

5

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 258/79

URTEIL

Verkündet am
29. Januar 1981
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma J. G. [REDACTED], Maschinenbau
Inhaber Josef G. [REDACTED], H. [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin,
Berufungsbeklagten, Revisions-
klägerin und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B. [REDACTED] Stahl- und Maschinenbau GmbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Walter B. [REDACTED],
W. [REDACTED]straße [REDACTED], M. [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin, Revisions-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

für Recht erkannt:

- Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Firma E [REDACTED] in Frankreich erteilte der Klägerin 1973 den Auftrag, eine Transport- und Behandlungsanlage für Emmentaler-Käse zu erstellen. Dabei sollte bei der Beschickung der Behandlungsanlagen je Umsetzwagen eine Durchsatzleistung von 450 Laibe/h erreicht werden. Die Beklagte verpflichtete sich gegenüber der Klägerin, die in diesem Vertrag vereinbarten Leistungen als Subunternehmerin zu erbringen.

Der Beklagten gelang es nicht, die Anlage vertragsgerecht zu erstellen. Deswegen stellte auf Verlangen der Firma E [REDACTED] die Klägerin die Anlage selbst fertig. Sie verlangt mit der Klage von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 229.617,77 DM nebst Zinsen. Dabei ist berücksichtigt, daß der Klägerin nach dem im Vergleichsverfahren der Beklagten geschlossenen Zwangsvergleich vom 11. April 1975 eine Vergleichsquote von nur 35 % zusteht. Eine in beiden Vorinstanzen abgewiesene Widerklage spielt jetzt keine Rolle mehr.

Unter Klageabweisung im übrigen hat das Landgericht der Klägerin 153.998,67 DM, das Oberlandesgericht nur 94.438,14 DM, jeweils nebst Zinsen, zugesprochen.

Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hat der Senat nicht angenommen. Damit hat auch die auf volle Klageabweisung gerichtete unselbständige Anschlußrevision der Beklagten ihre Wirkung verloren. Zu entscheiden ist daher jetzt über die Klageforderung nicht mehr, soweit das Berufungsgericht sie in der 94.438,14 DM nebst Zinsen übersteigenden Höhe abgewiesen hat, und auch nicht mehr,



soweit es sie bis zur Höhe von 37.684,76 DM nebst Zinsen zuerkannt hat. Zu entscheiden ist vielmehr nur noch über die - vom Senat angenommene - selbständige Revision der Beklagten, mit der diese die Abweisung der Klage erstrebt, soweit das Berufungsgericht sie zur Zahlung von mehr als 37.684,76 DM bis zur Höhe von 94.438,14 DM nebst Zinsen verurteilt hat. Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht errechnet den auf § 635 BGB gestützten Schadensersatzanspruch der Klägerin auf 626.592,46 DM und die Restforderung der Beklagten auf 246.857,57 DM. Von der Restforderung der Beklagten setzt es eine von der Klägerin zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung von 238.000 DM ab, die sich daraus ergebe, daß die Klägerin gegenüber der Firma E[REDACTED] in dieser Höhe auf den vereinbarten Kaufpreis habe verzichten müssen. Hinsichtlich des Restbetrages von 8.857,57 DM greife die von der Beklagten erklärte Aufrechnung gegen die Klageforderung durch, so daß sich - nach Abzug unstreitiger Zahlungen von 213.000 DM - ein Betrag zugunsten der Klägerin von 404.734,89 DM ergebe.

Da sich die Klägerin jedoch ein Mitverschulden von 1/3 entgegenhalten lassen müßte, ergebe sich schließlich eine Forderung der Klägerin von 269.823,26 DM, die unter Berücksichtigung der Vergleichsquote von 35 % auf 94.438,14 DM herabzusetzen sei.

2. Das hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

a) Soweit die Revision allerdings meint, die Klägerin habe für ihren Schaden selbst aufzukommen, geht das fehl. Von einer positiven Vertragsverletzung der Klägerin kann hier keine Rede sein. Nach dem Vertrag war es gerade die Aufgabe der Beklagten, die für den Bau der Anlage erforderlichen Projektierungsunterlagen in eigener Verantwortung zu erarbeiten. Wenn sie dennoch dem Fachwissen der Klägerin und den ihr von der Klägerin übergebenen Unterlagen blindlings vertraut haben sollte, ohne eigene Berechnungen anzustellen, handelte sie vertragswidrig und damit auf eigenes Risiko.

b) Auch gegen die Aufteilung des Mitverschuldens durch das Berufungsgericht wehrt sich die Revision vergeblich. Das Berufungsgericht hält sich in den Grenzen des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsspielraums.

c) Das Berufungsgericht hat der Klägerin bei der Schadensbemessung 10.800 DM für Konstruktionskosten zugebilligt, die im Zusammenhang mit der Änderung der Drehscheiben und der Fertigung von Umbauteilen stehen.

Die dagegen gerichtete Verfahrensrüge der Beklagten hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO).

d) Die Schätzung der Kosten für Post- und Telefongebühren auf 2.500 DM läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin, ihr seien insoweit 5.000 DM Kosten entstanden, als ver-

spätet zurückgewiesen hat, hinderte es - entgegen der Ansicht der Revision - nicht daran, die angefallenen Kosten dennoch gemäß § 287 ZPO auf einen geringeren Betrag zu schätzen.

e) Dagegen dringt die Revision durch, soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung der Klägerin gegen die Forderung der Beklagten mit der aus dem Kaufpreisverzicht begründeten Schadensersatzforderung von 238.000 DM in voller Höhe durchgreifen läßt, obwohl es der Klägerin eine Mitverschuldensquote von 1/3 anlastet.

Wie die Revision zu Recht geltend macht, ist damit auch dieser Schadensposten um 1/3 auf 158.667 DM zu kürzen, so daß die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung entsprechend höher anzusetzen ist.

Die in der schriftlichen Revisionsbegründung vertretene Ansicht der Klägerin, es handle sich bei den 238.000 DM nur um eine nach § 667 BGB weiterzuleitende Vergütung, so daß sich insoweit keine aufrechenbaren Ansprüche gegenüber stünden, findet im Vertrag keine Stütze. Dort ist nirgends davon die Rede, daß die Beklagte von der Klägerin nur dann Vergütung fordern könne, wenn die Klägerin ihrerseits Geld von der Firma E[REDACTED] erhält. Die Nichtzahlung der 238.000 DM durch die Firma E[REDACTED] ist also ein Schaden der Klägerin, die davon aber nach § 254 BGB 1/3 selbst zu tragen hat. Die in der Revisionsverhandlung aufgestellte Behauptung der Klägerin, die Parteien hätten insoweit eine besondere Vereinbarung getroffen, wonach von diesem Betrag keine Mitverschuldensquote der Klägerin

abzuziehen sei, ist neu und kann daher in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden.

3. Nach alledem ergibt sich folgende Rechnung:

	626.592,46 DM (BU 49, 50)
+	<u>238.000.-- DM</u> (BU 52)
	864.592,46 DM Schadensersatzanspruch der Klägerin
-	<u>288.197,48 DM</u> (1/3 Mitverschulden)
	576.394,98 DM
-	<u>246.857,57 DM</u> (Restforderung der Beklagten: BU 51)
	329.537,41 DM
-	<u>213.000.-- DM</u> (Zahlungen der Beklagten: BU 53)
	116.537,41 DM

Unter Berücksichtigung der Vergleichsquote von 35 % errechnet sich somit die der Klägerin noch zustehende Forderung auf nur 40.788.09 DM nebst Zinsen. Soweit das Berufungsgericht die Beklagte darüber hinaus verurteilt hat, sind die Urteile

beider Vorinstanzen aufzuheben und ist die Klage auch insoweit abzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO.

Vogt

Meise

Doerry

Bliesener

Obenhaus