

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 72/73

URTEIL

Verkündet am
13. Mai 1974
Scheibl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma T [REDACTED] - W e r k Adolf N [REDACTED] GmbH & Co. KG
in S [REDACTED] - A [REDACTED], H [REDACTED] Weg [REDACTED], vertreten durch
ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma N [REDACTED] Ge-
sellschaft mit beschränkter Haftung, diese vertreten durch ihre
Geschäftsführer Wolfgang H [REDACTED] und Peter Z [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma W [REDACTED] Waffeln Kaugummi und Süßwaren-Gesellschaft
mbH in F [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Kurt P [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Hoffmann und Wolf

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 14. Februar 1973 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die vorliegende Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) richtet sich gegen das im Verfahren des Landgerichts Frankfurt - 3/6 O 165/68 - ergangene rechtskräftige Versäumnisurteil vom 3. Oktober 1968, wonach die jetzige Klägerin 50 000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 15. Juni 1968 sowie 236,87 DM Wechselunkosten an die jetzige Beklagte zu zahlen hat. Folgender Sachverhalt liegt zugrunde:

Die Klägerin, die mit Süßwaren und mit Süßwaren-Automaten handelt, beauftragte im Januar 1966 die Beklagte mit der Herstellung und Lieferung von 10 000 Kaugummi-Automaten zum Preise von 1 880,73 DM für je 100 fertiger Automaten. Außerdem sollte die Beklagte

- 3 -

die für die Fabrikation der Automaten benötigten Werkzeuge (Gußformen) herstellen oder beschaffen; die Klägerin hatte dafür gesondert 50 900 DM zu zahlen und sollte nach der Abwicklung des Automatenlieferungsauftrages die Formen zum Verbleib erhalten. Im Schreiben vom 20. Januar 1966 versprach die Beklagte, mit der Auslieferung der zu den Automaten gehörenden Münzprüfer am 10. Mai 1966, mit der Auslieferung der Automatengehäuse am 10. September 1966 zu beginnen.

In den Geschäftsbedingungen der Beklagten, die auf Verlangen der Klägerin für den vorliegenden Auftrag in mehreren Punkten abgeändert wurden, heißt es u.a.:

"3. a) ...

Wir sind erst dann zu neuen Teillieferungen verpflichtet, wenn alle vorhergehenden Lieferungen voll bezahlt sind.

b) Geraten wir in Verzug, so ist der Besteller berechtigt, eine angemessene Nachfrist zu setzen und nach deren ergebnislosem Ablauf vom Vertrag zurückzutreten.

c) Falls wir länger als 3 Monate in Verzug geraten, sind wir verpflichtet, die Formen dem Besteller herauszugeben.

4. a) ...

b) ...

c) Für die Dauer eines Jahres ... wird eine monatlich zu liefernde Menge von 1 500 Stück festgelegt. ...

10. a) ...

b) ...



- c) Der Besteller ist nicht berechtigt, Zahlungen wegen irgendwelcher Gegenansprüche einschließlich der Gewährleistungsansprüche zurückzuhalten oder aufzurechnen.

12. a) ...

- b) Werden Modelle, Gießwerkzeuge und andere Formeinrichtungen von uns im Auftrag des Bestellers angefertigt oder beschafft, stellen wir hierfür die Kosten in Rechnung.

Die Modelle und Gießwerkzeuge werden ausschließlich für Lieferungen an den Besteller verwendet, solange dieser seine Verpflichtungen uns gegenüber erfüllt. Sind seit der letzten Lieferung drei Jahre vergangen, sind wir zur weiteren Aufbewahrung nicht verpflichtet."

Bis Ende 1967 hatte die Klägerin von den bestellten 10 000 Automaten nur 1 000 bis 2 000 Stück erhalten, die meisten erst im November und Dezember 1967 und diese weitgehend unmontiert; erst mit einer letzten Lieferung vom 29. April 1968 waren die für den Zusammenbau dieser Automaten erforderlichen Einzelteile bei der Klägerin vorhanden. Für die Lieferungen wurden der Klägerin insgesamt 32 246,71 DM in Rechnung gestellt.

Darauf zahlte die Klägerin nichts, erhielt aber auch keine weiteren Lieferungen. Durch Anwaltschreiben vom 26. Juni 1968 verlangte die Beklagte Zahlung der 32 246,71 DM und weiterer 16 500 DM für noch gelagerte Waren. Als die Klägerin darauf nicht reagierte, erhob

die Beklagte auf Grund des im Dezember 1967 erhaltenen Wechsels Zahlungsklage und erstritt das eingangs genannte Versäumnisurteil vom 3. Oktober 1968. Die Parteien sind heute darin einig, daß dieses Urteil wirksam zugestellt und rechtskräftig geworden ist.

Im Frühjahr 1969 veräußerte die S. [REDACTED] GmbH die für die Lieferungen an die Klägerin bestimmten Werkzeuge (Formen) an ein anderes Unternehmen, das sie nach unwidersprochenem Vortrag der Klägerin alsbald zur Herstellung von Automaten benutzte. Die Klägerin behauptet, ihr sei durch das Vorgehen der S. [REDACTED] GmbH ein beträchtlicher Schaden entstanden; hierfür habe die Beklagte einzustehen. Mit diesen Schadensersatzansprüchen rechnet die Klägerin auf und beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 3. Oktober 1968 für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte weist auf die noch unbezahlten Lieferungen hin, stellt eine Verpflichtung zur Aufbewahrung der Formen in Abrede, bestreitet die Erzielung nennenswerter Einnahmen aus der Veräußerung der Formen und ist der Auffassung, die Klägerin hätte ihre angeblichen Rechte auf Aushändigung der Formen schon im Sommer 1968 gegenüber der Wechselklage geltend machen können und müssen; heute könne die Klägerin mit dieser Begründung die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Versäumnisurteil vom 3. Oktober 1968 nicht mehr verhindern (§ 767 Abs. 2 ZPO).

Das Landgericht hat die Vollstreckungsabwehrklage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Vollstreckungsabwehrklage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Nach Annahme des Berufungsgerichts ist der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch erst im Frühjahr 1969 entstanden, als die S. [REDACTED] GmbH die Formen veräußerte. Dem ist zuzustimmen. Entgegen der Auffassung der Revision brauchte die Klägerin ihre Rechte bezüglich der Formen nicht schon im Wechselprozeß, der zum Versäumnisurteil vom 3. Oktober 1968 führte, geltend zu machen.

1. Zugunsten der Revision ist davon auszugehen, daß der in Ziffer 10 c der Geschäftsbedingungen vereinbarte Ausschluß von Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechten schon vor Einklagung des Wechsels hinfällig geworden war, weil die S. [REDACTED] GmbH (Erfüllungsgehilfin der Beklagten) bereits vorher ihre Lieferungen an die Klägerin endgültig eingestellt hatte. Eine Gesamtbereinigung aller Ansprüche der Parteien bot sich damals zwar als sachdienlich an, wurde aber nicht vorgenommen. Für den Erfolg der Vollstreckungsabwehrklage kommt es hierauf nicht an: Im Vorprozeß waren Ansprüche der Beklagten auf Bezahlung gelieferter Automaten nicht geltend gemacht, und der eingeklagte Wechsel diente nicht der Sicherung solcher Kaufpreisan-

sprüche, er war vielmehr von der Klägerin ausgestellt worden, um den Anspruch der Beklagten auf gesonderte Bezahlung der von ihr hergestellten Formen zu sichern.

2. Die Abmachungen der Parteien im Vertrag von 1966 über die Automaten einerseits und über die zu ihrer Herstellung benötigten Formen anderseits waren nämlich inhaltlich durchaus unterschiedlich, sachlich voneinander abgegrenzt und rechtlich weitgehendst selbstständig. Die Absprachen über die Formen betrafen deren baldige Herstellung oder Beschaffung durch die Beklagte, die gesonderte Berechnung und Bezahlung sowie den späteren Verbleib. Bezüglich der Kosten für die Formen war die Klägerin vorleistungspflichtig, und sie zahlte auch alsbald den dafür vertraglich festgesetzten Betrag von 50 900 DM. Als die Herstellung von Automaten sich um Jahre verzögerte, erhielt die Klägerin auf ihr Drängen 50 000 DM von der Beklagten zurück, jedoch nur gegen Ausstellung des später eingeklagten Wechsels gleichen Betrages. Eine Verrechnung mit Ansprüchen der Beklagten aus kleineren Lieferungen von Automaten, die bei Rückzahlung der 50 000 DM und Ausstellung des Wechsels an sich möglich gewesen wäre, unterblieb. Mögen die Parteien auch von einem "Darlehn" an die Klägerin gesprochen haben, so erfolgte die Wechselbegebung doch unstreitig zu dem Ziel, den durch Rückgabe der 50 000 DM wieder aufgelebten vertraglichen Anspruch der Beklagten auf Bezahlung der Kosten für die Formen zu sichern.

3. a) Im Nachverfahren des Wechselprozesses hätte die Klägerin geltend machen können, gegenüber dem An-

spruch der Beklagten auf Bezahlung der Formen stehe ihr ein Anspruch auf deren Herausgabe zu. Damit konnte sie jedoch allenfalls eine Zug-um-Zug-Verurteilung (§ 322 BGB) erreichen, nicht eine Abweisung der damaligen Zahlungsklage. Was sie heute verlangt, geht in der Sache weiter, denn sie stellt eine Verpflichtung zur Bezahlung der Formen in Abrede. Schon deshalb ist ihre jetzt gegenüber dem titulierten Anspruch vorgebrachte Einwendung eine andere, als die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB, die sie schon im Wechselprozeß hätte vorbringen können.

b) Auch wenn man annimmt, daß schon bei Erhebung der Wechselklage der Anspruch der Beklagten auf Bezahlung der Formen in seinem Fortbestand dadurch betroffen war, daß die S. [REDACTED] GmbH die weitere Belieferung der Beklagten mit Automaten bereits abgelehnt hatte, ist die Klägerin dadurch, daß sie diesen Einwand im damaligen Wechselprozeß nicht geltend machte, nicht daran gehindert, sich nunmehr gegenüber dem Verlangen der Beklagten auf Bezahlung der Formen darauf zu berufen, daß die Beklagte zwischenzeitlich durch ihre Erfüllungsgehilfin (§ 278 BGB) die Formen an Dritte veräußert hat und deshalb nach § 280 BGB Schadensersatz leisten muß. Erst seit Veräußerung der Formen im Frühjahr 1969 war eine Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche und damit die Aufrechnungslage gegeben, so daß die Klägerin nunmehr aufrechnen kann (§ 387 BGB).

c) Auf Grund dieser neuen Sachlage kann die Klägerin die Unterlassung der Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 3. Oktober 1968 verlangen. § 767 Abs. 2 ZPO und das passive Verhalten der Klägerin im Wechsel-

prozeß bei Wahrung ihrer Rechte hinsichtlich der Formen stehen solchem Verlangen nicht entgegen.

Die genannte Vorschrift fordert, daß die "Gründe", auf denen die Einwendungen "beruhen", die der Vollstreckungsabwehrkläger gegen den titulierten Anspruch vorbringt, erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses "entstanden" sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Das passive Verhalten der Beklagten im Wechselprozeß und die Hinnahme des Versäumnisurteils haben hiernach zur Folge, daß die Klägerin eine Vollstreckungsabwehrklage nicht darauf stützen kann, schon der bloße Abbruch der Geschäftsbeziehungen habe den Anspruch der Beklagten auf gesonderte Bezahlung der Formen vernichtet oder sonstwie im Sinne des § 767 ZPO "betroffen".

Nur ein Klagevorbringen vorgenannten Inhalts wäre nach § 767 Abs. 2 ZPO prozessual unzulässig. Darum geht es hier aber nicht. Die Klägerin macht geltend, nach Erlaß des Versäumnisurteils, nämlich im Frühjahr 1969, habe die Schick GmbH die Formen an Dritte veräußert, dies habe die Beklagte nach § 278 BGB zu vertreten; erst hierdurch sei an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe der Formen ein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB getreten, und erst jetzt habe sie - Klägerin - gegenüber der titulierten Forderung der Beklagten aufrechnen können.

Ein Vorbringen dieses Inhalts wird von der Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO nicht erfaßt. § 767 Abs. 2 ZPO verlangt, daß die im späteren Verfahren zur

Klagebegründung vorgebrachte Einwendungen auf "Gründen", d.h. auf tatsächlichen Gegebenheiten beruhen, die schon im Vorprozeß "entstanden" waren. Daran fehlt es hier. Die Klägerin konnte im Wechselprozeß (1968) nicht geltend machen, daß die Beklagte die an sie - Klägerin - herauszugebenden Formen an Dritte veräußert habe, denn dies geschah erst im Frühjahr 1969. Während des Wechselprozesses konnte die Klägerin sich darauf verlassen, daß sie im Falle einer Verurteilung gegen Zahlung der Wechselsumme die ihr gebührenden Formen erhalten werde.

Nach allem ist die nach Veräußerung der Formen erklärte Aufrechnung der Klägerin mit einem durch ebendiese Veräußerung entstandenen Schadensersatzanspruch (§ 280 BGB) nicht nur materiell wirksam, sondern auch zur Begründung einer hierauf gestützten Vollstreckungsabwehrklage prozessual (§ 767 ZPO) zulässig.

II. Was die Höhe der aufgerechneten Schadensersatzansprüche betrifft, so hat die Beklagte nicht substantiiert bestritten, daß die Klägerin für eine Neubeschaffung der Formen heute rund 100 000 DM aufwenden müßte, mithin einen Betrag, der die im Versäumnisurteil festgestellten Ansprüche der Beklagten erheblich übersteigt. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Klägerin durch die Veräußerung der Formen einen über den Sachverlust hinausgehenden weiteren Schaden (etwa Verdienstausschlag) erlitten hat.

III. Gegenüber diesen Schadensersatzansprüchen, welche die Klägerin gegen die titulierte Forderung aufgerechnet hat, kann die Beklagte ihrerseits nicht etwaige Forderungen auf Bezahlung gelieferter Automaten in das jetzige Verfahren einführen. Solche Ansprüche der Beklagten betreffen nämlich nicht den im Versäumnisurteil festgestellten wechselrechtlichen Anspruch und auch nicht den der Wechselbegebung zugrunde liegenden kaufrechtlichen Anspruch auf Bezahlung der Formen, worüber im Nachverfahren des Wechselprozesses hätte entschieden werden können. Soweit die Beklagte auf unregulierte Lieferungen von Automaten hinweist, ist ihr Vorbringen im jetzigen Rechtsstreit unbeachtlich, denn dem Versäumnisurteil kann nicht nachträglich ein Anspruch unterschoben werden, der nicht Gegenstand des damaligen Verfahrens war.

IV. Nach allem war die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Gemäß § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Hoffmann

Wolf