

45. 1. Kann auf künftige Leistung geklagt werden, wenn die Leistung infolge von Kriegsmaßnahmen zur Zeit unmöglich und noch völlig ungewiß ist, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen sie wieder möglich sein wird?

2. Gilt der Grundsatz des § 242 BGB. auch für die Frage, ob zur Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist?

3. Ist es grundsätzlich unzulässig, in allgemeinen Lieferungsbedingungen die Haftung für jede Fahrlässigkeit, also auch für grobe Fahrlässigkeit auszuschließen?

4. Zum Einwande der unzulässigen Rechtsausübung, wenn die Freizeichnung von der Haftung für Verzögerungsschaden auf Grund allgemeiner Lieferungsbedingungen geltend gemacht wird.

RPD. § 259. BGB. §§ 138, 242, 276 Abs. 2, § 295.

II. Zivilsenat. Urt. v. 14. August 1941 i. S. R. Füllrasierpinjel GmbH. (Kl.) w. R. (Bekl.). II 49/41.

I. Landgericht Darmstadt.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin ist Anfang Oktober 1938 zum Vertriebe patentierter Rasierpinjel gegründet worden, deren Eigenart darin besteht, daß die Rasiercreme in einer Tube (Patrone) im Pinjelgriff untergebracht ist und jeweils durch einen Druck in den Pinjel gepreßt wird. Nach längeren Verhandlungen kam zwischen den Parteien gemäß dem Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 26. Oktober 1938 ein Vertrag zustande, durch den sich dieser zur Lieferung von insgesamt 100000 Pinjelgriffen und Tuben der bezeichneten Art zum Preise von 21 und 3 RM. je 100 Stück verpflichtete. Die Pinjelgriffe und Tuben sollten aus Kunstharz unter Verwendung von Preßformen hergestellt werden. Die Klägerin stellte dem Beklagten hierfür ein aus Stahl gedrehtes Muster und eine Skizzenzeichnung mit Maßen des zu liefernden Werkstücks zur Verfügung. Über die Lieferzeit war in der Auftragsbestätigung angegeben: „Ich werde versuchen, die ersten Sendungen in etwa 6 Wochen herauszubringen“; in einem früheren Angebot vom 24. September 1938 hieß es hierzu: „In ca. 4—6 Wochen beginnend, da erst die Werkzeuge angefertigt werden müssen“. Nach den Zahlungsbedingungen hatte die Klägerin alsbald

einen Vorschuß von 2000 RM. für Formen zu zahlen. Im übrigen war in dem Bestätigungsschreiben auf die allgemeinen Verkaufsbedingungen des Beklagten, von denen ein Stück beigelegt war, Bezug genommen. Diese enthalten u. a. folgende Bestimmungen:

Für irgendwelche Schadenersatzansprüche, gleichviel welcher Art, komme ich nicht auf. Ferner wird nicht Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung geleistet... Ereignisse höherer Gewalt entbinden mich ganz oder teilweise oder für die Dauer des Hindernisses von der Erfüllung des Vertrages... Die in meinen Angeboten und Bestätigungen angegebenen Lieferfristen sind nur als annähernd und freibleibend zu betrachten. Verpflichtungen für Lieferung zu einem bestimmten Termin werden nicht eingegangen...

Die Klägerin bestätigte diesen Auftrag in einem Schreiben vom 27. Oktober 1938 mit dem Bemerken, der Beklagte habe sich verpflichtet, „im Rahmen der Möglichkeit anzufangen zu liefern innerhalb 6 Wochen von heute ab gerechnet“. Der Beklagte widersprach dieser Fassung mit Schreiben vom 29. Oktober 1938, in dem es heißt: „Es ist einfach unmöglich, daß sich zur Zeit jemand verpflichtet, innerhalb einer solchen kurzen Zeit zu liefern. Ich werde selbstverständlich mein Möglichstes tun... aber bestimmt versprechen kann ich es nicht, und dies kann auch keine andere Firma.“

Der vereinbarte Vorschuß wurde von der Klägerin alsbald geleistet. Der Beklagte setzte sich wegen der Herstellung der erforderlichen Pressformen aus Siemens-Martinstahl und Chrom-Nickelstahl zunächst mit der Firma B. in Verbindung und erteilte dieser den Auftrag hierzu. Die Firma B. stellte jedoch wegen Unstimmigkeiten mit dem Beklagten Anfang Januar 1939 die Arbeiten ein. Nach einem erfolglosen Versuch, die Formen von einer anderen Firma zu erhalten, trat der Beklagte mit der Firma G. & Co. in Verbindung. Deren Inhaber schlug zunächst eine gemeinsame Aussprache über die Art der Ausführung vor, an der auch ein Vertreter der Klägerin teilnehmen sollte. Diese lehnte jedoch jede Mitwirkung bei einer solchen Aussprache ab. Dadurch gerieten diese Verhandlungen ins Stocken.

Nach Ausbruch des Krieges wurden durch die Anordnung Nr. 13 der Reichsstelle Chemie vom 5. September 1939 (DRAng. Nr. 206) sämtliche ungeformten Kunstharze zugunsten dieser Reichsstelle beschlagnahmt. Weiter wurde durch die Bekanntmachung Nr. 10 zur

Anordnung Nr. 13 der Reichsstelle Chemie vom 4. Oktober 1939 (DRUnz. Nr. 232) ein Verarbeitungsverbot für Kunstharze und Preßmassen erlassen.

Mit der im März 1939 erhobenen, später erweiterten Klage verlangt die Klägerin die Lieferung von 42500 Rasierpinselgriffen einschließlich der dazu gehörigen Patronen und außerdem hilfsweise als Schadensersatz einen Teilbetrag von 10200 RM. nebst Zinsen. Sie vertritt den Standpunkt, die Lieferung sei trotz der genannten Anordnungen der Reichsstelle für Chemie noch heute möglich, weil die Genehmigung zur Herstellung der Pinselgriffe und Tuben für Ausführungszwecke erteilt werden könne und sie die Absicht habe, die Ware in der Hauptsache im Ausland unterzubringen. Aber selbst wenn die Lieferung unmöglich sei, sei eine Verurteilung des Beklagten zur Leistung noch angängig, weil er sich zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit mit der Leistung in Verzug befunden und deshalb das Unmöglichwerden zu vertreten habe. Er habe vorzüglich, zum mindesten fahrlässig unterlassen, seinen Vertragsverpflichtungen nachzukommen. Insbesondere habe sich die Herstellung der Preßformen dadurch verzögert, daß der Beklagte den der Firma B. zugesagten Vorstoß nicht geleistet und diese deshalb die Weiterarbeit eingestellt habe.

Der Beklagte hat dem folgendes entgegengehalten: Der Lieferungsanspruch sei schon deshalb unbegründet, weil die Erfüllung nicht mehr möglich sei. Nach den Lieferungsbedingungen seien auch alle Schadensersatzansprüche wegen etwaiger Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Im übrigen treffe ihn weder beim Abschluß noch bei der Ausführung des Vertrages ein Verschulden. Er habe keine Verpflichtung übernommen, innerhalb einer bestimmten Frist zu liefern oder auch nur mit der Lieferung zu beginnen. Überdies habe er alles Erforderliche getan, um so schnell wie möglich in den Besitz der notwendigen Preßformen zu gelangen und alsbald mit der Herstellung der Tuben und Pinsel anfangen zu können. Wegen der Nichtzahlung eines Vorstoßes habe die Firma B. die Ausführung der Arbeiten nicht verzögern dürfen. Als er dann aber gemerkt habe, daß sie ihn hinziehe, und als er auch den Eindruck gewonnen habe, daß sie der Aufgabe doch nicht ganz gewachsen sei, habe er, um keine Zeit zu verlieren, sofort Verhandlungen mit einer anderen Firma und, als diese gescheitert seien, im Mai 1939 mit der Firma G. & Co. aufgenommen. Diese

habe erklärt, sie könne ohne Fertigung einer neuen und einwandfreien Konstruktionszeichnung und ohne Rücksprache mit einem Vertreter der Klägerin mit der Herstellung der Werkzeuge nicht beginnen. Die Klägerin habe jedoch diese Mitwirkung versagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin den Leistungsantrag hilfsweise noch in der Form gestellt, daß der Beklagte zur Lieferung Zug um Zug gegen Vorlage, notfalls nach Vorlage entsprechender Bescheinigungen der zuständigen Stellen für Ausfuhraufträge verurteilt werde. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb bei dem Erfüllungsanspruch ohne Erfolg und führte bei dem Schadensersatzanspruch wegen nicht rechtzeitiger Lieferung zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Zum Erfüllungsanspruch:

Das Berufungsgericht stellt auf Grund der von der Reichsstelle Chemie erteilten Auskünfte fest, daß dem Beklagten die Herstellung und Lieferung der Pinselgriffe und Patronen infolge Beschlagnahme der dafür nötigen Rohstoffe (laut Anordnung vom 5. September 1939) und des Verbots, Kunstharze und Preßmassen dieser Art zu Haushaltungsgegenständen und sonstigen Gebrauchsgegenständen des täglichen Bedarfs zu verarbeiten, (laut Anordnung vom 4. Oktober 1939) seit dieser Zeit zum mindesten bis auf weiteres unmöglich geworden sei, daß auch keine der Ausnahmegestimmungen Platz greife, insbesondere kein Ausfuhrantrag vorliege. Hieraus folgert es in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung, daß der Beklagte zur Leistung nicht mehr verurteilt werden darf, gleichviel ob er das Unmöglichwerden der Leistung zu vertreten hat oder nicht und ob es sich um eine nur vorübergehende oder dauernde Unmöglichkeit handelt (vgl. u. a. RWB. Wd. 151 S. 38; RG. in JW. 1937 S. 3226 Nr. 20). Diese Ausführungen des Berufungsgerichts geben zu einer rechtlichen Beanstandung keinen Anlaß. Danach muß es bei der Abweisung des Hauptantrages bleiben.

Hilfsweise begehrt die Klägerin in erster Reihe Verurteilung des Beklagten zur Lieferung der Pinselgriffe und Tuben Zug um Zug gegen Vorlage entsprechender Bescheinigungen der zuständigen Stellen für Ausfuhraufträge. Eine solche Verurteilung lehnt das

Berufungsgericht mit der Begründung ab, der Beklagte würde erst durch die genannten Urkunden die Erlaubnis erhalten, die zu liefernden Gegenstände herzustellen, und könne sie deshalb unmöglich Zug um Zug gegen Ausshändigung der Urkunden liefern. Auch hiergegen ist rechtlich nichts einzuwenden.

Mit ihrem zweiten Hilfsantrage verlangt die Klägerin Verurteilung des Beklagten zur Lieferung nach Vorlage entsprechender Bescheinigungen der zuständigen Stellen für Ausfuhraufträge. Das Berufungsgericht lehnt eine solche Verurteilung zu künftiger Leistung (§ 259 ZPO.) ab, weil die Gewißheit fehle, daß der Beklagte nach Vorlage der Urkunden zur Lieferung verpflichtet sein werde. Hierzu ist zunächst folgendes zu sagen: Die Vorschrift des § 259 ZPO. will die Möglichkeit schaffen, in Fällen, wo ein Anspruch erst mit dem Ablauf einer Frist oder dem Eintritt einer Bedingung fällig wird, „auf künftige Leistung“ zu klagen. Allgemeine Voraussetzung für eine solche Klage ist jedoch das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Dazu wird im § 259 ZPO. als Voraussetzung besonders hervorgehoben, daß die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Ob diese Besorgnis im vorliegenden Falle besteht, läßt das Berufungsgericht freilich ausdrücklich dahingestellt. Mit Recht verlangt es aber in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung (vgl. Warnspr. 1908 Nr. 671; JW. 1914 S. 937 Nr. 24; HRN. 1933 Nr. 1050) weiter, daß die Verpflichtung zur künftigen Leistung — abgesehen von einer in das Urteil aufzunehmenden Bedingung — in ihrem Bestande gewiß sein muß. Als solche Bedingung für die Verurteilung zur künftigen Leistung hält die Klägerin die Hinzufügung der Worte für geeignet: „nach Vorlage entsprechender Bescheinigungen der zuständigen Stellen für Ausfuhraufträge“. Dem kann jedoch ohne Rücksicht darauf, ob die Klägerin sich mit Recht geweigert hat, bei der Anfertigung der erforderlichen Preßwerkzeuge mitzuwirken, nicht beigestimmt werden. Allerdings wird in der Rechtsprechung eine Klage auf künftige Leistung auf Grund des § 259 ZPO. — in Abweichung von §§ 257, 258 ZPO. — auch dann für zulässig erachtet, wenn der Anspruch von einer Gegenleistung (z. B. bei Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug oder nach Empfang einer Vorleistung in den Fällen des § 322 Abs. 1 und 2 BGB.) abhängig ist (vgl. RGZ. Bd. 61 S. 337). Jedoch muß in diesen Fällen die Gegenleistung einwandfrei be-

stimmbar sein und außerdem im voraus feststehen, daß, sofern nichts Unerwartetes dazwischen kommt, die verlangte Leistung alsdann unmittelbar geschuldet wird. So liegt die Sache hier aber nicht. Die verlangte Leistung ist, wie bereits oben dargelegt worden ist, infolge der Kriegsmaßnahmen zur Zeit jedenfalls unmöglich. Ob, wann und unter welchen Voraussetzungen sie wieder möglich sein wird, ist vorläufig noch völlig unbestimmt. Die Klägerin greift eine der bestehenden Möglichkeiten zur Behebung des Hindernisses heraus, um an ihren Eintritt die Verurteilung zur künftigen Leistung knüpfen zu lassen. Aber auch für diese Behebung des Hindernisses ist noch völlig ungewiß, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen sie sich verwirklichen läßt. Das Verarbeitungsverbot mag entfallen, falls die Verarbeitung zur Ausführung von Auslandsaufträgen dienen soll. Bisher hat die Klägerin jedoch, wie sie selbst zugegeben hat, noch keine Auslandsaufträge erlangt; es handelt sich um eine bloße Hoffnung, deren Verwirklichung sich ohne das Vorliegen fertiger Muster kaum durchführen lassen wird. Aber auch abgesehen hiervon sieht sich die Klägerin aus begreiflichen Gründen genötigt, in ihrem Antrage noch offen zu lassen, in welcher Weise nach Erlangung von Auslandsaufträgen das Verarbeitungsverbot für den Beklagten behoben werden kann. Das Erfordernis der „Vorlage entsprechender Bescheinigungen der zuständigen Stellen“ ist in dieser Beziehung viel zu unbestimmt, als daß es als Bedingung in ein Leistungsurteil aufgenommen werden könnte (vgl. RG. in HR. 1933 Nr. 1050). Endlich läßt sich überhaupt nicht feststellen, ob der Beklagte, sofern die Klägerin das Vorliegen von geeigneten Auslandsaufträgen künftig nachgewiesen und die „entsprechenden Bescheinigungen der zuständigen Stellen“ vorgelegt haben sollte, noch in der Lage sein wird, die Rohstoffe zur Herstellung der Werkzeuge und der bestellten Ware selbst zu beschaffen und die Ware herzustellen. Unter diesen Umständen kann die Zulässigkeit des geltend gemachten Anspruchs auf künftige Leistung, insbesondere auch ein Rechtsschutzbedürfnis für diesen Anspruch, schon auf Grund allgemeiner Ermägungen nicht anerkannt werden, so daß es auf die weitere Begründung des Berufungsgerichts hierfür nicht ankommt.

Aber auch die Begründung, die das Berufungsgericht in dieser Beziehung gibt, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es folgert die Ungewißheit, ob der Beklagte nach Vorlage der Urkunden zur Lieferung

verpflichtet sein wird, daraus, daß die Klägerin bisher auf ihrer Weigerung verharret hat, bei der Anfertigung der erforderlichen Preßwerkzeuge mitzuwirken. Die Revision steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß der Vertrag keine solche Verpflichtung der Klägerin ergebe. Das Berufungsgericht leitet die Verpflichtung jedoch nicht aus dem Vertragsinhalt, sondern aus dem allgemeinen Grundsatz des § 242 BGB. ab, daß der Schuldner die Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Allerdings mag es sich im vorliegenden Fall um keine eigentliche Schuldnerverpflichtung der Klägerin handeln, wenn zur Ermöglichung der vom Beklagten geschuldeten Leistung ihre Mitwirkung verlangt wird; vielmehr handelt es sich darum, daß zur Bewirkung der Leistung des Beklagten eine Handlung der Klägerin als Gläubigerin für erforderlich erachtet wird. Die Verweigerung dieser Mitwirkung durch die Klägerin würde daher, falls der Beklagte, wie das Berufungsgericht annimmt, ihre Mitwirkung mit Recht verlangt hat, zur Folge gehabt haben, daß die Klägerin gemäß § 295 BGB. in Annahmeverzug geraten ist. Aber auch für die Frage, ob im Sinne des § 295 BGB. zur Bewirkung der Leistung des Schuldners eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, gilt der Grundsatz des § 242 BGB. Ihre Beantwortung durch das Berufungsgericht liegt auf tatsächlichem Gebiet und kann daher mit der Revision nicht angegriffen werden.

## II. Zum Schadensersatzanspruch:

### 1. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

a) Das Berufungsgericht prüft zunächst, ob der Schadensersatzanspruch auf § 325 BGB. gestützt werden kann. Diese Vorschrift kommt hier nicht etwa insofern in Betracht, als anzunehmen wäre, der Beklagte habe das Unmöglichwerden der Leistung selbst verschuldet (§ 280 BGB.), sondern nur insoweit, als die Leistung möglicherweise während des Verzuges des Beklagten durch Zufall (nämlich infolge der Anordnungen vom 5. September und 4. Oktober 1939) unmöglich geworden ist und der Schuldner gemäß § 287 Satz 2 BGB. auch ein solches Unmöglichwerden zu vertreten hat. Das Berufungsgericht verneint jedoch die Anwendbarkeit des § 325 BGB. mit der Begründung, nach der eigenen Behauptung der Klägerin liege keine dauernde Unmöglichkeit vor. Die Revision beanstandet dies mit Unrecht. In der Tat hat die Klägerin eine dauernde Unmöglichkeit

selbst nicht geltend gemacht, sondern ihren Anspruch auf künftige Leistung auch für den Fall uneingeschränkt aufrechterhalten, daß die Leistung für gegenwärtig unmöglich angesehen wird. Sie hat dadurch zu erkennen gegeben, daß ihr Interesse an der Erfüllung vorläufig jedenfalls unverändert fortbesteht.

b) Aus ähnlichen Gründen lehnt das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB. ab. Auch hiergegen ist rechtlich nichts einzuwenden.

2. Der Schadensersatzanspruch wegen nicht rechtzeitiger Lieferung.

Ein solcher Anspruch könnte aus § 286 Abs. 1 BGB. hergeleitet werden, obwohl die Leistung bisher überhaupt noch nicht bewirkt ist und möglicherweise auch später nicht mehr bewirkt werden wird. Denn die Verzögerung kann ohne Rücksicht darauf, ob und wann die Lieferung noch stattfinden wird, bereits einen bezifferbaren Schaden verursacht haben. Die Klägerin hat demgemäß ihren Schadensersatzanspruch auch hierauf gestützt, indem sie geltend macht, ihr sei in der Zwischenzeit bereits ein erheblicher Gewinn entgangen, den sie aus dem Verkaufe der Haarpinsel hätte erzielen können. Das Berufungsgericht läßt die Frage offen, ob der Beklagte etwa durch fahrlässiges Verhalten die Verzögerung der Lieferung verschuldet hat und deshalb in Verzug geraten war (§§ 276, 285 BGB.). Es lehnt selbst für diesen Fall den Schadensersatzanspruch wegen nicht rechtzeitiger Lieferung ab, weil nach den Lieferungsbedingungen des Beklagten, die dem Vertrage der Parteien zugrunde gelegt worden sind, „Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung“ ausdrücklich ausgeschlossen worden ist und weil, wie es außerdem feststellt, eine vorsätzliche Verzögerung der Lieferung durch den Beklagten sich nicht nachweisen läßt. Die Revision macht demgegenüber unter Hinweis auf neueres Schrifttum und die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts geltend, ein in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausbedingener Haftungsausschluß wegen Verzögerung der Leistung bei möglicher Freizeichnung von Fristeinhaltungen müsse nach Treu und Glauben schon bei grobfahrlässiger Verzögerung der Wirksamkeit entbehren. Eine solche grobe Fahrlässigkeit entnimmt die Revision im vorliegenden Falle daraus, daß der Beklagte es veräumt habe, dem Werkzeuglieferer B., bei dem er die Pressformen zunächst bestellt habe, den vereinbarten Vorstoß zu

zahlen. Hierin erblicke das Berufungsgericht selbst ein „leichtfertiges“ Handeln; das genüge, um die Berufung auf die Freizeichnung auszuschließen.

Der Revision ist zuzugeben, daß, wie jetzt im Schrifttum und in der Rechtsprechung ziemlich allgemein anerkannt ist, die Zulässigkeit des Haftungsausschlusses nicht nur durch § 276 Abs. 2 BGB. (Unzulässigkeit des Ausschlusses der Haftung wegen Vorsatzes) und durch § 138 BGB. (Ungültigkeit sittenwidriger Vereinbarungen) weitgehend eingeschränkt ist, daß vielmehr auch § 242 BGB. der Geltendmachung solcher Bedingungen entgegenstehen kann (vgl. u. a. RG. in DR. Ausg. A 1941 S. 1726 Nr. 9). Es würde jedoch zu weit gehen und die Vorschrift des § 276 Abs. 2 BGB. in unzulässiger Weise erweitern, wenn man schlechthin nicht nur den Haftungsausschluß für Vorsatz, sondern auch den für grobe Fahrlässigkeit für unwirksam erachten wollte, sofern er in allgemeinen Lieferungsbedingungen enthalten ist. Jedenfalls kann der Ausschluß der Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit nicht ohne weiteres als unsittlich bezeichnet werden, und zwar auch dann nicht, wenn er im Zusammenhange mit möglicher Freizeichnung von Fristenhaltungen ausbedungen wird. Gerade eine Haftung für reinen Verzögerungsschaden kann für den Unternehmer wirtschaftlich schwer tragbar sein, besonders dann, wenn er sich, wie im vorliegenden Falle, nicht auf einen bestimmten Lieferzeitpunkt festgelegt hat. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß auch die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit gerade hinsichtlich der Einhaltung einer angemessenen Lieferzeit vielfach auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen wird und daß, wenn die Entscheidung vom Maße des Verschuldens abhängt, diese Schwierigkeiten den Unternehmer leicht der Gefahr von Rechtsstreitigkeiten aussetzen, deren Ausgang zweifelhaft ist und die er gerade vermieden wissen möchte. Da die Lieferungsbedingungen des Beklagten seine Haftung „wegen verspäteter Lieferung“ völlig eindeutig und, soweit es gesetzlich zulässig ist, uneingeschränkt ausschließen und da ferner Erwägungen grundsätzlicher Art diesen Haftungsausschluß nicht als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen lassen, könnte eine Berufung des Beklagten auf ihn nur dann für unzulässig erachtet werden, wenn sich entweder feststellen ließe, daß der Beklagte die Lieferung vorsätzlich in unangemessener Weise verzögert habe (§ 276 Abs. 2 BGB.) oder daß die Geltendmachung der Freizeichnungsklausel hier

wegen der besonderen Umstände des Falles gegen Treu und Glauben verstoße (§ 242 BGB.).

Das Berufungsgericht verneint eine vorsätzliche Verzögerung der Lieferung mit eingehender Begründung. Das liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Unabhängig hiervon bedarf aber auch noch der Erörterung, ob nicht die besonderen Umstände des Falles die Geltendmachung der Freizeichnungsklausel als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen. Das Berufungsgericht geht zwar auch auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ein, den es als „Einwand der Arglist“ bezeichnet, erörtert in diesem Zusammenhang aber nur die Frage, ob der Beklagte bei Abgabe seiner Erklärung, er werde versuchen, die ersten Sendungen in etwa 6 Wochen herauszubringen, gewußt hat, daß dies unmöglich war. Hierbei übersieht es jedoch, daß sich auf eine solche Kenntnis keine Haftung wegen schuldhafter Verzögerung der Lieferung, sondern nur eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß stützen ließe. Dagegen kommt die Unzulässigkeit der Rechtsausübung gegenüber der Geltendmachung der Freizeichnungsklausel aus einem anderen Grund in Betracht. Unstreitig hat die Klägerin dem Beklagten einen vereinbarten Vorschuß von 2000 RM. für die Herstellung der Formen (Werkzeuge) bezahlt. Da der Beklagte diese nicht selbst herzustellen vermochte, gab er sie dem B. in Auftrag. Die Klägerin hat behauptet und unter Beweis gestellt, daß der Beklagte seinerseits dem B. die alsbaldige Zahlung eines Vorschusses von 1500 RM. für die Herstellung der Formen fest zugesagt, aber trotz wiederholter Anmahnung durch B. nicht geleistet habe, sowie daß B. dadurch Anfang Januar 1939 veranlaßt worden sei, die Weiterarbeit einzustellen, und dies eine wesentliche Verzögerung in der Herstellung der Formen zur Folge gehabt habe. B. hat auch als Zeuge bekundet, daß er sich lediglich wegen der Nichtzahlung des Vorschusses vom Vertrage losgesagt habe und daß er andernfalls in der Lage gewesen wäre, sämtliche Werkzeuge bis spätestens März 1939 fertigzustellen. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Liegt die Sache aber, wie nach dem Vorbringen der Klägerin für das Revisionsverfahren als wahr zu unterstellen ist, so, daß der Beklagte dem B. gegenüber vorsätzlich vertragsuntreu geworden ist, obwohl er keinen berechtigten Anlaß gehabt hat, die Weiterzahlung des ihm von der Klägerin für die Herstellung der Formen zur Verfügung gestellten

Vorschusses an B. zu unterlassen, dann könnte es sehr wohl gegen Treu und Glauben verstoßen und sich als Rechtsmißbrauch darstellen, wenn der Beklagte nunmehr die naheliegenden Folgen seines vorsätzlichen Vertragsbruchs gegenüber B. unter Berufung auf seine Lieferungsbedingungen auf die Klägerin abwälzen wollte. Das gilt selbst dann, wenn er nicht damit gerechnet haben sollte, daß B. sich infolge seines, des Beklagten, vertragswidrigen Verhaltens alsbald vom Vertrage lossagen oder auch nur deswegen die Fertigstellung der Formen verzögern werde. Der Beklagte könnte jedoch auch in diesem Falle für den Verzögerungsschaden nur insoweit in Anspruch genommen werden, als dieser auf seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten beruht, nicht auch insoweit, als er auf den oben erörterten Annahmeverzug der Klägerin zurückzuführen ist. Vom Standpunkte dieser Erwägungen hat das Berufungsgericht den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung überhaupt nicht geprüft.

Aus diesen Gründen ist das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als der Klageanspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens abgewiesen worden ist.