

2138 095  
**BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

VI ZR 216/66

**URTEIL**

**Verkündet am**

12. November 1968  
Kriegl, Justiz-  
hauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Transportunternehmers Ernst M [REDACTED],  
Bi [REDACTED], He [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

das Transportunternehmen Hans B [REDACTED] & Sohn,  
E [REDACTED] (T [REDACTED]), P [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Bode, Sonnabend und Dunz

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 15. Juli 1966 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Kläger zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die H[REDACTED]-Milchwerke in Th[REDACTED] (Bezirk T[REDACTED]) verarbeiteten Milch, die in der Eifel und im Hunsrück anfiel. Sie ließen sie durch Transportunternehmer von den Molkereien abfahren. Seit Jahren hatte das Milchwerk in Th[REDACTED] mit diesen "Milchtouren" die Beklagte, ein Transportunternehmen bei T[REDACTED] beauftragt, die die Milch mit Milch-Tank-LKWs bei den Molkereien abholte und nach Th[REDACTED] brachte. Die Beklagte hatte seit etwa 1959 einen Transportunternehmer namens S[REDACTED] damit betraut, die ihr nach dem Vertrage mit dem Milchwerk obliegenden Fahrten mit dessen Milchtransport-LKW durchzuführen. S[REDACTED] Tätigkeit als Subunternehmer der Beklagten - übrigens mit Billigung des Milchwerks - endete am 31. Oktober 1960. Um diese Zeit bemühte sich der Kläger, ebenfalls ein Transport-

unternehmer, um neue Aufträge, weil seine mit den Stationierungsstreitkräften geschlossenen Verträge ausgelaufen waren. Als er von [REDACTED] erfuhr, daß dessen Milchtour frei werde, verhandelte er mit der Beklagten wegen Übernahme dieser Transporte. Hierüber wurden sich die Parteien am 25. November 1960 einig. Der Kläger kaufte von der Beklagten deren Milchtransport-Lastzug und vereinbarte mit ihr in einem weiteren Vertrag, daß er die Milchtour der Beklagten zu dem Entgelt bedienen sollte, das sie mit dem Milchwerk abgesprochen hatte. Als Kaufpreis zahlte er insgesamt 60.000 DM, die über eine Bank finanziert wurden. Zu diesem Zweck hatte die Beklagte den Lastzug (Motorwagen, Anhänger und vier Milchtanks) von dem Kraftfahrtsachverständigen Mer[REDACTED] schätzen lassen. Seine DAT-Schätzurkunden lauteten auf insgesamt 36.150 DM, jedoch gab er gegenüber der Finanzierungsbank rd. 45.000 DM an. Auch der Inhaber der Beklagten nannte dem Kläger bei den Kaufverhandlungen diese Zahl.

Ab 1. Dezember 1960 übernahm der Kläger die ihm übertragenen Milchfahrten. Jedoch mußte er im Frühjahr 1961 den Motorwagen mehrfach in eine Werkstatt geben, weil vor allem der Motor immer wieder repariert werden mußte. Anfang Februar 1961 ließ er durch einen Sachverständigen den Lastzug schätzen. Dieser kam zu dem Ergebnis, daß der Zug insgesamt nur 20.900 DM wert sei. Nunmehr beauftragte der Kläger Rechtsanwalt The[REDACTED] in T[REDACTED] mit der Wahrnehmung seiner Interessen. Dieser focht durch Schreiben vom 27. März 1961 den Kauf des Lastzuges wegen arglistiger Täuschung an. Er warf dem Beklagten vor, bewußt wahrheitswidrig erklärt zu haben, der Lastzug sei "100 % in Ordnung" und gebe zu keinerlei Beanstandungen Anlaß, der Motor sei erst 20.000 km gelaufen und allein der Lastzug - also abgesehen von der

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



gleichzeitig übernommenen Milchtour - sei mit mehr als 40.000 DM geschätzt worden. In diesem Schreiben heißt es weiter:

"Mein Auftraggeber ist bereit, sich mit Ihnen gütig zu einigen. Er hat Ihnen das bereits erklärt, ohne damit aber Erfolg zu haben. Er ist bereit, den Lastzug mit Anhänger und Fässer (d.i. den Tanks) zu einem Gesamtpreis von 35.000 DM zu übernehmen, sofern damit die Milchtour verbunden bleibt und die bisher aufgelaufenen Reparatur- und Abschleppkosten, die mit 4.000 DM angesetzt sind, von Ihnen übernommen werden. ... Ich darf Ihrer Erklärung bis spätestens zum 11.4.1961 entgegensehen. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist sehe ich mich gehalten, Klage zu erheben. ...."

Im Verlaufe der folgenden Verhandlungen legte der Kläger der Beklagten zwei vom 27. April 1961 datierte und von Rechtsanwalt The [REDACTED] gefertigte Vertragsentwürfe vor, von denen der eine die Bestätigung des Kaufvertrages vom 25. November 1960, jedoch unter Herabsetzung des Kaufpreises auf 35.000 DM vorsah, während nach dem anderen Entwurf der Kauf aufgehoben werden sollte, wobei die Beklagte die 60.000 DM unter Anrechnung der vom Kläger eingingenommenen Fuhrrentgelte, zurückzuzahlen hatte und der Kläger bis dahin den Lastzug und die Milchtour weiter benutzen durfte. Die Beklagte nahm keinen dieser beiden Vorschläge an. Wohl war sie schließlich bereit, die seit Ende März 1961 ausgeführten Reparaturen an dem LKW zu bezahlen, darunter auch den Einbau eines Austauschmotors, der nach der Rechnung vom 30. Juni 1961 allein 4.000 DM kostete. Insgesamt hat sie dafür der Werkstatt rund 7.300 DM bezahlt.

Der Kläger fuhr in den folgenden Monaten die ihm übertragene Milchtour mit dem gekauften Lastzug weiter. In dieser

Zeit wandten sich die H[REDACTED]-Milchwerke wiederholt mit sich häufenden Beanstandungen an die Beklagte, die sie als den ihr verantwortlichen Vertragsgegner ansahen. Sie rügten Unpünktlichkeit, polizeilich beanstandete Überladung, Fehlen des Lieferscheins und mangelnde Reinigung der Tanks. Schließlich machten sie im März 1962 von ihrem Recht Gebrauch, den mit der Beklagten geschlossenen Vertrag mit halbjähriger Frist zu kündigen. Infolgedessen mußte der Kläger zum 30. September 1962 die Milchfahrten einstellen.

Inzwischen hatte der Kläger im Januar 1962 die vorliegende Klage erhoben, mit der er Rückzahlung der 60.000 DM nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Herausgabe des Lastzuges, verlangt. Nachdem er dies zunächst auf die in dem Anfechtungsschreiben vom 27. März 1961 angeführten Vorwürfe gestützt hatte, machte er später außerdem geltend, die Beklagte habe ihm auch die Milchtouren nicht so verschafft, wie er sie am 25. November 1960 gekauft habe. Sie habe versprochen, ihm einen Milchtransport-Vertrag unmittelbar mit dem Milchwerk zu verschaffen. Das aber sei, wie sie gewußt habe, unmöglich gewesen, weil das Milchwerk noch in keinem Falle bereit gewesen sei, einem von der Beklagten herangezogenen Transportunternehmer einen eigenen Vertrag zu geben.

Die Beklagte hat bestritten, daß der Lastzug zur Zeit seines Verkaufes erheblich weniger wert gewesen sei als die Taxe des DAT-Schätzers. Sollte er im Februar 1961 nur noch 20.900 DM Wert gehabt haben, so liege das nur daran, daß die Fahrer des Klägers den Lastzug nicht richtig gefahren hätten. Hilfsweise hat sich die Beklagte darauf berufen, daß laut Kaufvertrag ("Kaufantrag für gebrauchtes Kraftfahrzeug/Anhänger" in Hülle Bl. 16 GA) alle Gewähr-

leistungsansprüche wegbedungen seien, und bestritten, etwa unrichtige Angaben arglistig gemacht zu haben. Dies habe schließlich auch der Kläger eingesehen und sich deshalb im Sommer 1961 damit zufrieden gegeben, daß die Beklagte ihm sämtliche Reparaturen bezahlt habe. Danach habe er den Lastzug weitergefahren, damit also zu erkennen gegeben, daß die Anfechtungserklärung seines Anwalts erledigt sei. Die Beklagte hat ferner behauptet, sie habe dem Kläger die Milchtouren, so wie vereinbart, verschafft, nämlich das Recht, als ihr Subunternehmer die Rechte auszuüben, die ihr aus dem Milchtransport-Vertrag mit dem Milchwerk zustanden. Davon, daß der Kläger einen eigenen Vertrag mit dem Werk, den auch sein Vorgänger S. [REDACTED] nicht gehabt habe, hätte erhalten sollen, sei nie die Rede gewesen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:  
-----

I.

Landgericht und Oberlandesgericht sind der Frage nicht mehr nachgegangen, ob die in dem Schreiben des Rechtsanwalts The [REDACTED] vom 27. März 1961 aufgestellten Behauptungen, die Beklagte habe den Kläger hinsichtlich des Lastzuges arglistig getäuscht, berechtigt waren. Die Vorinstanzen sind nämlich übereinstimmend der Ansicht, aus dem Verhalten, das der Kläger nach diesem Anfechtungs-Schreiben gezeigt habe, ergebe sich, daß er jedenfalls den anfechtbaren und (so wird unterstellt) wirksam angefochtenen, daher vernichteten

Vertrag bestätigt, d.h. formlos und stillschweigend neu abgeschlossen habe (§ 141 BGB).

1. Das Berufungsgericht geht hierzu davon aus, daß Rechtsanwalt The [REDACTED] schon in seinem Anfechtungsschreiben einen Vergleichsvorschlag dahin gemacht habe, daß der Kläger den Lastzug und die Milchtour behalten, die Beklagte dagegen den Kaufpreis auf 35.000 DM herabsetzen und die Reparaturkosten von rund 4.000 DM übernehmen solle. Einen Monat später habe er die beiden Alternativ-Vorschläge aufgesetzt. Es sei nun zwar zu keiner dieser beiden Vereinbarungen gekommen, andererseits habe Rechtsanwalt The [REDACTED] auch nicht Klage erhoben, die er in seinem Schreiben vom 27. März 1961 angedroht habe. Statt dessen habe die Beklagte alle bis zum Juni 1961 aufgelaufenen Reparaturrechnungen des Klägers bezahlt und zwar mit dessen Wissen und Wollen. Dieser habe den Lastzug wie bisher weiter benutzt, nämlich bis zum Ende des Vertrages mit den H [REDACTED]-Werken Ende September 1962.

Aus diesen Vorgängen schließt das Berufungsgericht, daß es der Kläger bei dem ursprünglichen Vertrag habe belassen wollen, nachdem seine Versuche fehlgeschlagen waren, eine Lösung über einen der beiden Entwürfe zu erreichen, andererseits die Beklagte aber sämtliche Reparaturen übernommen hatte. Dadurch habe die Beklagte weit mehr gezahlt als die im Schreiben vom 27. März 1961 geforderten rund 4.000 DM, vor allem weil sie einen neuen Motor hatte einbauen lassen. Der Kläger habe, wenn er den Vertrag als angefochten und aufgehoben angesehen hätte, Lastzug und Milchtour nicht weiter nutzen dürfen. Dieses Recht habe er zwar mit seinem zweiten Alternativ-Vorschlag verlangt, die Beklagte habe diesen aber nicht angenommen. Hätte der

Kläger, so führt das Berufungsgericht aus, nach seiner Anfechtung an dem Lastzug ein Zurückbehaltungsrecht ausüben wollen, so hätte er dies erklären müssen und nur noch das tun dürfen, was zur Pflege und Erhaltung des Lastzuges geboten war. Er habe ihn der Beklagten aber nicht zur Verfügung gestellt, sondern wie bisher weiter über ihn in einer Weise verfügt, die nur als erneute Vornahme des (nach Anfechtung vernichteten) Kaufvertrages gedeutet werden könne.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Revision vergeblich an. Zu Unrecht meint sie, hier habe es sowohl bei der Beklagten wie auch beim Kläger an dem Willen gefehlt, den durch Anfechtung vernichteten Vertrag neu abzuschließen.

a) Richtig ist zwar, daß der Bestätigende den Willen haben muß, die bisher nichtige Rechtsgestaltung durch neue Vornahme des Rechtsgeschäfts wirksam zu machen. Bei einem Vertrage müssen sich deshalb beide Teile dessen bewußt sein, daß das Rechtsgeschäft nichtig ist (RGZ 93, 227, 228). Daraus folgt aber nicht, wie die Revision meint, hier müsse es der Beklagten rechtsnotwendig an einem Bestätigungswillen gefehlt haben, weil sie die Berechtigung der Anfechtung stets bestritten habe. Auch der kann ein Rechtsgeschäft bestätigen, der es für gültig hält, aber aufgetretene Zweifel an seiner Wirksamkeit auf alle Fälle beseitigen will (RGZ 150, 385, 388). Für die Neu-vornahme genügt es, wenn die Parteien in schlüssiger Weise zum Ausdruck bringen, das nichtige Geschäft solle weiter gelten (BGHZ 11, 59, 60). Daher konnte das Berufungsgericht, ohne gegen § 141 BGB zu verstoßen, annehmen, daß die Beklagte das im Verhalten des Klägers liegende stillschweigende Angebot, das Rechtsgeschäft "auf jeden Fall" erneut vorzunehmen, angenommen habe (so BU S. 10).

b) Ebenso unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das Verhalten des Klägers nicht als konkludentes Angebot, den Kaufvertrag wieder als gültig anzusehen, d.h. neu abzuschließen, deuten dürfen. Maßgebend hierfür ist nicht, was sich der Kläger innerlich vorgestellt hat, sondern wie die Beklagte sein Verhalten nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsauffassung auslegen durfte. Da der Kläger aber, nachdem die Beklagte die Reparaturen voll bezahlt hatte, den Vertrag ohne jede Einschränkung und ohne Vorbehalt, vor allem auch ohne erneute Einschaltung seines Rechtsanwalts, fortsetzte, konnte das Berufungsgericht dies rechtsfehlerfrei als Angebot zu erneutem Abschluß - mit der Rückwirkung des § 141 Abs. 2 BGB - ansehen. Die Revision meint allerdings, dieses Verhalten des Klägers sei nur dahin aufzufassen gewesen, daß er den Vertrag in der Erwartung fortgesetzt habe, die Beklagte werde den Kaufvertrag, wie alternativ vorgeschlagen, zu einem Preise von nur noch 35.000 DM erneut abschließen. Eine solche Deutung wäre vielleicht möglich gewesen. Wenn aber das Berufungsgericht das Verhalten des Klägers anders gedeutet hat, so kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Zudem weist es mit Recht darauf hin, daß der Kläger mit einer anderen, vor demselben Senat anhängigen Klage auf Grund des Vertrages von der Beklagten Nachzahlung der Frachten in Höhe von mehr als 40.000 DM verlangt hat und zwar für die gesamte Zeit bis einschl. September 1962 (vgl. das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. Februar 1968 - Ib ZR 100/66).

## II.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger aber auch nicht bewiesen, daß die Beklagte ihrer Verpflichtung

nicht nachgekommen sei, ihn bezüglich der ihm abgetretenen Milchtouren eine bessere Rechtsstellung zu verschaffen, als er sie bis zum Ablauf des Vertrages mit den Milchwerken im September 1962 tatsächlich gehabt hat. Auch insoweit hält das angefochtene Urteil der Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht geht von der Aussage des Zeugen Be[REDACTED], des kaufmännischen Leiters des Milchwerks, aus, der bekundet hat, das Werk hätte es nie geduldet, daß ein anderer an die Stelle der Beklagten in das bestehende Vertragsverhältnis eintrete, vielmehr sei immer die Beklagte als Vertragspartner angesehen worden. Deshalb habe auch S[REDACTED] nur einen Subunternehmer-Vertrag mit der Beklagten gehabt. Schon angesichts dieser Sachlage sei, so führt das Berufungsgericht aus, kaum anzunehmen, daß die Beklagte dem Kläger versprochen habe, ihm späterhin eine bessere Rechtsstellung bei dem Milchwerk zu verschaffen. Daß dies dennoch geschehen sei, habe weder der Zeuge S[REDACTED] noch der vom Kläger benannte Zeuge Bo[REDACTED] bekundet.

Diese auf tatsächlichem Gebiet liegende Würdigung kann von der Revision nicht mit Erfolg angegriffen werden. Vergleichlich macht sie geltend, die Beklagte habe in der Klagebeantwortung zugestanden (§ 288 ZPO), daß sie sich bereitgefunden habe, ihre Rechte aus dem Milchtransportvertrag mit den H[REDACTED]-Werken "auf den Kläger zu übertragen". Aus dem Gesamtinhalt dieses Schriftsatzes ergibt sich, daß mit dieser "Übertragung" nicht eine Vertragsübernahme im Rechtssinne gemeint war, sondern nur eine Überlassung ihrer Rechte zur Ausübung.

2. Keinen Erfolg hat auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe einen erheblichen Beweisantrag des Klägers unter Verfahrensverstöß übergangen. Dieser Rüge liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nachdem das Berufungsgericht auf Antrag des Klägers die Zeugen Be[REDACTED], S[REDACTED], Me[REDACTED] und Bo[REDACTED] vernommen hatte, hatte der Kläger mit Schriftsatz vom 18. Februar 1966 gebeten, noch seine Ehefrau und seinen Fahrer K[REDACTED] zu vernehmen. Diese hätten einige Zeit nach Vertragsschluß den Inhaber der Beklagten gedrängt, daß dem Kläger auch, wie vertraglich vereinbart, die Milchtour von der Molkerei/<sup>Met</sup> zu dem Milchwerk übertragen werde. Der Inhaber der Beklagten habe die Zeugen dabei zwar auf einen späteren Zeitpunkt vertröstet, aber eingeräumt, daß er vertraglich verpflichtet sei, dem Kläger die zweite Milchtour zu verschaffen. Das Berufungsgericht hat diese Zeugen nicht vernommen, weil die Richtigkeit der in ihr Wissen gestellten Äußerung des Inhabers der Beklagten unterstellt werden könne. Dessen Äußerung habe sich nämlich durchaus auf die Zeitspanne beziehen können, in der der Kläger die von S[REDACTED] bis Oktober 1960 gefahrene Tour noch nicht übernommen habe, so daß die Milchwerke für die kurze Zeitspanne bis zum Einsatz des Klägers Ende November 1960 die Tour dem Unternehmer Me[REDACTED] übertragen hätten. Wenn dieser als Zeuge bekundet habe, er habe nach S[REDACTED] Ausscheiden "stets" die Fahrt nach der Molkerei Met[REDACTED] übertragen bekommen, so gelte das "im Rahmen seiner Gesamtbekundung" (so BU S. 12) allenfalls für den Zeitraum bis zum Einsatz des Klägers.

a) Die Revision sieht in dieser Würdigung des Berufungsgerichts eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung und eine denkfehlerhafte Auslegung der Bekundung Me[REDACTED]. Dieser Rüge kann möglicherweise die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Sie hat aber im Ergebnis keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat nämlich die Nichterhebung des Beweises auch mit der von dem Zeugen Be[REDACTED] bekundeten Tatsache begründet, daß keiner der beteiligten Unternehmer oder

Subunternehmer habe damit rechnen können, eine bestimmte Route absolut zugeteilt zu erhalten und zu behalten. Die jeweilige Zuteilung der Touren habe von den Bedürfnissen der Milchwerke abgehangen und sei von dort gesteuert worden. Angesichts dieser Sachlage enthielt es aber keinen Verfahrensfehler, wenn es das Berufungsgericht - auch bei Unterstellung der vom Inhaber der Beklagten angeblich abgegebenen Erklärung - für nicht erwiesen hielt, daß sich die Beklagte rechtlich bindend verpflichtet haben sollte, dem Kläger ein für allemal festgelegte Routen zu verschaffen (so BU S. 13).

b) Offenbar ist sich auch der Kläger dessen bewußt gewesen, daß ihm der Umfang der Routen nicht garantiert war. Er hat alsbald bemerken müssen, daß ihm die Route Met [REDACTED] nicht zugeteilt war und auch 1961 nicht zugeteilt wurde. Hierauf hat Rechtsanwalt The [REDACTED] schon am Schluß seines Anfechtungsschreibens vom 27. März 1961 hingewiesen. Dennoch hat der Kläger, nachdem die Beklagte im Juli 1961 die Reparaturen übernommen hatte, den Vertrag fortgesetzt und sich bis zum Schriftsatz vom 18. Februar 1966 nicht darauf berufen, daß ihm die Fahrt nach Met [REDACTED] für immer entzogen gewesen sei. Auch deshalb kann er jetzt nicht verlangen, daß ihm die Beklagte den Kaufpreis zurückzahlt oder, was wegen des Ausfalls jener einzelnen Fahrt Met [REDACTED] - Th [REDACTED] ohnehin nur in Betracht gezogen werden könnte, mindere. Daher kann auch von einem Fortfall der Geschäftsgrundlage, entgegen der Ansicht der Revision, hier keine Rede sein.

### III.

Die Revision vertritt schließlich die Ansicht, der Kaufvertrag sei schon deshalb nichtig, weil die Geschäftsbedingungen, nach denen die Beklagte den Lastzug an den Kläger verkauft hatte, gegen die guten Sitten verstießen.

In dem Vordruck "Kaufantrag für gebrauchtes Kraftfahrzeug/Anhänger" werde der Verkäufer derart einseitig bevorzugt, daß dieser Vertrag rechtlich nicht anerkannt werden könne, wie schon das Landgericht Berlin (NJW 1966, 1818) entschieden habe.

Diese Rüge der Revision geht fehl. Selbst wenn einige der in dem Formular aufgeführten Klauseln mißbilligt werden müßten, könnte dies nicht dazu führen, daß der Kaufvertrag nichtig wäre (vgl. BGHZ 47, 172, 179; 22, 90, 92). Es könnte sich nur fragen, ob sich die Beklagte als Verkäuferin auf eine solche unbillige Klausel berufen könnte (§ 242 BGB). Im vorliegenden Fall könnte es somit allenfalls um die Klausel gehen, nach der Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sind. Ob eine solche Klausel auch beim Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge zu mißbilligen wäre (vgl. BGHZ 22, 90, 97; OLG Düsseldorf NJW 1956, 306; Fischer BB 1957, 482 und Soergel/Ballerstedt, BGB 10. Aufl. Bem. 26 vor § 459), bedarf hier keiner Prüfung. Der Kläger erhebt keine Gewährleistungsansprüche, kann sie auch nicht geltend machen, nachdem er den Lastzug ohne Vorbehalte weiterbenutzt hat.

Engels

Sonnabend

Hanebeck

Dunz

Dr. Bode