

VII ZR 27/63

2232 034

Verkündet
am 30. April 1964
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Gastwirts und Hoteliers Franz F [REDACTED]
in D [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
gegen

den Kaufmann Wilhelm K [REDACTED], Parkettkegelbahn-
Bauanstalt in M [REDACTED], T [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. April 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 14. Dezember 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Inhaber eines Gaststättenbetriebs in D[REDACTED]. Durch schriftliche Verträge vom 6. und 10. Oktober 1960 bestellte er bei dem Kläger die Lieferung von 5 Kegelbahnen, ferner gab er dem Kläger als Vertreter der Firma Sp[REDACTED] in A[REDACTED]/N[REDACTED] am 20. September 1960 die Lieferung von 6 vollautomatischen Kegelaufstellern in Auftrag. Die Bestellungen erfolgten sämtliche "auf Abruf" ohne Angabe eines bestimmten Lieferdatums. Der Beklagte ließ unmittelbar nach Abschluß der Verträge die für den Einbau der Kegelbahnen erforderlichen baulichen Vorarbeiten ausführen. Er stellte jedoch im Frühjahr 1961 diese Arbeiten ein und ließ die ausgehobenen 6 Kegelbahnwannen wieder mit Schutt anfüllen und einer Zementschicht überziehen; den Raum benützte er zum Abstellen von Kraftfahrzeugen.

Der Kläger macht - zum Teil aus abgetretenen Recht der Firma Sp[REDACTED] - Schadensersatzansprüche geltend mit der Begründung, der Beklagte habe die bestellten Gegenstände nicht abgenommen und sei auch nicht mehr willens, sie abzunehmen. Die Annahme von zwei Einschreibe-Briefen vom 13. November und 5. Dezember 1961, in denen er den Beklagten zur Abnahme aufgefordert habe, habe dieser verweigert.

Er hat Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zur Zahlung von 14.436,25 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat vorgetragen, es sei vereinbart worden, die Lieferung der Kegelbahnen solle erst erfolgen, wenn er die Baugenehmigung hierzu erhalten habe; diese sei am 5. März 1960 beantragt,

bisher aber noch nicht erteilt worden. Der Kläger habe sich auch bereit erklärt, erforderlichenfalls mit der Lieferung der Kegelbahnen 2 bis 3 Jahre zuzuwarten. Die Annahme der Einschreibe-Briefe habe er nicht verweigert, diese seien ihm nicht vorgelegt worden. Im übrigen sei er nach wie vor bereit, die Kegelbahnen abzunehmen.

Das Landgericht hat den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht unterstellt, daß der Beklagte nach dem Inhalt der abgeschlossenen Verträge zur Abnahme der Kegelbahnen erst dann verpflichtet sein sollte, wenn er die erforderliche Baugenehmigung erhalten habe. Ebenso unterstellt es, daß sich der Kläger infolgedessen auch auf eine "Abnahmefrist von 2 - 3 Jahren oder gar länger" habe einstellen müssen und auch eingestellt habe (BU Bl. 6).

Darauf komme es aber, so meint das Berufungsgericht, nicht an, denn dem Kläger sei ein weiteres Warten nicht mehr zuzumuten gewesen, da sich der Beklagte bereits im Jahre 1961 von dem Vertrage losgesagt habe. Seine Behauptung, er sei heute noch an den Kegelbahnen interessiert, stehe im Widerspruch mit seinem Verhalten. Er habe es unterlassen, den Kläger über die Verzögerung des Baugenehmigungsverfahrens zu unterrichten, so daß dieser entsprechend hätte disponieren können, und habe sich auch



nicht hinreichend um die Erlangung der Baugenehmigung bemüht. Schon das deute darauf hin, daß er seit Frühjahr 1961 an eine Abnahme der Gegenstände nicht mehr gedacht habe. Sicher zeige sich das aber insbesondere darin, daß er die ausgehobenen Wannen wieder habe zuschütten und mit Zement überziehen lassen. Schließlich komme noch hinzu, daß er die beiden Einschreibe-Briefe nicht angenommen habe; daß sie ihm nicht vorgelegt worden seien, sei völlig unglaubhaft.

Unter diesen Umständen sei der Beklagte wegen seiner unberechtigten Weigerung, an dem Vertrag festzuhalten und die Kegelbahnen abzunehmen, aus positiver Vertragsverletzung in entsprechender Anwendung des § 326 BGB dem Kläger zum Schadensersatz verpflichtet.

2.) Die Revision des Beklagten ist begründet.

Der Kläger verlangt nicht Erfüllung, sondern Schadensersatz, weil sich der Beklagte unberechtigt von den Verträgen losgesagt habe und infolge seines Verhaltens ein weiteres Verlangen nach Abnahme und Zahlung zwecklos sei.

Die dahin gehenden Feststellungen des Berufungsgerichts beruhen, was der Beklagte mit seiner Revision zu Recht rügt, auf rechtsirrtümlichen Erwägungen.

a) Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, den Kläger über die verzögerliche Behandlung des Baugenehmigungsgesuchs zu unterrichten. Der Kläger hat, wie das Berufungsgericht selbst unterstellt, mit einer Verzögerung des Abrufs für eine Zeit "von 2 - 3 Jahren oder gar länger" gerechnet. Ob der Beklagte unter

diesen Umständen gehalten war, den Kläger über den Gang der Dinge auf dem laufenden zu halten, mag zweifelhaft sein, zumal der Kläger, falls er im Hinblick auf etwaige geschäftliche Dispositionen Bescheid haben wollte, bei dem Beklagten oder auch bei der Behörde stets hätte anfragen können. Doch kann das auf sich beruhen, denn jedenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern in dieser dem Beklagten vorgeworfenen Untätigkeit die Erklärung, sich vom Vertrage loszusagen, gefunden werden kann.

b) Ein gleiches gilt für den Vorwurf, der Beklagte habe sich nicht hinreichend um die Erlangung der Baugenehmigung bemüht. Abgesehen hiervon fehlt es aber an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen, daß der Beklagte mit einem Erfolg solcher Bemühungen hätte rechnen können.

c) Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung, daß der Beklagte nicht mehr den Willen gehabt habe, die Kegelbahnen einzubauen und diesen Willen dem Kläger auch erkenntlich gemacht habe, weiterhin darauf, daß er die beiden eingeschriebenen Briefe des Klägers nicht angenommen habe.

Das wird mit der Revision zu Recht angegriffen.

Dafür, daß der Beklagte die Annahme der beiden Briefe verweigert hat, ist der Kläger beweispflichtig. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Kläger bereits durch die Vorlage der beiden Briefe diesen Beweis erbracht habe, beruht auf einem Verstoß gegen § 286 ZPO. Der Brief vom 13. November 1961 trägt den Vermerk "benachr. 14.11.", und den weiteren Vermerk "nicht angenommen 3.12.", der vom 5. Dezember 1961 nur den Vermerk "benachrichtigt den 6.12." jeweils mit dem Namenszug des Postbeamten. Wenn das Berufungsgericht daraus den Schluß zieht, die Briefe

seien dem Beklagten vorgelegt worden, und sein gegen-
teiliges Vorbringen für gänzlich unglaubhaft hält, so
kann dem nicht ohne weiteres gefolgt werden. Aus dem
Benachrichtigungsvermerk des Postboten ist nicht mehr zu
entnehmen, als daß er keine empfangsberechtigte Person
angetroffen hat. Hätte er nämlich die Briefe dem Be-
klagten vorgezeigt, so hätte kein Anlaß zu einer Be-
nachrichtigung bestanden, die Briefe wären dann vielmehr
entweder dem Beklagten ausgehändigt oder aber mit dem Ver-
merk "Annahme verweigert" zurückgesandt worden. Daß der
Beklagte die Benachrichtigungszettel der Post in die
Hände bekommen hat, ist nicht dargetan. Der Vermerk "nicht
angenommen" auf dem ersten Brief läßt ebenfalls nicht ohne
weiteres den Schluß zu, daß der Beklagte selbst sich ge-
weigert hat, den Brief in Empfang zu nehmen. Auf dem zwei-
ten Brief fehlt ein derartiger Vermerk überhaupt. Solange
die Möglichkeit offenbleibt, daß der Beklagte von der Be-
nachrichtigung keine Kenntnis erhalten hat, kann aus der
Unterlassung der Abholung auch nicht darauf geschlossen
werden, daß er die Annahme der Briefe verweigert hat.

d) Das Berufungsgericht sieht in dem Aufschütten der
Wannen ein sicheres Beweisanzeichen dafür, daß der Be-
klagte nicht mehr den Willen gehabt habe, die Kegelbahn-
einrichtungen abzunehmen; eine so kostspielige Maßnahme
wäre sonst wirtschaftlich nicht sinnvoll gewesen. Der
Beklagte hatte dazu in seinem Schriftsatz vom 19. Januar
1962 S. 5 behauptet und unter Beweis gestellt, die Auf-
schüttung der 5 ausgehobenen Wannen hätte wieder leicht
rückgängig gemacht werden können. Er rügt die Übergehung
dieses Beweisantrags.

Diese Rüge ist nicht begründet, denn der Beklagte
hat seinen Beweisantrag in der Berufungsinstanz nicht
wiederholt und das Berufungsgericht war deshalb auch nicht
gehalten, darauf noch einzugehen (BGHZ 35, 103).

Doch kommt es darauf entscheidend nicht an, da jedenfalls nicht ersichtlich ist, daß das Berufungsgericht allein auf den Umstand, daß der Beklagte die Wannen wieder hat auffüllen lassen, schon die Feststellung begründet hätte, der Beklagte habe sich endgültig und für den Kläger erkennbar von seinen Vertragspflichten losgesagt.

3.) Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben, ohne daß noch auf die weiteren Revisionsrügen des Beklagten eingegangen zu werden braucht. Da noch weitere Aufklärungen erforderlich sind, ist die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Diese wird erforderlichenfalls auch noch auf die Frage der "Annullierungsklausel" einzugehen haben.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht zu überlassen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer