

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 241/69

URTEIL

Verkündet am

25. November 1970

Scheibl

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der T [REDACTED] D [REDACTED] S [REDACTED]
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten
durch den Geschäftsführer Dr. Sch [REDACTED] in K [REDACTED],
von B [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Heinrich J [REDACTED] in Kö [REDACTED], Br [REDACTED]
Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Dezember 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Laut Auftragsbestätigung Nr. 7905 vom 18. Juni 1963 der Firma E [REDACTED] & Schu [REDACTED] AG in G [REDACTED], die ihre den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Forderung an die Klägerin abgetreten hat und daher im folgenden als Zedentin bezeichnet wird, kaufte der Beklagte von der Zedentin 20 000 m Stoff, und zwar wahlweise Artikel 1063 zu 9,30 DM je m oder Artikel 1184 zu 9,25 DM je m. Als Lieferzeit war angegeben: Abnahme 2. Halbjahr 1963. Auf diesen Kontrakt wurden

an den Beklagten bis April 1965 insgesamt 12 300 m ausgeliefert und von ihm an die Zedentin bezahlt.

Bereits mit Schreiben vom 17. September 1964 hatte die Zedentin, die auf weitere Abnahmen drängte, dem Beklagten angeboten, im Rahmen des Auftrags 7905 auch die Qualität 1167 zu beziehen. Bei einer Rücksprache im Büro des Beklagten am 29. Januar 1965, über deren Verlauf die Parteien abweichende Darstellungen geben, verhandelten der Vorstand der Zedentin und der Beklagte auch über die Abwicklung des Auftrags Nr. 7905. Die Zedentin bestätigte dem Beklagten mit Schreiben vom 5. Februar 1965, sie habe dem Beklagten anheimgestellt, auf den Kontrakt auch den bei dem Gespräch erwähnten Kostümsstoff Qualität 1063 abzunehmen. Der Beklagte rief aber in der Folgezeit keine wesentlichen Stoffmengen mehr ab.

Durch Schreiben des von der Zedentin beauftragten Rechtsanwalts Dr. A. [REDACTED] in K. [REDACTED] vom 16. November 1965 ließ die Zedentin dem Beklagten zur Abnahme der restlichen Ware aus dem Kontrakt Nr. 7905 eine Nachfrist von einem Monat setzen mit der Androhung, daß sie nach Ablauf der Frist die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren werde.

Nachdem der Vertreter Be. [REDACTED] der Zedentin dem Beklagten im Januar 1966 die Musterkollektion der Zedentin vorgelegt hatte, fragte der Beklagte unter dem 7. März 1966 bei Be. [REDACTED] an, ob er einen reinwolle-



nen Granité laut beiliegender Probe anbieten könne. Die Zedentin teilte darauf Be■■■■, der ihr von diesem Schreiben des Beklagten Mitteilung gemacht hatte, unter dem 10. März 1966 mit, daß in ihrer neuen Kollektion, die sie im April vorlegen werde, eine entsprechende Qualität enthalten sei. Be■■■■ gab telefonisch und mit Schreiben vom 15. März 1966 dem Beklagten hiervon Kenntnis. Dieser bezog jedoch keine weitere Ware von der Zedentin.

Bereits am 9. März 1966 hatte die Klägerin Klage eingereicht, mit der sie Ersatz des der Zedentin durch die Nichtabnahme des restlichen Stoffes aus dem Kontrakt Nr. 7905 entstandenen Schadens in Höhe von 20 189,99 DM nebst Zinsen begehrte. Diese Klage wurde dem Beklagten am 21. März 1966 zugestellt.

Das Landgericht gab der Klage statt, das Berufungsgericht wies sie ab.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte erstrebt, verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht erblickt in dem Kontrakt Nr. 7905 einen Bestimmungskauf im Sinne des § 375 HGB,

der den Beklagten verpflichtete, die ihm vorbehalten Bestimmung der zu liefernden Ware zu treffen. Es könne indes dahinstehen, so meint das Berufungsgericht, ob der Beklagte mit dieser Verpflichtung spätestens durch das Schreiben der Zedentin vom 16. November 1965 in Verzug geraten sei, denn die Zedentin sei von der in diesem Schreiben enthaltenen Erklärung später wieder abgerückt und habe zu erkennen gegeben, daß sie nicht mehr auf der angedrohten Haltung beharren wolle. Spätestens mit dem Schreiben vom 10. März 1966 habe sie zum Ausdruck gebracht, daß sie unter Aufgabe ihres früheren Standpunkts bereit sei, den Beklagten auf den noch offenen Auftrag mit dem nunmehr von ihm gewünschten Stoff zu beliefern. Dieses der Klage entgegenstehende Verhalten der Zedentin müsse die Klägerin gegen sich gelten lassen. Dem Beklagten könne es nicht zum Nachteil gereichen, daß er nach Klageerhebung keine Auswahl mehr getroffen habe. Er bleibe allerdings verpflichtet, in Höhe des Wertes der noch nicht abgenommenen Stoffmenge von 7 700 m entsprechend den getroffenen Vereinbarungen Ware abzunehmen.

2. Diese Gedankengänge verdienen, wie die Revision mit Recht geltend macht, keine Billigung.

a) Es enthält allerdings entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht dem Schriftwechsel im März 1966 entnommen hat, die Zedentin sei zu einem Entgegenkommen gegenüber dem Beklagten bereit gewesen und habe seinem Wunsche entsprechen wollen, ihn in Erledigung des al-

ten Auftrags mit dem Granité-Stoff, den sie in ihre neue Kollektion aufzunehmen beabsichtigte, zu beliefern. Diese Würdigung des Schriftwechsels liegt auf tatsächlichem Gebiet. Sie ist möglich und für den erkennenden Senat bindend, weil sie einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt und die Revision zulässige Verfahrensrügen nicht erhoben hat.

b) Nicht gefolgt werden kann indes dem Berufungsgericht in seiner Beurteilung, daß dieses Verhalten der Zedentin der mit der Klage geltend gemachten Forderung entgegensteht. Bei der Entscheidung müssen die Gesamtumstände berücksichtigt werden. Dabei darf nicht außer Betracht bleiben, daß der Beklagte auf das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. A. [REDACTED] vom 16. November 1965 nicht geantwortet hatte. Wenn die Zedentin trotzdem durch ihren Vertreter Be. [REDACTED] im Januar 1966 wieder an den Beklagten herantrat und sich in dem Schriftwechsel vom März 1966 nach der Auslegung des Berufungsgerichts bereit erklärte, anstatt der in dem Kontrakt 7905 vorgesehenen Stoffe nunmehr einen reinwollenen Granité-Stoff zu liefern, so läßt sich dies nur mit ihrem Wunsche erklären, die Geschäftsverbindung mit dem Beklagten aufrechtzuerhalten, von der sich die Zedentin offenbar Nutzen versprach, den sie höher einschätzte als den ihr aus der Abnahmeweigerung des Beklagten entstandenen Schadensersatzanspruch. Der Verzug des Beklagten mit seiner Abnahmepflicht, den das Berufungsgericht unterstellt, wurde indes nicht dadurch beendet, daß die Zedentin sich mit dem Beklagten in Verbindung setzte und ihn dazu zu bewegen suchte, die Angelegen-

heit dadurch aus der Welt zu schaffen, daß der Beklagte ein neues Geschäft mit ihr abschloß. Erfolgreiche Verhandlungen, die mit dem Ziele angebahnt wurden, den von der Zedentin aus dem Kontrakt 7905 hergeleiteten Anspruch zu regeln, können nicht zur Folge haben, daß der Klägerin der von der Zedentin abgetretene Anspruch abzuerkennen ist.

c) Selbst wenn die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts zugrunde gelegt und angenommen wird, daß die Zedentin sich auf den möglicherweise durch das Mahnschreiben des Rechtsanwalts Dr. A. [REDACTED] vom 16. November 1965 eingetretenen Verzug des Beklagten mit der Abnahmeverpflichtung wegen ihres Verhaltens im Januar und März 1966 nicht berufen könne, so würde doch in der Klagezustellung eine erneute Mahnung liegen, die geeignet war, den Beklagten in Verzug zu setzen. Allerdings enthielt die Klageschrift keine neue Fristsetzung und auch nicht die Erklärung, daß die Zedentin die Annahme der Leistung des Beklagten nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach einhelliger Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung ist indes die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernstlich und endgültig verweigert hat. Das ist hier der Fall. Der Beklagte hat sich im Rechtsstreit von Anfang an dahin eingelassen, es sei zwischen dem Vorstand der Zedentin und ihm vereinbart worden, daß der Kontrakt 7905 hinsichtlich der Restmenge von 7 700 m nicht ausgeführt werden sollte, und er sei zur Abnahme der Restmenge weder verpflichtet noch bereit. Diesen Standpunkt hat der

Beklagte auch noch im Berufungsrechtszuge eingenommen. Er hat auch im weiteren Verlaufe des Rechtsstreits, obwohl die Beweisaufnahme seine Behauptung, die Lieferungen auf den Kontrakt 8322 seien auf den Kontrakt 7905 anzurechnen, nicht bestätigt hatte, daran festgehalten, daß er zu weiteren Abnahmen auf den Kontrakt 7905 nicht verpflichtet sei, und hat keinerlei Anstalten getroffen, um weitere Ware auf den Kontrakt 7905 bei der Zedentin abzurufen. Dieses Verhalten des Beklagten läßt nur den Schluß zu, er habe die Erfüllung des Kontraktes mit Entschiedenheit abgelehnt und sich darauf berufen, daß er nicht verpflichtet sei, weitere Lieferungen auf den Kontrakt Nr. 7905 vorzunehmen. In diesem Verhalten liegt, was das Berufungsgericht außer acht gelassen hat, eine endgültige und ernstliche Erfüllungsverweigerung, so daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der Klägerin mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aberkannt werden kann. Die nicht näher begründete Ansicht des Berufungsgerichts, dem Beklagten könne es nicht zum Nachteil gereichen, daß er nach Klageerhebung keine Auswahl mehr getroffen habe, verdient somit keine Billigung.

3. Das angefochtene Urteil läßt sich daher mit der in ihm gegebenen Begründung nicht halten. Eine Entscheidung in der Sache selbst ist dem erkennenden Senat bei dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens nicht möglich, weil weitere tatsächliche Aufklärung erforderlich ist.

Der Beklagte wäre nämlich dann nicht in Verzug gekommen, wenn die Zedentin, wie er behauptet hat, gar nicht in der Lage gewesen wäre, einwandfreie Ware auf den Kontrakt 7905 zu liefern, und wenn die von der Zedentin auf diesen Vertrag gelieferten Stoffe wiederholt so schlecht gewesen wären, daß der Beklagte ihre Abnahme ablehnte und sie zurückgab. Sollte dieses Vorbringen, dessen Prüfung das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus mit Recht - unterlassen hat, sich als zutreffend erweisen, so wäre der Beklagte möglicherweise berechtigt gewesen, von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. In seinem Verhalten gegenüber der Zedentin könnte möglicherweise eine solche Rücktrittserklärung erblickt werden, die - falls sie begründet wäre - den Beklagten von der Verpflichtung zu weiteren Abrufen auf den Kontrakt 7905 freistellen würde.

Die Sache bedarf daher noch weiterer tatsächlicher Aufklärung, so daß sie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß. Es wird dabei Aufgabe der Parteien, insbesondere des Beklagten, sein, ihr Vorbringen zu der hiernach wesentlichen Frage zu ergänzen und zu vertiefen. Von Bedeutung kann auch sein, daß die Preise für die in dem Kontrakt Nr. 7905 aufgeführten Stoffe, wie die Klägerin behauptet hat, inzwischen gefallen gewesen sein sollen. Würde der Beklagte sich lediglich aus diesem Grunde von dem für ihn nachteilig gewordenen Geschäft zu lösen versucht haben, so könnte er hiermit keinen Erfolg haben.

Sollte das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, daß die Klägerin Schadensersatz gemäß § 326 BGB zu beanspruchen hat, so wird zu beachten sein, daß der Beklagte den Anspruch auch der Höhe nach bestritten hat.

Da die Entscheidung über die Kosten von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt, ist sie dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dem erkennenden Senat erschien es angebracht, von der Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann