

Verkündet am 19. November 1955
Majessa, Justizsekretär als
Urundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

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

In dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] D [REDACTED] GmbH in M [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführerin Frau Gertrud
B [REDACTED] in F [REDACTED], T [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED].

gegen

1. den Kaufmann Bruno P [REDACTED], als Inhaber der Drahtwaren-
fabrik Bruno P [REDACTED] in M [REDACTED] Krs. A [REDACTED],
2. seine Ehefrau Gerhardine P [REDACTED] geb. G [REDACTED],
beide wohnhaft in A [REDACTED], D [REDACTED],

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

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. November 1955 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar,
Hanebeck, Dr. Bode und Erbel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Olden-
burg vom 30. März 1953 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden der Beklagten auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger haben sich durch Vertrag vom 9. Mai 1952 verpflichtet, an die Beklagte 360 to Stacheldraht zu liefern. Nachdem es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten gekommen war, schlossen sie am 14. Juli 1952 in dem Verfahren 2 Q 17/52 vor dem Landgericht Aurich einen Vergleich, wonach die heutigen Kläger sich verpflichteten, ab 24. Juli 1952 mit der aufgestellten Maschine wöchentlich 8 to Stacheldraht an die heutige Beklagte zu liefern. Die Kläger übernahmen ferner die Verpflichtung, alles zu tun, um eine möglichst beschleunigte Aufstellung der zwei weiteren, bei der Firma D. [REDACTED] bestellten Spezialmaschinen zu gewährleisten. Spätestens drei Tage nach Aufstellung dieser Maschinen sollte die wöchentliche Produktion um je 8 to pro Maschine erhöht werden, so daß bei drei Maschinen wöchentlich mindestens 24 to zu liefern waren. Unabhängig davon, wann die weiteren Maschinen geliefert wurden, verpflichteten sich die Kläger, in jedem Falle ab 11. August 1952 wöchentlich 24 to zu liefern. Alle Risiken bezüglich der Lieferung, auch die Risiken höherer Gewalt, sollten zu Lasten der heutigen Kläger gehen.

Im Anschluß an diese Abreden haben die Parteien in dem Vergleich unter Nr 8 folgendes vereinbart:

"Kommen die Antragsgegner (jetzige Kläger) mit den oben aufgeführten wöchentlichen Lieferungen in Verzug, so ist die Antragstellerin (jetzige Beklagte) berechtigt, einen Sequester in den Betrieb der Antragsgegner (Kläger) einzusetzen und den Betrieb der Antragsgegner gegen Zahlung einer monatlichen Festpacht von 1500 DM für die Zeit des erteilten Auftrages zu übernehmen. Die Antragsgegner (Kläger) geben in diesem Falle den Betrieb an den von der Antragstellerin (Beklagten) bestellten Sequester heraus und unterwerfen sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung".

- 3 -

Die Beklagte ist der Auffassung, die Kläger seien mit der am 24. Juli 1952 fälligen Wochenlieferung von 8 Tonnen in Verzug geraten. Sie erwirkte am 25. Juli 1952 eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs und betrieb die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich, indem sie am 28. Juli 1952 einen von ihr beauftragten Sequester durch den Gerichtsvollzieher in den Betrieb der Kläger einsetzen und den Betrieb durch den Sequester fortführen ließ.

Die Kläger haben geltend gemacht, der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle habe die Vollstreckungsklausel nicht erteilen dürfen, weil es an den formellen Voraussetzungen des § 726 Abs 1 ZPO gefehlt habe; auch seien sie mit ihrer Leistung nicht in Verzug gewesen. Jedenfalls sei die zur Auslieferung der gesamten 360 to Stacheldraht vorgesehene Zeit bis zum 23. November 1952 abgelaufen, so daß der Betrieb schon aus diesem Grunde habe zurückgegeben werden müssen.

Die Kläger haben daher unter Berufung auf §§ 768 und 767 ZPO beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem vor dem Landgericht abgeschlossenen Vergleich vom 14. Juli 1952 für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie ist der Ansicht, die Vollstreckungsklausel habe ohne Nachweis des Verzuges erteilt werden dürfen. Da die Kläger am 25. Juli 1952 in Verzug gewesen seien, habe sie die Zwangsvollstreckung betreiben dürfen. Ferner hat die Beklagte vorgebracht, sie habe die Kapazität des Betriebes voll ausgenutzt und sei daher berechtigt, den Betrieb solange weiter zu führen, bis die gesamte im Vertrag vorgesehene Menge von 360 to hergestellt sei.



Das Landgericht hat durch Urteil vom 23. Dezember 1952 die "bisher von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich" für unzulässig erklärt, im übrigen die Klage jedoch abgewiesen. Es hat angenommen, daß die Kläger nicht in Verzug gewesen seien und hat daher der Klage nach § 768 ZPO stattgegeben. Dagegen hat es die Klage, soweit sie auf § 767 ZPO gestützt ist, für unbegründet gehalten.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Kläger hin der Urteilsformel folgende Fassung gegeben:

"Die im Auftrag der Beklagten am 28. Juli 1952 vorgenommene Zwangsvollstreckung auf Grund der Ziffer 8 des zwischen den Parteien am 14. Juli 1952 vor dem Landgericht in Aurich (2 A 17/52) abgeschlossenen Vergleichs ist vom Beginn des 23. März 1953 an unzulässig."

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie Abweisung der Klage erstrebt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Die Kläger haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt, daß sie ihre Ansprüche in erster Linie auf § 767 ZPO und nur hilfsweise auf § 768 ZPO stützen wollen, weil ihnen an einer Entscheidung über die Aufhebung

der Zwangsvollstreckung liege, ohne daß es ihnen auf die genaue Festlegung eines etwa zurückliegenden Tages ankomme, an dem bereits die Zwangsvollstreckung habe aufgehoben werden müssen oder können. Das Berufungsgericht hat daher dahingestellt sein lassen, ob die Kläger bei Beginn der Zwangsvollstreckung in Verzug waren und ob die Zwangsvollstreckung damals zulässig war. Es hat sich vielmehr auf die Prüfung beschränkt, ob die von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung am Tage der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsrechtszuges - 23. März 1953 - noch zulässig war. Das hat das Berufungsgericht verneint. Da die Kläger keine Revision eingelegt haben, ist auf die Revision der Beklagten vom erkennenden Senat nur zu prüfen, ob das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, daß die Zwangsvollstreckung zumindest von Beginn des 23. März 1953 an unzulässig war. Ob sie wegen fehlenden Verzuges von Anfang an unzulässig war, kann im Revisionsrechtszug auch deshalb nicht untersucht werden, weil es hierzu an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlt.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich sei mit Beginn des 23. März 1953 unzulässig gewesen, weil die Beklagte die ihr zustehende Vertragsleistung von 360 to Stacheldraht bis zu diesem Zeitpunkt in dem Betrieb der Kläger habe herstellen können. Es hat die im Vergleich unter Nr 8 getroffene Abrede, die Beklagte dürfe bei Verzug der Kläger deren Betrieb "für die Zeit des erteilten Auftrages" übernehmen und durch einen Sequester verwalten lassen, rechtsirrtumsfrei dahin ausgelegt, daß dieser Zustand nur so lange habe aufrechterhalten werden dürfen, als es erforderlich gewesen sei, um im Betrieb der Klä-

ger 360 to Stacheldraht herzustellen. Das Berufungsgericht hat hierbei mit Recht hervorgehoben, daß die Beklagte verpflichtet gewesen sei, alle Maßnahmen zu treffen, die möglich und geeignet gewesen seien, die Herstellung des Stacheldrahts zu beschleunigen.

Auf dieser Grundlage, die auch von der Revision nicht beanstandet wird, ist das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangt, daß die vertraglich vorgesehene Menge von 360 to Stacheldraht bis zum 23. März 1953 im Betrieb der Kläger habe hergestellt werden können. Das ist eine tatsächliche Feststellung, die im Revisionsrechtszug nur in beschränktem Maße angegriffen werden kann. Was die Revision gegen diese Feststellung vorbringt, sind zum Teil unzulässige Angriffe gegen die Beweiswürdigung, zum Teil Verfahrensrügen, die nicht begründet sind.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Feststellung, die Beklagte habe die 360 to Stacheldraht bis zum 23. März 1952 herstellen können, davon ausgegangen, daß die Kläger diese Menge Stacheldraht nach dem Vergleich spätestens bis zum 22. November 1952, also vier Monate früher hätten herstellen und liefern müssen (2 1/2 Wochen je 8 to und 15 Wochen je 24 to : 368 to). Es hat der Beklagten zugute gehalten, daß sie die Maschinen nicht voll habe ausnutzen können, kommt aber auf Grund der eigenen Angaben der Beklagten zu dem Ergebnis, daß sie eine Durchschnittsleistung von wöchentlich 500 Rollen oder 12 to Stacheldraht habe erbringen können. Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 16. Februar 1953 erklärt, der Vertrag über 15000 Rollen sei bis zur Höhe von etwa 13000 Rollen bereits abgewickelt und es sei damit zu rechnen, daß in spätestens vier Wochen bei ungestörter Produktion

die restlichen 2000 Rollen abgewickelt werden könnten. Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, ist die Beklagte selbst von einer durchschnittlichen Wochenproduktion von 500 Rollen ausgegangen. Sie hat ferner in ihrer Berufungsbeurteilung vom 23. Februar 1953 erklärt, die wöchentliche Produktion betrage bei voller Ausnutzung der Seilbahnen im Höchstfalle 12 bis 14 to. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Bei einem Gesamtgewicht von 360 to der zu liefernden 15000 Drahtrollen entsprächen 500 Rollen einem Gewicht von 12 to. Wenn die Beklagte auch angegeben habe, daß im Höchstfalle 12 bis 14 to hergestellt werden könnten, so könne doch der geringste von ihr angegebene Satz von 12 to zugrunde gelegt werden, dies umso mehr als die Beklagte auch am 16. Februar 1952 mit der Angabe einer Frist von vier Wochen für die Herstellung der restlichen 2000 Rollen selbst die Möglichkeit dieser Leistung zugegeben habe. Schließlich hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung auch den Schriftsatz der Beklagten vom 21. März 1953 verwertet, in dem die Beklagte angegeben hat, die Fertigstellung des Auftrages stehe unmittelbar vor dem Abschluß; den Arbeitern des Betriebes sei bereits am 20. März 1953 mit der Lohnauszahlung zum nächst zulässigen Termin gekündigt worden. Das Berufungsgericht hat der Beklagten für die letzten ab 16. Februar 1953 laufenden vier Wochen eine geringere Wochenproduktion als 500 Rollen oder 12 to zugebilligt, weil die Produktion durch besondere Umstände, etwa durch besonders schlechtes Drahtseilmaterial habe erschwert sein können. Es ist auch bei Berücksichtigung dieser Erschwerung zu dem Ergebnis gelangt, daß nach seiner Überzeugung ein Fortbestand der Zwangsvollstreckung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung sachlich nicht mehr gerechtfertigt gewesen sei.

2. Die Revision rügt zu Unrecht Verletzung der §§ 286, 139 ZPO.

Allerdings hatte die Beklagte bestritten, daß der Auftrag vom 23. März 1953 bereits durchgeführt war. Es mag auch sein, daß die Beklagte im Termin vom 23. Februar 1953 erklärt hat, sie werde den Betrieb der Kläger voraussichtlich am 31. März 1953 zurückgeben. Hierauf kam es aber nicht an. Entscheidend war nicht, wann der Auftrag durchgeführt war und wann die Beklagte den Betrieb zurückgeben wollte. Es kam vielmehr nur darauf an, ob die Beklagte den Auftrag bis zum 23. März 1953 hätte durchführen können. Die Revision irrt daher, wenn sie meint, die Klage sei nur begründet gewesen, wenn das Berufungsgericht habe feststellen können, daß der Auftrag am 23. März 1953 bereits erledigt war. Aus der gleichen Erwägung konnte es, entgegen der Ansicht der Revision, auch keine Rolle spielen, ob die Fristen der den Arbeitern ausgesprochenen Kündigungen am 23. März 1953 bereits abgelaufen waren. Denn auch diese Frage war ohne Bedeutung für die Feststellung, ob der Auftrag für die Beklagte bis zum 23. März 1953 durchführbar war.

Die Revision kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten über die einer schnelleren Produktion im Wege stehenden Hindernisse nicht berücksichtigt habe. Das Berufungsgericht hat diesen Schwierigkeiten ersichtlich Rechnung getragen. Es hat für die letzten vom 16. Februar 1953 an laufende Produktion der Beklagten ausdrücklich eine Erschwerung der Produktion durch besondere Umstände, etwa durch besonders schlechtes Drahtseilmaterial zugutegehalten und daher eine geringere Wochenproduktion als 500 Rollen oder 12 to zugrunde gelegt.

Das hat es aber ersichtlich auch für die gesamte Zeit getan, die der Beklagten für die Durchführung des Auftrages zur Verfügung stand. Der Betrieb der Kläger war im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bereits 34 Wochen im Besitz der Beklagten (28. Juli 1952 bis 23. März 1953). Die Beklagte hat nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Kläger die im Vergleich vorgesehene zweite Maschine am 30. Juli 1952 in Betrieb genommen; die dritte Maschine war am 8. August 1952 betriebsbereit. Da die Kläger, wie ebenfalls unstreitig ist, vor Übernahme des Betriebes durch die Beklagte bereits 11 to Stacheldraht geliefert hätten, verblieben noch rund 350 to, für die der Beklagten 34 Wochen zur Verfügung standen. Das ergibt eine durchschnittliche Wochenproduktion von etwas mehr als 10 to. Daß das Berufungsgericht bei dieser Sachlage trotz der Hinweise der Beklagten auf bestehende Produktionsschwierigkeiten einen Zeitraum von 34 Wochen für die Durchführung des Auftrages als ausreichend erachtet hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Bei dieser Sachlage hatte das Berufungsgericht auch keine Veranlassung, die Beklagte zur Ergänzung ihres Tatsachenvortrages anzuhalten. Aus ihrem Vorbringen in den Vorinstanzen war nicht zu ersehen, daß sie in der Lage war, dem Gericht noch weitere Tatsachen vorzutragen, die für die Frage von Bedeutung waren, welcher Zeitraum für die Herstellung des Stacheldrahtes benötigt wurde. Von einer Verletzung des § 139 ZPO kann daher keine Rede sein.

Nach alledem hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich

zumindest ab 23. März unzulässig war. Demgemäß war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Kleinewefers

Dr. Gelhaar

Hanebeck

Dr. Bode

. Erbel