

Verkündet
am 17. März 1958
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma N- F GmbH, gesetzlich vertreten durch die
Geschäftsführerin Aenn D, M, W str.

Klägerin, Berufungsbeklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den Hans H Alleininhaber der Firma A- I,
M, L str.

Beklagten, Berufungskläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. März 1958 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Scheffler, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkel-
mann, Erbel und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das den Parteien
am 10./11. Januar 1957 an Verkündungsstatt zugestellte
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München aufgehoben, soweit die Klage in Höhe von mehr
als 2 500 M nebst Zinsen hiervon abgewiesen und über
die Kosten entschieden worden ist. In diesem Umfang
wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über 10/11 der Kosten des Revisionsverfahrens, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen, also in Höhe von 2 500 M nebst Zinsen
hiervon, wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.
Diese hat 1/11 der Kosten des Revisionsverfahrens zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Dem Beklagten stand das Auswertungsrecht des spanischen Films "Johanna von Kastilien" für die Bundesrepublik Deutschland zu. Er vergab die Synchronisierung dieses Films in deutscher Sprache durch Vertrag vom 3. Februar 1953 gegen ein Entgelt von 30 000 DM an die offene Handelsgesellschaft I [REDACTED]-Film in M [REDACTED], die den Auftrag in Zusammenarbeit mit der Klägerin ausführen sollte. Der Film sollte am 10. März 1953 zur Abnahme vorgeführt werden; es wurde jedoch eine Nachfrist von 4 Tagen gewährt. Für jeden nach dem 14. März 1953 liegenden Tage des Lieferungsverzuges sollte die I [REDACTED]-Film eine Vertragsstrafe von 500 DM zahlen.

Am 13. und 14. März 1953 fanden zwei Abnahmevorführungen statt. Im Anschluß hieran beanstandete der Beklagte Mängel im Ton. Die Beteiligten vereinbarten deswegen eine Neumischung des Films unter Verwendung der in Madrid befindlichen Internationalen Originaltonbänder. Nach deren Eintreffen stellte die Klägerin eine neue Tonfassung her. Der Beklagte nahm den Film nunmehr am 5. Mai 1953 ab.

Die Intervox trat ihre Ansprüche aus dem Abkommen am 22. Mai 1953 an die Klägerin ab. Diese verlangt von dem Beklagten die Zahlung des zugesagten Entgelts. Sie behauptet, daß sich dieser zur Entrichtung eines weiteren Betrages von 5 000 DM für die Neumischung verpflichtet habe. Von der sich danach ergebenden Gesamtsumme von 33.000 DM zieht sie Zahlungen des Beklagten in Höhe von 5 000 DM ab. Den Rest von 28 000 DM nebst 12 % Zinsen macht sie mit der Klage geltend.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Er bestreitet, eine zusätzliche Vergütung von 3 000 DM zugebilligt zu haben. Im übrigen rechnet er mit Gegenforderungen auf. In erster Linie stützt er sie darauf, daß der Film mit einer Verspätung von 51 Tagen ordnungsmäßig vorgeführt worden sei, so daß ihm die Vertragsstrafe in Höhe von 25 500 DM zustehe. Ferner behauptet er, daß ihm die I. [REDACTED] einen Betrag von 2 500 DM als Darlehn schulde. Schließlich macht er Schadensersatzansprüche geltend.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 18 000 DM nebst 8 % Zinsen hiervon verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Teile Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat darauf die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten nach dem Klageantrage. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß die Klageforderung durch die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen ist.

I. Die Revision greift diese Ausführungen mit Recht an, soweit es sich um den angeblichen Anspruch des Beklagten aus der Vertragsstrafe handelt. Zwar ist die Aufrechnung nach § 406 BGB auch der Klägerin gegenüber



an sich zulässig; die Feststellungen des Tatrichters tragen aber nicht die Annahme, daß dem Beklagten eine solche Forderung zusteht.

1.) Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, daß das Oberlandesgericht die Vorschrift des § 341 Abs. 3 BGB nicht beachtet hat.

Die Vertragsstrafe ist für den Fall des "Lieferverzuges" vereinbart worden. Ein solcher "Lieferverzug" sollte nach Nr. 8 Abs. 1 letzter Satz des Vertrages vom 3. Februar 1953 gegeben sein, "wenn der 14. März als von der I. Film - N. genannter Abliefertag nicht eingehalten" wurde.

Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts waren diese Voraussetzungen zwar gegeben. Die Tonfassung wies bei den Vorführungen am 13. und 14. März 1953 wesentliche Mängel auf, derentwegen der Beklagte die Abnahme mit Recht verweigerte. Er hat die von der Klägerin und der I. Film hergestellte Neufassung aber, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, nach Beseitigung der Mängel am 5. Mai 1953 als Erfüllung angenommen. Dann konnte er die Vertragsstrafe gemäß § 341 Abs. 3 BGB nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei dieser Annahme vorbehielt.

Der Beklagte hat demgegenüber in der Verhandlung vor dem Revisionsgericht die Ansicht vertreten, daß die ordnungsmäßige Vorführung des Films am 5. Mai 1953 keine Erfüllung i. S. des § 341 Abs. 3 BGB gewesen sei. Von einer solchen Erfüllung, so meint er, könne nur gesprochen werden, wenn der im Verzug befindliche Vertragsteil seinen sämtlichen ihm nach dem Vertrag obliegenden Ver-

pflichtungen nachgekommen sei. Diesem Erfordernis habe die I. Film am 5. Mai 1953 nicht genügt, denn es habe noch die nach Nr. 4 des Vertrages von der Bezahlung des Werklohnes abhängige Eigentumsübertragung ausstanden.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Absatz 3 des § 341 steht im engen Zusammenhang mit Absatz 1 dieser Vorschrift. Dort ist bestimmt, daß der Gläubiger die Strafe neben der Erfüllung verlangen kann, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt. Absatz 3 schränkt dieses Recht des Gläubigers dahin ein, daß ihm die Vertragsstrafe nur zusteht, wenn er bei der Annahme einen entsprechenden Vorbehalt erklärt. Diese Regelung läßt erkennen, daß sich die "Annahme der Erfüllung" in Absatz 3 nur auf die in Absatz 1 erwähnte mangelhafte oder verzögerte Leistung bezieht, die die Verwirkung der Vertragsstrafe ausgelöst hat. Wird dem Gläubiger eine Leistung angeboten, die den getroffenen Abmachungen entspricht, so muß er sich sofort darüber erklären, ob er trotzdem auf Zahlung der Vertragsstrafe besteht. Andernfalls wird sein Verhalten kraft Gesetzes als Verzicht gewertet. Die Frage, ob noch weitere vertragliche Verpflichtungen in Zukunft zu erfüllen sind, die keinen Einfluß auf die Verwirkung der Vertragsstrafe gehabt haben, ist insoweit ohne Bedeutung.

Vorliegend hatte die I. Film die Entrichtung der Vertragsstrafe von 500,— DM je Tag für den Fall zugesagt, daß sie den 14. März 1953 nicht als Ablieferungstag einhalten würde. Ihrer Verpflichtung zur Herstellung einer vertragsmäßigen Fassung ist sie am 5. Mai 1953 nachgekommen. Dann hätte sich der Beklagte nach dem

Gesagten zu diesem Zeitpunkte sein Recht auf die Vertragsstrafe vorbehalten müssen, wenn er später darauf zurückkommen wollte. Die Verpflichtung der I. [REDACTED] film zur Eigentumsübertragung, die damals noch garnicht fällig war, spielte insoweit keine Rolle.

Einen solchen Vorbehalt hat der Beklagte bisher nicht einmal behauptet. Er will die Klägerin zwar auf die Vertragsstrafe hingewiesen haben (Schriftsätze vom 24. Januar 1955 und vom 30. Dezember 1955). Dies soll aber nicht bei der Abnahme am 5. Mai 1953, sondern vor- oder nachher geschehen sein; das genügte nicht, um ihm seine etwaigen Rechte zu erhalten (RGZ 61, 65 und RG HRR 1934, 1349). Abgesehen hiervon hat der von dem Beklagten als Zeuge benannte Angestellte Vi. [REDACTED] diese Behauptungen nicht bestätigt.

Das Urteil muß daher aufgehoben werden, soweit es die von dem Beklagten aus der Verwirkung der Vertragsstrafe hergeleitete Forderung für begründet ansieht.

2.) Gegen die Zuerkennung der Vertragsstrafe für die ganze Zeit von 51 Tagen würden auch dann Bedenken bestehen, wenn erwiesen werden sollte, daß sich der Beklagte das Recht darauf bei der Abnahme des Films vorbehalten hat.

Das Oberlandesgericht prüft, welche der Parteien die Herbeischaffung der IT-Bänder aus Madrid verlangt hat. Nach seiner Ansicht ist nicht erwiesen, daß dies der Beklagte gewesen ist. Daraus schließt es, daß die hierdurch verursachte Verzögerung "zu Lasten der Klägerin" gehe.

Diese Beurteilung erschöpft nicht die Sach- und Rechtslage. Nach den bisherigen Feststellungen ist davon auszugehen, daß sich die Parteien über die Beschaffung der IT Tonbänder aus Madrid einig waren, ohne daß die Frage der Vertragsstrafe erörtert worden ist. Unter diesen Umständen hätte in erster Linie geprüft werden müssen, ob der Beklagte nicht gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er trotzdem deren Zahlung für die nach dieser Abrede liegende Zeit verlangt.

Die Klägerin will nach ihrer Behauptung mit einer solchen Forderung nicht gerechnet haben. Das erscheint möglich, wenn nicht sogar naheliegend. Denn andernfalls hätte sie schwerlich die durch die Beschaffung aus dem Auslande eintretende Verzögerung in Kauf genommen, die sie bei einem Fortlaufen der Verzugsfolgen ihr gesamtes Entgelt kosten konnte. Das gilt um so mehr, als der Beklagte einen Weg vorgeschlagen haben soll, der die Neumischung ohne wesentlichen Zeitverlust zugelassen hätte.

Wenn sich der Beklagte, wie ebenfalls naheliegend ist, über diese Erwägungen der Klägerin im klaren gewesen ist, dann hätte er, falls er seinen Anspruch auf die Vertragsstrafe für die Zukunft aufrecht erhalten wollte, sein Verhalten dementsprechend einrichten und auf deren weitere Verwirkung hinweisen müssen. Tat er dies nicht und ließ er es zu, daß die Klägerin ihre künftigen Maßnahmen auf der Innahme aufbaute, sie brauche solche Verzugsfolgen nicht mehr zu fürchten, so ist es ihm nach Treu und Glauben versagt, auf diese Forderung zurückzugreifen.

Das Oberlandesgericht hat die Prüfung unter diesem Gesichtspunkt unterlassen, obwohl der Sachverhalt dazu Anlaß gab. Auch aus diesem Grunde muß das Urteil aufgehoben werden. Allerdings wird es eines Eingehens hierauf bei der neuen Verhandlung und Entscheidung nur bedürfen, wenn ein Vorbehalt des Beklagten nach § 341 Abs. 3 BGB erwiesen wird. In diesem Zusammenhange könnte dann auch der Umstand von Bedeutung sein, daß sich der Beklagte bereit erklärt haben soll, 3 000 DM, sei es als Vergütung, sei es als Darlehn, für die Neuumschulung zur Verfügung zu stellen (vgl. die Feststellung des Landgerichts S. 9. seines Urteils und den Schriftsatz des Beklagten vom 30. Dezember 1953).

II. In Höhe von 2 500 DM hat der Beklagte mit einer Darlehnsforderung aufgerechnet. Er leitet sie aus Nr. 2 Abs. 4 der Vereinbarung vom 3. Februar 1953 her. Dort ist vorgesehen, daß die "A-Film" der Klägerin am Tage der Vertragsunterzeichnung ein Darlehn von 7 500 DM gewähren sollte. Die Hingabe dieses Betrages ist unstreitig.

Im ersten Rechtszuge hatte der Beklagte mit einem Teil des Darlehns in Höhe von 5 000 DM aufgerechnet; im Termin vom 29. April 1955 hatte er jedoch zugestanden, daß er wegen dieses Betrages befriedigt worden ist. Dagegen blieb streitig, ob er die restlichen 2 500 DM zurückerhalten hat. Das Landgericht geht auf diese angebliche Forderung des Beklagten nicht ein, weil er, wie es feststellt, insoweit keine Aufrechnungserklärung abgegeben hatte.

Im zweiten Rechtszuge berief sich der Beklagte erneut auf diesen Anspruch. Das Oberlandesgericht läßt es dahingestellt, ob die Aufrechnung schon im ersten Rechtszuge erklärt worden ist. Es verweist darauf, daß die Uingabe unstreitig ist und daß die Klägerin keinen Beweis für die Rückzahlung erbracht hat. Danach nimmt es an, daß die Forderung der Klägerin in dieser Höhe gemäß § 389 BGB erloschen ist.

Die Revision macht geltend, das Oberlandesgericht sei sich nicht bewußt gewesen, daß es die Zulässigkeit der erst im zweiten Rechtszuge erklärten Aufrechnung gemäß § 529 Abs. 5 ZPO hätte verneinen können. In jedem Falle hätte es die Klägerin darauf aufmerksam machen müssen, daß es von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen wollte; in diesem Falle hätte die Klägerin unter Beweis gestellt, daß der Betrag an den Beklagten abgeführt worden sei.

Die Rüge ist unbegründet. Das Oberlandesgericht erwähnt zwar nicht den § 529 Abs. 5 ZPO. Es besteht aber kein Anlaß zu der Annahme, daß es sich der Möglichkeit einer Nichtzulassung der Aufrechnung nicht bewußt gewesen ist.

Auch zur Ausübung des Fragerechts nach § 139 ZPO war es nicht verpflichtet. Es war selbstverständlich, daß die Klägerin mit der Zulassung rechnen und ihr Verhalten darauf einrichten mußte. Das hat sie übrigens auch getan. Im Schriftsatz vom 15. November 1955 hat sie sachlich dazu Stellung genommen und die Vorlegung der Originalquittung verlangt. Sie wollte also, soweit zu erkennen ist, den Empfang des Darlehns bestreiten. Unter diesen Umständen hatte das Gericht keine Veranlassung, sie zu weiteren Erklärungen aufzufordern.

Die Revision ist somit unbegründet, soweit das Oberlandesgericht die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer Darlehnsforderung für berechtigt erachtet hat.

III. In dem Umfange, in dem die Revision der Klägerin zurückzuweisen ist, kann über die Kosten des Revisionsverfahrens gemäß §§ 92, 97 ZPO entschieden werden. Im übrigen muß die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vorbehalten bleiben.

Scheffler

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Erbel

Meyer