

Verkündet
am 10. November 1953
Grunau, Justizobersekretär
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 [REDACTED]-Gesellschaft R [REDACTED], G [REDACTED] & Co.,
H [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussbe-
rufungsklägerin sowie Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die N [REDACTED] Ö [REDACTED] GmbH, H [REDACTED],
S [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberu-
fungsbeklagte sowie Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. November 1953 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier, Dr. Bock,
Dr. Krüger-Nieland, Dr. Christoph und Dr. Weiss

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 22. Juli 1952
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat laut Vertrag vom 22. März 1951 (Nr VO 4980) ca 50.000 kg raff. Pflanzenöl ihres Fabrikates an die Beklagte zum Preise von 295.-- DM pro 100 kg netto, Lieferzeit Juni/Juli 1951, verkauft.

Durch Schreiben vom 9. Juli 1951 diente die Klägerin der Beklagten die gesamte Kontraktmenge zur sofortigen Abnahme an. Die Beklagte nahm am 11. Juli 1951 auch etwa 5 t ab, lehnte aber im Schreiben vom 12. Juli 1951 die Andienung der Gesamtware zur sofortigen Lieferung ab. Daraufhin entschuldigte sich die Klägerin mit Schreiben vom 14. Juli 1951, daß die Andienung zu Unrecht erfolgt sei, und fügte hinzu, sie erwarte die Abrufe der Beklagten im Laufe des Monats.

Die Beklagte hat dann am 17. Juli 1951, was sie durch Schreiben vom gleichen Tage bestätigt hat, für den 20. Juli ca. 5 t für die Fa. P. [REDACTED] - O. [REDACTED] M. [REDACTED], für den 21. Juli ca. 10 t für die M. [REDACTED] M. [REDACTED] und für den Beginn der Woche ab 23. Juli ca. 19 t für die Fa. Z. [REDACTED] abgerufen. Außerdem hat die Beklagte am 18. Juli 1951 schriftlich für den 20. Juli einen Abruf über ca. 10 t für die Fa. [REDACTED] erteilt. Von diesen Teillieferungen sind von der Beklagten am 23. Juli 1951 durch die Firma Z. [REDACTED] 8.781 kg und durch die M. [REDACTED] 9.978,5 kg abgenommen worden. Die Abnahme der weiteren Posten hat die Beklagte verweigert, worauf ihr die Klägerin mit Schreiben vom 27. Juli 1951 eine Nachfrist von einer Woche zur Abnahme der Restmenge des gekauften Pflanzenöls, die sie in diesem Schreiben auf

26.650,8 kg angab, mit der Androhung gesetzt, daß sie bei fruchtlosem Ablauf der Frist die Weiterlieferung ablehne und sich ihre Rechte aus § 326 BGB vorbehalte. Da die Beklagte nicht abnahm, ließ die Klägerin am 27. September 1951 gegen die Beklagte durch eine Hamburger Firma 143 Eisenfässer raff. Pflanzenöl im Gesamtgewicht von 26.039,50 kg netto versteigern, was nach Abzug der Unkosten einen Versteigerungserlös von 66.288,98 DM ausmachte. Den sich aus diesem Versteigerungserlös, unter Berücksichtigung eines Depothetrages für die 143 Fässer, und dem Kaufpreis ergebenden Differenzbetrag von 19.107,55 DM hat die Klägerin der Beklagten als Schadensersatz in Rechnung gestellt und verlangt sie nebst Zinsen mit vorliegender Klage.

Die Beklagte, die um Klageabweisung gebeten hat, hat die Rechtswirksamkeit der Nachfristsetzung der Klägerin bestritten mit der Begründung, sie selbst sei bereits vorher, nämlich am 21. Juli 1951, fernmündlich, was sie am gleichen Tage bestätigt habe, vom Vertrage wirksam zurückgetreten, wozu sie aus folgenden Gründen berechtigt gewesen sei:

Die Klägerin habe ihr am 9. Juli 1951 die gesamte Kaufmenge zur sofortigen Abnahme angeboten, woraus auf die tatsächliche Lieferbereitschaft der Klägerin zu schließen gewesen sei. Sie habe daraufhin mit dem Expeditionsleiter der Klägerin, S. [REDACTED], am 17. Juli für die im Bestätigungsschreiben vom gleichen Tage bezeichneten Posten feste Abholtermine vereinbart. Außerdem habe die Klägerin ihrem Abrufschreiben vom 18. Juli nicht widersprochen. Seitens der Beklagten sei am 20. und 21. Juli vergeb-



lich versucht worden, je 10 t dieser Ware in Empfang zu nehmen, und zwar habe der von der Firma R. zur Abnahme dieser Posten zur Klägerin geschickte Expedient Ro. mit seinem Lastwagen unverrichteter Dinge wieder abfahren müssen. Da sie ihren Kunden feste Lieferungszusagen erteilt habe, habe sie sich zur Befriedigung der M. M. und der P.-O. M. anderweitig eindecken müssen, während die Firma E. wegen der nicht fristgemässen Lieferung vom Vertrage zurückgetreten sei. Unter diesen Umständen habe sie, die Beklagte, ohne Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrage aussprechen können, da sie an einer späteren Lieferung kein Interesse mehr gehabt habe. Allerdings habe die Klägerin am 23. Juli 1951 10 t an die M. M. direkt ausgeliefert, was ohne Wissen und Willen der Beklagten geschehen sei, sie habe diese Menge nun auf den Auftrag der Firma Z. verrechnet, sodaß sie die Klägerin angewiesen habe, der Firma Z. nur noch 9 t zu liefern, was dann auch geschehen sei.

Die Klägerin hält den Rücktritt der Beklagten vom Vertrage für unbegründet und hat bestritten, mit der Beklagten feste Abnahmetermine für die im Schreiben vom 17. Juli 1951 verzeichneten Posten vereinbart zu haben. Weiter hat sie in Abrede gestellt, daß die Beklagte ihr gegenüber am 21. Juli 1951 telefonisch den Rücktritt vom Vertrage erklärt habe. Sie will erst am 23. Juli ein Rücktrittsschreiben der Beklagten erhalten haben, das aber einen anderen Inhalt enthalte als das von ihr vorgelegte obengenannte Bestätigungsschreiben.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Beklagte, unter Abweisung der weitergehenden Klageforderung, zur Zahlung von 7.348,80 DM nebst Zinsen verurteilt, wobei es die Rücktrittserklärung der Beklagten, mit Ausnahme des Postens Lhrle, für wirksam angesehen hat.

Auf die Berufung der Klägerin ist die Beklagte, unter Zurückweisung deren Anschlußberufung, im vollen Umfang nach dem Klageantrage verurteilt worden.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Rücktritt der Beklagten, selbst wenn ihr Rücktrittsschreiben schon am 21. Juli 1951 bei der Klägerin eingegangen sein sollte, für unbegründet, wobei es davon ausgeht, daß nach dem Lieferungsvertrage der Parteien die gesamte Menge des gekauften Öls nicht auf einmal, sondern in einzelnen Posten innerhalb der Lieferfrist "Juni/Juli 1951" ausgeliefert werden sollte und daß es nach dem im Briefwechsel der Parteien zwischen dem 9. und 14. Juli 1951 zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen zur Festlegung der Lieferzeit für die einzelnen Posten nicht einer besonderen Parteivereinbarung bedurfte, sondern der einseitige Abruf der Beklagten genügte. Nach den weiteren Ausführungen des angefochtenen Urteils ist die Klägerin mit den für den 20. und 21. Juli abgerufenen Posten (5 t für P[REDACTED].-O[REDACTED] L[REDACTED],

71

je 10 t für die Firma H. [REDACTED] und für die H. [REDACTED] M. [REDACTED] in Verzug geraten, da diese Lieferungen nicht zu den Abrufterminen erfolgt seien. Das habe jedoch die Beklagte bei der gegebenen Sachlage nicht von der in § 326 Abs 1 BGB bestimmten Verpflichtung zur Setzung einer Nachfrist befreit. Sie hätte eine - wenn auch noch so kurze, etwa auf Stunden bemessene - Nachfrist setzen müssen. Durch eine solche hätte erst ermittelt werden können, ob die Klägerin wirklich zur Lieferung nicht in der Lage gewesen sei. Dafür hätte der Beklagten insbesondere der Weg des Fernschreibens an die Klägerin zur Verfügung gestanden. Bei der damaligen absinkenden Preistendenz in Speiseöl hätte sich die Klägerin von dritter Seite sofort eindecken können, um die Verzugsfolgen zu vermeiden. Auf § 326 Abs 2 BGB könne sich die Beklagte, so führt das Berufungsgericht weiter aus, nicht berufen, da sie nicht habe nachweisen können, daß ihr Interesse an den Lieferungen infolge des Verzuges der Klägerin weggefallen sei. Dabei hebt es besonders hervor, daß ein so enger Zusammenhang zwischen den vom Beklagten beabsichtigten Weiterverkauf dieser Posten mit dem Lieferungsvertrag der Parteien, wie ihn das Reichsgericht in seinen Entscheidungen RGZ 104, 373 [376] und 94, 326 zur Begründung des Wegfalls des Interesses im Sinne der vorgenannten Vorschrift für erforderlich erachtet habe, nicht angenommen werden könne. Die Klägerin sei auch am 21. Juli 1951 nachmittags wieder lieferbereit gewesen, wie sich aus ihrer am Mittage des genannten Tages erfolgten Lieferung von 3 1/2 t an eine Kundin ergebe.

Diesen Darlegungen des Berufungsgerichts gegenüber

demängelt die Revision in erster Linie, daß bei Prüfung der Notwendigkeit einer Nachfristsetzung nach § 326 BGB vom Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten, wonach eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien über den Ausschluß einer Nachfrist im Sinne der genannten Vorschrift bestanden habe, vom Berufungsgericht nicht gewürdigt worden sei. Ein solcher stillschweigender Ausschluß einer Nachfristsetzung ist allerdings allgemein anerkannt (vgl die vorbezeichnete RG-Entscheidung in Bd 104 und RGZ 96, 255 [257]). Das Berufungsgericht hat zu diesem rechtlichen Gesichtspunkt auch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Einer solchen Stellungnahme bedurfte es jedoch nicht. In den Schriftsätzen der Beklagten vom 2. November 1951 (Seite 4) vom 27. November 1951 (Seite 9) und 28. Mai 1952 (Seite 7/8), auf die sich die Revision zur Begründung ihrer Rüge aus § 286 ZPO beruft, ist nur von der Vereinbarung fester Liefertermine die Rede, und zwar ist in dem an zweiter Stelle genannten Schriftsatz gesagt, die Klägerin habe sehr wohl gewußt, "daß feste Liefertermine mit ihr vereinbart wurden, die eine Nachfrist ausschlossen; denn die Parteien haben schon mehrere Geschäfte miteinander getätigt, bei denen feste Liefertermine fest regelmässig vereinbart und auch innegehalten wurden". Anschliessend ist dann ausgeführt, daß die Margarineindustrie auf pünktliche Belieferung mit Rohware angewiesen sei, um ihre Fabrikation gleichmässig durchführen und ihre Kundschaft pünktlich beliefern zu können. Die schwankenden Preise der Rohstoffe zwängen die Margarineindustrie dazu, keine großen Lager an Rohstoffen zu unterhalten, sondern bei Bedarf einzukaufen und dann auf pünktlicher, termingemäßer Lieferung zu bestehen. Dies umso mehr, wenn die Margarinefabriken mit

ihren Lastzügen von auswärts kämen, um die Ware in Empfang zu nehmen. Aus diesem schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten konnte umsoweniger entnommen werden, daß sie auf eine stillschweigende Vereinbarung des Ausschlusses einer Nachfristsetzung hinaus wollte, als sie in den genannten Schriftsätzen aus der Nichteinhaltung der Liefertermine seitens der Klägerin und der Vereinbarung fester Liefertermine mit ihren eigenen Abnehmern nur den Schluß gezogen hatte, daß sie kein Interesse mehr an den Lieferungen hatte und somit zum Rücktritt von den Lieferungen gemäß § 326 Abs 2 berechtigt gewesen sei. Das Berufungsgericht hatte deshalb auch keine Veranlassung, etwa gemäß § 139 ZPO, worauf die Revision hilfsweise gestützt ist, aufzuklären, ob die Beklagte sich auf den rechtlichen Gesichtspunkt des stillschweigenden Ausschlusses einer Nachfristsetzung berufen wollte.

Die von der Revision zur Begründung eines solchen stillschweigenden Ausschlusses vorgetragenen Umstände können auch nicht als ausreichend angesehen werden. Sie laufen im wesentlichen darauf hinaus, daß sich die Beklagte mit Rücksicht auf die Schreiben der Klägerin vom 9. und 14. Juli 1951 über die Abnahme und ihr eigenes Schreiben vom 17.5.1951 auf die Lieferung seitens der Klägerin zu den festgesetzten Terminen habe fest verlassen können und auch verlassen habe, weswegen auch sie mit ihren eigenen Abnehmern feste Liefertermine vereinbart habe. Aus dem sich daraus ergebenden Interesse an prompter Lieferung seitens der Klägerin ist aber, zumal die Beklagte die ihr seitens der Klägerin gemachte Andienung zur sofortigen Lieferung abgelehnt hatte, nichts dafür zu entnehmen, daß auch die Klägerin der prompten Lieferung solche Bedeutung beigemessen hat, daß bei Nichtinnehaltung

der Liefertermine eine Nachfristsetzung wegfallen sollte. Denn dieses müßte, wenn auch stillschweigend, zum Vertragsinhalt geworden sein. Soweit die Klägerin nach dieser Richtung weiter vorgebracht hat, die Parteien hätten bereits seit längerer Zeit in Geschäftsverbindung miteinander gestanden, eine Nachfrist sei nie gesetzt und nie in Anspruch genommen worden, so handelt es sich hinsichtlich des letzten Punktes um ein neues tatsächliches Vorbringen, das in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung finden kann. Denn in den Tatsacheninstanzen war nur vorgetragen, daß die Parteien schon mehrere Geschäfte miteinander getätigt hätten, bei denen feste Lieferungsstermine fast regelmässig vereinbart und auch innegehalten worden seien. Daraus hatte die Beklagte, wie bereits oben angeführt, auch nur die Folgerung gezogen, daß sie auch vorliegendenfalls wegen Wegfalls ihres Interesses an den Lieferungen infolge Verzuges der Klägerin gemäß § 326 Abs 2 zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen sei.

Unbegründet ist auch die Revisionsrüge, die geltend macht, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob durch den Abruf seitens der Beklagten zu festen Terminen sich das Lieferungsgeschäft der Parteien zu einer fixen Lieferungspflicht der Klägerin im Sinne des § 376 HGB entwickelt habe. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen eines solchen Geschäfts ausdrücklich verneint, was rechtlich auch unbedenklich ist. Wenn nach der genannten Bestimmung Voraussetzung ist, daß nach der Parteivereinbarung die Leistung des einen Teils genau zu einer festgesetzten Frist oder innerhalb einer festbestimmten Frist vorzunehmen ist, so ist damit mehr verlangt als eine kalendermäßig bestimmte Fälligkeit der Leistung. Vielmehr müssen beide Teile darü-

ber einig sein, daß die Festsetzung der Leistungszeit oder Lieferfrist ein so wesentlicher Bestandteil des Geschäfts ist, daß der ganze Vertrag mit ihrer Einhaltung oder Nichteinhaltung steht oder fällt (RGZ 108, 158; 51, 347). Die genaue Bestimmung der Lieferzeit genügt für die Annahme eines Fixgeschäftes selbst dann nicht, wenn die Ware starken Preisschwankungen unterliegt (RGZ 36, 85). Es müssen besondere Umstände gegeben sein, aus denen sich eindeutig ergibt, daß die Parteien an pünktlicher Lieferung ein so großes Interesse haben, daß verspätete Erfüllung nicht als Erfüllung angesehen werden kann. Solche Umstände sind aus dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Die Revision bemängelt ferner, daß das Berufungsgericht die Prüfung unterlassen habe, ob die Beklagte aus den Umständen eine ernstliche Erfüllungsverweigerung der Klägerin habe entnehmen können, in welchem Falle ebenfalls eine Nachfristsetzung entbehrlich gewesen sein würde. Abgesehen davon, daß eine solche ernstliche Erfüllungsverweigerung der Klägerin in den Vorinstanzen nicht vorgebracht war, läßt sich eine solche auch nicht aus der Tatsache, daß die Klägerin am 20. und 21. Juli nicht liefern konnte, herleiten. Dagegen spricht auch der Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 21. Juli, mit dem sie den Rücktritt vom Vertrage bestätigt haben will. In diesem Schreiben heißt es, daß die Klägerin erklärt habe, im Augenblick keine Waren zur Verfügung zu haben und auch keine festen Lieferungstermine nennen zu können.

Wenn das Berufungsgericht schliesslich auf Grund des Beweis- und Verhandlungsergebnisses den der Beklagten ob-

liegenden Beweis dafür, daß ihr Interesse an der Erfüllung des Vertrages infolge des Vorzuges weggefallen sei (§ 326 Abs 2 BGB), nicht als geführt angesehen hat, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil, die auf der vom Berufungsgericht für glaubwürdig angesehenen Bekundung des bei der Klägerin tätigen Zeugen S. [REDACTED] beruht, wäre die Klägerin an dem betreffenden Sonnabend bei der damaligen absinkenden Preistendenz in der Lage gewesen, sich sofort zur Vermeidung der Verzugsfolgen einzudecken. Für diese Frage ist es unerheblich, ob der Beklagten selbst, was diese im Rahmen einer Rüge aus § 139 ZPO geltend macht, als Deckungsmöglichkeit nur der - von ihr gewählte, vom Berufungsgericht als zur schnellen Deckung wenig geeignet bezeichnete - Weg des Bezuges des Pflanzenöls von der Ölfabrik W. [REDACTED] & N. [REDACTED] in N. [REDACTED] zur Verfügung gestanden habe. Zudem war die Klägerin an jenem Sonnabend nachmittag selbst schon wieder in kleinerem Umfange lieferungsfähig, wie das Berufungsgericht weiter festgestellt hat. Das damalige Sinken der Ölpreise reicht zur Begründung der Annahme, daß das Interesse der Beklagten an der Erfüllung des Vertrages infolge des Lieferungsverzuges der Klägerin weggefallen sei, nicht aus (RG Warn Rspr 22 Nr 51). Der vom Berufungsgericht aus den Gesamtumständen des vorliegenden Falles gezogene Schluß, daß die Beklagte mit ihrer Rücktrittserklärung ohne Nachfristsetzung voreilig vorgegangen und der Verdacht nicht von der Hand zu weisen sei, daß sie bei der damals stark fallenden Preistendenz in Öl sich von dem Vertrage mit der Klägerin bei der ersten sich bietenden Gelegenheit habe lösen wollen, ist daher nicht zu beanstanden.

Auf die von der Beklagten in diesem Zusammenhange erhobenen weiteren Verfahrensrügen, die dahin gehen, daß das Berufungsgericht bei erschöpfender Würdigung des Parteivortrages und des Beweisergebnisses habe zu der Feststellung kommen müssen, die Beklagte habe den Rücktritt vom Vertrage in der von ihr behaupteten Weise telefonisch unter anschließender schriftlicher Bestätigung erklärt und daß das Berufungsgericht den § 139 ZPO verletzt habe, weil bei gehöriger Ausübung des richterlichen Fragerechts die Beklagte noch weitere Beweise für die von ihr behauptete Art und Weise ihrer Rücktrittserklärung angetreten haben würde, kann es daher nicht ankommen. In letzter Hinsicht ist noch zu bemerken, daß das Gericht nach durchgeführter Beweisaufnahme, wie es hier der Fall war, keine Verpflichtung hatte, die Parteien nach weiteren Beweismitteln zu befragen (RG in JW 1914 Nr 5).

Bei dieser Sach- und Rechtslage bedurfte es keines Eingehens auf das von der Revisionsbeklagten hilfsweise für sich in Anspruch genommene Rügerecht dahin, daß das Berufungsgericht die Prüfung unterlassen habe, ob die Allgemeinen Verkaufsbedingungen, aufgestellt vom R. [REDACTED] d. [REDACTED] Ö. [REDACTED] e.V. B. [REDACTED], in der Fassung vom 1.3.1937 Bestandteil des Lieferungsvertrages geworden seien. Daraus will die Revisionsbeklagte folgern, daß eine stillschweigende Abmachung über den Ausschluß der Rügepflicht keinesfalls geltend gemacht werden könne und daß entgegen der Annahme des Berufungsgerichts die Revisionsbeklagte hinsichtlich der oben erörterten Lieferungen überhaupt nicht im Verzuge gewesen

sei.

Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO, wie geschehen, zurückzuweisen.

Lindenmaier Bock Krüger-Nieland Christoph Weiss