

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII_ZR_231/66

URTEIL

Verkündet am

11. Dezember 1968
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Oskar. T. [REDACTED] in D. [REDACTED],
B. [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

die Firma A. [REDACTED] L. [REDACTED], O. [REDACTED] S. [REDACTED] AS,
vertreten durch O. [REDACTED] S. [REDACTED], in A. [REDACTED], Norwegen,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Zwischenurteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 6. Oktober 1966 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin einer norwegischen Handelsgesellschaft in A [REDACTED] Norwegen, die Sportboote herstellte und deren Unternehmen von der Klägerin fortgesetzt wird. Im folgenden wird zwischen der Handelsgesellschaft, die im Handelsregister am 13. August 1963 gelöscht worden ist, und ihrer Rechtsnachfolgerin nicht unterschieden. Beide werden als Klägerin bezeichnet. Der geschäftsführende Direktor der genannten Gesellschaft, Odd S [REDACTED], trat im Januar 1963 auf einer Bootsausstellung in London mit dem Beklagten in Geschäftsverbindung. Dieser war daran interessiert, die Alleinvertretung der Klägerin für den

Vertrieb ihrer Boote in Deutschland zu übernehmen. Er kaufte zunächst das in London besichtigte Boot der Klägerin, um es auf der bevorstehenden Bootsausstellung in Hamburg im Januar 1963 zu zeigen. Auf dieser kamen S [REDACTED] und der Beklagte wieder zusammen. Ersterer entwarf einen Vertragsvorschlag mit Datum vom 19. Januar 1963 und legte ihn in zwei Ausfertigungen dem Beklagten vor. Nach Verhandlung über den Inhalt dieses Entwurfs war der Beklagte damit einverstanden, daß das Schriftstück sofort für den Abschluß des Vertrages benutzt werde. Der Beklagte unterzeichnete die für den anderen Vertrags- teil bestimmte Ausfertigung, die S [REDACTED] behielt. Dieser unterzeichnete das für den Beklagten bestimmte Exemplar, das ihm ausgehändigt wurde. In dieser Urkunde, die die Klägerin vorgelegt hat, ist bestimmt, daß der Beklagte als einziger Verkäufer von "Alicraft Lystboater für Westdeutschland" gelten soll. Die Boote sollten von ihm bei der Klägerin gekauft werden und ihm "in fester Rechnung" geliefert werden. Zu Nr. 5 des Vertrages heißt es:

"Für Verkaufssaison 1963 werden von S [REDACTED] (so wurde die Firma des Beklagten bezeichnet) folgende Boote von L [REDACTED] bestellt.

- a) 20 Stk 21'Norsün-Cabin'Cruiser mit Westbend und oder Außenbordsmotor.
- b) 15 Stk 13'Norace
- c) 15 Stk 13'Norfish
- d) 10 Stk 14'Norcombi
- e) 10 Stk 10'Nortroll

Alle werden nach vereinbarter Preisliste verkauft."



Nach Unterzeichnung der Urkunden stellte der Beklagte im Einverständnis mit S [REDACTED] ein auf seine Firma hinweisendes Schild an dem Ausstellungsstand der Klägerin auf. Ihre Prospekte wurden mit dem Firmensiegel des Beklagten versehen.

Der Vertrag bestimmte ferner, daß Kosten des Ausstellungsstandes der Klägerin in näher bestimmtem Umfange zu erstatten seien und der Beklagte Boote, die nicht auf der Ausstellung verkauft werden, zum Listenpreis übernehmen werde. Diese Bestimmung des Vertrages ist vom Beklagten erfüllt worden. Die Klägerin erteilte ihm Rechnung über die übernommenen Ausstellungskosten in Höhe von 1.701,-- DM und über die auf der Ausstellung nicht verkauften Boote. Danach hatte der Beklagte unter Anrechnung einer am 21. Januar 1963 geleisteten Anzahlung von 10.000,-- DM noch 21.468,-- DM zu zahlen. Diesen Betrag beglich er im April 1963.

Mit Schreiben vom 29. Januar 1963 dankte die Klägerin dem Beklagten unter Bezugnahme auf die Besprechung während der Ausstellung in Hamburg für seine Bestellung und bestätigte dabei ausdrücklich den Vertrag vom 19. Januar. Bei der bestätigten Order handelt es sich um 7 Boote Alicraft 21'Norsün, deren Bestellung die Klägerin noch mit besonderem Begleitschreiben mit Datum vom 29. Januar 1963 bestätigte. Diese Boote wurden dem Beklagten nicht geliefert, weil er die angeforderte Vorauszahlung von 30 % der Rechnungsbeträge nicht leistete.

Im März und April 1963 fand über die Durchführung der Vereinbarung vom 19. Januar 1963 ein Schriftwechsel zwischen den Vertragspartnern statt. In ihm wies die Klägerin wiederholt darauf hin, daß sie mit dem Beklagten einen Vertrag geschlossen habe, dessen Erfüllung sie von ihm erwarte. Der Beklagte bestellte im April 1963 fünf kleinere Boote bei der Klägerin und zahlte auch den Preis hierfür, nach einer Anzahlung von 5.102,-- DM den Rest gegen Vorlage der Dokumente. Weitere Boote wurden von dem Beklagten nicht bestellt oder abgerufen.

Mit der im Oktober 1964 eingereichten Klage verlangte die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages vom 19. Januar 1963 und legte der Berechnung ihres Schadens zugrunde, daß der Beklagte in Nr. 5 des Vertrages für die Saison 1963 insgesamt 70 Boote bestellt, 65 jedoch nicht abgerufen habe. Von ihrem Gesamtschaden forderte die Klägerin einen Teilbetrag von 20.000,-- DM mit Zinsen. Dazu bestimmte sie, in welcher Reihenfolge die behaupteten Ersatzansprüche und Schadensposten dem eingeklagten Betrage zugrunde gelegt werden sollen.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten nach Klageantrag. Im Berufungsverfahren ließ die Klägerin vortragen, sie habe, um ihren Schaden zu mindern, Boote an die Firma Harry H. S. [REDACTED] in H. [REDACTED] verkauft. Danach bestehe ihr Schaden, den sie in erster Linie ihrer Schadensberechnung zugrunde lege, in dem entgangenen Gewinn für 28 Boote und 3 Westbendmotore,

die sie infolge der Nichterfüllung des Vertrages durch den Beklagten im Jahre 1963 nicht habe verkaufen können. Der entgangene Gewinn decke den mit der Klage geltend gemachten Teilbetrag. Der Schaden erhöhe sich noch um die Unkosten, die durch Lagerkosten und Bemühungen entstanden seien, einen Teil der Boote, die der Beklagte bestellt habe, anderweitig zu verkaufen.

Das Oberlandesgericht hat durch Zwischenurteil die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages vom 19. Januar 1963, der unter wechselseitiger Aushändigung jeweils von der Gegenpartei unterzeichneter Schriftstücke in Hamburg zustande gekommen sei. Das Berufungsgericht beurteilt die Rechtsbeziehungen der Parteien nach deutschem Recht. Es nimmt an, diese hätten im Rechtsstreit zum Ausdruck gebracht, daß sie ihre Sache nach deutschem Recht behandelt wissen wollen. Damit hätten sie die Anwendung des deutschen Rechts vereinbart. Wenn keine stillschweigende Vereinbarung der Anwendung dieses Rechts anzunehmen wäre, würde es gleichwohl anzuwenden sein, weil die Verbindlichkeiten des Beklagten nach dem Recht des Erfüllungsortes, nämlich des Ortes seiner gewerblichen Niederlassung, zu beurteilen wären.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien über das anzuwendende Recht begründet hat, werden von der Revision nicht angegriffen. Auch die Klägerin hat dagegen nichts einzuwenden. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

II. Zu dem Zustandekommen des Vertrages stellt das Berufungsgericht fest, der Beklagte habe von den beiden Exemplaren des für die Verhandlungen mit ihm entworfenen Vertragsvorschlages dasjenige Schriftstück erhalten, auf welchem aus dem Wort "Vertragsvorschlag" in der Überschrift und im ersten Satz des Schriftstücks der Bestandteil "vorschlag" nicht gestrichen worden ist. Gleichwohl sei ein Vertrag mit dem Inhalt des Vertragsvorschlages zustande gekommen, denn der Beklagte habe diesen Vorschlag durch Unterzeichnung des Schriftstückes, das der andere Vertragspartei erhielt oder behielt, angenommen. Überdies habe er bei seiner Anhörung (vor dem Landgericht am 13. Juli 1965) auch zugegeben, daß die Parteien durch die Auswechslung der von ihnen unterzeichneten Urkunden einen Vertrag geschlossen haben. Er meine nur, daß es sich dabei um einen Vorvertrag handele.

Als Vorvertrag, so führt das Berufungsgericht aus, lasse sich die in dem Vertragsvorschlag enthaltene Regelung insoweit bezeichnen, als die unter Nr. 5 erklärte Bestellung von insgesamt 70 Booten nicht sofort realisiert werden sollte, sondern erst im Laufe

der Verkaufssaison 1963. Die Boote sollten also in diesem Sinne Gegenstand eines Vorverkaufsvertrages sein. Sie sollten erst geliefert und der Kaufpreis sollte erst gezahlt werden, nachdem der Beklagte im Laufe der Verkaufssaison entsprechende Einzelbestellungen abgegeben hatte. Die Klägerin habe den Abschluß eines Vertrages vom 19. Januar 1963 in ihrem Schreiben an den Beklagten vom 29. Januar 1963 bestätigt, dem er unstreitig nicht widersprochen habe. Die Bestellung von 7 Booten, die sie dem Beklagten mit ihrem zweiten Schreiben vom 29. Januar 1963 bestätigt habe, sei von ihr für den Beklagten erkennbar als erster Abruf von 7 Stück der insgesamt 70 bestellten Boote aufgefaßt worden.

Die Revision führt aus, nach den Darlegungen des Berufungsgerichts habe der Beklagte die von ihm in Nr. 5 bestellten Boote nicht sofort endgültig kaufen sollen. Damit habe das Berufungsgericht den Abschluß eines endgültigen Kaufvertrages verneint. Seine Ausführungen ließen erkennen, daß es den Begriff des Vorvertrages verkannt habe. Vorverträge hätten nämlich nur dann einen Sinn, wenn die Sache zum Abschluß des eigentlichen, auf den angestrebten Zweck selbst gerichteten Vertrages aus irgendeinem rechtlichen oder tatsächlichen Grunde noch nicht reif sei. Gründe, deren Vorliegen den Abschluß eines Vorvertrages sinnvoll erscheinen ließen, habe das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es habe andererseits auch nicht feststellen können, daß ein endgültiger Vertrag, der in Form eines Sukzessivlieferungsvertrages oder ei-

nes Kaufs auf Abruf hätte geschlossen werden können, geschlossen worden sei. Es fehle bei der Vereinbarung auch an einer Einigung über die Zahlungsbedingungen. Demnach sei gemäß § 154 BGB ein Vertrag zwischen den Parteien nicht als geschlossen anzusehen. Mit diesen Ausführungen kann die Revision die Feststellungen des Berufungsgerichts über das Zustandekommen des Vertrages mit der Verpflichtung des Beklagten, die in Nr. 5 bezeichneten Boote für die Saison 1963 zu bestellen oder abzurufen, nicht in Frage stellen.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß festgestellt und angenommen, daß der Beklagte zu Nr. 5 des Vertrages die Verpflichtung eingegangen ist, während der Verkaufssaison 1963 die dort genannten 70 Boote zu bestellen. Ob es sich hierbei rechtlich um die Wiederholung von Bestellungen auf bereits bestellte Boote handelt oder um Abrufe auf Grund der in dem Vertrag vom 19. Januar 1963 festgelegten Verpflichtung, ist für die Beurteilung der eingeklagten Schadensersatzforderung der Klägerin nicht entscheidend. Jedenfalls hatte die zu Nr. 5 erklärte Bestellung von insgesamt 70 Booten nach der Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht auch die Zusage des Beklagten zum Inhalt, 70 Boote der bezeichneten Typen abzunehmen und zur Durchführung dieser Verpflichtung entsprechende Einzelbestellungen abzugeben. Daß solche Einzelbestellungen noch einer Annahme durch die Klägerin bedurften, hat das Berufungsgericht nicht angenommen. Es geht vielmehr erkennbar davon aus, daß die Klägerin verpflichtet war, entsprechende Einzel-

bestellungen des Beklagten in Erfüllung des Vertrages vom 19. Januar 1963 auszuführen. Deshalb ist der Stroit darüber, ob der Vertrag insoweit einen kaufrechtlichen Vorvertrag oder bereits einen Kauf auf Abruf enthält, für die Beurteilung des Schadensersatzanspruchs nicht von Bedeutung. Entscheidend ist vielmehr, daß der Beklagte in dem Vertrag die Abnahme der 70 Boote für die Verkaufssaison 1963 zugesagt und diese Verpflichtung dann nicht vollständig erfüllt hat.

Daß sie deshalb nicht bindend sein soll, weil sich die Parteien nicht über alle Punkte des Vertrages geeinigt hätten, über die noch eine Vereinbarung habe getroffen werden sollen, trifft entgegen den Ausführungen der Revision nicht zu. In dem Vertrag ist der Kaufgegenstand nach Zahl und Art der Boote bezeichnet. Der Preis sollte sich nach dem Listenpreis richten. Auch die Zahlungsbedingungen waren festgelegt. Das Berufungsgericht stellt dazu rechtlich bedenkenfrei fest, die Parteien seien dahin übereingekommen, daß 30 % des Preises angezahlt und der Rest gegen Dokumente gezahlt werden sollte. Es folgert eine Einigung der Parteien auf diese Zahlungsbedingungen auch aus der Bestellung und Lieferung von fünf kleineren Booten im April 1963. Die Revision rügt insoweit zu Unrecht, das Berufungsgericht habe damit gegen die Denkgesetze verstoßen; es hätte einen solchen Schluß allenfalls dann ziehen können, wenn die Parteien die Kaufpreiszahlung in einer Vielzahl von Fällen so gehandhabt hätten.

Denn sie kann hiermit nicht eine fehlende Einigung der Parteien über die Zahlungsbedingungen dartun. Das Berufungsgericht hat auf die Handhabung der Zahlungsbedingungen bei dem erwähnten Geschäft über die fünf Boote nur zusätzlich verwiesen. Das ist rechtlich einwandfrei. Für die Anwendung der Auslegungsregel des § 154 BGB ist deshalb kein Raum. Dafür, daß der Punkt Zahlungsbedingungen noch einer später zu treffenden Vereinbarung vorbehalten worden sei, bietet der von dem Berufungsgericht rechtlich einwandfrei festgestellte Sachverhalt keinen Anhaltspunkt.

III. Die Weigerung des Beklagten, den Vertrag, wie vereinbart, zu erfüllen, verpflichtet ihn zum Schadensersatz. Denn er hat für diese Weigerung keine rechtlich erhebliche Rechtfertigung vorgetragen.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte sei mit der Verpflichtung, die in dem Vertrage aufgeführten 70 Boote zu bestellen, bezüglich 65 Booten in Verzug gekommen. Wegen Ausbleibens von Einzelbestellungen könne die Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges nach § 326 BGB vom Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Er habe sich dadurch in Verzug gesetzt, daß er die Bestellung der 65 Boote bestimmt und endgültig verweigert habe. Deshalb habe ihm auch keine Nachfrist gesetzt zu werden brauchen. Davon, daß der Klägerin infolge des Ausbleibens der Einzelbestellungen Schaden entstanden sei, müsse ausgegangen werden. Das Schadensersatzbegehren sei dem Grunde nach gerechtfertigt.

Bei diesen Ausführungen läßt das Berufungsgericht die von ihm getroffene Feststellung unberücksichtigt, daß der Beklagte 7 Boote der Type 21'Norsün-Cabin'Cruiser bestellt und die Klägerin ihm diese Bestellung mit Schreiben vom 29. Januar 1963 unter Beifügung einer Rechnung mit Datum vom selben Tage über insgesamt 93.721,50 DM bestätigt hat. Die Klägerin hat ihre Klage auch darauf gestützt, daß der Beklagte diese Boote nicht abgenommen hat. Ob sie später in der Lage war, die Boote anderweit ganz oder zum Teil abzusetzen, ist allerdings nicht näher aufgeklärt worden. Das Berufungsgericht hat hierüber keine Feststellungen getroffen. Andererseits wird von der Revision aber auch nicht geltend gemacht, daß der Klägerin insoweit kein Schaden entstanden sei. Der Sachverhalt spricht daher dafür, daß der Beklagte schon durch die Aufforderung zur Zahlung der nach dem Vertrage sofort fälligen Anzahlung von 30 % des Rechnungsbetrages in Verzug gesetzt worden ist. Das Grundurteil ist aber auch dann gerechtfertigt, wenn diese von der Klägerin unter dem 29. Januar 1963 bestätigte Bestellung von 7 Booten bei der Schadensberechnung außer Betracht bleiben müßte, wie noch auszuführen sein wird.

2. Die Revision bemängelt zur Anwendung des § 326 BGB, das Berufungsgericht habe nicht feststellen können, daß die Klägerin den Beklagten durch eine ausdrückliche Mahnung in Verzug gesetzt habe. Es führe auch nicht aus, in welchen Erklärungen des Beklagten eine endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung zu erblicken sei, die eine Mahnung entbehrlich machen kann-

te. Jedenfalls, so meint die Revision, könne eine endgültige Weigerung des Beklagten nicht seinem Verhalten vor der Bestellung der fünf Boote im April 1963 entnommen werden. Dann aber scheitere die Annahme eines Verzuges daran, daß die Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen bereits am 10. April 1963 drei Boote an den Händler S. in H. verkauft habe. Darin liege ein Verstoß gegen das dem Beklagten in dem "Vertragsvorschlag" vom 19. Januar 1963 eingeräumte Alleinvertriebsrecht. Er sei deshalb berechtigt gewesen, gemäß § 320 BGB seine Leistung zu verweigern, ohne daß diese Einrede von ihm besonders vorgebracht zu werden brauchte. Auch abgesehen hiervon fehle es aber an einer ausreichenden Feststellung des Berufungsgerichts dafür, daß die Klägerin keine Frist nach § 326 BGB zu setzen brauchte.

Auch diesen Angriffen hält das Berufungsurteil im Ergebnis stand.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Verletzung des Alleinverkaufsrechts durch die Klägerin dem Beklagten eine Einrede des nichterfüllten Vertrages eröffnet hätte. Darauf kommt es deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht den von der Revision behaupteten Vertragsverstoß weder dem unstreitigen Sachverhalt noch dem Vorbringen des Beklagten in den Tatsacheninstanzen zu entnehmen brauchte. Er hatte zunächst mit Schriftsatz vom 3. November 1964 S. 4 vortragen lassen, die Klägerin habe ihn nicht als

Alleinimporteur behandelt, sondern entsprechend seinem Vorschlag, u.a. im Schreiben vom 31. März 1963, Boote an kleinere Einzelhändler abgesetzt, so u.a. den Händler S [REDACTED] mit Booten beliefert. Darauf hat die Klägerin jedoch erwidert, sie habe erst, nachdem der Beklagte es abgelehnt hatte, die Boote der Klägerin zu vertreiben und sich an den Vertrag zu halten, Boote anderweitig verkauft, so an S [REDACTED], um zu versuchen, den Schaden möglichst gering zu halten. Dabei bezog sich die Klägerin auf ihr Schreiben an den Beklagten vom 8. April 1963, das in englischer Sprache abgefaßt ist. In dem Schreiben heißt es unter Bezugnahme auf ein Telefongespräch mit dem Beklagten vom selben Tage, sie bitte vereinbarungsgemäß, ihr zu bestätigen, daß der Beklagte keinen Einwand gegen den Verkauf einiger Boote an kleine Händler in Deutschland habe, und sie sehe auch einer Äußerung darüber entgegen, daß dies keinen Einfluß auf die Vereinbarungen habe, die zwischen den beiden Firmen getroffen worden seien. Der Beklagte hat darauf noch im ersten Rechtszuge vortragen lassen, die Klägerin habe entsprechend seinen Gedankengängen die verschiedensten Einzelhändler eingesetzt, darunter den Händler S [REDACTED]. Auch hierauf hat die Klägerin erwidert, sie habe, nachdem der Beklagte den Vertrag nicht erfüllte, versucht, Boote anderweitig unterzubringen, um den Schaden möglichst gering zu halten. Das Landgericht hat dazu in seinem Urteil festgestellt, die Klägerin habe den für ihre Boote interessierten Händler S [REDACTED] zunächst an den Beklagten als ihren Alleinvertreter für Westdeutsch-

land verwiesen und erst später die Firma Sührcke direkt beliefert. Dies sah das Gericht mit dem Schreiben der Klägerin an die Firma S [REDACTED] vom 5. März 1963 als erwiesen an. In diesem Punkt hat der Beklagte das Urteil des Landgerichts mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen. Er hat vielmehr ausführen lassen, er habe in einem Telefongespräch vom 11. März 1963 das in Aussicht genommene Verkaufsprogramm für nicht durchführbar erklärt und damit der Klägerin vor Beginn der Saison offengelegt, daß auf der im Januar "vorgeschlagenen" Basis nicht gearbeitet werden könne. Auch in dem Schreiben vom 31. März 1963 habe er klar gestellt, daß das ganze Programm aus sachlichen Gründen sich nicht erfüllen lasse. Diese Ausführungen stehen zwar im Zusammenhang mit dem Einwand des Beklagten, daß er in dem Vertrage vom 19. Januar 1963 noch keine feste Verpflichtung zur Abnahme von 70 Booten eingegangen sei. Sie enthalten aber auch nicht den Vorwurf gegen die Klägerin, daß sie sich nicht an das ihm eingeräumte Alleinverkaufsrecht gehalten habe, und auch keine Beanstandung der Feststellung des Gerichts, daß die Klägerin Boote erst dann anderweit verkauft habe, nachdem sie zunächst die Firma S [REDACTED] an den Beklagten verwiesen hatte. Auch im Hinblick auf das Vorbringen der Klägerin, bei dem sie auf ihr Schreiben vom 8. April 1963 Bezug nahm, hätte der Beklagte Anlaß gehabt, ihrer Behauptung, sie habe auch in seinem Interesse handelnd, Boote an S [REDACTED] verkauft, entgegenzutreten, wenn der Beklagte der Klägerin insoweit eine schuldhaftige Vertragsverletzung zum Vorwurf machen wollte. Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, daß

der Beklagte eine solche Vertragsverletzung behauptet hat, und zwar auch dann nicht, nachdem die Klägerin mit Schriftsatz vom 13. September 1966 Rechnungen über die mit der Firma S [REDACTED] im Jahre 1963 abgewickelten Geschäfte vorgelegt hat.

Demnach kann die Revision nicht den Vorwurf erheben, die Klägerin habe schuldhaft das Alleinvertriebsrecht verletzt. Das Berufungsgericht durfte nach dem ihm unterbreiteten Sachverhalt davon ausgehen, der Beklagte wolle aus den Verkäufen von Booten an die Firma S [REDACTED] keine Vertragsverletzung herleiten, die ihn berechtigt haben könnte, die Erfüllung des Vertrages abzulehnen.

b) Eine Ablehnung der Vertragserfüllung ergibt sich aus dem Verhalten des Beklagten, mit dem er in Abrede stellte, sich zur Abnahme von 70 Booten für die Verkaufssaison 1963 verpflichtet zu haben. Die Klägerin hatte an dem Anspruch auf Erfüllung des Vertrages zunächst festgehalten, ungeachtet dessen, daß sie einige Boote nach Deutschland im Jahre 1963 verkaufte. Daß sie zunächst das Jahr 1963 verstreichen ließ, bevor sie zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung überging, steht diesem Anspruch nicht entgegen. Der Beklagte hat der ihm bekanntgegebenen Tatsache, die Klägerin wolle die Firma S [REDACTED] und gegebenenfalls auch andere Firmen mit Booten beliefern, keinen Grund entnommen, den Vertrag nicht zu erfüllen. Er muß sich daher als vertragsuntreu behandeln lassen, weil es auf jeden Fall gegen Treu und Glauben ver-

stößt, die Nichterfüllung eines Vertrages nachträglich mit einer Tatsache zu begründen, aus der von ihm vorher kein Grund zur Nichterfüllung hergeleitet wurde (RGZ 123, 238, 240). Dem Beklagten, der selbst vertragsuntreu war, ist im Verlaufe des Jahres 1963 auch kein Recht erwachsen, wegen der Verkäufe der Klägerin an andere Firmen von dem Vertrage selbst zurückzutreten.

Hat die Klägerin somit ihren Anspruch auf Erfüllung während des Jahres 1963 behalten, so durfte sie, nachdem das Jahr verstrichen war, zum Schadensersatzanspruch übergehen, ohne daß es einer Nachfristsetzung nach § 326 BGB bedurfte. Eine solche Fristsetzung war auch später nicht mehr erforderlich, weil der Beklagte in bestimmter Weise zum Ausdruck gebracht hatte, daß er die Vertragserfüllung, die im Jahre 1963 vorzunehmen gewesen wäre, verweigere.

IV. Das Berufungsgericht hat die in der Begründung zum Teil geänderte Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Gegen seine Annahme, durch die Nichterfüllung des Vertrages sei der Klägerin Schaden entstanden, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Demnach war die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen ihm gemäß § 97 ZPO zur Last.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier