

Verkündet am 23. Oktober 1958
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

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

der Frau Friedel P. in Du-R., D.platz ,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma Hugo M., Inhaber August M., in H.-
B., S. str. ,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Oktober 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der bundesrichter Scheffler,
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 7. Januar 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 11. Zivilsenat des Berufungsgerichts
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt ein Friseurgeschäft. Im Herbst 1954 plante sie, einen neuen Frisiersalon einzurichten. Durch den Architekten A. [REDACTED] nahm sie Verbindung mit dem Metzgermeister Me. [REDACTED] auf, der im Jahre 1954 einen Neubau mit 2 Ladenlokalen und 6 Wohnungen errichtete. Mit ihm verhandelte die Beklagte von Oktober bis Ende des Jahres 1954 wegen eines Mietvertrages über Laden- und Wohnräume. Ein Mietvertrag kam nicht zustande.

Wegen der Einrichtung des von ihr geplanten neuen Frisiersalons wandte sich die Beklagte an die Klägerin, die sich mit Entwurf und Ausführung von Geschäftseinrichtungen, insbesondere für Friseure, befaßt. Die Klägerin fertigte mehrere Entwürfe für die Einrichtung eines Frisiersalons im Hause Me. [REDACTED] an.

Nach der Behauptung der Klägerin hat die Beklagte sie bei einer Besprechung am 6. November 1954 mit der Lieferung der Geschäftseinrichtung fest beauftragt. Die Beklagte behauptet dagegen, sie habe bei dieser wie bei anderen Besprechungen stets erklärt, einen endgültigen Auftrag könne und werde sie erst erteilen, wenn der Mietvertrag über das neue Geschäftslokal mit Me. [REDACTED] zustande gekommen sei.

Am 18. und 19. November 1954 übersandte die Klägerin ihrem Vertreter Dr. He. [REDACTED] Auftragsbestätigungen über einen Rechnungsbetrag von 31 499,35 DM mit der Weisung, sie von der Beklagten unterschreiben zu lassen. Dr. He. [REDACTED] legte die Bestätigungen der Beklagten vor. Diese unterzeichnete zunächst nicht. Sie gab jedoch ihre Unterschrift am 23. November 1954, nachdem der Architekt A. [REDACTED] ihr die Bestätigungen auf Veranlassung Dr. He. [REDACTED] nochmals vorgelegt und die

- 3 -

Waschbecken aus der Auftragsbestätigung gestrichen hatte.
Am selben Tage übergab A [REDACTED] die Auftragsbestätigung
Dr. He [REDACTED] mit einem Schreiben folgenden Inhalts:

"In der Anlage übersende ich Ihnen die Auftragsbe-
stätigung für Salon P [REDACTED]. Den Termin habe ich
vorerst auf Anfang Januar verschieben können. Die
Becken will Frä. P [REDACTED] selbst beschaffen.

Hochachtungsvoll
gez. A [REDACTED]."

Auf der Rückseite dieses Schreibens befindet sich ein
von A [REDACTED] geschriebener Vermerk, in dem es u.a. heißt:
"Die als 'entfällt' bezeichneten Positionen bleiben beste-
hen." Wann dieser Vermerk geschrieben worden ist, steht
nicht fest.

Am 6. Dezember 1954 teilte die Klägerin der Beklagten
mit, sie könne sich auf eine Änderung des Auftrags hinsicht-
lich der Waschbecken nicht einlassen. Die Beklagte sandte
daraufhin der Klägerin am 8. Dezember 1954 folgendes Tele-
gramm:

"Auftrag bei Unterzeichnung ohne Becken und Hauben
sofort annulliert bei He [REDACTED], da Mietvertrag nicht
getätigt wurde. Näheres Freitag."

Eine Besprechung der Parteien am 10. Dezember 1954
brachte keine Einigkeit darüber, ob der Auftrag bindend
erteilt worden sei oder nicht.

Vor dem 10. Dezember 1954 hatte die Beklagte wiederholt
mit Me [REDACTED] wegen des Abschlusses eines Mietvertrages ver-
handelt. Im Anschluß an die Unterredung vom 10. Dezember
1954 versuchten A [REDACTED] und Dr. He [REDACTED] nochmals, einen



Mietvertrag zwischen Me[REDACTED] und der Beklagten zustande zu bringen. Me[REDACTED] zeigte sich bereit, die Mietvorauszahlung, die er anfänglich in Höhe von 14 000 DM gefordert hatte, auf 5 000 DM zu ermäßigen. Algermissen und Dr. He[REDACTED] entwarfen einen Mietvertrag, ließen ihn von der Beklagten unterschreiben und übergaben ihn Me[REDACTED]. Dieser unterschrieb jedoch nicht. Er vermietete das Ladenlokal im Januar ¹⁹⁵⁵ an die Firma Sa[REDACTED].

Die Beklagte weigerte sich, die Geschäftseinrichtung von der Klägerin abzunehmen.

Mit der Klage verlangt die Klägerin Zahlung von 7 000 DM nebst Zinsen. Sie hat diesen Betrag zunächst als die vertraglich vorgesehene Anzahlung und dann als Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht; im zweiten Rechtszuge hat sie sich auf § 649 BGB als Klagegrundlage berufen.

Sie behauptet, die Beklagte habe ihr den Auftrag zur Herstellung und Lieferung der Geschäftseinrichtung erteilt, ohne ihre Bestellung vom Zustandekommen eines Mietvertrags mit Me[REDACTED] abhängig zu machen. Die Beklagte habe auf kurzfristige Lieferung bis zum 10. Dezember 1954 gedrängt. Infolge der sehr kurzen Lieferfrist habe sie mit der Anfertigung der Geschäftseinrichtung sofort nach der Auftragserteilung vom 6. November 1954 begonnen.

Selbst wenn aber der Vertrag nur bedingt geschlossen wäre, hafte die Beklagte dennoch, weil sie den Mietvertrag zu angemessenen Bedingungen hätte schließen können. Der Abschluß sei nur an dem unbilligen Verlangen der Beklagten gescheitert, daß Me[REDACTED] ihr neben dem Laden auch noch zwei Wohnungen vermiete.

Die Beklagte behauptet, sie habe der Klägerin immer wieder erklärt, sie erteile den Auftrag nur für den Fall, daß der Mietvertrag mit Me[REDACTED] zustande komme. Bei Vorlage der Auftragsbestätigungen habe sie die Unterschrift zunächst verweigert mit dem Hinweis, daß der Mietvertrag noch nicht abgeschlossen sei. Dr. He[REDACTED] habe ihr darauf erklärt, der Vertrag mit der Klägerin werde selbstverständlich nur dann Gültigkeit haben, wenn der Mietvertrag über die neuen Ladenräume zustande komme.

Der Abschluß des Mietvertrags sei an den hohen Forderungen Me[REDACTED] und daran gescheitert, daß Me[REDACTED] ihr keine Wohnung in seinem Neubau habe geben wollen. Zwei Wohnungen habe sie nicht verlangt, wenn sie auch beide Wohnungen gern genommen hätte.

Das Landgericht hat die Klägerin mit der Klage abgewiesen.

Auf ihre Berufung hat das Oberlandesgericht erkannt:

"Der Anspruch der Klägerin auf den Reinertrag aus dem von den Parteien am 23. November 1954 geschlossenen Vertrag unter Anrechnung desjenigen, was die Klägerin infolge der am 8. Dezember 1954 erfolgten Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat, ist dem Grunde nach gerechtfertigt."

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen ist. Es ent- hält sich jedoch der Feststellung, ob dieser Vertrag be- dingt oder unbedingt gewesen ist. Die Revisionsbeklagte will den Ausführungen des Berufungsurteils die Feststel- lung entnehmen, daß die Vereinbarung einer Bedingung un- bewiesen sei. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Viel- mehr ist die Frage in dem Urteil offen geblieben; das Be- rufungsgericht beschränkt sich darauf, zugunsten der Be- klagten zu unterstellen, diese habe der Klägerin den Auf- trag zur Einrichtung ihres Frisiersalons unter der Bedin- gung erteilt, daß Me [REDACTED] ihr das Ladenlokal vermiete. Da- gegen sei das Zustandekommen eines Mietvertrags über die Wohnungen keinesfalls als Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrages der Parteien vereinbart worden.

Das Berufungsgericht läßt ferner dahingestellt, ob der - bedingte - Vertrag schon am 6. oder 10. November 1954 zustande gekommen sei. Spätestens sei der Vertrag da- durch geschlossen worden, daß die Beklagte am 23. November 1954 die Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 18. und 19. November 1954 unterschrieben und dem Vertreter der Klä- gerin übergeben habe.

Obschon die Bedingung, der Abschluß eines Mietvertrags mit Me [REDACTED], nicht eingetreten sei, hafte die Beklagte der Klägerin so, wie wenn sie den Auftrag unbedingt erteilt hätte. Denn sie habe das Zustandekommen des Mietvertrages wider Treu und Glauben verhindert (§ 162 Abs. 1 BGB).

II. Die Revision bestreitet, daß ein Vertrag - auch nur ein bedingter - zustande gekommen sei. Jedenfalls habe

aber die Bedingung nicht nur den vom Berufungsgericht angenommenen Inhalt gehabt, sondern das Anmieten der beiden Wohnungen mitumfaßt. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts beruhe auf Prozeßverstoß.

Insbesondere wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Vertrag sei mit der Übergabe der von der Beklagten unterzeichneten Bestätigungsschreiben vom 18. und 19. November 1954 an den Vertreter der Klägerin zustande gekommen. Sie führt dazu an:

In den Bestätigungsschreiben, welche die Beklagte am 23. November 1954 mit ihrer Unterschrift zurückgegeben habe, habe in ihrem Auftrag der Architekt A. [REDACTED] die Waschbecken gestrichen. Erst später habe er diese Streichung wieder rückgängig gemacht; das könne erst nach dem 6. Dezember 1954 geschehen sein. Nach diesem Zeitpunkt habe aber die Klägerin aus den Erklärungen der Beklagten gewußt, daß diese den Mietvertrag nur abschließen wollte, wenn sie ausser dem Ladenlokal auch Wohnräume mieten könne; deshalb könne nicht angenommen werden, daß nach dem 6. Dezember 1954 noch ein Auftrag erteilt worden sei, der nur von der Erlangung des Ladenlokals abhängig gemacht worden sei.

Diesen Angriffen der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden.

Das Berufungsgericht sieht den Vertragsschluß in der Übergabe der von der Beklagten unterschriebenen Auftragsbestätigungen. In diesen waren die Waschbecken aber durch die Beklagte oder ihren Beauftragten gestrichen worden; die Unterzeichnung und Übergabe der Bestätigungen stellte deshalb keine Annahme des Angebots der Klägerin dar und konnte noch nicht zum Vertragsschluß führen. Wann die Beklagte

den Auftrag einschließlich der Waschbecken doch noch erteilt hat, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Brief der Klägerin vom 6. Dezember 1954, in welchem diese der Beklagten mitteilte, sie könne sich auf die Änderung des Auftrags hinsichtlich der Waschbecken nicht einlassen, spricht dafür, daß bis dahin eine Einigung über diesen Punkt noch nicht erzielt war, wie auch das Berufungsgericht Seite 16 des Urteils andeutet. Am 8. Dezember 1954 hat aber die Beklagte schon das Telegramm abgesandt, in dem das Berufungsgericht die Kündigung des Vertrages gemäß § 649 BGB sieht (S. 23 d.U.). Es ist bei dieser Sachlage schon fraglich, ob nach dem 6. Dezember 1954 überhaupt noch eine vertragliche Bindung, auch nur die vom Berufungsgericht unterstellte bedingte, eingegangen worden ist. Mindestens bleibt aber zweifelhaft, welchen Inhalt eine nach diesem Zeitpunkt vereinbarte Bedingung gehabt hat. Nach dem Entwurf des Mietvertrages, den die Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts am 10. Dezember 1954 unterzeichnet hat, sollte die Beklagte nicht nur das Ladenlokal, sondern auch zwei Wohnungen erhalten. Nach der vom Berufungsgericht insoweit nicht gewürdigten Aussage des Zeugen A [REDACTED] hat dieser den von der Beklagten unterschriebenen Entwurf dem Vertreter der Klägerin, Dr. He [REDACTED], übergeben, damit dieser die Unterschrift des Vermieters Me [REDACTED] beschaffe. Demnach hat der Vertreter der Klägerin, Dr. He [REDACTED], der auch selbst am 10. Dezember 1954 mit Me [REDACTED] wegen des Abschlusses des Mietvertrages verhandelt hat, gewußt, daß es der Klägerin auch auf die Erlangung von Wohnraum ankam. Unter diesen Umständen läßt sich nicht ohne weiteres annehmen, daß die Beklagte zu dieser Zeit noch Erklärungen abgegeben hat, die dahin zielten und zu verstehen waren, sie erteile der Klägerin den Auftrag einzig unter der Bedingung, daß sie das Ladenlokal mieten könne. Jedenfalls konnte von einer Würdigung der damaligen

Lage nicht abgesehen werden, ehe der Schluß gezogen wurde, daß nach dem 23. November oder gar nach dem 6. Dezember 1954 ein Vertrag mit dem vom Berufungsgericht unterstellten Inhalt zustande gekommen sei.

Das Berufungsgericht hat danach weder einen Vertragsschluß am 23. November 1954 noch einen solchen in der folgenden Zeit ausreichend begründet. Ferner beruht die Annahme, die Bedingung sei allein auf das Mieten des Ladenlokals, nicht aber auf die Anmietung von Wohnungen gegangen, auf unvollständiger Würdigung des Beweisergebnisses (§ 286 ZPO). Da das Berufungsgericht auch offen läßt, ob und mit welchem Inhalt der Vertrag vor dem 23. November 1954 zustande gekommen ist, muß sein Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden, damit die fehlenden Feststellungen getroffen werden.

Der Senat hat von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

III. Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den Eintritt der vereinbarten Bedingung wider Treu und Glauben verhindert habe und daß deshalb die Bedingung nach § 162 Abs. 1 BGB als eingetreten gelte. Zu den insoweit erhobenen Angriffen ist für den Fall, daß das Berufungsgericht wiederum dazu gelangt, einen Vertrag mit dem von ihm bisher zugrundegelegten Inhalt festzustellen, zu bemerken:

1) a) Zu Unrecht macht die Revision geltend, es handle sich um eine sogenannte Willkürbedingung, bei der die Anwendung des § 162 BGB entfalle. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben klar, daß es nicht im freien Belieben der Beklagten stehen sollte, ob sie den Mietvertrag über das Ladenlokal abschloß oder nicht. Vielmehr stellt das Berufungsge-

richt ohne Rechtsverstoß fest, daß der Sinn der Parteivereinbarung war, die Beklagte solle an die Bestellung der Ladeneinrichtung nur dann nicht gebunden sein, wenn sie erfolglos alles in ihren Kräften Stehende und ihr Zumutbare tue, um den Abschluß des Mietvertrages herbeizuführen. Das Berufungsgericht folgert dies u.a. daraus, daß die Beklagte die Klägerin auf schnelle Herstellung der Ladeneinrichtung gedrängt und sie dadurch zu erheblichen Vorarbeiten veranlaßt habe. Bei dieser Sachlage verbietet sich in der Tat die Annahme, daß die Klägerin sich in der Frage der Anmietung des Ladenlokals dem freien Belieben der Beklagten unterworfen haben sollte. Eine solche Behauptung hat auch die Beklagte in den Vorinstanzen nicht aufgestellt.

b) Die Revision findet die Ausführungen des Berufungsgerichts widerspruchsvoll. Es sage nämlich einerseits, die Beklagte sei zwar der Klägerin gegenüber nicht vertraglich verpflichtet gewesen, den Mietvertrag mit der [REDACTED] abzuschließen, nehme aber gleichwohl an, die Beklagte hätte bei redlichem Verhalten auf die Interessen der Klägerin, namentlich die dieser entstandenen Unkosten Rücksicht nehmen und den Mietvertrag abschließen müssen, wenn sie einen Abschluß zu tragbaren Bedingungen hätte erreichen können.

Die Rüge ist unbegründet. Das Fehlen eines Anspruchs der Klägerin auf den Abschluß eines Mietvertrages steht der Folgerung nicht entgegen, daß die Beklagte bei Unterlassen des Abschlusses die Bedingung als eingetreten gegen sich gelten lassen muß (RGZ 79, 96).

c) Es stellt keinen Rechtsfehler dar, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung, ob die Beklagte gegen Treu und Glauben verstoßen hat, die Unkosten berücksichtigt, die der Klägerin durch die Entwürfe der Ladeneinrichtung entstanden

sind. Dies gilt auch für diejenigen Unkosten, welche schon vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstanden waren. Wenn auch bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Bindung der Beklagten, auch keine bedingte, bestand, so können doch die Aufwendungen der Klägerin für die nach den gesamten Umständen des Falles zu beurteilenden Anforderungen, die an das Verhalten der Beklagten nach Treu und Glauben zu stellen sind, Bedeutung haben.

d) Der Revision ist zuzugeben, daß das Bestreben der Beklagten, im Hause Me[REDACTED] eine Wohnung für sich und möglichst eine weitere Wohnung für ihre Tochter zu bekommen, verständlich ist und ihr "nicht verdacht werden kann". Das wird vom Berufungsgericht nicht verkannt (§. 20 BU). Es meint aber, der Klägerin gegenüber könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, daß sie von Me[REDACTED] nichts Unbilliges verlangt habe. Diese Auffassung des Berufungsgerichts kann, wenn von dem seiner Entscheidung zugrundegelegten Sachverhalt ausgegangen wird, rechtlich nicht beanstandet werden. Die Beklagte hätte es in der Hand gehabt, der Klägerin den Auftrag nur in Aussicht zu stellen, also nicht einmal einen bedingten Auftrag zu geben, oder aber den Auftrag davon abhängig zu machen, daß sie nicht nur das Ladenlokal, sondern auch eine oder zwei Wohnungen bekam. Wenn sie das nicht getan, sondern nur die Erlangung des Geschäftsraums zur Bedingung gemacht hat, kommt es auch nur darauf an, ob sie den Eintritt dieser Bedingung vereitelt hat.

2) Es bestehen gleichwohl Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte in unredlicher Weise den Eintritt der von ihm unterstellten Bedingung verhindert habe.

a) Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts ist der Mietvertrag mit Me[REDACTED] deshalb nicht zustande gekommen,

weil die Beklagte auf Überlassung von zwei Wohnungen bestanden hat; nur deshalb habe Meinert abgelehnt, den Mietvertrag zu unterschreiben (S. 19 d.U.).

Die Revision weist demgegenüber darauf hin, daß über die zweite Wohnung noch hätte verhandelt werden können und daß es der Beklagten nicht als Verstoß gegen Treu und Glauben angerechnet werden könne, wenn der Vertrag an diesem Nichtaushandeln gescheitert sei.

In der Tat fehlen für die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe auf der zweiten Wohnung bestanden, ausreichende tatsächliche Feststellungen. Die Beklagte hatte bestritten, den Abschluß des Mietvertrages von der zweiten Wohnung abhängig gemacht zu haben. In der Aufnahme von zwei Wohnungen in den Entwurf des Mietvertrages liegt möglicherweise nicht mehr als ein Versuch der Beklagten, die zwei Wohnungen zu bekommen. Da, wie schon bemerkt, dieses Bestreben der Beklagten verständlich und berechtigt war, kann ein solcher Versuch noch nicht den Vorwurf der Treuwidrigkeit gegenüber der Klägerin rechtfertigen, selbst wenn er Me[redacted] verärgert und schließlich von dem Unterschreiben des Mietvertrages abgehalten hat. Die Beklagte konnte möglicherweise damit rechnen, mit Meinert noch weiter verhandeln zu können und in der Wohnungsfrage mit ihm einig zu werden. Sie hat auch, wie das Berufungsgericht feststellt, solche Verhandlungen noch geführt, nachdem Me[redacted] es abgelehnt hatte, den Vertragsentwurf zu unterschreiben. Das Berufungsgericht sagt, dabei habe sie auf ihrem Standpunkt beharrt, sie müsse neben dem Geschäftsraum noch zwei Wohnungen bekommen. Das ist bisher nicht ausreichend begründet; da die Beklagte bestritten hatte, auf der Überlassung von zwei Wohnungen bestanden zu haben, hätte das Berufungsgericht näher darlegen müssen, worin sich das Beharren gezeigt hat.

Eine Feststellung, daß Me [REDACTED] nicht bereit gewesen wäre, eine Wohnung zu überlassen, ist dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Me [REDACTED] hat als Zeuge das Gegenteil bekundet, wie die Revision zutreffend bemerkt.

b) Gegebenenfalls muß das Berufungsgericht auch seine Annahme, die Mietvorauszahlung von 5 000 DM sei für die Beklagte tragbar gewesen, nochmals überprüfen. Es bezieht sich zur Begründung für diese Annahme allein auf die von der Beklagten bei ihrer Parteivernehmung abgegebene Erklärung, das habe sich hören lassen, damit sei sie einverstanden gewesen.

Dazu bemerkt die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe bei der Würdigung dieser Aussage der Beklagten nicht beachtet, daß die Beklagte davon ausging, neben dem Geschäftsraum auch Wohnräume zu bekommen. Bei Beachtung dieses Umstandes war die Erklärung der Beklagten, sie sei mit der Höhe der Mietvorauszahlung einverstanden gewesen, möglicherweise dahin zu verstehen, daß sie den Betrag von 5 000 DM als angemessene Leistung für die Erlangung von Geschäfts- und Wohnraum hielt. Die aus der Erklärung der Beklagten gewonnene Begründung für die Zumutbarkeit der Mietvorauszahlung reicht deshalb für sich allein nicht aus.

IV. Zum Tenor des angefochtenen Urteils ist zu bemerken, daß § 649 Satz 2 BGB keinen Anspruch auf den Reinertrag aus dem Vertrage, sondern einen solchen auf die vereinbarte Vergütung gewährt, der sich um die in dieser Bestimmung genannten Beträge mindert.

Glanzmann

Scheffler

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Meyer