

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2229 039

BGB §§ 275, 433, 651 Abs. 1

Verkauft ein Unternehmer in seiner Fabrik herzustellende Erzeugnisse einer bestimmten Gattung mit der Zusicherung ihrer Eignung für eine bestimmte Verwendung (hier: als Dachbelag) und ist er bereits bei der Entstehung des Schuldverhältnisses aus technischen in seinem Verantwortungsbereich liegenden Gründen außerstande, diese Ware mit der erforderlichen Haltbarkeit herzustellen, obwohl dies technisch nicht allgemein unmöglich ist, so haftet er auch ohne Verschulden auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn er den Vertrag nicht erfüllen kann.

BGB, Urt. v. 16. Januar 1963 - VIII ZR 158/61 -
OLG Neustadt a.d.W.
LG Frankenthal/Pfalz

VIII ZR 158/61

Verkündet

am 16. Januar 1963

Wüst

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Pf[REDACTED] P[REDACTED]-Werke Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung, vertreten durch die Geschäftsführer
Dr. Fritz R[REDACTED] und Harald v[REDACTED] S[REDACTED], in Fr[REDACTED]/Pf[REDACTED],
F[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hubert M[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, Dachdecker- und Baubedarf, in M[REDACTED] und
Ve[REDACTED]/W[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Hubert M[REDACTED] in M[REDACTED]/W[REDACTED], Sch[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Neustadt a. d.
Weinstraße vom 13. Juli 1961 wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellte im Jahre 1954 einen Dachbelag aus Kunststoff her, den sie durch den damaligen Leiter ihres Verkaufsbüros in H■■■■■■, K■■■■■■, auch der Klägerin anbot. Die Klägerin, die mit Gegenständen des Dachdecker- und Baubedarfs handelt, war daran interessiert, von der Beklagten das Alleinverkaufsrecht in einem bestimmten Bezirk für den von der Beklagten hergestellten Plastic-Dachbelag "Pe■■■■■■" zu erhalten. Hierüber verhandelte die Klägerin mit der Beklagten schriftlich und mit K■■■■■■ auch mündlich. Die Beklagte machte die Zusage des Alleinverkaufs davon abhängig, daß die Klägerin sich verpflichtete, näher bestimmte Mindestmengen dieses Dachbelags abzunehmen. Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen verpflichtet war, der Klägerin im Jahre 1955 20 000 qm des Dachbelags zu liefern, dessen Eignung für den gedachten Zweck bereits im September 1954 in Frage gestellt worden ist, so daß die Beklagte damals weitere Lieferungen an die Klägerin einstellte und später auch eine weitere Produktion dieser Ware unterließ.

Im Schreiben vom 17. Februar 1954, das die Klägerin an die "Firma Ludwig K■■■■■■" richtete, schlug sie vor, in diesem Jahr 15 000 qm Mindestmengen des Dachbelags Pe■■■■■■ abzunehmen. Der Alleinverkaufsvertrag sollte jeweils bis zum 31. Dezember gelten und beiderseits drei Monate vorher kündbar sein, sonst sich ohne weiteres jeweils auf ein Jahr verlängern. Nachdem die Beklagte durch K■■■■■■ der Klägerin mit Schreiben vom 19. März 1954 mitgeteilt hatte, der Vorschlag vom 17. Februar 1954 könne nur angenommen werden, wenn die Klägerin sich verpflichte, bis 30. Juni 1954 4 000 qm und bis 30. September 1954 weitere 10 000 qm dieser Ware



abzunehmen, antwortete die Klägerin in einem längeren Schreiben an K[REDACTED] vom 20. März 1954 und erklärte darin, sie habe ihm bereits bestätigt und bestätige ihm das hiermit nochmals, daß sie die 4 000 qm bis zum 30. Juni 1954 und weitere 10 000 qm in diesem Jahr abzunehmen bereit sei. Diese Menge werde sogar bei weitem überschritten werden. Sie werde voraussichtlich schon in der nächsten Woche die bis zum 30. Juni 1954 abzunehmenden 4 000 qm wenigstens zum Teil abrufen müssen.

Die Klägerin empfing von der Beklagten im Laufe des Sommers 1954 insgesamt 3515 qm Pe[REDACTED]. Nach Verlegung eines Teils der gelieferten Menge bei einem Kunden der Klägerin traten Schrumpfungerscheinungen auf. Die Klägerin benachrichtigte die Beklagte hiervon mit Schreiben vom 4. September 1954 und rügte auf Grund einer anderen Reklamation mit Schreiben vom 24. September 1954 denselben Mangel. Die Beklagte teilte der Klägerin darauf durch Schreiben vom 29. September 1954 mit, die Ursache der Schrumpfung habe bisher von ihrem Chemiker im Werk nicht festgestellt werden können, und bat die Klägerin, den Verkauf bis auf weiteres zu stoppen, es sei denn, diese würde ihn auf eigenes Risiko durchführen. Die Klägerin wartete hiernach das ihr mehrfach in Aussicht gestellte Prüfungsergebnis und eine weitere Stellungnahme der Beklagten ab. Mit Schreiben vom 29. November 1954 erklärte die Beklagte der Klägerin, sie sei bereit, die noch bei der Klägerin liegende Ware zurückzunehmen, zumal noch nicht habe geklärt werden können, worauf die Schrumpfungerscheinungen zurückzuführen seien. Die Klägerin sandte darauf 1 900 qm dieser Ware an die Beklagte zurück, erklärte sich aber weiter an dem Alleinverkauf der Ware interessiert. Auch die Beklagte betonte, es sei ihr daran gelegen, diesen Artikel sobald als möglich wieder auf

den Markt zu bringen. Mit Schreiben vom 15. Februar 1955 teilte die Beklagte sodann der Klägerin mit, die Versuche seien noch nicht abgeschlossen, es sei beabsichtigt, sie bis Juni/ Juli des Jahres fortzusetzen. Nach Abschluß der Versuchsreihe werde sie der Klägerin weiteres mitteilen. Auf die Anfrage der Klägerin vom 2. Juni 1955, wie die Versuchsergebnisse ausgefallen seien und ob sie inzwischen wieder verkaufen könne, vertröstete die Beklagte mit Schreiben vom 6. Juni 1955 die Klägerin mit der Bitte, sich wegen des Berichts über das abschließende Prüfungsergebnis noch einige Wochen zu gedulden. Mit Schreiben vom 14. Juni 1955 unterrichtete die Beklagte die Klägerin davon, daß sie den Pe [REDACTED]-Dachbelag vorübergehend aus der Produktion genommen habe und im Augenblick noch nicht mit Bestimmtheit sagen könne, wann dieses Material wieder gefertigt werde. Mit Schreiben vom 20. Juni 1955 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß bis auf weiteres mit einer Lieferung von Pe [REDACTED]-Dachbelag nicht gerechnet werden könne.

Die Klägerin hat in einem Vorprozeß Schadensersatz wegen Schlechtlieferung und entgangenen Gewinns für das Jahr 1954 sowie Ersatz von Auslagen für die Rücksendung der Dachpappe verlangt. Sie hat dazu vorgebracht, die Beklagte habe ihr durch mündliche Vereinbarung den Alleinverkauf des Erzeugnisses Pe [REDACTED] übertragen, das nach Zusicherung der Beklagten erprobt sei und bestimmte Eigenschaften haben sollte.

Das Landgericht hat die Beklagte in dem Vorprozeß zur Zahlung von 3 904,90 DM als Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe des entgangenen Gewinnes infolge Nichtverkaufs von 11 485 qm Dachpappe und zur Erstattung der Versandkosten für die zurückgesandte

Dachpappe im Betrage von 130 DM, insgesamt zur Zahlung von 4 034,90 DM nebst Zinsen verurteilt und weitere Ansprüche der Klägerin auf Schadensersatz wegen Schlechtlieferung abgewiesen. Das Urteil blieb unangefochten.

In dem vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin weiteren Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit der Begründung, die Beklagte wäre nach den getroffenen Vereinbarungen verpflichtet gewesen, ihr im Jahre 1955 mindestens 20 000 qm Po [REDACTED] zu liefern. Der Lieferungsvertrag sei spätestens mit der im Schreiben der Beklagten vom 20. März 1954 bestätigten und wiederholten Vorpflchtungserklärung zustande gekommen und zwar mit dem in dem Schreiben vom 17. Februar 1954 vorgeschenen Inhalt. Das Ergebnis der Besprechungen und schriftlichen Absprachen habe sie überdies vorsorglich in einem Schreiben an die Beklagte vom 23. März 1954 zusammengefaßt. Da die Beklagte den Lieferungsvertrag nicht gekündigt habe, sei sie zur Lieferung eines fehlerfreien Materials und zwar in einer Menge von mindestens 20 000 qm für das Jahr 1955 verpflichtet geblieben und für den der Klägerin entgangenen Gewinn haftbar. Diesen berechnet die Klägerin in Höhe von 0,34 DM je Quadratmeter. Sie hat daher beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 6 800 DM nebst 5% Zinsen seit Klagerhebung zu verurteilen.

Die Beklagte hat der Klage entgegenggehalten, die Klägerin habe bereits in dem Vorprozeß sämtliche ihr erwachsenen Ansprüche aus dem behaupteten Vertrag geltend gemacht, so daß der neuen Klage das rechtskräftige Urteil des Vorprozesses entgegenstehe. Die Beklagte hat ferner bestritten, das Schreiben der Klägerin vom 23. März 1954 erhalten zu haben, und geltend gemacht, die Klage sei schon deshalb unbegründet, weil

sie der Klägerin gegenüber keine Lieferverpflichtungen für das Jahr 1955 übernommen habe. Es sei zudem anzunehmen, daß die Klägerin in der Lage gewesen sei, ihre Kunden, die Dachbelag aus Kunststoff wünschten, durch anderweiten Bezug solcher Ware zu beliefern, so daß ihr durch die Einstellung der Belieferung mit der Dachpappe Pe [REDACTED] im Jahre 1955 kein Schaden entstanden sei.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Auffassung der Revision, der Klage stehe die Rechtskraft des Urteils des Vorprozesses entgegen, ist nicht zu folgen.

Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung schließt jede neue Verhandlung und Entscheidung über den Anspruch, über den rechtskräftig entschieden ist, aus. Nach § 322 Abs. 1 ZPO reicht die Rechtskraft eines Urteils nur soweit, als es über den erhobenen Anspruch entschieden hat. Die Klägerin hatte im Vorprozeß den eingeklagten Betrag von 4 687,40 DM mit mehreren Schadensposten begründet. Darunter verlangte sie entgangenen Gewinn wegen Nichtlieferung von 11 485 qm Ware, die sie nach den behaupteten Vereinbarungen im Jahre 1954 noch hätte abnehmen müssen. Sie

hat zwar in dem Vorprozeß nicht ausdrücklich erklärt, daß sie sich entsprechende Ansprüche auch für das Jahr 1955 vorbehalte. Daraus folgt aber nicht, daß ein solcher Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden dürfe. Grundsätzlich braucht nämlich der Kläger, der einen bezifferten Anspruch erhebt, nicht zu erklären, daß er sich die darüber hinausgehenden Ansprüche vorbehalte, weil sich das schon aus dem Grundsatz ergibt, daß die Rechtskraft nur den im Prozeß geltend gemachten Anspruch, also nur bis zu der eingeklagten Höhe, ergreift (BGHZ 34, 337, 340). Das Landgericht hat in dem Vorprozeß auch nur über die geltend gemachten bezifferten Ansprüche entschieden. Nicht entschieden ist demnach über einen Anspruch der Klägerin auf entgangenen Gewinn wegen Nichtlieferung von Dachpappe, die nach ihrer Auffassung von der Beklagten für das Jahr 1955 zu liefern gewesen wäre. Somit kann die Beklagte mit ihrem Einwand, der Klageforderung stehe die Rechtskraft des in dem Vorprozeß erlassenen Urteils vom 16. September 1959 entgegen, nicht durchdringen. Ob die Klägerin damals selbst angenommen hat, sie könne als Schadensersatz mit Erfolg nur die damals eingeklagten Schadensposten geltend machen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Infolgedessen kann offen bleiben, ob eine solche Auffassung den von der Revision angeführten Schriftsatzstellen entnommen werden kann. Ebenso unerheblich ist, ob die Klägerin sich damals keiner weiteren Ansprüche mehr berührt hat, so daß die Beklagte, wie die Revision geltend macht, während des Vorprozesses keine Veranlassung hatte, weiteren Ansprüchen mit einer negativen Feststellungsklage entgegen zu treten. Denn daraus ist nicht herzuleiten, daß die Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß auch die jetzt in Rede stehenden Schadensersatzansprüche erfaßt hat.

II. Weitere Ausführungen der Revision richten sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Alleinverkaufsvertrages bestimmte Mindestmengen, also im Falle der Verlängerung des Vertrages für das Jahr 1955 mindestens 20 000 qm Dachbelag der vereinbarten Qualität zu liefern. Die Revision meint, eine solche Verpflichtung enthielten die Vertragsabreden nicht. Sie ergebe sich weder aus dem Brief der Klägerin an die Beklagte vom 23. März 1954 noch aus dem vorangegangenen Schriftwechsel. Das Fehlen einer solchen Verpflichtung folge vor allem aus dem Schriftwechsel, der sich im Anschluß an den Brief der Beklagten vom 29. September 1954 entwickelt habe, nämlich dem Schreiben der Klägerin vom 5. Oktober 1954, den Briefen über die Rücknahme der noch auf Lager befindlichen Ware und der späteren Korrespondenz, in der die Klägerin nicht erklärt habe, sie bestche auf Lieferung und andernfalls auf Schadensersatz. Die Klägerin habe vielmehr die Mitteilungen der Beklagten widerspruchlos hingenommen, ohne auf eine angebliche Lieferungsverpflichtung zu bestehen. Erst Ende März 1956 sei ihr erstmals der Gedanke gekommen, die Auffassung zu vertreten, daß der Vertrag vom 23. März 1954 auch eine Lieferungsverpflichtung der Beklagten enthalte, während in Wirklichkeit Gegenstand des Vertrages lediglich ein Gebietsschutz gewesen sei. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung des Vertrages den späteren Schriftwechsel nicht beachtet und damit § 286 ZPO verletzt.

Diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat zwar das Verhalten der Klägerin gegenüber der Beklagten, wie es sich nach dem Brief der Beklagten

an die Klägerin vom 29. September 1954 und dem späteren Schriftwechsel darstellt, im Zusammenhang mit der Auslegung der von ihm festgestellten Vereinbarung über die Einräumung des Alleinverkaufsrechts nicht erörtert. Es besteht jedoch kein Anhaltspunkt für die Annahme, es habe diesen Schriftwechsel unbeachtet gelassen. Er zwingt nicht zu dem Schluß, daß die Beklagte der Klägerin gegenüber keine Lieferverpflichtung in Höhe der dieser auferlegten Mindestmenge übernommen habe und daß es sonach im freien Belieben der Beklagten gestanden habe, ob sie der Klägerin die vereinbarten Mindestmengen lieferte. Das Berufungsgericht entnimmt die Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung dieser Mindestmengen dem Sinn und Zweck der Vereinbarung über das Alleinverkaufsrecht und der hierfür von der Beklagten gestellten Bedingung, Mindestmengen abzunehmen. Seine Erwägung, es könne nach Lage der Dinge nicht angenommen werden, daß die Klägerin bereit gewesen sei, sich nur einseitig zu binden, während die Beklagte freie Hand behalten sollte, liegt auf dem Gebiet der tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht durfte seine Feststellungen, die Beklagte sei zur Lieferung der vereinbarten Mindestmengen verpflichtet gewesen, ohne Rechtsverstoß auch der "Natur" des abgeschlossenen Vertrages entnehmen. Hatte sich nämlich die Klägerin verpflichtet, eine bestimmte Mindestmenge abzunehmen, so kann daraus rechtlich auch gefolgert werden, daß die Beklagte eine entsprechende Verpflichtung zur Belieferung der Klägerin übernommen hat.

Die Auffassung der Revision, Gegenstand des Vertrages sei lediglich ein Gebietsschutz, kann gegenüber den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts und der Auslegung des Vertragswerks nicht

durchdringen. Die Revision meint, ~~daß~~ die Beklagte habe gegen die Klägerin keinen durchsetzbaren Anspruch auf Abnahme einer bestimmten Mindestmenge erworben sollen und die Vereinbarung über die Abnahmepflicht der Klägerin habe nur eine Bedingung für den Bestand des Alleinverkaufsrechts sein sollen. Nach dieser Auffassung hätte also die Beklagte nicht einen Anspruch auf Abnahme durchsetzen, sondern als Folge der Nichtabnahme sich nur von dem eingeräumten Alleinverkaufsrecht lösen können. Eine solche Rechtsgestaltung ist zwar denkbar. Wenn die Parteien dies gewollt hätten, so hätten sie bei den vertraglichen Vereinbarungen einen solchen Vertragswillen aber zum Ausdruck bringen müssen. Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die rechtlich nicht zu beanstanden sind, nicht der Fall. Deshalb ist davon auszugehen, daß diese Vereinbarungen sowohl einen Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Abnahme einer Mindestmenge als auch eine entsprechende Lieferverpflichtung der Beklagten gegenüber der Klägerin zum Inhalt haben.

III. Das Berufungsgericht verneint ohne Rechtsirrtum, daß die Beklagte den Vertrag innerhalb der vorgeschenen Dreimonatsfrist zum Jahresende 1954 gekündigt habe. Dies wird von der Revision nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat auch weder in den Schreiben der Beklagten vor Ablauf dieses Jahres noch in den folgenden Schreiben eine Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grunde gesehen. Ob eine solche Kündigung in dem Schreiben der Beklagten vom 14. Juni 1955 oder in dem Schreiben vom 20. Juni 1955 erblickt werden kann, ist von dem Berufungsgericht nicht erörtert. Es würdigt den Sachverhalt dahin, die Beklagte habe deshalb Schadensersatz zu leisten, weil ihr die für das Jahr 1955 vereinbarte Lieferung von 20 000 qm Pegulan an

die Klägerin unmöglich geworden sei und weil die Beklagte dies zu vertreten habe. Ihr Verschulden sei schon in dem Vertragsschluß selbst zu finden. Im Hinblick auf die Schreiben des Generalvertreters der Beklagten vom 21. April 1953 und vom 7. Dezember 1953, welche die Vertragsverhandlungen eingeleitet hätten, habe die Klägerin erwarten können, daß ihr ein Kunststoffprodukt zum Vertrieb angeboten werde, dessen uneingeschränkte Eignung für den vorgesehenen Verwendungszweck auf Grund vielseitiger Prüfung und Erprobung endgültig festgestanden habe. Die Beklagte habe nach § 347 Abs. 1 HGB dafür einzustehen, daß dies nicht der Fall gewesen sei, daß infolgedessen das Erzeugnis habe aus dem Verkehr gezogen werden müssen und weitere Lieferungen nachträglich unmöglich geworden seien. Jedenfalls habe die Klägerin der Zuverlässigkeit der Beklagten, die ein nicht unbedeutendes Unternehmen der Kunststoffindustrie betreibe, vertrauen und annehmen dürfen, daß die Beklagte in Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einen Dachbelag auf den Markt gebracht habe, der die angesprochenen Eigenschaften besitze. Das Risiko, das der Vertrieb des offensichtlich nicht genügend erprobten Dachbelags mit sich gebracht habe, habe ausschließlich die Beklagte als Herstellerin und Verkäuferin zu tragen. Deshalb dürfe sie sich auch nicht auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage berufen.

Das Hindernis der Vertragserfüllung ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich nicht in einer nachträglichen, von der Beklagten zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung im Sinne von § 325 Abs. 1 BGB zu sehen, sondern in einem anfänglichen Unvermögen der Beklagten, eine vertragsgemäße Ware, nämlich einen Dachbelag, der für den vorgesehenen

Verwendungszweck geeignet war, zu liefern. Dem un-
streitigen Sachverhalt ist nämlich zu entnehmen, daß
die Beklagte schon bei Eingehung des Schuldverhältnis-
ses ein allerdings von ihr damals nicht erkanntes
Unvermögen zur Erfüllung des Lieferversprechens traf.
Eine absolute technische, also objektive Unmöglich-
keit liegt nicht vor. Die Beklagte hat selbst nicht
behauptet, es sei objektiv unmöglich gewesen, die von
ihr noch herzustellenden Erzeugnisse, die sie der
Klägerin angeboten hatte, mit der für einen geeigneten
Dachbelag erforderlichen Haltbarkeit herzustellen. Sie
hat vielmehr sogar geltend gemacht, die Klägerin sei
in der Lage gewesen, ihren Bedarf an Dachbelag aus
Kunststoff anderweit zu decken. Bestand aber bei der
Beklagten ein in ihren Verantwortungsbereich fallendes
Hindernis zur Herstellung von Erzeugnissen vertrags-
gemäßer Art, die an sich technisch möglich war, so muß
sie nach dem Inhalt des Vertrages hierfür einstehen.
Das folgt daraus, daß sie sich zur Lieferung einer sol-
chen Ware aus den in ihrer Fabrik zu fertigenden Erzeug-
nissen verpflichtet hat. Diese Haftung trifft sie, ohne
daß es darauf ankommt, ob sie bei dem Lieferverspre-
chen schuldhaft oder ohne Verschulden angenommen hat,
zur Lieferung einer vertragsgemäßen Ware in der Lage
zu sein. Ist die Leistungsschwierigkeit keine objektive
und bestand sie bereits bei Vertragsschluß, so kann sie
grundsätzlich den Gattungsschuldner nicht von der
Leistung befreien. Das gilt auch dann, wenn das Liefer-
versprechen auf eine bestimmte Gattung noch herzustel-
lender Erzeugnisse aus der Fabrik des Verpflichteten
sich beschränkt. Demnach muß die Beklagte hierfür selbst
dann einstehen, wenn sie bei Eingehen der Lieferver-
pflichtungen in entschuldbarer Weise der Meinung sein
durfte, der Plastic-Dachbelag Pe [REDACTED] eigne sich für

den vorgesehenen Vertragszweck.

Dieser Haftung widerspricht es, dem Fabrikanten, der sich zu dem Umfange nach bestimmten Lieferungen noch herzustellender Ware vorbehaltlos verpflichtet hat, die Möglichkeit zu geben, sich darauf zu berufen, dem Verpflichtungsgeschäft habe die Vertragsgrundlage gefehlt, die darin bestanden habe, daß die zu liefernde Ware als tauglich für den Vertragszweck angesehen worden sei. Infolgedessen muß auch die Rüge der Revision scheitern, das Berufungsgericht hätte den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt prüfen müssen, ob die Beklagte berechtigt gewesen sei, ihre Lieferungen einzustellen, bis über die Eignung der Ware Sicherheit bestanden habe. Selbst wenn die Klägerin keinen Erfüllungsanspruch durchsetzen konnte, weil die Beklagte keine vertragsgemäße Ware herstellen konnte, haftete sie der Klägerin von vornherein auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob in den Erklärungen der Beklagten vom Juni 1955 eine auf die Lösung des Vertragsverhältnisses mit s o f o r t i g e r W i r k u n g gerichtete Erklärung zu sehen ist. Die Beklagte konnte nur vertragsgemäß, also nur zum Ende des Jahres 1955 kündigen. Die Erklärungen der Beklagten vom Juni 1955 haben daher den Vertrag erst zum Ablauf dieses Jahres beendet.

Mit einer weiteren Rüge macht die Revision geltend, das Berufungsgericht hätte beachten müssen, daß die Klägerin mit einer Regelung einverstanden gewesen sei, wonach vorläufig eine weitere Belieferung der Klägerin unterbleiben sollte. Ein solches Einverständnis, für das in dem Schriftwechsel Anhaltspunkte zu finden sind, kann hier unterstellt werden. Es ist daraus jedoch noch nicht zu folgern, daß die Klägerin

hiermit auch auf ihr erwachsene oder erwachsende Schadensersatzansprüche verzichtet hat, die ihren Grund in einem Unvermögen der Beklagten zur Beschaffung vertragsgemäßer Ware und dem Lieferversprechen haben. Da es für die Klägerin nicht sinnvoll war, sich Ware liefern zu lassen, die den aufgetretenen Fehler aufwies, so blieb ihr nichts anderes übrig, als abzuwarten, bis die Beklagte sich in der Lage zeigte, ihr vertragsgemäße Ware zu liefern. Aus dem abwartenden Verhalten der Klägerin kann daher nicht gefolgert werden, daß sie sich mit einer Änderung des Bezugsvertrages einverstanden erklärt und die Beklagte von ihrer Haftung entbunden habe.

Es widerspricht unter diesen Umständen auch nicht Treu und Glauben, daß die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Die Beklagte hätte dieser Gefahr dadurch begegnen können, daß sie das Vertragsverhältnis bereits im September 1954 zum Jahresende kündigte, oder daß sie schon bei der Begründung des Vertragsverhältnisses weitergehende Vorbehalte machte. In diesem Zusammenhang müssen auch die Interessen der Klägerin Beachtung finden, die sich dafür entschieden hatte, das ihr angebotene Erzeugnis der Beklagten zu bestimmten Mindestmengen abzunehmen und sich zu diesem Zweck auf dieses Erzeugnis festgelegt hatte.

Nach alledem ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Beklagte für verpflichtet hält, der Klägerin einen ihr entgangenen Gewinn für das Jahr 1955 zu ersetzen.

IV. Die Revision macht geltend, eine Entscheidung über den Grund des Anspruchs sei hier deshalb nicht zulässig, weil jeder Anhaltspunkt für die Annahme eines Schadens der Klägerin fehle. Die Beklagte habe bereits in den Vorinstanzen darauf hingewiesen, es sei der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen, anderweitig Dachbelag zu beziehen. Sie sei auch dazu verpflichtet gewesen, sich Dachbelag aus Kunststoff anderweitig zu beschaffen, um einen Schaden zu verhüten. Überdies habe die Klägerin selbst nicht behauptet, nicht in der Lage gewesen zu sein, auch nur einen ihr erteilten Auftrag infolge der Nichtbelieferung durch die Beklagte auszuführen. Die Einwendungen der Beklagten gehen also dahin, das von ihr behauptete Verschulden der Klägerin hätte die Entstehung eines Schadens im Jahre 1955 gehindert. Sie stehen dem Erlaß des Grundurteils nicht entgegen.

Der Einwand aus § 254 BGB gehört allerdings dann in das Verfahren über den Grund des Anspruchs, wenn das behauptete eigene Verschulden des Gegners schon die Entstehung des Schadens gehindert hätte. Andererseits setzt die Zulässigkeit des Grundurteils nicht voraus, daß bereits ein zu ersetzender Schaden mit Sicherheit festgestellt ist. Die Zivilprozeßordnung läßt eine Vorabentscheidung über den Grund des geltend gemachten Anspruchs nach Sinn und Zweck des § 304 Abs. 1 ZPO nämlich schon dann zu, wenn festgestellt wird, daß der Anspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit wenigstens in irgendeiner Höhe bestehen muß (RG WarnRspr 1932 Nr. 197; BGH Urt. vom 14. Juni 1962 - II ZR 117/61 - S. 5; WM 1962, 842 = NJW 1962, 1618). Das Berufungsurteil enthält hierzu zwar keine konkreten Feststellungen. Sie ergeben sich aber aus dem unstreitigen Sachverhalt. Danach ist unstreitig, daß die Klägerin mit dem Dachbelag Pe [REDACTED] einen guten Absatz erzielt hätte,

wenn er nicht die hier aufgetretenen Mängel gehabt hätte. Deshalb ist zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß die Klägerin in der Lage gewesen wäre, die vertraglich für das Jahr 1955 festgelegte Menge von 20 000 qm Pegulan mit Gewinn abzusetzen und daß sie einen laufenden Absatz dieser Ware nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge auch schon seit Beginn des Jahres 1955 gehabt hätte. Die Klägerin war nicht verpflichtet, auf einen von anderen Firmen hergestellten Dachbelag aus Kunststoff überzuwechseln, bevor die Beklagte selbst ihr endgültig erklärt hatte, daß die Versuche, Pe [REDACTED] doch noch zu einem verkaufsfähigen Produkt zu machen, gescheitert seien. Die Klägerin brauchte auch keinesfalls schon vor Empfang des Schreibens der Beklagten vom 15. Februar 1955 die Erfüllung des Liefervertrages durch diese als so gefährdet anzusehen, daß sie sich auch nur vorübergehend mit einem anderen gleichartigen Dachbelag hätte eindecken müssen, um weiteren Schaden zu verhüten oder zu mindern. Schon mit Rücksicht hierauf rechtfertigt sich die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Klägerin nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ein von der Beklagten zu ersetzender Schaden entstanden sei, für den zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht. Das genügt aber, um die Zulässigkeit des Grundurteils zu bejahen. Das Berufungsgericht durfte hiernach die Einwendungen der Beklagten aus § 254 BGB dem Betragsverfahren vorbehalten.

Die Angriffe der Revision gegen das Berufungs-
urteil sind somit nicht gerechtfertigt. Infolgedessen
war die Revision der Beklagten als unbegründet zurück-
zuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Mormann