

## BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 225/66

## URTEIL

Verkündet am

8. Januar 1969  
Klett, Justiz-  
hauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Anneliese H [REDACTED] geb. S [REDACTED],  
Inh. der nicht eingetragenen Unternehmung A. H [REDACTED],  
Import, Export in [REDACTED] und [REDACTED]  
[REDACTED], in Sch [REDACTED] üb. F [REDACTED] (W [REDACTED]), L [REDACTED]-  
weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hans W. von K [REDACTED] & Co. KG, früher in  
S [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch den per-  
sönlich haftenden Gesellschafter Hans Wilhelm von K [REDACTED]  
in B [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr  
v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 14. Oktober 1966 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und die beklagte Kommanditgesellschaft schlossen nach Besprechungen am 21. Juli 1965 und einer vorläufigen fernschriftlichen Bestätigung der Klägerin vom 22. Juli 1965 einen Vertrag, in dem sich die Beklagte verpflichtete, von ihr einzuführende Ware, nämlich ca. 200 000 Dosen und ca. 200 000 Gläser Tomatenpaprika zum Stückpreis von 5,80 DM und 0,885 DM versteuert und verzollt franko Stuttgart inklusive Verpackung an die Klägerin zu liefern. Die Bezahlung sollte durch Gestellung eines Akkreditivs oder Bankgarantie erfolgen. Diese Zahlungsbedingung bestätigte die Klägerin in ihrem zweiten, die endgültige Zusage enthaltenden Fernschreiben vom 22. Juli 1965 sowie in ihren beiden schriftlichen Auftragsbestätigungen vom 23. Juli 1965. Lieferung und Abnahme der Ware sollte ab September/Oktober 1965 erfolgen. In dem zweiten Fernschreiben vom 22. Juli 1965 wies die Klägerin darauf hin, die Beklagte habe

- 3 -

ihr für diese Mengen Lizenzen zugesagt. Die schriftlichen Auftragsbestätigungen vom 23. Juli 1965 enthalten den Vermerk: Sie haben uns heute am Telefon zugesagt, daß Sie bereits im Besitz der Lizenzen sind.

Für die beiden schriftlichen Kaufbestätigungen verwendeten die Klägerin Vordrucke für "Kauf/Verkaufs-Bestätigung", die auf der Vorderseite im Vordruck einen Hinweis auf die auf der Rückseite abgedruckten "Verkaufs- und Lieferungsbedingungen" enthalten. In diesen Bedingungen heißt es:

"Höhere Gewalt entbindet uns von der Lieferung, ebenso unvollständige Selbstbelieferung oder mangels Importmöglichkeit."

Bei den beiden Kaufbestätigungen der Klägerin vom 23. Juli 1965 ist in dem Vordruck das Wort "Verkaufs" gestrichen worden, dagegen ist der Hinweis auf die Lieferungs- und Verkaufsbedingungen unverändert geblieben.

Die Beklagte will die an die Klägerin verkaufte Ware bei einem jugoslawischen Exportunternehmen auf Grund eines schriftlichen Festangebotes vom 16. Juli 1965 am 22. Juli 1965 bestellt und gekauft haben. Die Klägerin hat jedoch keine Ware erhalten. Sie verlangte von der Beklagten vergeblich die Lieferung und setzte ihr durch Anwaltschreiben vom 25. Oktober 1965 hierfür eine Nachfrist bis zum 2. November 1965. Die Beklagte antwortete durch Anwaltschreiben vom 28. Oktober 1965, die gesetzte Frist sei unangemessen kurz, sie habe die Ware nicht importieren und deshalb bisher nicht liefern können. Schadensersatzansprüche würden abgelehnt, zumal kein Akkreditiv über die Lieferungssumme gestellt worden sei. Die Klägerin habe überdies auch für eine Pflaumenlieferung über 11 200,-- DM bisher kein Akkreditiv gestellt.



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

Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sie hat auf ihren Anspruch einen Betrag von 11 000,-- DM angerechnet, den sie der Beklagten als Kaufpreis für eine Warenlieferung aus einem anderen Geschäft zu zahlen hatte. Mit der Klage fordert sie als weiteren Teilbetrag ihres Schadens 20 000,-- DM nebst Zinsen seit Klagezustellung.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:  
-----

I. Das Landgericht hat angenommen, die Klägerin sei selbst nicht vertragstreue gewesen, weil sie weder ein Akkreditiv noch eine Bankgarantie gestellt habe. Ohne diese Vorleistungspflicht erfüllt zu haben, habe sie der Beklagten keine Nachfrist gemäß § 326 BGB setzen dürfen. Daran scheitere ihr Schadensersatzanspruch. Das Berufungsgericht ist dagegen der Auffassung, die Klägerin wäre zur Gestellung eines Akkreditivs oder einer Bankgarantie nur dann verpflichtet gewesen, wenn sie von der Beklagten hierzu aufgefordert worden und diese lieferbereit gewesen wäre. An diesen Voraussetzungen fehle es. Die Beklagte habe erstmalig durch das Schreiben des beauftragten Rechtsanwalts vom 28. Oktober 1965 darauf hingewiesen, daß die Klägerin nicht die vereinbarte Vorleistung erbracht habe. Dieser Hinweis sei deshalb unbeachtlich, weil in diesem Zeitpunkt bereits festgestanden habe, daß die Beklagte nicht liefern könne, was sie schon damals eingeräumt habe.

Den unwidersprochen gebliebenen Kaufbestätigungen der Klägerin vom 23. Juli 1965 entnimmt das Berufungsgericht, auch die Selbstbelieferungsklausel sei Vertragsinhalt geworden. Die Beklagte habe unwidersprochen vorgetragen, daß sie den Inhalt der Kaufbestätigungen in diesem möglichen Sinn verstanden habe. Dann sei es unerheblich, ob etwa die Klägerin anderer Meinung gewesen sei. Hätte sie das Schweigen auf die Verkaufsbestätigung nicht so wie die Beklagte verstanden, so läge zwischen den Parteien Dissens vor. Ein wirksamer Vertrag wäre dann nicht zustandegekommen, weil sich die Parteien in Wirklichkeit über einen wesentlichen Punkt des Vertrages nicht geeinigt hätten, ohne daß sie das allerdings sofort bemerkt hätten.

In einer Hilfsbegründung nimmt das Berufungsgericht an, wenn die Selbstbelieferungsklausel nicht Vertragsinhalt geworden sein sollte, so wäre die Beklagte zur Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums über die Bedeutung ihres Einverständnisses mit der Kaufbestätigung der Klägerin berechtigt gewesen. Der Klageerwiderung sei eine rechtzeitige Irrtumsanfechtung zu entnehmen.

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht einwandfrei geprüft, was die Klägerin durch Bezugnahme auf ihre Lieferungs- und Verkaufsbedingungen in den beiden Kaufbestätigungen vom 23. Juli 1965 objektiv zum Ausdruck gebracht habe. Dem Beschluß, mit dem das Berufungsgericht einen Antrag der Klägerin auf Berichtigung des Tatbestandes zurückgewiesen hat, sei zu entnehmen, das Berufungsgericht sei bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, die Klägerin habe die Behauptung der Beklagten nicht bestritten, daß diese die Kaufbestätigung und ihre Klauseln dahin aufgefaßt habe, die Bedingungen sollten auch für den bestätigten Kauf gelten. Dies

habe, so meint die Revision, die Klägerin jedoch im Prozeß nicht zum Ausdruck gebracht. Sie habe lediglich zugestanden, daß die vorgetragenen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen den vorgedruckten Inhalt hatten. Dies habe das Berufungsgericht nicht der Verpflichtung enthoben, den objektiven Erklärungswert der Bezugnahme auf diese Bedingungen zu prüfen und die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß die Vorstellung der Klägerin über Inhalt und Tragweite ihrer Erklärung Vertragsinhalt geworden sei.

Die von der Revision hiermit behaupteten Verfahrensfehler liegen nicht vor. Das Berufungsgericht hat den Umstand, daß der Hinweis auf die Lieferungs- und Verkaufsbedingungen in den Kaufbestätigungen stehengeblieben ist, auch auf den objektiven Erklärungswert hin untersucht. Es hat dabei in Erwägung gezogen, daß die Beklagte sie in dem Sinne verstehen konnte, die Bedingungen und damit die Selbstbelieferungsklausel sollen auch Bestandteil des von der Klägerin hiermit bestätigten Abschlusses sein. Darin liegt zugleich die Feststellung, die Beklagte habe die Kaufbestätigungen auch in diesem Sinne auffassen dürfen. Wenn das Berufungsgericht dabei auch in Betracht gezogen hat, daß die Klägerin möglicherweise die Selbstbelieferungsklausel der Beklagten deshalb zugestehen wollte, weil eine derartige Klausel bei den Osthandelsgeschäften vereinbart zu werden pflogte, so liegt darin zugleich eine weitere Begründung dafür, daß die Beklagte die Kaufbestätigungen in diesem Sinne nach Treu und Glauben verstehen durfte. Die Klägerin muß die Erklärung deshalb auch in diesem Sinne gegen sich gelten lassen. Dem steht nicht entgegen, daß das Berufungsgericht ferner in Betracht gezogen hat, die Verweisung auf die Lieferungs- und Verkaufsbedingungen in den verwendeten Vordrucken sei möglicherweise auf Grund Versehens

der Klägerin nicht gestrichen worden. Diese Erwägung kann deshalb außer Betracht bleiben, weil sich die Klägerin auf ein solches Verschehen der Beklagten gegenüber nicht berufen kann. Entscheidend ist, daß die Verweisung auf die allgemeinen Lieferungs- und Verkaufsbedingungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dahin verstanden werden durfte, diese Bedingungen sollten Vertragsbestandteil sein. Wenn die Klägerin die von ihr abgegebene Erklärung nicht in diesem Sinne verstanden haben wollte, so hätte sie den Hinweis streichen müssen. Für die Auffassung der Revision, die Beklagte habe möglicherweise selbst nicht angenommen, daß diese Bedingungen auch für den von der Klägerin bestätigten Vertrag gelten sollten, bietet der zur Beurteilung stehende Sachvorhalt keinen ausreichenden Anhaltspunkt. Daran scheitert die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob sich die Beklagte etwa hinsichtlich des Vertragsinhalts der im Prozeß vertretenen Auffassung der Klägerin von vornherein angeschlossen hatte, daß der Vertrag ohne diese Bedingung geschlossen worden sei. In diesem Zusammenhang ist auch in Betracht zu ziehen, daß der am Vortage geschlossene Vertrag oder jedenfalls die Zusage der Klägerin fernschriftlich niedergelegt worden war und daß es in einem solchen Falle üblich ist, den näheren Inhalt des Vertrages durch eine schriftliche Kaufbestätigung festzulegen.

Demnach ist für die Annahme des Berufungsgerichts, es könnte insoweit auch ein Dissens zwischen den Parteien in Betracht gezogen werden, kein Raum.

Das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang ausgeführt, die Klägerin habe unstreitig bei ihrem Weiterverkauf die allgemein übliche Selbstbelieferungsklausel eingefügt. Die Revision rügt, diese Feststellung sei verfahrens-

rechtlich deshalb nicht einwandfrei, weil der Urteilstatbestand nicht angebe, daß die Klägerin diese Klausel bei ihrem Weiterverkauf verwendet habe. Ein Verstoß gegen § 314 ZPO, den die Revision rügt, liegt nicht vor. Der Tatbestand des Berufungsurteils enthält die Feststellung, daß die Klägerin die von der Beklagten gekaufte Ware am 26. Juli 1965 an die Firma C [REDACTED] Außenhandels-gesellschaft mbH in Stuttgart weiterverkauft hat. Die Klägerin hat mit der Klage den Durchschlag ihrer beiden Verkaufsbestätigungen vom 26. Juli 1965 vorgelegt und diese ihrer Schadensberechnung zugrunde gelegt. Wenn das Berufungsgericht dann in den Entscheidungsgründen festgestellt hat, die Klägerin habe mit der Selbstbelieferungsklausel weiterverkauft, so steht diese Feststellung nicht im Widerspruch zum Tatbestand. Sie ist auch von der Klägerin nicht mit ihrem Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes beanstandet worden. Dem Berufungsurteil ist im übrigen nicht zu entnehmen, daß diese Feststellung für die Beurteilung des Inhalts des Vertrages zwischen den Prozeßparteien von Bedeutung sein kann.

III. Die Selbstbelieferungsklausel hat grundsätzlich die Bedeutung, daß der Verkäufer von seiner Lieferpflicht frei wird, wenn er von einem Lieferanten, mit dem er ein kongruentes Deckungsgeschäft abgeschlossen hat, im Stich gelassen wird. Das gilt auch für Kaufverträge über nur der Gattung nach bestimmte Ware (BGHZ 49, 388). Das Berufungsgericht entnimmt dem Schreiben des jugoslawischen Exporteurs "V [REDACTED]"-B [REDACTED] an den persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten vom 13. August 1965 die Bestätigung dafür, daß die Beklagte auf Grund Festangebotes vom 16. Juli 1965 am 22. Juli 1965 200 000 Dosen und 200 000 Gläser Tomaten-paprika der an die Klägerin verkauften Ware bei der jugosla-

wischen Exportfirma bestellt hat. Das Berufungsgericht hält forner für erwiesen, daß die Beklagte die bestellte Ware nicht erhalten hat und daß sie deshalb nicht in der Lage war, die Klägerin zu beliefern. Darin liegt kein Rechtsfehler. Die Revision beanstandet zu diesem Punkt lediglich, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob die Beklagte in der Lage gewesen wäre, sich die an die Klägerin verkaufte Ware anderweit zu beschaffen. Diese Rüge ist nicht begründet. Denn das Berufungsgericht hat darauf abgestellt, daß die Beklagte ein kongruentes Deckungsgeschäft abgeschlossen hatte und von ihrem Vorlieferanten mit der Lieferung im Stich gelassen worden ist. Daß die Beklagte die Möglichkeit gehabt habe, sich entsprechende Ware noch rechtzeitig von einem anderen Lieferanten zum entsprechenden Preise zu verschaffen, brauchte das Berufungsgericht nicht in Erwägung zu ziehen, weil es hierfür an einem entsprechenden Sachvortrag fehlte.

Demnach ist dem Berufungsgericht im Ergebnis dahin beizutreten, daß die Haftung der Beklagten wegen Nichterfüllung des in Rede stehenden Kaufvertrages durch die Selbstbelieferungsklausel ausgeschlossen ist. Die Revi-

sion der Klägerin war deshalb mit der Kostenfolge aus  
§ 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Mormann