

Verkündet
laut Protokoll

am 16. Juni 1955

Braun, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Kommanditgesellschaft in Firma Eisenverwertungs-
gesellschaft H. G. & Co in B. & Co, L.
Str.,

2. deren persönlich haftenden Gesellschafters, des
Kaufmanns Dr. Rudolf Ba., in B.-W.,
Am g. W.,

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

die Firma Ge. Aktiengesellschaft in
Ge., vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1955 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Kuhn,
Artl und Dr. Winkelmann für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 17. Oktober 1953 wird zurückge-
wiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens
tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte Kommanditgesellschaft (nachstehend kurz als "die Beklagte" bezeichnet) betrieb Schrotthandel mit dem Sitz in B [REDACTED] und mehreren Zweigniederlassungen in der Bundesrepublik; der Zweitbeklagte ist ihr persönlich haftender Gesellschafter. Am 25. Juni 1949 verkaufte die Beklagte der Klägerin 5.000 to Stahlschrott Sorte 0 zum Preise von 52 DM je to, Preis frei Schiff B [REDACTED]. Für einen Rest von etwa 15 v H dieser Menge ergaben sich Lieferschwierigkeiten, die nach Behauptung der Beklagten durch die Sperre der Schifffahrtsschleuse Ro [REDACTED] bedingt waren. Nach längeren Verhandlungen wurde am 17. Dezember 1951 hierüber ein neuer Vertrag geschlossen. Danach sollte die Beklagte "730 to IA Schrott" im 1. Quartal 1952 zum Preise von 99 DM je to unter Zugrundelegung der Frachtbasis E [REDACTED] an die Klägerin liefern. Sie lieferte aus Westdeutschland 130 to und blieb mit dem Rest von 600 to trotz mehrfacher Mahnungen rückständig.

Am 11. April 1952 wurde zwischen der Schrottvermittlungs-GmbH als Bevollmächtigten der Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie und einer Gruppe von Schrotthändlern ein sogenanntes "Globalabkommen" über Schrottlieferungen abgeschlossen, das am 15. April 1952 in Kraft trat. Unter Hinweis auf dieses Abkommen lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 7. Mai 1952 jegliche Ansprüche der Klägerin ab und blieb bei dieser Ablehnung in einem weiteren Schreiben vom 30. Mai 1952, obwohl die Klägerin mit Schreiben vom 17. Mai einen Deckungskauf ankündigte.

Die Klägerin nahm nach ihrer Behauptung Deckungskäufe vor, bei denen sie statt der vereinbarten 99 DM einen Preis von 184 DM je to gezahlt habe; sie berechnet ihren Schaden

45

- 3 -

auf 600 x 85 = 51.000 DM und fordert von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern einen Teilbetrag von 6.100 DM.

Die Beklagte hat geltend gemacht, daß die im Verträge festgelegte Frachtbasis E [REDACTED] lediglich aus Preismüßungsgründen nach außen hin als Vertragsbedingung vereinbart worden sei. Zwischen den Parteien habe jedoch Einigkeit darüber bestanden, daß der Schrott aus B [REDACTED] habe geliefert werden sollen. Ursprünglich habe nach dem Abkommen vom 17. Dezember 1951 Stahlschrott Sorte 0 geliefert werden sollen. Um den im Verträge vereinbarten erhöhten Preis von 99 DM jedoch zu rechtfertigen, sei in Verbindung mit der Festlegung "Frachtbasis E [REDACTED]" die Sortenbezeichnung "IA" gewählt worden, weil der Preis von 99 DM zu damaliger Zeit über dem zulässigen Preis für Stahlschrott Sorte 0 in B [REDACTED] gelegen habe.

Sie hat sich weiter darauf berufen, mit Beginn des Jahres 1952 sei durch die von der sowjetischen Besatzungsmacht einsetzenden Beschlagnahmen von Schrott-Transporten die Erfüllung des Vertrages unmöglich gemacht worden. Die zu der Zeit ständig drohenden Beschlagnahmen, die bei Vertragsschluß nicht über das normale Maß hinausgegangen seien, hätten infolge der Unzumutbarkeit der Transportabwicklung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt.

Die Beklagte bezieht sich weiter auf ein Telefongespräch ihres Prokuristen Pu [REDACTED] mit der Klägerin, durch das diese spätestens am 18. Februar 1952 erfahren habe, daß eine Lieferung nicht mehr würde erfolgen können. Sie meint, die Klägerin habe damals alsbald Deckungskäufe tätigen müssen, und trägt vor, der amtliche Einkaufspreis für Schrott der vereinbarten Art habe bis zum 15. April 1952 88 DM pro to betragen.

Schließlich vermißt die Beklagte eine Nachfristsetzung durch die Klägerin und hält diese auch nicht für entbehrlich,



da die Klägerin noch mit Schreiben vom 19. und 29. April 1952 ausdrücklich auf Erfüllung bestanden habe.

Das Landgericht hat die Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt, das Berufungsgericht hat ihre Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision wiederholen sie den Antrag auf Abweisung der Klage; die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht entnimmt aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 17. Dezember 1951 und aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme, daß die Verpflichtung der Beklagten nicht auf die Schrottmengen begrenzt werden sollte, die sie aus B [REDACTED] zu liefern in der Lage wäre. Diese Auslegung enthält keinen Rechtsirrtum und wird von der Revision nicht angegriffen. Die Beklagte durfte und mußte daher auch auf solche Schrottmengen zurückgreifen, die sie im Gebiet der Bundesrepublik zur Verfügung hatte oder sich beschaffen konnte. Deshalb hat das Berufungsgericht mit Recht alle Einwendungen der Beklagten unberücksichtigt gelassen, die auf den von ihr behaupteten Schwierigkeiten einer Lieferung aus Berlin beruhen.

Das Berufungsgericht hat keinen Anlaß gesehen, die Behauptung der Beklagten zu prüfen, sowohl die Vereinbarung der Frachtbasis E [REDACTED] wie auch die Sortenbezeichnung "IA" für den Schrott seien nur zum Zwecke der Preisumgehung in den Vertrag eingesetzt worden, in Wahrheit habe die geringere Sorte "O" geliefert werden sollen, und zwar auf einer für die Beklagte günstigeren Frachtbasis. Das würde bedeuten, daß für die wirklich vereinbarte Lieferung ein

aus zweifachem Grunde überhöhter Preis vereinbart wäre. Die Revision rügt deshalb die Übergehung dieser Behauptung der Beklagten mit der Begründung, aus der Unterstellung ihrer Richtigkeit sei die Nichtigkeit des ganzen Vertrages (§ 134 BGB) und damit der Wegfall der Grundlage für die Klageforderung herzuleiten.

Hierbei übersieht aber die Revision, daß der Vertrag gleichzeitig der Bereinigung des Streites diene, der wegen der Restansprüche der Klägerin aus dem Vertrag vom 25. Juni 1949 bestand. Daraus ergibt sich zunächst, daß auch bei einer etwaigen Nichtigkeit des Vertrages nicht etwa jeder Anspruch der Klägerin entfallen würde; die Klägerin könnte dann auf die Ansprüche wegen Nichterfüllung des alten Vertrages zurückgreifen, die nach dem eigenen Vortrag der Beklagten keinesfalls hinter dem Betrage der Klageforderung zurückbleiben.

Die Revision irrt aber auch darin, daß die von der Beklagten behauptete Preismenge überhaupt zur Nichtigkeit des Vertrages vom 17. Dezember 1951 führen würde. Auch wenn es richtig wäre, daß beide Parteien bewußt von den zulässigen Preisen abwichen, wäre dies nach dem eigenen Vortrag der Beklagten darauf zurückzuführen, daß die Klägerin der Beklagten bei der Abwicklung des Vertrages von 1949 besonders weit entgegenkam, die Preisabweichung war daher Bestandteil eines Vergleiches, bei dem beide Teile nachgaben; der vereinbarte Preis war nicht nur Gegenleistung für die neu vereinbarte Lieferung, sondern ein Teil der Gesamtleistung, die die Klägerin in dem Vergleich übernahm.

Unter diesen Umständen würde auch die von der Beklagten behauptete Preismenge nicht zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB führen; es bedurfte deshalb für das Berufungsgericht keiner Prüfung der Behauptung der Beklagten. Der

behauptete wahre Inhalt des Vertrages könnte nur für die Frage von Bedeutung sein, wie hoch der Gesamtschaden der Klägerin zu berechnen ist. Ein sich daraus ergebender Unterschied liegt aber augenscheinlich außerhalb des im vorliegenden Rechtsstreit anhängigen Teilbetrages.

II. Das sogenannte Globalabkommen regelte nach dem von den Parteien vorgetragenen Inhalt nur die Lieferungen für die Zukunft, es bedeutete keine Leistungsbehinderung für die Abwicklung vorher abgeschlossener Verträge. Die Meinung, daß das Abkommen zu einer Befreiung der Beklagten von der Lieferungsverpflichtung, etwa wegen Unmöglichkeit, geführt hätte, hat die Beklagte selbst im Laufe des Rechtsstreits wiederholt als einen Rechtsirrtum bezeichnet. Deshalb bedarf es keiner Entscheidung, ob die Beklagte bei dem Inkrafttreten des Globalabkommens schon im Verzuge war. Dieser Verzug trat spätestens mit den beiden Mahnschreiben der Klägerin vom 19. und 20. April 1952 ein.

Eine besondere Fristsetzung im Sinne des § 326 BGB hat die Klägerin unstreitig nicht ausgesprochen. Das Berufungsgericht hält sie für entbehrlich, da die Beklagte auf diese beiden Schreiben am 7. Mai 1952 habe erklären lassen, daß sie sich nach der in Kraft getretenen Neuregelung nicht in der Lage sehe, die rückständigen Schrottmengen zu liefern. Zur Ergänzung verweist das Berufungsgericht auf ein weiteres Schreiben der Klägerin vom 17. Mai 1952, in der diese anderweitige Eindeckung ankündigte, und die mit dem Schreiben vom 7. Mai 1952 inhaltlich übereinstimmende Antwort der Beklagten vom 30. Mai 1952. In diesen Erklärungen der Beklagten sieht das Berufungsgericht eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung.

Die Revision beanstandet dies mit der Begründung, die Beklagte habe sich bei Abfassung der beiden Schreiben vom

7. und 30. Mai 1952 gerade nach Ansicht der Klägerin in einem Irrtum über die Rechtslage, nämlich über die Auswirkungen des Globalabkommens, befunden. Gerade angesichts dieses für die Klägerin erkennbaren Grundes für die Leistungsverweigerung der Beklagten hätte es einer Fristsetzung bedurft, da anzunehmen gewesen sei, daß die Beklagte bei vorgeschriebener Fristsetzung und Androhung unter Hinweis auf die Unrichtigkeit ihrer Auslegung des Globalabkommens sehr wohl noch geliefert hätte.

Auch diese Ausführungen der Revision gehen fehl. Es ist zwar richtig, daß an die Bejahung einer ernstlichen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen sind und daß ein bloßes Ausweichen nicht genügt (RGZ 66, 430; BGB RGRKomm § 326 Anm 1, b, bb; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 53, III, 1, b, ; Soergel § 326 Anm D II, 2).

Wenn der Leistungsschuldner die Leistung ernstlich verweigert, so kann diese Weigerung ihre Ursache darin haben, daß er trotz Kenntnis von seiner Verpflichtung nicht leisten kann oder nicht leisten will. In aller Regel liegt aber die Ursache in seiner Meinung, er sei zur Leistung aus irgendeinem Rechtsgrunde nicht verpflichtet. Ob diese Meinung richtig oder unrichtig ist, kann vielfach erst in einem Rechtsstreit geklärt werden. Für den Leistungsgläubiger ist es häufig nicht erkennbar, auf jeden Fall aber auch unerheblich, welcher dieser Gründe den Schuldner zu seiner Weigerung veranlaßt hat. Gibt dieser für seine Weigerung einen Rechtsgrund an, so muß das in der Regel als eine besondere Bekräftigung seiner Weigerung betrachtet werden. Eine Ausnahme mag allenfalls dann gelten, wenn der Inhalt der Erklärung des Schuldners oder äußere Umstände Anlaß zu der Annahme geben, der Schuldner werde durch eine entsprechende Rechtsbelehrung anderen Sinnes werden, die Weigerung sei ^{nicht} deshalb ernstlich und endgültig. Die Beklagte hatte keiner-

lei Umstände vorgetragen, aus denen die Annahme einer etwa möglichen Sinnesänderung hergeleitet werden könnte; die Meinung der Revision, eine solche Sinnesänderung sei "anzunehmen" gewesen, findet in den tatsächlichen Feststellungen und im Vortrag der Beklagten keine tatsächliche Grundlage. Da die Beklagte schon das erste Weigerungsschreiben vom 7. Mai 1952 nicht selbst geschrieben, sondern damit einen Rechtsanwalt beauftragt hatte, so könnte das Schreiben der Klägerin vom 17. Mai 1952 mit der Ankündigung anderweitiger Eindeckung als eine hinreichende Fristsetzung im Sinne des § 326 BGB anzusehen sein, jedoch bedarf diese Frage nach den vorstehenden Ausführungen keiner abschließenden Entscheidung.

Die Revision setzt sich auch in Widerspruch zu der eigenen früheren Einlassung der Beklagten, die auch noch im Rechtsstreit eine Lieferungsverpflichtung unter Berufung auf das Globalabkommen bestritten hat und die der Klägerin den Vorwurf macht, daß sie sich nicht alsbald nach dem Ferngespräch vom 18. Februar 1952 eingedeckt habe.

Die Berufung der Beklagten auf die von ihr angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts geht fehl. Die Entscheidungen RGZ 66, 419 und RGZ 102, 262 [266] betreffen ganz besonders gelagerte Fälle; das Urteil RGZ 104, 275 [277] spricht nicht für die Ansicht der Beklagten, sondern für die des Berufungsgerichts. Es läßt die Möglichkeit zu, daß einer an sich klaren Ablehnung der Erfüllung die Eigenschaft einer endgültigen Erfüllungsverweigerung mit Rücksicht auf anderweite Umstände abgesprochen werden kann und daß es in dieser Hinsicht von Erheblichkeit sein kann, wenn der Ablehnung eine Erklärung hinzugefügt wird, aus der der Wunsch einer Fortsetzung der geschäftlichen Beziehungen hervorgeht. Dafür liegt hier kein Anhaltspunkt vor.

Dem Berufungsgericht ist hiernach darin zuzustimmen, daß es einer besonderen Fristsetzung nach § 326 BGB nicht bedurfte

III. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte am 18. Februar 1952 telefonisch statt des verkauften Stahlschrotts, den sie nicht würde beschaffen können, Hochofenpakete angeboten. Das Berufungsgericht hält es nicht für bewiesen, daß bei dieser Gelegenheit bereits endgültig überhaupt zum Ausdruck hat gebracht werden sollen, daß die Lieferung von Stahlschrott unmöglich sei.

Die Revision greift diese Ausführungen nicht mehr an, sie wendet sich aber gegen die Begründung, die das Berufungsgericht für seine Entscheidung über die Höhe der Klageforderung gibt. Danach habe die Beklagte nicht substantiiert bestritten, daß der Klägerin bei der anderweitigen Eindeckung mit Stahlschrott ein Schaden mindestens in Höhe der geforderten 6.100 DM entstanden sei; sie habe immer nur angeführt, daß die Klägerin sich unmittelbar nach dem 31. März 1952 anderweitig zu einem Preise hätte eindecken können, der nicht über dem mit der Beklagten vereinbarten Preise gelegen habe; dies habe aber nicht auch für einen späteren Zeitpunkt gegolten.

1. Die Revision meint, die Klägerin berechne ihren Schaden abstrakt und lege dabei unzulässigerweise den Marktpreis zur Zeit der Klageerhebung zugrunde statt des Zeitpunkts des Verzuges oder der Erfüllungsverweigerung. Dabei gibt die Revision aber dem Vortrag der Klägerin einen mit dem Wortlaut nicht zu vereinbarenden Sinn.

a) In der Klageschrift wird von dem Globalabkommen gesprochen, auf das sich die Beklagte in ihren eine Lieferung ablehnenden Schreiben vom 7. und 30. Mai bezogen hatte. Hier folgt der Satz: "In Wahrheit kommt es den Beklagten darauf an, weil inzwischen der Schrottpreis auf 184.-DM/to gestiegen war, sich von der Lieferungsverpflichtung zu befreien." Die Berechnung des Schadens wird ge-

stützt auf die Differenz zwischen dem vereinbarten Preise und demjenigen, den sie "nunmehr für den von der Beklagten nicht gelieferten Schrott zu zahlen hatte." Das Wort "nunmehr" kann nicht, wie die Revision will, auf den Zeitpunkt der Klageerhebung bezogen werden, sondern nur auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt, und der behauptete Preis von 184 DM je to kann nur entweder für den Zeitpunkt des Globalabkommens oder für den der Leistungsverweigerung gelten; dieser Vortrag würde zur Substantiierung einer abstrakten Schadensberechnung ausreichen.

b) Im Schriftsatz vom 26. November 1952 gibt die Klägerin auf S 4 zu 6 eine Schilderung, daß und warum sie frühestens am 7. Mai 1952 "an einen Deckungskauf denken" konnte; sie trägt vor, sie habe wegen der Nichterfüllung der Beklagten Schrott zu den gestiegenen Preisen kaufen müssen. Mit dem Schriftsatz vom 4. Dezember 1952 hat die Klägerin Photokopien von Einkaufsrechnungen über Schrottkäufe vom 30. April und 26. und 28. Mai 1952 überreicht, aus denen sich für die Schrottsorte IA ein Preis von 191 DM je to ergibt. Hierauf beruht die Wiedergabe des Vortrags im Tatbestand des Berufungsurteils, wonach die Klägerin bei den später vorgenommenen Deckungskäufen 184 DM je to habe zahlen müssen (S 3).

Entgegen der Meinung der Revision hat danach die Klägerin ihren Schaden nicht abstrakt berechnet, sondern konkret nach behaupteten Deckungskäufen. Damit hat sie ihrer Pflicht zur Substantiierung des Schadens genügt, und die Beklagte kann nicht mit dem von der Revision vorgebrachten Einwand gehört werden, sie sei zu einem substantiierten Bestreiten solange nicht verpflichtet gewesen, als die Klägerin ihre Behauptungen nicht substantiiert hatte.

2. In der Klagebeantwortung S 7 zu V hat die Beklagte zwar bestritten, daß die Klägerin überhaupt anderweitige Deckungskäufe vorgenommen hätte. Sie hat darauf verwiesen,

daß der Klägerin nach dem Globalabkommen automatisch bestimmte Mengen Schrott zugeteilt worden seien, aber keine über die Norm hinausgehende Menge. Darin liegt aber nicht, wie die Revision meint, ein hinreichend substantiiertes Bestreiten der Deckungskäufe, sondern die Äußerung der irrigen Rechtsmeinung, die von der Klägerin getätigten Kaufgeschäfte könnten aus den angeführten Gründen nicht als Deckungskäufe gewertet werden. Ein zur Berechnung des konkreten Schadens herangezogener Deckungskauf braucht weder nach außen als solcher kenntlich zu sein noch außerhalb des sonst üblichen Einkaufsrahmens des Käufers zu liegen. Hat er eine dem Rückstand entsprechende Warenmenge nachweislich zu einem über dem Vertragspreis liegenden Preis eingekauft, so hat er damit die Höhe seines Schadens konkret dargetan. Der Sonderfall, daß etwa ein außerhalb der allgemeinen Preisentwicklung liegender oder nur ganz vorübergehend geltender Ausnahmepreis gezahlt worden wäre, liegt hier unstreitig nicht vor.

Da sich hiernach die Revision auch wegen der Höhe der Forderung als unbegründet erweist, so war sie mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr.Kuhn Artl Dr.Winkelmann