

SS

BUNDESGERICHTSHOF 2066-0222

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 293/67

URTEIL

Verkündet am

10. Juni 1969

Kriegl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bauunternehmung W. R [REDACTED] & Co.,
K [REDACTED], Hof [REDACTED]ring [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Eduard W [REDACTED], Inhaber der Firma
Eduard W [REDACTED], Kraftfahrzeuge, T [REDACTED], Z [REDACTED]straße [REDACTED].

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels sowie der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Bode, Dr. Weber und Dunz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 17. Januar 1967 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Bauunternehmung in K[REDACTED], entschloß sich im Jahre 1964 zur Anschaffung moderner Drei-Seiten-Kipper, bestehend aus einem von der Firma Kl[REDACTED]-Hu[REDACTED]-D[REDACTED] hergestellten Fahrgestell Fabrikat "M[REDACTED]" und der darauf zu montierenden Kipper-Brücke. Am 9. September 1964 bestellte sie beim Kläger, dem M[REDACTED]-D[REDACTED]-Vertreter in T[REDACTED], insgesamt acht derartige M[REDACTED]-D[REDACTED]-Kipper, auf denen Drei-Seiten-Kipper der Firma Me[REDACTED] montiert sein sollten. Jedes Fahrzeug sollte 70.900 DM kosten, jedoch war vereinbart, daß die Beklagte

- 3 -

bei der Lieferung der neuen Fahrzeuge zwölf der von ihr bisher benutzten Lastkraftwagen zum Preise von je 14.000 DM in Zahlung geben durfte (Anl. 1). Die Beklagte erwog jedoch schon kurz nach der Erteilung dieses Auftrages, statt der Me[REDACTED]-Kipper Kipper-Brücken der Firma G[REDACTED] in Sp[REDACTED] (Ro[REDACTED]/S[REDACTED]) aufbauen zu lassen. Der Kläger setzte sich dieserhalb mit der Firma G[REDACTED] in Verbindung (Anl. 8), die ihm daraufhin Mitte September 1964 eine Auftragsbestätigung über den Aufbau von sechs G[REDACTED]-Ganzstahl-Kipperaufbauten in doppelter Fertigung übersandte, wobei sie die Beklagte als ihre Auftraggeberin einsetzte (Anl. 9 a). Der Kläger gab das Original dieser Auftragsbestätigung sofort an die Beklagte weiter (Anl. 9) und wies sie anschließend darauf hin, daß er die Kipper-Aufbauten der Firma G[REDACTED] schon fest in Auftrag gegeben habe (Anl. 13). Daraufhin bat die Beklagte den Kläger, zu ihr nach K[REDACTED] zu kommen, um die aufgetretenen Differenzen zu klären. Hier schlossen die Parteien eine "Vereinbarung" vom 28. September 1964 (Anl. 2), wonach die Kipper-Fahrzeuge nunmehr in Ganzstahlausführung mit Pendelaufsätzen geliefert werden sollten. Daraufhin bestellte der Kläger die bei der Firma G[REDACTED] bereits in der Fertigung befindlichen Kipper-Aufbauten wieder ab (Anl. 14) und bestellte sie nunmehr bei der Firma Me[REDACTED] (Anl. 15).

Inzwischen verhandelte jedoch die Beklagte wieder mit der Firma G[REDACTED] und zwar diesesmal unmittelbar, wobei sie vor allem versuchte, einen Preisnachlaß von 1.000 DM zu erreichen (Anl. 16). Am 2. Oktober 1964 wurde man sich einig: die Beklagte entschied sich nun doch für die Kipper-Aufbauten der Firma G[REDACTED], nachdem diese ihr zugesagt hatte, ihr nach Auslieferung der Fahrzeuge und deren Bezahlung auf

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



jedes Fahrzeug 800 DM durch Verrechnungsscheck zu vergüten (Anl. 18 und Bl. 77 GA). Diese neuen Vereinbarungen teilte die Firma G[REDACTED] sogleich auch dem Kläger mit, der davon wiederum die Beklagte unterrichtete (Bl. 76 GA) und seine Bestellung bei der Firma Me[REDACTED] wieder rückgängig machte (vgl. Anlagen 20, 21). Am 27. Oktober 1964 übersandte die Firma G[REDACTED] ihre neue Auftragsbestätigung und zwar auch dieses Mal wieder unmittelbar an die Beklagte (Bl. 13 GA). Als diese sie an Gergen zurückschickte, sandte G[REDACTED] sie an den Kläger. Dieser bestätigte zwar deren Eingang, wies aber darauf hin, daß die Firma G[REDACTED] der Beklagten einen für ihn nachteiligen Preis von jetzt nur noch 10.500 DM eingeräumt habe, und bat, den Satz in der Auftragsbestätigung "Wir danken Ihnen für den uns erteilten Auftrag" zu berichtigen (Anl. 22). Der Kläger war nämlich der Ansicht, die Beklagte habe nunmehr die Kipper-Aufbauten nicht mehr über ihn als Zwischenverkäufer, sondern unmittelbar bei der Firma G[REDACTED] bestellt. Dementsprechend sandte er im November 1964, als die ersten Fahrzeuge an die Beklagte ausgeliefert waren, dieser zwei Rechnungen: die Rechnung der Firma G[REDACTED] über die Aufbauten und seine Rechnung über die Lieferung des M[REDACTED]-Fahrgestells (vgl. Anl. 23). Allerdings gab die Beklagte die Rechnungen dem Kläger zurück mit der Bitte, ihr eine Gesamt-Rechnung auszustellen (Anl. 23). Mit Schreiben vom 5. Dezember 1964 widersprach dem der Kläger; dabei wies er darauf hin, daß "alleine der Umsatzsteuer wegen eine solche Berechnung durch uns ausgeschlossen ist und eine 4 %-ige Umsatz-Versteuerung der gesamten Fahrzeuge für uns bedeuten würde" (Anl. 24).

Im November/Dezember 1964 wurden die Kipper-Fahrzeuge an die Beklagte ausgeliefert. Sie übergab dem Kläger von den zwölf in Zahlung zu nehmenden Gebrauch-Lkw zehn und händigte ihm wegen des bar zu zahlenden Kaufpreises Wechsel aus, die der Kläger entsprechend der von den Parteien vorgesehenen Finanzierung des Kaufs bei zwei Banken unterbrachte. Aus dem Erlös bezahlte er dann sowohl seine Rechnung wie die Rechnungen der Firma G [REDACTED] über die Aufbauten. Insoweit gab er der Beklagten, wie er dies mit ihr vereinbart hatte, eine Bestätigung der Firma G [REDACTED], daß er deren Rechnungen bezahlt habe (Anl. 15).

Die Beklagte war mit den neuen Fahrzeugen nicht zufrieden. Vor allem behauptete sie, die Firma G [REDACTED] habe die stählernen Kipper-Aufbauten aus so dünnem Blech ausgeführt, daß sie großen Belastungen nicht gewachsen seien. Sie weigerte sich deshalb, dem Kläger die beiden letzten der zwölf Gebrauch-Lkw's zu übergeben. Daraufhin schrieb dieser am 24. Februar 1964 der Beklagten (Anl. 5):

"Nachdem alle Versuche, die uns noch zustehenden o.a. beiden Fahrzeuge und deren Kfz-Briefe von Ihnen zu bekommen, erfolglos geblieben und unsere Bitten ergebnislos verlaufen sind, treten wir hiermit mit diesem Teil aus unserem Kaufvertrag zurück und werden diese beiden Fahrzeuge nicht mehr übernehmen.

Wir müssen Sie daher auffordern, uns den Ihnen hierfür in Abzug gebrachten Betrag von 28.000 DM umgehend anzuweisen...."

Am 9. März 1965 setzte der Kläger der Beklagten zur Lieferung der beiden Fahrzeuge eine letzte Frist bis zum 15. März 1965 und schrieb u.a. (Anl. 3):

"Ihre Einstellung, daß Sie uns die beiden Fahrzeuge solange nicht aushändigen, bis gewisse Reklamationen an den Aufbauten (Gergen) behoben seien, können wir keinesfalls akzeptieren und müssen Ihnen nach wie vor mitteilen, daß wir mit diesen Aufbau-Reklamationen nichts zu tun haben und lediglich in der Lage sind, Ihre Reklamationen an die zuständige Aufbaufirma G. [REDACTED] weiterzuleiten..."

Am 12. März 1965 antwortete die Beklagte, sie halte die beiden Fahrzeuge zurück, weil die an den Kippern aufgetretenen Mängel noch immer nicht behoben seien (Anl. 4). In einer späteren Besprechung beanstandete sie außerdem die Ausführung der Fahrgestelle; deren Rückleuchten, Stecker und Fahrersitze seien nicht einheitlich, außerdem fehle die versprochene 100 to-Anhänger-Kupplung.

Der Kläger ist dabei geblieben, daß die Beklagte sich wegen der von ihr behaupteten Mängel an den Aufbauten an die Firma G. [REDACTED] halten müsse. Daß auch die von ihm gelieferten Fahrgestelle ernsthafte Mängel aufwiesen, hat er bestritten.

Unter Vorlage des von ihm mit der Beklagten geführten Schriftwechsels und des von der Firma G. [REDACTED] mit den Parteien geführten Schriftwechsels (vor allem der Fernschreiben) hat der Kläger Klage im Urkundenprozeß erhoben und beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 28.000 DM nebst Zinsen seit dem 12. März 1965 zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und der Beklagten vorbehalten, ihre Rechte im Nachverfahren auszuführen. Deren Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, der Kläger habe mit der Beklagten einen Kauf- und Tauschvertrag (§§ 433, 515 BGB) geschlossen, nach dem sie verpflichtet gewesen sei, dem Kläger die beiden noch im Streit befindlichen Lkw zu übergeben. Da sie dem trotz Mahnung des Klägers, verbunden mit Fristsetzung, nicht nachgekommen sei, könne dieser gemäß § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieses Teils des Vertrages verlangen. Sein Schaden bestehe in dem Wert der beiden Lkw, den der Kläger zutreffend mit je 14.000 DM, zusammen also die Klagesumme von 28.000 DM, angebe.

Diese rechtliche Beurteilung ist, wie die Revision an sich mit Recht geltend macht, nicht zutreffend. Das verhilft ihr jedoch nicht zum Erfolg. Die richtige Beurteilung zeigt vielmehr, daß der Kläger von der Beklagten ohne weiteres Zahlung von 28.000 DM fordern kann.

Nimmt bei der Veräußerung eines neuen Kraftwagens der Kraftfahrzeughändler einen Gebrauchtwagen des Erwerbers für einen Teil des Kaufpreises in Zahlung, so liegt im Regelfall kein Tauschvertrag, sondern ein Kaufvertrag vor, bei dem der Käufer das Recht hat, den vertraglich festgelegten Teil des Kaufpreises durch Hingabe des Gebrauchtwagens an Erfüllungsstatt zu tilgen (BGHZ 46, 339). Daß dies im vorliegenden Fall anders gelegen hätte, ist weder dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien noch den von ihnen überreichten Urkunden zu entnehmen. Ein aus Kauf und Tausch gemischter Vertrag (vgl. Pfister MDR 1968,

361) liegt hier nicht vor. Das Berufungsgericht hat auch für seine abweichende rechtliche Beurteilung keine Begründung gegeben. Infolgedessen war die von der Beklagten geschuldete Gegenleistung in voller Höhe eine Geldschuld. Sie hatte lediglich das Recht, anstelle der an sich geschuldeten 28.000 DM ihre beiden Lkw in Zahlung zu geben. Nachdem sie von dieser Ersatzbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat, kann der Kläger von ihr ohne weiteres den restlichen Kaufpreis von 28.000 DM verlangen. Er fordert nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, Schadensersatz, sondern Erfüllung gemäß § 433 BGB.

Es braucht daher nicht auf die Rügen eingegangen zu werden, welche die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts erhoben hat, daß die Beklagte trotz des vom Kläger "für diesen Teil aus dem Kaufvertrag" erklärten Rücktritts Schadensersatz zu leisten habe und daß dieser Schaden 28.000 DM betrage.

II. Zu prüfen ist somit nur, ob die Beklagte berechtigt war, die beiden Lkw solange zurückzuhalten, bis die von ihr behaupteten Mängel an den Aufbauten und an den Fahrgestellen behoben waren. Das hat das Berufungsgericht verneint. Seine Begründung hält den Angriffen der Revision stand.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, es stelle noch keinen Fehler (§ 459 Abs. 1 BGB) dar, wenn die vom Kläger gelieferten Fahrgestelle nicht alle mit denselben Fahrersitzen, Rückleuchten und Steckern ausgestattet seien.

Die Revision hält dies zu Unrecht für rechtsirrig. Sie meint, ein Großbetrieb wie die Beklagte müsse Wert darauf legen, einheitlich konstruierte Fahrzeuge mit einheitlichen Ersatzteilen zu besitzen. Das mag zwar sein, deckt aber noch keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts auf. Dieses stellt fest, die Parteien hätten nicht etwa eine besondere Abrede dahin getroffen, daß die zu liefernden Fahrzeuge in allen Einzelheiten übereinstimmen sollten. Dann aber ist der Standpunkt des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die von der Beklagten angeführten Unterschiede in der Zubehörausstattung der Fahrzeuge seien zu geringfügig, als daß sie schon als erhebliche Fehler (§ 459 Abs. 1 Satz 2 BGB) angesehen werden könnten.

Ob das auch hinsichtlich der 100 to-Kupplungen, die die Beklagte ausdrücklich bestellt hatte, gilt, wie das Berufungsgericht meint, kann offen bleiben. Jedenfalls weist es mit Recht darauf hin, daß die Beklagte nicht einmal genau dargelegt habe, an wievielen und gegebenenfalls an welchen der gelieferten acht Fahrzeuge die Kupplung gefehlt haben solle. Die Behauptung der Revision, der Kläger habe nicht bestritten, daß die Kupplungen gefehlt hätten, ist unrichtig. Der Kläger hat vielmehr ausdrücklich behauptet (Schriftsatz vom 24. Januar 1966), alle Fahrzeuge seien mit jener Kupplung versehen gewesen. Es war daher Sache der Beklagten, ihre Behauptung zu substantiieren. Zur Anwendung des § 139 ZPO hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß. Im übrigen hat die Beklagte auch nichts dafür vorgetragen, daß sie die behaupteten Mängel rechtzeitig gerügt hatte (§ 377 HGB).

2. Hinsichtlich der Fehler, die die Beklagte bezüglich der von der Firma G [REDACTED] gelieferten Kipper-Aufbauten geltend macht, unterstellt das Berufungsgericht, daß sie vorhanden gewesen seien und ihr an sich ein Recht geben könnten, vor Bezahlung die Behebung dieser Mängel zu verlangen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich jedoch aus den von den Parteien zu den Akten gegebenen Urkunden, daß die Kipper-Aufbauten Gegenstand eines besonderen Vertrages gewesen seien, den die Beklagte mit der Firma G [REDACTED] unmittelbar, also nicht unter Einschaltung des Klägers geschlossen habe.

a) Auch insoweit haben die Angriffe der Revision keinen Erfolg. Es war Sache des Tatrichters, die Urkunden daraufhin zu prüfen, ob sie die Behauptung des Klägers bestätigten, daß er, als die Beklagte sich wegen der Lieferung der Aufbauten mit der Firma G [REDACTED] unmittelbar in Verbindung setzte, insoweit als Zwischen-Verkäufer ausgeschieden sei. Daß dies rechtlich möglich war, bezweifelt auch die Revision nicht. Sie meint aber, die Beklagte habe mit G [REDACTED] lediglich über einen Preisnachlaß verhandelt, den sie ihr, über den Kläger als ihren Verkäufer, dann schließlich bewilligt habe. Diese Auslegung des Schriftwechsels war zwar möglich, jedoch läßt sich nicht feststellen, daß das Berufungsgericht dies nicht gesehen hätte, wie die Revision behauptet. Wenn das Berufungsgericht das Fernschreiben, das die Firma G [REDACTED] am 2. Oktober 1964 an die Beklagte gerichtet hat (Anl. 18), und ihr ebenfalls an die Beklagte gerichtetes "Bestätigungsschreiben" vom 2. November 1964 (Bl. 77, 88 GA) als Abschluß eines neuen und jetzt unmittelbaren Kaufvertrages ausgelegt hat, so ist das Revisions-

gericht hieran gebunden. Es läßt sich nämlich keiner der von der Revision behaupteten Rechtsfehler, auf denen diese Auslegung des Berufungsgerichts beruhen soll, feststellen. Daß die Beklagte die Auftragsbestätigung, die die Firma G [REDACTED] an sie geschickt hatte, wieder zurückgesandt hat, so daß G [REDACTED] sie dann dem Kläger geschickt hat, hat das Berufungsgericht keineswegs übersehen. Daraus brauchte es auch nicht zu folgern, daß G [REDACTED] nunmehr doch wieder den Kläger als ihren Käufer angesehen hätte. Dieser hat sogleich dagegen protestiert, daß G [REDACTED] ihn als ihren Auftraggeber betrachtete und nicht, wie er, der Kläger, es ansah - übrigens die Firma G [REDACTED] zumindest anfangs ebenso - die Beklagte. Es kann daher keine Rede davon sein, daß der Kläger den Eingang der Auftragsbestätigung der Firma G [REDACTED] am 5. November 1964 "bestätigt" habe, wie die Revision behauptet. Auch brauchte das Berufungsgericht daraus, daß der Kläger schließlich doch die Rechnungen der Firma G [REDACTED] bezahlt hat, nichts für die Darstellung der Beklagten zu entnehmen. Nachdem die Parteien die Finanzierung des gesamten Kaufs der zwölf M [REDACTED]-Kipper bei den Banken gemeinsam unternommen und in Gang gebracht hatten, blieb dem Kläger als dem vorgesehenen Empfänger der von den Banken auszahlenden Gelder kaum ein anderer Weg, als aus diesen Geldern nunmehr für die Beklagte die Rechnungen zu bezahlen, die die Firma G [REDACTED] auf sie ausgestellt hatte und deren Bezahlung sie an sich schuldete.

b) Eine andere Frage ist, ob der Kläger, der im Urkundenprozeß klagt, mit dem von ihm überreichten Schriftwechsel seine Behauptung, er sei nachträglich als Verkäufer der Aufbauten ausgeschieden, bewiesen hat

(§ 592 ZPO). Aber auch hierbei handelt es sich um eine Frage, deren Beantwortung grundsätzlich dem Tatrichter obliegt. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob der Tatrichter die Besonderheiten des Urkundenprozesses mit seinen strengen Anforderungen an die Beweisführung verkannt hat. Das aber läßt sich nicht feststellen. Der Beklagten bleibt daher nur offen, ihre entgegengesetzte Darstellung im Nachverfahren erneut vorzutragen.

Engels

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Weber

Dunz