

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 223/64

URTEIL

Verkündet am

15. Februar 1967

Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Jean F. [REDACTED] Kommanditgesellschaft, Bauunternehmung, vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Gerd K. [REDACTED], in D. [REDACTED], F. [REDACTED]-G. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Anschlußrevisionsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den unter der Firma B. [REDACTED] M. [REDACTED] handelnden Kaufmann Heinrich M. [REDACTED] in G. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Anschlußrevisionskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Mormann und Braxmaier für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Juli 1964 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Beklagte 2/3 und der Kläger 1/3.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger handelt mit Bausteinen. Im Juni 1960 bestellte die Beklagte, die in Düsseldorf 4 Wohnhäuser errichtete, bei dem Kläger 45 000 Verblendsteine aus holländischer Herstellung zur Lieferung auf Abruf an die Baustelle. Der Kläger bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 23. Juni 1960 unter Zugrundelegung der auf der Rückseite des Schreibens abgedruckten Geschäfts- und Lieferbedingungen. Das Schreiben enthält den Vermerk: Die Zahlung erbitten wir sofort nach Rechnungs- und Wareneingang.

Auf Abruf der Beklagten lieferte der Kläger am 23. August 1960 14 000 Steine an die Baustelle und ließ am folgenden Tage ohne Abruf einen weiteren Lastzug mit 10 000 Steinen dorthin bringen. Für die erste Teillieferung verlangte der Kläger den vereinbarten Preis von 2 184 DM gemäß Rechnung, die bei der Beklagten am 26. August 1960 einging. Die Rechnung für die Lieferung vom 24. August ging bei ihr am 30. August 1960 ein. In ihr hatte der Kläger irrtümlich 1 000 Steine zu viel berechnet. Dieser Irrtum wurde später mit Schreiben vom 3. Oktober 1960 berichtigt.

Am 30. September 1960 rief die Beklagte die Lieferung weiterer Steine ab und mahnte anschließend mehrfach an die Lieferung. Die Klägerin will sie von der Bezahlung der am 23. und 24. August 1960 gelieferten Steine abhängig gemacht haben. Nach Darstellung der Beklagten soll sie jedoch erstmals in einem Telefongespräch am 25. Oktober 1960, in dem wiederum um weitere Lieferungen gebeten worden war, darauf hingewiesen worden sein, daß die ersten beiden Lieferungen noch nicht bezahlt waren. Bereits vor diesem Telefongespräch lieferte der Kläger an die Beklagte am 21. Oktober 1960 4 000 Steine. Am 26. Oktober 1960 erhielt er von der Beklagten einen Scheck über die Rechnungsbeträge für die Lieferungen vom 23. und 24. August 1960. Er sagte darauf mit Telegramm vom 27. Oktober 1960 der Beklagten weitere Belieferung zu. Die restlichen Steine lieferte er am 8., 11. und 21. November 1960.

Gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Bezahlung der Lieferungen ab 21. Oktober 1960 in Höhe von insgesamt 3 276 DM machte die Beklagte geltend, daß der Kläger in



Lieferverzug gekommen sei und deshalb den ihr hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 6. April 1961 rechnete die Beklagte gegen die an sich unstreitigen Rechnungsbeträge mit einer höheren Schadensersatzforderung auf und begründete sie damit, sie habe infolge verspäteter Lieferungen die Baustelleneinrichtung über die vorgesehene Zeit hinaus auf der Baustelle belassen müssen, auch seien durch den Verzug des Klägers höhere Personalkosten bei ihr entstanden. Mit der Klage verlangte die Klägerin Zahlung des Betrages von 3 276 DM nebst Zinsen. Die Beklagte verlangte demgegenüber im Wege der Aufrechnung Schadensersatz wegen Lieferverzuges des Klägers. Dieser bestritt den Schadensersatzanspruch dem Grunde und der Höhe nach.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung der Klagesumme nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Januar 1961.

Auf die Berufung der Beklagten ermäßigte das Oberlandesgericht die Verurteilung auf den Betrag von 2 141,13 IM nebst 5 % Zinsen für die Zeit vom 1. Januar bis 21. Juni 1961 und 8 % Zinsen seit dem 22. Juni 1961. Im übrigen wies es die Klage ab, weil insoweit die Aufrechnungsforderung begründet sei. Die Revision ist zugelassen.

Die Beklagte erstrebt mit der Revision die volle Abweisung der Klage, während der Kläger mit der Anschlußrevision den abgewiesenen Teilbetrag weiterverfolgt. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite.

Entscheidungsgründe:

I. Der Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen verspäteter Lieferung der am 30. September 1960 abgerufenen Restmenge von 21 000 holländischen Verblendsteinen hängt davon ab, ob und wann der Kläger mit der Lieferung in Verzug geraten ist. Das Berufungsgericht nimmt an, er sei erst mit der Lieferung der restlichen 17 000 Steine in Verzug gekommen, und zwar am 28. Oktober 1960. An diesem Tage ist der Scheck zwecks Bezahlung der ersten beiden Lieferungen auf dem Konto der Beklagten belastet worden. Die Beklagte habe, so führt das Berufungsgericht aus, den Kläger zwar bereits am 4. Oktober 1960 an die Lieferung der Steine gemahnt. Hierdurch sei er jedoch deshalb nicht in Verzug gekommen, weil die Beklagte die Lieferungen vom 23. und 24. August 1960 damals noch nicht bezahlt hatte und der Kläger deshalb berechtigt gewesen sei, weitere Lieferungen aufzuschieben. Dieses Recht habe ihm nach seinen Lieferbedingungen zugestanden. Denn danach sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Ware nach Erhalt der Rechnungen zu bezahlen, und der Kläger berechtigt, bei Zielüberschreitung weitere Lieferung auf Gefahr des Käufers aufzuschieben oder vom Liefervertrag zurückzutreten. Infolgedessen habe ihm gegenüber dem Anspruch der Beklagten auf Lieferung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zugestanden. Dieses Einrederecht habe dem Eintritt des Verzuges ohne Rücksicht darauf entgegengestanden, ob der Kläger aus diesem Grunde die abgerufene Restmenge zunächst nicht geliefert hat und ob das Einrederecht von ihm gegenüber den Mahnungen an weitere Belieferung damals geltend gemacht worden ist. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB sei jedoch spätestens am 28. Oktober 1960 in Wegfall gekommen.

Infolgedessen habe der Kläger von da ab der Beklagten den Schaden nach § 286 Abs. 1 BGB zu ersetzen, den sie dadurch erlitten hat, daß er die restlichen Steine nicht spätestens an diesem Tage geliefert hat.

Diese Beurteilung des Sachverhalts enthält keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten. Ob allerdings der Kläger bereits am 28. Oktober 1960 oder später in Verzug geraten ist, wird bei Prüfung der Anschlußrevision zu erörtern sein.

1. Es handelt sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem grundsätzlich Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen und auf den die Grundsätze von § 320 BGB auch insoweit anzuwenden sind, als die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der ersten oder der beiden ersten Lieferungen ihrem Anspruch auf weitere Belieferung gegenüberstand (vgl. RGZ 120, 193, 196). Es kommt daher darauf an, ob der Anspruch des Klägers auf Zahlung für die Lieferung vom 23. August 1960 oder auch für die folgende Lieferung fällig war, bevor die Beklagte am 30. September 1960 weitere Mengen abgerufen hatte. Ist das der Fall, so stand dem Anspruch der Beklagten auf Lieferung weiterer Steine, solange sie selbst die ihr obliegenden Leistungen nicht erbracht hatte, gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht hindert bereits durch sein bloßes objektives Bestehen den Eintritt des Schuldnerverzuges. Einer Geltendmachung des Rechts bedarf es dazu nach herrschender Auffassung nicht (Urt. des erkennenden Senats vom 13. März 1963 - VIII ZR 212/61 - LM BGB § 284 Nr. 9, WM 1963, 476, NJW 1963, 1149, MDR 1963, 494; vgl. BGH Urt. v. 26. Oktober 1965 - V ZR 87/63 - LM BGB § 320 Nr. 9, Warn 1965, 445, WM 1966, 126, NJW 1966, 200, MDR 1966, 133, JZ 1966, 69). Die objektive Lieferungsverpflichtung

bildet hiernach unter allen Umständen die Voraussetzung des Lieferverzuges. Deshalb kann Verzug schon durch das Bestehen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgeschlossen werden. Hierfür ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte mit der Bezahlung der erhaltenen Lieferungen in Verzug gesetzt worden war. Deshalb kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Beklagte bereits durch Übersendung der Rechnung für die erste Lieferung, die sie abgerufen hatte, an Zahlung gemahnt und hierdurch in Verzug gesetzt worden ist.

Wie noch auszuführen sein wird, hätte sie jedoch diese erste Rechnung in Höhe von 2 184 DM nach Empfang bezahlen müssen. Die Bezahlung der zweiten Rechnung hätte spätestens vorgenommen werden müssen, nachdem sie die Steine verbraucht hatte und, wie sich aus ihrem Abruf vom 30. September 1960 ergibt, wieder Bedarf an weiteren Steinen hatte. Der Eintritt des Verzuges mit der Bezahlung dieser zweiten Rechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Klägerin in ihr irrtümlich 1 000 Steine zuviel berechnet hatte. Denn dieser Irrtum war für die Beklagte ohne weiteres erkennbar und ist überdies mit Schreiben vom 3. Oktober 1960, das bei der Beklagten am 5. Oktober 1960 eingegangen ist, berichtigt worden.

2. Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe Vorbringen übersehen oder jedenfalls nicht genügend beachtet, wonach die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, die erhaltene Ware alsbald nach Empfang der Rechnung zu bezahlen. Sie bezieht sich hierfür auf Vorbringen der Beklagten, daß sie zwei Lieferungen im Jahre 1959 auch erst mehrere Wochen nach Erteilung der Rechnung bezahlt habe und es außerdem üblich gewesen sei, Baustofflieferungen unter Inanspruchnahme eines Zahlungszieles von

60 bis 90 Tagen zu regulieren. In diesem Zusammenhang hatte die Beklagte ferner geltend gemacht, der Kläger habe zwar den Satz der vordruckten Geschäfts- und Lieferbedingungen: Rechnungen sind innerhalb 14 Tagen nach Erhalt der Ware ohne jeden Abzug zahlbar durch Streichung der Worte "innerhalb 14 Tagen" geändert, diese Änderung jedoch nur zugunsten der Beklagten vorgenommen, um ihr einen weiteren Spielraum für die Bezahlung der Ware einzuräumen. Deshalb sei die Forderung noch nicht fällig gewesen, als sie, die Beklagte, die restlichen Steine am 30. September 1960 abgerufen habe und später wiederholt an Belieferung mahnte. Die Rüge der Revision greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler für entscheidend erachtet, daß das Verlangen des Klägers auf Bezahlung der Rechnung nach Erhalt der Ware mit dem eindeutigen Wortlaut der abgeänderten Zahlungsbestimmung übereinstimme und der Kläger dementsprechend in der Rechnung auch noch ausdrücklich um Zahlung gebeten hatte. Darin liegt umso weniger ein Rechenfehler, als auch das Bestätigungsschreiben des Klägers noch den ausdrücklichen Vermerk enthält, er erwarte Zahlung nach Erhalt der Rechnung. Angesichts dieses Vertragsinhaltes, den das Berufungsgericht festgestellt hat, kommt es nicht darauf an, ob es damals üblich war, bei Baustofflieferungen dem Käufer ein Zahlungsziel einzuräumen. Es ist für die Auslegung des Vertrages auch ohne Bedeutung, ob der Kläger der Beklagten bei früheren Lieferungen im Jahre 1959 hinsichtlich der Bezahlung der Rechnungen ein größeres Entgegenkommen bewiesen hat. Das Berufungsgericht brauchte aus diesen Umständen keine Schlüsse zugunsten der Beklagten zu ziehen.

Die Revision rügt auch ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht den Bauführer Anton S. [REDACTED] nicht als Zeugen darüber vernommen hat, ob der Kläger mit der Streichung in

der Zahlungsbestimmung der abgedruckten Lieferbedingungen der Beklagten einen Spielraum für die Bezahlung der gelieferten Ware einräumen wollte. Abgesehen davon, daß das von der Beklagten durch Benennung dieses Zeugen unter Beweis gestellte Vorbringen nicht erkonnen läßt, durch welche Tatsachen der von dem Kläger durch die Urkunden geführte Beweis hinsichtlich der Zahlungsweise entkräftet werden könnte, und die Beklagte dem Bestätigungsschreiben des Klägers nicht widersprochen hat, scheitert die Rüge jedenfalls daran, daß die Beklagte auf die Beweisangebote nicht mehr zurückgekommen ist, obwohl S. [REDACTED] im Berufungsverfahren am 21. November 1963 erneut als Zeuge in dieser Sache, wenn auch über die Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, vernommen worden ist.

3. Hiernach ist die Feststellung gerechtfertigt, daß die Beklagte mindestens mit der Bezahlung der ersten Lieferung im Verzug war, als sie am 30. September 1960 die Restmenge beim Kläger abrief. Durch diesen Abruf konnte der Kläger nicht wirksam in Verzug gesetzt werden. Das gilt auch für die weiteren Mahnungen im Oktober 1960, die das Berufungsgericht unterstellt hat.

4. Auch die weiteren Ausführungen der Revision enthalten keine schlüssige Begründung dafür, daß der Kläger bereits vor Bezahlung der Rechnungen für die Lieferungen vom 23. und 24. August in Verzug gekommen sei. Deshalb ist abschließend festzustellen, daß die Beklagte einen früheren Lieferungsverzug des Klägers nicht dargetan hat. Es fehlt auch an einer Feststellung dafür, daß er der Beklagten schon vor der Bezahlung dieser beiden Rechnungen aufgrund von Mahnungen der Beklagten die weitere Belieferung zugesagt habe. Insoweit hat die Revision keine Rüge erhoben.

II. Der Kläger wendet sich mit der Anschlußrevision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, er sei mit der Lieferung der am 28. Oktober 1960 noch ausstehenden restlichen 17 000 Steine in Verzug gekommen.

1. Die Fälligkeit der Rechnung für die Lieferung vom 21. Oktober 1960 in Höhe von 624 DM könnte dem Eintritt des Verzuges des Klägers nur dann entgegenstehen, wenn er sich auch insoweit auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen könnte (vgl. RGZ 93, 300). Dieses Recht steht ihm jedoch deshalb nicht zu, weil er sich insoweit mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen würde. Er selbst hat in den Vorinstanzen vorgetragen, daß er die Weiterbelieferung nur von der Bezahlung der Lieferungen vom 23. und 24. August 1960 abhängig gemacht habe. Außerdem hat er eine weitere Belieferung durch Telegramm vom 27. Oktober 1960 der Beklagten in Aussicht gestellt, als er den Schock für die ersten beiden Lieferungen erhalten hatte. Unter diesen Umständen verstößt es gegen Trou und Glauben, wenn er sich darauf beruft, daß die Lieferung vom 21. Oktober 1960 nicht unverzüglich bezahlt worden ist. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob ihm die Berufung auf die Einrede nach § 320 BGB insoweit auch deshalb zu versagen wäre, weil es sich um einen verhältnismäßig geringen Betrag handelt, den die Beklagte dem Kläger für diese Lieferung schuldete.

2. Die Anschlußrevision rügt auch vergeblich, daß der Kläger nicht in Verzug gesetzt worden sei. Denn die Beklagte hat durch die Bezahlung der ersten beiden Lieferungen schlüssig zum Ausdruck gebracht, daß die Restmenge nunmehr geliefert werden solle, die sie schon vorher abgerufen hatte. Der Kläger ist also spätestens durch schlüssiges Verhalten in Verzug gesetzt worden.

3. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß er sich nach den allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen die Liefermöglichkeit vorbehalten habe. Das Berufungsgericht versagt ihm die Geltendmachung dieses Einwandes deshalb, weil die Parteien ausdrücklich Lieferung der Steine auf Ab- ruf vereinbart haben. Diese Beurteilung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Ihr steht nicht entgegen, daß der Kläger die Beklagte nach seiner Darstellung zu einem früheren Zeitpunkt darauf hingewiesen hatte, sie möge alle Steine schon früher abnehmen, weil im Spätsommer und Herbst mit Lieferschwierig- keiten zu rechnen sei. Das Berufungsgericht brauchte des- halb auch keinen Beweis darüber zu erheben, ob solche Lie- ferschwierigkeiten durch die Überbeanspruchung der hollän- dischen Ziegeleien oder die Jahreszeit damals eingetreten sind.

4. Der Lieferverzug des Klägers ist bereits am 28. Ok- tober eingetreten. Denn er hat den Scheck am 26. Oktober erhalten und ihn anstelle einer Barzahlung behalten (vgl. BGHZ 44, 178, 180 ff). Er hätte daher bereits am 28. Ok- tober liefern müssen.

III. Zur Höhe des Schadensersatzanspruches rügt die Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe von den geltend gemachten Aufwendungen "für Löhne, Versicherungs- beiträge und ähnliches" nur einen Betrag von 468,71 DM für berechtigt anerkannt, hierbei jedoch zu Unrecht einen Zuschlag von 97,7 % für allgemeine Geschäftsunkosten außer Ansatz gelassen.

Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts hat der Kläger den Schaden zu ersetzen, der der Beklagten durch spätere Fertigstellung des Baues um 11 Tage entstanden ist. Dabei hat das Berufungsgericht die allgemeinen Ge-

schäftsunkosten der Beklagten deshalb außer Betracht gelassen, weil diese Kosten ohnehin entstanden wären und die Beklagte nicht dargetan habe, wieso sie sich infolge der Verzögerung der Bauausführung um 11 Tage erhöht haben sollen. Das hält die Revision deshalb nicht für richtig, weil die Beklagte unter Beweis gestellt habe, daß die von ihr berechneten allgemeinen Unkosten innerhalb des Baugewerbes in der genannten Höhe üblicherweise entstünden und ferner, daß sie auch in der genannten Höhe entstanden seien. Auf die hierfür vorgetragenen Beweisangebote kommt es jedoch nicht an. Denn die bloße Tatsache, die unterstellt werden kann, daß im Baugewerbe die allgemeinen Unkosten in einem bestimmten Verhältnis zu dem Lohnaufwand stehen, liefert noch keinen schlüssigen Beweis dafür, daß hier der Beklagten auch ein entsprechender Schaden entstanden sei. Es ist daher kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht die Beweise nicht erhob. Im Rahmen der Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO, die es vorgenommen hat, durfte es zu der getroffenen Feststellung gelangen.

IV. Demnach sind die Revision und die Anschlußrevision als unbegründet zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Mormann

Braxmaier