

2072 073

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 68/66

URTEIL

Verkündet am

15. Januar 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma L [REDACTED] & Co., Inhaberin Frau Cecilie
T [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] Square,
L [REDACTED] (England),

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Ferdinand W [REDACTED], Inhaber Adolf R [REDACTED],
P [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Beklagten gegen die Urteile des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 15. Februar 1966 und 26. April 1966 werden zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revisionen zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf das in dieser Sache ergangene Revisionsurteil VII ZR 68/63 vom 1. April 1965 wird verwiesen.

In der erneuten Berufungsverhandlung hat die Beklagte an der Einrede des Schiedsvertrages festgehalten und die vom Landgericht zuerkannte Klageforderung von 33.561,80 DM nebst Zinsen weiter bekämpft unter Berufung auf die von ihr erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung nicht für zulässig erachte oder die aufgerechneten Ansprüche nicht zur Aufrechnung für geeignet halte, weil sie nur im Wege einer Stufenklage durchgesetzt werden

- 3 -

könnten, hat die Beklagte hilfsweise Stufen-Widerklage erhoben auf Auskunft und Rechnungslegung sowie Zahlung der sich daraus ergebenden Beträge bis zur Höhe der Klagesumme nebst Zinsen. Wegen der Widerklageanträge im einzelnen wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 28. März 1966 verwiesen.

Das Berufungsgericht hat durch Zwischenurteil vom 15. Februar 1966 die Schiedseinrede verworfen. Durch Schlußurteil vom 26. April 1966 hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Über die Eventual-Widerklage hat es nicht entschieden.

Gegen beide Urteile hat die Beklagte Revision eingelegt. Sie erstrebt die Abweisung der Klage, hilfsweise die Verurteilung der Klägerin gemäß der Widerklage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Der Senat hat die Revisionsverfahren verbunden.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht legt Ziffer 8 des Vertrages der Parteien vom 7./19. Februar 1959 dahin aus, die Parteien hätten damit die Anrufung eines Schiedsgerichts nicht unter Ausschluß und anstelle der ordentlichen Gerichtsbarkeit vereinbart und demnach den Rechtsweg nicht bindend ausgeschlossen. Es erachtet eine weitergehende mündliche Abrede für nicht erwiesen. Es hat daher in seinem Zwischenurteil die Einrede der Beklagten verworfen, daß der Rechtsstreit durch Schiedsrichter zu entscheiden sei (§ 274 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).



- 4 -

Dagegen bringt die Beklagte nichts Beachtliches vor. Ihre Revision gegen das Zwischenurteil ist daher zurückzuweisen.

II.

Sie beruft sich jedoch gegenüber dem Schlußurteil des Berufungsgerichts auf einen anderen Einwand. Sie leitet nämlich aus Ziffer 8 des Vertrages her, die Parteien hätten sich vertraglich verpflichtet, nicht eher zu klagen, bis der Versuch einer gütlichen Einigung gemacht worden sei. Diese Vereinbarung, "daß der Entscheidung des Gerichts ein Einigungsverfahren voranzugehen habe", sei ein von amts wegen zu beachtendes Prozeßhindernis. Die Klageerhebung sei rechtsmißbräuchlich, da sie ohne vorherigen Versuch einer außergerichtlichen Einigung erfolgt sei. Die Klage müsse daher "als vorzeitig erhoben" abgewiesen werden.

Die Revision macht also geltend, daß die Klage erst nach Scheitern eines privaten Sühneversuchs hätte erhoben werden dürfen (vgl. dazu OLG 25, 235; 35, 154; Stein-Jonas, ZPO 18. Aufl. § 274 I 2 c, III 3; Wieczorek ZPO § 1025 B II a 3).

1.) Damit kann jedoch die Beklagte jetzt nicht mehr gehört werden. Es kann dahinstehen, ob die Ziffer 8 des Vertrages in diesem Sinn ausgelegt werden könnte. Die Beklagte hat sich nämlich nach Erlaß des Zwischenurteils vom 15. Februar 1966 auf die Sachverhandlung vor dem Berufungsgericht eingelassen, ohne noch das Verlangen nach außergerichtlicher Sühne vorzutragen. Das konnte nur dahin aufgefaßt werden, daß die Parteien sich nunmehr im Prozeß darüber einig waren, von dem ursprünglich etwa

vereinbarten vorprozessualen Sühneversuch abzusehen, zumal ein solcher Sühneversuch im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung, im 4. Rechtszug, nach rund fünfjähriger Prozeßdauer keinen Erfolg mehr versprach.

2.) Ohne Erfolg bleibt auch die in diesem Zusammenhang erhobene Revisionsrüge aus § 139 ZPO. Sie geht schon deswegen fehl, weil die Beklagte, wie sie in ihrer jetzigen Revisionsbegründung selbst betont, bereits in ihrer früheren Revisionsbegründung Ausführungen hierzu gemacht hatte. Dann aber hätte sie, die durch einen Anwalt vertreten war, auch ohne Hinweis des Berufungsgerichts in der letzten Berufungsverhandlung, nachdem das Zwischenurteil erlassen war, diesen Gesichtspunkt erneut vortragen können.

III.

Unstreitig ist die Klageforderung entstanden. Die Beklagte macht jedoch geltend, die Forderung sei durch Aufrechnung erloschen, und ihr stehe ein Zurückbehaltungsrecht zu.

1.) Nach der Auslegung des Berufungsgerichts ist das Aufrechnungsverbot gemäß Ziffer 9 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin nicht anwendbar auf Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis der Parteien vom 7./19. Februar 1959. Diese Vertragsauslegung, wonach eine Aufrechnung der Beklagten hier nicht vertraglich ausgeschlossen ist, beschwert die Beklagte nicht, läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von keiner der Parteien angegriffen.

2.) Die Revision meint, die Klägerin habe der Beklagten begründeten Anlaß gegeben, an der Vertragstreue der Klägerin zu zweifeln. Die Beklagte habe befürchten müssen, daß die Klägerin sich einseitig vom Vertrage lossagen werde. Deswegen habe die Beklagte damals verlangen dürfen, daß die Klägerin entweder das Alleinvertriebsrecht der Beklagten unzweideutig als fortbestehend anerkenne oder den Lagerbestand der Beklagten zurücknehme. Solange die Klägerin dazu nicht bereit gewesen sei, habe die Beklagte die Bezahlung der Klageforderung verweigern dürfen.

Diese Auffassung geht fehl. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei feststellt, hatte die Klägerin lediglich den Wunsch nach einer einverständlichen vorzeitigen Vertragsbeendigung geäußert, wie sie im letzten Satz von Ziff. 7 des Vertrages vom 7./19. Februar 1959 ausdrücklich vorgesehen ist. Daraus erwuchs der Beklagten noch kein Recht, die von der Klägerin gelieferten Waren zurückzugeben oder deren Bezahlung zu verweigern. Da das Verhalten der Klägerin der Beklagten keinen berechtigten Anlaß zu Zweifeln an der Vertragstreue der Klägerin bot, bestand für die Beklagte auch kein Anspruch gegen die Klägerin auf "Vertragsbekräftigung" in Gestalt einer besonderen "Bekräftigungserklärung" der Klägerin.

Von dem Wegfall oder einer Änderung der Geschäftsgrundlage kann unter diesen Umständen keine Rede sein, ebensowenig von einem Zurückbehaltungsrecht der Beklagten gegenüber der Klageforderung.

3.) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin am 8. November 1961 der französischen

Firma M. zwei Muster angeboten, die gemäß Ziff. 5 des Vertrages vom 7./19. Februar 1959 für die Beklagte geschützt waren. Jedoch hat die Klägerin an die Firma M. nur je 50 Paar davon geliefert. Zu einer größeren Bestellung der Firma M. ist es nicht gekommen. Ein Schaden der Beklagten aus der Lieferung der Klägerin an die Firma M. läßt sich nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht feststellen.

Die Revision sieht in dem Verhalten der Klägerin eine schwerwiegende Vertragsverletzung, welche ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten rechtfertige.

Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles kann das jedoch nicht zutreffen. Bei der Wertung des Verhaltens der Klägerin darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagte damals trotz ihres Alleinvertriebsrechts seit rund einem Jahr keine Ware mehr von der Klägerin bezogen und keine Rechnung der Klägerin mehr bezahlt hatte, ohne daß ihr ein Leistungsverweigerungsrecht zustand. Wegen des Verzuges der Beklagten war die Klägerin am 8. November 1961, dem Zeitpunkt ihres Angebots an die Firma M., zur Kündigung des Vertrages der Parteien vom 7./19. Februar 1959 (eines sog. "Eigenhändlervertrages") aus wichtigem Grunde berechtigt (§§ 89 a HGB, 626 BGB in entsprechender Anwendung). Sie hat diese Kündigung, wie die Beklagte selbst vorgetragen hat, auch alsbald danach, am 16. November 1961, ausgesprochen. Dann kann aber ihr oben geschildertes Verhalten vom 8. November 1961, wenn überhaupt, so jedenfalls nicht als ein so schwerwiegender Vertragsverstoß gegenüber der Beklagten angesehen werden, daß er dieser das Recht hätte geben können, Zahlungen, mit denen sie bereits ein Jahr lang in Verzug war, weiter zurückzuhalten.

4.) Der vorstehend erörterte etwaige geringfügige Vertragsverstoß der Klägerin begründete auch keinen hinreichenden Verdacht sonstiger Vertragsverletzungen der Klägerin. Die Beklagte konnte daher daraus gegen die Klägerin keinen Auskunftsanspruch herleiten. Deswegen war das Berufungsgericht auch befugt, die Beweisanträge der Beklagten auf Einholung des Gutachtens eines Buchsachverständigen sowie auf Vorlage des Schriftverkehrs der Klägerin und der von ihrem Vertreter H. [REDACTED] eingegangenen Bestellungen als unzulässigen Ausforschungsbeweis abzulehnen.

5.) Mit Recht hat das Berufungsgericht den Beweisantritt der Beklagten im Schriftsatz vom 14. Februar 1966 (Benennung der Inhaber von 5 englischen Firmen als Zeugen) gemäß § 529 Abs. 2 und 3 ZPO als verspätet nicht zugelassen. Es macht zwar keine Ausführungen darüber, daß die Berücksichtigung dieser Beweismittel die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben würde; das ergibt sich jedoch im vorliegenden Fall zwingend aus den gegebenen Umständen.

Der Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 15. Februar 1966 zeigt, daß es damit rechnete, der Zeuge H. [REDACTED], dessen Vernehmung in diesem Beweisbeschluß angeordnet worden war, werde zum Verhandlungstermin am 25. März 1966 in Karlsruhe erscheinen, wie das dann auch geschehen ist. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht am 15. Februar 1966 die Vernehmung der von der Beklagten benannten 5 Zeugen in England noch nicht anzuordnen, sondern durfte abwarten, ob sich seine Erwartung wegen des Zeugen H. [REDACTED] erfüllen werde. Eine Vernehmung der 5 Zeugen in England wäre bis zum 25. März 1966 auch nicht durchzuführen gewesen. Nachdem H. [REDACTED]

an diesem Tage zum Termin erschienen und vernommen worden war, stand nunmehr fest, daß die Vernehmung der 5 Zeugen in England die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Das Berufungsgericht durfte daher jetzt gemäß § 529 Abs. 2 und 3 ZPO verfahren.

Darauf, ob das Berufungsgericht die Anschrift der Zeugen aus der eidesstattlichen Versicherung T[REDACTED]s hätte entnehmen können und müssen, kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an. Von einer schriftlichen Beantwortung der Beweisfrage gemäß § 377 Abs. 3 ZPO brauchte es sich nichts zu versprechen.

6.) Abwegig ist die Ansicht der Revision, die Beklagte hätte die Bezahlung der Klageforderung deswegen verweigern dürfen, weil die Klägerin sich im Prozeß irrtümlich auf das Aufrechnungsverbot gemäß Ziff. 9 ihrer Lieferungs- und Zahlungsbedingungen berufen hatte.

7.) Die Revision legt Ziff. 2 des Vertrages vom 7./19. Februar 1959 dahin aus, daß die Klägerin nicht nur verpflichtet gewesen sei, der Beklagten ihre (der Klägerin) "günstigsten Preise", d.h. also die "Meistbegünstigung" einzuräumen, sondern auch, die Beklagte zu Preisen zu beliefern, "die sich in angemessenem Rahmen den Konkurrenzpreisen angleichen".

Damit setzt sich die Revision in Widerspruch zum eigenen Vortrag der Beklagten in der Berufungsinstanz. Dort hatte sie in ihrem Schriftsatz vom 12. Februar 1966 S. 11 ausgeführt:

"Der Schaden ist im Schriftsatz vom 29. Mai 1961 S. 6 auf ca 40.000 bis 50.000 DM geschätzt worden, wobei allerdings unrichtig

von Konkurrenzpreisen ausgegangen worden ist, während nur die eigenen günstigsten Preise der Klägerin maßgeblich sind."

Die Beklagte kann sich nicht darüber beschweren, daß das Berufungsgericht von ihrem eigenen Sachvortrag ausgegangen ist.

8.) Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen angeblicher wiederholter Schlechtlieferungen der Klägerin, weil die Beklagte Mängel nicht rechtzeitig gerügt habe (§ 377 HGB).

Die Revision meint, es handele sich hier um einen Schadensersatzanspruch aus positiver Verletzung des Sukzessivlieferungsvertrages vom 7./19. Februar 1959.

Darauf kommt es jedoch nicht an. Nach § 377 Abs. 2 HGB gilt die Ware als genehmigt, wenn der Käufer Mängel nicht rechtzeitig gerügt hat. Er kann Mängel dann auch nicht mehr zur Grundlage eines Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung machen (BGH LM Nr. 5 zu § 377 HGB).

9.) An den von der Revision angeführten Schriftsatzstellen findet sich keine Behauptung der Beklagten, daß die Klägerin sich mit der Rücknahme der bestimmten von der Beklagten hier als mangelhaft bezeichneten Ware einverstanden erklärt hätte. Auf eine allgemein geäußerte Bereitschaft der Klägerin, an Stelle von mangelhafter Ware mangelfreie zu liefern, kommt es hier nicht an.

Im übrigen hat das Berufungsgericht die Vernehmung des von der Beklagten als Zeugen benannten T. auch auf die Frage einer Mängelhaftung der Klägerin ausgedehnt.

Der Zeuge hat aber nicht bekundet, daß die Klägerin sich verpflichtet hätte, für bestimmte Waren Ersatz zu liefern.

IV.

Über die Eventualwiderklage hat das Berufungsgericht nicht entschieden mit der Begründung, die Voraussetzungen für ihre Erhebung lägen nicht vor.

Die Revision stellt das zur Nachprüfung. Sie meint, wenn es einem Kläger gestattet sei, neben einer Zahlungsklage hilfsweise eine Stufenklage auf Auskunft und Verurteilung zur Zahlung des Ergebnisses zu erheben, so gebiete es der Grundsatz der "Waffengleichheit", daß auch ein Beklagter seinen Aufrechnungsanspruch hilfsweise widerklagend so geltend machen könne, wie die Beklagte das hier getan habe.

Das trifft nicht zu.

1.) Die Widerklage ist hier zunächst für den Fall erhoben worden, daß die Aufrechnung gemäß Ziff. 9 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin vertraglich ausgeschlossen sei.

Dieser Eventualfall ist nicht gegeben, da nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts Ziff. 9 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist (vgl. oben zu III 1).

2.) Die Widerklage ist dann, nach der oben im Tatbestand wiedergegebenen Erklärung der Beklagten in der letzten Berufungsverhandlung, auch für den weiteren

Eventualfall erhoben worden, daß die in erster Linie zur Aufrechnung gestellten Zahlungsansprüche ohne zuvor von der Klägerin erteilte Auskunft nicht zu substantiieren wären.

Auch dieser Fall war nicht gegeben. Der Aufrechnung stand nicht etwa entgegen, daß die Gegenforderung erst nach Auskunft durch die Klägerin im einzelnen dargelegt werden konnte, sondern daß der Gegenanspruch schon dem Grunde nach nicht bestand. Für diesen Fall war die Widerklage nicht erhoben; das wäre auch sinnwidrig gewesen.

Im übrigen ist die Beklagte auch nicht dadurch beschwert, daß das Berufungsgericht über die Eventualwiderklage nicht entschieden hat. Es hätte sie nämlich abweisen müssen.

V.

Nach alledem sind beide Revisionen mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Vogt

Rietschel

Finke

Erbel