

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 187/64

URTEIL

Verkündet am
3. November 1966
Horn
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Elisabeth B [REDACTED], Strickwarenfabrik,
alleinige Inhaberin Frau Elisabeth B [REDACTED] geb. K [REDACTED],
Be [REDACTED] (C [REDACTED]), W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hermann D [REDACTED], Strumpf- und
Strang-Färberei, alleiniger Inhaber Kaufmann Erhard
D [REDACTED], Be [REDACTED] (C [REDACTED]), G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 30. April 1964 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Oktober 1961 beauftragte die Beklagte die Klägerin, einen Posten Strickgarn einzufärben. Die Klägerin übernahm den Auftrag unter der Bedingung, daß sich die Beklagte verpflichte, ab 1. Januar 1962 monatlich 4 Tonnen Strickgarn einfärben zu lassen. Dies wurde der Klägerin durch ein Schreiben der Beklagten vom 15. November 1961 zugesichert und bestätigt.

Im November und Dezember 1961 wurde ein größerer Posten Strickgarn eingefärbt und von der Beklagten der Werklohn auch bezahlt. Im Januar 1962 gab die Beklagte noch 50 kg Strickgarn zum Einfärben; weitere Aufträge hat sie nicht mehr erteilt.

- 3 -

Die Klägerin hat vorgetragen, daß ihr durch das Ausbleiben der versprochenen Aufträge in den Monaten Januar bis Mai 1962 ein Reinverdienst von 19 550,-- DM entgangen sei, den sie als Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Vertrags verlangen könne.

Hiervon hat sie mit der Klage einen Teilbetrag von 10 000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. April 1962 geltend gemacht.

Die Beklagte hat erwidert, daß die in Auftrag gegebenen Strickgarne zum erheblichen Teil mangelhaft eingefärbt worden seien. Das sei bei der Klägerin auch mehrere Male telefonisch beanstandet worden. Sie sei deshalb berechtigt gewesen, den Werkvertrag zu kündigen. Die Kündigung sei in der Nichterteilung weiterer Aufträge zu erblicken.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Kammergericht hat ihr - bis auf die Abweisung des Zinsanspruchs bis zum 18. Juli 1962 - stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Es ist in diesem Rechtszug unstreitig, daß der Vertrag der Parteien mit dem eingangs des Tatbestandes wiedergegebenen Inhalt rechtsgültig zustandegekommen ist.

2. Das Landgericht hatte für erwiesen erachtet, daß die Klägerin in erheblichem Umfang mangelhaft geleistet und die Beklagte das wiederholt beanstandet hat.



Das Berufungsgericht hat eigene Feststellungen hierzu nicht getroffen. Es unterstellt jedoch die Mängel und ein hieraus herzuleitendes Recht der Beklagten, den Sukzessiv-Werkvertrag fristlos zu kündigen. Gleichwohl verurteilt es die Beklagte, weil sie tatsächlich nicht gekündigt habe. Auch ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten verneint es, weil sie von der Klägerin weder Nachbesserung der mangelhaften Leistungen, noch Wandelung oder Minderung verlangt habe. Seine Entscheidung stützt das Berufungsgericht auf § 642 BGB.

3. Die Anwendung dieser Vorschrift begegnet rechtlichen Bedenken. Die in § 642 BGB vorgesehene "angemessene Entschädigung" wird dem Unternehmer neben seinem Werklohnanspruch dafür zugebilligt, daß er während eines Gläubigerverzugs des Bestellers Arbeitskraft und Kapital ertraglos bereithalten mußte (RGZ 100, 47). Darum geht es hier nicht. Die Klägerin verlangt vielmehr Ersatz ihres entgangenen Gewinns, weil die Beklagte trotz Nachfristsetzung (Schreiben vom 30. April 1962) den Vertrag grundlos nicht erfüllt habe. Sie fordert also Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages nach § 326 BGB oder nach den Regeln über die positive Vertragsverletzung (BGHZ 11, 80, 83 ff).

4. Soweit das Berufungsgericht eine Kündigung der Beklagten verneint, ist ihm beizutreten. Es mag sein, daß eine Kündigung unter besonderen Umständen auch einmal stillschweigend oder durch konkludentes Handeln erklärt werden kann. Dann muß das Verhalten der kündigenden Partei aber ganz eindeutig sein. Daran fehlte es hier, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler dargelegt hat.

5. Dagegen ist ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten bisher nicht fehlerfrei verneint worden. Zwar hat sie gegen die Klägerin weder Nachbesserungs- noch sonstige Mängelansprüche erhoben, ihr die mangelhafte Ware auch nicht zur Verfügung gestellt. Davon kann es aber nicht abhängen, ob die Beklagte mit der weiteren Erfüllung des Sukzessiv-Werkvertrags zurückhalten durfte. Sie konnte verständliche Gründe haben, auch mangelhafte Ware zu behalten und zu verarbeiten. Ebenso war sie auch nicht genötigt, sich vom Vertrag zu lösen.

Hat, wovon das Revisionsgericht infolge der Unterstellung des Berufungsgerichts auszugehen hat, die Klägerin in erheblichem Umfang mangelhaft geleistet, so war die Beklagte berechtigt, ihre weitere Mitwirkung bei der Abwicklung des Vertrags davon abhängig zu machen, daß die Klägerin ihr eine gewisse Gewähr dafür bot, daß die Mängel sich nicht wiederholten. Dazu gehörte zum mindesten, daß die Klägerin sich zu den bisherigen Mängeln bekannte und für die Zukunft bessere Leistung zusagte. Freilich mußte die Beklagte ein entsprechendes Verlangen zum Ausdruck bringen. Es hätte indes geprüft werden müssen, ob sie dies nicht durch ihre wiederholten Mängelrügen, zusammen mit dem Unterlassen weiterer Aufträge, hinreichend deutlich getan hat. Auch das Telefongespräch von Anfang Mai 1962, in dem die Buchhalterin H. [REDACTED] im Auftrag der Beklagten auf das Anwaltsschreiben der Klägerin vom 30. April 1962 eingegangen ist, hätte unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden müssen. Solange die Klägerin der Beklagten die geforderte Gewähr nicht bot, war dieser nicht zuzumuten, neue Ware zum Färben anzuliefern (§§ 242, 273 BGB).

Hiernach wird das Berufungsgericht die Sache weiter aufzuklären haben.

6. Das angefochtene Urteil ist deshalb im Umfang der Verurteilung der Beklagten aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Finke