

Verkündet
am 27. März 1958
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

- 1) der Firma Heinrich B., Kommanditgesellschaft, H., O.straße, vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter, die Beklagten zu 2 und 3,
- 2) des Kaufmanns Dipl. Volkswirt Dr. Kurt B., H., S. Weg,
- 3) des Fabrikanten Eberhard B., H., O.straße

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. .

gegen

die Firma G. Gebr., H., D. str.,
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt .

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 17. April 1956 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen .

.. 2 ..

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Import- und Exportfirma, bestellte bei der beklagten Kommanditgesellschaft (KG) in der Zeit von August bis November 1950 etwa 1 700 Faß Drahtstifte. In den Bestellungen war der Preis in US-Dollar angegeben; die Bestellschreiben enthielten ferner die Klausel:

"Zahlung in DM zum Kurs von \$ 1 = 4,195 DM".

Die beklagte KG bestätigte Anfang November 1950 die Aufträge der Klägerin, jedoch nur über insgesamt 805 Faß. Die Auftragsbestätigungen enthielten gleichlautend die Preisklausel:

"Umrechnungskurs : \$ = 4,195. Maßgebend ist der DM-Preis ... Preise freibleibend. Preisstellung beruht auf der derzeitigen Kostenlage. Es gelangen die am Tage der Lieferung gültigen Preise zur Anrechnung."

Die Klägerin wandte sich mit mehreren Schreiben gegen diese Preisgleitklausel und vertrat den Standpunkt, daß die in ihren Aufträgen genannten Preise bereits früher mündlich fest vereinbart worden seien.

Im Laufe der Verhandlungen über die Meinungsverschiedenheiten wegen der Preise machte die Klägerin der beklagten KG am 18. Mai 1951 ein schriftliches Vergleichsangebot, nach dem diese 805 Faß Drahtstifte liefern sollte, davon 260 Faß "zu Vertragspreisen", die restlichen 545 Faß mit 10 % Aufschlag.

.. 3 .

Die Klägerin behauptet, die beklagte KG habe dieses Vergleichsangebot in einer fernmündlichen Besprechung mit geringfügigen Abänderungen, die im wesentlichen nur die Herabsetzung der ersten Lieferungsrate von 260 auf 200 Faß betrafen und die im Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 6. Juni 1951 niedergelegt seien, angenommen. Die Beklagten bestreiten, daß eine Einigung zustandegekommen sei.

In den Monaten Juni bis September 1951 korrespondierten die Parteien weiter über die Lieferung der ersten Rate von 200 Faß. Am 28. September 1951 teilte die beklagte KG mit, in einem Rechtsstreit mit ihrem Vorlieferanten sei ihr entgegengehalten worden, daß die Vereinbarung von Preisen in ausländischer Währung nach § 3 WährG verboten sei; sie sei aus diesem Grunde nicht in der Lage, der Klägerin die im Vergleich vorgesehene Menge zum vorgesehenen Preis zu liefern. Die Klägerin wies die beklagte KG am 2. Oktober 1951 darauf hin, es sei allgemein üblich, daß Preise für zur Ausfuhr vorgesehene Drahterzeugnisse zwischen dem Exporteur und dem inländischen Hersteller in Dollar vereinbart würden; das ändere nichts daran, daß die Zahlung auf jeden Fall in Deutscher Mark zum Umrechnungskurs von \$ 1 = 4,195 DM zu leisten sei. Am 5. Oktober 1951 bot die beklagte KG an, 200 Faß Drahtstifte zum Preise von 4.805 DM zu liefern, wenn die Klägerin auf weitere Ansprüche verzichte. Am 17. Oktober 1951 lehnten die Anwälte der Klägerin diesen Vorschlag ab und teilten mit, sie erblickten in dem Schreiben vom 28. September 1951 eine Erfüllungsweigerung, sie wollten der beklagten KG aber noch Gelegenheit geben, den Vergleich zu erfüllen, und setzten ihr zur Lieferung der ersten 200 Faß eine Frist bis zum 31. Oktober 1951.



Die beklagte KG lieferte nicht. Ihre Anwälte erklärten mit Schreiben vom 16. November 1951, die Erfüllung des Vergleichs sei nicht möglich und gesetzlich verboten; die getroffene Preisabrede verstoße gegen § 3 WährG, deshalb seien alle Vereinbarungen der Parteien unwirksam. Die Anwälte der Klägerin wiesen mit Schreiben vom 14. Dezember 1951 den aus § 3 WährG hergeleiteten Einwand als rechtlich unzutreffend zurück und betonten, daß mit dem in den Aufträgen und Bestätigungen angegebenen Umrechnungskurs von $\text{S } 1 = 4,195 \text{ DM}$ ein fester DM-Preis vereinbart worden sei.

Die beklagte KG beantwortete dieses Schreiben nicht und lieferte keine Ware.

Im Jahre 1951 hatte bereits eine andere Exportfirma die beklagte KG auf Lieferung von verzinktem Eisendraht verklagt. Die Preisvereinbarung lautete ähnlich wie im vorliegenden Falle. In jenem Rechtsstreit hatte die beklagte KG in der Berufungs- und Revisionsinstanz ebenfalls die Unwirksamkeit des Vertrags wegen Verstoßes gegen § 3 WährG geltend gemacht. Mit diesem Einwand ist sie nicht durchgedrungen (Urteil des Bundesgerichtshofs I ZR 117/52 vom 17.9.1953 = NJW 1953, 1912).

Nach Beendigung jenes Prozesses machte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Juli 1954 Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vergleichs geltend und erhob, als die beklagte KG darauf nicht einging, im Mai 1955 Klage.

Sie behauptet, sie habe Deckungskäufe vornehmen und 12.127,75 DM über die im Vergleich mit der Beklagten vereinbarten Preise hinaus aufwenden müssen. Hiervon hat sie einen Teilbetrag von 5.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagten bestreiten außer dem Zustandekommen eines wirksamen Vergleichs den Eintritt des Lieferungsverzuges und meinen, die Klägerin habe etwaige Schadensersatzansprüche verwirkt, weil sie von Ende '95! bis Mai 1955 mit der Klage gewartet habe.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im zweiten Rechtszuge haben die Beklagten Widerklage erhoben und mit dieser die Feststellung begehrt, daß der Klägerin über den eingeklagten Betrag von 5 000 DM nebst Zinsen hinaus kein weiterer Anspruch in Höhe von 1.100 DM dem Grunde nach aus den Kaufvertragsverhandlungen in den Jahren 1950/1951 zustehe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil des Landgerichts zurückgewiesen und ihre Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihre im zweiten Rechtszuge gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt eingehend aus, daß die Parteien sich vergleichsweise bindend auf die Lieferung von 805 Faß Drahtstiften zu den im Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 6. Juni 1951 angegebenen Preisen geeinigt haben. Es verneint, daß die Preisabrede der Parteien gegen § 3 WährG verstoße; die Parteien hätten weder eine Geldschuld in ausländischer Währung begründet noch den Betrag der Schuld durch den Kurs einer solchen Währung bestimmt; vielmehr handele es sich um eine von vornherein in DM festliegende, wenn auch noch

rechnerisch zu ermittelnde Schuld. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die beklagte KG habe mit ihrem Schreiben vom 28. September 1951 die Erfüllung des Vergleichs ernstlich und endgültig verweigert und sei in Lieferungsverzug geraten. Ein Verzug entfalle auch nicht etwa deshalb, weil die Beklagten sich in einem Rechtsirrtum über die Wirksamkeit des Vergleichs befunden hätten. Infolge der Erfüllungsverweigerung könne die Klägerin nach § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen; sie werden auch von der Revision nicht angegriffen.

II. Vielmehr wendet sich die Revision nur dagegen, daß das Berufungsgericht die Ansprüche der Klägerin nicht als verwirkt angesehen hat.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, daß die späte Geltendmachung eines Anspruchs allein noch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Besondere zu dem längeren Warten der Klägerin hinzutretende Umstände, die ihr Verhalten als treuwidrig erscheinen ließen, hätten die Beklagten nicht dargetan. Insbesondere hätten sie trotz Befragens durch das Gericht nicht behaupten können, daß sie ihr eigenes Verhalten in irgendeiner Weise auf ihre angebliche Vermutung eingerichtet hätten, die Klägerin werde keinen Schadensersatz mehr beanspruchen. Dieser Erwägung des Berufungsgerichts, die das Vorliegen eines für den Verwirkungstatbestand bedeutsamen Umstandes (RGZ 158, 100, 108) verneint, ist die Revision nicht entgegengetreten.

Das Berufungsgericht sagt weiter, die Beklagten hätten nicht ohne weiteres damit rechnen können, daß die Klägerin ihre Ansprüche aufgebe. Für die Beklagten habe vielmehr

die Annahme nahegelegen, daß die Klägerin zunächst den Ausgang des von einer anderen Exportfirma gegen die beklagte KG angestrebten Prozesses abwarten werde, in dem die beklagte KG ebenfalls ihre Lieferverpflichtung unter Hinweis auf die aus § 3 WährG folgende Unwirksamkeit der Preisabrede bestritten hatte.

Die Revision meint demgegenüber, die Klägerin habe, um die Verwirkung ihrer Ansprüche zu vermeiden, entweder

- a) den Beklagten mitteilen müssen, sie wolle den Ausgang des anderen Rechtsstreits abwarten, oder
- b) ihre Ansprüche rechtshängig machen und dann eine Aussetzung der Verhandlung bis zur Entscheidung jenes anderen Rechtsstreits herbeiführen müssen.

In beiden Punkten kann der Revision nicht gefolgt werden.

Eine besondere Mitteilung der Absicht der Klägerin, den Ausgang des anderen Prozesses abzuwarten, erübrigte sich. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten mit einer derartigen Absicht der Klägerin rechnen können, läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Der Klägerin war nicht zuzumuten, erst einmal ihre Ansprüche einzuklagen und dann die Aussetzung der Verhandlung, deren Voraussetzungen (§ 148 ZPO) nicht einmal gegeben waren, oder das Ruhen des Verfahrens zu erwirken. Das hätte die Klägerin gegebenenfalls mit unnötigen Prozeßkosten belastet. Die Beklagten verstoßen selbst gegen Treu und Glauben,

wenn sie als vertragsbrüchige Partei eine Rücksichtnahme auf ihre Interessen von der vertragstreuen Klägerin fordern, die deren wirtschaftlichen Interessen zuwiderlaufen würde.

Die Beklagten führen für ihre Auffassung, die Klageansprüche seien verwirkt, noch folgendes an:

Wenn die Klägerin es für notwendig erachtet habe, die Entscheidung über die Wirksamkeit der Preisabrede in jenem anderen Rechtsstreit abzuwarten, so hätte sich mit dem Erlaß dieser Entscheidung für beide Teile eine neue Lage ergeben. Nunmehr habe die Klägerin, ehe sie Schadensersatzansprüche geltend machte, den Beklagten zunächst nochmals eine Frist zur Lieferung setzen müssen.

Auch dieses Vorbringen der Revision kann keinen Erfolg haben. Die Klägerin hätte schon Ende September 1951 angesichts der vom Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellten Erfüllungsweigerung der Beklagten, die eine positive Vertragsverletzung darstellt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können, ohne daß es des Setzens einer Nachfrist bedurft hätte. Wenn die beklagte KG in der gleichwohl von der Klägerin am 17. Oktober 1951 gesetzten Nachfrist nicht lieferte, im Schreiben vom 6. November 1951 bei ihrer Erfüllungsweigerung blieb und das letzte Schreiben der Klägerin vom 14. Dezember 1951 überhaupt nicht mehr beantwortete, so dürfen die Beklagten es nicht als unzulässige Rechtsausübung hinstellen, daß die Klägerin Schadensersatz verlangt, ohne sie nach der Beendigung jenes anderen Rechtsstreits nochmals zur Leistung aufzufordern. Es ergibt sich zudem aus dem Vortrag der Klägerin, die mit Schriftsatz vom 30. Oktober 1955 die Rechnungen über die Deckungskäufe eingereicht hat, die sie ihrer Schadensberechnung zugrundelegt.

daß sie die Deckungskäufe schon Ende 1951 und Anfang 1952 vorgenommen hat. Die Beklagte ist diesem Vortrag nicht entgegengetreten. Danach war der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch längst entstanden, ehe jener andere Prozeß entschieden war. Unter diesen Umständen war der Klägerin nicht anzusinnen, nachträglich die beklagte KG erneut zur Leistung aufzufordern und ihre Leistung noch entgegenzunehmen. Selbst wenn die Beklagten Ende 1953 oder im Jahre 1954 noch geleistet hätten, hätten sie damit den Schadensersatzanspruch der Klägerin, der schon vorher auf Grund der wegen der Erfüllungsweigerung der Beklagten vorgenommenen Deckungskäufe begründet war, nicht ausräumen können.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Dr. Winkelmann

Meyer