

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 258/74

URTEIL

Verkündet am

9. Juli 1975

Scheibl,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Alfred E. GmbH & Co. KG in B.,
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesell-
schafterin, die Beklagte zu 2,
2. Firma Alfred E. GmbH in B., vertreten durch
ihren Geschäftsführer Alfred E. in B., Am
G.,

Beklagte und Revisionskläger,

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

g e g e n

Firma A. e F. L. L. S.A.S. O.,
(B.), vertreten durch den Kaufmann Daria L.,
O. (B.), Italien,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 16. September 1974 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betreibt ein Stahlwerk in O [REDACTED] bei B [REDACTED]; sie verkauft ihre Produkte in die Bundesrepublik durch Vermittlung der Firma S [REDACTED] I [REDACTED] s.p.a., M [REDACTED]. Die Beklagte zu 1, die ihren Sitz in B [REDACTED] hat, handelt mit Stahl. Persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1 ist die Beklagte zu 2.

Im Februar 1973 bestellte die Beklagte zu 1 durch Vermittlung der Firma S [REDACTED] bei der Klägerin 1 000 to Beton Rippenstahl der Güteklasse III A zum Festpreis von 580 DM/to zuzüglich Dimensionsaufpreis "frei verladen Waggon ab Werk B [REDACTED]". Die Klägerin akzeptierte diese Bestellung, der ein Angebotsschreiben der Beklagten zu 1 vom 20. Februar 1973 zugrundelag, am 27. Februar 1973 mündlich anlässlich eines Besuchs des Geschäftsführers der

- 3 -

Beklagten zu 2 bei der Klägerin. Am 8. März 1973 bat die Firma S die Beklagte zu 1 fernschriftlich, noch mitzuteilen, ob der Transport in Regie der Beklagten zu 1 oder der Klägerin erfolgen solle. Am 12. März 1973 teilte die Beklagte zu 1 der Firma S telefonisch mit, der Transport solle in Regie der Klägerin erfolgen. Die Firma S bestätigte diese Erklärung der Beklagten zu 1 mit Fernschreiben vom gleichen Tage. In diesem Fernschreiben heißt es weiter:

"Demnach wird das Material FAS zum Preise von DM 580 + DM 57 vorgenommen."

Unter "FAS" in diesem Sinne verstehen die Beteiligten übereinstimmend: "frei ankommendes Binnenschiff".

Ebenfalls am 12. März 1973 erhielt die Beklagte zu 1 ein Schreiben der Firma S vom 7. März 1973, dem die Auftragsbestätigung der Klägerin an die Beklagte zu 1 vom 28. Februar 1973 beigelegt war. Danach bestätigte die Klägerin der Beklagten zu 1 den Kaufabschluß zum Preis von DM 580/to zuzüglich Dimensions- und Güteaufpreis "franco Waggon B unverzollt und unversteuert" mit dem Zusatz:

"Sollten wir eine FAS-K-Lieferung nach einem durch Rheinkähne leicht erreichbaren Hafen durchführen, werden wir noch 57 DM/t inclusive berechnen ..."

Sowohl in dieser Auftragsbestätigung als auch in einem Begleitschreiben der Firma S wurde gebeten, ein Doppel der Auftragsbestätigung zu unterschreiben und zu-



rückzusenden. Die Beklagte zu 1 kam dem nicht nach. Unter dem 15. März 1973 bestätigte sie ihrerseits den Kaufabschluß zum Preis von 637 DM/t zuzüglich der am Tage der Lieferung gültigen Kaliberaufpreise, "frei ankommendes Schiff K-Hafen verzollt und versteuert". Dieses an die Klägerin gerichtete Schreiben ging mit einem Begleitschreiben der Beklagten zu 1 am 22. März 1973 bei der Firma S ein. In dem Begleitschreiben bat die Beklagte zu 1, die Kopie ihrer Auftragsbestätigung unterschrieben zurückzusenden. Weder die Firma S noch die Klägerin kamen dieser Aufforderung nach. Die Firma S teilte der Beklagten vielmehr noch am 22. März 1973 fernschriftlich u.a. mit:

"Bezüglich der Auslieferungsbedingungen bitten wir Sie zur Kenntnis zu nehmen, daß zu Lasten I lediglich der Transport und die normale FPA-Versicherung gehen. Wir werden uns deshalb erlauben, Ihre Preisstellung auf "... unverzollt, unversteuert" zu ändern."

Die Beklagte zu 1 bestand jedoch darauf, daß sie den Stahl verzollt und versteuert eingekauft habe. Eine Verständigung über diese Frage, bei der es praktisch um die Zahlung der Einfuhrumsatzsteuer ging, kam nicht zustande. Die Beklagte zu 1 lehnte vielmehr die Lieferung des Stahls für den Fall, daß sie nicht verzollt und versteuert erfolge, ab und verlangte statt dessen Lieferung F K verzollt und versteuert (GA Bl. 35). Nachdem die Klägerin die Beklagte zu 1 unter Fristsetzung vergeblich aufgefordert hatte, ihr Einverständnis zur Weiterleitung der Bestellten Lieferung zu geben, ließ die Klägerin die Beklagte zu 1 durch einen Rechtsanwalt mit Schreiben vom

25. April 1973 (GA Bl. 52) auffordern, die Partie bis zum 27. April 1973 vertragsgemäß abzurufen und Versandinstruktionen zu geben, andernfalls sie die Annahme der Leistungen der Beklagten ablehnen werde. Da die Beklagte zu 1 bei ihrer Haltung verblieb, lehnte die Klägerin durch Fernschreiben vom 3. Mai 1973 die Erfüllung des Vertrages ab.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 53 043,30 DM. Als Schaden macht sie die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem niedrigeren Marktpreis von Ende April 1973 in Höhe von 50 000 DM sowie die Kosten der von ihr mit dem Anwaltsschreiben vom 25. April 1973 beauftragten Rechtsanwälte in Höhe von 3 043,30 DM geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Fragen, ob zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustandegekommen ist und ob die Beklagten der Klägerin wegen Verletzung des Kaufvertrages zum Schadensersatz verpflichtet sind, nach deutschem Recht beurteilt. Dies wird von der Revision nicht angegriffen und ist unbedenklich, weil die Parteien nach der Feststellung des Berufungsgerichts über die Anwendbarkeit des deutschen Rechts einig sind (vgl. Senatsurteile vom 15. April 1970 - VIII ZR 87/69 = WM 1970, 885 und vom 20. Dezember 1972 - VIII ZR 113/71 = WM 1973, 174).

II. Das Berufungsgericht hält die Beklagte zu 1 gemäß § 326 BGB für verpflichtet, der Klägerin den geltend gemachten Schaden zu ersetzen. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht führt aus, daß zwischen den Parteien am 27. Februar 1973 anlässlich des Besuchs des Geschäftsführers der Beklagten zu 2 bei der Klägerin mündlich ein Kaufvertrag auf der Grundlage des Schreibens der Beklagten zu 1 vom 20. Februar 1973 geschlossen worden sei, und zwar mit der Maßgabe, daß die Beklagte zu 1 statt der Lieferung "frei verladen Waggon ab Werk B [REDACTED]" nach ihrer Wahl gegen einen Aufschlag von 57 DM/t auch Lieferung "F [REDACTED] K [REDACTED]" habe verlangen können.

a) Ob die Parteien für den Vertrag Schriftform vorgesehen hatten, wie die Revision geltend macht, kann offen bleiben. Denn mündliche Vereinbarungen können ungeachtet

dessen wirksam sein, wenn die Parteien die Maßgeblichkeit der mündlichen Absprachen gewollt haben (BGH Urt. v. 29. November 1973 - VII ZR 205/71 = WM 1974, 105 m. w.Nachw.). Das war hier nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Fall.

b) Es ist auch nicht richtig, daß der Kaufvertrag vom 27. Februar 1973 allenfalls auf der Grundlage einer Lieferung "F● K●" zustande gekommen sei, weil die Beklagte zu 1 sich schon am 27. Februar 1973 für dieses Angebot entschieden habe. Die Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht den dafür angetretenen Beweis nicht erhoben habe, geht fehl. Dazu hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, weil die Beklagten in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 6. Dezember 1973 an anderer Stelle zugestanden hatten, daß die Klägerin am 27. Februar 1973 das Angebot der Beklagten zu 1 angenommen hatte, wobei diese eine Fracht von 57 DM/t akzeptiert hatte, "falls die Fracht in Regie der Klägerin durchgeführt werde". Das Berufungsgericht hat daher als unstreitig ansehen dürfen, daß die Parteien sich am 27. Februar 1973 entsprechend dem Schreiben der Beklagten zu 1 vom 20. Februar 1973 mit der Maßgabe geeinigt hatten, daß diese gegen einen Aufpreis von 57 DM/t auch Lieferung "F● K●" verlangen konnte.

2. Die Frage, wer die bei einer Einfuhr in die Bundesrepublik Deutschland anfallenden Zölle und Steuern zu tragen hatte, kam erstmals in den Auftragsbestätigungen der Klägerin vom 28. Februar 1973 und der Beklagten vom 15. März 1973 zur Sprache. Der zuvor mündlich geschlossene Kaufvertrag wurde hierdurch nicht geän-

dert oder ergänzt, weil die Auftragsbestätigungen insoweit nicht übereinstimmten und die von jeder Seite erbetene Gegenbestätigung nicht gegeben wurde (vgl. Senatsurteil vom 18. März 1964 - VIII ZR 281/62 = LM BGB § 154 Nr. 6 = NJW 1964, 1269). Der Bestätigung der Beklagten zu 1, daß die Ware verzollt und versteuert zu liefern sei, hatte die Firma S. sogar für die Klägerin widersprochen.

3. Ob die Beklagte zu 1 berechtigt war, die Lieferung für den Fall abzulehnen, daß sie nicht verzollt und versteuert erfolgte, hängt mithin von der Auslegung des Kaufvertrags ab, wie er am 27. Februar 1973 zustande gekommen war.

a) Wie die Revision zu Recht rügt, hat das Berufungsgericht seiner Auslegung dieses Vertrages lediglich die Vereinbarung "frei verladen Waggon ab Werk B." zugrunde gelegt. Die Beklagte hatte indessen, wie dargelegt wurde, die Möglichkeit, gegen einen Preiszuschlag von 57 DM/t Lieferung "F. K." zu verlangen. Von diesem Recht machte sie Gebrauch, indem sie der Firma S. am 12. März 1973 telefonisch mitteilte, daß der Transport des Stahls in Regie der Klägerin erfolgen solle. Dies konnte nur bedeuten, daß die Beklagte zu 1 Lieferung "F. K." wünschte. Die lediglich auf die Klausel "frei verladen ab Waggon Werk B." abstellende Vertragsauslegung des Berufungsgerichts verletzt daher § 157 BGB.

b) Dieser Rechtsfehler nötigt jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil dem Berufungs-

gericht im Ergebnis beizupflichten ist. Auch bei einer Lieferung "F● K●" war die Einfuhrumsatzsteuer nicht von der Klägerin zu tragen.

4. Da das Berufungsgericht diese Vertragsklausel nicht ausgelegt hat, der Sachverhalt indessen für eine Auslegung geklärt ist, kann der Senat diese selbst vornehmen (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 1970 - VIII ZR 253/68 = WM 1970, 877, 878).

a) Unstreitig hatten die Parteien unter der Vereinbarung "F● K●" übereinstimmend "frei ankommendes Binnenschiff K●" verstanden. Schon deshalb sind die in den I● enthaltenen Auslegungsregeln für die F●-Klausel hier unanwendbar. Denn die I● kennen die F●-Klausel nur in der anderen Bedeutung "frei Längsseite Seeschiff oder Binnenschiff (benannter Verschiffungshafen)" (Incoterms Nr. 3 bei Baumbach/Duden, HGB 20. Aufl. Anh. I § 382).

b) Es ist daher zu ermitteln, was die Parteien unter der Vereinbarung "frei ankommendes Binnenschiff K●" verstanden. Dabei bedarf keiner Erörterung, wer die Einfuhrumsatzsteuer dann zu tragen hätte, wenn die Parteien lediglich Lieferung "frei ankommendes Binnenschiff K●" vereinbart hätten. Denn die Klägerin hatte nach Wahl der Beklagten zu 1 entweder "frei verladen Waggon ab Werk B●" oder "frei ankommendes Binnenschiff K●" zu liefern.

c) Daß der Beklagten zu 1 die Wahl eingeräumt war, den Transport in eigener Regie vorzunehmen oder den Trans-

port durch die Klägerin durchführen zu lassen, deutet bereits darauf hin, daß sich im übrigen an den Verpflichtungen der Klägerin nichts ändern sollte. Daß die Leistungen der Klägerin sonst gleich sein sollten, ergibt sich in jedem Falle daraus, daß der bei einer Lieferung "frei Binnenschiff K" vereinbarte Aufschlag von 57 DM/t unstreitig nur die Transportkosten nach K enthielt. Wenn die Klägerin bei einer Lieferung "frei ankommendes Binnenschiff K" lediglich die durch den Transport nach K anfallenden Kosten in Rechnung stellen sollte, so läßt das mangels weiterer Abmachungen der Parteien nur den Schluß zu, daß diese bei dem Vertragsschluß übereinstimmend davon ausgingen, bei einer Lieferung "frei ankommendes Binnenschiff K" habe die Klägerin im übrigen dieselben Verpflichtungen wie bei einer Lieferung "frei verladen Waggon ab Werk B".

d) Es kommt demnach darauf an, wer bei einer Lieferung "frei verladen Waggon ab Werk B" die Einfuhrumsatzsteuer hätte tragen müssen.

aa) Bei einer derartigen Liefervereinbarung hatte die Klägerin die bei einer Einfuhr in die Bundesrepublik Deutschland anfallende Einfuhrumsatzsteuer nicht zu tragen, wie sich aus Wortlaut und Sinn dieser Vereinbarung ergibt. Sie kann nur dahin verstanden werden, daß alle Kosten und Abgaben, die nach einer Verladung in B anfielen, zu Lasten der Beklagten zu 1 gehen sollten.

bb) Die Revision rügt allerdings, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, es komme nicht auf die Behauptung der Beklagten an, daß nach dem Handelsbrauch der deutsche Importeur bei einer Einfuhr aus

Italien nichts mit dem Zoll und der Einfuhrumsatzsteuer zu tun habe. Die Beklagten hatten indessen dazu nur vorgetragen, daß nach Kenntnis ihres in dieser Frage versierten Prozeßbevollmächtigten die italienischen Exporteure den deutschen Importeuren keinen Steuer- oder Zollbetrag berechnen. Daraus läßt sich nicht folgern, daß ein Handelsbrauch bestehe, nach dem die italienischen Lieferanten bei einer Lieferung in die Bundesrepublik Deutschland die Einfuhrumsatzsteuer übernehmen. Zudem war für den behaupteten Handelsbrauch kein Beweis angeboten; eines Hinweises gemäß § 139 ZPO auf das Fehlen eines Beweisantritts bedurfte es im Anwaltsprozeß nicht. Überdies spricht gegen den von den Beklagten behaupteten Handelsbrauch, daß nach den Incoterms, die möglicherweise noch nicht zu einem kodifizierten Handelsbrauch geworden sind, jedoch weltweite Geltung haben (Eisemann, Die I [REDACTED] im Internationalen Warenkaufrecht 1967 S. 26 und 50), bei den Klauseln "ab Werk" und "frei (franco) Waggon" der Käufer sogar alle Zollgebühren und Abgaben zu tragen hat, die aufgrund der Ausfuhr erhoben werden (Baumbach/Duden, aaO Incoterms Nr. 1 und 2).

cc) Unbegründet sind auch die Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der mit der Klägerin vereinbarte Preis ein Festpreis habe sein sollen und daß dieser Preis erheblich über dem Marktpreis gelegen habe, wenn die Beklagte zu 1 die Einfuhrumsatzsteuer zu tragen hatte.

Daß sie zu einem Festpreis gekauft hätten, haben die Beklagten nicht unter Beweis gestellt. Zudem ließe sich daraus nichts dafür entnehmen, daß die Klägerin auch

bei einer Lieferung "frei verladen Waggon ab Werk B[REDACTED]" die erst nach der Verladung in B[REDACTED] anfallende Einfuhrumsatzsteuer zu übernehmen hatte.

Hinsichtlich der Marktpreise hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Stahlpreise damals schwankten und daß sie nach dem 27. Februar 1973, also nach Vertragsschluß, gefallen waren. Das war möglicherweise der Grund dafür, daß die Beklagte zu 1 mit Schreiben vom 20. März 1973 wegen "unvorhergesehener Verkaufsschwierigkeiten" um eine Reduzierung des Auftrags gebeten hatte. Aus den Marktpreisen läßt sich jedenfalls unter diesen Umständen nichts auf den Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung schließen.

e) Da die Klägerin demnach bei einer Lieferung "frei verladen Waggon ab Werk B[REDACTED]" die Einfuhrumsatzsteuer nicht hätte tragen müssen und da die Klägerin bei einer Lieferung "F[REDACTED] K[REDACTED]" mit Ausnahme des Transports keine zusätzlichen Verpflichtungen übernommen hatte, brauchte sie auch bei einer Lieferung "frei ankommendes Binnenschiff K[REDACTED]" die Einfuhrumsatzsteuer nicht zu tragen.

5. Konnte die Beklagte zu 1 somit nicht verlangen, daß die Klägerin die Einfuhrumsatzsteuer für die Stahllieferung zahlte, so stellte ihre beharrliche Ablehnung, die Ware unversteuert und unverzollt entgegenzunehmen, wegen der darin zum Ausdruck gekommenen ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Vertragserfüllung eine positive Vertragsverletzung dar, die sie zum Schadensersatz verpflichtete (vgl. Palandt/Heinrich, BGB, 34. Aufl.

§ 276 Anm. 7 c aa m.w.Nachw.).

a) Nachfrist hatte die Klägerin der Beklagten entgegen der Behauptung der Revision mit dem Anwaltsschreiben vom 25. April 1973 gesetzt.

b) Ob die Abnahmepflicht der Beklagten hier eine vertragliche Hauptpflicht i.S. des § 326 BGB war, wie das Berufungsgericht angenommen hat, kann dahingestellt bleiben, weil die Beklagte zu 1 nicht nur die Abnahme, sondern die Vertragserfüllung verweigert hatte.

c) Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist entgegen der Revision nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Klägerin wegen des Annahmeverzugs der Beklagten den Stahl gemäß § 373 HGB für deren Rechnung hätte veräußern können. § 373 HGB schließt die weitergehenden Befugnisse des Verkäufers nach bürgerlichem Recht nicht aus (vgl. § 374 HGB).

d) Als Schaden kann die Klägerin die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Marktpreis zur Zeit des Ablaufs der für die Vertragserfüllung gesetzten Nachfrist verlangen (vgl. RGZ 103, 293), die sich nach der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts auf 50 000 DM beläuft. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin umfaßt weiter die Anwaltskosten, die ihr dadurch entstanden sind, daß sie die Beklagte zu 1, nachdem sie diese vergeblich um ihr Einverständnis zur Absendung der Ware gebeten hatte, durch einen Rechtsanwalt nochmals zur Vertragserfüllung auffordern ließ.

aa) Entgegen der Meinung der Revision handelt es

sich bei diesen Anwaltskosten nicht um Prozeßkosten i.S. des § 91 ZPO, weil das Anwaltsschreiben vom 25. April 1975 nicht der Vorbereitung dieses Prozesses diene (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 33. Aufl. § 91 Anm. 5).

bb) Die Anwaltskosten wurden auch zu Recht nach einem Gegenstandwert von 580 000 DM berechnet. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 BRAGebO bestimmt sich der Gegenstandswert für anwaltliche Tätigkeiten, die einem gerichtlichen Verfahren vorausgehen, wie Mahnungen usw. nach den für die Gerichtsgebühren geltenden Vorschriften. Für die Wertberechnung der Gerichtsgebühren gelten gemäß § 11 GKG die Vorschriften der §§ 3 ff ZPO. Der Streitwert einer Klage auf Vertragserfüllung wäre danach nicht geringer als 580 000 DM gewesen.

III. Für den hiernach begründeten Schadensersatzanspruch der Klägerin haftet gemäß §§ 161, 128 HGB auch die Beklagte zu 2.

IV. Da die Revision somit keinen Erfolg hat, war sie mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Richter Merz ist beurlaubt
und kann deshalb nicht un-
terschreiben

Dr. Haidinger