

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 33/72

URTEIL

Verkündet am
2. April 1973
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans C [REDACTED] in K[REDACTED], S[REDACTED]straße[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma M[REDACTED] - S[REDACTED] K G in N[REDACTED],
U[REDACTED]straße[REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haf-
tenden Gesellschafter Georg Peter S[REDACTED], dortselbst,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1973 durch die Richter Dr. Gelhaar, Claßen, Mormann, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. Juli 1971 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte übertrug durch die Verträge vom 29. Februar 1968 der Firma P. M[REDACTED]-Al.H[REDACTED] (Auslieferungslager und Verkaufsbüro der Firma M[REDACTED]-S[REDACTED] KG N[REDACTED]) das Alleinverkaufsrecht für das Empfängnisverhütungsmittel Anti-Storchen-Spray in allen Ländern mit einigen Ausnahmen, darunter der Bundesrepublik (einschließlich Westberlins), Österreichs und der Schweiz. Die Firma M[REDACTED]-Al.H[REDACTED] erteilte gleichzeitig dem Beklagten einen Auftrag auf eine Million Flaschen Anti-Storchen-Spray, die innerhalb eines Jahres abzunehmen und in Raten von mindestens 50 000 Stück abzurufen waren. Mit Vertrag vom 24./26. März 1968 übertrug der Beklagte der Firma M[REDACTED]-H[REDACTED], M[REDACTED]-S[REDACTED] KG unter im einzelnen genannten Bedingungen das "exclu-

sive Recht", die von ihm angebotenen Aerosolspezialitäten weltweit auf den Markt zu bringen. In einem Zusatzvertrag vom 3. Mai 1968 zu der Vereinbarung vom 29. Februar 1968 erhielt die Firma M- H-, M-S- KG das Alleinverkaufsrecht für Anti-Storchen-Spray auch für die Bundesrepublik (einschließlich Westberlin), Österreich und die Schweiz und verpflichtete sich für die genannten Gebiete eine weitere Million Flaschen abzunehmen, 50 000 Flaschen sofort bei Unterzeichnung des Zusatzvertrages abzurufen sowie eine "Extrazahlung" von 50 000 DM an den Beklagten zu leisten. Die Klägerin nahm Anfang September 1968 5 000 Flaschen Anti-Storchen-Spray ab, für die sie 17 000 DM bezahlte. Sie leistete ferner dem Beklagten auf die "Extrazahlung" 30 300 DM und nahm drei Wechsel im Betrage von insgesamt 19 700 DM an. In der Folgezeit kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Mit Schreiben vom 14. Oktober 1968 setzte der Beklagte der Klägerin Frist zur Abnahme von 20 000 Flaschen Anti-Storchen-Spray bis 20. Oktober 1968 und weiteren 30 000 Flaschen bis 20. November 1968 und kündigte für den Fall der Nichteinhaltung der Fristen den Entzug des Alleinvertriebsrechtes und Schadensersatzansprüche an. Die Klägerin kam der Aufforderung auf Abnahme von 20 000 Flaschen Anti-Storchen-Spray bis 20. Oktober 1968 nicht nach. Sie nahm am 25. Oktober 1968 zu den Meinungsverschiedenheiten der Parteien Stellung, teilte dem Beklagten mit, sie habe erfahren, daß er das Mittel Happy-Spray, ebenfalls ein Empfängnisverhütungsmittel, der Firma B- U- zum Vertrieb gegeben habe, und forderte ihn auf, diesen Betrieb einzustellen und die getroffenen Abmachungen zu annullieren

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Am 6. November 1968 entzog der Beklagte der Klägerin das Vertriebsrecht für Anti-Storchen-Spray und erklärte die Geschäftsverbindung für beendet. Die Klägerin focht am 12. November 1968 die Verträge vom 19. Februar 1968 und 3. Mai 1968 wegen arglistiger Täuschung an, erklärte hilfsweise die Kündigung und verlangte Rückzahlung von 30 000 DM und Rückgabe der dem Beklagten gegebenen Wechsel.

Da der Beklagte diesem Verlangen nicht nachkam, erhob sie Klage auf Zahlung von 30 300 DM nebst Zinsen. Das Landgericht gab der Klage statt. Das Berufungsgericht wies die Berufung zurück. Auf die Anschlußberufung der Klägerin, mit der diese weiter Rückzahlung des Kaufpreises für die abgenommenen 5 000 Flaschen Anti-Storchen-Spray und Schadensersatz, insgesamt 62 241,63 DM, sowie Herausgabe der drei Wechsel über insgesamt 19 700 DM forderte, änderte es das Urteil des Landgerichts ab und verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 48 800 DM nebst Zinsen, davon 17 000 DM Zug um Zug gegen Rückgabe von 5 000 Flaschen Anti-Storchen-Spray, und Herausgabe von drei Wechseln über insgesamt 19 700 DM.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sowie die Kaufleute M[REDACTED] und H[REDACTED] hätten als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Verträge mit dem Beklagten geschlossen. Dennoch könne die Klägerin allein und auf Leistung an sich klagen, weil die von M[REDACTED] und H[REDACTED] erklärte Abtretung ihrer Ansprüche gegen den Beklagten an die Klägerin als Auseinandersetzung der Gesellschaft anzusehen sei. Diese rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von der Revision nicht beanstandet.

II. Nach Auffassung des Berufungsgerichts greift die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht durch. Jedoch sei die in dem Schreiben vom 12. November 1968 hilfsweise ausgesprochene Kündigung als Rücktrittserklärung auszulegen. Die Klägerin sei auch nach den §§ 437, 440 Abs. 1, 326 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen, weil der Beklagte seiner Verpflichtung zur Übertragung des Alleinverkaufsrechts für Anti-Storchen-Spray nicht nachgekommen sei. Bei dem der Firma B[REDACTED] U[REDACTED] zum Alleinversand zugesagten Happy-Spray handle es sich nämlich um dasselbe Mittel wie bei Anti-Storchen-Spray, was der Beklagte im Grunde nicht bestritten habe. Der Umstand, daß die Firma B[REDACTED] U[REDACTED] das Mittel unter anderem Namen vertrieben habe, sei ohne Bedeutung. Daß die Klägerin, M[REDACTED] und H[REDACTED] bei Abschluß der Verträge um die Vergabe der Versandvertriebsrechte für das Mittel unter anderem Namen an die

Firma B [REDACTED] U [REDACTED] gewußt hätten, sei nicht bewiesen. Die Vertragsbeziehungen seien mithin durch die Rücktrittserklärung der Klägerin und nicht durch das Schreiben des Beklagten vom 6. November 1968 beendet worden. Dem Beklagten ständen Schadensersatzansprüche aus § 326 BGB nicht zu, weil er selbst nicht vertragstreue gewesen sei. Mit den von ihm behaupteten Schadensersatzansprüchen aus dem Geschäft über Blumen - Frisch - Spray könne er mangels Gegenseitigkeit der Forderungen nicht aufrechnen.

Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision sind unbegründet.

1. Die Auslegung des Schreibens des Rechtsanwalts Dr. G [REDACTED] vom 12. November 1968 durch das Berufungsgericht, das die hilfsweise ausgesprochene Kündigung als Rücktrittserklärung angesehen hat, ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich. Denn in dem Schreiben wurde geltend gemacht, daß die Verträge von Anfang an unwirksam seien.

2. Der Rücktritt der Klägerin war gemäß §§ 437, 440, 326 Abs. 1 BGB berechtigt, weil der Beklagte entgegen seiner Angabe nicht das Alleinverkaufsrecht für Anti-Storchen-Spray übertragen hatte.

a) Das Berufungsgericht hat auf Grund des Schreibens des Beklagten vom 6. Januar 1968 sowie seines schriftsätzlichen Vorbringens mit Recht angenommen, daß es sich bei Anti-Storchen-Spray und Happy-Spray um dasselbe Mittel handelt.

In dem Schreiben an die Firma B[REDACTED] U[REDACTED] vom 6. Januar 1968 hatte der Beklagte dieser das Alleinversandvertriebsrecht für Anti-Storchen-Spray unter der Bezeichnung "happy" übertragen. In seinen Schriftsätzen hatte der Beklagte lediglich vorgetragen, daß das Mittel Happy-Spray unter einem anderen Namen vertrieben werde und im Arzneimittelspezialitätenregister des Bundesgesundheitsamts eigens registriert sei, so daß es sich um zwei verschiedene Mittel, zumindest um Mittel unter einem andern Namen handle.

Das Berufungsgericht konnte danach annehmen, daß es sich bei Anti-Storchen-Spray und Happy-Spray um dasselbe Mittel handelte, das lediglich unter verschiedenem Namen vertrieben wurde. Es war nicht nach § 139 ZPO verpflichtet, darauf hinzuweisen, daß es nach seiner Auffassung darauf ankomme, ob Anti-Storchen-Spray und Happy-Spray dasselbe Mittel waren. Denn es konnte nicht erkennen, daß der Beklagte dazu weitere Behauptungen aufstellen oder Beweismittel hätte beibringen können und wollen.

b) Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, daß der Verkauf von Happy-Spray an die Firma B[REDACTED] U[REDACTED] selbst dann, wenn es sich um dasselbe Mittel wie Anti-Storchen-Spray handle, nicht vertragswidrig sei, weil beide Präparate unter verschiedener Bezeichnung und in verschiedener Verpackung in den Handel gelangten und unter verschiedenen Registernummern beim Bundesgesundheitsamt angemeldet seien. Die Zusage des Alleinvertriebs- oder Alleinverkaufsrechtes für ein bestimmtes Gebiet enthält grundsätzlich die

Verpflichtung des Herstellers, unmittelbare Lieferungen in dieses Gebiet zu unterlassen (Ulmer, Der Vertragshändler 1969 S. 428). Dieser Verpflichtung kann der Hersteller sich nicht dadurch entziehen, daß er das Erzeugnis, für das er ein Alleinvertriebs- oder Alleinverkaufsrecht zugesagt hat, unter anderer Bezeichnung und in anderer Aufmachung in das Vertragsgebiet liefert. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist hier zudem zu berücksichtigen, daß die Klägerin, M. [REDACTED] und H. [REDACTED] sich verpflichtet hatten, zwei Millionen Flaschen Anti-Storchen-Spray abzunehmen und keine Konkurrenzmittel zu verkaufen. Unter diesen Umständen mußten die Vertragspartner des Beklagten Wert darauf legen, daß sie bei ihren Bemühungen um den Vertrieb des Anti-Storchen-Sprays nicht deshalb auf Schwierigkeiten stießen, weil der Beklagte dasselbe Mittel unter anderm Namen und in anderer Aufmachung unmittelbar in das Vertragsgebiet lieferte. Ob der Kundenkreis der Firma B. [REDACTED] U. [REDACTED] ein anderer war als derjenige, an den sich die Klägerin, M. [REDACTED] und H. [REDACTED] gewendet hatten, kann dahingestellt bleiben. Denn diese waren angesichts ihrer erheblichen Abnahmeverpflichtung daran interessiert, daß nur sie dieses Empfängnisverhütungsmittel auf den Markt bringen konnten.

c) Entgegen der Auffassung der Revision ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin, M. [REDACTED] und H. [REDACTED] hätten auf Grund des Schreibens des Beklagten vom 14. März 1968 nicht erkennen können, daß dieser das Versandvertriebsrecht für Anti-Storchen-Spray der Firma B. [REDACTED] U. [REDACTED] übertragen hatte, rechtlich

nicht zu beanstanden. Zugunsten des Beklagten ist zwar zu unterstellen, daß dieses Schreiben der Klägerin zugegangen ist. Wie das Berufungsgericht indessen ohne Rechtsverstoß ausgeführt hat, erweckte das Schreiben den Anschein, daß es sich bei Happy-Spray um ein anderes Mittel handle, das der Beklagte lediglich abfüllen lasse.

3. Die Ausübung des Rücktrittsrechts war entgegen der Ansicht der Revision nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin selbst nicht vertragstreu war. Wie der Bundesgerichtshof, insbesondere der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat, gibt es nicht den Rechtssatz, daß eigene Vertragstreue Voraussetzung der Geltendmachung von Rechten aus einer Vertragsverletzung des anderen Teils ist (vgl. BGH Urteil vom 2. Juli 1971 - I ZR 43/70 = NJW 71, 1749 und vom 14. Juli 1971- VIII ZR 49/70 = NJW 1971, 1747). Es läßt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles beurteilen, ob die Geltendmachung von Rechten gegen Treu und Glauben verstößt. Wird der Rücktritt nicht wegen Leistungsstörungen, sondern auf Grund der §§ 437, 440 Abs. 1, 326 BGB erklärt, so werden jedenfalls in der Regel die Rechte aus § 326 BGB nicht durch eigene Vertragsuntreue ausgeschlossen. Denn es verstößt auch dann nicht gegen Treu und Glauben, daß der Käufer eines Rechts, das nicht oder nicht so besteht, wie der Verkäufer angegeben hat, vom Vertrage zurücktritt, wenn er selbst nach Vertragsabschluß nicht vertragstreu war.

4. Entgegen der Ansicht der Revision war der Beklagte zuerst vertragsuntreu. Wie dargelegt wurde, verstößt es allerdings nicht in jedem Fall gegen Treu und Glauben, wenn ein selbst nicht vertragstreuer Vertragspartner aus einer Vertragsverletzung des anderen Teils Rechte herleiten will. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Dem Berufungsgericht ist indessen im Ergebnis darin beizupflichten, daß dem Beklagten die Rechte aus § 326 BGB nicht zustanden. Denn er hatte der Klägerin, M. [REDACTED] und H. [REDACTED] das Alleinverkaufsrecht für Anti-Storchen-Spray zugesagt, obwohl er zuvor das Alleinversandvertriebsrecht der Firma B. [REDACTED] U. [REDACTED] übertragen hatte. Infolgedessen war es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, die Rechte aus § 326 BGB geltend zu machen, wenn die Klägerin ihrer Abnahmeverpflichtung nicht nachkam.

5. Dem Berufungsgericht ist somit darin beizupflichten, daß nach dem Rücktritt der Klägerin die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind. Die Klägerin kann weiter unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß die Kosten für die Beauftragung der Rechtsanwälte Dr. T. [REDACTED], G. [REDACTED] und B. [REDACTED] in Höhe von 1 500 DM als Schadensersatz fordern. Dieser Anspruch ist nicht durch den Rücktritt ausgeschlossen. Die Klägerin will insoweit lediglich so gestellt werden, wie sie gestanden hätte, wenn die Verträge mit dem Beklagten nicht geschlossen worden wären. Ein derartiger Anspruch ist vom Zustandekommen des Vertrages unabhängig. Er kann also auch bestehen, wenn der Vertrag rückgängig gemacht worden ist, wie der Senat bereits in dem nicht veröffentlichten Urteil vom 15. Dezember 1965 - VIII ZR 22/64 S.19 - entschieden hat.

6. Mit etwaigen Schadensersatzansprüchen wegen des Mittels Blumen-Frisch-Spray kann der Beklagte nicht gegenüber der Klägerin aufrechnen, weil es an der Gegenseitigkeit fehlt. Da ein Kaufvertrag über dieses Mittel allenfalls zwischen dem Beklagten und M■■■■-H■■■■ bestand, richten sich auch etwaige Schadensersatzansprüche gegen diese. Eine Aufrechnung mit diesen Schadensersatzansprüchen ist nicht auf Grund des § 406 BGB möglich, wie die Revision meint. Diese Bestimmung soll den Schuldner gegen die nachteiligen Folgen einer Abtretung schützen und ihm die Aufrechnungslage erhalten, indem ihm die Aufrechnung mit einer gegen den bisherigen Gläubiger bestehenden Forderung auch gegen den neuen Gläubiger gestattet wird. Hier war aber gemäß § 719 Abs.2 BGB vor der Abtretung eine Aufrechnungslage nicht gegeben, weil die aus der Klägerin, M■■■■ und H■■■■ bestehende Gesellschaft eine Forderung gegen den Beklagten hatte, dessen etwaige Forderung sich aber allein gegen M■■■■-H■■■■ richtete.

III. Die Revision war mithin zurückzuweisen.
Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Claßen

Mormann

Braxmaier

Hoffmann