

Verkündet
am 8. November 1956
Woitschek, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Mechanikers Karl K [REDACTED] in B [REDACTED]
[REDACTED] R [REDACTED] Straße 4,

Beklagten, Widerklägers, Beru-
fungsklägers und Revisionsklägers.

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Kurt K [REDACTED] in B [REDACTED]-N [REDACTED], K [REDACTED]-
M [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte, Beru-
fungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. November 1956 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bun-
desrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien
und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammer-
gerichts vom 14. März 1955 aufgehoben. Die
Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Am 5. Oktober 1950 erteilte der Beklagte auf Grund vorangegangener Besprechungen der Klägerin den Auftrag, zwei Formen zum Pressen von Kunststoffhauben für Schweißer herzustellen. Die Wandstärken der Haube sollten 1,5 mm bei $\pm 0,1$ mm Toleranz betragen. Als Lieferungstermine für die Teile waren der 13. und 27. November 1950 vorgesehen.

Die Klägerin fertigte die Formen und lieferte sie am 17. März und 2. April 1951 ab. Am 26. April 1951 fanden Preßversuche statt, deren Ergebnisse nicht dem Inhalt des Auftragschreibens entsprachen. Darauf nahm die Klägerin die Formen zurück und versuchte, sie in der Folgezeit zu ändern.

Im Juni 1951 verlangte die Klägerin die Zahlung des restlichen Werklohnes Zug um Zug gegen Übergabe der Formen. Der Beklagte erbat zunächst die Übergabe von Ausfallmustern, die ihm die Klägerin übersandte. Diese Muster fanden jedoch nicht die Billigung des Beklagten, der insbesondere die mit der Bestellung nicht übereinstimmenden Wandstärken rügte.

Mit der im November 1951 erhobenen Klage hat die Klägerin von dem Beklagten den nach Abzug der geleisteten Vorauszahlungen noch ausstehenden Werklohn von

3645,53 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1951 verlangt.

Der Beklagte hat

Klageabweisung erbeten und im Wege der Widerklage die Verurteilung der Klägerin zur Lieferung der Formen sowie die Feststellung beantragt, daß die Klägerin verpflichtet sei, ihm den durch die verspätete Ausführung des Auftrags entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung von 3493,95 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1951 verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht den zugesprochenen Betrag auf 2864,80 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 9. Oktober 1954 herabgesetzt und angeordnet, daß die Zahlung nur gegen Empfang der Formen zu leisten sei. Hinsichtlich der Widerklage hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine im ersten und zweiten Rechtszug gestellten Anträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels

Entscheidungsgründe:

I.) Zur Klage.

1.) Das Kammergericht hat festgestellt, daß die mit den Formen hergestellten Hauben zwar nicht die in dem Auftragsschreiben des Beklagten vom 5. Oktober



1951 angegebenen Wandstärken von 1,5 mm (bei $\pm 0,1$ mm Toleranz) haben; bei 67,5 % der Fläche ergeben sich vielmehr Abweichungen bis zu $\pm 0,3$ mm und bei 6,5 % noch darüber hinausgehende Sätze. Dieser Unterschied ist aber nach Ansicht der Berufungsgerichts so gering, daß das Verlangen des Beklagten auf Einhaltung der angegebenen Maße gegen Treu und Glauben verstößt. Die Tauglichkeit der Formen zu dem vorgesehenen Gebrauch sei, so wird in dem Urteil ausgeführt, nicht wesentlich beeinträchtigt; zudem würden Abweichungen bis zu 0,3 mm vom Deutschen Normenausschuß für zulässig angesehen. Deswegen müsse der Beklagte die von der Klägerin angefertigten Formen gegen Zahlung des restlichen Werklohnes abnehmen, der sich auf 2846,80 DM belaufe

Die Revision wendet sich mit Recht gegen diese Ausführungen. Das Kammergericht hat, ebenso wie das Landgericht, übersehen, daß es sich bei den in Rede stehenden Wandstärken um zugesicherte Eigenschaften im Sinne des § 633 BGB handelt. Der Beklagte hat in dem Bestellschreiben vom 5. Oktober 1950 die von ihm gewünschten Vertragsbedingungen im einzelnen niedergelegt und damit zu erkennen gegeben, daß er den Auftrag nur erteile, wenn das Werk diese von ihm verlangte Beschaffenheit habe. Die Klägerin hat ihrerseits die Lieferung zu diesen Bedingungen übernommen. Ob sie sich ausdrücklich, sei es mündlich oder schriftlich, damit einverstanden erklärt hat, geht zwar aus dem Urteil nicht hervor. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an, denn sie hat in jedem Fall durch ihr Verhalten zum Ausdruck gebracht, daß sie die Formen entsprechend

dem Verlangen des Beklagten herstellen werde. Das folgt nicht nur daraus, daß sie widerspruchslös mit der Fertigung begonnen, sondern vor allem aus dem Umstand, daß sie diese Maße in der Folgezeit als für sich verbindlich bestätigt (Schreiben vom 28. Juni und 16. Juli 1951) und mehrfach - wenn auch vergeblich - versucht hat, die vorgesehenen Wandstärken zu erzielen. Mindestens hierin ist die Übernahme des von dem Beklagten insoweit gestellten Verlangens als eigene Verpflichtung und damit die Zusicherung einer entsprechenden Eigenschaft zu erblicken (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs I ZR 37/52 vom 20. Januar 1953 bei LM § 463 Nr 2).

Diese Zusicherung hat die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht eingehalten. Der Beklagte war deswegen auch nicht verpflichtet, den Werklohn gegen Übergabe der unzureichenden Formen zu zahlen. Die Ansicht des Kammergerichts, er verstoße durch seine Abnahmeweigerung gegen Treu und Glauben, weil der Unterschied gering und die Tauglichkeit zu dem vorgesehenen Gebrauch nicht wesentlich beeinträchtigt sei, kann nicht gebilligt werden. Hierauf käme es nur an, wenn es sich um einen Fehler der in § 633 Abs 1 BGB angegebenen Art handeln würde. Für die zusicherten Eigenschaften hat der Unternehmer aber in jedem Falle einzustehen, und zwar auch dann, wenn der Mangel unbedeutend ist und den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch weder aufhebt noch mindert. Aus diesem Grunde ist es für die Entscheidung auch unerheblich, daß der Deutsche Normenausschuß Abweichungen bis zu 0,3 mm für zulässig erklärt; abgesehen hiervon ist der Unterschied bei 6.5 % der Fläche sogar noch höher.

2.) Dieser Rechtsfehler zwingt zur Aufhebung des Urteils. Das Revisionsgericht ist noch nicht zur eigenen Sachentscheidung gemäß § 565 ZPO in der Lage. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 18. Dezember 1954 geltend gemacht, daß der Beklagte auf seine Einwendungen verzichtet und vorbehaltlose Zahlung zugesagt habe; zur Nachweise hat sie sich auf ein Schreiben des Beklagten vom 18. August 1951 berufen.

Der Tatrichter hat zu diesem Vorbringen bisher keine Stellung genommen und brauchte es von seinem Standpunkte aus auch nicht zu tun. Das wird nachzuholen sein. Das Kammergericht wird jenes Schreiben und die sich darauf beziehenden etwaigen Verhandlungen der Parteien unter Beachtung der §§ 157, 242 BGB zu würdigen haben.

II. Zur Widerklage:

1. Der Beklagte hat mit dem Widerklageantrag zu a) die Verurteilung der Klägerin zur Lieferung der dem Auftrag vom 5. Oktober 1950 entsprechenden Pressformen erbeten. Das Kammergericht hält dieses Verlangen für unbegründet, weil die Klägerin mit dem Angebot der von ihr hergestellten Formen ihren Verpflichtungen nachgekommen sei.

Diese Auffassung ist, wie oben bereits dargelegt wurde, rechtsirrig. An sich war die Klägerin zur Lieferung entsprechend dem Widerklageantrag zu a) gegen Zahlung des restlichen Werklohns verpflichtet.

Auch insoweit bedarf es aber noch der tatrichterlichen Prüfung, welche Bedeutung dem Schreiben des Beklagten vom 18. August 1951 zukommt. Es wird ferner auf die Erklärungen des Beklagten in dem Schriftsatz vom

10. September 1954 (Bd I Bl 202 dA) einzugehen sein. Der Beklagte führt dort an, daß er kein Interesse an erneuten Pressungen habe, weil auch nach 4 Jahren mit den von der Klägerin hergestellten Formen keine brauchbaren Hauben angefertigt werden könnten. Hieraus könnte, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Beklagten, entnommen werden, daß er die Lieferung nicht mehr verlangen, sondern gemäß § 636 BGB von dem Vertrage zurücktreten wollte.

2. Der Schadensersatzanspruch des Beklagten, den er mit seinem zweiten Widerklageantrag verfolgt, stützt sich auf die §§ 636, 286 BGB. Das Berufungsgericht weist ihn aus verfahrens- und sachlichrechtlichen Gründen zurück. Es ist der Ansicht, daß das Feststellungsinteresse des Beklagten nicht ersichtlich sei; er hätte angeben müssen, weswegen er nicht zur Bezifferung des Schadens in der Lage sei. Im übrigen sei der Anspruch nicht ausreichend substantiiert; insbesondere habe der Beklagte nicht ausreichend dargelegt, daß ihm überhaupt genügende Mittel zur Aufnahme der Produktion in dem von ihm beabsichtigten Umfange zur Verfügung gestanden hätten.

Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision sind ebenfalls begründet.

a) Der Beschwerdeführer rügt zwar nicht ausdrücklich die Verletzung des § 256 ZPO. Dessen bedurfte es aber nicht; denn das Revisionsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob das Feststellungsinteresse gegeben ist oder nicht (RGZ 100, 123 126; 131, 203 206).

Grundsätzlich kommt es insoweit auf den Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Verhandlung an; deswegen sind im allgemeinen auch Veränderungen zu beachten, die sich hinsichtlich des Feststellungsinteresses im Laufe des Rechtsstreits ergeben. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs entfallen jedoch die Voraussetzungen des § 256 ZPO regelmäßig nicht schon dadurch, daß es dem Kläger nach zulässiger Erhebung der Feststellungsklage möglich wird, zur Leistungsklage überzugehen (BGH LM § 256 ZPO Nr 5).

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Bei Erhebung der Widerklage im Jahre 1951 war die Entwicklung des Schadens ersichtlich noch nicht abgeschlossen, so daß damals gegen die Zulässigkeit der Widerklage keine Bedenken bestanden. Dann brauchte der Beklagte aber nicht zur Leistungsklage überzugehen, wenn sich hieran später etwas änderte; daß einer der in der erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs angegebenen Ausnahmefälle vorliegt, ist nicht dargetan.

b) Die Gründe, mit denen das Kammergericht den Anspruch wegen mangelnder Substantiierung zurückweist, beziehen sich vor allen Dingen auf die Höhe des Schadens. Hierauf kommt es aber im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage noch nicht an.

Es mag sein, daß der Beklagte bei dem von ihm behaupteten Umfang der Aufträge nicht in der Lage gewesen wäre, mit einem Betriebskapital von 8000.- DM auszukommen, das ihm allein zur Verfügung stand. Nicht geprüft hat das Kammergericht aber, ob er nicht wenigstens einen kleinen Teil der bestellten Hauben hätte fertigen und verkaufen können. Insbesondere hat es

nicht untersucht, ob in gewissem Umfange eine Vergabe der Preßarbeiten an andere Firmen möglich gewesen wäre, ebenso, wie die im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Probepressungen dort ausgeführt worden sind. Die Entstehung eines, nach § 287 ZPO zu ermittelnden, mindestens geringfügigen Schadens lag demnach auf der Hand. Die Unterlassung einer Prüfung in dieser Richtung enthält einen Verstoß gegen § 286 ZPO.

Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Kammergericht in diesem Zusammenhange gegebenenfalls auf die Anfragen und Bestellungen in den Mappen einzugehen haben, die der Beklagten auf Erfordern des Gerichts überreicht hat, und es wird, soweit erforderlich, gemäß § 139 ZPO auf eine Ergänzung des Vorbringens hinzuwirken sein. Es wird ferner, wenn es darauf ankommen sollte, zu prüfen sein, ob und für welche Zeit die ursprünglich vereinbarten Lieferfristen verlängert worden sind, sowie ob, seit wann und in welchem Umfange die Verzögerung von der Klägerin verschuldet worden ist.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel