

3

Haben die Parteien eines Kaufvertrages für den Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache Nachbesserung oder Nachlieferung ausdrücklich vereinbart, so kann der Käufer, wenn Nachbesserung oder Nachlieferung verzögert werden, den Vertrag weder durch Rücktritt noch durch Wandelung rückgängig machen, ohne daß die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB durch Fristsetzung und Ablehnungsandrohung geschaffen worden sind oder der Tatbestand des § 326 Abs. 2 BGB vorliegt.

"

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII_ZR_225/68

URTEIL

Verkündet am

10. Juni 1970

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma I [REDACTED] AG, vertreten durch ihren
Vorstand, Herrn M [REDACTED], CH [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED] - V e r l a g s - G m b H ,
vertreten durch ihren Geschäftsführer, Herrn R [REDACTED],
H [REDACTED], H [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 18. Juni 1968 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schloß mit der Beklagten, einer schweizerischen Firma, am 5. November 1963 einen schriftlichen Vertrag über die Lieferung sogenannter Babybücher in Kassetten, der auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

- "1. Für die Dauer von 18 Monaten, beginnend mit dem ersten Abruf der am 11.10.1963 aufgegebenen 5 000 Stück L[REDACTED]-Baby-Kassetten, spätestens Zeitpunkt jedoch 15.2.1964 erhält (die Beklagte) die Exklusivrechte dieses Artikels für den deutschsprachigen Raum der Schweiz.



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



4. Fremde Abrufe d.h. Kassettenbestellungen unserer Kunden werden stückzahlmäßig und rechnungsmäßig (der Beklagten) aufgegeben bzw. gutgeschrieben."

Für 1 000 abgerufene und gelieferte Kassetten erteilte die Klägerin eine Rechnung über 8 460 DM. Die Beklagte beanstandete, daß die Klägerin ihr die Bücher in (alten) roten Kassetten statt in den bestellten (neuen) blauen Kassetten geliefert hatte. Die Beklagte erhielt deshalb von der Klägerin unberechnet 250 leere blaue Kassetten. Sie hat weitere Babybücher nicht mehr abgerufen. Die Klägerin hat die für die erste Lieferung noch fehlenden 750 leeren blauen Kassetten zunächst nicht nachgeliefert. Sie hat die Beklagte in einem Vorprozeß u.a. auf Zahlung von 8 460 DM für gelieferte 1 000 Babybuch-Kassetten verklagt, nach Bezahlung von 250 Kassetten in Höhe von 2 160 DM ihre Klage aber entsprechend ermäßigt. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Hamburg vom 26. Januar 1966 ist diese Klage abgewiesen worden.

Mit Rücksicht auf ihre in diesem Urteil angenommene Vorleistungspflicht hat die Klägerin mit Rechtsanwaltsschreiben vom 7. und 18. März 1966 der Beklagten die Lieferung von weiteren 750 leeren blauen Kassetten angeboten. Die Beklagte hat sich in einem Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 30. März 1966 auf den Standpunkt gestellt, die Klägerin könne die Abnahme von 750 leeren blauen Kassetten und Bezahlung von 750 kompletten Kassetten angesichts des rechtskräftigen Urteils vom 26. Januar 1966 nicht verlangen. Im übrigen sei der auf 18 Monate befristete

Vertrag durch Zeitablauf erledigt. Außerdem hat die Beklagte geltend gemacht, sie habe erfolglos während der Vertragszeit Nachlieferung der blauen Ersatzkassetten angemahnt. Erstmals mit Schreiben vom 7. März 1966 sei indessen die Lieferung angeboten worden. In der Zwischenzeit habe sie, die Beklagte, das Babybuchgeschäft aber eingestellt. Nachdem die Klägerin durch ihr Verhalten den Vertragszweck gefährdet habe, könne der Beklagten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden. Die Ansprüche der Klägerin seien daher abzulehnen.

Die Klägerin übersandte daraufhin 750 leere blaue Kassetten. Die Beklagte ließ die Sendung zurückgehen. Am 14. Juli 1966 schrieb die Klägerin durch ihren Rechtsanwalt:

"Meine Mandantin hat in der Zwischenzeit ihrer Auftraggeberin 750 Stück leere blaue Kassetten der vereinbarten Art in die Schweiz übersandt und dort ausliefern wollen. Ihre Auftraggeberin hat die Annahme der Sendung jedoch verweigert. Damit befindet sich Ihre Auftraggeberin in soweit eindeutig im Annahmeverzuge.

Ich habe Ihre Auftraggeberin daher bei Klagvermeidung aufzufordern, den Gegenwert für 750 Kassetten nebst Inhalt spätestens bis zum

20. Juli 1966

auf eines der o.a. Konten zu überweisen.

Wegen der restlichen in meinem Schreiben vom 18.3.1966 genannten 3 336 Kassetten nebst Inhalt lehnen Sie mit Ihrem Schreiben vom 30.3.1966 die Abnahme derselben ebenfalls ab. Damit befindet sich Ihre Auftraggeberin insoweit ebenfalls im Verzuge der Annahme.

Ich habe Ihre Auftraggeberin unter Hinweis auf § 326 Abs. 1 BGB letztmalig aufzufordern, bis zum 20.7.1966 ihre Annahmefähigkeit bezüglich der 3 336 Exemplare (Kassetten nebst Inhalt) sowie auch wegen der bereits verweigerten 750 vorgenannten leeren Kassetten zu erklären. Nach fruchtlosem Ablauf der vorgenannten Frist lehnt meine Mandantin ihrerseits Leistung ab und wird alsdann Schadensersatz gegen Ihre Auftraggeberin geltend machen."

Die Beklagte beharrte auf ihrem Standpunkt.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die Bezahlung von 750 kompletten Babybuch-Kassetten im Gesamtbetrag von 6 480 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin hilfsweise den verlangten Betrag auch mit einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründet. Das Oberlandesgericht hat der Kaufpreisklage mit einer Einschränkung im Zinsanspruch stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision strebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils an. Die Klägerin hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat nach deutschem Recht entschieden. Das entspricht der Auffassung beider Parteien, die schon im Vorprozeß zu erkennen gegeben haben, daß sie ihre Rechtsbeziehungen der deutschen Rechtsordnung unterwerfen.

II.

Der Klage steht die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 26. Januar 1966 nicht entgegen. Dieses Urteil hat zwar über denselben Anspruch entschieden, der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Die Gründe des Urteils ergeben indessen eindeutig, daß die Klage lediglich als zur Zeit unbegründet abgewiesen worden ist. Das Landgericht hatte angenommen, die Klägerin sei vorleistungspflichtig; vor Lieferung von 750 leeren blauen Kassetten brauche die Beklagte den Kaufpreis deshalb nicht zu bezahlen.

Die Klägerin macht geltend, nachdem die Beklagte inzwischen die Annahme der 750 leeren blauen Kassetten verweigert habe, könne sie nunmehr Zahlung verlangen.

An der Entscheidung über diesen - neuen - Sachverhalt sind die Gerichte durch die Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß nicht gehindert.

III.

Das Landgericht hatte die Klage im vorliegenden Rechtsstreit mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin sei mit ihrem Schreiben vom 14. Juli 1966 nach § 326 BGB vorgegangen. Sie habe deshalb keinen Kaufpreisanspruch mehr. Einen etwaigen Schadensersatzanspruch habe sie trotz entsprechender Belehrung nicht geltend gemacht.

Das Berufungsgericht hält die im zweiten Rechtszuge hilfsweise erhobene Schadensersatzklage, die sich auf § 326 BGB stützt, für eine nach § 264 ZPO zulässige Klageänderung, meint aber, hierauf komme es nicht an, weil die Klägerin ihren Erfüllungsanspruch nach § 326 BGB nicht verloren habe. Das Schreiben vom 14. Juli 1966 ergebe nämlich bei richtiger Auslegung, daß die Klägerin der Beklagten hinsichtlich des jetzt verlangten Kaufpreisanspruchs keine Frist gesetzt und nicht die Ablehnung der Leistung angedroht habe.

Diese Auslegung einer Individualerklärung ist, weil sie möglich ist, vom Senat hinzunehmen. Für sie spricht nicht nur der vom Berufungsgericht entscheidend herangezogene

Umstand, daß die Beklagte ausdrücklich unter Klagandrohung zur Zahlung aufgefordert worden ist, während die Fristsetzung und die Androhung der Ablehnung der Leistung der Beklagten sich auf die Abnahme von 750 leeren Kassetten und weiteren 3 336 kompletten Babybuch-Kassetten bezieht. Zur Stützung der Auffassung des Berufungsgerichts kann vielmehr überdies auf die vorangegangenen Schreiben der Klägerin vom 7. März und 18. März 1966 verwiesen werden, in denen die Berufung auf § 326 BGB nur in Verbindung mit dem Verlangen auf Abnahme weiterer 3 336 kompletten Kassetten verbunden worden ist. Es konnte daher, wie es das Berufungsgericht getan hat, letzten Endes dahingestellt bleiben, ob die Ankündigung im Schreiben vom 30. März 1966, die Klägerin lehne nach fruchtlosem Fristablauf "ihrerseits Leistung ab", nicht - rechtlich fehlerhaft - als eine Androhung der Verweigerung der eigenen Leistung der Klägerin verstanden werden muß.

IV.

Die Kaufpreisforderung der Klägerin ist auch nicht durch einen Rücktritt der Beklagten nach § 326 BGB erloschen.

Das Berufungsgericht meint, es habe insoweit schon an einem Verzug der Klägerin gefehlt. Die Beklagte habe die Klägerin nämlich nicht gemahnt, die fehlenden 750 blauen Kassetten zu liefern.

Ob das richtig ist, könnte zweifelhaft sein. Nachdem die Klägerin die Bücher nicht richtig, weil mit den falschen Kassetten, geliefert hatte und ihr das von der Beklagten mitgeteilt worden war, wäre auch die Auffassung vertretbar, daß sie vom Zeitpunkt dieser Kenntnis an im Verzug war (vgl. RG SeuffArch 60, 28). Jedoch kann das auf sich beruhen, weil die sonstigen Voraussetzungen des § 326 BGB nicht vorliegen. Unstreitig hat die Beklagte der Klägerin keine Frist zur Lieferung der 750 leeren blauen Kassetten gesetzt. Das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Rücktritt ohne Nachfristsetzung (§ 326 Abs. 2 BGB) hat das Berufungsgericht verneint. Es führt aus, die Beklagte habe nicht dartun können, daß ihr Interesse an der Nachlieferung infolge des Verzugs der Klägerin weggefallen sei. Sie habe nämlich schon vor dem 5. Oktober 1964, als sie um Lieferung von nur 200 bis 300 leerer blauer Kassetten bat, Schwierigkeiten mit dem Absatz der Babybücher gehabt. Noch am 22. Juli 1964 habe sie an die Klägerin geschrieben, sie habe 850 Kassetten unverkauft auf Lager. Aus diesem Schreiben ergebe sich auch, daß die Schwierigkeiten bei der Weiterveräußerung der Kassetten in der schweizerischen Marktsituation lagen. Die Beklagte habe deshalb auch versucht, sich aus dem Verträge zu lösen. Es sei davon auszugehen, daß die Beklagte noch nicht einmal jetzt die vollständig gelieferten 250 Kassetten abgesetzt habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte die Zeugen vernehmen müssen, die dafür benannt worden seien, daß die Beklagte wegen der Nichtbelieferung mit leeren blauen Kassetten das Interesse an der Erfüllung des Vertrages

verloren habe. Das Berufungsgericht hat diese Beweis-
aufnahme nach § 529 Abs. 2 ZPO abgelehnt. Die Revision
meint, die Zurückweisung des Beweisangebots als ver-
spätet sei deshalb unberechtigt, weil der Beweisantrag
bereits im ersten Rechtszuge gestellt worden sei. Das ist
nicht richtig. An der von der Revision in Bezug genommenen
Schriftsatzstelle war lediglich Beweis dafür angetreten,
daß die Beklagte den Verkauf von Babybüchern eingestellt
hatte. Das aber war unstreitig und bedurfte deshalb
keines Beweises. Der an sich erhebliche Beweisantrag,
daß die Beklagte wegen des Lieferverzugs der Klägerin
das Interesse an der Erfüllung des Vertrages verloren
hatte, ist dagegen erst in der letzten mündlichen Ver-
handlung gestellt worden. Das war verspätet (§ 529 Abs. 2
ZPO).

Da demnach die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit
des § 326 Abs. 2 BGB nicht festgestellt sind, kann in
dem Schreiben der Beklagten vom 30. März 1966 kein wirk-
samer Rücktritt vom Vertrage gesehen werden.

V.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte
das Verhalten der Beklagten als Wandelung würdigen müssen.
Diese sei berechtigt gewesen, weil die Klägerin fehler-
haft, nämlich die falschen Kassetten geliefert habe.

Ob in dem Schreiben der Beklagten vom 30. März 1966 eine Wandelung gesehen werden könnte, kann zweifelhaft sein, hier aber dahingestellt bleiben. Die Beklagte hat nämlich in ihrem Brief vom 1. Februar 1964 wegen der Lieferung der roten Kassetten Nachbesserung durch kostenlose Nachlieferung der blauen Kassetten verlangt. Darauf hat sich die Klägerin eingelassen und 250 leere blaue Kassetten geliefert, und die Beklagte ist im Schreiben vom 5. Oktober 1964 noch einmal ausdrücklich auf diese Nachlieferungsverpflichtung zurückgekommen. Mit der Vereinbarung der Nachlieferung ist aber in entsprechender Anwendung des § 465 BGB die Gewährleistung vollzogen. Bei dieser Sachlage konnte die Beklagte nicht ohne weiteres auf den Wandlungsanspruch zurückgreifen. Dahingestellt bleiben kann, ob mit dem Reichsgericht (SeuffArch 84, 107) und dem Oberlandesgericht Celle (NdsRpF 1963, 183) bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit der Nachlieferung überhaupt nur die Anwendung des § 326 BGB in Betracht kommt. In jedem Falle kann, wenn die Nachbesserung ausdrücklich vereinbart ist, der Käufer den Vertrag, sei es durch Rücktritt, sei es durch Wandelung nicht rückgängig machen, ohne daß die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 durch Fristsetzung und Ablehnungsandrohung geschaffen worden sind oder daß der Tatbestand des § 326 Abs. 2 BGB vorliegt. Beides ist, wie die Ausführungen unter Nr. IV ergeben, hier nicht der Fall. Es braucht deshalb auch nicht abschließend beurteilt zu werden, ob die Lieferung roter statt blauer Kassetten einen Sachmangel im Sinne des § 459 BGB darstellte.

VI.

Gegen die Höhe des zuerkannten Anspruchs macht die Revision nur geltend, das Berufungsgericht hätte den Preis der 664 von der Klägerin unmittelbar an schweizerische Kunden gelieferten Babybuch-Kassetten, die nach dem Vertrag der Beklagten gutzuschreiben seien, von der Klagforderung abziehen müssen. Das Berufungsgericht hat das mit durchgreifender Begründung abgelehnt. Es hat ausgeführt, die Beklagte habe sich zur Abnahme von 5 000 Kassetten verpflichtet. Deshalb komme eine Anrechnung nur auf die nicht abgenommenen 4 000 Kassetten in Betracht, während die Verpflichtung zur Bezahlung der gelieferten 1 000 Kassetten hiervon unberührt bleibe. Rechtsfehler, die dieser Begründung anhaften könnten, hat die Revision nicht aufgezeigt.

VII.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Klägerin hinsichtlich der Verpflichtung, 750 leere blaue Kassetten zu liefern, vorleistungspflichtig war. Diesen ihr günstigen Standpunkt teilt auch die Revision.

Wäre die Vorleistungspflicht bestehen geblieben, so hätte die Beklagte trotz ihres Annahmeverzuges nur zur Zahlung "nach Empfang der Gegenleistung" verurteilt werden dürfen (§ 322 Abs. 2 BGB). Das Berufungsgericht

nimmt indessen an, die Klägerin sei, nachdem die Beklagte nach Abschluß des Vorprozesses wiederholt erklärt habe, die ihr obliegende Leistung nicht erbringen zu wollen, nicht mehr vorleistungspflichtig gewesen.

Auch das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die vereinbarte Vorleistung kann nur beanspruchen, wer selbst leistungsfähig und (oder) leistungsbereit ist. Erklärt der Gläubiger endgültig und bestimmt, daß er die ihm obliegende Leistung nicht erbringen werde, so erlischt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Vorleistungspflicht, weil dem Leistungspflichtigen nicht zugemutet werden kann, die ihm obliegende Leistung zunächst zu erbringen, um sie dann wieder zurückzufordern oder Schadensersatz für sie verlangen zu müssen (RG SeuffArch 81, 25). § 322 Abs. 2 BGB ist danach vom Berufungsgericht mit Recht nicht angewendet worden.

Aber auch eine Beschränkung der Verurteilung der Beklagten nach §§ 320, 322 Abs. 1 BGB zur Zahlung lediglich Zug um Zug kommt nicht in Betracht. Die Beklagte hat nicht etwa die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben. Sie ist vielmehr der Meinung, der Vertrag sei aufgelöst und sie habe deshalb in keinem Falle mehr etwas zu leisten. § 320 BGB findet aber dann keine Anwendung, wenn der Beklagte seine Leistung endgültig - und nicht etwa nur einredeweise - verweigert. Auch hier gilt, daß, wer selbst nicht erfüllungsbereit ist, vom Gegner nicht Erfüllung fordern kann (Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 320 Nr. 10).

VIII.

Die Revision war danach mit der Kostenentscheidung
aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Golhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier