 1) "B-Händlerin" geworden sei. Hilfsweise macht der Kläger Ansprüche auf Erstattung der Kosten für die Reparatur, Begutachtung und Verwahrung der Fahrzeuge sowie auf Ausgleich von Wertminderung geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; es ist aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme vom Abschluß eines Kaufvertrages über die vier Fahrzeuge ausgegangen. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.



Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte zu 1) war in der Revisionsverhandlung nicht vertreten. Der Kläger hat gegen sie den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt. Der Beklagte zu 2) hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klage ist auch bezüglich der Beklagten zu 1) nach wie vor zulässig, was auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist. Zwar hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der Revisionsverhandlung erklärt, nach seinen Informationen sei die Beklagte zu 1) zwischenzeitlich im Handelsregister gelöscht und er trete daher für diese Beklagte nicht auf. Die Löschung stünde aber der fortdauernden Zulässigkeit der Klage auch hinsichtlich der Beklagten zu 1) nicht entgegen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist anerkannt, daß die Parteifähigkeit einer juristischen Person durch ihre Liquidation und anschließende Löschung im Handelsregister dann nicht beeinträchtigt wird, wenn noch Anhaltspunkte für das Vorhandensein von verwertbarem Vermögen bestehen, wofür im - hier gegebenen - Passivprozeß eine entsprechende Behauptung des Klägers genügt (BGHZ 48, 303, 307; Senatsurteil vom 6. Februar 1991 - VIII ZR 26/90 = WM 1991, 765 unter I). So ist es hier.

Der Streit der Parteien geht in erster Linie darum, ob über die vier vom Kläger an die Beklagten gelieferten und später vom Beklagten zu 2) zurückgebrachten C. -Pkw ein Kaufvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) zustande gekommen ist. Der Kläger steht auf dem Standpunkt, dies sei der Fall. Sollte er in diesem Rechtsstreit obsiegen, dann könnte ihm die begehrte Kaufpreisforderung nur Zug um Zug gegen (Rück-)Lieferung der vier

Fahrzeuge zugesprochen werden. Bei Durchsetzung dieses Anspruchs wäre die Beklagte zu 1) somit Eigentümerin und Besitzerin der vier Pkw. Diese würden eine verwertbare Vermögensmasse darstellen.

II. Die Revision hat Erfolg.

1. Hinsichtlich der Beklagten zu 1) war antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Inhaltlich beruht die Entscheidung allerdings nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf der Berücksichtigung des gesamten Sach- und Streitstandes (BGHZ 37, 79, 81).

2. Das Oberlandesgericht hält den Abschluß eines Kaufvertrages über die vier Pkw für nicht bewiesen. Gegen den Abschluß eines Kaufvertrages spreche schon das eigene Vorbringen des Klägers, wonach die Bestellung der vier Fahrzeuge im Vorgriff auf den beabsichtigten und von den Parteien damals auch erwarteten wirksamen Abschluß eines "B-Händlervertrages" zwischen dem Kläger und der künftigen Beklagten zu 1) erfolgt sei. Hieraus sei zu schließen, daß die Bestellung der Fahrzeuge in der gleichen Weise habe erfolgen und abgewickelt werden sollen, wie wenn bereits ein wirksamer "B-Händlervertrag" bestünde. In den im C. -Vertriebssystem verwendeten "B-Händlerverträgen" sei aber nicht ein Kauf von C. Fahrzeugen seitens des "B-Händlers", sondern vielmehr deren Vertrieb im Rahmen eines Kommissionsverhältnisses vorgesehen. Gegen den Abschluß eines Kaufvertrages spreche auch die Bekundung des vom Landgericht vernommenen Zeugen S. , des ehemaligen Verkaufsleiters des Klägers. Hinsichtlich der hilfsweise geltend gemachten Ersatzansprüche des Klägers sei das Klagevorbringen nicht schlüssig; insbesondere habe der Kläger nicht dargetan, daß er Eigentümer der vier Fahrzeuge gewesen sei.

3. Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht in jedem Punkt stand.

a) Ohne Erfolg macht die Revision freilich geltend, die Beklagten hätten in der Klageerwiderung selbst vorgetragen, daß der Beklagte zu 2) die vier C.-Fahrzeuge mündlich vom Kläger gekauft habe; dies Vorbringen habe sich der Kläger in der Berufungserwiderung mit der Folge zu eigen gemacht, daß der Vortrag des Beklagten als sogenanntes vorweggenommenes (antezipiertes) Geständnis im Sinne von § 288 ZPO (vgl. insoweit z.B. Senatsurteil vom 15. Dezember 1993 - VIII ZR 197/92 = WM 1994, 525 unter II 2) zu werten sei, welches die Beklagten nicht wirksam (§ 290 ZPO) widerrufen hätten.

a) Ungeachtet sonstiger Bedenken scheitert die Annahme eines vorweggenommenen Geständnisses schon daran, daß sich der Kläger das Vorbringen der Beklagten in der Klageerwiderung nicht zu eigen gemacht hat. Dies würde voraussetzen, daß der Kläger die entsprechenden Behauptungen der Beklagten unverändert zum Gegenstand seines eigenen Vortrages gemacht hätte. Dies ist indessen nicht der Fall. Die Beklagten haben in der Klageerwiderung (GA 13) behauptet, der Beklagte zu 2) habe mit dem Kläger vereinbart, die hier streitigen vier Fahrzeuge hätten "von der Beklagten zu 1) zu Eigentum erworben werden können und sollen", wenn ihre Berufung zum B-Händler "unter Anbindung an den Kläger als A-Vertragshändler erfolgen (sollte)". Demgegenüber hat der Kläger in der Berufungserwiderung vorgebracht, es sei unstrittig, "daß die gelieferten Fahrzeuge von den Beklagten zu Eigentum übernommen und ... auch bezahlt werden sollten, wenn der Beklagte zu 2) mit der noch zu gründenden Firma sogenannter B-Händler werden würde". Beide Vorbringen unterscheiden sich einmal hinsichtlich der Person des Käufers - nach dem Vorbringen des Klägers beide Beklagte, nach demjenigen der Beklagten

nur die Beklagte zu 1 - und vor allem hinsichtlich der Voraussetzungen für einen wirksamen Kaufvertrag; die Einschränkung im Vortrag der Beklagten, daß die Beklagte zu 1) B-Vertragshändlerin "unter Anbindung an den Kläger als A-Vertragshändler" werden solle, fehlt im Vortrag des Klägers. Schon deshalb kann von einem vorweggenommenen Geständnis der Beklagten keine Rede sein.

b) Dagegen beanstandet die Revision mit Recht, daß die Auffassung der Vorinstanz, der unstreitige Sachverhalt und das Beweisergebnis reichten für die Feststellung eines Kaufvertrages über die streitigen vier Fahrzeuge nicht aus, auf Verfahrensfehlern beruht:

aa) Das Landgericht hat das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin gewürdigt, daß es zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) zum Abschluß eines Kaufvertrages über die hier streitigen vier C. -Fahrzeuge gekommen sei. Dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe ist zu entnehmen, daß das Landgericht einen unbedingten - also weder durch den Abschluß eines B-Händlervertrages mit der Beklagten zu 1) aufschiebend noch durch das Nichtzustandekommen eines solchen Vertrages auflösend bedingten - Kaufvertrag annimmt.

Seine Überzeugung vom Zustandekommen eines Kaufvertrages über die vier C. -Pkw hat das Landgericht allein aufgrund der von ihm als "klar und widerspruchsfrei" sowie als "glaubhaft" bezeichneten Aussage des Zeugen S. gewonnen. Es begründet dies im einzelnen und führt dazu unter anderem aus, der Beklagte zu 2) habe nach dieser Zeugenaussage nicht etwa - wie in dem Brief des Klägers vom 12. Januar 1993 in Aussicht gestellt und von den Parteien anschließend auch teilweise praktiziert - weitere Fahrzeuge vom Kläger zur Benutzung für die Zeit bis zum Abschluß des "B-Händlervertrages" zur Verfü-

gung gestellt bekommen; vielmehr habe der Beklagte zu 2) die hier streitigen vier Fahrzeuge anhand der Preislisten für sich und seine Zwecke ausgesucht. Dabei habe es sich nicht um "gängige" Typen, sondern zum Beispiel um einen Kleinlieferwagen sowie ein für die Tochter des Beklagten zu 2) bestimmtes Modell gehandelt; diese vom Beklagten speziell ausgesuchten Fahrzeuge habe der Zeuge S. sodann für den Beklagten zu 2) bestellt. Weiter führt das Landgericht aus, der Zeuge S. habe nach seiner Aussage im Zusammenhang mit der Bestellung auf Bitten des Beklagten zu 2) auch Leasingverträge zur Finanzierung der vier Wagen vorbereitet. Darüber hinaus habe der Zeuge bekundet, die Fahrzeuge hätten vom Beklagten endgültig übernommen werden sollen, sobald es zum Abschluß eines "B-Händlervertrages" gekommen sei; mit der Möglichkeit, daß ein solcher Vertrag nicht zustande komme, habe ernstlich niemand gerechnet. Gegen einen Kauf der Fahrzeuge - so führt das Landgericht weiter aus - spreche auch nicht, daß keine schriftlichen Kaufverträge unterzeichnet worden seien; hierzu habe der Zeuge glaubhaft bekundet, der Kläger pflege derartige Geschäfte per Handschlag abzuschließen. Die Überzeugung vom Zustandekommen eines Kaufvertrages werde auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Zeuge S. auf die Frage, was hätte geschehen sollen, falls "ein B-Händlervertrag nicht unter Anbindung an den Kläger zustande kommen sollte", keine Antwort gewußt habe. - Abschließend führt das Landgericht aus, aufgrund der Vernehmung der weiteren Zeugen J. und Frau M. könne auch nicht angenommen werden, daß sich der Kläger zur kostenlosen Rücknahme der Fahrzeuge für den Fall bereit erklärt habe, daß ein "B-Händlervertrag" mit ihm, dem Kläger, nicht zustande kommen sollte. In diesem Zusammenhang äußert das Landgericht Bedenken gegen die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugin M., der Ehefrau des Beklagten zu 2) und Geschäftsführerin der damaligen Streithelferin der Beklagten, und verweist im üb-

rigen auf Widersprüche, Lücken und Ungenauigkeiten in den Aussagen dieser Zeugen.

bb) Das Oberlandesgericht hat sich demgegenüber von dem Zustandekommen eines - unbedingten oder bedingten - Erwerbsgeschäfts über die vier C. -Pkw nicht überzeugen können.

Hinsichtlich des vom Landgericht vernommenen Zeugen S. führt das Berufungsgericht aus, dessen Bekundung spreche "gegen die Annahme eines Kaufgeschäfts". Zu diesem Ergebnis ist das Berufungsgericht ohne erneute Vernehmung des Zeugen S. gekommen. Dies wird von der Revision mit Recht beanstandet.

Nach § 398 Abs. 1 ZPO und den hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen steht zwar die wiederholte Vernehmung eines Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts. Dies pflichtgebundene Ermessen unterliegt aber Einschränkungen. Danach ist eine erneute Vernehmung des Zeugen - unter anderem - dann geboten, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders verstehen oder ihr ein anderes Gewicht beimessen will, als die Vorinstanz (BGH, Urteile vom 24. November 1992 - XI ZR 86/92 = WM 1993, 99 unter III 4; vom 29. Januar 1991 - XI ZR 76/90 = WM 1991, 963 unter II 1; vom 12. November 1991 - VI ZR 369/90 = NJW 1992, 741 unter II 2 b bb (a) und vom 20. November 1984 - VI ZR 73/83 = NJW 1985, 3078 unter II 2 b - jew.m.w.Nachw.). Dies war hier der Fall:

Bei seiner Beweiswürdigung wiederholt das Oberlandesgericht in den Entscheidungsgründen seines Urteils im wesentlichen die bereits im Urteil des Landgerichts wiedergegebenen und dort ebenfalls gewürdigten Passagen der protokollierten Aussage des Zeugen S. , entnimmt aber den Bekundungen des

Zeugen insgesamt eine Bestätigung seiner Ansicht, eine entgeltliche Übernahme sei nicht, auch nicht aufschiebend bedingt, erfolgt.

Warum das Oberlandesgericht die Aussage des Zeugen S. mit Blick auf das Beweisthema anders bewertet als das Landgericht, wird in den Entscheidungsgründen nicht mitgeteilt. Vielmehr erschöpfen sich die Ausführungen des Berufungsgerichts in der ergänzenden Darstellung der Aussage des Zeugen. Zur persönlichen Glaubwürdigkeit des Zeugen - die das Landgericht ausdrücklich bejaht - finden sich in dem Urteil des Oberlandesgerichts keine Angaben, so daß davon ausgegangen werden muß, daß es ebenfalls gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen keine Bedenken hatte. Dann aber ist die vom Ergebnis des Landgerichts abweichende Beurteilung der Zeugenaussage durch das Oberlandesgericht nur dadurch erklärbar, daß es entweder die protokollierte Aussage anders verstanden hat oder aber ihr ein anderes Gewicht beigemessen hat, als die erste Instanz.

Unbedenklich wäre die unterbliebene erneute Vernehmung des Zeugen S. allerdings dann, wenn dem Berufungsgericht der objektive Beweiswert der als wahr unterstellten Zeugenaussage - im Gegensatz zum Landgericht - nicht ausgereicht hätte, um die Beweisfrage (Zustandekommen eines Kaufvertrages über die vier Pkw) zu bejahen (vgl. z.B. BGH, Urteile vom 12. November 1991 aaO und vom 8. Januar 1985 - VI ZR 96/83 = NJW-RR 1996, 285 = VersR 1985, 341 unter II 2). Für eine dahingehende Annahme fehlt es jedoch im Berufungsurteil an jedem Anhaltspunkt. Die bereits erwähnte einleitende Bemerkung in dem Abschnitt über die Aussage des Zeugen S., diese spreche gegen die Annahme eines Kaufgeschäfts, zeigt vielmehr, daß das Berufungsgericht den Inhalt der Zeugenaussage anders würdigt als das Landgericht. Dies war ohne eine erneute Vernehmung des Zeugen nicht zulässig.

c) Auf diesem Verfahrensfehler beruht die angefochtene Entscheidung.

Allerdings begründet das Oberlandesgericht seine Auffassung, ein Kaufvertrag über die vier Fahrzeuge sei nicht bewiesen, auch mit der weiteren Erwägung, daß die Lieferung der Pkw's an die Beklagte unstreitig im Vorgriff auf das von beiden Parteien erwartete Zustandekommen eines "B-Händlervertrages" zwischen der Beklagten zu 1) und dem Kläger erfolgt sei; dies spreche dafür, daß die Überlassung der vier Fahrzeuge in demselben Rahmen habe erfolgen sollen, der durch den geplanten "B-Händlervertrag" vorgegeben gewesen sei; hierin sei aber nicht der Erwerb von Fahrzeugen durch den "B-Händler" vom "A-Händler" zum Zwecke des Weiterverkaufes vorgesehen, sondern der "B-Händler" werde als reiner Verkaufskommissionär auf Provisionsbasis tätig. Der Schluß des Oberlandesgerichts ist zwar möglich, aber keineswegs zwingend. Solange ein "B-Händlervertrag" noch nicht abgeschlossen war, stand es den Parteien, worauf die Revisionsbegründung mit Recht verweist, frei, die Überlassung von Kraftfahrzeugen auch anders zu regeln, insbesondere sie zu kaufen bzw. zu verkaufen. Dafür, daß die Parteien hier so verfahren sind, könnte zum Beispiel der eigene Vortrag der Beklagten sprechen, für den Fall des Zustandekommens eines "B-Händlervertrages" sei die Übernahme der Fahrzeuge zu Händler-Einkaufspreisen und ihre Nutzung im Geschäftsbetrieb beabsichtigt gewesen. Dies wird auch vom Berufungsgericht ausdrücklich eingeräumt. Es beruft sich aber auf die Aussage des Zeugen S. , um die Möglichkeit eines - auch nur bedingten - Eigenerwerbs auszuschalten. Angesichts dessen kann ausgeschlossen werden, daß das Oberlandesgericht zur Verneinung eines Kaufvertrages über die vier Fahrzeuge auch dann gekommen wäre, wenn es die Aussage des Zeugen S. ebenso verstanden und gewürdigt hätte wie das Landgericht. Dies wird bestätigt durch die abschließende und zusammenfassende Formulierung des Oberlandesgerichts,

"nach alledem" bestünden für den Abschluß eines Kaufvertrages keine ausreichenden Anhaltspunkte.

4. Da die angefochtene Entscheidung somit nicht verfahrensfehlerfrei zustande gekommen ist, war sie aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Oberlandesgericht sich nicht auf die Prüfung des Zustandekommens eines unbedingten Kaufvertrages beschränken können. Nach dem gegenwärtigen Sachstand ist auch der Abschluß eines bedingten Kaufvertrages - aufschiebend bedingt durch das Zustandekommen eines "B-Händlervertrages", allein mit dem Kläger oder eventuell auch mit einem anderen "A-Händler", oder auflösend bedingt durch das Nichtzustandekommen eines "B-Händlervertrages" - jedenfalls nicht von vornherein auszuschließen. Bei Annahme eines durch Abschluß eines "B-Händlervertrages" mit dem Kläger aufschiebend bedingten Kaufvertrages käme die weitere Frage zum Tragen, ob der Beklagte dadurch, daß er den "B-Händlervertrag" später mit einem anderen "A-Händler" abschloß, treuwidrig im Sinne von § 162 Abs. 1 BGB handelte.

Sollte das Oberlandesgericht zu dem Ergebnis kommen, daß der in erster Linie geltend gemachte Kaufpreisanspruch des Klägers begründet ist, wird es ferner die - vom Landgericht bejahte - Passivlegitimation beider Beklagter zu untersuchen haben, wozu freilich bisher vom Rechtsstandpunkt des Oberlandesgerichts aus kein Anlaß bestand. Sollte das Oberlandesgericht dagegen erneut den Bestand eines Kaufpreisanspruches verneinen, besteht Gelegenheit, seine Ausführungen zu den vom Kläger nur hilfsweise geltend gemachten Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung, Ersatz der Pkw-Schäden, der Wertminderung und der Verwahrungskosten unter Berücksichtigung der gegen die

Abweisung auch dieser Ansprüche gerichteten Revisionsangriffe erneut zu überprüfen.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Beyer

Dr. Leimert

Wiechers