

11

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

BGB § 326 Dc

Die Möglichkeit des Verkäufers, die für den in Zahlungsverzug geratenen Käufer angeschaffte Ware zu einem höheren Preis an einen Dritten verkaufen zu können, reicht allein nicht aus, um eine Nachfristsetzung wegen Wegfalls des Interesses an der Vertragserfüllung entbehrlich zu machen.

BGH, Urt. v. 7. November 1979 - VIII ZR 223/78 - OLG Düsseldorf  
LG Wuppertal

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 223/78

URTEIL

Verkündet am  
7. November 1979  
S c h e i b l ,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] Mineralöl-Handelsgesellschaft mbH & Co. KG,  
diese vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin,  
die P [REDACTED] Mineralöl-Handelsgesellschaft mbH, diese vertreten  
durch ihren Geschäftsführer Hans Jürgen K [REDACTED],  
H [REDACTED]straße / in Ha [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma N [REDACTED] Petroleum and Shipping Corporation Ltd.,  
A [REDACTED] Levy Building, East B [REDACTED] Street, Na [REDACTED] / Bahamas,  
gesetzlich vertreten durch ihren geschäftsführenden Direktor,  
William R. S [REDACTED], [REDACTED] E [REDACTED] Avenue, O [REDACTED], Massachusetts  
[REDACTED], USA,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

11

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 1979  
durch die Richter Dr. Hiddemann, Claßen, Wolf, Treier  
und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivil-  
senats des Oberlandesgerichts Düsseldorf  
vom 16. Juni 1978 in der Fassung des Berich-  
tigungsbeschlusses vom 3. Juli 1978 wird  
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

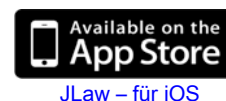
### Tatbestand

Die Parteien handeln mit Mineralöl. Aufgrund von  
Verhandlungen am 12. Januar 1977 kaufte die Klägerin von  
der Beklagten etwa 13 000 t Gasöl in zwei Partien. Die  
Klägerin bestätigte die Abschlüsse mit zwei Fernschreiben  
vom 12. Januar 1977, die Beklagte ebenfalls mit zwei  
Fernschreiben, und zwar vom 14. Januar 1977. In den im  
wesentlichen gleichlautenden Fernschreiben heißt es zur  
Lieferung der Ware: "prompt up to january 31st, 1977,  
by barge or pumpover", und zur Zahlung des Kaufpreises:  
"pre-payment after receipt of independent inspectors  
report confirming quality as above". Die Beklagte hat in

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



den Fernschreiben auf ihre Geschäftsbedingungen, die Klägerin auf "incoterms, London arbitration, English Law and usual force majeure" Bezug genommen. Die formularmäßig gestalteten, mit Datum vom 14. Januar 1977 versehenen Verkaufsbestätigungen Nr. 410/77 und 411/77, die im Text eine Bezugnahme auf die auf der Rückseite abgedruckten Geschäftsbedingungen der Beklagten enthalten, will die Klägerin erst am 1. Februar 1977 erhalten haben.

Mit Fernschreiben vom 25. Januar 1977 gab die Beklagte der Klägerin die C██████bank AG, D██████ als Bankverbindung für die Abwicklung der beiden Geschäfte an und bat dafür zu sorgen, daß die Gutschrift der Vorauszahlung spätestens drei Werktage vor der Lieferung auf dem Konto 045/8926826 erfolge. Mit Fernschreiben vom 27. Januar 1977 wies die Beklagte darauf hin, das Gasöl müsse spätestens am 31. Januar übernommen sein; das bedeute, daß die Vorauszahlung am 28. Januar mit Wertstellung vom selben Tage auf ihrem Konto sein müsse. Am 28. Januar 1977 verlangte die Beklagte Leistung der Vorauszahlung noch am selben Tage. Ebenfalls mit Fernschreiben vom 28. Januar 1977 zeigte die Klägerin der Beklagten an, sie habe die Überweisung von 1 561 072 \$ durch die C██████ M██████ Bank New York an die C██████bank D██████ mit Wertstellung zum 28. Januar 1977 veranlaßt ("we have remitted..."). Am 31. Januar 1977 unterrichtete die Beklagte die Klägerin sodann fernschriftlich, nach Auskunft der C██████bank D██████ sei selbst an diesem Tage noch keine Zahlung eingetroffen. Das sehe sie als Vertragsbruch an, betrachte beide Kontrakte als aufgehoben und mache die Klägerin für den durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden verantwortlich.

Die Beklagte veräußerte das Öl noch am 31. Januar 1977 an die Firma Ma [REDACTED] zum Preise von 117,15 bzw. 118,50 \$ je Tonne. Mit einem in Rotterdam eingeleiteten Arrestverfahren, das die Veräußerung verhindern sollte, kam die Klägerin zu spät.

Den inzwischen, und zwar nach Darstellung der Klägerin am frühen Morgen des 31. Januar 1977, dem Konto der Beklagten bei der C [REDACTED] ank in D [REDACTED] gutgeschriebenen Kaufpreis von 1 561 072 \$ zahlte die Beklagte bis auf einen Betrag von 15 900,84 \$, den sie wegen angeblich erlittenen Schadens einbehielt, an die Klägerin zurück.

Die Klägerin, die durch ein anderes Konzernunternehmen einen Deckungskauf vorgenommen haben will, um ihren eigenen Lieferpflichten nachkommen zu können, hat die Beklagte zunächst auf Zahlung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Betrage von 146 635,28 \$ in Anspruch genommen, die Klage sodann mit Schriftsatz vom 5. August 1977 wegen eines Teilbetrages von 10 000 \$ zurückgenommen und sie gleichzeitig um 8 212,86 hfl erweitert. Sie steht auf dem Standpunkt, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, das Öl anderweitig zu veräußern. Ihren Schaden hat die Klägerin mit 118 296 \$ aus dem Deckungskauf, 2 458,47 \$ Zinsaufwand sowie 8 212,86 hfl, den Kosten des Arrestverfahrens, beziffert und unter Einbeziehung der nach ihrer Meinung von der Beklagten zu Unrecht einbehaltenen 15 900,84 \$ die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 136 655,31 \$ zuzüglich Zinsen und zur Zahlung von 8 212,86 hfl nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung nur teilweise bestätigt (8 212,86 hfl und Zinsen) und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 15 900,84 \$ nebst Zinsen zu zahlen; im übrigen hat es den geltend gemachten Ersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und das Betragsverfahren an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte das Klageabweisungsbegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe sich die Erfüllung der mit der Klägerin am 12. Januar 1977 abgeschlossenen Verträge über die Lieferung von ca. 13 000 t Gasöl unmöglich gemacht, weil sie diese Ware am 31. Januar 1977 an die Firma Ma[REDACTED] veräußert habe. Die Unmöglichkeit habe sie auch zu vertreten. Zwar habe sich die Klägerin wegen ihrer Untätigkeit bei der Beschaffung der Prüfberichte über die Qualität des Gasöls zwischen dem 26. und 28. Januar eine positive Vertragsverletzung zuschulden kommen lassen und sei zugleich mit der Erfüllung dieser Hauptpflicht in Verzug geraten. Das habe außerdem den Verzug mit der Kaufpreiszahlung unmittelbar nach sich gezogen. Gleichwohl sei die Beklagte jedenfalls nicht ohne der Klägerin eine Nachfrist zu setzen, berechtigt gewesen, von den Kaufverträgen zurückzutreten. Eine Nachfristsetzung sei nicht bewiesen. Danach schulde die Beklagte Schadenersatz gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 BGB.

II. Die Feststellung der Vorinstanz, die Klägerin sei mit der Beschaffung der Prüfberichte und der Kaufpreiszahlung in Verzug geraten, ihr Verhalten sei außerdem als positive Vertragsverletzung zu werten, nimmt die Revision als ihr günstig hin. Sie steht auf dem Standpunkt, die Befugnis der Beklagten zum Rücktritt von den Kaufverträgen sei nicht von einer Nachfrist abhängig gewesen, jedenfalls habe aber das Berufungsgericht den angebotenen Beweis über eine erfolgte Nachfristsetzung zu Unrecht nicht erhoben.

1. Auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang ohne Erfolg. Sie sehen zwar im Falle des Verzugs des Käufers mit einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht ein Rücktrittsrecht ohne Nachfristsetzung vor, sind aber nicht Vertragsinhalt geworden.

a) Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den rechtzeitigen Zugang der Bestätigungsschreiben vom 14. Januar 1977 nicht bewiesen, bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

b) Die AGB der Beklagten konnten deshalb, wenn überhaupt, nur durch die Fernschreiben vom 14. Januar 1977 Vertragsinhalt werden; denn bei den mündlichen Verhandlungen, die unstreitig bereits zum Vertragsschluß geführt haben, war offensichtlich von den AGB weder der einen noch der anderen Partei die Rede. Durch das Schweigen der Klägerin auf die Fernschreiben der Beklagten vom 14. Januar 1977 sind die AGB der Beklagten nicht Vertrags-

inhalt geworden. Ebenso wenig wie in dem vergleichbaren Sachverhalt (mündlicher Vertragschluß, Versuch beider Vertragsparteien, nachträglich durch kaufmännische Bestätigungsschreiben jeweils ihre AGB zum Vertragsinhalt zu machen), über den der Senat am 28. Mai 1973 (VIII ZR 143/72 = WM 1973, 1198) entschieden hat (vgl. auch BGHZ 61, 282, 287), konnte im vorliegenden Falle die Beklagte damit rechnen, die Klägerin als Empfängerin werde sich auf ihre - der Beklagten - AGB einlassen.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe rechtsirrtümlich das Vorliegen eines Fixgeschäftes verneint. Auch diese Rüge greift nicht durch. Die Beklagte hätte nach § 376 HGB nur dann - ohne Fristsetzung - zurücktreten dürfen, wenn die Leistung der Klägerin (= Kaufpreiszahlung) genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb fest bestimmter Frist hätte erbracht werden müssen. Das aber ist nicht der Fall, wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat. Die Klägerin war vorleistungspflichtig. Nach Empfang der Prüfberichte hatte sie den Kaufpreis sofort zu zahlen. Dies mußte nach Lage der Dinge spätestens bis zum Geschäftsschluß am 28. Januar 1977 geschehen (§ 358 HGB). Es ist aber nichts dafür ersichtlich, daß die Rechtsgeschäfte mit Einhaltung einer Frist stehen oder fallen sollten.

3. a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, trotz der positiven Vertragsverletzung der Klägerin sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, ohne Nachfristsetzung von den Kaufverträgen zurückzutreten. Es habe sich nämlich nicht feststellen lassen, daß die Vertragsverstöße den

Zweck der Vereinbarungen derart gefährdet hätten, daß der Beklagten nach Treu und Glauben das Festhalten an den Kaufverträgen im Hinblick auf zerstörtes oder erschüttertes Vertrauen nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Die Klägerin habe die Erfüllung ihrer Vertragspflichten zwar verzögerlich behandelt, aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß sie die Leistung ernsthaft und endgültig verweigere. Sie habe sich vielmehr noch am 28. Januar 1977 nachmittags um die Prüfberichte bemüht und der Beklagten Nachricht von dem Kaufpreisüberweisungsauftrag an ihre Bank zukommen lassen.

b) Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Der Geschehensablauf, von dem die Vorinstanz ausgegangen ist, ist unstreitig. Seine Wertung hält sich in den Grenzen tatrichterlichen Ermessens und ist überdies sachgerecht. Die Revision bemüht sich vergeblich, ihre eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen. Die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz stehen in Einklang mit den Grundsätzen, die nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bei der Prüfung der Frage zu beachten sind, ob der Gläubiger einer Leistung wegen positiver Vertragsverletzungen des Schuldners berechtigt ist, ohne Nachfristsetzung vom Vertrage zurückzutreten. Ein Widerspruch zwischen dem Senatsurteil vom 10. Dezember 1975 (VIII ZR 147/74 = WM 1976, 75), auf das das Berufungsgericht Bezug genommen hat, und der Entscheidung vom 19. Februar 1969 (VIII ZR 58/67 = NJW 1969, 975) besteht, entgegen der Meinung der Revision, nicht. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem, der der Entscheidung vom 10. Dezember 1975 zugrunde liegt,

darin, daß hier die Unzuverlässigkeit, welche der Klägerin angelastet wird, sich darin erschöpft, daß sie in Verzug geraten ist. Auf ihn trifft der Grundgedanke des Urteils vom 19. Februar 1969 zu.

4. Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, daß im Hinblick auf die Vorschrift des § 326 Abs. 2 BGB eine Nachfristsetzung entbehrlich gewesen sei. Für die Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB kommt es allein darauf an, ob die Vertragserfüllung für die Beklagte infolge des Verzugs der Klägerin mit der Kaufpreiszahlung kein Interesse mehr hatte. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, daß das Interesse des Verkäufers fortgefallen sein kann, wenn infolge des Verzugs des Käufers die zu liefernde Ware vom Vorlieferanten nur noch zu einem wesentlich höheren Preis zu beschaffen ist (vgl. RG JW 1925, 935). Darum geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht, denn die Beklagte hatte das für die Klägerin bestimmte Gasöl bereits beschafft und eingelagert. Sie hat ersichtlich auch über die zur Beschaffung erforderlichen finanziellen Mittel verfügt. Ihr vom kaufmännischen Standpunkt her gesehen verständliches Bestreben, die für den Käufer bereitgestellte Ware mit Verzugseintritt ohne weiteres zu einem günstigeren Preise an einen Dritten zu verkaufen, um auf diese Weise einen höheren Gewinn zu erzielen, ist eine Interessenlage, die die Rechtsfolge des § 326 Abs. 2 BGB nicht auslöst. Das gilt auch, wenn Gegenstand des Kaufvertrages Güter mit außerordentlich schwankendem Marktpreis sind. Die Vereinbarung eines Fixgeschäftes ermöglicht es den Beteiligten, unter solchen Umständen ihren wirtschaftlichen Interessen in einer jegliche Rechtsunsicherheit vermeidenden Art und Weise Geltung zu verschaffen.

5. Zu einer Beweiserhebung über die Behauptung, der Klägerin sei am 28. Januar 1977 telefonisch eine Nachfrist gesetzt worden, die nach eigenem Vorbringen der Beklagten am selben Tage ablaufen sollte, war das Berufungsgericht schon deshalb nicht verpflichtet, weil die Klägerin, wie dargelegt, mit der Kaufpreiszahlung erst mit dem Ende der Geschäftszeit am 28. Januar in Verzug geraten ist. Die Nachfrist hätte sich mithin zumindest in die Vormittagsstunden des 31. Januar 1977 erstrecken müssen.

III. Die Kosten des danach erfolglosen Rechtsmittels hat die Beklagte zu tragen (§ 97 ZPO).

Dr. Hiddemann

Claßen

Wolf

Treier

Dr. Brunotte