

Verkündet am 9. Mai 1962
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

221 046

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ernst J. [REDACTED], Inhabers
der Firma Ernst J. [REDACTED], Süßmostkellerei in G. [REDACTED]
bei G. [REDACTED], K. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Autohaus G. [REDACTED]-Ost, Inhaber Ingenieur
Hans R. [REDACTED] in G. [REDACTED], S. [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1962 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel
und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Celle vom
21. November 1960 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 25. Juni 1958 machte der Beklagte der Klägerin einen schriftlichen "Kaufantrag" über einen 1,7 to-Lastkraftwagen Faun in serienmäßiger Ausführung zum bei Auslieferung geltenden Listenpreis (damals insgesamt 8728,25 DM). Unter den Zahlungsbedingungen heißt es: "Als Anzahlung mein Borgward-Diesel-Pritschenwagen, Bauj. 1956, welcher zum Preise von DM 5000,- vor Lieferung verkauft werden muß. Rest in 18 Monatswechseln." Als Lieferzeit ist "schnellstens" angegeben. Dem Angebot, an das der Beklagte vier Wochen gebunden war, lagen die "Geschäftsbedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen und Anhängern" zugrunde. Den Auftrag nahm die Klägerin mit Schreiben vom 16. Juli 1958 mit dem Bemerken an: "Die Lieferung des Fahrzeugs erfolgt nach Verkauf Ihres gebr. Borgward-Pritschenwagens und zwar zu den im Kaufantrag festgelegten Bedingungen."

Ein Verkäufer der Klägerin besuchte nach deren Behauptung im März 1959, nach Darstellung des Beklagten erst später diesen, teilte ihm mit, die Klägerin habe einen Kaufinteressenten für seinen Borgwardwagen gefunden, und bat ihn, den Interessenten den Wagen besichtigen zu lassen. Daraufhin erwiderte der Beklagte, "der Wagen sei nicht mehr da" und antwortete auf eine entsprechende Frage, er habe "als Preis für den Wagen jedenfalls mehr erzielt, als die Klägerin ihm geboten habe." Diese verständigte daraufhin den Kaufinteressenten, den Zeugen R., davon, der Wagen sei bereits anderweit verkauft wor-

den. Sie stellte ihre weiteren Verkaufsbemühungen ein.

Die Auskunft des Beklagten war falsch. Er betrieb damals den Borgwardwagen noch selbst. Mit Schreiben vom 30. Juni 1958 forderten die späteren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin den Beklagten auf, den Faun Lkw bis zum 15. August 1959 abzunehmen und gleichzeitig 5000 DM bar zu entrichten. In dem Schreiben heißt es wörtlich:

"Wir setzen Ihnen zur Abnahme und Bezahlung nach Maßgabe des Kaufantrages, wobei die Anzahlung von 5000 DM in bar entrichtet werden muß, eine letzte Nachfrist bis zum 15. August 1959, nach deren fruchtlosen Ablauf unsere Auftraggeberin von Ihnen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wird."

Der Beklagte ließ das Schreiben unbeantwortet.

Am 9. September 1959 erhob die Klägerin Klage. Sie stellte den Antrag, den Beklagten zu verurteilen, an sie 8728,25 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte vertrat die Auffassung, der Kaufvertrag sei längst hinfällig geworden, entweder durch ausdrückliche Aufhebung oder durch Zeitablauf, weil nicht "schnellstens" geliefert sei.

Der Klägerin wurde vom Landgericht die Klagsumme zugesprochen. Im Berufungsrechtszuge, in welchem die Klägerin ihren Klaganspruch hilfsweise als Scha-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



denersatz wegen Nichterfüllung geltend machte und Zug um Zug Lieferung eines Lkw-Faun 1,7 to anbot, wurde der Beklagte dementsprechend verurteilt.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, erstrebt der Beklagte weiterhin Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Bestimmung, als Anzahlung müsse der Borgward-Diesel-Pritschenwagen des Beklagten zum Preise von 5000 DM vor Lieferung (des bestellten neuen Wagens) verkauft werden, legt das Berufungsgericht dahin aus, die in dieser Höhe vereinbarte Anzahlung habe aus dem Erlöse des alten Wagens gewonnen werden sollen (BU 11). Darin erblickt es einerseits eine Verpflichtung der Klägerin, sich für den Verkauf des alten Wagens einzusetzen und dafür zu werben (BU 13), andererseits aber auch eine Verpflichtung des Beklagten, falls die Klägerin einen geeigneten Interessenten fand, diesem den Wagen für diesen Preis zu überlassen. Der Beklagte habe das Recht haben sollen, den Wagen solange zu benutzen, bis ein entsprechender Verkauf gelang (BU 12). Das Berufungsgericht sieht in diesen Abmachungen rechtlich eine "aufschiebende Bedingung" im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB für den Kauf des neuen Lkw-Marke Faun (BU 12). Es meint, der Beklagte habe den Eintritt dieser Bedingung im März 1959 dadurch wider Treu und Glauben verhindert,

daß er bei der Klägerin den Eindruck erweckt habe, der Wagen sei von ihm bereits anderweit veräußert; denn nur dadurch sei die Klägerin veranlaßt worden, ihre weiteren Verkaufsbemühungen einzustellen und nur deswegen habe der Wagen nicht an den Zeugen Rode, der ihn für 5000 DM gekauft hätte, verkauft werden können. Aus diesem Grunde müsse sich der Beklagte so behandeln lassen, als sei die Bedingung eingetreten. Er sei deshalb aus dem Kaufvertrag verpflichtet gewesen, den bestellten Lkw-Faun abzunehmen und den Kaufpreis, und zwar die Anzahlung nunmehr aus eigenen Mitteln in bar aber auch die weiteren Raten statt in Wechseln in einer Summe bar zu zahlen, weil infolge seines Verzugs nach den Geschäftsbedingungen der ganze Kaufpreis fällig geworden sei.

B.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts, welche sich weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet bewegen, insbesondere die Beweisaufnahme würdigen und die Parteivereinbarungen auslegen, enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Die Revision rügt zwar auch Verletzung sachlichen Rechts. Ihre Ausführungen kommen aber im wesentlichen auf eine im Revisionsrechtszuge nicht zulässige anderweite Würdigung der Beweisaufnahme und Auslegung individueller Willenserklärungen hinaus. Auch ihre Verfahrensrügen können keinen Erfolg haben.

I. Nicht ersichtlich ist, warum die Auslegung, es handele sich um eine "aufschiebende Bedingung" un-

möglich sein sollte. Keine rechtlichen Bedenken bestehen auch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe ihren Eintritt wider Treu und Glauben verhindert.

1. Keinen Rechtsirrtum enthalten insbesondere die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Auffassung des Beklagten ablehnt (BU' 15), der Kaufvertrag habe spätestens Ende 1958 "von allein seine Verbindlichkeit verloren", weil die Lieferzeit mit "schnellstens" angegeben sei. Es meint, diese Klausel stehe im Zusammenhang damit, daß zunächst der alte Borgward des Beklagten habe verkauft werden sollen. Sie habe deshalb nur bedeutet, die Klägerin sollte den neuen Lkw-Faun schnellstens nach dem Verkauf des alten Wagens liefern. Dafür spreche auch das Bestätigungsschreiben vom 16. Juli 1958. Diese Auslegung ist möglich. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß der Vertrag nicht unbegrenzt lange in der Schwebe bleiben konnte. Es ist aber ohne Rechtsirrtum zu der Auffassung gelangt, daß der Beklagte auch im März noch verpflichtet war, einem Kaufinteressenten den alten Wagen für 5000 DM zu überlassen und den ihm alsdann schnellstens zu liefernden Faun-Lkw zu den vereinbarten Bedingungen abzunehmen.

2. Bei seinen Erwägungen hat das Berufungsgericht nicht übersehen, daß sich ein älterer Wagen nicht unabsehbar lange Zeit für einen bestimmten Preis verkaufen läßt (BU 16), weil der Verkaufspreis mit dem Zeitablauf und den gefahrenen Kilometern sinkt. Gerade bei Berücksichtigung der Ausführungen der Revision brauchte es aber nicht zu dem Ergebnis zu

kommen, daß der alte Wagen innerhalb von drei Monaten verkauft sein mußte. Wie die Revision selbst vorträgt, sind im Herbst und Winter die Verkaufsmöglichkeiten für gebrauchte Wagen ungünstiger als im Sommer. Unstreitig ist der Kaufantrag vom 25. Juni 1958 am 16. Juli 1958 von der Klägerin fristgerecht angenommen worden. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht unbedenklich davon ausgehen, es sei nicht Geschäftsgrundlage geworden, daß der alte Wagen innerhalb von drei Monaten, d.h. bis etwa Mitte Oktober 1958 verkauft werden mußte. Auch seine Auffassung, ein so verhältnismäßig kurzer Zeitraum für die Abwicklung des Geschäfts hätte besonders in die Vereinbarung aufgenommen werden müssen (BU 12, 16), ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Der Beklagte war gegen eine verzögerte Abwicklung des Geschäfts hinreichend dadurch geschützt, daß er seinen alten Wagen bis zu diesem Verkauf weiter benutzen konnte und daß die Klägerin selbst wegen der laufenden Wertminderung des alten Wagens in hohem Maße an einem möglichst schnellen Verkauf des Wagens interessiert war.

3. Ebensowenig bestehen rechtliche Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, in dem Verhalten des Beklagten im März 1958 liege im Verhältnis zur Klägerin ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

Es hat festgestellt, die Klägerin habe sich durch häufige Zeitungsanzeigen und Verhandlungen mit Kaufinteressenten ernstlich um Verkaufsmöglichkeiten bemüht; damit sei sie ihrer Verpflichtung

aus dem Vertrage nachgekommen (BU 13). Diesen hat es ohne Rechtsirrtum weiter dahin ausgelegt, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, in gewissem Umfange dabei mitzuwirken, daß die Bedingung, von der der Kauf des neuen Lkw Marke Faun abhing, eintreten konnte (BU 13). Dem unstreitigen Sachvortrag in Verbindung mit der Beweisaufnahme hat es in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts entnommen, der Beklagte habe bei der Klägerin bewußt der Wahrheit zuwider den Eindruck hervorgerufen, er habe den Wagen anderweit veräußert. Es ist nicht rechtsirrig, wenn es in einem solchen Verhalten des Beklagten, der in Wahrheit seinen alten Wagen weiter benutzte, einen Verstoß gegen Treu und Glauben sieht (BU 22).

4. Keinen Rechtsverstoß des Berufungsgerichts bedeutet es auch, daß das Berufungsgericht den neuen Tatsachenvortrag des Beklagten in dem Berufungsrechtszug, sein alter Wagen habe sich im März 1959 wegen seines damaligen schlechten Zustandes nicht mehr für 5000 DM verkaufen lassen, nach § 529 Abs. 2, 3 ZPO zurückgewiesen hat, weil es nicht die Überzeugung hat gewinnen können, die Unterlassung des neuen Vortrages beruhe nicht auf grober Nachlässigkeit. Der Bundesgerichtshof hat allerdings entschieden, die Verzögerung eines Rechtsstreites, die die Nichtzulassung eines erstmalig in der Berufungsbegründung (oder noch später) gestellten Antrages auf Vernehmung eines Zeugen (oder Sachverständigen) rechtfertige, könne im Hinblick auf die Möglichkeit, den Zeugen gemäß § 272 b ZPO zu der mündlichen Verhandlung zu stellen, entfallen

(Urt.v. 11.November 1954 - III ZR 100/53 - LM ZPO § 272 b Nr. 2). Es genügt aber, wenn sich das Berufungsgericht dieser Möglichkeit bewußt gewesen ist, jedoch feststellt, daß es von ihr keinen Gebrauch machen konnte. Das ist hier geschehen, denn das Berufungsgericht hat dargelegt, daß eine Beweisaufnahme im ersten Termin der Berufungsinanz wegen der Geschäftsbelastung des Senats an diesem Verhandlungstage nicht mehr möglich war (BU 17). Damit hat es mit einer objektiv nachprüfaren Begründung rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß eine Verzögerung hätte eintreten müssen, wenn noch auf das neue Vorbringen eingegangen worden wäre. Eine solche Begründung genügt für eine Zurückweisung gemäß § 529 Abs. 2, 3 ZPO (BGH aaO). Das ist hier umso unbedenklicher, weil das neue Vorbringen des Beklagten im Berufungsrechtszug im Ergebnis nicht nur auf die Ladung eines einzelnen Zeugen, sondern auf die Wiederholung der gesamten Beweisaufnahme und die Vernehmung eines Sachverständigen über den Zustand des alten Wagens im März 1959, auf den sich der Beklagte im ersten Rechtszuge überhaupt nicht bezogen hatte, hinauskam.

Das Berufungsgericht hat auch nicht die Beweispflicht der Klägerin dafür übersehen, daß zwischen dem gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhalten des Beklagten und dem Ausfall der Bedingung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muß. Davon ist es vielmehr gerade ausgegangen (BU 23, 24). Es hat auch nicht, wie die Revision meint, die Auffassung vertreten, eine ganz entfernte Möglichkeit, R. würde den Wagen gekauft haben, reiche zum Nachweise des ursächlichen Zusammenhangs aus. Es hat vielmehr aus-

geführt, der Beklagte habe durch sein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten die Klägerin insofern in Beweisnot gebracht, als sie nunmehr den hypothetischen Fall beweisen müsse, daß Rode den alten Wagen gekauft hätte. Deshalb dürften die Anforderungen an ihre Beweispflicht nicht allzu hoch geschraubt werden. Das ist nicht rechtsirrig (vgl. RGJW 1911, 213¹⁰). Im übrigen hat das Berufungsgericht den Beweis als geführt angesehen. Das lag im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung der Beweisaufnahme. Die nochmalige Vernehmung der Zeugen lag in seinem Ermessen (§ 398 Abs. 1 ZPO).

Weder die Lebenserfahrung noch die Tatsache, daß schon zu einem früheren Zeitpunkt einem anderen Interessenten der Wagen zu teuer erschienen war, sprechen entscheidend dafür, daß R., dem nach seiner Bekundung damals das Angebot eines sonst schwer erhältlichen wirtschaftlichen Dieselwagens besonders gelegen gekommen war, den Wagen im März 1959 nicht gekauft hätte.

Das Berufungsgericht hat auch nicht gegen § 529 Abs. 2 ZPO verstoßen, wenn es sich auf weiteres neues Vorbringen in diesem Zusammenhang nicht einließ. Insoweit gilt im übrigen das bereits Ausgeführte.

II. Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, die Klägerin sei, da Kauf und Verkauf "schnellstens" abzuwickeln waren, bereits im Herbst 1958 ohne Mahnung in Verzug gekommen. Dazu ist

schon dargelegt, daß nach der Auslegung des Berufungsgerichts der neue Wagen erst nach Verkauf des alten zu liefern war (BU 12) und daß die Klägerin nur die Verpflichtung übernommen hatte, sich für den Verkauf des alten Wagens des Beklagten einzusetzen und zu werben, aber keine Haftung dafür, daß sie damit in Kürze Erfolg haben würde (BU 13).

C.

I. Das Berufungsgericht läßt offen, ob in dem Schreiben der Klägerin vom 30. Juni 1959 eine formgerechte Fristsetzung im Sinne von § 326 BGB zu erblicken ist, insbesondere, ob dieses Schreiben die erforderliche eindeutige Ablehnungsandrohung enthält (BU 32). Es unterstellt, daß dies der Fall ist und daß die Klägerin deshalb nach Fristablauf einen Erfüllungsanspruch nicht mehr hatte, sondern nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte (BU 35). Dazu führt es jedoch aus, im praktischen Ergebnis mache das hier nichts aus, weil die Klägerin nicht gezwungen sei, ihren Schadensersatzanspruch auf die "Differenz" zu beschränken, also nur den Unterschied zwischen dem Verkaufspreis und dem Einkaufspreis zu verlangen, sondern die Wahl habe, in welcher Weise sie ihren Schadensersatzanspruch verfolgen wolle. Dieses Wahlrecht habe sie hier dahin ausgeübt, daß sie ihre Leistung noch erbringen wolle; deshalb könne sie auch vom Beklagten noch Ersatz für seine nach dem Vertrage geschuldete Leistung fordern. Das ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar.

Das Berufungsgericht folgt damit der sog. abgeschwächten Differenztheorie (RGZ 96, 20, 22 u.a.; BGHZ 20, 338, 343; Palandt BGB 21. Aufl. § 326 Anm. 8, § 325 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen). Der erkennende Senat tritt dieser Auffassung bei. Dazu kann dahingestellt bleiben, ob ein Verkäufer in jedem Falle noch seine Leistung erbringen darf, auch wenn er daran an sich kein Interesse mehr haben sollte. Das hat das Berufungsgericht jedoch offensichtlich nicht sagen wollen. Dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe ist vielmehr zu entnehmen, daß es davon ausgeht, die Klägerin habe hier noch ein Interesse daran, sich ihres Leistungsgegenstandes zu entledigen, nämlich des verkauften Faun-Lastkraftwagens (BU 36).

Hiergegen hat auch die Revision keine Rüge erhoben.

II. Die in diesem Zusammenhang von der Revision sonst erhobenen Rügen sind nicht begründet.

1. Daß die Klägerin in erster Reihe einen Erfüllungsanspruch erhoben hat, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Dadurch war die Klägerin nicht gehindert, ihren Anspruch auch als Schadensersatzanspruch geltend zu machen.

2. Die Revision greift, wie bereits erwähnt, nicht an, daß die Klägerin noch ein Interesse hat, sich des Leistungsgegenstandes zu entledigen. Sie vertritt jedoch irrig die Meinung, die Klägerin habe bereits ihr Wahlrecht dahin ausgeübt, sie wolle, wenn ihr nur ein Schadensersatzanspruch zustehe, alsdann 15 % des Kaufpreises verlangen, ohne das Fahrzeug noch liefern zu müssen. Die Klägerin hat sich nach dem Berufungsur-

teil vielmehr dahin entschieden, ihre Leistung noch zu erbringen und als Schadensersatz den Kaufpreis zu fordern (BU 36). Im übrigen ergibt auch der von der Revision in Bezug genommene Schriftsatz der Klägerin vom 7. November 1960 (GA 108) eindeutig, daß diese nur hilfsweise 15 % des Kaufpreises als Schadensersatz verlangen wollte, falls das Berufungsgericht ihr nicht den vollen Kaufpreis als Schadensersatz (gegen Lieferung des Wagens) zusprechen würde (vgl. auch Schriftsatz vom 17. November 1960).

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann von einer Verletzung des § 308 ZPO keine Rede sein.

D.

Auch sonst läßt das Berufungsurteil keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten erkennen. Die Revision ist deshalb als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Artl Dr.Dorschel Mormann