

Verkündet am 8. November 1961
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2214 01E

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

In dem Rechtsstreit

1.

2.

3.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 10. Juni 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen den Beklagten als Gesamtschuldnern zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt sog. Anti-Dröhlacke her, die von ihr zur Herstellung von Schallbekämpfungsmitteln verwendet werden. Der Beklagte zu 3, welcher für die Beklagte zu 1 tätig war und der im gegenwärtigen Rechtsstreit aus Bürgschaft oder Schuldbeitritt in Anspruch genommen wird, hatte im Jahre 1956 nach einem von ihm erarbeiteten Verfahren einen neuartigen wasserfesten Stoff ("Glimmex") von hohem spezifischem Gewicht entwickelt. Die Klägerin glaubt, diesen Stoff bei der Herstellung ihrer Anti-Dröhlacke verwenden zu können. Nach längeren Vorverhandlungen bestellte die Klägerin auf ein Angebot der Beklagten zu 1 vom 14. November 1956 bei dieser mit Auftragschreiben vom 17. November 1956 "zu ihren Einkaufs- und Lieferungsbedingungen" ca. 43 bis 50 Tonnen Glimmex verschiedener Sorten zum Preise von 55 DM je 100 kg mit dem Zusatz: "Liefertermin: Mit Abrufen von monatlich 15 tons im Dezember beginnend". Die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, bestätigte den Auftrag am 19. November 1956 unter gewissen Abweichungen von den Bedingungen der Klägerin mit dem Bemerkten, die Zahlungsbedingungen seien in einer "noch zu erfolgenden Besprechung" zu vereinbaren. Am 22. November 1956 fand eine Unterredung zwischen dem Beklagten zu 3 und Vertretern der Klägerin statt, welche die Beklagte zu 1 mit Schreiben vom 26. November 1956 dahin bestätigte, "als Gegenleistung" (für eine Option) "wurde vereinbart, daß Sie auf den ... erteilten Auftrag auf Lieferung von 50 Tonnen "Glimmex" eine Anzahlung in Höhe von 50 % des Rechnungsbetrages sofort leisten, die auf die in den Monaten Dezember/Januar und Februar erfolgenden Teillieferungen anteilmäßig verrechnet wird". Am

28. November 1956 übersandte die Klägerin "im Anschluß an die soeben mit ... Dr. H. (= Beklagter zu 3) geführte Unterredung als Vorauszahlung auf den unter dem 17. November 1956 erteilten Auftrag" der Beklagten zu 1 einen Verrechnungsscheck über einen Betrag von 12 500 DM mit dem Bemerken, sie erwarte die erste Lieferung in den ersten Tagen des Monats Dezember. Nach weiterem Briefwechsel schrieb die Klägerin der Beklagten, die inzwischen laut Schreiben vom 10. Januar 1957 ihre Produktionsabteilung "Dämmstoffe" nach Worms verlegt hatte, am 18. Januar 1957 "nach Mitteilung ihrer Betriebsleitung sei sie im Augenblick aus technischen Gründen noch nicht in der Lage, monatlich 15 Tonnen Glimmex zu verarbeiten, und bitte deshalb, vorläufig für sie nur folgende Mengen Vermiculite (zu Glimmex) zu expandieren: Februar 2,5 to und März 5 to." Bis April hoffe sie soweit zu sein, daß sie monatlich 15 to verarbeiten könne. Am 30. Januar 1957 besuchte der Beklagte zu 3 die Klägerin in Heidelberg und legte das Ergebnis dieser Besprechung in einem Schreiben an die Klägerin zu Händen von Dr. K. vom 2. Februar 1957 dahin fest, es sei grundsätzlich zum Ausdruck gekommen, daß das bisher als Probe gelieferte Glimmex-Material seine günstigen Eigenschaften unter Beweis gestellt habe, jedoch hätten die Glimmex-Produkte auch unerwünschte Nachteile gezeigt, insbesondere infolge der starken Porosität ein zu hohes Aufsaugevermögen; es sei vertraulich besprochen, dieses Saugvermögen wesentlich herabzusetzen. In einem weiteren Schreiben der Beklagten zu 1 vom selben Tage ist das Ergebnis der Besprechung der Klägerin dahin bestätigt, die Beklagte habe sich mit Rücksicht auf die aufgetretenen Verarbeitungsschwierigkeiten bereit erklärt, das Material in Form des Rohstoffes für die Klägerin auf Lager zu halten, so daß sie jederzeit in Mengen zu jeweils 1 Waggon das benötigte Ma-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrO geschützt.



terial kurzfristig abrufen könne. Lagerkosten würden ihrerseits nicht berechnet. In dem Schreiben heißt es weiter, andererseits habe die Beklagte zu 1 bei dieser Besprechung gebeten, daß der Auftrag in finanzieller Hinsicht prompt abgewickelt werde; es sei dann nach weiterer fernmündlicher Rücksprache in Aussicht gestellt, eine Zahlung in Höhe von 50 % der Restforderung für den Anfang der nächsten Woche vorzusehen. Die Klägerin übersandte mit Schreiben vom 8. Februar 1957 einen Verrechnungsscheck über 6000 DM an die Beklagte. In dem Schreiben heißt es, infolge besonderer Umstände könne die Erprobung des Materials der Beklagten zu 1 nur schrittweise durchgeführt werden, auch werde diese auf Grund der von der Klägerin vorgetragenen Wünsche noch an der Verbesserung und Verfeinerung des Materials arbeiten. Für die aus den Vorauszahlungen offenstehenden Guthaben solle der Beklagte zu 3 die Bürgschaft übernehmen. Unter dieses Schreiben setzte dieser den von ihm unterschriebenen Vermerk: "mit dem Inhalt vorstehenden Schreibens einverstanden." In der Folgezeit zahlte die Klägerin außer den 12 500 DM (Verrechnungsscheck vom 28. November 1956) und den 6000 DM (Verrechnungsscheck vom 8. Februar 1957) bis 13. März 1957 noch weitere 10 000 DM und damit insgesamt 28 500 DM, auch schrieb sie der Beklagten zu 1 am 25. Februar 1957 im Rahmen des Schriftwechsels über weitere Versuche: "Den Ihnen erteilten Auftrag werden wir selbstverständlich in vollem Umfange abnehmen." Nach Anmahnungen seitens der Klägerin (Schreiben vom 11. Februar 1957, Schreiben vom 20. Februar 1957, 12. März 1957, 22. März 1957) lieferte die Beklagte zu 1 schließlich der Klägerin das von dieser laut Schreiben vom 18. Januar 1957 für Februar 1957 abgerufene Material: 2500 kg

"Glimmex 0,6 mm" am 15. April 1957 im Rechnungsbetrage von 1446,90 DM. Nach weiterem Schriftwechsel (vom 15. April 1956 bis 9. Mai 1956) teilte die Klägerin der Beklagten zu 1 unter dem 23. Mai mit, das ihr (als Probe mitübersandte) Material Glimmex 0,75 sei noch ungünstiger in seinem Verhalten gegenüber Lösungsmitteln als das bisher geprüfte Material "Glimmex 0-0,6", der Unterschied sei jedoch sehr gering, so daß ein späterer Einsatz für speziell akustische Zwecke nicht ausgeschlossen sei. Erwünscht sei ein Material, das bei geringem spezifischem Gewicht ein möglichst hohes Schüttgewicht habe ... Hiernach sei "Blasit 0,75" das geeignete Material, leider mache es jedoch Entdröhnungsmaterialien spröde und beeinträchtige die Haftfestigkeit. Wegen weiterer Glimmex-Abrufe werde sie Anfang Juni weiteren Bescheid zukommen lassen. Die Klägerin rief jedoch weiteres Material nicht ab. Sie führte bis Oktober 1957 weitere Versuche mit dem von der Beklagten zu 1 gelieferten Werkstoff durch, die jedoch enttäuschend verliefen.

Nach einer Unterredung, am 16. September 1957 zwischen dem Beklagten zu 3 und einem Angestellten der Klägerin und einem weiteren Schriftwechsel (Schreiben der Klägerin vom 20. September 1957 und Schreiben der Beklagten vom 2. Oktober 1957) kam es am 14. Oktober 1957 bei der Klägerin in Heidelberg (Aktenvermerk des Beklagten zu 3 vom 15. Oktober 1957) zu einer Besprechung. Dabei wurde erörtert, daß anstelle des ursprünglich bestellten Werkstoffes (Glimmex) das Rohmaterial "Glimmer" in gemahlenem Zustand nahh und nahh geliefert werden solle. Es wurde nichts geliefert. Die Beklagte zu 1 ließ auch Mahnungen der Klägerin unbeachtet.

Durch eine Rückfrage bei der Industrie- und Handelskammer erfuhr die Klägerin schließlich, daß die Beklag-

te zu 1 deshalb nicht mehr fernmündlich erreichbar war, weil ihr Fernsprechananschluß gesperrt war. Daraufhin begaben sich der technische Direktor der Klägerin Dr. K. und ihr Einkaufsleiter Unser am 9. Januar 1958 zu den Beklagten nach Marburg, um nähere Feststellungen und Vereinbarungen über die weitere Abwicklung des Geschäftes zu treffen. Dabei wurde wiederum abgemacht, die Beklagte zu 1 solle anstelle des Stoffes Glimmex laufend Rohmaterial liefern. Dieses Material stand jedoch, wie die Vertreter der Klägerin auf der Rückreise von Marburg in Worms feststellten, wo nach Angabe der Beklagten zu 1 die Glimmervorräte lagern sollten, nicht mehr zur freien Verfügung der Beklagten, sondern war von einem Gläubiger gepfändet worden, auch war der Betrieb selbst seit längerer Zeit zum Erliegen gekommen. Die Vermieterin der Fabrikations- und Lagerräume hatte der Beklagten zu 1 wegen hoher Mietrückstände die Dampffuhr gesperrt.

Durch Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanzen vom 10. Januar 1958 forderte die Klägerin die Beklagten unter Darlegung des Sachverhaltes zu einer Äußerung über die erwähnten Vorgänge unter Fristsetzung bis zum 14. Januar 1958 auf. Sie erhielt jedoch keine Antwort. Daraufhin erhob sie unter dem 3. Februar 1958 die gegenwärtige Klage, die den Beklagten am 18. Februar 1958 zugestellt wurde, und forderte, gestützt auf "schwere Vertragsverletzungen seitens der Beklagten" Zurückzahlung der Vorauszahlungen von 28 500 DM - abzüglich eines Betrages von 1446,90 DM für die gelieferten 2500 kg Glimmex - d.h. 27 053,10 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte weigert Zahlung mit der Begründung, sie sei nach wie vor bereit und in der Lage, ihren Lie-

ferungsverpflichtungen nachzukommen. Vertragsverletzungen bestreitet sie.

Das Landgericht gab der Klage hinsichtlich der Hauptsumme in vollem Umfange statt, wies jedoch einen Teil des Zinsanspruchs ab. Die Beklagten legten Berufung ein. Diese wurde durch Versäumnisurteil vom 26. Februar 1960 zurückgewiesen. Nach rechtzeitigem Einspruch hielt das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil das Versäumnisurteil aufrecht, berichtigte jedoch das landgerichtliche Urteil entsprechend seinen Entscheidungsgründen gemäß § 319 ZPO dahin, daß seine Urteilsformel die Fassung erhielt, die Beklagten zu 1 bis 3 hafteten der Klägerin hinsichtlich des zugesprochenen Betrages als Gesamtschuldner. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht führt aus, Grundlage der Klage sei - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht die Behauptung, sie befänden sich im Lieferverzug, sondern das Vorbringen, die Beklagte zu 1 habe sich durch Verschweigen wesentlicher Umstände während der vertraglichen Beziehungen der Beteiligten einer schweren Vertragsverletzung schuldig gemacht, angesichts deren die Klägerin in jedem Falle das von ihr Vorausbezahlte zurückverlangen könne. Dabei erwägt es (unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Klägerin an die beklagte Firma vom 12. Oktober 1956), die Vorschußleistungen seien ausdrücklich zu dem Zweck angeboten worden, die Beklagte

zu 1 instandzusetzen, die benötigten Rohstoffe zu beschaffen. Es fährt fort, dafür, daß diese Zahlungen entsprechend einer abweichenden Abrede der Beteiligten einem anderen Zweck hätten dienen sollen, sei nichts dargetan. Die Beklagte zu 1 habe nach ihrem eigenen Zugeständnis das Material im Jahre 1957 an die Lieferantin zurückverkauft, um ihren finanziellen Schwierigkeiten zu begegnen. Sie habe unstreitig von diesem ihre Lieferfähigkeit in entschiedenem Maße beeinträchtigenden oder gar unmöglich machenden Vorgang der Klägerin keinerlei Kenntnis gegeben, sondern im Gegenteil bei der Verhandlung in Marburg im Januar 1958 den Vertretern der Klägerin gegenüber die umgehende Lieferungsmöglichkeit zum Ausdruck gebracht. Die von ihr ohne Wissen und Zustimmung der Klägerin getroffene Verfügung über das Rohmaterial stelle in Verbindung mit der Erweckung des Eindrucks ihrer fortdauernden jederzeitigen Lieferfähigkeit eine erhebliche Verletzung des seitens der Klägerin in die Beklagte zu 1 bei der Vereinbarung der "Vorkasse" gesetzten Vertrauens dar, in Anbetracht deren die Klägerin nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der sog. positiven Vertragsverletzung berechtigt gewesen sei, gegenüber den Beklagten die gleichen Rechte wie bei einer anderen, von dem Schuldner nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift - insbesondere im Falle des Verzugs - zu vertretenden Leistungsstörung geltend zu machen. Die Klägerin sei daher in entsprechender Anwendung der Vorschrift des § 326 BGB - und zwar ohne Fristsetzung - berechtigt gewesen, von dem Vertrage zurückzutreten und die geleistete Anzahlung gemäß §§ 327, 346 BGB zurückzufordern.

II. Nach dieser Begründung hat das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht auf § 321 BGB abgestellt, wie

die Revision meint. Diese Bestimmung besagt, derjenige, welcher aus einem Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, könne, wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintrete, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet werde, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. Das Berufungsgericht hat diese gesetzliche Bestimmung, die demjenigen, der sich darauf beruft, wie die Revision richtig ausführt, nur eine Einrede, dagegen kein Rücktrittsrecht gewährt, aber auch nicht etwa entsprechend anwenden wollen. Die Rechtsausführungen der Revision, mit denen sie die Unrichtigkeit der rechtlichen Würdigung des Berufungsgerichts im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 321 BGB darzutun sucht, gehen deshalb ins Leere.

III. Daß eine Partei aber, wenn sich die andere einer sog. positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hat, durch die der Vertragszweck derart gefährdet ist, daß ihr - der verletzten Partei - die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, in der Regel auch ohne Fristsetzung zurücktreten (BGHZ 11, 80, 86) oder beim Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses dieses gegebenenfalls fristlos kündigen kann, ist einheitliche Rechtsauffassung. Es ist auch aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht der Klägerin angesichts seiner tatsächlichen Feststellungen - in Verbindung mit dem sonstigen unstreitigen Sachverhalt - wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ein solches Rücktrittsrecht zugebilligt hat, ein Recht, welches die Klägerin hier spätestens durch Erhebung der Klage ausgeübt hat. In dieser ist

- mit näherer Begründung dafür, weshalb dieses geschehen sollte - eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Klägerin sich vom Vertrage lossagen wolle und ihre Vorauszahlungen, soweit sie nicht durch Verrechnung mit dem Rechnungsbetrag der erfolgten Teillieferung getilgt sind, zurückfordere.

IV. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind, wie der Revision zugegeben werden muß, recht knapp und teilweise auch nicht frei von tatsächlichen Irrtümern. Diese können jedoch, wie noch auszuführen sein wird, die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht zum Nachteil der Beklagten beeinflußt haben. Die Ausführungen im Berufungsurteil halten insbesondere auch den Einzelrügen der Revision gegenüber, bei denen es sich in erster Reihe um Verfahrensrügen handelt, im Ergebnis unter Berücksichtigung des unstreitigen Sachverhalts, wie er sich auch aus dem insoweit unbeanstandet gebliebenen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils ergibt und auch der von der Beklagten selbst überreichten Schriftwechselmappe zu entnehmen ist, in jeder Richtung einer Nachprüfung stand.

1. Die Revision beanstandet zunächst, daß das Berufungsgericht "allein" aus dem Schreiben vom 12. Oktober 1956 herleiten wolle, die Vorauszahlungen seien ausdrücklich zu dem Zwecke angeboten, um die Beklagte instandzusetzen, die benötigten Rohstoffe zu beschaffen. Richtig ist, daß es sich bei dem angeführten Schreiben um ein solches aus der Zeit vor Vertragsabschluß handelt. Es enthält die Bemerkung: "auch ist eine finanzielle Bevorschussung für die Rohstoffbeschaffung denkbar." Dem Berufungsgericht war nicht verwehrt, daraus den Schluß zu

ziehen, daß eine entsprechende Vereinbarung später tatsächlich getroffen worden ist. Das Berufungsgericht hat allerdings in seinen Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich festgestellt, wann das geschehen ist. Der Senat kann es aber dem unstreitigen Sachverhalt entnehmen.

Dazu ist zu bemerken, daß im Tatbestand des Berufungsgerichts als "Bestellschreiben" der Klägerin ein Schreiben vom 14. November 1956 erwähnt ist. Das ist jedoch ein offensichtlicher Irrtum; denn dieses Schreiben ist, wie die Revision zutreffend ausführt, das Angebotsschreiben der Beklagten zu 1 an die Klägerin, in dem es heißt, "Zahlung nach noch zu erfolgender Vereinbarung". Gemeint hat das Berufungsgericht aber erkennbar als Auftragsschreiben der Klägerin deren Nachricht vom 17. November 1956; denn nur dieses Schriftstück enthält den vom Berufungsgericht in seinem Tatbestand ausdrücklich erwähnten Zusatz: "Die Ware werde in Mengen von monatlich 15 Tonnen - beginnend im Dezember 1956 - abgerufen." Mit diesem Schreiben war das Geschäft zwar auch noch nicht endgültig zustande gekommen, worauf die Revision verweist; denn darin hatte die Klägerin auf die auf ihrem Auftragsformular aufgedruckten Einkaufs- und Lieferungsbedingungen verwiesen, die den Satz enthalten: "Zahlung erfolgt innerhalb 30 Tagen nach Schluß des Liefermonats mit 2 % Skonto oder 90 Tage nach Schluß des Liefermonats nach unserer Wahl." Dieser Abweichung von ihrem Angebot vom 14. November 1956 (Zahlung nach besonderer Vereinbarung) hatte die Beklagte aber, wie die Revision ebenfalls richtig hervorhebt, unverzüglich mit Schreiben vom 19. November 1957 widersprochen mit dem Bemerken, "die Zahlungsbedingungen seien in einer

noch zu erfolgenden Besprechung zu vereinbaren". Diese muß nach dem von der Revision angeführten Schreiben des Beklagten zu 3 an die Geschäftsleitung der Klägerin vom 26. November 1956 am 22. November 1956 stattgefunden haben und ist auf Seite 2 aaO dahin bestätigt "als Gegenleistung wurde vereinbart, daß Sie (die Klägerin) auf den der Firma H. B. [REDACTED] KG (= Beklagte zu 1) inzwischen freundlichst erteilten Auftrag auf Lieferung von 50 to Glimmex-Produkten eine Anzahlung in Höhe von 50 % des Rechnungsbetrages sofort leisten, die auf die in den Monaten Dezember, Januar und Februar erfolgenden Teillieferungen anteilmäßig verrechnet wird. Die jeweiligen Restbeträge erbitte ich bei Lieferung". Aus diesem Brief und dem Antwortschreiben der Klägerin vom 28. November 1958, in dem es heißt, im Anschluß an die soeben mit dem ... Dr. ... H. [REDACTED] (= Beklagten zu 3) geführte Unterredung übersenden wir Ihnen ... als Vorauszahlung auf ... den unterm 17. November 1956 erteilten Auftrag ... DM 12 500 -, zieht die Revision den Schluß, diese Zahlung sei nicht zur Beschaffung der benötigten Rohstoffe, sondern als reine Vorauszahlung für zu erbringende Gegenleistung geleistet. Sie meint, das habe das Berufungsgericht - in Verletzung von § 286 ZPO - nicht beachtet und schon deshalb könne es nicht darauf ankommen, daß bevorratetes Material von der Beklagten zu 1, nachdem es lange Zeit von der Klägerin nicht abgefordert worden war, zurückverkauft worden ist.

2. Es kann unentschieden bleiben, ob dem beizutreten sein würde, wenn sich wirklich für die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts hinsichtlich des Zweckes der Vorauszahlung nur das bezeichnete Schreiben vom 12. Oktober 1956 verwerten ließe und auch davon ausgegangen werden müßte, dem Berufungsgericht seien die von

der Revision erwähnten Schreiben, insbesondere die Briefe vom 26. und 28. November 1956 nicht gegenwärtig gewesen und deshalb nicht von ihm in den Kreis seiner Betrachtungen einbezogen worden. Das würde zwar schon deshalb nicht recht verständlich sein und könnte schwerlich angenommen werden, weil gerade das Schreiben vom 28. November 1956 in dem den unstreitigen Sachverhalt enthaltenden Teil des Tatbestandes des landgerichtlichen Urteils, auf das auch das Berufungsgericht verweist, mit seinem wesentlichen Inhalt wiedergegeben ist. Es mag jedoch ein solches Versehen des Berufungsgerichts unterstellt werden; denn dieses kann im Ergebnis auf seine Entscheidung keinen Einfluß gehabt haben, wie nachstehend auszuführen ist.

In dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, dessen Berichtigung nicht beantragt war und den sich auch das Berufungsgericht erkennbar zu eigen gemacht hat, ist als unstreitig dargelegt, die Klägerin habe zwar die Abnahme mit der Begründung verzögert, ihre bisher bestehenden "Recepturen" erforderten im Hinblick auf das verschiedene Lösungsverhalten der Produkte der Beklagten eine Umarbeitung, andererseits aber auch - als ebenfalls unbestritten - ausgeführt, diese (die Beklagten) hätten festgestellt, ihre eigenen Glimmex-Produkte zeigten infolge der starken Porosität ein zu hohes Aufsaugvermögen, das durch geänderte Herstellungsbedingungen oder nachträgliche Behandlung herabgesetzt werden müßte, um eine wirtschaftliche Produktion (bei der Klägerin) zu erreichen (LG Urt. Bl.3 R; vgl. auch Schreiben der Beklagten vom 2. Februar 1957 an die Klägerin zu Händen von Dr. K.). Alsdann wird aaO vom Landgericht das auch in der Revisionserwiderung angeführte weitere Schreiben der Beklagten zu 1 an

die Klägerin vom selben Tage (2. Februar 1957) erwähnt, in dem es wörtlich heißt, die Beklagte habe sich bereit erklärt, das Material in Form des Rohstoffes für die Klägerin auf Lager zu halten, so daß diese jederzeit in Mengen zu jeweils einem Waggon das benötigte Material kurzfristig abrufen könne. In diesem - unbestrittenen - Schreiben ist nun weiter dargelegt, "andererseits haben wir! (= Beklagte) ... darum gebeten, daß Ihrerseits (d.h. von der Klägerin) der Auftrag in finanzieller Hinsicht prompt abgewickelt werde". Wenn nun die Klägerin daraufhin in der Folgezeit weitere Zahlungen von (laut Tatbestand des landgerichtlichen Urteils) 2000 DM am 6. Februar 1957, 6000 DM am 8. Februar 1957, 3000 DM am 11. März 1957 und schließlich 5000 DM am 17. März 1957 = insgesamt 16 000 DM leistete, so ist die in den Ausführungen des Berufungsgerichts liegende - in Verbindung mit dem Schreiben vom 12. Oktober 1956 - getroffene Feststellung, diese Zahlungen der Klägerin hätten insbesondere zur Beschaffung der benötigten Rohstoffe gedient, jedenfalls hinsichtlich dieser 16 000 DM unangreifbar.

Verfehlt ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, soweit es meinen sollte, auch hinsichtlich der zunächst gezahlten 12 500 DM sei eine abweichende Abrede nicht dargetan. Diese ergab sich, wie der Revision zuzugeben ist, eindeutig aus den bereits erwähnten Schreiben vom 26. und 28. November 1956, nach denen diese Zahlung vereinbarungsgemäß eine reine Anzahlung war, die, wie den Schreiben des Beklagten zu 3 vom 26. November 1956 weiter zu entnehmen ist, vor allem deshalb geleistet wurde, weil der Klägerin zunächst eine Art "Option" auf die Glimmex-Produkte der Beklagten eingeräumt worden war. Allerdings hatte die Klägerin laut Schreiben vom 25. Februar 1957 auf diese Option ausdrücklich wieder mit dem Bemerken verzichtet: "Den Ihnen erteilten Auftrag

werden wir selbstverständlich in vollem Umfange abnehmen", einem Schreiben, dem die Beklagten - nach dem unstreitigen Sachverhalt - nicht widersprochen haben. Allerdings hat der Beklagte zu 3 etwa zwei Monate später in einem Schreiben, das an den Geschäftsführer R. der Klägerin persönlich gerichtet war (Schreiben vom 25. April 1957) den Wunsch geäußert, er möge die Auffassung seiner Mitarbeiter (insbesondere Dr. K.) überprüfen. Daraufhin schrieb aber R. an den Beklagten zu 3 am 30. April 1957, er teile den in dem Schreiben seiner Firma vom 25. Februar 1957 zum Ausdruck gekommenen Standpunkt. Die Beklagte zu 1 hat auch die laut Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nach dem Verzicht auf die Option mit dem soeben bezeichneten Schreiben aus Februar 1957 von der Klägerin geleisteten Vorauszahlungen von 3000 DM (am 11. März 1957) und 5000 DM (am 17. März 1957), welche einschließlich der Beträge vom 6. Februar 1957 (= 2000 DM) und 8. Februar 1957 (= 6000 DM) auf jeden Fall nur deshalb gezahlt worden waren, weil sich die Beklagte zu 1 bereit erklärt hatte, das für die endgültige Lieferung benötigte Rohmaterial für die Klägerin auf Lager zu halten, entgegen genommen. Danach kann aber der Irrtum des Berufungsgerichts, das zu Unrecht wegen der ersten Zahlung von 12 500 DM keine Sondervereinbarung angenommen hat, auf die Entscheidung keinesfalls Einfluß gehabt haben. Auf diese erste "Vorauszahlung" von 12 500 DM muß unstreitig der Kaufpreis für die bereits für Februar 1957 abgerufenen, aber erst zwei Monate später im April gelieferten 2500 kg "Glimmex 0,6 mm" in Höhe von 1446,90 DM angerechnet werden, so daß insoweit noch 11 053,10 DM bleiben. Auch bei einer Vorkasse von 16 000 DM zum Zwecke der Eindeckung mit dem erforderlichen Rohmaterial und entsprechender Lagerhaltung für die Klägerin bedeutet es eine schwere po-

sitive Vertragsverletzung, wenn die Beklagte dieses Material im Jahre 1957 an ihre Lieferantin zurückverkauft und der Klägerin, die ihr vertraut und ihr mindestens 16 000 DM zu dem erwähnten Zweck gezahlt hatte, davon keine Kenntnis gab. Dazu kommt, was das Berufungsgericht ebenfalls zu Lasten der Beklagten werten durfte, daß diese unter Verschweigung des Umstandes am 9. Januar 1958 der Klägerin ihre umgehende Lieferungsmöglichkeit zum Ausdruck brachte, obwohl eine solche in Wirklichkeit nicht bestand; denn das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Rückverkauf des Materials an ihre Lieferantin ein die Lieferfähigkeit der Beklagten zu 1 erheblich beeinträchtigender oder gar unmöglich machender Vorgang war. Das ist jedenfalls eine aus Rechtsgründen nicht angreifbare tatrichterliche Feststellung des Berufungsgerichts, zu deren Unterstützung dieses noch die Tatsache hätte anführen können, daß der Beklagten im Dezember 1957 unstreitig der Fernsprechananschluß gesperrt und daß auch unstreitig ihre gesamte Verarbeitungsanlage seit Anfang Dezember 1957 gepfändet war.

3. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe "die Beeinträchtigung der Lieferfähigkeit der Beklagten" nicht als unstreitig bezeichnen dürfen, geht sie ins Leere. Als Unstreitig ist nämlich aaO (S.6) nicht die "Beeinträchtigung der Lieferfähigkeit" bezeichnet, sondern nur, daß die Beklagte zu 1 der Klägerin von dem Zurückverkauf des Materials an die Lieferfirma, obwohl die Klägerin davon ausgehen mußte, es sei für sie auf Lager genommen und befinde sich auch noch unbelastet dort, weder beim Verkauf selbst, noch bei der Verhandlung am 9. Januar 1958 Kenntnis gegeben, sondern im Gegenteil an diesem Tage noch ihre umgehende Lieferungsmöglichkeit zum Ausdruck gebracht hatte.

Daß die Lieferfähigkeit in entscheidendem Maße beeinträchtigt oder sogar unmöglich gemacht war, hat das Berufungsgericht aber, wie bereits ausgeführt, auf Grund der Gesamtumstände, insbesondere aus der Tatsache des Rückverkaufs des Materials, tatsächlich festgestellt. Es ist auch aus Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn es davon ausgeht, daß die Beklagte zu 1 unter den gegebenen Umständen die Klägerin von der wahren Sachlage hätte unterrichten müssen.

4. Die Revision macht demgegenüber geltend, die Beklagten hätten in den Tatsachenrechtszügen immer wieder betont, die Beklagte zu 1 sei zu Lieferungen in der Lage, die Klägerin habe die Lieferungen nur nicht haben wollen, weil sie zu der Auffassung gekommen sei, sie könne das Material nicht verwenden, und wolle es auch gar nicht haben. Insoweit fehlt es aber schon an der Bezeichnung einzelner Schriftsatzstellen, in dem Vorbringen (mit ausreichenden Beweisantritten) enthalten ist, das als übergangen gerügt wird, und auf das es für die Entscheidung ankommen könnte, ob die Klägerin im Augenblick der Klagerhebung, die als Rücktrittserklärung aufzufassen ist, zum Rücktritt berechtigt war oder nicht.

Unstreitig war zwar, daß die Klägerin das Material der Beklagten zu 1 so, wie es von ihr ursprünglich bestellt war, nicht brauchen konnte, was an ihren Recepturen - und damit in ihrem Risikobereich - lag, andererseits hatten die Beklagten aber auch anerkannt, ihr Material sei verbesserungsbedürftig, wenn eine wirtschaftliche Produktion bei der Klägerin ermöglicht werden sollte (zu vergl. oben III 2, Schreiben vom 2. Februar 1957). Diese Verbesserung zu erreichen, wollten die Beklagten versuchen, ebenso die Klägerin hinsichtlich ihrer Pro-

duktionsweise. Einigkeit bestand aber darüber, daß die Klägerin auf jeden Fall den erteilten Auftrag in vollem Umfange abnehmen sollte und wollte (Schreiben vom 25. Februar 1957), andernfalls sie sicherlich nicht noch nach diesem Tage, wie oben ausgeführt, noch weitere 8000 DM zwecks Materialbeschaffung gezahlt haben würde. Die Einigkeit darüber, den 50 Tonnen-Auftrag abzuwickeln, bestand auch noch nach dem eigenen Vermerk des Beklagten zu 3 vom 15. Oktober 1957 über die Verhandlungen am 14. Oktober 1957 an diesem Tage. Daß die Verhandlungen vorher, d.h. seit der mehrfach angemahnten, schon für Februar 1957 abgerufenen, erst im April erfolgten Teillieferung der Beklagten zu 1 von 2500 kg "Glimmex 0,6 mm" und auch später beiderseits nur sehr schleppend geführt sind, steht der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe sich aus den im Berufungsurteil angeführten Gründen einer so schweren positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht, daß die Klägerin, ohne sich auf weitere Verhandlungen einlassen zu müssen, vom Vertrage zurücktreten konnte, jedenfalls bei der besonderen Lage des Falles nicht entgegen.

a) Auch die Rüge, das Berufungsgericht habe den Schriftsatz der Beklagten vom 20. November 1959 S.2 nicht beachtet, diese hätten dort betont, eine Verpflichtung, Material auf Lager zu halten, sei insoweit nicht übernommen, greift nicht durch. Dazu ist an anderer Stelle der Revisionsbegründung noch ergänzend vorgetragen, die Beklagten hätten die gesamte noch nicht gelieferte Menge des verarbeiteten Materials schon wegen ihres außerordentlichen Volumens nicht selbst auf Lager nehmen oder beliebig lange auf Lager halten können, ohne daß dadurch erhebliche Kosten

entstanden wären. Zu letzterem ist zu bemerken, daß das Berufungsgericht gar nicht angenommen hat, die Beklagte zu 1 habe verarbeitetes Material auf Lager nehmen müssen, das unstreitig ein erheblich höheres Volumen hatte als das Rohmaterial, von dessen Lagerung das Berufungsgericht nur ausgeht. Das für die Fertigung benötigte Material in Form von Rohstoffen ohne Berechnung von Lagerkosten für die Klägerin auf Lager zu halten, hatte sich die Beklagte zu 1 aber laut Schreiben vom 2. Februar 1957 ausdrücklich bereit erklärt. Der gerügte Verstoß gegen § 286 ZPO liegt danach nicht vor. Auch gegen § 242 BGB kann das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht verstoßen haben; denn nach dem festgestellten Sachverhalt kann keine Rede davon sein, die Beklagte zu 1 habe "Riesenmengen" lagern müssen, was ein unbilliges Verlangen sein könnte, wie die Revision an anderer Stelle darzulegen versucht.

b) Es ist bereits eingangs zu 4 betont, daß unstreitig war, die Klägerin habe das Material so, wie es bestellt war, nicht brauchen können. Daß beide Parteien jedoch weiter an der Verbesserung ihrer Produktionsmethoden (Klägerin) und ihres Materials (Beklagte) arbeiten wollten - bei grundsätzlicher Abnahmebereitschaft der Klägerin (Schreiben vom 25. Februar 1957 und Aktenvermerk des Beklagten zu 3 vom 15. 10. 1957) - darüber bestand, wie auch schon ausgeführt ist, ebenfalls Einigkeit. Angesichts der vom Berufungsgericht festgestellten Umstände (Verschweigung der Tatsache, daß die Beklagte zu 1 das für die Klägerin auf Lager zu nehmende Material bereits zurückverkauft hatte und daß sie am 9. Januar 1958 trotzdem noch ihre umgehende Lieferungsmöglichkeit zum Ausdruck brachte, obwohl diese nach der Feststellung des Berufungsgerichts entscheidend beeinträchtigt, wenn nicht unmöglich gemacht war),

bestand für dieses kein Anhalt für die Annahme, daß sich die Klägerin nur weil sie das Material nicht mehr brauchen konnte, vom Vertrag losgesagt hat. Der Rücktritt ist vielmehr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ausgesprochen, weil die Klägerin die Unzuverlässigkeit der Beklagten zu 1 erkannt hatte und ihren Versprechungen deshalb nicht mehr traute.

c) Für eine positive Vertragsverletzung auf seiten der Klägerin, auf Grund deren es ihr versagt sein könnte, das grob vertragswidrige Verhalten der Beklagten zum Anlaß für ihren eigenen Rücktritt zu nehmen, besteht auch sonst kein Anhalt. Die Klägerin hatte, wie bereits mehrfach erörtert, ihrerseits die gesamte bestellte Menge von bis zu 50 Tonnen zu 550 DM je Tonne voll bezahlt, und zwar nicht nur den Preis für das verarbeitete Material, der nur 27 500 DM betrug (550 x 50), sondern sie hatte auch noch auf die voraussichtlichen Verpackungskosten, die ihr mit etwa 25 DM je Tonne genannt waren, wobei ihr aber eine Einsparung in Aussicht gestellt war (Angebotsschreiben vom 14. November 1956), 1000 DM vorausbezahlt und damit insgesamt 28 500 DM gezahlt. Sie hatte nicht einmal geltend gemacht, als sich die Verarbeitungsschwierigkeiten für sie bereits ergeben hatten (Schreiben vom 25. Februar 1957), sie brauche nur etwa 43 to abzunehmen und vorausbezahlen; Angebot und Bestellung lauteten nämlich nur auf ca. 8 bis 10 to "Glimmex 1,5 mm" und ca. 35 bis 40 to "Glimmex 0,06 mm". Das Berufungsgericht brauchte deshalb nicht anzunehmen, die Klägerin habe den, wie ausgeführt, von ihm festgestellten Tatumstand, daß die Lieferfähigkeit der Beklagten durch ihr vertragswidriges Verhalten erheblich gefährdet oder nahezu unmöglich gemacht war, nur vorgeschoben und als willkom-

menen Anlaß benutzt, um vom Vertrage loszukommen, wie die Revision meint.

d) Bei der gegebenen besonderen Sachlage brauchte die Klägerin auch nicht etwa zu beweisen, daß die Beklagte zu 1, als der Rücktritt durch Klagerhebung erfolgte, "unmöglich" noch hätte liefern können, wie die Revision meint. Folgende Tatsachen waren unstreitig: Rückverkauf des Materials schon im Jahre 1957, Sperrung des Fernsprechanschlusses der Beklagten im Dezember 1957, Pfändung der Verarbeitungsanlage der Beklagten bereits am 2. Dezember 1957. Daraus hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum, wie bereits dargelegt, den Schluß gezogen, die Lieferfähigkeit der Beklagten sei erheblich beeinträchtigt worden, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Bei einem solchen Sachverhalt genügt, um eine andere Beurteilung zu rechtfertigen, nicht die allgemeine Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 20. November 1959 S.4, die Beklagten seien bis über die Klagerhebung hinaus lieferbereit und lieferfähig gewesen, und auch nicht die ebenso allgemeine Darlegung in diesem Schriftsatz auf Seite 6, der beste Beweis für eine damalige und bis heute bestehende fortdauernde Lieferbereitschaft liege darin, daß die Beklagte zu 1 trotz ihrer schweren, von der Klägerin verschuldeten Verluste die damaligen finanziellen Schläge aufgefangen habe und heute wieder völlig intakt dastehe. Das Berufungsgericht brauchte deshalb auf dieses Vorgehen nicht einzugehen, zumal insoweit auch keinerlei Beweis angetreten war.

5. Soweit die Revision schließlich noch meint, es sei rechtsrrig, wenn das Berufungsgericht die Auffassung vertrete, die Klägerin habe ohne Fristsetzung und ohne daß Lieferverzug bei der Beklagten schon eingetreten gewesen sei, zurücktreten können, ist ihr nicht zu folgen.

Es ist schon an anderer Stelle erwähnt, beide Parteien hätten die Verhandlungen über die Abwicklung der Verträge nur schleppend geführt. Bei der Beklagten lag das deshalb nahe, weil sie ihr Geld hatte und, wie das Berufungsgericht nach dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe feststellt, seit dem Rückverkauf des Rohmaterials in ihrer Lieferfähigkeit mindestens in entscheidendem Maße beeinträchtigt war. Die Klägerin mag nicht gerade besonders auf Lieferung gedrängt haben, weil sie das Material in ihrem Betriebe nicht gebrauchen konnte, sondern nunmehr anderweit verkaufen wollte, sowie weil sie sich in etwa gesichert sehen konnte, wenn die Beklagte zu 1 vereinbarungsgemäß das Rohmaterial für die Klägerin auf Lager genommen hatte und noch für sie auf Lager hielt. Das schließt aber nicht aus, daß sie, als sie von der vom Berufungsgericht festgestellten schweren positiven Vertragsverletzung Kenntnis erhielt, nunmehr auch ohne Fristsetzung vom Vertrage zurücktrat; denn eine besondere Fristsetzung ist - in der Regel - nicht erforderlich, wenn, wie das Berufungsgericht hier festgestellt hat, die Vertragsverletzung so erheblich gewesen ist, daß der Klägerin die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar war (BGHZ 11,80,86). Außerdem hat das Berufungsgericht in den unstreitigen Sachverhalt aufgenommen, die Beklagte zu 1 habe nach der Besprechung im Oktober 1957 nicht nur nichts geliefert, sondern auch Mahnungen der Klägerin unbeachtet gelassen. Insoweit ist eine Berichtigung des Tatbestandes nicht erfolgt. Schließlich kommt hinzu, daß die Klägerin die Beklagte durch ihren späteren Prozeßbevollmächtigten mit Schreiben vom 10. Januar 1958 eine genaue Schilderung über ihre Feststellungen in Worms (Pfändung des gesamten Materials usw.) gegeben und um Auf-

klärung unter Fristsetzung bis zum 14. Januar 1958 unter gleichzeitiger Mitteilung von Vorschlägen, wie die Klägerin gesichert werden sollte, gebeten hatte. Es ist aber unstreitig, daß die Beklagten dieses Schreiben nicht einmal beantwortet haben, obwohl dazu - bei ihrer jetzt immer allgemein versicherten, aber nicht belegten Lieferbereitschaft und Lieferfähigkeit - aller Anlaß bestanden hätte. Unter diesen Umständen kann jedenfalls aus Rechtsgründen nicht angegriffen werden, wenn das Berufungsgericht in der Klagschrift einen rechtswirksamen Rücktritt erblickt hat, zumal darin eine hinreichende Begründung dafür gegeben war.

B.

Auch aus dem Prozeßverlauf können die Beklagten nichts zu ihren Gunsten herleiten.

I. Wenn die Revision meint, das Berufungsgericht habe bedenken müssen, es sei zu einem "Zwischenvertrage" gekommen, nach dem die Beklagten (gemeint die Klägerin) das Material (noch) habe abnehmen müssen, werden ihre Ausführungen dem unstreitigen Sachverhalt nicht gerecht.

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hatte zwar zu Protokoll des Einzelrichters des Landgerichts vom 20. April 1959 erklärt: "Die Klägerin ist bereit, von der Beklagten entweder die vereinbarte Menge Glimmex oder Rohglimmer im entsprechenden Marktwert oder Glimmermehl auch zu entsprechendem Marktwert an Erfüllungsstatt anzunehmen und sodann die Hauptsache für erledigt zu erklären." Zu einem Vertragsabschluß, der durch diese Erklärung zustande gekommen sein soll, wie die Revision meint, gehört aber eine Annahme seitens der Beklagten. Die Revision bringt aber selbst nicht vor,

daß diese das in der mitgeteilten Erklärung des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin allenfalls liegende Vertrags- oder Vergleichsangebot angenommen haben. Der Akteninhalt spricht im Gegenteil für eine Ablehnung. Weder das Protokoll vom 20. April 1959 noch das ihm folgende vom 10. Juni 1959 enthält eine Annahmeerklärung. Andererseits haben die Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 8. Juni 1959 S.9 ausführen lassen, ihre (der Klägerin) Erklärung im Termin vom 20. April 1959, nach der sie bereit sei, jede Ware Glimmex, Rohglimmer oder Glimmermehl abzunehmen, sei ohne jede Bedeutung. Damit ist jedenfalls der Vorschlag zu Protokoll vom 20. April 1959 abgelehnt, mögen die Beklagten auch sonst noch vergleichsgeneigt gewesen sein. Schließlich wird in der Revisionserwiderung auch mit Recht darauf verwiesen, daß die Beklagten im Berufungsrechtszuge nirgends geltend gemacht haben, in der Verhandlung vom 20. April 1959 sei ein bindender Vertrag zustande gekommen.

II. Auch der Hinweis der Revision auf das Schreiben der Beklagten zu 1 vom 22. Februar 1960 und die in Verbindung damit von ihr erhobene Rüge aus § 139 ZPO, wenn das Berufungsgericht daran Zweifel gehabt hätte, daß es zu einer Vereinbarung gekommen sei, habe es sein Fragerecht ausüben müssen, alsdann würden sich die Beklagten auf das Zeugnis des Rechtsanwalts Dr. K. für die Richtigkeit ihrer Behauptungen berufen haben, gehen ins Leere. Wie

in der Revisionserwiderung zutreffend ausgeführt ist, ergibt sich aus dem genannten Schreiben gerade keine Vereinbarung; sondern nur die Anregung zu weiteren Vergleichsverhandlungen. Nachdem die Beklagten im Berufungsrechtszuge aber selbst nicht geltend gemacht hatten, es sei ein Vergleich oder ein sonstiger Vertrag zustande gekommen, im Gegenteil in ihrem Schriftsatz vom 11. April 1960 auf Seite 5, worauf die Revisionserwiderung verweist, ausgeführt hatten, statt dessen habe die Klägerin die Tür zu Vergleichsverhandlungen endgültig zugeschlagen, brauchte das Berufungsgericht auf den Inhalt des Schreibens vom 22. Februar 1960 nicht einzugehen. Es liegt daher weder der auch gerügte Verstoß gegen § 286 ZPO, noch ein solcher gegen § 139 ZPO vor.

C.

Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, wenn die Beklagte zu 1 zur Zahlung verpflichtet sei, hafteten auch die Beklagten zu 2 und 3, und zwar die Beklagte zu 2 als persönlich haftende Gesellschafterin und auch der Beklagte zu 3, dieser ebenfalls als Gesamtschuldner, weil seine schriftliche Erklärung den Charakter eines Schuldbeitritts habe, lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die Revision hat insoweit auch Rügen nicht erhoben.

D.

Die Revision ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Dorschel Dr. Mezger