

Verkündet am 13. Mai 1964
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

der Firma Wilhelm R. [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
in M. [REDACTED], Eb. [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den
Geschäftsführer Erwin B. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma A. [REDACTED] (E. [REDACTED]) LTD in [REDACTED] Ch. [REDACTED],
London, E.C. [REDACTED], vertreten durch Direktor Max A. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. Mai 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl,
Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 12. April 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin bot am 31. März 1960 der Beklagten, einer englischen Firma in London, 291 Kühlschränke österreichischer Herkunft an, von denen 141 in Hamburg und 150 in München lagerten. Die Beklagte bestellte mit Telegramm vom 11. April 1960 den Posten von 141 Kühlschränken. Dieser wurde auf einem Dampfer verladen und traf am 26. April 1960 in London ein. Die Sendung war gegen Transportschaden zugunsten der Beklagten versichert. Die Beklagte hatte die Versicherungsurkunde in Händen. Die Sendung wurde am 9. Mai 1960 gelöscht und an den Abnehmer der Beklagten, die Firma Christopher H. [REDACTED], ausgeliefert. Die Beklagte hat diese Kühlschränke bezahlt. Mit Telegrammen vom 14. Mai, 20. Mai, 23. Mai und 25. Mai 1960 forderte die Beklagte die Klägerin auf, den zweiten Posten von 150 Kühlschränken zu schicken. Die Klägerin kam dem Verlangen nach. Die von München abgesandten Kühlschränke wurden in Hamburg verladen und trafen Ende Mai oder Anfang Juni 1960 in London ein. Die Beklagte nahm die Kühlschränke nicht ab. Nachdem Verhandlungen zwischen den Parteien gescheitert waren, ließ die Klägerin die 150 Kühlschränke nach München zurücktransportieren.

Die Klägerin nimmt die Beklagte für den durch die verweigerte Abnahme entstandenen Schaden in Anspruch.

Die Beklagte hat die Abnahmeverweigerung u.a. wie folgt begründet: Bei der ersten Lieferung von 141 Kühlschränken seien 71 auf dem Transport beschädigt worden. Für diese Schäden leiste die Versicherungsgesellschaft keinen Ersatz, weil die Kühlschränke nicht ausreichend für den Seeverkehr verpackt gewesen seien. Zu einem

- 3 -

zwischen den Parteien vereinbarten Ersatz oder Umtausch sei die Klägerin nicht bereit gewesen. Deswegen und weil die zweite Sendung ebenfalls mangelhaft verpackt gewesen sei, sei sie, die Beklagte, berechtigt gewesen, die Abnahme der zweiten Lieferung zu verweigern.

Das Landgericht hat nach dem im ersten Rechtszuge gestellten Klageantrage erkannt. Im Berufungsrechtszuge hat die Klägerin ihren Schaden auf 15 128,85 DM berechnet und Verurteilung der Beklagten zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen begehrt. Die Beklagte hat mit einer angeblichen Schadensersatzforderung von 22 175 DM aufgerechnet.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren im zweiten Rechtszuge geltend gemachten Schadensersatzanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht wendet deutsches Recht an. Aus dem Umstand, daß als Gerichtsstand und Erfüllungsort München vereinbart worden ist, entnimmt es den mutmaßlichen Willen der Parteien, das Rechtsverhältnis den deutschen Rechtsnormen zu unterstellen. Die Revision wendet sich gegen diese Auffassung nicht. Sie läßt auch keinen Rechtsirrtum erkennen.

B.

I. Das Berufungsgericht hält die Beklagte für berechtigt, die Abnahme der streitigen 150 Kühlschränke zu verweigern



und von dem Vertrage zurückzutreten. Hierzu führt es aus, von der ersten Sendung seien auf dem Transport 71 Kühlschränke beschädigt worden. Ursache sei die mangelhafte, für den Seetransport von Hamburg nach London nicht geeignete Verpackung der Ware gewesen. Die Klägerin habe nämlich die Kühlschränke in einer Verpackung nach London versandt, die sie im kontinentalen Warenverkehr anzuwenden pflegte. Im vorliegenden Fall seien die 141 Kühlschränke unmittelbar in ein kleines nur 600 to großes Motorschiff verladen worden. Für diese Art der Beförderung habe eine im Landverkehr übliche Verpackung nicht ausgereicht, um die Ware vor Beschädigung zu schützen, die bei jedem Transport über See auftreten könne. Diese von der Klägerin gewählte Art der Verpackung sei vertragswidrig gewesen. Die Mängel der ersten Lieferung hätten mehr als die Hälfte der damals gelieferten Kühlschränke betroffen. Damit habe auf seiten der Klägerin eine so erhebliche positive Vertragsverletzung vorgelegen, daß der gesamte Vertragszweck gefährdet worden sei. Die Beklagte habe auch Anlaß zu der Annahme gehabt, daß die zweite Lieferung in gleicher Weise Schäden aufweise. Die Klägerin habe der Beklagten gegenüber mit einem Schreiben vom 3. Mai 1960 die Verpflichtung übernommen, sofort jeden Kühlschrank zu ersetzen, der beim Einbau beschädigt gefunden werde. Dieser übernommenen Verpflichtung sei die Klägerin nicht nachgekommen. Als sich die Beklagte bereit erklärt habe, die zweite Ladung zu übernehmen, sofern ihr die Klägerin für die 71 beschädigten Kühlschränke Ersatz leiste, habe die Klägerin die Erfüllung dieser Forderung verweigert und die Beklagte zu Unrecht wegen ihrer Entschädigungsansprüche an die Versicherungsgesellschaft verwiesen. Auch auf den Vorschlag der Beklagten, den Auslösungs-

betrag um den Preis für 71 Kühlschränke zu kürzen, sei die Klägerin nicht eingegangen. Unter diesen Umständen sei der Beklagten die weitere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, nämlich trotz ihres Schadensersatzanspruches auch noch die zweite Lieferung mit dem vollen Kaufpreis auszulösen, nicht zuzumuten gewesen.

II. Die Auffassung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung, daß der gesamte Vertragszweck durch das Verhalten der Klägerin gefährdet gewesen sei, zwar anfänglich damit, mehr als die Hälfte der ersten Lieferung sei beschädigt gewesen, die Beklagte habe damit rechnen müssen, daß bei der zweiten Lieferung die gleichen Mängel vorhanden seien, die bei den ersten 141 Kühlschränken festgestellt worden waren. Wenn es dann aber fortfährt, der Beklagten sei nicht zuzumuten gewesen, trotz ihres Schadensersatzanspruches auch noch die zweite Lieferung mit dem vollen Kaufpreis auszulösen, so legt es damit in Wahrheit das entscheidende Gewicht nicht darauf, daß die erste Lieferung Kühlschränke beschädigt angekommen war, sondern darauf, daß die Klägerin nicht ihrer im Schreiben vom 3. Mai 1960 begründeten Verpflichtung nachgekommen sei, der Beklagten für die beschädigten 71 Kühlschränke Ersatz zu leisten. Von dieser Verpflichtung aus beurteilt das Berufungsgericht im übrigen auch das sonstige Verhalten der Klägerin.

1. Der Ausgangspunkt, die Klägerin sei der Beklagten zum Ersatz der 71 Kühlschränke verpflichtet gewesen, ist im Ergebnis allerdings nicht zu beanstanden.

a) Die Rügen der Revision gegen die Auslegung, daß die Klägerin im Schreiben vom 3. Mai 1960 die Verpflichtung übernommen habe, auch die beim Transport beschädigten Kühlschränke zu ersetzen, können keinen Erfolg haben. Dieses Schreiben lautet in Übersetzung auszugsweise:

"Wir bestätigen ferner alle Punkte bezüglich der Garantie, die Sie wie untenstehend in Ihrem Brief vom 6.4. verlangten.

1. Wir werden für Sie von Firma Vemag eine schriftliche Garantie für die einzelnen Stücke erhalten, auf denen eine Garantie von 5 Jahren ist ...
2. Wir werden Garantiescheine für alle bestellten Kühlschränke ausgeben.
3. Wir ersetzen sofort kostenlos jeden Kühlschrank oder einen Teil davon, der beim Einbau beschädigt gefunden wird. Das bezieht sich auf alle bestellten Kühlschränke.
4. ... "

Das Schreiben der Beklagten vom 6. April 1960, auf das das Schreiben der Klägerin Bezug nimmt, lautet in dem hier in Frage kommenden Teil übersetzt wie folgt:

"Wir bestätigen folgende Bedingungen

- b) Garantie, daß alle Kühlschränke, die an uns verkauft werden, einwandfrei funktionieren. Andernfalls müssen sie innerhalb von 14 Tagen von den Herstellern oder von Ihnen umgetauscht werden..."

Das Berufungsgericht führt aus, die Verpflichtung der Klägerin, jeden Kühlschrank zu ersetzen, der beschädigt gefunden werde, umfasse Schäden jeder Art ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund. Insbesondere seien nicht die Schäden ausgenommen, die durch von der Klägerin zu vertretende mangelhafte Verpackung beim Transport verursacht seien. Die Beklagte habe im Schreiben vom 6. April 1960 eine uneingeschränkte Garantie offensichtlich mit dem Ziel

verlangt, auch für den Fall gesichert zu sein, daß die von ihr weiterhin geforderte Versicherung den Schaden nicht übernehme. Das Schreiben der Klägerin vom 3. Mai 1960 gebe im wesentlichen das Ergebnis der Besprechung wieder, die ein Angestellter der Klägerin am 2. Mai 1960 mit dem Inhaber der Beklagten geführt habe. Damals sei aber der Beklagten bereits bekannt gewesen, daß mindestens zehn Kühlschränke der ersten Lieferung beschädigt waren. Es liege nahe und werde auch von dem Angestellten bei seiner Zeugenvernehmung eingeräumt, daß bei der Besprechung vom 2. Mai 1960 über jene zehn Kühlschränke und über die Sicherstellung der Beklagten wegen des Ausfalls verhandelt worden sei. Das habe bei dem Inhaber der Beklagten die Meinung erwecken müssen, die bei Gelegenheit dieser Besprechung abgegebene Garantieverklärung solle sich auch auf Transportschäden beziehen.

Diese Auslegung einer Individualerklärung ist nur der beschränkten Nachprüfung zugänglich. Die Revision glaubt, die Auslegung verstoße gegen den eindeutigen Wortlaut des Schreibens und sei unmöglich. Wenn die Revision glaubt, die im Schreiben eingegangene Verpflichtung der Beklagten halte sich nur im Rahmen der von der Herstellerfirma abgegebenen Betriebsgarantie, so übersieht sie, daß neben der in Nr. 1 und 2 des Schreibens erwähnten Garantie der Herstellerin die Klägerin unter Nr. 3 die vom Berufungsgericht behandelte besondere Verpflichtung übernommen hat.

b) Im Ergebnis sind auch die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts unbegründet, es habe zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches durch die Beklagte nicht einer unverzüglichen Rüge der Beschädigungen bedurft.

Die vom Berufungsgericht in erster Linie gegebene Begründung geht dahin: Da sich die Klägerin der Beklagten gegenüber verpflichtet habe, für Transportschäden in jedem Falle einzustehen, vermöge sie sich dieser Verpflichtung nicht mit der Begründung zu entziehen, daß die Beklagte die Transportschäden nicht unverzüglich gerügt habe. Die Klägerin habe die Garantieerklärung in einem Zeitpunkt abgegeben, in dem die Beklagte die Ware der ersten Lieferung hätte untersuchen können, denn diese Lieferung sei bereits am 26. April 1960 in London angekommen. Die Klägerin habe mit der Garantieerklärung auch zu erkennen gegeben, daß sie sich auf das Fehlen einer sofortigen Mängelrüge nicht berufen wolle. Dem ist wenigstens im Ergebnis zu folgen. Am 2. Mai 1960 wußte die Klägerin zwar nur von zehn beschädigten Kühlschränken. Indessen hatte die Klägerin ausdrücklich erklärt, sie ersetze jeden beim Einbau beschädigt gefundenen Kühlschrank oder Teile desselben. Sie erläuterte diese Erklärung dahin, daß sich ihre Verpflichtung auf alle bestellten Kühlschränke beziehe. Daraus konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum schließen, die Klägerin wolle auch dann noch Ersatz leisten, wenn Schäden ihr nach dem Einbau der Kühlschränke (englisch: installation) der bestellten Kühlschränke gemeldet würden, und verzichte auf eine unverzügliche Untersuchung der Kühlschränke bei Ankunft im Hafen von London.

c) Zu Unrecht meint die Revision auch, die Klägerin sei zum Ersatz der beschädigten Kühlschränke deshalb nicht verpflichtet gewesen, weil weder feststehe, daß sie auf dem Seetransport Schaden erlitten hatten, noch die Klägerin ein Verschulden an den Schäden treffe. Wenn,

wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, die Klägerin sich schlechthin zum Ersatz jedes beschädigten Kühlschranks verpflichtet hatte, kam es weder auf die Ursache der eingetretenen Beschädigungen noch auf ein Verschulden der Klägerin für die Beschädigungen an. Die Klägerin muß auch Ersatz leisten, obwohl sie zugunsten der Beklagten eine Transportversicherung abgeschlossen hatte. Das Berufungsgericht stellt als beiderseits gewollten Vertragszweck fest, die Klägerin habe der Beklagten eine völlig uneingeschränkte Garantie geben wollen, offensichtlich mit dem Zweck, die Beklagte auch für den Fall zu sichern, daß durch die von ihr weiterhin geforderte Versicherung der Schaden nicht gedeckt würde. Unter diesen Umständen kann es hier dahingestellt bleiben, ob die Ansicht des Berufungsgerichts zutrifft, die Klägerin habe die Entstehung der Schäden aus dem Transport nicht ernstlich in Abrede stellen können, und ob das Berufungsgericht ohne Anhörung eines Sachverständigen als erwiesen ansehen durfte, daß die von der Klägerin gewählte Verpackung für den Seetransport nicht genügt habe. Ebenso brauchte das Berufungsgericht nicht zu entscheiden, ob der Transportversicherer die entstandenen Schäden hätte ersetzen müssen.

2. Rechtlichen Bedenken unterliegt dagegen die Auffassung, die Beklagte habe wegen des Verhaltens der Klägerin vom Kaufvertrag mit der Wirkung zurücktreten können, daß sie die zweite Lieferung nicht habe abzunehmen brauchen.

a) Es erscheint bereits fraglich, ob die Beklagte überhaupt zurückgetreten ist. Mit welcher Erklärung sie ihren Rücktritt erklärt haben soll, legt das Berufungsgericht nicht dar. Die bloße Abnahmeweigerung brauchte

eine Rücktrittserklärung nicht zu enthalten. Das Berufungsgericht führt im Gegenteil an, die Beklagte habe sich in ihren Telegrammen vom 9. Juni, 22. Juni und 30. Juni 1960 bereit erklärt, die zweite Ladung zu übernehmen, sofern ihr die Klägerin für die 71 beschädigten Kühlschränke Ersatz leiste. An anderer Stelle spricht das Berufungsgericht davon, auf den Vorschlag der Beklagten, die Auslösungssumme der zweiten Lieferung um den Preis für 71 Kühlschränke zu kürzen, sei die Klägerin nicht eingegangen. Das läßt darauf schließen, daß die Beklagte gerade nicht von dem Vertrage zurückgetreten ist. Damit könnte auch der Schlußsatz des Telegramms vom 30. Juni 1960 übereinstimmen. Er lautet: "Nach der schockierenden Erfahrung mit Ihrer ersten Sendung müßten weitere Lieferungen Bestätigung eines Londoner Schadensgutachters aufweisen, daß Ware in hundertprozentig einwandfreiem Zustand". Eine endgültige Lösung vom Vertrage hatte die Beklagte in diesem Zeitpunkt offenbar noch nicht erklärt.

Es spricht nach den Ausführungen des Berufungsgerichts vielmehr alles dafür, daß die Beklagte lediglich die ihr obliegende Abnahme verweigern wollte, bis die Klägerin die geforderte Ersatzleistung bewirkte. Daraufhin scheint die Klägerin, nachdem sie der Beklagten mit Schreiben vom 11. Juni 1960 eine Frist zur Abnahme gesetzt hatte, mit Schreiben ihres Anwalts vom 30. Juni 1960 wegen der Annahmeweigerung der Beklagten vom Vertrage zurückgetreten zu sein.

Wenn es sich um die Abwicklung eines gegenseitigen Vertrages zwischen den Parteien handelte, fänden in erster Reihe die §§ 320 ff BGB Anwendung. Ob die Annahme des Berufungsgerichts zutrifft, beide Lieferungen hätten

mindestens in so engem tatsächlichen und zeitlichen Zusammenhang gestanden, daß sie rechtlich und wirtschaftlich als Teillieferungen eines einheitlichen Vertrages zu würdigen seien, kann indessen dahingestellt bleiben. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB, die die Beklagte mit der Abnahmeweigerung möglicherweise geltend machen wollte, setzt voraus, daß die Leistungen der Parteien im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen (RGZ 108, 137, 138). Ein solches Abhängigkeitsverhältnis ist hier nicht gegeben. Als Pflicht, den Verkäufer von der Ware zu entlasten, steht die Abnahmepflicht des Käufers nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Anspruch des Käufers auf Lieferung, hier dem Recht auf Ersatzlieferung oder Entschädigung für unterbliebene Lieferung (RGZ 83, 107, 109). Lie dem Käufer obliegende Abnahme ist nicht die Gegenleistung für die ihm gebührende Lieferung.

Denkbar ist aber, daß die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB hat ausüben wollen. Einer endgültigen Entscheidung bedarf es indessen nicht; denn auch unter diesem Gesichtspunkt kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

b) Sowohl gegenüber einem Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung wie gegenüber der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts rügt die Revision zutreffend, das Berufungsgericht habe mit unzureichender Würdigung den Einwand der Klägerin beschieden, die Abnahmeweigerung der Beklagten habe gegen Treu und Glauben verstoßen. Die Klägerin hatte dazu geltend gemacht, daß die Beklagte unstreitig mit Telegrammen vom 14., 20. und 23. Mai 1960 die Übersendung des zweiten Postens der Kühlschränke ver-

langt und im Telegramm vom 20. Mai 1960 sogar Schadensersatzansprüche angedroht habe, wenn die Kühlschränke nicht sofort geschickt würden.

Ein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung ist gegeben, wenn der Vertragszweck so gefährdet ist, daß dem vertragstreuen Teil nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Forderte im vorliegenden Fall die Beklagte von der Klägerin weitere Erfüllung durch Lieferung des zweiten Postens von 150 Kühlschränken, obwohl sie wußte, daß die erste Lieferung nicht ordnungsmäßig abgewickelt worden war, so könnte das darauf schließen lassen, daß sie selbst den Vertragszweck noch nicht als wesentlich gefährdet ansah und sie sich nach Treu und Glauben vom Vertrage, soweit er den zweiten Posten betraf, nicht lösen konnte.

Aber auch von dem Standpunkt aus, daß die Beklagte nicht vom Vertrage zurücktreten, sondern nur die Abnahme der zweiten Lieferung bis zum Ersatz der 71 Kühlschränke der ersten Lieferung verweigern wollte, ist das Vorbringen der Klägerin beachtlich. Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Schuldner nach § 273 Abs. 1 BGB nicht zu, wenn sich aus der Natur des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt. Auch ist das Zurückbehaltungsrecht ein Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben. Dem Schuldner soll nicht zugemutet werden zu leisten auf die Gefahr hin, die Gegenleistung nicht zu erhalten. Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies: Löst ein Käufer wie hier die Beklagte sich trotz vom Verkäufer begangener Vertragsverletzung nicht vom Kaufvertrag, so bleibt der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Ware zu übergeben. Das setzt aber voraus, daß der Verkäufer dem Käufer die Ware ab-

nimmt. Eine Verweigerung der Abnahme widerspricht daher der Natur des Kaufvertrages. Hinzukommt, daß bei Exportgeschäften die Abnahme im allgemeinen eine sofort und unbedingt zu erbringende Leistung ist, weil die Lagerung im Auslandshafen hohe Kosten verursacht. Auch aus diesem Grunde kann eine Abnahmeverweigerung des ausländischen Käufers zur Erzwingung einer aus einer anderen Lieferung herrührenden Schadensersatzleistung des Verkäufers nach der Natur des Kaufvertrages ausgeschlossen sein oder gegen Treu und Glauben verstoßen. Hat ein Käufer ausdrücklich trotz einer früheren Vertragsverletzung des Verkäufers Lieferung verlangt, so wird überdies die Verweigerung der Abnahme mit seinem früheren Verhalten, nämlich dem Lieferungsverlangen, nicht vereinbar sein und könnte sich deshalb als unzulässige Rechtsausübung darstellen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Einwendungen der Klägerin für unbeachtlich erklärt, reichen weder aus, den Rücktritt der Beklagten vom Vertrage noch ein Zurückbehaltungsrecht zu rechtfertigen. Sie erschöpfen den unstreitigen Sachverhalt nicht und werden von der Revision mit Recht angegriffen.

aa) Das Berufungsgericht meint einmal zu dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte mit den Telegrammen vom 14., 20. und 23. Mai 1960 die Lieferung des zweiten Postens angefordert habe, habe sie den genauen Umfang der durch die mangelhafte Verpackung verursachten Schäden der ersten Lieferung noch nicht gekannt. Diese Erwägung geht indessen fehl. Die Auffassung, die Beklagte habe den Umfang der Schäden der ersten Lieferung nicht gekannt, widerspricht dem Akteninhalt. Bereits am 2. Mai 1960

war, wie das Berufungsgericht an anderer Stelle feststellt, der Beklagten bekannt, daß mindestens zehn Kartons der ersten Lieferung und die darin verpackten Kühlschränke beschädigt waren. Die Klägerin wußte also damals schon, daß mit Schäden infolge mangelhafter Verpackung zu rechnen war. Die Beklagte hat, worauf die Revision verweist, in der Berufungsbegründungsschrift selbst behauptet, sie habe die Mängel mit einem Telegramm vom 14. Mai 1960 gerügt, dessen Empfang die Klägerin mit Schreiben vom 18. Mai 1960 bestätigt habe. Tatsächlich scheint allerdings die Rüge in einem Telefongespräch vom 17. Mai 1960, auf das das Schreiben vom 18. Mai 1960 Bezug nimmt, ausgesprochen zu sein. Mit Schreiben vom 23. Mai 1960 teilt die Beklagte der Firma W. & Co. mit, sie sei davon in Kenntnis gesetzt, daß bei der Be- sichtigung der Sendung 61 Kühlschränke beschädigt ge- wesen seien. Danach muß die Beklagte über den Umfang der Schäden mindestens am 23. Mai 1960 im wesentlichen unterrichtet gewesen sein. Trotzdem hat sie auch noch am 25. Mai 1960 an Lieferung der Kühlschränke dringend erinnert.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Beklagte, deren gesetzlicher Vertreter Max A. im Termin anwesend war, dazu vorgetragen, ihr sei zwar bekannt gewesen, daß die erste Lieferung umfangreiche Schäden aufweise, sie habe aber keine Bedenken gehabt, die Lieferung des zweiten Postens zu verlangen, weil sie angenommen habe, die Klägerin werde auf Grund ihrer Garantieerklärung vom 3. Mai 1960 Ersatz für die be- schädigten Kühlschränke der ersten Lieferung leisten. Diesem Vorbringen wird das Berufungsgericht, gegebenen-

Falls nach Aufklärung gemäß § 139 ZPO, nachgehen müssen. Dabei könnte es darauf ankommen, ob die Klägerin zu der Zeit, als die Beklagte sich weigerte, die zweite Lieferung abzunehmen, bereits die Erfüllung der Garantie abgelehnt und sich in so schroffen Gegensatz zu ihrer Erklärung vom 3. Mai 1960 gesetzt hatte, daß die Beklagte ihrerseits im Widerspruch zu ihrem bisherigen Lieferungsverlangen die Abnahme der zweiten Sendung ablehnen durfte, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen. Zu berücksichtigen wird, wie die Revision mit Recht hervorhebt, auch der Umstand sein, daß die Klägerin zugunsten der Beklagten eine Transportversicherung eingegangen war und ihr die Versicherungspapiere ausgehändigt hatte. Das könnte darauf schließen lassen, daß die Beklagte sich bei einem eingetretenen Transportschaden nicht tatenlos verhalten und damit begnügen durfte, von der Klägerin Ersatz zu verlangen. Mag die Klägerin auch trotz der abgeschlossenen Versicherung zur Ersatzleistung verpflichtet gewesen sein, so wäre doch eine Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages dahin denkbar, daß der Beklagten die Verpflichtung oblag, zu versuchen, die Deckung des Schadens durch die Versicherung zu erlangen, bevor sie die Klägerin auf Ersatz in Anspruch nahm. Anscheinend hat sich auch die Beklagte zuerst bemüht, von dem Versicherer Deckung zu erhalten. Das Berufungsgericht wird daher die Erklärungen der Klägerin darauf prüfen und würdigen müssen, ob sie im Zeitpunkt der Abnahmeweigerung der Beklagten ernstliche Ersatzleistungen abgelehnt oder etwa nur - möglicherweise gutgläubig - den Standpunkt vertreten hatte, der Schaden sei durch die Versicherung gedeckt, so daß ihre Garantieerklärung gegenstandslos sei. Darüber, ob und wann die

Beklagte der Klägerin von dem Ergebnis etwaiger Verhandlungen mit dem Versicherer Mitteilung gemacht und wann sie von der Klägerin eindeutig Ersatz verlangt hat, fehlt es an zureichenden Feststellungen des Berufungsgerichts.

bb) Zur Rechtfertigung des Verhaltens der Beklagten führt das Berufungsgericht ferner an, sie habe bei der Anmahnung des zweiten Postens nicht gewußt, daß die Klägerin weiterhin die ungenügende Verpackung benutzen werde. Die Klägerin habe mit Schreiben vom 18. Mai 1960 sogar ausdrücklich zugesagt, bei der zweiten Lieferung eine bessere Verpackung zu verwenden.

Auch darin könnte dem Berufungsgericht jedenfalls dann nicht gefolgt werden, wenn die Beklagte sich nicht etwa wegen einer in der mangelhaften Verpackung bestehenden Vertragsverletzung der Klägerin vom Vertrage gelöst hat, sondern die Abnahme nur verweigert hat, bis sie wegen der beschädigten 71 Kühlschränke der ersten Lieferung Ersatz erlange. Für diesen Fall würde die ungenügende Verpackung als solche überhaupt keine Rolle spielen. Im übrigen wendet die Revision sich mit Recht gegen die Begründung, die das Berufungsgericht für seine Auffassung gibt, die Beklagte habe sich auf die mangelhafte Verpackung berufen dürfen, obwohl sie sich nicht überzeugt habe, ob die für sie im Hafen von London liegende zweite Lieferung überhaupt Mängel aufweise. Das Berufungsgericht meint, der Beklagten könne auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß sie die Lieferung nicht besichtigt habe. Hierzu sei sie, weil sie zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt gewesen sei, nicht verpflichtet gewesen. Diese Erwägung ist nicht stichhaltig. Das Berufungsgericht dürfte nicht bei der Prüfung, ob der Beklagten ein Recht

zur Abnahmeverweigerung zustehe, davon ausgehen, daß sie infolge Rücktritts ein solches Recht habe. Das Berufungsgericht legt damit einen Sachverhalt, den es erst ermitteln will, schon als bestehend zugrunde. Zutreffend weist die Revision auch darauf hin, es sei zu prüfen, ob die Beklagte sich schon deshalb einer Untersuchung der Ware nicht entziehen durfte, weil eine Transportversicherung eingegangen war.

c) Die Frage, ob die Beklagte wegen Ansprüchen, die ihr aus der ersten Lieferung zustanden, die Abnahme der zweiten Lieferung verweigern konnte, läßt sich überhaupt nur nach erschöpfender Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages beantworten. Daß es an einer solchen Auslegung fehle, ist Sinn der Rügen der Revision, die sich darauf beziehen, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Abnahmeverweigerungsrecht der Beklagten darauf gestützt, daß die Klägerin trotz der zugunsten der Beklagten eingegangenen Versicherung zum Ersatz der Transportschäden verpflichtet gewesen sei.

Die Rüge, daß das Berufungsgericht die Rechte und Pflichten der Parteien nicht erschöpfend gewürdigt habe, ist begründet. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung insbesondere zu prüfen haben, ob die bisherige rechtliche Betrachtungsweise dem wirklichen Sachverhalt und dem richtig verstandenen Parteivorbringen gerecht wird. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Beklagte in Gegenwart ihres gesetzlichen Vertreters Max A. den Klagevortrag dahin erläutert, die Beklagte hätte bei Abnahme der zweiten Lieferung Zahlung leisten müssen,

ohne vorher die Kühlschränke auf Transportschäden untersuchen zu können. Da über die Hälfte der Kühlschränke der ersten Lieferung beschädigt und die zweite Lieferung ungenügend verpackt gewesen sei, sei ihr nicht zuzumuten gewesen, auch die zweite Lieferung zu bezahlen, ohne Gewißheit zu haben, daß sie einwandfrei sei. Dafür, daß dies der Standpunkt des Beklagten war, könnte in der Tat ihr oben erwähntes Telegramm vom 30. Juni 1960 sprechen. Unter welchen Bedingungen die Parteien den Kaufvertrag geschlossen haben, hat das Berufungsgericht im einzelnen nicht festgestellt. Es wendet, weil die Parteien die Klausel "CIF London" vereinbart haben, die "Internationalen Regeln für die Auslegung handelsüblicher Vertragsformen" (Incoterms) an. Ob die Parteien diese Regeln ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, ergibt sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils zwar nicht, doch erhebt die Revision insoweit keine Rügen. Der Abschnitt 6 der Incoterms, der die CIF-Klausel betrifft, sieht unter A 7 auch die Beschaffung von Konnossementen vor und bestimmt unter B 1 und 2, daß der Käufer nach Annahme der von dem Verkäufer beschafften Dokumente den Preis vertragsmäßig zu zahlen und die Ware im vereinbarten Bestimmungshafen abzunehmen habe. Ob und welche Dokumente die Klägerin im vorliegenden Falle zu stellen hatte, ist nicht festgestellt. Im Schreiben vom 31. März 1960 wird von einem unwiderruflichen Akkreditiv der Beklagten gesprochen. Zu einer Akkreditivstellung scheint es aber nicht gekommen zu sein. Möglicherweise ist aber die Zahlungsbedingung "Kasse gegen Dokumente" vereinbart worden.

Sollte es sich um ein "Dokumenten"-Geschäft handeln, so wird das Berufungsgericht unter diesem Gesichtspunkt

die Rechte und Pflichten der Parteien neu zu würdigen haben. So besteht der weitverbreitete Handelsbrauch, daß ein Käufer, der unter der Klausel "Kasse gegen Dokumente" gekauft hat, nicht berechtigt ist, die Zahlung von einer vorherigen Untersuchung der Ware abhängig zu machen (vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 26. Juni 1963 - VIII ZR 40/62 - WM 1963, 844 = MDR 1963, 1004 = BGH Warn 1963 Nr. 127 und vom 23. März 1964 - VIII ZR 287/62 - WM 1964, 504). Sollte dieser Handelsbrauch auch für das vorliegende Geschäft gelten, so hätte die Beklagte in der Tat sich vor Zahlung nicht über den Zustand der zweiten Lieferung unterrichten können. Allerdings kann nach den besonderen Umständen des Einzelfalles die Berufung des Verkäufers auf die Vorleistungspflicht des Käufers gegen Treu und Glauben verstossen und deshalb einen Rechtsmißbrauch darstellen (BGH aaO). Das könnte, falls die Beklagte eine Besichtigung der zweiten Lieferung verlangt und die Klägerin ihr das verwehrt haben sollte, hier der Fall sein. Auch was die Frage des Zurückbehaltungsrechts betrifft, könnte die Klausel "Kasse gegen Dokumente" von Bedeutung sein. In ihr läge möglicherweise die Abrede der Vorausleistung durch den Käufer und der Ausschluß des Rechtes, die Abnahme wegen Gegenforderungen zu verweigern (vgl. BGHZ 14, 61; 23, 131, 135).

Auch im übrigen wird das Berufungsgericht abzuwägen haben, ob das Verhalten der Klägerin die Beklagte nach Treu und Glauben zu der schwerwiegenden Abnahmeverweigerung berechtigte. In dieser Beziehung könnte ebenfalls die oben zu II 2 b, aa behandelte Würdigung von Bedeutung sein, ob die Klägerin die Leistung von Ersatz für die 71 beschädigten Kühlschränke abgelehnt hatte oder etwa die Beklagte nur auf eine vorrangige Deckung des Schadens durch die Versicherung verweisen wollte.

3. Das angefochtene Urteil konnte daher keinen Bestand haben. Zur erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts mußte die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Soweit die Revision glaubt, das Berufungsgericht sei über erhebliche Beweisanträge der Klägerin hinweggegangen, bleibt es der Klägerin überlassen, in der neuen mündlichen Verhandlung ihre Beweisanträge ausdrücklich zu stellen. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann