

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A_589/2016

Urteil vom 2. März 2017

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Niquille, May Canellas,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Heer,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Morris Knecht,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Sukzessivlieferungsvertrag,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Thurgau vom 28. Juli 2016.

Sachverhalt:

A.
B. _____ (Verkäufer, Kläger und Beschwerdegegner) lieferte A. _____ (Käufer, Beklagter und Beschwerdeführer) im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages seit mindestens 20 Jahren wöchentlich 70 bis 80 Jager (Ferkel, junge Schweine). Eine schriftliche Vereinbarung wurde nicht geschlossen. Zwischen dem 3. Oktober und dem 28. November 2014 erfolgten neun Lieferungen zum jeweiligen Börsenpreis, die jeweils wenige Tage später in Rechnung gestellt, bis heute aber nicht bezahlt wurden. Der Verkäufer machte geltend, das Vertragsverhältnis nach mehrmaliger Zahlungsaufforderung gekündigt und weitere Lieferungen ausgeschlossen zu haben. Nach einer erfolglosen letzten Mahnung leitete er gegen den Käufer für die ausstehenden Beträge Betreibung ein.

B.
Mit Klagebewilligung vom 13. Mai 2015 klagte der Verkäufer vor dem Bezirksgericht Weinfelden auf Zahlung von Fr. 66'262.22 für die unbezahlten Lieferungen nebst Zins und Kosten und verlangte die Aufhebung des vom Käufer erhobenen Rechtsvorschlages. Der Käufer beantragte die Abweisung der Klage und erhob eine Verrechnungseinrede über Fr. 45'000.-- als Ersatz für den durch den abrupten Lieferungsstopp entstandenen Schaden. Mit Entscheid vom 6. Oktober / 22. Dezember 2015 schützte das Bezirksgericht die Klage im Umfang von Fr. 66'262.22 nebst (reduziertem) Zins und hob den Rechtsvorschlag im Umfang des zugesprochenen Betrages auf. Der mittlerweile anwaltlich vertretene Käufer erhob Berufung, mit der er die Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht beantragte und eventuell die Gutheissung der Klage im Umfang von Fr. 21'662.22. Mit Entscheid vom 28. Juli 2016 erachtete das Obergericht des Kantons Thurgau die Berufung als unbegründet und schützte die Klage im Umfang, wie sie vom Bezirksgericht gutgeheissen worden war.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt der Käufer dem

Bundesgericht im Wesentlichen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Eventuell beantragt er sinngemäss die Abänderung des obergerichtlichen Entscheids entsprechend dem vor Obergericht gestellten Eventualbegehren. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer erkennt selbst, dass die Voraussetzungen für eine Beschwerde in Zivilsachen erfüllt sind. Damit erweist sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als unzulässig (Art. 113 BGG), weshalb nicht darauf einzutreten ist. Die in einer Verfassungsbeschwerde allein zulässige Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 116 BGG) kann auch in einer Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden (Art. 95 lit. a-c BGG).

2.

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

2.1. Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

Eine Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

2.2. Der Beschwerdeführer schildert zu Beginn der Beschwerde, ohne eine substantiierte Sachverhaltsrüge zu erheben, den massgeblichen Sachverhalt aus seiner Sicht. Soweit er dabei über den im angefochtenen Entscheid festgestellten Sachverhalt hinausgeht oder davon abweicht, ist er nicht zu hören.

3.

Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdeführer habe in seiner Klageantwort ausdrücklich eine Zahlungsfrist von zwei Monaten behauptet, was der Beschwerdegegner nicht substantiiert bestritten habe. Daher ging sie davon aus, zwischen den Parteien habe eine stillschweigende Zahlungsfrist von zwei Monaten gegolten. Die eingeklagten Forderungen für die zwischen dem 3. Oktober und dem 28. November 2014 erfolgten neun Lieferungen seien mithin zwischen dem 3. Dezember 2014 und dem 28. Januar 2015 fällig geworden. Sowohl die Behauptung, es habe kein fixes Fälligkeitsdatum bestanden, als auch diejenige, der Beschwerdeführer habe die Ferkel in aller Regel mit einer

Zahlungsfrist von durchschnittlich mehr als 60 Tagen bezahlt, erachtete die Vorinstanz für neu und verspätet. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Verrechnungsforderung schütze die Vorinstanz nicht. Darin, dass der Beschwerdegegner nach der Lieferung vom 28. November 2014 diejenige vom 5. Dezember 2014 nicht mehr frei gab und seine Lieferungen einstellte, sah sie keine Vertragsverletzung, da am 5. Dezember 2014 bei einer Zahlungsfrist von zwei Monaten die Zahlung für die Lieferung vom 3. Oktober 2014 fällig gewesen sei. Der Beschwerdegegner sei daher berechtigt gewesen,

seine Lieferung vom 5. Dezember 2014 nicht freizugeben, bis zumindest seine Lieferung vom 3. Oktober 2014 bezahlt war. Im Übrigen setze der Leistungsrückbehalt gemäss Art. 82 OR keinen Verzug der Gegenpartei voraus. In der Folge seien auch die übrigen Lieferungen fällig geworden. Da der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner in der Folge nicht bezahlte, habe dieser seine Lieferung zurückbehalten dürfen und stehe dem Beschwerdeführer kein Schadenersatzanspruch zu. Aus diesen Gründen wies die Vorinstanz die Berufung ab.

4.

Der Beschwerdeführer verweist auf zwei Zahlungsprotokolle, aus denen hervorgehe, dass die Zahlung für die Jagerlieferung vom 15. November 2013 erst am 15. Januar 2014, diejenige für die Lieferung vom 8. November 2013 erst am 8. Januar 2014 ausgelöst worden sei, so dass die Zahlungen dem Beschwerdegegner erst nach Ablauf von zwei Monaten hätten gutgeschrieben werden können. Der Beschwerdeführer verweist auf seine Aussage an der Hauptverhandlung, wonach der Beschwerdegegner ihn bei Zahlungen von zwei oder drei Tagen (nach Ablauf zweier Monate) jeweils angerufen habe, und erachtet es als erstellt, dass der Beschwerdegegner Zahlungsfristen von zwei Monaten und (bis zu) drei Tagen akzeptiert habe, weshalb die Lieferung vom 3. Oktober 2014 erst am 6. Dezember 2014 fällig geworden wäre und daher nicht dazu berechtigt habe, die Lieferung vom 5. Dezember 2014 nicht freizugeben.

4.1. Mit diesen Ausführungen nimmt der Beschwerdeführer, ohne sich rechtsgenügend mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, einfach eine eigene Würdigung der Beweismittel in seinem Sinne vor. Willkür in der Beweiswürdigung lässt sich mit einer derart appellatorischen Kritik nicht aufzeigen.

4.2. Allein aus der Tatsache, dass die von der Vorinstanz aufgrund der Aussagen des Beschwerdeführers angenommene Zahlungsfrist allenfalls bei gewissen Zahlungen nicht eingehalten wurde, kann der Beschwerdeführer zudem nichts zu seinen Gunsten ableiten. Eine Partei kann nach Treu und Glauben nicht einfach aus dem eigenen verzögerten Zahlungsverhalten auf eine entsprechende Vertragsanpassung schliessen. Von Willkür kann keine Rede sein.

5.

Sodann verweist der Beschwerdeführer auf ein Schreiben des beschwerdegegnerischen Treuhänders, in dem ihm implizit eine Stundung in zwei Teilbeträgen angeboten und die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben worden sei. Der Beschwerdegegner habe gemäss seinen Ausführungen in der Klageschrift mit letzter Mahnung vom 14. Januar 2015 eine Nachfrist bis zum 25. Januar 2015 gesetzt und den Beschwerdeführer gemäss Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug gesetzt. Das Hinausschieben des Erfüllungstermins und damit der Fälligkeit sei für den Gläubiger verbindlich.

5.1. Nach den Feststellungen der Vorinstanz liess der Beschwerdegegner am 14. Januar 2015 dem Beschwerdeführer eine letzte Mahnung für die neun Jagerlieferungen gemäss den entsprechenden Abrechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 66'262.22 zukommen mit dem Hinweis, entgegenkommenderweise sei er bereit, zwei Teilzahlungen entgegenzunehmen, Fr. 30'000.-- innert 10 Tagen, d.h. bis 25. Januar 2015 und Fr. 36'262.22 bis 25. Februar 2015.

5.2. Aus diesem Schreiben konnte der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben nicht schliessen, die für die Anwendung von Art. 82 OR massgebende Fälligkeit der Forderungen sei hinausgeschoben. Er musste vielmehr erkennen, dass darin höchstens ein Angebot betreffend die Zahlungsmodalität der bereits fälligen Schuld zu sehen ist - das heisst die Zusicherung, auf eine Zwangsdurchsetzung des fälligen Gesamtbetrages zu verzichten, wenn die beiden Teilzahlungen fristgerecht erbracht werden. Da keine fristgerechte Leistung erfolgte, kann der Beschwerdeführer aus diesem Angebot nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Verständnis, das er dem Schreiben in der Beschwerde an das Bundesgericht beimisst, ist treuwidrig.

6.

Unter Hinweis auf "BGE 111 II 468" macht der Beschwerdeführer sodann geltend, in tatsächlicher

Hinsicht könne eine Leistung gestützt auf Art. 82 OR nur verhindert werden, wenn sich die andere Partei mit einer Teilleistung in Verzug befinde.

6.1. BGE 111 II 463 E. 4 S. 468 thematisiert im Wesentlichen nicht diese Frage. Das Bundesgericht hat aber schon in BGE 52 II 137 festgehalten, nach ständiger Rechtsprechung dürfe bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft jeder Kontrahent im Zweifel die ihm obliegende Teilleistung (der Verkäufer die weitere Lieferungsrate, der Käufer den Kaufpreis für die frühere Teillieferung) zurückhalten, wenn der Vertragsgegner seinerseits mit einer Teilleistung im Verzuge sei (BGE 52 II 137 E. 1 S. 139 f.; 38 II 118 E. 1 S. 121 f., 479 E. 2 S. 482; 44 II 72 E. 2 S. 76; vgl. auch BGE 84 II 149 S. 150). Auch die Lehre hat diese Formulierung teilweise übernommen (URS LEU, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 82 OR; MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2000, N. 55 zu Art. 82 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, S. 633 § 40 Rz. 48; vgl. auch DANIEL SAUTER: Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages, 1982, S. 88 f., der von Verzugsschuldner und Verzugsgläubiger spricht). Die Terminologie ist aber nicht einheitlich. Das Bundesgericht spricht in anderen Entscheiden zum Sukzessivlieferungsvertrag nicht vom Verzug, sondern von "rückständigen Zahlungen"

(BGE 79 II 295 E. 2 S. 304) beziehungsweise davon, der Lieferant könne "eine Warenrate solange zurückhalten, bis der Vertreter eine fällige Zahlung für frühere Teillieferungen entrichtet" habe (BGE 78 II 32 E. 1a S. 35). Im Rahmen der analogen Anwendung von Art. 82 OR auf den Arbeitsvertrag wird verlangt, dass sich der Arbeitgeber mit verfallenen Lohnzahlungen im Rückstand befinde (BGE 120 II 209 E. 6a S. 212). Auch in der Lehre finden sich andere Formulierungen. So wird verlangt, dass der Käufer "frühere Lieferungen nicht bezahlt" habe (vgl. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl. 1974, S. 62; ROLF. H. WEBER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2005, N. 85 zu Art. 82 OR), oder es werden für Käufer und Verkäufer abweichende Formulierungen verwendet (HANS HÜRLIMANN, Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag, 1940, S. 67, der davon spricht, der Verkäufer könne die Fortsetzung seiner Lieferung verweigern, bis der Käufer, der für die schon gelieferten Waren mit der Bezahlung im Rückstand sei, diese nachgeholt habe, während der Käufer fällig werdende Ratenzahlungen zurückbehalten dürfe, wenn der Verkäufer in diesem Zeitpunkt mit einer oder mehreren Raten in Verzug sei). Beim

Arbeitsvertrag gesteht die Lehre dem Arbeitnehmer die Einrede zu, soweit der Arbeitgeber mit den bereits fälligen Zahlungen für verfllossene Lohnperioden im Rückstand ist (BGE 120 II 209 E. 6a S. 211 mit Hinweisen).

6.2. Die Anwendung von Art. 82 OR setzt unter anderem voraus, dass die beiden Leistungen fällig sind (LEU, a.a.O., N. 3 zu Art. 82 OR). Dass sich die Gegenpartei in Verzug befindet, ist nicht notwendig. In Art. 82 OR geht es um die Verwirklichung des Grundsatzes, wonach der Gläubiger eines zweiseitigen Vertrages, um den Schuldner zur Erfüllung zwingen zu können, selbst bereits erfüllt haben oder Erfüllung anbieten muss (ROBERT SIMMEN, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags [OR 82], 1981, S. 37; MICHA ALCALAY, Le contrat de vente par livraisons successives, 1924, S. 56). Art. 82 OR beruht auf dem allgemeinen Grundgedanken, dass der Belangte nur insoweit gezwungen werden kann, seine Leistung zu kreditieren, als er vertraglich zur Vorleistung verpflichtet ist. Dieser Grundgedanke trifft insbesondere auch auf Dauerschuldverhältnisse mit zeitlich verschobenen Fälligkeiten innerhalb der einzelnen Leistungspaare zu, wie sie gerade beim Sukzessivlieferungsvertrag vorkommen (BGE 120 II 209 E. 6a S. 212). Dessen Besonderheit liegt darin, dass das für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR massgebende Austauschverhältnis zwischen allen Raten des Verkäufers einerseits und dem gesamten Kaufpreis andererseits besteht (BGE 84 II 149 S. 150; SIMMEN,

a.a.O., S. 44 f. und 62). Davon abgesehen ändert sich an den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einrede nach Art. 82 OR aber nichts (vgl. BGE 120 II 209 E. 6a S. 212). Es genügt, dass die Gegenpartei ihre fälligen Schulden selbst noch nicht beglichen hat (vgl. ALCALAY, a.a.O., S. 56; WEBER, a.a.O., N. 85 zu Art. 82 OR; VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 62). Zum Teil wird sogar explizit darauf hingewiesen, der Rückstand mit einer Lieferung genüge, und es werde nicht verlangt, dass die Gegenpartei bereits in Verzug gesetzt wurde (GOTTLIEB VETSCH, Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1924, S. 46 f.).

6.3. Soweit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von Verzug die Rede war, ging es meist darum, dass die Rückhaltung nach Art. 82 OR nur zulässig ist, um die Vornahme einer bereits verfallenen, nicht aber einer erst künftig verfallenden Leistung durch den Vertragsgegner zu erzwingen (BGE 52 II 137 E. 1 S. 141; 38 II 479 E. 2 S. 482; LEU, a.a.O., N. 5 zu Art. 82 OR; SCHRANER, a.a.O., N. 55 zu Art. 82 OR). Der Vorleistungspflichtige kann nach Art. 82 OR die Erfüllung nicht

unter Berufung darauf verweigern, dass nicht feststehe, ob die Gegenpartei seinerzeit zur Erfüllung imstande sein werde (BGE 49 II 455 E. 2 S. 462). Die Einrede von Art. 82 OR kann mithin nicht mit Blick auf erst in Zukunft fällig werdende Ansprüche erhoben werden (VETSCH, a.a.O., S. 46). Es geht in den zitierten Entscheiden nicht um die Frage, ob im Sukzessivlieferungsvertrag neben der Fälligkeit zusätzlich verlangt wird, dass die Gegenpartei in Verzug gesetzt wurde. Wenn gegenseitige Liefer- und Zahlungsfristen bestehen, stellt sich dieses Problem in der Regel nämlich nicht: Wurde ein bestimmter Verfalltag verabredet, fallen Fälligkeit und Verzug zusammen (Art. 102 Abs. 2 OR). Auch im zu beurteilenden Fall fragt sich, ob mit der von der Vorinstanz angenommenen Zahlungsfrist von zwei Monaten nicht ohnehin ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart wurde. Die Frage kann offenbleiben, da Art. 82 OR, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, keinen Verzug der Gegenpartei voraussetzt.

7.

Da der Beschwerdeführer fällige Ansprüche aus dem Sukzessivlieferungsvertrag nicht erfüllt hat, konnte der Beschwerdegegner weitere Lieferungen zurückhalten (Art. 82 OR). Der geltend gemachten Schadenersatzforderung ist damit die Grundlage entzogen. Die Beschwerde in Zivilsachen erweist sich insgesamt als offensichtlich unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Da keine Vernehmlassung eingeholt wurde, ist keine Parteientschädigung geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. März 2017

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak