

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 212/63

URTEIL

Verkündet am

28. Oktober 1965
Horn, Justizober-
sekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Karl H [REDACTED], Inhaber Kaufmann Karl
H [REDACTED], S [REDACTED]-W [REDACTED], Wi [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Ernst B [REDACTED] & Co. in Ha [REDACTED],
E [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch die persönlich
haftenden Gesellschafter Ingenieur Ernst B [REDACTED], Ha [REDACTED],
E [REDACTED] Straße [REDACTED], und Herbert K [REDACTED], Ha [REDACTED],
Br [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 12. Juli 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 18. Oktober 1957 bestellte die Beklagte bei der Klägerin je 50.000 Stück Syphonköpfe und Kapselhalter, herzustellen im sogenannten Leichtmetall-Druckgußverfahren. Die erforderlichen Formen waren von der Klägerin nach einer Zeichnung der Beklagten herzustellen. In ihrem Bestellschreiben erbat die Beklagte die Übersendung der Ausfallmuster für Januar 1958, da sie bis zu der im April beginnenden Hauptsaison mindestens 10.000 Köpfe in Vorrat haben müsse; in ihrem Schreiben nahm sie auf ein Angebot der Klägerin vom 11. Oktober 1957 Bezug, in dem es heißt: "Formkosten entstehen keine". In ihrer Auftragsbestätigung vom 24. Oktober 1957 sagte die Klägerin die Lieferung der Ausfallmuster für Anfang Januar 1958 zu.

In der Folgezeit stellte die Klägerin fünfmal Muster her und legte sie der Beklagten vor, erstmals am 15. Januar 1958 und letztmals am 9. April 1958. Über die Muster ver-

handelten die Parteien mündlich und schriftlich; die Beklagte brachte verschiedene Beanstandungen vor.

Als die Klägerin nach der Vorlage des 5. Musters nichts mehr von der Beklagten gehört hatte, besprach sich ihr Ingenieur Sc[REDACTED] mit dem Betriebsingenieur A[REDACTED] der Beklagten; dieser brachte zum Ausdruck, daß wegen Termins überschreitung die bestellten Teile für diese Saison nicht mehr von der Beklagten gebraucht würden.

Daraufhin übersandte die Klägerin der Beklagten zwei Rechnungen vom 22. April und 27. Mai 1958 für die Herstellung der Druckgussformen über zusammen 7.190.-- DM.

Die Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen beansprucht die Klägerin mit der Klage. Sie behauptet, das von ihr vorgelegte fünfte Muster entspreche allen von der Beklagten geäußerten Wünschen, und meint, die Beklagte müsse, da sie die Abnahme der bestellten Teile grundlos verweigert habe, ihr die entstandenen Formkosten bezahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, auch das 5. Muster habe noch erhebliche Mängel gehabt und sie sei mit Recht vom Vertrag zurückgetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den eingeklagten Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte, die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht führt aus, die Beklagte sei vom Vertrag zurückgetreten, habe aber kein Recht zum Rücktritt gehabt. In dem grundlosen Rücktritt liege eine positive Vertragsverletzung, die die Beklagte zum Schadensersatz verpflichte. Angesichts der Abnahmeweigerung der Beklagten habe die Klägerin keine Frist zur Abnahme mehr zu setzen brauchen. Die von den Parteien getroffene Vereinbarung "Formkosten entstehen keine" stehe dem Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht im Wege; diese Abrede habe nur bei Durchführung des Vertrags gelten sollen.

II.

Die Revision greift die Feststellung des Berufungsgerichts an, daß die Beklagte vom Vertrag zurückgetreten sei. Der Klägerin sei nur erklärt worden, die bestellten Teile würden für diese Saison nicht mehr benötigt. Damit habe sich die Beklagte noch nicht endgültig vom Vertrag losgesagt, sondern nur den Wunsch geäußert, daß die Lieferung und Abnahme hinausgeschoben werden sollten.

Mit dieser Verteidigung kann die Beklagte das angefochtene Urteil nicht zu Fall bringen.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung ohne Fristsetzung besteht allerdings nur, wenn die Beklagte die Erfüllung des Vertrags ernstlich und endgültig verweigert hat. Diese Voraussetzung dürfte aber das Berufungsgericht nach dem Vortrag beider Parteien und

nach dem Inhalt des vorgelegten Schriftwechsels für gegeben halten.

Im ersten Rechtszug hat die Beklagte selbst wiederholt vorgetragen, sie habe sich - nach ihrer Ansicht zu Recht - vom Vertrag gelöst und sei zurückgetreten (Schriftsätze vom 4. November 1958 S. 3 f, vom 25. November 1958 S. 3, vom 21. Mai 1959 S. 3, vom 28. Dezember 1959 S. 3). Damit hat sie nicht nur eine rechtliche Beurteilung abgegeben, sondern auch die Tatsache zugestanden, daß sie sich geweigert hat, die bestellten Teile abzunehmen und den Vertrag durchzuführen. An dieses Geständnis ist sie gebunden (§§ 288, 290 ZPO).

Schon deshalb hilft es ihr nichts, daß sie im Berufungsverfahren teilweise eine abweichende Darstellung gegeben hat. Zwar läßt ihr letzter Schriftsatz vom 27. Januar 1961 nicht erkennen, daß sie die Erklärung des Rücktritts bestreiten wolle. Andererseits hat sie aber im Schriftsatz vom 10. November 1959 vorgetragen, sie hätte ohne weiteres sofort vom Vertrag zurücktreten können, habe jedoch der Klägerin nochmals eine Chance geben wollen, innerhalb eines halben Jahres die den Mustern anhaftenden Mängel zu beseitigen. Dieser Vortrag kann dahin verstanden werden, daß sie sich noch nicht endgültig vom Vertrage losgesagt habe. Demgemäß rügt denn auch die Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß über eine Fortsetzung des Vertrags gesprochen worden sei.

Dieses Gespräch steht aber, wie namentlich der Schriftwechsel zeigt, der Feststellung des Berufungsgerichts nicht entgegen, daß die Beklagte die Erfüllung des Vertrags, so wie ihn die Parteien geschlossen hatten, ernstlich verweigert hat. Nach dem Inhalt des Vertrags sollten die bestellten Teile innerhalb eines Jahres abgerufen werden. Das zu tun, hat sich

die Beklagte geweigert. Das geht deutlich aus ihren Schreiben vom 28. April und 10. Juni 1958 hervor. In dem ersten dieser Schreiben bleibt die Beklagte nicht etwa beim Vertrag stehen, sondern erklärt sich nur eventuell bereit, sich im Herbst über eine zukünftige Geschäftsverbindung zu unterhalten. Im Schreiben vom 10. Juni 1958 äußert sie, der Auftrag sei storniert worden, sie sei bereit, über eine Auftragserneuerung zu verhandeln.

Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler in dem Verhalten der Beklagten eine ernstliche und endgültige Erfüllungsweigerung sehen, welche für die Klägerin das Festhalten am Vertrag unzumutbar machte und sie berechnigte, ohne Fristsetzung Schadensersatz zu verlangen.

III.

Das Berufungsgericht legt ausführlich dar, daß die Beklagte weder wegen angeblicher Mängel der Muster noch wegen Überschreitung der Frist für deren Vorlage berechnigt war, vom Vertrag zurückzutreten. Diese Ausführungen lassen keine Verletzung sachlichen Rechts erkennen.

Die Revision geht auf sie nicht ein, Sie rügt nur, das Berufungsgericht habe keinen Sachverständigen über die Behauptung gehört, daß die Klägerin selbst bei fristgerechter Lieferung eines einwandfreien Musters doch bei der geringen Größe ihres Betriebs nicht in der Lage gewesen sei, die Lieferungsverpflichtung rechtzeitig zu erfüllen.

Auf diese Behauptung brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen.

Sie ist unsubstantiiert. Der bloße Hinweis, daß die Klägerin einen kleinen Betrieb habe, besagt noch nichts über dessen Leistungsfähigkeit. Näherer Angaben, warum die Klägerin zur Leistung nicht imstande gewesen sein soll, hätte es um so mehr bedurft, als diese vorgetragen hat, sie habe in einer Schicht 500 - 700 Stück Syphonköpfe täglich gießen und notfalls in 3 Schichten arbeiten können.

Die Behauptung ist auch nicht einmal schlüssig. Wenn die Klägerin infolge des Umfangs ihres Betriebs Schwierigkeiten gehabt hätte, rechtzeitig genügend viele Syphonköpfe herzustellen, so hätte sie sich der Mithilfe eines anderen Unternehmers bedienen dürfen.

IV.

Als Schadensersatz verlangt die Klägerin die durch die Herstellung der Formen entstandenen Kosten. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Vertragsklausel "Formkosten entstehen keine" den Schadensersatzanspruch nicht berühre, weil diese nur bei Durchführung des Vertrags habe gelten sollen, beruht auf tatrichterlicher, das Revisionsgericht bindender und von der Revision nicht angegriffener Vertragsauslegung.

V.

Über das von der Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht brauchte das Berufungsgericht im Grundurteil nicht zu entscheiden (RGZ 123, 7 f).

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke