

20

DATE: 11/11/2011 TIME: 11:11 AM PAGE: 1 OF 1

Bildet die Verwendung der Kaufsache ausnahmsweise die Geschäftsgrundlage eines Kaufvertrages und wird die vorgestellte Verwendung unmöglich, so muß der Käufer sich am Vertrage - gegebenenfalls unter Anpassung - festhalten lassen, wenn ihm eine andere Verwertung zuzumuten ist.

Auf die Befolgung der Vorschrift des § 538 ZPO kann eine Partei wirksam verzichten.

BGH, Urt. v. 20. März 1967 - VIII ZR 237/64 - OLG Nürnberg
LG Nürnberg-Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 237/64

URTEIL

Verkündet am

20. März 1967

Klett,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Karl-Heinz K [REDACTED] in E [REDACTED],
W [REDACTED]-F [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte:

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

gegen

den Kaufmann Hans A [REDACTED] in E [REDACTED],
L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 3. August 1964 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war bis Ende 1962 Pächter der Gaststätte "D. R." in E., die im Eigentum der Firma B. H. steht. Sein Nachfolger wurde der Gastwirt Gerhard P.. Der Kläger hatte in einem Gastraum mehrere Automaten aufgestellt. Er schloß am 29. November 1962 mit dem Beklagten, der die Aufstellung von Automaten betreibt, folgenden Vertrag:

"Zwischen Herrn Karlheinz K. (Kläger) ... und Herrn Hans A. (Beklagter) ... kommt folgender Vertrag zustande:

Herr A. übernimmt von Herrn K. folgende Automaten:

- 1 Musikbox - Marke Rock O LA -
- 1 Flipper - Lancers -
- 2 Kicker Fußballspiele -
- 1 Parfümspritzapparat -

zum Preise von 10.000 DM



Die am 1. Januar noch offenstehenden Wechsel auf Box und Flipper mit DM 3056,- übernimmt Herr A [REDACTED] für DM 3000,-, die restlichen DM 7000,- werden mit dem 1. Januar 1963 an Herrn K [REDACTED] fällig. ...

Dieser Vertrag ist abhängig von der schriftlichen Bestätigung der B [REDACTED] H [REDACTED], daß die von Herrn A [REDACTED] zu übernehmenden Automaten ab 1.1.1963 im Lokal "D [REDACTED] R [REDACTED]" bei dem Pächter Herrn G. P [REDACTED] aufgestellt bzw. verbleiben dürfen."

Die Bestätigung der Firma B [REDACTED] H [REDACTED] wurde noch am selben Tage erteilt. Die Automaten wurden Anfang 1963 anlässlich der Renovierung der Gaststätte aus dem Gastraum entfernt und nicht wieder aufgestellt.

Der Beklagte verweigert die Zahlung des Kaufpreises mit der Behauptung, im Vertrag vom 29. November 1962 sei man davon ausgegangen, daß P [REDACTED] das Lokal im alten Stile weiterführe; durch den Besuch junger Leute und den von ihnen zu erwartenden Gebrauch der Spielgeräte habe der erhoffte Gewinn erzielt werden sollen. Nur aus diesem Grunde habe er über den Wert der Spielgeräte hinaus noch einen Platzwert von ca. 3000 bis 4000 DM zahlen wollen. Die Gaststätte sei jedoch von P [REDACTED] als reines Speiselokal weitergeführt worden, in dem Jugendliche nicht mehr verkehrten. Im übrigen habe P [REDACTED] am 21. Dezember 1962 eine Wiederaufstellung der Automaten abgelehnt.

Die im Urkundenprozeß erhobene Klage auf Zahlung des bar zu entrichtenden Teiles des Kaufpreises von 7000 DM hat das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, die Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung vom 29. November 1962 sei entfallen und dem Beklagten ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht zumutbar. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche

Urteil aufgehoben und den Beklagten unter Vorbehalt seiner Rechte antragsgemäß verurteilt. Im Nachverfahren hat das Oberlandesgericht dieses Urteil aufgehoben und die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klagforderung weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es sei selbst für das Nachverfahren im Urkundenprozeß zuständig, weil es erstmals unter Aufhebung des klagabweisenden Urteils erster Instanz den Vorbehalt in seinem Urteil ausgesprochen habe. Es leitet seine Zuständigkeit aus § 600 ZPO ab und schließt sich insoweit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts an, die aus der rechtlichen Natur des Nachverfahrens als bloßer Fortsetzung des Urkundenprozesses folgert, für das Nachverfahren sei das Gericht zuständig, das erstmals über den Vorbehalt entschieden habe (RGZ 29, 368; 57, 184). Die Revision ist der Meinung, das Nachverfahren hätte in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nur vor dem Landgericht als Gericht erster Instanz durchgeführt werden können.

Ob dieser in Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung der Vorzug zu geben ist, kann dahinstehen, weil der Kläger die mögliche Verletzung dieser das Verfahren betreffenden Vorschrift zu keinem Zeitpunkt im Nachverfahren

gerügt hat (§ 295 ZPO). Der Beklagte hatte den Antrag auf Aufnahme des Nachverfahrens zunächst beim Landgericht gestellt und nach Vorlage an das Berufungsgericht dort in den Terminen vom 10. und 28. Februar 1963 in erster Linie Zurückverweisung an das Landgericht und nur fürsorglich Aufhebung des Vorbehaltsurteils beantragt. Ohne der Verweisung an das Berufungsgericht entgegenzutreten oder zu dem Hauptantrag des Beklagten Stellung zu nehmen, hat dagegen der Kläger lediglich beantragt, das Vorbehaltsurteil für vorbehaltslos zu erklären. Der mögliche Mangel ist ihm also mindestens bekannt gewesen. Es handelt sich nicht etwa um einen Mangel, auf dessen Rüge eine Partei im Sinne des § 295 Abs. 2 ZPO nicht wirksam verzichten kann. Durch die Fortsetzung des Nachverfahrens vor dem Berufungsgericht wurde weder eine unabdingbare ausschließliche Zuständigkeit (§ 40 ZPO) berührt noch ein vom Gesetz nicht zugelassener Instanzenzug geschaffen. Das Reichsgericht hat von seinem Standpunkt aus, daß das Nachverfahren vor dem Berufungsgericht anhängig gemacht werden müsse, zwar ausgeführt, es liege nicht in der Macht der Parteien, sich durch Vereinbarung zwei Rechtszüge zu verschaffen, wo das Gesetz nur einen einzigen gewähre (RGZ 57, 184, 186). Hier liegt der Fall aber entgegengesetzt, daß der Kläger, folgt man der vom Reichsgericht abweichenden Ansicht des Schrifttums, auf die Wiederholung eines Rechtszuges verzichtet hätte. Ein Rechtssatz, daß in den Fällen notwendiger Zurückverweisung nicht auch das obere Gericht entscheiden könnte, besteht, wie sich aus § 540 ZPO ergibt, nicht.

Danach ist auch für die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nach § 540 ZPO zur Sachdienlichkeit Erwägungen anstellen müssen, kein Raum.

II.

1. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Geschäftsgrundlage sei weggefallen, wird von der Revision nicht angegriffen; sie läßt auch einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

2. Die Revision rügt weiter die Verletzung materiellen Rechts. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe die Grundsätze über die Rechtsfolgen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage, insbesondere über die Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderte Lage verkannt. Es habe irrig angenommen, daß den Parteien mit einer Herabsetzung des Kaufpreises an die veränderte Lage nicht gedient sei. Es könne nicht darauf ankommen, ob die Ermittlung der eingetretenen Wertminderung schwierig sei, wie das Berufungsgericht meint; denn mangels eigener Sachkunde hätte es hiermit einen Sachverständigen beauftragen müssen. Außerdem sei nicht entscheidungserheblich, ob der Kläger die Spielautomaten möglicherweise zu einem höheren Preise hätte verkaufen können, als ihm das Gericht im Wege der Anpassung zubilligen würde.

Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

Nicht jeder Wegfall der Geschäftsgrundlage löst für sich allein schon Rechtsfolgen aus. Nach ständiger Rechtsprechung darf der Grundsatz der Vertragstreue nur durchbrochen werden, wenn dies nach der Gesamtlage notwendig erscheint, um untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbare Ergebnisse zu vermeiden, wenn also beim Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage dem Schuldner die Erfüllung des Vertrages schlechthin nicht

zugemutet werden kann (BGH Urteil vom 13. Oktober 1959
- VIII ZR 120/58 - und Urteil vom 11. Juli 1958
- VIII ZR 96/57 = NJW 58, 1772 = LM § 242 (Bb) Nr. 27
mit Rechtsprechungsnachweisen).

Das Berufungsgericht gründet seine Auffassung, der Beklagte könne sich von seinen Vertragspflichten lösen, im wesentlichen darauf, daß die Automaten, wenn sie in der Gaststätte aufgestellt würden, nicht die Erträge erbrächten, die die Parteien sich übereinstimmend vorgestellt und der Errechnung des Kaufpreises zugrundegelegt hatten. Angesichts der Änderung des Stiles, in dem die Gastwirtschaft geführt wird, hätte die Bindung an den Kaufvertrag, so meint das Berufungsgericht ersichtlich, auch dann noch für den Beklagten eine unzumutbare Belastung bedeutet, wenn der Kaufpreis herabgesetzt würde.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts werden indessen dem Begriff der Unzumutbarkeit nicht gerecht.

Es mag zwar sein, daß der Beklagte bei Aufstellung der Automaten in der Gaststätte "D. R." nennenswerte Einnahmen nicht hätte erzielen können. Ein Käufer, der die Kaufsache nicht in der Weise verwerten kann, wie die Vertragsparteien es sich übereinstimmend als für den Vertragsschluß bedeutsam vorgestellt haben, kann sich indessen nach Treu und Glauben vom Vertrage nicht lösen, wenn ihm zuzumuten ist, die Sache in anderer Weise zu verwerten. Mindestens in einem solchen Fall kann ihm nicht erlaubt sein, das ganze Risiko des Kaufes auf den Verkäufer abzuwälzen. Dieser Grundsatz verdient gerade im vorliegenden Fall Beachtung. Der Beklagte ist von Beruf Automatenaufsteller. Die Annahme liegt daher nahe, daß es ihm in dem Zeitpunkt, als sich die Aufstellung der Automaten in der

Gaststätte "D. R." als wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll erwies, möglich gewesen wäre, die Automaten in einer anderen Gastwirtschaft gewinnbringend aufzustellen. War eine anderweite Verwertung der Automaten für den Beklagten zumutbar, so ist eine Vertragsauflösung nicht das erforderliche Mittel zur Vermeidung eines schlechthin untragbaren Ergebnisses.

In dem zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreis von 10.000 DM war allerdings unstreitig ein sogenannter Platzwert enthalten. Er war als zusätzliches Entgelt für die Möglichkeit vereinbart, die Automaten in der für günstig gehaltenen Gaststätte "D. R." anzubringen, weil die Parteien davon ausgingen, die Gaststätte werde weiter ausschließlich oder überwiegend von Halbwüchsigen besucht werden. Denkbar ist, daß es dem Beklagten nicht möglich gewesen wäre, die Automaten anderweit in einer ähnlich günstigen Weise zu verwerten. Aber auch dann brauchte die völlige Befreiung vom Vertrage nicht notwendig der allein mögliche Rechtsbehelf zur Vermeidung einer unzumutbaren Belastung des Beklagten zu sein. Es wäre vielmehr zu prüfen, ob dann nicht schon eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Umstände ausreicht. Die Ansicht des Berufungsgerichts, es sei schwierig eine "Wertminderung" festzustellen, geht fehl. Beispielsweise könnte sich eine Anpassung des Kaufvertrages etwa in der Art anbieten, daß der Kaufpreis unter Fortfall des "Platzwertes" auf den zur Zeit des Kaufabschlusses angemessenen Wert der Automaten herabgesetzt wird. Unter diesen Gesichtspunkten wird das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, die Frage der Unzumutbarkeit nach Erörterung mit den Parteien neu zu würdigen haben.

3. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, weil sie von der Endentscheidung abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Weber

Braxmaier