

Verkündet

am 9. April 1956

Jodas, Justizangestellter.

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Franz K [REDACTED] in H [REDACTED]/Ho [REDACTED].,
Kr [REDACTED]str [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma W [REDACTED] & B [REDACTED] GmbH., vertreten
durch ihren Geschäftsführer Hubert W [REDACTED] in
E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 5. April 1956 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer,
Artl und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm vom 13. Juli 1954 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte kaufte am 10. Dezember 1951 von der Klägerin 10.000 kg Jutegewebe zum Preise von 3,60 DM je kg. Der Beklagte sollte diese Ware bis zum 30. Juni 1952 abrufen. Er rief jedoch während dieser Zeit in zwei Teilposten nur 1.460,09 kg ab. Die Rechnungen, die über diese von der Klägerin alsbald gelieferten Teilposten ausgestellt wurden, zahlte der Beklagte nur schleppend, und zwar erst nach zahlreichen Mahnungen, den letzten Teilbetrag von 1.300 DM erst am 8. November 1952, nachdem die Klägerin über diesen Teilbetrag einen Zahlungsbefehl erwirkt hatte. Bei der zweiten Teillieferung hatte die Klägerin dem Beklagten wegen eines inzwischen eingetretenen Preissturzes einen Nachlaß von 10 % gewährt.

Mit Schreiben vom 30. Juni 1953 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß er noch etwa 8.540 kg Jutegewebe abzunehmen habe. Sie bat bis zum 10. Juli 1953 um entsprechende Vorschläge; nach Ablauf der Frist werde sie die Einteilung der Lieferung selbst übernehmen. Der Beklagte antwortete mit Schreiben vom 3. Juli 1953, daß er an Jutegewebe keinen Bedarf mehr habe. Darauf übersandte die Klägerin mit Schreiben vom 8. Juli 1953 dem Beklagten eine Schadensersatzrechnung über 13.269,61 DM und verlangte entsprechende Zahlung. Dabei berechnete sie ihre Schadensersatzforderung nach dem Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem zur Zeit der Erfüllungsverweigerung unstreitig geltenden Tagespreis von 2,20 DM je kg und brachte außerdem einen 7 %igen Zuschlag wegen entgangenen Gewinns in Ansatz.

Da der Beklagte diesem Zahlungsverlangen der Klägerin nicht nachkam, hat die Klägerin Klage auf Zahlung des

von ihr geforderten Betrages erhoben. Der Beklagte hat seine Zahlungsweigerung damit begründet, daß zwischen den Parteien der Vertrag stillschweigend aufgehoben worden sei; zumindest habe die Klägerin ihren Erfüllungsanspruch wegen ihres langen Zuwartens verwirkt. Ferner hat sich der Beklagte mit Rücksicht auf den starken Preissturz der gekauften Ware auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen. Schließlich hat er auch gegen die Höhe des geltend gemachten Klaganspruchs Einwendungen erhoben.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 11.914,16 DM stattgegeben und sie in Höhe des Restbetrages abgewiesen, da es den von der Klägerin geltend gemachten 7 %igen Zuschlag nicht als berechtigt angesehen hat. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht der Klage nur noch in Höhe von 8.880,56 DM entsprochen, indem es unter Berücksichtigung der zwischen den Parteien bei der zweiten Teillieferung vorgenommenen Preisermäßigung von dem ursprünglichen Kaufpreis einen Abzug von 10 % vornahm.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Abweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichts an, mit denen dieses darlegt, daß eine stillschweigende Vereinbarung zwischen den Parteien über eine Aufhebung des Kaufvertrages nicht getroffen sei, und mit denen es weiter darlegt, daß bei den hier gegebenen Verhältnissen auch von einer Verwirkung des der Klägerin zunächst zugestandenen Erfüllungsanspruchs nicht gesprochen werden könne.



1.) Was die Frage einer etwaigen stillschweigenden Aufhebung des Kaufvertrages anlangt, so bedarf die Feststellung des Berufungsgerichts, daß eine solche stillschweigende Vereinbarung aus einer Besprechung des Beklagten mit einem Prokuristen der Klägerin am 5. Mai 1952 nicht entnommen werden könne, keiner weiteren Erörterung. An die dahingehende Feststellung ist der erkennende Senat gebunden, nachdem die Revision hiergegen keine prozessualen Rügen vorgebracht hat.

Die Revision meint, die von ihr angenommene stillschweigende Vereinbarung müsse aus dem späteren Verhalten der Parteien, insbesondere daraus entnommen werden, daß keine der beiden Parteien in der Zeit vom 5. Mai 1952 bis zum 30. Juni 1953 irgendwelche Schritte zur weiteren Abwicklung des umfangreichen Kaufvertrages unternommen habe. Sie beruft sich dabei auf einige Entscheidungen von Oberlandesgerichten aus der Zeit vor und während des ersten Weltkrieges. Dieser Auffassung der Revision kann jedoch nicht beigetreten werden.

Zunächst ist hervorzuheben, daß die Klägerin, worauf auch schon das Berufungsgericht hingewiesen hat, bis zum November 1952 keine Veranlassung gehabt hat, irgendwelche Schritte zur weiteren Abwicklung des Vertrages zu unternehmen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der Beklagte den Kaufpreis für die bereits erhaltenen Teillieferungen trotz vielfacher Mahnungen nicht vollständig gezahlt. Es lag daher nahe, daß die Klägerin den Eingang der noch ausstehenden Zahlungen abwartete, ehe sie von dem Beklagten die Abnahme weiterer Teillieferungen verlangte. Es kann somit unter dem von der Revision angeführten Gesichtspunkt von vornherein nur das untätige Verhalten beider Parteien in der Zeit vom November 1952 bis zum 30. Juni 1953 in Betracht gezogen werden.

Das Berufungsgericht hat zu der Frage, ob in diesem Verhalten eine stillschweigende Vereinbarung auf Aufhebung des Kaufvertrages zu erblicken sei, ausdrücklich Stellung genommen und diese Frage im wesentlichen aus tatsächlichen Gründen verneint. Die Ausführungen der Revision vermögen diese tatsächliche Feststellung nicht zu erschüttern. Diese Feststellung läßt insbesondere keine rechtlich fehlsame Beurteilung erkennen. Die gegenteilige Auffassung der Revision beruht auch letzten Endes nicht auf dem Gedanken einer stillschweigenden gegenseitigen Übereinkunft beider Parteien, nicht auf dem Gedanken, daß die Parteien selbst, also auch die Klägerin, - wenn auch nur stillschweigend - übereinstimmend die Aufhebung des Vertrages gewollt hätten. Der Auffassung der Revision liegt vielmehr die Erwägung zugrunde, daß das Verhalten der Klägerin unabhängig, also ohne Rücksicht auf ihren Willen, nach Treu und Glauben die Wirkung haben müsse, daß sie sich nicht mehr auf den Bestand des Vertrages berufen könne. Das bedeutet aber, daß nach den Ausführungen der Revision das Verhalten der Klägerin nicht als eine (stillschweigende) Willenserklärung ausgelegt (§§ 133. 157 BGB), sondern daß es losgelöst von dem Willen der Klägerin nach rein objektiven Gesichtspunkten, insbesondere nach Treu und Glauben, beurteilt werden soll (§ 242 BGB). Das führt bei den hier gegebenen Verhältnissen zu der Frage, ob die Klägerin durch ihr Verhalten ihren Anspruch aus dem Kaufvertrag verwirkt habe (§ 242 BGB). Denn die Verwirkung ist nach den in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätzen der wesentliche rechtliche Gesichtspunkt, der in den Fällen der vorliegenden Art unter Umständen zu dem Verlust eines Anspruchs führen kann. Aus dieser Beurteilung wird zugleich auch ersichtlich, warum die von der Revision angeführten Entscheidungen heute, nachdem in der Zwischenzeit das Rechtsinstitut der Verwirkung in der

Rechtsprechung allgemeine Anerkennung gefunden hat, keine Bedeutung mehr haben können. Denn damals hatte man noch mit Hilfe einer rechtlich fehlsamen und jetzt überholten Konstruktion das auf den Gesichtspunkt der Verwirkung beruhende Ergebnis des Verlustes eines Anspruchs herbeizuführen versucht.

2.) Zu der Frage, ob die Klägerin den Erfüllungsanspruch durch ihr untätiges Verhalten während des angegebenen Zeitraumes verwirkt habe, hat das Berufungsgericht ebenfalls Stellung genommen und auch diese Frage verneint. Entgegen der Auffassung der Revision läßt auch diese Beurteilung einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Es ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (RGZ 155, 151; 158, 238, 159, 105), daß es für die Annahme einer Verwirkung nicht genügt, daß der Anspruchsberechtigte einen ihm zustehenden Anspruch während einer gewissen Zeit nicht geltend gemacht hat. Denn nicht die verspätete Geltendmachung eines Anspruchs, sondern die illoyal verspätete Geltendmachung ist für den Gesichtspunkt der Verwirkung entscheidend. Erst hierdurch wird der für die Verwirkung wesentliche Verstoß gegen Treu und Glauben gekennzeichnet und die notwendige Abgrenzung der Verwirkung von dem Rechtsinstitut der Verjährung ermöglicht. Bei der Verwirkung muß das untätige Verhalten des Anspruchsberechtigten so gehalten sein, daß es bei dem Verpflichteten nach Treu und Glauben die Vorstellung begründen konnte und begründet hat, daß er mit einer Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr zu rechnen habe. Das Berufungsgericht ist in zutreffender Weise bei seinen Ausführungen von diesen für die Annahme einer Verwirkung maßgeblichen Grundsätzen ausgegangen und hat das Vorliegen der danach erforderlichen Voraussetzungen aus tatsächlichen Gründen verneint. Die Revision bringt hiergegen nichts rechtlich Entscheidendes

vor; insbesondere lassen die Darlegungen der Revision nicht erkennen, daß das Berufungsgericht von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist oder weitere in diesem Zusammenhang wesentliche tatsächliche Umstände nicht berücksichtigt hat.

Aus alldem ergibt sich, daß die Klägerin in dem Zeitpunkt, als sie mit ihrem Schreiben vom 30. Juni 1953 den Beklagten zur Abnahme weiterer Teillieferungen aufforderte, gegen den Beklagten noch einen Anspruch auf vollständige Erfüllung des Kaufvertrages gehabt hat.

II. In seinen weiteren Ausführungen legt das Berufungsgericht dar, daß die Klägerin bei den hier obwaltenden Umständen von dem Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, obwohl es dem in Verzug geratenen Beklagten nicht eine besondere Frist nach Maßgabe des § 326 BGB gesetzt hat. Dies folgert das Berufungsgericht aus dem Umstand, daß der Beklagte mit seinem Schreiben vom 3. Juli 1953 die ihm obliegende Erfüllungsverpflichtung abgelehnt habe und daß demgemäß eine besondere Fristsetzung nicht mehr nötig gewesen sei.

Die Revision wendet sich auch gegen diese Ausführungen. Sie meint, aus dem Schreiben des Beklagten vom 3. Juli 1953 könne keine endgültige und abschließende Erfüllungsverweigerung des Beklagten entnommen werden; vielmehr handele es sich hierbei, wie vor allem die Begründung des Schreibens ergebe, nur um eine Erfüllungsverweigerung auf Zeit, mit der sich der Beklagte für die von ihm erwarteten weiteren Verhandlungen mit der Klägerin eine günstige Ausgangsposition habe schaffen wollen. Diesen Darlegungen der Revision kann nicht gefolgt werden, weil sie sich insoweit mit dem tatsächlichen Vortrag des Beklagten in Widerspruch setzen. Der Beklagte ist nämlich

den Behauptungen der Klägerin in den Tatsacheninstanzen, der Beklagte habe mit diesem Schreiben endgültig die Erfüllung des Vertrages verweigert, niemals entgegengetreten, im Gegenteil hat er in der Berufungsbegründung selbst eingeräumt, daß es angesichts seines Schreibens vom 3. Juli 1953 einer besonderen Fristsetzung seitens der Klägerin nicht mehr bedurft hätte. Bei dieser Sachlage stellt der jetzt von der Revision vertretene Standpunkt der Sache nach einen neuen Tatsachenvortrag dar, indem die Revision nunmehr für die Auslegung des Schreibens vom 3. Juli 1953 andere Umstände tatsächlicher Art anführt. Es kann daher schon aus diesem Grunde auf die weiteren Erwägungen der Revision in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden.

Im übrigen bezweifelt auch die Revision die vom Berufungsgericht vertretene, mit der ständigen Rechtsprechung in Einklang stehende Auffassung, daß es beim Verzug einer besonderen Fristsetzung im Sinne des § 326 BGB nicht bedarf, wenn der Schuldner die Erfüllung der ihm obliegenden Leistung endgültig verweigert hat, selbst nicht. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht den geltend gemachten Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für begründet erachtet.

III. Nachdem die Vorinstanzen diesen Schadensersatzanspruch der Klägerin der Höhe nach unter verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten ermäßigt haben, werden von der Revision nunmehr zur Höhe keinerlei Einwände mehr vorgebracht. Es ist insoweit auch jetzt kein Grund mehr ersichtlich, der eine weitere Herabsetzung dieses Anspruchs aus Rechtsgründen rechtfertigen könnte. Die dahingehenden Ausführungen des Berufungsgerichts sind zutreffend und daher nicht zu beanstanden.

Somit erweist sich die Revision als unbegründet, so
daß sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen
ist.

Dr. Selowsky

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Artl

Dr. Haager