

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-

VIII ZR 209/72

URTEIL

Verkündet am
30. Januar 1974
Münchenhausen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der I [REDACTED] K [REDACTED] A G in Z [REDACTED],
A [REDACTED]-H [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den
Verwaltungsrat Rudolf M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

g e g e n

die Firma A [REDACTED] Handelsgesellschaft mbH i.L. in
B [REDACTED] bei B [REDACTED], B [REDACTED] H [REDACTED], vertreten durch ihren
bisherigen Geschäftsführer Horst M [REDACTED] in H [REDACTED]
über B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und Partner
in H [REDACTED], C [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 11. Juli 1972 aufgehoben.

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

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

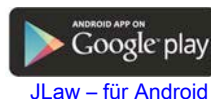
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Vertrag vom 3. Juli 1970 kaufte der Kaufmann [REDACTED] - Generalagent der Klägerin für die Bundesrepublik - im eigenen Namen, aber für Rechnung der Klägerin von der Beklagten 1 400 t Kühlhausbutter zum Preise von 6 180 DM je t. Die aus Beständen der Einfuhr- und Vorratsstelle (EVSt) stammende Interventionsbutter war für den Export nach Ungarn vorgesehen. [REDACTED] sollte nach dem Vertrag von der Beklagten eine Export-Rückvergü-

tung von 880 DM je t erhalten. Über den Kaufpreis hatte er sofort bei Vertragsabschluß, jedoch mindestens 8 Tage vor Übernahme der Ware ein unwiderrufliches Akkreditiv bei der Landesbank [REDACTED] zu stellen, - und zwar nach einer weiteren Bestimmung des Vertrages sofort nach Mitteilung der Verkaufsnummer der EVSt und nach Eingang einer Erklärung der Landesbank [REDACTED], in der diese sich unwiderruflich bei Inanspruchnahme des Akkreditivs zur Überweisung der entsprechenden Rückvergütung an den Käufer ([REDACTED]) verpflichtete. In einem weiteren Vertrag ebenfalls vom 3. Juli 1970 verpflichtete sich die Beklagte [REDACTED] gegenüber zur Zahlung einer Verkaufsvermittlungs-Provision von 0,08 DM je kg. Beide Verträge waren auf seiten der Beklagten - und zwar in Gegenwart ihres damaligen Geschäftsführers [REDACTED] - von dem früheren Geschäftsführer [REDACTED] unterzeichnet.

Am 6. Juli 1970 teilte die Beklagte [REDACTED] fernmündlich die Verkaufsnummer der EVSt für die eingelagerte Butter mit. Mit Fernschreiben vom selben Tag übermittelt die Landesbank [REDACTED] ihm ein Fernschreiben der Firma W [REDACTED] F [REDACTED] [REDACTED] Willi [REDACTED] KG, in dem diese - Vorlieferantin der Beklagten - unter Wiederholung des Inhalts des Kaufvertrages vom 3. Juli 1970 darauf hinwies, daß sie selbst in dem Akkreditiv als Exporteur nach Ungarn aufzuführen sei; außerdem müsse das Akkreditiv im Hinblick darauf, daß der Abnahmetermine bei der EVSt bis zum 20. August 1970 befristet sei, bis zum 30. August 1970 unwiderruf-



lich gültig sein. Schauder bestätigte am 7. Juli 1970 der Beklagten gegenüber den Inhalt des vorgenannten Fernschreibens, jedoch ohne den Zusatz, daß die Firma [REDACTED] als Exporteur aufzunehmen sei. Mit Fernschreiben vom 8. Juli 1970 trat die Beklagte unter Hinweis darauf, daß das Akkreditiv nicht rechtzeitig bis zum 6. Juli 1970 gestellt worden sei, vom Vertrag zurück. [REDACTED] widersprach umgehend dieser Rücktrittserklärung. Auf Anfrage teilte ihm die EVSt mit, daß sie die der Firma [REDACTED] erteilte Verkaufsbestätigung über die hier streitige Kühlhausbutter bereits am 7. Juli 1970 zurückgezogen habe.

Auf Grund dieses Sachverhalts nimmt die Klägerin aus abgetretenem Recht die Beklagte auf Schadensersatz für die dem Kaufmann [REDACTED] entgangene Provision in Höhe von 112 000 DM nebst Zinsen in Anspruch. Sie hält den Rücktritt der Beklagten für unwirksam, weil [REDACTED] das Akkreditiv erst am 12. August 1970 - 8 Tage vor dem 20. August 1970 als Abnahmetermine - haben stellen müssen und die Beklagte ihm zudem eine Bestätigung der Landesbank über die Erstattung der Exportrückvergütung nicht rechtzeitig zugeleitet habe. Überdies habe die Beklagte arglistig verschwiegen, daß die Butter von der EVSt nicht zum Export freigegeben sei. Die Beklagte hält die Abtretung etwaiger Rechte [REDACTED] aus der Provisionsvereinbarung an die Klägerin für unwirksam und meint, der Vertrag sei mangels einer Abschlußvollmacht ihres früheren Geschäftsführers [REDACTED] ohnehin nicht wirksam zustande gekommen. Überdies sei [REDACTED], nachdem die Firma

van [REDACTED] in Hamburg als vorgesehene Abkäuferin das benötigte Akkreditiv über 9 Mill. DM nicht bereitgestellt habe, selbst zur Akkreditivgestellung nicht in der Lage gewesen. Infolge dessen sei auch die Firma [REDACTED], die mit diesem Akkreditiv die erforderliche Kautions bei der EVSt habe stellen sollen, gezwungen gewesen, ihrerseits von dem Kaufvertrag mit der EVSt zurückzutreten. Schließlich habe [REDACTED] es versäumt, ihr den für die Vertragsabwicklung unerläßlichen ungarischen Importeur rechtzeitig zu benennen, während sie selbst bis zum 6. Juli 1970 die ihr vertraglich obliegenden Leistungen erbracht und insbesondere [REDACTED] eine Verpflichtungserklärung der Landesbank zugeleitet habe.

Während des ersten Rechtszugs hat die Klägerin der Firma van [REDACTED] mit der Begründung, diese sei ihr bzw. [REDACTED] gegenüber mit der Gestellung des Akkreditivs im Verzug gewesen, den Streit verkündet. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagte hat sich trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsrechtzug nicht anwaltlich vertreten lassen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind die Verträge vom 3. Juli 1970 rechtswirksam zwischen dem

Kaufmann [REDACTED] und der Beklagten zustande gekommen, weil diese das Auftreten ihres früheren Geschäftsführers [REDACTED] bei Vertragsabschluß zumindest unter dem Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht gegen sich gelten lassen müsse. Überdies habe die Klägerin nachgewiesen, daß [REDACTED] etwaige, ihm aus der Verletzung der Provisionsabrede zustehende Ansprüche wirksam an sie abgetreten habe. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen; sie werden im übrigen auch von der Revision - als ihr günstig - nicht angegriffen.

2. Das Berufungsgericht geht weiter davon aus, daß die Beklagte am 8. Juli 1970 nicht zur Lösung vom Vertrag berechtigt, die Rücktrittserklärung mithin unwirksam gewesen sei. Dabei legt es den Kaufvertrag vom 3. Juli 1970 - wenn auch in anderem Sachzusammenhang - dahin aus, daß [REDACTED] das Akkreditiv nicht erst am 12. August 1970, sondern sofort nach Mitteilung der Verkaufsnummer der EVSt und nach Eingang der Verpflichtungserklärung seitens der Landesbank [REDACTED] zu stellen hatte (BU S. 20 oben). Diese Auslegung einer Individualerklärung ist zumindest rechtlich möglich und damit für das Revisionsgericht bindend. Ausgehend von dieser Vertragsauslegung unterstellt das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten, daß diese - wie von ihr im ersten Rechtszug behauptet und unter Beweis gestellt (GA Bl. 28) - vor ihrer Rücktrittserklärung ihrem Vertragspartner [REDACTED] nicht nur die Verkaufsnummer der EVSt mitgeteilt, sondern auch die auf ihn persönlich lautende Rückgewährsgarantie der Landesbank Saar zugeleitet hatte (BU S. 21 unten). Gleichwohl sei die Rücktrittserklärung deswegen unwirksam,

weil es an der gemäß § 326 Abs. 1 BGB erforderlichen Nachfrist gefehlt habe. Auch diese Ausführungen lassen im Ergebnis einen Rechtsfehler nicht erkennen. Dabei kann auf sich beruhen, ob die Beklagte die Voraussetzungen eines Verzuges (§ 284 BGB) überhaupt schlüssig dargelegt hat. Jedenfalls lagen, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt, auch nach dem Vorbringen der Beklagten keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die Erfüllung des Vertrages infolge einer etwaigen verspäteten Akkreditivstellung für sie kein Interesse mehr hatte und aus diesem Grunde gemäß § 326 Abs. 2 BGB eine Verpflichtung zur Nachfristsetzung entfiel; dies um so weniger, als die Abnahme bei der EVSt unstreitig noch bis zum 20. August 1970 erfolgen konnte.

3. Hatte sich somit die Beklagte am 8. Juli 1970 grundlos von den Verträgen losgesagt, so konnte [REDACTED] gemäß § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Provisionsvertrages verlangen. Einer Nachfrist bedurfte es angesichts der e n d g ü l t i g e n Erfüllungsverweigerung sowie im Hinblick darauf, daß - wie die EVSt [REDACTED] am 10. Juli 1970 auf Anfrage mitgeteilt hatte - inzwischen auch der Kaufvertrag zwischen der EVSt und der Firma [REDACTED] [REDACTED] über die streitige Butter rückgängig gemacht worden war, nicht.

a) Allerdings setzt ein derartiger Schadensersatzanspruch voraus, daß [REDACTED] selbst zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten - der rechtzeitigen Stellung des Akkreditivs - in der Lage war, bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages die vereinbarte Pro-

vision verdient hätte und ihm insoweit durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden ist (RG JW 1925, 606; BGH Urteil vom 25. Mai 1965 - V ZR 142/63 = LM BGB § 326/A/ Nr. 12 = JZ 1965, 452 = WM 1965, 1011; Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, 10. Aufl. § 326 Rdn 11). Darauf stellt auch das Berufungsgericht entscheidend ab. Nach seiner Ansicht fehlt es an dieser Voraussetzung deswegen, weil [REDACTED] unstreitig persönlich "zu keiner Zeit" ein Akkreditiv über 9 Mill. DM habe stellen können und damit, nachdem die Firma van [REDACTED] als vorgesehene Abkäuferin ausgefallen sei, u n b e h e b b a r zur Erfüllung seiner Vertragspflichten nicht in der Lage gewesen sei.

b) Diese Feststellungen beruhen auf einer rechtsfehlerhaften Würdigung des Parteivorbringens und auf einer Verkennung des Sachverhalts. Das hier in Rede stehende Buttergeschäft war von vornherein nicht darauf angelegt, daß [REDACTED] bzw. die Klägerin den Kaufpreis aus eigenen Mitteln erbrachten; vielmehr sollte der Exporteur, an den die Ware weiterveräußert werden sollte, ein Akkreditiv in entsprechender Höhe stellen, dessen sich dann [REDACTED] zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber der Beklagten bediente. Nachdem die Firma van [REDACTED] als zunächst vorgesehene Akkreditivgeberin weggefallen war, standen zwar [REDACTED] zunächst keine Mittel zur Erfüllung der Kaufpreisverbindlichkeit zur Verfügung; das will offenbar auch die Revision angesichts ihres Hinweises, die Klägerin habe noch bis zum 12. August 1970 Zeit gehabt, neue Finanzierungsquellen zu erschließen, nicht ernsthaft in Abrede stellen. Dieser Umstand schloß jedoch - und

das verkennt das Berufungsgericht - nicht aus, daß sich [REDACTED] oder die Klägerin innerhalb des ihnen für die Akkreditivgestellung vertraglich zur Verfügung stehenden Zeitraums erfolgreich um einen anderen Abkäufer bemühten, der anstelle der Firma van [REDACTED] das vorgesehene Akkreditiv bereitstellte. Daß Schauder dies nicht möglich gewesen wäre, hat die Klägerin weder ausdrücklich noch stillschweigend zugestanden. Die das angefochtene Urteil tragende Feststellung, [REDACTED] sei - unstreitig - u n b e - h e b b a r zur Erfüllung seiner Vertragspflichten außerstande gewesen (BU S. 23), beruht mithin auf einer rechtsfehlerhaften Würdigung des Sachverhalts und des Vorbringens der Klägerin (§ 286 ZPO).

4. Allerdings war auch die Beklagte, nachdem die Einfuhr- und Vorratsstelle am 7. Juli 1970 die Verkaufsbestätigung über die streitige Butter zurückgezogen hatte, zur Lieferung und damit zur Vertragserfüllung ihrerseits nicht mehr in der Lage. Das ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. [REDACTED] macht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Provision geltend, die er bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages verdient hätte. Ein Schaden ist ihm mithin nur dann entstanden, wenn er selbst zur Vertragserfüllung in der Lage gewesen wäre. Fehlt es daran, so vermag allein der Umstand, daß auch die Beklagte den Vertrag nicht hätte erfüllen können, einen S c h a d e n - ersatzanspruch nicht zu begründen.

5. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. In der erneuten Verhandlung vor dem Be-

rufungsgericht, an das die Sache zu weiteren Aufklärung zurückverwiesen werden muß, werden die Parteien Gelegenheit haben, ihr Vorbringen zu der bisher in den Vorinstanzen noch nicht erörterten, jedoch entscheidenden Frage, ob [REDACTED] dann, wenn die Beklagte weiter hätte liefern können, zur Beschaffung eines neuen Abkäufern in der Lage gewesen wäre, zu ergänzen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen. Beweispflichtig ist insoweit die Beklagte. Zwar hat grundsätzlich der Gläubiger, der wegen grundloser Erfüllungsverweigerung seines Vertragspartners Schadensersatz verlangt, die Voraussetzungen dieses Anspruchs darzutun und damit auch nachzuweisen, daß er selbst zur Erfüllung der ihm obliegenden Vertragspflichten imstande gewesen wäre (Reimer Schmidt aaO § 326 Rdn. 11 a.E.; RG JW 1925, 606; vgl. auch RG HRR 1932 Nr. 436). Das gilt jedoch hier angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht. War die Beklagte am 8. Juli 1970 unberechtigt vom Vertrag zurückgetreten, so bestand angesichts dieser endgültigen Erfüllungsverweigerung für [REDACTED] keine Veranlassung mehr, sich seinerseits noch um die Herstellung seiner Erfüllungsbereitschaft zu bemühen. Jedenfalls in einem solchen Fall, in dem es auf den ohnehin schwer zu führenden Nachweis eines hypothetischen Geschehensablaufs ankommt, ist es Sache der grundlos vom Vertrag zurückgetretenen Partei darzutun, daß der andere Teil innerhalb des ihm zur Verfügung stehenden Zeitraums - hier längstens bis zum 12. August 1970 - nicht in der Lage gewesen wäre, die Voraussetzung für seine Erfüllungsbereitschaft herzustellen.

6. Das angefochtene Urteil war somit aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann