

28

BUNDESGERICHTSHOF

2097 084

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis

URTEIL

VIII ZR 30/64

Verkündet am

23. Februar 1966

Klett

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des früheren Bauunternehmers, jetzigen Bauaufsehers Heinz
Dietrich W [REDACTED] in I [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft in Firma Bi [REDACTED] & Co.,
Spezialbetrieb für Mauertrockenlegung, in A [REDACTED]
(I [REDACTED]), vertreten durch die persönlich haftenden Gesell-
schafter Ernst Bi [REDACTED] und Frau Else Ta [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 19. November 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die sich als Spezialbetrieb für Mauer-Trockenlegung bezeichnet, vertreibt Kunststoffentfeuchtungs-röhren und hierzu passende Kopfstücke, die in nasse Mauern eingebaut werden und deren Feuchtigkeit beheben sollen, unter dem Namen "B[REDACTED]-Mauerkondensatoren". Unter dem 10. Juli 1959 schlossen die Parteien einen "Allein-Vertretungsvertrag" auf die Dauer von 3 Jahren, durch den der Beklagte, der auf eigene Rechnung die Kondensatoren von der Klägerin beziehen, an seine Kunden veräußern und auch

- 3 -

einbauen sollte, in dem Vertragsgebiet "Niedersachsen (von K[REDACTED]-P[REDACTED])" das alleinige Recht zum Vertrieb der B[REDACTED]-Mauerkondensatoren erhielt. Der Beklagte hatte die Einführung und den Absatz nach besten Kräften zu fördern, damit nach einer Anlaufzeit von 2 Monaten ein jährlicher Monatsdurchschnitt von 2000 laufenden Metern, d.h. etwa 24000 Teilen erzielt wurde. Für die "wirkungsvolle physikalisch bedingte Wirkungsweise" übernahm die Lieferfirma volle Garantie. In einem Zusatzvertrage vom selben Tage war vereinbart, daß der Beklagte sofort eine komplette Montageausrüstung zum Preise von etwa 7 300 DM übernahm. Je Teil der Kondensatoren war ein einheitlicher Preis von 1,10 DM ab Werk U[REDACTED] zu zahlen, der später auf 0,83 DM ermäßigt wurde. Die Endverkaufspreise waren dem Beklagten vorgeschrieben. Nach Nr. 10 des Zusatzvertrages sollte die Lieferfirma der Vertriebsfirma ihren Bedarf zunächst wöchentlich, auf der Basis wöchentlicher Abrechnung und Bezahlung liefern, bis die Vertriebsfirma die Liquidität erreicht habe, um ihren Monatsbedarf auf einmal zu decken, was in schätzungsweise 6 bis 8 Wochen erreicht sein werde. Die nördliche Grenze des Vertragsgebietes war in Nr. 13 des Zusatzvertrages angegeben mit: "bis zur See den ganzen Raum". Mit Schreiben vom 15. Juli 1959 an die Klägerin teilte der Beklagte ihr die das Vertragsgebiet im Süden begrenzenden Landkreise mit. Der Beklagte bestellte in der Folgezeit für rd. 85 000 DM Kondensatoren bei der Klägerin, die diese lieferte und dem Beklagten in Rechnung stellte. Die letzte Bestellung gab der Beklagte am 8. Juli 1960 auf. Laut Kontoauszug der Klägerin vom 12. November 1960 schuldet der Beklagte ihr für die gelieferten Waren noch 24 894,35 DM.

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

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

23

Mit Schreiben vom 28. Juni 1960 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß der östliche Teil von Niedersachsen, dessen Umgrenzung die Klägerin im einzelnen angab, von dem Gebiet des Beklagten abgetrennt würde, weil er den vertraglich festgesetzten Umsatz nicht erreicht habe. Der Beklagte kündigte darauf unter dem 16. Juli 1960 den Vertrag vom 10. Juli 1959 mit sofortiger Wirkung. Er behielt sich außerdem Schadensersatzansprüche vor, weil die Klägerin ihn in verschiedener Hinsicht falsch unterrichtet habe. Deshalb kochte er in demselben Schreiben den Vertrag auch wegen arglistiger Täuschung und Irrtums an. In einem weiteren Schreiben vom 20. Juli 1960 machte der Beklagte geltend, daß ihm die Klägerin weit überhöhte Preise in Rechnung gestellt und er durch das Verhalten der Klägerin einen außerordentlich hohen Schaden erlitten habe. Ferner wies er auf die Ansprüche unzufriedener und durch die Klägerin geschädigter Kunden hin. Der Aufforderung der Klägerin zur Bezahlung des offenstehenden Betrages kam der Beklagte nicht nach.

Die Klägerin erhob daraufhin Klage auf Zahlung von 24 894,35 DM nebst Zinsen gegen den Beklagten.

Das Landgericht gab der Klage mit Ausnahme eines Teiles der Zinsforderung statt. Das Berufungsgericht wies die Berufung des Beklagten zurück.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin hat sich im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat nicht durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Der Beklagte hat Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die Klägerin beantragt

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet, sodaß dem Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils zu entsprechen ist.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die von dem Beklagten erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Irrtums betreffe lediglich den Vertretungsvertrag. Die zwischen den Parteien abgeschlossenen einzelnen Kaufverträge, aus denen die Klägerin ihren Anspruch herleite, würden durch die Anfechtung nicht berührt. In einer Hilfs-erwägung legt das Berufungsgericht weiter dar, die Anfechtung könnte auch dann nicht durchdringen, wenn zugunsten des Beklagten unterstellt werde, daß es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag gehandelt habe.

Die Revision greift diese Ausführungen im Ergebnis ohne Erfolg an.

Wenn mit der Revision davon ausgegangen wird, daß der Beklagte die Mauerkondensatoren aufgrund eines Dauerschuldverhältnisses von der Klägerin bezogen und die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Irrtums, deren Wirksamkeit unterstellt werden kann, nicht nur den Allein-Vertretungsvertrag nebst Zusatzvereinbarung, sondern auch den Sukzessivlieferungsvertrag rückwirkend vernichtet hatte, so wären auch die aufgrund des Sukzessivlieferungsvertrages getätigten Erfüllungsgeschäfte, also die Übereignung der von der Klägerin gelieferten Kondensatoren von der Anfechtung erfaßt worden. Zwar wird im deutschen bürgerlichen Recht streng zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft unterschieden, jedoch ist anerkannt, daß gerade beim Verkauf beweglicher Sachen die Anfechtungserklärung im Zweifel auch auf das

dingliche Erfüllungsgeschäft mitbezogen werden muß (vgl. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil 14. Aufl. § 203 II 3 Anm. 11 S. 876 m.N.). Gründe, die dafür sprechen könnten, daß hier eine andere Beurteilung Platz greifen müßte, sind vom Beklagten nicht aufgezeigt worden. Würde also die vom Beklagten erklärte Anfechtung durchgreifen, so wären nicht nur der Sukzessivlieferungsvertrag oder die einzelnen Kaufverträge zwischen den Parteien nichtig, sondern auch die Übereignungsgeschäfte hinsichtlich der Mauerkondensatoren. Es müßte dann zwischen den Parteien ein Ausgleich nach Bereicherungsgrundsätzen erfolgen. Dieser würde aber entgegen der Ansicht der Revision nicht zu dem Ergebnis führen, daß die Klägerin dem Beklagten die Kaufpreiszahlungen zurückerstatten müßte und demgegenüber der Beklagte lediglich den nach seiner Ansicht sehr geringen tatsächlichen Wert der B████-Kondensatoren zu vergüten hätte. Vielmehr würde hier die Vorschrift des § 816 BGB zugunsten der Klägerin eingreifen. Der Beklagte hat unstreitig über sämtliche ihm gelieferten Mauerkondensatoren dadurch verfügt, daß er sie an Kunden veräußerte und in die Mauern von deren Gebäuden einbaute. Die Klägerin würde also, wenn sie infolge Nichtigkeit des Übereignungsgeschäftes mit dem Beklagten zunächst noch Eigentümerin der Mauerkondensatoren geblieben war, nachdem sie diese an den Beklagten ausgeliefert hatte, durch Verfügungen des Beklagten das Eigentum an den Kondensatoren verloren haben, sei es durch gutgläubigen Erwerb des Eigentums seitens der Kunden des Beklagten oder durch Verbindung der Kondensatoren mit den Grundstücken der Kunden (vgl. § 946 BGB). Der Beklagte wäre deshalb der Klägerin gegenüber zur Herausgabe des Erlangten, d.h. des von den Kunden an

ihn geleisteten Entgelts für die Kondensatoren verpflichtet. Es ist indes unstreitig, daß der Beklagte die Kondensatoren mit Gewinn weiterveräußert hat. Da die Klägerin nicht mehr als den mit dem Beklagten vereinbarten Kaufpreis, also weniger als das von dem Beklagten durch die Weiterveräußerung erlangte Entgelt fordert, ist mithin der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von 24 894,35 DM nebst Zinsen auch dann begründet, wenn der Ansicht der Revision gefolgt und angenommen wird, daß der Beklagte sämtliche Verträge zwischen den Parteien wirksam angefochten hat.

2. Die gegenüber der Klageforderung zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche stehen nach Auffassung des Berufungsgerichts dem Beklagten gegen die Klägerin nicht zu, weil eine gegen die guten Sitten verstoßende Vermögensschädigung im Sinne des § 826 BGB ausscheidet und auch vertragliche Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung nicht in Frage kämen. Mit diesen Erwägungen wird das Berufungsgericht dem Vorbringen des Beklagten nicht gerecht. Wie sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt, stützt der Beklagte seine zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche darauf, daß die Klägerin ihm im Laufe der zum Abschluß des Allein-Vertretungsvertrages führenden Verhandlungen eine Reihe von unrichtigen Angaben gemacht habe, die ihn dazu bewogen hätten, den Allein-vertretervertrag mit der Klägerin abzuschließen, der sich für ihn im Ergebnis äußerst nachteilig ausgewirkt habe. Der Vortrag des Beklagten hätte also die Prüfung nahegelegt, ob dem Beklagten Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß zustehen. Derartige Ansprüche sind allerdings auf den Er-

satz des Vertrauensschadens beschränkt. Der Beklagte macht hier indes nur derartigen Schaden geltend. Er verlangt einmal Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden sein soll, daß er sein eigenes Baugeschäft stillgelegt und seine Baugeräte sowie das bei ihm vorhandene Baumaterial unter dem wirklichen Wert verkauft habe, um sich allein der Mauerentfeuchtung zu widmen. Ferner behauptet er, ihm sei auch dadurch Schaden entstanden, daß er sich Geräte für das Trocknungsgeschäft beschafft habe, für die er nach Aufgabe dieses Geschäfts Käufer nur zu sehr niedrigen Preisen gefunden habe. Außerdem begehrt er Ersatz für den Schaden, der darauf beruhen soll, daß Kunden, in deren Häuser er Mauerkondensatoren eingebaut hatte, infolge des Versagens des Systems der Klägerin den Beklagten schadensersatzpflichtig gemacht hätten und hierdurch sein Name in schlechten Ruf gekommen sei. Der Beklagte will also so gestellt werden, wie er dastehen würde, wenn er sich nicht vertraglich an die Klägerin gebunden und sich nicht mit der Mauerentfeuchtung beschäftigt, sondern sein Unternehmen in der früheren Weise weitergeführt hätte. Er beansprucht mithin lediglich Ersatz des Vertrauensschadens.

Ansprüche aus Verschulden bei Vertragschluß setzen voraus, daß der geschädigte Vertragspartner von seinem Gegner durch ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten schuldhaft dazu veranlaßt wurde, sich in der geschehenen Weise vertraglich zu binden. Das Berufungsgericht hat hier unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt (Ursächlichkeit der angeblichen Täuschungen für den Vertragsabschluß) geprüft, ob die von dem Beklagten im einzelnen angeführten, angeblich unrichtigen Erklärungen der Klägerin vor Vertragsabschluß dazu geführt haben, .

daß der Beklagte sich zu der Übernahme der Alleinvertretung der Klägerin bereitfand, und hat diese Frage verneint. Würden diese Erwägungen des Berufungsgerichts einer rechtlichen Prüfung standhalten, so würde auch eine Haftung der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsabschluß entfallen, weil dieses Verschulden für den Abschluß des Vertretervertrages und den Schaden, den der Beklagte hierauf zurückführt, nicht ursächlich gewesen wäre. Die Ausführungen des Berufungsgerichts werden von der Revision jedoch mit verschiedenen Rügen angegriffen, die Erfolg haben müssen.

a) Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß die Klägerin dem Beklagten entsprechend dem Inhalt des gedruckten Prospekts der Wahrheit zuwider erklärt hat, für "das neue B■■■■-Mauer-Entfeuchtungs-System" sei ein deutsches Patent angemeldet. Es meint jedoch, diese unrichtige Angabe sei nicht geeignet gewesen, den Beklagten zu täuschen. Die Anmeldung von Patentrechten allein habe den Beklagten nicht veranlassen können, den Vertrag abzuschließen und sein Baugeschäft aufzugeben, denn er habe nicht gewußt, ob eine Patentierung wirklich erfolgen würde. Da der Beklagte Fachmann sei, verdiene es keinen Glauben, daß ihn eine angebliche Patentanmeldung zum Vertragsabschluß bewogen habe.

Diese Darlegungen des Berufungsgerichts unterliegen rechtlichen Bedenken. Allerdings kann der Revision nicht in ihrer Ansicht gefolgt werden, der Prospekt besage, daß bereits ein deutsches Patent vorliege. Der Wortlaut "DP und Ausl. Pat. angem." konnte vielmehr von dem Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum dahin verstanden werden, daß auch in Deutschland ein Patent erst angemeldet worden sei.

X0

Hat indes die Klägerin dem Beklagten bei den Vertragsverhandlungen den Prospekt vorgelegt oder inhaltlich dem Prospekt entsprechende Erklärungen abgegeben, so hat sie jedenfalls, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, den Beklagten insoweit getäuscht, als sie entgegen den Angaben des Prospekts ein deutsches Patent überhaupt nicht angemeldet hatte. Die Bedeutung eines Hinweises auf die erfolgte Patentanmeldung ist hier von dem Berufungsgericht ersichtlich verkannt worden. Nach einhelliger Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung ist es einem Patentanmelder erst nach der Bekanntmachung einer geprüften Anmeldung gestattet, auf sein Schutzrecht hinzuweisen (vgl. BGH Urt. v. 2. März 1956 - I ZR 161/54 - LM UWG § 3 Nr. 18 und v. 6. Oktober 1965 - Ib ZR 4/64 - NJW 1966, 48 m.w.N.). Ein Geschäftspartner der Klägerin, dem sie den Prospekt vorlegte oder dem gegenüber sie dem Prospekt inhaltlich entsprechende Erklärungen abgab, konnte daher darauf vertrauen, daß bereits eine Patentanmeldung bekannt gemacht worden war. Eine solche Bekanntmachung darf gemäß § 30 Abs. 1 PatG nur dann angeordnet werden, wenn die Anmeldung den vorgeschriebenen Anforderungen genügt und außerdem das Patentamt die Erteilung eines Patents nicht für ausgeschlossen hält. Der Leser des Prospekts konnte mithin davon ausgehen, daß das Patentamt eine solche Prüfung bereits vorgenommen hatte und die gesetzlichen Wirkungen des Patents einstweilen eingetreten waren. Das würde umsomehr gelten, wenn es sich bei dem Beklagten, wie das Berufungsgericht angenommen hat (die Revision bekämpft allerdings diese Feststellung), um einen "Fachmann" handelte. Hätte das Berufungsgericht diese gesetzliche Regelung beachtet, die es ersichtlich nicht in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen hat, so erscheint es nicht ausgeschlossen, daß es die Ursächlichkeit der Unrichtigen

Angabe der Klägerin für den Entschluß des Beklagten, die Alleinvertretung der Klägerin zu übernehmen und sein bisheriges Unternehmen umzustellen, nicht verneint hätte, denn es liegt nahe, daß ein Unternehmer, der unter erheblichen wirtschaftlichen Opfern seinen Betrieb umstellt, um als Alleinvertreter eines Fabrikanten nach dessen angeblich neuartigem Verfahren zu arbeiten, auf den Erfolg und die Wirksamkeit dieses Verfahrens eher vertrauen wird, wenn dafür ein Patent angemeldet und die Anmeldung nach Vorprüfung durch das Deutsche Patentamt veröffentlicht worden ist.

b) Der Beklagte hatte weiter vorgetragen, die Klägerin habe wahrheitswidrig versichert, daß die Röhren Erzeugnisse der Farbwerke H. [REDACTED] und speziell für das System B. [REDACTED] entwickelt seien. In Wirklichkeit seien aber die Röhren aus billigstem, sprödem und bruchempfindlichem Material hergestellt. Das Berufungsgericht bemerkt dazu, diese angebliche Zusicherung werde durch den vom Beklagten selbst vorgelegten Einführungsvortrag des Vertreters Wüst der Klägerin widerlegt, denn der Vortragende sage hier lediglich, daß das Material der Röhren, nämlich Polystyrol, von den Farbwerken H. [REDACTED] hergestellt werde. Das bestreite der Beklagte aber selbst nicht.

Wie die Revision zutreffend rügt, hatte die Klägerin jedoch selbst nicht geltend gemacht, daß der Beklagte den Vortrag bereits vor Abschluß des Vertrages gehört oder ausgehändigt erhalten hatte. Die Revision bestreitet dies ausdrücklich. Es ist also für den Revisionsrechtszug davon auszugehen, daß dem Beklagten der Vortrag erst später bekannt geworden ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann das mitgeteilte Vorbringen des Beklagten,

28

das er unter Beweis gestellt hatte (Berufungsbegründung vom 9. Oktober 1961 S. 6) daher erheblich sein, zumal in dem vom Berufungsgericht herangezogenen Vortrag Wü● ebenfalls die besondere Güte des Materials, aus dem die b●-Kondensatoren angeblich hergestellt wurden, hervorgehoben wird, während der Beklagte unter Beweis- antritt das Gegenteil behauptet hatte.

Da bereits aus den dargelegten Gründen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die nach der Behauptung des Beklagten von der Klägerin vor Vertragsabschluß abgege- benen unrichtigen Erklärungen nicht ursächlich für den Entschluß des Beklagten gewesen seien, den Allein-Vertre- tungsvertrag mit der Klägerin abzuschließen, nicht rechts- irrtumsfrei ist, bedarf es keiner Prüfung der von der Re- vision in diesem Zusammenhange erhobenen weiteren Rügen. Es bleibt dem Beklagten unbenommen, sein entsprechendes Vorbringen, insbesondere seine Bedenken gegen die Würdi- gung des eingeholten Gutachtens durch das Berufungsgericht diesem in der ohnehin erforderlichen neuen Verhandlung zu unterbreiten.

3. Das Berufungsgericht scheint auch verneinen zu wollen, daß dem Beklagten durch die Aufgabe seines Baugeschäfts ein Schaden entstanden sei, denn es erwägt, es sei die "eigene freie Sache" des Beklagten gewesen, sein Bauunternehmen mit Maschinen bestmöglich zu verwerten. Dabei übersieht das Berufungsgericht, daß bei Auflösung eines Unternehmens Ge- rütschaften und Vorräte erfahrungsgemäß unter Preis veräu- 3ert werden müssen, weil sich im allgemeinen keine Käufer finden, die bereit sind, den dem vollen Verkaufswert der betreffenden Gegenstände entsprechenden Preis zu zahlen. Zudem hatte der Beklagte eingehend dargelegt, daß ihm bei der schnellen Verwertung der Geräte und Materialien des von ihm früher betriebenen Baugeschäfts, die er nur mit

Rücksicht auf die Umstellung seines Betriebes veräußert habe, erhebliche Verluste entstanden seien. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß die Klägerin dem Beklagten zum Ersatz seines Vertrauensschadens verpflichtet ist, wird es diesem Vorbringen nachgehen müssen und gegebenenfalls auch die Gegenbehauptungen der Klägerin zu prüfen haben, daß der frühere Betrieb des Beklagten unrentabel gewesen sei und er ihn deshalb ohnehin habe einstellen müssen.

Dasselbe gilt auch für den Vortrag des Beklagten (Berufungsbegründung vom 9. Oktober 1961 S. 15 - Bl. 98), er habe weiteren Schaden dadurch erlitten, daß er Werkzeug und Geräte für die Mauerentfeuchtung beschafft habe; diese Gegenstände habe er bei Aufgabe des Geschäfts nur mit erheblichen Verlusten veräußern können.

Die Behauptungen des Beklagten, ihm sei dadurch ein weiterer Schaden entstanden, daß er infolge der Unzulänglichkeit des D-System von unzufriedenen Kunden, denen er Ersatz leisten müsse, in Anspruch genommen worden sei, sind bisher allerdings von ihm nicht näher substantiiert worden. Er wird dazu in der neuen mündlichen Verhandlung Gelegenheit haben. Soweit er wegen seiner angeblichen Ansprüche auf Befreiung von den Forderungen der Kunden ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen will, würde dies allerdings einen der Ausübung dieses Zurückbehaltungsrechts entsprechenden, gegebenenfalls hilfsweise zu stellenden Zug-um-Zug-Antrag voraussetzen.

4. Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin können dem Beklagten auch aus § 89 a Abs. 2 HGB zustehen, denn es ist anerkannt, daß die Kündigungsvorschriften der §§ 89, 89 a HGB auch auf das Rechtsverhältnis zwischen einem

Fabrikanten und einem Eigenhändler, dem ein Alleinvertretungsrecht eingeräumt ist, angewendet werden können (BGH Urt. v. 5. April 1962 - VII ZR 202/60 - LM HGB § 89 Nr. 1). Der Beklagte könnte also, falls die Voraussetzungen für die Anwendung des § 89 a Abs. 2 HGB vorliegen, was das Berufungsgericht aufgrund der Behauptungen des Beklagten zu prüfen haben wird, gegebenenfalls Ersatz des Schadens verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, daß der Vertrag vorzeitig aufgelöst wurde. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann der Vortrag des Beklagten Bedeutung gewinnen, daß er sich teure Gerätschaften für die Mauerentfeuchtung beschafft habe, die er bereits nach einem Jahr wieder veräußern mußte, während er sie andernfalls zumindest bis Vertragsablauf nutzbringend hätte einsetzen können.

Aus den angeführten Gründen kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben, sondern es muß aufgehoben werden. Die Sache bedarf weiterer tatsächlicher Aufklärung: Sie ist deshalb durch Versäumnisurteil an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wurde, weil diese Entscheidung von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 3 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner