

VIII ZR 61/61

Verkündet

am 25. April 1962

Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2227 038

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

In dem Rechtsstreit

der Firma S-Verlag, Inhaber Kaufmann Heinz S  
in K, Dgasse

Beklagten und Revisions-  
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Messe- und Ausstellungs-Gesellschaft mit beschränk-  
ter Haftung in K, vertreten durch ihre Ge-  
schäftsführer Carl-Ferdinand von der H in K  
B Mstraße und Dr. Robert Kr  
in K-Bu, Hestraße,

Klägerin und Revisions-  
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 25. April 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 Köln vom  
25. Januar 1961 wird auf Kosten der Beklagten  
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Verlag Georg Mi [REDACTED] in N [REDACTED] hatte im Jahre 1957 für die Dauer der Bundesgartenschau Köln 1957 von der Klägerin die Erlaubnis erhalten, Ansichtskarten und andere Gegenstände innerhalb des Ausstellungsgeländes des Rheinparkes im Alleinverkauf zu vertreiben, und sich verpflichtet, für dieses Recht eine Mindestvergütung von 40 000 DM an die Klägerin zu zahlen. Der Verlag bewarb sich sodann für das Jahr 1958 um das Alleinvertriebsrecht im Rheinpark, um auf diese Weise einen restlichen Kartenbestand zu veräußern. Die Beklagte bemühte sich ebenfalls um das Alleinvertriebsrecht, da auch sie noch über einen Bestand von Ansichtskarten über die Bundesgartenschau verfügte. Am 8. Februar 1958 vereinbarten der Michel-Verlag und die Beklagte, die Übernahme des Kartenbestandes des Mi [REDACTED]-Verlages durch die Beklagte zum Preise von 25 000 DM unter der Voraussetzung, daß zwischen ihr und der Stadtverwaltung Köln ein bis Ende 1960 laufender Vertrag über das Alleinvertriebsrecht im Rheinpark zustandekomme. Der Mi [REDACTED]-Verlag trat von seiner Forderung gegen die Beklagte einen Teilbetrag von 15 000 DM an die Klägerin ab. Diese verlangt nunmehr von der Beklagten Zahlung des abgetretenen Betrages mit Verzugszinsen.

Am 15. Februar 1958 teilte die Stadtverwaltung dem Inhaber der Beklagten mit, sie sei mit der Vereinbarung vom 8. Februar 1958 einverstanden; das Verkehrsamt sei beauftragt worden, den Entwurf eines Vertrages mit der Beklagten über das Alleinverkaufsrecht vorzubereiten.

Die Beklagte übernahm vereinbarungsgemäß den Post-

kartenbestand des Mi[REDACTED]-Verlages. Der vorgesehene Abschluß des Vertrages mit der Stadtverwaltung verzögerte sich jedoch. Den ersten Entwurf des Vertrages vom 17. April 1958 unterschrieb die Beklagte nicht. Sie wünschte, daß an ihrer Stelle der Vertrag mit der inzwischen errichteten Rheinpark-Souvenir Vertriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung (nachstehend RSV) geschlossen werden sollte. Damit war die Stadtverwaltung einverstanden. Die RSV unterschrieb indes den neuen Vertragsentwurf nicht. Sie wünschte, daß die vorgesehene Mindestpacht von 5 000 DM auf 3 000 DM ermäßigt wurde. Der dritte Vertragsentwurf mit dieser geringeren Mindestpacht, der ebenso wie die beiden ersten Entwürfe die Bestimmung enthielt, daß der Vertriebsberechtigte verpflichtet sei, alle Verkaufsstände vom 1. Mai bis 30. September Samstags und Sonntags von 10 bis 20 Uhr offen zu halten, wurde von dem zweiten Vertreter der Stadt deshalb nicht unterzeichnet, weil diese Regelung mit dem Ladenschlußgesetz nicht vereinbar sei. Die RSV konnte jedoch im Sommer 1958 den Verkauf im Rheinpark ungehindert auch an Sonntagen und verkaufsfreien Samstagen ausüben. Im September 1958 untersagte das Gewerbeaufsichtsamt den Verkauf an diesen Tagen, worauf die Beklagte der Klägerin mitteilte, sie sehe den Vertrag vom 8. Februar 1958 als nicht erfüllt an und werde deshalb die 15 000 DM nicht zahlen. Trotzdem setzte die RSV den Verkauf im Rheinpark auch im Jahre 1959 fort und zwar mit wenigen Ausnahmen auch an Sonntagen und an Samstagen mit frühen Ladenschlußzeiten.

Am 17. September 1959 übersandte die Stadtverwaltung der RSV einen vierten Vertragsentwurf, in dem die Mindestpacht auf 2 500 DM herabgesetzt war und keine Mindestverkaufszeiten mehr enthalten waren. Die RSV lehnte die Unterzeichnung des Vertragsentwurfs ab, weil sie auf

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



ein Verkaufsrecht auch außerhalb der Ladenschlußzeiten Wert legte; sie nahm den Verkauf im Rheinpark im Jahre 1960 nicht wieder auf.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß der vorgesehene Vertrag für die Jahre 1958 bis 1960 nicht schriftlich geschlossen worden sei; die Beklagte habe den Eintritt der Bedingung für die Zahlung des Kaufpreises von 25 000 DM, von dem sie unstreitig 10 000 DM an die Rechtsvorgängerin der Klägerin gezahlt hat, wider Treu und Glauben verhindert, weil sie die gesetzwidrige Erlaubnis zum Verkauf außerhalb der Ladenschlußzeiten nicht verlangen könne.

Das Landgericht hat dem Klagebegehren entsprochen. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe dem Mi-Verlag die Zahlung von 25 000 DM als Gegenwert für die übernommenen Karten versprochen. Dem Einwand der Beklagten, die Karten seien minderwertig gewesen, stehe entgegen, daß die angeblichen Mängel dem Inhaber der Beklagten bei Vereinbarung des Kaufpreises bekannt gewesen seien (§ 460 BGB). Die Behauptung der Beklagten, die vereinbarte Zahlung stelle nur teilweise den Gegenwert für die übernommenen Karten

dar, sei im übrigen nur wegen des erstrebten Alleinverkaufsrechts im Rheinpark für die folgenden Jahre so hoch zugestanden worden, finde in den Unterlagen keine Stütze.

Die Revision greift diese Feststellungen des Berufungsgerichts vergeblich an. Die Feststellungen stehen im Einklang mit den Ausführungen der Beklagten in der Klagebeantwortung vom 6. Juni 1959 und in dem Schriftsatz vom 3. Juli 1959 S. 2. Danach hat die Beklagte Anfang 1958 mit dem Mi[REDACTED]-Verlag einen Kaufvertrag über dessen Restbestand an Ansichtskarten mit Gartenschau-Motiven geschlossen und sich zur Zahlung des Kaufpreises von 25 000 DM verpflichtet. Die Annahme des Berufungsgerichts, dieser Betrag stelle den Kaufpreis für die übernommenen Karten dar, findet eine weitere Stütze in den Feststellungen des Berufungsgerichts über den Gang der Kaufverhandlungen. Ihr steht nicht entgegen, daß zwischen dem Kauf der Karten und dem von der Beklagten begehrten Vertriebsrecht, das sie nur von der Stadt Köln erhalten konnte, ein Zusammenhang besteht und daß der Abschluß des vorgesehenen Pachtvertrages für die Zeit bis zum 31. Dezember 1960 zur Bedingung des Kaufes gemacht worden ist. Der Ansicht der Revision, das Berufungsgericht hätte daher die Vorschrift des § 460 BGB nur hinsichtlich eines Teils des Kaufpreises anwenden dürfen, ist bei dieser Sachlage nicht zu folgen. Dem Berufungsgericht ist also darin beizutreten, daß irgendwelche Gewährleistungsansprüche der Beklagten, die zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung berechtigen könnten, nach § 460 BGB ausscheiden.

II. Die Frage, ob sich die Beklagte darauf berufen

kann, daß die zum Inhalt des Kaufvertrages gemachte auf-  
schiebende Bedingung, nämlich der Abschluß des mehrjähri-  
gen Pachtvertrages, für die Zeit bis zum 31. Dezember  
1960 nicht eingetreten ist, wird von dem Berufungsgericht  
unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen  
Treu und Glauben verneint. Den Verstoß sieht das Berufungs-  
gericht darin, daß die RSV es unterlassen hat, den vierten  
Vertragsentwurf zu unterzeichnen. Dabei hat das Berufungs-  
gericht die Behauptung der Beklagten unterstellt, daß bei  
der Vereinbarung vom 8. Februar 1958 nach der Vorstellung  
der Beteiligten die Beklagte in gleicher Weise wie vor-  
her der Mi-Verlag auch zum Verkauf an Sonntagen und  
geschlossenen Samstagen berechtigt sein sollte. Es meint  
aber, die Beklagte habe die Unerfüllbarkeit dieser Erwar-  
tung nach Treu und Glauben nicht mehr zum Anlaß nehmen  
dürfen, das vierte Vertragsangebot der Stadt Köln abzu-  
lehnen. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagte unmit-  
telbar nach Kenntnisnahme von den ihren Bestrebungen ent-  
gegenstehenden Hindernissen von der weiteren Durchfüh-  
rung der gesamten Abmachungen hätte absehen dürfen. Denn  
sie habe jedenfalls dahingehende Schritte nicht unternom-  
men, sich vielmehr so verhalten, daß die spätere Ableh-  
nung des vierten Vertragsentwurfes mit Treu und Glauben  
nicht mehr zu vereinbaren gewesen sei. Dazu würdigt das  
Berufungsgericht, die Beklagte habe trotz wiederholten  
Eingreifens des Gewerbeaufsichtsamts das vorgesehene  
Verkaufsrecht noch die ganze Saison 1959 hindurch tat-  
sächlich ausgeübt; damit habe sie bewußt das Risiko auf  
sich genommen, das erstrebte Sonntagsverkaufsrecht nicht  
zu erhalten und den erhofften wirtschaftlichen Erfolg  
nicht zu erreichen. Die von der Beklagten zu berücksich-  
tigenden Interessen des Mi-Verlages, auf dieses  
hier entscheidend ankomme, hätten in dieser Hinsicht

im Herbst 1958 eine klare Entscheidung erfordert. Nach den vertraglichen Abmachungen habe der an die Klägerin abgetretene Teilbetrag von 15 000 DM schon am 31. Juli 1958 an sie bezahlt werden sollen. Jede weitere Verzögerung der Entscheidung über das endgültige Wirksamwerden des Kaufvertrages habe die nachteiligen Folgen eines etwaigen Scheiterns an der aufschiebenden Bedingung für den Mi-Verlag vergrößern müssen. Dieser habe nicht nur die Möglichkeit verloren, sich für die abgelaufene Zeit erneut selbst um das Verkaufsrecht zu bemühen, das er nach einer Erledigung der Bewerbung der Beklagten vielleicht doch noch erhalten hätte, sondern auch die Aussichten für eine anderweitige Verwertung der Karten hätten immer geringer werden müssen, weil die Karten von der Bundesgartenschau 1957 schnell veralteten und überdies bei weiterem Verkauf durch die Beklagte oder die RSV letztlich nur noch unverkäufliche Karten übrig blieben. Die Beklagte setze sich mit ihrem eigenen Verhalten in treuwidriger Weise in Widerspruch, wenn sie trotz weiterer Ausnutzung der vertraglichen Vorteile nachträglich längst bekannte Umstände zum Anlaß nehmen, nunmehr die weitere Erfüllung des Kaufvertrages zu verweigern. Sie müsse sich entsprechend dem in § 162 BGB zum Ausdruck gekommenen Gedanken so behandeln lassen, als sei die aufschiebende Bedingung eingetreten, soweit es sich um den abgetretenen Teil des Kaufpreisanspruch für die übernommenen Postkarten handelt.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind entgegen der Auffassung der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß

die Beklagte sich auf den Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung des Kaufvertrages, nämlich des Abschlusses eines mehrjährigen Pachtvertrages, nicht berufen kann. Das Berufungsgericht hat mit Recht in diesem Zusammenhang als wesentlich angesehen, daß die Beklagte den Kartenverkauf auch noch im Jahre 1959 weiter fortgesetzt und eine Verkaufsmöglichkeit in Anspruch genommen hat, die zwar für sie rechtlich nicht gesichert war, aber doch tatsächlich gewährt worden ist. Die Beklagte hatte zwar der Klägerin schon im September 1958 mitgeteilt, sie betrachte den Vertrag vom 8. Februar 1958 als nicht erfüllt und werde die abgetretene Forderung nicht begleichen; sie hat dann aber die Vorteile des Vertrages doch für sich in Anspruch genommen. Unter den gegebenen Umständen konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, daß die Klägerin keine Ansprüche aus der ihr abgetretenen Forderung mehr erheben oder diese auch nur zum Teil nicht geltend machen würde. Die Beklagte kann daher nichts daraus herleiten, daß die Klägerin ihrem Schreiben vom September 1958 und dem Verhalten der RSV nicht widersprochen hat.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe nur unterstellt, daß nach der Vorstellung der Beteiligten die Beklagte wie vorher der Mi[REDACTED]-Verlag auch zum Verkauf an Sonntagen und "geschlossenen" Samstagen berechtigt sein sollte, damit aber nicht den vollen Inhalt der unter Beweis gestellten Tatsachen erfaßt. Denn die Beklagte habe behauptet und unter Beweis gestellt, es sei bei dem Abschluß des Vertrages vom 8. Februar 1958, aus welchem die Klageforderung hergeleitet wird, mündlich vereinbart worden, daß die Beklagte an Samstagen und Sonntagen im Rheinpark verkaufen könne, weil an sonstigen Werktagen der Rheinpark und die Messe kaum besucht würden. Das bedeute,

so meint die Revision, daß diese mündliche Vereinbarung Vertragsinhalt geworden sei; deshalb sei es zu eng, wenn das Berufungsgericht aus diesem Vorbringen lediglich die Folgerung einer Geschäftsgrundlage ziehe.

Auch diese Rüge greift nicht durch.

Die von der Revision in Bezug genommene Behauptung war Gegenstand des Beweisbeschlusses des Landgerichts vom 15. Oktober 1959. Über sie sollten die Zeugen Mi[REDACTED] und Dr. Se[REDACTED] vernommen werden. Dr. Se[REDACTED] ist indes als Zeuge nicht vernommen worden. Er hat sich zur Sache nur in einer Eingabe vom 7. November 1959 geäußert und erklärt, Vereinbarungen seien in dieser Hinsicht seines Wissens nicht getroffen worden. Die Beklagte hat dann aber in der Berufungsbegründung die Vernehmung des Zeugen Dr. Se[REDACTED] wiederholt beantragt. Deshalb muß ihre Behauptung unterstellt werden, daß eine entsprechende mündliche Abrede am 8. Februar 1958 getroffen worden ist. Eine solche Vereinbarung könnte aber nur bedeuten, daß der Kauf unter der Bedingung gestanden hat, die Beklagte werde auf die vorgeschene Zeit einen Pachtvertrag mit Verkaufsmöglichkeiten an Samstagen und Sonntagen erhalten. Sie kann dagegen nicht dahin verstanden werden, daß auch die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit solcher Verkaufsmöglichkeiten für die ganze Dauer des Vertrages zum Inhalt der Bedingung gemacht worden sei. Die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit ist vielmehr, wie das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei unterstellt hat, allenfalls nur eine übereinstimmende Voraussetzung des Vertrages, also Vertragsgrundlage, gewesen. Die vertragliche Be-

fugnis, auch an Sonntagen und verkaufsfreien Samstagen, den Verkauf im Rheinpark durchzuführen, ist der Beklagten nicht versagt worden. Deshalb ist kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Vertragsgrundlage behandelt hat.

Auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage kann sich die Beklagte aber ebenfalls nicht berufen. Denn auch gegenüber diesem rechtlichen Gesichtspunkt greifen die Erwägungen des Berufungsgerichts durch, daß die Beklagte noch die Vorteile des Kaufvertrages für sich ausgenutzt hat, nachdem sie spätestens mit dem Eingreifen des Gewerbeaufsichtsamts im September 1958 davon Kenntnis erhalten hatte, daß der Verkauf an Sonntagen und "geschlossenen" Samstagen nach dem Landeschlußgesetz verboten sei. Wenn die Beklagte trotzdem noch das vorgesehene Verkaufsrecht die ganze Saison 1959 hindurch tatsächlich ausgeübt hat, so hat sie damit das Risiko des Verkaufs nur an Werktagen nach Treu und Glauben auf sich genommen. Sie mußte sich darüber klar gewesen sein, daß sich für den Mi-Verlag mit dem weiteren Ablauf der Zeit die Möglichkeit wesentlich verringerte, die an die Beklagte verkauften Karten anderweit nutzbringend zu verwerten. Die Beklagte hat aber alle Vorteile aus der Vereinbarung vom 8. Februar 1958 für sich behalten und weiter ausgenutzt, wodurch sie auch tatsächlich in der Lage war, einen eigenen Kartenbestand zu verwerten. Sie setzt sich mit diesem Verhalten in Widerspruch, wenn sie sich demgegenüber auf ihre Erklärungen vom September 1958 und auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft. Deshalb ist ihr die voll-

ständige Vertragserfüllung nach § 242 BGB zuzumuten.

Greifen somit die Einwendungen der Beklagten gegen den abgetretenen Teil der Kaufpreisforderung nicht durch, so muß die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückgewiesen werden.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Mormann