

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 12/71

URTEIL

Verkündet am
15. März 1972
Mückenhäusen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinz K[REDACTED], Holzgroßhandlung und Sägewerk
in G[REDACTED]-W[REDACTED], K[REDACTED], vertreten durch
ihre persönlich haftenden Gesellschafter, die Kauf-
leute Gerold und Klaus K[REDACTED], daselbst,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma de R[REDACTED]-H[REDACTED] N.V. in S[REDACTED]
(Niederlande), P[REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Ary de R[REDACTED], W[REDACTED] (Belgien),
A[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 3. November 1970 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Februar 1969 kaufte die holländische Klägerin von der Beklagten rd. 5 000 fm Fichtenrundholz. Das Holz war successive in der Zeit vom 15. Juli 1969 bis 30. November 1969 zu liefern und jeweils innerhalb von 8 bis 14 Tagen nach Rechnungserteilung mit 2 % Skonto zu bezahlen. Nach Ziff. 5 der dem Kauf zugrundeliegenden Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten waren Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte des Käufers ausgeschlossen; nach Ziff. 6 der Bedingungen konnte der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, wenn der Käufer mit fälligen Zahlungen im Rück-

- 3 -

stand blieb. Die Beklagte lieferte der Klägerin bis Ende Juni/Anfang Juli 1969 in 4 Teillieferungen rd. 560 fm Fichtenrundholz.

Bei einer Besprechung am 18. Juli 1969 sollen sich nach Behauptung der Klägerin der Handelsvertreter B. [REDACTED] als Vertreter der Klägerin mit dem damaligen Prokuristen K. [REDACTED] der Beklagten auf eine Stundung der offenen Rechnungen der Beklagten vom 18. und 27. Juni 1969 für die beiden letzten Teillieferungen bis 24. Juli 1969 und auf eine weitere Teillieferung am 21. Juli 1969 geeinigt haben.

Mit einem der Klägerin an diesem Tage zugegangenen Schreiben vom 19. Juli 1969 teilte die Beklagte mit, sie betrachte den Vertrag als annulliert bzw. gegenstandslos, weil die vereinbarten Zahlungsbedingungen nicht eingehalten worden seien. Die Klägerin zahlte daraufhin die Rechnungen nicht und widersprach dem Schreiben vom 19. Juli 1969, worauf die Beklagte am 27. Juli 1969 und 4. September 1969 erneut erklärte, daß weitere Lieferungen nicht erfolgen würden. Am 11. September 1969 lehnte die Klägerin die Erfüllung des Vertrages ab und verlangte Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Die Klägerin begehrt unter Aufrechnung gegen die Forderungen der Beklagten deren Verurteilung zur Zahlung von 109 842,72 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.



Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat nicht erörtert, welches Recht Anwendung findet. Es kann indessen von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen werden, weil beide Parteien sich in den Vorinstanzen auf deutsches Recht berufen haben und die Frage des anzuwendenden Rechts überhaupt nicht streitig geworden ist. Daraus darf geschlossen werden, daß die Anwendung deutschen Rechts dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht (BGH vom 7. März 1962 - VIII ZR 9/61 = LM Art. 7 ff EGBGB Nr. 17).

II. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin scheitert nicht daran, daß die Beklagte von dem im Februar 1969 geschlossenen Vertrag zurückgetreten war, wie die Revision meint.

1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Rechnungen der Beklagten vom 18. und 27. Juni 1969 nicht vor Ablauf des 24. Juli 1969 fällig waren, so daß die der Klägerin am 21. Juli 1969 zugegangene Rücktrittserklärung unwirksam war.

a) Die Angriffe der Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich des

Zeitpunktes, in dem die Rechnungen vom 18. und 27. Juni 1969 nach dem Vertrag der Parteien fällig wurden, gehen ins Leere, weil die Rechnungen bis 24. Juli 1969 gestundet waren.

b) Die verfahrensrechtlichen Rügen, mit denen sich die Revision gegen diese Feststellung des Berufungsgerichts wendet, sind unbegründet.

Das Berufungsgericht durfte nach dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils als unstreitig ansehen, daß am 18. Juli 1969 eine Vereinbarung über eine Stundung der offenen Rechnungen bis 24. Juli 1969 und eine weitere Teillieferung der Beklagten am 21. Juli 1969 zustandegekommen war. Daß im erstinstanzlichen Urteil "zur näheren Darstellung" auf die Schriftsätze der Parteien verwiesen war und im Schriftsatz der Beklagten vom 14. Oktober 1969 eine verbindliche Abmachung am 18. Juli 1969 bestritten wurde, ändert hieran nichts. Abgesehen davon, daß die Vereinbarung in der mündlichen Verhandlung unstreitig geworden sein konnte, ist der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils nicht widersprüchlich, weil dem ausgeschriebenen Tatbestand der Vorrang vor dem durch Bezugnahme auf Schriftsätze eingeführten Tatbestand zukommt (Wieczorek, ZPO § 313 Anm. B III c 5).

Entgegen der Auffassung der Revision hat die Beklagte damit, daß sie in der Berufungsantwort dahingestellt ließ, ob es am 18. Juli 1969 zu einer Ver-

einbarung gekommen war, die Behauptung der Klägerin nicht bestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß durch die Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 29. September 1970 eine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits eingetreten wäre und daß das verspätete Vorbringen auf grober Nachlässigkeit beruhte, ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar (Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. § 529 Anm. III 7 a). Ein Rechtsfehler ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht durfte in der mündlichen Verhandlung vom 29. September 1970 den im Gerichtsgebäude anwesenden Makler Bellmann nicht gegen den Widerspruch des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten als Zeugen vernehmen, weil es sonst gegen § 357 ZPO verstoßen hätte (Wieczorek, aaO § 357 Anm. B I).

Das Berufungsgericht war auch nicht nach § 139 ZPO verpflichtet, die anwaltlich vertretene Beklagte auf die möglichen Folgen des Widerspruchs gegen eine sofortige Vernehmung des Maklers B[REDACTED] hinzuweisen.

2. Die Rücktrittserklärungen der Beklagten vom 27. Juli 1969 und 4. September 1969 waren ebenfalls nicht wirksam, obgleich die Klägerin die offenen Rechnungen auch in der Folgezeit nicht zahlte.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß durch den vereinbarten Ausschluß

von Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gleichfalls ausgeschlossen war.

b) Mit Recht rügt hingegen die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe infolge der gewährten Stundung nicht zurücktreten können. Durch die Stundung war der Rücktritt aufgrund von Ziff. 6 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen zwar bis zum 24. Juli 1969, aber nicht nach diesem Zeitpunkt ausgeschlossen. Dadurch wurde nämlich lediglich die Fälligkeit der Forderungen der Beklagten hinausgeschoben. Die sich aus Ziff. 6 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen ergebende Folge eines Zahlungsrückstandes wurde durch die Stundung nicht berührt.

c) Der Revision ist auch darin zu folgen, daß fraglich sein kann, ob die Vereinbarung des Ausschlusses von Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten infolge des grundlosen Rücktritts der Beklagten unwirksam geworden war.

Bei einem gegenseitigen Vertrag lösen Vertragsverletzungen des einen Teils Schadensersatzansprüche oder ein Rücktrittsrecht aus, haben aber nicht die Folge, daß Vertragsbestimmungen zugunsten dieses Teils unwirksam werden.

Würde bei einer Vertragsverletzung des Verkäufers der vereinbarte Ausschluß von Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten unwirksam, so würde auch

der mit dieser Abrede bezweckte Schutz des Verkäufers, der ungeachtet etwaiger Gewährleistungsansprüche alsbald Zahlung erhalten soll, in vielen Fällen nicht erreicht.

Dementsprechend ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wie des Bundesgerichtshofs der Ausschluß von Zurückbehaltungsrechten auch bei Vertragsverletzungen vielfach für wirksam erachtet worden, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat.

d) In jedem Falle konnte die Beklagte aber auch nach dem 24. Juli 1969 nicht von dem Vertrage zurücktreten.

Es ist schon zweifelhaft, ob die Vereinbarung des Ausschlusses von Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten auch den Fall umfaßt, daß der Schuldner nicht Gewährleistungsansprüche oder andere Gegenforderungen geltend macht, sondern deshalb nicht zahlt, weil sein Vertragspartner die weitere Vertragserfüllung ablehnt.

Hier konnte sich die Beklagte jedenfalls nicht auf den vereinbarten Ausschluß eines Zurückbehaltungsrechtes berufen, um sich vom Vertrage zu lösen. Sie hatte am 18. Juli 1969 der Klägerin die offenen Rechnungen gestundet und sich zu einer weiteren Teillieferung am 21. Juli 1969 verpflichtet. Bereits am nächsten Tag sagte sie sich grundlos von dem Vertrage los,

wodurch der Klägerin erheblicher Schaden erwachsen konnte. Bei dieser Sachlage - der Zusage vom 18. Juli 1969 sowie dem der Klägerin durch die Erfüllungsverweigerung drohenden Schaden einerseits und dem groben Vertragsverstoß der Beklagten andererseits - wäre es mit Treu und Glauben unvereinbar, wenn die zuerst vertragsuntreu gewordene Beklagte aus ihrem vertragswidrigen Verhalten Vorteile ziehen und sich wegen der offenen Rechnungen vom 18. und 27. Juni 1969 aufgrund des vereinbarten Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechts von dem Vertrag lösen könnte.

III. Da die Beklagte mithin nicht wirksam von dem Vertrag zurückgetreten war, ist der Schadensersatzanspruch der Klägerin dem Grunde nach gerechtfertigt. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Bundesrichter Dr. Mezger
ist beurlaubt u. kann
deshalb nicht unterschreiben.

Mormann

Dr. Haidinger

Braxmaier

Hoffmann