

Verkündet
am 23. März 1964
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Maschinenfabrik Ed. S c h [REDACTED], H [REDACTED] (We [REDACTED]),
Alleininhaber: Dr. Ing. Elmar Sch [REDACTED], H [REDACTED] (We [REDACTED]),
M [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Gustav B [REDACTED], Fr [REDACTED] (Bu [REDACTED]/
Ö [REDACTED]), Alleininhaber: Diplom-Volkswirt Dr. Gustav B [REDACTED],
Fr [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. März 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
(Westf.) vom 8. Juni 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt horizontale Blockbandsägen her. Bei diesen Sägen werden die Holzstämme auf einem Wagen unter dem Sägeblatt hindurchgeführt, nur an den Kopfenden durch zwei Zapfen gehalten und nach jedem Sägegang ohne weiteren Arbeits- und Zeitaufwand zur Bearbeitung der anderen Seiten des Stammes gedreht. Dagegen muß der Stamm bei den sonst noch gebräuchlichen vertikalen Blockbandsägen seitlich am Wagen durch Klauen festgespannt und nach jedem Sägegang umgespannt werden. Die horizontalen Sägen arbeiten schneller, weil das zeitraubende Umspannen wegfällt.

Am 18. Juni 1959 bestellte die Beklagte eine von der Klägerin herzustellende Blockbandsäge mit dazu passender Drehvorrichtung für Bauholz zum Preise von 34.696 DM. Die bisher von der Klägerin hergestellte horizontale Säge war nur für Stämme bis zu 4 m Länge bestimmt. Die Klägerin sagte die Konstruktion einer horizontalen Säge zu, die auch 8 m lange Stämme schneiden konnte. Sie sollte die gleichen Vorteile wie die bisher von der Klägerin für Stämme von 4 m Länge hergestellten Sägen bieten, also das Umspannen der Stämme entbehrlich machen. Um das Durchbiegen der bis zu 8 m langen Stämme nach unten zu vermeiden, war eine Stützvorrichtung vorgesehen.

Als Lieferzeit ist in der Bestellung angegeben: "innerhalb November 1959 mit Rückstellrecht bis 1960".

Am 9. Juli 1959 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe Bedenken, ob die Drehvorrichtung auch bei längeren Stämmen einwandfrei arbeiten werde. Versuche in ihrem Betrieb hätten gezeigt, daß die Stämme sich nicht nur nach unten durchbiegen, sondern auch nach oben ausweichen könnten, wenn sie nicht festgespannt würden.

- 3 -

An diesen Brief schloß sich ein längerer Schriftwechsel an. Die Beklagte hielt ihre Bedenken aufrecht und schlug vor, daß der Vertrag "storniert" werde. Die Klägerin ging hierauf nicht ein und versicherte der Beklagten mehrfach, die Maschine werde mit einer einwandfrei funktionierenden Wendevorrichtung ausgerüstet werden.

Am 30. September 1959 schrieb die Beklagte, sie sehe sich gezwungen, den Auftrag "endgültig zu stornieren"; sie habe den Auftrag bereits anderweitig vergeben.

Die Klägerin hat die bestellte Säge nicht hergestellt und geliefert. Die Beklagte hat nach ihrer Behauptung eine Vertikalsäge bei einer Schweizer Firma bestellt.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe sich grundlös vom Vertrag gelöst und sei ihr zum Schadensersatz verpflichtet. Ihren "Verdienstaussfall" berechnet sie wie folgt:

1.	10 % Vertreterprovision	3.469,60 DM
2.	9 % Nettogewinn	3.122,64 DM
3.	5 % allgemeine Verwaltungskosten	1.734,80 DM
4.	3 % Ausfuhrvergütung	<u>1.040,88 DM</u>
	insgesamt:	9.367,92 DM

Den ersten Posten begründet sie damit, daß sie diesen Betrag ihrer Handelsvertreterin für Österreich, der Firma R. & F. in W., schulde.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 9.367,92 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte beruft sich darauf, daß die Klägerin eine Drehvorrichtung habe liefern müssen, die den Stamm ohne zusätzliches Einspannen nur an beiden Enden so fasse, daß



er beim Schneiden nicht ausweiche. Sie behauptet, die Konstruktion einer solchen Drehvorrichtung, die auch beim Schneiden langer Stämme einwandfrei arbeite, sei unmöglich. Jedenfalls habe die Klägerin, so meint die Beklagte, nachdem sie ihre Bedenken geltend gemacht habe, konkrete Vorschläge über die konstruktive Lösung machen müssen. Die Beklagte hat schließlich mit einem Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den sie daraus herleitet, daß der Neubau ihres Sägewerks und die Aufstellung der neuen Sägewerksanlage sich infolge des Verhaltens der Klägerin verzögert hätten.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch auf Zahlung von 9.367,92 DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht wendet deutsches Recht an. Ersichtlich ist es der Auffassung, daß die Parteien das Vertragsverhältnis deutschem Recht unterstellen wollten. Zu dieser Auffassung durfte es gelangen, da im Rechtsstreit beide Parteien das Vertragsverhältnis und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten nur an Hand der Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches erörtert haben (vgl. dazu BGHZ 40, 320, 323 f). In der Revisionsverhandlung haben die Parteien zudem ihr Einverständnis mit der Anwendung deutschen Rechts ausdrücklich erklärt.

II.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der von ihm zutreffend als Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache beurteilte Vertrag der Parteien auf eine unmögliche Leistung gerichtet war, wie die Beklagte behauptet, und deshalb nach § 306 BGB nichtig war.

Auch bei Gültigkeit des Vertrags hat die Klägerin nach der Auffassung des Oberlandesgerichts keine Ansprüche gegen die Beklagte.

Es wertet die Erklärung der Beklagten vom 30. September 1959, daß sie den Auftrag endgültig storniere, als Kündigung auf Grund des § 649 S. 1 BGB. Der bei solcher Kündigung grundsätzlich gegebene Vergütungsanspruch (§ 649 S. 2 BGB) steht der Klägerin nach Ansicht des Oberlandesgerichts deshalb nicht zu, weil sie durch ihr Verhalten den Vertragszweck gefährdet habe und aus ihrer eigenen Vertragswidrigkeit nach § 242 BGB keinen Nutzen ziehen dürfe.

Hierzu führt das Oberlandesgericht aus: Die Beklagte habe sachliche und ernst zu nehmende Bedenken vorgetragen, ob die nach dem Vertrag vorgesehene Drehvorrichtung sich überhaupt so herstellen lasse, daß sie auch bei Stämmen bis zu 8 m Länge einwandfrei arbeite. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, die Beklagte "in näherer Weise über die von ihr in Auge gefaßte konstruktive Lösung der aufgetretenen Schwierigkeiten aufzuklären" (S. 9 BU) und "in verständlicher Weise des näheren darzulegen", wie eine die Bedenken der Beklagten ausräumende Konstruktion beschaffen sein würde (S. 10 BU). Die Aufklärungspflicht ergebe sich aus dem durch Vertrag begründeten besonderen Vertrauensverhältnis.

Dieser Pflicht sei die Klägerin nicht nachgekommen. Sie sei zwar auf die von der Beklagten aufgeworfenen Fragen eingegangen, habe ihr aber keine näheren Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt, sondern sie mit allgemeinen Wendungen zu beruhigen versucht. Dies habe die Befürchtung der Beklagten bestärken müssen, daß die Klägerin die bestellte Säge nicht oder nicht rechtzeitig herstellen könne.

Bei dieser Sachlage bestehe, so legt das Berufungsgericht weiter dar, auch kein Schadensersatzanspruch der Klägerin.

III.

Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung rechtfertigt die Abweisung der Klage nicht.

1. Seine Entscheidung würde zutreffen, wenn eine schuldhaft erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks durch die Klägerin vorläge. Dann würde diese in der Tat weder einen Anspruch aus § 649 BGB noch einen Schadensersatzanspruch geltend machen können.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht die Erklärung der Beklagten vom 30. September 1959 mit Recht als Kündigung angesehen hat und ob nicht das freie Kündigungsrecht, wie die Revision geltend macht, durch die Lieferbedingungen ausgeschlossen ist.

Wenn es zutrifft, daß die Klägerin den Vertragszweck durch Verletzung von Aufklärungspflichten schuldhaft erheblich gefährdet hat, würde sie nämlich eine positive Vertragsverletzung begangen haben, welche die Beklagte zum Rücktritt berechtigt hätte, und in dem Schreiben vom

30. September 1959 könnte eine Rücktrittserklärung gefunden werden.

Der Senat ist der Auffassung, daß jedenfalls ein solcher Rücktritt durch die Lieferbedingungen nicht ausgeschlossen ist. Das Revisionsgericht kann diese Bedingungen selbständig auslegen. Es handelt sich um typische Bestimmungen. Sie beanspruchen auch nicht nur für den Bezirk eines Oberlandesgerichts Geltung. Die Gerichtsstandsklausel in Nr. 6 der Lieferbedingungen ändert daran nichts; nach Satz 2 dieser Bestimmung kann der Lieferer nach seiner Wahl an seinem Hauptsitz oder am Hauptsitz des Bestellers klagen.

Die Lieferbedingungen enthalten eine die Rechte des Bestellers einschränkende Regelung ausdrücklich nur für die Ansprüche bei mangelhafter Lieferung und bei Verzug. Hierbei werden namentlich Schadensersatzansprüche ausgeschlossen. Das Recht auf Rücktritt ist bei Verzug des Lieferers mit der Lieferung unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen namentlich das Setzen einer Nachfrist gehört, gegeben (Nr. 3), ebenso bei mangelhafter Leistung unter Umständen das Recht, die Rücknahme des Liefergegenstands zu verlangen (Nr. 1 Abs. 2 Satz 2). Ein Ausschluß des Rücktrittsrechts findet sich wohl in Nr. 4 Satz 2 für die Fälle verspäteter Lieferung; ersichtlich sind hier im Gegensatz zu Nr. 3 die Fälle gemeint, in denen der Besteller nicht entsprechend dieser Vorschrift eine Nachfrist gesetzt hat. Die Nr. 4 betrifft ebenso wie die andern angeführten Klauseln den hier zu beurteilenden Fall der positiven Vertragsverletzung nicht; soweit nach ihnen ein Rücktritt ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist, kann bei der für Freizeichnungsklauseln gebotenen engen Auslegung nicht auf die Unzulässigkeit des Rücktritts wegen positiver Vertragsverletzung geschlossen werden.

2. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus für die Annahme, die Klägerin habe den Vertragszweck derart gefährdet, daß sie aller Ansprüche aus dem Verträge verlustig gegangen wäre.

Hervorzuheben ist, daß dazu, mag es sich um ihre Ansprüche aus § 649 S. 2 BGB oder umgekehrt um die Frage handeln, ob die Beklagte wegen positiver Vertragsverletzung zurücktreten kann, erforderlich wäre, daß die Klägerin eine erhebliche Gefährdung des Vertragszwecks schuldhaft herbeigeführt haben müßte. Nur ein Verstoß der Klägerin von diesem Gewicht und von dieser Art könnte zur Folge haben, daß das Festhalten am Vertrag für die Beklagte unzumutbar gewesen wäre.

Dem Berufungsgericht kann zwar nicht entgegengetreten werden, wenn es feststellt, daß die Beklagte "Bedenken durchaus sachlicher Art", die "ernst zu nehmen" waren, gegen die in Aussicht genommene Konstruktion der Drehvorrichtung bekommen und der Klägerin gegenüber geäußert hat.

Andererseits ist aber die Klägerin im Schriftwechsel auf diese Bedenken eingegangen und hat der Beklagten stets erklärt, daß sie die bestellte Säge vertragsgemäß und rechtzeitig herstellen und liefern werde. Es liegt also weder der Fall vor, daß die Klägerin die Erfüllung verweigert hätte, noch derjenige, daß die Unmöglichkeit vertragsmäßiger und rechtzeitiger Lieferung feststand.

Demgemäß macht das Berufungsgericht der Klägerin auch nur zum Vorwurf, daß sie in ihren Anträgen zu allgemeine Wendungen gebraucht und die Beklagte nicht näher über die ins Auge gefaßte konstruktive Lösung aufgeklärt habe.

Ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin ist damit nicht ausreichend festgestellt

Die Revision verweist mit Recht darauf, daß die Klägerin die Säge frühestens im November 1959 liefern mußte. Wie die Revision weiter zutreffend vorbringt, hatte die Klägerin behauptet und durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß sie am 30. September 1959 - als die Beklagte den Auftrag endgültig "stornierte" - die Drehvorrichtung noch rechtzeitig und vertragsgerecht hätte konstruieren und mit der Blockbandsäge hätte liefern können (S. 13 der Berufungsbegründung). Sie hatte also geltend gemacht, daß sie ihren vertraglichen Verpflichtungen voll und rechtzeitig hätte nachkommen können und nachgekommen wäre, wenn die Beklagte sich nicht vom Vertrage losgesagt hätte. Daß die von der Klägerin versprochene Lieferung der Säge mit der dem Vertrag entsprechenden Vorrichtung möglich gewesen wäre, unterstellt auch das Berufungsgericht.

Waren aber die vertragsgemäße und rechtzeitige Konstruktion und Herstellung der Drehvorrichtung und die Lieferung der Säge an sich möglich und blieb für das alles auch noch genügend Zeit, so konnte die Beklagte die Klägerin nicht zwingen, früher, als es für die richtige und rechtzeitige Vertragserfüllung notwendig war, mit der Konstruktion zu beginnen oder ihr die beabsichtigte Konstruktion näher darzulegen, da deren Einzelheiten nicht von vornherein feststanden, sondern sich auch für die Klägerin erst bei Inangriffnahme der Konstruktionsarbeiten ergaben.

Das Berufungsgericht hätte deshalb aufklären müssen, ob die Behauptungen der Klägerin zutreffen, und den von ihr angebotenen Sachverständigenbeweis erheben müssen.

Wenn die Beweisaufnahme ergibt, daß eine dem Vertrag entsprechende Herstellung und Lieferung der Klägerin auch in der Zeit vom 30. September 1959 bis zum Ablauf der Lieferfrist ohne weiteres möglich war, so steht damit fest, daß der Klägerin keine schuldhaft Verletzung ihrer Vertragspflichten zur Last fällt. Die Beklagte hätte dann noch zuwarten müssen und sich nicht schon am 30. September 1959 vom Vertrag lossagen dürfen. Die Folgen einer verfrühten, nach der objektiven Sachlage nicht begründeten Erklärung des Rücktritts (oder der Kündigung) muß sie dann tragen.

IV.

Demnach ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

Es kann auch nicht teilweise bestätigt werden. Das Berufungsgericht meint zwar, der als Vertreterprovision beanspruchte Betrag von 3.469,60 DM stehe der Klägerin auch deshalb nicht zu, weil die für die Klägerin tätig gewordene Handelsvertreterin, die Firma Riemer & Fegerl, ihrerseits noch keinen Provisionsanspruch gegen die Klägerin erworben habe; nach § 3 Abs. 3 ihres Handelsvertretervertrags erwerbe sie einen Provisionsanspruch erst nach Eingang der Barzahlung.

Diese Begründung ist nicht folgerichtig, wenn der eingeklagte Anspruch, wie es das Berufungsgericht in erster Linie tut, nach § 649 BGB beurteilt wird. Nach Satz 2 dieser Vorschrift kann der Besteller die vereinbarte Vergütung verlangen; er muß sich nur gewisse Ersparnisse anrechnen lassen; ein Abzug der dem Handelsvertreter gebührenden Provision kommt hiernach nicht in Betracht.

Auch wenn der eingeklagte Anspruch als Schadensersatzanspruch angesehen wird, ist die Abweisung der Klage, soweit es sich um die Vertreterprovision handelt, nicht gerechtfertigt.

An der grundsätzlichen Verpflichtung der Klägerin, ihrem Handelsvertreter Provision auch dann zu zahlen, wenn sich die Beklagte, ehe die Klägerin geliefert hat, vom Vertrag losgesagt hat und die Klägerin deshalb von ihr Schadensersatz beansprucht und erhält, ist nicht zu zweifeln (vgl. BGH Betrieb 1957, 185; BGH BB 1961, 147); die Verpflichtung ist nach deutschem Recht zu beurteilen, wie sich aus der mit dem Handelsvertretervertrag verbundenen Schiedsgerichtsvereinbarung ergibt. Der der Klägerin entstandene Schaden umfaßt auch diese ihr der Handelsvertreterin gegenüber obliegende Verpflichtung. Zu erwägen bliebe nur, ob die Klägerin im Rechtsstreit nicht statt Zahlung Freistellung von dieser Verpflichtung hätte beanspruchen müssen.

Da noch tatsächliche Feststellungen zu treffen sind (vgl. oben unter III 2), ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann	Bundesrichter Dr. Heimann-Trosion hat seinen Urlaub angetreten und kann deshalb nicht unterschreiben. Glanzmann	Erbel
-----------	--	-------

Meyer

Dr. Messner