

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS-

VIII ZR 225/90

URTEIL

Verkündet am:
27. November 1991
Zöller
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

K [REDACTED] Paul E [REDACTED], Inhaber: Paul E [REDACTED], Am
W [REDACTED], N [REDACTED]-S [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
F. [REDACTED] -

g e g e n

Firma F [REDACTED] Handels GmbH, vertreten durch die Geschäftsführe-
rin Ursula M [REDACTED], B [REDACTED], G [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED], Be [REDACTED] Promenade [REDACTED],
Sa [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1991 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Groß, Dr. Hübsch und Ball

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Saarbrücken vom 19. September 1990 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem von ihnen geschlossenen Kaufvertrag. Dem liegt folgendes zugrunde: Die Beklagte kaufte von der Klägerin 30.000 Kartons jugoslawischer Gurken. Unter Nr. 8 der Kontraktbestätigung (Schreiben vom 17. Juli 1984) heißt es: "Kontrakt versteht sich vorbehaltlich richtiger und rechtzeitiger Selbstbelie-

ferung des Lieferanten." Die in den Kaufabschluß für die Klägerin eingeschaltete Handelsagentur hatte bereits unter dem 13. Juli 1984 einer Firma Er[REDACTED] GmbH als Käuferin einen inhaltlich im wesentlichen gleichlautenden Kontrakt, jedoch über 50.000 Kartons, bestätigt. Die Klägerin hatte zur Deckung der beiden Verkäufe von insgesamt 80.000 Kartons Gurken einen Kaufvertrag mit der Firma "Bä[REDACTED]" abgeschlossen.

Statt der vereinbarten 30.000 Kartons = 360.000 Gläser lieferte die Klägerin an die Beklagte nur 149.760 Gläser. Aus dieser Lieferung steht noch ein Restkaufpreis von 10.937,65 DM offen. Diesen Betrag macht die Klägerin mit der Klage geltend, während die Beklagte im Wege der Aufrechnung und Widerklage (zuletzt Zahlung von 62. 646,35 DM) Schadensersatz wegen nicht vollständiger Erfüllung des Vertrags verlangt. Die Klägerin beruft sich demgegenüber darauf, sie sei aufgrund des in Nr. 8 des Vertrags vereinbarten Selbstbelieferungsvorbehalts von ihrer Lieferverpflichtung freigeworden, soweit sie nicht erfüllt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 10.937,65 DM verurteilt. Ihre - wie die Aufrechnung - auf entgangenen Gewinn gestützte Widerklage (unter Berücksichtigung einer Gewinnspanne von 0,35 DM hätten nach Behauptung der Beklagten 73.524 DM erzielt werden können) hat es abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof dieses Urteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen



(Senatsurteil vom 18. Oktober 1989 - VIII ZR 274/88, WM 1990, 107). Nach Beweisaufnahme hat das Oberlandesgericht die Berufung der Beklagten wiederum zurückgewiesen, weil der Klägerin der Selbstbelieferungsvorbehalt zur Seite stehe. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge auf Klagabweisung und aus der Widerklage weiter. Die Klägerin war im Termin zur mündlichen Verhandlung in der Revisionsinstanz trotz rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Über die Revision der Beklagten war antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Prüfung des derzeitigen Sach- und Streitstands (BGHZ 37, 79, 81).

I. 1. Im ersten Revisionsurteil hat der Senat ein kongruentes Deckungsgeschäft verneint, wie es für die Befreiung von der Lieferpflicht aufgrund des Selbstbelieferungsvorbehalts erforderlich ist (vgl. BGHZ 92, 396). Das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß die Lieferpflichten der Firma B. gegenüber der Klägerin mindestens die gleiche Sicherheit für die Lieferung geboten hätten, wie die Klägerin sie der Beklagten im Verkaufskontrakt ge-

währleistet habe. Dazu gehöre u.a., daß die Einkaufskontrakte mindestens die gleiche Warenmenge wie die Verkaufskontrakte betreffen, und zwar auch im Hinblick auf die vereinbarte Lieferzeit. Insoweit habe eine Deckungslücke eintreten können, wenn die Beklagte und die Firma E., wozu sie berechtigt gewesen seien, bis Anfang Dezember 1984 insgesamt mehr als 60 % von 80.000 Kartons abgerufen hätten. Denn in der Auftragsbestätigung der Firma B. werde die Lieferzeit wie folgt angegeben: "ca. 60 % auf Abruf bis 5. Dezember 1984, Lieferung bis 15. Dezember 1984, ca. 40 % auf Abruf bis 30. April 1985".

2. Das Oberlandesgericht hat in seinem zweiten Berufungsurteil ausgeführt:

a) Es sei an die Auslegung des Revisionsgerichts zur Frage der mit der Firma B. vereinbarten Lieferzeit nicht gebunden. Denn nach dem erneuten Berufungsverfahren sei ein Sachverhalt zugrundezulegen, der von demjenigen, der dem Revisionsgericht zur Beurteilung vorgelegen habe, in rechtlich erheblicher Weise abweiche. Das Revisionsgericht habe lediglich vom Wortlaut der Vereinbarung über die Lieferzeit ausgehen können. Gerade dazu, wie die Vertragsschließenden die Vereinbarung übereinstimmend verstanden hätten, habe die Klägerin erstmals nach Zurückverweisung der Sache vorgebracht. Mit diesem neuen Sachvortrag habe das Berufungsgericht sich befassen müssen, da bei Ermittlung des Inhalts von Willenserklärungen stets davon auszugehen sei, wie die Erklärung von den beteiligten Personen gemeint und verstan-

den worden sei. Das von beiden Seiten tatsächlich Gemeinte gelte als Erklärungsinhalt selbst dann, wenn die Erklärung objektiv eine andere Bedeutung hätte.

b) Die vom Berufungsgericht aufgrund des neuen Sachvortrags durchgeführte Zeugenvernehmung habe ergeben, daß die Vertragsschließenden des Deckungskaufs die Vereinbarung über die Lieferzeit ausschließlich im Sinne einer dem Käufer gesetzten Frist für den Abruf und die Abnahme der Ware verstanden haben, dagegen nicht - zugleich - als teilweise Hinausschiebung des Rechts des Käufers, die Ware abzurufen und Lieferung zu verlangen. Die Vertragspartner des Deckungskaufs seien sich mithin darüber einig gewesen, daß die Klägerin als Käuferin nach erfolgter Ernte die gesamte Menge von 80.000 Kartons sofort habe abrufen dürfen, was mit der Bestimmung im Kaufvertrag der Parteien des Rechtsstreits sachlich übereinstimme, wonach auf Abruf des Käufers "von Fertigstellung bis April 85" zu liefern sei.

c) Die Kongruenz entfalle nicht deshalb, weil der Deckungskauf der Klägerin mit der Firma B. in den vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (der Firma B.) unter Nr. IV 2 folgende Bestimmung enthalte:

"Umstände, welche die Lieferung ganz oder innerhalb der vereinbarten Lieferfrist unmöglich machen oder übermäßig erschweren, z.B. alle Fälle höherer Gewalt, behördlicher Maßnahmen, Streiks, Betriebsstörungen, auch wenn sie bei unseren Lieferanten eintreten, ungenügende Ernten oder Unwetter in den Herkunftsgebieten der Ware, die Unmöglichkeit, die Ware aus unseren regelmäßigen Lieferantenkreisen zu normalen Bedingungen zu

beschaffen, und unvorhergesehene Qualitätsveränderungen entbinden uns von der Lieferverpflichtung."

Diese Bestimmung stelle die Deckungsverkäuferin hinsichtlich ihrer Lieferverpflichtungen gegenüber der Klägerin nicht besser, als diese gegenüber der Beklagten gestellt sei. Daß die Klausel nicht auf eine Befreiung von der Lieferverpflichtung im Falle schuldhaft herbeigeführter Unmöglichkeit oder schuldhaften Unvermögens abziele, sei in Anbetracht der angeführten Beispiele offensichtlich. Soweit die übermäßige Erschwerung der Lieferung schuldbefreiend wirken solle, sei damit nichts anderes als die für Gattungsschulden allgemein anerkannte Zumutbarkeitsgrenze gemeint, deren Überschreitung die grundsätzlich nach § 279 BGB gegebene Verantwortlichkeit entfallen lasse. Die angeführten Beispiele für Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Lieferung modifizierten die Haftungsgrenze nicht; vielmehr verstehe sich von selbst, daß nur solche Ereignisse der angeführten Art, die die Lieferung zumindest übermäßig erschwerten, schuldbefreiend wirken sollten.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

Das Berufungsgericht geht allerdings im Ansatz zutreffend davon aus, daß der durch den Selbstbelieferungsvorbehalt begünstigte Verkäufer von seiner Lieferpflicht nur frei werden kann, wenn er ein kongruentes Deckungsgeschäft abgeschlossen hat. Für die Frage, ob Kongruenz zwischen den beiden Kontrakten besteht, ist auf eine objektive Betrach-

tungsweise abzustellen. Die Ausgestaltung beider Kontrakte muß so beschaffen sein, daß bei natürlichem reibungslosen Ablauf die Erfüllung des Verkaufskontrakts mit der aus dem Einkaufskontrakt erwarteten Ware möglich ist; d.h. die Lieferpflichten des Vormannes (hier: Firma B.) aus dem Einkaufskontrakt müssen gegenüber dem Verkäufer (hier: Klägerin) mindestens die gleiche Sicherheit für die Lieferung bieten, wie dieser sie selbst seinem Abkäufer im Verkaufskontrakt gewährleistet hat. Dies ist der Fall, wenn der Einkaufskontrakt die gleiche Ware und mindestens die gleiche Menge wie der Verkaufskontrakt betrifft, die Qualität der Waren und die Liefer- oder Abladezeit sich jeweils entsprechen und die Erfüllung aus dem Einkaufskontrakt nicht von einer Bedingung oder sonstigen, in der Sphäre des Vorlieferanten auftretenden Umständen abhängig gemacht ist. Das hat der erkennende Senat im Urteil vom 14. November 1984 unter Hinweis auf vorausgegangene Rechtsprechung und Literatur ausgesprochen (BGHZ 92, 396, 400, 401).

1. a) Im ersten Revisionsurteil hat der Senat Kongruenz in bezug auf die Lieferzeit im Verkaufskontrakt einerseits und dem Einkaufskontrakt andererseits vermißt. Dabei ist er von einer bestimmten Auslegung der Vereinbarung über die Lieferzeit im Deckungskaufvertrag ausgegangen. Dafür stand ihm nur der Wortlaut zur Verfügung, worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist. An diese Auslegung war das Berufungsgericht grundsätzlich gebunden (§ 565 Abs. 2 ZPO). Die insoweit erhobene Verfahrensrüge der Revision gegen die abweichende Auslegung durch das Berufungsgericht geht indes- sen fehl, weil es sich auf einen neuen Sachverhalt stützen konnte, für den die bisherige rechtliche Beurteilung

- hier: zur Auslegung - nicht zutrifft (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 1985 - IVb ZR 18/84, NJW 1985, 2029 unter I 2 a). Unter dem vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler herangezogenen Gesichtspunkt, daß ungeachtet des Wortlauts das von den Vertragsparteien wirklich Gewollte maßgeblich ist (BGHZ 71, 243, 247; 86, 41, 46), konnte das Revisionsgericht in seinem ersten Urteil die Vereinbarung über die Lieferzeit mangels entsprechenden Vortrags nicht auslegen, denn die Klägerin hat entsprechende Tatsachen erst nach Aufhebung und Zurückverweisung angeführt. Gegen die Berücksichtigung des neuen Vortrags bestehen auch unabhängig von der Frage des Umfangs der Bindung durch das erste Revisionsurteil keine Bedenken.

b) Die Revision wendet sich gleichfalls ohne Erfolg mit Sach- und Verfahrensrügen gegen das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts. Soweit sie an den Wortlaut anknüpft, geht sie in revisionsrechtlich unzulässiger Weise darüber hinweg, daß das Berufungsgericht sich die maßgebliche Überzeugung davon verschafft hat, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben (siehe oben a). Ihre gegen die Beweiswürdigung gerichteten Rügen (§ 286 ZPO) hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO).

2. Dem Berufungsgericht kann jedoch insoweit nicht gefolgt werden, als es annimmt, die Klausel Nr. IV 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deckungsverkäuferin stehe der Kongruenz nicht entgegen (Wortlaut der mit "Lieferung" überschriebenen Klausel siehe oben zu I 2 c).

Die Einbeziehung der AGB der Firma B. ist festgestellt; das ergibt sich aus ihrer Erwähnung als den "vereinbarten" Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Berufungsurteil. Damit war deren Nr. IV 2 zu beachten, soweit darin bestimmt ist, die Firma B. solle von der Lieferverpflichtung gegenüber der Klägerin frei sein, wenn es ihr unmöglich sein sollte, die Ware aus ihren "regelmäßigen Lieferantenkreisen zu normalen Bedingungen zu beschaffen". Indem die Klägerin der Firma B. im Einkaufskontrakt dieses Zugeständnis gemacht hat, hat sie ihre eigene Lieferpflicht gegenüber der Beklagten von einem "sonstigen, in der Sphäre des Vorlieferanten auftretenden Umstand abhängig gemacht", was - wie in BGHZ 92, 396, 401 definiert - zur Verneinung der Kongruenz zwischen Einkaufs- und Verkaufskontrakt führt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, in der zitierten Klausel sei nur geregelt, was ohnehin gelte, nämlich Befreiung von der Pflicht zur Vertragserfüllung wegen Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze bei der Beschaffung der geschuldeten Gattungsware, findet in der Klausel keine Grundlage. Weshalb es der Firma B. in den Grenzen des Allgemeinen Schuldrechts sollte unzumutbar sein, die Ware außerhalb des Kreises ihrer regelmäßigen Lieferanten und - schlechthin - zu anderen als normalen Bedingungen zu beschaffen, hat das Berufungsgericht nicht begründet und ist auch nicht einzusehen. Die Ansicht der Vorinstanz steht auch nicht in Einklang mit der in diesem Zusammenhang im zweiten Berufungsurteil zitierten Kommentarstelle und der darin erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Leistungspflicht des Schuldners einer der Gattung nach bestimmten Sache kann z.B. entfallen, wenn sie im Handel nicht mehr erhältlich ist oder bei reinem Inlandsgeschäft nur im Ausland beschafft werden kann. Schon

daraus folgt, daß die allgemein gültige Zumutbarkeitsgrenze - mag sie aus dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Unmöglichkeit oder aus § 242 BGB hergeleitet werden - erheblich größere Anforderungen an das Leistungsbemühen des Schuldners stellt, als die Firma B. für sich gelten lassen möchte.

3. Die Klägerin ist mithin durch den Selbstbelieferungsvorbehalt von ihrer Lieferverpflichtung nicht frei geworden, so daß zur Aufrechnung gegen die Klageforderung und zur Begründung der Widerklage geeignete Schadensersatzansprüche der Beklagten aus teilweiser Nichterfüllung in Betracht kommen. Da das angefochtene Urteil auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann (§ 563 ZPO) und zur Höhe eines Schadensersatzanspruchs der Beklagten tatrichterliche Feststellungen getroffen werden müssen, war es unter Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht

aufzuheben. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des - zweimal durchgeführten - Revisionsverfahrens zu übertragen, die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Wolf

Dr. Skibbe

Groß

Dr. Hübsch

Ball