

Verkündet
am 29. Januar 1962
[REDACTED],
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2225 006

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

In dem Rechtsstreit

der Firma R [REDACTED] & Co. KG., Metallwarenfabrik, W [REDACTED],
M [REDACTED] platz,

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschluß-
berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die Firma Metallhaus Franz D [REDACTED] KG., MU [REDACTED],
I [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschluß-
berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1962 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel,
Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom
23. Juni 1960 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt seit März 1955 auf Grund laufender Aufträge für die Beklagte Metalldrehteile her. Das erforderliche Rohmaterial lieferte im wesentlichen die Beklagte.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 1955 widerrief die Beklagte die damals noch nicht erledigten Aufträge. Die Klägerin erklärte sich mit Schreiben vom 17. Dezember 1955 und mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 20. Dezember 1955 damit einverstanden, verlangte jedoch von der Beklagten Ersatz der ihr entstandenen Unkosten.

Die Klägerin hat ihr Guthaben bei der Beklagten abzüglich geleisteter Zahlungen und von ihr anerkannter Gegenforderungen der Beklagten zunächst mit 3.414,24 DM beziffert. Sie hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat mit einigen kleineren Gegenposten sowie mit einer Forderung für geliefertes Material in Höhe von 5.035,67 DM aufgerechnet.

Von dieser Forderung hat die Klägerin nur einen Teil anerkannt. Sie ist der Auffassung, sie brauche das Material nur insoweit voll zu bezahlen, als sie es tatsächlich verwendet habe, während sie für die Späne nur den Schrottpreis gutzuschreiben habe.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Betrag von 11,20 DM stattgegeben.

Dieses Urteil hat die Beklagte mit der Berufung angefochten. Die Klägerin hat Anschlußberufung eingelegt mit dem zuletzt gestellten Antrag, die Beklagte zur Zahlung weiterer 4.019,66 DM nebst Zinsen zu verurteilen (Schriftsatz vom 13. November 1959). Diesen Betrag verlangt sie als Ersatz der Kosten, die ihr durch den Widerruf der Aufträge entstanden seien, sowie als entgangenen Gewinn.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts abgeändert, diese zur Zahlung von nur noch 894,52 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Die Anschlußberufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 4.019,66 DM nebst Zinsen entsprechend dem mit der Anschlußberufung zuletzt gestellten Antrag.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht geht von einer - in der Revisionsinstanz nicht mehr streitigen - Gesamtforderung der Klägerin in Höhe von 9.159,66 DM aus. Hiervon bringt es zu Gunsten der Beklagten folgende Beträge in Abzug:



Kaufpreis für geliefertes Material	5.035,67 DM
Zahlungen der Beklagten (unbestritten)	2.977,47 DM
Schadensersatz für nachgebesserte Verschraubungen	52,-- DM
Schadensersatz für mangelhaft angefertigte Druckknöpfe	<u>200,-- DM</u>
	8.265,14 DM

) und kommt damit zu einem Restguthaben der Klägerin von 894,52 DM.

Die Anschlußberufung der Klägerin hält es für unbegründet, weil die damit geltend gemachte Schadensersatzforderung verwirkt sei.

II.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Revision einige weitere von dem Berufungsgericht aberkannte Ansprüche sowie ihren mit der Anschlußberufung geltend gemachten Schadensersatzanspruch von 4.019,66 DM. Ferner wendet sie sich gegen die der Beklagten zuerkannten Ansprüche von 5.035,67 DM (teilweise), 52 und 200 DM.

Die Revision ist im wesentlichen begründet.

1) Forderung der Klägerin:

- a) Rückgabe eines Gewindebohrers: 147,53 DM
Transportkosten 11,20 DM.

Diese Posten stehen in der Revisionsinstanz nicht mehr im Streit.

b) Erhöhte Transportkosten: 192,-- DM

Auch wenn unterstellt wird, daß der Klägerin durch Lieferung mit Personenwagen, Boten oder als Expressgut Unkosten in der von ihr behaupteten Höhe entstanden sind und daß die Klägerin diese Kosten deshalb aufgewendet hat, weil die Beklagte sofortige Lieferung mit Zeitangabe verlangt hat, vermag das für sich allein noch nicht einen Ersatzanspruch der Klägerin zu rechtfertigen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hätte es zur Begründung eines solchen Anspruchs einer besonderen Vereinbarung oder wenigstens eines Hinweises durch die Klägerin bedurft, daß sie die mit Mehrkosten verbundenen beschleunigten Lieferungen nur durchführen werde, wenn die Beklagte diese Mehrkosten übernehme. Das hat die Klägerin selbst nicht behauptet.

c) Schadensersatzansprüche 4.019,66 DM

aa) Die Klägerin begründet den Anspruch damit, daß ihr durch den Widerruf der Aufträge ein Schaden entstanden sei, weil sie bereits Muster angefertigt und die Maschinen für die Herstellung eingestellt gehabt habe; außerdem macht sie den aus diesen Aufträgen entgangenen Gewinn geltend.

Sie hatte sich diese Ansprüche bereits in ihrem Schreiben vom 17. Dezember 1955, jedenfalls aber in dem Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 20. Dezember 1955 vorbehalten. In der darauffolgenden Klage hat sie die Ansprüche (bis auf 3 kleinere Teilbeträge von insgesamt 501,-- DM) nicht geltend gemacht, sondern ist damit erst mit ihrer Anschlußberufung hervorgetreten.

bb) Das Berufungsgericht hält diese Ansprüche ohne weitere sachliche Nachprüfung für unbegründet, weil sie verwirkt seien; denn die Klägerin setze sich durch diese außergewöhnliche Erweiterung ihrer Ansprüche nach mehr als 3 Jahren "in einen so krassen und allen kaufmännischen Gewohnheiten ins Gesicht schlagenden Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten, daß die Geltendmachung der erweiterten und dann noch nicht einmal im einzelnen spezifizierten und begründeten Ansprüche mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) schlechthin unvereinbar ist" (Berufungsurteil S. 15).

cc) Mit Recht wird das von der Klägerin beanstandet.

Es ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht erfindlich, inwiefern die Klägerin dadurch, daß sie diesen Anspruch erst später geltend gemacht hat, gegen Treu und Glauben verstoßen haben sollte. Es muß einer Partei grundsätzlich freigestellt sein, bei Erhebung der Klage nur einen Teil ihrer Ansprüche geltend zu machen. Sie ist in der Regel dann auch nicht gehalten, sich schon bei Klageerhebung oder im Verlauf der ersten Instanz ihre weiteren Ansprüche ausdrücklich vorzubehalten; das gilt umso mehr, wenn sie wie hier bereits vor der Einreichung der Klage auf das Bestehen solcher Ansprüche hingewiesen hat.

Die Klägerin hat sich durch die späte Geltendmachung des Anspruchs auch nicht in Widerspruch zu ihrem bisherigen Verhalten gesetzt (*venire contra factum proprium*). Nachdem sie sich im Dezember 1955 ihre Ansprüche jedenfalls vorbehalten hat, durfte die Beklagte daraus, daß die Klägerin sie in der ersten Instanz nicht eingeklagt oder auf sie im Prozeß erneut hingewiesen hat, noch nicht entnehmen, die Klägerin habe von der Erhebung dieser Ansprüche endgültig absehen wollen.

Es ist auch nicht richtig, daß die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, ihren mit der Anschlußberufung geltend gemachten Anspruch nicht näher begründet hat. Ihr Schriftsatz vom 3. April 1959, in welchem der Anspruch in 14 genau bezifferten Einzelposten aufgegliedert und begründet worden ist, beweist das Gegenteil. Der spätere Wegfall des ersten Postens und einige unbedeutende Zahlenkorrekturen ändern daran nichts.

Das Berufungsgericht setzt sich mit seiner Entscheidung übrigens in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten, indem es sich vorher mit diesem Anspruch eingehend sachlich befaßt hat.

Das angefochtene Urteil kann daher, soweit die Anschlußberufung der Klägerin ohne sachliche Prüfung zurückgewiesen worden ist, mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung (Verwirkung und venire contra factum proprium) nicht aufrechterhalten werden; der Anspruch wird vielmehr sachlich zu prüfen sein.

d) Herstellung von Ausfallmustern für Wellen: 220 DM

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Klägerin hierfür von der Beklagten keinen Ersatz verlangen könne, weil es bis zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien zu einem Auftrag nicht mehr gekommen sei. Das Risiko für Aufwendungen, die in Erwartung eines Auftrags gemacht würden, trage der Fabrikant; er könne deshalb für diese Aufwendungen keine Vergütung verlangen.

Die Klägerin rügt hierzu, das Berufungsgericht habe ihren Vortrag nicht berücksichtigt, daß die Beklagte die

Muster in Auftrag gegeben und einen Auftrag in Aussicht gestellt habe (Schriftsatz vom 12. Oktober 1959 S. 5, in Verbindung mit den Schreiben der Beklagten vom 23. September 1955 und 5. Oktober 1955).

Die Rüge ist nicht begründet. Nach den insoweit unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist der in Aussicht gestellte Fertigungsauftrag nicht zustande gekommen. Die Beklagte hat zwar in ihrem Schreiben vom 23. September 1955 einen solchen angekündigt. Seine Erteilung hing aber von dem Ausfall der Muster ab und es stand daher der Beklagten frei, je nach Ausfall des Musters von einer Erteilung des Auftrags abzusehen. Ob die Beklagte, wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 12. Oktober 1959 behauptet, am 6. Oktober 1955 den Auftrag für Januar 1956 versprochen hat und ob die Klägerin daraus etwa Ansprüche wegen entgangenen Gewinns herleiten könnte, kann dahingestellt bleiben. Denn damals waren die Muster bereits fertiggestellt; die von der Klägerin behaupteten Aufwendungen waren also nicht im Vertrauen auf das angeblich am 6. Oktober 1955 abgegebene Versprechen der Beklagten gemacht worden.

Wenn die Klägerin unter Hinweis auf § 354 HGB meint, die Beklagte habe nicht erwarten können, daß sie die Muster umsonst erhalte, so geht das fehl. Die Bitte, Muster anzufertigen und einzuschicken, ist nur die Aufforderung, ein bemustertes Angebot zu machen. Die Kosten eines solchen Angebots trägt im Zweifel der Anbietende. Daß eine Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen worden sei, die Muster müßten auf jeden Fall bezahlt werden, ist von der Klägerin nicht behauptet worden.

2) Die Gegenansprüche der Beklagten:

a) Kaufpreis für geliefertes Material: 5.035,67 DM

Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, es sei zwischen den Parteien vereinbart worden, daß die Klägerin das zur Ausführung der Aufträge benötigte und von der Beklagten gelieferte Material jeweils fest kaufe; sie müsse es deshalb auch ohne Rücksicht auf den Widerruf der noch laufenden Aufträge voll bezahlen.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Klägerin sind begründet.

Mit Recht weist die Klägerin darauf hin, daß eine bestimmte Abrechnung im laufenden Geschäftsverkehr noch nichts für die Art der Abrechnung nach dem Abbruch der Geschäftsbeziehung besage. Die Lieferung des Materials erfolgte, wie das auch die Beklagte nicht bestreitet, nur zwecks Ausführung der erteilten Fertigungsaufträge. Daraus folgt aber, daß deren Widerruf auch die Auflösung der damit zusammenhängenden Kaufverträge zur Folge haben müßte, so daß sich auch für die Kaufverträge die weitere Abrechnung nicht mehr nach der ursprünglichen Vereinbarung richtete, sondern nach der durch die Aufhebung der geschäftlichen Beziehungen geschaffenen neuen Lage. Das muß umso mehr gelten, wenn, wie die Klägerin behauptet, das Material zum Teil schon für die Bearbeitung entsprechend den erteilten Aufträgen zugeschnitten war, so daß es für andere Zwecke nicht oder nur schwer verwendbar war. Hiermit hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt.

Das Urteil kann deshalb insoweit mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Der Gegenanspruch der Beklagten ist vielmehr unter den angegebenen Gesichtspunkten zu prüfen.

b) Schadensersatz für Nachbesserung von Verschraubungen 52 DM

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin der Beklagten 400 ihr zur Nachbesserung übersandte Verschraubungen unbearbeitet zurückgegeben hat. Darin sei eine Verweigerung der Nachbesserung zu sehen, die die Klägerin zum Schadensersatz verpflichtete.

Die Rüge der Klägerin, das Berufungsgericht habe hierzu die Angaben des Zeugen H. in der Beweisaufnahme vom 13. März 1959 nicht berücksichtigt, wonach er für die Beklagte die Herausgabe der Verschraubungen verlangt habe, geht fehl. Eine solche Erklärung hat der Zeuge nicht abgegeben; er hat vielmehr nur von einer Vereinbarung gesprochen, wonach die Verschraubungen der Klägerin zur Nachbesserung zurückgegeben werden sollten.

Dagegen vermißt die Klägerin mit Recht eine Feststellung des Berufungsgerichts, daß ein Nachbesserungsanspruch der Beklagten überhaupt bestanden hat. Die Klägerin hatte das ausdrücklich bestritten (vgl. auch ihr Schreiben vom 17. Dezember 1955). Das Berufungsgericht hätte sich damit auseinandersetzen müssen.

Auch insoweit ist deshalb das Urteil aufzuheben.

c) Schadensersatz wegen Lieferung mangelhafter Druckknöpfe 200 DM.

Den Gründen des Berufungsurteils ist - entgegen der Meinung der Klägerin - die Feststellung zu entnehmen, daß die Klägerin mangelhafte Druckknöpfe geliefert hat und der Beklagten dadurch ein Schaden von 200 DM entstanden ist.

Einer Fristsetzung zur Nachbesserung bedurfte es in diesem Falle nicht, da nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Abnehmerin der Beklagten mit Rücksicht darauf, daß ein so erheblicher Teil der Knöpfe Ausschußware war, vom Auftrag zurückgetreten ist. Eine Nachbesserung hatte also für die Beklagte keinen Wert mehr (§ 634 Abs. 2 BGB).

Die Revision der Klägerin ist daher insoweit nicht begründet.

III.

Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und insoweit, als zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist, aufzuheben. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Meyer Finke