

2028 090.
BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 152/63

URTEIL

Verkündet am

14. Juni 1965

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Erwin L [REDACTED] Kommanditgesellschaft, Schuhzubehörfabrik, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Erwin L [REDACTED],
2. des Kaufmanns Erwin L [REDACTED]
beide in M [REDACTED], Ko [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] . [REDACTED] . [REDACTED] -

gegen

die Firma D [REDACTED] & H [REDACTED] GmbH, Werkzeugfabrik, B [REDACTED] [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführer Bernhard
D [REDACTED] und Günter N [REDACTED],

Klägorin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 23. April 1963 wird zurückgewiesen, soweit sie verurteilt worden sind, der Klägerin 7.636 DM nebst 5 % Zinsen aus 6.961 DM seit dem 2. Mai 1961 und von 675 DM seit dem 18. Juli 1961 zu zahlen.

Wegen eines Betrages von 100 DM nebst Zinsen wird das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin am 1. Juli 1960 eine sog. Mutterform zur Herstellung von Schuhspannern aus Kunststoff im Spritzgußverfahren. Eine Firma Ba[REDACTED] hatte hierzu 4 Einsätze der Größen 3 - 6 vorgefertigt und der Klägerin zugesandt. Diese Einsätze hatte die Klägerin weiter zu bearbeiten und fertigzustellen.

Im Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 1. Juli 1960 ist als Gegenstand der Bestellung und als Werklohn angegeben

"1 Mutterform für Schuhspanner, passend für die BSM 40 mit auswechselbaren Einsätzen für die Größen 3/4/5 u. 6 je Größe	DM 4.360,-- DM 880,-- ..."
---	--

Nachdem die Klägerin Ende August 1960 die Mutterform und den Einsatz der Größe 4 fertiggestellt hatte, spritzte sie damit einige Schuhspanner als Muster und ließ sie der Beklagten zugehen. Die Beklagte wünschte jedoch keine herzförmigen Spanner, sondern solche in Pikform. Sie erteilte daher dem Modellbauer W. den Auftrag, neue Holzmodelle für Formeinsätze zu fertigen. Die Klägerin stellte mit diesen Modellen 4 neue Formeinsätze her. Die Beklagte schickte die zunächst fertiggestellten 2 Einsätze zur Nachbesserung zurück. Die Klägerin sandte dann die Mutterform und alle 4 Einsätze am 16. Dezember 1960 der Beklagten zu.

Mit Schreiben vom 16. Januar 1961 erhob die Beklagte eine Reihe von Beanstandungen und ersuchte zwecks Besprechung der Angelegenheit um Besuch eines Herrn der Klägerin. Diese erklärte sich zur Beseitigung der Mängel bereit und bat zu diesem Zweck um Rücksendung der gelieferten Erzeugnisse. Am 2. März 1961 teilte die Beklagte ihr jedoch mit, sie habe "aus Mangel an Vertrauen" zu den Arbeiten der Klägerin die Mängel durch eine andere Firma beseitigen lassen.

Die Klägerin hat in diesem Rechtsstreit von den Beklagten Zahlung von 11.256 DM nebst Zinsen verlangt, und zwar den sich aus ihrem Bestätigungsschreiben vom 1. Juli 1960



ergebenden Betrag von 7.880 DM, ferner für die nach ihrer Behauptung von der Beklagten später zusätzlich in Auftrag gegebene Herstellung von 4 neuen Einsätzen zusammen 9.216 DM, endlich 675 DM für weitere von der Beklagten bisher nicht bezahlte Arbeiten gemäß 4 hierüber erteilten Rechnungen. Von dem Gesamtbetrag von 17.771 DM hat sie die von der Beklagten bisher bezahlten 6.515 DM abgesetzt.

Die Beklagten haben geltend gemacht: Der Klägerin sei nur der von ihr am 1. Juli 1960 bestätigte Auftrag erteilt worden, aus dem sie 7.880 DM zu fordern gehabt habe, jedoch kein weiterer Auftrag zur Herstellung neuer Einsätze. Brauchbare Einsätze habe die Klägerin schon auf Grund des Auftrages vom 1. Juli 1960 zu liefern gehabt. Selbst wenn ihr ein weiterer Auftrag erteilt worden sein sollte, könne sie für dessen Ausführung als angemessen bestenfalls 1.100 DM verlangen, mehr habe auch die Firma Ba[REDACTED] für die von ihr hergestellten Einsätze nicht berechnet. Da die Einsätze trotz mehrfacher Ausbesserungsversuche mangelhaft geblieben seien, hätten sie die Mängel durch eine andere Firma beseitigen lassen können und rechneten mit den dadurch entstandenen Kosten in Höhe von 1.010 DM auf. Sie hätten die Mängel unverzüglich telefonisch gerügt.

Die Beklagten haben ferner mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 30.000 DM wegen des ihnen durch die mangelhafte Lieferung angeblich entstandenen Umsatzverlustes sowie mit einem Anspruch auf Rückzahlung eines dem Geschäftsführer der Klägerin geliehenen Betrages von 100 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat in vollem Umfang nach dem Klageantrag erkannt. Das Kammergericht hat unter Abweisung der

Klage im übrigen die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt der Klägerin 7.736 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten den Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Als die Beklagte der Klägerin den Auftrag vom 1. Juli 1960 erteilt habe, sei diese bereits im Besitz der auf Bestellung der Beklagten von der Firma Ba[REDACTED] gefertigten Einsätze gewesen. Es habe daher damals kein Anlaß bestanden, daß auch die Klägerin noch die Herstellung der Einsätze übernommen habe. Sie habe vielmehr diese zunächst nur weiter zu bearbeiten gehabt. Als sich aber herausgestellt habe, daß die von Ba[REDACTED] hergestellten Einsätze für die Zwecke der Beklagten nicht geeignet gewesen seien, habe die Beklagte der Klägerin einen zweiten Auftrag, nämlich auf Herstellung neuer Einsätze erteilt. Das Fehlen einer schriftlichen Bestellung und Bestätigung spreche nicht gegen den Abschluß eines neuen Vertrages.

Diese Auslegung der Parteivereinbarungen war dem Tatrichter gestattet. Sie läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht.

1. Die von der Revision angeführten Umstände hat das Berufungsgericht größtenteils ausdrücklich erörtert. Es hat auch ersichtlich nicht übersehen, daß es an einer Einigung über die Höhe der der Klägerin zu zahlenden weiteren Vergütung fehlte. Besonders bei zusätzlichen Abreden im Rahmen bereits bestehender vertraglicher Beziehungen ist es jedoch keineswegs ungewöhnlich, daß die Kostenfrage ungeregelt bleibt, auch wenn es sich um erhebliche Beträge handelt. Das zeigen die Erfahrungen der Gerichte immer wieder.

2. Die Revision kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Beklagten hätten in der Berufungsbegründung durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß der am 1. Juli 1960 vereinbarte Preis von 880 DM je Einsatz die Herstellung und nicht nur die Bearbeitung der Einsätze umfaßt habe. Das Berufungsgericht konnte auf Grund der von ihm getroffenen Feststellungen zu der gegenteiligen Überzeugung kommen und nach seinem pflichtgemäßen Ermessen von der Anhörung eines Sachverständigen zu diesem Punkte absehen. Ein Fall, in dem die Nichteinholung eines Gutachtens durch den Tatrichter ausnahmsweise einen im Revisionsverfahren zu berücksichtigenden Rechtsverstoß darstellte, liegt hier nicht vor.

3. Der Hinweis der Revision auf das Vorbringen der Beklagten, die Firma Ba[REDACTED] habe die an sich der Klägerin übertragene Herstellung der Einsätze nur übernommen, weil die Klägerin diese aus Zeitgründen nicht habe herstellen können, ist mit der Feststellung des Berufungsgerichts unvereinbar, daß die Firma Ba[REDACTED] die Roheinsätze bereits vor dem 1. Juli 1960 fertiggestellt und der Klägerin zugesandt hatte.

4. Im übrigen hat das Berufungsgericht zu Gunsten der Beklagten die neuen Abreden dahin ausgelegt, daß die in der Vertrag vom 1. Juli 1960 der Klägerin zugebilligte Vergütung für die Bearbeitung der Einsätze von $4 \times 880 = 3.520$ DM zur größten Teil - bis auf einen Betrag von 536 DM - entfallen sei.

II.

1. Zur Höhe der der Klägerin aus dem zweiten Auftrag zustehenden Vergütung hat das Berufungsgericht ausgeführt:

Es sei eine angemessene Vergütung als stillschweigend vereinbart anzusehen. Zwar könne zweifelhaft sein, ob die Beklagten mit ihrem Vortrag die Angemessenheit der von der Klägerin geforderten Vergütung hätten bestreiten wollen. Jedenfalls könnten sie mit ihren erst in der Berufungsbeurteilung hierzu vorgetragenen Einwendungen gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. Sie hätten, wenn sie auch den Anspruch dem Grunde nach bestritten hätten, vorsorglich zu dessen Höhe bereits im ersten Rechtszug Stellung nehmen müssen. Darin, daß sie das unterlassen hätten, liege eine grobe Nachlässigkeit. Durch Zulassung des neuen Vorbringens, das eine Beweisaufnahme erforderte, würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

2. Die Revision stimmt mit dem Berufungsgericht dahin überein, daß die Klägerin, sofern ein zweiter Auftrag zustandegekommen sei, hierfür die angemessene Vergütung zu fordern habe. Sie erhebt jedoch zwei Verfahrensrügen, die unbegründet sind.

a) Daraus, daß die Firma Ba [REDACTED] für die Herstellung von 4 Roheinsätzen von der Beklagten nur 1.100 DM gefordert haben soll, brauchte das Berufungsgericht nicht zu schließen, welche angemessene Vergütung die Klägerin für die von ihr geleisteten anderweitigen und weitergehenden Arbeiten insgesamt zu fordern hat. Es konnte daher ohne Verstoß gegen den § 286 ZPO von der Erhebung dieses Beweises absehen.

b) Nachdem die Beklagten erst in der Berufungsbegründung die Angemessenheit der von der Klägerin geforderten weiteren Vergütung bestritten hatten, konnte das Berufungsgericht auch ohne Rechtsirrtum annehmen, daß die nunmehr erforderliche Einholung eines Sachverständigengutachtens die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Es hatte keinen Anlaß, zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen gemäß § 272 b ZPO einen Sachverständigen zu laden oder schon vorher eine schriftliche Begutachtung anzuordnen, da keine Partei vor der Verhandlung die Einholung eines Gutachtens beantragt hat.

3. Es ist auch entgegen der Meinung der Revision kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht der Klägerin für die zunächst ausgeführten Arbeiten an den alten Einsätzen unter Streichung der weiteren Beträge noch 536 DM zugebilligt hat. Die Herstellung neuer Einsätze ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts erforderlich geworden, nicht weil die Klägerin die von Ba [REDACTED] gelieferten Einsätze mangelhaft bearbeitet hätte, sondern weil der Beklagten die von Battenfeld hergestellten Formen nicht gefielen. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht mit Recht zu der Auffassung gelangen, die Beklagte habe verständigerweise nicht annehmen können, die Klägerin

wolle für die keineswegs geringfügigen Arbeiten an den alten Einsätzen überhaupt kein Entgelt beanspruchen.

III.

Zu den Gegenansprüchen der Beklagten ist folgendes zu bemerken:

1. Den Anspruch der Beklagten auf Erstattung der von ihnen für die Beseitigung von Mängeln der 4 Einsätze aufgewandten Kosten von 1.010 DM hat das Berufungsgericht abgelehnt, weil die Beklagten mangels unverzüglicher Rüge, wie sie gemäß den §§ 377, 381 HGB erforderlich gewesen wäre, keine Gewährleistungsansprüche mehr hätten. Die schriftliche Rüge vom 16. Januar 1961 - einen Monat nach der Lieferung - sei verspätet. Die erst in der Berufungsbegründung substantiiert aufgestellte Behauptung, die Beklagte habe sofort nach Eingang der Sendung am 18. Dezember 1960 telefonisch gerügt, sei ebenfalls gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht hätte eine Verzögerung des Rechtsstreits vermeiden können, wenn es den für eine rechtzeitige Rüge benannten Zeugen gemäß § 272 ZPO zur Berufungsverhandlung geladen hätte.

Auf eine Erhebung dieses Beweises kam es aber nicht an, weil die Beklagten den Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen in Höhe von 1.010 DM überhaupt nicht schlüssig dargetan haben. Nach § 633 Abs. 3 BGB kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Auf-

wendungen verlangen, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Verzug der Klägerin mit der Nachbesserung haben die Beklagten selbst nicht behauptet, vielmehr hat unstreitig die Klägerin sich zur Beseitigung der noch vorhandenen Mängel bereit erklärt, aber vergeblich auf die von ihr erbetene Zurücksendung der Sachen gewartet.

Es fehlt auch an hinreichenden Behauptungen der Beklagten dafür, daß die Voraussetzungen des § 634 Abs. 2 BGB erfüllt wären und sie, ohne noch eine Frist zur Beseitigung des Mangels setzen zu müssen, Minderung oder Schadensersatz hätten verlangen können. Hierzu genügt nicht der Hinweis der Beklagten, sie hätten kein Vertrauen mehr zur Klägerin gehabt. Unstreitig waren lediglich zwei von den vier Einsätzen bereits einmal nachgebessert worden.

Unter diesen Umständen kam es nicht auf eine Beweiserhebung darüber an, ob die Beklagte die vorhandenen Mängel rechtzeitig gerügt hat.

2. Die Schadensersatzforderung der Beklagten von 30.000 DM hat das Berufungsgericht als "völlig unsubstantiiert" nicht berücksichtigt.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Vorbringen und Beweiserbieten der Beklagten im Schriftsatz vom 3. November 1961 S. 5 ist, zumal bei der Höhe des Anspruchs, ganz unzureichend. Es kommt daher auch hinsichtlich dieses Anspruchs nicht darauf an, ob die Beklagten rechtzeitig Mängelrüge erhoben haben.

3. Der Beklagte hat dem Geschäftsführer der Klägerin bei dessen Besuch in [REDACTED] einen Betrag von 100 DM geliehen,

weil dieser gerade nicht über ausreichende Barmittel verfügte. Die Beklagten machen geltend, dieses Darlehen sei der Klägerin, nicht ihrem Geschäftsführer persönlich gewährt worden (BU 9).

Das Berufungsgericht meint, die Beklagten hätten nicht dargetan, daß die Klägerin den Betrag erhalten habe und Darlehensschuldnerin geworden sei. Die Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe die 100 DM von der Beklagten erhalten und über sein Spesenkonto bei der Klägerin abgerechnet, reiche hierfür nicht aus. Der Geschäftsführer habe den Betrag für seine privaten Zwecke verwendet. Es sei nicht anzunehmen, daß er ihn als Geschäftseinnahme der Klägerin in Empfang genommen und diese zur Rückzahlung habe verpflichten wollen.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

Es ist nicht einzusehen, inwiefern der Umstand wesentlich sein soll, daß der Geschäftsführer der Klägerin den Betrag über sein Spesenkonto bei dieser abgerechnet hat. Die "interne Verrechnung", wie auch das Berufungsgericht es nennt, ist der Beklagten gegenüber ohne Bedeutung.

Nach dem feststehenden Sachverhalt ist die Rechtslage dahin zu beurteilen, daß das von dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten dem der Klägerin gegebene Darlehen nicht nur eine persönliche Angelegenheit der gesetzlichen Vertreter beider Parteien war. Vielmehr mußten die Beklagten das Verhalten des Geschäftsführers der Klägerin dahin verstehen, diese solle im Rahmen der bestehenden geschäftlichen Beziehungen für das ihm gegebene Darlehen einstehen. Die Aufrechnung der Beklagten mit dem Anspruch von 100 DM ist daher begründet.

IV.

Die Rechnung der Klägerin über 145 DM für die Arbeiten von W[REDACTED] haben die Beklagten anerkannt. Den Betrag von drei weiteren Rechnungen von zusammen 530 DM hat das Berufungsgericht der Klägerin mit Ausführungen zugesprochen, die keinen Rechtsirrtum erkennen lassen. Die Revision hat insoweit auch keine Beanstandungen erhoben.

Hiernach ist die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen mit alleiniger Ausnahme des Betrages von 100 DM (III Nr. 3); insoweit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und, da die Sache zur Endentscheidung reif ist, in Anwendung des § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97, 92 Abs. 2 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke