

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 206/72

URTEIL

Verkündet am
27. Februar 1974
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Henriette H. in H.,
S. str. ,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma S. C. de M. de
T. P. S. A., vertreten durch
den Vorstandsvorsitzenden A. N., V.
(Rhone), Rue du P.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1974 durch die Richter Mormann, Claßen, Dr. Reinhardt, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 22. Februar 1972 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, die Baumschinen vermietete, kaufte im Jahre 1961 von der Beklagten eine Laderaupe und zwei Planierraupen, an denen diese sich das Eigentum vorbehielt. Die Raupen fielen in den Jahren 1961 bis 1963 wiederholt aus, was für die Klägerin Instandsetzungskosten und Verdienstausschlag zur Folge hatte. Sie zahlte daher den Restkaufpreis für die Raupen nicht und ließ beim Kauf gegebene Wechsel zu Protest gehen. Daraufhin erhob die Beklagte Klage auf Heraus-

- 3 -

gabe der Laderaube sowie einer Planierraube. Während dieses Verfahrens schlossen die Parteien am 22. April 1963 mündlich einen außergerichtlichen Vergleich, der anfangs Mai 1963 von dem Bevollmächtigten der Beklagten schriftlich niedergelegt und am 9. Mai 1963 von der Klägerin, am 21. Juni 1963 von der Beklagten unterzeichnet wurde. Der Vergleich lautet (auszugsweise):

"Die Parteien schließen zur Erledigung aller gegenseitigen Ansprüche, auch zur Abgeltung aller Gewährleistungsansprüche der Klägerin, und zur Erledigung des anhängigen Herausgabeprozesses folgenden Vergleich:

I.

Die Beklagte ist Eigentümerin der von ihr hergestellten und im Besitz der Klägerin befindlichen Laderaube TP 6 Nr. 19.587 und Planierraube CD 6 Nr. 28.919.

Die Parteien sind sich einig, daß das Eigentum an diesen beiden Geräten auf die Klägerin übergeht. Der Übergang des Eigentums ist aufschiebend bedingt durch die Zahlung von 50.000,- DM. Die Zahlung des Betrages hat innerhalb von drei Wochen nach Abschluß des Vertrages, spätestens bis zum 14. Mai 1963 zu erfolgen.

II.

Die Klägerin zahlt an die Beklagte weitere 13.500,- DM.

Die Beklagte stundet die Summe für sechs Monate seit Vertragsschluß.



Die Klägerin übergibt der Beklagten einen von ihr über den Betrag von 13.500,- DM akzeptierten Wechsel, der vor dem 23. Oktober 1963 fällig ist.

.....

VII.

Die Beklagte führt unverzüglich in Hamburg eine für die Klägerin kostenlose Inspektion aller ... von der Beklagten hergestellten und an die Klägerin gelieferten Geräte durch."

Die übrigen Bestimmungen des Vergleichs betreffen die Lieferung von Ersatzteilen und deren Bezahlung.

Die Klägerin übergab der Beklagten keinen Wechsel über 13 500 DM. Ob die Raupen nach dem 22. April 1963 instandgesetzt wurden, ist streitig. Die Klägerin bemühte sich jedenfalls vergeblich um einen Kredit zur Finanzierung der Vergleichssumme, weil die Raupen nicht einsatzfähig waren. Sie zahlte die am 14. Mai 1963 fälligen 50 000 DM nicht. In der Folgezeit verhandelten die Parteien ergebnislos über die Abwicklung des Vergleichs. Da die Klägerin die Raupen nicht einsetzen konnte, gab sie die Vermietung von Baumaschinen auf.

Mit der Klage verlangt die Klägerin Schadenersatz in Höhe von 99 840 DM nebst Zinsen, weil die Beklagte entgegen der im Vergleich übernommenen Verpflichtung die Raupen nicht instandgesetzt habe. Landgericht und Berufungsgericht wiesen die Klage ab.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Beklagte sich in dem Vergleich vom 22. April 1963 verpflichtet habe, die Raupen instandzusetzen und die Instandsetzungsarbeiten 48 Stunden nach Vergleichsabschluß zu beginnen. Diese Auslegung des Vergleichs läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision - als der Klägerin günstig - nicht angegriffen. Ob die Beklagte ihrer Verpflichtung nachkam, die Raupen instandzusetzen, läßt das Berufungsgericht offen. Nach seiner Meinung hat die Klägerin schon deshalb keinen Schadensersatzanspruch, weil die Beklagte mit ihrer Instandsetzungsverpflichtung nicht in Verzug gewesen sei. Die Klägerin habe nämlich vorleisten und der Beklagten vor deren Instandsetzungsarbeiten einen Wechsel über 13 500 DM übergeben müssen. Daß die Beklagte sich nicht auf ihr Leistungsverweigerungsrecht berufen habe, sei unerheblich, weil bereits das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 320 BGB den Verzugseintritt hindere.

II. Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung wie auch der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Palandt/Heinrichs, BGB 33. Aufl. § 320 Anm. 3 a; BGH Urt. vom 13. März 1963 - VIII ZR 212/61 = NJW 1963, 1149) zu Recht davon ausgegangen, daß bei einem gegenseitigen Vertrag grundsätzlich schon durch das bloße Bestehen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Verzug ausgeschlossen wird. Die Voraussetzungen eines

Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 320 BGB hat es bejaht, weil die Verpflichtung der Klägerin zur Übergabe eines Wechsels über 13 500 DM und die Pflicht der Beklagten zur Instandsetzung der Raupen als Teil der Hauptleistungen der Parteien in einem synallagmatischen oder Gegenseitigkeitsverhältnis gestanden hätten und weil die Klägerin zur Vorleistung verpflichtet gewesen sei. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision sind ungegründet.

Da es sich bei dem Vergleich um eine individuelle atypische Erklärung handelt, kann dessen Auslegung durch das Berufungsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder allgemeine Auslegungsregeln oder Verfahrensvorschriften verstoßen hat. Das ist nicht der Fall.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Vergleich seinem Wesen nach ein gegenseitiger Vertrag ist (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. Vorbem. vor § 320 Rdn. 13) oder ob ein Vergleich nur dann als gegenseitiger Vertrag anzusehen ist, wenn die im Vergleich übernommenen Verpflichtungen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, wie es § 320 BGB voraussetzt (RGZ 106, 86, 87). Denn das Berufungsgericht ist zu Recht der Meinung, daß die Verpflichtung der Beklagten zur Übertragung des Eigentums an den instandgesetzten Raupen und die Pflicht der Klägerin zur Zahlung von 65 000 DM und Übergabe eines Wechsels über 13 500 DM in einem Gegenseitigkeitsverhältnis standen.

a) Da die in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindliche Klägerin einsatzfähige Raupen benötigte, um einen Kredit zu erlangen und die Vergleichssumme aufzubringen, die Raupen aber vor einem Einsatz instandgesetzt werden mußten, hat das Berufungsgericht der Auffassung sein können, daß die Instandsetzung der Raupen eine mit den Verpflichtungen der Klägerin in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehender Teil der Hauptleistung der Beklagten war. Insoweit erhebt auch die Revision keine Einwendungen.

b) Sie meint indessen, die Pflicht zur Übergabe eines Wechsels über 13 500 DM habe mit den Verpflichtungen der Beklagten nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis gestanden, weil die Zahlung der 13 500 DM gestundet worden sei und der Wechsel lediglich zur Sicherheit habe gegeben werden sollen.

Um einen "Sicherheitswechsel" könnte es sich indessen allenfalls dann handeln, wenn der Beklagten der Wechsel lediglich treuhänderisch zur Sicherheit hätte übertragen werden sollen. Das ist in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet und vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden.

Entgegen der Auffassung der Revision läßt sich den Aussagen der Zeugen Heine und Meinhardt nicht entnehmen, daß der Wechsel nur zur Sicherheit hätte übertragen werden sollen. Daß die Forderung, die der vereinbarten Wechselhingabe zugrunde lag, gestundet und noch nicht fällig war, reicht nicht aus, um einen "Sicherheitswechsel" anzunehmen. Denn in

aller Regel wird bei der Hingabe eines Wechsels die diesem zugrundeliegende Forderung bis zur Fälligkeit des Wechsels gestundet.

Handelt es sich aber nicht um einen "Sicherheitswechsel", so ist der Vergleich dafür maßgebend, ob die Übergabe eines Wechsels Teil der Hauptleistung oder Nebenleistung war. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Wechselhingabe habe einen Teil der Hauptleistung der Klägerin dargestellt, ist möglich. Daß der Wechsel sofort nach Vergleichsabschluß gegeben werden sollte, wie das Berufungsgericht aufgrund der Beweisaufnahme angenommen hat, hat dieses dahin würdigen können, daß die Übergabe des Wechsels für die Beklagte ein gewichtiges Anzeichen dafür sein konnte, ob die Klägerin zur gewissenhaften Erfüllung ihrer in dem Vergleich übernommenen Verpflichtungen bereit war.

Für die Auffassung des Berufungsgericht spricht auch, daß die Klägerin selbst vorgetragen hatte, zu den in dem Vergleich vereinbarten Hauptpflichten habe "die Zahlung von DM 50 000 plus 13 500 einschließlich der Zahlungsmodalitäten" gehört. Unter "Zahlungsmodalitäten" hat das Berufungsgericht die Übergabe eines Wechsels über 13 500 DM verstehen können, weil der Wechsel nicht lediglich zur Sicherheit gegeben werden sollte und die Beklagte bei Fälligkeit aufgrund des Wechsels Zahlung hätte verlangen können.

2. Das Berufungsgericht hat auch annehmen dürfen, daß die Klägerin hinsichtlich der Wechselhingabe vorleistungspflichtig war.

a) Es bedarf keiner Erörterung, ob die Wechselhingabe und die Instandsetzung der Raupen ihrer Natur nach nicht Zug um Zug erbracht werden konnten, wie das Berufungsgericht meint. Denn nach seinen Feststellungen war der Wechsel unverzüglich nach Vergleichsabschluß zu übergeben, während mit den Instandsetzungsarbeiten erst 48 Stunden danach zu beginnen war. Das läßt den Schluß zu, daß die Klägerin vorleistete und zuvor den Wechsel über 13 500 DM übergeben sollte.

b) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß eine Vorleistung der Beklagten mit den Instandsetzungsarbeiten an den Raupen sinnvoll gewesen wäre. Seine Auffassung, daß eine Vorleistungspflicht der Beklagten in dem Vergleich keinen ausreichenden Niederschlag gefunden hatte und daß der Vergleich, das Beweisergebnis und die Gesamtumstände für eine Vorleistungspflicht der Klägerin mit der Wechselhingabe sprächen, läßt sich indessen aus Rechtsgründen nicht beanstande.

c) Daß die Beklagte sich im Besitz von Wechseln der Klägerin befand, zu deren unverzüglicher Rückgabe sie sich übrigens verpflichtet hatte, rechtfertigt entgegen der Ansicht der Revision keine andere Beurteilung. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß ungeachtet dessen die unverzügliche Übergabe des im Vergleich vereinbarten Wechsels für die Beklagte ein gewichtiges Anzeichen für die Erfüllungsbereitschaft der Klägerin sein konnte.

III. Dennoch kann die Beklagte, wie der Revision zuzugeben ist, nicht geltend machen, daß die Klägerin vorleistungspflichtig gewesen und sie daher nicht in Verzug geraten sei.

1. Die Vorleistungspflicht der Klägerin ist allerdings nicht entfallen, weil 48 Stunden nach Vergleichsabschluß die Verpflichtung der Beklagten zur Instandsetzung der Raupen fällig wurde. Entgegen einer vielfach vertretenen Auffassung (Palandt/Heinrichs, aaO § 320 Anm. 3 a m.Nachw.) genügt es nicht, daß der Gläubiger, der hätte vorleisten müssen, mahnt und zur Erbringung seiner eigenen Leistungen bereit und imstande ist. Ist der Gläubiger in dem Zeitpunkt, zu dem die Leistung des Schuldners fällig wird, mit seiner eigenen Leistung im Rückstand, so hat er, um Verzug des Schuldners herbeizuführen, seine eigene Leistung zu erbringen oder wenigstens anzubieten (BGH Urt. vom 26. Oktober 1965 - V ZR 87/63 = NJW 66, 200 m.w.Nachw.).

2. Doch sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit es einen Verstoß der Beklagten gegen Treu und Glauben verneint hat, nicht rechtsirrtumsfrei.

a) Das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB beruht nicht nur auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Auch seine Ausübung unterliegt Treu und Glauben. Es darf z.B. nicht ausgeübt werden, wenn die beiderseitigen Leistungen in einem offensichtlichen Mißverhältnis stehen, wenn die Art des Gegenstandes eine Zurückhaltung verbietet oder wenn die Leistungsverweigerung den Anspruch des Gläubigers endgültig

vereitelte oder beseitigte. In einem derartigen Fall kann die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts mißbräuchlich sein (Staudinger/Weber, BGB 11. Aufl. § 242 Rdn. A 626 m.w.Nachw.).

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob bei Beachtung dieser Grundsätze die Beklagte zur Leistungsverweigerung überhaupt berechtigt war. In jedem Falle war bei den hier gegebenen Besonderheiten ein Hinweis auf die Vorleistungspflicht der Klägerin nicht entbehrlich und die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts ohne einen derartigen Hinweis rechtsmißbräuchlich.

Denn die Instandsetzung der Raupen war die Grundlage für die Durchführung des Vergleichs. Die Klägerin konnte angeblich die Vergleichssumme nur aufbringen, wenn die Raupen instandgesetzt und einsatzfähig gemacht wurden, weil sie lediglich dann mit der Gewährung eines Kredits rechnen konnte. Wurden die Raupen nicht instandgesetzt, so war nach der Ansicht des Berufungsgerichts mit einem Scheitern des Vergleichs zu rechnen.

Daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Übergabe eines Wechsels über 13 500 DM für die Beklagte ein gewichtiges Anzeichen dafür war, ob die Klägerin bereit war, ihren Verpflichtungen aus dem Vergleich nachzukommen, machte einen Hinweis seitens der Beklagten nicht entbehrlich. Die Klägerin konnte nämlich nicht ohne weiteres wissen, welche Bedeutung nach der Auffassung der Beklagten die Übergabe des Wechsels für die Durchführung des Vergleichs hatte, zumal dieser zunächst mündlich geschlossen war, erst etwa zwei Wochen danach

schriftlich formuliert und erst mehrere Wochen nach Vergleichsabschluß von der Beklagten unterzeichnet worden war.

Es kommt hinzu, daß die Klägerin, wie mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zu ihren Gunsten zu unterstellen ist, die Beklagte wiederholt gemahnt hatte, ihrer Instandsetzungspflicht nachzukommen.

Die Beklagte war daher, wenn sie vor Instandsetzung der Raupen die Übergabe eines Wechsels über 13 500 DM abwarten wollte, zumindest verpflichtet, die Klägerin darauf hinzuweisen. Tat sie das nicht, so durfte sie sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht berufen.

IV. Das Urteil des Berufungsgerichts kann mithin mit der von diesem gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Es bedarf weiterer Feststellungen zu dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Klägerin und gegebenenfalls zu dessen Höhe und zu den hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten. Dabei wird auch zu prüfen sein, welche

Bedeutung dem Umstand zukommt, daß die Klägerin die am 14. Mai 1963 fälligen 50 000 DM nicht zahlte. Das Urteil des Berufungsgerichts war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Kostenentscheidung zu übertragen, weil sie von der Endentscheidung in der Sache abhängt.

Mormann

Claßen

Dr. Reinhardt

Braxmaier

Hoffmann