

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 208/72

URTEIL

Verkündet am

24. Oktober 1973

Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma R [REDACTED] - H [REDACTED] GmbH in
D [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführerin
Frau G. S [REDACTED] in D [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma H [REDACTED] & S [REDACTED] GmbH in K [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer H [REDACTED] und Dr. W [REDACTED] -
[REDACTED] in K [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. September 1972 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien kaufen und verkaufen einander Ferro-Chrom. Gegenstand der Klage ist ein Abschluß über rund 20 t vom 7. Juli 1970 (im folgenden: Hauptgeschäft), den die Klägerin durch Telex vom selben Tage sowie nochmals durch Schreiben vom 8. Juli 1970 bestätigte. Der von der Klägerin in der Rechnung vom 18. September 1970 ursprünglich verlangte Preis von 68 207,12 DM wurde wegen falsch angesetzten Kilopreises noch im landgerichtlichen Verfahren auf 67 678,38 DM ermäßigt.

Gegenüber dieser Klageforderung (nebst Zinsen) hat die Beklagte in erster Linie vorgebracht, es handle sich um ein Fixgeschäft, von dem sie wegen nicht rechtzeitiger Belieferung zurückgetreten sei. Hilfsweise hat die Beklagte mit Zahlungsansprüchen aus einem schon am 25./26. Juni 1970 abgeschlossenen Verkauf über rund 50 t

(im folgenden: Gegengeschäft) aufgerechnet. Dabei ist sie der Darstellung der Klägerin entgegengetreten, das Gegengeschäft sei am 7. August 1970 einverständlich rückgängig gemacht worden.

Haupt- und Gegengeschäft sind unausgeführt geblieben, denn als die Parteien gegenseitig Lieferbereitschaft erklärten, war der Streit schon ausgebrochen, ob die beiden Geschäfte wirksam "annulliert" worden seien.

Das Landgericht hat den Aufrechnungseinwand der Beklagten durchgreifen lassen und deshalb die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat unter Hinweis auf das in den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin enthaltene Aufrechnungsverbot der Klage stattgegeben. Beide Vorinstanzen haben bezüglich des Hauptgeschäfts das Vorliegen eines Fixgeschäfts verneint.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Ein Fixgeschäft (§§ 361 BGB, 376 HGB) liegt nicht vor. Im Telex der Klägerin vom 7. Juli 1970 wird als Lieferzeit "etwa Mitte August 1970" angegeben. Das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 8. Juli 1970 verweist auf



die "umstehenden Verkaufs- und Lieferungsbedingungen, die einen wesentlichen Bestandteil dieser Bestätigung bilden", und nennt als Lieferzeit "Mitte August 1970". Gemäß V 4 dieser Bedingungen gelten Lieferfristen mangels besonderer Vereinbarung "stets als annähernd und unverbindlich". Weiter heißt es dort, der Käufer sei nicht berechtigt, wegen Überschreitung des Liefertermins vom Vertrage zurückzutreten.

Angesichts dieser klaren vertraglichen Regelung ist für die Annahme eines Fixgeschäftes kein Raum. Daß die Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin Vertragsinhalt für das Hauptgeschäft geworden sind, wird von der Revision nicht ernstlich bestritten. Andernfalls hätte nämlich die Beklagte, die mit der Klägerin schon vorher Abschlüsse getätigt hatte, dem Bestätigungsschreiben vom 8. Juli 1970 und der dort erklärten Anwendbarkeit der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin alsbald widersprechen müssen, was nicht geschehen ist. Ob die Beklagte wegen Verzugs der Klägerin nach § 326 BGB vom Hauptgeschäft hätte zurücktreten können oder ob ihr auch dies Recht durch V 4 der Bedingungen genommen war, kann dahinstehen, weil die Beklagte unstreitig nicht nach § 326 BGB vorgegangen ist. Der von ihr erklärte Rücktritt vom Hauptgeschäft ist somit unwirksam.

II. Entsprechendes gilt für die Aufrechnung der Beklagten mit Zahlungsansprüchen aus dem Gegengeschäft. Gemäß VIII 1 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin, die auch insoweit Vertragsinhalt des

Hauptgeschäfts wurden, waren Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte der Beklagten als Käuferin ausgeschlossen. Ein Ausnahmetatbestand, der den von der Klägerin erhobenen Einwand des vertraglichen Aufrechnungsverbotens als Verstoß wider Treu und Glauben erscheinen ließe, liegt nicht vor. Insbesondere hat die Beklagte nicht behauptet, daß bei Versagung der Aufrechnung die Erfüllung ihrer Ansprüche aus dem Gegengeschäft irgendwie gefährdet sei.

III. Eine Widerklage bezüglich der Zahlungsansprüche aus dem Gegengeschäft wurde von der Beklagten im landgerichtlichen Verfahren (Schriftsatz vom 24. Mai 1971, S. 3) zwar angekündigt, in der Folgezeit aber nicht erhoben. Der Anschlußberufung der Beklagten gegen das klageabweisende - mithin in seinem Tenor für die Beklagte günstige - landgerichtliche Urteil kam nur die Bedeutung zu, weiterhin zur gerichtlichen Prüfung zu stellen, daß die Klageforderung nicht erst durch Aufrechnung und damit durch Verbrauch der Gegenforderung, sondern bereits vorher durch wirksamen Rücktritt der Beklagten erloschen sei. Die Anschlußberufung der Beklagten läßt nicht erkennen, daß sie - wie sie es erst im nachträglich eingereichten, nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 4. September 1972 darzustellen sucht - mit der Anschlußberufung eine klageweise Geltendmachung der Ansprüche aus dem Gegengeschäft beabsichtigt hätte. Solche Annahme verbietet sich schon deshalb, weil unstreitig erst das Berufungsgericht in der mündlichen Verhandlung von sich aus die Parteien auf das in den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin enthaltene Auf-

rechnungsverbot hinwies, ohne daß die Beklagte diesen Hinweis damals zum Anlaß genommen hätte, durch entsprechende neue Anträge umgehend klarzustellen, daß ihre Anschlußberufung über die ursprünglich enge Zielsetzung (Erhaltung des Einwands des Fixgeschäfts als Prozeßstoff des Berufungsverfahrens) hinausgehend nunmehr auch darauf gerichtet sei, Zahlungsansprüche aus dem Gegengeschäft im Wege der Widerklage geltend zu machen.

IV. Nach allem war die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Die Beklagte hat gemäß § 97 ZPO die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann