

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

42
2315-009

Gesetz: BGB §§ 150 Abs 2, 157

Rechtssatz: Hat der Verkäufer erklärt, er werde den "Auftrag" nur auf Grund seiner dem Käufer bekannten Lieferungsbedingungen ausführen, der Käufer dagegen hierauf geantwortet, er bestelle zu seinen Lieferungsbedingungen, so ist dem Umstand, daß der Verkäufer in einem weiteren Schreiben auf seine "Auftragsbestätigung" und die "Bestellung" des Käufers Bezug genommen hat, noch nicht zu entnehmen, daß er sich dem Verlangen des Käufers ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hat. Die Bedingungen beider Vertragsteile können jedenfalls nicht insoweit Vertragsbestandteil geworden sein, als sie sich widersprechen.

Aktenzeichen: VIII ZR 257/56

Urt. des BGH v. 25. Juni 1957

OLG München

LG München I

42
VIII ZR 257/56

Verkündet am 25. Juni 1957
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Franz Robert K [REDACTED] in H [REDACTED],
Q [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED], Aktiengesellschaft, vertreten
durch den Vorstand Generaldirektor O [REDACTED], Friedrich
M [REDACTED] und Direktor Bodo S [REDACTED], in M [REDACTED],
L [REDACTED]platz [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
München vom 19. Januar 1956 aufgehoben und die
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten der
Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger sandte unter Bezugnahme auf sein telefonisches Angebot vom 3. Januar 1953 der Beklagten ein als Auftragsbestätigung bezeichnetes Schreiben vom gleichen Tage. In diesem bestätigte er den ihm erteilten Auftrag über die Lieferung von ca. 500 to Brockenschwefel, 99,5 %ig, frei Waggon Hamburg und teils frei Waggon Ruhrgebiet zum Preise von 20,--DM je 100 kg. Das Schreiben enthält die Erklärung, er werde den Auftrag auf Grund seiner der Beklagten bekannten Lieferungsbedingungen ausführen, ferner die Angabe der Lieferzeit Januar/März 1953 und unter dem Stichwort "Besondere Bedingungen" die Klausel "Produktionsstörung vorbehalten, sowie richtiges und termingemäßes Eintreffen der Ware".

Zwischen den Parteien ist streitig, ob bereits vor diesem Schreiben eine Vereinbarung über das Lieferungs-geschäft zustande gekommen war und daher das Schreiben ein Bestätigungsschreiben im Rechtssinne darstellt und ob durch den Schriftwechsel der Parteien die Lieferungsbedingungen des Klägers oder die Lieferungsbedingungen der Beklagten Vertragsbestandteil geworden sind, aus denen diese das Recht herleitet, bei Überschreitung der Lieferfrist ohne Setzung einer Nachfrist zurücktreten zu dürfen.

Die Beklagte antwortete auf das Schreiben des Klägers vom 3. Januar 1953 mit Schreiben vom 5. Januar 1953 unter Verwendung eines Vordrucks für Bestellungen, in dem sie zufolge der telefonischen Verhandlungen und der Auftragsbestätigung vom 3. Januar 1953 die bezeichnete Ware unter den auf der Rückseite des Schreibens aufgedruckten Lieferungsbedingungen bestellte. Diese Bedingungen enthalten zu Nr.9 die Bestimmung:



"Die mit uns vereinbarten Liefertermine sind unbedingt einzuhalten, andererseits sind wir berechtigt, nach unserer Wahl Nachlieferung und Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder überhaupt vom Vertrage zurückzutreten"

und zu Nr. 13 die Bestimmung:

"Die Ausführung des Auftrags gilt als Anerkennung unserer Bedingungen."

Der Kläger antwortete hierauf mit Schreiben vom 8. Januar 1953. Dieses Schreiben und weitere Schreiben des Klägers enthalten am unteren Rande den Aufdruck: "Es gelten ausschließlich meine Ihnen bekannten Lieferungsbedingungen." Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 12. Januar 1953.

Nach Lieferung der ersten Teilpartie von 33 590 kg rügte die Beklagte am 28. Januar 1953 die Qualität des gelieferten Schwefels mit der Behauptung, er enthalte einen Schwefelgehalt von nur 95 % und sei durch fremde Bestandteile verunreinigt. Sie ließ nach Einholung eines Gutachtens ihre Rüge jedoch fallen und erklärte sich mit Schreiben vom 14. März 1953 bereit, die restlichen 467 to abzunehmen. In diesem Schreiben bat sie um prompte Lieferung. Der Kläger nahm in seiner Erwiderung vom 17. März 1953 auf seine Auftragsbestätigung vom 3. Januar 1953 Bezug und erklärte, er werde kaum prompt liefern können, er bitte darum, daß gegen den Kontrakt bis spätestens ca. 20. April 1953 ab Versandstation abgehend geliefert werden dürfe; eventuell würden im voraus kleine Teilpartien auf den Weg gebracht werden können. Das Schreiben enthält einen Nachsatz, der wie folgt lautet: "Ich habe mich soeben mit meinem Lieferanten wegen Erfüllung meines obigen Kontraktes in Verbindung gesetzt. Voraussichtlich wird der gesamte Restposten bis zum 20.4.53 in Teilpartien zur Verladung kommen."

Die Beklagte erklärte hierauf, sie sei mit dem Vorschlag, die Lieferung der restlichen ca 465 to bis zum 20. April 1953 durchzuführen, einverstanden; sie erwarte pünktliche Lieferung unter Beachtung der vereinbarten Bedingungen. Mit Fernschreiben vom 7. April 1953 fragte sie bei dem Kläger an, welche Teilmengen aus der Restlieferung unterwegs seien und ob Auslieferung der Gesamtmenge wie zugesagt bis 20. April 1953 durchgeführt werde. Unter Bezugnahme hierauf bat sie mit Fernschreiben vom 10. April 1953 den Kläger um umgehende fernschriftliche Rückäußerung, wann und welche Mengen ausgeliefert seien. Der Kläger beantwortete beide Schreiben nicht. Darauf erklärte die Beklagte mit Fernschreiben vom 13. April 1953, sie setze dem Kläger letzte Frist bis 25. April; falls bis dahin nicht erfüllt werden würde, behalte sie sich alle Rechte vor.

Am 20. April 1953 bat der Kläger um eine Lieferzeitverlängerung bis zum 5. Mai 1953. Die Beklagte lehnte dies ab.

In einem Ferngespräch am 23. April 1953 erklärte sie dem Kläger, sie könne eine Fristverlängerung über den 25. April 1953 hinaus nicht einräumen. Nach Behauptung des Klägers soll die Beklagte dabei erklärt haben, sie werde nur den Schwefel abnehmen, der bis zum 25. April 1953 einschließlich bei ihrem Werk eingetroffen sei. Unter Bezugnahme auf diese von der Beklagten bestrittene Erklärung ließ der Kläger durch Schreiben seines Anwalts vom 25. April 1953 der Beklagten erklären, er müsse aus ihrem Verhalten schließen, daß sie nicht nur die Annahme der Ware, sondern auch die Bezahlung des Kaufpreises verweigern werde, wenn er tatsächlich nach dem 25. April 1953 liefern würde. Er habe daher über die Ware anders verfügt und verlange jetzt

Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da die Beklagte den Vertrag ohne Grund annulliert habe.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, den Schwefel auch noch nach dem 25. April 1953 abzunehmen. Da sie dies verweigert habe, sei er berechtigt, Schadensersatz zu verlangen. Er hat einen Teilbetrag seines Schadens eingeklagt und verlangt Zahlung von 6.110 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 25. April 1953.

Die Beklagte wendet ein, sie sei auf Grund ihrer Lieferungsbedingungen, die Vertragsbestandteil geworden seien, nicht verpflichtet gewesen, dem Kläger eine Nachfrist gemäß § 326 BGB zu setzen. Sie habe aber jedenfalls eine solche Frist durch ihre Erklärungen in dem Telefongespräch vom 23. April 1953 gesetzt, bei dem sie erklärt habe, nur den Schwefel abzunehmen, der am 25. April 1953 bereits abgesandt worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hängt die Entscheidung des Rechtsstreits ausschließlich davon ab, ob die Parteien die in § 326 BGB getroffene Regelung und damit das darin bestimmte Erfordernis der Nachfristsetzung durch die Bestimmungen zu Nr. 9 der Lieferungsbedingungen der Beklagten wegbedungen hatten.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß diese Bedingungen Vertragsbestandteil geworden sind. Es ist dabei davon ausgegangen, daß die Parteien bei dem Ferngespräch am 3. Januar 1953 noch nicht zum Abschluß eines Kaufvertrages gekommen seien. Das erste maßgebende Angebot des Klägers liege, so meint das Berufungsgericht, in der telegraphischen Mitteilung des Klägers vom 3. Januar 1953: "500 tons Brockenschwefel DM 20,-- geordnet, Brief folge" und in seiner Auftragsbestätigung vom selben Tage. Gegen diese Annahme wendet sich die Revision mit der Rüge, daß der von dem Kläger benannte Zeuge Z. nicht vernommen worden sei, dessen Aussage zu einer anderen Beurteilung der fernmündlichen Verhandlungen am 3. Januar 1953 geführt haben würde. In diesen sei nämlich der Kaufvertrag vorbehaltlich der Bestätigung des Klägers hinsichtlich des von der Beklagten angebotenen Preises bereits abgeschlossen worden. Diese Bestätigung sei dann noch am gleichen Tage telegrafisch gegeben worden, so daß die Auftragsbestätigung des Klägers ein Bestätigungsschreiben im Rechtssinne sei.

Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben. Denn es kann hierauf für die Frage, ob die Lieferungsbedingungen der Beklagten Bestandteil des Kaufvertrages geworden sind, nicht ankommen. Handelte es sich bei dem Schreiben des Klägers vom 3. Januar 1953 um eine echte Auftragsbestätigung, der bereits eine Einigung der Parteien über einen Kaufabschluß vorangegangen war, so hätte der Kläger mit dieser den Versuch unternommen, seine Lieferungsbedingungen dem Vertrag zugrunde zu legen, während die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 5. Januar 1953 diesem Versuch durch die Erklärung, daß sie zu ihren Lieferungsbedingungen bestelle, entgegen getreten wäre. Das gleiche wäre anzunehmen, wenn in der "Auftragsbestätigung" des Klägers vom 3. Januar 1953 lediglich ein Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages zu sehen ist. Die

in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr zwischen Kaufleuten gegenüber einem Bestätigungsschreiben im Rechtssinne können hier in keinem Fall zur Anwendung kommen. Denn die Beklagte hat gegenüber der "Auftragsbestätigung" des Klägers nicht geschwiegen, sondern sie hat in dem Antwortschreiben vom 5. Januar 1953 erklärt, daß sie die Ware zu ihren Lieferungsbedingungen bestelle. Deshalb ist jedenfalls für die Frage, ob die Lieferungsbedingungen der Beklagten Vertragsbestandteil geworden sind, die Vernehmung des Zeugen Z. entbehrlich gewesen.

Das Berufungsgericht hat die "Auftragsbestätigung" des Klägers vom 3. Januar 1953, die "Bestellung" der Beklagten vom 5. Januar 1953 und die Antwort des Klägers vom 8. Januar 1953 dahin ausgelegt, die Parteien hätten hiermit klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß sie die Lieferungsbedingungen beider Vertragspartner jedenfalls insoweit zum Inhalt des Kaufvertrages machen wollten, als sie sich nicht widersprachen. Der Kläger habe das Angebot der Beklagten vom 5. Januar 1953 ausdrücklich durch sein Schreiben vom 8. Januar 1953 angenommen, in dem er seine "Auftragsbestätigung" vom 3. Januar 1953 und die "Bestellung" der Beklagten vom 5. Januar 1953 als Vertragsinhalt bezeichnet habe, wie die Beklagte das in ihrem Schreiben vom 5. Januar 1953 ebenfalls getan hatte. Es hätten demnach hinsichtlich dessen, was zwischen den Parteien Vertragsinhalt sein sollte, ausdrückliche und übereinstimmende Erklärungen beider Seiten vorgelegen. Demgegenüber sei der Aufdruck am unteren Rande des Schreibens des Klägers vom 8. Januar 1953 "Es gelten ausschließlich meine Ihnen bekannten Lieferungsbedingungen" schon deshalb ohne Belang, weil dieser Vermerk der ausdrücklich getroffenen und im selben Schreiben nie-

dergelegten individuellen Abrede widersprochen habe. Der Kläger habe zudem in Kenntnis der Lieferungsbedingungen der Beklagten widerspruchslos geliefert. Selbst wenn es, so meint das Berufungsgericht, mit einer Hilfsbegründung, an einer Abrede über die Geltung dieser Bedingungen gefehlt haben würde, so würden die Bedingungen der Beklagten, nachdem diese ihren auf die Geltung ihrer Bedingungen gerichteten Willen einmal klar und unzweideutig erklärt hatte, durch den vorgedruckten Vermerk auf dem Schreiben des Klägers und durch das Schweigen der Beklagten hierauf nicht wieder beiseite geschoben worden sein. In weiteren Ausführungen begründet das Berufungsgericht seine Auffassung, daß die zu Nr 9 der Lieferungsbedingungen der Beklagten enthaltenen Bestimmungen, nach denen die Beklagte schon bei bloßer Überschreitung des vereinbarten Liefertermins zum Rücktritt berechtigt sei, den Lieferungsbedingungen des Klägers nicht widersprechen.

Dem kann aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden.

Zunächst ergeben sich bereits Bedenken, ob das Berufungsgericht, dem Schreiben des Klägers vom 8. Januar 1953 entnehmen durfte, er habe sich auch mit den Lieferungsbedingungen der Beklagten einverstanden erklärt, soweit sie nicht mit seinen Lieferungsbedingungen in Widerspruch stehen. Denn die Bezugnahme auf seine "Auftragsbestätigung" vom 3. Januar 1953 und die "Bestellung" der Beklagten vom 5. Januar 1953 enthält einen Widerspruch in sich, wenn sie auch die frühere Erklärung des Klägers, er wolle zu seinen Lieferungsbedingungen liefern, und die Erklärung der Beklagten, daß sie zu ihren Lieferungsbedingungen bestelle, umfaßte. Aus diesem Grunde ist fraglich, ob das Berufungsgericht annehmen durfte, der Kläger habe durch die Bezugnahme in seinem Schreiben

vom 8. Januar 1953 auch die Lieferungsbedingungen der Beklagten zum Vertragsinhalt gemacht. Es bedarf jedoch keiner Entscheidung, ob diese Auslegung des Schriftwechsels durch das Berufungsgericht als möglich anzusehen und deshalb der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist, Denn das Berufungsgericht hat jedenfalls rechtlich fehlsam angenommen, daß die Abweichungen von den gesetzlichen Regeln über den Verzug und die Entbehrlichkeit einer Nachfrist, die es der Nr 9 der Lieferungsbedingungen der Beklagten entnommen hat, mit den Lieferungsbedingungen des Klägers vereinbar seien. Diese stehen vielmehr in offenkundigem Widerspruch zu der Regelung in Nr 9, da sie in Nr 8 u.a. bestimmen, daß eine Zeitgarantie nicht gewährt werde und im übrigen hinsichtlich der Berechtigung des Käufers zum Rücktritt stillschweigend auf die gesetzliche Regelung mit den Einschränkungen abstellen, die sich aus dem Wortlaut der allgemeinen Lieferungsbedingungen des Klägers und den besonderen in die Auftragsbestätigung aufgenommenen Bedingungen ergeben. Zu diesen gehört die Klausel: "Produktionsstörung vorbehalten, sowie richtiges und termingemäßes Eintreffen der Ware." Mit dieser Klausel ist nicht vereinbar, daß der Beklagten nach ihren Bedingungen schon bei Überschreitung der Lieferzeit ohne jede Fristsetzung ein Rücktrittsrecht zustehen soll. Der Kläger hat behauptet, er sei mit seinen Vorlieferanten in Differenzen geraten, die im wesentlichen darauf zurückzuführen seien, daß die Beklagte die erste Teillieferung beanstandet und sich zur Abnahme des Restes trotz seiner Anfrage vom 26. Februar 1953 erst mit Schreiben vom 14. März 1953 bereit erklärt habe, und ferner, er habe erst am 22. April 1953 wieder über die Ware seines Vorlieferanten verfügen können. Gerade für diesen Streitpunkt wird deutlich, daß die Lieferbedingungen des Klägers und die Lieferungsbedingungen der Beklagten im

Gegensatz stehen, indem nämlich der Kläger sich auf Grund seiner Bedingungen auch darauf berufen könnte, daß die eingetretene Verzögerung auch von der Beklagten zu vertreten sei, während der Beklagten auf Grund ihrer Bedingungen nach der Auslegung des Berufungsgerichts schon bei bloßer Überschreitung der vereinbarten Lieferzeit ein Recht zum Rücktritt von dem Vertrage zustehen soll, so daß sich die Bedingungen der Beklagten als Garantie der vereinbarten Lieferzeit auswirken.

Aus diesen Gründen setzt sich das Berufungsgericht mit dem Wortlaut und Sinn der Lieferungsbedingungen des Klägers und der Lieferungsbedingungen der Beklagten in Widerspruch, wenn es die Lieferungsbedingungen der Beklagten zu Nr 9 mit den Lieferungsbedingungen des Klägers für vereinbar hält.

II. Es war daher zu prüfen, ob die Entscheidung des Berufungsgerichts aus anderen Gründen richtig ist.

1. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob etwa nur die Lieferungsbedingungen der Beklagten Vertragsbestandteil geworden sind. Das ist zu verneinen. Das Berufungsgericht hat selbst angenommen, daß ein bloßes Schweigen des Klägers auf die im Schreiben der Beklagten vom 5. Januar 1953 zum Ausdruck gebrachte Erklärung, daß sie zu ihren Lieferungsbedingungen bestelle, noch nicht als Annahme dieses neuen Antrages der Beklagten zu werten wäre, glaubt aber dem Umstand Bedeutung beimessen zu können, daß der Kläger in seinem Schreiben auch auf die "Bestellung" der Beklagten vom 5. Januar 1953 Bezug genommen und sodann in Kenntnis der Bedingungen der Beklagten geliefert hat. Diese beiden Umstände können jedoch nicht die Annahme begründen, daß der Kläger sich einseitig den Bedingungen der Beklagten

gefügt und stillschweigend damit einverstanden erklärt habe, daß sie allein Vertragsbestandteil sein sollten. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil der Kläger in seinem Schreiben auch auf seine "Auftragsbestätigung" Bezug genommen hat, nach der er dem Vertrag seine Lieferungsbedingungen zu Grunde gelegt wissen wollte. Es kommt hinzu, daß sein Schreiben am unteren Rande einen Aufdruck enthielt, wonach nur seine Lieferungsbedingungen gelten sollten. Unter diesen Umständen war auch für die Beklagte erkennbar, daß mindestens zweifelhaft blieb, ob der Kläger sich der Geltung der Lieferungsbedingungen der Beklagten unterwerfen wollte oder ob er dem verwendeten Vordruck der Beklagten insoweit, als er einen Hinweis auf ihre Lieferungsbedingungen enthielt, lediglich keine Bedeutung beigemessen hat. Die Beklagte kann daher nicht geltend machen, sie habe darauf vertrauen dürfen, der Kläger wolle von dem ursprünglichen Verlangen, daß seine Lieferungsbedingungen gelten sollten, nunmehr abgehen und sich ihren Bedingungen unterwerfen. Der Umstand, daß der Kläger in Kenntnis der der "Bestellung" der Beklagten rückseitig aufgedruckten Lieferungsbedingungen eine Teillieferung vorgenommen hat, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Die von dem Berufungsgericht angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. September 1954 - I ZR 18/53 - (LM BGB § 150 Nr 3 = MDR 1954,733 = BB 1954,882) betrifft einen Sachverhalt, der sich von dem hier zu beurteilenden in wesentlichen Punkten unterscheidet. In jenem Falle hatte der Vertragsgegner der Übernahme der Lieferungsbedingungen des Bestellers in unmißverständlicher Weise widersprochen, indem er den Auftrag unter Zugrundelegung seiner Bedingungen "angenommen" hatte. Dem hatte sodann der Besteller nicht widersprochen und es war darüber zu entscheiden, ob er sich mit den Lieferungsbedingungen des Verkäufers dadurch einverstanden erklärt hat, daß er Teil-

lieferungen abgenommen und Teilzahlungen geleistet hat. In der vorliegenden Sache handelt es sich dagegen um die Frage, ob der Kläger sich den Bedingungen des Käufers unterworfen hat, obwohl er gegenüber dessen Schreiben, wonach er zu seinen Lieferungsbedingungen bestellte, nicht geschwiegen, sondern Erklärungen abgegeben hat, denen entnommen werden kann, daß er an seinen Bedingungen festhalten wollte. Aus der oben angeführten Entscheidung kann daher kein rechtlicher Gesichtspunkt für den hier zu beurteilenden Fall gewonnen werden.

2. Die Abweisung der Klage wäre allerdings auch dann begründet, wenn ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen wäre und zwar deshalb nicht, weil der Kläger ihm seine Bedingungen, die Beklagte dagegen ihre Bedingungen zugrunde gelegt wissen wollte und es an einer Einigung über diesen Punkt fehlt. Aus diesem Grunde kann jedoch das Zustandekommen eines Kaufvertrages zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt werden. Vielmehr berechtigt die Tatsache, daß beide Parteien keinen Wert darauf gelegt haben, diesen Punkt einer eindeutigen Klärung zuzuführen, zu der Folgerung, daß sie ihm für das Zustandekommen des Kaufvertrages ein entscheidendes Gewicht nicht beigemessen haben. Sie haben auch noch nach der Teillieferung den Standpunkt eingenommen, daß der Kaufvertrag gelten sollte, ohne daß geklärt war, welche Lieferungsbedingungen Vertragsbestandteil geworden waren. Nach Treu und Glauben kann die Beklagte daher den Vertragsschluß nachträglich nicht in Frage stellen (vgl Krause, Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952, 996, insbesondere 998 zu III letzter Absatz und IV, 5).

Infolgedessen bedarf es auch hierfür keiner Klärung, ob der Kaufvertrag, wie der Kläger behauptet hat, bereits am 3. Januar 1953 mündlich unter der Bedingung fest ab-

geschlossen worden war, daß der Kläger dem von der Beklagten bewilligten Preis zustimmt.

3. Ist somit davon auszugehen, daß die Beklagte nur dann berechtigt war, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn die Voraussetzungen des § 326 BGB vorlagen, so ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, wenn es erkennbar diese Voraussetzungen nicht als dargetan angesehen hat. Die Frage, ob die dem Kläger am 23. April 1953 gesetzte Nachfrist angemessen war, unterliegt grundsätzlich der Beurteilung des Tatrichters. Besondere Umstände, die die Beurteilung des Berufungsgerichts in diesem Punkt in Frage stellen könnten, sind nicht zutage getreten.

III. Hiernach mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Es war jedoch nicht möglich, den Schadensersatzanspruch, wie es die Revision mit ihrem Antrag verlangt hat, schon jetzt dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Hat die Beklagte mit ihrer Erklärung am 25. April 1953, wie sie behauptet, lediglich abgelehnt, die Ware anzunehmen, die der Kläger nach dem 25. April 1953 zur Absendung bringen würde, so könnte doch, wenn hierin eine endgültige Erfüllungsverweigerung zu erblicken wäre, der Kläger nur dann als berechtigt angesehen werden, ohne eine Fristsetzung zum Anspruch auf Schadensersatz überzugehen, wenn er bei dem Angebot der Lieferung am 23. April 1953 wirklich zur Lieferung in der Lage und hierzu bereit war. Dies ist zwischen den Parteien streitig. Der Sachverhalt bedarf daher mindestens insoweit noch einer Behandlung durch den Tatrichter, wie die Revision in der mündlichen Verhandlung auch nicht verkannt hat.

Infolgedessen war das Urteil des Berufungsgerichts auf die Revision des Klägers aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Es erscheint angebracht, für die weitere Behandlung und Entscheidung des Rechtsstreits, folgende Hinweise zu geben. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Lieferungstermin sei durch Vereinbarung bis zum 20. April 1953 verlängert und hiermit endgültig festgelegt worden. Es hätte aber einer Prüfung bedurft, ob der Kläger nach der besonderen Gestaltung des Falles unter Berücksichtigung von Treu und Glauben eine weitere Rücksichtnahme hinsichtlich der Lieferfrist deshalb beanspruchen durfte, weil die Beklagte sich nicht bereit erklärt hatte, die restliche Ware auf Grund des Angebots des Klägers im Schreiben vom 26. Februar 1953 alsbald anzunehmen und dadurch, wie der Kläger behauptet und unter Beweis gestellt hat, eine Änderung in der Abwicklung des Vertrages eingetreten sei. Die Prüfung dieses Einwandes könnte dazu führen, daß der Kläger auch noch nicht durch das Fernschreiben der Beklagten vom 21. April 1953 in Verzug gekommen war. Außerdem wird zu prüfen sein, ob der Kläger den fernmündlichen Erklärungen der Beklagten vom 23. April 1953 eine endgültige Weigerung entnehmen durfte, ohne daß er der Beklagten eine nähere Erläuterung und Aufklärung

darüber gegeben hatte, daß seine Differenzen mit dem Vorlieferanten, wie er behauptet, erst am Tage zuvor bereinigt worden seien.

Dr.Großmann Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner