

Verkündet
am 29. Mai 1963
Fieser,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2227 054

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

In dem Rechtsstreit

des Wilhelm H [REDACTED] in F [REDACTED] a M [REDACTED], U [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Farben-J [REDACTED] oHG, vertreten durch ihren
alleinvertretungsberechtigten Komplementär Kaufmann
Heinrich I [REDACTED], F [REDACTED] a M [REDACTED], Gr [REDACTED] Hi [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Stroithelfer: Firma Deutsche Amphibolin-Werke, Robert
Ku [REDACTED] in O [REDACTED]-R [REDACTED], Ro [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 29. Mai 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt
am Main vom 1. Februar 1962 wird zurückgewiesen. Der
Beklagte hat die Kosten der Revision sowie die durch
die Nebenintervention in der Revisionsinstanz ent-
standenen Kosten zu tragen.

.. Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Frühjahr 1958 erhielt der Beklagte von der amerikanischen Militärverwaltung den Auftrag, in einer Reihe von Wohnungen der amerikanischen Stationierungsstreitkräfte Anstreicherarbeiten durchzuführen. Wegen des hierfür notwendigen Farbmateri als setzte er sich mit der Nebenintervenientin in Verbindung, die ihm erklärte, nur über eine Großhandelsfirma liefern zu können. Die Lieferung der bei der Nebenintervenientin bestellten Farben (Amphibolin) erfolgte alsdann im Einverständnis des Beklagten durch die Klägerin, mit der der Beklagte ohnedies schon seit 1953 in Geschäftsverbindung stand. Die Klägerin stellte dem Beklagten für die streitige und auch für vorangegangene Lieferungen einen Gesamtbetrag von 9 754,04 DM in Rechnung, dessen Höhe der Beklagte nicht bestreitet. Da der Beklagte gleichwohl im Hinblick auf eine angebliche Schadensersatzforderung, mit der er aufgerechnet hat, die Zahlung verweigerte, klagte die Klägerin den Betrag von 9 754,04 DM nebst Zinsen ein.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Nebenintervenientin den Kaufvertrag, für den Beklagten aus den Umständen erkennbar, im Namen der Klägerin abgeschlossen. Die Klägerin hat alsdann, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, die Erklärungen der Nebenintervenientin durch Übersendung der Rechnungen oder doch spätestens durch die Klageerhebung ge-

nehmigt. Das Berufungsgericht hat daher die von dem Beklagten bestrittene Aktivlegitimation der Klägerin mit Recht bejaht. Die Revision hat die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht angegriffen.

II. Das Berufungsgericht hat die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem aus dem Kaufvertrag hergeleiteten Schadensersatzanspruch nicht durchgreifen lassen. Den Schadensersatzanspruch hat der Beklagte wie folgt begründet:

a) Die Nebenintervenientin habe ihm durch ihren Angestellten Sch. fest zugesichert, daß die gesamten Lieferungen des Farbmateri als bis zum 18. März 1958 abgeschlossen sein würden. Die ersten Lieferungen hätten sich aber schon bis zum 19. März 1958 hingezogen und die Restlieferungen seien erst nach einigen Wochen erfolgt. Die erste Teillieferung sei auch verabredungswidrig nur in zwei bis drei Farbtönen (statt sechs) erfolgt. Deshalb habe er, der Beklagte, die für den 18. März bereitgestellten Arbeiter nicht voll einsetzen können. Auf diese Weise sei ihm ein Schaden von 2 268 DM entstanden.

b) Die Nebenintervenientin habe, nachdem er, der Beklagte, vorher eigens darauf hingewiesen habe, die Farbe solle auf alten Untergründen aufgetragen werden, im übrigen ausdrücklich zugesichert, daß der zu liefernde Farbstoff Amphibolin in der Herstellung "spannungsarm und wischfest" ausfallen werde. Das ihm dann gelieferte Amphibolin sei aber entgegen dieser Zusicherung nicht "spannungsarm und wischfest" gewesen. Die Verwendung des Materials habe zur Folge gehabt, daß sich auf den gestrichenen Flächen Blasen gebildet hätten, und daß der Farbanstrich wieder abgeblättert sei. Etwa ein Drittel der bereits ge-



strichenen Fläche habe wieder abgewaschen und neu gestrichen werden müssen. Dadurch sei ihm ein Schaden von im ganzen 7 942 DM entstanden.

c) Einen weiteren Mehraufwand von 850 DM habe er dadurch gehabt, daß er seine Dispositionen hinsichtlich der örtlichen Bauleitung habe ändern müssen.

III. Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch unter den Gesichtspunkten des Verzuges, der Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne der §§ 463, 480 BGB und der Schlechterfüllung (positive Vertragsverletzung) geprüft, alle diese Klagegründe jedoch verneint.

1. Einen Schadensersatzanspruch aus Verzug hält es nicht für begründet. Der Beklagte habe, so führt es aus, den ihm obliegenden Beweis dafür, daß die Gesamtlieferung am 18. März 1958 hätte abgeschlossen sein müssen, nicht erbracht. Im übrigen seien die Farben so geliefert worden, daß am 18. März mit dem Voranstrich und am 21. März mit dem Schlußanstrich habe begonnen werden können. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten keinen Rechtsirrtum. Dem Beklagten steht daher ein Schadensersatzanspruch aus § 286 BGB nicht zu.

Vergebens greift die Revision die Feststellungen des Berufungsgerichts mit Verfahrensrügen an.

a) Das Berufungsgericht hat die Frage der Beweislast nicht verkannt. Nicht die Klägerin trifft, wie die Revision rügt, die Beweislast für den vom Beklagten behaupteten Liefertermin. Vielmehr hat der Beklagte, der seinen Schadensersatzanspruch auf die Zusage eines festen Termins stützt, diese sich für den Verzug ergebende Voraussetzung zu be-

weisen. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Beklagte eine substantiierte Darstellung über die angebliche Vereinbarung einer Lieferzeit gegeben hat. Die Revision läßt außer acht, daß die Partei beim Bestreiten durch den Gegner immer zur Substantiierung ihrer Behauptungen verpflichtet ist und daß sie durch die Erfüllung dieser Verpflichtung nicht von der Beweislast entbunden wird. Ob etwas anderes zu gelten hätte, wenn die Klägerin ihrerseits nicht substantiiert vorgetragen hätte, mag dahinstehen. Denn dieser Fall ist nicht gegeben.

b) Das Vorbringen der Revision, das Berufungsgericht sei unter Verfahrensvorstoß an dem Beweisantrag des Beklagten vorbeigegangen, den Kläger darüber zu vernehmen, daß der Angestellte Sch. der Nebenintervenientin die Lieferung zum 18. März 1958 zugesagt habe, ist aktenwidrig. Der in Bezug genommene Schriftsatz vom 20. März 1961 S. 5 enthält ein solches Beweisangebot nicht. Die dort beantragte persönliche Vernehmung des Klägers bezieht sich nur auf die Behauptung des Beklagten, daß ihm die Lieferung eines besonders spannungsarmen und wischfesten Farbmateri als zugesichert worden sei.

Aber auch eine Vernehmung des Beklagten als Partei, deren Unterlassung die Revision an anderer Stelle gleichfalls rügt, brauchte das Berufungsgericht nicht vorzunehmen. Eine Verletzung des § 448 ZPO liegt nicht vor. Zwar muß das Gericht, ehe es eine Partei für beweisfällig erklärt, prüfen, ob nicht die Voraussetzungen einer Amtsvernehmung nach § 448 ZPO gegeben sind. Ob es hiervon Gebrauch macht, ist in sein tatrichterliches Ermessen gestellt. Will aber die Revision die Verletzung des § 448 ZPO rügen, so muß sie bestimmte Tatsachen darlegen, aus denen sich ergibt, daß das Berufungsgericht es pflichtwid-

rig unterlassen hat, sein Ermessen nach § 448 ZPO walten zu lassen oder daß es die ihm hierin gesetzten Ermessensgrenzen überschritten hat (BGH Urt. vom 6. März 1957 - IV ZR 203/56 = LM ZPO § 448 Nr. 2). Diese Voraussetzungen werden hier von der Revision nicht erfüllt.

c) Unschlüssig sind die Rügen der Revision, mit denen sie die Feststellungen im Berufungsurteil angreift, die Gesamtlieferung sei auf alle Fälle am 21. März abgeschlossen gewesen. Das Berufungsgericht hat auf diese Feststellung die Erwägung gestützt, dem Beklagten könne bei einer solchen Sachlage überhaupt kein Schaden entstanden sein, weil er auf diese Weise in die Lage versetzt gewesen sei, die Anstriche planmäßig durchzuführen. Auf diese Erwägung kommt es aber, wie das Berufungsgericht selbst zutreffend hervorhebt, nicht mehr an, nachdem die Voraussetzungen für einen Verzug der Klägerin nicht dargetan sind. Da nämlich davon auszugehen ist, daß die Lieferung nur so schnell wie möglich zu erfolgen hatte, war es Sache des Beklagten, im einzelnen darzulegen, daß die nach dem 18. März erfolgten Teillieferungen bereits vor ihrem Eintreffen fällig waren und daß ihnen Mahnungen vorausgegangen sind. Dafür, daß der Beklagte diese Voraussetzungen dargelegt und unter Beweis gestellt hätte, bieten die Ausführungen der Revision nicht den geringsten Anhaltspunkt.

2. Auch den dem Beklagten obliegenden Nachweis dafür, daß die Nebenintervenientin rechtsverbindlich zugesichert habe, das Amphibolin solle besonders spannungsarm und wischfest sein, hält das Berufungsgericht nicht für erbracht. Es hat aus der Bekundung des Angestellten K. des Beklagten entnommen, daß der Angestellte Schwinn, nachdem er auf die Voraussetzungen der Anstrichmasse hin-

gewiesen worden war, dem Zeugen lediglich erklärt hat, er werde darauf hinwirken, daß ein spannungsarmes Amphibolin geliefert werde. Diese Erklärung hat das Berufungsgericht als ein persönliches Versprechen des Angestellten Sch[REDACTED] gedeutet, sich bei seiner Firma dafür einzusetzen, daß die Zusammensetzung des Amphibolin soweit wie möglich spannungsarm hergestellt werde. Es sieht darin lediglich die Bereitswilligkeit des Sch[REDACTED], sich wegen der Schwierigkeiten des Beklagten, den Farbuntergrund zu entfernen, diesem, soweit das bei der Herstellung des Amphibolin möglich sei, entgegenzukommen. Mehr als eine rechtlich unverbindliche Inaussichtstellung einer persönlichen Gefälligkeit vermag das Berufungsgericht in der Erklärung des Zeugen Schwinn nicht zu erblicken.

Die Frage, ob die Verhandlungen des Beklagten mit der Nebenintervenientin bis zu einer rechtsverbindlichen Zusicherung gediehen waren, bedarf keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht stellt nämlich ausdrücklich und eindeutig fest, daß die Klägerin die vom Beklagten behauptete Zusage - Lieferung eines besonders spannungsarmen Materials - erfüllt hat. Deshalb erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag des Beklagten, die Klägerin persönlich über diese Zusage zu vernehmen, unter Verstoß gegen §§ 286, 445 ZPO übergangen; dasselbe gilt hinsichtlich der Rüge, daß das Berufungsgericht § 448 ZPO verletzt habe, weil es den Antrag des Beklagten aus dem Schriftsatz vom 2. November 1959 unberücksichtigt gelassen habe, den Beklagten persönlich zu diesem Punkte zu vernehmen.

Auch die übrigen Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet.

Unschlüssig ist die Rüge, das Berufungsgericht habe die Beweisangebote dafür übergangen, daß das gelieferte Amphibolin nicht spannungsfrei gewesen sei. Zu diesem Punkt hatte der Beklagte in dem von der Revision in Bezug genommenen Schriftsatz vom 20. März 1961 vorgetragen, bei der späteren Verwendung eines anderen Farbmateri als (Indurin) sei die Blasenbildung unterblieben. Das Berufungsgericht hält es durch das Sachverständigengutachten des Dr. Ing. W. L. für erwiesen, daß der gelieferte Markenartikel Amphibolin weitgehend spannungsarm war, und daß die Blasenbildung allein auf die unterlassene Untergrundbereitung zurückzuführen ist. Die Ausführungen in dem angeführten Schriftsatz vermögen diese Feststellung nicht zu erschüttern. Denn sie besagen nichts darüber, welche Vorkehrungen hinsichtlich des Untergrundes getroffen worden sind, ehe der Beklagte zur Verwendung des andersartigen Farbmateri als Indurin überging.

Ebensowenig brauchte das Berufungsgericht aus den Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 23. Februar 1960 S. 10, die amerikanische Militärverwaltung habe die weitere Verwendung des Amphibolin untersagt und den Anstrich mit Indurin vorgeschrieben, auf eine Fehlerhaftigkeit des Farbmateri als der Nebenintervenientin zu schließen. Eine solche Schlußfolgerung war auch nicht unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens des Beklagten angebracht, daß die Nebenintervenientin einige Mengen des Amphibolin gegen Lieferung anderer Waren zurückgenommen habe. Denn auch in diesem Falle ist die Behauptung der Klägerin, die durch die vom Berufungsgericht angezogenen Ausführungen des Sachverständigen bestätigt wird, daß nämlich das Amphibolin bei richtiger Bereitung des Untergrundes völlig tauglich gewesen wäre, nicht zu widerlegen. Ersichtlich ist das Berufungsgericht von diesen Erwägungen ausgegangen, wenn es dem Beweiserbieten in dem Schriftsatz des Beklagten vom 23. Februar 1960 nicht nachgegangen ist.

Ist somit die Fehlerhaftigkeit der Lieferung nicht nachgewiesen, so scheidet nicht nur ein Schadensersatzanspruch aus § 480 BGB, sondern, wie das Berufungsgericht zutreffen annimmt, auch ein solcher aus positiver Vertragsverletzung (schuldhafter Schlechterfüllung) aus. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob Anhaltspunkte für ein Verschulden der Klägerin oder der Nebenintervenientin gegeben sind.

IV. Da die Gegenforderung des Beklagten somit nicht begründet ist, war die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 101 ZPO.

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Messner Mormann