

JJ

BUNDESGERICHTSHOF

2097 079

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 274/63

URTEIL

Verkündet am

7. März 1966
Klett, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der A-Weinbrennerei Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in B-N, Ni-straße, diese
vertreten durch ihren Geschäftsführer Heinz-Georg H.,
ebendort,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann Fritz R. in He-, Ma-straße,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 18. September 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war bis zum Jahre 1959 als Handelsvertreter für die Firma Heinrich W. in He. tätig, die eine Branntweinbrennerei, Likörfabrik und Weingroßhandlung betrieb. Die Firma Heinrich W. wurde inzwischen von der jetzigen Klägerin übernommen. Im folgenden ist unter "Klägerin" die Firma Heinrich W. zu verstehen. Nachdem der Beklagte das Vertreterverhältnis fristlos gekündigt hatte und dazu übergegangen war, Geschäfte auf eigene Rechnung zu betreiben, erwirkte die Klägerin eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Bi. (Q. /59), durch die ihm untersagt wurde, bei den Kunden, die er bisher als Handelsvertreter für die Klägerin besucht hatte, als Eigenhändler aufzutreten, sowie als Handelsver-

treter für Konkurrenzfirmen tätig zu werden. Zur Vermeidung eines Rechtsstreits in der Hauptsache traten die Parteien in Vergleichsverhandlungen ein. Am 27. Mai 1959 schlossen sie alsdann einen notariell beurkundeten Vertrag, in welchem in dem hier interessierenden Teil folgendes bestimmt war:

"...

I. Dem ... (Beklagten) wird gestattet, ab sofort für sich selbst einen Großhandel zu betreiben bzw. für den Großhandel seiner Ehefrau in Weinen und Spirituosen selbständig tätig zu sein. Die Firma Heinrich W. [REDACTED] sagt dem (Beklagten) die Belieferung für seinen bzw. des Großhandels seiner Ehefrau mit Waren der Firma W. [REDACTED] zu. Der (Beklagte) verpflichtet sich, den Bedarf für seinen bzw. für den Großhandel seiner Ehefrau bei der Firma W. [REDACTED] im Rahmen seines Bedarfs und insoweit zu decken, als ihm die gleiche Ware von anderer Seite nicht nachweislich zu günstigeren Bedingungen geliefert wird. Er verpflichtet sich weiter, mindestens monatlich ab sofort 3.000,-- DM Ware von der Firma W. [REDACTED] abzunehmen. ...

II. Dem Vertrag vom 28.12.1957 war in Anlage eine Aufstellung der W. [REDACTED]-Kunden beigelegt, die für (den Beklagten) geschützt waren.

(Der Beklagte) verpflichtet sich, diesen von ihm früher für die Firma W. [REDACTED] besuchten Kundenkreis mit Ausnahme der nachgenannten Kunden weder für sich noch für andere Firmen zu besuchen, besuchen zu lassen oder zu beliefern und beliefern zu lassen.

Ausgenommen hiervon sind folgende Kunden, die (der Beklagte) besuchen und beliefern kann:

(Hier folgt die Aufzählung von mehreren Dutzend Kunden)

Hinzu kommen die von (dem Beklagten) nach dem 28.12.1957 neu gewonnenen und deshalb in dem Verzeichnis nicht aufgenommenen Kunden.

Die Firma W. [REDACTED] wird zur gegebenen Zeit überprüfen, (dem Beklagten) weitere Kunden zu überlassen, wenn sich herausstellt, daß diese bei der Firma W. [REDACTED] keinen entsprechenden Umsatz mehr tätigen.

III. (Der Beklagte) verpflichtet sich, in jedem Fall der Zuwiderhandlung gegen die von ihm vorstehend zu Ziffer I und II übernommenen Verpflichtungen eine Vertragsstrafe von 1.000,-- i.W.: eintausend Deutsche Mark - zu zahlen.

..."



Der Beklagte bezog in den folgenden Jahren Ware von der Klägerin, blieb jedoch seit dem 1. Januar 1961, abgesehen von den Monaten Februar 1961 und Januar 1962, unter der Umsatzgrenze von 3 000 DM. In einem Schreiben vom 7. Januar 1961 wies die Klägerin den Beklagten darauf hin, daß es ihm nicht erlaubt sei, andere als die im Vertrag vom 27. Mai 1959 namentlich benannten Kunden zu besuchen. Wegen der festgestellten Vertragsverletzungen sei es ihr ein leichtes, "die vereinbarte Vertragsstrafe von 1 000 DM zu erwirken". Am 12. April 1961 schrieb die Klägerin dem Beklagten:

"...

Wir haben Anlaß, auf die Bestimmungen des mit Ihnen geschlossenen Vertrages hinzuweisen, in dem Sie sich zur Mindestabnahme von monatlich 3 000 DM verpflichtet haben. Dies trifft für die Monate Januar und März bisher nicht zu. Wir werden eine solche Vertragsverletzung nicht, ohne die nötigen Konsequenzen zu ziehen, hinnehmen und bitten Sie um Ihre umgehende Stellungnahme."

Sie erinnerte am 28. April 1961 den Beklagten an die erbetene Stellungnahme und wies im Schreiben vom 7. August 1961 erneut darauf hin, daß der Beklagte in den vorangegangenen Monaten seine Abnahmeverpflichtung nicht eingehalten habe. Sie setzte hinzu, daß sie sich vorbehalte, ihre vertraglichen Rechte geltend zu machen, wenn er nunmehr seiner Verpflichtung nicht nachkomme. Am 28. August 1961 trafen sich der Beklagte und seine Ehefrau mit dem Verkaufsleiter der Klägerin zu einer Besprechung. Nach einer Aktennotiz der Klägerin vom 5. September 1961 wurde über die Gewährung eines Zahlungszieles von 8 Wochen verhandelt. Der Verkaufsleiter der Klägerin stellte ein solches Zahlungsziel in Aussicht, machte aber zur Bedingung, daß sich der Beklagte sowohl hinsichtlich der vereinbarten Mengenabnahme als auch hinsichtlich des Kundenschutzes vertragstreu verhalte. Dabei äußerte der Beklagte in Bezug auf seine Abnahmeverpflich-

tung, "daß unter solchen Umständen die Sache schon anders aussehe und das Umsatzvolumen wohl auch wieder erreicht werden könne". Die Einforderung der Vertragsstrafe wurde dem Beklagten bei dieser Besprechung nicht angedroht.

Auch in der Folgezeit blieben die monatlichen Abnahmen des Beklagten hinter seiner Verpflichtung zurück. Am 23. Januar 1962 ließ die Klägerin den Beklagten durch von ihr beauftragte Rechtsanwälte darauf hinweisen, daß er im ganzen Jahr 1961, ausgenommen den Monat Februar, seiner Verpflichtung, eine bestimmte Menge abzunehmen, nicht nachgekommen sei, und daß er auch gegen die Kundenschutzklausel des Vertrages vom 27. Mai 1959 verstoßen habe. Die Klägerin könne nunmehr von ihren Rechten Gebrauch machen, in jedem Falle der Zuwiderhandlung die vereinbarte Vertragsstrafe zu verlangen. In seinem Antwortschreiben vom 27. Januar 1962 rechtfertigte der Beklagte sein Verhalten mit der Behauptung, er sei von der Klägerin schlecht beliefert worden. Die Klägerin beanstandete alsdann im Schreiben vom 27. April 1962, daß der Beklagte auch in den Monaten Februar, März und April 1962 die vertragsmäßige Menge nicht abgenommen habe, und wies darauf hin, daß sie ihren Anwalt bereits beauftragt habe, ihre Rechte wahrzunehmen. Am 27. September 1962 erhob die Klägerin Klage auf Zahlung von 3 000 DM nebst Zinsen, und zwar als Vertragsstrafe wegen zu geringer Warenabnahme in den Monaten Januar, März und April 1961. Der Beklagte, der während des Rechtsstreits seinen Warenbezug bei der Klägerin völlig einstellte, erhob verschiedene Einwendungen und berief sich auch auf Verwirkung des Klageanspruchs.

Das Landgericht gab der Klage statt. Der Beklagte legte Berufung, die Klägerin Anschlußberufung mit dem Antrag ein, den Beklagten zur Zahlung von weiteren je 1 000 DM Vertrags-

strafe für die Monate Mai bis einschließlich August 1961, im ganzen also zur Zahlung von 7 000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Oberlandesgericht wies die Klage unter Zurückweisung der Anschlußberufung ab. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge aus der Berufungsinstanz weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht vertritt, indem es alle übrigen Einwendungen des Beklagten dahinstehen läßt, den Standpunkt, die Klage sei wegen Verwirkung des Klageanspruchs unbegründet. Es sieht darin, daß die Klägerin mit der im August 1962 eingereichten Klage noch Vertragsstrafe für die länger als ein Jahr zurückliegenden Monate verlangte, einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Denn der Beklagte, so führt es aus, habe sich aufgrund des Verhaltens der Klägerin vor Klageerhebung darauf einrichten dürfen, und nach der Überzeugung des Senats auch darauf eingerichtet, daß die Klägerin zumindest die mit der Klage eingeforderte Vertragsstrafe nicht mehr geltend machen werde. Das zeige schon die über August 1961 hinaus fortbestehende Zusammenarbeit der Parteien. Berechtigter Anlaß zu einer solchen Einstellung des Beklagten habe aber in erster Linie der Umstand gegeben, daß in der Besprechung vom 28. August 1961, die der Beklagte und seine Ehefrau mit dem Verkaufsleiter der Klägerin führten, dieser in keiner Weise darauf hingewiesen habe, es seien bis dahin erhebliche Rückstände an Vertragsstrafe aufgelaufen, die die Klägerin einfordern werde, daß der Verkaufsleiter im Gegenteil geäußert habe, die Klägerin habe im Grunde kein Interesse daran, dem Beklagten Schwierigkeiten zu bereiten. Der Eindruck des Beklagten, daß er mit der Geltendmachung von Vertragsstrafen aus dem vor der Besprechung liegenden Zeitraum

nicht mehr zu rechnen brauche, sei noch dadurch verstärkt worden, daß die Klägerin in dem Schriftwechsel des Jahres 1961 keine wirklich ernsthaften Mahnungen wegen der Nichteinhaltung der Abnahmeverpflichtung an den Beklagten gerichtet habe. So beziehe sich die im Schreiben vom 7. Januar 1961 enthaltene Drohung mit der Vertragsstrafe nur auf die Verletzung der Kundenschutzvereinbarung, nicht aber auf die Abnahmeverpflichtung. Im Schreiben vom 12. April 1961 habe die Klägerin zwar gedroht, sie werde die Verletzung der Abnahmepflicht nicht hinnehmen, ohne Konsequenzen zu ziehen. Sie habe dann aber, nachdem sich der Beklagte am 12. Mai 1961 mit dem Hinweis auf schlechte Belieferung durch die Klägerin entschuldigt hatte, bis zu ihrem Schreiben vom 7. August 1961 nichts mehr unternommen. Das Schreiben vom 23. Januar 1962, in dem auf die Vertragsstrafe hingewiesen wurde, sei nicht mehr geeignet gewesen, die bis dahin, insbesondere aufgrund der Besprechung vom 28. August 1961 eingetretene Lage, daß sich nämlich der Beklagte berechtigterweise auf die Nichteinforderung der bis August 1961 verwirkten Vertragsstrafe eingerichtet hatte, rückgängig zu machen. Auf alle Fälle sei dadurch Verwirkung eingetreten, daß die Klägerin auch ihre Androhung vom 27. April 1962 nicht wahr gemacht, sondern die Klage erst im August 1962 eingereicht habe.

Das Berufungsgericht findet eine weitere Stütze für seine Auffassung in dem Wortlaut des Vertrages, dem es entnimmt, daß der Beklagte an die monatlichen Abnahmen gebunden sein sollte und seiner Abnahmeverpflichtung nicht etwa durch eine Jahresabnahme im Gegenwert von 36 000 DM genügen konnte. Das entspreche dem Interesse der Klägerin an einem gleichmäßigen Geschäftsgang und einem monatlich gleichbleibenden Absatz. Die Vertragsstrafe habe daher weniger eine Erleichterung für die Geltendmachung von in der

Vergangenheit entstandenen Schadensersatzansprüchen bieten als vielmehr ein Druckmittel dafür sein sollen, daß der Beklagte seine Verpflichtung in der Zukunft einhalten würde. Hieraus zieht das Berufungsgericht den Schluß auf eine Verpflichtung der Klägerin, jeweils alsbald nach Ablauf der einzelnen Monate klarzustellen, ob sie die Vertragsstrafe für die zurückliegenden Monate einfordern wollte oder nicht. Es hält sich zu dieser Auffassung umso mehr berechtigt, als die Klägerin selbst der Meinung gewesen sei, daß der Beklagte über zu wenig Kapital verfügte, um größere Umsätze tätigen zu können, und sie aus diesem Grunde schon die Umsatzgrenze im Vertrag vom 27. Mai 1959 nicht, wie vom Beklagten angeboten, auf 5 000 DM, sondern nur auf 3 000 DM festgesetzt habe. Auch der Umstand, daß sich beide Parteien darüber im klaren gewesen seien, dem Beklagten stehe nur ein beschränkter Kundenkreis zur Verfügung, und die Klägerin angenommen habe, der Beklagte könne die in der Vergangenheit aufgelaufene Vertragsstrafe nicht zahlen, weise in diese Richtung.

II. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht die von ihm angenommene Verwirkung des Klageanspruchs. Mit Recht weist die Revision darauf hin, die Klägerin habe durch die in ihren vor Klageerhebung liegenden Schreiben enthaltenen Hinweise auf Vertragsverletzungen und Vertragsstrafen den Beklagten genügend gewarnt und der Beklagte habe nur dann mit einer wohlwollenden Behandlung durch die Klägerin rechnen können, wenn er sich nicht einer ständigen Verletzung seiner Abnahmeverpflichtung schuldig gemacht hätte.

Das Berufungsgericht verkennt, daß es sich bei der Verwirkung um einen außerordentlichen Rechtsbehelf handelt, der nur in Ausnahmefällen Platz greifen und nicht zu einer Abweichung der Schuldnerverpflichtung führen darf. Die Ver-

wirkung ist ein Unterfall der unzulässigen, d.h. mißbräuchlichen, Rechtsausübung. Sie gestattet die Abwehr der illoyal verspäteten Geltendmachung eines Anspruches. Es ist daher ein strenger Maßstab an die Feststellung ihrer Voraussetzungen anzulegen. Es genügt nicht, daß längere Zeit bis zur Klageerhebung verstrichen ist; es müssen vielmehr Umstände hinzukommen, die die verspätete Geltendmachung als rechtsmißbräuchlich und die Erfüllung des Anspruches durch den Schuldner, der sich inzwischen auf seine Nichtinanspruchnahme eingerichtet hat, als schlechterdings unzumutbar erscheinen lassen. Diese Grundsätze entsprechen der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (RGZ 155, 148, 150 ff; 159, 99, 104, 106; BGHZ 25, 47, 51, 52). Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze zwar selbst angeführt, ihnen aber in seinen Erwägungen nicht entsprechend Rechnung getragen.

Schon die Ansicht des Berufungsgerichts, daß bis zur Geltendmachung des Anspruchs ein den Umständen nach unangemessener Zeitraum verfließen sei, begegnet rechtlichen Bedenken. Wenn auch nach der Auslegung, die das Berufungsgericht dem Vertrag vom 27. Mai 1959 gegeben hat, die Vertragsstrafe in erster Linie ein Druckmittel für die Abnahme in der Zukunft sein sollte, so rechtfertigt sich daraus nicht ohne weiteres der Schluß, die in der Vergangenheit aufgelaufene Vertragsstrafe müsse alsbald gerichtlich geltend gemacht werden. Im Gegenteil darf dem Gläubiger eine längere Überlegungsfrist nicht verwehrt sein. Soll die drohende Vertragsstrafe ihren Zweck erfüllen, so muß es dem Gläubiger gestattet sein, das spätere Verhalten des Schuldners auch auf eine längere Zeit zu beobachten. Ein Entgegenkommen des Gläubigers, der seinem Schuldner Zeit läßt, zu einem vertragstreuen Verhalten zurückzukehren, darf nicht zum Nachteil des Gläubigers herangezogen werden. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagte habe

nach den Umständen, unter denen der Vertrag vom 27. Mai 1959 geschlossen wurde, eine schonende Behandlung durch die Klägerin erwarten dürfen, lassen keine schlüssige Begründung dafür vermissen, daß die Vertragsstrafe alsbald habe geltend gemacht werden müssen. Denn gerade das abwartende Verhalten der Klägerin, die nach ihrer Darstellung auf die Kapitalknappheit des Beklagten Rücksicht nehmen wollte und mit ihren Ansprüchen erst hervortrat, nachdem sie zu der Ansicht gekommen war, daß dem Beklagten genügend Kapital zur Verfügung stehe, bedeutete eine Schonung des Beklagten. Eine Verpflichtung der Klägerin, ungeachtet ihrer eigenen Bedenken den nach ihrer Ansicht kapitalschwachen Schuldner sofort auf Zahlung der Vertragsstrafe in Anspruch zu nehmen, ist nicht anzuerkennen. Allerdings hat das Oberlandesgericht in einem tatbestandlich ganz anders liegenden Falle - der Schuldner hatte 4 Jahre lang gegen seine Bierbezugsverpflichtung verstoßen - die verstrichene Zeit als unangemessen lang angesehen und Verwirkung angenommen, weil es an einer Verwarnung des Schuldners und an einer Erkennbarmachung fehlte, daß die Vertragsstrafe gefordert werde, wenn die Zuwiderhandlung nicht aufhöre (OLGE 33, 233). Demgegenüber hat das Reichsgericht ausgesprochen, ein Anspruch auf Vertragsstrafe erlösche nicht dadurch, daß er nicht alsbald geltend gemacht werde (Recht 1916 Nr. 1863). Dieser Ansicht folgt der erkennende Senat.

Aber selbst, wenn man den Zeitraum bis zur Geltendmachung des Klageanspruchs für zu groß halten wollte, so sind doch die Umstände des Falles nicht so geartet, daß die verspätete Geltendmachung als illoyal und rechtsmißbräuchlich erscheint. Denn der Beklagte war durch die verschiedenen Schreiben der Klägerin vom Januar 1961 bis zum Januar 1962 immer wieder auf seine Vertragsverletzungen hingewiesen worden. Die Schreiben vom 12. April 1961

und vom 7. August 1961 bringen ganz eindeutig zum Ausdruck, daß die Klägerin von der Einforderung der Vertragsstrafe nicht absehen will. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß diesen Drohungen durch die Besprechung vom 28. August 1961 die Ernsthaftigkeit genommen worden sei, weil der Verkaufsleiter der Klägerin nicht erneut auf die Vertragsstrafe hingewiesen habe, unterliege rechtlichen Bedenken. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, die es aufgrund der Aktennotiz der Klägerin vom 5. September 1961 trifft, lassen nämlich klar erkennen, daß der Beklagte zur Vertragstreue angehalten wurde und auch die Einhaltung der monatlichen Abnahmemenge versprach, nachdem ihm ein Zahlungsziel von 8 Wochen in Aussicht gestellt worden war. Er durfte daher aus dem Unterbleiben einer neuerlichen Drohung nach Treu und Glauben nur für den Fall, daß er sich in Zukunft als vertragstreu erweisen würde, den Schluß ziehen, daß die Klägerin von der Einforderung der bereits aufgelaufene Vertragsstrafe absehen werde. Es steht jedoch fest, daß der Beklagte sich auch in den folgenden Monaten nicht an seine Verpflichtungen und an sein ausdrückliches Versprechen vom 28. August 1961 hielt. Wenn er sich trotzdem darauf eingerichtet haben sollte, die Vertragsstrafe nicht mehr zahlen zu müssen, so war er jedenfalls nach Treu und Glauben zu dieser Einstellung nicht berechtigt. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Verkaufsleiter sich dahin geäußert hat, die Klägerin habe im Grunde kein Interesse daran, dem Beklagten Schwierigkeiten zu bereiten. Denn auch eine solche Erklärung durfte schon im Hinblick auf das Schreiben vom 7. August 1961 nach Treu und Glauben von dem Beklagten nur dahin verstanden werden, daß die Klägerin dem Beklagten lediglich bei einem vertragstreuen Verhalten Entgegenkommen zeigen wollte. Die Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs verboten dem vertragsuntreuen Beklagten auch weiterhin bis zur Klageerhebung die Annahme, daß die Klägerin ihre Rechte aus dem Verträge vom 27. Mai nicht geltend machen

wollte, zumal er durch die Schreiben der Klägerin vom 23. Januar 1962 und vom 27. April 1962 nochmals eindeutig gewarnt worden war.

III. Scheidet somit eine Verwirkung des Klageanspruchs aus, so ist das angefochtene Urteil mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht aufrecht zu erhalten. Da das Berufungsgericht über die übrigen Einwendungen des Beklagten, insbesondere auch über die Möglichkeit einer Herabsetzung der Vertragsstrafe, der allerdings die Vorschrift des § 348 HGB entgegenstehen könnte, nicht entschieden hat, war das Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision, die von der Entscheidung in der Sache selbst abhängig ist, war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner Mormann