

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2126 031

BGB § 321

Ist ein Schuldner, der vorzuleisten hat, in Verzug gekommen, so kann der Verzug geheilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 321 BGB eintreten und der Schuldner nunmehr seine Leistung gegen Bewirkung der Gegenleistung anbietet.

BGH, Urt.v. 11. Oktober 1967 - VIII ZR 143/65 - OLG Saarbrücken
IG Saarbrücken

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 143/65

URTEIL

Verkündet am

11. Oktober 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Albert M., Gerberei und Lederwarenfabrik in
Br./S.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

gegen

die Société Anonyme B. & F. in P., rue du
Ferdinand Mo., vertreten durch ihren Geschäftsführer
Jules B.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 10. Februar 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, Inhaber einer Gerberei und Lederwarenfabrik im Saarland, bezog bis zur wirtschaftlichen Eingliederung des Saargebietes in die Bundesrepublik die von ihm benötigten Tierhäute von der Klägerin, die in St. [REDACTED] eine Niederlassung unterhielt. Die letzte Lieferung bezog er im Juni 1959 für 2.308.599 ffrs, die er laut Auftragsbestätigung der Klägerin "netto Kassa oder 90 Tage zuzüglich Diskontspesen" zu begleichen hatte. Er bezahlte jedoch nicht, gab der Klägerin auch die beiden von ihr ausgestellten Wechsel, die sie ihm zum Akzept zugesandt hatte, nicht zurück.



Ihre Mahnungen, zuletzt am 7. September 1959, beantwortete er schließlich mit einem Brief vom 9./11. September 1959. In diesem Brief verlangte er von der Klägerin, sie solle ihm erst die Häute liefern, die sie ihm in ihren Auftragsbestätigungen vom 8. Dezember 1958 und vom 16. Januar 1959 verkauft hatte, nämlich noch restliche 900 Bullenflanken und 1000 Abdeckerflanken, und zwar zu dem damals abgemachten Preis von 60 bzw. 70 ffrs/kg. Der Beklagte behauptet, die Klägerin habe diese "Alt-Kontrakte" deshalb nicht ausgeführt, weil die Klägerin die Häute wegen der ab März 1959 außergewöhnlich gestiegenen Häutepreise nicht mehr zum alten Preis abgeben wollte. Das bestreitet die Klägerin. Sie behauptet, wegen der schleppenden Zahlungsweise des Beklagten nicht mehr bereit gewesen zu sein, ihm die Häute aus diesen Alt-Kontrakten ohne sofortige Bezahlung zu liefern. Der Beklagte hat die Lieferung vom Juni 1959 nicht bezahlt, die Klägerin hat die noch rückständigen Mengen aus den Alt-Kontrakten nicht geliefert.

Mit ihrer im Juli 1960 erhobenen Klage verlangt die Klägerin Bezahlung ihrer Rechnung vom Juni 1959 in Höhe von 2.308.599 ffrs., außerdem Zahlung von 74.386 ffrs als Zinsen und 41.690 ffrs an Auslagen. Insgesamt hat sie Verurteilung zur Zahlung des Betrages in Deutscher Mark begehrt, der erforderlich sei, um am Zahlungstag 24.276,75 NF nebst 6 % Zinsen seit dem 6. Februar 1960 zu beschaffen.

Der Beklagte hat mit einer ihm angeblich zustehenden Schadensersatzforderung aufgerechnet. Er habe sich nämlich, nachdem die Klägerin ihm die rückständigen Häute nicht geliefert habe, diese im Oktober 1959 in der Bundesrepublik zu einem um 2.432.560 ffrs höheren Preis beschaffen müssen.

Die Vorinstanzen haben diesen Gegenanspruch des Beklagten verneint und ihn daher nach dem Klageantrag verurteilt. Mit seiner Revision verfolgt er seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält den vom Beklagten aus § 326 Abs. 1 BGB hergeleiteten Schadensersatzanspruch für nicht begründet, weil er die Klägerin wegen der noch offenen Lieferungen aus den Alt-Kontrakten nicht habe wirksam in Verzug setzen können. Sie habe nämlich mit Recht verlangt, daß er ihr diese Lieferungen sofort in bar oder durch einen Scheck bezahle. Da er dazu nicht bereit gewesen sei, habe sie ihre Lieferungen zurückhalten dürfen (§ 320 BGB). Sie habe ihm zwar bei den übrigen Lieferungen entgegenkommenderweise gestattet, ihr statt sofortiger Bezahlung Dreimonatsakzepte zu geben. Für die beiden streitigen Alt-Kontrakte habe dies aber nicht gegolten.

Die Revision rügt mit Recht, daß diese Ausführungen zu der Auftragsbestätigung vom 16. Januar 1959 und zu dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien in Widerspruch stehen.

1. In der vom Beklagten überreichten Auftragsbestätigung vom 16. Januar 1959, aus der die Lieferung von 1000 Paar Abdecker-Flanken rückständig ist, heißt es unter Zahlungsbedingungen: "Kassa netto oder 90 Tage zuzüglich Diskontspesen." Daß dies damals so vereinbart

war, hatte auch die Klägerin nicht bestritten. In ihrem Schriftsatz vom 31. Oktober 1962 hatte sie vorgetragen, diese Konditionen hätten auch für den Auftrag vom 8. Dezember 1958 gegolten.

Zu Unrecht stützt sich das Berufungsgericht auf die Rechnungen der Klägerin, die allerdings - soweit sie für die wiederholten Lieferungen bei den Akten sind - die Zahlungsklausel nicht enthalten. Auf die Rechnungen kam es jedoch nicht an, weil die Parteien schon im Kontrakt einen Zahlungsaufschub vereinbart hatten. Überdies hatte die Klägerin selbst nicht geltend gemacht, daß sie schon ab April 1959 berechtigt gewesen sei, die rückständigen Lieferungen von sofortiger Bezahlung abhängig zu machen. Vielmehr hat sie ihre Zurückhaltung mit der Erfüllung der Alt-Kontrakte damit begründet, daß der Beklagte die Rechnungen vom Juni 1959 noch nicht beglichen habe - nicht aber damit, daß dieser ihr Angebot, ihm die Häute, wenn auch nur gegen sofortige Bezahlung, zu liefern, abgelehnt habe. Das Berufungsgericht meint zwar, der Beklagte sei schon im April 1959 mit der Begleichung seiner Schulden aus früheren Käufen im Rückstand gewesen. Für diese entscheidende Tatsache fehlt es aber, wie die Revision zu Recht rügt, an jeglichen näheren, der rechtlichen Nachprüfung zugänglichen Feststellungen.

2. Somit muß in der Revisionsinstanz davon ausgegangen werden, daß der Beklagte zumindest zunächst - jedenfalls bis Juni 1959 - berechtigt gewesen war, Lieferung der rückständigen Mengen gegen Hergabe eines Dreimonatsakzeptes zu verlangen, daß sich also die Klägerin nicht vertragstreu verhielt, wenn sie - jedenfalls bis zum Juni - die Nachlieferung von sofortiger Bezahlung abhängig gemacht haben sollte. Infolgedessen könnte

der Beklagte, der seit April 1959 die Nachlieferungen angemahnt hatte, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts berechtigt gewesen sein, der Klägerin mit seinem Schreiben vom 9./11. September 1959 eine Nachfrist bis zum 20. September 1959 zu setzen und nach deren Ablauf, jedenfalls im Oktober 1959, Schadensersatz zu verlangen.

II.

Das angefochtene Urteil läßt sich daher mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht halten. Anderseits rechtfertigen die bisherigen Feststellungen nicht, den Ersatzanspruch des Beklagten schon jetzt für begründet zu erklären.

1. § 326 BGB setzt voraus, daß die Klägerin mit ihren Nachlieferungen im Verzug war und zwar auch noch zu dem Zeitpunkt, in dem der Beklagte zu dem von ihm behaupteten Deckungskauf schritt. Zu seinen Gunsten ist allerdings, wie oben ausgeführt, davon auszugehen, daß die Klägerin mindestens ab April 1959 in Verzug war.

a) Daran hatte sich nichts dadurch geändert, daß der Beklagte seit Juni 1959 seinerseits in Verzug geraten war, als er auf die Rechnungen vom Juni 1959 nicht die Akzepte zurückgeschickt hatte. Zwar gilt an sich bei § 326 BGB der Grundsatz, daß der Vertragsteil, der selbst vertragsuntreu ist, nicht vom Vertrage abgehen, daher nicht Schadensersatz verlangen kann (RGZ 152, 119, 123). Seine Vertragsuntreue gibt dem Gegner das Recht, gemäß § 320 BGB mit seiner Lieferung zurückzuhalten, so daß er nicht in Verzug kommt (Senatsurteil vom 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 = BB 1960, 66 = LM BGB § 326 (C) Nr. 1a). Die Klägerin übersieht aber, daß es dann, wenn beide Vertragsteile in Verzug sind, entscheidend darauf ankommt, wer von ihnen zuerst in Verzug geraten war

(RGZ 120, 193, 196; 54, 55; 93, 300, 301; 67, 313, 319; Bruggemann in RGRK HGB 2. Aufl. Anhang zu § 374 Anm. 1 b, 38 b). Hier aber war die Klägerin schon seit April 1959 in Verzug.

b) Es kann sich daher nur fragen, ob der Verzug der Klägerin durch spätere Ereignisse wieder entfallen ist, etwa dadurch, daß sie Ende September/Anfang Oktober 1959 gemäß § 321 BGB das Recht erworben und geltend gemacht hatte, die Belieferung der Alt-Kontrakte davon abhängig zu machen, daß der Beklagte diese Ware sofort bezahlte. Sollte er Wechsel, die er ihr für frühere Lieferungen gegeben hatte, nicht eingelöst haben oder sollte deren Nichteinlösung vorausszusehen gewesen sein, so könnte sie berechtigt geworden sein, von ihm das zu verlangen, was ihr das Berufungsgericht zu Unrecht schon für die Zeit vorher zugebilligt hat: Lagen die Voraussetzungen des § 321 BGB für die Zeit von Ende September 1959 bis zu dem Zeitpunkt vor, in dem der Beklagte die Annahme der rückständigen Lieferung ablehnte, so würde der anfängliche Verzug der Klägerin geheilt worden sein, wenn sie ihm noch rechtzeitig (BGHZ 20, 338, 340) die rückständigen Häute, wenn auch gegen sofortige Zahlung, anbot (vgl. RGZ 93, 300, 301). In diesem Zeitpunkt hätte dann auch der Beklagte, wollte er aus § 326 BGB vorgehen, wieder vertragstreu werden müssen (vgl. RGZ 152; 123; 120, 196; 67, 313, 319; Bruggemann aaO Anm. 179 a.E.). Er hätte dann nicht nur die ihm jetzt angebotenen rückständigen Lieferungen sofort bezahlen, sondern auch die Rechnung vom Juni 1959 regulieren müssen. Warum es dazu nicht gekommen ist (vgl. den Brief des Beklagten vom 9. Oktober 1959), er vielmehr zu dem von ihm behaupteten Deckungskauf geschritten ist, wird aufzuklären sein. Die

Akten enthalten bisher kein Schreiben der Klägerin, in dem sie ihm im September 1959 die Belieferung der Alt-Kontrakte angeboten hatte. Dieses Angebot scheint ihm vielmehr erstmals ihr Anwalt in seinem Brief vom 4. Februar 1960 gemacht zu haben, zu einem Zeitpunkt also, in dem der Beklagte schon seinen angeblichen Deckungskauf ausgeführt hatte. Auf diesen Deckungskauf und auf die ihm dabei erwachsenen Verluste hatte er die Klägerin in seinem Brief vom 23. Januar 1960 hingewiesen. Daher ist die Bemerkung des angefochtenen Urteils, der Beklagte habe "nicht einmal in seinem Brief vom 23. 1. 1960 eine Schadensersatzforderung geltend gemacht" (BU S. 6), nicht verständlich.

2. Sollte das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, daß sich die Klägerin nicht auf § 321 BGB berufen kann und daher noch bis zuletzt in Verzug gewesen war, so wird zu prüfen sein, ob die Nachfristsetzung des Beklagten in seinem Brief vom 9./11. September 1959 der Vorschrift des § 326 BGB genügt hat. Diese Frage hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus zu Recht - nicht geprüft, sondern nur erwähnt, daß "der Beklagte eine klare Ankündigung dieses Anspruchs, wie es § 326 Abs. 1 BGB verlangt, selbst bis zur Klageerhebung nicht vorgenommen hat".

Auf Absatz 2 des § 326 BGB kann sich der Beklagte nicht berufen, weil er mindestens noch bis zu dem von ihm behaupteten Deckungskauf vom 20. Oktober 1959 an der Nachlieferung interessiert war. Die somit notwendige Fristsetzung hätte er nach § 326 Abs. 1 BGB mit der Androhung verbinden müssen, nach Ablauf der Frist die Ware nicht mehr anzunehmen. Grundsätzlich muß der Gläubiger, der nach § 326 BGB vorgehen will, die strengen Voraus-

setzungen dieser Vorschrift einhalten (RGZ 90, 317, 318; 102, 262, 266). Hier hatte der Beklagte in seinem Brief vom 9. September 1959 lediglich angekündigt, "die Sache einem P[REDACTED] Anwalt zur Herbeiführung einer gerichtlichen Feststellung in die Hand zu geben". Das aber konnte die Klägerin nur dahin verstehen, daß er notfalls auf Erfüllung der Alt-Kontrakte klagen werde. Solange aber die Möglichkeit bestand, die Klägerin durch die Androhung, notfalls nach § 326 BGB vorzugehen, umzustimmen und zur Nachlieferung bereit zu machen, hätte der Beklagte dies versuchen müssen (RGZ 102, 262, 266/267). Denn die mit der Fristsetzung verbundene Androhung soll den Schuldner vor die Frage stellen, ob er die Folgen des § 326 BGB auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung abwenden will (Senatsurteil vom 11. Januar 1961 - VIII ZR 86/60 = MDR 1961, 314 = LM § 326 (Dc) Nr.2).

Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls auch zu klären haben, ob der Beklagte etwa bei seinen Verhandlungen mit dem Leiter der St[REDACTED] Niederlassung angedroht hat, er werde nach Ablauf der Nachfrist die Häute nicht mehr abnehmen und Schadensersatz verlangen, oder ob er berechtigt war, wegen ernstlicher und endgültiger Weigerung der Klägerin von solcher Androhung abzusehen.

3. In der neuen Verhandlung wird auch der Klageanspruch näher zu prüfen sein. Offenbar sind in dem Klagebetrag die Zinsen für die Zeit vom 12. Juni 1959 bis zum 1. Februar 1960 eingerechnet. Da aber die Klägerin von dieser Gesamtsumme Zinsen fordert, verlangt sie teilweise Zinsen von Verzugszinsen. Das widerspricht § 289 Satz 2 BGB.

III.

Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der ihm durch § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO gegebenen Befugnis Gebrauch gemacht.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Messner

Dr. Weber