

2543 000

Verkündet
am 14. April 1955
Jodas, Just. Angest.
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 B[redacted] u. C[redacted], M[redacted], I[redacted]
[redacted] Str. [redacted], Alleininhaber Dr. Friedr. B[redacted], Holz-
kaufmann, Gr[redacted], Ru[redacted]allee [redacted],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

g e g e n

die Firma Ludwig K u [redacted], Dampfsägewerk und
Holzgroßhandlung in K[redacted]/N[redacted],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 4. April 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Hai-
dinger, Dr. Fischer, Dr. Kuhn und Artl. für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das an Ver-
kündungsstatt am 19. und 20. Januar 1954 zu-
gestellte Urteil des 6. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in München wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Inhaber der Beklagten, Dr. B. [REDACTED], verpflichtete sich zu einer Zeit, als die beklagte Firma noch eine oHG war, in Verbindung mit einem Holzlieferungsvertrag zwischen der Klägerin und der oHG zu einer Lieferung von 2.000 fm Nadelgrubenstempel der Klassen 1a und 1b zum Preise von 93 DM pro fm frei Zeche. Nach dem Kaufvertrag vom 9. Mai 1952 hatte die Klägerin 50% des Kaufpreises sofort nach Vertragsbestätigung anzuzahlen. Sie leistete infolgedessen eine Anzahlung von 93.000 DM durch Scheck und Wechsel, die eingelöst worden sind. Die Klägerin verlangt nunmehr die Rückzahlung ihrer Anzahlung in Höhe eines durch die erfolgten Lieferungen nicht gedeckten Betrages und stützt ihren Anspruch auf Rücktritt vom Verträge, zu dem sie wegen des Ausbleibens weiterer Lieferungen infolge Verzuges des Verkäufers berechtigt gewesen sei.

In dem Kaufvertrag ist festgelegt, daß die Lieferung aus dem Forstgut Ni [REDACTED] auf Abruf und in den von der Käuferin gewünschten Dimensionen aus Mengen erfolgen werde, die bis spätestens 30. September 1952 eingeschlagen werden sollten.

Im Juli 1952 erklärte sich die Klägerin damit einverstanden, daß ihr statt dessen Importholz geliefert werde, das die Beklagte aus Österreich beziehen wollte.

Die Klägerin hat behauptet, die Lieferung hätte nach dem zwischen den Vertragsparteien getroffenen und in der Korrespondenz bestätigten Abreden bis zum 30. September 1952 durchgeführt sein müssen. Die Beklagte sei mit der Erfüllung des Vertrages, dessen Abwicklung die beklagte Firma noch als oHG übernommen habe, in Verzug gekommen. Die Klägerin habe ihr eine Nachfrist bis zum 31. Oktober 1952 eingeräumt. Da diese nicht eingehalten wurde, sei der

- 3 -

von der Klägerin angedrohte Rücktritt rechtswirksam geworden. Sie habe aber durch Schreiben vom 31. Oktober 1952 eine weitere Nachfrist zur Lieferung bis 10. November 1952 gesetzt und sei infolgedessen zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 43.309,57 DM nebst 8% Zinsen seit dem 27. November 1952 zu verurteilen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat bestritten, daß die Klägerin zum Rücktritt berechtigt gewesen sei. Dr. B., der jetzige Alleininhaber der Beklagten, hätte die Lieferungen weitergeführt, wenn nicht ausschließlich infolge Verschuldens der Klägerin die Weiterlieferung unterbrochen worden wäre. Die Klägerin habe in weiteren Verhandlungen im November 1952 der Beklagten eine Lieferfrist bis 15. Dezember 1952 zugestanden, sich dann jedoch vertragswidrig verhalten, indem sie mitten in der vergleichsweise verabredeten Abwicklung des Vertrages Ende November 1952 einen Arrest gegen die Beklagte ausgebracht habe. Dadurch sei der Kredit der Beklagten erschüttert und sie geschäftlich lahmgelegt worden. Der Arrest sei von Anfang an unberechtigt gewesen. Mit ihrem Schadensersatzanspruch, den die Beklagte auf 50.000 DM beziffert, habe sie gegenüber der Forderung der Klägerin, die auch der Höhe nach bestritten werde, aufgerechnet.

Das Landgericht hat dem Klageantrag entsprochen. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht entnimmt dem Kaufvertrag vom 9. Mai 1952 und der vorgelegten Korrespondenz eine Vereinbarung, wonach die Lieferungen des Grubenholzes an die Klägerin bis 30. September 1952 hätten erfolgen müssen. Bis zu diesem Tage, so führt das Berufungsurteil aus, sei unbestritten nur ein sehr kleiner Teil des Holzes geliefert worden; mit der Restlieferung sei die Beklagte ohne besondere Mahnung gemäß § 284 Abs. 2 BGB in Verzug geraten. Die von der Klägerin mit Schreiben vom 6. Oktober 1952 bestimmte Nachfrist sei als solche wirkungslos gewesen, da sie nicht mit der erforderlichen Erklärung verbunden gewesen sei, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde. Dieses Schreiben habe aber immerhin die Bedeutung einer Mahnung und die Verlängerung der Lieferfrist bis zum 31. Oktober 1952 bewirkt. Mit Ablauf dieser Frist sei die Beklagte endgültig in Verzug gekommen. Die Klägerin habe mit ihrem zweiten Schreiben vom 31. Oktober 1952 der Beklagten berechtigt eine Nachfrist bis zum 10. November 1952 gesetzt, die angemessen gewesen sei und die Rechtsfolgen des § 326 BGB begründet habe. Der von der Beklagten behauptete Vergleich im November 1952 sei nicht zustande gekommen. Die Klägerin sei daher zum Rücktritt vom Vertrage, den sie gewählt habe, berechtigt. Die Beklagte habe über das Zugeständnis der Klägerin hinausgehende Leistungen nicht bewiesen, daher sei von der Aufstellung der Klägerin auszugehen und ihre Forderung auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung in der geltend gemachten Höhe begründet. Dagegen sei die zur Aufrechnung gestellte Forderung unbegründet.

Die Revision rügt in erster Reihe, das Berufungsgericht habe unter Verletzung von § 286 ZPO wesentliche Um-

stände nicht berücksichtigt, die sich aus der Korrespondenz ergäben und der Annahme eines Verzuges der Beklagten entgegenstünden. Diese Rüge erweist sich als unzutreffend.

Der schriftliche Vertrag vom 9. Mai 1952 sieht seinem Wortlaut nach zwar nicht vor, daß die mit diesem Vertrag verkauften 2.000 fm Nadelgrubenstempel bis spätestens 30. September 1952 geliefert werden müßten, vielmehr ist darin gesagt, daß der Einschlag des Holzes bis zu diesem Zeitpunkt durchgeführt sein müsse, die Lieferung dagegen auf Abruf des Käufers zu erfolgen habe. Die Klägerin hat jedoch in ihrem Schreiben an Dr. B. vom 10. Juni 1952 unter Bezugnahme auf eine mit ihm geführte Unterredung und den Vertrag vom 9. Mai 1952 den Kauf bestätigt und verlangt, daß die Lieferungen, mit denen Dr. B. sofort zu beginnen habe, bis zum 30. September 1952 beendet sein müßten. Dr. B. hat diesem Schreiben nicht nur nicht widersprochen, sondern, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, mehrfach Lieferung bis zum 30. September 1952 zugesagt. In dem Schreiben der beklagten Firma vom 16. Juli 1952 sagt diese zu, daß das Inlandsgrubenholz, womit das aus dem Forstgut Dr. B. zu liefernde Holz gemeint war, anschließend an die Importlieferungen zum Verladen kommen werde, wobei sich diese Verladungen bis zum 30. September 1952 verteilen würden. In dem Antwortschreiben vom 19. Juli 1952 stellt die Klägerin ausdrücklich zur Bedingung, daß sie bis spätestens 30. September 1952 in den Besitz der gesamten Menge gelange. Die gleiche Zusage wie im Schreiben vom 16. Juli 1952 wird in dem Schreiben der Beklagten vom 18. Juli 1952 wiederholt. Nachdem sich die Klägerin damit einverstanden erklärt hatte, daß sie an Stelle des Inlandholzes mit Importholz beliefert werde, hat die Beklagte in dem Schreiben vom 22. Juli 1952 erklärt, daß das Holz bereits in Österreich gekauft sei und zur Zeit aufgearbeitet werde. Die Klägerin könne bestimmt damit rechnen, daß die ganzen

4.000 fm bis zum 30. September 1952 bei der Zeche eingegangen seien. Auch noch mit Brief vom 2. August 1952 hat die Beklagte Lieferung bis zum 30. September 1952 zugesichert. Demnach war die Lieferfrist abweichend von dem Wortlaut des Vertrages vom 9. Mai 1952 eindeutig mit dem äußersten Endtermin des 30. September 1952 vereinbart.

Ohne Rechtsirrtum nimmt das Berufungsgericht an, daß die Beklagte mit Ablauf dieses Kalendertages mit der Restlieferung ohne Mahnung in Verzug geriet. Wenn die Revision demgegenüber geltend macht, die Beklagte habe die Klägerin mit Schreiben vom 2. August 1952 gebeten, zur Ermöglichung der Einfuhr aus Österreich eine Akkreditiverhöhung vorzunehmen, es auch nicht abgelehnt, die geforderten Akkreditive zu stellen, diese aber tatsächlich nicht gestellt, so ist diese Rüge schon deshalb unbegründet, weil Dr. B. in dem vorgenannten Schreiben kein Akkreditiv für die Lieferung auf Grund des Vertrages vom 9. Mai 1952 verlangt, sondern um die Erhöhung des zweiten Akkreditivs von 70.000 auf 80.000 DM gebeten hat, das zur Ermöglichung des Imports der ersten 2.000 fm dienen sollte, deren Lieferung von vornherein die Beklagte aus Importen durchzuführen übernommen hatte und die dann auch geliefert worden sind (vgl. Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 18. Juli 1952). Auf den Kaufpreis für die sogenannte 2. Tranche von 2.000 fm aus Österreich hatte die Klägerin die Hälfte bar im Voraus bezahlt. Es ist daher verständlich, wenn Dr. B. in seinem Schreiben vom 2. August zum Schluß ankündigt, er werde weitere Geldforderungen dann stellen, wenn die ersten 1.000 fm der 2. Tranche geliefert seien.

Die Revision meint, von einem Verzug der Lieferung der 2.000 fm bis zum 30. September 1952 könne auch deshalb keine Rede sein, weil die Beklagte der Klägerin gestattet habe, sich mit den Lieferanten der Beklagten in Verbindung

zu setzen, damit bei den Abmessungen des Holzes keine Versehen unterliefen, die Klägerin sich jedoch damit Zeit gelassen und ihren Vertreter R. erst Mitte September nach Österreich geschickt habe. Hiermit kann die Beklagte die Nichteinhaltung des Liefertermins vom 30. September 1952 jedoch nicht entschuldigen. Die Klägerin hatte in ihrem Schreiben vom 5. August 1952 darauf hingewiesen, daß die Verladung gemäß der der Beklagten aufgegebenen Dimensionsliste ausgeführt werden müßte, sie lege darauf Wert, daß in den einzelnen Waggonen nicht mehr als drei allerhöchstens vier Dimensionen zur Verladung kommen. Anschließend ist in dem Schreiben lediglich der Wunsch ausgesprochen, die Beklagte möge einem Beauftragten der Klägerin Gelegenheit geben, bei den ersten Verladungen an den einzelnen Bahnhöfen persönlich anwesend zu sein, um den Verladern die entsprechenden Anweisungen nochmals mündlich zu erteilen. Die Beklagte hat sich zunächst geweigert, diesem Wunsche zu entsprechen und zur Bedingung gestellt, daß die Klägerin ihr Kundenschutz zusichere. Mit Telegramm vom 12. September 1952 gab die Klägerin telegraphisch der Beklagten die verlangte Zusicherung. Daraufhin hat der Beauftragte der Klägerin R. am 15. September 1952 die Reise nach Österreich angetreten und von dort aus telegraphisch die Adressen der Verloader von der Beklagten erbeten. Diese sind R. alsbald bekannt gegeben worden. Es fehlt an einer schlüssigen Darlegung dafür, daß die Klägerin in der Zeit vom 5. August 1952 bis zur Reise R. nach Österreich die Lieferung verzögert habe. Denn die Klägerin hat die Annahme der Lieferungen weder von einer vorherigen Besichtigung abhängig gemacht noch ist dargetan, daß die Beklagte annehmen konnte, die Klägerin sei mit einer Verzögerung der Lieferung bis zum 12. September einverstanden gewesen. Wenn die Revision weiter ausführt, ein Verzug der Beklagten liege deshalb nicht vor, weil die Klägerin bis zum 6. Oktober 1952 nichts mehr von sich habe hören lassen, so kann auch dieser Einwand nicht durchgreifen, weil

die Beklagte nicht dargelegt hat, daß die Durchführung der Verladungen davon abhängig gewesen wäre, daß die Beklagte einen Bericht des Beauftragten der Klägerin, R., über die Ergebnisse seiner Reise nach Österreich erhielt. Die Beklagte hat überdies der Erklärung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 6. Oktober 1952 an die Beklagte, diese sei mit ihrer Verpflichtung, die 2.000 fm Nadelholz-Stempel bis Ende September 1952 zu liefern, in Verzug geraten, in ihrem Antwortschreiben vom 8. Oktober 1952 nicht widersprochen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei mit ihrer Restlieferung zum 30. September 1952 in Verzug gewesen, ist daher nicht zu beanstanden. Der Leistungsverzug der Beklagten ist durch die Schreiben der Klägerin vom 16., 17. und 18. Oktober 1952 nicht entfallen. In ihrem Schreiben vom 16. Oktober 1952 beanstandete die Klägerin auf Grund des Versandverzeichnisses der bis dahin eingegangenen 4 Waggon Grubenholz, daß die Beklagte u.a. auch Stempel 2 m lang in den Stärken 6 und 7 liefere, obwohl der Beklagten diese überhaupt nicht aufgegeben seien. Sie übersandte außerdem eine neue Dimensionsliste mit dem Hinzufügen, daß sie diese auf 1.000 m abgestellt habe, weil die Beklagte bereits einen Teil der Hölzer eingeschnitten habe. Eine Lieferung von Stempeln 2 m lang mit Durchmessern von 6 und 7 cm war mit der Liste vom 24. Juli 1952 nicht vereinbar, diese Beanstandung der Klägerin war daher nicht unberechtigt. Da die Beklagte nach dem Vertrag verpflichtet war, die Lieferung nach von der Klägerin aufgegebenen Dimensionen vorzunehmen, war die Klägerin, wie das Berufungsurteil zutreffend ausführt, grundsätzlich auch berechtigt, Änderungen der bereits aufgegebenen Maße vorzunehmen, soweit die Hölzer noch nicht eingeschnitten waren oder die Beklagte sich in sonstiger Weise auf die ursprüngliche Liste eingerichtet hatte. Für die Lieferung der bereits eingeschnittenen Hölzer sollte die neue Liste nach der ausdrücklichen Erklärung der Klä-

gerin nicht gelten. Die Beklagte war somit durch das Schreiben vom 16. Oktober 1952 nicht gehindert, die ersten 1.000 fm nach der Dimensionsliste vom 24. Juli 1952 zu liefern. In dem Schreiben vom 17. Oktober 1952 änderte die Klägerin ihre neue Dimensionsliste vom 16. Oktober 1952. Diese Änderung bezog sich damit ebenfalls nicht auf die bereits eingeschnittenen Hölzer. Wenn nun die Klägerin in ihrem Schreiben vom 18. Oktober 1952 sich weiter darüber beschwerte, daß in einem am 13. Oktober 1952 ab Salzburg abgegangenen Waggon 28.504 fm in der Hauptsache Spitzenknüppel 1,25 m lang, 5 bis 8 cm im Durchmesser verladen worden seien, und wenn sie in Aussicht stellte, solche Lieferungen künftig der Beklagten zur Verfügung zu stellen, so berechnete auch diese Erklärung die Beklagte nicht, jede weitere Lieferung einzustellen. Die Beklagte selbst hat in ihrem Schriftsatz vom 9. Mai 1953 vorgetragen, daß es im Grubenholzgeschäft üblich sei, solche dünnen Hölzer (Spitzenknüppel) in einer Menge von 10% mitzuliefern. Im Hinblick auf eine gelieferte Gesamtmenge von 95 Waggons sei sie berechtigt gewesen, 9 Waggons Spitzenknüppel zu liefern. Da die Beklagte auf die sog. 2. Tranche nur wenige Waggons geliefert hatte, hätte sie Verständnis dafür haben müssen, daß die Klägerin die Verladung anderer Dimensionen wünschte. Keinesfalls durfte sie nun jede weitere Lieferung an die Klägerin einstellen, obwohl diese mit Schreiben vom 23. Oktober 1952 die Beklagte zur Lieferung der bei der Firma H. Gruber in Innsbruck versandbereiten Ware aufgefordert hatte.

Ist sonach davon auszugehen, daß die Beklagte auch noch am 31. Oktober 1952 mit weiteren Teillieferungen in Verzug war, so ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß die ihr mit Schreiben vom 31. Oktober 1952 gesetzte Nachfrist bis zum 10. November 1952 angemessen war. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 8. Oktober 1952 selbst erklärt, die nächsten 1.000 fm könnten innerhalb der lau-

fenden 10 Tage abgeliefert sein. Sie hatte keinen Anspruch darauf, die Nachfrist so bemessen zu erhalten, daß sie ausgereicht hätte, um einen Holzimport in die Wege zu leiten, denn das hätte die Beklagte, wie das Berufungsurteil zutreffend ausführt, längst tun müssen. Die Fristsetzung kann nicht deshalb als gegenstandslos angesehen werden, weil die Klägerin in ihrem ersten Schreiben vom 31. Oktober 1952 erklärt, sie werde Erfüllung aus Lieferungen über den heutigen Tag hinaus ablehnen, wobei sie rollende Waggons noch als geliefert betrachten wolle, und erst in ihrem Ergänzungsschreiben vom gleichen Tage diese Erklärungen durch Setzung einer Nachfrist bis 10. November 1952 geändert hat. Wenn der Beklagten das erste Schreiben vor dem zweiten Schreiben des gleichen Datums zugegangen wäre, so wäre hierdurch noch nicht eine Änderung des Vertragsverhältnisses eingetreten, so daß die Klägerin mit ihrem zweiten Schreiben vom 31. Oktober 1952 noch Erfüllung des Vertrages verlangen konnte. Erst das zweite Schreiben vom 31. Oktober 1952, das die nach § 326 BGB erforderliche Nachfrist enthielt, bewirkte, daß die Klägerin nach Ablauf der Frist einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrages nicht mehr geltend machen konnte.

Die sich aus der gestellten Nachfrist ergebende Befugnis, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht durch Verhandlungen in Wegfall gekommen, die zwischen den Parteien im November 1952 geführt worden sind. In diesen hat die Beklagte vorgeschlagen, das Lieferungsverhältnis in der Weise zu beenden, daß sie der Klägerin noch so viel Holz liefere, als zum Ausgleich der Anzahlung erforderlich sei, und gebeten, ihr für diese Lieferungen eine letzte Frist bis 15. Dezember 1952 einzuräumen. Die Beklagte hatte sich dabei dem Bevollmächtigten der Klägerin, Sch[REDACTED], gegenüber erboten, sofort, nämlich am Dienstag, den 4. November 1952, ein weiteres Akkreditiv

für die Firma H. G. [REDACTED], I. [REDACTED], zu stellen, damit die Lieferungen sofort wieder aufgenommen würden, und ferner vorgeschlagen, auch aus dem Wald des Inhabers der Beklagten Dr. B. [REDACTED], das verfügbare Holz zur Verladung zu bringen. Dieser Vorschlag ist in dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 8. November 1952 wiedergegeben. Das Berufungsgericht sieht es als zweifelhaft an, ob die Beklagte mit diesem Schreiben auch den Vorschlag aufrecht erhielt, zugunsten der Firma G. [REDACTED] sofort ein Akkreditiv zu stellen. Es hat jedoch ohne Rechtsverstoß ausgeführt, daß die Klägerin in ihrem Antworttelegramm vom 10. November 1952 die Stellung des Akkreditivs verlangt und zur Bedingung der Annahme des Angebots der Beklagten gemacht hat, so daß diese Bedingung jedenfalls durch das Schreiben der Beklagten vom 13. November 1952 angenommen und Bestandteil der Vereinbarungen über die weitere Abwicklung des Vertrages geworden ist. Das Akkreditiv, welches in Höhe von 26.000 DM hätte gestellt werden sollen, ist weder sofort noch bis zum Arrestantrag der Klägerin am 27. November 1952 gestellt worden. Der Vergleich ist infolgedessen nicht wirksam geworden, so daß es mangels einer vertraglichen Regelung bei den Folgen einer fruchtlos abgelaufenen Nachfrist blieb.

Auf die Behauptung der Beklagten, die Parteien hätten die Folgen eines Verzuges in dem Vertrag vom 9. Mai 1952 besonders in der Weise geregelt, daß die Klägerin bei nicht rechtzeitigem Einschlag des Holzes in dem Waldgut Dr. B. [REDACTED] berechtigt sein sollte, das Holz selbst einzuschlagen, kommt es nicht an. Das Berufungsgericht legt diese Vereinbarung dahin aus, daß die Klägerin hierdurch nicht gehindert sei, im Falle des Verzuges der Beklagten, die sich aus dem Gesetz nach § 326 BGB ergebenden Rechte geltend zu machen. Einer Beweiserhebung über den Sinn dieser Klausel, deren Unterbleiben die Revision rügt, bedurfte es schon deshalb nicht, weil die Parteien nach Abschluß des Vertrages ver-

einbart haben, daß die Erfüllung des Vertrages bis zum 30. September 1952 durch Lieferung von Importhölzern erfolgen solle, ohne dabei die Rechte der Klägerin für den Fall des Verzuges besonderen Beschränkungen zu unterwerfen.

Die Klägerin hat den Rücktritt vom Vertrag gewählt und kann daher Rückzahlung der Anzahlung verlangen, soweit sie nicht auf die Teilerfüllung des Vertrages zu verrechnen ist. Mit Recht geht das Berufungsgericht von dem Kontoauszug der Klägerin aus, den die Beklagte im ersten Rechtszuge nur in einem Punkt bemängelt hatte. Sie hatte mit Schriftsatz vom 7. März 1953 beanstandet, daß ihr in diesem Kontoauszug auf Grund einer Abrechnung über den sogenannten ersten Vertrag nur ein Betrag von 3.203,64 DM gutgeschrieben worden sei, während das Guthaben laut Abrechnung DM 7.412,71 betrage. Hierfür hatte sich die Beklagte ohne nähere Darlegung, wie sich dieser Betrag errechnet, auf die Zeugin S. berufen. Das Landgericht hat diesen Beweisantritt nicht berücksichtigt und in seinem Urteil vom 8. Juni 1953 ausgeführt, die Beklagte habe es unterlassen, den behaupteten Anspruch auf eine weitere Gutschrift schlüssig zu begründen und unter Beweis zu stellen. Die Beklagte hat trotzdem ihre Behauptung im zweiten Rechtszuge nicht näher substantiiert. Dies hat auch die Revision nicht nachgeholt, deren Rüge dahin geht, daß das Berufungsgericht die Beweislast verkannt habe. Diese Rüge greift nicht durch. In ihrem Schreiben an die Klägerin vom 10. September 1952, das sich auf die Abrechnung über den sogenannten ersten Vertrag bezieht, hatte die Beklagte bemängelt, daß die Klägerin nur eine Gesamtmenge von 1.950,012 fm als geliefert anerkenne, während es sich nach den Aufzeichnungen der Beklagten über das Aufmaß dabei um ein Manko zu Ungunsten der Beklagten in Höhe von 18.538 fm handele. Die Beklagte hat sich in diesem Schreiben eine Aufklärung dieses Mankos vorbehalten, soweit es nicht etwa von Rechenfehlern oder Irrtümern in ihren Auf-

maßlisten herrühre. Wenn die Revision mit dem Anspruch auf eine höhere Gutschrift dieses Manko meinen sollte, so hätte es einer schlüssigen Darlegung seitens der Beklagten dafür bedurft, daß sie der Klägerin mehr geliefert habe, als die Klägerin anerkannt hat. Auch für einen Anspruch auf Erstattung von Diskontspesen, den die Revision ohne nähere Darlegung behauptet, hat die Beklagte in der Tatsacheninstanz keine näheren Angaben gemacht. Die Ansprüche der Beklagten auf weitere Gutschriften waren daher schon deshalb abzulehnen, weil die Beklagte es unterlassen hat, sie schlüssig darzulegen.

Schließlich war dem Berufungsgericht im Ergebnis auch darin beizutreten, daß die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung der Beklagten nicht dargetan ist. Soweit sie unter dem rechtlichen Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung darauf gestützt worden ist, daß der Beklagten eine Lieferfrist bis zum 15. Dezember 1952 eingeräumt worden sei, die sie habe ausnutzen dürfen, und daß schon deshalb für die Klägerin kein Anlaß bestanden habe, den Arrestantrag vom 25./27. November 1952 zu stellen, muß sich die Beklagte entgegenhalten lassen, daß die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsurteils die Ausdehnung der Lieferfrist bis zum 15. Dezember 1952 nur mit der Bedingung der sofortigen Stellung eines Akkreditivs zugunsten der österreichischen Exportfirma bewilligt hat. Nachdem die Klägerin in ihrem Schreiben vom 18. November 1952 unter Bezugnahme auf eine Zusage des Inhabers der Beklagten, Dr. B. erklärt hatte, daß sie den Eingang der Bankbestätigung über die Stellung des Akkreditivs bis zum 20. November 1952 erwarte, und das Akkreditiv trotzdem nicht gestellt wurde, bestand für die Klägerin keine Rechtspflicht zu weiteren Verhandlungen mit der Beklagten. Neben dem Umstand, daß die Beklagte mit ihren Lieferungen seit dem 30. September 1952 in Verzug war, gab schon die Nichtstellung des Akkreditivs im Betrage von 26.000 DM der Klägerin Anlaß zu der Besorgnis,

daß ohne Verhängung eines Arrestes, die Vollstreckung des Urteils wegen ihrer Forderung auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Der Arrestantrag der Klägerin ist auch auf diesen Sachverhalt gestützt worden. Die Revision hat die Behauptung der Beklagten, daß die dem Arrestantrag zur Glaubhaftmachung beigefügte eidesstattliche Versicherung Sch. vom 25. November 1952, welche weitere Einzelheiten zum Arrestgrund enthält, offensichtlich unvollständig gewesen sei und daß bei richtigem Vortrag der Arrestantrag hätte zurückgewiesen werden müssen, nicht näher ausgeführt. Eine verfahrensrechtliche Rüge, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt hätte weiter aufklären müssen, ist nicht erhoben. Es fehlt an einer schlüssigen Darlegung dafür, daß der Arrest von Anfang an ungerechtfertigt gewesen sei. Infolgedessen kann dahingestellt bleiben, ob die Feststellung des Arrestgrundes im Arrestverfahren, in dem der Arrest im Widerspruchsverfahren durch das Amtsgericht und im Berufungsverfahren durch das Landgericht bestätigt worden ist, den Prozeßrichter des vorliegenden Hauptverfahrens bindet, wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 58, 236/242 angenommen hat.

Die Revision der Beklagten war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Canter Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Kuhn Artl