

2321 023

BGB § 326

Zur Frage des Rücktritts wegen Lieferungsverzuges von  
einem Verträge, der ein Saisongeschäft betrifft.

BGH, Urt. v. 28. Oktober 1958 - VIII ZR 156/57 -

OLG Karlsruhe

Verkündet am 28. Oktober 1958  
Fieser, Justizangestellter  
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 Dr. Kurt K [REDACTED] in K [REDACTED], B [REDACTED]  
Platz [REDACTED], Inhaber Dr. Kurt K [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagten, Anschluß-  
berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Emil E [REDACTED], Optische Zentrale, Inhabe-  
rin Frau Hilde Sch [REDACTED]-W [REDACTED] in F [REDACTED], L [REDACTED]-  
straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschluß-  
berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1958 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter  
Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner  
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des  
4. Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts  
Karlsruhe vom 25. Juli 1957 insoweit, als die Klage  
unter Änderung des Urteils der Kammer für Handels-  
sachen des Landgerichts in Freiburg vom 10. September  
1956 in Höhe von 4.046,55 DM nebst Zinsen abgewie-  
sen worden ist, und im Kostenpunkt aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das bezeichnete Ur-  
teil des Landgerichts wird insoweit zurückgewiesen,  
als die Beklagte verurteilt ist, an die Klägerin  
217,30 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 18. Juni 1955  
zu zahlen.

Wegen des weiteren Betrages von 3.829,25 DM nebst  
Zinsen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung  
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-  
verwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den bisherigen Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 11/15. Ferner fallen ihr die durch die Klageerhebung bei dem unzuständigen Landgericht in Köln entstandenen besonderen Kosten voll zur Last. Die Entscheidung über die restlichen 4/15 der Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien trafen im April 1954 eine Vereinbarung, nach der die Klägerin der Beklagten in der Zeit vom 15. Mai bis 15. August 1954 auf Abruf 10 000 "Dolonit"-Sonnenbrillen zum Preise von 2,65 DM das Stück liefern sollte, die in der Tschechoslowakei hergestellt wurden. Die Beklagte erhielt das Alleinvertriebsrecht für Deutschland und bestimmte ausländische Staaten. In dem Schreiben der Klägerin vom 7. Mai 1954, mit dem sie die getroffenen Abmachungen bestätigte und dem die Beklagte nicht widersprochen hat, heißt es hinsichtlich der Lieferbarkeit:

"Inzwischen werden Sie die weitere Mustersendung von mir erhalten haben. An sich wird jedes Modell in jeder Farbe hergestellt. Die Frage der sofortigen Lieferbarkeit wird dann an Hand der Lagerliste zu erkennen sein.

Mit der noch laufenden Sendung sind ca. 3000 Brillen und Gestelle bei mir auf Lager. Nach Eingang der Sendung werde ich Ihnen auch sofort von mir eine Lageraufstellung machen, damit Sie über die sofortige Liefermöglichkeit im Bilde sind.

Wie ich Ihnen schon telefonisch sagte, können wir eine Lieferung aus Prag - falls die Ware vorrätig ist - in 12 bis 14 Tagen erreichen. Ich habe z.Zt. wieder eine Einfuhrgenehmigung über DM 95.000,-- laufen, so daß auch in dieser Richtung keine Schwierigkeiten zu erwarten sind.

Ich hoffe, hiermit im wesentlichen Ihre Fragen beantwortet zu haben und bitte mir, nachdem Sie Ihre Tests durchgeführt haben, möglichst frühzeitig um die Aufgabe einer Bestellung, damit nicht durch verspätete Lieferungen das Geschäft gehemmt wird."

Ferner erklärte die Klägerin über das Werbematerial:

"Ich habe zur Kenntnis genommen, daß das hier befindliche Prospektmaterial nicht Ihren Wünschen entspricht, sondern daß Sie den länglichen, gelben Prospekt zu erhalten wünschen. Ich werde diesen sofort in größeren Mengen und auch in den verschiedenen Sprachen anfordern. Ob jedoch die von Ihnen gewünschte Menge von 4.200 Stück vom Werk zur Verfügung gestellt wird, möchte ich bezweifeln. Es

bleibt deshalb zu überlegen, ob ich nicht evtl. Klischees anfordern soll, mit denen man hier selbst einen Prospekt druckt. Im übrigen halte ich Ihre Idee, einen solchen Prospekt Ihrer Fachzeitschrift beizufügen, für ausgezeichnet."

Die Beklagte bestellte mit Schreiben vom 10. Mai 1954 2440 Brillen und gab auch in der Folgezeit noch mehrere Bestellungen auf. Die Beklagte lieferte die Sonnenbrillen jedoch nicht in der gewünschten Menge und in der von der Beklagten erwarteten Zeit, da die tschechische Herstellerin die Klägerin nicht rechtzeitig belieferte. Einschließlich einer am 21. Juni 1954 bei der Beklagten eingetroffenen Sendung von 2365 Sonnenbrillen hat die Beklagte insgesamt 3765 Stück erhalten.

Nach mehrfachen Mahnungen sandte die Beklagte der Klägerin am 18. Juni 1954 ein Schreiben, das u.a. folgenden Inhalt hat:

"Nachdem wir nun bis zum heutigen Tage, dem 18.6.1954, gewartet haben, stellen wir mit größter Enttäuschung fest, daß auch heute die so oft angekündigte Sendung bei Ihnen noch nicht eingegangen zu sein scheint. denn andernfalls hätten Sie uns vereinbarungsgemäß ja angerufen.

Wir haben also wiederum nicht die Hoffnung, daß unsere Bestellung bis morgen, Samstag, hier sein kann. Hiermit hatten wir gerechnet und würden notfalls den ganzen Samstag durchgearbeitet haben, damit nun spätestens am kommenden Montag die Ware bei unserer Optiker-Kundschaft eintreffen kann.

Leider ist dies, wie gesagt, nun also wiederum ein Fehlschlag.

Diese Situation gibt uns nun zu unserem Bedauern Veranlassung, Ihnen mitzuteilen, daß wir die Lieferung nur noch mit Vorbehalt hereinnehmen können. Denn wir haben Ihnen seit dem ersten Besuch Ihres sehr geehrten Herrn K. [REDACTED] in Freiburg, Anfang März, laufend unzählige Male mündlich, schriftlich und telefonisch wiederholt, daß der Einkauf von Sonnenbrillen für die Detailgeschäfte Ende Mai bereits aufhört. Demgemäß erhalten wir jetzt auch mit jeder Post Annullierungen unserer Kundschaft auf die gegebenen und bis heute noch nicht ausgelieferten Aufträge. Wir möchten ausdrücklich be-

merken, daß es nur unserer engen Verbindung mit unserer Kundschaft und unseren zahllosen kurzfristigen Vertröstungen zu danken ist, daß diese Annullierungen erst jetzt kommen und nicht schon vor drei Wochen gekommen sind.

Außerdem möchten wir zu Ihrer Orientierung aber noch bemerken, daß auch andere Branchen, wie Warenhäuser, Kiosk-Großhändler usw. inzwischen ihren Einkauf in Sonnenbrillen vollkommen abgestoppt haben. Selbst also wenn Sie einen anderen Verkaufsweg eingeschlagen hätten, als den optischen Fachhandel, wäre das Ergebnis jetzt das gleiche.

.....  
Selbstverständlich wird das Exportgeschäft von diesen Dingen nicht betroffen, denn im Ausland liegen die Wetterverhältnisse zeitlich gesehen ja anders. Was aber das Inlandsgeschäft betrifft - und unsere laufende Bestellung betrifft ja nur das Inlandsgeschäft - so müssen wir nunmehr zu unserem Bedauern den obigen Vorbehalt machen. Denn Sie werden uns nicht bestreiten, daß niemals davon die Rede war, daß wir ein zu dieser Jahreszeit unverkäufliches Lager hinlegen, um im nächsten Frühjahr lieferfähig zu sein. Es war vielmehr immer nur die Rede davon, daß wir eine bestimmte Stückzahl zum Verkauf übernehmen sollten. Aus unseren bisherigen Bestellungen werden Sie gesehen haben, daß wir diese Stückzahlen ohne weiteres hätten unterbringen können. Die einzige, nicht nur stillschweigende, sondern von uns immer wieder ausdrücklich wiederholte Voraussetzung war natürlich, daß wir auch liefern können. Nunmehr ist die Situation aber seit Wochen so, daß wir verkauft haben und wegen Nichtlieferung am laufenden Bande Annullierungen dieser Aufträge bekommen. Was in diesem Zusammenhange Wochen bedeuten, wird Ihnen durchaus verständlich sein, nachdem wir Ihnen über die Bedeutung von Stunden und Tagen in mehreren Briefen ausführlich geschrieben haben.

Wir würden uns freuen, wenn durch diese von uns und - wie wir gerne zugestehen wollen - auch von Ihnen unverschuldete Situation die für die Dauer gedachte Geschäftsverbindung nicht beeinträchtigt würde. Denn wir haben die Dolomit-Brillen in ganz Westdeutschland inzwischen so bekannt gemacht, daß sie durch unsere Arbeit zu einem guten Verkaufsartikel geworden sind. Auch haben wir ja die berechtigzte Hoffnung, mengenmäßig bedeutende Auslandsumsätze zu erzielen. An der für das Inland gegebenen Situation ist jetzt jedoch nun einmal nichts zu ändern, so daß wir Sie um Bestätigung bitten.

möchten. daß durch unseren jetzt notwendig gewordenen Vorbehalt unsere ursprünglichen Abmachungen trotzdem bestehen bleiben. Diese Bestätigung wird Ihnen umso leichter fallen, als Sie im Juni auch an andere Firmen mit Sicherheit nichts mehr verkaufen können, so daß wir Ihnen mit dieser erbetenen Bestätigung also nicht einmal einen Verzicht oder einen Nachteil zumuten."

Von den am 21. Juni 1954 gelieferten 2365 Brillen will die Beklagte bis zum 18. September 1954 noch 838 verkauft haben, für die sie den Kaufpreis an die Klägerin gezahlt hat. Hinsichtlich der verbleibenden 1527 Brillen verwies sie mit Schreiben vom 18. September 1954 auf ihren Brief vom 18. Juni 1954, nach dem sie die Sendung nur noch unter Vorbehalt hätte hinnehmen können. Von diesen Brillen hat die Beklagte nach ihren Angaben nachträglich noch 82 Brillen verkauft, hierfür den Kaufpreis von 217,30 DM aber nicht entrichtet.

Ende September 1954 fand eine Besprechung des Inhabers der Klägerin, Dr. Ko [REDACTED], und des Ehemannes der Inhaberin der Beklagten, Dr. Sch [REDACTED]-W [REDACTED] über die durch die Lieferungsverzögerung entstandene Lage statt. Über den Inhalt der Besprechung besteht Streit. Unstreitig wurde eine vergleichsweise Regelung erwogen, nach der die Beklagte die damals noch bei ihr befindlichen 1527 Brillen übernehmen, die Klägerin aber auf weitere Erfüllung des für das Jahr 1954 vorgesehenen Vertrages verzichten sollte und für das Jahr 1955 ein neuer Vertrag über Lieferung von 10 000 Brillen geschlossen werden sollte. Am 21. Oktober 1954 erkundigte sich Dr. Ko [REDACTED] fernmündlich nach den Entschlüssen der Beklagten. Auch der Inhalt dieses Ferngespräches ist streitig. Unstreitig verwies Dr. Sch [REDACTED]-W [REDACTED] auf ein Schreiben, das er gerade diktieren. Dieses der Klägerin zugegangene Schreiben hat u.a. folgenden Inhalt:

"Wir möchten Ihnen also heute mitteilen, daß wir auf Ihre Bedingungen einer Mindestabnahme im nächsten Jahre eingehen können. Damit ist also die eine von Ihnen zur Auswahl gestellte Lösung Wirklichkeit geworden und wir können uns also auf Ihre für diesen Fall gegebene Zusage der Exklusivität auch für nächstes Jahr verlassen.

Der einzig wunde Punkt ist nach wie vor der Restbetrag Ihrer letzten Rechnung. Denn wir sind natürlich nicht darauf eingerichtet, nun noch diesen zusätzlichen Posten Sonnenbrillen über den Winter durchzuschleppen, nachdem unsere Verkaufsdispositionen durch die allzu späte Lieferung bekanntlich vollkommen über den Haufen geworfen wurden. Wir möchten aber glauben, daß dieses Problem in irgendeiner Weise gelöst werden kann, wobei es uns gleichgültig wäre, ob Sie uns den noch offenen Restbetrag Ihrer Rechnung vorläufig stunden, nachdem wir die Brillen ja effektiv nicht mehr verkaufen konnten und hier liegen haben, oder ob Sie die Brillen vorübergehend zu sich zurücknehmen wollen.

Wir hoffen in diesem Punkte auf Ihr Verständnis und Ihr Entgegenkommen, nachdem wir ja über die Gründe, warum es zu diesem an sich ganz unnötigen Lagerposten gekommen ist, ja durchaus offen gesprochen haben und wir also daran wirklich keine Schuld haben."

Allerdings möchten wir auch noch eine weitere Voraussetzung an die oben gemachte Zusage knüpfen, nämlich die, daß wir nun für nächstes Frühjahr mit dem Prospektmaterial ausgestattet werden, das uns bereits für März ds.Js. von Ihrem Herrn K. fest zugesagt war:

Damit es gar keine Unklarheiten gibt:

Wir haben gar kein Interesse an den dreieckigen Verpackungskartons. Wir haben aber großes Interesse und sind geradezu darauf angewiesen, von Ihnen folgendes Prospektmaterial zu erhalten, das bei Ihrem Lieferanten ja sicher vorhanden sein muß, nachdem es von ihm in deutscher Sprache gedruckt wurde.

.... (Es folgt eine Beschreibung der Prospekte)  
PS. Soeben erhielten wir Ihren telef. Anruf. Die prozentuale Aufteilung in Modelle und Farben läßt sich doch nicht so aus dem Ärmel schütteln, daß wir sie hier dem Brief noch beifügen können. Sie werden aber bestimmt bis Anfang kommender Woche diese Aufstellung von uns nachgereicht bekommen, sodaß Sie die Spezifikation dann für Ihre Bestellung noch rechtzeitig in Händen haben."

Auf dieses Schreiben hat die Klägerin nicht geantwortet. Die Beklagte behauptet, sie habe am 2. November 1954 der Klägerin ein Schreiben mit einer Aufstellung über die gewünschten Brillensorten übersandt. Dieses Schreiben habe auch das Verlangen enthalten, die Klägerin möge zusagen, daß sie auf den Vertrieb durch andere Branchen wie Warenhäuser, Drogerien, Kioske verzichte. Daneben habe sie die schriftliche Zusage einer rechtzeitigen Belieferung mit Werbematerial gefordert. Die Klägerin bestreitet, dieses Schreiben erhalten zu haben.

Die Beklagte ist der Auffassung, ein Vertrag über Lieferung von 10 000 Brillen für das Jahr 1955 sei nicht zustande gekommen. Die Zahlung des Kaufpreises für die noch bei ihr aus dem Verkauf des Jahres 1955 lagernden Brillen verweigert sie, da sie vom Kaufvertrage wegen Verzuges der Klägerin wirksam zurückgetreten sei. Gegen den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 217,30 DM für die nachträglich verkauften 82 Brillen rechnet sie mit einem Schadensersatzanspruch auf, den sie daraus herleitet, daß die Klägerin ihren Lieferverpflichtungen nicht ordnungsmäßig nachgekommen sei.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe fernmündlich und mit ihrem Schreiben vom 21. Oktober 1954 ein bei der mündlichen Besprechung im September 1954 gemachtes Angebot auf Abschluß eines neuen Lieferungsvertrages über 10 000 Brillen unter Stundung des für die noch nicht bezahlten 1527 Brillen geschuldeten Kaufpreises bis Frühjahr 1955 angenommen. Mit der Klage verlangt sie den restlichen Kaufpreis aus der Lieferung vom 21. Juni 1957 mit  $1527 \text{ mal } 2,65 = 4.046,55 \text{ DM}$  und mit der Behauptung, sie hätte an jeder Brille einen Reinverdienst von 1,10 DM gehabt, den ihr für das Jahr 1955 entgangenen Gewinn für 10 000 Brillen mit insgesamt 11.000 DM.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 9.546,55 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage in vollem Umfange abgewiesen. Die Anschlußberufung der Klägerin war erfolglos. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten nach dem im ersten Rechtszuge gestellten Antrage. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Die Klägerin stützt ihren Klageanspruch in erster Linie auf die angeblich im Herbst 1954 erfolgte Vereinbarung der Parteien über Lieferung von 10 000 Sonnenbrillen im Jahre 1955 und die dabei vergleichsweise getroffene Abrede über Bezahlung der restlichen im Jahre 1954 gelieferten 1527 Sonnenbrillen.

Das Berufungsgericht führt aus, ein Vertrag für das Jahr 1955 sei nicht zustande gekommen. Die Beklagte habe im sechsten Absatz ihres Schreibens vom 21. Oktober 1956 an ihre im dritten Absatz erklärte Zusage, die Geschäftsbeziehungen für die Lieferperiode 1955 zu erneuern, die Bedingung geknüpft, daß sie für das nächste Frühjahr mit Prospektmaterial ausgestattet werde. Erst dadurch, daß die Klägerin diese Bedingung annahm, hätte der Vertrag wirksam werden können. Eine Einigung sei aber unstreitig nicht erfolgt. Unrichtig sei die Ansicht der Klägerin, der Vertrag sei bereits durch das Ferngespräch vom 21. Oktober 1954 zustande gekommen. Aus den Umständen habe sich für die Klägerin erkennbar

ergeben, daß die fernmündliche Mitteilung des Dr. Sch[REDACTED] - W[REDACTED] nur nach Maßgabe des Briefes habe gelten sollen, den er gerade diktiere.

II. 1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin übergangen, bei der Besprechung des Dr. Korsing und des Dr. Sch[REDACTED] - W[REDACTED] im September 1954 habe volle Einigkeit darüber bestanden, daß die Beklagte zwischen zwei Vorschlägen der Klägerin habe wählen sollen. Diese Vorschläge hat die Klägerin in den ersten beiden Rechtszügen folgendermaßen dargestellt: Entweder solle die Beklagte im Jahre 1955 von der Klägerin 10 000 Brillen zu den bisherigen Bedingungen abnehmen, wogegen die Klägerin sich verpflichte, nur die Beklagte zu beliefern und ihr den Kaufpreis für die im Jahre 1954 gelieferten Brillen bis zum Frühjahr 1955 zu stunden. Oder aber die Klägerin wolle sich an die Zusage, Drogerien und Warenhäuser nicht zu beliefern, nicht mehr gebunden halten und auf Abnahme und Bezahlung aller im Jahre 1954 bestellten 10 000 Brillen bestehen. Die Revision will also sagen, die Beklagte habe, wenn sie die Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen für das Jahr 1955 gewählt habe, nach den vorausgegangenen Abreden den Vorschlag der Klägerin nur so, wie er gefaßt worden sei, annehmen können. Man habe sich bereits mündlich über die Art, wie die Geschäftsbeziehungen abgewickelt werden sollten, geeinigt; schon mit der Annahme des Vorschlages sei daher ein Vertrag nach Maßgabe des Vorschlages zustande gekommen.

Diese Rüge ist aber nicht begründet. Wenn die Parteien vereinbart hatten, die Beklagte solle nur zwischen den beiden ihr von der Klägerin vorgeschlagenen Möglichkeiten wählen dürfen, und die Beklagte den Vorschlag der Klägerin auf Lieferung von 10 000 Brillen abredewidrig nur unter Abweichung oder mit Einschränkungen annahm, so lag darin gerade vom Standpunkt der Klägerin

aus nicht eine Annahme, sondern eine Ablehnung ihres Vorschlages auf Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen. Die Beklagte hatte, da sie den ersten Vorschlag nicht uneingeschränkt annahm, die zweite Möglichkeit gewählt und damit der Klägerin die Bahn eröffnet, nunmehr ihre vermeintlichen Ansprüche aus dem ursprünglichen Vertrage zu verfolgen und im Jahre 1955 andere Abnehmer beliebig zu beliefern. Was die Klägerin als bei der Besprechung im September 1954 vereinbart ansieht, ist im Grunde die gesetzliche Regelung über das Zustandekommen eines Vertrages. Der Vorschlag auf erneute Lieferung im Jahre 1955 stellt sich rechtlich als Vertragsangebot dar, das nach § 150 Abs.2 BGB nur vorbehaltlos angenommen werden kann. Der Rechtszustand, der bei Wahl der anderen Möglichkeit eintreten sollte, läuft in Wahrheit nicht auf die Begründung eines vom ersten Vorschlage abweichenden Vertragsverhältnisses, sondern nur darauf hinaus, daß die Klägerin nicht mehr an ihren ersten Vorschlag gebunden sein wollte, wie es auch nach § 146 BGB bei Ablehnung des Vertragsangebotes geschieht. Als Ablehnung eines Angebots gilt nach § 150 Abs.2 BGB aber auch die Annahme unter Änderungen. In einer solchen Ablehnung liegt allerdings ein neuer Antrag. Wollte die Klägerin, obwohl die Beklagte den Vorschlag nicht uneingeschränkt angenommen hatte, bei der vorgeschlagenen Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen im Jahre 1955 stehen bleiben, so hätte es der Annahme dieses neuen Vorschlages der Beklagten durch die Klägerin bedurft. Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Vertrag habe erst durch eine Einigung der Parteien über den geänderten Vorschlag der Beklagten Zustandekommen können, ist daher gerechtfertigt, auch wenn die Behauptungen der Klägerin als richtig zugrunde gelegt werden. Das Berufungsgericht durfte daher von einer Feststellung absehen, welchen Inhalt die Besprechung des Dr. Ko [REDACTED] und des Dr. Sch [REDACTED]-W [REDACTED] im September 1954 gehabt hatte.

2. Ein ausdrückliches Einverständnis der Klägerin mit der von der Beklagten in ihrem Schreiben vom 21. Oktober 1954 geforderten Zusage der Belieferung mit Prospekten hat die Klägerin unstreitig nicht abgegeben. Die Revision meint allerdings, das Berufungsgericht habe die Vorschrift des § 151 BGB nicht angewandt. Zu dieser Bestimmung hat das Berufungsgericht zwar nicht Stellung genommen; ersichtlich hat es aber die Voraussetzungen nicht für gegeben gehalten. Darin liegt kein Rechtsverstoß. Die Vorschrift des § 151 BGB befreit nur von dem Erfordernis, daß die Annahmeerklärung als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Antragenden zugeht, nicht aber davon, daß der Antrag, um zum Vertragsschluß zu führen, der Annahme bedarf. Daß sie den geänderten Vorschlag der Beklagten angenommen habe, also die Verpflichtung habe eingehen wollen, das gewünschte Werbematerial bis Januar 1955 zu liefern, behauptet die Klägerin selbst nicht. Es fehlt somit bereits an einer Annahme des Antrages, so daß es nicht darauf ankommt, ob diese Annahme der Beklagten gegenüber hätte erklärt werden müssen. Im übrigen ist auch nichts dafür dargetan, daß die Beklagte etwa auf den Zugang einer Annahmeerklärung verzichtet hat. Ebensowenig hat die Klägerin dafür etwas vorgetragen, daß ein Zugang der Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten gewesen sei.

3. Auch die Rüge, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme über die vertraglichen Verhandlungen auseinandergesetzt, dadurch sei das Berufungsgericht irrig dazu gelangt, die Bestimmung des § 154 BGB anzuwenden, kann keinen Erfolg haben. Die Revision will anscheinend die Auffassung des Berufungsgerichts angreifen, die Bereitstellung des Werbematerials sei ein Vertragspunkt gewesen, über den nach der Erklä-

rung einer Partei eine Vereinbarung habe getroffen wer-  
 den sollen. Der Fall des offenen Einigungsmangels nach  
 § 154 BGB setzt voraus, daß zwar ein Vertragsantrag an-  
 genommen wird, eine Einigung über alle Punkte von den  
 Vertragsparteien aber bewußt noch nicht herbeigeführt ist.  
 Wird zugrunde gelegt, daß die Klägerin das im Schreiben  
 der Beklagten vom 21. Oktober 1954 enthaltene neue Ange-  
 bot nicht angenommen hat, so läge ein Fall des offenen  
 Einigungsmangels allerdings nicht vor. Daraus könnte die  
 Klägerin indessen nichts herleiten; denn ein Vertrag wäre  
 schon mangels Annahme des Angebots nicht zustande gekom-  
 men. Aber auch von dem anscheinend vom Berufungsgericht  
 vertretenen Standpunkt aus, daß der Vertreter der Beklag-  
 ten bei dem Ferngespräch vom 21. Oktober 1954 oder durch  
 das Schreiben dieses Tages erklärt habe, das Angebot der  
 Klägerin anzunehmen, greift die Rüge der Revision nicht  
 durch. Bei den Verhandlungen im September 1954 mag al-  
 lerdings das Werbematerial keine Rolle gespielt haben.  
 Das ist indessen auch unerheblich, da jene Verhandlung  
 unstreitig nicht zur Einigung über den Abschluß eines  
 Lieferungsvertrages geführt hat. Entscheidend kann nur  
 sein, ob bei der Besprechung, die die Annahme des bei der  
 Septemberversandlung gemachten Vorschlages auf Fortset-  
 zung der Geschäftsbeziehungen betraf, Dr. Sch[REDACTED]-W[REDACTED]  
 [REDACTED] erklärt hat, die rechtzeitige Stellung von Werbe-  
 material solle vertraglich geregelt werden. Das aber hat  
 das Berufungsgericht in unangreifbarer Weise festgestellt,  
 wenn es ausführt, zwar habe Dr. Sch[REDACTED]-W[REDACTED] dem ihm  
 anrufenden Dr. Ko[REDACTED] nicht den vollen Wortlaut des  
 Briefes, den er soeben abfaßte, fernmündlich mitgeteilt,  
 doch habe sich aus dieser Situation ohne weiteres ergeben,  
 daß auch seine fernmündlichen Mitteilungen nur nach Maß-  
 gabe des Briefes gelten sollten. Es liegen keine Anhalts-  
 punkte vor, daß das Berufungsgericht bei dieser Feststel-  
 lung die Aussage des Zeugen Dr. Sch[REDACTED]-W[REDACTED] und des  
 Inhabers der Klägerin nicht gewürdigt habe.

4. Fehl geht schließlich die Rüge, das Berufungsgericht habe die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin übergangen, der Beklagten seien Prospekte übersandt worden, erst nachdem sie den Vertrag abgelehnt habe, habe sie kein Prospektmaterial mehr erhalten, es sei auch möglich gewesen, Prospektmaterial zu beschaffen. In den von der Revision angezogenen Schriftsätzen der Klägerin vom 14. Juli 1956 und 18. April 1957 war vorgetragen, der Beklagten seien im Jahre 1954 Prospekte zur Verfügung gestellt worden, lediglich die gewünschten hochformatigen Prospekte seien nicht mehr vorrätig gewesen, sie hätten indessen nachgedruckt werden können. Was in dieser Hinsicht bei der Abwicklung der Liefergeschäfte des Jahres 1954 geschehen ist, ist aber für die Frage, ob die Parteien zu einem Vertragsschluß gelangt sind, unerheblich. Entscheidend ist, daß unstreitig eine Einigung darüber, daß die Klägerin für die Frühjahrswerbung 1955 Prospekte zu liefern habe, nicht zustande gekommen ist. Ebensowenig kommt es für die Feststellung, welchen Inhalt die damaligen Verhandlungen gehabt haben, darauf an, ob, wie die Revision meint, die Beklagte in einem Schreiben vom 21. Februar 1955 davon gesprochen hat, es wäre möglich gewesen, Prospekte zu liefern. Das Berufungsgericht ist daher mit Recht diesen Behauptungen der Klägerin nicht nachgegangen.

III. Die Revision führt-- offenbar hilfsweise - aus, eine Verbindlichkeit zur Lieferung von Sonnenbrillen sei im Frühjahr des Jahres 1954 auch für das Jahr 1955 eingegangen worden. Die Beklagte sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Auffassung gewesen, ein Dauerlieferungsverhältnis einzugehen. Selbst wenn die Klägerin mit Teillieferungen im Jahre 1954 in Verzug gewesen wäre, so fehle es für das Jahr 1955 an der Fristsetzung und dem Nachweis, daß die Beklagte an der Erfüllung des Vertrages in diesem Jahr kein Interesse gehabt habe.

Diese Darstellung enthält ein in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigendes neues tatsächliches Vorbringen. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils geben das Schreiben der Beklagten vom 30. April 1954 und das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 7. Mai 1954 den Inhalt der Vereinbarungen wieder. Daß entgegen dem Wortlaut dieser Schreiben die Parteien den Lieferungsvertrag auch für das Jahr 1955 geschlossen hätten, ist von der Klägerin in den ersten beiden Rechtszügen nicht vorgebracht worden. Der Tatbestand des Berufungsurteils gibt im Gegenteil als unstreitig wieder, die Beklagte habe in der Zeit vom 15. Mai bis 15. August 1954 insgesamt 10 000 Sonnenbrillen abzunehmen gehabt. Die Beklagte hat im übrigen im Schreiben vom 10. Juni 1954 entgegen der Ausführung der Revision auch nur den Wunsch geäußert, die auf die Dauer gedachte Geschäftsbeziehung, nicht aber ein Dauerlieferungsverhältnis, aufrecht zu erhalten.

B.

I. Ansprüche aus dem für das Jahr 1954 abgeschlossenen Verträge, deren Verfolgung der Klägerin freisteht, weil die beabsichtigte Erledigung durch Vergleich im September, Oktober 1954 nicht zustande gekommen ist, hat das Berufungsgericht der Klägerin abgesprochen, weil die Beklagte vom Verträge wirksam zurückgetreten sei. Das Berufungsgericht legt den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag dahin aus, daß die von der Beklagten abzurufenden Posten, wenn nicht sofort aus dem Kölner Lager der Klägerin, so doch spätestens nach rund 14 Tagen für sie hätten verfügbar sein sollen und daß die Klägerin zugesagt habe, das von der Beklagten gewünschte Werbematerial sei sofort greifbar, sie werde notfalls die Prospekte, falls sie diese von ihrer Lieferantin nicht erhalten könne, selbst drucken. Das Berufungsgericht

führt aus, unstreitig habe die Klägerin ihre Zusicherungen über die alsbaldige Lieferung der abgerufenen Brillen und die rechtzeitige Übersendung des Werbematerials nicht erfüllt. Von 1170 Modellen, die die Beklagte mit Bestellschreiben Nr. 1069 angefordert habe, seien mit Lieferschein Nr. 9185 nur 90 geliefert worden. Auch eine am 10. Mai 1954 aufgebene Bestellung über 2440 Brillen sei bis zum 18. Juni 1954 nicht ausgeführt worden. Mit ihrem Schreiben vom 18. Juni 1954 habe die Beklagte den Rücktritt vom Verträge wegen Verzuges der Klägerin erklärt. Wenn die Beklagte in dem Briefe zum Ausdruck bringe, daß sie die für sie jetzt nicht mehr absetzbare Lieferung nur noch mit Vorbehalt hereinnehmen werde, so ergebe sich mit hinreichender Deutlichkeit, daß sie sich zur Festabnahme der schon bestellten, jedoch bis zum 18. Juni 1954 noch nicht gelieferten Brillen und zum weiteren Abruf im Rahmen der für das Jahr 1954 getroffenen Abmachungen nicht mehr für verpflichtet halte, daß sie aber im Interesse der Aufrechterhaltung der für sie vor allem im Hinblick auf künftige Auslandsgeschäfte nach wie vor als aussichtsvoll erachteten Geschäftsbeziehungen versuchen werde, die auf ihre bisherigen Bestellungen noch eingehenden Posten abzusetzen, und daß sie insoweit den vereinbarten Kaufpreis bezahlen werde. So habe die Klägerin das Schreiben, wie aus der Antwort vom 22. Juni 1954 hervorgehe, auch verstanden. Die Beklagte habe den Rücktritt ohne Fristsetzung erklären dürfen, da der mit dem Geschäftsabschluß für 1954 verfolgte Zweck wegen der vorgeschriebenen Jahreszeit nicht mehr zu erreichen gewesen sei.

II. 1. Die Revision greift einmal die Feststellung des Berufungsgerichts an, die Klägerin habe ihre Zusicherungen über alsbaldige Lieferung der abgerufenen Brillen

und über rechtzeitige Übersendung des Werbematerials nicht erfüllt. Damit kann die Revision aber keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht bezeichnet den festgestellten Sachverhalt als unstreitig. Ob es sich dabei um eine als urteilsmäßigen Tatbestand zu wertende Wiedergabe des Sach- und Streitstandes (§ 313 Abs.1 Nr.3 ZPO) handelt, die nach § 314 ZPO für das mündliche Parteivorbringen vollen, nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftbaren Beweis liefert, kann dahingestellt bleiben. Da Berufungsgericht hat auch im einzelnen ausgeführt, weshalb es der Auffassung ist, die Klägerin habe die abgerufenen Posten nicht, wie im Vertrage vereinbart, innerhalb 14 Tagen geliefert. Die Rügen der Revision vermögen diese Feststellungen nicht zu erschüttern.

Das Berufungsgericht hat allerdings, wie der Revision zuzugeben ist, nicht sämtliche Bestellungen und Lieferungen, wie sie aus den überreichten Rechnungen, Bestell- und Lieferscheinen hervorgehen, berücksichtigt. Aus diesen von der Revision angezogenen Urkunden ergibt sich folgender, ersichtlich im Berufungsrechtszuge unstreitig gewesener Sachverhalt: Abgerufen hat die Klägerin nach dem Vertragsschluß vom 7. Mai 1954 am 10. Mai 1954 mit Bestellschein Nr.1096 einen Posten von 2440 Brillen. Geliefert sind laut Rechnung Nr.7155 vom 11. Mai 1954 mit Lieferschein Nr.9185 vom selben Tage insgesamt 446 Sonnenbrillen und 380 Fassungen. Mit Schreiben vom 12. Mai 1954 hat die Beklagte eine aus den Akten nicht feststellbare Zahl von Brillen abgerufen. Unter Bezugnahme auf eine Bestellung dieses Tages unter der Bestellnummer 1073 hat die Klägerin laut Rechnung Nr.7155 vom 15. Mai 1954 mit Lieferschein Nr.9829 vom selben Tage einen weiteren Posten von 766 Brillen geliefert. Weiter hat sie unter Bezugnahme auf eine Bestellung vom 17. Mai 1954 mit Lieferschein Nr.9725 laut Rechnung Nr.7521 vom 17. Mai 1954 am selben Tage 64 Brillen geliefert. Schließlich hat die Beklagte laut der am

19. Juni 1954 ausgestellten Rechnung Nr. 9281 mit Lieferschein Nr. 11 198 insgesamt 2365 Brillen erhalten. Die Revision macht geltend, aus dem Wortlaut der letztgenannten Papiere ergebe sich, daß diese Lieferung auf eine erst am 10. Juni 1954 unter der Nummer 1116 aufgegebene Bestellung zurückgehe. Das Berufungsgericht hätte daher aus den Urkunden entnehmen müssen, daß die vorangegangenen Bestellungen jeweils erledigt gewesen seien und später neue Bestellungen erfolgt seien. Dieser von der Revision gezogene Schluß ist aber irrig. Auch eine Berücksichtigung der angeführten Urkunde hätte das Berufungsgericht nicht zu einer abweichenden Feststellung hinsichtlich des Rückstandes, in dem die Klägerin sich mit den Lieferungen befand, veranlassen können. Ob die Beklagte auf ihre Zwischenbestellungen vom 12. und 17. Mai 1954 rechtzeitig beliefert worden ist, ist unerheblich. Dadurch wurde die Bestellung vom 10. Mai 1954 nicht berührt. Es kann hier auch dahingestellt bleiben, ob die am 21. Juni 1954 ausgelieferten 2365 Sonnenbrillen am 10. Juni 1954 bestellt waren oder, wie das Berufungsgericht meint, den Posten bildeten, den die Beklagte schon am 10. Mai 1954 bestellt hatte. Wenn diese Auslieferung auf eine neue Bestellung vom 10. Juni 1954 zurückginge, so wäre für die Klägerin nichts gewonnen. Der Abruf vom 10. Mai 1954 wäre dann in vollem Umfange unerledigt geblieben und die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin mit der Erledigung dieser Bestellung in Verzug geraten sei, wäre umsomehr gerechtfertigt. Der Umstand, daß möglicherweise die am 21. Juni 1954 bei der Beklagten eingegangene Sendung nicht die Bestellung vom 10. Mai 1954, sondern eine spätere vom 10. Juni 1954 erledigt hat, könnte lediglich Bedeutung haben im Zusammenhang mit der im folgenden noch zu behandelnden Frage, ob die Beklagte die Annahme dieser Lieferung als verspätet verweigern durfte.

2. Daß die Beklagte die Klägerin mehrfach gemahnt hat, wird im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt. Insbesondere hat das Berufungsgericht eine Mahnung erkennbar in dem von ihm angeführten Schreiben der Beklagten vom 31. Mai 1954 gesehen:

"... Bei dieser Gelegenheit möchten wir nicht unerwähnt lassen, daß wir nach wie vor verzweifelt auf den Anruf warten, der uns den Eingang wenigstens der ersten avisierten Sendung mitteilt. Denn wir haben so oft darüber gesprochen und geschrieben, daß jeder einzelne Sonnentag jetzt einen Umsatzverzicht grösseren Ausmaßes bedeutet, daß wir uns jede Wiederholung ersparen können."

3. Die Revision hält weiter die Auslegung des Berufungsgerichts, in dem Schreiben der Beklagten vom 18. Juni 1954 sei der Rücktritt erklärt worden, nicht für möglich und sieht die Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB, 286 ZPO als verletzt an. Der Angriff der Revision kann aber auch insoweit keinen Erfolg haben. Eine Nachprüfung ist im vorliegenden Verfahren nur in beschränktem Umfange dahin zulässig, ob die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung möglich ist, nicht gegen Verfahrensvorschriften verstößt und nicht Auslegungsregeln verletzt. Eine Gesetzesverletzung in dieser Richtung liegt nicht vor. Der Rücktritt soll den Vertrag auflösen, wie das Berufungsgericht nicht verkennt. Erforderlich ist daher, daß die Lösung vom Vertrage dem Vertragsgegner erkennbar gemacht wird. Das Wort "Rücktritt" braucht nicht verwendet zu werden; es genügt die ernstliche, bestimmte, endgültige Weigerung, den Vertrag zu erfüllen. Daher kann nach den besonderen Umständen des Falles unter Umständen auch in der Erklärung, die bestellte Ware nur noch mit Vorbehalt hereinzunehmen, die Kundgebung des Willens liegen, den Kaufvertrag aufzulösen. Fehl geht insbesondere die Rüge, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, welche Rechte sich die Beklagte habe vorbehalten wollen.

Die Revision übersieht, daß die Beklagte erklärt hat, die Sendung nur mit Vorbehalt hereinzunehmen, nicht aber etwa unter Vorbehalt ihrer Rechte. Die Art des Vorbehalts besteht nach der Auslegung des Berufungsgerichts darin, daß die Beklagte erklärte, sich zu weiterem Abruf der Sonnenbrillen nicht mehr für verpflichtet zu erachten. Hätte die Beklagte allerdings, wie die Revision meint, in dem Schreiben gleichzeitig zu erkennen gegeben, daß sie an dem Vertrage festhalten wolle, so wäre es für denkgesetzmäßig unmöglich zu halten, in der Erklärung einen Rücktritt zu sehen. Das Berufungsgericht ist aber ersichtlich der Auffassung, daß die Beklagte es nicht bei dem Kaufvertrage habe belassen wollen, sondern daß sie ihre Rücktrittserklärung mit dem Angebot verbunden habe, es zu übernehmen, den noch eingehenden Posten Brillen im eigenen Namen für Rechnung der Klägerin zu veräußern. Eine solche Auslegung ist möglich. Ob durch Annahme dieses Angebots ein Kommissionsvertrag zustande gekommen ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es brauchte eine solche Feststellung auch nicht zu treffen. Aus seinen Ausführungen ist zu entnehmen, daß es davon ausgeht, die Beklagte habe die bei ihr am 21. Juni 1954 eingegangenen 2365 Brillen, soweit sie abgesetzt worden sind, nicht auf Grund des geschlossenen Kaufvertrages abgenommen, sondern habe sie zumindest kommissionsweise vertreiben wollen, um die Geschäftsbeziehungen - nicht etwa den Kaufvertrag - aufrecht zu erhalten. Hatte sie die Brillen mit dem Willen, für Rechnung der Klägerin zu handeln, weiterverkauft, so mußte sie den empfangenen Kaufpreis mindestens in der Höhe abführen, in der sie nach den von ihr für erloschen betrachteten Kaufvertrag hätte Zahlung leisten müssen. So hat das Berufungsgericht nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe auch den Satz in dem Schreiben der Beklagten vom 18. Juni 1954 aufgefaßt, daß durch den notwendig gewordenen Vorbehalt die ursprünglichen

Abmachungen trotzdem bestehen blieben. Es führt nämlich ausdrücklich aus, die Beklagte habe, soweit sie die noch eingehenden Posten beim Fachhandel absetzen werde, den "vereinbarten Kaufpreis von 2,65 DM" bezahlen wollen. Die Revision vermag daher die Auslegung des Berufungsgerichts nicht mit dem Hinweis zu widerlegen, daß die Beklagte einen Teil der Brillen veräußert und den Gegenwert für 838 Stück bezahlt hat. Auch der Umstand, daß die Beklagte im Schreiben vom 18. September 1954 erklärte, sich über den noch bei ihr liegenden Posten Brillen und die weiteren Dispositionen mit Dr. Ko [REDACTED] mündlich besprechen zu wollen, steht der Auslegung des Berufungsgerichts nicht entgegen. Es liegt auf der Hand, daß die Beklagte über strittige Punkte zur Erzielung eines Vergleiches mit dem Vertragsgegner auch dann noch verhandeln konnte, wenn sie vorher wirksam zurückgetreten war. Es bildet daher keinen Verfahrensverstoß und verletzt keine Auslegungsregeln, wenn das Berufungsgericht zu dem Schreiben vom 18. September 1954 nicht ausdrücklich Stellung genommen hat.

4. Die Revision wendet sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe der Klägerin zur Bewirkung der rückständigen Leistungen eine Frist nicht zu setzen brauchen, da der mit dem Geschäftsabschluß für 1954 von ihr verfolgte Zweck aus Gründen, die die Klägerin zu vertreten habe, nicht mehr zu erreichen gewesen sei. Nach § 326 Abs. 2 BGB ist bei Verzug des einen Teiles der andere berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, wenn die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Die Revision trägt vor, die Beklagte habe im Schreiben vom 18. Juni 1954 zunächst erklärt, sie habe die angekündigte Sendung bis zum 19. Juni 1954 erwartet. Daraus ergebe sich, so meint die Revision, daß der Posten nach

den Parteivereinbarungen allenfalls bis zu diesem Tage zu liefern gewesen sei. Die Klägerin sei, als das Schreiben vom 18. Juni 1954 bei ihr eingegangen sei, noch nicht im Verzug gewesen. Das Berufungsgericht habe es auch an einer Begründung fehlen lassen, inwiefern es einen Unterschied ausgemacht habe, daß die Brillen zwar am Samstag, den 19. Juni 1954 abends noch nicht verfügbar gewesen seien, wohl aber am Montag, dem 21. Juni, und weshalb die Beklagte zwar am 19. Juni, aber nicht mehr am 21. Juni habe abzunehmen brauchen.

Dieser Rüge ist im Ergebnis der Erfolg nicht zu versagen, jedoch nur in dem Umfange, daß die Lieferung auf Grund einer Bestellung der Beklagten vom 10. Juni 1954 hiervon betroffen wird.

Das Berufungsgericht legt erkennbar zugrunde, daß für die Beklagte keine Sicherheit mehr bestanden habe, Sonnenbrillen, die nach dem 19. Juni 1954 bei ihr eingingen, an ihre Kundschaft noch absetzen zu können. Es geht nämlich, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, davon aus, daß die Begründung, die die Beklagte in ihrem Schreiben vom 18. Juni 1954 für ihren Entschluß gibt, die Sonnenbrillen "nur noch mit Vorbehalt hereinzunehmen", der Wahrheit entspreche. Die Beklagte erklärt dort, daß der Einkauf von Sonnenbrillen für die Detailgeschäfte Ende Mai bereits aufhöre. Sie erhielt nach ihrer Darstellung, da sie die seit Wochen verkauften Sonnenbrillen an ihre Abnehmer nicht lieferte, von ihrer Kundschaft "mit jeder Post", "am laufenden Band" Annullierungen der Aufträge. Die Lieferung in der zweiten Junihälfte hätte dazu geführt, daß sie sich "ein zu dieser Jahreszeit unverkäufliches Lager" hinlege. Nach dieser Annahme des Berufungsgerichts handelt es sich also bei dem Kauf von Sonnenbrillen um ein Saisongeschäft,

das für den Großhandel nur bis Ende Mai dauert. Gegen diesen Ausgangspunkt bestehen keine ernstlichen Bedenken. Insoweit hat die Revision auch keine Angriffe erhoben.

Der Fortfall des Interesses allein genügt aber nicht, um dem Gläubiger das Recht zu geben, vom Vertrage zurückzutreten. Der Leistungsverzug des Vertragsgegners muß die Ursache dafür sein, daß der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr hat. Ist sein Interesse etwa entfallen, weil er nur für eine geringere Leistung des Schuldners Verwendung hat, als er erwartet hatte, so bleibt er, wenn er wegen Verzuges zurücktreten will, zur vorherigen Fristsetzung verpflichtet (BGB RGRK 10.Aufl. § 326 Anm.5; RGZ 96.126, 129).

In dieser Hinsicht enthält das Berufungsurteil keine besonderen Ausführungen. Wie die Revision insoweit mit Recht rügt, hätte indessen der Wortlaut der von der Klägerin mit Schriftsatz vom 25. Juni 1955 überreichten Durchschrift des Lieferscheins Nr.11 198 und der von ihr im Termin vom 4. Juli 1955 überreichten Durchschrift der Rechnung Nr.9281, beide vom 19. Juni 1954, eine Prüfung notwendig gemacht, ob die Beklagte noch am 10. Juni 1954 eine der Lieferung vom 19. Juni 1954 entsprechende Menge von Sonnenbrillen bestellt hatte. Wäre das der Fall, so legte eine solche Bestellung den Schluß nahe, daß die Beklagte auf Grund ihrer Geschäftsabschlüsse mit ihren Abnehmern und nach ihrer Planung beabsichtigt hat, den damals abgerufenen Posten auch bei der im Vertrage mit der Klägerin vorgesehenen Lieferfrist von längstens zwei Wochen trotz der vorgeschrittenen Zeit noch bei ihrer Kundschaft unterzubringen. Unter diesen Umständen könnte die Beklagte ein Interesse an der Lieferung von

Sonnenbrillen wenigstens in der am 10. Juni 1954 noch abgerufenen Menge bis spätestens etwa 24. Juni 1954 gehabt haben. Das würde möglicherweise dafür sprechen, daß die am 21. Juni 1954 eingegangene Sendung, mochte sie eine Bestellung vom 10. Mai oder vom 10. Juni 1954 erledigen sollen, sich noch in dem Rahmen der von der Beklagten getroffenen Planungen hielt und insoweit das Interesse der Beklagten an der Erfüllung des Vertrages nicht erloschen war. Sollte die Lieferung am 21. Juni 1954 tatsächlich schon wegen Beendigung der Saison im wesentlichen unverwendbar gewesen sein, so müßte das nicht notwendig die Folge des Verzuges sein, in dem die Klägerin sich mit der Erledigung des Abrufes vom 10. Mai 1954 befand, sondern könnte darauf beruhen, daß die Beklagte sich bei der Bestellung vom 10. Juni 1954 über die noch vorhandene Absatzmöglichkeit geirrt hatte. Eine solche Fehlplanung würde aber den fristlosen Rücktritt vom Verträge und die Zurückweisung der am 21. Juni 1954 eingegangenen Sendung noch nicht rechtfertigen. Was diese Lieferung betrifft, durfte daher das Berufungsgericht aus seiner Feststellung, daß der mit dem Geschäftsabschluß für 1954 von der Beklagten verfolgte Zweck nicht mehr zu erreichen gewesen sei, nicht folgen, daß die Beklagte von der Setzung einer Nachfrist befreit gewesen sei, ohne daß es die gesamte Geschäftsabwicklung prüfte und die eingereichten Urkunden erschöpfend würdigte. In diesem Zusammenhang könnte auch der Gedanken- gang Bedeutung gewinnen, den die Revision mit ihrem Vorbringen verfolgt, die Beklagte hätte nach ihrem eigenen Schreiben vom 18. Juni 1954 die Sendung, wenn sie am 19. Juni eingegangen wäre, noch abgenommen, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Sendung am 21. Juni für die Beklagte schon hätte unverwendbar sein sollen. Bei der erforderlich werdenden erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht daher die Frage nachprüfen müssen,

welche Bestellungen die Beklagte insgesamt aufgegeben hat, welche Mengen sie noch nach Ablauf der für Sonnenbrillen im Großhandel üblichen "Saison" abgerufen hat und ob sie sich etwa mit der Weigerung, die am 21. Juni 1954 eingegangene Sendung abzunehmen, in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten gesetzt hat. Diese Weigerung könnte insbesondere unberechtigt gewesen sein, wenn die Lieferung die mit einem Abruf vom 10. Juni 1954 verlangten Brillen enthalten hätte und somit noch innerhalb der im Vertrage als zulässig angesehenen Lieferfrist von zwei Wochen erfolgt wäre.

Dagegen irrt die Revision in der Annahme, das Berufungsgericht habe als nachträgliche Parteivereinbarung festgestellt, der bestellte Posten Brillen habe bis zum 19. Juni 1954 geliefert werden dürfen. Das Berufungsgericht hat vielmehr ausdrücklich den Vortrag beider Parteien dahin ausgelegt, daß alle abgerufenen Posten spätestens nach 14 Tagen hätten verfügbar sein müssen. Aus der Erklärung der Beklagten in ihrem Schreiben vom 18. Juni 1954, sie habe damit gerechnet, daß die Sendung am Samstag eintreffen werde, brauchte das Berufungsgericht daher nicht den Willen der Beklagten zu entnehmen, die Abrede zu treffen, eine an diesem Tage eingehende Sendung noch als vertragsgemäß ansehen zu wollen.

Keine Bedenken bestehen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe vom Vertrage zurücktreten dürfen, soweit es sich um die von ihr noch nicht abgerufenen Mengen handelt. Eine ausdrückliche Begründung gibt das Berufungsgericht für seine Ansicht nicht. Der Grundsatz, daß bei Teillieferungsverträgen der Verzug mit einer Teillieferung in der Regel die gleiche Wirkung hat, als sei der Schuldner mit der ganzen Leistung in Verzug gekommen, wird allerdings der Besonderheit des vorliegenden Falls, daß das Saisonge-

geschäft für Sonnenbrillen mit dem Monat Mai ausläuft, nicht gerecht. Wollte die Beklagte die Lieferung zu einem Zeitpunkt erhalten, in dem sie für sie Verwendung hatte, so durfte sie mit dem Abruf nicht bis zum Ablauf des ihr hierfür eingeräumten Zeitraums warten, sondern mußte die gesamte Menge so frühzeitig abrufen, daß sie unter Berücksichtigung der im Vertrage vorgesehenen Lieferfrist bis Ende Mai 1954 in den Besitz der gekauften Ware gelangen konnte. Hätte sie den Abruf aus Gründen verzögert, die in ihrer Person lagen, so könnte sie sich nicht darauf berufen, daß sie infolge Verzuges der Klägerin mit einer Teillieferung an der Erfüllung des ganzen Vertrages wegen der saisonbedingten Unverkäuflichkeit der Sonnenbrillen kein Interesse mehr habe. Das Berufungsgericht geht indessen erkennbar davon aus, daß die Beklagte von einem Abruf der Gesamtmenge habe absehen dürfen, weil schon durch den Verzug der Klägerin mit der Lieferung des ersten Postens der bestellten Sonnenbrillen sich der Abruf der gesamten vereinbarten Menge erübrigt habe, und daß so der Verzug der Klägerin ursächlich dafür gewesen sei, daß die Beklagte das Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages verloren habe. Da das Lager der Klägerin in Köln unstreitig erschöpft war und nicht einmal der erste Abruf erledigt werden konnte, bevor die Klägerin nicht von ihrer Lieferfirma in Prag weitere Sonnenbrillen erhielt, war in der Tat ein Abruf der gesamten Menge überflüssig. Das Berufungsgericht macht sich nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe zu eigen, was die Beklagte in dem vom Berufungsgericht wörtlich angeführten Schreiben vom 12. Mai 1954 erklärt hat:

"... Wir bitten Sie aber sehr, uns zu glauben, daß wir durch die Unmöglichkeit, jetzt sofort genügende Mengen greifbar zu haben, in eine sehr, sehr schwierige Lage gekommen sind. Denn einmal haben wir unseren Kunden etwas versprochen, was wir nun nicht halten können und außerdem würden bei jetzt genügenden Lieferungen ja in 14 Tagen schon die Nachbestellungen rollen, während wir so erst in 14 Tagen liefern können."

Die Beklagte hat nach diesem Schreiben also deshalb die Sonnenbrillen in ihrer Gesamtheit nicht abgerufen, weil schon ihre erste Bestellung von der Klägerin nicht ausgeführt worden war. Damit erledigt sich auch die Ausführung der Revision, der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des durch die verweigerte Abnahme entstandenen Gewinnausfalls sei zumindest auch aus der Abnahmeverpflichtung des Jahres 1954 herzuleiten. Es bedarf daher nicht der Prüfung, ob die Klägerin einen solchen Anspruch für das Jahr 1954 überhaupt geltend gemacht hat. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat sie nämlich für das Jahr 1954 nur den ihr angeblich geschuldeten restlichen Kaufpreis für 1527 Brillen geltend gemacht.

5. Für die ferner erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Beklagte beweispflichtig für die Voraussetzungen des Rücktritts sei, fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

6. Mit Recht rügt dagegen die Revision schließlich, daß das Berufungsgericht nicht über den Anspruch auf Vergütung des Wertes von 82 Brillen erkannt habe, die die Beklagte unstreitig nachträglich noch verkauft hat. Die Beklagte hat hierzu im Schriftsatz vom 23. Januar 1956 erklärt, sie rechne gegen den Anspruch auf Zahlung von 217,30 DM für 82 Brillen fürsorglich mit einem Schadensersatzanspruch auf. Diesen Schadensersatzanspruch hat sie daraus hergeleitet, daß sie für den Vertrieb der Brillen erhebliche Aufwendungen gemacht habe und daß ihr der Gewinn entgangen sei, den sie hätte ziehen können, wenn die Klägerin ihren Lieferverpflichtungen ordnungsgemäß nachgekommen wäre. Über dieses Vorbringen der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht entschieden. Einer Zurückverweisung an das Berufungsgericht be-

durfte es indessen insoweit nicht. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagten durch den Verzug der Klägerin mit Belieferung von Werbematerial und Auslieferung der bestellten Brillen ein Schaden entstanden ist. Selbst wenn ihr durch den Verzug ein Schaden entstanden wäre, könnte sie ihn nicht geltend machen. Nach § 326 BGB hat der Gläubiger ein Wahlrecht zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder dem Recht, von dem Vertrage zurückzutreten. Wählt der Schuldner den Rücktritt, so ist damit jeder Schadensersatzanspruch ausgeschlossen (RGRK 10. Aufl. § 326 Anm. 1 c S. 629). Die in der Revisionserwiderung vertretene Auffassung der Beklagten, der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch stehe mit dem Verzögerungsschaden, der bei Wahl des Rücktrittsrechts ausgeschlossen sei, in keinem Zusammenhang, entbehrt der Grundlage. Die Beklagte hat nach ihrem ausdrücklichen Vorbringen den Schadensersatzanspruch gerade auf die Tatbestände gestützt, wegen deren sie den Rücktritt erklärt hat. Der Klageanspruch ist daher in Höhe von 217,30 DM begründet.

C.

Auf die Revision der Klägerin war daher das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als die Klage in Höhe von 4.046,55 DM abgewiesen worden ist. In Höhe von 217,30 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 18. Juni 1955 war die Verurteilung der Beklagten durch das Landgericht durch Zurückweisung der Berufung der Beklagten wiederherzustellen. Wegen des weiteren Betrages von 3.829,25 DM nebst Zinsen war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen hatte die Revision keinen Erfolg.

Von den bisherigen Kosten des Rechtsstreits sind der Klägerin 11/15 auferlegt worden, da insoweit ihre Kostenlast nach §§ 92, 97 ZPO schon jetzt feststeht. Über die restlichen 4/15 der bisherigen Kosten der beiden ersten Rechtszüge wie über die noch entstehenden Kosten wird das Berufungsgericht entsprechend dem Ergebnis der Entscheidung über die noch anhängige Hauptsache zu befinden haben. Dabei ist dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen. Die Entscheidung über die vor dem unzuständigen Landgericht in Köln entstandenen Kosten beruht auf § 276 Abs.3 ZPO.

Dr.Großmann      Dr.Gelhaar      Dr.Dorschel      Dr.Mezger      Dr.Messner