

24

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 171/64

URTEIL

Verkündet am

22. März 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Albert M. [REDACTED] & Co. Kommanditgesellschaft
in L. [REDACTED] ([REDACTED]), vertreten durch die persönlich
haftende Gesellschafterin Frau Hannelore M. [REDACTED] in
L. [REDACTED] ([REDACTED]),

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma F. [REDACTED] & Co. Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in D. [REDACTED], G. [REDACTED] Str. [REDACTED], vertreten
durch ihre Geschäftsführer Herbert F. [REDACTED] und Karlheinz
B. [REDACTED], beide in D. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger, sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 26. Mai 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte bestellte im Frühjahr 1960 bei der Klägerin eine Tauchfärb- und Imprägniermaschine zum Preise von 31 500 DM. Als Anzahlung übergab sie der Klägerin 2 Wechsel über insgesamt 11 000 DM, die am 21. und 22. Juni 1960 fällig waren und die nach einer Behauptung der Klägerin Ende Juni 1960 und nach der Darstellung der Beklagten bereits im April 1960 eingelöst wurden. Die Lieferung der erst herzustellenden Maschine sollte 4 Monate nach Eingang der Anzahlung erfolgen. Am 21. Oktober 1960 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß sie nicht vor Ende November 1960 liefern könne. Am 24. Oktober 1960 verhandelte der Ehemann der Geschäftsführerin der Beklagten, der Zeuge M., mit Vertretern der Klägerin darüber, daß an der Maschine vorerst nicht weitergebaut

- 3 -

werden sollte. Nach der Behauptung der Beklagten war diese damals nicht mehr an der Maschine interessiert, weil nach ihrer Ansicht die Lieferfrist bereits überschritten und das von ihr eingeleitete Auslandsgeschäft nicht mehr durchzuführen war.

Der Inhalt der Verhandlungen vom 24. Oktober 1960 ist unter den Parteien streitig. Nach der Behauptung der Klägerin einigten sich die Parteien dahin, daß die Lieferung unterbleiben und daß die Beklagte die bisher entstandenen Kosten der Klägerin erstatten solle. Die Beklagte behauptet, es sei weder zu einer Vereinbarung gekommen, daß der Vertrag aufgehoben sein sollte, noch habe sie sich zu einer Zahlung der bisherigen Kosten verpflichtet, der Ihmann ihrer Geschäftsführerin, der Zeuge M., habe lediglich erklärt, er wolle der Klägerin noch mitteilen, wie sich die Beklagte in der Angelegenheit weiter verhalten werde. Am 1. November 1960 bestätigte die Klägerin die Vereinbarung vom 24. Oktober 1960 wie folgt:

"Wir nehmen höflichst Bezug auf den Besuch Ihres sehr geehrten Herrn M. vom 24. vorigen Monats und bestätigen die getroffene Vereinbarung, daß an obiger Maschine vorerst nicht weitergebaut wird. Die bisher aufgelaufenen Kosten werden wir Ihnen sobald wie möglich aufgeben."

Am 31. Dezember 1960 übersandte die Klägerin der Beklagten die Aufstellung der Kosten mit folgendem Schreiben:

"Wir nahmen auf Lager:

- 1 fast montagefertige vorgearbeitete Tauchfärb- und Imprägniermaschine,



die auf Ihren Wunsch zurückgestellt wurde ...	23.500.-- DM
Zahlbar netto per Kasse beim Empfang der Rechnung unter Berücksichtigung der geleisteten Anzahlung in Höhe von	<u>11.000.-- DM</u>
verbleiben:	12.500.-- DM"
	=====

Eine telefonische Unterredung der Parteien von Anfang März 1961 bestätigte die Klägerin durch Schreiben vom 9. März 1961 wie folgt:

"Wir nehmen höflich Bezug auf unsere telefonische Unterredung vom 3. d.Mts., in der wir Ihnen mitteilten, daß wir für den Fertigbau der Maschine ca. 3 bis 4 Monate benötigen.

Wir haben, nachdem Sie die Maschine seinerzeit zurückgestellt haben, natürlich andere Aufträge vorgezogen, die wir nun nicht ohne weiteres beiseite stellen können.

Es wäre wirklich zweckmäßig, wenn Sie sich recht bald entschließen würden, daß die Maschine weiter- bzw. fertiggebaut wird, damit wir diese in unser Fabrikationsprogramm mit einfügen können.

Im übrigen möchten wir noch einmal auf die finanzielle Seite der Angelegenheit zurückkommen. Es ist wirklich unerlässlich, daß Sie uns in irgendeiner Form jetzt die verlangte Zwischenzahlung, die ja auch praktisch bei dem damaligen Besuch Ihres sehr geehrten Herrn M. vereinbart wurde, zukommen lassen. Wir sind einfach nicht in der Lage, zu langfristige Finanzierungen zu übernehmen."

Da die Beklagte die Zahlung der 12 500 DM verweigerte, klagte die Klägerin diesen Betrag ein. Das Landgericht gab der Klage in der Hauptsache statt und wies diese lediglich hinsichtlich des 5 % übersteigenden Zinsbetrages ab. Die

Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landgericht hatte angenommen, daß die Parteien die Aufhebung des Lieferungsvertrages vereinbart hätten und übereingekommen seien, die Beklagte solle die bisherigen der Klägerin entstandenen Kosten für die Einzelteile der Maschine und deren Montage zahlen. Das Berufungsgericht läßt es dahinstehen, ob die Parteien den Liefervertrag aufgehoben haben. Es hält es für erwiesen, daß sich die Beklagte verpflichtet habe, die Zahlung der bisherigen Kosten der Klägerin zu übernehmen. Es stützt sich auf die Aussage des Zeugen M., der zwar bekundet habe, die Klägerin solle der Beklagten eine Aufstellung der bisher entstandenen Kosten "zuschicken", anschließend aber ausgesagt habe, er habe sich bei der Verhandlung vom 24. Oktober 1960 doch noch dahin erklärt, daß die Klägerin der Beklagten die Kosten "aufgeben" solle. Der bei der Klägerin beschäftigte Ingenieur Ma. habe diese Bekundung bestätigt. In dem Verlangen der Beklagten, ihr die Kosten aufzugeben, sieht das Berufungsgericht nach den Umständen des Falles die Verpflichtung der Beklagten, die ihr aufzugebenden Kosten auch zu bezahlen.

II. Diese Feststellung greift die Revision vergebens mit Verfahrensrügen an.

a) Sie rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO das Beweisangebot der

Beklagten (Schriftsatz vom 29. September 1961) übergangen, den Betriebswirt D. zu demselben Beweisthema gegenbeweislich zu vernehmen.

Die Vernehmung des Zeugen war in dem Beweisbeschluß des Landgerichts vom 11. Oktober 1961 angeordnet. Die Vernehmung sollte durch das zu ersuchende Amtsgericht des Wohnsitzes des Zeugen erfolgen. Die Übersendung der Akten war jedoch davon abhängig gemacht, daß die Beklagte bis zum 25. Oktober 1961 einen Auslagenvorschuß von 25 DM zu den Gerichtsakten nachwies. Die Beklagte ist der Auflage nicht nachgekommen. Sie ist auch nach beendeter Beweisaufnahme weder im ersten Rechtszuge noch in der Berufungsinstanz auf das Beweisangebot zurückgekommen. Unter diesen Umständen ist es kein Prozeßverstoß, wenn das Berufungsgericht von der Erhebung des Beweises abgesehen hat.

b) Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe aufgrund der Beweisaufnahme eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten zu Unrecht als bewiesen angesehen, keiner der Zeugen habe das ausdrücklich bekundet, richtet sich gegen die der Revision grundsätzlich verschlossene Würdigung der Beweisaufnahme. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsverstoß erkennen. Seine Auslegung der von den Zeugen bekundeten Erklärung des Vortreters M. der Beklagten, die Klägerin solle der Beklagten die Kosten "aufgeben", im Sinne einer Zahlungsverpflichtung ist rechtlich möglich. Wenn der Zeuge M. im Hinblick darauf, daß die Montage der Maschine auf unabsehbare Zeit abgestoppt sein sollte, bat, der Beklagten die bisher entstandenen Kosten aufzugeben, so konnte das bedeuten, daß die Beklagte eine Zwischenzahlung leisten wollte,

damit der Klägerin wegen des Montagestopps kein Schaden erwuchs. Dieser Standpunkt des Berufungsgerichts findet außerdem eine Stütze in dem von der Beklagten nicht widersprochenen Schreiben der Klägerin vom 9. März 1961, in dem von einer Zwischenzahlung die Rede ist. Daß die Parteien im übrigen über die weitere Abwicklung des Liefervertrages keine Einigung trafen, stand der Würdigung des Berufungsgerichts nicht entgegen. Die Parteien waren nicht gehindert, zunächst einmal eine weitere Vorleistungspflicht der Beklagten festzulegen und die Bestimmung über den Weiterbau und die Lieferung der Maschine einer späteren Einigung vorzubehalten.

III. In sachlich-rechtlicher Hinsicht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, weil der größte Teil des zur Maschine gehörenden Materials im Laufe der Zeit zu Schrott geworden sei und die Klägerin bei den späteren Verhandlungen über eine etwaige Lieferung der Maschine einen höheren Preis als ursprünglich vereinbart war, verlangt habe.

Die Rüge ist nicht begründet.

Die Klägerin hat allerdings im Termin vom 2. Juli 1963 vor dem Berufungsgericht erklärt, daß die bereits hergestellten Teile der Maschine größtenteils Schrott geworden seien, weil sie solange der Witterung ausgesetzt waren. Es ist auch richtig, daß die Klägerin, nachdem die Beklagte im Termin vom 2. Juli 1962 ihr Einverständnis dazu gegeben hatte, daß die Klägerin die Kalkulation des Kaufpreises einmal überprüfe, im Schriftsatz vom 11. September 196

ein Preisangebot abgegeben hat, das den ursprünglich vereinbarten Preis von 33 500 DM erheblich überstieg (sie verlangte 57 000 DM unter Verrechnung der gezahlten 23 500 DM und zuzüglich 15 bis 17 000 DM für das Aufarbeiten und teilweise Erneuern des bereits hergestellten Materials, insgesamt also weitere 49 - 51.000 DM).

Da das Berufungsgericht die Frage, ob die Parteien die Aufhebung des Liefervertrages vereinbart haben, offen gelassen hat, ist zu Gunsten der Beklagten von der Richtigkeit ihrer Behauptung auszugehen, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen wurde. Demnach hat die Beklagte eine weitere Vorleistungsverpflichtung (außer der ersten Zahlung von 11 000 DM) übernommen, der gegenüber sie sich nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen kann (§ 320 BGB). Sie hat aber auch kein Leistungsverweigerungsrecht, weil der Vertrag etwa nachträglich weggefallen wäre. Hätte sie zu Recht den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt, so wären allerdings die bereits erfolgten Leistungen zurückzugewähren gewesen. Sie wäre dann auch nicht verpflichtet, die Zwischenzahlung zu leisten. Das Berufungsgericht stellt aber unangefochten von der Revision fest, daß die Ausführungen der Klägerin während des Rechtsstreits keinen Anhaltspunkt für eine Rücktrittserklärung enthielten und daß die Beklagte auch kein Recht zum Rücktritt gemäß § 326 Abs. I und II BGB hatte. Diese Erwägung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Ist aber davon auszugehen, daß die Beklagte aus der nachträglich veränderten Lage keine rechtlichen Folgerungen gezogen hat, so geht die Rüge der Revision ins Leere. Es kann daher dahinstehen, ob bei der jetzt eingetretenen

Lage die Einstellung der Klägerin, sie könne nunmehr einen höheren Preis verlangen, etwa eine positive Vertragsverletzung darstellt, die der Beklagten ein Recht zum Rücktritt ohne Nachfristsetzung oder zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches geben könnte. Die Beklagte hat im vorliegenden Rechtsstreit auch aus der inzwischen eingetretenen Minderung des Wertes der Maschine keinen Schadensersatzanspruch hergeleitet, so daß es einer Prüfung der Berechtigung eines solchen Anspruchs ebenfalls nicht bedarf. Dahingestellt bleiben kann auch, ob die Veränderung der Sachlage, zu der beide Parteien beigetragen haben, der einen oder anderen Partei das Recht gibt, aus dem Gesichtspunkt der Änderung der Geschäftsgrundlage eine Anpassung der vertraglichen Bestimmungen an die veränderte Lage zu verlangen. Es ist nicht ersichtlich und von der Revision auch nicht aufgezeigt worden, daß eine der Parteien von diesem Recht Gebrauch gemacht hätte. Es ist daher davon auszugehen, daß es nach wie vor an einer Festlegung der weiteren Vertragsabwicklung fehlt. Ein Recht der Beklagten, die übernommene Vorleistung (Zwischenzahlung) zu verweigern, ist daher nicht dargetan.

IV. Das Berufungsgericht hat demnach die Klage mit Recht zugesprochen. Die Revision mußte daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier