

2081 080

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 57/66

URTEIL

Verkündet am

30. September 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Emil K [REDACTED], F [REDACTED],
C [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED]-Plastik-GmbH i.L., gesetzlich vertreten
durch ihren Liquidator Hermann B [REDACTED], K [REDACTED]
über H [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, 12. Zivilsenat in Darmstadt, vom 25. November 1965 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 9. August 1961 bestellte die Fa. N [REDACTED] KG bei der Beklagten 200 Stück PVC-Bälle in Sonderausführung, mit 30 x 30 x 35 mm großem Gewinde, Größe ca 144 mm Ø, Gewicht ca 145 g, Lieferzeit ca 10 Tage, zum Stückpreis von 1,25 DM, also für insgesamt 250 DM.

Die Bälle waren für ein neuartiges Spiel- und Sportgerät "RABA-Raketenball" bestimmt, mit dessen Entwicklung und Vertrieb der Kaufmann H [REDACTED] die N [REDACTED] betraut hatte.

- 3 -

Am 18. August 1961 lieferte die Beklagte 33 Bälle. Diese wichen von der Bestellung in zwei Punkten ab. Sie hatten ein längeres Gewinde (40 mm statt 35 mm) und am Ende des Gewindes einen Metallnippel, um das Durchstecken eines Haltestifts zu ermöglichen. Diese Änderungen hatten - im Einverständnis der M - H und der technische Leiter des Zweigwerks S der Beklagten, B, erarbeitet, um ein Herausspringen der Bälle aus der Halterung zu verhindern.

Als die Beklagte am 22. August 1961 erfuhr, daß Haberle, zu dem nach ihrer Behauptung auf Grund früherer Geschäftsbeziehungen schwere Spannungen bestanden, in ihrem Zweigwerk S ein- und ausgegangen sei und die Herstellung der Bälle maßgeblich beeinflusst habe, entließ sie B fristlos, erteilte H Hausverbot und stellte die weitere Produktion der Bälle ein. Das teilte sie am 23. August 1961 der M mit. Diese bestand jedoch auf Lieferung und setzte mit Schreiben vom 31. August 1961 dafür eine Nachfrist von 10 Tagen. Die Beklagte erklärte darauf am 1. September 1961 ihre Bereitschaft, 100 Stück noch in S befindliche Bälle, sowie weitere 57 Stück "mit anscheinend kurzem Gewinde", sofort an die N zu versenden. Die N antwortete jedoch am 13. September 1961, sie könne die Bälle "in der jetzigen Verfassung" nicht abnehmen, da sie so nicht verwendbar seien. B habe sie durch eine kleine Nacharbeit verwendbar machen wollen, doch sei durch seine Entlassung alles ins Stocken geraten. Auch die 57 Stück mit kurzem Gewinde gehörten zu den oben erwähnten 100 Stück.



Nachdem die N [REDACTED] am 22. September 1961 nochmals eine Nachfrist von 3 Tagen zur Lieferung gesetzt sowie mit Schreiben vom 11. Oktober 1961 Aufklärung über die "Hintergründe" gefordert und die Bereitschaft zu einer "offenen, freundlichen Aussprache" erklärt hatte, ließ die Beklagte am 13. Oktober 1961 durch ihren Anwalt antworten, sie stehe jederzeit nach vorheriger Terminvereinbarung zu einer gütlichen Aussprache zur Verfügung. Die N [REDACTED] erwiderte am 21. Oktober 1961, sie werde von dem Angebot der Beklagten zu einer Aussprache, "falls erforderlich, gerne Gebrauch machen". Zu der Aussprache kam es jedoch nicht. Die restlichen Bälle wurden nicht geliefert.

Der Kläger, der sich die Ansprüche von N [REDACTED] und H [REDACTED] hat abtreten lassen, hat mit der Klage von der Beklagten Schadensersatz in Höhe von 20.000 DM nebst Zinsen gefordert. Er hat behauptet, die Beklagte habe es infolge ihres Lieferverzugs verschuldet, daß das "RABA-Gerät" sich auf dem Markt für Spielwaren und Sportartikel nicht habe einführen lassen, daß die für seine Entwicklung und Einführung gemachten Aufwendungen verloren seien und daß ein hoher Gewinn entgangen sei.

Die Beklagte hat eingewandt, nicht sie habe die Lieferung, sondern die N [REDACTED] habe die Abnahme weiterer Bälle - in der ursprünglich vereinbarten und allein geschuldeten Ausführung - verweigert. Sie (Beklagte) sei nicht verpflichtet gewesen, die Bälle in der von H [REDACTED] und B [REDACTED] entwickelten geänderten Ausführung zu liefern, insbesondere nicht zum Preis von nur 1,25 DM/Stück; denn die Änderungen hätten einen Mehrpreis von 9 % = 1,36 DM/Stück gerechtfertigt. B [REDACTED] sei von ihr nicht bevollmächtigt gewesen, mit der N [REDACTED] eine Vertragsabänderung zu vereinbaren.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt aus: Nach dem Liefervertrag vom 9. August 1961 sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, der N. Bälle in der von dieser zuletzt geforderten Ausführung (mit längerem Gewinde und mit Nippel) zu liefern. Aus der genauen Preiskalkulation der Beklagten bei den Vorverhandlungen habe die N. entnehmen müssen, daß die Beklagte nur zur Lieferung von Bällen bereit gewesen sei, deren Ausführungsart zu einem bestimmten Preis vorher genau festgelegt gewesen sei. Angesichts der kleinen Zahl und des genauen Stückpreises habe die Beklagte sich nicht ohne Vertragsänderung auf die gewünschten Änderungen der Ausführung einzulassen brauchen, zumal diese sowohl eine Erhöhung der Fertigungskosten als auch eine Erschwerung in der Herstellung zur Folge gehabt haben würden. Zu einer Vertragsänderung sei es aber nicht gekommen; B. habe dazu weder Vollmacht noch Anscheinsvollmacht gehabt.

Die dagegen erhobenen Rügen sind nicht begründet:

1) Die Revision meint, die Beklagte hätte sich nach Treu und Glauben auf die gewünschten verhältnismäßig geringfügigen Änderungen einlassen müssen, hätte allerdings dafür unter Umständen auch einen angemessenen Mehr-

preis fordern dürfen. Sie hätte aber die weitere Ausführung des Auftrags erst ablehnen dürfen, wenn die N[REDACTED] die Zahlung eines Mehrpreises abgelehnt hätte.

Die Revision übersieht, daß nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt die Beklagte eine endgültige Erfüllungsweigerung nicht ausgesprochen hat.

a) Nach der Bekundung des Zeugen N[REDACTED] sen. von der Fa. N[REDACTED] hat der Prokurist W[REDACTED] der Beklagten ihm allerdings (in der Besprechung vom 23. August 1961) gesagt, "er (W[REDACTED]) habe angeordnet, daß nicht geliefert werden dürfe". In der Folge hat die Beklagte diese starre Haltung aber nicht beibehalten, und die N[REDACTED] hat die Mitteilung vom 23. August 1961 auch noch nicht als endgültige Erfüllungsweigerung aufgefaßt, wie der Schriftwechsel zeigt.

b) Am 1. September 1961 hat nämlich die Beklagte der N[REDACTED] - auf deren Mahnung vom 31. August 1961 - Lieferung von 157 Bällen in der ursprünglichen Ausführung angeboten. Die Antwort der N[REDACTED] vom 13. September 1961 durfte das Berufungsgericht als eine Ablehnung der Entgegennahme von Bällen in der ursprünglichen Ausführung auffassen.

c) Auch auf die weiteren Briefe der N[REDACTED] vom 22. September und 11. Oktober 1961 hat die Beklagte sich nicht etwa schlechthin ablehnend verhalten, sondern sich am 13. Oktober 1961 zu einer gütlichen Aussprache bereit erklärt. Die N[REDACTED] hat davon aber keinen Gebrauch gemacht. Sie hat es sich daher selbst zuzuschreiben, daß eine Klärung der Frage unterblieben ist, ob die Beklagte bereit war, zu angemessenem höherem Preise zu liefern

oder ob sie zur weiteren Erfüllung des Liefervertrages keinesfalls mehr bereit war. Diese Unklarheit geht zu Lasten des Klägers, der die Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruches beweisen muß.

d) Bei dem festgestellten Sachverhalt gereicht es der Beklagten nicht zum Vorwurf, daß sie nicht der N. gegenüber mit der Forderung nach einem höheren Preis hervortrat, sondern sich abwartend verhielt. Es wäre Sache der N. gewesen, von sich aus ihre Bereitschaft zur Zahlung eines etwaigen höheren Preises zu erklären. Denn sie mußte auch ohne Hinweis der Beklagten damit rechnen, daß die gewünschte Änderung der Ausführung Mehrkosten verursachte. Die Beklagte dagegen konnte auf Grund des Schriftwechsels der Auffassung sein, die N. verlange die Lieferung der geänderten Ausführung zum alten Preis. Darauf brauchte sich die Beklagte aber nicht einzulassen, wie auch die Revision einräumt.

e) Aus den oben genannten Gründen kam die Beklagte keinesfalls in Lieferverzug, solange die N. sich nicht bereit erklärt hatte, einen angemessenen höheren Preis für die geänderte Ausführung zu zahlen. Erst wenn das geschehen wäre, könnte sich die von der Revision aufgeworfene Frage erheben, ob die Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, auf ein derartiges Angebot der N. zur Vertragsabänderung einzugehen.

2) Die Ansicht des Betriebsleiters B., er habe "die Änderungen als noch im Rahmen des erteilten Auftrags liegend angesehen", brauchte sich das Berufungsgericht nicht zu eigen zu machen. Es war auch nicht genötigt, aus den von B. bekundeten Äußerungen des Prokuristen W.

der Beklagten, er (B[REDACTED]) solle sich mit der N[REDACTED] in Verbindung setzen und die Angelegenheit besprechen, sowie, er (B[REDACTED]) solle zusehen, wie er "zu Rande komme", eine Vollmacht B[REDACTED] zur Vereinbarung einer entsprechenden Vertragsänderung zu entnehmen. B[REDACTED] selbst hat nämlich bekundet, er habe von der Beklagten keine Vollmacht zu Vertragsabschlüssen und -änderungen gehabt.

Das Berufungsgericht brauchte B[REDACTED] auch nicht als Zeugen darüber zu vernehmen, daß die von der N[REDACTED] gewünschten Änderungen "leicht vorzunehmen" gewesen seien. Damit war die Bekundung des Zeugen K[REDACTED], der das Berufungsgericht gefolgt ist, nicht zu widerlegen, daß die Änderungen sowohl höhere Fertigungskosten als auch eine schwierige Herstellung bedingten.

3) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Anscheinsvollmacht lassen keinen Rechtsfehler erkennen, werden auch von der Revision nicht angegriffen.

4) Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Vogt

Rietschel

Finke

Meyer