

VIII ZR 6/60

Verkündet am 7. Dezember 1960
Heil, ap. Justizassistent
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2218 087

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Herbert T [REDACTED] in B [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Gerhard W [REDACTED] in B [REDACTED]
S [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1960 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom
27. November 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger macht einen Teil einer Restkaufgeldforderung als Zessionar des Mineralölgroßhändlers Erhard K[REDACTED] in B[REDACTED] geltend (im folgenden als Zedent bezeichnet).

Der Beklagte, der Eisengroßhändler ist, erfuhr zu Beginn des Jahres 1956 von dem Zedenten, daß dieser ihm aus amerikanischen Heeresbeständen stammende Ölbrenner-Einsätze beschaffen könne, die zur Benutzung in Zeltöfen bestimmt gewesen waren. Nachdem der Zedent dem Beklagten einige Einsätze unentgeltlich überlassen hatte, ging dieser - wie der Zedent wußte - darauf aus, unter Verwendung solcher Einsätze einen neuartigen Ölofen zu konstruieren. Am 30. April 1956 kaufte er vom Zedenten 100 Einsätze, die er sofort erhielt und auch bezahlte.

Am 1. Mai 1956 bestellte er mündlich weitere 3400 Einsätze; er gab dabei dem Zedenten zu verstehen, daß er möglicherweise noch 6000 bis 7000 Einsätze abnehmen werde. Am 9. Mai lieferte der Zedent dem Beklagten 3400 Einsätze, die er ihm zu einem Preise von 17 DM je Stück mit insgesamt 58 480 DM in Rechnung stellte.

Der Beklagte brachte dann bei Besprechungen mit dem Zedenten zum Ausdruck, daß er zur Abnahme nicht verpflichtet sei, weil er nur auf Abruf bestellt und der Abruf abredgemäß erst habe zu erfolgen brauchen, wenn der Absatz des neuen Ofens gesichert sei. Noch im Mai 1956 hat der Beklagte 1000 Einsätze abgenommen. Nach seiner Darstellung ist für die gekauften 3400 Einsätze ein Preis von 15 DM abgemacht worden. Er hat bis zum 5. Juli 1957 in Teilbeträgen 15 000 DM als Kaufpreis der 1000 Einsätze und im Herbst 1957 "um seinen guten Willen zu zeigen", weitere 5000 DM an den Zedenten bezahlt. Nach der dem Beklagten im Oktober 1956 bekannt gewordenen fachmännischen Äußerung des Baurats R[REDACTED], Leiters eines heiztechnischen

Laboratoriums, war der inzwischen von ihm konstruierte Ofen brauchbar. - Über die 1000 Einsätze hinaus hat er weitere Stücke nicht abgerufen.

Am 18. Oktober 1958 ist dem Beklagten die auf seine Verurteilung zur Zahlung von 6100 DM nebst 5 % Zinsen seit 1. Juli 1956 gerichteten Klage zugestellt worden. Das Landgericht hat dem Klageantrag entsprochen mit der Maßgabe, daß Zinsen erst vom 1. Januar 1957 an zu zahlen sind. Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß der Zinsenlauf erst seit der Klagezustellung begonnen hat.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen bisherigen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger will das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat u.a. erwogen, zugunsten des Beklagten könne unterstellt werden, daß er vom Zedenten die 3400 Einsätze mit der Abrede gekauft habe, Lieferung habe entsprechend seinen (des Beklagten) Abrufen zu erfolgen. Unerheblich sei, daß zeitliche Bestimmungen über den Abruf nicht getroffen seien und der Beklagte auch über die von ihm abgenommenen 1000 Einsätze hinaus nicht abgerufen habe; denn er habe nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse die Verpflichtung gehabt, in angemessener Frist abzurufen. Diese Frist sei jedenfalls bei Klageerhebung abgelaufen gewesen, zumal der Beklagte bereits im Oktober 1956 über die Brauchbarkeit des von ihm konstruierten Ofens unterrichtet worden sei. Daher müsse davon ausgegangen werden, daß von dieser Zeit an ein Verkauf der Öfen möglich gewesen sei.



Die Einsätze seien entgegen der Darstellung des Beklagten nicht fehlerhaft.

Daß der Zedent und der Beklagte als Vertragszweck die Verwendbarkeit der Einsätze vorausgesetzt hätten, sei unerheblich; denn - wie sich an Hand der im zweiten Rechtszuge eingeholten Auskunft des Berliner Senators für Bau- und Wohnungswesen ergebe - seien die Einsätze verwendbar; nur die Konstruktion des vom Beklagten entwickelten Ölofens gestatte ihre Verwendung darin nicht. Das gehe zu seinen Lasten, zumal es nach der bezeichneten Auskunft nicht unmöglich erscheine, daß unter Verwendung der Einsätze nach Vornahme einiger Veränderungen und Ergänzungen des Zubehörs ein Ölofen entstehen könnte, gegen dessen Aufstellung und Betrieb keine bauaufsichtlichen Bedenken bestehen würden.

II. Die Revision rügt als Verstoß gegen § 286 ZPO u.a. folgendes: Das Berufungsgericht habe die Bedeutung der Abrufklausel verkannt. Es habe nämlich die Darstellung des Beklagten nicht berücksichtigt, die dahin ging, daß bei Bestellung der 3400 Einsätze vereinbart worden sei, der Abruf solle bei Bedarf, also dann erfolgen, wenn der neuartige, erst noch konstruktiv zu entwickelnde Ofen eingeschlagen hätte und dessen Absatz gesichert sei, und daß der Zedent diese Vereinbarung am 4. oder 5. Mai 1956 nochmals bestätigt habe. - Ferner habe das Berufungsgericht übergangen, daß der Beklagte vorgebracht habe, alsbald nach Lieferung der 3400 Einsätze habe ihm der Zedent den Ankauf von 1000 bis 2000 der damit ausgestatteten Öfen durch die Firma Vo[REDACTED] in M[REDACTED] als sicher in Aussicht gestellt, nur deshalb habe er (der Beklagte) schon damals 1000 Einsätze abgenommen. - Schließlich habe sich das Berufungsgericht mit folgender Behauptung des Beklagten nicht auseinandergesetzt: Möge auch unter Berücksichtigung der behördlichen Sicherungs-

vorschriften ein technisch brauchbarer Ofen nach Veränderung und Ergänzung des Zubehörs der Einsätze haben konstruiert werden können, so würden dadurch doch die Kosten des Ofens so groß geworden sein, daß er praktisch unverkäuflich gewesen wäre.

III. Wie der Revision zuzugeben ist, hat das Berufungsgericht bei seiner Erwägung, darauf, ob der Beklagte die 3400 Einsätze auf Abruf - freilich ohne daß eine Frist dafür ausbedungen sei - gekauft habe, komme es deshalb nicht an, weil er jedenfalls bis zur Klageerhebung hätte abrufen müssen, das tatsächliche Vorbringen des Beklagten nicht erschöpfend berücksichtigt. Danach hat der Beklagte nicht schlechthin auf Abruf gekauft, sondern im Hinblick darauf, daß das wirtschaftliche Ergebnis der Konstruktion eines neuartigen Ofens damals (wie der Zedent wußte) noch nicht vorausgesehen werden konnte, auf Abruf nach dem Bedarf gekauft, der sich einstellen werde, wenn er künftig die neuartigen Öfen auf den Markt bringen werde. Es handelte sich also nicht um eingeführte Ware des täglichen Bedarfs, von der ein Kaufmann auf Grund seiner geschäftlichen Erfahrungen weiß, daß er sie binnen angemessener Frist werde verkaufen und dementsprechend bei seinem Lieferanten das Material für die Ware binnen angemessener Frist werde abrufen können. Das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang auch prüfen müssen, ob Reichow nicht nur die technische Brauchbarkeit des vom Beklagten konstruierten Ofens als solche bejaht, sondern sich etwa dem Sinne nach etwa auch dahin geäußert hat, daß der Ofen Absatz finden werde und daß er insbesondere von der Bauaufsichtsbehörde nicht aus Gründen des Gemeinwohles beanstandet werde.

Wenn weiter zutreffen sollte, was der Beklagte über die nur sehr eingeschränkte Eignung der Einsätze zur Herstellung eines wirtschaftlich verwertbaren Ofens behauptet, so würde unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Zedent von vornherein wußte, der Beklagte wolle mit dem Ofen im Großen Handel treiben, möglicherweise die Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages hinsichtlich der 2400 Einsätze, deren weitere Bezahlung der Kläger zu einem Teilbetrag verlangt, weggefallen sein. Daraus würde sich ergeben können, daß der Beklagte diese Einsätze nicht oder doch nicht völlig abzunehmen und zu bezahlen brauchte.

Um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, zu dem erörterten Vorbringen des Beklagten und der Einlassung des Klägers tatsächliche Feststellungen zu treffen, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird der Beklagte seine weiteren, die Verletzung des § 286 ZPO betreffenden Rügen vortragen können. Andererseits wird das Berufungsgericht sich auch damit auseinandersetzen müssen, ob der vom Kläger behauptete Umstand eine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigt, daß der Beklagte nach

der Darstellung des Klägers sich die anderweite Verwendung der an ihn gelieferten Einsätze vorbehalten haben soll.

Dr. Pagendarm Dr. Gelhaar Dr. Spieler Dr. Dorschel Dr. K