

BUNDESGERICHTSHOF

2127 034

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 69/64

URTEIL

Verkündet am

2. November 1966
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Andreas Z [REDACTED] in Wü [REDACTED], L [REDACTED]-
straße ■,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Walther Sch [REDACTED], Verlag, Inhaber Verlags-
kaufmann Walther Sch [REDACTED], in W [REDACTED], Se [REDACTED] ■,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 5. Dezember 1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Verlagsunternehmen in W■■■■, übertrug die Alleinauslieferung ihrer Verlagsproduktion für "Westdeutschland" der Firma Verlagsauslieferung Z■■■■ & Co. in Wü■■■■, deren Alleininhaber seit 1955 der jetzige Beklagte war. Diese Firma bezog seit 1. Juli 1953 die jeweils von ihr benötigten Bücher zum Weiterverkauf von der Klägerin. Nachdem die Klägerin häufiger beanstandet hatte, daß Zahlungsrückstände aufliefen, teilte sie mit Schreiben vom 4. September 1962 dem Beklagten mit, daß sich aus ihrer Abrechnung für den 11. September 1962 eine fällige Schuld in Höhe von 22 505,81 DM ergebe. Zur Zahlung dieses Betrages setzte sie ihm eine Frist bis zum 20. September 1962 mit der Erklärung, sie werde die Geschäftsbeziehungen als gelöst ansehen, wenn bis zu diesem Termin keine befriedigende Regelung erfolge. Da jede Zahlung ausblieb, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom

- 3 -

21. September 1962 die Geschäftsverbindung mit dem Beklagten als beendet. Den genannten Saldobetrag nebst Zinsen forderte sie mit Zahlungsbefehl vom 26. September 1962, der gegen die Firma Z [REDACTED] & Co. sowie den jetzigen Beklagten beantragt und erlassen wurde. Im Einspruchverfahren gegen den Vollstreckungsbefehl vom 5. Oktober 1962 wurden die Klageanträge und ihre Begründung mehrfach geändert.

Die Klägerin machte u.a. geltend, sie sei durch den Zahlungsverzug des Beklagten in eine schwierige Lage versetzt worden und habe deshalb Ende August 1962 einen Kontokorrent-Kredit in Höhe von 100 000 Schilling aufgenommen, der ihr durch Schreiben des Kreditvereins der Zentralsparkasse der Gemeinde W [REDACTED] vom 3. September 1962 bewilligt worden sei. Hierdurch seien Bankspesen in Höhe von 5 527 öS. = 857 DM entstanden. Der Beklagte bestritt, zum Ersatz dieses Betrages verpflichtet zu sein. Er forderte im Wege der Aufrechnung Schadensersatz wegen Gewinnentganges, weil die Klägerin vor der Vertragsauflösung bei ihr bestellte Bücher der Firma Z [REDACTED] & Co. nicht geliefert und es Anfang Oktober 1962 abgelehnt habe, die bis zur Vertragsauflösung am 20. September 1962 beim Beklagten eingegangenen Bestellungen zu übernehmen und diese durch Zahlung der sog. Zwischengewinne abzulösen. Als Schadensersatz verlangte der Beklagte schließlich den Betrag von 8 304 DM.

Das Landgericht verurteilte zur Zahlung von 14 560,90 DM nebst 8,5 % Zinsen aus 16 560,90 DM seit 1. Januar 1963 bis 10. April 1963 und ab 11. April 1963 aus 14 560,90 DM. Es erachtete den Anspruch aus dem Betrag von 857 DM für begründet, die Aufrechnungsforderung dagegen für unbegründet.



Mit dem Berufungsantrag begehrte der Beklagte die Abweisung der zugesprochenen Klageforderung in Höhe von mehr als 5 399,90 DM nebst 8,5 % Zinsen seit 1. Januar 1963.

Das Oberlandesgericht änderte die Urteilsformel, bestätigte jedoch die Verurteilung des Beklagten. Mit der Revision erstrebt dieser dem Berufungsantrag entsprechend Klageabweisung, soweit er zur Zahlung von mehr als 5 399,90 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Oberlandesgericht hat, wie schon das Landgericht, zur Bezahlung des Betrages von 857 DM (Bankspesen wegen Verzuges des Beklagten) verurteilt. Die Revision rügt, der Anspruch sei nicht gerechtfertigt. Die Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte am 27. August 1962 unbestritten mit Verbindlichkeiten in Höhe von 20 134,81 DM in Verzug war, und entnimmt dem Schreiben des Kreditvereins der Zentralsparkasse der Gemeinde W. vom 3. September 1962, daß die Klägerin am 27. August 1962 um einen Kredit von 100 000 Schilling nachgesucht hatte, der ihr in dem Schreiben vom 3. September 1962 bewilligt wurde. Daraus folgert das Berufungsgericht, daß der Verzug des Beklagten die Klägerin veranlaßt hat, den Kreditantrag zu stellen. Die Revision hält diese Begründung für unzureichend. Nach ihrer Ansicht hätte die Klägerin dartun müssen, daß der angebliche Rückstand die Aufnahme eines so teuren Kredits nach der Geschäftslage

ihres Betriebes notwendig gemacht habe. Auch die Klägerin sei sich dessen bewußt gewesen, weil sie für die Notwendigkeit eines Überbrückungskredites Beweis angeboten habe.

Die Bedenken der Revision schlagen deshalb nicht durch, weil das Berufungsgericht aus den von ihm gewürdigten Tatsachen und Umständen geschlossen hat und schließen durfte, daß der Klägerin dieser weitere Schaden als adäquate Folge des Verzuges der Beklagten entstanden ist. Es hat dabei das ihm nach § 287 ZPO zustehende Ermessen nicht überschritten und weder hierbei noch hinsichtlich der zugesprochenen Zinsen die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins angewendet, wie die Revision meint.

II. Weitere Rügen der Revision richten sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung des Beklagten für unbegründet ansieht.

Das Berufungsgericht führt zunächst aus, daß die Klägerin in den letzten Monaten vor der Vertragsauflösung weitere Lieferungen an die Firma Z[REDACTED] & Co. wegen des entstandenen Zahlungsverzuges verweigern durfte. Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsfehler. Soweit die Revision geltend macht, die Klägerin hätte jedenfalls insoweit weitere Auslieferungen vornehmen müssen, als ihr nach Behauptung des Beklagten Vorkasse angeboten worden sei, ist dieses Vorbringen deshalb unerheblich, weil dieses Angebot der Klägerin erst in einer Unterredung Anfang Oktober 1962 gemacht worden sein soll, als sie sich bereits rechtswirksam von dem Vertragsverhältnis mit der Firma Z[REDACTED] & Co. gelöst hatte.

Die Revision macht aber ferner geltend, bei den Büchern, die nur von der Klägerin zu beziehen gewesen seien, hätte sie, trotz Auflösung des Vertragsverhältnisses den Beklagten nicht auf Bestellungen sitzenlassen dürfen, die bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses von ihm eingebracht worden seien. Denn es sei handelsüblich, wie der Beklagte bereits im ersten Rechtszuge vorgetragen habe, Vertragsverhältnisse der vorliegenden Art auch noch nach deren Beendigung so abzuwickeln, daß der Verleger die vom Auslieferer bis zur Vertragsauflösung entgegengenommenen Bestellungen übernehme und ihn dafür in Höhe der sonst entgehenden Zwischengewinne entschädige. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob ein solcher Handelsbrauch besteht. Es begründet dies damit, daß das entsprechende Vorbringen des Beklagten in der Berufungsschrift gemäß § 529 Abs. 2 ZPO verspätet sei. Demgegenüber rügt die Revision zutreffend, daß sich der Beklagte bereits im ersten Rechtszuge auf entsprechende handelsübliche Gepflogenheiten und Handelsbrauch berufen hat. Deshalb entfällt die Möglichkeit, das entsprechende Vorbringen in der Berufungsschrift, soweit der Beklagte sich auch dort auf Handelsbrauch berufen hat, gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückzuweisen.

Trotzdem ist dem Berufungsgericht im Ergebnis beizutreten.

1. Der Vertrag zwischen den Parteien über die Alleinauslieferung von Büchern war durch das Schreiben der Klägerin vom 21. September 1962 beendet worden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, berechtigt war, gemäß § 326 BGB

(oder in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift) von dem Verträge mit dem Beklagten zurückzutreten oder ob das Recht zur Lösung dieses zwischen den Parteien begründeten Dauerschuldverhältnisses als Recht zur Kündigung aus wichtigem Grunde aufgrund des § 242 BGB oder in entsprechender Anwendung des § 89 a HGB der Klägerin zuzubilligen ist. Jedenfalls bestanden ab Beendigung des Allein- auslieferungsvertrages grundsätzlich keine Vertragsansprüche des Beklagten auf Belieferung durch die Klägerin.

2. Selbst wenn ein Handelsbrauch bestünde, daß bei Beendigung eines derartigen Vertrages die schon hereingeholten Bestellungen noch zu beliefern seien, könnte hier der Beklagte kein Recht auf weitere Belieferung gehabt haben. Denn wenn die Klägerin nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts bereits in den letzten Monaten vor Beendigung des Vertrages weitere Lieferungen gemäß § 320 BGB verweigern durfte, so greift dieses Recht erst recht für die nachvertraglichen Ansprüche ein. Daß der behauptete Handelsbrauch auch § 320 BGB ausräume, hat der Beklagte selbst nicht behauptet.

3. Das Weigerungsrecht aus § 320 BGB bestand auch trotz des Angebots des Beklagten, Vorkasse zu leisten. Dieses Angebot genügte deshalb nicht, weil der Beklagte auch die alten Schulden hätte zahlen müssen. Das gilt jedenfalls hier, wo die alten Schulden so beträchtlich waren. Der Klägerin war auch nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, sich auf eine spätere Abdeckung der alten Schulden vertrösten zu lassen.

4. Auslieferungen durch den neuen Auslieferer für Rechnung des Beklagten konnte dieser schon deshalb nicht verlangen, weil der neue Auslieferer hierzu nicht bereit war, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hatte.

5. Die Revision versucht, einen Anspruch auf Ablösung und Entschädigung der in Rede stehenden Aufträge darauf zu stützen, daß das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien einem Handelsvertreterverhältnis gleichzustellen sei. Nach dem Vortrag des Beklagten, der unwidersprochen geblieben sei, soll es ihm vertraglich verboten gewesen sein, für andere Firmen eine ähnliche Tätigkeit zu entfalten. Er habe sich ferner verpflichtet, den Bedarf und Umsatz an Tieck-Büchern im Interesse der Klägerin durch eine kostspielige Tätigkeit zu steigern. Den Bestellungen der geworbenen Kunden habe der durch den Rahmenvertrag begründete Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin auf Lieferung der Bücher zu ermäßigtem Preise gegenübergestanden. Der Anspruch habe schon bestanden, als dem Beklagten die Rücktrittserklärung der Klägerin zugeing.

Aus solcher Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ergibt sich jedoch entgegen der Auffassung der Revision der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht. Auch wenn davon auszugehen wäre, daß der Auslieferungsvertrag zwischen der Klägerin und der Firma Z [REDACTED] & Co diese verpflichtete, sich um die Verbreitung der von der Klägerin zu beziehenden Tieck-Bücher im Vertragsgebiet zu bemühen und hierfür zu werben, so wäre die Klägerin zur Belieferung ihres Vertragspartners mit Büchern doch nur dann verpflichtet gewesen, wenn dieser seine Vertragspflichten erfüllt hätte.

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz stand dem Beklagten nicht zu. Er allein hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts es zu vertreten, daß das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien beendet wurde, und muß daher auch die Nachteile tragen, die sich daraus ergaben, daß die Klägerin die Alleinauslieferung für das Vertragsgebiet einer anderen Firma übertrug.

6. Der Klägerin ist auch nicht vorzuwerfen, daß sie im Börsenblatt vom 9. Oktober 1962 den Sortimentern bekanntgab, sie habe nach Lösung der Verbindung mit der Firma Z [REDACTED] & Co. die Auslieferung ab sofort der Hamburger Kommissionsbuchhandlung GmbH übertragen. Wenn damit, wie die Revision geltend macht, den Gebräuchen im Buchhandel entsprechend klar war, daß die Sortimenter ihre von der Firma Z [REDACTED] nicht mehr auszuführenden Bestellungen beim neuen "Kommissionär" aufgeben konnten, so ergibt sich daraus noch nicht, daß die Art der Anzeige im Börsenblatt zu beanstanden sei.

7. Aus diesen Gründen kann der Beklagte nicht mit der Behauptung Erfolg haben, die Klägerin hätte dafür sorgen müssen, daß er nicht auf den Bestellungen sitzenblieb, die bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses von ihm hereingebracht waren. Ihm ist aus Rechtsgründen auch ein Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz zu versagen.

III. Erweisen sich somit sämtliche Angriffe der Revision im Ergebnis als unbegründet, so war das Rechts-

mittel des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO
als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haidinger Artl Dr. Mezger

Dr. Messner Braxmaier