

# BUNDESGERICHTSHOF 2126 035

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 109/65

## URTEIL

Verkündet am

30. Oktober 1967  
Klett, Justiz-  
hauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Firma L [REDACTED], Werkzeugmaschinenfabrik, Inhaber  
Ingenieur Otto L [REDACTED] in Lü [REDACTED]/Westf.,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Verlag W. Gi [REDACTED] in E [REDACTED], Ge [REDACTED]str. [REDACTED],  
gesetzlich vertreten durch ihre persönlich haftenden Ge-  
sellschafter Dr. W [REDACTED] und Dr. Herbert Gi [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 19. Februar 1965 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Bestellung der Beklagten ließ die Klägerin Werbeanzeigen der Beklagten in den von der Klägerin verlegten Zeitschriften erscheinen. 1955 trafen die Parteien ein Abkommen, daß die Vergütung der Anzeigen nicht mehr bar bezahlt, sondern mit Forderungen der Beklagten verrechnet werden sollte. Nach der Vereinbarung der Parteien sollten diejenigen Forderungen verrechnet werden, die der Beklagten aus Lieferungen von Drehbänken an die Klägerin entstehen würden, die die Parteien für die Folgezeit vorsahen. Daraufhin lieferte die Beklagte eine Drehbank. Die

Verrechnung des Kaufpreises wurde in der vorgesehenen Art vorgenommen. Im Juni 1961 bestellte die Klägerin eine weitere Drehbank, die die Beklagte an die Abnehmerin der Klägerin, die Firma K■■■■, innerhalb 8 bis 9 Monaten liefern sollte. Die Beklagte bestätigte den Auftrag durch Schreiben vom 20. Juli 1961 ("Kommissionsnummer" ■■■■/61) unter Bezugnahme auf ihre beigelegten Lieferbedingungen. Im August 1961 gab die Klägerin wiederum eine Bestellung für eine Drehbank auf, die die Beklagte unter der Kommissionsnummer ■■■■/61 bestätigte. Beide Bestellungen erledigte die Beklagte jedoch nicht innerhalb der ausgemachten Lieferfristen. Die in diesem Rechtsstreit allein noch streitige Lieferung mit der Kommissionsnummer ■■■■/61 verzögerte die Beklagte so lange, daß schließlich die als Empfängerin bestimmte Firma F■■■■ von dem mit der Klägerin geschlossenen Kaufvertrag zurücktrat. Die Klägerin fand in der Firma G■■■■ einen neuen Abnehmer. Sie wies die Beklagte im Schreiben vom 13. Februar 1963 darauf hin, daß die nunmehr festgelegte, bis Mitte März 1963 laufende Lieferfrist unbedingt einzuhalten sei. Die Firma G■■■■ verlangte in der Folgezeit von der ursprünglichen Bestellung abweichende zusätzliche Änderungen der Fertigung. Gleichwohl stellte die Beklagte die Lieferung der Drehbank für Ende Mai, Anfang Juni 1963 in Aussicht. Am 14. Mai 1963 schrieb die Klägerin der Beklagten:

"Wir kündigen schon heute für den Fall, daß die Lieferung ... nicht spätestens, wie zugesagt, Ende Mai-Anfang Juni 1963 erfolgt, die Geltendmachung unserer Rechte aus § 326 BGB und insbesondere die Setzung einer nunmehr allerdings kurz bemessenen letzten Frist für die Vornahme der Lieferung an ...".



Auch die Firma G [REDACTED] trat wegen nicht fristgerechter Lieferung von ihrem mit der Klägerin geschlossenen Kaufvertrag zurück. Am 11. Juni 1963 trafen sich die Parteien zu einer Besprechung, die die Klägerin am selben Tage wie folgt bestätigte:

"Gern komme ich auf das heute morgen mit Ihnen in Lü [REDACTED] geführte Gespräch zurück und bestätige die in den einzelnen Punkten getroffenen Vereinbarungen:

a) Kommission Nr. [REDACTED]/61

Die Lieferung erfolgt in der Ausführung und zum Preise Ihrer Bestätigung vom 20.7.1961. It. Fernschreibnummer [REDACTED]-6 vom 11.6.1963 der Firma Sch [REDACTED], K [REDACTED], steht die Drehbank Ende Juli 1963 versandbereit.

Die in Zusammenhang mit der Firma G [REDACTED] bestellten Sondereinrichtungen wurden annulliert.  
..."

Am 25. Juli 1963 kündigte die Beklagte der Klägerin an, daß die Lieferung in Kürze erfolgen werde. Am 25. September 1963 teilte sie jedoch der Klägerin auf deren Bitte, einen verbindlichen Liefertermin zu nennen, mit, sie könne beide Drehbänke vorerst nicht ausliefern. Daraufhin setzte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 4. Oktober 1963 eine Nachfrist bis zum 31. Oktober 1963 und drohte für den Fall, daß die Frist nicht eingehalten werde, den Rücktritt von den Verträgen an. Am 31. Oktober 1963 erklärte die Klägerin alsdann den Rücktritt.

Sie verlangte mit der Klage Zahlung der Insertionskosten in Höhe von 43 025,97 DM sowie den Betrag von 2 640,90 DM, letzteren Betrag mit der Behauptung, es seien ihr Insertionskosten in dieser Höhe deshalb zu-

sätzlich entstanden, weil sie gezwungen gewesen sei, neue Abnehmer für die Drehbänke zu suchen. Insgesamt forderte sie 45 666,87 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im übrigen in Höhe von 43 025,97 DM stattgegeben. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein, die sie auf einen Betrag von 23 280 DM (43 025,97 - 19 745,97 DM) nebst Zinsen beschränkte, einen Betrag, der auf die Lieferung der Drehbank mit der Kommissionsnummer [REDACTED]/61 entfiel. Im Wege der Widerklage begehrte sie die Verurteilung der Klägerin, eine der Kommissionsbestätigung Nr. [REDACTED]/61 entsprechende Drehbank abzunehmen. Berufung und Widerklage blieben ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der noch anhängig gebliebenen Klage und auf Zuerkennung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Klägerin sowohl von dem Verklieferungsvertrag über die Drehbank mit der Kommissionsnummer [REDACTED]/61 als auch von dem Verrechnungsabkommen wirksam zurückgetreten sei. Es stellt die Voraussetzungen des § 326 BGB fest und meint, die Beklagte habe dadurch, daß sie die Lieferung beider Drehbänke über Jahre hinaus verzögert habe, den Vertragszweck derart gefährdet, daß der Klägerin ein Festhalten am Verrechnungsabkommen nicht mehr zugemutet wer-

den könne. Es gelangt dann zu dem Ergebnis, daß die Beklagte die Insertionskosten nicht mehr mit Gegenforderungen verrechnen dürfe, sondern bar bezahlen müsse. Da die Klägerin zur Abnahme der Drehbank nicht mehr verpflichtet sei, hat es auch die Widerklage abgewiesen.

Der Entscheidung des Berufungsgerichts ist im Ergebnis beizutreten. Die Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

II. Vergeblich wendet sich die Revision gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß sich die Beklagte mit der Lieferung der Drehbank spätestens seit dem 4. Oktober 1963 im Verzuge befunden habe. Das Berufungsgericht bezieht sich auf die Vereinbarung der Parteien vom 11. Juni 1963, die es dahin auslegt, daß die Lieferung der Maschine bis Ende Juli 1963 zu erfolgen hatte. Den Inhalt der Vereinbarung bestimmt es nach Maßgabe des Bestätigungsschreibens der Klägerin vom selben Tage. Die darin enthaltene Wendung: "lt. Fernschreiben [REDACTED]-6 vom 11.6.1963 der Firma Sch [REDACTED] K [REDACTED] steht die Drehbank Ende Juli 1963 versandbereit" deutet es dahin, daß sich die Beklagte diese Mitteilung zu eigen geracht und als eigene Erklärung an die Klägerin weitergegeben habe. Deshalb gelangt es zu dem Ergebnis, die Parteien hätten sich am 11. Juni 1963 dahin geeinigt, daß die Drehbank mit der Kommissionsnummer [REDACTED]/61 ohne die von der Firma G [REDACTED] bestellten Sonderausrüstungen Ende Juli 1963 zu liefern gewesen sei.

Hiergegen erhebt die Revision nach zwei Richtungen Bedenken.

a) Sie meint, die Vereinbarung vom 11. Juni 1963 habe keine Gültigkeit, weil sie der gemäß § 1 der Geschäftsbedingungen der Beklagten erforderlichen schriftlichen Bestätigung der Beklagten ermangele. Dieser Angriff geht fehl. Ohne Rechtsirrtum nimmt das Berufungsgericht an, daß der Formzwang des § 1 der angezogenen Geschäftsbedingungen hier nicht Platz greife, weil sich die Parteien darüber einig geworden seien, die Vereinbarung solle auch formlos gültig sein. Die Revision kann dieser Erwägung nicht mit der Rüge begegnen, das Berufungsgericht habe verfahrenswidrig den von der Beklagten angetretenen Zeugenbeweis darüber übergangen, daß sich die Parteien am 11. Juni 1963 nicht über einen Liefertermin einig geworden seien. Dieses Beweisangebot betrifft nur den Inhalt der Vereinbarung, den das Berufungsgericht aber nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über das Schweigen gegenüber einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben aus dem Inhalt des Bestätigungsschreibens vom 11. Juni 1963 entnehmen konnte. Das Beweisangebot hat nichts mit der Frage zu tun, ob sich die Parteien am 11. Juni 1963 darüber einig waren, das Ergebnis ihrer Besprechung solle auch ohne schriftliche Bestätigung der Beklagten gelten. Die Revision hat aber im übrigen gegen die Feststellung dieses Parteiwillens keine Verfahrensrügen erhoben. Gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Vereinbarung vom 11. Juni 1963 sei auch ohne die in § 1 der Geschäftsbedingungen vorgesehene Form wirksam geworden, bestehen keine materiell-rechtlichen Bedenken (vgl. insbesondere RGZ 95, 175; RG in DR 1943, 487 und BGH, Urt. v. 26. November 1964 - VII ZR 111/63 = LM BGB § 125 Nr. 20 = NJW 1965, 293).

Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, ob dem Berufungsgericht darin gefolgt werden kann, der in § 1 der Geschäftsbedingungen normierte Formzwang beziehe sich überhaupt nicht auf Vereinbarungen, die nach dem eigentlichen Abschluß des Werklieferungsvertrages getroffen werden.

Daß der Inhalt der Vereinbarung vom 11. Juni 1963 nach dem Bestätigungsschreiben zu bestimmen ist, wird auch von der Revision nicht beanstandet.

b) Die Revision meint indes, die Deutung, die das Berufungsgericht dem Bestätigungsschreiben gegeben habe, sei rechtlich unmöglich.

Da erst bei der Besprechung vom 11. Juni 1963 die Sonderwünsche der Firma G. fallengelassen und erst bei dieser Verhandlung die Bestellung wieder auf den ursprünglich gekauften Normaltyp gerichtet worden sei, habe sich das im Bestätigungsschreiben angezogene Fernschreiben der Firma Sch. nicht auf die in diesem Zeitpunkt erst vereinbarte Bestellung, sondern nur auf die Sonderfertigung beziehen können. Nur diese Sonderfertigung und nicht die ursprünglich bestellte Normalausführung habe Ende Juli 1963 versandbereit sein sollen. Die Sonderwünsche der Firma G. seien, wie sich aus dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 5. März 1963 und vom 6. März 1963 ergebe, so einschneidend gewesen, daß im Ergebnis eine ganz andere Maschine bestellt worden sei. Das habe die Beklagte auch in der Berufungsbegründung unter Beweis gestellt. Hätte das Berufungsgericht die Schreiben beachtet und den Beweis erhoben, so hätte es diese Situation erkannt und es hätte nicht

zu der Auslegung gelangen können, die Beklagte habe versichert, daß die Drehbank (Normalfertigung) Ende Juli 1963 geliefert werde. Es hätte vielmehr davon ausgehen müssen, daß vom 11. Juni 1963 ab wiederum die ursprüngliche Lieferfrist von 8 bis 9 Monaten in Lauf gesetzt worden sei.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Aus dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 11. Juni 1963 konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum entnehmen, daß die nun allein noch in Frage kommende Normalanfertigung der bestellten Drehbank bis Ende Juli 1963 geliefert werde. Seine Auslegung, die Beklagte habe sich die Mitteilung der Firma Sch[REDACTED] zu eigen gemacht, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Ebenso wenig ist die Annahme des Berufungsgerichts zu beanstanden, die Klägerin habe für die Beklagte erkennbar zum Ausdruck gebracht, sie erwarte die Lieferung der Normalfertigung der Drehbank Nr. [REDACTED]/61 für Ende Juli 1963. Denn auf die Lieferung dieser Normalfertigung hatten sich die Parteien bei der mündlichen Besprechung vom 11. Juni 1963 geeinigt. Die Beklagte konnte nicht zu der Ansicht gelangen, die Klägerin wolle ihr eine Lieferfrist bestätigen, die für eine ganz andere und nicht für die damals allein noch in Frage kommende Drehbank der Normalfertigung zu gelten habe. Bei dieser rechtlich einwandfrei festgestellten Lage war es Sache der Beklagten, der Bestätigung der Lieferfrist unverzüglich zu widersprechen, wenn sie es vermeiden wollte, in dem vom Berufungsgericht angenommenen Sinne gebunden zu sein.

c) In der mündlichen Verhandlung hat die Revision schließlich noch vorgebracht, das Abkommen vom 11. Juni 1963 sei schon deshalb unwirksam, weil die damalige Inhaberin der Beklagten zu dieser Zeit unter vorläufiger Vormundschaft gestanden habe. Dieser Vortrag ist unerheblich. Denn es fehlt an einem Vorbringen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen, daß die Vereinbarung ohne Zustimmung oder Genehmigung des vorläufigen Vormundes abgeschlossen worden sei. Da die Beklagte die Bevollmächtigung ihres Angestellten zum Abschluß des Abkommens nicht bestritten hat, brauchte die Klägerin dessen Vertretungsmacht nicht im einzelnen darzutun.

III. Die Beklagte geriet spätestens mit Empfang des eine Mahnung enthaltenden Schreibens der Klägerin vom 4. Oktober 1963 in Verzug. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 326 BGB stellt das Berufungsgericht unbeanstandet von der Revision rechtlich einwandfrei fest. Die Klägerin konnte daher nach Ablauf der bis zum 31. Oktober 1963 gesetzten Nachfrist von dem Werklieferungsvertrag zurücktreten. Daß sie das bereits an letzten Tage der Frist tat, ist schon deshalb unschädlich, weil die Klägerin seitdem immer wieder zum Ausdruck gebracht hat, daß sie an der Rücktrittserklärung festhalte. Die Revision hat in dieser Richtung auch keine Angriffe erhoben.

Keine Bedenken bestehen auch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, daß das Verhalten der Beklagten eine positive Vertragsverletzung im Rahmen des Verrechnungsvertrages darstellt. Auch hiergegen hat die Revision keine Beanstandungen geltend gemacht.

IV. Es bestehen deshalb auch keine rechtlichen Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Rücktrittserklärung der Klägerin nicht nur den streitigen Werklieferungsvertrag, sondern auch das Verrechnungsabkommen rückwirkend beseitigt habe. Somit war die Klägerin nach Erklärung des Rücktritts weder an den Werklieferungsvertrag über die Drehbank Nr. ■■■/61 noch an das Verrechnungsabkommen gebunden. Daraus folgt, daß die Beklagte die Abnahme der Drehbank nicht mehr verlangen kann. Die Widerklage erweist sich daher als unbegründet. Da die Klägerin nicht mehr an das Verrechnungsabkommen gebunden ist, kann sie Bezahlung der auf Bestellung der Beklagten vorgeschriebenen Insertionen verlangen. Die Beklagte kann sie nicht mehr auf etwa noch abzuschließende weitere Werklieferungsverträge verweisen. Das Berufungsgericht und die Revision gehen aber von falschen Voraussetzungen aus, wenn sie meinen, der Rücktritt vom Verrechnungsabkommen habe zur Folge, daß die Beklagte deshalb, weil die Leistung der Klägerin (Inserate) nicht zurückgewährt werden könne, nunmehr deren Wert ersetzen müsse. Daß die Klägerin auch von den hinsichtlich der Inserate geschlossenen Verträgen zurückgetreten sei, stellt das Berufungsgericht - zutreffend - nicht fest. Zu einem Rücktritt bestand auch kein Anlaß. Mit dem Wegfall des Verrechnungsabkommens wurde daher die Klägerin in die Lage versetzt, aufgrund der Insertionsverträge die Bezahlung des für solche Leistungen geltenden Preises zu fordern. Daß die Parteien vereinbart hätten, dieser Preis solle unter dem normalen Insertionspreis liegen, weiß die Revision nicht aufzuzeigen. Angriffe gegen die Gültigkeit der von der Klägerin angegebenen Preise hat sie nicht erhoben.

Keine Bedenken bestehen auch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den auf Zahlung der Insertionskosten gerichteten Anspruch mit 5 % Zinsen seit dem 1. November 1963 zu verzinsen hat (§ 352 HGB). Von diesem Zeitpunkt ab war die Beklagte im Hinblick auf den von der Klägerin erklärten Rücktritt vom Verrechnungsabkommen mit der Zahlung in Verzug (§ 284 Abs. 2 BGB).

V. Nach alledem hat das Berufungsgericht mit Recht der Klage - soweit diese noch anhängig war - stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Revision erweist sich als unbegründet. Sie war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger    Dr. Heizger    Dr. Messner    Dr. Weber    Braxmaier