

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 150/64

URTEIL

Verkündet am

21. April 1966
Horn,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Albert B [REDACTED] oHG, H [REDACTED] (Rheinland), D [REDACTED]
Straße, vertreten durch ihre Gesellschafter Karl Heinz B [REDACTED]
und Albert B [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ho [REDACTED]-Werke, J.O. Ho [REDACTED], L [REDACTED] bei
D [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 28. Februar 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 27. November 1960 bestellte die Beklagte zu ihren Einkaufsbedingungen bei der Klägerin 192.000 Stück Laderahmenrohlinge, lieferbar mit 16.000 Stück monatlich ab Januar 1961, zum Preise von 126 DM je 100 Stück. Die Beklagte benötigte diese Rohlinge zur Herstellung von Laderahmen für die Bundeswehr.

Die Klägerin bestätigte den Auftrag am 22. Dezember 1960 zu ihren Verkaufsbedingungen. Sie fertigte und lieferte im Januar 1961 18.670 Stück und im März 1961 24.104 Stück, danach nichts mehr. Die Beklagte bezahlte die Teillieferungen bis auf die letzte vom 23. März 1961.

- 3 -

Ende März 1961 beanstandete sie diese letzte, 5.400 Stück umfassende Teillieferung als zu hart und schwer bearbeitbar. Sie schickte diese Rohlinge zur "Normalisierung" (Nachglühen) zurück. Die Klägerin sandte sie am 29. Mai 1961 der Beklagten wieder zu. Die Beklagte nahm sie nunmehr ab.

Die Klägerin verlangt mit der Klage Bezahlung dieser 5.400 Stück in Höhe von 6.804 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat die Entstehung der eingeklagten Forderung nicht bestritten, hat aber aufgerechnet mit einem Schadensersatzanspruch, den sie daraus herleitet, daß die Klägerin sich vom Vertrag losgesagt und sie gezwungen habe, sich zu höherem Preis anderweit einzudecken. Sie beziffert ihren Schaden (bei einem Mehrpreis von 0,14 DM je Stück und einer Gesamtzahl von 149.226 nicht gelieferten Stücken) mit 20.891,64 DM. Den durch die Aufrechnung nicht verbrauchten Teil ihrer Gegenforderung in Höhe von 14.087,64 DM nebst Zinsen hat sie widerklagend geltend gemacht.

Die Klägerin ist der Widerklage entgegengetreten. Sie hat jeglichen Mangel der von ihr gelieferten Rohlinge bestritten. Ferner hat sie sich auf ihre Verkaufsbedingungen berufen, wonach Schadensersatzansprüche des Bestellers ausgeschlossen seien.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat umgekehrt entschieden. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.



Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ein Vertrag der Parteien über die Lieferung von 192.000 Stück Laderahmenrohlinge zustande gekommen ist (§ 651 BGB; Werklieferungsvertrag).

Die Revision meint, die Parteien hätten sich über den Vertrag nicht geeinigt. Die Rüge ist nicht begründet.

Die Beklagte hat zwar zu ihren Einkaufsbedingungen bestellt, während die Klägerin zu ihren Verkaufsbedingungen den Auftrag bestätigt hat. Die Beklagte hat dann aber Teillieferungen abgenommen und bezahlt, ohne den Bedingungen der Klägerin noch weiter zu widersprechen und ohne auf ihren eigenen Bedingungen zu beharren.

Das kann nur dahin ausgelegt werden, daß die Beklagte sich durch schlüssiges Verhalten den Bedingungen der Klägerin zuletzt doch gebeugt hat (BGH LM Nr. 3 und 6 zu § 150 BGB). Dem steht der letzte Satz in Ziffer 1 der Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht entgegen. Dort heißt es, Bedingungen des Lieferers gälten nur, wenn die Beklagte sich damit ausdrücklich einverstanden erkläre. Das schließt aber eine spätere abweichende konkludente Einigung der Parteien nicht aus.

2.) Das Berufungsgericht hält für bewiesen, daß die Klägerin sich Mitte Mai 1961 ohne vorherige Androhung endgültig vom gesamten Vertrag losgesagt habe. Das greift die Revision nicht an.

Es stellt weiter fest, die Klägerin habe für ihre Los-
sagung keinen berechtigten Grund gehabt. Die Beklagte habe
durch ihr Verhalten den Vertragszweck des Sukzessivlieferungs-
vertrages nicht gefährdet. Es sei nämlich nicht bewiesen, daß
die Beklagte die letzte Teillieferung bewußt grundlos bean-
standet hätte, um die Bezahlung hinauszuzögern. Vielmehr sei
(auf Grund des Revisionsberichts des Chefkontrolleurs Z [REDACTED]
der Beklagten vom 21. April 1961 und der beiden Schreiben
der Hütten- und Bergwerks AG Rheinhausen an die Klägerin vom
19. April 1961 und 29. Januar 1964) bewiesen, daß die letzte
Lieferung der Klägerin von deren früheren Lieferungen zu-
mindest teilweise ungünstig abgewichen sei und daß die Be-
klagte daraus den Eindruck gewonnen habe, die letzte Liefe-
rung sei mangelhaft.

Die Revision greift diese Feststellungen mit Verfahrens-
rügen an, um darzutun, daß die Beklagte selbst vertragsuntreu,
der Rücktritt der Klägerin daher berechtigt gewesen sei.
Die Rügen sind nicht begründet.

- a) Die Schriftsätze der Klägerin vom 15. und 29. Januar 1963 enthalten keine Beweisantritte.
- b) Die im Schriftsatz vom 23. März 1963 benannten Zeugen sind vernommen worden. Das Berufungsgericht brauchte ihren Aussagen nicht zu entnehmen, bei der Mängelrüge habe es sich nur um ein bewußtes Täuschungsmanöver der Beklagten gehandelt, um ihre Zahlungen hinauszuzögern.
- c) Die Berufsbeantwortung vom 26. November 1963 ent-
hält selbst keinen Beweisantritt. Die allgemeine Bezugnahme
auf den erstinstanzlichen Sachvortrag der Klägerin "und deren
dortige Beweiserbieten" genügt nicht (BGHZ 35, 103, 106).

d) Den Schriftsatz vom 25. Februar 1964 durfte das Berufungsgericht nicht berücksichtigen, weil er nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingegangen und der Klägerin nicht nachgelassen war.

e) Daraus, daß die Beklagte die nur gesandstrahlten, aber nicht nachgeglühten (normalisierten) Rohlinge Ende Mai 1961 doch abgenommen hat, brauchte das Berufungsgericht nicht zu folgern, es habe sich bei der Beanstandung nur um ein Verzögerungsmanöver der Beklagten gehandelt. Es brauchte diesen Schluß um so weniger zu ziehen, als die Beklagte behauptet hatte, ein Teil der Ende Mai 1961 wieder angelieferten Stücke sei nach wie vor zu hart und schwer zu fräsen gewesen, sie (Beklagte) habe das aber aus Zeitnot ohne erneute Rüge hingenommen.

f) Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte habe nichts dafür vorgetragen, daß ihre Beanstandungen berechtigt gewesen seien. Die Beklagte hat sich auf die Revisionsberichte ihres Chefkontrolleurs Z. [REDACTED] vom 28. März und 21. April 1961 berufen, wonach die letzte Lieferung der Klägerin "schlecht zu bearbeiten" war.

Dafür spricht in gewissem Sinne auch das von der Klägerin vorgelegte Gutachten des Hüttenwerks Rheinhausen vom 19. April 1961. Dort ist ausgeführt, die untersuchte Probe habe "als Folge einer hohen Schmiedetemperatur etwas Widmannstätten-Struktur" gezeigt. Nach einer "normalisierenden Glühung bei 850 °" habe die Probe eine "gleichmäßige und normale Gefügebildung" aufgewiesen. Auch hieraus durfte das Berufungsgericht entnehmen, daß die von der Beklagten beanstandete Lieferung in ungünstigem Sinne von der normalen Härte abwich und durch Nachglühen hätte verbessert werden können.

g) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte das Verhalten der Beklagten vor Abschluß des hier interessierenden Sukzessivlieferungsvertrages berücksichtigen müssen. Der Beklagten sei es schon damals offenbar darum gegangen, die Zahlungsfristen hinauszuschieben. Die Revision rügt in diesem Zusammenhang die Übergehung der im Schriftsatz vom 18. Oktober 1961 enthaltenen Beweisantritte.

Die Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen der Klägerin in seinem Urteil beschieden. Es ist der Auffassung, die Behauptungen der Klägerin über frühere Beanstandungen der Beklagten fielen deswegen nicht ins Gewicht, weil die Klägerin durch den Abschluß des neuen Vertrages zu erkennen gegeben habe, daß sie den früheren Vorgängen keine wesentliche Bedeutung beimesse.

Das gleiche gelte auch für die Behauptung der Klägerin, die Beklagte sei früher zahlungssäumig gewesen. Auch das sei der Klägerin vor Vertragsschluß bekannt gewesen und habe sie nicht von einer weiteren Zusammenarbeit mit der Beklagten abgehalten.

Im übrigen, so führt das Berufungsgericht weiter aus, sei nicht dargetan, daß die Beklagte früher ihre Zahlungen böswillig verzögert habe. Zwar habe sie teilweise erst im 2. Monat nach Rechnungserteilung gezahlt. Nach ihren eigenen Auftragsbestimmungen wäre sie dazu aber berechtigt gewesen, wenn diese für den Vertrag gegolten hätten. Auch wenn diese Bedingungen nicht Vertragsinhalt geworden seien, sondern die

der Klägerin, wonach am 15. des der Lieferung folgenden Monats zu zahlen war, so schließe die schwierige rechtliche Beurteilung doch einen vorsätzlichen Zahlungsverzug der Beklagten aus. Ein bloß fahrlässiger Zahlungsverzug der Beklagten sei nicht so schwerwiegend, daß er für die Klägerin eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar gemacht und ihre sofortige Lossagung vom Gesamtvertrage ohne jede vorherige Warnung gerechtfertigt hätte.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten, im Gegensatz zur Annahme der Revision, keinen Widerspruch. Denn auch wenn das Berufungsgericht objektiv von der Maßgeblichkeit der Verkaufsbedingungen der Klägerin ausging, so durfte es doch der Auffassung sein, die Beklagte habe subjektiv, wenn auch fahrlässig, an die Geltung ihrer eigenen Einkaufsbedingungen geglaubt, und bei dieser Sachlage sei ihr Zahlungsverzug nicht so schwerwiegend, daß er die sofortige warnungslose Lossagung der Klägerin vom Gesamtvertrag hätte rechtfertigen können.

h) Im Schriftsatz der Klägerin vom 8. Oktober 1962 findet sich nicht die Behauptung, sie habe der Beklagten die Lossagung vom Vertrage angedroht. Das Berufungsgericht hat das Gegenteil festgestellt. Insbesondere diese Feststellung trägt seine Entscheidung.

aa) Das Berufungsgericht hat hierzu im einzelnen ausgeführt: Die Klägerin hätte die Beklagte nicht darüber im unklaren lassen dürfen, daß sie auf Grund ihres Experiments mit den z.T. nachgeglühten, z.T. nur gesandstrahlten Proben die Mängelrüge der Beklagten für unberechtigt gehalten habe. Bei vertragstreuem Verhalten sei die Klägerin verpflichtet gewesen, die Beklagte bereits damals auf das Ergebnis jenes Experiments hinzuweisen,

sie zur Abnahme der nach ihrer (der Klägerin) Auffassung mangelfreien Lieferung aufzufordern und sie auf die Folge einer Weigerung der Beklagten, nämlich die beabsichtigte Lossagung der Klägerin vom gesamten Sukzessivlieferungsvertrag, aufmerksam zu machen. Ein solches Verhalten der Klägerin würde die Beklagte vor der unerwarteten Überraschung geschützt haben, von der Klägerin plötzlich nicht mehr beliefert zu werden. Auf eine vorherige Warnung habe die Beklagte angesichts der langen Geschäftsverbindung der Parteien Anspruch gehabt.

bb) Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu be-
anstanden. Auch wenn die Klägerin die Mängelrüge der Beklag-
ten für unbegründet und vorgeschoben hielt und annahm, die
Beklagte verfolge damit lediglich eine Verzögerungstaktik,
so war der Klägerin doch zuzumuten, vor ihrer endgültigen
Lossagung vom Gesamtvertrage der Beklagten diese schwerwiegen-
de Maßnahme für den Fall anzudrohen, daß sie bei ihrer Beanstan-
dung bleibe. Das gilt auch dann, wenn die Behauptung der Kläge-
rin unterstellt wird, die Beklagte habe ihr bei der Abwicklung
früherer Verträge wiederholt unnötige Schwierigkeiten gemacht.
Die vorherige Androhung war nach Treu und Glauben hier um so
mehr geboten, als der Klägerin bekannt war, daß die Beklagte
die bearbeiteten Laderahmen an die Bundeswehr weiterlieferte,
welche ihren Lieferanten feste Lieferfristen aufzuerlegen pflegt.
Die Klägerin mußte daher damit rechnen, daß die Beklagte, wenn
ihr kein rechtzeitiger Deckungskauf gelang und sie gegenüber
der Bundeswehr in Lieferverzug geriet, in große Schwierigkeiten
kommen konnte. Weiter ist zu berücksichtigen, daß es sich bei
der von der Beklagten beanstandeten Teillieferung um eine

verhältnismäßig kleine Menge handelte, während der sehr umfangreiche Sukzessivlieferungsvertrag zum größten Teil noch unausgeführt war, als die Klägerin sich von ihm lossagte.

Bei dieser Sachlage durfte, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, die Klägerin sich wegen der Beanstandung der einen Teillieferung durch die Beklagte, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls nicht bewußt grundlos war, nicht ohne jede vorherige Androhung und Warnung von dem gesamten Sukzessivlieferungsvertrage lossagen. Indem sie das getan hat, hat sie eine schuldhaft positive Vertragsverletzung begangen, welche sie zum Schadensersatz verpflichtet, soweit ein solcher Anspruch nicht durch ihre Verkaufsbedingungen wirksam abbedungen ist (vgl. dazu auch zu 3).

i) Das Berufungsgericht erwägt beiläufig, ob die Beklagte etwa durch die von der Klägerin vorgenommene Täuschung über eine angebliche Nachbesserung der Rohlinge zu deren unzulänglicher Prüfung und Abnahme veranlaßt worden sei. Es hat aber aus dieser Erwägung keine für die Klägerin nachteiligen Schlüsse gezogen.

Dasselbe gilt für die Vermutung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne möglicherweise andere Gründe gehabt haben, sich vom Vertrage zu lösen.

k) In einer Hilfservägung unterstellt das Berufungsgericht, die Beklagte habe die letzte Teillieferung grundlos beanstandet, und meint, auch dann sei nicht anders zu entscheiden.

Auf die dagegen erhobenen Revisionsrügen kommt es nicht an, weil die oben wiedergegebene Hauptbegründung des Berufungsgerichts dessen Auffassung trägt.

3.) Das Berufungsgericht geht zu Gunsten der Klägerin von deren Verkaufsbedingungen aus. Es ist aber der Auffassung, durch diese Bedingungen sei der Schadensersatzanspruch der Beklagten aus positiver Vertragsverletzung der Klägerin (wegen deren ungerechtfertigter Lossagung vom Vertrage) nicht ausgeschlossen.

Das greift die Revision zu Unrecht an.

a) Die Verkaufsbedingungen der Klägerin sind für das Revisionsgericht frei nachprüfbar; denn ihre Geltung beschränkt sich nicht auf den Bezirk des Berufungsgerichts (§ 549 Abs. 1 ZPO). Abgesehen davon, daß es sich um die Bedingungen eines Verbandes handeln dürfte, enthält ihre Ziffer 5 die Bestimmung, daß die Klägerin nach ihrer Wahl am vereinbarten Gerichtsstand Mettmann oder am allgemeinen Gerichtsstand des Bestellers klagen kann (vgl. das Urteil des Senats vom 23. März 1964 VII ZR 185/62).

b) Ziffer 6 der Verkaufsbedingungen lautet:

"Lieferzeit:

- a) Von uns angegebene Lieferzeiten sind annähernd und für uns unverbindlich. Sie beginnen nicht vor Klarstellung aller Ausführungseinzelheiten. Teillieferungen sind gestattet.
- b) Bei Lieferverzug steht uns eine angemessene Nachfrist zu. Erst nach Ablauf dieser Nachfrist ist ein Rücktritt vom Vertrage möglich, soweit die Lieferung nicht erfolgt ist.

Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung sind ausgeschlossen."

aa) Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe gemäß Ziff. 6 a ihrer Bedingungen weitere Lieferungen bis zur Klärung der von der Beklagten erhobenen Mängelrüge zurückstellen dürfen.

Darum handelt es sich jedoch nicht. Die Bestimmung ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, hier schon deswegen unanwendbar, weil die Klägerin nach der rechtsfehlerfreien Feststellung des Berufungsgerichts ihre Lieferungen an die Beklagte nicht nur vorübergehend, d.h. bis zur Beseitigung von Unklarheiten über die Mängelrüge der Beklagten, eingestellt, sondern sich endgültig vom Vertrag losgesagt hat.

bb) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Ziff. 6 b der Bedingungen betreffe nur Fälle von Lieferverzögerung, nicht aber positive Vertragsverletzungen durch endgültige Ablehnung von Lieferungen, worum es hier geht.

Dem ist zuzustimmen, wie schon die Überschrift der Ziffer 6 "Lieferzeit" zeigt.

Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen liegen neben der Sache. Sie beziehen sich auf die Fragen, ob die Klägerin im Jahre 1960 oder im Februar 1961 in Lieferverzug war und ob die zuletzt gelieferten Rohlinge objektiv mangelhaft waren. Auf beides kommt es nach dem oben Gesagten hier nicht entscheidend an. Denn Grundlage des Schadensersatzanspruchs der Beklagten ist, daß die Klägerin sich ohne vorherige Warnung und ohne ausreichenden Grund endgültig vom Vertrage losgesagt hat. Der von ihr angegebene Grund (bewußt unwahre Mängelrüge der Beklagten) ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben.

c) Ziffer 9 der Verkaufsbedingungen gibt dem Besteller bei rechtzeitiger und von der Klägerin anerkannter Mängelrüge das Recht auf unentgeltliche Ersatzlieferung oder (nach Wahl der Klägerin) auf Rückzahlung des Kaufpreises. Weiter heißt es dort:

"Andere Ansprüche, wie Kosten für Nacharbeiten, Arbeitslöhne, die ohne unsere Einwilligung erfolgt sind, sowie Frachtkosten, Verzugsstrafen, Ersatz mittelbarer Schäden u. dgl. sind ausgeschlossen."

Auch diese Bestimmung schließt, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, nur Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Lieferung, nicht aber solche wegen mit Mängeln nicht zusammenhängender positiver Vertragsverletzung (hier: endgültiger Erfüllungsweigerung) der Klägerin aus. Freizeichungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind eng auszulegen.

4.) In Ziffer 3 b Satz 2 der Verkaufsbedingungen heißt es:

"Aufrechnung mit Gegenforderungen ist ebenfalls ausgeschlossen."

Das Berufungsgericht führt dazu aus: Die Klägerin habe sich im Prozeß auf dieses Aufrechnungsverbot niemals ausdrücklich berufen, sondern sich im Gegenteil von vornherein auf eine sachliche Erörterung des von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Ersatzanspruchs eingelassen. Aus diesem Verhalten sei zu entnehmen, daß die Klägerin die Beklagte an dem Aufrechnungsverbot nicht habe festhalten wollen, sondern schon aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit selbst an einer umfassenden Klärung der streitigen

Fragen innerhalb ein und desselben Rechtsstreits interessiert gewesen sei. Eine andere Willensrichtung habe die Klägerin jedenfalls nicht zum Ausdruck gebracht.

a) Diese tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerfrei und bindet das Revisionsgericht. Sie besagt, daß die Parteien das vertragliche Aufrechnungsverbot durch ihr späteres Verhalten im Prozeß einverständlich wieder aufgehoben haben (nachträgliche konkludente Vertragsänderung).

Die Revision verweist auf S. 2 des Schriftsatzes der Klägerin vom 26. November 1963. Dort hat sich die Klägerin aber nicht auf das Aufrechnungsverbot ihrer Verkaufsbedingungen berufen.

b) Das Berufungsgericht führt weiter aus, ein vertragliches Aufrechnungsverbot gelte nicht bei einem entscheidungsreifen Gegenanspruch, wie er hier gegeben sei; mindestens sei bei Entscheidungsreife des Gegenanspruchs der Klägerin nach Treu und Glauben die Berufung auf das Aufrechnungsverbot verwehrt. Auch diese Begründung ist zutreffend. (Vgl. BGH NJW 1958, 419; LM Nr. 10 zu Allg. Geschäftsbedingungen, sowie die Urteile des Senats VII ZR 277/56 vom 9. Mai 1957; VII ZR 247/60 vom 14. Juni 1962¹⁾; VII ZR 32/61 vom 5. November 1962 und VII ZR 40/63 vom 18. Februar 1965).

5.) Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß die Beklagte anstelle der von der Klägerin nicht gelieferten 149.226 Rohlinge die entsprechende Menge von der Firma G [REDACTED] zu einem um 0,14 DM je Stück höheren Preis bezogen hat.

Die Revision weist darauf hin, daß die Beklagte schon seit Anfang 1961 bei der Firma G[REDACTED] Rohlinge erworben habe. Das liegt neben der Sache. Das Berufungsgericht stellt nämlich fest, daß die Beklagte mindestens 150.000 Rohlinge bei der Firma G[REDACTED] zu einer Zeit bestellt hat, als die Klägerin sich bereits vom Vertrage losgesagt hatte.

6.) Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trösien

Rietschel

Vogt

Finke