

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 163/66

URTEIL

Verkündet am

27. Mai 1968

Klett

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Alexander P. [REDACTED] in H. [REDACTED],
G. [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma U. [REDACTED] Ing. A. C. [REDACTED] in
M. [REDACTED], Via F.T. [REDACTED], Italien,

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 30. Juni 1966 hinsichtlich der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht den Anspruch der Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den noch anhängigen Teil der Widerklage und über die Kosten des Rechtsstreits, soweit nicht über sie erkannt ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Verfahrens haben zu tragen:

- a) der Kläger 2/100 der Kosten I. Instanz,
2/100 der Kosten II. Instanz,
1/100 der Kosten III. Instanz,
- b) die Beklagte 23/100 der Kosten I. Instanz,
18/100 der Kosten II. Instanz,
3/100 der Kosten III. Instanz.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Im Jahre 1958 lieferte der Kläger, Inhaber eines Handelsgeschäfts in Hamburg, an die Beklagte, eine italienische Firma in Mailand, aufgrund mehrerer Bestellungen Kugellager nebst Zubehör. Die Beklagte bezahlte einen Teil dieser Lieferungen nicht vollständig und auch nicht Wechselspesen, soweit der Kläger sie ihr in Rechnung gestellt hatte. Im Jahre 1959 kam es zu weiteren Abschlüssen zwischen den Parteien.

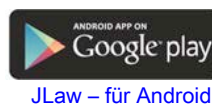
Mit der Ende 1961 eingereichten Klage verlangte der Kläger gemäß einer Aufstellung restliche Beträge für Warenlieferungen und Wechselspesen. Die Beklagte bestritt die Klageforderung, erkannte jedoch nach näherer Begründung der Klage am 25. Januar 1963 bestimmte Forderungen in Gesamtbeträge von 2 658,97 DM ohne Zinsen unter Ablehnung einer Kostenpflicht an. Sie wurde durch Anerkenntnisteilurteil des Landgerichts zur Zahlung der anerkannten Summe verurteilt. Diese setzt sich aus folgenden Beträgen zusammen:

DM	1 474,42	auf eingeklagte Restforderung von 1 729,42 DM lt. Abrechnung vom 25. April 1958
DM	244,80	Kaufpreis lt. Rechnungen vom 27. und 29. Mai 1958
DM	626,40	Restbetrag für Warenlieferungen lt. Rechnungen vom 9. und 12. Juni 1958
DM	313,35	Stempelgebühren, Diskontspesen und Bankprovision lt. Rechnung vom 15. Juni 1959 für 3 Wechsel
DM	2 658,97	

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Streit blieben dann noch folgende Forderungen:

DM	180,62	Restbetrag für Warenlieferungen lt. Rechnung vom 27. März 1958 über 5 096,84 DM
DM	760,96	Rest auf Kaufpreisforderung lt. Rechnung vom 27. März 1958 über 3 327,52 DM
DM	255,--	Rest des Rechnungsbetrages der Abrechnung vom 25.4.1958 von 1 729,42 DM nach Abzug des anerkannten Betrages von 1 474,42 DM
DM	58,45	Wechselprotestspesen lt. Rechnung vom 13. November 1958 für einen am 21. Oktober 1958 zu Protest gelangten Wechsel.
DM	416,98	Wechselspesen oder Restbeträge lt. Rechnungen v. 13.5., 27.5., 3.6., 9.6.1958 und 19.3.1959
DM	1 672,01	

Außerdem verlangte der Kläger Zinsen auf den eingeklagten Gesamtbetrag von 4 330,89 DM.

Mit der Widerklage forderte die Beklagte Schadensersatz in Höhe von 6 829 786 Lire nebst Zinsen seit dem Tage der Zustellung der Widerklage mit der Begründung, daß der Kläger im Jahre 1959 bestellte Waren nicht geliefert habe, obwohl er hierzu verpflichtet gewesen sei.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von weiteren 1 672,01 DM nebst 9 % Zinsen aus 4 330,98 DM seit dem 1. März 1962. Die Widerklage wies es ab.

Im Berufungsverfahren verglichen sich die Parteien am 14. April 1966 über die noch offene Klageforderung nebst Zinsen dahin, daß die Beklagte an den Kläger 836 DM, fällig mit Rechtskraft des Urteils über die Widerklage, zu zahlen hat.

Das Oberlandesgericht hat den Anspruch der Widerklage dem Grunde nach für berechtigt erklärt, soweit er sich auf folgende Verträge bezieht:

Order Nr. 2 bis 5 vom 23. März 1959
Order Nr. 7 vom 14. April 1959
Order Nr. 9 vom 21. April 1959
Order Nr. 10 vom 28. April 1959
Order Nr. 1161 vom 12. Juni 1959.

Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen, Zur Verhandlung über die Höhe hat es die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Außerdem hat das Berufungsgericht die Kosten der Klage in erster Instanz dem Kläger zu 9/11, der Beklagten zu 2/11 auferlegt. Die Kosten der Klage in zweiter Instanz hat es gegeneinander aufgehoben.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die volle Abweisung der Widerklage und eine Änderung der Kostenentscheidung dahin, daß die Beklagte die Kosten der Klage sowohl hinsichtlich des anerkannten Betrages als auch des durch den Vergleich erledigten Teils der Hauptsache zu tragen habe. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Widerklage.

I. Die Beklagte hat dem Zahlungsanspruch der Widerklage Lieferungsverträge zugrunde gelegt, die unstreitig zustande gekommen sind, und weitere Bestellungen, die der Kläger angenommen habe. Den mit der Widerklage geforderten Lirebetrag hat sie auf den Liregegenwert der Schadensbeträge

in DM gestützt, die sie auf Anregung des Berufungsgerichts im Schriftsatz vom 2. Juni 1966 S. 3 angegeben hat. Nach dieser Verteilung ihrer Ansprüche auf den eingeklagten Lirebetrag läßt sich errechnen, in welcher Höhe die Widerklage abgewiesen worden ist und welcher Lirebetrag jetzt noch im Streit ist. Dieser Berechnung muß nach dem Sinn der Aufteilung der Liregegenwert im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zugrunde gelegt werden. Demnach ist feststellbar, in welcher Höhe der Zahlungsanspruch der Widerklage rechtskräftig abgewiesen worden ist und welche Zahlungsansprüche Gegenstand des Revisionsverfahrens sind.

II. Das Berufungsgericht beurteilt die Ansprüche der Beklagten und die ihr zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen nach deutschem Recht, ohne die Anwendung dieses Rechts näher zu begründen. Von der Revision des Klägers, der die Anwendung des deutschen Rechts in den Vorinstanzen gewünscht hatte, wird dies naturgemäß nicht beanstandet. Auch nach den Erklärungen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen ist davon auszugehen, daß jedenfalls die Ansprüche der Widerklage nach deutschem Recht zu beurteilen sind.

Waren somit beide Parteien in den Vorinstanzen darüber einig, daß die Widerklageforderungen nach deutschem Recht zu beurteilen seien, so haben sie sich der Anwendung dieses Rechts unterworfen. Das gilt auch für die Revisionsinstanz. Im übrigen bestünden auch für den Fall, daß die allgemeinen Lieferungsbedingungen des Klägers nicht Vertragsbestandteil

geworden sind, keine Bedenken gegen die Auffassung, daß die Forderungen der Widerklage nach deutschem Recht zu beurteilen seien.

III. Das Berufungsgericht bezeichnet es als unstreitig, daß die Parteien diejenigen Verträge geschlossen haben, die es dem Grundurteil zugrunde gelegt hat.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Vertrag Nr. 7 (Auftrag vom 14. April 1959) nicht als zustande gekommen ansehen dürfen. Sie bezieht sich bei ihren Bemängelungen auf Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es näher darglegt hat, daß auch dieser Vertrag zustande gekommen sei. Die Revision meint, der erstrebte Vertrag sei deshalb gescheitert, weil der Kläger die Annahme des Angebots der Beklagten für den Auftrag Nr. 7 abgelehnt habe. Diese habe dann zwar einen neuen Antrag auf Abschluß dieses Vertrages am 21. April 1959 gestellt. Der Antrag sei vom Kläger jedoch nicht angenommen worden. Es komme hinzu, daß nach den allgemeinen Lieferungsbedingungen des Klägers Angebote ausdrücklich bestätigt werden müßten, wenn sie verbindlich sein sollen.

Diese Bedenken gegen das Berufungsurteil greifen nicht durch.

1) Das Berufungsgericht hat in einer Auflage vom 21. August 1964 den Kläger aufgefordert, die Kaufpreise für die unstreitig zustande gekommenen Verträge mitzuteilen und in dieser Verfügung auch den Liefervertrag Nr. 7 als unstreitig zustande gekommen bezeichnet. Der Kläger hat die Kaufpreise in dem Schriftsatz vom 19. Januar 1966 S.2 ange-

geben, dabei jedoch nicht den Kaufpreis für den Liefervertrag Nr. 7. Daß der Liefervertrag Nr. 7 nicht zustande gekommen sei, hat der Kläger dabei nicht geltend gemacht. Auch der Schriftsatz vom 12. April 1966, in dem er ausführen ließ, er habe unter Beweis gestellt, daß die unstreitig zustande gekommenen Verträge durch Vereinbarung aufgehoben worden seien, enthält keinen Widerspruch dagegen, daß der Vertrag Nr. 7 sowohl von der Beklagten als auch von dem Gericht vorher als unstreitig zustande gekommen bezeichnet worden war. Die Beklagte hat dann den Kaufpreis für den Vertrag Nr. 7 selbst angezeigt, und zwar in ihrer Aufstellung über die Verteilung der eingeklagten Summe auf die einzelnen Verträge, aus deren Nichterfüllung sie Schadensersatzansprüche herleitete. Dem Akteninhalt ist sonach nicht zu entnehmen, daß zwischen den Parteien streitig geblieben ist, ob der Vertrag Nr. 7 zustande gekommen war. Wenn das Berufungsgericht sich trotzdem veranlaßt sah, in den Entscheidungsgründen diesen Punkt noch näher zu erläutern, so handelte es sich dabei ersichtlich um eine Hilfsbegründung. Auch sie ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2) Der Kläger hat mit Schreiben an die Beklagte vom 11. April 1959 die Bestellungen Nr. 1 - 6 zu seinen Verkaufsbedingungen (*à nos conditions de vente*) mit weiteren Einzelheiten über Preis, Lieferung und Zahlung bestätigt. Mit Schreiben vom 18. April 1959 erklärte er unter Bezugnahme auf einen Brief der Beklagten vom 15. April 1959 und deren Bestellungen Nr. 7 und 8 vom 14. d.Mts., er sei wegen der ihm von der Beklagten vorgeschlagenen geänderten Bedingungen nicht in der Lage, auch diese Bestellungen zu

bestätigen. Er könne nur zu den Bedingungen seines Bestätigungsschreibens vom 11. April verkaufen. Die Beklagte möge ihm daher mitteilen, ob sie zu diesen Bedingungen die Bestellungen Nr. 7 und 8 bestätigen wolle oder ob sie die Rückgabe dieser Bestellungen wünsche. Auf diesen Brief antwortete die Beklagte mit Schreiben vom 21. April 1959, sie bestätige die Bestellung Nr. 7 zu den Bedingungen, die der Kläger vorgeschlagen habe. Da der Kläger dieses Schreiben erhalten und ihm nicht widersprochen hat, ist der Vertrag zu den Bedingungen, denen sich die Beklagte in dem Schreiben vom 21. April 1959 ausdrücklich unterworfen hatte, zustande gekommen.

Der Versuch der Revision, den Vertragsschluß deshalb in Zweifel zu ziehen, weil der Kläger den Vertrag nicht bestätigt habe, kann auch dann, wenn die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Klägers, die dem Gericht vorgelegt worden sind, in Betracht gezogen werden, keinen Erfolg haben. Nach diesen Bedingungen sind Angebote des Klägers freibleibend (Ziff.1), alle Vereinbarungen, die Vertreter für ihn treffen, bedürften seiner schriftlichen Bestätigung (Ziff.2). Es handelt sich hier aber nicht um ein Angebot des Klägers im Sinne der Ziff.1, sondern um ein Angebot der Beklagten, das der Kläger wegen des Wunsches der Beklagten nach günstigeren Zahlungsbedingungen mit dem Bemerkten abgelehnt hat, er könne nur verkaufen, wenn die Beklagte die Bestellung zu den Bedingungen aufrecht erhalten wolle, zu denen er bereits unmittelbar vorher andere Bestellungen bestätigt hatte. Hiermit hat sich die Beklagte unverzüglich einverstanden erklärt. Von einem freibleiben-

den Angebot des Klägers kann bei dieser Sachlage keine Rede sein. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß er der Beklagten den Auftrag dann nicht ausdrücklich bestätigt habe. Wenn er auf ihr Schreiben vom 21. April 1959 schwieg, so versetzte er die Beklagte damit in den Glauben, daß auch dieser Vertrag zustande gekommen sei. Im Rahmen der damals bestehenden Geschäftsbeziehungen hätte der Kläger, wenn er zur Ausführung dieses Auftrages nicht verpflichtet sein wollte, der Beklagten erklären müssen, daß er trotz des Einverständnisses der Beklagten den Auftrag nicht bestätigen könne. Das Schweigen auf ein Vertragsangebot ist zwar im kaufmännischen Verkehr in der Regel nicht als Zustimmung zu werten. Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn die Parteien schon bisher in Geschäftsverbindung standen und - wie das hier der Fall war - der Anbietende (Beklagte) für den anderen Teil erkennbar ein Interesse an baldiger Antwort hatte und als Besteller den Vertrag als zustande gekommen ansehen durfte, wenn er sich durch ausdrückliche Erklärungen den Bedingungen unterwarf, die der andere Teil gewünscht hatte. Unter solchen Umständen verlangten hier Treu und Glauben einen unverzüglichen Widerspruch, wenn der Kläger den Vertragsschluß in der Schwebe halten oder ablehnen wollte. Es kommt somit nicht darauf an, ob das Zustandekommen des Vertrages aus den Grundsätzen über die Bedeutung des Schweigens gegenüber einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben hergeleitet werden könnte.

Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, auch dieser Vertrag sei zustande gekommen, bestehen somit im Ergebnis keine rechtlichen Bedenken.

IV. Die Schadensersatzansprüche der Beklagten, die das Berufungsgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt

hat, hängen davon ab, ob die Verträge bestehen geblieben sind und ob der Kläger mit ihrer Erfüllung in Verzug geraten ist. Er hat in beiden Richtungen Einwendungen vorgebracht. Das Berufungsgericht hält sie nicht für begründet. Die Revision rügt die Übergehung eines Beweisantrages, der sich auf das behauptete Einverständnis zwischen den Parteien darüber bezieht, daß die Verträge nicht ausgeführt werden sollten, und macht ferner geltend, daß der Kläger, dem ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe, nicht in Verzug gekommen sei. Die Begründung des Berufungsurteils hält diesen Rügen nicht stand.

1) Der Kläger hat bereits im ersten Rechtszuge vorgebracht, die Beklagte sei ihren Verpflichtungen aus Verträgen, die er ausgeführt habe, nicht nachgekommen. Es seien sogar Wechsel zu Protest gegangen. Bei einer Besprechung mit dem Inhaber der Beklagten am 16. September 1959 sei Einverständnis darüber erzielt worden, daß die noch schwebenden Aufträge unausgeführt bleiben sollten, weil sich die Beklagte weiter in Zahlungsschwierigkeiten befunden habe und nicht in der Lage gewesen sei, überfällige Verpflichtungen zu erfüllen. Hierfür hat der Kläger durch Benennung seines Angestellten Armbruster im Schriftsatz vom 28. Oktober 1963 Beweis angetreten. Das Berufungsgericht hat den Beweis nicht erhoben.

Es begründet dies damit, das Vorbringen des Klägers zu diesem Punkt sei unklar und nicht schlüssig. Denn er habe in einem Schreiben an die Beklagte vom 12. November 1960 (Anl.Bf.D) sich darauf berufen, daß nur ein Teil der damals noch offenen Verträge annulliert worden sei. Auch habe er in der Berufungsbeantwortung vom 26. Juni 1964 vortragen lassen, daß die Er-

füllung der Verträge nicht endgültig verweigert worden sei, sondern sich angesichts des Zahlungsrückstandes der Beklagten nur auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Danach sei unklar, so meint das Berufungsgericht, welche Verträge storniert worden sein sollen.

Wie die Revision mit Recht rügt, ist die Einlassung des Klägers auf die Berufung der Beklagten nicht dahin aufzufassen, daß er sich nur noch auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts berufen wollte. Denn er hat auch im Berufungsverfahren auf sein früheres Vorbringen über die einverständliche Aufhebung der Verträge verwiesen (Schriftsatz vom 12. April 1966 - S.3). Wenn es in diesem Schriftsatz heißt, die unstreitig zustande gekommenen Verträge seien einverständlich aufgehoben worden, so kann kein Zweifel daran bestehen, daß der Kläger hiermit jedenfalls die Verträge gemeint hat, die bei der behaupteten Vereinbarung vom 16. September 1959 bestanden und noch nicht ausgeführt worden waren. Das ergibt sich auch zweifelsfrei aus den in Bezug genommenen Darlegungen in dem Schriftsatz vom 28. Oktober 1963. Es kann hiernach nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger diese Einwendung im Berufungsverfahren fallengelassen hat.

Das Berufungsgericht durfte das Beweisangebot nicht schon deshalb übergehen, weil der Kläger in seinem Schreiben vom 12. November 1960 der Beklagten entgegeng gehalten hatte, sie habe einen Teil der Aufträge selbst annulliert und den verbleibenden Rest werde er nicht liefern, weil sie seine verschiedenen Mahnungen über die Bezahlung der Restschuld nicht beachtet und diese bis heute noch nicht bezahlt habe.

Ein Beweisantrag kann allerdings rechtsmißbräuchlich sein, wenn die Partei eine Behauptung ohne jede Grundlage ins Blaue hinein aufgestellt hat und das Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, daß die Partei selbst nicht an ihre Richtigkeit glaubt. So liegt der Fall hier aber nicht. Der Wortlaut des Schreibens des Klägers vom 12. November 1960, in dem er Ansprüchen der Beklagten entgegengetreten ist, läßt es nicht zu, aus ihm zu entnehmen, daß die Prozeßbehauptung über die Aufhebung der hier im Streit befindlichen Verträge widerlegt sei.

Das Berufungsgericht durfte aber auch das unter Beweis gestellte Vorbringen des Klägers nicht schon deshalb als unschlüssig ansehen, weil sich dem Schreiben vom 12. November 1960 entnehmen läßt, daß die Beklagte nur von einem Teil der Aufträge zurückgetreten sein soll. Erst nach Erhebung des angebotenen Beweises kann beurteilt werden, ob die Parteien damals über die Aufhebung der noch laufenden Verträge einig geworden waren oder jedenfalls darüber, daß ihre Auslieferung unterbleiben sollte und hinausgeschoben würde.

2) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht ein Zurückbehaltungsrecht des Klägers verneint, ist ebenfalls rechtlich nicht einwandfrei:

Nach § 273 BGB kann der Schuldner, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis

sich ein anderes ergibt. Danach müssen also Anspruch und Gegenanspruch auf "demselben rechtlichen Verhältnis" beruhen. Dieser Begriff ist, wie in ständiger Rechtsprechung anerkannt ist, in einem weiten Sinne zu verstehen. Es ist nicht erforderlich, daß die Ansprüche aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft entspringen oder in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnis zueinander stehen, sondern es genügt ihr Ursprung aus Rechtsgeschäften, zwischen denen ein natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang vorhanden ist, so daß es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen Anspruch geltend gemacht wird (vgl. RGZ 78, 334). In der Rechtsprechung ist wiederholt anerkannt worden, daß die Geschäftsverbindung, die zwei Kaufleute unterhalten, geeignet ist, den nach § 273 BGB erforderlichen Zusammenhang zwischen den aus diesem Verhältnis herrührenden beiderseitigen Ansprüchen zu begründen (vgl. RGZ 68, 32, 34; RG WarnRspr 1917 Nr. 134). Ein solcher Zusammenhang wird hier dadurch hergestellt, daß die Parteien nach ihrem übereinstimmenden Vorbringen bei Abschluß der Verträge, aus deren Nichtausführung Schadensersatzansprüche hergeleitet werden, in laufender Geschäftsverbindung gestanden haben.

Es kommt daher darauf an, ob der Kläger nach Treu und Glauben erwarten durfte, daß die Beklagte verbliebene Pflichten aus früheren Verträgen anerkennen und erfüllen werde, wenn sie die Erfüllung der späteren Verträge verlangte. Der Umfang des Rückstandes, um den es hier geht, war nicht so gering, daß schon aus diesem Grunde ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB verneint werden kann. Dabei muß ferner berücksichtigt werden, daß es sich bei der Beklagten um eine Schuldnerin im

Ausland handelte und die gerichtliche Einzichung restlicher Forderungen, möglicherweise, wie zu unterstellen ist, mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war.

Es ist auch unerheblich, daß der Rückstand aus alten Verbindlichkeiten erheblich geringer war, als der Gegenstand der Verträge, deren Erfüllung die Beklagte noch im Jahre 1960 verlangt hat. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ist ein Hilfsrecht des Schuldners, das ihm auch deshalb gegeben ist, um die Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten zu erzwingen, bevor ihm weitere Leistungen zugemutet werden (vgl. RG WarnR 1913 Nr. 5). Dieses Recht war hier für den Kläger umsomehr von Bedeutung, wenn die Beklagte auf Kredit beliefert werden sollte, wovon jedenfalls in diesem Rechtszuge nach dem Vorbringen der Parteien ausgegangen werden muß. Die Beklagte hat nicht behauptet, daß sie dem Kläger angeboten habe, sein Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abzuwenden oder weitere Lieferungen im voraus zu bezahlen.

Das Berufungsgericht ist nun der Ansicht, das Vorgehen des Klägers sei, soweit er ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den Lieferungsansprüchen der Beklagten geltend machen wollte, rechtsmißbräuchlich. Eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt stehe nämlich nur in Höhe des von ihr anerkannten Betrages von 2 658,97 DM fest. Die Lieferungsverpflichtung des Klägers habe für die hier in Betracht zu ziehenden Verträge einen Gegenwert von rd. 16 000 DM gehabt. Nach den Angaben des Klägers im Schriftsatz vom 29. Januar 1966 sei der Gegenwert sogar noch höher gewesen. Die unstreitige Forderung des Klägers rechtfertige daher eine Zurückbehaltung schon nicht in vollem Umfange. Vor allem habe er es damals an jeder Spezifizierung seiner Forderung gegenüber der Beklagten fehlen lassen. Er habe

es ihr damit unmöglich gemacht, seine Forderung zu überprüfen. Im übrigen habe es sich bei den einzelnen Posten seiner Klageforderung im Verhältnis zum Gesamtumsatz der Parteien und insbesondere zum Wert der der Widerklage zugrunde liegenden Bestellungen um unbedeutende Restbeträge gehandelt.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind in mehrfacher Hinsicht rechtlich fehlsam. Die Frage, ob das Verhalten des Klägers als rechtsmißbräuchlich anzusehen ist, unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht für wesentlich angesehen, daß die Forderung des Klägers gegen die Beklagte erheblich geringer war als der Gegenwert der Lieferungen, die noch ausstanden. Darauf kommt es, wie oben dargelegt worden ist, grundsätzlich nicht an. Es trifft auch nicht zu, daß es dem Kläger anzulasten ist, wenn die Beklagte mit Beträgen, die sie aus alten Verträgen schuldete, im Rückstand war. Wie die Revision mit Recht geltend macht, hatte der Kläger der Beklagten durch Rechnungen im Laufe der Geschäftsverbindung mitgeteilt, was sie zu zahlen habe. Die Beklagte hat nicht bestritten, diese Rechnungen erhalten zu haben. Es fehlt daher jedenfalls hinsichtlich der von ihr anerkannten Beträge an einer schlüssigen Darlegung der Beklagten, daß sie nicht in der Lage gewesen sei, selbst zu erkennen, was sie dem Kläger noch schuldig geblieben war. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt verkannt, als es zu der Auffassung gelangte, der Kläger sei für die Unklarheit über die bestehenden Verbindlichkeiten der Beklagten verantwortlich.

Ob noch weitere Ansprüche zu berücksichtigen sind, ist entgegen der Ansicht der Revision durch die dem Gericht vorgelegte Kontokarte nicht belegt. Dem Kontoauszug ist nicht zu entnehmen, daß die Beklagte im Jahre 1959 mit der Einlösung von Wechseln

in Vorzug gekommen ist. Sie hat dies bestritten. Der Kläger hat indes auch hierfür Beweis angeboten, der nicht erhoben worden ist. Da die Entscheidung des Berufungsgerichts hinsichtlich des Grundurteils nicht bestätigt werden kann und die Sache einer erneuten Prüfung durch den Tatrichter bedarf, wird der Kläger Gelegenheit haben, sein insoweit allerdings lückenhaftes Vorbringen in dem erneuten Berufungsverfahren zu ergänzen. Danach wird darüber zu befinden sein, ob der als Zeuge benannte Angestellte: A [REDACTED] auch über rückständige Wechselverbindlichkeiten im Jahre 1959 zu hören ist.

Wenn nach weiterer Aufklärung der Sache im erneuten Berufungsverfahren ein Zurückbehaltungsrecht des Klägers nach § 273 BGB in Betracht kommen sollte, so wird bei Prüfung dieses Einwandes des Klägers noch folgendes zu beachten sein:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts würde einen Verzug des Klägers ausgeschlossen haben, so daß die Beklagte nicht gemäß § 326 BGB hätte vorgehen können. Hierbei ist jedoch nicht berücksichtigt, daß ein solches Leistungsverweigerungsrecht - anders als nach herrschender Gesetzesauslegung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB (RGZ 126, 280, 285; Urt. des Senats vom 15. Februar 1967 - VIII ZR 223/64 - S.6 m.v.N.) - nicht bereits durch sein bloßes objektives Bestehen den Eintritt des Schuldnersverzuges hindert, sondern nur dann, wenn der Schuldner sich hierauf rechtzeitig berufen hat (RGZ 77, 436, 438; Urt. des Senats vom 10. Juli 1961 - VIII ZR 181/60 - S.19). Es bedarf daher grundsätzlich der Feststellung, ob der Schuldner, der wegen eines Anspruchs gegen seinen Gläubiger die diesem geschuldete Leistung wegen eines Leistungsverweige-

rungsrechts aus § 273 BGB bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigern will, dies dem Gläubiger kundgetan hat. Unterläßt dies der Schuldner, so gerät er trotz seines Rechts, die eigene Leistung zurückzuhalten, durch Mahnung an eine fällige Leistung in Leistungsverzug. In der vorliegenden Sache ist jedoch in diesem Rechtszug zu unterstellen, daß der Kläger es an dieser Voraussetzung nicht hat fehlen lassen. Denn er hat behauptet, er habe sich am 16. September 1959 bei einem Gespräch mit dem Inhaber der Beklagten in Hamburg auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen und auch hierfür den Angestellten A [REDACTED] als Zeugen benannt. Dieser Beweis ist nicht erhoben worden. Von dem Ergebnis der etwa erforderlichen Beweiserhebung kann es abhängen, ob das Schreiben der Beklagten vom 17. Oktober 1960 schon deshalb nicht zur Umwandlung der Erfüllung- und Schadensersatzansprüche führen konnte, weil dem Verlangen der Beklagten das Zurückbehaltungsrecht des Klägers aus § 273 BGB entgegenstand.

3) In diesem Zusammenhang ist ferner auf folgendes hinzuweisen: Dem Wortlaut des erwähnten Schreibens ist nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß die Beklagte mit der gesetzten Frist die endgültige Erklärung verbunden hat, sie werde die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehnen. Ob der Kläger trotzdem unter Berücksichtigung der besonderen Umstände, auch der Tatsache, daß die Beklagte längere Zeit keinen Anspruch auf Erfüllung der Verträge erhoben hatte, dem Schreiben eine endgültige Ablehnung einer späteren Leistung entnehmen konnte, wird deshalb erneut zu prüfen sein. Haben die Parteien trotz dieses Schreibens übereinstimmend die Abwicklung der Verträge weiter in der Schwebe gehalten, wofür das Schreiben der Beklagten vom 2. Dezember 1960 sprechen könnte, so würde auch unter

diesem Gesichtspunkt zu prüfen sein, ob die Beklagte noch bereit war, an den Verträgen zu den Bedingungen festzuhalten, die hinsichtlich der Preise zwischen den Parteien vereinbart waren. Hierfür könnte es darauf ankommen, ob die allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Klägers, die dem Gericht vorliegen, einen Bestandteil der Lieferverträge bildeten. Diese von der Revision aufgeworfene Frage kann in diesem Rechtszuge nicht abschließend beurteilt werden, da es hierfür an den erforderlichen Feststellungen über den Inhalt der Verträge, die vereinbarten Preise und die weitere Entwicklung der Preisverhältnisse fehlt.

B. Die Kostenentscheidung.

Der Verteilung der Kosten erster Instanz legt das Berufungsgericht zugrunde, daß der Kläger die Kosten hinsichtlich des durch das Anerkenntnisteilurteil erledigten Betrages von 2 658,97 DM deshalb zu tragen habe, weil die Beklagte diesen Anspruch am 25. Januar 1963 im Sinne des § 93 ZPO sofort anerkannt habe. Außerdem sei der Kläger hinsichtlich des in die Berufungsinstanz gelangten Teilbetrages in Höhe von 836 DM unterlegen, wie dem Teilvergleich vom 14. April 1966, der keine Kostenregelung enthält, zu entnehmen sei. Deshalb hielt es das Berufungsgericht für angemessen, dem Kläger 9/11 der die Klage betreffenden Kosten des ersten Rechtszuges aufzuerlegen.

1) Die Revision rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe die Voraussetzungen des § 93 ZPO nicht als gegeben ansehen dürfen. Diese Kostenbestimmung setzt voraus, daß die Beklagte durch ihr Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat. Außerdem müßte sie den Anspruch sofort anerkannt haben.

Sofortiges Anerkenntnis bedeutet, daß der Beklagte den Anspruch in der ersten mündlichen Verhandlung anerkennen muß, in der der Anspruch begründet war und der Beklagte die klagebegründeten Tatsachen erkennen konnte. Die Forderungen, die von der Beklagten anerkannt wurden, waren in der Anlage zur Klageschrift mit Rechnungsdatum, Betrag und Gegenstand (Warenlieferung, Wechselspesen) bezeichnet. Hiernach konnte die Beklagte, der die Klage am 1. März 1962 zugestellt wurde, bereits aus der Klageschrift entnehmen, welche Rechnungen oder Abrechnungen den geforderten Restbeträgen zugrunde gelegt waren. Hatte sie die Rechnungen, wie unstreitig ist, im Laufe der Geschäftsverbindung erhalten, so hätte sie aus diesen Unterlagen erkennen müssen, welche Ansprüche noch geltend gemacht wurden. Im Termin am 7. September 1962 wurde in der Sache streitig verhandelt. Der Kläger hat dann zwar erst mit Schriftsatz vom 25. Oktober 1962 die Klage weiter substantiiert. Darauf wurde am 23. November 1962 wieder streitig verhandelt. Erst in Schriftsatz ihres Prozeßbevollmächtigten vom 14. Januar 1963 erklärte sich die Beklagte dahin, daß sie bestimmte Beträge in Höhe von insgesamt 2 658,97 DM anerkenne. Dieses Anerkenntnis wurde in dem nächsten Termin vom 25. Januar 1963 wiederholt. Daß die Beklagte nach Zustellung der Klage am 1. März 1962 nicht habe erkennen können, welche Ansprüche der Kläger behauptete, hat sie nicht dargetan.

Nach dem Sachvortrag der Parteien in den Tatsacheninstanzen bestand zwischen ihnen kein Kontokorrentverhältnis. Selbst wenn es aber bestanden haben sollte, so war es jedenfalls bereits vor Erhebung der Klage beendet, und es ist auch für diesen Fall nicht dargetan, daß die Beklagte darüber im unklaren sein konnte, ob die von ihr später im Rechtsstreit anerkannten Beträge bezahlt waren oder nicht.

Ein sofortiges Anerkenntnis im Sinne von § 93 ZPO liegt somit nicht vor.

Die Revision macht ferner geltend, es habe auch deshalb Veranlassung zur Klage bestanden, weil die Beklagte die anerkannte Summe nicht sofort nach dem Anerkenntnisurteil bezahlt habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies im Rahmen des § 93 ZPO rechtlich erheblich sein könnte. Denn die Veranlassung zur Klage bestand hier schon deshalb, weil die Beklagte die ihr vorher durch Rechnungen mitgeteilten Beträge nicht bezahlt hatte. Sie kann sich nicht damit entschuldigen, daß sie keine Übersicht über die noch offenen Beträge gehabt habe. Denn hierfür hat sie keine ausreichenden Tatsachen vorgetragen.

Für die Anwendung des § 93 ZPO fehlt es daher an den darin bestimmten Voraussetzungen.

2) Die dann noch im Streit befindlichen Restbeträge und Zinsen, von denen die auf den anerkannten Betrag entfallenden Zinsen im zweiten Rechtszuge einen Teil des Streitwertes bildeten, wurden durch den Vergleich erledigt. Für die Kostenentscheidung insoweit ist es unerheblich, ob für die Anwendung des § 98 ZPO hier Raum ist oder ob dieser Anwendung entgegensteht, daß der Rechtsstreit durch den Vergleich nicht im ganzen erledigt worden ist. In keinem Falle ist die Ansicht der Revision berechtigt, daß den Kläger insoweit überhaupt keine Kosten träfen, weil seine Ansprüche von vornherein berechtigt gewesen seien. Entweder gelten die Kosten in Anwendung des § 98 ZPO durch den Vergleich hinsichtlich des hierdurch erledigten Teiles der ursprünglichen Klageforderung als gegeneinander aufgehoben oder der Kläger muß sich in Anwendung des § 91 ZPO insoweit als unterliegend behandeln lassen, als er bei dem Vergleich mit seinen Ansprüchen nicht durchgedrungen ist.

3) Wenn über die Kosten der Klage entschieden wird, so besteht kein Anlaß, von einer Entscheidung über die Kosten der Widerklage, soweit die Beklagte mit ihr endgültig unterlegen ist, abzusehen. Demnach ist die Kostenentscheidung, soweit sie möglich ist, unter Berücksichtigung der in den drei Instanzen verschieden hohen Streitwerte zu treffen. Daraus ergibt sich die aus der Urteilsformel ersichtliche Teilentscheidung über die Kosten.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann