

2507 002

Verkündet

am 29. September 1958

Fieser, 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 Fritz H [REDACTED], D [REDACTED],
Am a [REDACTED] F [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Franz B [REDACTED], D [REDACTED],
O [REDACTED]straße [REDACTED], Alleininhaber der Firma B [REDACTED]
& Co., D [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 29. September 1958 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Kuhn,
Dr. Haager und Liesecke
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 6. Dezember 1956 aufgehoben und die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren die alleinigen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Der Kläger schied durch Vertrag vom 30. April 1954 aus der Gesellschaft aus, während der Beklagte das Unternehmen unter der bisherigen Firma allein fortführte. Der Kläger übernahm bestimmte Maschinen, Warenvorräte und sonstige Gegenstände des Gesellschaftsvermögens. In dem Vertrag vom 30. April 1954 wurde die Ausgleichsschuld des Klägers auf 32.600 DM festgesetzt. Diese Schuld sollte der Kläger durch Warenlieferungen an den Beklagten abgelten, und zwar in Höhe von 24.600 DM bis zum 31. Dezember 1955 und in Höhe des Restbetrages bis zum 30. Juni 1956. Weiterhin enthielt dieser Vertrag Bestimmungen über die künftigen Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien. Danach verpflichtete sich der Beklagte, im Rahmen seines Geschäftsbetriebes und der vorliegenden Aufträge die vom Kläger hergestellten Fabrikate zu einem angemessenen Preis zu übernehmen; der Kläger verpflichtete sich seinerseits, ausschließlich den Beklagten zu beliefern. In der Folgezeit lieferte der Kläger dem Beklagten Waren im Rechnungswert von mehr als 40.000 DM, die der Beklagte zum Teil bezahlte und zum Teil auf die Ausgleichsschuld des Klägers verrechnete.

Im Sommer 1954 kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien. In einem anhängigen Rechtsstreit schlossen sie am 14. Juli 1954 einen gerichtlichen Vergleich. In ihm erklärte sich der Beklagte bereit, im Laufe der Woche für 6.000 DM Ware dem Kläger abzunehmen; auf diesen Kaufpreis sollte der Beklagte 4.000 DM in bar oder in Wechseln zahlen. Im Laufe der folgenden Woche sollte der Beklagte für weitere 2.000 DM Ware abnehmen und hierauf 1.000 DM zahlen. Auf die darüber hinaus vom Kläger zu liefernde Ware sollte der Beklagte 2/3 in bar oder in Wechseln zahlen, während die einbehaltenen Beträge auf die Schuld des Klä-

gers verrechnet werden sollten. Schließlich wurde der Kläger in dem Vergleich aus seiner Verpflichtung zur abschließlichen Lieferung an den Beklagten entlassen.

Der Beklagte hat mit Schreiben vom 15. Juli 1954, beim Kläger eingegangen am 20. Juli 1954, bei diesem Ware für 6.034 DM bestellt. Einen Teil dieser Ware im Wert von 3.846,50 DM hat der Kläger gemäß Rechnung vom 21. Juli 1954 geliefert. Auf diese Rechnung hat der Beklagte 763,33 DM mit Scheck und 1.800 DM in Wechseln bezahlt. Die bestellten restlichen Waren sind nicht geliefert worden.

Zwischen den Parteien herrscht Streit über die Höhe und den Inhalt der restlichen Ausgleichsschuld des Klägers. Dieser hat im ersten Rechtszug geltend gemacht, er schulde nicht mehr als 5.977,54 DM; diesen Betrag könne er durch Warenlieferungen abgelten. Gleichwohl habe der Beklagte von ihm keine weitere Ware mehr bezogen.

Er hat demgemäß mit seiner Klage u. a. die Feststellung begehrt, daß er berechtigt sei, die Restforderung durch Warenlieferungen abzugelten, und daß der Beklagte darüber hinaus verpflichtet sei, ohne zeitliche Begrenzung die von ihm erzeugten, im Klagantrag im einzelnen bezeichneten Waren ausschließlich von ihm zu beziehen.

Der Beklagte hat im Wege der Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 13.500 DM verlangt. Er hat vorgetragen, daß die Restschuld zumindest noch in dieser Höhe bestehe. Des weiteren hat er ausgeführt, der Kläger habe das Recht verwirkt, seine Schuld durch Warenlieferungen abzudecken. Er habe die Bestellung vom 15. Juli 1954 nicht vollständig ausgeführt, obwohl er - der Beklagte - ihn mit Schreiben vom 23. August 1954 noch gemahnt und ihm eine Nachfrist gesetzt habe. Nunmehr sei der Kläger überschuldet und zahlungsunfähig. Er habe



seine Betriebseinrichtung veräußert und könne nicht mehr liefern. Schließlich seien die im Auseinandersetzungsvertrag vorgesehenen Fristen für die Lieferungen inzwischen abgelaufen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die genannten Feststellungsanträge des Klägers abgewiesen und auf die Widerklage den Kläger zur Zahlung von 5.977,54 DM verurteilt. In der Berufungsinstanz hat der Kläger zudem noch hilfsweise gegen den mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruch mit Schadenersatzansprüchen aufgerechnet. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine beiden Feststellungsanträge und seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht verneint ein Recht des Klägers, seine Restschuld noch durch Warenlieferungen abzugelten. Es erblickt in der Verbindlichkeit des Klägers eine Wahlschuld und ist der Meinung, daß dem Kläger die Abgeltung seiner Restschuld durch Warenlieferungen unmöglich geworden sei und er deshalb (§ 265 BGB) seine Verbindlichkeit nunmehr in Geld begleichen müsse. Des weiteren stützt das Berufungsgericht die Zahlungsverpflichtung des Klägers auf die Erwägung, daß dem Beklagten die Abnahme von Waren angesichts der Vermögensverhältnisse des Klägers und der damit im Zusammenhang stehenden Umstände nicht mehr zuzumuten sei. Auch sei die Höhe des dem Beklagten zugesprochenen Teilbetrages begründet, da der Kläger bei seiner Berechnung der noch bestehenden Restschuld von diesem Teilbetrag ausgegangen sei. Dabei lehnt das Berufungsgericht eine Berücksichtigung des vom Kläger geltend gemachten Aufrechnungseinwandes ab; denn dieser Einwand sei

im Berufungsverfahren nicht sachdienlich, weil er die Entscheidung verzögern würde (§ 529 Abs. 5 ZPO).

Der Revision ist zuzustimmen, daß diese Ausführungen des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

1.) Das Berufungsgericht wird dem Vortrag des Klägers nicht gerecht, wenn es die im Auseinandersetzungsvertrag vom 30. April 1954 festgelegte Verbindlichkeit des Klägers als eine Wahlschuld im Sinne der §§ 262 ff BGB behandelt. Der Kläger hatte unter Beweisantritt vorgetragen, daß die von ihm übernommenen Maschinen und sonstigen Gegenstände in dem Auseinandersetzungsvertrag zum Anschaffungswert angesetzt worden seien und daß er sich mit diesem Wertansatz nur einverstanden erklärt habe, weil er seine Ausgleichsschuld durch Warenlieferungen habe ausgleichen dürfen und weil der Beklagte darüber hinaus eine zeitlich unbegrenzte Abnahmeverpflichtung ihm gegenüber übernommen habe. Bei einer solchen, für die Revisionsinstanz zu unterstellenden Sachlage läßt sich die Möglichkeit nicht von der Hand weisen, daß es sich nach dem Willen der Parteien bei der Verbindlichkeit des Klägers nicht um eine Wahlschuld handelt, daß neben der Lieferungsschuld des Klägers nicht als gleichwertige Schuld wahlweise auch eine Zahlungsverbindlichkeit des Klägers in Höhe von 32.600 DM begründet worden ist. Auch würde nach diesem Vortrag die Annahme einer Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) unter Umständen nicht gerechtfertigt sein. Der Vortrag des Klägers legt die Möglichkeit nahe, daß die Zahlenangaben und Wertansätze in dem Auseinandersetzungsvertrag lediglich die Berechnungsgrundlage für die Höhe der Lieferungsschuld des Klägers bilden und diese damit den alleinigen Gegenstand der Verbindlichkeit des Klägers darstellen. Bei dieser Sachlage hätte sich daher, wie die Revision mit Recht rügt,

das Berufungsgericht bei seiner Auslegung mit diesem Vortrag des Klägers befassen und auseinandersetzen müssen.

Stellt sich die Rechtslage so dar, daß die Lieferungsverbindlichkeit des Klägers den einzigen Gegenstand seiner Ausgleichsschuld bildete, so ist eine Anwendung des § 265 BGB nicht möglich. Für den Beklagten ergibt sich dann im Fall einer Nichterfüllung seitens des Klägers das Recht zum Rücktritt von diesem Teil des Auseinandersetzungsvertrages - die Voraussetzungen eines Teilrücktritts dürften jedenfalls nach dem bisherigen Parteivortrag zu bejahen sein - oder das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Von diesen Rechtsbehelfen hat der Beklagte nach seinem Parteivortrag das Rücktrittsrecht geltend gemacht. Das bedeutet, daß nunmehr die Ausgleichsschuld des Klägers nach den wahren Werten der von ihm übernommenen Gegenstände in Geld zu berechnen sein und damit die bisherige Berechnungsgrundlage der Parteien in Wegfall geraten würde. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es nicht möglich, schon jetzt unter Berücksichtigung des erstinstanzlichen Vortrages des Klägers von einer Ausgleichsschuld desselben in Höhe von 5.977,54 DM auszugehen. Denn aus dem Vortrag des Klägers kann nur eine Lieferungsverbindlichkeit im Warenwert von 5.977,54 DM entnommen werden, die voraussetzt, daß der Rücktritt des Beklagten nicht wirksam ist.

Demgemäß muß das Berufungsurteil insoweit aufgehoben werden, als es die Verurteilung des Klägers zu einem Teilbetrag bestätigt hat.

2.) Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß dem Kläger die Erfüllung seiner Lieferungsverbindlichkeit unmöglich geworden sei und er diese Unmöglichkeit zu vertreten habe, läßt sich nach den bisherigen Feststellungen nicht aufrechterhalten.

-Das Berufungsgericht legt bei seinen diesbezüglichen Ausführungen dar, daß dem Kläger die vollständige Erfüllung der von dem Beklagten unter dem 15. Juli 1954 aufgegebenen Bestellung unmöglich geworden sei. Es begründet seine Auffassung damit, daß der Kläger nach einem Mahnschreiben (mit Fristsetzung) des Beklagten vom 23. August 1954 nicht wenigstens einen Teil der Waren geliefert habe und daß nach den eigenen Prozeßausführungen des Klägers die Bestellung des Beklagten einen übermäßigen Umfang gehabt habe und ihm - dem Kläger - die erforderlichen Mittel zur Beschaffung des Materiales gefehlt hätten. Dabei könne sich der Kläger zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, daß der Beklagte ihm zur Bezahlung seiner Teillieferungen keine diskontfähigen Wechsel gegeben habe, da der Beklagte eine dahingehende Verpflichtung im Vergleich nicht übernommen habe.

Demgegenüber rügt die Revision mit Recht, daß der Beklagte in seinem Anwaltschreiben vom 13. August 1954 die Wechsel selbst als diskontfähig bezeichnet habe und dabei offenbar selbst davon ausgegangen sei, daß er diskontfähige Wechsel zu geben habe. Im übrigen ist die Auslegung des Berufungsgerichts zu diesem Punkt verfahrensrechtlich auch insoweit zu beanstanden, als die Frage, ob der Beklagte diskontfähige Wechsel zu geben habe, nicht allein nach dem Wortlaut des Vergleichs beantwortet werden kann. Maßgeblich ist in dieser Hinsicht in erster Linie der Sinn und der Zweck dieser Verpflichtung des Beklagten, die doch offenbar dahin ging, dem Kläger durch die Zahlung von $\frac{2}{3}$ des Rechnungsbetrages die sofortige Anschaffung von Material zur Herstellung weiterer Ware zu ermöglichen. Einen solchen Sinn und Zweck der Verpflichtung des Beklagten hätte das Berufungsgericht bei seiner Auslegung ebenfalls berücksichtigen müssen. Schließlich kann es entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch nicht von entschei-

dender Bedeutung sein, daß der Kläger diese Wechsel bei seinen Geschäftspartnern habe in Zahlung geben können. Denn hierbei läßt das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers außer acht, daß ihm das erst nach großen Schwierigkeiten und nach einer langen Verzögerung gelungen sei. Wenn man diesen Vortrag als richtig unterstellt - die Bankverbindung des Klägers hatte jedenfalls den Ankauf der Wechsel mit Schreiben vom 27. Juli 1954 abgelehnt, weil bei den Akzeptanten dieser Wechsel Wechselproteste vorgekommen waren - , so läßt sich die Möglichkeit nicht ausräumen, daß dem Kläger die erforderlichen Mittel für die weiteren Lieferungen an den Beklagten im August 1954 deshalb fehlten, weil der Beklagte seiner etwaigen Verpflichtung zur Hergabe diskontfähiger Wechsel nicht nachgekommen war.

Das Berufungsgericht wird bei seinen angegriffenen Ausführungen aber auch des weiteren nicht dem Vortrag des Klägers gerecht. Dieser hatte nicht den Umfang der vom Beklagten aufgegebenen Bestellung als übermäßig bezeichnet, sondern sich gegen den Inhalt der Bestellung gewandt und vorgetragen, daß der Beklagte entgegen seinen bisherigen eigenen Gewohnheiten von zwei bestimmten Warenposten eine so hohe Anzahl bestellt habe, die der Kläger nach Kenntnis des Beklagten keinesfalls vorrätig haben konnte und auch nicht so schnell habe herstellen können, weil er das dafür erforderliche Zelluloid in dieser Menge nach dem Zellhorngesetz aus feuertechnischen Gründen nicht habe lagern dürfen (vgl. Bl. 201, 202 GA). Dieser Vortrag des Klägers bedeutet somit, daß der Beklagte Bestellungen aufgegeben habe, deren sofortige Ausführung nach der eigenen Kenntnis des Beklagten nicht möglich gewesen sei. Bei dieser Sachlage hätte sich das Berufungsgericht mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob diese Bestellung nicht angesichts der Verpflichtung des

Beklagten nach dem Vergleich vom 14. Juli 1954 einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellte und demgemäß nicht als Erfüllung der vom Beklagten übernommenen Verpflichtung angesehen werden kann.

Schließlich ist gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts mit der Revision einzuwenden, daß dieses das Anwaltschreiben des Klägers vom 12. August 1954 (Bl. 204 GA) nicht berücksichtigt hat. Denn aus diesem Schreiben läßt sich entsprechend dem Vortrag des Klägers unter Umständen entnehmen, daß der Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt die Entgegennahme weiterer Lieferungen abgelehnt hat. Wenn er diese Ablehnung am 18. August 1954, was das Berufungsgericht als möglich ansieht, wiederholt haben sollte, dann erhält das Mahnschreiben des Beklagten vom 23. August 1954 mit seiner Fristsetzung bis zum 25. August 1954 einen anderen Sinn, und zwar um so mehr, wenn dieses Schreiben, wie der Kläger weiter behauptet hat, erst am 26. August 1954 in seinen Besitz gelangt ist. Auch das hätte das Berufungsgericht daher bei seiner Auslegung berücksichtigen müssen.

Somit läßt sich nach den bisherigen Feststellungen die Auffassung des Berufungsgerichts nicht aufrechterhalten, daß dem Kläger im August 1954 aus von ihm zu vertretenden Gründen die restliche Ausführung der ordnungsgemäßen Bestellung des Beklagten vom 15. Juli 1954 unmöglich gewesen sei.

3.) Ferner ist das Berufungsgericht der Meinung, daß dem Beklagten nach der weiteren Entwicklung der Dinge billigerweise nicht zugemutet werden könne, weitere Waren von dem Kläger zu beziehen. Dabei stützt sich das Berufungsgericht namentlich darauf, daß der Kläger wirtschaftlich zusammengebrochen sei, den Offenbarungseid geleistet habe und sein Betrieb zum Erliegen gekommen sei. Hieraus

folgt das Berufungsgericht sodann, daß dadurch das Recht des Klägers, die Schuld durch Warenlieferungen abzugelten, entfallen sei.

Auch diese Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich, wie die Revision mit Recht hervorhebt, aus Rechtsgründen nicht halten.

a) Auszugehen ist in diesem Zusammenhange davon, daß das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, daß dem Kläger infolge der vom Berufungsgericht hervorgehobenen Umstände die Lieferung weiterer Waren zur Abdeckung seiner Ausgleichsschuld unmöglich geworden sei. Eine solche Feststellung konnte das Berufungsgericht angesichts des substantiierten Gegenvortrages des Klägers und seiner entsprechenden Beweisanträge auch nicht treffen, ohne auf diese An- und Ausführungen des Klägers im einzelnen einzugehen.

b) Wenn man aber die Möglichkeit unterstellt, daß der Kläger in den Jahren 1955 und 1956 noch in der Lage war, etwaige Warenbestellungen des Beklagten auszuführen, dann konnte dieses Recht des Klägers nicht aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund entfallen. Wie die Revision mit Recht bemerkt, konnte bei den hier gegebenen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien eine Gefährdung von schutzwürdigen Belangen des Beklagten durch den Fortbestand des Lieferungsrechts des Klägers nicht eintreten. Der Kläger ist nach dem Vortrag vom 30. April 1954 in Verbindung mit dem Vergleich vom 14. Juli 1954 vorleistungspflichtig und der Beklagte braucht sodann nur 2/3 des Rechnungsbetrages in bar oder in Wechseln zu bezahlen. Zudem hat der Beklagte die Möglichkeit, bei der jeweiligen Bestellung weiterer Waren dem Kläger für die Lieferung eine angemessene Frist zu setzen und sich damit den erforderlichen Spielraum für seine eigenen geschäftlichen

Dispositionen sicherzustellen. Bei dieser Rechtslage ist es nicht möglich, das Recht des Klägers auf Abgeltung seiner Ausgleichsschuld durch Warenlieferungen zu verneinen, wenn er, was für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, zur Lieferung durch seinen Nachfolgebetrieb in der Lage gewesen ist.

4.) Aus den Ausführungen unter Ziff. 2 - 3 ergibt sich, daß nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht davon gesprochen werden kann, daß dem Kläger die Lieferung von Waren zur Abgeltung seiner Ausgleichsschuld unmöglich gewesen oder unmöglich geworden ist. Daher läßt sich nach den bisherigen Feststellungen auch nicht die Schlußfolgerung halten, daß dieses Recht des Klägers entfallen ist. Auch der Umstand, daß inzwischen die in dem Vertrag vom 30. April 1954 vorgesehene Frist für diese Warenlieferungen verstrichen ist, läßt sich nicht gegen den Kläger verwerten, da der Beklagte in der Folgezeit, wie sich schon allein aus seinem Verhalten in diesem Prozeß ergibt, jede weitere Warenlieferung seitens des Klägers beharrlich abgelehnt hat. Daraus folgt, daß die Abweisung der Feststellungsanträge des Klägers sich nach dem bisherigen Sachverhalt nicht rechtfertigen läßt. Es muß daher auch zu diesem Punkt das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht ebenfalls übertragen, da eine abschlie-

Bende Sachentscheidung zur Zeit noch nicht möglich ist.

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Haager

Liesecke