

BUNDESGERICHTSHOF

2035 038

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 8/67

URTEIL

Verkündet am

27. Februar 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der unbekannten Erben des am 22. August 1967 verstorbenen
Ingenieurs Kurt J [REDACTED], zuletzt wohnhaft in
O [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED] A, vertreten durch den Nach-
laßpfleger Stadtammann Ernst K [REDACTED], O [REDACTED], L [REDACTED]

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hugo S [REDACTED], Brennstoff-, Eisen- und
Schiffahrtsgesellschaft, M [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den alleinvertretungsberechtig-
ten persönlich haftenden Gesellschafter, Kaufmann Otto
S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt, Dr. Schubath und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 2. Dezember 1966 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte gemäß ihrer schriftlichen Auftragsbestätigung vom 2. August 1962 den ursprünglichen Beklagten, dessen Erben die jetzigen Beklagten sind, damit, gegen eine Vergütung von 13.588 DM eine Kugelschleudergießmaschine zur Herstellung von Mahlkugeln aus Gußeisen und Stahlguß zu konstruieren und deren Bau durch eine andere Firma zu beaufsichtigen. In der Auftragsbestätigung heißt es u. a.:

"... Ihr Vertrag mit der (Hersteller-)Firma ist so abzuschließen, daß wir von dieser direkt Schadensersatz für den Fall verlangen können, daß unser peruanischer Abnehmer wegen verspäteter oder mangelhafter Lieferung von uns Schadensersatz verlangt.

.....
Sie haben mit dem von Ihnen beauftragten Herstellerwerk einen Vertrag abzuschließen, in dem dieses Werk sich verpflichtet, uns den Schaden zu ersetzen, den unser peruanischer Abnehmer aus einer Unmöglichkeit der Vertragserfüllung wegen gescheiterter Abnahme gegen uns geltend macht. Das Herstellerwerk muß sich gleichfalls Ihnen gegenüber verpflichten, uns Schadensersatz für entgangenen Gewinn zu leisten."

In der Folge erörterten die Parteien, welche Firma mit der Herstellung der Maschine betraut werden sollte. Unter anderen war auch die Fa. R. [REDACTED] & Co, LI [REDACTED], in Aussicht genommen. In diesem Zusammenhang schrieb der Beklagte an die Klägerin am 25. Januar 1963 u. a.:

"Ferner habe ich die Hersteller darauf hingewiesen, daß ich mit ihnen (den Herstellern) nach erfolgter Auftragserteilung durch die (Klägerin) einen Vertrag abschließen müßte. Dieser Vertrag hätte vorzusehen, daß, wenn die Maschine ihre Aufgabe nicht erfüllte, der Schaden aus meiner Versicherung gedeckt würde

.....
Sollte die Maschine die Abnahmebestimmungen nicht erfüllen und auch durch in angemessener Frist durchgeführte Änderungen die Bedingungen nicht erreicht werden, so bin ich verpflichtet, aus meiner Vermögenshaftpflichtversicherung den Schaden zu ersetzen."

Am 29. Januar 1963 erteilte die Klägerin der Fa. LI [REDACTED] den Auftrag zur Herstellung der Maschine. In dem Auftragsschreiben heißt es u. a.:

"Kann [REDACTED] die Maschine mangels Abnahme aus konstruktiven Gründen von uns nicht übernommen werden, so tritt (der Beklagte) Ihnen gegenüber für den Herstellungspreis von DM 104.900 ein. Für diesen Fall erklärt (der Beklagte) durch eine Vermögenshaftpflichtversicherung gedeckt zu sein.



.....

Wir machen darauf aufmerksam, daß laut unseren Vereinbarungen mit (dem Beklagten) der Abschluß eines zusätzlichen Vertrages zwischen Ihnen und (dem Beklagten) vorgesehen ist hinsichtlich des Konstruktionsrisikos, der Bauaufsicht und der Probelaufaufsicht,"

Ein Vertrag zwischen dem Beklagten und der Fa. LI [REDACTED] wurde nicht abgeschlossen.

Die Fa. LI [REDACTED] stellte die Maschine her. Ein Probelauf, der Mitte 1963 in Deutschland stattfand, schlug fehl. Darauf sandte die Klägerin die Maschine in allseitigem Einverständnis an ihren Abnehmer nach Peru und ließ sie dort unter Aufsicht des Beklagten aufstellen und Anfang 1964 erneut zur Probe laufen.

Dabei zeigte sich, daß die mit der Maschine hergestellten Kugeln Luftteinschlüsse (Lunker) hatten, welche die Kugeln für den vorgesehenen Zweck unbrauchbar machten. Der Kunde der Klägerin lehnte nunmehr die Abnahme der Maschine endgültig ab. Sie blieb in Peru stehen.

Die Klägerin hält die Maschine für eine Fehlkonstruktion. Gestützt auf eine angebliche "Garantie" des Beklagten hat sie mit der Klage von ihm u. a. Schadensersatz gefordert in Höhe von 86.748,43 DM nebst 5 % Zinsen. Der Betrag setzt sich wie folgt zusammen:

entgangener Gewinn	63.412,-- DM
Konstruktionskosten	9.512,-- DM
halbe Kosten für den Flug des Beklagten nach Peru (vgl. Schreiben der Klägerin vom 8. Juli 1963)	1.972,50 DM
Zollkosten für die Einfuhr der Maschine nach Peru ("Nationalisierungskosten")	<u>11.851,93 DM</u>
zusammen	86.748,43 DM.

Die beiden Haftpflichtversicherungen des Beklagten lehnten eine Deckung dieses Schadens ab, weil es sich um mittelbaren und im Ausland entstandenen Schaden handele.

Der Beklagte hat gegenüber der Klage u. a. eingewandt, ihn treffe kein Verschulden am anfänglichen Mißlingen der Neukonstruktion, er hafte nur für unmittelbaren Schaden; die Klägerin treffe ein Mitverschulden. Er hat sich weiter auf Verjährung berufen und hat ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Landgericht hat - unter Abweisung der Klage im übrigen- den Beklagten zur Zahlung von 74.896,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. März 1965 verurteilt.

Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Beklagte hat vollständige Klageabweisung beantragt. Die Klägerin hat mit ihrer Anschlußberufung die Verurteilung des Beklagten auch in Höhe der vom Landgericht abgewiesenen 11.851,93 DM nebst Zinsen begehrt, sowie wegen des vom Landgericht ebenfalls abgewiesenen 1 % Zinsen seit dem 20. März 1965 von dem (zuerkannten) Betrage von 74.896,50 DM.

Das Oberlandesgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Dagegen richtet sich die Revision der jetzigen Beklagten, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, mit dem Ziel vollständiger Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe der Klägerin kein "selbständiges Garantieverprechen" gegeben. Diese tatrichterliche Würdigung beschwert den Beklagten nicht und wird von der Revision nicht angegriffen; sie läßt im übrigen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

Das Berufungsgericht hält aber den Beklagten deswegen für schadenersatzpflichtig, weil er schuldhaft der Klägerin gegenüber eingegangene vertragliche Nebenpflichten verletzt habe (positive Vertragsverletzung).

I. Es sieht eine schuldhafte Vertragsverletzung des Beklagten darin, daß er es unterlassen hat, einen Vertrag mit der Firma LI [REDACTED] abzuschließen. Der Beklagte sei der Klägerin vertraglich verpflichtet gewesen, durch einen solchen Vertrag dafür zu sorgen, daß die Klägerin gegen die Herstellerfirma einen unmittelbaren Anspruch auf Schadensersatz, und zwar auch des entgangenen Gewinns, erwerbe, wenn der Kunde der Klägerin die Maschine ablehnte.

Mindestens habe der Beklagte die Pflicht gehabt, zu versuchen, dieser seiner mit der Klägerin vereinbarten Pflicht nachzukommen. Falls die Herstellerfirma die in einer solchen Vereinbarung liegende zusätzliche Haftung nicht hätte übernehmen wollen, so hätte der Beklagte die Klägerin rechtzeitig darauf hinweisen müssen. Dieser hätte es danach "zugestanden", andere Vereinbarungen zu finden, die ihrem verständlichen Sicherungsbedürfnis in dieser Angelegenheit entsprochen hätten.

Mit Recht rügt die Revision, daß diese Begründung das Berufungsurteil nicht trägt.

1. Das Berufungsgericht führt aus, es brauche und könne nicht mehr nachgeprüft werden, ob die Fa. LI [REDACTED] sich auf einen Vertrag mit dem Beklagten des von der Klägerin gewünschten Inhalts eingelassen haben würde. Das Revisionsgericht muß daher unterstellen, daß die Firma LI [REDACTED] es abgelehnt haben würde, einen solchen Vertrag mit dem Beklagten abzuschließen. Dann aber läßt sich nicht feststellen, daß die Unterlassung des Beklagten für den Eintritt des mit der Klage geltend gemachten Schadens ursächlich geworden ist. Dafür trifft hier die Klägerin die Beweislast. Eine Umkehr der Beweislast (in entsprechender Anwendung des § 282 BGB) kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht.

Zudem fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, warum die Fa. LI [REDACTED] sich zu einer Haftung gegenüber der Klägerin für Konstruktionsmängel der Maschine hätte bereitfinden sollen. Die Konstruktion war nicht ihre Sache, sondern die des Beklagten.

Daß die Maschine Herstellungsmängel hätte, hat die Klägerin nicht behauptet. Im übrigen würde die Fa. LI [REDACTED] der Klägerin für solche Mängel ohnehin unmittelbar auf Grund des zwischen der Klägerin und ihr geschlossenen Vertrages über die Herstellung der Maschine haften. Für einen zwischen dem Beklagten und der Fa. LI [REDACTED] abzuschließenden Vertrag zu Gunsten der Klägerin (§ 328 BGB) bestand insoweit kein Bedürfnis.

2. Eine schuldhafte Vertragsverletzung des Beklagten sieht das Berufungsgericht weiter darin, daß der Beklagte nicht den Versuch zu einem Vertragsschluß mit der Fa. LI [REDACTED] gemacht hat.

Dabei muß nach dem oben zu 1 Gesagten unterstellt werden, daß ein solcher Versuch erfolglos geblieben wäre. Damit zeigt sich aber, daß auch diese angebliche Pflichtverletzung des Beklagten nicht ursächlich für den Schaden der Klägerin gewesen sein kann. Denn ein erfolgloser Versuch des Beklagten würde den Vertrag zwischen ihm und der Fa. LI [REDACTED] ebensowenig herbeigeführt haben wie die Unterlassung eines solchen Versuchs. Wegen der Beweislast gilt dasselbe wie oben zu 1.

3. Das Berufungsgericht sieht eine Vertragsverletzung des Beklagten weiter darin, daß er es unterlassen hat, die Klägerin von dem Nichtbestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und der Fa. LI [REDACTED] zu unterrichten.

Die Klägerin hat jedoch nichts vorgetragen, was die Feststellung ermöglichen würde, diese Unterlassung sei für den Schaden der Klägerin ursächlich geworden. Das Berufungsgericht hat in dieser Richtung auch nichts festgestellt. Seine Erwägung, der Klägerin "hätte es dann zugestanden, andere Vereinbarungen zu finden, die ihrem verständlichen Sicherungsbedürfnis in dieser Angelegenheit entsprochen hätten", ist unsubstantiiert und findet in dem Vortrag der Parteien und dem festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Allenfalls käme eine Haftung auf das negative Interesse in Betracht, falls die Klägerin bei rechtzeitiger Benachrichtigung durch den Beklagten vom Abschluß des Vertrages mit der Fa. LI [REDACTED] abgesehen haben würde, wozu das Berufungsgericht aber bisher nichts festgestellt hat.

II. Das Berufungsgericht sieht eine weitere schuld-
hafte Vertragsverletzung des Beklagten darin, daß er es
unterlassen habe, eine ausreichende Vermögenshaftpflicht-
versicherung abzuschließen, durch die auch der mittelbare
und Auslandsschaden der Klägerin gedeckt worden wäre.

Der Beklagte hatte demgegenüber geltend gemacht,
er habe nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen der
Haftpflichtversicherer nur einen Vertrag über die Deckung
des unmittelbaren Schadens abschließen können.

1. Das Berufungsgericht meint, dieser Vortrag sei
unerheblich. Das ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Das Vorbringen des Beklagten ist dahin zu verstehen,
daß ihm die Erweiterung seiner Haftpflichtversicherung auf
den von der Klägerin gewünschten Umfang ohne Verschulden
unmöglich gewesen sei.

Das Berufungsgericht hat keinen Sachverhalt festgestellt,
aus dem sich die Unrichtigkeit dieser Verteidigung des Be-
klagten ergäbe. Das Revisionsgericht muß daher unterstellen,
daß sie richtig ist. Konnte sich der Beklagte aber in dem
gewünschten Umfange nicht versichern, so kann seine Unter-
lassung, im Rahmen der von ihm abgeschlossenen Haftpflicht-
versicherung für eine Risikodeckung in dem von der Klägerin
gewünschten Umfang zu sorgen, keine schuldhafte positive
Vertragsverletzung gegenüber der Klägerin sein.

2. Eine Vertragsverletzung des Beklagten könnte
dann allenfalls darin liegen, daß er die Klägerin nicht
von der Unmöglichkeit der erstrebten Risikodeckung durch
eine Haftpflichtversicherung alsbald benachrichtigt hat.

Auch insoweit fehlt es aber an jeder Darlegung der Klägerin, daß diese Unterlassung für ihren Schaden ursächlich geworden wäre. Das wäre nur dann der Fall, wenn, auf die Benachrichtigung durch den Beklagten hin, die Klägerin den Schaden durch andere Maßnahmen hätte abwenden können und abgewandt haben würde oder den Vertrag über die Herstellung der Maschine mit der Fa. LI [REDACTED] überhaupt nicht abgeschlossen hätte. Im letzteren Falle würde aber nur der Ersatz des negativen Interesses in Betracht kommen, wie bereits oben zu I 3 ausgeführt ist.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil schon aus den oben dargelegten Gründen keinen Bestand haben. Auf die sonstigen Revisionsrügen kommt es somit nicht mehr an.

Die Sache bedarf weiterer tatrichterlicher Aufklärung. Sie ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Rietschel

Erbel

Vogt

Dr. Schubath

Schmidt