

Verkündet

2406 068

am 19. November 1959

Pfauz, Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Ursula D [REDACTED], L [REDACTED],
F [REDACTED] str. [REDACTED] bei Dr. E [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

1.) die Firma Hermann S p [REDACTED] & C o ., KG, W [REDACTED] E [REDACTED] F [REDACTED] -Str. [REDACTED],

2.) den persönlich haftenden Gesellschafter
Kaufmann Friedrich S p [REDACTED], W [REDACTED]
E [REDACTED], N [REDACTED] str. [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1959 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Nörr, Dr. Haager, Liesecke und Hill für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 9. Januar 1958 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht eine Provisionsforderung in Höhe eines Teilbetrages von 6.100 DM gegen die Beklagten geltend, die ihr ihr Ehemann abgetreten hat. Die Beklagte zu 1), eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 2) ist, stellt Apparate der Fernmeldetechnik und Hochfrequenzgeräte her. Durch die Vermittlungstätigkeit des Ehemannes der Klägerin kam zwischen der Beklagten zu 1) und einer französischen Militärdienststelle mit dem Datum vom 18. März 1955 ein Vertrag über die Lieferung von vier Senderpaaren und zwei Empfängern mit einem Gesamtwert von 1.148.920 DM zustande. Der Vertrag richtete sich nach dem Cahier des Clauses et Conditions Générales (Verzeichnung der allgemein geltenden Vorschriften und Bedingungen für die seit dem 1. April 1951 von den französischen Dienststellen abgeschlossenen Verträge, deren Zahlung von deutschen Zahlämtern zu leisten ist). Als Liefertermin war der 15. März 1956 vorgesehen. Ein Vorschuß in Höhe von 9/10 des Wertes der "matières premières" konnte gegen Vorlage einer Bankgarantie und nach Aufnahme eines Feststellungsprotokolls gezahlt werden. Mit Schreiben vom 25. Juni 1955 teilte der französische Auftraggeber mit, daß nach den neuen Vereinbarungen zwischen der französischen Republik und der Bundesrepublik keine Materialvorschüsse mehr gezahlt werden könnten. Ein Vorschuß wurde auch nicht bezahlt. Am 3. Februar 1956 erinnerte die französische Dienststelle vorsorglich an die Einhaltung des Liefertermins und wies auf die Möglichkeit eines Antrages auf Verlängerung hin, der einen Monat vor Ablauf des Liefertermins zu stellen sei. Die Beklagte zu 1) erklärte mit Schreiben vom 14./19. März 1956, eine Einhaltung des Termins sei ihr nicht möglich, da sie keine Vorauszahlung erhalten habe, und da bei der Entwicklung des völlig neuen Gerätetyps Schwierigkeiten aufgetreten seien. Seitens der

französischen Dienststelle wurde in der Folge der Auftrag wegen Überschreitens der Lieferfrist widerrufen. Die Beklagte zu 1) erhielt zum Ausgleich ihrer bisher entstandenen Kosten für den Auftrag 48.000 DM.

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, ihrem Ehemann stehe die im Vertretervertrag vereinbarte Provision von 3 % der Auftragssumme zu, da die Beklagte zu 1) die Nichtausführung des Auftrages wegen Überschreitung der Lieferfrist zu vertreten habe. Der Vorschuß sei für die Beklagte zu 1) von keiner wesentlichen Bedeutung gewesen, was daraus hervorgehe, daß sie zwischen Auftragserteilung und dem Tage der Mitteilung, daß sie keine Vorschüsse erhalten werde, nichts unternommen habe, um die Voraussetzungen für die Vorschußgewährung zu schaffen. Es wäre auch nur ein unerheblicher Vorschuß infrage gekommen, da das Material nur 10 bis 20 % der Kosten ausgemacht habe. Die Beklagte zu 1) habe sich in der Folge auch stillschweigend mit dem Wegfall des Vorschusses einverstanden erklärt. Sie sei von vornherein nach der Kapazität ihres Betriebes zur Erfüllung des Vertrages nicht in der Lage gewesen. Sie habe auch für den Auftrag keinerlei Vorarbeiten geleistet. Sie habe ihn vielmehr im vollen Bewußtsein, daß sie ihn nicht ausführen könne, nur übernommen, um sich eine Anzahlung zu verschaffen. Die Entschädigung der französischen Dienststelle habe sie durch falsche Unterlagen erschlichen.

Die Beklagten behaupten, der Vorschuß sei für sie entscheidend gewesen. Sie hätten sich nach der ersten Ablehnung des Vorschusses wiederholt um dessen Zahlung bemüht, da sie mit einer späteren Gewährung noch hätten rechnen können. Während dieser Zeit hätten sie nur Laboratoriumsarbeiten zur Lösung des Funktionsprinzips durchgeführt. Die Durchführung des Auftrags ohne Vorschuß sei ihnen bei dem Umfang der Bestellung nicht zumutbar und auch nicht möglich gewesen.



Das Landgericht hat verurteilt, das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten, während diese die Zurückweisung der Revision begehren.

Entscheidungsgründe:

Die französische Dienststelle ist wegen Überschreitens der Lieferfrist von dem Lieferungsauftrag zurückgetreten. Der Rücktritt beruht somit darauf, daß die Beklagten den Auftrag nicht so ausgeführt haben, wie er abgeschlossen war (§ 87 Abs. 3 Satz 1 HGB). In diesem Fall entfällt der Provisionsanspruch nur, wenn der Unternehmer die Unmöglichkeit der Ausführung nicht zu vertreten hat, oder wenn ihm, was hier in Frage kommt, die Ausführung nicht zuzumuten ist (§ 87 Abs. 3 Satz 2 HGB). Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gekommen, den Beklagten habe die Ausführung des Auftrags mit einem Gesamtwert von 1.148.920 DM nicht mehr zugemutet werden können, nachdem die französische Dienststelle keinen Vorschuß bezahlt habe.

Die Revision wendet sich gegen diese Feststellung des Berufungsgerichts, indem sie im einzelnen darlegt, es sei den Beklagten überhaupt nicht auf die Vorschußzahlung angekommen, sie hätten den Auftrag vielmehr aus anderen ihnen zum Verschulden anzurechnenden Gründen nicht ausgeführt.

1.) Das Berufungsgericht hat es dahingestellt gelassen, ob es sich bei der Vereinbarung der Vorschußzahlung um eine Kann-Bestimmung gehandelt hat, es nimmt aber an, daß sich die französische Dienststelle ohne die nachträgliche Änderung in den Vereinbarungen zwischen der Bundesrepublik und der französischen Republik an die Vorschußklausel gehalten hätte. Schon diese Feststellung widerspricht dem Vorbringen der Revision, die Beklagten hätten von vornherein nicht mit der Zahlung eines Vorschusses rechnen können, der Vorschuß habe

daher für sie keine Bedeutung gehabt. Zudem hat die Klägerin selbst die Ansicht vertreten, daß ursprünglich ohne Bezahlung eines Vorschusses keine Verpflichtung der Beklagten bestand. Sie hat nämlich geltend gemacht, die Beklagten hätten sich erst nach der Verweigerung des Vorschusses stillschweigend in eine vertragliche Änderung dahin eingelassen, daß sie auch ohne Vorschußzahlung leisten würden. Eine derartige nachträgliche Vertragsänderung ist vom Berufungsgericht ausdrücklich abgelehnt worden.

2.) Für ihre Auffassung, das Entfallen der Vorschußzahlung habe die Ausführung für die Beklagten nicht unzumutbar gemacht, trägt die Revision vor, die Beklagten hätten unbestritten der Mitteilung über den Wegfall des Vorschusses nicht widersprochen, sie hätten vielmehr die Besteller in dem Glauben gelassen, der Vertrag werde erfüllt. Dieses Vorbringen widerspricht den Urteilsfeststellungen, wonach die Beklagten sich nach jener Mitteilung wiederholt um eine positive Regelung der Vorschußfrage bemüht haben.

3.) Die Revision macht ferner geltend, der Auftrag hätte nur rechtzeitig ausgeführt werden können, wenn man, wie die Klägerin unter Beweis gestellt habe, sofort in die Serienfertigung hätte eintreten können. Die Ausführung von Entwicklungsarbeiten, die Darstellung des Funktionsprinzips, die Herstellung eines Funktionsmodells, die weitere Herstellung eines Prototyps und die Anfertigung einer Null-Serie, alles Vorgänge vor der eigentlichen Serienanfertigung, seien bei der Durchführung des Auftrages unmöglich gewesen. Die Beklagten hätten sofort ihren Personalstand erweitern und alles tun müssen, um den Auftrag fristgemäß zur Erledigung zu bringen. In dem Betrieb sei der Auftrag nicht einmal bekannt gewesen, es seien weder die büromäßigen noch die konstruktiven oder sonstigen notwendigen Arbeiten ausgeführt worden. Nach dem Berufungsurteil hat die Klägerin in der

Berufungsinstanz selbst zugestanden, die Beklagten seien bei entsprechendem Einsatz ihrer Kräfte sehr wohl im Stande gewesen, den Auftrag innerhalb eines Jahres auszuführen. Daß dieses Geständnis etwa wegen Irrtums widerrufen ist, macht die Revision nicht geltend. Sie kann daher nicht mehr mit einer diesem Geständnis widersprechenden Behauptung gehört werden. Es kann als richtig unterstellt werden, daß die Betriebsverhältnisse zur Zeit der Übernahme des Auftrages für eine fristgerechte Erledigung nicht genügt hätten. Nach dem Berufungsgericht hätte aber durch besondere Maßnahmen der Beklagten eine Änderung dieser Verhältnisse herbeigeführt werden können, insbesondere haben die Beklagten zugesagt, mehr Personal einzustellen. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht in der ungenügenden Ausstattung der Beklagten bei Auftragsübernahme kein Anzeichen dafür gesehen, daß der Vorschuß für sie unerheblich war und dessen Wegfall daher die Möglichkeit der Auftragsausführung nicht berührt hat.

4.) Nach Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin nicht beachtet, die Beklagten hätten überhaupt nichts getan, um den Auftrag auszuführen. Sie hätten lediglich durch Übernahme des Auftrages eine Anzahlung erreichen, den Auftrag selbst aber nicht ausführen wollen. Mit diesem Vorbringen hat sich das Berufungsgericht ausführlich auseinandergesetzt und festgestellt, die Beklagten hätten die Arbeiten an dem Auftrag fortgesetzt in der aus dem Urteilszusammenhang zu entnehmenden Erwartung, die Vorschußfrage werde noch günstig geregelt werden. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung teilweise aus dem Vortrag der Klägerin, teils aus Schreiben der Beklagten und aus ihrem Verhalten gegenüber der französischen Dienststelle entnommen. Schon diese Indizien rechtfertigen die Feststellung des Berufungsgerichts, ohne daß es der zusätzlichen Erwägung bedurfte, daß die Beklagten der französischen Dienststelle die

Entwicklungsarbeiten nachweisen mußten. Deshalb braucht auf die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge nicht eingegangen zu werden. Im übrigen ging die Mitteilung, daß kein Vorschuß gewährt werde, voraus, so daß die Beklagten von diesem Augenblick an nicht mehr tätig zu werden brauchten.

5.) Das Berufungsgericht hat zu dem Vorbringen der Klägerin, die Beklagten hätten den Auftrag nie ausführen wollen, eingehend Stellung genommen und ausgeführt, es widerspreche jeglicher Lebenserfahrung, daß sich ein Unternehmer um einen außerordentlich hohen geschäftlichen Auftrag bemühe, Reisekosten und Zeitverlust in Kauf nehme, jedoch das Geschäft von vornherein nicht ausführen wolle. Entscheidend komme hinzu, daß die Beklagten von vornherein gewußt hätten, daß sie für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages mit hohen Konventionalstrafen oder mit der Ausführung des Auftrags durch einen Dritten auf ihre Kosten rechnen mußten. Damit hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision das Vorbringen der Klägerin berücksichtigt. Ob die Beklagten bei anderen Aufträgen sich haben Lieferungsverzögerungen zuschulden kommen lassen, ist in diesem Zusammenhang nicht erheblich, denn es kam, wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung übrigens mit dem Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 29. Mai 1957 S. 8 - GA 88) festgestellt hat, eine Verlängerung der Lieferfristen in Betracht. Daß der vorausgegangene Auftrag Nr. 136 derselben französischen Dienststelle noch nicht abgewickelt war, hat das Berufungsgericht beachtet. Selbst wenn die Beklagten in anderen Fällen nicht fristgerecht geliefert hätten und wenn sie von vornherein eine Verlängerung der Lieferfrist in ihre Planung einbezogen hätten, so ergibt sich daraus nichts für die Behauptung der Klägerin, es sei für die Beklagten ohne Bedeutung gewesen, ob der Vorschuß gewährt werde oder nicht.

6.) Endlich macht die Revision noch geltend, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagten nicht fristgerecht um Fristverlängerung nachgesucht hätten. Auch damit hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt, indem es ausgeführt hat, auch eine Fristverlängerung zu den bisherigen Bedingungen hätte nichts daran geändert, daß den Beklagten die Durchführung des Auftrags infolge Aufhebung der Vorschußklausel und der Versagung jeglicher Vorauszahlungen - der Vorschuß hätte nach den Angaben der Klägerin nahezu 230.000 DM ausgemacht - nicht zuzumuten war.

Somit sind die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Ausführung des Auftrages habe den Beklagten unter den veränderten Verhältnissen nicht zugemutet werden können, ohne Verfahrensverstoß getroffen. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Nastelski

Dr. Nörr

Dr. Haager

Liesecke

Hill