BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 313/99

Verkündet am:
4. Juli 2002
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Hotelvideoanlagen

BGB § 295 Satz 2, § 320 Abs. 1 Satz 1

a) Hängt die Leistungspflicht einer Vertragspartei davon ab, daß der Vertragspartner zunächst von einem Bestimmungsrecht Gebrauch macht (hier: Auswahl bestimmter Filme aus einem Gesamtsortiment), liegt schon in der nachdrücklichen Aufforderung, diese Auswahlentscheidung zu treffen, ein wörtliches Angebot i.S. von § 295 BGB.

b) Hat eine Vertragspartei eine unbegründete fristlose Kündigung des Vertrags ausgesprochen und hält sie auch weiterhin daran fest, zur weiteren Vertragserfüllung nicht verpflichtet zu sein, steht ihr die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht mehr zu, wenn sie von der anderen Vertragspartei auf Erfüllung in Anspruch genommen wird (im Anschluß an BGHZ 50, 175, 177; 88, 91, 96).

BGH, Urt. v. 4. Juli 2002 – I ZR 313/99 – OLG Düsseldorf
LG Kleve

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. März 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kleve vom 22. Januar 1998 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin 35,5 %, die Beklagte 64,5 % zu tragen. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Beide Parteien rüsten Hotels mit Fernsehgeräten und Anlagen zur entgeltlichen Wiedergabe von Videofilmen in Hotelzimmern (Pay-TV-Anlagen) aus und

liefern dazu die entsprechenden Spiel- und Erotikfilme, die auf diesen Anlagen gezeigt werden. Die Klägerin verwendet dafür Geräte aus der konzerneigenen Produktion; sie muß die Filme von dritter Seite beziehen. Die Beklagte hat selbst die Videofilme im Programm; sie muß die Anlagen von dritter Seite erwerben.

Die Parteien schlossen am 3. August 1994 einen schriftlichen Vertrag für eine feste Laufzeit von drei Jahren ab dem 1. Oktober 1994. In dem Vertrag verpflichteten sie sich wechselseitig, die Leistungen des Vertragspartners in Anspruch zu nehmen. So sollte die Klägerin von der Beklagten ein näher bezeichnetes Programm an Filmen zum Einsatz in den Hotelvideoanlagen beziehen. Im Gegenzug sagte die Beklagte zu, pro Jahr 1.250 Hotelzimmer mit Anlagen der Klägerin auszurüsten. In § 9 Satz 3 und 4 des Vertrages heißt es sodann:

> Falls die Abnahmeverpflichtung nicht eingehalten wird, ist [die Klägerin] berechtigt, den Vertrag fristlos zu kündigen. Bei einer Abnahme von mehr als 2.500 Ausrüstungen pro Jahr gewährt [die Klägerin] einen Bonus von 5 % auf die gesamte Auftragssumme.

In der Zeit bis Juni 1995 belieferte die Beklagte die Klägerin mit Filmprogrammen für über 21.000 Hotelzimmer. Hieraus errechnete die Beklagte eine monatliche Lizenzgebühr von knapp 100.000 DM. Die Filmlizenzrechnungen wurden von der Klägerin bis einschließlich Mai 1995 beglichen. Die Beklagte nahm bei der Klägerin im selben Zeitraum bereits Ausrüstungen in einem Umfang ab, der sie in den Genuß des Bonus von 5 % kommen ließ. Anfang Juni 1995 kam es zwischen den Parteien wegen Zahlungsrückständen der Beklagten zum Streit. Mit Schreiben vom 2. Juni 1995, das bei der Beklagten am 5. Juni einging, schrieb die Klägerin:

> Die Außenstände [der Beklagten] betragen bei [der Klägerin] zur Zeit rund 900 TDM. Die mittlere Kreditdauer per April 1995 betrug 89 Tage. Diese Überziehung der gewährten Zahlungsziele (30 Tage) können wir nicht akzeptieren. Da Sie trotz regelmäßiger schriftlicher Mahnungen und fernmündlicher Zahlungsaufforderungen nicht oder

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

> nur schleppend Ihren Verpflichtungen nachkommen, sehen wir uns gezwungen, die bestehende Kooperation zu überdenken.
>
> Denkbar ist künftig eine Belieferung nur nach Vorauskasse bzw. Absicherung durch Bankbürgschaften. Da Sie sich hierzu in der Vergangenheit nicht bereit erklärt haben und sich Ihre Finanzlage scheinbar nicht grundsätzlich verbessert hat, erwägt unsere Finanzabteilung, eine Liefersperre gegen [die Beklagte] und mit [der Beklagten] verbundene Unternehmen zu verhängen.
>
> Da Sie auch das mit der [Konzernmutter der Klägerin] geschlossene Moratorium nicht fristgerecht bedienen und nicht einmal eine angekündigte gerichtliche Pfändung durch sofortige Zahlung vermeiden, verstärkt sich der Eindruck, daß Sie auch weiterhin nicht an der Erfüllung Ihrer Vertragspflichten interessiert sind. ...
>
> Abschließend darf ich Sie darüber informieren, daß wir uns zur Zeit mit P. im Gespräch befinden, wie P. Zahlungen direkt an [die Klägerin] bzw. andere [Konzern-]Gesellschaften vornehmen kann, ohne daß [die Beklagte] zwischengeschaltet wird. Eine erste Abschlagszahlung geht uns in den nächsten Tagen zu.
>
> In Erwartung umgehender und konstruktiver Lösungsvorschläge verbleibe ich ...

Nachdem – wie in dem Schreiben bereits angekündigt – ein Schuldner der Beklagten 500.000 DM an die Klägerin mit schuldbefreiender Wirkung zugunsten der Beklagten gezahlt hatte, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 9. Juni 1995, versandt am 14. Juni 1995, die Kündigung des Filmlieferungsvertrages vom 3. August 1994 „aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung". Zur Begründung berief sie sich auf die in dem Schreiben vom 2. Juni 1995 angeführten Umstände und wies auf die dort geäußerte, bislang unbeantwortet gebliebene „Erwartung umgehender und konstruktiver Lösungsvorschläge" hin. Darüber hinaus habe sich die Klägerin genötigt gesehen, erneut die Zwangsvollstreckung wegen einer bereits titulierten Forderung einzuleiten.

Die Beklagte wies die Kündigung zurück und bestand auf der Fortsetzung des bis Ende September 1997 laufenden Vertragsverhältnisses. Sie forderte die Klägerin mit mehreren Schreiben auf, bei ihr Filmtitel anzufordern. Dem kam die Klägerin nicht nach; sie bezog keine weiteren Filme von der Beklagten. Diese stellte der Klägerin daraufhin die vereinbarten Lizenzgebühren in Rechnung.

Die Klägerin hat den Standpunkt vertreten, die von ihr ausgesprochene fristlose Kündigung sei wirksam. Das Recht zur fristlosen Kündigung stehe ihr nach dem Vertrag zu; denn das dort für den Fall der Nichterfüllung der Abnahmeverpflichtung vorgesehene Recht zur fristlosen Kündigung müsse auch für den Fall gelten, daß die Beklagte zwar die Anlagen abnehme, die dafür geschuldete Gegenleistung aber verweigere. Unter den gegebenen Umständen sei es ihr, der Klägerin, nicht mehr zuzumuten gewesen, an dem Vertrag festzuhalten.

Mit der Klage hat die Klägerin einen ausstehenden Betrag in Höhe von 782.513,43 DM zuzüglich Zinsen und 30 DM Mahnkosten geltend gemacht.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat die Klageforderung im wesentlichen nicht bestritten, hat jedoch mit einem Teil der ihr nach ihrer Ansicht zustehenden Lizenzgebühren für die restliche Laufzeit aufgerechnet und sich darauf berufen, daß die fristlose Kündigung unwirksam sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung der Beklagten für begründet erachtet, weil der Vertrag nicht wirksam gekündigt worden sei. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte im Wege der Widerklage die Zahlung weiterer Lizenzgebühren in Höhe von 1.840.590,21 DM begehrt. Die Widerklage hat sie jedoch nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht zurückgenommen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage in Höhe von 740.244,21 DM zuzüglich Zinsen und 10 DM Mahnkosten stattgegeben.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ebenso wie das Landgericht die fristlose Kündigung als unwirksam angesehen. Gleichwohl hat es die Gegenforderung der Beklagten für unbegründet erachtet. Die Beklagte könne keine Lizenzgebühren für die restliche Laufzeit verlangen, weil die Klägerin sich hinsichtlich der von der Beklagten zu liefernden Filme nicht im Annahmeverzug befunden habe. Nach der von der Klägerin ausgesprochenen fristlosen Kündigung habe die Beklagte der Klägerin keine Filme mehr geliefert. In dieser Situation sei zwar ein wörtliches Angebot ausreichend gewesen, um die Klägerin in Annahmeverzug zu versetzen. Ein solches Angebot habe die Beklagte indessen nicht abgegeben. Die Aufforderung, Titel anzufordern, reiche nicht aus, weil die Beklagte verpflichtet gewesen sei, der Klägerin die Auswahl aus aktualisierten Filmlisten zu ermöglichen. Die eigene Leistungsbereitschaft hätte die Beklagte daher nur durch das Angebot hinreichend zum Ausdruck gebracht, aus solchen aktualisierten Listen auszuwählen. Dies habe die Beklagte versäumt und könne wegen des fixschuldähnlichen Charakters der Verpflichtung auch nicht mehr nachgeholt werden.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Wiederherstellung des die Klage abweisenden landgerichtlichen Urteils.

Die Klageforderung ist in dem Umfang, in dem der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist, unstreitig. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht das Bestehen der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung verneint. Es hat zwar zu Recht angenommen, daß die von der Klägerin ausgesprochene fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht wirksam war (dazu 1.). Ob die der Beklagten obliegende Leistung unmöglich geworden ist, kann offenbleiben;

denn auch bei Unmöglichkeit ist – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – der Anspruch der Beklagten auf die Gegenleistung nicht entfallen (dazu 2.). Die Beklagte konnte auch wirksam mit der Gegenforderung aufrechnen (dazu 3.).

1. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die von der Klägerin am 9. Juni 1995 ausgesprochene fristlose Kündigung nicht wirksam ist. Dabei kann offenbleiben, ob sich die Vereinbarung über die Lieferung von Fernsehgeräten und Hotelvideoanlagen im Vertrag vom 3. August 1994 als eine Sukzessivlieferungsabrede darstellt, von der sich die Klägerin im Falle des Zahlungsverzugs der Beklagten nur nach den Vorschriften des § 326 Abs. 1 BGB a.F. durch einen – den nicht abgewickelten Teil des Vertrages erfassenden – Rücktritt hätte lösen können (BGH, Urt. v. 5.11.1980 – VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679, 680; Urt. v. 31.10.1984 – VIII ZR 229/83, WM 1985, 61, 62; Urt. v. 25.1.2001 – I ZR 287/98, GRUR 2001, 764, 765 = WRP 2001, 809 – Musikproduktionsvertrag), oder ob es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das im Falle von Leistungsstörungen im Wege einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund beendet werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 6.2.1985 – VIII ZR 15/84, NJW 1986, 124, 125 m.w.N.). Denn der fristlosen Kündigung muß nach anerkannter Rechtsprechung entsprechend dem Gebot der Nachfristsetzung bei Verzug (§ 326 Abs. 1 BGB a.F., § 323 Abs. 1 BGB n.F.) eine Abmahnung vorausgehen, durch die der andere Vertragsteil nachdrücklich auf die Folgen einer weiteren Nichterfüllung des Vertrages hingewiesen wird (vgl. BGH, Urt. v. 10.3.1976 – VIII ZR 268/74, WM 1976, 508, 510; Urt. v. 11.2.1981 – VIII ZR 312/79, NJW 1981, 1264, 1265; Urt. v. 10.5.1984 – I ZR 94/82, GRUR 1984, 754, 756 – Gesamtdarstellung rheumatischer Krankheiten; Urt. v. 9.10.1991 – XII ZR 122/90, NJW 1992, 496, 497).

Zutreffend haben Berufungsgericht und Landgericht dargelegt, daß das Schreiben der Klägerin vom 2. Juni 1995 diesen Anforderungen nicht genügt. Es

enthält weder eine Frist für die Begleichung der Außenstände, noch macht es deutlich, daß die weitere vertragliche Zusammenarbeit auf dem Spiel steht.

2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Beklagten keine Gegenforderung zusteht, mit der sie gegenüber der Klageforderung die Aufrechnung erklären kann. Die Beklagte habe – so das Berufungsgericht – ihre vertragliche Verpflichtung, der Klägerin Nutzungsrechte an jeweils wechselnden Filmen für den Betrieb in den Hotelvideoanlagen einzuräumen, nicht erfüllt. Da diese Verpflichtung fixschuldähnlichen Charakter habe, könne die Erfüllung nicht mehr nachgeholt werden. Das Berufungsgericht hat damit offenbar zum Ausdruck bringen wollen, daß die vertragliche Leistung der Beklagten unmöglich geworden und dadurch der Anspruch der Beklagten auf die Gegenleistung entfallen ist.

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Dabei kann offenbleiben, ob die Leistung der Beklagten im Streitfall wirklich unmöglich geworden ist. Dies erscheint keineswegs selbstverständlich. Denn die von der Beklagten zu erbringende Leistung unterscheidet sich von Dauerverpflichtungen, deren Erfüllung mit Zeitablauf unmöglich wird, in einem wesentlichen Punkt: Während bei diesen die geschuldete Leistung – etwa die Gebrauchsüberlassung bei der Raummiete oder die Unterlassung einer bestimmten Tätigkeit bei einem Wettbewerbsverbot – fortlaufend zu erbringen ist, geht es bei der Verpflichtung der Beklagten ähnlich wie bei einem Sukzessivlieferungsvertrag um wiederkehrende Einzelleistungen, die unter Umständen auch noch zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden können (vgl. dazu BGH GRUR 2001, 764, 765 – Musikproduktionsvertrag).

Doch auch wenn der Beklagten die Leistung unmöglich geworden sein sollte, hätte sie ihren Anspruch auf Gegenleistung nicht verloren. Im Falle der Unmöglichkeit hängt die Frage, ob die Gegenleistung noch erbracht werden muß, davon

ab, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Ist sie von keiner der beiden Vertragsparteien zu vertreten, entfällt grundsätzlich der Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 Abs. 1 BGB a.F.). Hat der Schuldner (hier die Beklagte) die Unmöglichkeit zu vertreten, entfällt – abgesehen von der Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten – zumindest der Anspruch auf die Gegenleistung (§ 325 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 323 Abs. 1 BGB a.F.). Nur wenn der Gläubiger (hier die Klägerin) die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder wenn er sich – was dem gleichsteht – zum Zeitpunkt des Unmöglichwerdens im Annahmeverzug befindet, behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 324 Abs. 1 und 2 BGB a.F.); er muß sich dann nur die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen (§ 324 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.). Die Beklagte kann demnach die Gegenleistung nur für den Fall beanspruchen, daß die Unmöglichkeit von der Klägerin zu vertreten ist oder diese sich in Annahmeverzug befunden hat. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor.

Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß – nachdem die Klägerin durch die (unberechtigte) fristlose Kündigung zum Ausdruck gebracht hatte, an dem Vertrag nicht festhalten zu wollen – ein wörtliches Angebot der Beklagten ausreichte, um die Klägerin in Annahmeverzug zu versetzen (§ 295 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1986 – IX ZR 65/85, NJW-RR 1986, 794; Urt. v. 28.10.1996 – II ZR 14/96, NJW-RR 1997, 537). Als ein solches wörtliches Angebot sind – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – die der Klägerin unstreitig zugegangenen Schreiben der Beklagten vom 19. Juni und 3. August 1995 anzusehen, in denen die Klägerin gebeten wurde, gemäß § 7 des Vertrages weitere Titel anzufordern (vgl. § 295 Satz 2 BGB). Neben dieser allgemein gehaltenen Aufforderung war – anders als die Revisionserwiderung meint – kein weiteres Angebot der Beklagten veranlaßt. Denn im Hinblick auf die ausgesprochene fristlose Kündigung war nicht damit zu rechnen, daß die Klägerin in der gebotenen Weise durch Ti-

telanforderungen mitwirkt. Kommt der Gläubiger in einer solchen Situation seiner vorrangig zu erfüllenden Mitwirkungsverpflichtung nicht nach, können vom Schuldner keine weiteren Konkretisierungen seines Angebots verlangt werden (vgl. BGH, Urt. v. 28.6.1994 – X ZR 95/92, NJW-RR 1994, 1469, 1470). Sollte Unmöglichkeit eingetreten sein, muß sich die Klägerin demnach so behandeln lassen, als hätte sie die Unmöglichkeit zu vertreten. Für diesen Fall müßte sich die Beklagte zwar die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen. Die Klägerin, die insoweit die Darlegungslast trifft (vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1990 – X ZR 19/89, NJW 1991, 166, 167), hat hierzu nichts vorgetragen. Im übrigen macht die Beklagte mit der Aufrechnung kaum mehr als ein Viertel der ihr nach ihrer Berechnung zustehenden Gegenforderung geltend.

3. Ist die Klägerin nach wie vor zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet, bleibt zu prüfen, ob die Beklagte berechtigt war, gegenüber der Klageforderung mit ihrem Anspruch auf Zahlung der Filmlizenzgebühren aufzurechnen. Die Revisionserwiderung möchte dies mit der Begründung verneinen, daß die Aufrechnung mit einer einredebelasteten Forderung nicht zulässig sei; gegenüber der Gegenforderung der Beklagten könne die Klägerin die Einrede des nichterfüllten Vertrages erheben (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Dem kann nicht beigetreten werden. Zwar ist der Beklagten die Aufrechnung mit einer einredebelasteten Forderung verwehrt (§ 390 Satz 1 BGB); dies gilt insbesondere für die Einrede des nichterfüllten Vertrages, und zwar auch dann, wenn diese Einrede noch gar nicht ausdrücklich erhoben worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287, 288). Auch wenn keine Unmöglichkeit eingetreten sein sollte, steht der Klägerin diese Einrede nicht mehr zu. Sie setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, daß der Vertragsteil, der sich auf sie beruft, seinerseits erfüllungsbereit ist (RGZ 58, 173, 176; 69, 381, 383; BGHZ 50, 175, 177; 88, 240, 247 f.; BGH, Urt. v. 10.6.1970 – VIII ZR 225/68, WM 1970, 958,

960; Urt. v. 16.6.1976 – VIII ZR 223/74, WM 1976, 964, 966; Urt. v. 20.1.1978 – V ZR 171/75, WM 1978, 731, 733; Urt. v. 25.1.1982 – VIII ZR 310/80, NJW 1982, 874, 875; BGHZ 88, 91, 96; BGH, Urt. v. 5.7.1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222, 3224; differenzierend Staudinger/Otto, BGB [2001], § 320 Rdn. 37; MünchKomm.BGB/Emmerich, 3. Aufl., § 320 Rdn. 50). Die Einrede des § 320 BGB hat danach allein die Funktion, die geschuldete (Gegen-)Leistung zu erzwingen. Sie hat – wie es in BGH NJW 1982, 874, 875 heißt – „nur verzögerlichen Charakter und dient dazu, den anderen Teil zur Erfüllung des mit der Einrede geltend gemachten Anspruchs anzuhalten". Dagegen kann sich derjenige, der deutlich gemacht hat, daß er an dem Vertrag nicht festzuhalten gedenke, die Einrede nicht zunutze machen.

Da die Klägerin durch die fristlose Kündigung deutlich gemacht hat, daß ihr an einer Erfüllung der weiteren vertraglichen Verpflichtungen nicht gelegen ist, steht ihr die Einrede des § 320 BGB nicht zur Seite. Damit ist die von der Beklagten erklärte Aufrechnung zulässig mit der Folge, daß die geltend gemachte Klageforderung durch Aufrechnung erloschen ist. Ist – was naheliegend erscheint – keine Unmöglichkeit eingetreten, bleibt es der Klägerin unbenommen, ihrerseits noch Erfüllung der von der Beklagten zu erbringenden vertraglichen Leistungen oder gegebenenfalls (§ 326 BGB a.F.) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

III. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende landgerichtliche Urteil ist in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

Erdmann RiBGH Dr. v. Ungern-Sternberg ist infolge Urlaubs an der Unterschriftsleistung verhindert. Bornkamm

Erdmann

Pokrant Schaffert