

VII ZR 175/57

Verkündet
am 7. Juli 1958
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Kurt K[REDACTED], B[REDACTED]-N[REDACTED], Ka[REDACTED]-M[REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revi-
sionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Mechaniker Karl Kan[REDACTED] B[REDACTED], R[REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revi-
sionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. Juli 1958 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann,
Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Ok-
tober 1957 aufgehoben, soweit der Widerklage auf
Feststellung stattgegeben und über die Kosten ent-
schieden worden ist. In diesem Umfange wird die
Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Oktober 1950 erteilte der Beklagte auf Grund vorangegangener Besprechungen der Klägerin den Auftrag, 2 Formen zum Pressen von Kunststoffhauben für Schweißer herzustellen. Die Wandstärken der Hauben sollten 1,5 mm bei einer Toleranz von 1/10 mm betragen.

Die von der Klägerin im Frühjahr 1951 gelieferten Formen ergaben bei Pressversuchen nicht die verlangten Maße und wurden ihr zurückgegeben. Sie nahm Änderungen daran vor und übersandte dem Beklagten ein Ausfallmuster. Dieses fand wieder nicht dessen Billigung; er rügte insbesondere die nach wie vor nicht mit der Bestellung übereinstimmenden Wandstärken.

Die Klägerin hat behauptet, daß die von ihr hergestellten und dem Beklagten angebotenen Formen den vertraglichen Vereinbarungen entsprächen. Sie hat Klage auf Zahlung des restlichen Werklohns von 3.645,53 DM. nebst Zinsen hiervon erhoben.

Der Beklagte hat Klageabweisung erbeten und im Wege der Widerklage beantragt, die Klägerin zur Lieferung der bestellten Formen zu verurteilen, sowie festzustellen, daß sie verpflichtet sei, ihm den infolge der verspäteten Lieferung entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung von 3.493,85 DM nebst Zinsen hiervon verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß es den zugesprochenen Betrag auf 2.846,80 DM nebst Zinsen hiervon herabgesetzt und angeordnet hat, daß die

Zahlung nur gegen Empfang der von der Klägerin angebotenen Formen zu leisten sei.

Auf die Revision des Beklagten hat der Senat das Urteil des Kammergerichts aufgehoben und die Sache an dieses zurückverwiesen.

Das Kammergericht hat nunmehr die Klage abgewiesen und die Klägerin entsprechend den Anträgen der Widerklage verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt; sie beantragt, die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage:

Das Berufungsgericht hat die Klage aus zwei Gründen abgewiesen. Einmal hält es die Aktivlegitimation der Klägerin für nicht gegeben, weil sie ihre Ansprüche in Höhe von 3.142,30 DM an die Bankgesellschaft B. abgetreten habe. Ferner ist es der Ansicht, daß die Werklohnforderung noch nicht fällig sei, weil die von der Klägerin angebotene Leistung nicht den vertraglichen Abmachungen entspreche.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

1) Die Revision rügt die Verletzung der §§ 128, 139 ZPO. Sie macht geltend, die Beklagte habe sich auf die Abtretung nicht berufen. Das Kammergericht hätte deswegen, bevor es



auf die in der Schriftwechselmappe befindlichen Benachrichtigungen über die Abtretungen zurückgriff, das Fragerecht ausüben müssen; in diesem Falle hätte die Klägerin vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß die Bank die Forderungen bereits im Juni 1951 an die Klägerin zurückübertragen habe.

Dieser Rüge ist der Erfolg zu versagen. Wie das Kammergericht S. 4 des Tatbestandes feststellt, hat sich der Beklagte doch auf die Abtretung berufen. Das wird in den Entscheidungsgründen (S. 12 d.U.) nochmals hervorgehoben; dort heißt es:

"Sie (die Klägerin) hat die ... Werklohnforderung ... vor Klageerhebung - nach dem insoweit unbestrittenen Vortrag des Beklagten, dessen Richtigkeit sich außerdem aus dem im Original in der überreichten Korrespondenzmappe befindlichen Abtretungserklärung ergibt - an die Bankgesellschaft Berlin abgetreten hat".

Diesem Satz kommt ebenfalls die Beweiskraft des § 314 ZPO zu (RGZ 80, 172, 174). Er erweist, unbeschadet der darin enthaltenen sprachlichen Ungenauigkeiten, daß der Beklagte ausdrücklich die Abtretung geltend gemacht hat. Einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes (§ 320 ZPO) hat die Klägerin nicht gestellt. Dann kann sie gemäß § 314 ZPO jetzt nicht mehr mit der Behauptung gehört werden, es fehle an einem dahingehenden Vortrag des Beklagten.

Ist aber von diesem Vortrag auszugehen, so entfällt auch die Grundlage für die auf Verletzung des § 139 ZPO gestützte Rüge.

2) Das Kammergericht hat die Abweisung der Klage, wie bereits erwähnt, hilfsweise damit begründet, daß die Forderung noch nicht fällig sei.

Die Revision bezieht sich insoweit auf ihre Rügen, mit denen sie sich gegen die Entscheidung des Kammergerichts zur Widerklage wendet. Es kann danach auf die nachfolgenden Erörterungen verwiesen werden.

II. Zur Widerklage:

Das Kammergericht stellt fest, daß die von der Klägerin hergestellten und dem Beklagten angebotenen Formen nicht den zugesagten Bedingungen entsprechen; sie lassen nämlich nicht die Herstellung von Hauben mit einer durchgehenden Stärke von 1,5 mm bei 1/10 mm Toleranz zu. Es geht weiter in Übereinstimmung mit der von dem Senat in dem Urteil vom 8. November 1956 vertretenen Ansicht davon aus, daß dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, so daß die Klägerin den Mangel auch dann zu vertreten hat, wenn er den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch weder aufhebt noch mindert.

Ferner prüft es, ob sich der Beklagte mit einer Änderung der über die Wandstärke getroffenen Vereinbarung einverstanden erklärt hat, und verneint dies. Danach gelangt es zu dem Ergebnis, daß die Klägerin nur ein nicht vertragsmäßiges Werk angeboten habe; sie sei danach gemäß den Anträgen der Widerklage zur Lieferung von Formen zu verurteilen, die die zugesicherten Eigenschaften haben. Da sie sich mit dieser Leistung im Verzuge befinde, habe sie dem Beklagten den sich daraus ergebenden Schaden zu ersetzen.

Die Revision wendet sich gegen diese Erörterungen mit zwei Verfahrensrügen.

- 1) Sie macht geltend, daß das Berufungsgericht habe die Aussagen der Zeugen We... und Schreck nicht hinreichend berücksichtig-

sichtigt. Aus ihnen ergebe sich, daß die Wandstärken für den Beklagten keine entscheidende Rolle gespielt hätten. Unter diesen Umständen sei es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, Schadensersatzansprüche aus der Nichteinhaltung der Zusage herzuleiten.

Es bedarf keiner Erörterung, ob für eine solche Rüge im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung in der Entscheidung des Senats vom 8. November 1956 noch Raum ist; denn der Angriff geht in jedem Falle fehl.

Nach den Bekundungen der genannten Zeugen haben die Parteien darüber verhandelt, ob die Wandstärken bei Verwendung eines anderen als des vorgesehenen Materials eingehalten werden könnten. Dabei soll der Beklagte geäußert haben, schlimmstenfalls käme Pappmachée in Frage; in diesem Falle müßten die Wandstärken etwas größer sein. Aus der Aussage des Schreck ergibt sich weiter, daß diese Unterredung vor Abschluß des Vertrages stattgefunden haben soll.

Mit dieser Aussage brauchte sich das Kammergericht nicht auseinanderzusetzen. Die von der Revision erwähnten, angeblichen Äußerungen des Beklagten bezogen sich auf einen Sachverhalt, der nicht eingetreten ist; sie waren danach überholt. Jedenfalls ist der Vertrag später zu Bedingungen abgeschlossen worden, in denen die Einhaltung bestimmter Wandstärken vorgesehen war. Darauf, ob der Beklagte unter nicht eingetretenen Voraussetzungen mit einer Abänderung einverstanden gewesen wäre, kann es demgegenüber nicht ankommen.

2) Im Schriftsatz vom 9. Februar 1957 hatte die Klägerin vorgetragen, der Streit zwischen den Parteien sei nur

dadurch entstanden, daß der Beklagte zur Bezahlung außerstande gewesen sei. Er habe die Wandstärken allein deswegen bemängelt, weil er gehofft habe, sich auf diese Weise seinen Verpflichtungen entziehen zu können. Seine Zahlungsunfähigkeit ergebe sich daraus, daß er erklärt habe, er könne weder in bar noch durch Bankscheck zahlen; auch einen Wechsel könne er nicht einlösen. Diese Behauptungen hatte die Klägerin unter Zeugenbeweis gestellt.

Die Revision ist der Ansicht, das Kammergericht hätte dieses Vorbringen im Zusammenhang mit der der Klägerin obliegenden Leistungspflicht werten müssen. Der Klägerin sei es nicht zuzumuten gewesen, die Formen herzustellen und zu liefern, wenn festgestanden hätte, daß sie keine Bezahlung dafür erhalten werde.

Auch diese Rüge greift nicht durch. Allerdings hätte ein solcher Einwand beachtlich sein können, wenn er in dieser Form in den Tatsacheninstanzen vorgebracht worden wäre (RG DR 1939, 1005 Nr. 26). Das ist aber nicht geschehen.

Die sich auf die Zahlungsunfähigkeit des Beklagten beziehenden Behauptungen der Klägerin sind im Schriftsatz vom 9. Februar 1957 nicht zum ersten Male aufgestellt worden. Sie finden sich mit ähnlichem oder gleichem Inhalt bereits in dem Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 15. Juni 1951, sowie in den Schriftsätzen der Klägerin vom 18. September 1953, 16. Juni 1954, 18. Dezember 1954 und 18. Februar 1955. An keiner dieser Stellen, auch nicht im Schriftsatz vom 9. Februar 1957, hat die Klägerin die von ihr behauptete Zahlungsunfähigkeit des Beklagten zum Anlaß genommen, ihre eigene Leistungspflicht zu leugnen. Sie hat damit vielmehr nur nachzuweisen versucht, daß die Formen brauchbar seien und daß es dem Beklagten auf die Einhaltung der Wandstärken gar nicht

angekommen sei. Im übrigen hat sie sich an ihre Lieferungs-
pflicht für gebunden erachtet, ist auf die Wünsche des Be-
klagten eingegangen (Schriftsätze vom 8. Januar 1952 und
vom 23. Januar 1952) und ist ihm nur mit der Behauptung ent-
gegengetreten, daß die von ihr angefertigten Formen den ur-
sprünglichen oder mindestens mit Zustimmung des Beklagten
abgeänderten Vertragsbedingungen entsprächen (u. a. Schrift-
sätze vom 8. Januar 1952, 10. September 1952, 8. Oktober 1954,
18. Februar 1955 und vor allem auch vom 7. Februar 1957).

Erst nachdem diese Behauptungen von dem Tatrichter
als nicht durchschlagend angesehen worden sind, beruft sie
sich im (zweiten) Revisionsverfahren erstmalig auf das ihr
wegen der angeblichen Zahlungsunfähigkeit des Beklagten zu-
stehende Leistungsverweigerungsrecht, das sie bis dahin
nicht geltend gemacht hatte. Mit diesem neuen Einwand kann
sie in diesem Rechtszuge nicht mehr gehört werden.

III. Dagegen muß die auf die Sachrüge vorzunehmende all-
gemeine Nachprüfung in einem Punkte zur Aufhebung des ange-
fochtenen Urteils führen.

1) a) Anlaß zu Bedenken könnte zunächst die Auffassung des
Berufungsgerichts geben, der Klägerin sei durch das Urteil
des Senats vom 8. November 1956 mit bindender Wirkung jede
Möglichkeit abgeschnitten worden, sich auf Treu und Glauben
zu berufen (S. 18 d.U.). Diese von dem Kammergericht nicht
näher begründete Ansicht findet in der angegebenen Entschei-
dung keine Stütze. Aus ihr ergibt sich nur, daß die Kläge-
rin nach dem damals vom Kammergericht festgestellten Sach-
verhalt auch unter Beachtung des § 242 BGB nicht berechtigt
war, sich einseitig von der dem Beklagten gegebenen Zusiche-
rung zu lösen.

Auf diesem Fehler beruht das Urteil allerdings nicht. Denn das Kammergericht stellt an anderer Stelle fest, daß die vertragsmäßige Herstellung der Formen, wenn auch unter Aufwendung erhöhter Kosten, möglich ist (S. 15 d.U.) Es legt weiter dar, daß die Klägerin dies als sachkundige Unternehmerin hätte wissen müssen und daher die Folgen ihrer Zusage zu tragen habe. Daraus ergibt sich, daß sich die Klägerin weder auf eine ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit der ihr obliegenden Leistung noch darauf berufen kann, daß diese ihr nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zuzumuten sei.

b) Ähnliches gilt für die Annahme des Kammergerichts, der Klägerin sei durch das Urteil des Senats der Einwand abgeschnitten worden, die Beseitigung des Mangels erfordere einen unverhältnismäßigen Aufwand (S. 15 d.U.).

Diese Frage hat der Senat in seinem ersten Urteil nicht erörtert; es bestand dazu in Ermangelung entsprechender Feststellungen auch kein Anlaß. Demnach war das Berufungsgericht insoweit auch nicht nach § 565 Abs. 2 ZPO gebunden.

Auch dieser Fehler zwingt aber nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Denn von einem "unverhältnismäßigen Aufwand" im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB kann nicht die Rede sein, wenn die vertragsmäßige Herstellung, wie das Kammergericht annimmt, nur "erhöhte Kosten" verursachen würde, mit denen die Klägerin zudem von vornherein hätte rechnen müssen.

2) Dagegen kann das Urteil nicht aufrechterhalten werden, soweit es der Feststellungswiderklage stattgibt, weil das Kammergericht nicht geprüft hat, ob den Beklagten ein Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 BGB trifft.

a) Das Kammergericht war in seinem Urteil vom 14. März 1955 in Übereinstimmung mit den Sachverständigen zu dem Ergebnis gelangt, daß die von der Klägerin gefertigten und dem Beklagten angebotenen Formen zur Herstellung brauchbarer Hauben geeignet waren. Dieser Umstand war zwar nicht geeignet, die Klägerin von ihrer Verpflichtung zu entbinden, Formen mit den im einzelnen zugesicherten Eigenschaften zu liefern. Er kann aber bei Entscheidung der Frage erheblich sein, ob der Beklagte ein Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 BGB zu vertreten hat.

Können nämlich mit diesen Formen in der Tat Hauben hergestellt werden, die ebensogut oder nicht wesentlich schlechter verkäuflich waren und sind, als die von dem Beklagten in Aussicht genommenen, so drängt sich die Erwägung auf, daß der Beklagte gehalten gewesen wäre, die Fabrikation auch mit den nicht vertragsmäßigen Formen zwecks Abwendung oder Minderung des Schadens früher oder später aufzunehmen. Das würde umsomehr gelten, wenn der Schaden, wie der Beklagte jetzt zu behaupten scheint, sehr hoch sein sollte.

b) Allerdings hat sich die Klägerin auf ein solches mitwirkendes Verschulden des Beklagten nicht ausdrücklich berufen. Ihr Vorbringen läßt aber erkennen, daß sie das dahingehende Verhalten des Beklagten zur Abwehr des von ihm erhobenen Schadensersatzanspruchs geltend machen wollte. Sie hat vorgetragen, daß er mit den Formen verwendbare Hauben hätte herstellen können und deswegen nicht berechtigt sei, Forderungen gegen sie zu erheben. Damit hat sie ihrer Substantiierungspflicht genügt. Die rechtliche Beurteilung ist demgegenüber Sache des Gerichts (vgl. Urteil des Senats vom 14. März 1957, VII ZR 268/56; RG JW 1938, 2738, 2740).

c) Das Kammergericht hat sich mit diesem Sachverhalt nicht befaßt. Dessen hätte es nach dem Gesagten bedurft. Die Möglichkeit, daß auf Grund solcher Erwägungen die Schadensersatzpflicht der Klägerin entfällt, ist nämlich nicht schlechthin auszuschließen. Das gilt insbesondere, soweit es sich um den von dem Beklagten beanspruchten Ersatz seines künftigen Schadens handelt; es hätte der Prüfung bedurft, ob bei sachgemäßem Verhalten des Beklagten nunmehr nach 6 bis 7 Jahren noch ein solcher Schaden hätte entstehen können. Dabei werden auch andere Möglichkeiten einer Verwertung der von dem Beklagten gemachten Erfindung in Betracht zu ziehen sein.

Daß auch der entstandene Schaden in vollem Umfange abwendbar gewesen wäre, ist zwar nicht wahrscheinlich; es ist aber nach den Sachumständen nicht ganz unmöglich. Der Senat hält es danach für geboten, das Urteil hinsichtlich dieses Widerklageanspruchs in vollem Umfange aufzuheben, um dem Kammergericht die uneingeschränkte Nachprüfung zu ermöglichen.

Scheffler

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Erbel

Meyer