

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 189/67

URTEIL

Verkündet am

2. Juni 1969

Horn,

Justizhauptssekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Robert H [REDACTED], Maschinenbau-GmbH
in O [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Fabrikant Robert H [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Leopold S [REDACTED], technischer Großhandel,
Kommanditgesellschaft, A [REDACTED], An [REDACTED] str. [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter Kaufmann Otto K [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Hubert Meyer, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 29. Dezember 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Von 1961 - 1962 fertigte die Klägerin für die Beklagte Transportanlagen, welche die Beklagte in von ihr hergestellte Maschinen zur Holzoberflächenbehandlung einbaute.

Die Klägerin hat restlichen Werklohn in Höhe von 13.450,73 DM nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat die Klageforderung teilweise bestritten, im übrigen mit Gegenansprüchen aufgerechnet, hilfsweise diese in Höhe von 12.629,01 DM widerklagend geltend gemacht. Sie leitet ihre Gegenansprüche daraus her, daß die Klägerin mehrfach mangelhaft geliefert habe. Dadurch seien ihr

(Beklagten) Nachbesserungskosten entstanden, welche die Klägerin am 28. Februar 1963 ihr zu erstatten versprochen habe, im übrigen auch ohnedies zu erstatten verpflichtet sei.

Die Klägerin hat sich demgegenüber auf ihre Verkaufsbedingungen berufen, in denen es u.a. heißt:

Ziff. 6 Abs. 1 Satz 2:

"Die Zurückhaltung von Zahlungen oder die Aufrechnung wegen irgendwelcher behaupteter Nachbesserungs- oder wie immer bezeichneter sonstiger Gegenansprüche des Bestellers sind ausgeschlossen."

Ziff. 8 Abs. 2:

"Rügen von Mängeln ... sind unverzüglich, spätestens innerhalb von 6 Tagen ab Gefahrübergang schriftlich bei mir geltend zu machen."

Ziff. 8 Abs. 10:

"Gewährleistungsansprüche des Käufers oder Bestellers verjähren in allen Fällen 6 Monate nach rechtzeitig erhobener Rüge."

Das Landgericht hat der Klage - unter Abweisung der Mehrforderung - in Höhe von 11.838,73 DM nebst Zinsen stattgegeben und hat die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage und ihre Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt, daß am Berufungsurteil ein Richter mitgewirkt hat, der bereits am landgerichtlichen



Zwischenurteil vom 13. November 1964 beteiligt war. Durch dieses hatte das Landgericht die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit verworfen.

Die auf §§ 41 Nr. 6, 551 Nr. 2 ZPO gestützte Rüge ist nicht begründet. Nur der Richter ist ausgeschlossen, der bei dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat (BGH LM Nr. 1 zu § 41 ZPO). Angefochten mit der Berufung hat die Beklagte nur das landgerichtliche Endurteil vom 3. Dezember 1965, nicht das Zwischenurteil, das gar nicht anfechtbar war (§ 512 a ZPO).

Der Umstand, daß im Zwischenurteil und im Berufungsurteil dieselbe Frage erheblich war, nämlich ob die Verkaufsbedingungen der Klägerin Vertragsbestandteil geworden sind, rechtfertigt eine entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften nicht. Ob aus diesem Grunde der Richter wegen Befangenheit hätte abgelehnt werden können, braucht nicht entschieden zu werden, denn die Beklagte hat ihn nicht abgelehnt (§§ 42, 43 ZPO).

II.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Verkaufsbedingungen der Klägerin Vertragsbestandteil geworden sind. Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen, wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Sie meint aber, die Klägerin könne sich nach Treu und Glauben auf die Einhaltung der Rügefrist, auf das Aufrechnungsverbot und auf die Verjährungseinrede nicht berufen; sie habe darauf verzichtet.

1. Soweit es sich um die Rügefrist handelt, liegt das Vorbringen der Revision neben der Sache. Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung nicht darauf, daß die Beklagte die Rügefrist versäumt hätte. Es unterstellt zu Gunsten der Beklagten, daß der Lauf der Verjährung nicht bereits mit dem Ende der Rügefrist begonnen hat, sondern wesentlich später. (Vgl. unten II 6a).

2. Die Revision meint, die Parteien hätten in der Besprechung vom 28. Februar 1963 eine "Verrechnungsvereinbarung" getroffen und damit das Aufrechnungsverbot außer Kraft gesetzt. (Über die Zulässigkeit eines vertraglichen Aufrechnungsverbots auf Grund allgemeiner Geschäftsbedingungen: vgl. BGH NJW 1960, 859; 1966, 1452; Urteile des Senats VII ZR 150/64 vom 21. April 1966 und VII ZR 2/67 vom 27. März 1969).

Mit diesen Ausführungen wendet sich die Revision in unzulässiger Weise gegen die rechtsfehlerfreie tatrichterliche Würdigung der Individualerklärungen der Parteien durch das Berufungsgericht. Nach dessen Feststellungen hat sich die Klägerin in der genannten Besprechung - abgesehen von der Zusage einer (inzwischen ausgeführten) Lieferung bestimmter Austauschteile in einem Falle - zu Nachbesserungen lediglich bereit erklärt, soweit Mängel ihre Werkteile betreffen, wobei sie sich eine Überprüfung dieser Frage ausdrücklich vorbehielt. Außerdem wurde, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, noch vereinbart, daß diese Nachbesserungen teilweise durch Monteure der Beklagten im Auftrage der Klägerin vorgenommen werden sollten, wobei die Monteurrechnungen ebenfalls noch zu überprüfen waren.

Entgegen der Ansicht der Revision war das Berufungsgericht aus Rechtsgründen nicht gezwungen, die Unterredung der Parteien vom 28. Februar 1963 als ein "begrenztes Verrechnungsabkommen" oder als "Verzicht der Klägerin auf das Aufrechnungsverbot" zu werten.

Daraus, daß die Klägerin in Einzelfällen der Beklagten für derartige Gegenrechnungen Gutschrift erteilt hat, brauchte das Berufungsgericht nichts Gegenteiliges zu folgern; denn das vertragliche Aufrechnungsverbot richtete sich nur gegen die Beklagte, die Klägerin durfte immer aufrechnen.

3. In der Revisionsverhandlung hat die Beklagte geltend gemacht, auch wenn in der Unterredung der Parteien vom 28. Februar 1963 kein "Verzicht" der Klägerin auf das vertragliche Aufrechnungsverbot ihrer Verkaufsbedingungen zu finden sei, so widerspreche es doch Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sie sich jetzt auf das Aufrechnungsverbot berufe, obwohl sie in der genannten Unterredung mit der Beklagten Vereinbarungen über Mängelbeseitigung getroffen habe.

Auch das greift nicht durch.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin am 28. Februar 1963 nicht etwa ihre Pflicht zur Beseitigung bestimmter Mängel anerkannt und auch nicht ihre Pflicht zur Bezahlung bestimmter Monteurrechnungen der Beklagten.

a) Sie hat sich an diesem Tage nicht verpflichtet, für weitere Mängel einzustehen, als wofür sie nach Gesetz und Vertrag ohnehin einstehen mußte. Insoweit hat die genannte Unterredung die bisherige Vertragslage überhaupt nicht geändert.

b) Die Klägerin hat sich allerdings am 28. Februar 1963 damit einverstanden erklärt, daß, falls Mängel vorliegen sollten, für welche sie einzustehen habe, was damals streitig war und auch bis zur letzten Berufungsverhandlung streitig geblieben ist, dann die Beklagte diese Mängel durch ihre eigenen Leute auf Kosten der Klägerin beseitigen dürfe, wobei die Klägerin sich jedoch die Prüfung der Monteurrechnungen der Beklagten vorbehalten hat. In dieser Vereinbarung liegt eine Änderung der bisherigen Vertragslage insofern, als die Beklagte nunmehr befugt war, etwaige Mängel, für welche die Klägerin einzustehen hatte, selbst zu beseitigen und die dadurch entstandenen angemessenen Aufwendungen der Klägerin in Rechnung zu stellen, ohne daß die Beklagte, wie § 633 Abs. 3 BGB das vorschreibt, die Klägerin zuvor mit ihrer Mängelbeseitigungspflicht in Verzug setzen mußte. Diese Abrede, in der sich der Inhalt der Unterredung vom 28. Februar 1963 erschöpft (abgesehen von Punkten, die nicht mehr Gegenstand der Revision sind), hat aber keinerlei innere Beziehung zum vertraglichen Aufrechnungsverbot. Sie gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin das Aufrechnungsverbot als dadurch überholt angesehen hätte; die Beklagte hatte keinerlei berechtigten Anlaß, den Erklärungen und dem Verhalten der Klägerin am 28. Februar 1963 in dieser Richtung irgend etwas zu

entnehmen. Die Beklagte kann daraus nichts herleiten, was für sie einen Vertrauensschutz wegen etwaiger Annahme eines Wegfalls des Aufrechnungsverbots rechtfertigen könnte. Aus der Unterredung vom 28. Februar 1963 lassen sich somit keine Schlüsse für oder gegen den Weiterbestand des vertraglichen Aufrechnungsverbots herleiten; die Unterredung ist, was diese Frage angeht, indifferent und daher auch für die Wertung nach § 242 BGB ohne Bedeutung.

4. Die Berufung der Klägerin auf das vertragliche Aufrechnungsverbot verstößt auch nicht deswegen gegen Treu und Glauben (unabhängig von der Unterredung vom 28. Februar 1963), weil, wie unten zu 6 ausgeführt ist, die Beklagte hier infolge Verjährung gehindert ist, ihre etwaigen (nach wie vor streitigen) Gegenansprüche im Wege der Widerklage geltend zu machen.

Das Risiko, daß ein Gläubiger seine Forderung durch Verjährung einbüßt, ist in der Regel von ihm selbst zu tragen. Voraussetzungen, unter denen der Verjährungseinrede die Replik aus § 242 BGB entgegengesetzt werden kann, sind hier nicht dargetan.

Auf eine Aufrechnungsmöglichkeit durfte die Beklagte nach dem oben zu 3 Gesagten auf Grund der Unterredung vom 28. Februar 1963 nicht vertrauen. Wenn sie darauf vertraut haben sollte, weil sie das vertragliche Aufrechnungsverbot in den Verkaufsbedingungen der Klägerin übersehen hat, so ist sie auch deswegen nicht zu schützen, denn sie trägt damit nur das Risiko, das jeder Kaufmann eingeht, der gültige allgemeine Lie-

ferungsbedingungen seines Vertragspartners nicht genügend beachtet. Sie hatte jedenfalls die Möglichkeit, ihre Gegenforderungen (trotz des Aufrechnungsverbots) noch vor Eintritt der Verjährung klageweise geltend zu machen.

5. Zu einzelnen Revisionsrügen ist noch folgendes zu sagen:

a) Die Beklagte hatte unter Zeugenbeweis gestellt, daß die Klägerin nur über ein kaufmännisches und ein technisches Büro verfügt habe, aber nicht über eine eigene Fertigung; deswegen habe sich die Klägerin für Nachbesserungsarbeiten der Monteure der Beklagten bedienen müssen.

Zu Unrecht rügt die Revision die Nichterhebung dieses Beweises. Das Berufungsgericht geht nämlich ohnehin davon aus, daß etwa von der Klägerin geschuldete Nachbesserungen unter Umständen von Monteuren der Beklagten vorgenommen und solche Monteurstunden von der Klägerin an die Beklagte vergütet werden sollten.

b) Davon, daß die Klägerin am 28. Februar 1963 in einem Falle die Lieferung von Austauschteilen fest zugesagt hat, geht auch das Berufungsgericht aus. Es brauchte aus dieser, später von der Klägerin erfüllten, Zusage aber nicht auf weitere feste Zusagen der Klägerin zu schließen.

c) Die von der Revision angeführten Aussagen der Zeugen O [] und P [] durfte das Berufungsgericht auf den

- oben zu b) erörterten - Fall beziehen, in dem die Klägerin am 28. Februar 1963 Austauschteile fest zugesagt und diese später auch geliefert hat.

d) Auch dem Schreiben der Klägerin vom 24. April 1963 brauchte das Berufungsgericht nicht zu entnehmen, daß dieses Schreiben die Beseitigung von Mängeln betrafte, welche in den Verantwortungsbereich der Klägerin gefallen wären. Erst recht brauchte es aus dem Brief keinen Verzicht der Klägerin auf das Aufrechnungsverbot herzuleiten.

e) Das letztere gilt auch für den Umstand, daß die Beklagte der Klägerin am Schluß der Unterredung vom 28. Februar 1963 einen Wechsel über 15.000 DM und einen Scheck über rd. 25.000 DM übergeben hat.

f) Die handschriftliche Notiz S. [REDACTED] und die maschinengeschriebene Aktennotiz K. [REDACTED] über die Unterredung vom 28. Februar 1963 zwangen das Berufungsgericht ebensowenig zu einer der Beklagten günstigeren Würdigung der Vorgänge dieses Tages wie der Brief der Beklagten vom 4. März 1963, auch wenn man in diesem Brief ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben sieht.

6. Das Berufungsgericht hat die Hilfswiderklage wegen Verjährung abgewiesen. Die Revision meint, die Klägerin habe auf die in ihren Verkaufsbedingungen "festgelegte Verjährung von 6 Monaten nach rechtzeitig erhobener Rüge verzichtet, indem sie Nachbesserungen und Nachlieferungen vornahm."

a) Das Berufungsgericht war jedoch nicht gezwungen, diesen Schluß zu ziehen. Es durfte vielmehr annehmen, daß die Parteien es bei der vereinbarten sechsmonatigen Verjährungsfrist gelassen haben, der Lauf der Verjährung aber gehemmt war, solange zwischen den Parteien Verhandlungen über Nachbesserungen schwebten (§ 639 Abs. 2 BGB). Demgemäß rechnet das Berufungsgericht zu Gunsten der Beklagten den Beginn der Verjährungsfrist erst ab Juli 1963, gelangt aber ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis, daß die Gegenforderungen der Beklagten auch dann verjährt sind.

b) Die Revision beruft sich auf § 390 Satz 2 BGB in Verbindung mit §§ 479, 639 Abs. 2 BGB. Damit kann sie jedoch die Wirkung der Verjährung hier nicht ausräumen, weil die Aufrechnung vertraglich ausgeschlossen ist (vgl. oben II 2 - 4).

c) Die Berufung auf die Verjährung verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben, wie bereits oben zu II 4 ausgeführt ist.

III.

Nach alledem ergibt sich folgendes:

1. Da die Klageforderung, soweit vom Landgericht zuerkannt, unstreitig und die Aufrechnung gegen diese Forderung vertraglich ausgeschlossen ist, hat das Berufungsgericht der Klage mit Recht stattgegeben.

2. Es hat auch mit Recht die Hilfswiderklage abgewiesen, da die ihr zugrunde liegenden Forderungen der Beklagten verjährt sind.

Nh

3. Bei dieser Sach- und Rechtslage brauchte es nicht darauf einzugehen, ob die Werkleistungen der Klägerin mangelhaft waren und welche Ansprüche der Beklagten gegebenenfalls daraus entstanden waren.

4. Die Revision ist mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Meyer

Vogt

Finke

Schmidt