

df

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 289/67

URTEIL

Verkündet am

11. Februar 1969

Kriegl,

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma T [REDACTED]-D [REDACTED] Kommanditgesellschaft in Liquidation,
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin,
die De [REDACTED]-GmbH, diese wiederum vertreten durch ihre Ge-
schäftsführerin Frau Hanne D [REDACTED], D [REDACTED], L [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
O [REDACTED], D [REDACTED]-Straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer, den Kaufmann Holmut H [REDACTED], I [REDACTED], Am U [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels sowie der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Weber, Sonnabend und Dunz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. November 1966 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte kaufte in den Jahren 1958 bis 1963 in großem Umfang, daher preisgünstig bei den Wirkereien Stoffe ein, die sie an die verarbeitenden Konfektionäre weiterlieferte. Dabei arbeitete sie besonders eng mit der Wäschefabrik B [REDACTED] in B [REDACTED] (Westf.) zusammen, die die Rohware, die sie zur Herstellung der von ihr gefertigten Herrenhemden brauchte, ausschließlich über die Beklagte bezog, die als ihre Einkaufskommissionärin tätig war. Diese bestellte die Stoffe im wesentlichen bei der Klägerin, einer Wirkerei in O [REDACTED]. Da die Klägerin wußte, daß der Großteil der Bestellungen an die Firma B [REDACTED] ging, lieferte sie die Stoffe unmittelbar an diese Firma, die aus den Bestellungen, die die Beklagte für sie, wenn auch im eigenen Namen, bei der Klägerin aufgegeben hatte, jeweils die benötigte Menge unmittelbar bei der Klägerin abrief.

Im Juni 1961 verhandelte die Beklagte mit der Klägerin über die Menge an Nylon-Nyltest, die im zweiten Halbjahr 1961 und im Frühjahr 1962 an die Firma B [REDACTED] geliefert werden sollte. Damals waren Nylon-Stoffe knapp und ihr Preis hoch. Der Beklagten gelang es am 30. Juni 1961, von der Klägerin die Zusage zu erreichen, ab September 1961 bis einschließlich März 1962 monatlich 50.000 m Nylon-Nyltest für 3,10 DM/m zu liefern. Diese Gesamtmenge von 350.000 m war für die Firma B [REDACTED] bestimmt. Die Klägerin kam im Jahre 1961 ihrer monatlichen Lieferpflicht nach, wenn auch oft erst auf Mahnungen der Beklagten und der Firma B [REDACTED]. Ab 1962 änderte sich das Bild: die Produktion an Nylon hatte zugenommen, der Preis war gefallen. Ab Frühjahr 1962 bat die Firma B [REDACTED] die Klägerin, neue Ware erst wieder auf Abruf zu liefern. Auch kam es zu Streitigkeiten zwischen der Firma B [REDACTED] und der Beklagten. B [REDACTED] versuchte, sich aus seiner Bindung an die Beklagte zu lösen. Am 17. Mai 1962 kündigte die Firma B [REDACTED] schließlich ihr Vertragsverhältnis mit der Beklagten fristlos. Diese erhob vor einem Schiedsgericht Klage gegen die Firma B [REDACTED]. Das Verfahren endete im August 1964 mit einem Vergleich.

Als die Zusammenarbeit der Beklagten mit der Firma B [REDACTED] endete, standen noch rund 120.000 m aus der Bestellung vom 30. Juni 1961 offen. Über deren Abnahme verhandelten die Parteien 1962/63, ohne jedoch zu einer Einigung zu gelangen. Anfang März 1963 sah sich die Beklagte genötigt, die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zu beantragen. Daraufhin meldete die Klägerin mit Schreiben vom 26. April 1963 bei dem vorläufigen Vergleichsverwalter eine Forderung von 66.000 DM an, nämlich die Differenz zwischen dem mit der Beklagten im Jahre 1961 ausgemachten Preis von 3,10 DM/m und dem jetzt auf



2,55 DM/m gesunkenen Preis. Die Forderung wurde jedoch von der Beklagten und vom Vergleichsverwalter bestritten. Am 5. Juni 1963 wurde der Vorschlag der Beklagten, den Vergleichsgläubigern 40 % ihrer Forderung zu bezahlen, von diesen mit Mehrheit angenommen und vom Gericht bestätigt. Das Vergleichsverfahren wurde aufgehoben.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 1963 bestand die Klägerin auf Abnahme der 120.000 m und setzte der Beklagten eine letzte Frist bis zum 1. Dezember 1963, andernfalls sie Schadensersatz verlangen werde. Da die Beklagte nicht antwortete, verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 11. Mai 1964 Zahlung von 66.000 DM.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin Verurteilung der Beklagten zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen. Ihre Schadensberechnung stellt sie nunmehr auf den 1. Dezember 1963 ab, an dem der Preis auf 2,25 DM/m gesunken sei, so daß ihr Schaden insgesamt 102.000 DM betrage. Von dieser Summe verlangt sie die 66.000 DM als Teilbetrag.

Die Beklagte hat eingewandt, die Klägerin verstoße mit der Geltendmachung ihrer Forderung gegen Treu und Glauben. Sie sei selbst ständig mit der Erfüllung ihrer Lieferungen in Verzug gewesen. Bei pünktlicher Lieferung an die Firma B [REDACTED] wäre der gesamte Auftrag bereits abgewickelt gewesen, bevor diese sich Anfang 1962 geweigert habe, weitere Ware abzurufen. Vor allem hat die Beklagte der Klägerin vorgeworfen, sie habe das Verhalten der Firma B [REDACTED], das einen Vertragsbruch dargestellt habe, ausgenutzt. Dieser sei es damals darauf

angekommen, sich aus den alten Kontrakten mit den hohen Preisen zu lösen und die von ihr benötigten Stoffe künftig zu den neuen Preisen zu beziehen - und dies nicht mehr über die Beklagte, sondern unmittelbar von der Klägerin. Dabei habe diese mitgewirkt. Sie habe nämlich in Kenntnis dessen, daß die Nichtabnahme der noch offenen Menge von 120.000 m auf der Weigerung der Firma B [REDACTED] beruhe, mit ihr einen neuen Vertrag auf Lieferung von Stoffen geschlossen, durch den sie weit mehr als die rückständigen 120.000 m erhalten habe.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren, die Klage abzuweisen, weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum bejaht, daß die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB verlangen kann. Ebenso einwandfrei sind seine Ausführungen zu dem Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe vertrags- und sittenwidrig gehandelt, als sie die Firma B [REDACTED] unmittelbar beliefert habe.

1. Die Revision wiederholt den Einwand der Beklagten, nicht sie sei 1961/62 mit der Abnahme der Ware in Verzug gewesen, sondern zunächst und in erster Reihe die Klägerin mit der pünktlichen Anlieferung der Stoffe. Sie habe es daher selbst zu vertreten, daß die Firma B [REDACTED] die Ware im Zeitpunkt des Marktumschwunges (Frühjahr 1962) noch nicht voll abgenommen habe.

Der Einwand ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat an Hand des von der Beklagten überreichten Schriftwechsels und auf Grund der Aussagen des im ersten Rechtszuge vernommenen Inhabers der Firma B[REDACTED] und dessen Tochter die Überzeugung gewonnen, daß es deshalb ab Januar 1962 nicht mehr zur Lieferung der noch offenen Warenmenge gekommen ist, weil B[REDACTED] glaubte, sein Lager sei auf Grund der Einkäufe von 1961 bereits ausreichend gefüllt und weil er deshalb keine Ware mehr abgerufen hat. Bei dieser Feststellung stützt sich das Berufungsgericht vor allem auf die Schreiben B[REDACTED]s vom 6. Januar und vom 8. Februar 1962, in denen er die Klägerin dringend um Unterbrechung der Anlieferungen bittet. Daß das Berufungsgericht bei dieser Würdigung des Beweisergebnisses gegen § 286 ZPO verstoßen habe, hat die Revision nicht dargetan. Auf einen Lieferverzug der Klägerin, der vor dem Kontrakt vom 30. Juni 1961 gelegen haben soll, kam es nicht an, ebensowenig auf die Mahnungen, die die Beklagte bis Ende 1961 wiederholt ausgesprochen haben will. Denn die Parteien haben erst ab Anfang 1962 über die weitere Erfüllung des Kontraktes gestritten.

2. Fraglich kann allenfalls sein, ob die Klägerin etwa deshalb ihren im April/Mai 1962 entstandenen Anspruch auf Abnahme des Restes, notfalls auf Schadensersatz, verloren hat, weil sie sich anschließend bereit gefunden hat, den Bedarf B[REDACTED]s durch mit ihm unmittelbar abgeschlossene neue Verträge - zu geringerem Preis - zu decken. Diese Frage hat das Berufungsgericht verneint. Was die Revision hiergegen vorbringt, verhilft ihr nicht zum Erfolg.

a) Die ursprüngliche Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe bewußt mit B [REDACTED] zusammengewirkt, um sie als Zwischenhändlerin auszuschalten, hat schon das Landgericht nach Vernehmung des Inhabers der Firma B [REDACTED] und seiner Tochter für nicht erwiesen angesehen. Das ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts. Die Beklagte ist auf diesen Vorwurf auch nicht mehr zurückgekommen.

b) Ebenso vergeblich wiederholt die Revision den Einwand der Beklagten, die Klägerin habe sich, als sie den Bedarf B [REDACTED]s durch Abschluß neuer Lieferverträge deckte, mit der Aufhebung der alten, noch über die Beklagte abgeschlossenen Verträge einverstanden erklärt.

Auch die Revision verkennt nicht, daß die Klägerin einen solchen Aufhebungsvertrag nicht mit der Firma B [REDACTED], mag diese auch der eigentliche Abnehmer der Stoffe gewesen sein, schließen konnte, sondern nur mit der Beklagten. Sie meint aber, die hier vorliegenden engen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Parteien und der Firma B [REDACTED] müßten dazu führen, die Erklärungen dieser Firma der Beklagten zugutekommen zu lassen. Dazu beruft sie sich auf das Urteil des II. Zivilsenats vom 8. Oktober 1964 (II ZR 132/64 - BGH LM § 383 HGB Nr. 3). Es mag dahinstehen, ob die in diesem Urteil enthaltenen Grundsätze auch für den vorliegenden Fall rechtliche Bedeutung haben könnten. Jedenfalls hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß die Firma B [REDACTED], als sie im

November 1962 - also nicht, wie die Beklagte behauptet hat, schon sogleich im Mai 1962 - mit der Klägerin über neue Lieferungen verhandelte, nicht für die Beklagte gehandelt hat, weil zu dieser Zeit ihre Zusammenarbeit bereits seit langem und zwar auf Grund schwerer Differenzen aufgelöst war. Das war offenbar auch die Meinung der Beklagten selbst. Noch in ihrem Schreiben vom 18. Oktober 1962 hat sie, nachdem sie wegen der Abnahme des Rückstandes mehrfach mit der Klägerin verhandelt hatte, erklärt, sie werde, sobald sie die Möglichkeit für die Hereinnahme einer Teilmenge sehe, diese abrufen - dies möglicherweise für den Fabrikationsbetrieb, den sie inzwischen in Brackwede eröffnet hatte. Die Klägerin konnte somit davon ausgehen, daß die Beklagte auf Lieferung der rückständigen Menge noch Wert lege und die Stoffe, wenn sie die Firma B. nicht nehme, anderweit unterbringen werde. Diesen Eindruck konnte sie auch aufgrund der Gespräche haben, die die Beklagte mit ihr auf der "Interstoff 1962" in Düsseldorf im Juni 1962 geführt hatte und bei der von der sukzessiven Abnahme des noch offenstehenden B.-Kontraktes die Rede gewesen war (so Aktennotiz der Beklagten vom 25. Juni 1962). Auch hatten die Parteien darüber verhandelt, ob die Restmenge etwa in den Zweigbetrieb der Beklagten in Triest geliefert werden sollte, waren dann jedoch nicht über einen neuen Preis einig geworden (vgl. die Fernschreiben der Klägerin vom 30. August und vom 4. September 1962).

Das Berufungsgericht hat den Einwand der Beklagten geprüft, ob die Klägerin verpflichtet war, die ihr im November 1962 von der Firma B. angetragenen neuen Aufträge nur anzunehmen, wenn sie auf den von der

Beklagten geschlossenen Kontrakt von 1961 angerechnet wurden oder wenn sie diese aus ihrer Pflicht, den für B [REDACTED] bestimmten Rest auch noch abzunehmen, entließ. Das Berufungsgericht hat diese Frage jedoch verneint. Ob dem ohne weiteres zugestimmt werden kann, mag zweifelhaft sein. Der Verkäufer einer Ware, die nach dem Inhalt des mit dem Käufer geschlossenen Vertrages unmittelbar einem Dritten geliefert werden soll und allein für diesen bestimmt ist (Streckengeschäft), kann unter Umständen nach Treu und Glauben verpflichtet sein, die Ware dem Dritten nicht unmittelbar zu verkaufen, wenn dieser den Vertrag mit seinem Verkäufer brechen will. Jedoch braucht dieser Erwägung nicht weiter nachgegangen zu werden. Die Klägerin konnte nach den geschilderten Verhandlungen, die sie von August bis Oktober 1962 mit der Beklagten hinsichtlich der Abnahme der Restmenge geführt hatte, durchaus des Glaubens sein, diese sei nach dem Ausscheiden B [REDACTED]s daran interessiert, die Stoffe nun für eigene Rechnung zu beziehen, und daß sie nur noch versuche, die Klägerin zu Preisnachlässen zu bewegen. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben läßt sich daher nicht feststellen.

II.

Hilfsweise beruft sich die Revision darauf, daß die Klägerin, obschon sie am Vergleichsverfahren nicht teilgenommen habe, mit ihrem Anspruch Vergleichsgläubigerin gewesen sei, so daß sie allenfalls 40 % ihrer Forderung beanspruchen könne (§ 82 Vgl0).

1. Diesen Einwand hatte das Landgericht für unrichtig erklärt, weil die Klägerin gemäß § 36 VglO nicht Vergleichsgläubigerin gewesen sei. Daher sei ihre Anmeldung vom 23. April 1963, mit der sie - ohne je zuvor gemäß § 326 BGB eine Frist gesetzt zu haben - Zahlung von 66.000 DM als Schadensersatz verlangte, rechtlich unwirksam gewesen. Das Landgericht hat hierzu darauf hingewiesen, daß die Beklagte am 31. Mai 1963 um die Ermächtigung des Amtsgerichts nachgesucht hatte, die weitere Erfüllung des Kontraktes abzulehnen, daß aber eine solche Entscheidung des Amtsgerichts nicht ergangen war. Nach Ansicht des Landgerichts ist daher der Vergleich nicht gemäß den §§ 52, 82 VglO gegen die Klägerin wirksam, vielmehr sei ihr Schadensersatzanspruch in der Höhe, wie er nunmehr endgültig festzustellen sei, bestehen geblieben.

Hiergegen hat sich die Beklagte im zweiten Rechtszuge nicht gewandt. Ihre Berufungsbegründung enthält kein Wort zu dieser Frage, läßt daher nicht erkennen, daß das landgerichtliche Urteil auch insoweit angefochten werden sollte. Ob etwa die Beklagte infolgedessen mit ihrem Einwand schon wegen Nichterfüllung der Forderung des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO jetzt nicht mehr gehört werden könnte, braucht nicht geprüft zu werden. Jedenfalls ist der Einwand unbegründet.

a) Nach dem Sachverhalt, von dem in der Revisionsinstanz auszugehen ist, hat das Landgericht rechtsirrtumsfrei angenommen, daß die Klägerin nicht Vergleichsgläubigerin war. Denn weder sie noch die Beklagte hatte den noch offenen Rest des Kaufvertrages vom

30. Juni 1961 erfüllt (§ 36 VglO). Die Klägerin hatte auch noch keine Nachfrist, verbunden mit einer Androhung nach § 326 BGB, gesetzt, war daher nicht berechtigt, sogleich zur Forderung auf Schadensersatz überzugehen und sich damit das Recht zu verschaffen, am Vergleichsverfahren teilzunehmen, vor allem über Annahme oder Ablehnung des Vergleichsvorschlages mitabzustimmen. Daher war ihre Anmeldung vom 23. April 1963 in der Tat rechtlich bedeutungslos. Insofern haben daher sowohl die Beklagte wie der Vergleichsverwalter die Anmeldung mit Recht bestritten. Zwar hätte die Beklagte auf dem Wege über die Vorschriften der §§ 50, 52, 82 VglO die Umwandlung des Kaufvertrages in eine Schadensersatzforderung und damit die Unterwerfung der Klägerin unter den Vergleich erreichen können. Jedoch hat die Beklagte einen Beschluß nach § 50 VglO nicht erwirkt - hätte ihn auch nicht erwirken können, weil sie ihren dahingehenden Antrag nicht binnen zwei Wochen nach der Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses gestellt hatte (Vergleichsakten Bl. 232 R). Die Umwandlung des Kaufvertrages in eine einseitige Schadensersatzforderung ist daher erst eingetreten, als die von ihr in dem Schreiben vom 25. Oktober zum 1. Dezember 1963 gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen war.

b) Das Landgericht hat seine Meinung auch damit begründet, die Forderung der Klägerin sei gemäß § 9 VglO wieder in voller Höhe aufgelebt, weil die Beklagte auf das Mahnschreiben der Klägerin vom 9. Mai 1964 die nach dem Vergleich fälligen Raten nicht gezahlt und von der Möglichkeit des § 97 Abs. 2 VglO, sich vor diesen Folgen des Verzuges

17

(ganz oder teilweise) zu schützen, keinen Gebrauch gemacht habe (vgl. BGHZ 32, 218). Auf diese Hilfsbegründung des Landgerichts kommt es nicht an, weil die Klägerin schon nach § 36 VglO von dem Vergleich nicht betroffen war. Daher braucht auf die Erwägungen, die die Revision zu dem Urteil BGHZ 32, 218 anstellt, nicht eingegangen zu werden.

Engels

Hanebeck

Dr. Weber

Sonnabend

Dunz