

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 249/68

URTEIL

Verkündet am
28. Oktober 1970
Scheibl
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Bäcker- und Konditormeisters Werner S [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Gisela S [REDACTED],
beide wohnhaft in E [REDACTED] über W [REDACTED],
P [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Edgar S c h [REDACTED] in So [REDACTED], Obere H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Juni 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb bis Mitte 1964 in seinem Hause So[REDACTED], G[REDACTED] Straße [REDACTED] eine Bäckerei und Konditorei, zu der auch eine Verkaufsfiliale in So[REDACTED]-Wa[REDACTED] gehörte. Durch schriftlichen, Ende Mai oder Anfang Juni 1964 abgeschlossenen Mietvertrag vermietete er zum 1. August 1964 den Beklagten im Hause G[REDACTED] Straße [REDACTED] die von ihm bisher benutzten gewerblichen Räume; die Filiale, die die Be-

klagten nicht übernehmen wollten, führte er selbst weiter. Gleichzeitig mit dem Mietvertrag schlossen die Parteien über die Einrichtungsgegenstände des Betriebes einen Kaufvertrag ab, dessen maßgebliche Bestimmungen wie folgt lauten:

"1.) S. (Kläger) verkauft an die Eheleute S. [REDACTED] Einrichtungsgegenstände aus der von ihm bisher betriebenen Bäckerei und Konditorei und der Verkaufsstelle So [REDACTED], G. [REDACTED]straße [REDACTED], die in der Anlage 1) beigelegten Liste aufgeführt sind, zum Preise von 50 000.- DM.

.....

5.) Die Einrichtung wird am 31.7.1964 übergeben. Die übergebenen Gegenstände sind freies Eigentum von S. Die Käufer haben die Gegenstände im einzelnen besichtigt. Irgend eine Gewährleistung übernimmt S. nicht."

Unstreitig wurde - entgegen Nr. 1 des Vertrages - der Vertragsurkunde bei Vertragsabschluß eine Liste der verkauften Einrichtungsgegenstände nicht beigelegt. Den Parteien lag jedoch bei den Vertragsverhandlungen, die in der damaligen Wohnung der Beklagten in Ha [REDACTED] (We [REDACTED].) geführt wurden, ein Verzeichnis vor, das als Anlage zur Bilanz des Klägers für das Jahr 1962 das Inventar seines Gewerbes einschließlich desjenigen der Filiale auswies. Welche Gegenstände im einzelnen in dem Verzeichnis als zum Hauptgeschäft gehörig aufgeführt waren, ist zwischen den Parteien streitig. Am 3. August 1964 übergab der Kläger den Beklagten Geschäftsräume, Inventar



und Warenvorräte und händigte ihnen kurze Zeit später ein nachträglich von ihm erstelltes Inventarverzeichnis aus, das - abgesehen von einem Verpackungstisch, einem Schokoladentemperiergerät und vier Gebäckwalzen, die versehentlich nicht aufgeführt, aber übergeben waren - die von den Beklagten übernommenen Einrichtungsgegenstände umfaßt.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger rückständige Miete, den Rest des Kaufpreises für das Inventar und Nebenkosten in Höhe von 16 097,22 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Im Revisionsrechtszug besteht zwischen den Parteien kein Streit mehr darüber, daß jetzt noch 15 504,86 DM - davon 13 117,36 DM Kaufpreisrest - offenstehen.

Die Beklagten haben gegenüber diesen Ansprüchen die Einrede des nichterfüllten Vertrages erhoben. Sie behaupten, die nachträglich erstellte sogenannte Inventarliste sei, worauf sie den Kläger von vorneherein hingewiesen hätten, unvollständig. Der Kläger habe ihnen alle diejenigen Einrichtungsgegenstände verkauft, die in der bei Vertragsabschluß benutzten, bisher von ihm trotz wiederholter Aufforderung nicht vorgelegten Liste als zum Gewerbebetrieb und zur Hauptverkaufsstelle gehörend aufgeführt gewesen seien. Diese Liste habe über die bisher übergebenen Gegenstände hinaus zwei weitere Tiefkühltruhen, eine weitere Registrierkasse, zwei weitere Schnellwaagen und mindestens einen Gebäckfroster als zur Hauptverkaufsstelle gehörig enthalten. Demgegenüber behauptet der Kläger,

die Parteien seien sich bei Vertragsabschluß über das verkaufte Inventar - die in der G [REDACTED] Straße [REDACTED] stehenden Gegenstände mit Ausnahme des Gebäckfrosters, auf den die Beklagten keinen Wert gelegt hätten - einig gewesen. Diese Inventarstücke seien in der nachträglich erstellten Liste aufgeführt und auch übergeben worden. Mehr habe er - der Kläger - nicht verkauft. Die zur Bilanz 1962 gehörige Liste sei für den Umfang des verkauften Inventars nicht maßgebend gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr im wesentlichen und ohne Vorbehalt stattgegeben. Mit der Revision erstreben die Beklagten in erster Linie Abweisung der Klage, hilfsweise Verurteilung Zug um Zug gegen Lieferung folgender neuwertiger Gegenstände:

- 2 Tiefkühltruhen
- 1 Registrierkasse
- 2 Schnellwaagen
- 1 Gebäckfroster.

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung darauf, daß der Kläger die ihm obliegenden Lei-

stungen aus dem Kaufvertrag erbracht habe und daher die von den Beklagten erhobene Einrede des nichterfüllten Vertrages (§§ 320, 322 BGB) nicht durchgreife. Der Kläger habe den Beklagten alle diejenigen Sachen verkauft, die ihrer räumlichen Lage und wirtschaftlichen Zweckbestimmung gemäß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu dem Gewerbebetrieb in der Grünwalder Straße gehört und die die Beklagten als solche gemäß Nr. 5 des Kaufvertrages besichtigt hätten. Lediglich der Gebäckfroster sei nach ergebnislosen Verhandlungen vom Verkauf ausgenommen und von dem beklagten Ehemann an den Kläger herausgegeben worden. Die nunmehr von den Beklagten noch beanspruchten Gegenstände hätten aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bei Vertragsschluß nicht im Betrieb G[REDACTED] Straße gestanden und seien demgemäß auch nicht an die Beklagten verkauft worden.

2. Die Revision, die im wesentlichen Widersprüchlichkeit des angefochtenen Urteils, mangelnde Sachaufklärung und Übergehen von Beweisantritten rügt, hat Erfolg.

a) Die Beklagten hatten sich zum Nachweis für ihre Behauptung, daß nach dem übereinstimmenden Parteiwillen nicht diejenigen Sachen, die bei Vertragsabschluß in der G[REDACTED] Straße standen, sondern alle diejenigen Einrichtungsgegenstände, die in der bei den Verhandlungen benutzten L i s t e als zum Hauptgeschäft gehörig ausgewiesen waren, Gegenstand des Kaufvertrages sein sollten, auf das Zeugnis der Eheleute Bernhard T[REDACTED] berufen (GA Bl. 308). Die-

sen Zeugen, die ebenfalls an dem hier fraglichen Kaufobjekt interessiert gewesen seien, habe der Kläger bei den Verhandlungen dieselbe Inventarliste vorgelegt, die auch Gegenstand des Kaufvertrages zwischen den Parteien gewesen sei und die hier streitigen Inventarstücke enthalten habe. Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht diesen Beweisanspruch unberücksichtigt gelassen hat (§ 286 ZPO). Denn wenn der Kläger den Eheleuten T. [REDACTED] etwa zur gleichen Zeit eine derartige Liste vorgelegt haben sollte, so läge es jedenfalls nahe, daß diese Liste auch bei den Verhandlungen zwischen den Parteien benutzt und zum Inhalt des Kaufvertrages gemacht worden war.

b). Zu Recht rügt die Revision außerdem, daß das Berufungsgericht das Angebot der Maklerfirma Dr. St. [REDACTED] & Co. nach den schriftlichen Urteilsgründen nicht in seine Erwägungen einbezogen hat. In diesem Angebot, das die Parteien zusammengeführt hatte und das sich auf den gesamten Gewerbebetrieb bezog, waren u.a. als zum Inventar gehörig drei neuwertige Tiefkühltruhen zum Verkauf angeboten worden. Da nach den eigenen Angaben des Klägers in der Filiale nur eine Tiefkühltruhe stand (eine weitere, von der Firma M. [REDACTED] leihweise überlassene schied für eine käufliche Übernahme aus) und da unstreitig der Kläger den Beklagten nur eine Tiefkühltruhe übergeben hatte, mußte sich die naheliegende Frage aufdrängen, ob nicht der Kläger den Beklagten eine weitere Truhe verkauft, aber nicht übergeben

hatte. Entsprechendes gilt hinsichtlich der im Angebot zum Verkauf angebotenen vier neuwertigen Schnellwaagen; da in der Filiale nur eine Waage stand, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber nur zwei Waagen übergeben sind, stellte sich auch hier die Frage nach dem Verbleib der vierten Waage. Im Hinblick darauf, daß die Beklagten die Einrede des nichterfüllten Vertrages u.a. auch auf die unterbliebene Übergabe je einer verkauften Tiefkühltruhe und Schnellwaage stützen, hätte das Berufungsgericht auch das Maklerangebot nicht unberücksichtigt lassen dürfen (§ 286 ZPO).

c) Zwar betreffen beide Revisionsrügen nur Indiztatsachen. Es darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß auch sonstige unstreitige Umstände die Sachdarstellung der Beklagten jedenfalls nicht von vornherein abwegig erscheinen lassen. So waren nach dem Wortlaut der Nr. 1 des von beiden Parteien unterzeichneten Vertrages nicht die in der Grünewalder Straße befindliche Einrichtung, sondern aus diesem Teil des Gewerbebetriebes bestimmte Einrichtungsgegenstände nach Maßgabe einer *L i s t e* an die Beklagten verkauft, - wenn auch unstreitig eine solche Liste entgegen Nr. 1 der Vertragsurkunde selbst nicht beigelegt war. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch darauf abstellt, die Beklagte habe die Gegenstände besichtigt, ist immerhin zweifelhaft, ob sich der entsprechende Hinweis in Nr. 5 des Vertrages überhaupt auf die in Nr. 1 geregelte Abgrenzung des Kaufgegenstandes und nicht

vielmehr nach seinem systematischen Zusammenhang auf die in Nr. 5 geregelte Ausgestaltung etwaiger Gewährleistungsansprüche bezog. Schließlich ist auch nicht zu verkennen, daß es im allgemeinen geschäftlicher Gepflogenheit entspricht, ein derartig umfangreiches Inventar jedenfalls dann nach einer Inventarliste zu verkaufen, wenn - wie hier - die Verhandlungen nicht an Ort und Stelle geführt und demgemäß die Gegenstände auch nicht sofort übergeben wurden. Im Hinblick darauf, daß somit immerhin bereits gewisse Anhaltspunkte für das Vorbringen der Beklagten sprachen und zudem unstreitig die Parteien bei Vertragsabschluß jedenfalls eine Inventarliste verwendet haben, durfte das Berufungsgericht daher den Beweisantritt und das Maklerangebot nicht unberücksichtigt lassen.

3. Da somit die Sache noch weiterer Aufklärung bedarf, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, gegebenenfalls auch der für die Beweislastverteilung maßgeblichen Frage nachzugehen, ob die Beklagten, wie der Kläger behauptet hat, zunächst das Inventar bei der Übergabe als Erfüllung des Kaufvertrages angenommen haben (§ 363 BGB), oder ob die Beklagten, wie sie ihrerseits unter Beweisantritt (GA Bl. 225) vorgetragen haben, schon alsbald nach der Geschäftsübernahme die Unvollständigkeit des ihnen übergebenen Inventars gerügt und von dem Kläger die Vorlage des nach ihrer Ansicht für den Umfang des verkauften Inventars maßgeblichen Inventarverzeichnisses verlangt hatten.

4. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat. Es erschien angemessen, von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann