

BUNDESGERICHTSHOF

2126 001

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 115/65

URTEIL

Verkündet am

20. November 1967
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Rolf P [REDACTED], Inhaber der
Firma Rolf P [REDACTED] in G [REDACTED]/Schw [REDACTED], L [REDACTED]
B [REDACTED] T [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die offene Handelsgesellschaft Wilhelm M [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter
Claus M [REDACTED], Peter M [REDACTED] und Wilhelm M [REDACTED]
in H [REDACTED], Fr [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 2. April 1965 aufgehoben.

Der Klageanspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Zur Entscheidung über den Betrag wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Fruchthändler in G[REDACTED]/Sch[REDACTED]; die Beklagte betreibt einen Fruchthandel in H[REDACTED].

Ende August 1957 bestellte die Beklagte erstmalig auf ein Angebot des Klägers fernmündlich 400 Kisten Preiselbeeren, frachtfrei Grenze Pa[REDACTED] gegen Stellung eines unwiderruflichen Akkreditivs, aus dem der Kaufpreis gegen

- 3 -

Vorlage der Duplikatfrachtbriefe, der Handelsfaktura und der Übernahmebescheinigung des von der Beklagten mit der Übernahme beauftragten Spediteurs Sche[REDACTED] & Co. GmbH., Zweigniederlassung F[REDACTED], zu zahlen war. Einige Tage darauf gab die Beklagte eine weitere Bestellung über 20 000 kg Preiselbeeren zu den gleichen Bedingungen auf. Die Lieferungen der Preiselbeeren aus diesen beiden Aufträgen wurden zwischen dem 2. und 13. September 1957 ohne Unstimmigkeiten abgewickelt.

Mitte September 1957 bestellte die Beklagte beim Kläger eine weitere Sendung Preiselbeeren von 60 000 kg. Die Kaufverhandlungen wurden fernmündlich geführt. Die Bedingungen dieser Bestellung lauteten nach dem von der Beklagten wiederum gestellten Akkreditiv der Vereinsbank in H[REDACTED] vom 20. September 1957 wie folgt:

"....

Dieses Akkreditiv ist benutzbar gegen Aushändigung folgender Dokumente an uns:

1. Duplikatfrachtbriefe, bahnamtlich gestempelt, nachnahmefrei,
2. Handelsfakturen,
3. Übernahmebescheinigung der Fa. Sche[REDACTED] & Co. F[REDACTED],

lautend über:

60 000 kg schwedische Preiselbeeren der Ernte 1957
In Qualität in Kisten à 25 kg netto

zum Preise von skr. 1,40 per kg netto, Waggon frei Grenze Pa[REDACTED], abzuladen am 18., 20., 21., 23., 24. und 25. September 1957, und zwar je 1 Waggon à 10 000 kg, von Sch[REDACTED] an Fa. Sche[REDACTED] & Co. GmbH., F[REDACTED], zur Verfügung der Firma Wilhelm M[REDACTED], H[REDACTED], Fr[REDACTED] (das ist die Beklagte).

...."



Die erste Teillieferung traf am 22. September 1957 an der Grenzstation Pa[REDACTED] ein. Bei Besichtigung der Ware stellte die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH Mängel fest, über die sie die Beklagte verständigte. Mit Einverständnis der Beklagten veranlaßte die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH, daß die Ware durch einen beeidigten Sachverständigen untersucht wurde. Nach dessen Befund bestand die Ware nur zu 48 % aus der Güteklasse A, während 52 % der Ware überreif, naß und mit etwa 30 % braunen, weichen Beeren durchsetzt war. Sche[REDACTED] & Co. GmbH vermerkte den Mangel dieser Sendung in der Übernahmebescheinigung. Da die Bedingung des Akkreditivs "Ia-Qualität" nicht erfüllt sei, zahlte die Vereinsbank in H[REDACTED] den Fakturenbetrag aus dem Akkreditiv nicht aus. Die Beklagte lehnte die Annahme der Ware wegen der festgestellten Mängel ab. Sie stellte an den Kläger ferner das Verlangen, von weiteren Verladungen abzusehen, falls keine einwandfreie Ware mehr verfügbar sei. Später verkaufte die Beklagte die Ware für Rechnung des Klägers und führte den Erlös an ihn ab. Die Vereinsbank schickte Rechnung, Duplikatfrachtbrief und Übernahmebescheinigung an den Kläger zurück.

Am 25. September 1957 wurden der Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH von der vom Kläger beauftragten Firma N[REDACTED] Transport & Spedition A.-B. in H[REDACTED] zwei weitere Waggons mit den Nr. [REDACTED] und [REDACTED] als Teilsendungen angekündigt. Im Gegensatz zu den früheren Avisen trug dasjenige über den Waggon Nr. [REDACTED] den Vermerk:

"Ehe der Wagen weitergeleitet werden darf, bitten wir Sie, sich vergewissern, daß Bezahlung erfolgt hat."

Das Avis über den Waggon Nr. [REDACTED] trug den Vermerk:

"Wegen Akkreditivbestimmungen bitten wir Sie unmittelbar nach der Ankunft des Wagens Übernahmebescheinigung an die Vereinsbank in H[REDACTED] ... zu übermitteln.

Der Empfänger darf über die Wagen nicht verfügen, ehe Sie sich vergewissern haben daß volle Bezahlung erfolgt hat, also auch nicht den Wagen besichtigen lassen."

Die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH teilte der Beklagten mit Fernschreiben vom 25. September 1957 die Vermerke mit und bat um Anweisung, wie sie sich bei Eingang der Waggonen verhalten sollte. Die Beklagte antwortete:

"Sie sollen die Annahme verweigern, wenn Ihnen nicht erlaubt wird, die Ware vorher zu besichtigen. Fassen Sie die Wagen also bitte nicht an, bevor Sie die Erlaubnis haben. Sollten Sie die nicht bekommen, akzeptieren Sie die Wagen nicht."

Entsprechend dieser Anweisung lehnte die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH die Übernahme der beiden Waggonen ab und unterrichtete die Firma N[REDACTED] Transport hiervon mit Fernschreiben vom 25. und 26. September 1957 und bestätigte die Fernschreiben mit Schreiben vom 28. September 1957.

Am 28. September 1957 ließ der Kläger der Beklagten vorschlagen, daß ohne Präjudiz für den beiderseitigen Rechtsstandpunkt schnellstmöglich eine Begutachtung durch einen Sachverständigen stattfinden solle. Die Beklagte war damit einverstanden. Die Waggonen wurden noch am selben Tag in Anwesenheit des Klägers besichtigt, ohne daß die Beklagte oder die Firma Sche[REDACTED]

& Co. GmbH hinzugezogen wurden. Hiervon machte die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH der Beklagten mit Fernschreiben vom 29. September 1957 Mitteilung.

Die letzten drei Teillieferungen, die am 25., 27. und 28. September 1957 abgesandt waren, übernahm die Beklagte ebenfalls nicht, weil die Avisse denselben Vermerk wie bei dem Waggon Nr. [REDACTED] trugen.

Nachdem der Kläger die Beklagte vergeblich zur Abnahme der Ware aufgefordert hatte, ließ er die Waggon nach Ablauf des Akkreditivs am 30. September 1957 nach H[REDACTED] weiterleiten und die Ware versteigern. Die Preißelbeeren waren nur noch als Industrieware zu brauchen. Der Erlös war daher erheblich niedriger als der vereinbarte Kaufpreis. Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt der Kläger die Beklagte auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der ihm durch die anderweite Veräußerung der Ware des Waggon Nr. [REDACTED], also des zweiten der fünf Waggon entstanden ist. Er macht einen Teilbetrag von 6.100 DM nebst Zinsen geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat mit Urteil vom 24. November 1961 die Berufung zurückgewiesen. Mit Urteil vom 26. Juni 1963 (LM HGB § 346 Ed Nr. 5 = BGHWarn 1963 Nr. 127 = WM 1963, 844) hat der erkennende Senat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Es hat nunmehr mit Urteil vom 2. April 1965 erneut die Berufung zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Klagsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe die Abnahme der Preiselbeeren zu Unrecht verweigert. Sie sei nicht berechtigt gewesen, die Übernahmebescheinigung und damit die Zahlung des Kaufpreises von vorheriger Besichtigung abhängig zu machen. Bei der ersten Bestellung, so trägt er vor, habe er die Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen, daß nach seinen Geschäftsbedingungen nur gegen unwiderrufliches Akkreditiv und ohne vorherige Besichtigung verkauft werde, somit die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH die Übernahmebescheinigung auch ohne Besichtigung der Ware auszustellen habe. Die Beklagte habe sich damit einverstanden erklärt. Diese Bedingung sei mithin Inhalt aller Verträge geworden. Außerdem bestehe in Sch[REDACTED] der für das vorliegende Geschäft maßgebende Handelsbrauch, Preiselbeeren nur gegen unwiderrufliches Akkreditiv ohne Besichtigungsbefugnis ins Ausland zu verkaufen. Auch bestehe ein H[REDACTED] Handelsbrauch, daß bei der Einfuhr von Preiselbeeren der Käufer die Übernahme der Ware und die Zahlung des Kaufpreises nicht von einer Untersuchung der Ware vor oder bei der Ablieferung abhängig machen dürfe, wenn er ein unwiderrufliches Akkreditiv zu stellen habe, das gegen Aushändigung einer Spediteurübernahmebescheinigung benutzbar ist.

Im Urteil vom 24. November 1961 hatte das Berufungsgericht unentschieden gelassen, ob bei einer solchen Vereinbarung nach schwedischem oder H. Handelsbrauch der Käufer verpflichtet ist, die Übernahmebescheinigung ohne vorherige Besichtigung der Ware ausstellen zu lassen. Es hatte auch unterstellt, daß die Parteien ein Besichtigungsrecht vertraglich ausgeschlossen hätten. Es meinte aber, das vom Kläger ausgesprochene Verbot der Besichtigung der eingetroffenen Ware kennzeichne sich bei der vorliegenden Sachlage als unzulässige Rechtsausübung.

In dem nunmehr mit der Revision angefochtenen Urteil führt das Berufungsgericht aus, die Parteien hätten sich nicht stillschweigend auf eine Qualitätsuntersuchung der Ware bei der Übernahme in Flensburg geeinigt und der Beklagten nicht das Recht eingeräumt, die Übernahme der Ware von deren Qualität abhängig machen zu dürfen. Andererseits habe die Beweisaufnahme auch nicht ergeben, daß der Kläger bei fernmündlich geführten Vertragsverhandlungen eine Besichtigung der Ware auf ihre Qualität vor der Übernahme ausdrücklich ausgeschlossen habe. Auch bestehe kein Handelsbrauch, der die Untersuchung von Preiselbeeren auf ihre Qualität vor der Übernahme durch den Käufer ausschließe, wenn u.a. gegen Vorlage einer Spediteurübernahmebescheinigung zu zahlen sei. Das Berufungsgericht legt die im Verträge enthaltene Akkreditivvereinbarung aber dahin aus, die Beklagte habe die Ware ohne Rücksicht auf ihre Qualität übernehmen und aus dem gestellten Akkreditiv bezahlen müssen. Die Beklagte, so führt das Berufungsgericht aus, habe, selbst wenn die Ware Mängel aufweise, wegen der im Akkreditiv getroffenen Abreden die Annahme und damit

die Zahlung des Kaufpreises nicht nach den Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf ablehnen dürfen. Bei einem Akkreditivgeschäft sei der Käufer grundsätzlich vorleistungspflichtig. Es liege zwar kein übliches Dokumentengeschäft vor. Die Zahlungspflicht der Beklagten hänge nicht allein von der Vorlage der im Akkreditiv genannten Dokumente, sondern auch von der Ablieferung der Ware ab. Auch werde die Ware nicht durch Traditionspapiere verkörpert. Die Parteien hätten aber diesen als Überlandgeschäft zu beurteilenden Kauf durch die Spediteurübernahmebescheinigung (künftig: SUB) dem typischen Dokumentengeschäft angeglichen. Im Dokumentengeschäft sei die Trennung zwischen Grund- und Akkreditivgeschäft selbstverständlich. Ein Vorbehalt der Lieferung vertragmäßiger Ware sei deshalb mit einem Akkreditivgeschäft nicht vereinbar. Die Zahlungspflicht der Beklagten setze nur voraus, daß der Kläger ihr äußerlich ordnungsgemäße Ware abgeliefert habe. Diese Grundsätze des Dokumentengeschäfts seien für die Beklagte erkennbar gewesen. Eine SUB diene nach ihrem Sinn allein dazu, die unwiderrufliche Übernahme der Ware durch den Spediteur nachzuweisen. Sie begründe für den Spediteur keine Untersuchungspflicht, die über die nach den §§ 407 Abs. 2, 388 HGB hinausgehe. Diese übliche Bedeutung der SUB entspreche auch dem Sinn des Vertrages. Ihre Ausstellung weise die Ablieferung der Ware nach und schütze so die Beklagte. Andererseits sei der Kläger sicher, die schon auf den Weg gebrachte Ware unverzüglich nach der Übernahme durch den Spediteur bezahlt zu erhalten. Diesem Sinn des Vertrages würde es widersprechen, wenn die Beklagte berechtigt gewesen wäre, die Ware ohne Rücksicht auf diese Vereinbarungen nach einer Qualitätsprüfung zurückzuweisen. Die Zahlungspflicht der Beklagten und die

Vorlage der Dokumente seien derart miteinander verbunden, daß eine Verweigerung der Übernahme der Ware aufgrund von Mängeln den Zusammenhang zwischen Zahlung und Dokumentenvorlage zerrissen hätte. Daher habe die Beklagte nicht das Recht gehabt, die Übernahme ihr qualitativ nicht zusagender Ware abzulehnen oder, was dem im Ergebnis gleichstehe, durch Qualitätsangaben in der SUB eine Zahlung aus dem Akkreditiv zu verhindern. Die Beklagte habe daher nicht die Übernahme mangelhafter Ware ablehnen dürfen, um dadurch der Zahlungspflicht aus dem Akkreditiv zu entgehen.

Das Berufungsgericht weist aber die Klage ab, weil die Beklagte nicht in Verzug geraten sei, als sie die Annahme der Ware des Waggons Nr. [REDACTED] ablehnte. Es meint, der Kläger habe zwar mit Recht die Übernahme der Preißelbeeren und die Zahlung des Kaufpreises ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Ware erwarten dürfen. Seine Weisungen im Avis hätten sich aber nicht hierauf beschränkt, sondern der Beklagten jede Verfügung und Besichtigung der Ware vor Zahlung des Kaufpreises verboten. Hiergegen habe die Beklagte sich wehren dürfen, auch wenn sie dies aus unrichtigen Erwägungen getan habe. Das Verfügungsverbot des Klägers sei darauf hinausgelaufen, daß der Kläger von der Beklagten bei weiteren Teilleistungen entgegen dem Vertrage Zahlung vor Ablieferung der Ware verlangte. Dazu sei er nicht berechtigt gewesen, auch wenn die Beklagte sich bei den vorausgegangenen Lieferungen zu Unrecht für befugt gehalten habe, nach einem unbefriedigenden Ausfall der Ware das Ergebnis der Untersuchung in die SUB einsetzen zu dürfen und damit die Zahlung des Kaufpreises zu verhindern. Denn der Kläger habe erst Zahlung verlangen dürfen, wenn die Beklagte durch die Firma Sche [REDACTED] & Co. GmbH über die Ware verfügen konnte. Das sei wegen der Verderblichkeit

der Ware besonders wichtig gewesen. Die Beklagte habe sie alsbald dem Verbraucher zuführen müssen, wenn der volle Marktpreis erzielt werden sollte. Eine Qualitätsuntersuchung habe der Kläger nicht untersagen dürfen. Der Kläger habe daher die Ware nicht vertragsgemäß angeboten. Die Anweisung des Klägers, mit der er die Weiterleitung der Ware unterbinden wollte, habe die Durchführung des Vertrages verhindert. Das ergebe das weitere Verhalten der Parteien. Die Beklagte habe sich zwar noch bis zum 29. September 1957 bereit erklärt, die Ware zu übernehmen, falls sie ihren Ansprüchen genüge. Damit habe die Beklagte jedoch nicht das Verfügungsverbot gebilligt, sondern lediglich ihre Bereitschaft zu einem "Arrangement" erkennen lassen, sich also nicht hinsichtlich ihrer Einwendungen präjudiziert. Aus ihrem Verhalten folge nur, daß für sie das Untersuchungsrecht im Vordergrund gestanden habe. Das ergebe noch die Klagebeantwortung. Dabei sei unerheblich, daß die Beklagte den Vertrag nicht zutreffend ausgelegt habe. Entscheidend sei, daß der Kläger die Ware objektiv nicht richtig angedient habe. Hierauf dürfe die Beklagte sich nachträglich im Rechtsstreit berufen, weil sie nicht auf irgendwelche Einwendungen verzichtet habe. Die Weisungen des Klägers rührten zwar ersichtlich von einem der deutschen Sprache nicht ganz mächtigen Verfasser her. Das sei aber unerheblich, weil die Weisungen unabhängig von sprachlichen Unvollkommenheiten eindeutig ausdrückten, daß die Firma Sche [REDACTED] & Co. GmbH und damit die Beklagte nicht über die Ware vor Bezahlung des Kaufpreises solle verfügen und sie besichtigen dürfen. Die Beklagte habe sich somit weder im Annahme- noch im Schuldnerverzug befunden. Die Erfüllung des Kaufvertrages über die Lieferung des Waggons Nr. [REDACTED] sei dem Kläger, weil die Ware versteigert worden sei, nachträglich unmöglich geworden.

Da die Beklagte nicht im Annahmeverzug gewesen sei, sei der Kaufpreisanspruch des Klägers nicht nach § 324 Abs. 2 BGB bestehen geblieben, sondern nach § 323 BGB erloschen. Da es an einem Schuldnerverzug der Beklagten fehle, bestehe auch ein Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 326 BGB nicht.

II.

Die Revision des Klägers ist begründet.

1. Auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß der Kläger eine Berücksichtigung der Ware auf ihre Qualität vor der Übernahme bei einem Ferngespräch ausdrücklich ausgeschlossen habe, kommt es nicht an. Das Berufungsgericht ist, wie erwähnt, durch Auslegung der Akkreditivvereinbarung zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Übernahme ihr qualitativ nicht zusagender Ware abzulehnen oder durch Qualitätsangaben in der SÜB eine Zahlung aus dem Akkreditiv zu verhindern. Diese im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbare Würdigung einer Individualvereinbarung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie ist weder unmöglich, noch verstößt sie gegen Denkgesetze. Daß der Wortlaut der Akkreditivbedingungen auch eine andere Auslegung zuläßt, hat das Berufungsgericht gesehen. Es hätte zur Begründung seiner Ansicht weiter anführen können, daß die Vereinsbank in H. ohne Widerspruch der Beklagten Zahlung für die ersten beiden Lieferungen geleistet hat, obwohl die SÜB nicht

die Qualitätsbezeichnungen "Ia Qualität" enthielten. Vielmehr lautete unstreitig die Bescheinigung der Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH vom 6. September 1957 dahin, daß die Preiselbeeren "in gutem Zustande" seien. Die Übernahmebescheinigungen für die zweite Sendung enthielten überhaupt keine Qualitätsangabe. Das ist ein Anzeichen dafür, daß die Parteien und die Vereinsbank der Auffassung waren, die Beklagte müsse die Ware aus dem gestellten Akkreditiv bezahlen, auch wenn die SÜB keine Qualitätsbescheinigung enthält. Weiter hätte das Berufungsgericht für seine Auslegung die Tatsache verwerten können, daß einem Spediteur, wie die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH auch ausdrücklich erwähnt, die Fachkenntnisse zu fehlen pflegen, um beurteilen zu können, ob die Ware von "Ia Qualität" ist, andererseits nicht vereinbart worden war, welcher Sachverständige Proben ziehen und die Beschaffenheit begutachten solle.

2. Das Berufungsgericht stellt es zu Unrecht lediglich darauf ab, daß der Kläger die Preiselbeeren des Waggons Nr. [REDACTED] unter einem nicht vertragsgemäßen Vorbehalt angeboten habe und deshalb den Kaufpreis für sie nicht verlangen könne. Bei seiner rechtlichen Beurteilung berücksichtigt das Berufungsgericht nicht hinreichend das vorangegangene Verhalten der Beklagten. Die Beklagte, die die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH anwies, die Preiselbeeren in den ankommenden Waggons zu untersuchen und sie nur bei "Ia-Qualität" zu übernehmen und nur bei einer solchen Beschaffenheit eine SÜB zu erteilen, verstieß nach Auslegung des Berufungsgerichts gegen ihre Vertragspflichten. Denn die Beklagte, so nimmt das Berufungsgericht an, hätte die Firma Sche[REDACTED] & Co. GmbH veranlassen müssen, wie auch immer die Qualität sein mochte,

eine SUB ohne Qualitätsbescheinigung auszustellen und der Vereinsbank zu übergeben. Das zu tun hat die Beklagte sich ausdrücklich bei dem Eintreffen aller fünf Waggons geweigert; sie hat auch bis zur Versteigerung der Waren auf ihrem Standpunkt verharret. Das Berufungsgericht stellt fest, der Kläger habe eine speiditions-übliche Besichtigung nicht ausschließen wollen, aus dem Verhalten der Beklagten habe sich für ihn aber ergeben, daß sie für sich beanspruche, die Übernahme der Ware von einer Untersuchung auf ihre Qualität abhängig machen zu dürfen. Die Ausübung dieses Rechtes habe er mit der Anweisung über die Behandlung des Waggons Nr. [REDACTED] verhindern wollen. Um das Recht der Beklagten, nach Besichtigung der Waren durch Angabe einer Qualitätsbezeichnung in der SUB zu erreichen, daß die Vereinsbank nur Zahlung leiste, wenn die Preiselbeeren tatsächlich eine Ia-Qualität aufwiesen, ist auch bis zum ersten Revisionsurteil der Streit fast ausschließlich gegangen.

Zwischen den Parteien ist ein Sukzessivlieferungsvertrag über schnell verderbliche Waren geschlossen, bei dem die Bezahlung der Kaufsache mittels Akkreditive erfolgen sollte. Bei einer solchen Vertragsgestaltung bedeutet die ausdrückliche und beharrliche Weigerung des Käufers, dem Verkäufer ein vereinbartes, zur Auszahlung erforderliches Dokument zu verschaffen, eine so wesentliche Vertragsverletzung und so schwerwiegende Vertragsstörung, daß der Käufer sich unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung von dem Vertrage lossagen kann. Das hat der Kläger getan. Er fordert entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts weder Bezahlung des Kaufpreises noch Schadensersatz wegen Verzuges der Beklagten.

Da der Streit der Parteien lediglich darum ging, ob die Beklagte berechtigt sei, nach Besichtigung der Ware einen die Qualitätsangabe enthaltenen SÜB ausstellen zu lassen, ist vielmehr in der Weiterleitung der Waggons nach H [REDACTED] und der Versteigerung der Ware die für eine wirksame Erfüllungsverweigerung erforderliche Erklärung zu erblicken, daß er die von der Beklagten nach dem Vertrage geschuldete Leistung nicht mehr annehmen werde, weil die Beklagte vertragswidrig die Auszahlung des Akkreditivbetrages nur für den Fall vorher festgestellter Mängelfreiheit gestatten wolle und die Ausstellung einer vertragsgemäßen SÜB verhindere. Mit der Klage macht der Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung gestützt auf die von der Beklagten begangene positive Vertragsverletzung geltend.

Der Kläger hat allerdings nicht sofort die Erfüllung des Vertrages verweigert, sondern anfänglich Erfüllung verlangt. Legt man die Auffassung des Berufungsgerichts zugrunde, er habe seine Leistung von dem nicht vertragsgemäßen Vorbehalt abhängig gemacht, daß die Beklagte vor Bezahlung nicht über Ware verfügen dürfe, so ist zwar die Beklagte durch das Angebot des Klägers weder in Annahmeverzug noch in Verzug mit der Bezahlung des Kaufpreises geraten. Dieser Umstand hinderte den Kläger aber nicht, bei dem Beharren der Beklagten auf ihrem Standpunkt von seinem Erfüllungsverlangen abzugehen und nunmehr wegen der von der Beklagten begangenen positiven Vertragsverletzung die weitere Erfüllung des Vertrages zu verweigern. Die positive Vertragsverletzung bestand nämlich unabhängig davon, daß der Kläger die Ware nicht vertragsgemäß angeboten hatte. Denn die Beklagte ließ unstreitig die Ausstellung einer SÜB ohne Qualitätsangabe schlechthin nicht zu, also auch für den Fall nicht,

daß der Kläger von seinem vertragswidrigen Vorbehalt abrücken würde.

In der Rechtsprechung wird zwar angenommen, daß, wer selbst vertragsuntreu ist, nicht aus der Vertragsuntreue des anderen Teiles Rechte für sich herleiten könne (vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 - IM BGB § 326 /C/ Nr. 1 a = WM 1960, 110; vom 29. Oktober 1957 - VIII ZR 282/56 - IM BGB § 325 Nr. 6 = WM 1958, 113). Dieser Grundsatz findet hier aber keine Anwendung. Wie der Senat im Urteil vom 29. Oktober 1957 ausgeführt hat, schließt eigene Vertragsuntreue Ansprüche jedenfalls nur solange aus, wie dieser Zustand währt. Der Pflicht zur Beseitigung der eigenen Vertragsverletzung ist der Gläubiger enthoben, wenn der andere Teil kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsverweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeit vornehmen würde. Alsdann ist der Gläubiger nicht gehindert, trotz vorheriger eigener Vertragsverletzung aus der Vertragsuntreue des Gegners die rechtlichen Folgerungen zu ziehen. Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Revision meint, die Avis-Anweisung des Klägers nicht lediglich den Sinn hatte, die Beklagte dürfe nicht wieder in die SUB eine Qualitätsangabe aufnehmen lassen. Es kann auch dahinstehen, ob der Kläger nicht schon durch seinen Vorschlag, ohne Präjudiz für den beiderseitigen Rechtsstandpunkt schnellstmöglich eine Begutachtung der Waggon stattfinden zu lassen (vgl. das Fernschreiben der Beklagten vom 28. September 1957 an die Firma Schenker & Co. GmbH), von seinem vertragswidrigen Verlangen, daß vor voller Bezahlung die Waggon nicht besichtigt werden dürften, Abstand genommen hat.

Schließlich ist nach dem unstreitigen Sachverhalt auch die Meinung des Berufungsgerichts unzutreffend, nicht das Verhalten der Beklagten, sondern die Weisung der N[REDACTED] Transport A.-B., mit der die Weiterleitung der Ware vor Zahlung des Kaufpreises unterbunden werden sollte, habe die Durchführung des Vertrages verhindert. Hätte die Beklagte die erste Teillieferung vom 22. September 1957 aus dem Akkreditiv bezahlen lassen, wie es nach der Auslegung des Berufungsgerichts ihre Pflicht gewesen wäre, und hätte sie nicht die Bezahlung der weiteren Lieferungen von vorheriger Billigung der Beschaffenheit abhängig gemacht, so wäre, wie die Revision mit Recht geltend macht, der Vertrag offenbar genauso reibungslos abgewickelt worden, wie die vorhergehenden zwischen dem 2. und 13. September 1957 erfolgten Lieferungen.

Bei dieser Rechts- und Sachlage ist ein Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz begründet. Sie ist berechtigt, ihren Schaden konkret aufgrund der vorgenommenen Versteigerung zu berechnen. Die Versteigerung stellt sich als Deckungsverkauf im Sinne des Urteils RGZ 110, 155, 157 dar. Die Klägerin war im Hinblick darauf, daß sie gemäß § 254 BGB verpflichtet war, den Schaden zu mindern, mit Rücksicht auf die Verderblichkeit der Ware berechtigt und verpflichtet, einen Deckungsverkauf vorzunehmen. Ob der Verkauf auch aus dem Gesichtspunkt des Selbsthilfeverkaufs nach § 373 HGB gerechtfertigt gewesen ist, kommt es nicht mehr an.

III.

1. Einer Zurückverweisung der Sache zur Entscheidung über den Grund des Klageanspruches bedarf es nicht. Da nach

dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt und der von ihm getroffenen Auslegung der Klageanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist, ist der Senat in der Lage, ein Grundurteil nach § 304 ZPO zu erlassen. Soweit das vom Berufungsgericht noch nicht behandelte Vorbringen der Beklagten erheblich ist, betrifft es nur den Betrag des Anspruches.

2. a) Die Beklagte kann in diesem Verfahren nicht damit gehört werden, die Preißelbeeren seien nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit, vielmehr bei ihrer Absendung in Sch. schon mangelhaft und minderwertig gewesen. Da nach der Auslegung des Berufungsgerichts die Beklagte die Annahme der Ware trotz festgestellter Mängel und damit die Zahlung des Kaufpreises nicht nach den Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf ablehnen durfte, vielmehr die Ware ohne Rücksicht auf ihre Qualität übernehmen und aus dem Akkreditiv bezahlen mußte, war die Aufrechnung oder die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts wegen Mängel gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Zahlung des Kaufpreises vertraglich ausgeschlossen. Dieser Ausschluß gilt auch für einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, der darauf beruht, daß die Beklagte vertragswidrig nur zuvor für mängelfrei befundene Waren hat übernehmen und bezahlen wollen. Andernfalls würde die Beklagte sich durch ihre ungerechtfertigte Weigerung eine Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsmöglichkeit verschafft haben, die ihr beim vertragsgemäßen Verhalten gerade nicht zugestanden hätte.

b) Beachtlich ist dagegen im Betragsverfahren das Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe mit der Versteigerung mehr als eine Woche gewartet, nachdem die Beklagte die Übernahme der Ware abgelehnt habe. Er habe da-

durch eine weitere Verschlechterung der Ware verschuldet.

Auf die Revision des Klägers war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und der Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Hinsichtlich des Betrages war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen, weil nicht feststeht, in welchem Umfange der Kläger endgültig obsiegen wird.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber

Braxmaier