

9

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 128/85

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
23. April 1986
Richter
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Hans-Dieter G[REDACTED], W[REDACTED]str. 48 a, D[REDACTED]-S[REDACTED],

Beklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Annelie S[REDACTED], über den W[REDACTED] 5, S[REDACTED]-W[REDACTED],

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

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

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 1986 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Zülch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. Dezember 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien schlossen am 16. Februar 1981 einen schriftlichen Vertrag, mit dem die Klägerin dem Beklagten zum Preis von 75.000,-- DM das Inventar und das Warenlager ihres Friseursalons verkaufte, den sie in gemieteten Räumen betrieb.

Von dem Kaufpreis sollten 20.000,-- DM Zug um Zug gegen Übergabe der verkauften Sachen und der Rest unverzüglich nach Auszahlung des vom Beklagten beantragten ERP-Kredits gezahlt werden. § 3 des Vertrags lautet: "Die Wirksamkeit dieses Kaufvertrages hängt von der Bewilligung des vorgenannten ERP-Kredits ab."

Mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte nicht die Prüfung als Friseurmeister abgelegt hatte, vereinbarten die Parteien zugleich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Zweck der Ausübung des Friseurhandwerks. Nach dem Vertrag übernahm die Klägerin die handwerklich-technische Geschäftsführung. Die Gesellschaft sollte mit Bestehen der Meisterprüfung durch den Beklagten enden.

Am 2. März 1981 schlossen die Parteien einen neuen schriftlichen Kaufvertrag, in dem sie den Kaufpreis für das Friseurgeschäft auf 58.000,-- DM festsetzten. Hiervon sollten 4.000,-- DM bei Übergabe und 7.000,-- DM am 6. März 1981 gezahlt werden. Den Rest sollte der Beklagte unverzüglich nach Auszahlung des von ihm beantragten ERP-Kredits entrichten. Er hat insgesamt 9.000,-- DM an die Klägerin geleistet.

Der ERP-Kredit wurde nicht bewilligt. Der Beklagte betrieb das Friseurgeschäft eine zeitlang und schloß es etwa gegen Ende Mai 1981.



Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage Zahlung restlichen Kaufpreises von 49.000,-- DM (58.000,-- abzüglich bezahlter 9.000,-- DM) nebst Zinsen. Die Parteien haben übereinstimmend erklärt, sie wollten etwaige gegenseitige Ansprüche aus der Auseinandersetzung der Gesellschaft nicht zum Gegenstand dieses Prozesses machen.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Kaufvertrag sei unter der - eingetretenen - auflösenden Bedingung geschlossen worden, daß es nicht zur Gewährung des beantragten Kredits komme. Der Beklagte habe den Eintritt der Bedingung nicht wider Treu und Glauben herbeigeführt (§ 162 Abs. 2 BGB), denn der Kreditantrag sei wegen der fehlenden Meisterprüfung des Beklagten von vornherein aussichtslos gewesen und nicht an irgendwelchen ihm zurechenbaren Handlungen oder Unterlassungen gescheitert. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin ihrer Klage bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs stattgegeben. Zu der mündlichen Verhandlung vom 22. November 1984, auf die das Urteil ergangen ist, hatte es auf Antrag des Beklagten die Ladung der Zeugin Ursula S. [REDACTED] angeordnet. Sie ist zu der im Schriftsatz vom 26. April 1984 aufgestellten Behauptung benannt worden, er, der Beklagte, habe zwischen Februar und Mai 1981 ständig bei dem Hausverwalter von B. [REDACTED] wegen des Abschlusses eines Mietvertrages angerufen und durch Dritte anrufen lassen. Die Zeugin ist am 16. August 1984 durch Niederlegung der Urkunde bei der Postanstalt geladen worden. Sie hat die Ladung auch erhalten, ist aber - krankheitshalber - zum Termin nicht erschienen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils erster Instanz.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Anspruch auf Zahlung des Restkaufpreises für begründet. Zwar sei auch der Vertrag vom 2. März 1981 unter der auflösenden Bedingung abgeschlossen worden, daß es nicht zur Gewährung des ERP-Kredits an den Beklagten komme, und der Kredit sei nicht gewährt worden. Damit hätte an sich gemäß § 158 Abs. 2 BGB die Wirkung des Kaufvertrags geendet. Hier greife indessen § 162 Abs. 2 BGB ein, wonach der Eintritt der auflösenden Bedingung als nicht erfolgt gelte, wenn er von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt wird. Das Berufungsgericht ist überzeugt davon, daß ein vorwerfbares Verhalten des Beklagten ursächlich für die Versagung des Kredits war. Es erachtet als bewiesen, daß der Kredit nicht schon deshalb abgelehnt worden sei, weil das Geschäft keinen Gewinn abgeworfen habe. Vielmehr hätte - soweit es um die wirtschaftliche Prognose für den Betrieb ging - die Kreditgemeinschaft des Hessischen Handwerks GmbH die Bürgschaft für den vom Beklagten beantragten Kredit übernommen und die Bank sodann das durch Bürgschaft gesicherte Darlehen bewilligt. Der Beklagte habe jedoch gerade die für die Übernahme der Bürgschaft erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle nicht betrieben, wie er selber nicht ernstlich bestreite. Seine Einlassung, er habe es für sinnlos gehalten, die Eintragung zu betreiben, weil er keinen Mietvertrag über

die Geschäftsräume habe erhalten können, sei widerlegt. Hierzu führt das Berufungsgericht im einzelnen aus: Der als Zeuge vernommene Hausverwalter habe bekundet, er habe dem Beklagten am 28. April 1981 einen Mietvertragsentwurf übermittelt und ihm am 20. Mai 1981 erneut geschrieben, weil der Beklagte den Vertrag nicht zurückgeschickt habe. Selbst wenn der Beklagte - wie er geltend mache - den ersten Brief mit dem Vertragsentwurf nicht erhalten habe, so hätte er aus dem zweiten Brief die grundsätzliche Bereitschaft des Hauseigentümers, mit ihm einen Mietvertrag abzuschließen, erkennen können. Soweit der Beklagte behauptete, er habe in der Zeit von Februar bis Mai 1981 ständig bei dem Hausverwalter angerufen, und sich hierfür auf das Zeugnis von Frau S. beziehe, habe dieser Beweisantrag nach §§ 527, 520 Abs. 2, 296 Abs. 1, 4 ZPO wegen Verspätung nicht zugelassen werden können. Die Vernehmung der zum Termin vom 22. November 1984 geladenen, aber nicht erschienenen Zeugin würde einen weiteren Termin erfordern, wodurch die Erledigung des Rechtsstreits sich verzögern würde.

Deshalb sei davon auszugehen - so meint das Berufungsgericht -, daß der Hauseigentümer, wenn der Beklagte es gewollt hätte, mit ihm einen neuen Mietvertrag über die Geschäftsräume abgeschlossen oder ihn in den Mietvertrag mit der Klägerin hätte eintreten lassen. Die Anmeldung des Gewerbes zur Eintragung in die Handwerksrolle wäre unter diesen Umständen nicht sinnlos gewesen. Ein derartiger Antrag des Beklagten an die Handwerkskammer wäre auch nicht etwa abgelehnt worden, weil der Beklagte nicht Friseurmeister war. Denn um das entsprechende Eintragungserfordernis zu erfüllen, hätten die Parteien den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, mit dem die Klägerin, die Friseurmeisterin sei, sich verpflichtet hätte, die Aufgabe der Betriebsleiterin zu übernehmen.

II. Das Urteil des Berufungsgerichts hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Keinen Rechtsfehler läßt allerdings sein Ausgangspunkt erkennen, daß der Kaufvertrag unter der auflösenden Bedingung der Nichtgewährung des ERP-Kredits zustandegekommen und die Bedingung eingetreten ist. Die Auslegung, daß § 3 des Kaufvertrags vom 16. Februar 1981 eine auflösende Bedingung enthalte und diese Bedingung für den Vertrag vom 2. März 1981 gleichfalls gelten solle, ist möglich und wird auch von der Revisionserwiderung hingenommen.

2. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß § 162 Abs. 2 BGB eingreifen kann, wenn ein Handeln oder Unterlassen des Beklagten ausschlaggebend dafür war, daß ihm der Kredit nicht gewährt worden ist. Die hierzu getroffenen Feststellungen tragen jedoch eine Anwendung dieser Vorschrift nicht.

a) Die Fiktionswirkung des § 162 Abs. 2 BGB erfordert den Nachweis, daß ohne das treuwidrige Verhalten die Bedingung eingetreten oder ausgefallen wäre (vgl. BGH LM BGB § 162 Nr. 2; MünchKomm-B. P. Westermann, BGB, 2. Aufl., § 162 Rdn. 11). Hier war vom Beklagten zu erwarten, daß er zumutbare Schritte unternahm, um die Voraussetzungen für die Gewährung des Kredits zu erfüllen. Dazu gehörte die Übernahme der Bürgschaft durch die Kreditgemeinschaft des Hessischen Handwerks. Das setzte wiederum die Eintragung des Betriebs in die Handwerksrolle voraus, um die sich der Beklagte nicht bemüht hat. Die insoweit vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen werden von der

Revision nicht angegriffen. Sie ergeben auch, daß das Verhalten des Beklagten zum Eintritt der Bedingung geführt hat. Die Revision macht allerdings geltend, das Berufungsgericht habe die Ursächlichkeit der Untätigkeit des Beklagten deshalb verneinen müssen, weil entgegen seiner Ansicht schon nicht erwiesen sei, daß die Kreditgemeinschaft die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bürgschaftsübernahme als erfüllt angesehen hätte. Die dazu erhobenen Verfahrensrügen greifen jedoch nicht durch; von einer Begründung sieht der Senat nach § 565 a ZPO ab. Es kann daher offenbleiben, ob die Kausalität überhaupt unter dem Gesichtspunkt verneint werden könnte, daß möglicherweise der Kredit auch aus einem anderen Grund nicht gewährt worden wäre (vgl. RG JW 1911, 213 Nr. 10).

b) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß es darauf ankommen kann, ob für den Beklagten ernsthafte Schwierigkeiten bestanden, einen Mietvertrag für die Geschäftsräume zu erhalten um damit in den rechtlich gesicherten Besitz der Geschäftsräume zu gelangen. Hierbei kann - für die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit seines Verhaltens - auch noch eine Rolle spielen, ob ihm ein wirtschaftlich tragbarer Mietvertrag ermöglicht worden wäre. Dazu fehlt es an Feststellungen im Berufungsurteil. Es ergeben sich aus dem bisherigen Prozeßstoff jedoch insoweit keine Zweifel.

c) Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob dem Beklagten der Brief des Hausverwalters vom 28. April 1981 mit dem Mietvertragsentwurf zugegangen ist. Für die Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, daß er ihn nicht erhalten hat. Die Vorinstanz meint, der Beklagte habe aus dem Brief vom

20. Mai 1981 die grundsätzliche Bereitschaft der Vermieterseite erkennen können, mit ihm einen Mietvertrag abzuschließen; der Beklagte habe sie auch erkannt. In dem Brief nimmt der Hausverwalter Bezug auf sein Schreiben vom 28. April 1981, mit dem er den Mietvertrag zur Gegenzeichnung übersandt habe. Weiter heißt es: " Da dieser (Mietvertrag) bisher bei mir nicht wieder eingegangen ist, gehe ich davon aus, daß Sie ohne Rechtsgrund in den Räumen Ihr Gewerbe ausüben. Ich habe Sie daher aufzufordern, spätestens Ende dieses Monats, mir das Lokal leer zur Verfügung zu stellen."

Das Berufungsgericht geht ersichtlich von der Möglichkeit aus, daß es zu einer anderen Würdigung gelangen könnte, wenn die Behauptung des Beklagten zutrifft, er habe in der Zeit von Februar bis Mai 1981 häufig bei dem Hausverwalter angerufen, um den Mietvertrag zu erhalten. Der von ihm gestellte Antrag, für die Richtigkeit seiner Behauptung Frau S. als Zeugin zu vernehmen, sei indessen nach §§ 527, 520 Abs. 2, 296 Abs. 1, 4 ZPO wegen Verspätung nicht zuzulassen. Die hiergegen erhobene Revisionsrüge hat Erfolg.

aa) Das Berufungsgericht hat die Nichtzulassung ausdrücklich auf § 520 Abs. 2 ZPO gestützt und als entscheidend angesehen, daß der Beklagte erstmals im Schriftsatz vom 26. April 1984 die Zeugin zu diesem Beweisthema benannt habe, nachdem ihm mit der Verfügung vom 15. November 1982 Frist zur Berufungserwiderung bis zum 30. Dezember 1982 gesetzt worden war. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht - was von seinem Standpunkt aus geboten gewesen wäre - geprüft und gewürdigt, ob bereits

nach der Prozeßlage bis zum Ablauf dieser Frist die Grundsätze einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung (§§ 520 Abs. 2, 277 Abs. 1 ZPO) erforderten, daß der Beklagte als Berufungsbeklagter Frau Schick zu dem fraglichen Beweisthema benannte (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 1981 - I ZR 65/79, NJW 1982, 581, 582 unter I. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 44. Aufl., § 527 Anm. 2 A Abs. 3). Stattdessen wird darauf verwiesen, die Zeugin sei erst mehr als ein halbes Jahr nach der Vernehmung des Hausverwalters benannt worden (13. Oktober 1983) und in dem Termin, in dem sie - auf Antrag der Klägerin - zu einem anderen Beweisthema vernommen worden sei (16. Februar 1984), habe der Beklagte ihr zu seiner Behauptung keine Fragen gestellt.

Sollte der Beklagte hier - also nach Ablauf der Frist vom 30. Dezember 1982 - seiner aus §§ 523, 282 ZPO folgenden Prozeßförderungspflicht nicht genügt haben, was der erkennende Senat nicht abschließend beurteilen kann, so könnte - durch eine dem Berufungsgericht obliegende Ermessensentscheidung - nach §§ 523, 296 Abs. 2 ZPO der Beweisantrag nur zurückgewiesen werden, wenn die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers aaO § 527 Anm. 3). Die Erfüllung dieser Voraussetzung, auf die es vom Standpunkt des Berufungsgerichts auch nicht ankam, läßt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen (vgl. dazu Senatsurteil vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 244/81, WM 1983, 339, 340 unter I. 1 b cc).

bb) Das Berufungsgericht hat außerdem zu Unrecht angenommen, daß die Erledigung des Rechtsstreits durch die Vernehmung von Frau Schick verzögert würde. Es hat sie nach § 273 ZPO

gemäß Verfügung vom 13. August 1984 zum Verhandlungstermin vom 22. November 1984 als Zeugin geladen; die Ladung wurde am 16. August 1984 durch Niederlegung zugestellt. Frau S. er- schien zu dem Termin nicht. Dieses Ausbleiben eines - wie hier - rechtzeitig und ordnungsgemäß geladenen Zeugen rechtfertigt die Annahme einer Verzögerung nicht, weil sie nicht auf dem Verhalten der Partei beruht (vgl. Senatsurteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81, LM ZPO § 379 Nr. 3 = NJW 1982, 2559 m.Anm. Deubner; s. auch das zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurteil vom 23. April 1986 - VIII ZR 125/85). Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Zeuge unentschuldigt ausgeblieben ist; denn auch das entschuldigte Fernbleiben ist ein Risiko, das dem Prozeß allgemein und unabhängig davon innewohnt, ob die Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig oder verspätet vorgebracht worden sind. Demgemäß kann dahingestellt bleiben, ob das Revisionsgericht die nach Schluß der mündlichen Verhandlung beim Berufungsgericht eingegangene Entschuldigung der Zeugin für ihr Fernbleiben hätte berücksichtigen dürfen.

3. Da das Berufungsurteil auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann (§ 563 ZPO), war es aufzuheben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, und die Sache zurückzuverweisen, damit die Zeugin vernommen werden kann. Der Senat hat es für geboten erachtet, die Kostenentscheidung in vollem Umfang aufzuheben, also auch, soweit der Klägerin nach § 97 Abs. 2 ZPO Kosten auferlegt worden sind. Die endgültig für die Kostenentscheidung maßgebenden Gesichtspunkte stehen auch nicht teilweise schon so eindeutig fest, daß der

aufgrund der neuen Verhandlung in der Berufungsinstanz zu treffenden Kostenentscheidung vorgegriffen werden konnte. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch