

2235 052

VIII ZR 266/62

Verkündet
am 1. Juli 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma The F [REDACTED], Exporting and Importing Co. Ltd.,
in L [REDACTED], W.C. [REDACTED], [REDACTED] St. M [REDACTED]-La [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch ihre Geschäftsführer Sir Ambrose K [REDACTED],
Mr. M.F.B. Fi [REDACTED], Mr. J. G [REDACTED], Mr. L.P. W [REDACTED], Mrs.
I. Fr [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Fleischwerke Ernst Sch [REDACTED] Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung in Sa [REDACTED], So [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer Ernst Sch [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 1. Juli 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten
Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr.Dorschel
und Dr. Mezger
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom
2. Oktober 1962 insoweit aufgehoben, als das Berufungs-
gericht die Berufung der Klägerin in Höhe von 435,93 DM
nebst Zinsen hiervon zurückgewiesen und der Klägerin mehr
als 53/54 der Kosten des Rechtsstreits auferlegt hat.

Im übrigen wird die Revision der Klägerin gegen das vorbezeichnete Urteil zurückgewiesen.

Im Umfange der Aufhebung des Berufungsurteils wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin 53/54 zu tragen. Die Entscheidung über die übrigen Kosten des Rechtsstreits wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Handelsgesellschaft mit dem Sitz in London, bestellte und bezog seit etwa August 1950 mehrere Posten Fleischwaren in Dosen von der Beklagten, die in Sa-
[REDACTED] (Saargebiet) eine Fleischwarenfabrik betrieb. Die Abwicklung der Verträge, die mit der Vereinbarung "CIF London" geschlossen wurden, erfolgte regelmäßig so, daß die Klägerin für den Betrag ihrer Bestellungen durch ihre Londoner Bank bei der Kreissparkasse S [REDACTED] Akkreditive eröffnen ließ, aufgrund deren die Bezahlung der Ware für Rechnung der Klägerin durch die Kreissparkasse gegen Vorlage der geforderten Unterlagen, insbesondere der Verladebescheinigung der Speditionsfirma und der Versicherungspolice, vorgenommen wurde.

Im November 1950 schickte die Beklagte fünf Waggonladungen Fleischkonserven für die Klägerin ab, ohne daß der Kaufpreis von insgesamt 32 810 320 ffrs. voll gedeckt war. Die Beklagte sandte deshalb zu ihrer Sicherung die fünf Waggons an eine Londoner Speditionsfirma mit der Anweisung, die Ware nur aufgrund besonderer Ermächtigung an die Klägerin auszuhandigen. Bei der Abwicklung dieser Geschäfte veranlaßte die Beklagte die Speditionsfirma, 136 Kisten Dosenschinken zurückzubehalten. Inzwischen verhandelten die Parteien über Gutschriften, die die Beklagte wegen behaupteter Mängel vorangegangener Sendungen bewilligen sollte. Während dieser Verhandlungen bestellte die Klägerin erneut 307 Kisten zu je 28 Dosen gekochten Schinken, ebenfalls mit der Klausel "CIF London". Hierfür stellte die Klägerin ein Akkreditiv. Die Lieferung für diesen Vertrag kam am 7. Dezember 1950 zum Versand. Die Beklagte erhielt hierfür von der beauftragten Speditionsfirma D [REDACTED] & Cie. eine Verladebescheinigung vom 7. Dezember 1950. Auf dem Transport dieser Ware ließ die Beklagte durch den beauftragten Spediteur aus dem Waggon in



Du [REDACTED] 130 Kisten entnehmen und anderweitig zum Versand bringen. Hiervon will die Klägerin erst am 5. Januar 1951 Kenntnis erhalten haben. Auf Weisung der Beklagten lieferte die Londoner Speditionsfirma die noch bei ihr lagernden 136 Kisten Dosenschinken an die Klägerin aus. Hiermit will die Beklagte den der Sendung vom 7. Dezember 1950 zugrundeliegenden Liefervertrag erfüllt haben. Die Klägerin will dagegen diese Lieferung nicht als Erfüllung des Kaufvertrages über die bezahlten 307 Kisten Dosenschinken gelten lassen. Sie hat deswegen im Mai 1954 Klage auf Rückzahlung des durch Einlösung des Akkreditivs gezahlten Kaufpreises in Höhe von 2 766 400 ffrs. nebst 5 % Zinsen ab 1. Januar 1951 erhoben. Hilfsweise hat die Klägerin den eingeklagten Betrag mit Gewährleistungsansprüchen aus früheren Lieferungen begründet, während die Beklagte gegenüber diesen Ansprüchen die Einrede der Verjährung erhoben hat. Die Beklagte hat ferner hilfsweise gegen die Klageforderung mit Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat die zuletzt auf Zahlung von 23 533,76 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt sie ihr Klagebegehren weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin verlangt in erster Linie die Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises, der an die Beklagte aus dem Akkreditiv für den Dezember-Vertrag zur Auszahlung gekommen ist. Diesen Anspruch stützt die Klägerin darauf, daß sie sich die Lieferung der 136 Kisten nicht auf den geson-

derten Kaufvertrag über die 307 Kisten (Dezember-Vertrag) anrechnen zu lassen brauche. Das Berufungsgericht legt demgegenüber dar, es könne schon zweifelhaft sein, ob bereits durch die Absendung des Waggons Nr. 7085985 (7. Dezember 1950) eine Konzentration der Gattungsschuld im Sinne von § 243 Abs. 2 BGB eingetreten sei, da die Beklagte möglicherweise von vornherein die Absicht gehabt habe, ihre Lieferungsspflicht zum Teil durch Aushändigung der noch in London lagernden Konserven zu erfüllen. Jedenfalls habe aber die Beklagte gemäß § 366 Abs. 1 BGB eine wirksame Bestimmung darüber getroffen, daß diese Konserven zur "Komplettierung" der Sendung vom 7. Dezember 1950 dienen sollten. Die Bestimmung sei der Klägerin gegenüber mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gekommen; sie habe nicht damit rechnen können, daß ihr die restliche Ware aus der November-Anlieferung entgegen aller bisherigen Übung ohne vorherige Bezahlung ausgeliefert werde. Die in unmittelbarem Zusammenhang erfolgte Zustellung der 177 Kisten aus dem am 7. Dezember 1950 abgegangenen Waggon sowie der 136 Kisten durch die Speditionsfirma in London an die Klägerin habe nach Lage der Dinge nur als Erfüllung des "zuletzt" erteilten Lieferungsauftrages (Dezember-Vertrag) verstanden werden können. Die Beklagte habe offensichtlich die mit einem Rücktransport der 136 Kisten verbundenen Schwierigkeiten und Unkosten vermeiden wollen. Ihr Vorgehen sei auch für die Klägerin ohne weiteres einleuchtend gewesen. Im übrigen habe die Klägerin nach ihrer eigenen Darstellung durch die von der Beklagten gewählte Erledigung des Lieferungsauftrages keinen Nachteil erlitten, insbesondere auch nicht in Bezug auf den von ihr erzielten Erlös und die Qualität der Ware. Ihr neuerliches Vorbringen (in der Berufungsbegründung vom 23. November 1961 S. 7), die 136 Kisten hätten vor der Übergabe bereits einen Monat lang in zur Aufbewahrung von Lebensmitteln nicht geeigneten Räumen gelagert, lasse irgend eine Schädigung nicht erkennen, zumal die Klägerin die Kisten unbe-

anstandet angenommen (- allerdings nach ihrer Behauptung auf die früheren Verträge -) und weiterveräußert habe. Die Klägerin habe kein schutzwürdiges Interesse daran gehabt, daß ihr gerade die zum Versand gelangten 307 Kisten aufgrund ihrer Bestellung ausgehändigt wurden, so daß die Beklagte nach Treu und Glauben auch dann, wenn durch die Absendung des Waggons mit den 307 Kisten bereits eine Konzentration der Lieferungsverpflichtung eingetreten sei, berechtigt gewesen sei, ihre Schuld mit anderer gleichwertiger Ware zu erfüllen.

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach deutschem Vertragsrecht beurteilt hat. Sie macht ferner geltend, auch nach deutschem Recht seien die rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts zur Erfüllung des Dezember-Vertrages nicht richtig. Durch die Absendung des Waggons am 7. Dezember 1950 sei eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf diese Ware eingetreten und damit auch eine Befugnis der Beklagten zum Austausch der auf den Weg gebrachten Lieferung zu verneinen.

1. Dem Berufungsgericht ist entgegen der Auffassung der Revision darin beizutreten, daß die Parteien ihre vertraglichen Beziehungen durch stillschweigende Vereinbarung der deutschen Rechtsordnung unterstellt haben.

Für einen derartigen Parteiwillen spricht nach Auffassung des Berufungsgerichts, daß in einem Schreiben an die Klägerin vom 14. August 1950 die Beklagte darauf hingewiesen hat, irgend eine Streitigkeit aus den von ihr abgeschlossenen Verträgen solle nach ihren Bedingungen im Wege des schiedsgerichtlichen Verfahrens bei der Handelskammer Saarbrücken geregelt werden. Der von dem Berufungsgericht in Bezug genommene Hinweis lautet: "That according to my conditions, any dispute arising out of our contracts is to be settled by arbitration with Chamber of Commerce Saarbrücken". Damit habe, so führt das Berufungsgericht aus,

die Beklagte auf einen in Deutschland gelegenen Gerichtsstand hingewiesen, ohne daß die Klägerin dieser Klausel widersprochen habe. Wenn sie dann weitere Geschäfte mit der Beklagten getätigt habe, so habe sie sich auch für diese stillschweigend der am deutschen Gerichtsstand geltenden Rechtsordnung unterworfen. In diesem Sinne sei auch die Aussage des früheren Direktors bei der Klägerin, Fa. [REDACTED], vom 29. April 1958 zu verstehen, der zwar bekundet habe, über den Gerichtsstand sei bei Beginn der Geschäftsbeziehungen und auch später überhaupt nichts vereinbart worden, aber sich weiter dahin geäußert habe, er nehme an, daß die Beklagte sich mit einer Zuständigkeit der London Chamber of Commerce für Streitigkeiten nicht einverstanden erklärt hätte. Danach, so führt das Berufungsgericht aus, sei sich die Klägerin zumindest im klaren darüber gewesen, daß die Beklagte einen englischen Gerichtsstand abgelehnt hätte. Habe sie aber die Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten fortgesetzt, obwohl sie diesen Standpunkt kannte, so habe sie in konkludenter Weise den Willen der Beklagten akzeptiert. Es komme hinzu, daß die Kaufpreisforderungen nach den Zahlungsbedingungen der Beklagten beglichen wurden. Die von der Klägerin bei der Kreissparkasse S. [REDACTED] zu eröffnenden unwiderruflichen Akkreditive seien, ungeachtet des Umstandes, daß sie auf englische Währung lauteten, nach den Vorschriften des deutschen Rechts zu beurteilen. Auch die Beklagte habe ihre Leistungen nach dem erkennbaren Willen der Parteien unter Beachtung solcher Rechtsnormen erbringen sollen. So habe sie die Ware durch Vermittlung eines inländischen Spediteurs zum Versand bringen sollen, an den sie die Kosten für Fracht und Versicherung zahlte, während der Spediteur das Erforderliche veranlaßte, insbesondere die Versicherungsverträge abschloß und die erforderlichen Bescheinigungen ausstellte. Die Leistungen der Beklagten seien daher insgesamt im Inland zu erbringen gewesen, so daß sie im Zweifel auch nach der dort geltenden Rechtsordnung gewertet werden müßten.

Diese auf das deutsche Recht hinweisenden Umstände rechtfertigten die Annahme einer entsprechenden stillschweigenden Vereinbarung.

Zumindest begründeten sie, so führt das Berufungsgericht weiter aus, eine Anwendung der deutschen Rechtsordnung nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über den sogenannten hypothetischen Parteiwillen. Überdies beurteile die Klägerin ihren Erfüllungsanspruch selbst nach deutschen Rechtsvorschriften, u.a. nach § 243 BGB.

Was die Revision demgegenüber ausführt, ist nicht geeignet, die Annahme des Berufungsgerichts, die Vertragsparteien hätten sich stillschweigend über die Anwendung des deutschen Rechts auf ihre Rechtsbeziehungen geeinigt, zu erschüttern. Die Beklagte hat in dem Schreiben vom 14. August 1950 allerdings nicht, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, unmittelbar auf eine Zuständigkeit eines deutschen Gerichts, nämlich der Kammer für Handelssachen beim Landgericht, hingewiesen, sondern nach richtiger Übersetzung des englischen Textes darauf, daß nach ihren Bedingungen jeder Rechtsstreit im Wege des Schiedsverfahrens (arbitration) bei der Handelskammer Saarbrücken zu erledigen sei. So hat auch die Beklagte diesen Hinweis verstanden, wie sich aus dem Schriftsatz der Beklagten vom 14. März 1961 S. 2 entnehmen läßt. Wenn das Landgericht daraus auf die Vereinbarung eines deutschen Gerichtsstandes (Kammer für Handelssachen) geschlossen hat und das Oberlandesgericht dieser Auffassung gefolgt ist, so liegt darin nur eine Ungenauigkeit in der Übersetzung des in Bezug genommenen Schreibens, die jedoch für die Beurteilung der Frage nach der vereinbarten Rechtsordnung ohne Bedeutung ist, denn jedenfalls ist damit mittelbar die Zuständigkeit deutscher Gerichte nach den Bedingungen der Beklagten vorgesehen, weil eine Entscheidung eines Schiedsgerichts bei der Kammer für Handelssachen in Saarbrücken nur vor einem deutschen Gericht angefochten werden kann.

Es ist auch rechtlich unbedenklich, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin hätte vor dem Abschluß weiterer Geschäfte mit der Beklagten deren Hinweis im Schreiben vom 14. August 1950 widersprechen müssen, wenn sie ihn nicht gelten lassen wollte. Dagegen macht die Revision vergeblich geltend, ein Schweigen könne nur dann als Zustimmung gewertet werden, wenn eine Rechtspflicht zur Erklärung bestand, insbesondere wenn eine mündliche Vereinbarung bestätigt werden sollte, was hier nicht der Fall sei. Denn das Berufungsgericht durfte den unterbliebenen Widerspruch der Klägerin zumindest als schlüssiges Verhalten und ein gewichtiges Anzeichen für ihr Einverständnis hiermit und auch dafür werten, daß für die damals bereits abgeschlossenen Geschäfte diese Klausel gelten sollte. In diesem Sinne ist das Berufungsurteil zu verstehen.

Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision, die Aussage des Zeugen Farkas ergebe nichts für den Standpunkt der Beklagten und die Auffassung des Berufungsgerichts über eine stillschweigende Vereinbarung deutschen Rechts; denn der Zeuge habe, so meint die Revision, nichts darüber bekundet, daß die Beklagte einen englischen Gerichtsstand abgelehnt hätte, sondern nur, daß sie die Zuständigkeit der London Chamber of Commerce nicht akzeptiert hätte. Das sei aber, was das Berufungsgericht verkannt habe, ein Schiedsgericht. Aus dem Umstand, daß die Beklagte die Vereinbarung eines englischen Schiedsgerichts abgelehnt hätte, ergebe sich weder die Vereinbarung eines deutschen ordentlichen Gerichtsstandes noch die Vereinbarung deutschen materiellen Rechts.

Die Ablehnung eines englischen Schiedsgerichts kann aber auch den Sinn haben, daß sich der diesem Weg für eine Beilegung von Rechtsstreitigkeiten verschließende deutsche Vertragspartner auch gegen die Anwendung des ausländischen Rechts

und die Zuständigkeit ausländischer Gerichte wendet. Die Erwägungen des Berufungsgerichts über die Schlüsse, die aus dem Verhalten der Beklagten zu ziehen seien, und die Wertung des Verhaltens der Klägerin, die unstreitig keinen Widerspruch gegen den Hinweis in dem Schreiben vom 14. August 1950 erhoben hat, sind daher rechtlich möglich und nicht zu beanstanden. Dabei kann der Umstand, daß die Klägerin dann in Saarbrücken Klage erhoben hat, außer Betracht bleiben. Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben keinen Anlaß zu der Annahme, daß es diesem Umstand für die Frage Bedeutung beigemessen hat, nach welcher Rechtsordnung die vertraglichen Beziehungen der Parteien sachlich zu beurteilen sind.

Wenn das Berufungsgericht den vorstehend erörterten Umständen entnommen hat, daß nach dem Willen der Parteien ihre Rechtsverhältnisse dem deutschen Recht unterstehen sollten, so ist das eine Willensfeststellung aufgrund schlüssigen Verhaltens, die auf dem Gebiete der Tatsachenwürdigung liegt und für das Revisionsgericht bindend ist, wenn dem Berufungsgericht hierbei kein Rechtsverstoß unterlaufen ist. Ein solcher Verstoß liegt nicht vor. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und anderer deutscher Gerichte enthält die Vereinbarung eines Gerichtsstandes einen starken Hinweis auf das Recht dieses Gerichts. Das gilt ebenso und unter Umständen noch in stärkerem Maße von der Vereinbarung eines Schiedsgerichts. Diese Umstände können auch die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl rechtfertigen. Das Reichsgericht hat es für rechtlich unbedenklich erachtet, wenn das Berufungsgericht die Anwendung deutschen Rechts nach dem Willen der Parteien einer Vereinbarung entnommen hat, daß für die aus dem Vertrage entspringenden Streitigkeiten ein deutsches Gericht zuständig sein sollte (RG JW 1906, 452³). In der Rechtsprechung ist auch aus der Vereinbarung zwischen

einer deutschen und einer ausländischen Vertragspartei, bei Streitigkeiten aus einem zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufvertrag solle ein deutsches Schiedsgericht entscheiden, gefolgert worden, daß auch nach dem Willen der ausländischen Partei das deutsche materielle Recht zur Anwendung kommen sollte (vgl. RG WarnRspr. 1919 Nr. 149; OLG Hamburg Urt.v. 19. Oktober 1958 in AwD 1958, 249). Die Feststellung^{en} des Berufungsgerichts über den stillschweigenden Parteiwillen hinsichtlich des anzuwendenden Rechts werden hier zudem noch durch die weiteren bereits erörterten Umstände gestützt, insbesondere den vereinbarten Erfüllungsort für die von den Vertragsparteien zu erbringenden Leistungen. Hiernach ist die von dem Berufungsgericht in erster Reihe getroffene Feststellung über das anzuwendende Recht auch sachlich unbedenklich. Dem steht nicht entgegen, daß solchen Umständen auch Bedeutung für die Ermittlung des sogenannten hypothetischen Parteiwillens beigelegt werden kann (vgl. Reithmann, Internationales Vertragsrecht (1963) S. 16; Kreuzer, Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung (1964) S. 197, 199 ff).

Hiernach bedarf es keines Eingehens auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, daß das deutsche Recht auch nach den Grundsätzen über den sogenannten hypothetischen Vertragswillen hier zur Anwendung kommen müßte.

2. Demnach ist die Frage, ob die Beklagte befugt war, die auf dem Wege an die Klägerin befindliche Sendung um 130 Kisten in Dü■■■■■■ zu verringern und sie mit anderer Ware aus dem Lagerbestand in London zu vervollständigen, ebenfalls nach deutschem Recht zu beurteilen. Die Revision meint, die Beschränkung der Gattungsschuld auf die am 7. Dezember 1950 abgesandte Ware wirke sich dahin aus, daß der Beklagten die Befugnis zum Austausch der auf den

Weg gebrachten Ware zu versagen sei. Bei der Beurteilung dieser Frage ist rechtlich davon auszugehen, daß die Beschränkung der Gattungsschuld auf die zur Erfüllung des Liefervertrages ausgewählte Sache nach § 243 Abs. 2 BGB regelmäßig dann eintritt, wenn der Schuldner die Sache derart angeboten hat, daß es regelmäßig nur noch an dem anderen Vertragsteil liegt, ob er die Sache in Empfang nimmt oder nicht. In einem solchen Falle wird im Schrifttum angenommen, daß der Schuldner fortan nicht berechtigt ist, ohne Einverständnis mit dem Berechtigten die angebotene Sache gegen eine andere umzutauschen (so Nastelski in BGB RGRK 11. Aufl. § 243 Anm. 24). Beim Versendungskauf beschränkt sich die Leistung des Verkäufers gemäß § 243 Abs. 2 BGB regelmäßig dann, wenn er die ausgeschiedene Ware dem Frachtführer zur Versendung übergeben hat, womit zugleich die Gefahr auf den Käufer übergeht (RGZ 57, 138, 141). Es mag sein, daß auch in diesem Falle regelmäßig dem Verkäufer das Recht zu versagen ist, die auf den Weg gebrachte Ware unterwegs umzuleiten und darüber anderweit zu verfügen. Wenn er das aber tut, so begibt er sich hierdurch des Rechts, sich auf den Standpunkt zu stellen, daß die umgeleitete Ware der geschuldete Gegenstand sei. Es kann hier unterstellt werden, daß der Käufer dann das Recht hat, sich darauf zu berufen, daß der Kauf sich durch die vertragsgemäße Versendung bereits individualisiert hatte. Er muß das aber nicht tun (RGZ 108, 184, 187). Daraus folgt, daß es nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, den Kaufvertrag noch durch eine andere gleichartige Ware zu erfüllen.

Wenn nun die Klägerin die 136 Kisten, die ihr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erkennbar zur Vervollständigung der in Dü■■■■ um 130 Kisten verringerten Sendung ausgeliefert wurden, angenommen und nach Kenntnis des Sachverhalts behalten hat, ohne sie (gesondert) zu bezahlen, so begab sich die Klägerin hierdurch des Rechts,

sich auf den Standpunkt zu stellen, daß diese Ware nicht der geschuldete Gegenstand sei. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Beklagte von vornherein berechtigt war, die in London lagernden 136 Kisten zur Erfüllung des Kaufvertrages über die Dezember-Lieferung zu verwenden, was das Berufungsgericht angenommen hat.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß die umgeleiteten 130 Kisten, wie die Revision geltend macht, eine frischere Ware enthalten haben sollen, als die 136 Kisten aus dem Lager in London. Wie das Berufungsgericht insoweit rechtlich unbedenklich ausführt, ergibt diese Behauptung der Klägerin noch nicht, daß sie dadurch irgend einen Nachteil erlitten habe. Eine solche Benachteiligung folgt auch nicht ohne weiteres aus der Behauptung der Klägerin, die in London bei der Speditionsfirma noch verbliebene Ware (136 Kisten) sei in Räumen gelagert gewesen, die zur Aufbewahrung von Lebensmitteln ungeeignet gewesen seien.

Soweit das Berufungsgericht ausführt, die in London lagernden Kisten hätten einen etwas niedrigeren Wert gehabt, ist damit ersichtlich nur ein Vergleich des Rechnungswertes dieses Postens gegenüber dem der umgeleiteten 130 Kisten gemeint. Damit ist nicht gesagt, daß die Ware als solche nicht gleichwertig gewesen sei. Aus diesen Gründen war die Beklagte nicht berechtigt, von dem Dezember-Vertrag insoweit zurückzutreten, als sie die Ersatzleistung gegen sich gelten lassen muß.

II. Das Berufungsgericht hat allerdings übersehen, daß der von der Klägerin für die Dezember-Lieferung gezahlte Kaufpreis nicht vollständig durch den Rechnungswert der 136 Kisten ausgeglichen worden ist. Denn die aus der Sendung in Dü[REDACTED] entnommenen 130 Kisten hatten einen Rechnungswert von 2 766 400 ffirs., während der Rechnungs-

wert der 136 Kisten nur 2 715 179 ffrs. beträgt. In Höhe des Unterschieds dieser beiden Beträge, nämlich von 51 221 ffrs., hat die Klägerin bei der Abwicklung dieses Geschäfts keinen Gegenwert erhalten. Daraus ergibt sich eine Forderung der Klägerin auf Rückzahlung von 51 221 ffrs. = 435,93 DM.

Die Beklagte hat demgegenüber mit Forderungen aufgerechnet (vgl. Schriftsatz vom 25. November 1955 S. 4). Das Berufungsurteil enthält nichts darüber, ob die zur Aufrechnung gestellten Forderungen auch nur zum Teil begründet sind. Diese Prüfung muß daher dem Berufungsgericht vorbehalten bleiben.

III. Die Klägerin hat hilfsweise die Klageforderung mit Gewährleistungsansprüchen aus anderen Lieferungen als der hier streitigen Dezember-Lieferung begründet. Gewährleistungsansprüche der Klägerin sind aber, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, ebenfalls nach deutschem Recht zu beurteilen und waren daher nach § 477 BGB bereits vor ihrer Geltendmachung in diesem Rechtsstreit verjährt. Die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede greift sonach durch.

IV. Auf die Revision der Klägerin war daher das Berufungsurteil in Höhe von 435,93 DM nebst Zinsen und den hierauf entfallenden Kosten aufzuheben. Im übrigen war die Revision

der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen. Im Umfange der Aufhebung des Berufungsurteils war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit die Revision keinen Erfolg hatte, waren der Klägerin die Kosten des Revisionsverfahrens gemäß §§ 92, 97 ZPO aufzuerlegen. Die Entscheidung über die weiteren Kosten ist dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Artl Dr.Dorschel Dr. Mezger