

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 171/70

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

12. April 1972

S c h e i b l ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Fernmeldetechnikers Robert H [REDACTED] in
N [REDACTED], T [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Werner C [REDACTED], Rundfunk-, Fernseh- und
Elektrogroßhandlung in H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 22. September 1970 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger betrieb unter der Firma Elektro-W[REDACTED] Nachfolger Konrad H[REDACTED], in N[REDACTED] ein Einzelhandelsgeschäft. Vermieterin der Geschäftsräume war die Stadt N[REDACTED]. Die Beklagte, eine Elektrogroßhandlung, belieferte den Kläger in größerem Umfang mit Kommissionsware. Außerdem stellte sie ihm durch Wechsel und Schecks Geldmittel zur Verfügung. Der Kläger übereignete ihr

- 3 -

sicherungshalber die Einrichtung seines Ladengeschäfts und zwei Kraftfahrzeuge. Im Herbst 1961 geriet er in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Lt. notariellem Schuld-
anerkennntnis vom 27. Oktober 1961, in welchem sich der Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwarf, schuldete er damals der Beklagten 29 151,06 DM. Gegenüber der Stadt Nürnberg bestand eine Mietzinsschuld von über 6 000 DM.

Die Parteien verhandelten über eine Sanierung des Klägers. Das Ergebnis dieser Verhandlungen ist streitig. Am 1. November 1961 übernahm die Firma T (im folgenden: T), deren Inhaber der Sohn des Inhabers der Beklagten war, die Geschäftsräume des Klägers. Die Mietrückstände wurden von der Beklagten oder von T bezahlt. Zwischen der T und dem Kläger wurde am 3. November 1961 mit Zustimmung der Stadt N ein Untermietvertrag geschlossen. Die Beklagte nahm ihr Kommissionsgut zurück und veräußerte ihr Sicherungseigentum. Nachdem die Stadt N das Mietverhältnis mit dem Kläger zum 31. März 1962 gekündigt hatte, wurde die T ab 1. April 1962 Mieterin der Geschäftsräume.

Der Kläger behauptet, er habe mit dem bevollmächtigten Angestellten der Beklagten, S, vereinbart, die T führe sein Geschäft miet- oder pachtweise so lange, bis durch Abführung eines ihm gutzuschreibenden Umsatzbonus von 5 % seine Schuld bei der Beklagten getilgt sei. Da die Beklagte das Geschäft nicht zurückgegeben habe, könne er 5 % aller seit



1. November 1961 getätigten Umsätze verlangen. Die T[REDACTED] sei inzwischen in der Firma der Beklagten aufgegangen. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, über die Einnahmen und Ausgaben der Firma Elektro-W[REDACTED] Rechnung zu legen und den sich danach zu seinen Gunsten ergebenden Betrag nebst Zinsen zu bezahlen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kläger seinen Antrag geändert. In erster Linie hat er nunmehr Auskunft über die seit 1. November 1961 getätigten Umsätze sowie Zahlung von 5 % des sich aus dieser Auskunft ergebenden Betrages begehrt. Hilfsweise hat er Verurteilung zur Zahlung von 2 % des sich aus der Auskunft ergebenden Betrages, soweit er sich auf den Umsatz von Großgeräten bezieht, verlangt, 4 %, soweit er sich auf den restlichen Umsatz bezieht. Weiter hat er hilfsweise Zahlung von 100 000 DM verlangt.

Die Berufung blieb erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Antrag aus dem Berufungsverfahren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, eine schriftliche Vereinbarung des vom Kläger behaupteten Inhalts liege nicht vor. Eine mündliche Vereinbarung sei nicht nachgewiesen. S[REDACTED], der für die Beklagte verhandelt habe, habe das Zustandekommen einer Vereinbarung, wonach das Geschäft der Beklagten gegen

eine Umsatzbeteiligung des Klägers von 5 % übernommen werden sollte, von der Genehmigung des Inhabers der Beklagten abhängig gemacht. Eine solche Genehmigung sei nicht erteilt worden. Vielmehr habe die Beklagte nach dem Einzug der T in die Geschäftsräume des Klägers nur eine Umsatzbeteiligung von 2 % bei Großgeräten und 4 % bei Kleinteilen angeboten. Das habe der Kläger abgelehnt. Auch die sonstigen Sanierungsvorschläge seien alle im Stadium der Vorbesprechungen stecken geblieben. Im übrigen habe allenfalls die T, nicht aber die Beklagte, das Geschäft des Klägers übernommen. Die T sei aber mit der Beklagten nicht identisch. Schon deshalb hafte die Beklagte auch nicht - nach dem zweiten Hilfsantrag des Klägers - auf Herausgabe der durch die angebliche vertragslose Geschäftsübernahme eingetretenen ungerechtfertigten Bereicherung.

II. Diese Erwägungen bekämpft die Revision mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht unterstellt, daß die T das Geschäft des Klägers übernommen hat. Dann aber verletzt das angefochtene Urteil § 133 BGB, wenn es der Tatsache keine rechtliche Bedeutung beimißt, daß diese Übernahme am Tage nach der mit S getroffenen Vereinbarung über die zeitweilige Übernahme des Geschäfts gegen eine Umsatzbeteiligung des Klägers erfolgte. Ersichtlich war für das Berufungsgericht insoweit entscheidend, daß nicht die Beklagte, sondern die T in die Geschäftsräume eingezogen ist.

Dabei hat es aber übersehen, daß der von der Beklagten durch S [REDACTED] am Vortage gemachte Vorschlag nicht auf eine Geschäftsübernahme durch die Beklagte selbst, sondern durch die T [REDACTED] gerichtet war, wie der eigene Vortrag der Beklagten aus der Klagerwiderung zeigt, und wie die Beklagte auch schon im Klageerwiderungsvorbringen des Rechtsstreits 4 C 429/62 vor dem Amtsgericht Nürnberg ausgeführt hatte. Danach stellt sich die Rechtslage folgendermaßen dar:

Die Beklagte ließ durch ihren Bevollmächtigten, S [REDACTED], den vom Kläger angenommenen Vorschlag unterbreiten, durch die T [REDACTED] die Firma Elektro W [REDACTED] so lange zu übernehmen, bis durch Verrechnung mit der vereinbarten Umsatzbeteiligung die Verbindlichkeiten des Klägers gegenüber der Beklagten getilgt waren. Die Wirksamkeit dieser Vereinbarung wurde seitens des Bevollmächtigten der Beklagten davon abhängig gemacht, daß deren Inhaber seine Genehmigung erteilte. Diese Genehmigung konnte formlos gegeben werden. Sie konnte insbesondere darin liegen, daß am Tage nach der Vereinbarung die T [REDACTED] das Geschäft des Klägers übernahm. Die Übernahme erfolgte, wovon das Berufungsgericht ausgeht, durch den Verhandlungspartner des Klägers, den Angestellten S [REDACTED]. Das Berufungsgericht unterstellt auch, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, daß bei der Übernahme der Geschäftsräume S [REDACTED] nicht etwa erklärte, der Inhaber der Beklagten habe seine Genehmigung zu der am Vortage getroffenen Vereinbarung verweigert oder die Beklagte wolle nur unter anderen

als den ausgehandelten Bedingungen das Geschäft des Klägers durch die T. übernehmen lassen. Auszugehen ist weiter davon, daß der Inhaber der Beklagten mit dem Tätigwerden S. bei der Übernahme des Geschäfts durch die T. einverstanden war. Wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn der Inhaber der Beklagten von der Übernahme des Geschäfts durch die T. unter Beteiligung S. nichts gewußt oder damit nicht einverstanden gewesen wäre, kann dahinstehen. Bei der hier gegebenen Sachlage war das Auftreten und Handeln S. am 1. November 1961 als Erklärung der vorbehaltenen Genehmigung des Inhabers der Beklagten zu verstehen: § 133 BGB. Soweit diese Genehmigung, nach der Behauptung der Beklagten, in Wirklichkeit nicht erteilt war, soweit also S. als vollmachtloser Vertreter handelte, muß die Beklagte sein Handeln nach Anscheinsgrundsätzen gegen sich gelten lassen. Der Inhalt der von S. mit dem Kläger getroffenen Abmachung war dem Inhaber der Beklagten bekannt. Ließ er am darauffolgenden Tage durch S. das Geschäft des Klägers für die Teka übernehmen, so durfte dieser nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte davon ausgehen, S. sei die nach § 177 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung zum Abschluß des am Vortag ausgehandelten Vertrages erteilt worden. Das gilt um so mehr, als S., wovon das Berufungsgericht ebenfalls ausgeht, auch beim Abschluß des Untermietvertrages zwischen der T. und dem Kläger mitgewirkt hat.

2. Die danach zustande gekommene Vereinbarung über eine Umsatzbeteiligung des Klägers ist nicht durch Anfechtung hinfällig geworden. Es kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für eine Irrtumsanfechtung, die hier allein in Betracht kommt, überhaupt vorlagen. Jedenfalls ist eine Anfechtung nicht erklärt worden.

3. Die Beklagte ist auch nicht etwa deshalb die falsche Partei, weil nicht sie, sondern die T. das Geschäft des Klägers übernommen hat. Denn der Kläger sollte nach dem hier zu unterstellenden Sachverhalt am Umsatz des von der T. für die Beklagte geführten Geschäfts beteiligt werden. Vertragspartnerin und deshalb Schuldnerin dieser Umsatzbeteiligung war deshalb nicht die T., sondern die Beklagte. Deren Sache war es, den internen Ausgleich mit der T. zu regeln.

4. Der unter II 1 - 3 dargestellten Rechtsfolge wäre nur auszuweichen, wenn der Vortrag der Beklagten zuträfe, wonach eine Geschäftsübernahme überhaupt nicht stattgefunden hat, der Kläger vielmehr, am Ende seiner wirtschaftlichen Leistungskraft angelangt, sein Geschäft auflöste und die restliche Ware, die nicht von der Beklagten stammte und von ihr deshalb nicht zurückgenommen worden war, an die T. und an die Firma V. E. veräußerte. Diesem bestrittenen Vorbringen ist das Berufungsgericht indessen nicht nachgegangen. Die von der Beklagten insoweit angebotenen Beweise hat es nicht erhoben.

Das wird, nachdem das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben kann, nachgeholt werden müssen. Immerhin wird bei der erneut vorzunehmenden Prüfung zu berücksichtigen sein, daß unstreitig auch nach dem Einzug der T. die Sanierungsverhandlungen mit der Beklagten weitergingen. Diese Verhandlungen wären unverständlich, wenn der Kläger zuvor sein Geschäft bereits endgültig aufgegeben gehabt hätte. Denn die Pläne, eine Gesellschaft unter Beteiligung der Ehefrau des Klägers und (oder) der Zeugen L. und L. zu gründen, hatten offensichtlich den Zweck, dem Kläger sein Geschäft zu erhalten. Diese Pläne waren auch keineswegs "sinnlos", wie das Berufungsgericht meint, wenn zuvor schon eine Abmachung über die zeitweise Übernahme des Geschäfts des Klägers durch die T. gegen eine 5 %ige Umsatzbeteiligung vereinbart war und zunächst auch durchgeführt wurde. Entweder konnte die ins Auge gefaßte Gesellschaft nach der auf diesem Wege erreichten Tilgung der Verbindlichkeiten des Klägers das Geschäft übernehmen, oder sie befriedigte ihrerseits die Beklagte und nahm anschließend das Geschäft zurück. In diesem Zusammenhang kann auch nicht außer acht bleiben, daß die T. ihr Geschäft jedenfalls zunächst unter dem Namen Elektro-W. betrieb und lediglich die Rechnungen einen Aufdruck erhielten, wonach der Verkauf im Namen und für Rechnung der T. erfolgte.

5. Sollte nach erneuter Verhandlung aus den dargelegten Gründen eine Umsatzbeteiligung des Klägers festzustellen sein, so heißt dies gleichwohl nicht, daß der Kläger auf jeden Fall für die ganze seit 1. November 1961 verstrichene Zeit einen Betrag von 5 % aus den in seinem ehemaligen Geschäft getätigten Umsätzen zu beanspruchen hätte.

Die nach der Behauptung des Klägers mit der Beklagten geschlossene Vereinbarung war ein Sanierungsvertrag. Er diente allein dem Zweck, durch zeitweise Führung des Geschäfts des Klägers dessen Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten abzutragen. Das schloß zugleich die Verpflichtung der Beklagten ein, nach Tilgung dieser Verbindlichkeiten dem Kläger das Geschäft zurückzugeben. Unterblieb diese Rückgabe, so war die Beklagte jedenfalls nicht ohne weiteres zur Fortzahlung einer 5 %igen Umsatzbeteiligung verpflichtet. Vielmehr hat sie dem Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung ihrer Rückgabeverpflichtung zu leisten.

Wie hoch dieser Schaden ist, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben. Dabei wird der frühere geschäftliche Mißerfolg des Klägers nicht unberücksichtigt bleiben können. Es fragt sich deshalb, ob er im Falle der Rückgabe des Geschäfts überhaupt in der Lage gewesen wäre, dieses gewinnbringend weiter zu betreiben. Daß die Beklagte durch die Teka nach der Behauptung des Klägers erhebliche Gewinne erzielt hat, besagt noch nicht, daß dies auch ihm

gelungen wäre. Er hätte nicht nur die Geschäftseinrichtung wieder zurückerwerben müssen. Vor allem hätten ihm, wie sein im ersten Rechtszug abgegebenes Armenrechtsgesuch zeigt, offensichtlich das Eigenkapital zur Fortführung des Betriebes gefehlt. Auf der anderen Seite fiel es der T. wegen ihrer engen Verbindung zur Beklagten, die eine Elektrogroßhandlung betreibt, leichter, im Geschäft des Klägers mit Gewinn zu arbeiten.

Auf jeden Fall wird, falls eine Vereinbarung zwischen den Parteien im Herbst 1961 zustande gekommen ist, aufzuklären sein, ob und zu welchem Zeitpunkt die Verbindlichkeiten des Klägers gegenüber der Beklagten getilgt waren. Dazu dient der eingeklagte Auskunftsanspruch. Erst für die Zeit danach kommt ein Schadensersatzanspruch in Betracht, dessen Höhe das Berufungsgericht gegebenenfalls unter Zuziehung eines Sachverständigen nach § 287 ZPO feststellen kann.

III. Wer die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, hängt davon ab, wie in der Sache selbst abschließend entschieden wird. Dem Berufungsgericht war deshalb auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann