Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB §§ 346 Ea, 376

a) Zur Frage der Wirksamkeit eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, wenn darin ihm vorausgehende, vom Inhalt der Vertragsbesprechung abweichende Vorschläge des Empfängers abgelehnt werden und der Empfänger nicht mehr widerspricht.

b) Zu den Voraussetzungen für ein durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu begründendes Fixhandelsgeschäft.

BGH, Urt. v. 14. März 1984 - VIII ZR 287/82 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 287/82

URTEIL

Verkündet am
14. März 1984
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma E. E[redacted] GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführerin Erika E[redacted], Auf der G[redacted] in E[redacted]-A[redacted],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

g e g e n

Firma I[redacted]-H[redacted] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer Georg und Joachim Felix K[redacted], W[redacted]-D[redacted]-Weg [redacted] in M[redacted],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Matthias Prinz
Rechtsanwalt
www.prinz.law

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1984 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Juni 1982 geändert.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 12. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I vom 9. November 1981 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat auch die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz zu tragen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand

Die Klägerin, die in den Jahren 1980 und 1981 mit der Beklagten in Geschäftsverbindung stand, verlangt die Erfüllung einer unstreitigen Forderung (Entgelt für Lohnarbeiten und Bereitstellung elektrischer Energie) in Höhe von 24 538,90 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 27. Mai 1981. Die Beklagte hat mit einer von ihr behaupteten Schadensersatzforderung von 43 000 DM aufgerechnet und wegen des die Klageforderung übersteigenden Betrages von 18 461,10 DM nebst 16 % Zinsen seit dem 12. August 1981 Widerklage aufgrund folgenden Sachverhalts erhoben:

Im Herbst 1980 benötigte die Beklagte zur Erfüllung einer Lieferverpflichtung nach Algerien mehrere hunderttausend Besenstiele. Nach einem schriftlichen Verkaufsangebot der Klägerin am 20. Oktober 1980 fand zwischen Vertretern der Parteien am 1. November 1980 eine Besprechung statt, deren Inhalt und Ergebnis streitig sind. Mit Begleitschreiben vom 4. November 1980 übersandte die Klägerin eine auf den 3. November datierte "Auftragsbestätigung" mit folgendem Inhalt:

"200 000 Rundstäbe
für Besenstiele, wahlweise aus Ramin, Limba, Brasilkiefer oder Buche, 23,5 mm Ø, einseitig abgerundet, andere Seite glatt abgelängt,

100 cm lang -	150 000 Stück	-,49	73 500,00 DM
120 cm lang -	50 000 Stück	-,57	28 500,00 DM
Abrundung: -	200 000 Stück	-,015	3 000,00 DM
			105 000,00 DM

....
Lieferzeit: 6 Wochen (15. - 20.12.1980)"

Das Begleitschreiben lautet auszugsweise:

"Wir danken Ihnen für Ihren Besuch im Werk N[redacted]-D[redacted]/R[redacted] am Samstag, 01.11.1980 und für die uns erteilten Aufträge in Besenstielen, 100 und 120 cm lang.
Über die in diesem Jahr noch auszuliefernden 200.000 Stück erhalten Sie als Anlage unsere Auftragsbestätigung Nr. 1008 vom 03.11.1980.
In etwa einer Woche erhalten Sie auch unsere Auftragsbestätigung über Ihren aufgegebenen Bedarf für das Jahr 1981 und zwar über
600 000 Stück - 100 cm lang,
600 000 Stück - 120 cm lang.
Davon sind monatlich entweder 50 000 Stück in jeder Länge, oder - monatlich wechselnd - 100 000 Stück in einer Länge cif Antwerpen anzuliefern.
Wir warten die Liefertermin- und Preisbestätigungen der Importeure ab und lassen Ihnen dann unsere Auftragsbestätigung sofort zugehen.
Wir haben uns vorgemerkt, daß Festpreiszusagen bis zum 31. Juli 1981 angestrebt werden müssen und haben diese Forderung an die Importeure weitergegeben.
Diese Importe werden in amerikanischer Währung abgerechnet. Grundlage für die zum 15.-20.12.1980 bestätigten 100 000 Stück

ist der derzeitige Dollarkurs von 1,92 DM.
Die Importeure machen eine kursabhängige Preisgleitklausel geltend, die auch Basis für unsere Geschäftsbeziehung bilden muß.
Das bedeutet also, daß dollar-kurs-abhängige Preisveränderungen nach oben - und selbstverständlich auch nach unten - an Sie weitergegeben werden müssen.
Diese Abmachung entspricht international gültigen Gepflogenheiten im Im- und Export-Geschäft und wir sind sicher, daß Sie dafür Verständnis haben und diese Punkte im Innenverhältnis mit Ihrem Auftraggeber ebenfalls berücksichtigt wurden.
Wie wir Ihnen in unserem Gespräch am 01.11.1980 im Werk II schon sagten, muß für die Importlieferung per 15.-20.12.1980 unsererseits Akkreditiv eröffnet werden.
Wir greifen Ihren Vorschlag auf und würden es begrüßen, wenn Sie uns in den nächsten Tagen - zumindest für dieses Erstgeschäft - einen Depotwechsel in Höhe von 50 000 DM übersenden würden, der - das versichern wir ausdrücklich und eidesstattlich - nicht in den Zahlungsverkehr gelangt, sondern deponiert wird.
Etwa eine Woche nach Vorlage der Bordkonnossemente wird unsere Lieferung von Ihnen abgerechnet und Ihr Depotwechsel geht an Sie Zug um Zug zurück.
Im Hinblick darauf, daß unsererseits erhebliche Vorleistungen zu erbringen sind, bitten wir Sie, diesen Bedingungen zuzustimmen.
Wir möchten - wie auch in der Auftragsbestätigung geschehen - noch darauf hinweisen, daß die Preise für die Restmenge 1980 (wahrscheinlich für 100 000 Stück) sich ab Werk N[redacted] verstehen, da diese Menge aus Termingründen höchstwahrscheinlich im Inland (aus Buche) gefertigt werden muß.
Wir erwarten mit Interesse Ihre Einverständniserklärung - möglichst per FS, da die Import-Abwicklung unter erheblichem Zeitdruck steht - und hoffen auf eine angenehme und dauerhafte Geschäftsverbindung mit Ihrem Hause."

Die Beklagte antwortete hierauf mit Schreiben vom 7. November 1980:

"Mit Einschreiben vom 4.11.1980 bestätigen Sie, z.T. stark modifizierend, unsere Auftrags- und Liefervereinbarungen vom 1.11.1980. Hierzu möchten wir erwidern: Export-Lieferverträge richten sich weniger nach internationalen Gepflogenheiten als nach den ausgehandelten Lieferbedingungen. Diese aber sehen in fast allen arabischen aber auch sonstigen Überseeländern absolute Festpreise und keinerlei Währungsklauseln vor. Hinzu kommt, daß wir gegenüber unseren Kunden nicht in Dollar sondern in DM angeboten haben und die Lieferverträge auch in DM lauten. Wir haben daher nicht die geringste Chance, eine wie auch immer geartete Preisänderung Währungsschwankungen oder Abrechnung in fremder Valuta durchzusetzen.
Wir betonen daher ausdrücklich, daß wir Ihre Auftragsbestätigung Nr. 1008 ebenso wie alle möglichen Folgelieferungen nur dann akzeptieren und gern bestätigen, wenn sie an die Bedingungen und Rahmenbedingungen unserer Absprachen vom 1.11.1980 geknüpft sind.
Eine weitere einseitige Änderung dieser Absprachen ist Ihr Hinweis, daß die vereinbarten Lieferpreise für eine Stückzahl von ca. 100 000 ab Werk N[redacted] gelten sollen. Da die Speditions-, Verlade- und Transportkosten sich auf etwa DM 2 000 belaufen, bedeutet dies eine Preiserhöhung von DM 0,02/Stück. Damit wird auch der konkurrierende Preisvergleich verfälscht.
Mit der Ausstellung eines Sichtwechsels sind wir einverstanden und werden Ihnen in den nächsten Tagen das Papier zustellen.
Wir wiederholen nochmals unsere mit Ihnen getroffenen Vereinbarungen, die sich auf einen Zeitraum vom 1. Liefertermin bis zum 30.6.1980 beziehen:

1. Lieferung von 100 000 Stück Rundstäben, Ø 23,5 mm, 1,20 m lang, FOB europäischer Hafen, zum Preise von DM 0,49/Stück.
2. Lieferung von 100 000 Stück Rundstäben, Ø 23,5 mm, 1,00 m lang, FOB europäischer Hafen, zum Preise von DM 0,57/Stück, zuzüglich DM 0,015/Stück für einseitige Abrundung aus Pos. 1 und 2, eintreffend spätestens 15.12.1980 europäischer Hafen. Da die Lieferungen spätestens bis zum 20.12.1980 um- bzw. weiterverladen werden muß, sind wir an diese Termine gebunden.

Hierzu erbitten wir Ihre frühzeitige Nachricht, wann die Lieferung und mit welchem Schiff wo eintreffen wird.

3. Ab 1. Januar 1981 bis zum 30.6.1980 beträgt die monatliche Liefermenge zu den gleichen Preisbedingungen für die Längen 1,00 m bzw. 1,20 m wechselnd 100 000 Stück. Sind diese von Ihnen angebotenen Preise in DM nicht zu realisieren, müssen wir davon ausgehen, daß die Rundstäbe zu den vereinbarten Bedingungen vom 1.11.1980 nicht lieferbar sind.

Da die Preise bei den vorliegenden langfristigen, mehrjährigen Lieferverträgen jeweils zwischen unserem Kunden und uns neu verhandelt werden, wird zum gleichen Zeitpunkt 1.7.1981/ 1982/1983/1984 auch eine Neufestsetzung der Preise im Vertragsverhältnis zwischen Ihnen und uns erforderlich."

Die Klägerin reagierte auf dieses Schreiben nicht. Den in der Korrespondenz erwähnten Depotwechsel stellte die Beklagte nicht aus. Es kam auch zu keiner Auslieferung von Besenstielen. Die Beklagte macht deshalb Schadensersatzansprüche mit der Begründung geltend, bereits am 1. November 1980 sei mündlich ein Fixgeschäft i.S. von § 376 HGB über eine Lieferung von 200 000 Besenstielen bis zum 15. Dezember 1980 zustande gekommen; infolge Nichterfüllung seitens der Klägerin sei sie selbst in Verzug gegenüber ihrem algerischen Abnehmer geraten, der daraufhin am 15. März 1981 von dem mit ihr geschlossenen Vertrage zurückgetreten sei, so daß sie aus entgangenem Gewinn einen Schaden von 43 000 DM gehabt habe.

Das Landgericht hat das Zustandekommen eines Vertrages verneint und unter Abweisung der Widerklage die Beklagte antrags-

gemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat eine wirksame Lieferverpflichtung der Klägerin aufgrund des von ihm als kaufmännisches Bestätigungsschreiben gewürdigten Schreibens vom 7. November 1980 angenommen und deshalb der Widerklage unter Abweisung der Klage stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht leitet die Entstehung einer Lieferpflicht der Klägerin nicht unmittelbar aus einer Vereinbarung vom 1. November 1980 her, sondern aus der widerspruchslosen Hinnahme des Schreibens der Beklagten vom 7. November 1980, das es als kaufmännisches Bestätigungsschreiben wertet. Diesen Ausgangspunkt des angefochtenen Urteils greift die Revision zu Unrecht an.

1. Haben Kaufleute Verhandlungen oder Besprechungen über einen Vertragsabschluß geführt und bestätigt einer von ihnen schriftlich den Inhalt der Besprechung als seiner Ansicht nach abgeschlossenen Vertrag, ohne daß der andere widerspricht, so gilt - wie auch die Klägerin nicht bezweifelt - in der Regel der

Vertrag entsprechend dem Inhalt des Bestätigungsschreibens als zustande gekommen (st.Rspr.; vgl. z.B. BGHZ 7, 187, 189; 11, 1, 3; 61, 282, 285).

2. Eine derartige Wirkung kommt nach der nicht zu beanstandenden, von der Klägerin auch nicht angegriffenen Auffassung des Berufungsgerichts dem Schreiben der Klägerin vom 4. November 1980 i.V.m. der diesem Schreiben beigefügten Auftragsbestätigung vom 3. November 1980 für sich genommen schon deshalb nicht zu, weil die Beklagte dem von ihren Vorstellungen abweichenden Inhalt des Schreibens vom 4. November 1980 mit ihrem eigenen vom 7. November 1980 widersprochen hat.

3. Dagegen ist das Schreiben der Beklagten vom 7. November 1980, wie das angefochtene Urteil entgegen der Ansicht der Revision mit Recht annimmt, als wirksames, die Lieferpflicht der Klägerin begründendes Bestätigungsschreiben anzusehen.

a) Nach der Auslegung durch das Berufungsgericht enthält das Schreiben in seinem ersten Teil die Zurückweisung des Vorschlags der Klägerin, die für das Jahr 1981 ins Auge gefaßten Lieferungen unter Anwendung einer Dollar-Gleitklausel in Rechnung zu stellen; der zweite Teil bestätige sodann unter den Nummern 1-3 die nach Ansicht der Beklagten am 1. November 1980 getroffene Vereinbarung über die noch im Jahre 1980 zu liefern-

den 200 000 Besenstiele. Einwendungen gegen diese tatrichterliche Auslegung erhebt die Revision nicht.

b) Unstreitig hat die Klägerin auf das Schreiben vom 7. November 1980 nicht geantwortet. Sie ist damit an den bestätigenden Inhalt gebunden, weil gegen diese Bindung sprechende Ausnahmegründe (vgl. die oben zu I 1 zitierte Rechtsprechung) vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint worden sind.

aa) Ein Widerspruch des Empfängers ist entbehrlich, wenn der Absender nach den Umständen des Falles mit einem Einverständnis nicht rechnen kann (BGH aaO). Das trifft beispielsweise zu, wenn beide Partner sich kreuzende und inhaltlich unvereinbare Bestätigungen abgeben (Senatsurteil vom 10. Juli 1961 - VIII ZR 64/60 = BB 1961, 954, insoweit in LM ZPO § 33 Nr. 5 nicht abgedruckt; vgl. dazu auch Hepp, BB 1964, 371 sowie Senatsurteil vom 21. März 1966 - VIII ZR 44/64 = NJW 1966, 1070 = WM 1966, 473). Mit einem solchen Fall ist der vorliegende aber nicht vergleichbar. Denn das Berufungsgericht hat ohne den von der Revision behaupteten Verfahrensfehler festgestellt, daß das Schreiben der Klägerin vom 4. November 1980 hinsichtlich der Dollar-Gleitklausel keine Bestätigung, sondern eine Anregung für zukünftige Vereinbarungen enthielt. Bei dieser sich nach dem Wortlaut des Schreibens aufdrängenden Auslegung hat das Berufungsgericht keine erheblichen Auslegungsgesichtspunkte übergangen. Denn weder aus dem insoweit gegensätzlichen Parteivor-

trag noch aus den nicht übereinstimmenden Aussagen der Zeugen K[redacted], E[redacted] und W[redacted] läßt sich zwingend entnehmen, daß die Klägerin entgegen der Formulierung ihres Schreibens für die Beklagte erkennbar die Gleitklausel als Vereinbarungsergebnis bestätigen wollte.

bb) Auf mangelnden Widerspruch könnte sich die Beklagte allerdings auch dann nicht berufen, wenn das fehlende Einverständnis der Klägerin auf andere Weise zum Ausdruck gekommen wäre. Das Schreiben vom 4. November bietet insofern aber keine Handhabe. Denn das Berufungsgericht hat es - wie bereits ausgeführt - ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, daß sich die angestrebte Gleitklausel nur auf die für 1981 geplanten Lieferungen bezogen habe. Daraus brauchte die Beklagte aber nicht zu folgern, die Klägerin werde sich auch gegen den Festpreis für 1980 wehren, zumal sie diesen in ihrer Auftragsbestätigung vom 3. November selbst zugrunde gelegt hatte.

cc) Schließlich könnte ein Widerspruch der Klägerin auch dann entbehrlich gewesen sein, wenn sich die Bestätigung der Beklagten so weit von dem tatsächlichen Inhalt der Besprechung vom 1. November 1980 entfernte, daß die Beklagte nach Treu und Glauben einen Widerspruch nicht erwarten durfte (BGH Urteil vom 24. September 1952 - II ZR 305/51 = NJW 1952, 1369 unter 2, insoweit in BGHZ 7, 187 nicht vollständig abgedruckt). Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Inhalt der Besprechung,

von dem angeblich abgewichen ist, feststeht, wobei die Beweislast für verbleibende Unklarheiten dem Empfänger des Bestätigungsschreibens zufällt (Senatsurteil vom 20. März 1974 - VIII ZR 234/72 = NJW 1974, 991 = WM 1974, 409). Der Inhalt der Besprechung vom 1. November 1980 ist jedoch ungeklärt geblieben, wie das Landgericht in seinem Urteil festgestellt und die Klägerin in zweiter Instanz in ihrem Schriftsatz vom 8. April 1982 anerkannt hat. Infolgedessen läßt sich nicht feststellen, daß das Bestätigungsschreiben wesentlich von dem Besprechungsinhalt abweicht. Damit bleibt es mangels ausdrücklichen Widerspruchs der Klägerin bei deren Bindung an den Inhalt des Bestätigungsschreibens der Beklagten.

II. Aus der Nichterfüllung der Lieferverpflichtung der Klägerin kann die Beklagte, wie die Revision mit Recht geltend macht, entgegen der im angefochtenen Urteil vertretenen Auffassung einen Schadensersatzanspruch nicht herleiten.

1. Das Berufungsgericht folgert einen derartigen Anspruch aus § 376 Abs. 1 Satz 1 (2. Alternative) HGB, weil es die inhaltlich nach dem Bestätigungsschreiben vom 7. November 1980 zu beurteilende Vereinbarung der Parteien für einen Fix-Handelskauf i.S. des § 376 HGB hält. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden.

a) Ein Fix-Handelsgeschäft erfordert nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nicht nur die Festlegung einer genauen Lieferzeit oder -frist, sondern darüber hinaus Einigkeit der Parteien darüber, daß der Vertrag mit Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferfrist stehen oder fallen solle (Senatsurteil vom 27. Oktober 1982 - VIII ZR 190/81 = LM HGB § 376 Nr. 4 = WM 1982, 1384 unter II 3 b mit weiteren Nachweisen aus Schrifttum und Rechtsprechung). Ist dies im Vertrag nicht ausdrücklich ausgesprochen, muß durch Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden, ob die Parteien der vereinbarten Lieferzeit eine so weitgehende Bedeutung beimessen wollten. Dabei wirkt sich grundsätzlich jeder Zweifel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts aus (Senatsurteil vom 27. Oktober 1982 aaO).

b) Die hiernach erforderliche, ins einzelne gehende Auslegung hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Es hat seine Annahme eines Fixgeschäfts ausschließlich darauf gestützt, daß die Lieferung der ersten 200 000 Besenstiele nach Ziffern 1 und 2 des Schreibens vom 7. November 1980 bis spätestens 15. Dezember erfolgen sollte, daß nach ausdrücklicher Feststellung in der Abrede der Parteien die Beklagte die erste Lieferung bis zum 20. Dezember 1980 hätte verladen müssen und deshalb an die Einhaltung der Termine gebunden war und daß die Beklagte die Vereinbarung mit der Klägerin ohne die Einhaltung der Lieferfrist nicht getroffen hätte. Diese festgestellten Umstände

ergeben jedoch keine zur Annahme eines Fixgeschäfts ausreichenden Kriterien. Eine fristgebundene Verpflichtung wie die der Beklagten zur Weiterverladung und Verschiffung der von der Klägerin zu liefernden Besenstiele hat nicht generell eine solche Bedeutung, daß mit Nichteinhaltung der Frist jedes Interesse an der Ausführung des Geschäfts entfiele. Das ergibt sich hier im übrigen selbst aus dem eigenen Vortrag der Beklagten, die nach dem Vertrag mit ihrem algerischen Abnehmer "ab 1. Dezember 1980 monatlich 50 000 Besenstiele" (also nicht etwa "200 000 bis 20. Dezember fix") zu liefern hatte und die von ihrem Abnehmer im Januar und Februar 1981 mehrfach gemahnt wurde, ihre Lieferverpflichtung zu erfüllen. Hätte das gesamte Geschäft über das gewöhnliche Interesse an der Fristwahrung hinaus von der strikten Einhaltung der Vereinbarung abhängig sein sollen, so hätte das im Text des Bestätigungsschreibens, ggf. in Verbindung mit weiteren feststehenden Umständen, eindeutig zum Ausdruck kommen und vom Berufungsgericht festgestellt werden müssen. Das ist nicht geschehen. Auch aus der Annahme, die Beklagte hätte den Vertrag ohne Einhaltung der Frist nicht abgeschlossen, läßt sich nichts herleiten. Denn für ein Fixgeschäft ist nicht entscheidend, welche Vorstellungen oder Erwartungen z.Z. des Geschäftsabschlusses für eine Vertragspartei maßgebend waren, sondern ob sich die Einigung darauf erstreckte, daß der abgeschlossene Kaufvertrag bei Nichteinhaltung der Lieferfrist von dem Käufer ohne weiteres beendet werden konnte.

2. War ein Fixgeschäft nicht abgeschlossen, kann das angefochtene Urteil mit der von ihm gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Es läßt sich auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten (§ 563 ZPO). Da die Beklagte den von ihr zugesagten Depotwechsel nicht übersandt hat, ist die Klägerin mit ihrer der Wechselgestellung erst folgenden Lieferverpflichtung nicht in Verzug gekommen. Infolgedessen fehlt es an den Voraussetzungen für einen (nur noch in Betracht kommenden) Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB.

a) Das Berufungsgericht führt aus, es sei ohne Bedeutung, daß die Beklagte der Klägerin keinen Wechsel übermittelt habe; die Ausstellung des Wechsels sei nicht Inhalt der von der Beklagten bestätigten Abrede gewesen. Diese Erwägung ist nur insofern richtig, als der Vertragsinhalt, den die Beklagte am 7. November 1980 b e s t ä t i g t e , keine Vereinbarung über einen Wechsel enthielt. In ihrer Bestätigung behauptete die Beklagte nicht, die Parteien seien bereits am 1. November 1980 über die Stellung eines Depotwechsels einig gewesen. Das schließt aber eine spätere ergänzende oder einschränkende Abrede nicht aus.

b) Welche Bedeutung den schriftlichen Erklärungen der Parteien vom 4. und 7. November 1980 über den Depotwechsel zukommt, hat das Berufungsgericht - weil es diese Erklärungen zu Unrecht nicht als entscheidungserheblich angesehen hat - nicht

erörtert. Das Revisionsgericht kann deshalb die Erklärungen selbst auslegen, zumal die für die Auslegung erheblichen Umstände offen liegen (BGH Urteil vom 21. September 1955 - VI ZR 118/54 = LM BGB § 157 (D) Nr. 5).

Der Wortlaut der schriftlichen Erklärungen ist eindeutig. Im Schreiben vom 4. November greift die Klägerin einen nach ihrer Darstellung vorher von der Beklagten geäußerten Vorschlag auf und bittet mit Rücksicht auf die von ihr zu erbringenden erheblichen Vorleistungen um einen vor Ausführung der Lieferung zu übersendenden Depotwechsel über 50 000 DM. Am Schluß ihres Schreibens bittet sie ausdrücklich um das Einverständnis der Beklagten zu den zuvor genannten "Bedingungen", unter denen ersichtlich ihre Anregungen zu verstehen sind. Dieser Bitte kommt die Beklagte in ihrem Schreiben vom 7. November 1980 ohne Einschränkung nach, indem sie erklärt, die Klägerin werde "in den nächsten Tagen" den Wechsel erhalten. In einem derartigen Austausch eindeutiger Erklärungen von Kaufleuten kann nur eine rechtliche Vereinbarung gesehen werden und nicht etwa, wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung gemeint hat, nur eine unverbindliche Ankündigung. Die Beklagte war also verpflichtet, jedenfalls vor der Lieferung der Klägerin den Depotwechsel zu übersenden. Sie hatte zwar in der Berufungsinstanz vorgetragen und geltend gemacht, in der Besprechung vom 1. November 1980 habe sie die Wechselhingabe vom vorherigen Nachweis der Einhaltung der Lieferfrist abhängig gemacht, was der Zeuge K[redacted]

in der Beweisaufnahme vor dem Landgericht bestätigt habe. Dieser Vorbehalt hat in den schriftlichen Erklärungen aber keinerlei Niederschlag gefunden. Da die Beklagte auf die tatsächlich am 1. November 1980 abgegebenen Erklärungen in der Revisionsinstanz nicht mehr abstellt, nachdem das Besprechungsergebnis in beiden Vorinstanzen ungeklärt geblieben ist, brauchten die früher vorgetragenen Hilfstatsachen hinsichtlich der Auslegung der schriftlichen Erklärungen nicht mehr berücksichtigt zu werden.

War die Beklagte damit ohne Vorbedingung zur Gestellung eines Wechsels verpflichtet, konnte die Klägerin mit ihrer erst danach zu erbringenden Lieferung nicht in Verzug kommen, solange sie den Wechsel nicht erhalten hatte (vgl. Senatsurteil vom 13. März 1963 - VIII ZR 212/61 = NJW 1963, 1149 = WM 1963, 476). Mangels Verzuges machte sie sich aber auch nicht gemäß § 326 BGB durch Unterlassung der Lieferung schadensersatzpflichtig.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben. Da es nach dem Sach- und Streitstand und dem Vorbringen in der Revisionsinstanz weiterer Aufklärung nicht mehr bedarf, konnte das

Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 ZPO), den Schadensersatzanspruch der Beklagten für unbegründet erklären und unter Abänderung des Berufungsurteils da Urteil des Landgerichts wiederherstellen. Die Kosten beider Rechtsmittelinstanzen hat nach §§ 91, 97 ZPO die Beklagte zu tragen.

Wolf Dr. Skibbe Dr. Brunotte

Dr. Zülch Groß