

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 246/92

Verkündet am:
16. März 1994
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

B- und Z- Gustav S- & B-,
Inhaber Dr. Peter E-, Dr. O-N-Gasse -,
A-

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

B- D- GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer Dr. Peter K-, An der A-, G-,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. - und
-

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1994 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Groß und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Oktober 1992 teilweise geändert und insgesamt neu gefaßt.

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil der VIII. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld vom 18. Oktober 1991 teilweise geändert und der Beklagte verurteilt, an die Klägerin 41.453,83 DM nebst Zinsen aus 10.024,89 DM in Höhe von 9,25 % vom 5. Januar bis zum 7. Februar 1990 und aus 41.453,83 DM in Höhe von 9,25 % vom 8. bis 22. Februar 1990, von 9,50 % vom 23. Februar bis 8. November 1990, von 9,75 % vom 9. November 1990 bis 10. Februar 1991, von 10,25 % vom 11. Februar bis zum 28. August 1991, von 11 % vom 29. August bis zum 29. Dezember 1991 und von 11,5 % ab dem 30. Dezember 1991 zu zahlen.

Von den Kosten der ersten beiden Rechtszüge tragen die Klägerin 6/7 und der Beklagte 1/7, von denen des Revisionsrechtszuges die Klägerin 22/25 und der Beklagte 3/25. Die Klägerin hat darüber hinaus die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts München I entstandenen Mehrkosten zu tragen.

Von Rechts wegen

16

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin hat aus abgetretenem Recht den Betrag von 281.520,19 DM verlangt, der sich aus der Abrechnung eines Verlagsauslieferungsverhältnisses zwischen der Zedentin, dem D-Verlag GmbH (künftig: D.-Verlag), und dem Beklagten, einem B- und Z-Verlag in W, ergibt. Mit schriftlichem Auslieferungsvertrag vom Februar 1978 hatte der D.-Verlag dem Beklagten die Auslieferung seiner Produktion in Österreich übertragen. Die Auslieferung erfolgte in fester Rechnung gegen Einräumung eines Zahlungszieles von 90 Tagen (§ 3). In § 6 des Vertrages heißt es:

"Stellt der Verlag die Produktion einzelner Bücher ein, teilt er dies der Auslieferung umgehend mit. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Verlag sich für die Verramschung eines oder mehrerer Bücher entschließen sollte. Sollte über den verbilligten Abverkauf in Österreich keine beiderseitig zufriedenstellende Lösung gefunden werden, nimmt der Verlag die Bücher zu dem ursprünglich fakturierten Preis zurück. Die Rücksendungen erfolgen frei M."

1983 übernahm der Beklagte auch die Auslieferung von Produkten des Verlages "Das p G GmbH" (künftig: G.-Verlag). Ein schriftlicher Vertrag wurde insoweit nicht abgeschlossen. Beide Verlage standen unter derselben Leitung und firmierten unter derselben Geschäftsadresse. 1986 übertrugen die Verlage die Rechnungserstellung und den Forderungseinzug der "VVA-V V GmbH", deren Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist. Die Verlage verpflichteten sich, ihre Forderungen aus

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](#)

Warenlieferungen "im Entstehen" an die VVA abzutreten (§ 3 des "Dienstleistungsvertrages" vom 8. Juni 1986).

1988 kam es bei dem Beklagten zu Absatzschwierigkeiten und einem "Überlager" von Horoskopbüchern des G.-Verlages. Da der Beklagte dessen Forderungen bereits beglichen hatte, sagte ihm die namens beider Verlage handelnde Geschäftsführerin Backes zu, Forderungen des D.-Verlages in Höhe von 102.388,52 DM "bis Februar 1989 auszusetzen". Am 30. März 1989 wurde diese Regelung zunächst bis 30. Juni 1989 "erneuert". Mit Telefax vom 14. Juni 1989 des G.-Verlages teilte die Zeugin B. dem Beklagten mit:

"...

- Die bei D. laut Schreiben vom 30.03.89 ausgesetzten DM 102.388,52 werden zur Zahlung am 30.06.89 fällig.

Dafür wird ein Betrag in Höhe von DM 150.855,-- an D.-Forderungen für Sie zur Zahlung bis Ende August 1989 ausgesetzt. Nachdem Sie Ihren VK ja bereits zum 01.07.89 von öS 115,40 auf öS 76,40 reduzieren, dürfte bis dahin das Aktionsergebnis weitgehend vorliegen, so daß eine Endabrechnung erfolgen kann.

..."

Ende August 1989 fragte der Beklagte an, ob die 150.855 DM weiterhin kreditiert würden oder der Bestand zurückgegeben werden solle, weil die Sonderaktion nicht den gewünschten Erfolg gehabt habe. Mit Schreiben vom 27. September 1989 forderte er die - zwischenzeitlich veränderte - Verlagsleitung unter Hinweis auf das in § 6 des schriftlichen Auslieferungsvertrages mit dem D.-Verlag enthaltene

Remissionsrecht auf, ihm den vorhandenen Bestand einschließlich der an Buchhändler ausgegebenen Freiemplare im Werte von insgesamt 240.066,36 DM gutzuschreiben. Der G.-Verlag lehnte eine Remission ab und wies mit Schreiben vom 14. Dezember 1989 darauf hin, daß die VVA angewiesen sei, die Annahme von Horoskopbuch-Remissionen zu verweigern, falls der Beklagte gleichwohl eine Rückführungsmaßnahme durchführen werde. Am 14. Februar 1990 entzogen die Verlage dem Beklagten das Auslieferungsrecht.

Gegenüber der Klagforderung hat sich der Beklagte auf einen Remissionsanspruch berufen und - in Höhe von 240.066,36 DM wegen des Bestandes an Horoskopbüchern, darüber hinaus wegen eines Restbestandes von Büchern des D.-Verlages - die Aufrechnung erklärt. Die Klägerin ist der Auffassung, dem Beklagten stehe ein Remissionsrecht nicht zu, jedenfalls seien dessen Voraussetzungen nicht gegeben; der Beklagte könne etwaige Remissionsansprüche gegenüber dem G.-Verlag nicht Forderungen des D.-Verlages entgegenhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten zur Zahlung von 205.519,06 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Revision des Beklagten hat der Senat angenommen, soweit er zur Zahlung von mehr als 41.453,38 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, und die Annahme im übrigen abgelehnt. Im Umfang der Teilannahme verfolgt der Beklagte sein Klagabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht hält es für erwiesen, daß die Auslieferungen des G.-Verlages auf der gleichen rechtlichen Grundlage erfolgt seien, wie diejenigen des D.-Verlages. Deshalb stehe dem Beklagten das in § 6 des schriftlichen Auslieferungsvertrages geregelte Remissionsrecht auch gegenüber dem G.-Verlag zu. Dessen Voraussetzungen seien hinsichtlich der Horoskopbücher gegeben, weil die Parteien keine Einigung über einen verbilligten Abverkauf in Österreich erzielt hätten. Eine solche sei vielmehr am Widerstand der neuen Verlagsleitung endgültig gescheitert. Seinen Remissionsanspruch könne der Beklagte auch den mit der Klage geltend gemachten Forderungen des D.-Verlages entgegenhalten. Aus seiner Sicht habe sich die Beziehung zu den Verlagen als einheitliches Vertragsverhältnis dargestellt. Beide Verlage hätten dieselbe Anschrift sowie dieselben Telefon- und Telexnummern gehabt und seien in Personalunion geleitet worden. Die mit der Zeugin B. geführten Verhandlungen seien andernfalls auch nicht sinnvoll gewesen, weil für die vereinbarte Verrechnung nur eine Forderung aus dem D.-Verlag gegen den Beklagten in Betracht gekommen sei, nachdem Forderungen des G.-Verlages nicht mehr bestanden hätten. Nach allem habe dem Beklagten nach der Sonderverkaufsaktion Ende August 1989 hinsichtlich der Horoskopbücher ein Remissionsrecht zugestanden.

2. Diesen - ihr günstigen - Ansatzpunkt des Berufungsgerichts nimmt die Revision ohne Beanstandungen hin. Rechtliche Bedenken dagegen bestehen nicht.

a) Daß die Auslieferungen des G.-Verlages zu den gleichen Bedingungen wie diejenigen des D.-Verlages erfolgen sollten und dem Beklagten gegenüber dem G.-Verlag ebenfalls ein Remissionsrecht zustand, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen M., dem das Berufungsgericht geglaubt hat. Nach seinen nicht zu beanstandenden Feststellungen ist dieses Remissionsrecht hinsichtlich der Horoskopbücher auch nicht durch besondere Vereinbarungen ausgeschlossen worden.

b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht sodann die Voraussetzungen des § 6 insoweit bejaht. Da vor Ende August 1989 - jedenfalls nach Auffassung der Klägerin - noch keine Ramschaktion, sondern nur ein verbilligter Abverkauf erfolgt war, geht das Berufungsgericht - stillschweigend - davon aus, daß der "verbilligte Abverkauf" als Voraussetzung einer Remission gemäß § 6 Satz 3 grundsätzlich genügt habe, soweit er - was unstreitig ist - zu keiner "befriedigenden Lösung" geführt habe. Diese Auslegung ist möglich und bindet das Revisionsgericht. § 6 Satz 3 des Auslieferungsvertrages ist jedenfalls nicht zwingend so zu verstehen, daß Voraussetzung einer Remission stets die vorherige Einstellung der Produktion oder eine "Ramschaktion" sein sollte, sondern kann unabhängig von § 6 Satz 1 und 2 auch dahin ausgelegt werden, daß bereits ein ergebnisloser "verbilligter Abverkauf" - sofern darunter überhaupt etwas anderes als eine Ramschaktion zu verstehen wäre - einen Remissionsanspruch auslösen soll. Dem steht nicht entgegen,

daß nach der Aussage des Zeugen M■■■■, der das Berufungsgericht folgt, nach Ablauf dieser Aktion erst noch entschieden werden sollte, ob die Bücher zurückgegeben oder "verramscht" werden sollten. Jedenfalls ist eine derartige - die Bestimmung des § 6 Satz 3 des Auslieferungsvertrages möglicherweise abändernde - Vereinbarung am Widerstand der neuen Geschäftsleitung beider Verlage gescheitert.

c) Soweit das Berufungsgericht unter Würdigung aller Umstände der geschäftlichen Beziehungen des Beklagten zu den Verlagen sowie der von der Zeugin B■■■■ namens beider Verlage geführten Gespräche und getroffenen Vereinbarungen zu der Auffassung gelangt, der Beklagte könne sein Remissionsrecht auch den Forderungen des D.-Verlages entgegenhalten, ist dies rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch die Revisionserwiderung zeigt insoweit keine Bedenken auf. Die Zeugin B■■■■ ist sowohl für den D.-Verlag wie für den G.-Verlag und teilweise zugleich für beide Verlage aufgetreten, ohne daß dabei seitens der Verlage eine strikte Unterscheidung bei der Vertragsabwicklung eingehalten wurde. So erfolgte die Aussetzung von Forderungen des D.-Verlages im Juni 1989 namens und unter dem Briefkopf des G.-Verlages, während andererseits die von der Klägerin zur näheren Substantiierung ihrer Klagforderung vorgelegte "Clearing-Liste" nicht nur Forderungen des D.-Verlages, sondern auch solche des G.-Verlages aufweist. Bei derart engen vertraglichen und geschäftlichen Beziehungen liegt es nahe, daß die Beteiligten Forderungen unabhängig vom Merkmal der Gegenseitigkeit verrechnen wollen (vgl. BGHZ 94, 132, 134 ff). Dafür spricht hier vor allem, daß die mit der Zeugin B■■■■ im Einverständnis der Klägerin getroffene

Vereinbarung einer Stundung und späteren Abrechnung sich nur auf Forderungen des D.-Verlages beziehen konnte, nachdem Forderungen des G.-Verlages, mit denen eine Verrechnung hätte erfolgen können, nicht mehr offen waren.

II. Allerdings, so meint das Berufungsgericht weiter, könne der Beklagte mit seiner Gegenforderung nicht aufrechnen, weil er erst einen Anspruch auf Remission und nicht auf Zahlung von Geld erlangt habe. Habe der Schuldner im Zeitpunkt der Abtretung noch keinen auf Zahlung von Geld gerichteten, sondern nur einen Anspruch, der sich später in einen Geldanspruch verwandeln könne, so fehle es am Erfordernis der Gleichartigkeit. Der Beklagte könne sich wegen seines Remissionsrechts zwar auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Gegenüber der Klägerin als Zessionarin greife aber die Beschränkung des § 404 BGB durch, weil ihr die Forderungen der Verlage abgetreten worden seien und nicht nur eine Inkassozeession vorgelegen habe. Danach könne der Beklagte der Klägerin nur solche Einwendungen entgegenhalten, die schon im Zeitpunkt der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet gewesen seien. Begründet und fällig sei das Remissionsrecht des Beklagten erst nach Ablauf der Verkaufsaktion Anfang September 1989 gewesen. Nur hinsichtlich aller später in Rechnung gestellten Forderungen - insgesamt 76.001,13 DM - habe der Beklagte deshalb ein Recht, die Leistung zu verweigern.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Die Revision vermag sich allerdings nicht darauf zu berufen, die Klägerin mache den Abschlußsaldo eines Kontokorrents geltend, der erst mit Saldierung am 20. Dezember 1989 - und damit später als das Remissionsrecht - fällig geworden sei. Ein zwischen den Parteien bestehendes Kontokorrentverhältnis ist nicht festgestellt und nicht ersichtlich. Daß Gegenforderungen des Beklagten im Einzelfall in Form von Gutschriften verrechnet wurden, begründete noch kein Kontokorrentverhältnis (Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl., § 355 Anm. 2 D). Der Beklagte hat erstinstanzlich im übrigen selbst das Vorliegen eines Kontokorrents bestritten.

2. Die auf das Remissionsrecht wegen der Horoskopbücher gestützte Aufrechnung des Beklagten greift dennoch in vollem Umfang durch. Die Beschränkungen der §§ 404, 406 BGB stehen ihr nicht entgegen, ohne daß es darauf ankommt, ob es sich bei der Abtretung der Forderungen an die Klägerin - wie die Revision meint - um eine bloße Inkassozession gehandelt hat (vgl. dazu BGHZ 25, 360, 367) oder ob dem Beklagten - wie die Revision weiter geltend macht - die Abtretung erst im Laufe des Rechtsstreits und somit nach Fälligkeit der Gegenforderung bekannt geworden ist.

a) Gemäß § 404 BGB kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Auf ein Zurückbehaltungsrecht kann sich der Schuldner danach berufen, wenn der Anspruch, dessen Erfüllung er verweigert, erst nach der Abtretung voll wirksam geworden ist und der Schuldner spätestens bei Eintritt der

Fälligkeit einen ebenfalls fälligen, dem Rechtsgrund nach schon im Zeitpunkt der Abtretung gegebenen Gegenanspruch hatte (BGHZ 58, 327, 331; BGHZ 64, 122, 126). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

aa) Der Gegenanspruch des Beklagten auf Remission war dem Rechtsgrund nach schon im Zeitpunkt der (Voraus-)Abtretung und des - späteren - Entstehens der Forderungen gegeben. Dafür ist maßgeblich auf das zugrundeliegende Schuldverhältnis abzustellen (Senatsurteil vom 29. April 1992 - VIII ZR 77/91 = WM 1992, 1074, 1075 unter 2 c m.w.Nachw.). § 6 des Auslieferungsvertrages räumt dem Beklagten ein bedingtes Wiederverkaufsrecht ein, das bereits mit dem Abschluß des Auslieferungsvertrages zwischen den Parteien bindend begründet wurde (RGZ 126, 308, 313; Senatsurteil vom 21. April 1972 - VIII ZR 121/70 = NJW 1972, 1191, 1192 unter II 2; zum Wiederkaufsrecht BGHZ 38, 369, 371; RGZ 121, 367, 369 f). Darauf, ob die den Einwand begründenden Tatsachen vor oder nach der Abtretung eingetreten sind, kommt es demgegenüber nicht an (BGHZ 93, 71, 79 m.w.Nachw.).

bb) Die an die Klägerin abgetretenen Forderungen waren im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht voll wirksam.

aaa) Infolge des dem Beklagten eingeräumten Zahlungszieles waren die zwischen dem 20. Juni und dem 30. August 1989 in Rechnung gestellten Forderungen nicht bereits Anfang September 1989 und damit erst später als das Remissionsrecht fällig. Insoweit weisen die von der Klägerin vorgelegten Rechnungen Fälligkeitstermine erst ab dem

20. September 1989 und später auf. Insgesamt belaufen sich die Forderungen aus diesem Zeitraum auf 72.974,52 DM.

bbb) Die mit der Klage darüber hinaus geltend gemachten älteren Forderungen waren jedenfalls nicht vor Anfang September 1989 fällig, weil ihre Fälligkeit durch die "Aussetzungsvereinbarung" vom 14. Juni 1989 bis Ende August 1989 - im Einverständnis mit der Klägerin - hinausgeschoben war. Unstreitig handelte es sich dabei um eine Stundungsvereinbarung. Auch insoweit ist das Remissionsrecht des Beklagten deshalb nicht später als die abgetretenen Forderungen fällig geworden.

b) Der Beklagte kann sich wegen des Remissionsanspruches aber nicht nur auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, sondern gemäß § 406 BGB mit seinen Gegenansprüchen aufrechnen.

aa) Dafür kommt es nicht darauf an, daß sich bereits im Zeitpunkt der Forderungsabtretung oder des Entstehens der abgetretenen Forderungen gleichartige Forderungen gegenüberstanden. Kann der Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, so kann er, unter den sonstigen Voraussetzungen des § 406 BGB, gegen die abgetretene Forderung mit seiner Gegenforderung auch dann noch aufrechnen, wenn diese zwar später als die abgetretene Forderung, aber noch während des Bestehens des Zurückbehaltungsrechts fällig geworden ist (BGHZ 58, 327, 331 f).

bb) Es kann deshalb dahinstehen, ob aufgrund des ab September 1989 fälligen Remissionsrechts unmittelbar ein Geldanspruch des Beklagten bestand und damit schon bei Eintritt der Fälligkeit der abgetretenen Forderungen das Merkmal der Gleichartigkeit gegeben war.

aaa) Der sofortigen Fälligkeit des Anspruchs auf Zahlung des Wiederverkaufspreises könnte zu diesem Zeitpunkt zwar entgegengestanden haben, daß der Beklagte mit seiner Verpflichtung zur Rücksendung der Remissionsware vorleistungspflichtig war. Im kaufmännischen Verkehr besteht bei Distanzkäufen regelmäßig eine Vorleistungspflicht des Verkäufers zur Übersendung der Ware (Palandt/Putzo, BGB, 53. Aufl., § 447 Rdnr. 5; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 433 Rdnr. 126).

bbb) Eine Vorleistungspflicht des Beklagten wäre aber spätestens entfallen, nachdem der G.-Verlag sein Remissionsrecht mit Schreiben vom 14. Dezember 1989 endgültig abgelehnt und - für den Fall einer Rücksendung der Remissionsware - die Annahmeverweigerung angedroht hatte. Leugnet der Vorleistungsberechtigte seinerseits jegliche vertragliche Pflichten, so kann er sich gegenüber dem vorleistungspflichtigen Vertragsgegner weder auf mangelnde Fälligkeit berufen, noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben (BGHZ 50, 175, 177; 88, 240, 247). Spätestens nach diesem Zeitpunkt wäre der Beklagte deshalb nicht gehindert gewesen, seinen Remissionsanspruch durch Erhebung einer Zahlungsklage zu verfolgen. Stand ihm danach aber ein gleichartiger Anspruch auf eine Geldzahlung zu, so konnte er im vorliegenden Rechtsstreit auch aufrechnen, weil die

Klagforderung insoweit zwar vor dem Anspruch auf Zahlung des Wiederverkaufspreises fällig geworden wäre, ihm aber bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit seines Gegenanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vereinbarten Endabrechnung und der Remission zustand.

cc) § 390 BGB steht der Aufrechnung ebenfalls nicht entgegen. Zwar kann die Klägerin grundsätzlich alle Einreden der Zedentin erheben (BGHZ 35, 317, 327; BGH, Urteil vom 2. Dezember 1952 - I ZR 58/52 = LM BGB § 390 Nr. 1). Durch die endgültige Erfüllungsverweigerung des G.-Verlages war aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entfallen, weil sich die Zedentin mit ihrer Erhebung treuwidrig zu ihrer eigenen Erfüllungsverweigerung in Widerspruch setzen würde (BGHZ 50, 175, 177). Nach allem konnte der Beklagte danach ohne Einschränkung Erfüllung verlangen oder durch Aufrechnung herbeiführen.

3. Den Wert der Remissionsware hat das Berufungsgericht in Höhe von 240.066,36 DM durch Vernehmung des Zeugen M. festgestellt. Dieser Zeuge hat die entsprechende Aufstellung und Berechnung des Beklagten sowie die Vollständigkeit des vorhandenen Lagerbestandes bestätigt. Dem ist das Berufungsgericht offensichtlich gefolgt und hat die Aussage des Zeugen der Berücksichtigung der Gegenforderungen des Beklagten zugrundegelegt. Auch die Revisionserwiderung erhebt insoweit keine Beanstandungen.

4. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind und die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

- 15 -

Das Berufungsurteil war im Umfang der Revisionsannahme abzuändern und die Klage insoweit abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 281 Abs. 3 ZPO.

Wolf

Groß

Dr. Zülch

Wiechers

Dr. Paulusch