

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 16/93

Verkündet am:
12. Januar 1994
Böhringer-Mangold
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Norbert T■■■■, L■■■■straße ■■■, G■■■■■,

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte ■■■■ und v. ■■■■ -

g e g e n

Karin B■■■■, handelnd unter der nicht eingetragenen Firma
L■■■■ Karin B■■■■, P■■■■straße ■■■, G■■■■/F■■■■

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■ -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1994 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch, Groß, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. November 1992 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Unter dem Firmennamen "H[REDACTED] & F[REDACTED] P[REDACTED] S[REDACTED], Inhaber Norbert T[REDACTED]" unterzeichnete der Beklagte am 14. August 1990 ein Auftragsformular der Klägerin, in dem die Bestellung von Sportkleidung unter Angabe der Modelle, ihrer Farbe, der Stückzahlen, der Größen und der Einzelpreise zur

- 3 -

Lieferung von Januar bis September 1991 aufgegeben ist. Am Schluß heißt es unmittelbar vor der Unterschrift des Beklagten, "Ich verpflichte mich aufgelistete Bestellung (Ware) für den Zeitraum Januar bis September abzunehmen". Am 17. August 1990 gründete der Beklagte die H■■■■ & F■■■■ P■■ S■■ T■■■■ GmbH. Sie wurde am 25. September 1990 ins Handelsregister eingetragen.

Mit Schreiben vom 12. November 1990 erklärte der Beklagte den Rücktritt von dem Vertrag unter Hinweis darauf, daß mehrere Zusagen für die Vorlage der Musterstücke nicht eingehalten worden seien. Der "Stornierung" des Auftrags widersprach die Klägerin mit Schreiben vom 15. November 1990. Darin heißt es u.a.:

"Bedingt, durch unvorhersehbare Umstände, konnten wir leider nicht, wie besprochen, die Originale, Ende Oktober 90 vorlegen, jedoch versichern wir Ihnen, dies schnellstmöglichst nachzuholen. Es ist uns jedoch unverständlich, daß Sie bereits jetzt, ohne uns vorher eine Nachfrist zu setzen, dieselbe Lieferung bei einer anderen Firma in Auftrag geben konnten".

Die Klägerin hat den ihr durch die Erfüllungsverweigerung entstandenen Schaden (nutzloser Aufwand für die Herstellung und Fertigung von Stoffen, von Klischees für Etiketten, von Etiketten mit bedruckter Waschanleitung, Etiketten mit Firmenlogo und bestickten Etiketten) mit 140.297,60 DM beziffert und diesen Betrag zuzüglich Zinsen eingeklagt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Beklagte ist dem entgegengetreten und hat geltend gemacht, die Parteien hätten Einigkeit darüber erzielt, daß das Geschäft mit der GmbH, deren Gründung bekanntermaßen unmittelbar bevorgestanden habe, abgewickelt werden solle. Weiterhin sei Einvernehmen darüber erzielt worden, daß bis spätestens zum 15. Oktober 1990 von jedem Schnitt, jeder Größe und jeder Farbe ein Musterstück vorgelegt werden solle und erst nach Billigung dieser Musterstücke der Auftrag zur Produktion erteilt werde. Auf die Einhaltung der Frist habe er auch nicht im Hinblick auf die Verschiebung eines Messetermins verzichtet. Im Oktober 1990 habe er, der Beklagte, die Klägerin mehrfach auf Einhaltung der Frist gedrängt, ihm seien auch entsprechende Zusagen gemacht, aber nicht eingehalten worden. Anlässlich eines Telefongesprächs am 19. Oktober 1990 habe er schließlich unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß er allenfalls bis Ende Oktober 1990 zuwarten werde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin sich selbst nicht vertragstreu verhalten habe. Das Oberlandesgericht hat nach Beweiserhebung die Forderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, aus der schriftlichen Bestellung ergebe sich, daß der Beklagte als Käufer verpflichtet worden sei. Eine hiervon abweichende Vereinbarung, die zu gründende GmbH solle aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet sein, habe der Beklagte nicht beweisen können. Unbewiesen sei auch, daß abgesprochen worden sei, eine endgültige Bestellung werde erst nach Vorlage der Muster und deren Billigung erfolgen.

Die Schadensersatzpflicht des Beklagten ergebe sich - dem Grunde nach - daraus, daß er sich am 12. November 1990 grundlos von dem Kaufvertrag losgesagt und dessen Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Dies müsse als positive Vertragsverletzung gewertet werden und führe zum Eingreifen des § 326 BGB, ohne daß es einer Nachfristsetzung verknüpft mit Ablehnungsandrohnung bedurft hätte. Grundlos sei die Erfüllungsverweigerung des Beklagten insbesondere deshalb gewesen, weil er nicht etwa seinerseits berechtigt gewesen sei, vom Vertrage zurückzutreten. Die Voraussetzungen eines wirksamen Rücktritts gemäß § 326 BGB oder nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung ließen sich auf seiner Seite nicht feststellen. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die unstreitig vereinbarte Lieferung von Musterstücken Teil der Hauptleistungspflicht der Klägerin gewesen sei oder als Nebenpflicht zu gelten habe, und ausgeführt, allerdings sei die Klägerin mit der fälligen Übersendung der Warenmuster am 12. November 1990 in Verzug gewesen. Nach dem Ergebnis der Beweis-

aufnahme habe jedoch nicht festgestellt werden können, daß der Beklagte vor der von ihm erklärten Leistungsverweigerung der Klägerin zur Bewirkung ihrer Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt habe, daß er die Annahme der Leistung nach Fristablauf ablehnen werde. Die von dem Beklagten benannten Zeugen K [REDACTED], J [REDACTED] und R [REDACTED] hätten eine Fristsetzung nicht bestätigt. Der Zeuge C [REDACTED] habe allerdings bekundet, daß der Beklagte bei einem Telefongespräch gesagt habe, wenn die Muster nicht innerhalb einer bestimmten Frist bei ihm seien, werde er die Ware nicht mehr abnehmen. Eine zeitliche Einordnung habe der Zeuge indessen nicht vorzunehmen vermocht. Aufgrund dieser Aussage lasse sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, daß im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 12. November 1990 eine gesetzte Nachfrist bereits abgelaufen gewesen sei. Aus der Korrespondenz ergebe sich eher das Gegenteil. Eine schwerwiegende Pflichtverletzung der Klägerin, die ausnahmsweise die Setzung einer Nachfrist mit Ablehnungsandrohnung entbehrlich gemacht hätte, sei weder dargelegt noch ersichtlich.

Der Klägerin sei, hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, die Geltendmachung ihrer Rechte auch nicht wegen eigener Vertragsuntreue verwehrt. Der Beklagte habe nicht nachweisen können, daß gegenüber der von ihm ernsthaft und endgültig erklärten Leistungsverweigerung die Nichtlieferung der Musterstücke durch die Klägerin trotz Fälligkeit und Verzugs ein den Vertragszweck erheblich gefährdendes Verhalten dargestellt habe. Dies gelte für die Katalogherstellung ebenso wie für die behauptete Beeinträchtigung der Weiterverkaufschancen der Ware. Letztlich rechtfertige auch

die vom Beklagten behauptete Bestellung von Waren durch den Zeugen S. mit einem Gesamtwert von ca. 320.000 DM unter Vereinbarung der Vorlage von Mustern bis zum 14. Oktober 1990 nicht die Annahme einer den Anspruch der Klägerin ausschließenden Vertragsuntreue. Das Vorbringen des Beklagten sei allerdings von dem Zeugen S. in vollem Umfange bestätigt worden, auch der Zeuge J. habe angegeben, im September 1990 sei mit dem Zeugen S. vereinbart worden, daß dieser den Europavertrieb übernehmen solle. Selbst wenn man hiervon ausgehe, sei die am 12. November 1990 erklärte ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung durch den Beklagten ohne vorherige Nachfristsetzung nicht gerechtfertigt gewesen. Nach den Angaben des Zeugen S. sei dieser bereits eine Woche nach dem 15. Oktober 1990 von dem Geschäft mit dem Beklagten zurückgetreten. Gleichwohl habe der Beklagte der Klägerin nach diesem Zeitpunkt noch Fristen gesetzt. Es sei überdies in keiner Weise substantiiert dargetan, daß die Ware nur an den Zeugen S. und nicht auch an andere Händler hätte abgesetzt werden können.

II. Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Oberlandesgerichts, der Beklagte und nicht die von ihm gegründete GmbH sei Kaufvertragspartei. Ohne Erfolg rügt die Revision, die Vorinstanz habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, auch die Klägerin als Partei zum Zustandekommen des Kaufvertrages zu vernehmen, §§ 286, 448 ZPO. Die Parteivernehmung steht im Ermessen des Tatrichters. Mit tatrichterli-

chem Ermessen war es im vorliegenden Falle durchaus vereinbar, sich mit der Zeugenvernehmung entsprechend dem Beweisbeschluß vom 8. Juli 1992 und deren Ergebnis zufriedenzugeben. Entgegen der Darstellung der Revision ist der Beklagte nicht als Partei vernommen worden. Das Berufungsgericht hat ihn - ebenso wie die Klägerin - lediglich zur Klärung des Parteivorbringens gehört.

2. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, ein Kaufvertrag sei bereits mit Zugang des Auftragsschreibens vom 14. August 1990 bei der Klägerin wirksam zustande gekommen. Sie meint, bei gebotener vorsichtiger Wertung der Aussage des Zeugen C [REDACTED] - er lebt mit der Klägerin zusammen - hätte das Berufungsgericht auch insoweit gemäß § 448 ZPO von Amts wegen eine Einvernahme u.U. beider Parteien anordnen müssen. Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt; ein Ermessensfehler liegt in der Unterlassung der Parteivernehmung nicht.

3. Soweit das Oberlandesgericht dem Beklagten wegen seines Verhaltens am 12. November 1990 eine positive Vertragsverletzung angelastet hat und dabei davon ausgegangen ist, daß er selbst trotz Verzugs der Klägerin mit der Vorlage der Muster nicht zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen sei, rügt die Revision mit Erfolg, daß die Beweiswürdigung, was eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung angeht, von einem Verfahrensfehler beeinflusst ist.

Der Beklagte hat bei seiner Anhörung ausweislich des Berichterstattervermerks angegeben, "ich habe Herrn C [REDACTED] im Oktober 1990 mehrmals telef. erklärt, daß ich die Ware

nicht mehr haben wolle, wenn die Muster nicht bis Ende Oktober 1990 vorlägen". Der Zeuge C [REDACTED] hat ausgesagt, "Herr Traeder hat bei einem Telefongespräch gesagt, wenn die Muster bis dann und dann nicht da sind, will ich die Waren nicht mehr".

Soweit das Berufungsgericht gemeint hat, aufgrund dieser Aussage lasse sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, daß im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 12. November 1990 eine gesetzte Nachfrist bereits abgelaufen gewesen sei, dagegen spreche auch der Inhalt des Schreibens vom 12. November 1990 und die Antwort der Klägerin darauf, ist seine Beweiswürdigung vom tatrichterlichen Ermessen nicht gedeckt. Aus dem Wortlaut des Schreibens des Beklagten vom 12. November 1990 ergibt sich nichts, was gegen eine vorausgegangene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sprechen könnte. Daß der Zeuge C [REDACTED] einerseits die Tatsache der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bestätigt hat, andererseits bezüglich des Datums aber Erinnerungsschwierigkeiten hatte, rechtfertigt die vom Berufungsgericht gezogene Folgerung nicht. Hat die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung stattgefunden, sich die Angabe des Beklagten hierzu mithin als richtig erwiesen, so besteht kein nachvollziehbarer Grund, daran zu zweifeln, daß auch seine Zeitangabe - Ende Oktober - richtig ist. Dafür spricht auch die Bekundung des Zeugen C [REDACTED], daß die Muster jedenfalls vor Fristablauf bei der Klägerin eingetroffen gewesen seien. Das aber war nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin und der Aussage des Zeugen C [REDACTED] Ende Oktober 1990.

4. Auch die Wertung der tatsächlichen Feststellungen zur eigenen Vertragsuntreue der Klägerin ist in einer revisionsrechtlich nicht hinnehmbaren Weise zum Nachteil des Beklagten ausgefallen. Hatte der Beklagte einen Abnehmer für die bei der Klägerin bestellte Ware und hat sich dieser, wie das Berufungsgericht angenommen hat, vom Vertrag mit dem Beklagten deshalb gelöst, weil dieser der mangelnden Vertragstreue der Klägerin wegen nicht in der Lage war, wie vereinbart, Muster vorzulegen, so setzte sich die Klägerin schon dieserhalb zu ihrem eigenen Verhalten in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Art und Weise in Widerspruch, wenn sie gleichwohl vom Beklagten Schadensersatz verlangte. Dem Beklagten kann nicht zum Nachteil gereichen, daß er der Klägerin nach dem Rücktritt des Zeugen S. [REDACTED] - ersichtlich in dem Bemühen einen anderen Abnehmer zu finden - eine Nachfrist bis Ende Oktober 1990 gesetzt hat.

5. Das angefochtene Urteil konnte danach keinen Bestand haben. Die Sache war an die Vorinstanz zurückzuverweisen, weil es erneuter Beweiserhebung durch den Tatrichter bedarf. Bei der Zurückverweisung hat der Senat von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Wolf

Dr. Paulusch

Groß

Ball

Wiechers