

29

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 238/72

URTEIL

Verkündet am

12. Dezember 1973
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Automatenverkäufers Peter R [REDACTED] in B [REDACTED]
O [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Professoren Dr.Dr.h.c.
[REDACTED] und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Gastwirtsehefrau Ida K [REDACTED] geb. K [REDACTED],
2. den Gastwirt Walter K [REDACTED],
3. den Kabelwerkerarbeiter Erich K [REDACTED],
4. den Landwirt Franz K [REDACTED],
sämtlich E [REDACTED] Nr. [REDACTED] bei C [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 28. Juli 1972 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, Alleininhaber der Firma W■■■■-Kantinen-Automaten in E■■■■, verkaufte durch schriftlichen Vertrag vom 19. Januar 1971 durch seinen Beauftragten E■■■■ den Klägern zwei gebrauchte Heißwurst- und zwei gebrauchte Pommes-Frites-Automaten zum Gesamtbarzahlungspreis von 29 304 DM. Die Käufer leisteten eine Baranzahlung von 2 904 DM, der Rest sollte - zusammen mit Zinsen und Bearbeitungsgebühr - in 36 Monatsraten von je 968 DM bezahlt werden; hierfür übergaben die Kläger am 20. Januar 1961 Wechsel im Gesamtbetrag von 37 752 DM.

Vor Abschluß des Vertrages vom 19. Januar 1971 hatte der Beauftragte des Beklagten den Klägern erklärt, zwischen der Firma S. [REDACTED] AG, die in N. [REDACTED] bei C. [REDACTED] ein Kabel- und Leitungswerk unterhält, und dem Beklagten sei vereinbart, daß die an die Kläger verkauften Automaten auf dem Betriebsgelände dieser Firma aufgestellt und betrieben werden könnten. Einige Tage später lehnte die Firma S. [REDACTED] AG dies jedoch ab, weil es sich um gebrauchte Geräte handele, die den hygienischen Anforderungen des Unternehmens nicht entsprächen.

Kurz darauf schlossen deshalb die Parteien folgende undatierte Vereinbarung:

"In Abänderung des Kaufvertrages vom 19.1.1971 wird zwischen den Parteien folgendes vereinbart:

Die Eheleute + Söhne K. [REDACTED] lösen den Restbarzahlungspreis abzüglich 5 % Skonto = 25.080,-- DM (fünfundzwanzigtausendundachtzig) in bar sofort ab. Die Fa. W. [REDACTED]-Kantinen-Automaten stellt den Eheleuten + Söhnen K. [REDACTED] zum Weiterverkauf der Geräte Vertreter zur Verfügung. Der Weiterverkauf soll bis zum 5. April abgeschlossen sein. Der Weiterverkauf erfolgt im Namen und auf Rechnung der Eheleute K. [REDACTED] zu den gleichen Bedingungen, die aus dem Kaufvertrag zwischen den Eheleuten K. [REDACTED] und der Fa. W. [REDACTED]-Kantinen-Automaten zu ersehen sind.

Die Vertreter erhalten für den Weiterverkauf eine Provision von DM 3.000,-- (dreitausend). Falls bis zum 5. April kein Weiterverkauf erfolgt ist, übernimmt die Fa. W.K.A. die Geräte."



Noch im März 1971 ließ der Beklagte durch seine Vertreter L. und M. einen Kaufvertrag zur Unterzeichnung vorlegen, der vom 4. März 1971 datiert und von einem gewissen Sc. als Käufer schon unterzeichnet war. Danach sollten die Kläger sich verpflichten, 8 vom Beklagten zu liefernde gebrauchte Heißgetränke-Automaten, für die im Vertragsentwurf ebenfalls ein Gesamtpreis von 29 304 DM angesetzt war, an Sc. zu verkaufen. Nach Behauptung des Beklagten, die von den Klägern bestritten wird, sollen die Kläger sich kurz zuvor mit der Lieferung anderer als der im Vertrag vom 19. Januar 1971 bestellten Geräte an einen Kaufinteressenten einverstanden erklärt haben. Die Kläger lehnten die Unterzeichnung des Vertragsentwurfs ab.

Am 1. April 1971 suchte im Auftrag des Beklagten der Zeuge Si. die Kläger auf, um sie zur Unterzeichnung seines Vertrages über 2 Heißwurst- und 2 Pommes-Frites-Automaten zu veranlassen, den ein gewisser St. als Käufer bereits am 26. März 1971 unterzeichnet hatte. Hiernach sollten die Kläger die genannten Geräte für 14 000 DM an St. veräußern. Dieser sollte 6 000 DM für den Aufstellplatz sowie 2 200 DM Mehrwertsteuer zahlen. Die Kläger sollten ihr Eigentum an den Geräten versichern, für den einwandfreien technischen sowie sauberen Zustand der Geräte einstehen und bei Nichteinhaltung des Verkaufes Schadensersatz in Höhe von 1/3 des Kaufpreises an St. zahlen. Auch die Unterzeichnung dieses Vertrages lehnten die Kläger ab. Sie haben bisher keinerlei Geräte erhalten, wohl aber außer der schon erwähnten Baranzahlung von 2 904 DM die in der undatierten Abänderungsvereinbarung zugesagten 25 080 DM an den

Beklagten gezahlt. Diese Beträge sowie 600 DM an die Firma S[REDACTED] AG geleistete Aufstellungskosten nebst Zinsen verlangen sie vom Beklagten zurück.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme den Klägern 26 304 DM nebst Zinsen zuerkannt und ausgeführt, der in der Änderungsvereinbarung angestrebte Weiterverkauf sei gescheitert. Bis auf die Vertreterprovision von 3 000 DM, welche die Kläger für das "Loswerden" der Geräte in der Änderungsvereinbarung als Verlust hingenommen hätten, könnten sie ihre Zahlungen zurückverlangen.

Nach Zurückweisung der Berufung des Beklagten verfolgt dieser im Wege der Revision sein Verlangen nach Klageabweisung weiter, während die Kläger um Zurückweisung der Revision bitten.

Entscheidungsgründe:

I. Zu der Frage, wie es zur Versagung der Aufstellungsgenehmigung durch die Firma S[REDACTED] AG und damit zum Abschluß der Änderungsvereinbarung gekommen ist, hatte der Beklagte im Schriftsatz vom 13. April 1972, Seite 3 wörtlich vorgebracht:

"Wie in der Klage vorgetragen, war der Kläger zu 3, Erich K[REDACTED], bei der Firma S[REDACTED] beschäftigt. Aus dem Beklagten nicht bekannten Gründen hat dieser offenbar die Firma S[REDACTED] veranlaßt, gegen die Aufstellung der Automaten Einspruch mit der Begründung einzulegen, daß S[REDACTED] nur fabrikneue Automaten aufstellen lasse."

Für diese Behauptung war gleichzeitig Beweis durch Vernehmung des Zeugen F. [REDACTED] angetreten. Der Beweis wurde nicht erhoben. Nach Auffassung des Berufungsgerichts (BU S. 7 ff) ist der Verwendung "offenbar" nicht hinreichend sicher zu entnehmen, ob der Beklagte insoweit nur eine Vermutung aussprach oder ob es sich um einen entsprechenden Tatsachenvortrag handelte. Im letzteren Falle setze er sich aber in Widerspruch zu seinem Vorbringen in erster Instanz, denn dort habe er "eingestanden", daß von der Ablehnung der Firma S. [REDACTED] "alle Beteiligten gleichermaßen betroffen waren".

Zu Recht rügt die Revision Verletzung der §§ 286, 139 ZPO. Der Vortrag des Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren über das Verhalten der Parteien bei Erhalt der Nachricht seitens der Firma S. [REDACTED] AG, daß sie die Aufstellungsgenehmigung verweigere, enthält - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - kein Geständnis (§ 288 ZPO) des Inhalts, daß dem Beklagten nunmehr ein ergänzender Vortrag darüber versagt wäre, wie es nach dem Ergebnis seiner neuesten Erkundungen zu der Entscheidung der Firma S. [REDACTED] gekommen ist. Es trifft auch nicht zu, daß der Beklagte sich "jedenfalls in Kenntnis des unredlichen Verhaltens des Klägers Erich K. [REDACTED] zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses und zu seiner Anpassung an die durch die Weigerung der Firma S. [REDACTED] geschaffene neue Lage bereit erklärt und zu keiner Zeit hieraus irgendwelche Folgerungen gezogen" habe (BU S. 8). Was der Beklagte nach den Feststellungen des Beru-

funungsgerichts allenfalls kannte, waren die Folgen des - angeblich - unredlichen Verhaltens des Klägers zu 3, nicht aber das Verhalten an sich, d.h. den wirklichen Grund der Firma S[REDACTED] für die Versagung der Aufstellungsgenehmigung.

Das vom Berufungsgericht nicht beachtete Vorbringen des Beklagten muß bei der hier gegebenen Sachlage auch als hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptung angesehen werden, denn der Beklagte hatte zuvor schon vorgetragen, daß der Kläger zu 3 bei der Firma S[REDACTED] tätig war und daß er auch als gelernter Fleischer an der Beschickung der gekauften 4 Automaten besonders interessiert war. Zumindest hätte das Berufungsgericht, wenn ihm der Sachvortrag des Beklagten nicht hinreichend substantiiert erschien, durch Ausüben des richterlichen Fragerechts (§ 139 ZPO) den Beklagten zu konkreterem Sachvortrag veranlassen müssen. Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts ist entscheidungserheblich. Trifft das Vorbringen des Beklagten zu, so wurde der Eintritt einer Bedingung, die für den Abschluß und für die praktische Durchführung des ursprünglichen Vertrages entscheidend war - nämlich die Erteilung der Aufstellungsgenehmigung durch die Firma S[REDACTED] AG -, vom Kläger zu 3 wider Treu und Glauben verhindert; der Beklagte braucht dies nicht gegen sich gelten zu lassen, sondern kann - ungeachtet der Änderungsvereinbarung - auf den ursprünglichen Vertrag vom 19. Januar 1971 zurückgreifen und hieraus Erfüllungsansprüche geltend machen (§ 162 Abs. 1 BGB).

II. Sollte freilich das erneute Berufungsverfahren den Sachvortrag des Beklagten, wofür dieser beweispflichtig ist, nicht bestätigen, so hat der Beklagte die empfangenen Leistungen an die Kläger zurückzugewähren, denn ein Weiterverkauf, wie in der undatierten Änderungsvereinbarung angestrebt, ist gescheitert. Dabei ist nicht darüber zu entscheiden, ob dem Beklagten auch bei solcher Sachlage die einbehaltene Vertreterprovision von 3 000 DM gebührt, wie das Landgericht angenommen hat. Die Kläger haben dies hingenommen, indem sie das landgerichtliche Urteil nicht anfochten.

1. Fall Sc [REDACTED]

Was die Kaufofferte Sc [REDACTED] betrifft, so kann dahinstehen, ob die Kläger sich dem Beklagten gegenüber fernmündlich bereit erklärt hatten, daß an Sc [REDACTED] Geräte anderer Art geliefert werden sollten, als sie selbst vom Beklagten am 19. Januar 1971 gekauft hatten. Auch die Rechtswirksamkeit einer solchen fernmündlichen Vereinbarung kann auf sich beruhen. Das Kaufangebot Sc [REDACTED] konnten die Kläger schon deshalb ablehnen, weil sie die Geräte ohne jede Anzahlung an Sc [REDACTED] abgeben sollten. Nach der Änderungsvereinbarung mußte aber der Weiterverkauf zu den Bedingungen des Kaufvertrages der Parteien vom 19. Januar 1971, also gegen Anzahlung, erfolgen.

2. Fall St [REDACTED]

Ähnliches gilt bezüglich des Kaufangebots St [REDACTED]. Hier war ein wesentlich niedrigerer Preis angesetzt: 14 000 DM für die Geräte, 6 000 DM für den Aufstellplatz und 2 200 DM an Mehrwertsteuer, insgesamt also

22 200 DM und damit wesentlich weniger, als die auf Grund des ursprünglichen Vertrages von den Klägern erbrachten Leistungen (28 585 DM) selbst unter Berücksichtigung einer davon abzuziehenden Vertreterprovision von 3 000 DM ausmachten. Schon das berechnete die Kläger, auch das Kaufangebot St[REDACTED] abzulehnen.

Nach allem war mit Ablauf des 5. April 1971 die in der Abänderungsvereinbarung ausdrücklich geregelte Situation eingetreten, daß ein Weiterverkauf "zu den gleichen Bedingungen", wie im Vertrag vom 19. Januar 1971 festgelegt, nicht erfolgt war. Der Beklagte hatte somit die Geräte gegen Rückerstattung der von den Klägern erhaltenen Zahlungen wieder zu übernehmen.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann