

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 5/65 und 9/65

URTEIL

Verkündet am
29. Juni 1967
Jodas
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Im- und Export Alfons R [REDACTED] KG., R [REDACTED],
D [REDACTED] Str. [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Alfons R [REDACTED],
2. des Kaufmanns Alfons R [REDACTED], R [REDACTED], D [REDACTED]
Str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]

gegen

den Ingenieur Erich H [REDACTED], B [REDACTED],
B [REDACTED] Str. [REDACTED]/[REDACTED],

Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Beklagten gegen die Urteile des 1. a Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 21. Oktober 1964 - 1 a U 194/63 und 100/64 - werden zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revisionen zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat auf Grund eines schriftlichen Angebots des Klägers vom 1. Februar 1962 am 15. März 1962 bei diesem Automaten zum Füllen von Batterien bestellt. Auf den Preis von 215.597 DM sollte die Beklagte bei Auftragserteilung eine Anzahlung von 70.000 DM leisten. Liefertermin war der 31. Dezember 1962.

Da die Beklagte trotz mehrerer Mahnungen die Anzahlung nicht leistete, setzte der Kläger ihr mit Schreiben vom 24. August 1962 eine Nachfrist bis zum 31. August 1962 mit der Androhung, nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Auch daraufhin hat die Beklagte nicht gezahlt.

Der Kläger hat zunächst einen Teilbetrag von 10.000 DM des ihm angeblich entstandenen Schadens und in einem zweiten Rechtsstreit weitere 15.000 DM dieses Schadens eingeklagt.

Die Beklagten haben geltend gemacht: Der Kläger sei von vornherein nicht in der Lage gewesen, die Automaten nebst einer Kohlenbeutelpresse, zu deren Beschaffung er sich zusätzlich mündlich verpflichtet habe, zu liefern. Ferner hätten sie erst nach Vertragsschluß erfahren, daß die finanziellen Verhältnisse des Klägers sehr schlecht seien. Da er keine Bankbürgschaft habe beibringen können, seien ihre Bemühungen, das Geschäft zu finanzieren, gescheitert. Unter diesen Umständen sei ihre Vorleistungspflicht entfallen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Beklagten in beiden Verfahren nach dem Klageantrag verurteilt.

Mit ihren Revisionen verfolgen die Beklagten den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet, die Revisionen zurückzuweisen. Der Senat hat gemäß § 147 ZPO die beiden Verfahren miteinander verbunden:

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger habe in seinem Angebotsschreiben vom 1. Februar 1962 und nach der Bekundung des Zeugen H. auch bei den Vertragsverhandlungen am 15. März 1962 erklärt, eine Kohlenbeutelpresse könne er nicht liefern. Die ihm bestellten Maschinen hätte er nach der Aussage des Zeugen B. liefern können. Der Vertrag sei daher nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen.



Die Revisionen rügen, das Berufungsgericht habe den von den Beklagten vorgelegten Brief des Zeugen B. vom 10. Juli 1962 übersehen, in dem dieser den Beklagten mitgeteilt habe, es sei unmöglich, einige Maschinen sofort, 60 % im Dezember und den Rest im März 1963 zu liefern. Da der Kläger die Aufträge auf Lieferung von Batteriemaschinen nach der Bekundung von B. an dessen Firma weiterzugeben pflegte, habe er hiernach auch seine Lieferfrist gegenüber der Beklagten nicht einhalten können. Gegebenenfalls hätte das Berufungsgericht, wie in der Berufungsbegründung beantragt, B. darüber vernehmen müssen, daß der Kläger nicht in der Lage gewesen sei, die von der Beklagten bestellten Maschinen zum 31. Dezember 1962 zu liefern.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Die Beklagten haben zunächst behauptet, der Kläger sei von Anfang an nicht imstande gewesen, die Automaten zu liefern, weil er das ausschließliche Recht zu deren Lieferung der Firma B. eingeräumt habe. Branz hat hierzu als Zeuge zwar bekundet, der Kläger habe ihm nach einer mündlichen Absprache vor 10 oder 15 Jahren Aufträge zur Lieferung von Batteriemaschinen übergeben; ferner hat er aber auch ausgesagt, der Kläger sei, soweit er wisse, in der Lage gewesen, die von der Beklagten bestellten Automaten zu liefern.

In der Berufungsbegründung vom 14. November 1963 haben die Beklagten lediglich vorgetragen, der Kläger habe sich verpflichtet, eine komplette Maschinenanlage zur vollständigen Herstellung von Taschenlampenbatterien zu liefern, dazu sei er nicht in der Lage gewesen. Hierfür haben sie durch Vorlegung des Schreibens B. vom 10. Juli 1962 und durch dessen Benennung als Zeugen Beweis angetreten.

Das Berufungsgericht brauchte aber aus dem vorgeannten Schreiben, in dem nicht näher angegeben ist, was für Maschinen gemeint sind, nicht zu entnehmen, daß der Kläger entgegen der Bekundung von B. bei seiner Zeugenvernehmung in der ersten Instanz die ihm von der Beklagten bestellten Automaten nicht fristgerecht hätte liefern können, zumal die Beklagten das Schreiben nur zum Beweis dafür vorgelegt haben, daß der Kläger keine komplette Maschinanlage hätte liefern können. Der Vortrag der Revisionen, aus dem Schreiben B. ergebe sich, daß der Kläger die ihm in Auftrag gegebenen Maschinen nicht fristgerecht hätte liefern können, ist neu und daher in dieser Instanz unzulässig. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich nicht zur Lieferung einer kompletten Anlage, insbesondere auch einer Kohlenbeutel-presse, verpflichtet, haben die Beklagten sich in den Revisionsbegründungen nicht mehr gewandt.

Das Berufungsgericht hatte unter diesen Umständen auch keinen Anlaß, den bereits vom Landgericht gehörten Zeugen B. nochmals zu vernehmen. Dieser war in der Berufungsinstanz ebenfalls nicht dafür benannt, daß dem Kläger eine fristgerechte Lieferung der ihm bestellten Maschinen nicht möglich gewesen wäre. Daß der Kläger überhaupt liefern konnte, durfte das Berufungsgericht der Aussage B. entnehmen. Es hat daher ohne Rechtsverstoß ein Unvermögen des Klägers zur Leistung verneint.

2. Das Berufungsgericht hat ferner auf Grund der Beweisaufnahme die Behauptung der Beklagten als nicht bewiesen angesehen, der Kläger habe sich in einer schlechten, die von ihm zu erbringende Gegenleistung gefährdenden Vermögenslage befunden. Es hat deshalb unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt (§§ 321, 610, 119, 123, 242 BGB) die Be-

klagte als berechtigt angesehen, die von ihr vertraglich übernommene Vorleistung zu verweigern.

Auch insoweit rügen die Revisionen zu Unrecht die Nichtberücksichtigung von Vorbringen und Beweiserbieten der Beklagten.

a) Auf den Beweisantrag im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 5. Januar 1963 können sie sich schon deshalb nicht berufen, weil dieser im Berufungsverfahren nicht wiederholt worden ist (BGHZ 35, 103, 106). Im übrigen hat das Landgericht den Zeugen W. bereits vernommen. Das Berufungsgericht konnte aus dessen Bekundungen entnehmen, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers zu der in Betracht kommenden Zeit jedenfalls bei Berücksichtigung der der Beklagten nach dem Vertrag obliegenden Vorleistungspflicht die ordnungsmäßige Erfüllung des Vertrages durch den Kläger nicht gefährdeten. Sicherungsübereignungen an die Bank wegen von dieser gewährter Kredite schlossen diese Annahme nicht aus.

b) Auch die von den Beklagten vorgelegte Auskunft über den Kläger brauchte das Berufungsgericht nicht zu einer anderen Auffassung zu bringen. In dieser heißt es, über die Höhe eventueller Bankkredite und Lieferantenverpflichtungen liege Zahlenmaterial nicht vor. Allein die Angabe "Höchstkredit 10.000 DM" besagt deshalb nichts Eindeutiges über die Vermögensverhältnisse des Klägers. Im übrigen datiert die Auskunft vom Mai 1963, also einem wesentlich späteren Zeitpunkt.

c) Das Berufungsgericht konnte auch ohne Verstoß gegen § 286 ZPO die Behauptung der Beklagten als unwesentlich ansehen, daß der Kläger sie mit Schreiben vom 22. März 1962 ersucht habe, ihre Zahlung nicht an die Bezirksspar-

kasse B [REDACTED], seine Bank, sondern unmittelbar an ihn durch Scheck zu leisten. Der daraus entnommene bloße Verdacht, der Kläger habe damit verhindern wollen, daß die Sparkasse die bei ihr eingehende Zahlung der Beklagten mit ihrer Forderung gegen ihn verrechne, machte es der Beklagten noch nicht unzumutbar, die versprochene Anzahlung zu leisten.

d) Die Revisionen können auch nichts zugunsten des Klägers daraus herleiten, daß er und die Bezirkssparkasse B [REDACTED] die Abgabe einer Garantieerklärung abgelehnt haben. Der Kläger war dazu nach dem Vertrage nicht verpflichtet. Das Berufungsgericht brauchte daraus nicht zu schließen, der Kläger werde, auch wenn die Beklagte die vereinbarten Zahlungen leiste, seine Gegenleistung nicht bewirken können.

e) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum dem Schreiben der Beklagten vom 7. April 1962 entnommen, daß Zahlungsschwierigkeiten auf ihrer Seite der wirkliche Grund für ihre Säumnis gewesen sind. Die Revisionen haben gegen diese Würdigung des Schreibens der Beklagten nichts vorzubringen vermocht.

3. Auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts in seinen beiden Urteilen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Es braucht auf sie nicht näher eingegangen zu werden, weil insoweit keine Rügen erhoben worden sind.

4. Die Revisionen der Beklagten sind demnach mit
Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke