

Verkündet
am 27. September 1961
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2214 083

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Handelsvertreters Walter W. [REDACTED], Strickwarenfabrikanten
in B. [REDACTED] Nr. [REDACTED] über B. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma H. [REDACTED], Textil Gesellschaft mit beschränkter Haf-
tung in Liquidation, in N. [REDACTED] Bez. K. [REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Harald M. [REDACTED] in G. [REDACTED] als
Liquidator,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. September 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 26. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem
Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien haben am 3. Juli 1956 einen Vertrag geschlossen, nach dem die Klägerin dem Beklagten 4000 kg Maschinengarn auf Abruf bis Ende des Jahres 1956 zu liefern hatte. Die Zahlungsbedingungen sollten sich nach den Einheitsbedingungen der Deutschen Textilindustrie richten. Danach war die jeweilige Teilleistung spätestens innerhalb von 60 Tagen zu bezahlen.

Auf Grund von Abrufen des Beklagten hat die Klägerin in der Zeit vom 26. Juli 1956 bis zum 20. September 1956 Waren zum Rechnungsbetrage von 10 932,23 DM geliefert. Auf diesen Betrag hat der Beklagte insgesamt 2 210 DM in Wechseln gezahlt, die in der Zeit vom 25. November 1956 bis Ende des Jahres 1956 eingelöst worden sind. Mit Schreiben vom 30. August 1956 hatte die Klägerin der Beklagten folgende Mitteilung zugehen lassen:

"Bevor wir weitere Lieferungen gegen Ihren Abschluß vornehmen, bitten wir Sie, uns eine angemessene Zahlung zukommen zu lassen.

Nach der uns vorliegenden Auskunft und in Anbetracht dessen, daß es sich um das erste Geschäft mit Ihrem Hause handelt, können wir den Ihnen eingeräumten Kredit nicht erhöhen."

Mit Schreiben seines Anwalts vom 21. September 1956 setzte der Beklagte der Klägerin eine Frist bis zum 26. September 1956 zur Lieferung des inzwischen weiterhin abgerufenen Garnes unter Hinweis auf die Vorschrift des § 326 BGB.

Die Klägerin übersandte dem Beklagten mit Rechnung vom 26. September 1956 nochmals 135,5 kg Garn zu einem Rech-

- 3 -

nungswert von 2 157,08 DM. Der Beklagte ließ diese Sendung jedoch an die Klägerin zurückgehen.

Weitere Lieferungen der Klägerin sind nicht mehr erfolgt. Die Klägerin ist der Ansicht, daß sie nicht mehr habe zu liefern brauchen, da bei dem Beklagten Scheckproteste vorgekommen seien und er seine Zusage, Sicherheiten durch Forderungsabtretungen oder Übergabe von Kundenpapieren zu geben, nicht eingehalten habe. Die Klägerin hat auch den Vertrag vom 3. Juli 1956 wegen arglistiger Täuschung und Irrtums angefochten, weil der Beklagte sie über seine Kreditwürdigkeit getäuscht habe und sie ihm bei Kenntnis seiner schlechten Vermögenslage keinen derartig hohen Kredit eingeräumt hätte.

Mit der Klage macht die Klägerin den Kaufpreisrest für das gelieferte Garn geltend. Unter Hinzurechnung von Spesen und Kosten verlangt sie Zahlung von 8 781,58 DM.

Der Beklagte rechnet gegen die unstreitige Klageforderung mit einer Schadensersatzforderung auf, die er aus der Weigerung der Klägerin, den Vertrag zu erfüllen, herleitet. Er behauptet, er habe Deckungskäufe zu einem um 16 316,17 DM höheren Preis als dem mit der Klägerin vereinbarten abschließen müssen. Er bestreitet, daß eine Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse seit Abschluß des Vertrages vom 3. Juli 1956 eingetreten sei. Die Klägerin habe, so trägt er vor, schon bei Vertragsschluß davon Kenntnis gehabt, daß er kapitalschwach sei und daß schon früher Scheckproteste bei ihm vorgekommen seien.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrage erkannt. Das Berufungsgericht hat durch Versäumnisurteil die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und, nachdem der Beklagte Einspruch eingelegt hatte, es aufrecht erhalten.



Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision kann keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung des Beklagten mit einer Schadensersatzforderung nicht durchgreifen lassen.

Es ist der Auffassung, die Klägerin sei nicht in Verzug geraten, weil ihr ein den Verzug ausschließendes Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 BGB wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten zugestanden habe. Diese Aussicht hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht sieht eine nach dem Vertragsschluß vom 3. Juli 1956 eingetretene wesentliche Verschlechterung darin, daß die Zweigkasse H [REDACTED] der B [REDACTED] [REDACTED] Staatsbank unstreitig folgende vom Beklagten auf diese Bank gezogene Schecks mangels Deckung zurückgegeben habe:

Am 3. August 1956 über	750,-- DM
am 11. August 1956 über	380,-- DM
am 5. September 1956 über	250,-- DM
am 5. September 1956 über	750,-- DM
am 11. September 1956 über	750,-- DM.

Die Revision macht demgegenüber geltend, die Vermögensverhältnisse des Beklagten seien bereits bei Vertragsab-

schluß sehr angespannt und ungünstig gewesen. So habe der Beklagte seinem früheren Lieferanten Sch[REDACTED] noch 35 bis 40 000 DM geschuldet. Auch einem Dr. B[REDACTED], mit dem er seit Jahren in Geschäftsbeziehungen gestanden habe, habe er so gut wie niemals Barzahlungen geleistet. Dr. B[REDACTED] sei froh gewesen, wenn er Kundenakzepte erhalten habe. Der Beklagte habe zur Überbrückung von Schwierigkeiten, die bei kleinen Strickereibetrieben im Sommer vorzukommen pflegten, weit hinausgerückte Zahlungsziele benötigt. Schon im Jahre 1955 sei ein Scheckprotest vorgekommen.

Das alles hat das Berufungsgericht jedoch berücksichtigt. Mit Recht meint es aber, entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob die wirtschaftlichen Verhältnisse sich verschlechtert hätten, sei weniger das Vorhandensein von Schulden als vielmehr die fehlende Möglichkeit, diese Schulden zu tilgen. Das Bestehen von Schulden aus Warenlieferungen möge auf mangelndes Eigenkapital oder auf zu geringen Bankkredit zurückzuführen sein, schließe aber die pünktliche Tilgung keineswegs aus. Auf Grund der Ausstellung ungedeckter Schecks stehe aber fest, daß der Beklagte zu dem damaligen Zeitpunkt zahlungsunfähig gewesen sei, wenn sich diese Zahlungsunfähigkeit auch, auf weite Sicht gesehen, sofern der Beklagte zu einem späteren Zeitpunkt seine Schulden getilgt haben sollte, nur als eine Zahlungsstockung darstelle. Es ist in der Tat etwas anderes, ob einem Kaufmann, der sich in ungünstigen Vermögensverhältnissen befindet, von nachsichtigen Gläubigern Kredit eingeräumt wird, oder ob er Forderungen, für die ihm Stundung nicht gewährt ist und die er bezahlen will, durch Hingabe ungedeckter Schecks zu tilgen versucht und damit seine Zahlungsunfähigkeit offenbart, gleichgültig, ob es zu Scheckprotesten gekommen ist oder nicht. Ein Kaufmann, der innerhalb eines Zeitraumes von

kaum mehr als einem Monat zu verschiedenen Malen ungedeckte Schecks ausstellt, verliert durch ein solches Gebaren, das jeder guten kaufmännischen Sitte widerspricht und mindestens ans Strafbare grenzt, jegliche Kreditwürdigkeit. Eine mißliche Vermögenslage des Vorleistungsberechtigten zur Zeit des Vertragsschlusses, die den Anspruch des Vorleistungsverpflichteten gefährdet erscheinen läßt, schließt, wie die Rechtsprechung ständig angenommen hat, nicht aus, daß infolge Verlustes der Kreditwürdigkeit der Anspruch in noch höherem Maße gefährdet wird. Wenn das Berufungsgericht eine durch Ausgabe ungedeckter Schecks zutage getretene Zahlungsunfähigkeit, selbst wenn sie nur eine Zahlungsstockung gewesen sein mag, als wesentliche Verschlechterung ansieht, so läßt das einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Unter diesen Umständen war für die Klägerin ein Sicherungsbedürfnis gegeben. Das Berufungsgericht geht daher nicht fehl, wenn es der Auffassung ist, es habe dem Beklagten obgelegen nachzuweisen, daß er sich zur Zeit des Vertragsschlusses in gleich schlechter Vermögenslage befunden und das Sicherungsbedürfnis der Klägerin schon damals bestanden habe (Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 321 Anm. 6). Wenn das Berufungsgericht diesen Nachweis nicht als geführt ansieht, so liegt diese Würdigung auf tatsächlichem Gebiet. Mit ihren Angriffen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts bewegt die Revision sich auf dem ihr verschlossenen Gebiet der Tatsachenwürdigung. Aus der Tatsache, daß schon im Jahre 1955 einmal ein Scheckprotest vorgekommen war, brauchte das Berufungsgericht nicht zu schließen, der Beklagte sei schon damals so kreditunwürdig gewesen, daß die im Jahre 1956 binnen eines kurzen Zeitraums fünf Mal erfolgte Ausstellung ungedeckter Schecks seine Kreditunwürdigkeit nicht noch hätte erhöhen können. Unerheblich ist, ob

sich die Vermögensverhältnisse des Beklagten später gebessert haben. Eine solche Besserung hätte auf den allein entscheidenden Umstand, daß die Klägerin, als sie ihre Lieferungen im September 1956 ganz oder teilweise einstellte, nicht in Verzug geraten war, keinen Einfluß haben könne.

2. Die Revision glaubt, die Klägerin könne sich auf ein Zurückbehaltungsrecht nicht stützen, da sie es zu dem Zeitpunkt, als der Beklagte die Lieferung der abgerufenen Teilmenge verlangt habe, nicht geltend gemacht habe. Das Schreiben vom 30. August 1956, meint die Revision, stelle eine Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht des § 321 BGB nicht dar.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Auffassung der Revision, die Leistungsverweigerung müsse zur Abwendung des Verzuges ausdrücklich unter Angabe von Gründen erklärt werden, zu folgen wäre, oder ob etwa auch ohne Geltendmachung und Mitteilung der Gründe die Einrede allein aus der Tatsache der Vermögensverschlechterung heraus den Eintritt des Schuldnerverzuges hindert (vgl. RGZ 51, 170, 171; Staudinger, BGB 9. Aufl. § 321 Anm. II 1; auch RGZ 126, 280, 285 hinsichtlich der Einrede aus § 320 BGB). Es trifft nämlich nicht zu, daß die Klägerin sich nicht darauf berufen habe, sie sei nur zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung verpflichtet. Ihr Vorbringen im Schreiben vom 30. August 1956, daß es sich um das erste Geschäft mit dem Beklagten handle, bildet allerdings keine rechtfertigende Begründung. Die Klägerin hat auch nicht ausdrücklich die gesetzliche Bestimmung des § 321 BGB angeführt. Wenn sie erklärt, bevor sie weitere Lieferungen vornehme, bitte sie, ihr eine angemessene Zahlung zukommen zu lassen, weil sie nach der vorliegenden Auskunft den ein-

geräumten Kredit nicht erhöhen könne, so bedeutete das aber nichts anderes, als daß sie mit Rücksicht auf die schlechte Vermögenslage des Beklagten weitere Leistungen nicht mehr kreditieren wolle. So hat es auch der Beklagte selbst aufgefaßt. Sein Anwalt bemerkt im Schreiben vom 21. September 1956, entgegen der klaren Vereinbarung habe die Klägerin seiner Mandantin mitgeteilt, daß sie weitere Lieferungen erst vornehme, wenn ihr angemessene Zahlung, also praktisch Vorkasse, geleistet werde. Die Ausführungen der Revision, die Klägerin habe erst nach Klageerhebung unzulässigerweise die Einrede aus § 321 BGB nachgeschoben, liegen daher neben der Sache.

3. Die einen Verzug ausschließenden Folgen, die die nachträgliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten ausgelöst hat, haben ihre Wirkung auch entgegen der Ansicht der Revision nicht dadurch verloren, daß die Klägerin am 11. und 26. September 1956 noch Teilmengen geliefert und bei der zweiten Lieferung erklärt hat, den Rest erhalte der Beklagte in etwa drei Wochen. Da die Parteien unstreitig seit dem 11. September 1956 mindestens in Verhandlungen darüber gestanden haben, daß für 70 % der Zahlungseingänge neue Lieferungen erfolgen und mit den restlichen 30 % die alten Verpflichtungen abgedeckt werden sollten, brauchte das Berufungsgericht die noch erfolgten Lieferungen nicht dahin zu werten, die Klägerin wolle auf ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich weiterer abgerufener Lieferungen verzichten, erneut ihre Verpflichtung zur Vorleistung anerkennen und deshalb zur Vorleistung zurückkehren. Das Berufungsgericht konnte vielmehr davon ausgehen, ohne es ausdrücklich erwähnen zu müssen, daß die Klägerin in der Erwartung, es werde vergleichsweise zu einer alsbaldigen Bezahlung neuer Lieferungen und zur Tilgung der alten

Forderungen kommen, aus Entgegenkommen nicht sofort zur vollständigen Leistungsverweigerung übergegangen sei. Der Beklagte hat denn auch, offenbar als eine Art stiller Zession, der Klägerin mit Schreiben vom 25. September 1956 eine Liste über einen Teil seiner Außenstände übersandt und angekündigt, er werde die Aufstellung alle 14 Tage erneuern. Im übrigen hat der Beklagte, selbst wenn in dem Verhalten der Klägerin das Angebot zu sehen wäre, vergleichsweise bei Sicherstellung ihrer Ansprüche durch Abtretung von Kundenforderungen weitere Mengen ohne Barzahlung zu liefern, dieses Angebot nicht angenommen. Er hat vielmehr die Sendung vom 26. September 1956 zurückgehen lassen und hat mit Schreiben seines Anwalts vom 30. Oktober 1956 die weitere Erfüllung des Vertrages abgelehnt und Schadensersatzansprüche gestellt.

4. Der Anwalt der Klägerin hat allerdings, worauf die Revision sich bezieht, im Schreiben vom 3. November 1956 erklärt, er möchte richtigstellen, daß seine Mandantin nicht behauptet habe, die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse bei dem Beklagten seien erst nachträglich eingetreten, wie sie auch keinesfalls den Versuch unternommen habe, die Voraussetzungen des § 321 BGB darzulegen. Dieses Schreiben räumt indessen nicht aus der Welt, daß der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht aus § 321 BGB zugestanden hatte und sie von ihm auch Gebrauch gemacht hat. Das Schreiben des Anwalts der Klägerin, in dem im übrigen der Standpunkt vertreten wurde, der Vertrag sei wirksam angefochten worden und der Beklagte sei einer Vereinbarung über die Sicherung der Ansprüche der Klägerin nicht gefolgt, könnte allenfalls dahin verstanden werden, daß die Klägerin nunmehr von einem Zurückbehaltungsrecht keinen Gebrauch machen wolle; Ob eine solche Auslegung gerechtfertigt wäre, kann

dahingestellt bleiben. Zu der von der Klägerin angeregten Beilegung der Streitigkeiten durch eine Weiterbelieferung unter Absicherung der Ansprüche der Klägerin ist es nicht gekommen, da der Beklagte eine vergleichsweise Erledigung abgelehnt hat.

5. Die Revision rügt schließlich vergeblich, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten übergangen, die Scheckproteste im August 1956 seien darauf zurückzuführen, daß die Klägerin abgerufene Ware nicht ordnungsmäßig geliefert habe. Die Revision meint, der Vorleistungspflichtige könne sich zur Rechtfertigung einer Leistungsverweigerung nicht auf eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vorleistungsberechtigten berufen, die gerade erst durch das Verhalten des Vorleistungspflichtigen eingetreten sei.

Für die Anwendung eines solchen Grundsatzes ist indessen im vorliegenden Fall nach der eigenen Darstellung des Beklagten kein Raum. Daß sein Unvermögen zur Einlösung der Schecks auf der Weigerung der Klägerin, ihn mit Garn zu beliefern, beruhe, hat, wie die Revision übersieht, der Beklagte in den Schriftsätzen vom 20. Januar 1959, 8. Januar 1960 und 8. Februar 1960 nicht dargelegt. Es geht fehl, wenn die Revision sich auf ein Schreiben des Beklagten vom 25. September 1956, in dem er sich gegen die Leistungsweigerung der Klägerin wendet, und auf die angeblichen Versuche des Beklagten, Deckungskäufe vorzunehmen, beruft. Die Unfähigkeit zur Einlösung der Schecks kann nicht durch die später erfolgte Weigerung der Klägerin, dem Beklagten auf Kredit zu liefern, hervorgerufen sein. Im Schriftsatz vom 20. Januar 1959 hatte der Beklagte denn auch nur vorgetragen, von Anfang an seien bei verschiedenen abgerufenen Wollfarben Lieferungs-

verzögerungen bis zu zwei Wochen vorgekommen. Der Beklagte hat aber nichts zur Begründung dafür vorgebracht, weshalb diese angeblichen Lieferungsverzögerungen ihn veranlaßt hätten, Schecks auszustellen, für die eine Deckung fehlte. Es mangelt an jedem Vortrag, daß er etwa jeweils bei Ausstellung der Schecks damit gerechnet habe, die abgerufenen Teilmengen würden so pünktlich eintreffen, daß die Schecks auf Grund von Zahlungen seiner Abnehmer gedeckt seien. Der Beklagte hat nicht einmal angegeben, welche Lieferungen der Klägerin unpünktlich erfolgt seien und welche seiner Abnehmer infolge der Lieferungsverzögerung verspätet gezahlt hätten. Die fehlende schlüssige Darstellung konnte der Beklagte nicht durch bloße Benennung von Zeugen ersetzen.

II. Die Revision des Beklagten ist daher zurückzuweisen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind ihm nach § 97 ZPO aufzuerlegen.

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner