

Nachschlagewerk: nein
Amtliche Sammlung: nein

2359 069

18.
51

BGB §§ 242, 326

Der Grundsatz, daß derjenige, der selbst vertragsuntreu ist, aus der Vertragsuntreue des anderen Teiles keine Rechte für sich herleiten kann, greift nicht Platz, wenn aus dem Verhalten des Vertragsgegners zu entnehmen ist, daß dieser auf die Innehaltung der betreffenden Vertragspflichten kein Gewicht gelegt hat.

ZPO § 156

Eine Pflicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, um einer Partei Gelegenheit zur Stellung neuer Beweisanträge zu geben, besteht jedenfalls nur dann, wenn sich aus dem nachträglichen Vorbringen ergibt, daß in der geschlossenen Verhandlung für das Gericht ein unbeachtet gebliebener Anlaß vorgelegen hat, nach § 139 ZPO den Sachverhalt weiter aufzuklären. Eine Wiedereröffnung, ohne daß diese Voraussetzungen vorliegen, steht im freien richterlichen Ermessen.

BGH, Urt. v. 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 -
OLG Karlsruhe - 5. Zivilsenat in Freiburg

Verkündet am 19. November 1959
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Sägewerkseigentümers Karl Wilhelm G [REDACTED] in
A [REDACTED], Ma [REDACTED]/B [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

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

gegen

die Firma Walter M [REDACTED], Inhaber Kaufmann
Walter M [REDACTED] in Me [REDACTED]/I [REDACTED], V [REDACTED] R [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. November 1959 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr.Spieler,
Dr.Mezger und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Ober-
landesgerichts Karlsruhe - 5. Zivilsenat
in Freiburg - vom 3. Juli 1958 wird auf
Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zwischen der Klägerin, einer Holzgroßhandlung in Me[REDACTED], und dem Beklagten, der ein Sägewerk und Holzhandel betreibt, kam im Februar 1954 durch Vermittlung des Holzhändlers Heinrich Sch[REDACTED] in K[REDACTED] bei Mü[REDACTED] ein Vertrag über Lieferung von 800 fm Stangenholz an die Klägerin zustande. Als Lieferzeit waren die Monate Februar bis Mai 1954 vereinbart. In dem von Sch[REDACTED] ausgestellten Schlußschein vom 3. Februar 1954 heißt es über die Zahlung:

"Zahlung erfolgt durch unwiderrufliches, übertragbares und teilbares Spediteurakkreditiv, zu erstellen zu Gunsten der Firma G[REDACTED], A[REDACTED], bei der Bayerischen Gemeindebank, Abtlg. Außenhandel, Mü[REDACTED], mit dem Zahlungsvermerk: 15 Tage nach erfolgter Verzollung gegen Dokumente."

Mit Schreiben vom 2. April 1954 machte die Speditionsfirma P[REDACTED] & Co. in Bo[REDACTED] der Bayerischen Gemeindebank in Mü[REDACTED] Mitteilung vom Vertragsinhalt. In diesem Schreiben heißt es weiter:

"Wir übernehmen die unwiderrufliche, teilbare und übertragbare Garantie, daß die Clearing-Überweisung durch uns mittels der Banca Commerciale I[REDACTED], Bo[REDACTED], 15 Tage nach erfolgter Verzollung jeden Waggons zu ihren Gunsten und für Rechnung der Firma G[REDACTED], A[REDACTED], durchgeführt wird."

Diese Garantie bezog sich auf 500 fm. Die Firma P[REDACTED] & Co. erklärte überdies, die Klägerin verpflichtete sich schon heute, vor Erschöpfung des obgenannten Kontingents ein neues Akkreditiv à Saldo der vereinbarten Menge ausstellen zu lassen, und zwar für weitere 300 fm. Am 31. Mai 1954 richtete die Firma P[REDACTED] an die Süddeutsche Bank in F[REDACTED] ein Schreiben, in dem es nach Wiedergabe der zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsbestimmungen u.a. heißt:

"Versandfrist: Juni und Juli 1954

Zahlungstermin: 15 Tage nach Verzollung jedes Waggons durch die Banca Commerciale I[REDACTED]

Vermittlungsbank: Ihr Institut ...

Verpflichtungen unserer Gesellschaft: Wir übernehmen die unwiderrufliche, teilbare und übertragbare Garantie, daß die Clearing-Überweisung durch uns mittels der Banca Commerciale I[REDACTED] Bo[REDACTED], 15 Tage nach erfolgter Verzollung jeden Waggons zu Ihren



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

Gunsten und für Rechnung Firma K.W. G.,
A/B, durchgeführt wird. Die
Originalfakturen und Maßliste, gezeichnet
vom Übernehmer der Firma M müssen
sofort an die Banca Commerciale I
Bo eingesandt werden."

Die Beklagte hat unstreitig folgende Lieferungen
ausgeführt, für die die Klägerin zu den nachstehend
angegebenen Zeitpunkten den Kaufpreis überwiesen hat.

Lieferung vom:	Verzollung am:	Kaufpreis über- wiesen am:
23. 4.1954	29. 4.1954	14. 5.1954
26. 4.1954	29. 4.1954	14. 5.1954
27. 4.1954	30. 4.1954	14. 5.1954
31. 5.1954	4. 6.1954	10. 6.1954
31. 5.1954	4. 6.1954	10. 6.1954
5. 7.1954	8. 7.1954	21. 7.1954
5. 7.1954	9. 7.1954	21. 7.1954
5. 7.1954	9. 7.1954	21. 7.1954.

Weitere Lieferungen hat der Beklagte verweigert.
Er meint, nach den dem Vertragsschluß vorhergegan-
nen Verhandlungen sei ihm die Zahlung durch Bankakkre-
ditiv versprochen worden, das ihm eine Kreditmöglich-
keit gegeben hätte. Da die Klägerin statt dessen erst
am 2. April 1954 ein Spediteurakkreditiv erstellt habe,
das ihm keine Beleihungsmöglichkeiten geboten habe,
brauche er sich am Vertrag nicht festhalten zu lassen,
zumal im Laufe des Jahres 1954 die Holzpreise in ei-
nem Maße angestiegen seien, daß die Erfüllung des Ver-
trages untragbar gewesen sein würde.

Die Klägerin begehrt nach ergebnisloser Fristset-
zung Ersatz des infolge der unterbliebenen Lieferung
entstandenen Schadens, den sie auf 14 140 DM bemißt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Be-
rufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von
6527,96 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte sei zur Lieferung im Umfange der Zahlungsgarantie der Firma P. & Co. verpflichtet gewesen. Da diese Garantie die Bezahlung von 500 fm Holz umfasse, der Beklagte aber nur nahezu 223 fm geliefert habe, stehe der Klägerin ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung insoweit zu, als die Lieferung von 277 fm unterblieben sei. Den Schaden bemißt das Berufungsgericht auf 6527,96 DM.

Das Berufungsgericht prüft zunächst den Einwand des Beklagten, die Klägerin könne einen Schadensersatzanspruch nicht geltend machen, weil sie den ihr hinsichtlich der Bezahlung obliegenden Verpflichtungen nicht nachgekommen und daher selbst vertragsuntreu gewesen sei. Es legt die im dem Schlußschein vom 3. Februar 1954 enthaltene Vertragsbestimmung, in der die Stellung des Spediteurakkreditivs vorgesehen ist, dahin aus, es sei vereinbart worden, daß anstelle der Klägerin als Käuferin ein Spediteur bei der Bayerischen Gemeindebank ein Bankakkreditiv erstellen solle, und führt aus, ein solches Bankakkreditiv sei nicht erstellt worden. Daher habe die Klägerin eine Hauptleistung aus dem Kaufvertrag, mit der sie vorleistungspflichtig gewesen sei, nicht erbracht. Der Beklagte wäre deshalb berechtigt gewesen, die Rechte aus § 326 BGB auszuüben. Von dieser Möglichkeit habe er aber keinen Gebrauch gemacht. Zwar habe er den Mangel der fehlenden Akkreditivstellung gerügt, indem er - nach der vom Berufungsgericht verwerteten Bekundung des als Zeugen vernommenen Sohnes Adolf des Beklagten anlässlich der ersten Lieferung - den Inhaber

der Klägerin darauf hingewiesen habe, daß er auf das "Akkreditiv" keinen Kredit bekomme. Er habe aber unter Vereinbarung einer Umstellung des vorgenannten "Akkreditivs" auf die Süddeutsche Bank in F [REDACTED] mit den Lieferungen am 23. April 1954 begonnen und habe sie zunächst bis zum 31. Mai 1954 fortgeführt. Damit habe er sich der ihm aus § 326 BGB zustehenden Rechte jedenfalls im Umfange der Lieferungen begeben, die auch vereinbarungsgemäß bezahlt worden seien. Obgleich der Beklagte spätestens Anfang Juni 1954 von seiner Bank erfahren habe, daß er mit einer Beleihung des sogenannten Spediteurakkreditivs nicht zu rechnen habe, habe er auch, nachdem das "Akkreditiv", das sich nach wie vor auf 500 fm bezogen und nunmehr Lieferungen vom Juni und Juli 1954 umfaßt habe, auf die Süddeutsche Bank in F [REDACTED] umgestellt worden sei, am 5. Juli 1954 drei weitere Lieferungen vorgenommen. Da der Beklagte der Klägerin ausweislich des Schriftwechsels und nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zunächst nicht zu erkennen gegeben habe, daß er wenigstens jetzt auf Zahlung durch Bankakkreditiv bestehe, müsse nach Treu und Glauben angenommen werden, daß er im Umfange der auf den Gegenwert von 500 fm Holz lautenden Garantie auf die Einhaltung der Zahlung durch Bankakkreditiv verzichtet habe. Denn die Klägerin habe sich, nachdem sie dem Wunsch des Beklagten auf Umstellung des "Akkreditivs" auf die F [REDACTED] Bank entsprochen habe, darauf verlassen dürfen, daß der Beklagte, da er keine Reklamationen mehr abgegeben habe, wenigstens im Umfange dieser Zahlungsgarantie seiner Leistungspflicht nachkommen werde. Der Beklagte habe sich insoweit mit der Garantieerklärung der Firma P [REDACTED] & Co. vom 31. Mai 1954 abgefunden. Deshalb könne er auch keine Rechte aus einer etwa mit der Akkreditivstellung zusammenhängenden positiven Vertragsverletzung der Klägerin herleiten.

2. Die Revision erblickt in dieser Auffassung einen Widerspruch zu dem Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Akkreditivgestellung sei eine von der Klägerin vorweg zu erbringende Hauptleistung gewesen, und meint, die Klägerin habe, solange sie ihrerseits den ihr obliegenden Pflichten aus dem Kaufvertrag nicht nachgekommen sei, nicht erwarten können, daß der Beklagte sich vertragstreu verhalten werde. Für den vertragsuntreuen Teil könne kein Vertrauenstatbestand erwachsen, der ihm die Möglichkeit gebe, ungeachtet seiner eigenen Vertragsuntreue Rechte gegenüber dem Vertragsgegner herzuleiten.

3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten indes der rechtlichen Nachprüfung stand. In Rechtsprechung und Schrifttum wird allerdings angenommen, daß, wer selbst vertragsuntreu sei, nicht aus der Vertragsuntreue des anderen Teiles Rechte für sich herleiten könne. Dieser Grundsatz findet seine Stütze je nach Lage des Falles in zwei verschiedenen Ausgangspunkten. Ansprüche aus § 326 BGB setzen voraus, daß der Vertragsgegner sich im Verzuge befindet. Hat derjenige, der solche Ansprüche geltend machen will, selbst seine Vertragspflichten nicht oder nicht gehörig erfüllt, ist der Vertragsgegner nach § 320 BGB berechtigt, seine Leistung zu verweigern. Diese ihm zustehende Einrede hindert den Eintritt des Verzuges, ohne daß sie besonders vorgebracht zu werden braucht (Urteil des BGH v. 28. Juni 1957 - VIII ZR 252/56 - S.8, insoweit nicht abgedruckt bei LM BGB § 276 Ha Nr.2). In Wahrheit liegt in einem solchen Falle eine beiderseitige Vertragsuntreue gar nicht vor (RGZ 120,193,196; 123,238,242). Darüber hinaus kann es auch gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn jemand die eigene Vertragspflicht verletzt, aber trotzdem von seinem Vertragsgegner die Erfüllung des Vertrages verlangt oder aus dessen Vertragsverletzung Rechte herleiten will (für den Fall positiver Vertragsverletzung RGZ 123,238,241; 149,401,404; 152,119,123;

Soergel/Siebert BGB 9. Aufl. § 242 Anm. 134). Dabei ist in RGZ 123, 238, 241 einschränkend ausgesprochen, durch die Tatsache, daß beide Vertragsteile den Vertrag verletzen, würden die Schadensersatzansprüche, die jeder Teil durch die Vertragsverletzungen des anderen erlangt, nicht beseitigt; denn dies würde im Ergebnis dazu führen, daß überhaupt von keiner Vertragsverletzung gesprochen werden könnte, wenn beide Parteien den Vertrag nicht erfüllen. Das kann indessen auf sich beruhen.

Weder unter dem einen noch dem anderen erwähnten Gesichtspunkt ist nach der tatrichterlichen Würdigung, die das Berufungsgericht dem Verhalten des Beklagten zuteil werden läßt, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin ausgeschlossen. Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte habe sich der ihm aus § 326 BGB zustehenden Rechte nicht nur insoweit begeben, als er geliefert habe, sondern habe auch darauf, daß die Klägerin die Verpflichtung zur Stellung eines Bankakkreditivs einhalte, in dem Umfange verzichtet, als die Klägerin ein auf den Gegenwert von 500 fm Holz lautendes Spediteurakkreditiv beigebracht habe. Es stellt des weiteren fest, der Beklagte habe sich insoweit mit der Garantieerklärung der Firma P. & Co. vom 31. Mai 1954 abgefunden. Durch einen bei dieser Erörterung in Klammern hinzugesetzten Hinweis auf § 364 Abs. 1 BGB gibt das Berufungsgericht zu erkennen, es fasse dieses "sich abfinden" als das beiderseitige Einverständnis auf, daß für die 500 fm Holz anstatt des vereinbarten Bankakkreditivs die Garantieerklärung gegeben werde. Bei dieser Betrachtungsweise liegt eine Vertragsuntreue der Klägerin nicht mehr vor. Es ist daher unrichtig, wenn die Revision meint, das Berufungsgericht habe ungeachtet der Vertragsuntreue der Klägerin einen Vertrauenstatbestand zu ihren Gunsten angenommen und habe eine dem Beklagten zustehende Rechtsstellung unter Hinweis auf Treu und Glauben mit der Begründung wieder beseitigt, daß die Klägerin ihrerseits auf

ein vertragstreues Verhalten des Beklagten habe vertrauen dürfen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts haben nicht den Sinn, daß die Klägerin etwa lediglich darauf vertraut habe, der Beklagte werde sich mit ihrer Vertragsuntreue abfinden. Es meint vielmehr ersichtlich, die Klägerin habe aus dem Verhalten des Beklagten nach Treu und Glauben entnehmen dürfen, er habe sich mit der anfänglich nicht dem Vertrag entsprechenden Garantieerklärung nachträglich abgefunden und sie nicht mehr als vertragswidrig angesehen. Daraus folgt es, die Klägerin habe sich nunmehr darauf verlassen dürfen, daß der Beklagte seiner Leistungsverpflichtung nachkommen werde. Diese Auffassung enthält keinen Rechtsirrtum. Sie entspricht auch der schon vom Reichsgericht vertretenen Ansicht, eine Einschränkung der Rechte aus § 326 BGB wegen eigener Vertragsuntreue trete nicht ein, wenn aus dem Verhalten des Gegners zu entnehmen sei, daß er auf die Innehaltung der Vertragspflicht kein Gewicht mehr lege (RGZ 152, 119, 124). Daher geht auch die Rüge der Revision fehl, das Berufungsgericht habe darauf abstellen müssen, daß die eigene Vertragsuntreue der Klägerin Ansprüche solange ausschließe, wie dieser Zustand andauere. Mit dem Einverständnis des Beklagten war die Vertragsuntreue der Klägerin beendet.

Die Revision meint, auch bei Berücksichtigung der Tatsache, daß der Beklagte am 5. Juli 1954 drei weitere Lieferungen vorgenommen habe, weil er die Rechtslage offenbar zu diesem Zeitpunkt falsch beurteilt habe, lasse sich kein anderes Ergebnis gewinnen, als daß die Klägerin wegen eigener Vertragsuntreue mit ihren Rechten ausgeschlossen sei. An anderer Stelle bemerkt die Revision, es könne nicht darauf ankommen, ob der rechtsungewandte Beklagte die Lage richtig beurteilt habe oder nicht. Mit diesem Vorbringen scheint die Revision die Auslegung des Berufungsgerichts beanstanden zu wollen, daß der Beklagte durch sein Verhalten den Willen zum Einverständnis mit

der Garantieerklärung der Firma P[REDACTED] & Co. erklärt habe. Ein solcher Angriff könnte aber, da die Auslegung des Berufungsgerichts der Nachprüfung im Revisionsverfahren nur in beschränktem Umfange unterliegt, keinen Erfolg haben. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Berufungsgericht insoweit ein Rechtsverstoß unterlaufen sein sollte. Eine ausdrückliche Rüge hat die Revision in dieser Richtung nicht erhoben. Die Würdigung verletzt auch keine sachlich-rechtlichen Auslegungsvorschriften. Das Berufungsgericht hat in Betracht gezogen, daß der Beklagte Anfang Juni 1954 bei seiner Bank Rat und Auskunft eingezogen und, nachdem auf seinen Wunsch die ursprüngliche Garantieerklärung der Firma P[REDACTED] & Co. vom 2. April 1954 auf die an die Süddeutsche Bank in F[REDACTED] gerichtete Garantieerklärung vom 31. Mai 1954 umgestellt worden war und die bis zum 31. Mai 1954 erfolgten Lieferungen abgewickelt worden waren, im Juli 1954 weitere Lieferungen vorgenommen hat. Es geht also erkennbar davon aus, daß der Beklagte ein Verhalten an den Tag gelegt habe, aus dem im Geschäftsverkehr der Schluß gezogen werden konnte, er sei mit der Erklärung vom 31. Mai 1954 einverstanden. Das Berufungsgericht hätte im übrigen auch die unstreitige Tatsache berücksichtigen können, daß der Beklagte eine Abschrift seines am 28. April 1954 an die Banca Commerciale I[REDACTED] in Bo[REDACTED] gerichteten Schreibens auch an die Firma P[REDACTED] & Co. gesandt und in einem Telegramm vom 17. Juni 1954 diese um einen telegrafischen Bescheid gebeten hat, ob der Rechnungsbetrag angewiesen sei. Es hätte ferner den in anderem Zusammenhang gewürdigten Umstand verwerten können, daß der Beklagte auf zahlreiche Mahnungen der Klägerin noch in seinem am 24. September 1954 abgesandten Schreiben vom 15. September 1954 das Unterbleiben der Lieferungen nur u.a. damit erklärt hat, er warte seit sechs Wochen auf die Verlängerung der Ausfuhrgenehmigung, er bitte um Bescheid, falls die Klägerin an weiteren Lieferungen interessiert sei und hoffe auf weitere gute Zusammenarbeit. Wenn das

Berufungsgericht schließlich auch darauf abstellt, wie die Klägerin das geschäftliche Verhalten des Beklagten nach Treu und Glauben habe auffassen dürfen, so entspricht das der nach §§ 157 BGB, 346 HGB gebotenen Auslegung von Willenserklärungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und Handelsbrauch.

II.

1. Das Berufungsgericht ist auch dem Vorbringen des Beklagten nicht gefolgt, er sei überdies zu weiteren Holzlieferungen deshalb nicht mehr verpflichtet gewesen, weil die Klägerin entgegen einer nach Vertragsschluß getroffenen mündlichen Vereinbarung sich geweigert habe, die Lieferungen zu den jeweiligen Tagespreisen zu vergüten. Die behauptete Abrede, so führt das Berufungsgericht aus, könne nicht als erwiesen angesehen werden. Der für die Richtigkeit dieser Darstellung schon im ersten Rechtszuge als Zeuge benannte Sohn des Beklagten Adolf G. habe zwar bekundet, daß der Beklagte ein dahingehendes Ansinnen an die Klägerin gestellt habe, habe aber einräumen müssen, daß der Inhaber der Klägerin dieses Ansinnen abgelehnt habe. Die Anträge des Beklagten, ausser dem Sohn Adolf auch den Sohn Ludwig G. und die Tochter Rosa Sp. geb. Geist als Zeugen zu vernehmen, hat das Berufungsgericht als verspätet abgelehnt, weil die Anträge ohne triftigen Grund erst nach der letzten mündlichen Verhandlung vom 22. Mai 1958 gestellt worden seien. Es führt weiter aus, die beantragte Beweisaufnahme würde hiervon abgesehen auch keinen Erfolg versprochen haben. In seinem ersten auf zahlreiche Reklamationen wegen Ausbleibens weiterer Lieferungen an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 15. September 1954 sei der Beklagte mit keinem Wort auf die angebliche mündliche Vertragsänderung im Sinne seiner jetzigen Behauptung eingegangen. In seinem Schreiben vom 12. Oktober 1954

habe er nach Erörterung des Preisanstiegs und der jetzt angemessenen Preise wörtlich erklärt: "Sofern Sie mit diesen Preisen einverstanden sind und eine zügige Lieferung erwarten, müßten Sie allerdings in Zukunft ein Bankakkreditiv erstellen...." Wäre die behauptete Preisvereinbarung zustande gekommen, so würde, so meint das Berufungsgericht, diese Bemerkung unverständlich sein.

2. Die auf Verletzung des § 286 ZPO gestützten Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet. Richtig ist allerdings, daß der Beklagte schon im Schriftsatz vom 29. April 1958 die Vernehmung des Adolf und Ludwig G. beantragt hatte. Adolf G. war bereits im ersten Rechtszuge zu der Beweisfrage gehört worden. Von einer erneuten Vernehmung durfte das Berufungsgericht in Ausübung seines Ermessens nach § 398 Abs.1 ZPO absehen. Die Benennung des Ludwig G. als Zeugen wäre zwar unter dem Gesichtspunkt, daß er zum Termin vom 22. Mai 1958 noch hätte geladen werden können, nicht als verspätet anzusehen. Dennoch hat das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht seine Entscheidung darauf abgestellt, daß der Beklagte die Vernehmung des Zeugen Ludwig G. zu der hier in Frage stehenden Behauptung erst nach der letzten mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 28. Mai 1958 beantragt hat. Im Schriftsatz vom 29. April 1958 hatte nämlich der Beklagte Adolf und Ludwig G. als Zeugen nur für folgendes Vorbringen benannt: Die Zahlungen der Klägerin nach Lieferung hätten sich in vielen Fällen um vier bis sechs Wochen verzögert. Er, der Beklagte, habe auch auf Grund dieser Erfahrungen der Klägerin anlässlich der Übernahme des Holzes mehrfach mitgeteilt, daß er wegen der Preissteigerungen das Holz nicht mehr zu den im Schlußschein genannten Bedingungen liefern könne, sondern daß er sich an die Tagespreise halten müsse. Hierauf habe der Inhaber der Klägerin niemals reagiert. Dieser Vortrag entsprach dem Sinne nach dem, was der Zeuge

Adolf G. im ersten Rechtszuge bekundet hatte und was das Berufungsgericht als zutreffend ansieht. Adolf G. hatte erklärt, es sei richtig, daß der Beklagte von Ende Juli 1954 bis Anfang September 1954 von der Klägerin insgesamt sechs Briefe und vier Telegramme erhalten habe, die nicht beantwortet worden seien. Der Grund habe darin gelegen, daß der Beklagte den Standpunkt der Klägerin und die Klägerin den Standpunkt des Beklagten gekannt habe. Er, der Zeuge, habe nämlich dem Inhaber der Klägerin erklärt, daß die Holzpreise wesentlich gestiegen seien, daß der Beklagte deshalb nur in der Lage sei, das schon eingekaufte Holz zum vereinbarten Preis zu liefern, daß es ihm aber nicht möglich sei, neu einzukaufendes Holz zu dem alten Preis zu liefern. Der Beklagte sei also bereit gewesen, die Klägerin zu Tagespreisen weiter zu beliefern. Der Inhaber der Klägerin habe jedoch erwidert, das könne er nicht machen, dann verdiene er nichts daran. Der Beklagte habe erklärt, er könne nicht mit Verlust weiter arbeiten. Beide Parteien seien so auseinander gegangen, daß die Klägerin auf ihrem Schlußschein bestehen geblieben sei. Die Behauptungen des Beklagten, die vom Zeugen Adolf G. bestätigt worden sind, hat das Berufungsgericht aber, wie die Entscheidungsgründe erkennen lassen, für unschlüssig gehalten; denn es verwertet ausdrücklich den Gesichtspunkt, daß nach der Bekundung des Zeugen Adolf Geist der Inhaber der Klägerin das an ihn gestellte Ansinnen des Beklagten, die Lieferungen nach Tagespreisen zu vergüten, abgelehnt habe. Wenn der Beklagte im Schriftsatz vom 29. April 1958 vortrug, auf seine Erklärungen, er könne wegen der Preissteigerungen das Holz nicht mehr zu den im Schlußschein genannten Bedingungen liefern, habe der Inhaber der Klägerin niemals reagiert, so konnte das dem Berufungsgericht keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung geben. Erklärte sich die Klägerin nicht gegenüber Anregungen, die Vertragsbestimmung zu ändern, so war eine Vereinbarung, da Schweigen in diesem Falle nur

als Ablehnung gewertet werden kann, gerade nicht zustande gekommen (vgl. BGH Urt. v. 24. Oktober 1955 - II ZR 216/54 - LM HGB § 346 D Nr.7). Zu einer Vernehmung des Ludwig G. bestand für das Berufungsgericht unter diesen Umständen kein Anlaß. In dem Schriftsatz vom 28. Mai 1958 hat dagegen der Beklagte unter Benennung von Ludwig G. und Rosa Sp. behauptet, anlässlich der Übernahme der ersten Holzlieferung sei dem damals anwesenden Inhaber der Klägerin mitgeteilt worden, daß der Beklagte nicht in der Lage sei, auf Grund des ihm gestellten Spediteurakkreditivs seinen Lieferungen nachzukommen, weil eine Zwischenfinanzierung nicht zu erhalten sei und infolgedessen erhebliche wirtschaftliche Verluste durch das Schwanken der Tagespreise für Holz eintreten müßten. Es sei anlässlich dieser Unterredung mündlich vereinbart worden, daß die weiteren Holzlieferungen des Beklagten jeweils zum Tagespreis erfolgen würden und der Kläger ein Bankakkreditiv stellen solle. Diese beiden Punkte habe der Inhaber der Klägerin mündlich zugesichert. Diese Darstellung weicht in dem entscheidenden Teil von der bisher durch Benennung von Ludwig und Adolf G. unter Beweis gestellten ab. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung hatte der Beklagte vorgetragen, der Inhaber der Klägerin habe auf den Wunsch des Beklagten, daß die Lieferungen zu Tagespreisen abgerechnet würden, sich nicht einverständlich geäußert. Mit dieser angeblichen Weigerung der Klägerin hatte der Beklagte sein Recht zum Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung begründet. Nach der neuen Behauptung soll dagegen eine ausdrückliche Vereinbarung sowohl über die Bezahlung nach Tagespreisen als auch über die Gestellung des Bankakkreditivs erfolgt sein. Insoweit konnte das Berufungsgericht mit Recht den Beweis antrag, auch soweit die Vernehmung des Ludwig G. in Frage kam, als erst nach der letzten mündlichen Verhandlung gestellt ansehen. Wollte es ihm stattgeben, hätte es einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO bedurft. Es stellt sich mithin nicht die Frage, ob das Berufungsgericht unter Verletzung des § 286 ZPO

unterlassen hat, die Beweismittel, die für den bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorgebrachten Tatsachenstoff benannt waren, zu erschöpfen, sondern ob das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wieder hätte eröffnen müssen, um dem Beklagten Gelegenheit zu geben, seine neuen Behauptungen vorzutragen und für sie Beweis anzutreten. Ob die Revision einen Verfahrensverstoß in dieser Richtung überhaupt gerügt hat, kann zweifelhaft sein. Selbst wenn aber in ihrem Vorbringen eine solche Rüge erblickt werden könnte, wäre sie unbegründet. Daß das Berufungsgericht von einer Wiedereröffnung, um dem Beklagten Gelegenheit zur Stellung neuer Beweisanträge zu geben, abgesehen hat, stellt keine Rechtsverletzung dar. Eine Pflicht zur Wiedereröffnung besteht nur, wenn sich aus einem nachträglichen Vorbringen ergibt, daß in der geschlossenen Verhandlung für das Gericht ein unbeachtet gebliebener Anlaß gegeben gewesen ist, nach § 139 ZPO den Sachverhalt weiter aufzuklären (RGZ 102,266; Stein/Jonas/Schönke ZPO 18.Aufl. § 156 Anm.I; Wieczorek ZPO § 156 Anm.B II a). Daß der bisherige Vortrag des Beklagten lückenhaft und eine Ausübung des richterlichen Fragerechts geboten gewesen wäre, ist indessen nicht ersichtlich. Den Beklagten zu weiterem Beweisantritt dafür aufzufordern, daß die Klägerin sich bereit erklärt habe, nach Tagespreisen abzurechnen, bestand für das Gericht umso weniger Anlaß, als der Beklagte, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang würdigt, in seinem gesamten Schriftwechsel von einer solchen Abrede nichts erwähnt hat. Auch in der Klageerwiderung vom 22. September 1955 hatte der Beklagte vorgetragen, die Klägerin sei auf sein Verlangen, zu Tagespreisen zu liefern, nicht eingegangen. Überdies hat der Beklagte selbst ausweislich seiner Rechnungen von der Klägerin nicht etwa die Zahlung der Tagespreise, sondern den mit Schlußschein vereinbarten Preis von 17,50 US Dollar = durchschnittlich 73,50 DM für 5 bis 7 m lange Stangen und von 18 US Dollar = 75,60 DM für 8 bis 15 m lange Stangen verlangt. Auch die vom Beklagten nach

der Feststellung des Berufungsgerichts hingenommene Garantieerklärung der Firma P [REDACTED] & Co. vom 31. Mai 1954 enthielt diese Preise. Eine Wiedereröffnung, ohne daß die Voraussetzungen des § 139 ZPO vorlägen, nur auf Grund nachträglichen Parteivorbringens mag zwar nicht unzulässig sein (a.A. RGZ 115,222; Stein/Jonas/Schönke ZPO 18.Aufl. § 133 Anm.II 2), sie steht aber jedenfalls im freien richterlichen Ermessen, das in der Revision nicht nachprüfbar ist (BGH Urt. v. 2. April 1958 - V ZR 203/56 - JR 1958, 344; Urt. v. 29. April 1959 - IV ZR 311/58 - NJW 1959, 1369, 1370). Dieses Ermessen hat indessen das Berufungsgericht walten lassen, wenn es die beantragte Beweisaufnahme auch deshalb ablehnt, weil das neue Vorbringen im unvereinbaren Widerspruch zu dem eigenen Schreiben des Beklagten stehe und die Beweisaufnahme daher keinen Erfolg verspreche. Im Rahmen des freien Ermessens war das Berufungsgericht zu einer vorweggenommenen Beweiswürdigung berechtigt. Daß das Berufungsgericht die Ablehnung dem Wortlaut nach nur unter dem Gesichtspunkt der Zurückweisung wegen Verspätung behandelt, steht der Auffassung, es habe ohne Rechtsirrtum die Wiedereröffnung der Verhandlung verweigert, nicht entgegen. Das Berufungsgericht hat, wie sich aus der Verfügung vom 6. Juni 1958 ergibt, mit dem es den Beweis Antrag des Beklagten aus dem Schriftsatz vom 28. Mai 1958 ablehnt, nicht verkannt, daß die Verhandlung wieder hätte eröffnet werden müssen, wenn dem Beweis antrage stattgegeben werden sollte. Denn diese Verfügung geht dahin, der Senat lehne eine erneute Verhandlung ab, da das neue Vorbringen über mündliche Zusicherungen, das mit den Bekundungen des Zeugen G [REDACTED] im Widerspruch stehe, als verspätet angesehen werden müsse.

Damit ist auch der weiteren Rüge der Boden entzogen, das Berufungsgericht habe bei der Würdigung der Schreiben des Beklagten übersehen, daß die Klägerin in einem Schreiben vom 18. August 1954 erklärt habe, hinsichtlich der Preise würden sie immer einig gehen und sich an die Ta-

gespreise halten. Im übrigen ergibt der Inhalt dieses Schreibens eindeutig, daß es sich nur auf den Abschluß eines neuen Vertrages nach Erfüllung des laufenden bezieht. Was den hier in Frage stehenden bereits abgeschlossenen Vertrag betrifft, so hat die Klägerin mit einem ebenfalls unter dem 18. August 1954 datierten Schreiben den Beklagten an Erfüllung des Vertrages gemahnt.

III.

Da das angefochtene Urteil auch im übrigen der Prüfung auf sachlichrechtliche Gesetzesverletzungen hin standhält, ist die Revision des Beklagten zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner