

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 257/68

## URTEIL

Verkündet am

4. November 1970

Scheibl

Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Willy F [REDACTED], Graphische Maschinen,  
Inhaberin Frau Anneliese H [REDACTED] verwitwete F [REDACTED]  
geb. K [REDACTED] in D [REDACTED], G [REDACTED]straße 51,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED] N [REDACTED] S. p. A.  
in T [REDACTED] (Italien), V [REDACTED], vertreten durch  
ihren Geschäftsführer und Generaldirektor Dr. Donato  
C [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. September 1968 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Maschinenfabrik mit dem Sitz in Tu■■■■, schloß am 25. Mai 1961 mit der Firma W.F.■■■■ KG in D■■■■■■■■■■, deren Inhaberin jetzt die Beklagte ist, einen Vertrag, nach dem die Beklagte Druckereimaschinen der Klägerin kaufen und im Gebiet "Rheinland-Westfalen" auf eigene Rechnung weiterverkaufen sollte. § 27 des Vertrages lautete:

"Gerichtsstand für Streitigkeiten aus diesem Vertrage ist der Hauptsitz des Verkäufers.

Der Verkäufer kann jedoch auch am Sitze des Käufers klagen.

Die Parteien sind sich darüber einig,  
daß materiell und formell italienisches  
Recht zur Anwendung kommt."

Die Klägerin hat den Vertrag mit Schreiben vom  
27. November 1964 gekündigt. Sie hat mit der Klage  
beim Landgericht Düsseldorf gegen die Beklagte aus  
der Lieferung von Ersatzteilen und Zubehör für Druck-  
maschinen sowie aus Arbeiten, die ihre Fabrikmonteure  
im Auftrage der Beklagten bei deren Kunden ausgeführt  
hätten, Ansprüche in Höhe von jetzt noch 7 842,12 DM  
und 30 800 Lire nebst Zinsen geltend gemacht. Die Be-  
klagte hat beim Landgericht Düsseldorf am 23. Novem-  
ber 1966 Widerklage erhoben. Sie verlangt von der Klä-  
gerin Zahlung von 51 647,89 DM nebst Zinsen. Ihre  
Schlußabrechnung schließt ohne Berücksichtigung der  
Lieferrückforderung der Klage mit einem Betrage von 393,38  
DM zu ihren Gunsten. Die Widerklage stützt die Be-  
klagte auf diesen Betrag und Schadensersatzansprüche  
wegen Mängel gelieferter Maschinen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und  
die Widerklage abgewiesen. Die Abweisung der Wider-  
klage ist erfolgt, weil Tu■■■■ als ausschließlicher  
Gerichtsstand vereinbart und der Klägerin lediglich  
das Recht eingeräumt worden sei, nach ihrer Wahl auch  
im Gerichtsstand der Beklagten zu klagen. Das Beru-  
fungsgericht hat durch Teilurteil die Klage in Höhe  
eines Teilbetrages von 1 297,45 DM nebst Zinsen abge-  
wiesen. In Höhe von 2 846,10 DM hat es die Entschei-  
dung einem Schlußurteil vorbehalten. Im übrigen, al-  
so soweit die Beklagte zur Zahlung von 3 698,57 DM



und 30 800 Lire verurteilt worden ist, hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Es hat ferner die Berufung zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage richtet, hat jedoch in den Entscheidungsgründen ausgeführt, die Widerklage werde als unbegründet abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte, soweit sie durch das angefochtene Urteil zur Zahlung verurteilt worden ist, die Abweisung der Klage in vollem Umfange und beantragt die Verurteilung der Klägerin nach dem Antrage der Widerklage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Sie hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, sie lasse den Einwand der internationalen Unzuständigkeit fallen.

#### Entscheidungsgründe:

Was Klage und Widerklage betrifft, ist die Revision nicht begründet.

#### A.

I. Das Berufungsgericht gibt in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils den Streitstand dahin wieder, daß die Forderung von 30 800 Lire nach Entstehungsgrund und Höhe außer Streit stehe und daß in Höhe von 3 698,57 DM unstreitig

Forderungen der Klägerin entstanden seien. Hiergegen wendet die Revision sich nicht. Die Beklagte hat gegen die Klageforderung von ursprünglich 7 842,12 DM mit acht verschiedenen Posten Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt und, soweit die Aufrechnung nicht durchgreift, mit der Widerklage geltend gemacht. Von diesen hat das Berufungsgericht zwei Forderungen in Höhe von insgesamt 1 297,45 DM anerkannt und eine Forderung in Höhe von 2 846,10 DM dem Schlußurteil vorbehalten. So ergibt sich die Urteils-  
summe von 3 698,57 DM sowie 30 800 Lire.

Im Streit verblieben sind die fünf folgenden Posten:

1. 10 Rechnungen der Beklagten aus der Zeit vom 13. April 1962 bis 18. Dezember 1963 (Bl. 21, 88 und 106 bis 114 GA) und ein Restbetrag aus 15 Rechnungen der Beklagten aus der Zeit vom 28. Februar 1964 bis 16. Februar 1966 über insgesamt 1 973,65 DM (Bl. 22, 89, 115 bis 125 GA).

2. Schadensersatzansprüche aus

- a) dem Geschäft U [REDACTED] (Bl. 91, 126 bis 128)

in Höhe von 1 430,30 DM

253,95 DM

66,85 DM

1 751,10 DM,

- b) aus dem Geschäft B [REDACTED] (Bl. 91, 129 GA)  
von 2 512,35 DM,
- c) aus dem Geschäft Sch [REDACTED] (Bl. 91, 130  
bis 136) von angeblich  
1 710,80 DM (die eingereich-  
te Rechnung vom 7.12.1967 betrifft in  
Wahrheit nicht die Firma Sch [REDACTED], sondern  
eine Firma Gi [REDACTED] und Ba [REDACTED],
- d) aus dem Geschäft Mü [REDACTED] Druckerei  
(Bl. 19, 91) von 45 280,26 DM.

II. Das Berufungsgericht ist der Meinung, die Parteien hätten durch nachträgliche übereinstimmende Willenserklärung ihr Vertragsverhältnis deutschem Recht unterstellt. Diese Auffassung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie wird auch von den Parteien nicht angegriffen.

III. 1. Die Ansprüche zu 1) (10 Rechnungen und 15 Rechnungen) rühren aus Arbeiten der Beklagten an Maschinen, die sie ihren Kunden geliefert hatte, und aus dem Einbau zusätzlicher Teile her. Das Berufungsgericht meint in erster Linie, diese Arbeiten und Leistungen hätten mangels abweichender Vereinbarungen zwischen den Parteien in aller Regel nur zu Ansprüchen der Beklagten gegen die betreffenden Kunden, nicht aber zu Ansprüchen der Beklagten gegen die Klägerin führen können.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den von der Beklagten genannten Zeugen Ho[REDACTED] nicht gehört. Ob diese Rüge begründet ist, bedarf keiner Entscheidung. Jedenfalls greift, wie das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung mit Recht annimmt, die Einrede der Verjährung durch.

a) Die Forderungen der Beklagten stellen sich nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts als Gewährleistungsansprüche dar. Nach § 477 BGB betrug die Verjährungsfrist - mit Rücksicht auf eine möglicherweise eingreifende Garantiezusage für die Dauer eines Jahres - höchstens ein Jahr. Mit verjährten Schadensersatzansprüchen hätte die Beklagte nach § 479 BGB allenfalls gegen Ansprüche aus demselben Kaufgeschäft aufrechnen können (Urteil des erkennenden Senats vom 22. Februar 1961 - VIII ZR 176/59 = LM BGB § 633 Nr. 6 = NJW 1961, 1254; vom 4. November 1964 - VIII ZR 5/63 = LM BGB § 479 Nr. 3 = BGHWarn 1964 Nr. 239). Daß die hier von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht Ansprüche aus den Kaufgeschäften sind, aus denen die Beklagte ihre Schadensersatzansprüche herleitet, hat das Berufungsgericht, von der Revision unangefochten, festgestellt. Im Rechtsstreit geltend gemacht hat die Beklagte ihre Forderungen frühestens mit Eingang der Klageerwidernng, mithin am 23. November 1966. Die Maschinen, aus deren Kauf die Beklagte Gewährleistungsansprüche herleitet, sind aber unstreitig vor dem 23. November 1965 abgeliefert worden.

b) Eine Verjährung der von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche wäre allerdings nicht eingetreten, wenn es sich dabei um Posten eines Kontokorrentverhältnisses handelte. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, zwischen den Parteien habe kein Kontokorrentverhältnis bestanden. Das greift die Revision vergebens an.

aa) Das Berufungsgericht führt aus, die von der Klägerin gelieferten Maschinen seien ersichtlich jeweils einzeln innerhalb bestimmter Fristen zu bezahlen gewesen. Die Ersatzteillieferungen der Klägerin und die anderen Nebenleistungen, die Gegenstand der Klageforderung sind, seien zwar anscheinend fortlaufend auf einem Konto ebenso wie die hierauf geleisteten Zahlungen und entsprechenden Nebenleistungen der Beklagten verbucht worden. Gelegentlich sei auch ein Saldo ermittelt worden. Zur Begründung eines echten Kontokorrentverhältnisses reiche das jedoch nicht aus. Eine Vereinbarung, daß die aus der Geschäftsverbindung entstehenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nur als unselbständige Posten einer laufenden Verrechnung behandelt werden und der sich für den einen oder andern Teil ergebende Überschuß in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung festgestellt werden solle, sei nicht ersichtlich. Vergeblich verweist die Revision demgegenüber auf ein Schreiben der Klägerin vom 2. Januar 1964, in dem es heißt: "Durch die zum Jahresende vorzunehmenden Kontoabstimmungen geben wir Ihnen bekannt, daß wir Ihnen den laut unserem Schreiben vom 11.10.1963 als Bonus-Vergütung

gutgeschriebenen Betrag in Höhe von DM 9 724,02 als Teildeckung auf Ihr bei uns laufendes Ersatzteilkonto gebucht haben". Das brauchte das Oberlandesgericht nicht zur Annahme eines Kontokorrents zu veranlassen. Die Klägerin hat allerdings für die Beklagte ein Konto geführt und einen Saldo ermittelt. Das ist aber auch bei der offenen Rechnung der Fall. Durchschlagend ist, daß, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, eine Anerkennung von Salden nie erfolgt ist. Hinzu kommt, daß gerade die Beklagte ihrerseits nicht etwa die umstrittenen Posten als Einzelposten in ein Kontokorrent eingestellt hat. Davon, daß sie der Klägerin eine Saldoabstimmung zwecks Anerkennung jemals übersandt habe, hat sie nichts verlauten lassen.

bb) Das Berufungsgericht meint, selbst wenn ein Kontokorrent vorläge, hätten die von der Klägerin bestrittenen und von ihr nicht eingestellten Forderungen der Beklagten ihre rechtliche Selbständigkeit behalten. Auch das ist nicht zu beanstanden. Nicht eingestellte Posten unterliegen entgegen der Ansicht der Revision nicht den Rechtsfolgen der Saldoanerkennung.

cc) Unrichtig ist auch die Auffassung der Revision, die streitigen Posten unterlägen nicht einer kurzen Verjährung. Der Lauf der Verjährungsfrist für in das Kontokorrent eingestellte, aber bestrittene Einzelposten beginnt mit dem Ablauf der Kontokorrent-Rechnungsperiode. Daß das Kontokorrent nicht gekündigt, sondern fortgesetzt wird, ist für den Lauf der

Verjährungsfrist bedeutungslos (RG DR 1942, 1058). Da solche bestrittenen Einzelposten ihre Selbständigkeit nicht verlieren, richtet sich die Verjährungsfrist nach der Art der Forderung. Diese beträgt im vorliegenden Fall, wie schon ausgeführt, allenfalls ein Jahr.

2. Ansprüche der obigen Nr. 2 a) bis c)  
(Schadensersatzansprüche aus den Geschäften  
U [REDACTED], B [REDACTED] und Sch [REDACTED]).

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob hier, wie die Revision meint, die in das Wissen des Zeugen Hostert gestellten Behauptungen der Beklagten ausreichen, um einen Schadensersatzanspruch schlüssig darzulegen.

b) In jedem Fall sind auch diese Ansprüche verjährt. Es gilt insoweit das gleiche, wie in den oben zu 1) behandelten Ansprüchen. Es könnte sich lediglich fragen, ob in den Fällen U [REDACTED] und B [REDACTED] die Verjährung deshalb unterbrochen worden ist, weil die Klägerin die an diese Firmen gelieferten Maschinen zurückgenommen hat. Dabei kann unterstellt werden, daß die Klägerin durch die Rücknahme der Maschinen einen Anspruch der Beklagten auf Wandlung erfüllt hat. Ob, wie die Beklagte meint, die Rücknahme auch als Anerkenntnis einer Schadensersatzpflicht gewertet werden kann und ob etwa nach § 477 Abs. 3 BGB die Unterbrechung der Verjährung des Anspruches auf Wandlung auch die Unterbrechung der Verjährung des

Anspruches der Beklagten auf Schadensersatz bewirkt haben kann, obwohl die Beklagte nicht Schadensersatzansprüche anstelle einer nicht zum Zuge gekommenen Wandlung, sondern nachträglich neben und außerhalb der nach ihrer Ansicht vollzogenen Wandlung geltend macht (vgl. hierzu RGZ 93, 158, 162), bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung. Selbst wenn die Verjährung der Schadensersatzansprüche der Beklagten unterbrochen worden wäre, so würden dennoch die Ansprüche verjährt sein. In den Vorinstanzen hat die Beklagte nicht angegeben, wann die Maschinen von der Klägerin zurückgenommen worden sind. Die Revision trägt mit der Rüge aus § 139 ZPO vor, die Rücknahme sei am 20. November 1965 erfolgt. Mit dem Anerkenntnis des Wandlungsanspruches durch Rücknahme begann nach § 209 BGB aber sofort eine neue Verjährungsfrist zu laufen. Selbst wenn diese Verjährungsfrist ein Jahr betrug, so wären Schadensersatzansprüche jedenfalls am 21. November 1966 verjährt. Der Schriftsatz vom 22. November 1966, bei Gericht eingegangen am 23. November 1966, mit dem die Schadensersatzforderung frühestens geltend gemacht worden ist, war mithin verspätet. Dafür, daß die Schadensersatzpflicht für sich, also nicht nur durch Rücknahme der Maschinen, je anerkannt wäre, liegen keine Anhaltspunkte vor.

3. a) Bei dem Anspruch aus dem im Jahre 1963 erfolgten Verkauf der Maschine an die Mü[REDACTED] Druckerei (Posten 2 d) geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Maschine Mängel aufgewiesen hat,

und unterstellt, daß diese Mängel schon bei der Auslieferung der Maschine an die Beklagte vorhanden waren und daher von der Klägerin zu vertreten sind. Ein Gewährleistungsanspruch sei indessen, so meint das Berufungsgericht, schon vor Einreichung der Widerklage verjährt gewesen. Daran ändere auch das Schreiben der Klägerin vom 17. November 1964 nichts. Die Klägerin habe durch die dort abgegebene Erklärung, sie sei bereit, die gesamte Verantwortung bezüglich der Maschine zu übernehmen, keine neue und selbständige Verpflichtung übernommen. Das gehe unmißverständlich aus den dieser Erklärung vorhergehenden und nachfolgenden Darlegungen hervor. Diese seien ihrem Sinne nach dahin zu verstehen, daß die Klägerin ihre Verpflichtungen erfüllt habe und damit der anerkannten Verantwortung gerecht geworden sei. Die Erklärung habe unter diesen Umständen allenfalls die Bedeutung eines die Verjährung gemäß § 208 BGB unterbrechenden Anerkenntnisses, sofern die Verjährung bis dahin noch nicht vollendet gewesen wäre. Sollte sie bereits eingetreten sein, so könne aus der Erklärung der Klägerin allenfalls ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung für eine gewisse Zeit nach dem Zugang des Schreibens entnommen werden. Diese Zeit sei jedenfalls nicht länger als die normale Verjährungszeit von sechs Monaten zu bemessen. Die Widerklage sei jedoch erst nahezu zwei Jahre später eingereicht worden. Zu diesem Zeitpunkt sei die Verjährungsfrist selbst dann abgelaufen, wenn sie erst mit dem Schreiben der Klägerin vom 17. November 1964 in Gang gesetzt worden sein sollte.

Die Revision will im Schreiben vom 17. November 1964 eine neue selbständige Verpflichtung sehen. Die aus ihr erwachsenen Ansprüche sollen, so meint die Revision offenbar, nicht der kurzen Verjährung unterliegen. Daß die tatrichterliche Auslegung der Erklärung vom 17. November 1964 von Rechtsirrtum beeinflußt sei, hat die Revision indessen nicht aufgezeigt. Liegt aber nur ein Anerkenntnis im Sinne des § 208 BGB vor, so wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Verjährungsfrist in jedem Falle - selbst bei Berücksichtigung der einjährigen Garantiefrist - spätestens am 18. November 1965 abgelaufen.

b) Im Streit zwischen der Mü[REDACTED] Druckerei GmbH und der Beklagten hat ein Ingenieur Schm[REDACTED] am 22. Oktober 1964 ein Gutachten über die von der Klägerin gelieferte Druckereimaschine erstattet. In diesem Gutachten berichtet er, der von der Klägerin geschickte Monteur und Drucker Mar[REDACTED] habe die Walzen der Maschine verstellt und es abgelehnt, sie wieder einzuregulieren. Ein zweiter von der Klägerin geschickter Drucker Mat[REDACTED] habe die Aufforderung des Druckers der Firma Mü[REDACTED] Druckerei GmbH abgelehnt, "die Form selber zu drucken". Das Berufungsgericht meint, aus diesem Verhalten der Monteure der Klägerin bei der Überprüfung der Maschine lasse sich ein anderer Verjährungsregeln möglicherweise unterliegender Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung nicht entnehmen. Die Beklagte selbst mache auch einen solchen Anspruch nicht geltend. Er würde auch daran scheitern, daß sie nach

ihrem eigenen Vorbringen durch das etwas befremdliche Verhalten der Monteure der Klägerin keinen Schaden erlitten habe. Ein Schaden wäre nur eingetreten, wenn das Verhalten der Monteure dazu geführt hätte, daß das Schiedsgutachten des Sachverständigen unrichtig ausgefallen wäre. Tatsächlich mache die Beklagte sich aber das Ergebnis des Gutachtens gerade zu eigen.

Wenn die Revision nunmehr geltend macht, die Beklagte hätte die Maschine nicht von der Firma Mü-  
[REDACTED] Druckerei GmbH zurückzunehmen brauchen, wenn ein Druckversuch der Monteure erfolgreich verlaufen wäre (gemeint ist offenbar, weil dann der Sachverständige ein anderes, der Beklagten günstiges Gutachten erstattet hätte), so stellt das, soweit sich die Revision in Gegensatz zu den Feststellungen des Berufungsgerichts setzt, eine unbeachtliche Tatsachenwürdigung und im übrigen einen neuen Sachvortrag dar. Daß der Sachverständige fälschlich ein der Beklagten ungünstiges Gutachten abgegeben hat, weil die Monteure der Klägerin eigene Druckversuche abgelehnt haben, hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen. Ein solcher Sachverhalt ist auch schwerlich anzunehmen.

B.

I. Das Berufungsgericht weist die Widerklage mit der Begründung, Gegenansprüche der Beklagten beständen nicht, sachlich ab. Es hält im Gegensatz zum Land-

gericht, das die Widerklage mangels inländischer Zuständigkeit als unzulässig abgewiesen hat, die inländische Gerichtsbarkeit für gegeben. Behalte sich, so meint das Berufungsgericht, der ausländische Vertragsgegner bei der Vereinbarung seines (ausländischen) Gerichtsstandes vor, den anderen Teil auch vor dessen (inländischen) Gerichtsstand in Anspruch zu nehmen, so werde durchweg anzunehmen sein, daß er alsdann auch eine Widerklage vor diesem Gerichtsstand in Kauf nehmen wolle. Auf die Bedenken gegen diese Auffassung (vgl. BGHZ 52, 34, 36) braucht nicht eingegangen zu werden. Die inländische Gerichtsbarkeit für die Widerklage ist mindestens nunmehr deshalb gegeben, weil die Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, sie lasse den Einwand der internationalen Unzuständigkeit fallen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Erklärung nicht auch schon in dem im Schriftsatz vom 11. Juli 1970 angekündigten Antrag auf Zurückweisung der Revision lag; dieser Antrag hatte sinngemäß zum Inhalt, es solle bei der von dem inländischen Gericht ausgesprochenen Abweisung der Widerklage als unbegründet bleiben.

II. 1. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte die Widerklage nicht als unbegründet abweisen dürfen, ohne sein Fragerecht auszuüben. Die Revision rügt anscheinend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 536 ZPO das Urteil des Landgerichts zum Nachteil der Rechtsmittelklägerin geändert. Diese Rüge ist unbegründet. Eine Partei, die sich mit ihrem

Rechtsmittel gegen eine Prozeßabweisung wendet und erreichen will, daß ihre Ansprüche sachlich geprüft werden, wird durch eine sachliche Entscheidung nicht beeinträchtigt. In einem solche Fall kann das Rechtsmittelgericht die Abweisung einer Klage als unzulässig durch eine Abweisung als unbegründet ersetzen (so auch Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 19. Aufl., § 536 Anm. I 2 a; Blomeyer, Zivilprozeßrecht 1963, § 99 II).

2. Da die Widerklage sich auf dieselben Ansprüche stützt, die die Beklagte in erster Linie zur Aufrechnung gestellt hat, gilt für sie das, was über die Aufrechnungsforderungen ausgeführt worden ist. Die Widerklage scheitert, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, in jedem Falle schon daran, daß gegenüber den geltend gemachten Forderungen, soweit sie begründet wären, die Einrede der Verjährung durchgreift.

C.

Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann