

15

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 112/67

URTEIL

Verkündet am

30. April 1969

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Erna K [REDACTED] in S [REDACTED] über E [REDACTED]
([REDACTED]), D [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

gegen

die Firma Albert K [REDACTED] Inhaber Albert
K [REDACTED], in U [REDACTED] ([REDACTED]), M [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. März 1967 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die Maschinen und Werkzeuge herstellt, verpflichtete sich durch schriftlichen Vertrag vom 1. November 1961, für die Beklagte laufend auf die Dauer von 15 Jahren Stahlschneidegeräte verschiedener Typen herzustellen und ihr auf Bestellungen zu liefern. Der Vertrag enthält nähere Bestimmungen über die Fertigung dieser Waren, die unter der Bezeichnung "K--Patent" Stahlschneider auf den Markt gebracht wurden. Die Beklagte verpflichtete sich, Rechnungen der Klägerin innerhalb 30 Tagen zu bezahlen. Der Vertrag enthält keine Bestimmung über Lieferfristen. Die Beklagte gab nach Maßgabe ihres Bedarfs der Klägerin Bestellungen auf. Mit Schreiben

- 3 -

vom 15. Oktober 1965 empfahl die Beklagte der Klägerin, bei Materialbestellungen vorerst ihre Zustimmung einzuholen, weil im kommenden Jahr der Verkauf eines Geräts rückläufig werden könnte.

Mit Schreiben vom 25. Mai 1966 bestellte die Beklagte bei der Klägerin insgesamt 460 Stahlschneider vier verschiedener Typen zur Lieferung Ende Juni 1966. Außerdem gab sie der Klägerin mit Schreiben vom 8. Juni 1966 eine Bestellung für Juli mit Angabe von Lieferterminen auf. Die Klägerin lieferte zunächst Stahlschneider lt. Rechnung vom 29. Juni 1966 zum Preise von 13 482,-- DM. Im Laufe des Monats Juli folgten weitere Lieferungen. Zur Begleichung der Rechnung vom 29. Juni 1966, die am 29. oder 30. Juli fällig war, übergab die Beklagte der Klägerin am 29. Juli 1966 einen Scheck über den Rechnungsbetrag, den die Klägerin annahm. Die Beklagte ließ ihn jedoch bereits am folgenden Tage bei der Kreissparkasse sperren. Zu diesem Zeitpunkt waren auf die Bestellung vom 25. Mai 1966 die darin bestellten 100 Stück Schneider vom Typ Mattenknip und 80 Stück vom Typ Seitenknip nicht geliefert. Auf die Bestellung vom 8. Juni 1966 waren noch 187 Schneider Typ Super, 100 Mattenknip und 100 Seitenknip zu liefern. Die Beklagte begründete die Sperrung des Schecks damit, daß die Klägerin mit Lieferungen im Verzuge sei.

Die Klägerin verlangte zunächst mit Zahlungsbefehl vom 4. August 1966 Zahlung des Betrages von 13 482,-- DM nebst Zinsen und erweiterte diese Klageforderung später um die Rechnungsbeträge für die im Juli 1966 gelieferten Geräte auf insgesamt 30 536,50 DM nebst Zinsen.



Die Beklagte hielt der Klageforderung entgegen, sie habe den Scheck deshalb sperren lassen, weil die Klägerin in Lieferverzug geraten sei. Bereits durch Verzug mit Lieferungen auf die Bestellung vom 25. Mai 1966 sei ihr Schaden entstanden. Dieser habe sich dadurch erweitert, daß die Klägerin die für Juli 1966 bestellten Geräte nur teilweise geliefert habe. Gegen die Klageforderung rechnete die Beklagte mit ihren angeblich diese übersteigenden Schadensersatzforderungen auf und verlangte im Wege der Widerklage Zahlung des Mehrbetrages ihrer Schadensersatzforderung in Höhe von 2 089,89 DM nebst Zinsen.

Im Schriftsatz vom 24. August 1966 wies die Beklagte ferner darauf hin, die Klägerin habe ihr im Frühjahr mangelhafte Ware geliefert, worüber ein anderer Rechtsstreit beim Landgericht anhängig sei. In jenem Rechtsstreit habe die Klägerin damit gedroht, daß sie sich unter Umständen überhaupt nicht mehr an den Vertrag vom 1. November 1961 gebunden fühle. In ihrer Berufsbegründung erweiterte die Beklagte sodann dieses Vorbringen dahin, daß sie den Scheck abgesehen von dem Lieferverzug der Klägerin insbesondere deshalb gesperrt habe, weil diese in dem anderen Prozeß durch Schriftsatz vom 26. Juli 1966 zum Ausdruck gebracht habe, die Beklagte könne nicht mehr mit weiteren Lieferungen rechnen, weil sie in der Klagebegründung die jetzige Klägerin weit über eine Wahrnehmung berechtigter Interessen hinaus wahrheitswidrig zu verunglimpfen versucht habe, so daß für die Klägerin ein wichtiger Grund zur Lösung des Vertragsverhältnisses bestehe.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag unter Abweisung des 5 % übersteigenden Zinsanspruchs erkannt und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt sie den Antrag auf Abweisung der Klage und ihre Widerklage weiter; die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Den Klageforderungen für die Lieferungen an die Beklagte, die nach Grund und Betrag unbestritten sind, setzt die Beklagte im Wege der Aufrechnung Schadensersatzansprüche wegen Lieferverzuges der Klägerin entgegen. Sie werden darauf gestützt, daß die Beklagte die Bestellung vom 25. Mai 1966 für Juni und die weitere Bestellung vom 8. Juni 1966 nicht voll erfüllt habe. Das Berufungsgericht hat hierzu folgendes festgestellt:

Im Vertrag vom 1. November 1961 war eine Lieferfrist nicht vereinbart worden, von Anfang an war es jedoch zwischen den Parteien üblich, daß die Stahlschneider erst auf Bestellung hergestellt und dann geliefert wurden. Die für Juni 1966 bestellten 460 Stahlschneider wären nach dem Vortrag der Klägerin binnen 8 Wochen, also bis zum 21. Juli 1966 zu liefern gewesen. Bis Ende Juli seien jedoch 100 Mattenknip und 80 Seitenknip nicht ausgeliefert worden. Mit Schreiben vom 26. Juli 1966 habe die Beklagte an Lieferung gemahnt. Hierdurch sei die Klägerin jedoch nur bezüglich der 80 Seitenknip in Verzug geraten. Denn die Herstellung der 100 Mattenknip habe sich aus Gründen verzögert, die nicht von der Klägerin, sondern

15

von der Beklagten zu vertreten seien. Sie hätten binnen 8 Wochen nach Eingang des Materials, also bis Mitte August 1966 geliefert werden müssen.

Der Verzug mit der Lieferung von 80 Seitenknip sei dadurch geheilt worden, daß die Beklagte den am 29. Juli 1966 fälligen Rechnungsbetrag von 13 482,-- DM nicht bezahlte, vielmehr den am 29. Juli 1966 übergebenen Scheck sperren ließ. Die Beklagte habe nicht nachgewiesen, daß bis zu diesem Zeitpunkt, auch nicht bis zum 4. August 1966, überhaupt wegen der kurzfristigen Lieferungsverzögerung ein Schaden eingetreten sei. Mit einem Anspruch auf Ersatz von Verzugsschaden habe sie daher damals nicht aufrechnen können. Überdies hätte die Beklagte wegen eines sich möglicherweise aus dem Lieferverzug noch entwickelnden Verzugsschadens keinesfalls den vollen Betrag von 13 482,-- DM nach § 273 BGB zurückhalten können, weil ein solcher Schaden nie auch nur annähernd diese Höhe hätte erreichen können. Durch die Hingabe des Schecks habe die Beklagte zudem auf alle Einwendungen verzichtet, die sie in diesem Zeitpunkt kannte, somit auch auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Demnach sei die Beklagte durch die Sperrung des Schecks in Zahlungsverzug gekommen. Nach diesem Verzug sei es der Klägerin nicht mehr zuzumuten gewesen, Waren auf Kredit zu liefern. Deshalb sei auch kein Verzug hinsichtlich der ausstehenden Lieferungen auf die Bestellung vom 8. Juni 1966 eingetreten, die bei der Klägerin am 9. Juni 1966 eingegangen sei und bis 4. August 1966 hätte erledigt werden müssen. Ebenso sei kein Verzug hinsichtlich der 100 Mattenknip aus der Bestellung vom 25. Mai 1966 eingetreten.

Die mit der Klage geltend gemachten, der Höhe nach unbestrittenen Beträge für die gelieferten Stahlschneider seien deshalb der Klägerin voll zuzusprechen, die Widerklage als unbegründet abzuweisen.

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe tatsächliches Vorbringen der Beklagten, aus dem sie ein Zurückbehaltungsrecht herleiten könne, nicht berücksichtigt. Diese Angriffe sind nicht gerechtfertigt.

1. Das Berufungsgericht habe, so führt die Revision aus, außer Betracht gelassen, daß die Klägerin durch Schriftsatz vom 26. Juli 1966 S. 4 in dem Parallelprozeß erklärt habe, die Beklagte könne mit weiteren Lieferungen nicht mehr rechnen, nachdem sie in der Klagebegründung des Parallelprozesses versucht habe, die Klägerin als damalige Beklagte über eine Wahrnehmung berechtigter Interessen hinaus wahrheitswidrig derart zu verunglimpfen, daß für sie ein wichtiger Grund zur Lösung des Vertragsverhältnisses bestehe. In der Berufungsbegründung habe die Beklagte ausgeführt, den Entschluß, den Scheck zu sperren, habe sie am 30. Juli nach Kenntnis des Schriftsatzes vom 26. Juli 1966 gefaßt, um damit sicherzustellen, daß ihre Schadensersatzforderungen zumindest teilweise befriedigt werden können. Mit der Drohung, sich vom Lieferungsvertrag vom 1. November 1961 loszusagen, habe die Klägerin, so macht die Revision geltend, den Vertrag verletzt. Dies habe die Beklagte berechtigt, die Bezahlung der Rechnung vom 29. Juni 1966 zurückzuhalten.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung vom 2. Dezember 1966 nicht übersehen, sondern nicht für erheblich erachtet. Das ist im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB wegen fälliger Gegenansprüche des Schuldners entfaltet seine Wirkung erst, wenn es von diesem einredeweise geltend gemacht wird. Eine bloße Leistungsverweigerung genügt nicht, dem Gläubiger muß vielmehr deutlich erkennbar gemacht werden, aus welchem Grunde der Schuldner seine Leistungen zurückbehält. Das folgt aus dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB, das dem Schuldner als Hilfsrecht zur Sicherung fälliger Gegenansprüche und zugleich als Zwangsmittel zu deren Verwirklichung gegeben ist (vgl. Esser, Schuldrecht Bd. 1 Allg. Teil 3. Aufl. (1968) S. 139). Die Beklagte hat nicht behauptet, daß sie der Klägerin gegenüber die Sperrung des Schecks alsbald danach mit deren Ankündigung im Schriftsatz vom 26. Juli 1966 begründet hat. Deshalb ist davon auszugehen, daß dies erst im Schriftsatz vom 2. Dezember 1966 geschehen ist. Hiermit konnte die Beklagte aber einen vorher eingetretenen Verzug mit der Bezahlung der Rechnung vom 29.6.1966 nicht rückwirkend beseitigen.

b) Es kommt hinzu, daß das Berufungsgericht es nicht als ausreichend dargetan angesehen hat, die Androhung im Schriftsatz vom 26. Juli 1966 sei ernst gemeint gewesen, wobei es auch in Betracht ziehen durfte, daß die Parteien weiterhin, und zwar auch noch bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 21. März 1967

Geschäftsbeziehungen unterhielten. Jedenfalls hatte die Beklagte wegen dieser Ankündigung der Klägerin keinen fälligen Anspruch auf Sicherstellung für etwaige künftige Schadensersatzansprüche. Das Vorbringen der Beklagten zu diesem Punkt, das das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei gewürdigt hat, bietet keine Grundlage dafür, ihr nach Treu und Glauben das Recht zur Zurückhaltung von Zahlungen für erhaltene Lieferungen zuzubilligen, die nach dem Vertrage innerhalb 30 Tagen seit dem Datum oder dem Zugang der Rechnungen zu bezahlen waren.

2. Nach Ansicht der Revision soll die Beklagte auch deshalb zur Zurückhaltung von Zahlungen berechtigt gewesen sein, weil die Klägerin schon früher mit einer Lieferung von 100 Stück Mattenknip in Verzug gewesen sei. Dabei handelt es sich entweder um eine für Mai 1966 vorzunehmende Lieferung oder um eine Ersatzlieferung für mangelhafte Stahlschneider, um die es in dem Parallelprozeß ging.

Hieraus kann die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht schon deshalb nicht herleiten, weil sie die Schecksperrre nicht auf diesen Sachverhalt gestützt, sondern diese Begründung erst in diesem Rechtsstreit nachgeschoben hat. Wenn das Zurückbehaltungsrecht ihr schon bei der Hingabe des Schecks zugestanden hat, würde sie sich mit der Geltendmachung dieser Einrede zu der Hingabe des Schecks, den die Klägerin angenommen hat, in Widerspruch setzen. Das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 14. März 1967, das Landgericht Ulm habe am 22. Februar 1967 die Klägerin verurteilt, die für Mai 1966 ausstehenden 100 Mattenknip-Stahlschneider zu liefern, ist deshalb

unbeachtlich, weil die Beklagte hiermit nicht rückwirkend die Schecksperrung und ihre Zahlungsverweigerungen rechtfertigen kann.

3. Die Revision führt ferner aus, die Beklagte habe bereits im ersten Rechtszuge im Schriftsatz vom 15. September 1966 S. 2 durch Antrag auf Parteivernehmung unter Beweis gestellt, daß die Klägerin ihre Belegschaft von 40 auf 8 Mann vermindert und in dieser Zeit (gemeint war April 1966 - Bl. 73) noch einen anderen Auftrag hereingenommen habe, zu dessen Erfüllung sie die Leute von der Stahlschneideranfertigung abgezogen habe. Die Rüge, der angebotene Beweis hätte erhoben werden müssen, ist unbegründet.

Die Beklagte hat dieses Beweisangebot in der Berufungsbegründung nicht wiederholt. Das Berufungsgericht brauchte schon deshalb hierauf nicht einzugehen. Im übrigen stünde dem Vorbringen entgegen, daß die Beklagte ihre Zahlungsverweigerung nicht nachträglich auf angebliche Lieferrückstände aus der Zeit vor der Bestellung vom 25. Mai 1966 stützen kann. Insoweit fehlt es an einer rechtzeitigen Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.

III. Die Revision wendet sich nicht gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Klägerin sei nicht vorzuwerfen, daß sie die am 25. Mai 1966 bestellten 100 Stahlschneider Typ Mattenknip bis Anfang August 1966 noch nicht geliefert habe. Ein sachlich-rechtlicher Fehler, den das Revisionsgericht insoweit hätte berücksichtigen müssen, ist den Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt nicht zu entnehmen. Somit stellt sich in

diesem Rechtszuge nur die Frage, ob der nach Auffassung des Berufungsgerichts durch Mahnung vom 26. Juli 1966 herbeigeführte Verzug der Klägerin mit der Lieferung von 80 Stahlschneidern Seitenknip die Beklagte berechnigte, die Rechnung vom 29.6.1966 nicht zu bezahlen. Das ist aus folgenden Gründen zu verneinen.

1 a. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagten deshalb, weil die ihr in der Rechnung vom 29.6.1966 berechneten Lieferungen nur einen Teil der Bestellung vom 25. Mai 1966 erledigten, etwa auch die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages nach § 320 BGB zustand. Darauf kommt es deshalb nicht an, weil die Beklagte durch die Übersendung des Schecks zum Ausdruck gebracht hat, daß sie inso- weit keine Einwendungen erhebe. Überdies spricht das bei- derseitige Vorbringen der Parteien im Prozeß dafür, daß auch Teillieferungen auf Grund eines Auftrages, die von der Beklagten angenommen worden sind, innerhalb 30 Tagen seit dem Datum oder dem Empfang der Rechnung zu bezahlen waren.

b. Wegen eines durch Verzug der Klägerin entstandenen Schadensersatzanspruches konnte die Beklagte weder am 30. Juli noch am 4. August 1966 die Zahlung verweigern, weil sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu diesem Zeitpunkt mit einem solchen Anspruch nicht aufrechnen konnte. Mangels Nachweises eines Schadens kommt auch kein Zurückbe- haltungsrecht gegen den Zahlungsanspruch in Betracht. Wenn das Berufungsgericht dazu ausführt, die Beklagte könne infolge des Verzuges bis zum 4. August 1966 einen Schaden nicht nachweisen, so ist das dahin zu verstehen, daß ihrem Vorbringen nicht zu entnehmen ist, ein solcher Schaden sei ihr erwachsen.

c. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines erst zu besorgenden Schadens, der sich aus dem Lieferverzug insoweit hätte entwickeln können, hält das Berufungsgericht nach Treu und Glauben nicht für begründet. Dazu führt es aus, die Hingabe des Schecks am 29. Juli 1966 schließe alle Einwendungen gegen die hiermit zu bezahlende Kaufpreisforderung aus, die der Beklagten bei der Hingabe des Schecks bekannt waren, wozu auch die Einwendung gehöre, daß die Klägerin am 29. Juli sich mit der Lieferung von 80 Seitenknip in Verzug befand. Diese rechtliche Würdigung ist weder unter dem Gesichtspunkt einer Einrede nach § 320 Abs. 2 BGB noch nach § 273 BGB zu beanstanden.

2. Konnte die Beklagte also dem Zahlungsanspruch der Klägerin auf den Betrag von 13 482,-- DM kein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen, als sie den Scheck sperrte, so geriet sie mit der Verpflichtung zur Zahlung dieses Betrages in Verzug. Denn es besteht kein Streit zwischen den Parteien darüber, daß nach dem Vertrag die Verpflichtung zur Bezahlung in Rechnung gestellter Ware innerhalb von 30 Tagen zu erfolgen hatte.

Der Verzug der Beklagten hatte allerdings nicht die Wirkung, daß etwa der Verzug der Klägerin rückwirkend beseitigt wurde. Der mit eigener Leistung in Verzug befindliche Gläubiger kann jedoch für die Zukunft Verzugsfolgen beseitigen, z.B. durch Angebot der geschuldeten Leistung. Auch kann ihm durch das Verhalten des anderen Teils ein Einrederecht erwachsen. Das ist hier der Fall.

Die Sperrung des Schecks für die am 30. Juli 1966 fällige Zahlung brachte die in dem Vertrage vom 1. November 1961 vereinbarte Verpflichtung der Klägerin zur Lieferung auf Kredit mit einem Zahlungsziel von 30 Tagen in Fortfall. Nunmehr konnte die Beklagte nur nach Lieferung Zug um Zug gegen Zahlung des Rechnungsbetrages verlangen, es sei denn, daß sie vorher die fälligen Rechnungen bezahlte. Das hat sie nicht getan. Jedenfalls durfte die Klägerin sich auf den Standpunkt stellen, daß die Verpflichtung zu weiteren Lieferungen auf Grund der Bestellungen vom 25. Mai und 8. Juni 1966 von der Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten durch die Beklagte abhängig war. Das hat das Berufungsgericht ersichtlich auch gemeint, indem es den Verzug der Klägerin durch den Zahlungsverzug der Beklagten als geheilt ansah.

Die Klägerin hat dieses ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht mindestens durch schlüssiges Verhalten der Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht. Deshalb konnte diese weitere Lieferungen auf Grund der Bestellungen vom Mai und Juni 1966 nicht mehr beanspruchen.

IV. Daraus folgt, daß die Klägerin auch im August mit der Lieferung von 100 Mattenknip aus der Bestellung vom 25. Mai 1966 nicht in Verzug gekommen ist. Das gilt auch für noch offene Lieferungen aus der Bestellung vom 8. Juni 1966.

Auf die Bemerkung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den Verzugsschaden auf höchstens DM 4 406,40 berechnet, auch deshalb hätte die Beklagte den Scheck nicht sperren dürfen, kommt es nicht an. Die Errechnung dieses Betrages durch das Berufungsgericht beruht nicht auf Angaben der Klägerin, sondern auf den Angaben der Beklagten

zur Höhe ihres Schadens. Auch die Revision geht von diesem Betrage aus und meint, die Beklagte habe den Scheck nicht teilen können. Das alles ist deshalb unerheblich, weil es sich bei der Bemerkung des Berufungsgerichts nur um einen zusätzlichen Hinweis handelt, auf dem die Ablehnung eines Zurückbehaltungsrechts nicht beruht. Im übrigen wäre die Beklagte trotz Sperrung des Schecks nicht gehindert gewesen, die fällige Rechnung wenigstens zum überwiegenden Teil zu bezahlen.

Die sonstigen oben nicht behandelten Erwägungen der Revision sind ebenfalls nicht stichhaltig und bedürfen keiner besonderen Erörterung. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Demnach war auch ihre Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Messner