

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:-----nein

BGB §§ 273, 284

Macht der Schuldner ein ihm gemäß § 273 BGB zustehendes Zurückbehaltungsrecht erst nach Eintritt des Leistungsverzuges geltend, so wird damit der Verzug nicht beseitigt. Der Schuldner muß dann mindestens seine eigene Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Leistung des anderen Teils anbieten.

BGH, Urt. v. 25. November 1970 - VIII ZR 101/69 OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 101/69

URTEIL

Verkündet am

25. November 1970

Scheibl

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Alexander F. [REDACTED] in H. [REDACTED],
G. [REDACTED] A. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma U. [REDACTED] Ing. Arturo C. [REDACTED], alleiniger Inhaber
Ingenieur und Kaufmann Arturo C. [REDACTED] in M. [REDACTED],
Via F. T. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 17. April 1969 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Jahre 1958 lieferte der Kläger, Inhaber eines Handelsgeschäftes in H■■■■■, an die Beklagte, eine italienische Firma in M■■■■■ aufgrund mehrerer Bestellungen Kugellager nebst Zubehör. Die Beklagte zahlte einen Teil dieser Lieferungen nicht vollständig. In gleicher Weise verfuhr sie hinsichtlich der ihr in Rechnung gestellten Wechselspesen. Gleichwohl nahm der



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kläger im Jahre 1959 weitere Bestellungen der Beklagten an, deren Erfüllung er indes verweigert hat. Am 2. Oktober 1959 beanstandete die Beklagte das Ausbleiben einer ganzen Reihe von Lieferungen, zu denen auch die hier noch streitigen gehören. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1960 übersandte die Beklagte dem Kläger ein in italienischer Sprache verfaßtes Schreiben, das in sinngemäßer Übersetzung wie folgt lautet:

"Trotz mehrerer Bestellungen, von denen wir Ihre Bestätigung erhielten, haben wir mehrere Monate lang auf den Eingang der Ware gewartet, ohne dass diese jedoch bei uns eintraf. Infolge Ihrer Bestätigungen haben wir unsererseits Verpflichtungen bei unserer Kundschaft übernommen, die wir nicht haben einhalten können. Wir fordern Sie auf, uns obiges Material umgehend zukommen zu lassen, um dadurch unseren Schaden soweit wie möglich zu vermindern, und behalten uns vor, Sie mit sämtlichen Beträgen zu belasten, für welche wir unsererseits werden aufkommen müssen. Wenn wir binnen einer Frist von 15 Tagen von heute an gerechnet obiges Material nicht erhalten, werden wir, wenn auch ungerne, gezwungen sein die Angelegenheit unserem Rechtsanwalt zu übertragen, um den Ersatz des Schadens zu beantragen, den uns Ihre Nichterfüllung verursacht hat."

Dieses Schreiben beantwortete der Kläger mit Brief vom 12. November 1960, der folgenden Wortlaut hat:

"In Erwiderung Ihres Briefes vom 17.v.M. teile ich Ihnen folgendes mit:

Ihre Aufträge sind von mir bestätigt worden unter Zugrundelegung meiner Lieferungs- und Verkaufsbedingungen:

Einen Teil Ihrer Aufträge haben Sie selbst annulliert, und den verbleibenden Rest werde ich nicht an Sie liefern; denn Sie haben meine verschiedenen Mahnungen über die Bezahlung Ihrer Restschuld nicht beachtet und bis heute die Restschuld noch nicht bezahlt.

Meine Verkaufsbedingungen besagen, dass ich an Kunden, die nicht mehr zahlungsfähig sind, nicht mehr zu liefern brauche.

Meine Verkaufsbedingungen besagen, dass der Gerichtsstand Hamburg ist, und Sie finden auch auf allen meinen Briefbogen den Hinweis, dass der Gerichtsstand und Erfüllungsort für beide Parteien H[REDACTED] ist.

Sollten Sie meinen Ausführungen nicht zustimmen wollen, stelle ich Ihnen anheim, Ihre Klage in H[REDACTED] einzureichen."

Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 19. November 1960, in dem sie um Übersendung einer Abschlußrechnung bat. Daraufhin schrieb der Kläger am 28. November 1960 der Beklagten wie folgt:

"Ich bestätige den Empfang Ihres Briefes vom 19.d.M., und die Kontenabstimmung per 31/12.60 werde ich dazu benutzen, Ihnen dann im Januar mitzuteilen, welche genaue Restschuld Sie noch an mich haben. Nach Bezahlung Ihrer Restschuld bin ich dann gern bereit, eine neue Geschäftsverbindung mit Ihnen wieder aufzunehmen."

Mit weiteren Schreiben vom 2. Dezember 1960, 12. Januar 1961, 30. Januar 1961, 17. Februar 1961 und vom 18. April 1961 erinnerte die Beklagte an die Übersendung einer Abschlußrechnung und mahnte gleichzeitig die noch ausstehenden Lieferungen an. Der Kläger vertröstete die Beklagte wegen der Übersendung der Abrechnung auf einen späteren Zeitpunkt (Schreiben vom 4. März 1961) und schließlich auf eine von ihm angekündigte Besprechung in M■■■■■, zu der es aber nicht gekommen ist. Am 24. August 1961 mahnte die Beklagte erneut an die Erfüllung der schwebenden Abschlüsse.

Mit der Klage verlangte der Kläger als Restkaufpreis aus den Verträgen des Jahres 1958 einen Betrag von 4 330,89 DM nebst Zinsen. Die Beklagte verlangte ihrerseits mit der Widerklage Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verträge aus dem Jahre 1959, und zwar Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 6 829 786 Lire nebst Zinsen.

Gegen die Beklagte erging Anerkenntnisurteil in Höhe von 2 658,97 DM. Im übrigen wurde die Beklagte vom Landgericht zur Zahlung von weiteren 1 672,01 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Widerklage wurde abgewiesen.

In der Berufungsinstanz verglichen sich die Parteien über die noch offene Klageforderung dahin, daß die Beklagte zur Abgeltung des Klageanspruches noch 836 DM, fällig mit Rechtskraft des Urteils über die Widerklage, zu zahlen habe.

Das Oberlandesgericht hat in seinem ersten Urteil die Widerklage bezüglich fünf näher bezeichneter, von der Beklagten als zustande gekommen behaupteter Lieferverträge dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen.

Dieses Urteil ist auf die Revision des Klägers durch Urteil des erkennenden Senats vom 27. Mai 1968 (VIII ZR 163/66) aufgehoben worden. Die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Auf die Entscheidungsgründe dieses Urteils wird Bezug genommen.

Das Oberlandesgericht hat die Widerklage wegen der oben angeführten Lieferverträge erneut dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe der Widerklage an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger hinsichtlich der Widerklage die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Soweit der Kläger geltend gemacht hatte, die vom Berufungsgericht als zustande gekommen angenommenen Lieferverträge seien später annulliert worden, hat das Berufungsgericht nunmehr festgestellt, daß die Behauptung des Klägers unbewiesen geblieben ist. Das wird von der Revision nicht beanstandet, so daß davon auszugehen ist, daß der Kläger verpflichtet war, die Verträge zu erfüllen.

II. Der Schadensersatzanspruch der Beklagten hing somit in erster Linie davon ab, ob der Kläger mit diesen Verpflichtungen in Leistungsverzug geraten ist. Alle bisherigen Entscheidungen gehen zutreffend davon aus, daß zumindest das Schreiben der Beklagten vom 17. Oktober 1960 seinem Inhalte nach geeignet war, den Kläger in Verzug zu setzen. Demgegenüber beruft sich die Revision zu Unrecht auf die Allgemeinen Lieferbedingungen des Klägers. Ob diese Lieferbedingungen Gegenstand der

streitigen Verträge geworden sind, bedarf keiner Entscheidung. Die in Nr. 6 der Bedingungen angeführten Umstände, unter denen Lieferverzögerungen dem Kläger nicht angelastet werden dürfen, hat dieser nicht geltend gemacht.

III. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß ein Verzug auszuschließen wäre, wenn der Kläger zeitlich vor dem Schreiben vom 17. Oktober 1960 gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hätte. Das Zurückbehaltungsrecht hätte darauf gestützt werden können, daß die Beklagte ihrerseits mit Kaufpreiszahlungen aus früheren Verträgen im Rückstand sei. Das Berufungsgericht hält aber nicht für erwiesen, daß der Kläger das Zurückbehaltungsrecht in einem Zeitpunkt geltend gemacht hat, der vor Eintritt des am 17. Oktober 1960 eingetretenen Leistungsverzuges lag. Es führt hierzu aus, der Zeuge Ar[REDACTED] habe sich an die vom Kläger behaupteten Vorgänge in H[REDACTED] nicht erinnern und keinen Zeitpunkt dafür angeben können, in dem der Kläger die Beklagte in M[REDACTED] darauf hingewiesen habe, daß er nur noch liefern werde, wenn diese die noch offenstehenden Forderungen beglichen habe. Deshalb sei es nicht auszuschließen, daß etwaige Vorhaltungen des Klägers sich auf frühere, den hier streitigen, vorangegangene Lieferverträge bezogen hätten. Diese Würdigung ist rechtlich einwandfrei. Das Berufungsgericht geht demnach rechtsirrtumsfrei

davon aus, daß der Kläger mit Erhalt des Schreibens vom 17. Oktober 1960 in Leistungsverzug geraten ist.

Der Ansicht der Revision, der Verzug sei dadurch beendet worden, daß der Kläger zumindest nachträglich das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht habe, ist nicht zu folgen. Es erscheint schon sehr zweifelhaft, ob diese Ansicht der Revision eine Stütze in dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt findet. Denn wie unter V. erörtert wird, hat der Kläger in seinem Schreiben vom 12. November 1960 jede Leistung aus den Lieferungsverträgen des Jahres 1959 abgelehnt. Das bedeutet im Zweifel nicht die Erhebung einer Einrede aus § 273 BGB, sondern die Verweigerung der Erfüllung überhaupt. Dafür, daß vor dem 12. November 1960 die Einrede ausdrücklich oder eindeutig durch schlüssige Handlungen geltend gemacht worden sei, fehlt es an einem ausreichenden Anhaltspunkt. Die Revision hat auch einen solchen nicht dargetan.

Aber selbst wenn der Kläger nach dem 17. Oktober 1960 ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hätte, bliebe die Rüge der Revision ohne Erfolg.

Es ist in der Rechtsprechung mehrfach entschieden worden, daß jedenfalls dann, wenn dem im Verzuge befindlichen Schuldner wegen einer nachträglich fällig gewordenen Gegenforderung aus demselben Rechtsverhältnis ein Zurückbehaltungsrecht erwächst, weder das

Bestehen dieses Rechtes noch seine Geltendmachung ausreichen, um den bereits eingetretenen Verzug zu beenden. Der Schuldner muß, um den Verzug für die Zukunft zu beseitigen, Handlungen vornehmen, die eine Heilung des Verzuges herbeizuführen, geeignet sind. D. h. er muß, falls wie hier die Möglichkeit besteht, ein Zugumzugverhältnis zu begründen, seine Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung anbieten (RGZ 93, 301; 120, 193, 197; RG WarnRspr 1919 Nr. 3 und BGH Urt. vom 14. Oktober 1964 - V ZR 189/63 - = WM 1964, 1247).

Die Rechtslage ist aber auch dann nicht anders, wenn wie hier die Forderungen des in Verzug geratenen Schuldners (Kläger) älter sind als diejenigen des Gläubigers (Beklagte). Deshalb kann die Revision auch mit ihrem Hinweis, nicht nur der Kläger, sondern auch die Beklagte habe sich im Leistungsverzuge befunden, keinen Erfolg haben. Dabei mag dahinstehen, ob diese Ansicht überhaupt zutrifft. Denn auch in dieser Hinsicht fehlt es an geeigneten Feststellungen darüber, ob für die Beklagte vor Klageerhebung Verzug eingetreten ist. Selbst wenn davon ausgegangen wird, daß sie vor dem 17. Oktober 1960 mit ihren Zahlungsverpflichtungen aus den früheren Lieferverträgen des Jahres 1958 in Verzug gewesen ist, könnte eine andere Beurteilung nicht Platz greifen.

Die Vertragsuntreue der Beklagten konnte den Eintritt des Verzuges des Klägers nicht hindern. Denn die auf verschiedenen Verträgen beruhenden Verpflichtungen waren grundsätzlich voneinander unabhängig. Es hätte dem Kläger freigestanden, aus einem etwaigen Verzuge der Beklagten rechtliche Folgerungen zu ziehen, wie die Beklagte das später wegen des Verzuges des Klägers getan hat. Vor allem hätte er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen und damit, wie bereits erörtert wurde, den eigenen Leistungsverzug verhindern können. Nicht ausgeschlossen ist es allerdings in einem Falle der vorliegenden Art, in dem den Verpflichtungen aus einem Verträge Verpflichtungen aus einem anderen derselben Geschäftsverbindung gegenüberstehen, in der Nichterfüllung des einen Vertrages auch eine Vertragsverletzung im Rahmen des anderen Vertrages zu erblicken. Könnte hiervon ausgegangen werden, so hätte das möglicherweise dazu führen können, der Beklagten nach Treu und Glauben wegen eigener Vertragsuntreue zu versagen, sich auf einen Leistungsverzug des Klägers zu berufen. Hierzu hätte es aber der Darlegung besonderer Umstände bedurft, die der Vortrag der Revision vermissen läßt. Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß sich der Kläger seit dem 17. Oktober 1960 im Verzuge befunden habe und daß der Verzug auch nicht für die Zukunft beseitigt worden sei, erweist sich somit auch unter dem von der Revision aufgezeigten Gesichtspunkte als unangreifbar.

In einem Falle wie dem vorliegenden wäre aber auch die nachträgliche Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht geeignet gewesen, den Leistungsverzug zu beenden. Denn grundsätzlich vermag nur die Erfüllung, allenfalls das reale Angebot der geschuldeten Leistung den Verzug zu beenden (vgl. OLG Karlsruhe NJW 1955, 504).

Die nachträgliche Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bleibt damit aber nicht ohne Bedeutung. Wenn sie auch nicht dazu führen kann, den Verzug zu beseitigen, weil sie sich in keiner Weise als Erfüllungsersatz darstellt, so bewirkt sie doch das Zustandekommen eines Zugumzugverhältnisses. Sie setzt den Schuldner damit in die Lage, die Beendigung des Verzuges durch ein Angebot der eigenen Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung herbeizuführen. Auf diese Weise gewährt sie dem Schuldner noch nachträglich ein indirektes Mittel, die Gegenleistung zu erzwingen.

IV. Auch die Verfahrensrügen der Revision bleiben ohne Erfolg.

1. Ihr Vorbringen, das Berufungsgericht gehe davon aus, daß die Verhandlungen des Klägers in M [REDACTED] vor dem 12. November 1960, dem Datum des Verzugsschreibens, gelegen und sich auf die Lieferungen aufgrund

der Bestellungen von 1959 bezogen haben, findet weder in den Ausführungen des Berufungsgerichts noch in der Aussage des Zeugen Ar[REDACTED] eine Stütze. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, daß die Hinweise des Klägers auf ein Zurückbehaltungsrecht auch alte Lieferungen betroffen haben könnten, sind unangreifbar. Die Revision weiß nichts Entscheidendes hiergegen vorzubringen.

2. Vergebens beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe nicht zu der Frage Stellung genommen, ob der Verzug des Klägers durch das Bestehen einer Einrede aus § 321 BGB ausgeschlossen gewesen sei. Da schon in den früheren Urteilen ohne Rechtsfehler dargetan ist, daß die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben waren, brauchte das Berufungsgericht hierauf nicht mehr einzugehen. Aus den Ausführungen der Revision ist überdies kein Anhaltspunkt ersichtlich, der zur Annahme der Voraussetzungen dieser Einrede berechtigen könnte.

Ihr Hinweis darauf, daß ein Wechsel der Beklagten über den Betrag von 8 548,96 DM am 21. Oktober 1958 zu Protest gegangen sei, ist schon deshalb unerheblich, weil dieser Vorgang in eine Zeit fällt, die vor der Entstehung der hier streitigen Lieferverpflichtungen des Klägers aus dem Jahre 1959 liegt, § 321 BGB aber für den Wegfall der Vorleistungspflicht eine nach-

trägliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse beim anderen Teile voraussetzt. In die gemäß § 321 BGB maßgebliche Zeit fällt allerdings der Eintritt der Fälligkeit eines weiteren Wechsels über 1 740,80 DM, der ebenfalls zu Protest gegangen ist. Hierzu hat aber die Beklagte im Schriftsatz vom 11. März 1969 (Bl. 362, 364 GA) ausgeführt, dieser Wechsel habe anscheinend wegen italienischer Devisenbestimmungen nicht sofort eingelöst werden können. Bei dieser Lage wäre es Sache des Klägers gewesen, näher darzulegen, unter welchen Umständen die Protesterhebung vor sich ging und welche für die Beklagte nachträglichen Schlüsse im Sinne des § 321 BGB hieraus gezogen werden können. Das war um so mehr erforderlich, als dem Kläger bereits durch gerichtliche Verfügung vom 21. August 1964 (Bl. 201 GA) aufgegeben worden war, die Voraussetzungen dieser Bestimmung substantiiert darzulegen.

V. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob das Schreiben der Beklagten vom 17. Oktober 1960 die Voraussetzungen des § 326 BGB im einzelnen erfüllt. Das ist unbedenklich, weil das Berufungsgericht annimmt, daß der Kläger die Erfüllung aus den streitigen Lieferverträgen endgültig und hartnäckig verweigert hat. Es sieht diese Erfüllungsverweigerung des Klägers ohne Rechtsirrtum in dessen Schreiben vom 12. November 1960. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, das Berufungsgericht habe das Schreiben schon deshalb falsch

gewürdigt, weil es die darin enthaltenen Ausführungen isoliert betrachte. Das Berufungsgericht hat, wie sich aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen und Erwägungen ergibt, die gesamte Korrespondenz der Parteien sehr wohl berücksichtigt. Dieser Schriftwechsel läßt auch die Würdigung des Berufungsgerichts zu. Denn wenn auch die Beklagte, wie ihre dringenden Mahnungen, die Waren doch zu liefern, erkennen lassen, den Kläger zu bewegen versuchte, von seinem starren Standpunkte abzugehen, so hindert das nicht die Feststellung des Berufungsgerichts, daß das Schreiben des Klägers vom 12. November 1960 eine endgültige Erfüllungsverweigerung enthielt, von der er auch in der Folgezeit nicht wieder abging. Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Berufungsgericht aus dem Schreiben vom 28. November 1960 keineswegs zu entnehmen, der Kläger habe mit der Wendung, die Geschäftsverbindung wieder aufnehmen zu wollen, seine Erfüllungsbereitschaft andeuten wollen. Denn die Wiederaufnahme der Geschäftsverbindung durch den Abschluß neuer Lieferverträge ist nicht mit der Erfüllung der alten Verträge gleichzusetzen. In den neuen Verträgen, deren Abschluß der Kläger, was die Revision geflissentlich übersieht, auch nur in Aussicht stellte, hätte der Kläger die neuen Preise einsetzen können, während er bei Erfüllung der bestehenden Verträge an die alten Preise, auf alle Fälle an diejenigen gebunden war, die zur Zeit des Verzugseintritts galten. Hiervon muß ent-

gegen der Ansicht der Revision auch dann ausgegangen werden, wenn die Geltung von Nr. 3 der Lieferbedingungen unterstellt wird, wo dem Kläger vorbehalten bleibt, die Preise nach Maßgabe des zur Zeit der Lieferung geltenden Rohmaterialpreises, der Arbeitslöhne etc. zu korrigieren. Auf diese Nr. 3 kann sich die Revision insoweit nicht berufen, als der Kläger im Lieferverzuge war.

VI. Davon, daß die Beklagte die geltend gemachten Schadensersatzansprüche deshalb verwirkt habe, weil sie diese Ansprüche erst während des Rechtsstreits klageweise geltend machte, kann keine Rede sein. Dem steht schon der Schriftwechsel der Parteien eindeutig entgegen, aus dem sich ergibt, daß die Beklagte bis zum 24. August 1961 den Kläger ununterbrochen gemahnt hat, ihre Bestellungen zu beliefern und ihm wegen der noch offenstehenden Kaufpreisforderungen eine Schlußabrechnung zu übersenden. Schließlich hat die Beklagte auch während des Rechtsstreits vor Erhebung der Widerklage darauf hingewiesen, daß der Kläger ihr durch das Ausbleiben der Lieferungen einen großen Schaden zugefügt habe. Dem Kläger kann daher nicht zugebilligt werden, daß er sich nach Treu und Glauben habe darauf einrichten dürfen, die Beklagte werde ihn nicht mehr an den Lieferverträgen festhalten und auch keine Schadensersatzansprüche an ihn stellen.

VII. Das Berufungsgericht hat hiernach die noch im Streit befindlichen Widerklageansprüche mit Recht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision war mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann