

Verkündet

am 25. Juni 1952

Klett, 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 August R. [REDACTED] in F. [REDACTED],
G. [REDACTED] F. [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

die Firma Richard H. [REDACTED] GmbH in W. [REDACTED],
P. [REDACTED] Str. [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsfüh-
rerin, daselbst,

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1952 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Artl und Dr. Meyer für Recht er-
kannt:

Die Revision des Beklagten und Widerklägers gegen
das am 12. Juni 1951 verkündete Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main wird
zurückgewiesen. Der Beklagte und Widerkläger hat
auch die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Unternehmen zur Ausstattung von Lichtspiel- und Revuetheatern. Der Beklagte war Eigentümer eines Lichtspieltheaters, das 1944 durch einen Fliegerangriff zerstört wurde. Zum Ersatz dieses Kriegsschadens sind dem Beklagten Ende 1944 Anfang 1945 Mittel bewilligt worden, die zur Wiedererrichtung des Theaters Verwendung finden sollten.

Die Parteien schlossen Anfang 1945 einen Vertrag, nach welchem die Klägerin in dem wieder aufzubauenden Theater die Innenausstattung ausführen und die dazu erforderlichen Stoffe beschaffen sollte. Der Beklagte zahlte die vereinbarte Vergütung von insgesamt 48.632,45 RM, worin ein Betrag von 6.185,-- RM als Architektenhonorar für den Ehemann der Geschäftsführerin der Klägerin, den Architekten H[REDACTED], enthalten war, im Februar und März 1945 im voraus. Zur Durchführung des Vertrages kam es jedoch nicht, da der Beklagte zunächst das Theater nicht wieder aufbauen konnte. Die Parteien hatten jedoch in den folgenden Jahren verschiedentlich Besprechungen über die etwaige Durchführung des Wiederaufbauplans. Bei einer derartigen Besprechung am 13. Februar 1948 erklärte der Architekt H[REDACTED] dem Beklagten in Gegenwart verschiedener anderer Personen, dass die Anfang 1945 für den Beklagten beschafften Materialien nicht mehr vorhanden seien, dass die Klägerin jedoch selbstverständlich zu ihrem alten Vertrag stünde und auch in der Lage sei, die Ware jetzt besser zu beschaffen als es ihr damals möglich gewesen sei. Auch zum Zeitpunkt dieser Besprechung wurde jedoch der Wiederaufbau nicht begonnen. Dies geschah erst nach der Währungsreform, und zwar dergestalt, dass der Beklagte das Theater nicht mehr wie früher als reines Lichtspieltheater mit etwa 1.100 Plätzen, sondern als

Lichtspiel- und Revuetheater mit rund 1.600 Plätzen errichten liess. Im Zusammenhang mit diesem Bauvorhaben fanden zwischen den Parteien Verhandlungen statt, die die Beteiligung der Klägerin an der Ausstattung des Theaters zum Gegenstand hatten. Nach der Auffassung der Klägerin war im Juli 1949 ein neuer selbständiger Vertrag zustande gekommen, wonach der Beklagte ihr Ausstattungsarbeiten im Werte von 45.416,55 DM übertragen hätte; hierfür wäre sie berechtigt gewesen, Vorauszahlungen zu verlangen. Da der Beklagte diese Zahlungen nicht leistete, weil er im Gegensatz zur Klägerin den Standpunkt vertrat, die Klägerin sei zu den nunmehrigen Arbeiten noch im Rahmen des Vertrages aus 1945 verpflichtet, unterliess die Klägerin die Ausführung der Arbeiten.

Mit ihrer Klage hat sie - neben einem vom Beklagten nicht bestrittenen Betrag von 2.077,78 DM - als Schadensersatz wegen Nichterfüllung des von ihr angenommenen Vertrages von 1949 11.640,35 DM verlangt. Die Gesamtforderung hat sie um 3.294,55 DM ermässigt, weil der Beklagte nach ihrer Meinung in dieser Höhe noch einen in DM umgestellten Anspruch auf Erstattung der Anzahlung auf Grund des nach ihrer Auffassung erledigten Vertrages von 1945 habe.

Die Klägerin ist mit dieser Klage in beiden Vorinstanzen unterlegen, weil das Zustandekommen eines Vertrages im Jahre 1949 verneint worden ist; die Parteien hätten sich nämlich über den wesentlichen Punkt der Verrechnung der Anzahlung von 1945 auf den Auftrag von 1949 nicht geeinigt. Die Klägerin hat keine Revision eingelegt.

Gegenstand der nur vom Beklagten eingelegten Revision ist vielmehr dessen Widerklage, mit der er die Ver-



urteilung der Klägerin zur Zahlung von 10.000 DM beantragt hat. Er ist der Auffassung, dass die Klägerin ihm auf Grund des Vertrages von 1945 die zur Ausstattung des Lichtspieltheaters benötigten Waren, insbesondere Stoffe und Beleuchtungskörper, verkauft habe; diese Ware habe er, der Beklagte, damals auch schon bezahlt; infolgedessen sei die Klägerin zu einer Lieferung verpflichtet gewesen. Da sie dies nicht getan habe, heute dazu auch nicht mehr in der Lage sei, weil sie die Ware nicht mehr hätte, sei sie zum Schadensersatz verpflichtet. Das Landgericht hat die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Widerklageantrag weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist form- und fristgerecht eingelegt, ist aber nicht begründet.

Im Streit ist nur die Forderung aus dem Vertrag von 1945. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt ausschliesslich davon ab, welcher Rechtsnatur dieser Vertrag ist.

Das Urteil des Oberlandesgerichts geht auf Grund tatsächlicher Feststellungen davon aus, dass es sich bei diesem Vertrag um einen Werklieferungsvertrag gehandelt habe. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass geschuldet war die Herstellung des Werkes, nämlich die Ausstattung des Kinogebäudes, wozu die Klägerin die Stoffe zu stellen hatte. Das Berufungsgericht stellt weiter fest, dass nicht die Lieferung der Ware, sondern der geschuldete Erfolg im Vordergrund gestanden habe. Auch die Natur des

Unternehmens der Klägerin, einer Spezialfirma für Bühnenbau und Raumgestaltung, spreche dafür, dass die Ware nicht verkauft, sondern entsprechend künstlerischer und architektonischer Planung und Verarbeitung habe angebracht werden sollen.

Diese tatsächlichen Feststellungen tragen an sich zur Genüge die Annahme eines Werklieferungsvertrages. Sie werden allerdings nicht allen aktenkundigen Umständen insofern vollständig gerecht als die Parteien, wozu sie berechtigt sind, bei ihren ursprünglichen Vereinbarungen in Einzelheiten möglicherweise von den gesetzlichen Vorschriften des Werklieferungsvertrages abweichende Regelungen getroffen haben. Auch beim Werklieferungsvertrag ist es an sich zulässig, dass die Parteien eine schuldrechtliche, verbindliche Vereinbarung treffen können, dass nur bestimmte vorhandene Materialien zur Anfertigung des Werkes verwendet werden sollen und dass der Unternehmer verpflichtet ist, für die Werklieferung an den Besteller die Materialien bereitzuhalten und über sie auch nicht zum Nachteil des Bestellers zu verfügen. Wenn daher die Beziehungen der Parteien ausschliesslich auf den Verabredungen von 1945 beruhten, so könnte möglicherweise die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängen, ob eine derartige besondere Art des Werklieferungsvertrages zwischen den Parteien wirklich vereinbart worden ist, was nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres klar ist. Aber auf diese Frage kommt es letztlich nicht an.

Die Besprechungen der Beteiligten im Februar 1948, auf die auch das Berufungsurteil Bezug nimmt und die durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien im Termin vom 6. April 1950 aktenkundig geworden sind, hatten eine abgeänderte Vertragssituation zur Folge. Spätestens

seit diesem Zeitpunkt wusste der Beklagte, dass die ursprünglich vorhandenen Materialien der Klägerin nicht mehr zur Verfügung standen und dass die Klägerin gewillt und in der Lage war, statt dessen im Augenblick des Abrufs des Werkes, d.h., wenn die nötigen Bauarbeiten erfolgt waren, andere und bessere Waren zu verwenden. Der Beklagte hat auf diese Mitteilung der Klägerin hin keineswegs sich auf die ursprünglichen Bestimmungen des Vertrages von 1945 bezogen, sondern im Gegenteil sich über diese Erklärung eine Aktennotiz gemacht. Das ist verständlich, da die Erklärung der Klägerin im Februar 1948 der Sachlage und den wohlverstandenen Belangen des Beklagten entsprach; er konnte im Jahre 1948 gar keinen Wert darauf legen, dass ihm in einem späteren, noch nicht feststehenden Zeitpunkt ein wiederaufgebautes Lichtspieltheater mit Materialien z.B. Papierläufern eingerichtet werden würde, wie sie in den letzten Monaten vor dem Zusammenbruch bei der Klägerin vorhanden oder durch sie zu beschaffen waren.

Von dieser Besprechung im Februar 1948 an handelte es sich also, gleichgültig wie der Inhalt der ursprünglichen Vereinbarung auszulegen ist, für beide Parteien nur darum, dass die Ausstattung des Lichtspieltheaters, wenn dieses gemäss den 1945 vorgesehenen Plänen wiederaufgebaut werden sollte, von der Klägerin in Erfüllung ihrer ursprünglichen Verpflichtungen aus dem seitens des Beklagten im wesentlichen erfüllten Vertrage aus von der Klägerin zu beschaffenden Materialien erfolgen solle. Damit hatten die Parteien in einer der Sachlage und den Belangen aller Beteiligten entsprechenden Abänderung des ersten Vertrages einen typischen Werklieferungsvertrag vereinbart. Zum wenigsten mit dieser Einschränkung und von diesem Zeitpunkt an ist daher die Feststellung des Berufungsgerichts, dass ein solcher Vertrag dem Rechtsverhältnis zugrunde liege, nicht zu beanstanden.

Ebenso ist es eine tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, dass sich der Werklieferungsvertrag auf unvertretbare Sachen bezog, da es sich um die Ausstattung eines bestimmten Lichtspieltheaters handelte. Es ist eine tatsächliche der Revision nicht zugängliche Feststellung des Berufungsurteils, dass die Voraussetzungen zur Durchführung des Auftrages seitens des Beklagten, nämlich der Wiederaufbau des Gebäudes vor der Währungsreform, noch nicht ausgeführt waren, und dass der Werklieferungsvertrag nach Umbau des Theaters und Vergabe der meisten Leistungen an andere Firmen in dieser Art auch nicht mehr ausführbar sei.

Die Ausführung des ursprünglichen und 1948 abgeänderten Vertrages hat der Beklagte niemals von der Klägerin verlangt. Wenn bei den Vertragsverhandlungen im Jahre 1949, bezüglich deren zwischen den Parteien rechtskräftig feststeht, dass sie nicht zum Vertragsabschluss geführt haben, der Klägerin angeboten worden ist, die Bespannungen und Vorhänge für das neuerrichtete Lichtspiel- und Revuethater zu liefern, so wünschte der Beklagte damit nicht mehr die Erfüllung des alten Vertrages oder etwa eine nur umfangreichere Durchführung, sondern etwas, was wesensmäßig verschieden war. Das ergibt sich nicht nur eindeutig aus dem veränderten Charakter des Baues und den sich daraus ergebenden Verschiedenheiten, sondern insbesondere daraus, dass im Gegensatz zu 1945 - die Beleuchtungskörper nicht mehr von der Klägerin geliefert werden sollten; dass andererseits statt etwa 300 qm Wandbespannung nunmehr etwa 1.200 qm zur Erörterung standen, dass von einem anderen Fussbodenbelag an Stelle der Papierläufer nicht die Rede war, kurz, dass die Klägerin nicht mehr die einheitliche Lieferung der gesamten Innenausstattung vornehmen sollte. Es kann der Klägerin daher nicht im Rahmen der

für sie allein bestehenden Vertragspflichten aus dem Vertrage von 1945/48 zum Vorwurf gereichen, dass sie nicht 1949 diese andersartigen Lieferungen bindend übernommen hat, um damit den alten Verpflichtungen zu entsprechen. Deren Durchführung ist durch den abweichenden Aufbau des Theaters und die Vergebung rassistischer Aufträge der Inneneinrichtung, wie das Berufungsgericht zu Recht festgestellt hat, wegen eines Umstandes, den die Klägerin nicht zu vertreten hat, dieser unmöglich geworden.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, dass dem Beklagten aus dem Vertrag von 1945 kein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zustehe, ist also im Endergebnis zutreffend.

In der schriftlichen Revisionsbegründung hat der Beklagte auch gerügt, dass das Berufungsgericht gegen § 139 ZPO insofern verstossen habe, als der Beklagte hätte gefragt werden müssen, ob er nicht wenigstens den Anspruch aus der Umstellung seiner Bereicherungsforderung habe geltend machen wollen. Diese Rüge kann aber nicht erfolgreich sein. Es ist darauf zu verweisen, dass die Fragepflicht des Gerichts inhaltlich auch dadurch bestimmt ist, ob es sich um völlig rechtsunbewandte Parteien handelt oder nicht. Der Beklagte ist Inhaber eines grossen Unternehmens. Es ergibt sich aus den Akten, insbesondere der Tatsache, dass er über wichtige Besprechungen Aktennotizen anzufertigen pflegte, dass er sich durchaus der Bedeutsamkeit rechtlicher Erklärungen und dergleichen bewusst ist. Der Rechtsstreit ist in zwei Rechtszügen als Anwaltsprozess geführt worden. Schon aus diesen Gründen sind an die Ausübung des Fragerechts geringere Ansprüche zu stellen, als etwa in einem Verfahren, in dem rechtsunbewandte Parteien ohne rechtliche Beratung vor einem Gericht

stehen. Darüber hinaus konnte und musste das Berufungsgericht im vorliegenden Fall aber von der Überzeugung ausgehen, dass der Beklagte bzw seine Prozessvertreter aus wohl erwogenen Gründen nicht einmal hilfsweise einen Anspruch auf Umwertung eines etwaigen Bereicherungsanspruchs stellen wollten, weil dieser selbst in der Eventualform gegebenenfalls zu sehr erkennbar ihrem sonstigen Vortrage entgegengestanden hätte. Während des ganzen Rechtsstreits handelte es sich bezüglich dieser Forderung darum, dass die Klägerin eine Rückleistung der Anzahlung auf Grund von Bereicherungsgrundsätzen angeboten hatte. Demgegenüber hat der Beklagte ständig den Gedanken vertreten, es handle sich um einen 1 : 1 umzustellenden Schadensersatzanspruch. In dem landgerichtlichen Urteil ist die Frage offen gelassen worden, ob ein Anspruch auf Schadensersatz oder aus Bereicherung wegen des alten Vertrages gegeben sei. Der Beklagte wusste also, dass beide Begründungen für einen etwaigen Anspruch möglich waren und praktisch in Betracht kamen. Nach dem Erlass dieses Urteils, durch das also der Beklagte noch besonders eindringlich auf diese Frage hingewiesen worden ist, hat der Beklagte in der Berufungserwiderung vom 12. Mai 1951 Bl 6 nochmals unter Stellungnahme zu dem landgerichtlichen Urteil erklärt, die Klägerin sei schadensersatzpflichtig. Auch an dieser Stelle ist aus Gründen, die prozesstaktisch durchaus verständlich sind, nicht einmal hilfsweise die Forderung als Bereicherungsanspruch bezeichnet worden, vielmehr ist ausdrücklich erklärt worden, dass die alte Lieferverpflichtung fortbestehe und Gegenstand der Widerklage sei. Unter diesen Umständen würde es eine Überspannung der Verpflichtung aus § 139 ZPO gewesen sein, wenn das Berufungsgericht dem Beklagten die Frage vorgelegt haben würde, ob er seinem mit der Widerklage vorgetragenen Anspruch eine restlos andere und bisher von ihm ausdrücklich abge-

lehnte Rechtsbegründung geben wolle. Das konnte und musste das Berufungsgericht dem Widerkläger selbst überlassen (RG 109, 70). Die Vorschrift des § 139 ZPO verpflichtet den Richter nicht, auf eine andere Begründung des mit der Klage verfolgten Anspruchs hinzuwirken und ihr so erst den Boden zu bereiten, auf dem sie zum Erfolg geführt werden könnte. Auch diese Rüge des Beklagten greift also nicht durch.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Canter

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl

Dr. Meyer