

7

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2087. 040

URTEIL

VII ZR 238/63

Verkündet am

22. April 1965
Pohl,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P[REDACTED]-Kleidung Walter G [REDACTED],
Wa[REDACTED]/Obb.,

Klägerin, Widerbeklagter, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Anton O [REDACTED], Inhaber der
Firma Anton O [REDACTED], Sportkleidung, M [REDACTED],
T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 11. Juli 1963 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin fertigte in den Jahren 1959 bis 1961 für den Beklagten in Lohnarbeit Hosen aus von ihm zugeschnittenen Stoffen.

Am 14. September 1961 schrieb sie dem Beklagten, es sei ihr "beim besten Willen nicht mehr möglich, das bisherige Hosenband weiterlaufen zu lassen", besonders weil sie wegen der veränderten Situation in B[REDACTED] für ihren B[REDACTED] Betrieb "Kapazität freistellen" müsse. Sie könne daher leider nicht mehr mit ihm zusammenarbeiten, da sie nach Auflösen des Hosenbandes endgültig keine Hosen mehr herstelle.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung noch offener Rechnungsbeträge in Höhe von 17.788,02 DM.

Der Beklagte bestreitet die Klageforderung nicht, leitet aber eine Schadensersatzforderung daraus her, daß die Klägerin die für die Monate September bis Dezember 1961 fest zugesagte Fertigung von etwa 7.000 Hosen nicht mehr ausgeführt habe. Er - der Beklagte - müsse seinen Lieferanten, denen er die bestellten Stoffe nicht habe abnehmen können, Schadensersatz in Höhe von 22.351 DM leisten; ferner sei ihm ein Gewinn von 25.200 DM entgangen, den er aus dem Verkauf der Hosen erzielt haben würde.

Der Beklagte hat mit dieser Schadensersatzforderung gegen den Klageanspruch aufgerechnet und den dadurch nicht verbrauchten Teil in Höhe von 20.000 DM mit Widerklage geltend gemacht.

Das Landgericht hat durch Teil- und Zwischenurteil den mit der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Antrag auf Abweisung des Widerklageanspruchs weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin habe im Mai/Juni 1961, insbesondere durch Schreiben vom 13. Juni 1961 dem Beklagten verbindlich die Fertigung von etwa 7.000 Hosen in der Zeit von September bis Dezember 1961 zugesagt. Der Zahlungsrückstand des Beklagten



habe die Einstellung der Tätigkeit der Klägerin nicht gerechtfertigt, insbesondere nachdem sie bisher die Zahlungsweise des Beklagten - zwei bis drei Monate nach Fälligkeit - hingenommen und ferner dem Beklagten keine Nachfrist gesetzt habe. Die Klägerin könne sich auch nicht auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. Sie habe aus Gründen, die in ihrem Betriebsrisiko gelegen hätten und von ihr zu vertreten seien, die ihr dem Beklagten gegenüber obliegenden Werkleistungen eingestellt und sei daher verpflichtet, diesem den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

2.) Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die Revision hat sie nur noch insoweit angegriffen, als sie beanstandet, der Beklagte habe der Klägerin nach Empfang ihres Schreibens vom 14. September 1961 keine Nachfrist gemäß den Vorschriften des § 326 BGB gesetzt, das Berufungsgericht habe nicht dargelegt, daß das entbehrlich gewesen sei.

Die Rüge ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, die Klägerin habe sich in dem vorbezeichneten Schreiben ernstlich und endgültig geweigert, weiter für den Beklagten zu arbeiten. Diese Annahme wird durch den Wortlaut des Briefes gerechtfertigt, in dem die Klägerin u.a. bemerkt, es sei ihr beim besten Willen nicht mehr möglich, das Hosenband weiter laufen zu lassen, es bleibe ihr gar nichts anderes übrig, als dieses sofort aufzulösen, sie werde endgültig keine Hosen mehr herstellen.

Das Schreiben der Klägerin enthält hiernach keine Anhaltspunkte für die Annahme, sie wäre doch noch zu Erörterungen über eine Fortsetzung der Lohnarbeit für den Beklagten bereit gewesen. Der Beklagte konnte es unter diesen Umständen für aussichtslos halten, die Klägerin noch umzustimmen. Die Setzung einer Nachfrist wäre daher zwecklos gewesen und hätte nur eine leere und überflüssige Form dargestellt. Das Berufungsgericht konnte sie deshalb ohne Rechtsirrtum für entbehrlich halten (vgl. dazu BGHZ 2, 310, 312; LM Nr. 2 zu § 326 (Dc) BGB; Urteil des erkennenden Senats vom 11. Januar 1962 - VII ZR 178/60 -).

3.) Die Revision meint ferner, nach der Feststellung des Berufungsgerichts habe der Beklagte seine Schadensersatzforderung erst im Oktober 1961 geltend gemacht, es wäre zu prüfen gewesen, ob hierdurch das Vertragsverhältnis der Parteien nicht im gegenseitigen Einvernehmen aufgehoben worden sei, die Klägerin jedenfalls das Schweigen des Beklagten so habe auffassen können.

Damit kann die Revision schon deshalb nicht gehört werden, weil es sich um ein in der Revisionsinstanz unzulässiges neues Vorbringen handelt. Die Klägerin hat zwar im Verlauf des Rechtsstreits mehrfach darauf hingewiesen, der Beklagte habe den Schadensersatzanspruch erst im Oktober 1961 erhoben. Sie wollte damit dartun, der Beklagte habe sie selbst nicht für verpflichtet gehalten, weiter für ihn zu arbeiten, er habe durch sein Schweigen ferner seine Verpflichtungen gemäß § 254 Abs. 2 BGB verletzt. Dagegen hat die Klägerin in den Tatsacheninstanzen sich nicht darauf berufen, sie habe aus dem Verhalten des Beklagten in der ersten Zeit nach dem 14. September 1961 geschlossen, dieser sei mit einer Aufhebung der vertraglichen Beziehungen einverstanden. Das Berufungsgericht brauchte daher den Fall nicht unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

4.) Das Berufungsgericht hat auch ein mitwirkendes Verschulden des Beklagten an der Entstehung des Schadens verneint. Seine Feststellung, der Beklagte habe "bereits" im Oktober 1961 der Klägerin gegenüber auf seine Schadensersatzansprüche hingewiesen, gründet sich ersichtlich auf die zu den Gerichtsakten eingereichte Abschrift eines Schreibens des Anwalts des Beklagten vom 6. Oktober 1961. Danach hat der Beklagte seine Ansprüche spätestens an diesem Tage, also 3 Wochen nach dem Schreiben der Klägerin vom 14. September 1961, geltend gemacht.

Das Berufungsgericht hat ferner ausgeführt: Der Beklagte habe die Klägerin nicht darauf aufmerksam zu machen brauchen, daß ein besonders hoher Schaden drohe. Es sei dieser bekannt gewesen, daß der Beklagte sich mit Material hatte eindecken müssen. Ein ungewöhnlich hoher Schaden, den die Klägerin weder gekannt habe noch hätte vorhersehen müssen, habe nicht in Frage gestanden. Der Beklagte habe auch zunächst keinen Anlaß gehabt, sich wegen der Fertigung der Hosen noch mit weiteren Firmen als mit der Firma Sch[REDACTED] & Z[REDACTED] in Verbindung zu setzen.

Die Revision weist darauf hin, die Klägerin habe Fachzeitschriften aus den Monaten September bis November 1961 vorgelegt, in denen Inserate von Lohnfertigungsbetrieben erschienen seien, die noch Arbeit für die Wintersaison gesucht hätten. Die Verpflichtung des Beklagten zur Schadensminderung hätte es erfordert, daß er die Unsicherheit über die Leistungsfähigkeit der Firma Sch[REDACTED] & Z[REDACTED], mit der er übrigens erst im Oktober 1961 in Verbindung getreten sei, durch das Aufsuchen anderer Fertigungsmöglichkeiten ausgeschaltet hätte.

Auch mit diesem Vortrag hat die Revision keinen Erfolg.

Es wäre Sache der Klägerin gewesen, einen Sachverhalt vorzutragen und unter Beweis zu stellen, der geeignet gewesen wäre, zum Nachteil des Beklagten die Voraussetzungen des § 254 Abs. 2 BGB darzutun. Ihr Vortrag in den Tatsacheninstanzen genügt hierzu nicht.

Sie hat im Schriftsatz vom 23. Oktober 1962 (S. 8) selbst angeführt, nach dem 14. September 1961 habe der Beklagte sich an ihren Angestellten F., mit dem er früher immer verhandelt habe, gewandt mit der Bitte, ihm bei der Suche nach einem neuen Fertigungsbetrieb behilflich zu sein; F. habe ihm darauf hin die Firma Sch. & Z. genannt, nachdem er festgestellt habe, daß diese noch Lohnaufträge für die laufende Saison übernehme.

Die Klägerin hat hiernach selbst dem Beklagten keinen anderen Ersatzbetrieb anzugeben vermocht, als die Firma Sch. & Z. deren Kapazität sich dann in der Folgezeit als unzureichend herausstellte. Unter diesen Umständen kann sie sich dem Beklagten gegenüber nicht darauf berufen, daß er möglicherweise aus Fachzeitschriften noch geeignete andere Betriebe hätte feststellen können. F. weist zudem in seinem Schreiben an den Beklagten vom 18. Oktober 1961 auf die Schwierigkeiten hin, zu dieser Zeit noch einen anderen Lohnfertigungsbetrieb für die laufende Saison zu finden. Solange der Beklagte mit der ihm von F. benannten Firma in Verbindung stand, hatte er auch keinen Anlaß, noch Abschlüsse mit weiteren Firmen vorzunehmen. Er wäre dann unter Umständen zu weitgehende Verpflichtungen eingegangen.

5.) Den Erlaß des Grundurteils hat das Berufungsgericht wie folgt begründet: Der Schaden des Beklagten übersteige, soweit nach dem bisherigen Sach- und Streitstand zu übersehen sei,

die Klageforderung. Diese im Sinne einer hohen Wahrscheinlichkeit getroffene summarische Feststellung rechtfertige das Grundurteil. Damit sei nicht völlig ausgeschlossen, daß sich im Betragsverfahren der Schaden doch noch geringer als die Klageforderung erweise.

Die Revision rügt, das Urteil lasse insoweit die erforderliche Begründung vermissen.

Auch darin kann ihr nicht gefolgt werden.

Sie verkennt nicht, daß das Berufungsgericht rechtlich zutreffend sich mit einer summarischen Beurteilung der Höhe des Schadens und der Annahme einer hohen Wahrscheinlichkeit begnügen konnte, daß die Schadensersatzforderung des Beklagten den Klageanspruch übersteige (BGHZ 11, 63; LM Nr. 16 und 19 zu § 304 ZPO).

Das Revisionsgericht muß sich auch in dieser Beziehung auf die Prüfung beschränken, ob dem Berufungsgericht ein Rechtsfehler unterlaufen ist. Es kann nicht in tatsächlicher Beziehung prüfen, ob die Wahrscheinlichkeit eines die Klageforderung übersteigenden Schadens etwa entgegen der Annahme des Berufungsgerichts weniger groß ist. Von Bedeutung ist ferner, daß die Klägerin in der Berufungsinstanz den Erlaß des Grundurteils durch das Landgericht nicht beanstandet hat. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechts- und Verfahrensverstöß von weiteren Erörterungen über die Zulässigkeit des Grundurteils absehen (vgl. auch dazu das vorerwähnte Urteil des Senats vom 11. Januar 1962 - VII ZR 178/60 -).

6.) Die Revision rügt schließlich noch, das Berufungsgericht habe die vom Beklagten vorgenommene Aufteilung seiner Widerklageforderung nicht beachtet; bei dieser Aufteilung sei über-

dies offengeblieben, welche Schadensteile von der Aufrechnung gegen die Klageforderung ergriffen werden sollten.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

Der Beklagte macht mit Aufrechnung und Widerklage nicht verschiedene Ansprüche, sondern eine einheitliche Schadensersatzforderung geltend, die sich lediglich aus mehreren Einzelposten zusammensetzt. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht vor Erlass des Grundurteils nicht zu prüfen, ob jeder einzelne Posten dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

7.) Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin erkennen läßt, ist deren Revision mit Kostenfolge aus dem § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke