

VIII ZR 36/57

Verkündet am 25. Februar 1958
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Dr. med Karl L. [REDACTED] in B. [REDACTED], B. [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Lene V. [REDACTED] geb. S. [REDACTED] in L. [REDACTED]
V. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 25. Februar 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Dr. Gel-
haar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Kammergerichts vom 25. Oktober 1956 wird auf
Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der Firma "N[REDACTED] Josef V[REDACTED] Kommanditgesellschaft in B[REDACTED]-T[REDACTED]" (nachstehend "N[REDACTED]" genannt). Der Beklagte, von Beruf Arzt, ist der einzige Geschäftsführer und der alleinige Gesellschafter der Firma: "I[REDACTED]-Maschinengesellschaft mit beschränkter Haftung in B[REDACTED]-T[REDACTED]" (nachstehend "I[REDACTED]-GmbH"). Mit Wirkung vom 1. Oktober 1953 mietete diese Gesellschaft durch schriftlichen Vertrag vom 16. September 1953 von der N[REDACTED] Geschäfts- und Fabrikationsräume sowie dazu gehörendes Freigelände auf deren Grundbesitz in B[REDACTED]-T[REDACTED], B[REDACTED]str. [REDACTED] zunächst fest bis zum 30. September 1958. Gleichzeitig übernahm sie durch mündliche Vereinbarung die Ausführung oder weitere Durchführung der vorliegenden Fertigungsaufträge der N[REDACTED], die bis zum Abschluß des Mietvertrages die vermieteten Räume für ihren eigenen Fabrikationsbetrieb benutzt hatte. Es ist streitig, welche Vergütung die I[REDACTED]-GmbH von der N[REDACTED] für die Ausführung dieser Aufträge bekommen sollte, sowie, ob ihr etwa Schadensersatzansprüche aus der Übernahme der Aufträge gegen die N[REDACTED] zugestanden haben.

Ebenfalls am 16. September 1953 verkaufte die Klägerin an den Beklagten persönlich durch schriftlichen Vertrag eine größere Anzahl von Maschinen, die in einer Anlage zum Verträge einzeln aufgeführt sind. Der Kaufpreis betrug 50 000,- DM und war in Raten von 6 000,-, 7 000,-, 8 000,-, 9 000,- und zwei mal 10 000,- DM, fällig am 1. April 1954, 1. April 1955 usw. bis 1. April 1959 zu zahlen. Die Klägerin behielt sich das Eigentum an den Maschinen bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises vor. Die Maschinen, welche vorher von der I[REDACTED] für ihren Fertigungsbetrieb

- 3 -

verwendet worden waren, wurden in deren Räumen dem Beklagten übergeben, der sie zum größten Teil der L-GmbH zur Benutzung überließ.

Der Beklagte bezahlte die am 1. April 1954 fällige erste Rate von 6 000,- DM nicht. Auch die weiteren Raten sind nicht bezahlt. Der Beklagte will aber ihre Zahlung angeboten haben. Mit Schreiben vom 30. Oktober 1954 an den Beklagten erklärte der Generalbevollmächtigte der Klägerin Dr. V für diese den Rücktritt vom Verträge. Die L-GmbH widersprach mit Schreiben vom 8. November 1954, weil ein Rücktritt ohne vorherige Fristsetzung mit Rücksicht auf § 326 BGB unzulässig sei. Daraufhin setzten die von der Klägerin beauftragten Anwälte dem Beklagten mit Schreiben vom 22. November 1954 "nochmals eine Frist zur Zahlung der 6 000,- DM bis zum 30. November 1954 unter Hinweis darauf, daß nach Ablauf der gesetzten Frist Annahme der Leistung abgelehnt werde". Dieses Schreiben beantwortete der Beklagte am 27. November 1954 dahin, er rechne gegenüber einer - gleichzeitig der L-GmbH gegenüber geltend gemachten - Mietforderung von 6 350,- DM und gegenüber der Kaufpreisforderung von 6 000,- DM mit Gegenansprüchen in Höhe von 11 633,33 DM aus der Übernahme von Aufträgen der K auf. Dabei wies er darauf hin, daß ein Restbetrag von 716,67 DM wegen einer Pfändung seitens des Finanzamtes nicht gezahlt werden dürfe. Dieses Schreiben trägt die Unterschrift des Beklagten zweimal, einmal (links) allein und dann (rechts) in Verbindung mit dem Firmenstempel "L GmbH". Die Anwälte der Klägerin erkannten in ihrem Antwortschreiben vom 7. Dezember 1954 die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche nicht an und erklärten, die Klägerin werde nunmehr im Prozeßwege Schadensersatz beanspruchen.

Anfang Januar 1955 reichte die Klägerin wegen eines Teilbetrages in Höhe von 5 000,- DM Schadensersatzklage gegen



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

den Beklagten ein. Um dieselbe Zeit erhob die N [REDACTED] gegen die L [REDACTED]-GmbH Mietaufhebungs- und Räumungsklage sowie Klage auf Zahlung rückständiger Miete in Höhe von 7 750,- DM. In dem erstgenannten Verfahren hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 2. März 1955 "nunmehr" den Rücktritt vom Vertrage erklärt und die 5 000,- DM als Nutzungsent-schädigung für die Überlassung der Maschinen verlangt. Dieser Betrag ist ihr auch (für die Zeit vom 1. April 1953 bis 2. März 1954) rechtskräftig zugesprochen (Urteile des LG Berlin-Charlottenburg vom 7. März 1955 und des Kammergerichts vom 14. Dezember 1955). Dabei ist das Kammergericht in seinem Urteil davon ausgegangen, die Aufrechnungserklärung vom 27. November 1954 sei mangels Substantiierung, welcher Teilbetrag dem Beklagten von der L [REDACTED]-GmbH abgetreten sei, und mangels einer sich auf den abgetretenen Teilbetrag erstreckenden Aufrechnungserklärung unwirksam gewesen. In dem Mietaufhebungs- und Räumungsprozeß gegen die L [REDACTED]-GmbH ist das Verfahren hinsichtlich der Zahlungsklage abgetrennt. Die L [REDACTED]-GmbH ist durch Teilurteil des Landgerichts Berlin vom 7. März 1955, bestätigt durch Urteil des Kammergerichts vom 13. Oktober 1955, rechtskräftig zur Zahlung von 6 750,- DM und durch Schlußurteil des Landgerichts vom 8. Oktober 1956 rechtskräftig zur Zahlung von weiteren 1 000,- DM verurteilt worden. In diesem Verfahren ist eine Aufrechnung nicht zugelassen, weil sie durch den Mietvertrag ausgeschlossen sei.

Die gegenwärtige Klage richtet sich auf Herausgabe der verkauften Maschinen. Sie wird auf den (mehrfach) erklärten Rücktritt gestützt. Der Beklagte ist der Auffassung, daß auch der Rücktritt gemäß Schriftsatz vom 2. März 1955 unwirksam sei, weil er innerhalb der ihm bis zum 30. November 1954 gesetzten Frist die Kaufpreisrate von 6 000,- DM durch die mit Schreiben vom 27. November 1954 erklärte Aufrechnung

getilgt habe. Er behauptet, der I- GmbH habe gegen die M- eine Forderung aus der Übernahme der Fertigungsaufträge in Höhe von noch 11 633,33 DM zugestanden. Die I- GmbH habe die Ausführung dieser Aufträge zu den üblichen, d. h. zu ihren Bedingungen mit einer Kalkulation von 5,40 DM je Arbeitsstunde, übernommen. Die M- habe auch verschwiegen und arglistig darüber getäuscht, daß sie selbst die Aufträge zu niedrig kalkuliert gehabt habe, d. h. mit einem Satz von nur 2,80 DM je Arbeitsstunde einschließlich Generalunkosten. Falls angenommen werden müsse, daß die I- GmbH die Aufträge zu den Bedingungen der M- übernommen habe, hafte die M- der I- GmbH aus Verschulden bei Vertragsschluß für den entstandenen Schaden. Von der Forderung der I- GmbH sei ihm ein Teilbetrag von 6 000,- DM abgetreten.

Die Klägerin ist diesen Ausführungen entgegengetreten. Sie bestreitet sowohl, daß die I- GmbH noch eine Forderung gegen die M- gehabt habe, als auch, daß eine wirksame Abtretung an den Beklagten erfolgt sei.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Herausgabe der Maschinen verurteilt. Seine Berufung war erfolglos. Mit der Revision erstrebt er Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision konnte keinen Erfolg haben.

I. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Klägerin auf Grund ihres Eigentumsvorbehalts nach § 2 des Kaufvertrages vom 16. September 1953 Herausgabe der ver-

verkauften Maschinen vom Beklagten nur dann verlangen kann, wenn sie rechtswirksam vom Vertrage zurückgetreten ist (§§ 985, 455 BGB), sowie daß Voraussetzung für einen solchen Rücktritt Verzug des Beklagten mit der Zahlung des Kaufpreises war.

Es ist ihm auch darin beizutreten, daß die Entscheidung des Kammergerichts (Urteil vom 14. Dezember 1955 - 10 U 916/55), mit der dieses Gericht der Klägerin eine Nutzungsentschädigung für die Benutzung der Maschinen zugesprochen und in der es dabei von der Rechtswirksamkeit des Rücktritts ausgegangen ist, weil die Aufrechnung nicht wirksam erklärt sei, insoweit keine Rechtskraftwirkung für den gegenwärtigen Prozeß hat. Mit Recht hat es deshalb selbständig geprüft, ob die Voraussetzungen für einen Rücktritt gegeben waren.

Ohne Rechtsirrtum ist es in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, daß der Beklagte mit der Zahlung der ersten Kaufpreisrate von 6 000,- DM, die am 1. April 1954 fällig gewesen ist, von diesem Kalendertage (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB) an bis mindestens 25. November 1954 (Tag, an dem ihm die Forderung, mit der er am 27. November 1954 aufgerechnet hat, abgetreten sein soll,) im Verzuge gewesen ist, weil diese Aufrechnung nicht weiter als bis zu diesem Tage zurückwirken konnte (§ 389 BGB). Es ist ihm auch darin zu folgen, daß dieser Verzug die Klägerin ohne Fristsetzung zum Rücktritt vom Vertrage berechtigte (RGZ 144, 62, 65; Palandt BGB 16. Aufl. § 455 Anm. 4). Der Rücktritt ist schon durch Schreiben des Generalbevollmächtigten der Klägerin Dr. Max V. an den Beklagten vom 30. Oktober 1954 erklärt. Allerdings hat die I.-GmbH mit Schreiben vom 8. November 1954 sowohl der ebenfalls ausgesprochenen Kündigung des Mietvertrages als auch dem Rücktritt vom Vertrage widersprochen.

Dieser Widerspruch, der, wie das Berufungsgericht annimmt, im Einverständnis mit dem Beklagten persönlich erhoben sein mag, war jedoch unbeachtlich; denn er ist lediglich damit begründet, der Rücktritt sei mit Rücksicht auf § 326 BGB unzulässig gewesen. Das traf jedoch nicht zu, weil ein Rücktritt vom Verträge nach § 455 BGB, wie bereits ausgeführt ist, eine ausdrückliche Fristsetzung nicht erfordert. Im übrigen ist in dem genannten Schreiben nur ein Vorbehalt, mit Gegenforderungen aufzurechnen, erklärt. Dieser war schon deshalb ohne Bedeutung, weil der Kaufvertrag durch den Rücktritt eine einseitige, empfangsbefähigende Willenserklärung, rückwirkend zur Auflösung gebracht war. Keine der Parteien konnte nach erklärtem Rücktritt mehr Vertragserfüllung verlangen, keine war mehr zur Vertragserfüllung verpflichtet, der Beklagte auch nicht mehr dazu (mit Wirkung gegen die Klägerin) berechtigt.

Es kann jedoch eine (durch Rücktritt oder erfolglose Fristsetzung) an sich beseitigte Verpflichtung zur weiteren Vertragserfüllung durch eine neue, auch stillschweigende Vereinbarung (formlos) wieder hergestellt werden (RGZ 61, 87, 89; 107, 345, 347), es sei denn, daß das Verpflichtungsgeschäft einer besonderen Form bedarf (RGZ 107, 345, 349; BGHZ 20, 358), was hier nicht der Fall ist. Das Berufungsgericht ist auch der Meinung, die Parteien seien hier bei der durch den (ersten) Rücktritt geschaffenen Lage nicht verblieben; dieser habe nach ihrem übereinstimmenden Willen als nicht erfolgt betrachtet und der Kaufvertrag als fortbestehend angesehen werden sollen.

Ob es diese Auffassung rechtsirrtumsfrei begründet hat, kann jedoch dahingestellt bleiben; denn das Berufungsgericht läßt jedenfalls, soweit es den Beklagten auf Grund der zweiten Rücktrittserklärung vom 2. März 1955 zur Herausgabe der Maschinen für verpflichtet hält, keinen Rechtsirrtum zu seinem Nachteil erkennen.

14

II. Seine Entscheidung über die Rechtswirksamkeit dieses (zweiten) Rücktritts stellt das Berufungsgericht folgerichtig darauf ab, ob der Beklagte durch sein Aufrechnungsschreiben vom 27. November 1954, eingegangen am 29. November 1954, die erste Rate seiner Kaufpreisschuld getilgt hat.

Dieses Schreiben legt es ohne Rechtsirrtum auf Grund der Tatsache, daß es zwei Unterschriften des Beklagten enthält, einmal mit und einmal ohne Verbindung mit dem Namen seiner GmbH, als eine gemeinsame Aufrechnungserklärung der GmbH und des Beklagten persönlich aus. Ebensowenig ist es rechtlich angreifbar, daß es in dem Schreiben eine solche Erklärung des Beklagten gegenüber der ersten Kaufpreisrate von 6 000,- DM mit einer ihm abgetretenen Teilforderung in gleicher Höhe der L. GmbH gegen die N. erblickt, sowie daß es die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen als genügend bestimmt bezeichnet und auch gegenüber der Klägerin als der persönlich haftenden Gesellschafterin der N. als aufrechenbar annimmt. Daß eine Abtretung tatsächlich in der angegebenen Höhe, und zwar kurz vor Absendung des Schreibens, wahrscheinlich am 25. November 1954, stattgefunden hat, sieht es auf Grund der Aussage der von ihm vernommenen Zeugin von A. ohne Rechtsirrtum als erwiesen an.

Gegen die Rechtswirksamkeit dieser Abtretung leitet es keine Bedenken daraus her, daß der Beklagte dieses Rechtsgeschäft in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft mit sich selbst vorgenommen hat, nachdem er sich selbst das "Verhandeln mit sich selbst" (§ 181 BGB) gestattet hatte. Damit folgt es entgegen der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 68, 172 ff; 85, 380, 383), von der dieses jedoch zum Teil später abgewichen ist (schon zweifelnd RGZ 109, 77, 79 und für den Fall der bloßen Ermächtigung zur prozessualen Geltendmachung einer Forderung RG JW 1934, 974),

der insbesondere von Schilling (in Hachenburg GmbHG 6. Aufl. § 36 Anm. 13; vgl. auch Vogel GmbHG 2. Aufl. § 47 Anm. 6 S. 255 Kr. 3 und Scholz GmbHG 3. Aufl. § 35 Anm. 24 S. 373) vertretenen Auffassung. Ob dem uneingeschränkt zuzustimmen ist, braucht nicht entschieden zu werden, weil das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei zu dem Ergebnis gekommen ist, der Beklagte habe die Entstehung der Aufrechnungsforderung nicht schlüssig darzulegen vermocht.

III. Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts über die Aufrechnung des Beklagten an. Ihre Rügen sind jedoch im Ergebnis nicht begründet.

1) Zum Ausgangspunkt seiner Betrachtungen hat das Berufungsgericht die nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils unstreitige Tatsache genommen, die L-GmbH habe bei Abschluß des Mietvertrages mit der M gleichzeitig durch mündliche Vereinbarung mit ihr die Ausführung oder weitere Ausführung der laufenden Fertigungsaufträge der Vermieterin übernommen. Das war im übrigen auch deshalb naheliegend, weil Mietvertrag und Kaufvertrag, obwohl der eine Vertrag mit der L-GmbH, der andere mit dem Beklagten, ihrem Geschäftsführer, persönlich abgeschlossen war, zwar nicht rechtlich, aber praktisch einer Betriebsübernahme gleich- oder doch nahekamen. Das Berufungsgericht legt weiter als unstreitig zu Grunde, daß nähere Vereinbarungen über die Abwicklung dieser Aufträge und das von der M dafür zu zahlende Entgelt nicht ausdrücklich getroffen worden seien. Der Auffassung des Beklagten, es müsse deshalb die für die Durchführung solcher Aufträge - unabhängig von den mit den Kunden der M vereinbarten Preisen - übliche Vergütung als (stillschweigend) vereinbart gelten, ist es nicht gefolgt.

Bei seinen Ausführungen hat es auf den dieser Ansicht widersprechenden Vortrag des Beklagten in seinem Aufrechnungsschreiben vom 27. November 1954 verwiesen, in welchem er die Sache so dargestellt hat, als ob ausdrücklich vereinbart worden sei, daß die I- GmbH die von der N- kalkultierten und mit ihren Abnehmern vereinbarten Preise zuzüglich etwaiger Differenzen aus der Unterkalkulation für die Ausführung der Aufträge zu zahlen (gemeint: zu erhalten) hätte. Demgegenüber hat es darauf Bezug genommen, daß davon die Darlegungen in seinem Schriftsatz vom 9. Juli 1955 (Bl. 77 BA 9. O 8/55) abwichen, in welchem er ausgeführt hatte, "bei den entscheidenden Verhandlungen sei lediglich erklärt worden, die Kalkulation der Aufträge sehe keinen Gewinn vor, sondern sei (nur) auf Betriebserhaltung abgestellt gewesen; danach sei es ihm selbstverständlich erschienen, daß die N- einen etwaigen Verlust zu tragen habe". Abschließend ist es dann zu der Feststellung gekommen, die Übernahme der Aufträge der N- durch die I- GmbH sei zu den von der N- kalkultierten, mit ihr von ihren Abnehmern vereinbarten Preisen erfolgt, und zwar bei einer Kalkulation unter Zugrundelegung von 2,80 DM für die Lohnstunde (einschließlich aller Generalunkosten).

Damit hat es sich im Rahmen der ihm zukommenden tatrichterlichen Würdigung des ihm unterbreiteten Sachverhalts gehalten und hat insbesondere auch nicht Beweislastregeln verkannt. Allerdings ist seine Erwägung nicht bedenkenfrei, es bestehe kein Grund zu der Annahme, die I- GmbH hätte die Aufträge unentgeltlich ausführen sollen, und es müsse daher eine Vergütung nach § 632 Abs. 1 BGB als stillschweigend vereinbart gelten. Denn hierbei sind die Rechtsbeziehungen aus den einzelnen Werkverträgen mit den Kunden der N- und die zwischen der I- GmbH und der N-

nicht auseinandergehalten. Die Vergütungen für die einzelnen Werkleistungen waren durch Vereinbarung mit den Kunden festgelegt und konnten durch die Übernahmeverhandlungen nicht beeinflusst werden. Diese Ansprüche hatte die N[REDACTED] - nach dem unstreitigen Sachverhalt - der L[REDACTED]-GmbH überlassen.

Eine andere Frage ist, ob diese für die Ausführung der einzelnen Werkverträge zu den mit den einzelnen Kunden vereinbarten Vergütungen noch eine besondere Gegenleistung seitens der N[REDACTED] bekommen sollte. Hier sieht die Revision § 652 BGB insofern als verletzt an, als das Berufungsgericht einerseits gemäß Abs. 1 dieser Vorschrift von einer stillschweigend vereinbarten Vergütung ausgehe, alsdann aber nicht nach Abs. 2 die übliche Vergütung ermittle, sondern die stillschweigende Vereinbarung einer besonderen Auslegung unterwerfe.

Diesem Gedankengang der Revision stehen indessen die besonderen Umstände des Falles entgegen. Feststellungen darüber, wie sich die einzelnen Kunden der N[REDACTED] zur Übernahme der Fertigungsaufträge durch die L[REDACTED]-GmbH verhalten haben, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Aus dem Vortrag beider Parteien geht hervor, daß sie jedenfalls die Erledigung der Werkverträge durch die L[REDACTED]-GmbH hingenommen haben, während die Frage offen steht, ob sie zuvor einem Eintritt in die Werkverträge anstelle der N[REDACTED] zugestimmt haben (§ 415 BGB). Mangels entsprechender Darlegung der Parteien kann daher der Vereinbarung der N[REDACTED] und der L[REDACTED]-GmbH nur die Bedeutung einer Erfüllungsübernahme (§ 415 Abs. 3 BGB) beigemessen werden. Da die daraus erwachsene Verpflichtung der L[REDACTED]-GmbH in einer werkvertraglichen Leistung an Dritte, die Kunden der N[REDACTED], bestand, ist es unbedenklich, die Beziehungen der N[REDACTED] zur L[REDACTED]-GmbH hinsichtlich der Vergütung für diese Erfüllungs-

Übernahme werkvertraglichen Grundsätzen zu unterstellen. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß es sich nicht um ein übliches Geschäft handelte, bei dem eine übliche Vergütung ermittelt werden konnte. Vielmehr bedeutete die Erfüllungsübernahme seitens der I- GmbH ein außergewöhnliches, mit der gleichzeitigen Übernahme der Betriebsräume und der Betriebsmittel der N- (teils unmittelbar durch Ermietung, teils mittelbar zufolge Überlassung seitens des Beklagten nach käuflichem Erwerb) zu erklärendes Geschäft. Ohne Rechtsirrtum hat daher das Berufungsgericht hier davon abgesehen, eine übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB zu ermitteln. Im Rahmen seiner tatrichterlichen Befugnisse hat es vielmehr den Inhalt der stillschweigenden Vereinbarung durch Auslegung festgestellt, ohne gegen Auslegungsregeln, Erfahrungssätze oder sonstige Rechtsgrundsätze zu verstoßen. Ebensowenig hat es hierbei von der Revision gerügte Verfahrensverstöße begangen.

2) Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es ein Verschulden der N- bei Vertragsschluß verneint, worauf der Beklagte schließlich noch den Schadensersatzanspruch gestützt hatte, halten den Angriffen der Revision stand.

In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht dargelegt, die Klägerin habe behauptet, dem Beklagten sei bei den Verhandlungen ausdrücklich mitgeteilt worden, die Preise seien unter Zugrundelegung von 2,80 DM für die Lohnstunde einschließlich aller Generalunkosten kalkuliert worden. Der Beklagte habe demgegenüber zu beweisen, ihm seien irreführende Angaben gemacht worden. Hierfür habe er aber einen Beweis nicht angetreten. Seine Ansicht, die Vertreter der N- hätten bei den Verhandlungen von sich aus offenbaren müssen, die kalkulierten und mit ihren Abnehmern ver-

einbarten Preise würden zu erheblichen Verlusten führen, treffe nicht zu. Es sei Sache des Beklagten gewesen, nach den Kalkulationsgrundlagen zu fragen. Bei den Verhandlungen hätten sich die Vertreter zweier Firmen mit Kaufmannseigenschaft gegenübergestellt. Bei der Übernahme umfangreicher Aufträge müsse es für einen Kaufmann sehr naheliegend oder geradezu selbstverständlich sein, sich über die Möglichkeiten von Gewinn und Verlust aus dieser Übernahme zu unterrichten und demgemäß nach den Kalkulationsgrundlagen zu fragen. Habe der Beklagte eine so naheliegende, sich ihm aufdrängende Frage unterlassen, so seien die Vertreter der N. [REDACTED] jedenfalls nicht verpflichtet gewesen, ihm von sich aus entsprechende Mitteilung zu machen. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erforderten es nicht, daß der eine Teil den anderen über Fragen aufkläre, die dieser Teil in seiner Kaufmannseigenschaft als wesentlich erkennen müsse, aber trotzdem zu stellen unterlasse.

Ein Verschulden der Vertreter der N. [REDACTED] bei den Vertragsverhandlungen sei somit zu verneinen. Gegenansprüche beständen deshalb nicht, und zwar auch nicht aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB).

3) Die Revision rügt in diesem Zusammenhang Verletzung des § 286 ZPO durch das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Schriftsätze des Beklagten vom 9. Juni 1954 S. 8 (Bl. 76 9. O. 8/55 = 10 U 916/55), vom 25. Juni 1956 S. 11 (Bl. 23 9. Q 22/56 = 4 U 1648/56), vom 14. Mai 1956 S. 10 und vom 9. Oktober 1956 S. 8, jedoch zu Unrecht.

a) In diesen Schriftsätzen ist zwar von Beklagten vorge-
tragen, die N. [REDACTED] habe erklärt, die Kalkulation sei nicht auf Gewinn, sondern nur "auf Betriebserhaltung" ausgerichtet gewesen". Dieser Vortrag ist aber von Berufungsgericht auch,

und zwar ausdrücklich unter Hinweis auf den Schriftsatz vom 9. Juni 1956 (in der Beilage 9. O. 8/55), berücksichtigt. Soweit der Beklagte in dem Schriftsatz vom 9. Oktober 1956 S. 8 und 9 vorgebracht hatte, er und die L-GmbH hätten tatsächlich nichts davon gewußt, die M habe mit einem Stundensatz von 2,80 DM kalkuliert gehabt, ist Beweis aaO S. 8, 9 nur dafür angetreten, der Beklagte habe Frau E, der damaligen Betriebsratsvorsitzenden, auf Befragen erklärt, es sei nicht nötig, mit der M die Höhe der Auftragsgrundlagen abzustimmen, es würde nach den Arbeitskarten der L-GmbH abgerechnet. Daraus ist aber noch nicht der Schluß gerechtfertigt, der Beklagte habe nichts von der Kalkulation der M mit 2,80 DM je Stunde einschließlich Generalunkosten gewußt, sondern allenfalls, daß er geglaubt hat, er könne den übernommenen Aufträgen die in seinen Betriebe übliche Kalkulation zu Grunde legen. Darauf kommt es aber gerade nicht an, weil das Berufungsgericht, wie oben dargelegt ist, rechtsirrtumsfrei eine andere Vereinbarung festgestellt hat.

Das Berufungsgericht brauchte auf den genannten Beweis- antrag nicht einzugehen, weil er unerheblich war. Das gleiche gilt, soweit in dem erwähnten Schriftsatz vom 9. Oktober 1956 S. 8 T als Zeuge benannt ist. Daß dieser Zeuge irgend- etwas über die Vertragsverhandlungen selbst wissen sollte, ergibt sich aus dem Vortrag in diesem Schriftsatz aaO nicht. Daß aber die E mit Lohn und Generalunkosten in Höhe von 2,80 DM je Stunde kalkuliert hatte, entsprach dem eigenen Vortrag der Klägerin und war damit unstreitig.

b) Es trifft auch nicht zu, daß die Klägerin, wie die Re- vision meint, die Behauptungen des Beklagten über die Ver- tragsverhandlungen nicht bestritten und daß sie selbst keine näheren Angaben darüber gemacht habe, wie sie sich nach ihrer Darstellung abgespielt haben sollen. Zwar hat sie in dem von

der Revision angezogenen Schriftsatz vom 4. Oktober 1956 S. 7 nur allgemein ausgeführt, die Behauptungen des Beklagten würden zurückgewiesen, sie seien beweislos und unsubstantiiert vorgetragen. Sie hatte aber (früher), wie in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils selbst ausgeführt ist, behauptet, bei den Verhandlungen sei dem Beklagten ausdrücklich die Kalkulation mit 2,80 DM je Stunde usw mitgeteilt. Das entsprach ihrem früheren Vorbringen z. B. im Schriftsatz vom 7. Februar 1955 S. 5, 6 (Bl. 25, 26 d. A. 9. O. 28/55), wofür dort auch Beweis angetreten war (Zeugen S. und Dr. V.). Diesem eingehenden Vortrag gegenüber hatte der Beklagte keine schlüssigen Gegenbeweise angetreten.

c) Weiterhin ist es auch nicht richtig, wenn die Revision meint, der Beklagte habe davon ausgehen müssen, es habe eine normale Kalkulation vorgelegen, die auch einen Gewinn einschloß, und er habe nicht damit rechnen können, die Ausführung der Aufträge werde erhebliche Verluste verursachen. Dabei übersieht die Revision, daß der Beklagte in dem von Berufungsgericht mehrfach angezogenen und nach dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe entsprechend gewerteten Schreiben vom 27. November 1954 selbst ausgeführt hatte, es sei ihm bekannt gewesen, daß die Aufträge "in gewissem Umfange unterkalkuliert" gewesen seien. Sind aber hier im September 1953 schon vorliegende (alte) Aufträge ohne Gewinn kalkuliert gewesen, dann ist - nach der Lebenserfahrung - durchaus damit zu rechnen, daß die Ausführung einer neuen Gesellschaft, die sie übernimmt und erst in der Folgezeit (unverändert, zu den alten Preisen) abwickeln muß, auch Verlust bringen kann. Bei dieser Sachlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht hier die Auffassung vertreten hat, es sei Sache des Beklagten als Geschäftsführer seiner L-GmbH gewesen, sich über

die Grundlagen der Kalkulation näher zu unterrichten und sie daraufhin zu überprüfen (oder überprüfen zu lassen), ob er in seinem Betriebe damit zurecht kam. Das gilt im übrigen sowohl dann, wenn ihm lediglich gesagt war, es sei (nur) auf Betriebserhaltung kalkuliert als auch, wenn das näher dahin erläutert war, es sei die Lohnstunde mit DM 2,80 (einschließlich der Generalunkosten) eingesetzt. Der Beklagte kann aber nicht einfach die Kalkulation seines Betriebes zu Grunde legen und, wie es - in falscher, jedenfalls von Berufungsgericht - ohne Rechtsirrtum - nicht gebilligter Auslegung der Parteivereinbarungen - ersichtlich schon bald nach Abschluß des Vertrages in seiner Absicht lag, einfach den Unterschied in den Lohnkalkulationen von der N[REDACTED] verlangen.

d) In diesem Zusammenhang kommt es auch nicht darauf an, daß der Beklagte, wie im Schriftsatz vom 26. Juni 1956 (S. 21 Bl. 33 d. A. 9 Q 22/56) vorgetragen worden ist, "Neuling auf diesem Gebiete" war und daher die Preise nicht (selbst) nachprüfen konnte. Es liegt jedenfalls kein Anhalt dafür vor, daß das Berufungsgericht diesen Vortrag übersehen hat, wie die Revision meint. Es hat ihn vielmehr ersichtlich, und zwar auch ohne Rechtsirrtum für unerheblich gehalten. Den Vertrag mit der N[REDACTED] hat der Beklagte in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der I[REDACTED]-GmbH und nicht als Arzt abgeschlossen. Die I[REDACTED]-GmbH war aber Kaufmann im Sinne des Gesetzes. Wenn dem Beklagten als Mediziner persönlich die nötigen technischen Kenntnisse gefehlt haben sollten, dann mußte er die erforderliche Prüfung durch einen seiner Angestellten vornehmen lassen. Die Gesellschaft der Klägerin brauchte jedenfalls nicht damit zu rechnen, daß einer Maschinenfabrik die Erfahrung fehlte, zumal die I[REDACTED]-GmbH nicht etwa gerade neu gegründet worden war, sondern ihren Betrieb nur in neue Räume verlegte. Daß der Beklagte

aber etwa zu übereilten Entschlüssen für seine GmbH gedrängt worden ist, hat er selbst nicht vorgetragen. Dem würde auch die Tatsache entgegenstehen, daß die L- GmbH mit der M- schon über ein Jahr vorher einmal wegen der Vermietung der Räume und auch wegen Übernahme der damals laufenden Aufträge verhandelt hat.

e) Auch unter Berücksichtigung des vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung überreichten Schreibens der N- vom 9. Oktober 1953, einer Urkunde, die der Beklagte erst vor 8 Wochen erhalten haben will, ist eine andere Beurteilung nicht geboten. Aus diesem an eine Kundin der M-, die Firma Vi-, gerichteten Schreiben ergibt sich zwar, daß die N- beim "Einzelbau" bestimmter Konstruktionen Verluste erlitten haben mag. Es fehlt aber schon an jeder näheren Darlegung, inwieweit die L- GmbH gerade solche Aufträge übernommen hat. Im übrigen gelten auch weiterhin die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß eine Maschinenfabrik, die die Durchführung von Aufträgen, wie es vom Berufungsgericht festgestellt ist, zu bestimmten Bedingungen übernimmt, sich nach den Kalkulationsgrundlagen erkundigen muß. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die überreichte Urkunde überhaupt als eine solche im Sinne von § 580 Ziffer 7 ZPO anzusehen ist, und ob und inwieweit sie vom Revisionsgericht zu Lasten der Klägerin hätte berücksichtigt werden können.

4) Auf die Hilferwägungen des Berufungsgerichts, die von der Revision ebenfalls angegriffen werden, kommt es nicht mehr an.

IV. Die Revision mußte hiernach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Bundesrichter Dr. Messner
ist beurlaubt und orts-
abwesend

Dr. Dorschel

Dr. Großmann