

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 34/74

VERSÄUMNIS- URTEIL

Verkündet am
18. Juni 1975

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der I. [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
Weinhandel und Transport, in Liquidation, in B. [REDACTED],
S. [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den Liquidator Peter
G. [REDACTED] in O. [REDACTED], S. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die M. [REDACTED] Kollektiv Sirketi, vertreten durch Saim
O. [REDACTED] und Osvalt S. [REDACTED], Mu. [REDACTED] Cad. [REDACTED],
K. [REDACTED], I. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED]
II. Instanz: [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Wolf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. Dezember 1973 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die türkische Klägerin erzeugt und exportiert Wein. In der Bundesrepublik Deutschland bedient sie sich der Firma Ha [REDACTED] GmbH in M [REDACTED] als ihrer Generalvertreterin. Die Beklagte handelte, bevor sie

- 3 -

am 1. September 1970 in Liquidation ging, mit
in- und ausländischen Weinen.

Am 11. August 1969 richtete die Firma Ha [REDACTED]
an die Beklagte ein Schreiben folgenden Inhalts:

"Sie bestellen hiermit fest durch unsere
Vermittlung bei der Firma M [REDACTED] Kollektiv
Sirketi, Istanbul:

6.000 hl türkischen Weißwein trocken,
ca. 12° Alkohol und oder mit 16 - 20 g
Zucker Restsüße.

Qualität: Handelsübliche Produktion des
türkischen Staatsmonopols aus dem
Ismir-Gebiet, aus der Weinernte 1969.
Richtige und rechtzeitige Belieferung
durch das türkische Staatsmonopol vor-
behalten.

Preis: DM 28,--/hl für trockene Weine
DM 29,--/hl für Weine mit Restsüße fob
türkischen Hafen, Tankverladung.

Zahlung: Kasse gegen Dokumente, hiesige Bank-
spesen zu Lasten des Importeurs, nach
Vorliegen eines Einfuhr- und Verkehrs-
fähigkeitszertifikates einer staatlich
chemischen Untersuchungsanstalt.

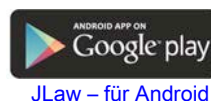
Die Zahlung hat so zu erfolgen, daß
spätestens 45 Tage nach Konossements-
datum der Rechnungsbetrag verfügbars-
bereit für den Ablader in der Türkei
eingetroffen ist. Verzugszinsen werden
2 % über Bundesbankdiskontsatz dem Im-
porteur berechnet.

.....

Für diesen Vertrag gilt das deutsche Recht.



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Wir bedanken uns für die Überschreibung
dieses Auftrags und bitten um Rückreichung
der unterschriebenen Kopie."

Auf der Durchschrift brachte die Beklagte mit Datum
vom 20. August 1970 und Unterschrift versehen den Ver-
merk "unter Vorbehalt des Lizenzerhalts einverstanden",
an und sandte sie wunschgemäß an die Firma Ha[REDACTED] zurück.

Entsprechend der Ankündigung im Begleichschreiben
der Firma Ha[REDACTED] vom 11. August 1969 zu dem zitierten
Brief vom selben Tage übermittelte die Klägerin der
Beklagten am 12. August 1969 folgendes Angebot:

"Wir gestatten uns Ihnen aus unserer 1969'er
Smyrna-Ernte anzubieten F.O.B. Izmir.

6.000 Hl. Smyrna Weißwein, naturrein,
unverschnitten,

Zum Preise von DM 28,--/Hl.

oder

6.000 Hl. gleiche Ware wie oben, mit 18 - 20 gr.
Restsüße

per Lt., zum Preise von DM 29,--/Hl.

Zahlung: 45 Tage ab Konnosementsdatum

Wir sehen gerne Ihrem Auftrag entgegen, und
verbleiben"

Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 1. September
1969, in dem es u.a. heißt:

"Auftrag Nr. 423

Nachstehend erlauben wir uns, Ihnen folgende Lieferung in Auftrag zu geben, gemäß unseren allgemeinen umseitigen Bedingungen:

nach unserer Wahl:

Art und Menge: ca. 6.000 hl Smyrna Weißwein,
naturrein, unverschnitten
oder ca. 6.000 hl Smyrna Weißwein,
natur, unverschnitten 18 - 20 g
Restsüße

Preis: 1. DM 28,--/hl, fob Izmir
2. DM 29,--/hl, fob Izmir

Liefertermin: prompt, mit nächster Verlademöglichkeit, jedoch erst nach Erhalt der Einfuhrgenehmigung.

Zahlung: 45 Tage ab Konnossementsdatum - vorbehaltlich Einfuhrfähigkeit in Deutschland.

Ausdrücklich müssen wir darauf hinweisen, daß der oben erteilte Auftrag vorbehaltlich der Einfuhrfähigkeit des Weines bestätigt wurde. Sollte uns durch den negativen Befund der Untersuchungsbehörden die Übernahme des Weines unmöglich sein, gehen alle angefallenen Frachtspesen und ansonst entstandenen Unkosten zu Ihren Lasten, auch dann, wenn die Ware ab Ihrer Verladestation oder fob gekauft wurde."

Im Herbst 1969 erhielt die Beklagte die auf sechs Monate befristete Einfuhrgenehmigung. Mit Schreiben vom 25. Februar 1970 teilte die Firma Ha[REDACTED] mit, die Klägerin habe den Wein angeschafft und bitte um Bekanntgabe des Ab-ruftermins. Die Beklagte antwortete, dies werde mangels Lagermöglichkeit nicht vor Ende April 1970 geschehen können. Im April 1970 bat die Firma Ha[REDACTED] noch mehrmals um

Mitteilung des Verladetermins, am 27. April 1970 verbunden mit der Aufforderung, eine Bankgarantie zu eröffnen. Dies lehnte die Beklagte ab und kündigte an, sie werde zunächst nur 3 000 hl abnehmen. Durch Fernschreiben vom 27. April 1970 bestätigte die Firma Ha[REDACTED] daß die Klägerin nach dem Vertrag die Einfuhr- und Verkehrsfähigkeit des Weins in Deutschland garantiere und damit einverstanden sei, daß die Restmenge abgerufen werde, wenn die erste Sendung eingetroffen und für einfuhrfähig erklärt worden sei. Die Beklagte teilte am 22. Mai 1970 mit, daß sie wegen der Differenzen um die Bankgarantie bisher keine Verladedisposition habe treffen können, daß sie sich aber nun um ein Schiff bemühen werde. Auf Anfrage der Firma Ha[REDACTED] vom 8. Juni 1970, was die Untersuchung der von der Klägerin unmittelbar an das chemische Untersuchungsamt in Offenburg übersandten Weinproben ergeben habe, verwies die Beklagte die Firma Ha[REDACTED] an das Amt mit dem Bemerkem, ihr liege kein Untersuchungsergebnis vor. Als Antwort auf ein weiteres Fernschreiben der Firma Ha[REDACTED] vom 10. Juni 1970, in dem der Vorwurf der Täuschung erhoben und eine Abnahmefrist bis zum 15. Juni 1970 gesetzt worden war, stellte die Beklagte der Klägerin anheim, die Untersuchung der Weinproben bei einem privaten Institut durchführen zu lassen. Sie habe vor wenigen Tagen erfahren, daß das chemische Untersuchungsamt in Offenburg keine Analysen mehr durchführe. Wegen des Risikos, ob die Einfuhr und Verkehrsfähigkeit tatsächlich bescheinigt werden würde, verlangte die Beklag-

te, daß die Klägerin eine Bankgarantie in Höhe von 84 000 DM für eventuell entstehende Fracht- und Lagerkosten stelle. Mit Fernschreiben vom 16. Juni 1970 drohte sie der Firma Ha[REDACTED] den Rücktritt vom Vertrage für den Fall an, daß ihr die Bankgarantie nicht bis zum 19. Juni 1970 verbindlich zugesagt werde. Die Klägerin wies das Garantieverlangen mit Anwaltschreiben vom 23. Juni 1970 zurück und verlangte Abnahmeerklärung bis zum 29. Juni und Verladedisposition bis 15. Juli 1970. Nach Telefongesprächen am 25. Juni 1970 sagte die Beklagte die Abnahme von 2 000 bis 3 000 hl "für die nächste Woche" zu, falls noch Laderaum frei sei, anderenfalls für Juli. Der Aufforderung der Klägerin durch Anwaltschreiben vom 6. Juli 1970, bis spätestens 20. Juli mitzuteilen, an welchem Tage im Juli die Gesamtpartie verladen werden könne, kam die Beklagte nicht nach.

Darauf erhob die Klägerin Klage auf Zahlung des Kaufpreises von 153 720 DM und 11 % Zinsen seit Mai 1970. Das Landgericht hat der Klägerin recht gegeben. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten unter Herabsetzung des Zinsanspruchs mit der Maßgabe bestätigt, daß Zahlung nur Zug um Zug gegen Dokumente (Handelsfaktura, Empfangsschein des Reeders, EWG-Warenbegleichdokumente, amtliches türkisches Analysenzertifikat über die Verkehrsfähigkeit im Ursprungsland, sofern die Beklagte die Kosten hierfür vorschießt) verlangt werden könne.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte das Klageabweisungsbegehren weiter. Sie beantragt gegen die in der Revisionsinstanz nicht vertretene und trotz ordnungsgemäßer Ladung zur mündlichen Verhandlung am 18. Juni 1975 nicht erschienene Klägerin den Erlaß eines Versäumnisurteils.

Entscheidungsgründe

Über die Revision der Beklagten war auf ihren Antrag gem. §§ 330, 331 ZPO durch - unechtes - Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Rechtsmittel hat ohne Rücksicht auf die Säumnis der Klägerin Erfolg.

Das Berufungsgericht hat auf die Rechtsbeziehungen der Parteien deutsches materielles Recht angewandt und der Klägerin den Kaufpreisanspruch gemäß § 433 Abs. 2 BGB zuerkannt.

Die Entscheidung hält einer Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. 1. Der Kaufvertrag

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß zwischen den Parteien ein Kaufvertrag mit dem Inhalt des Schreibens der Firma Ha[REDACTED] vom 11. August 1969 zustande gekommen ist. Leistung und Gegenleistung seien unter dem Vorbehalt der Erteilung der Einfuhrgenehmigung vereinbart worden. Da die Beklagte unstreitig noch im Jahre

1969 die Einfuhrgenehmigung erhalten habe, sei der Kaufvertrag wirksam geworden.

Darin hat das Berufungsgericht recht. Die Revision greift das Urteil insoweit nicht an und läßt ferner die Auffassung der Vorinstanz gelten, daß das Wahlrecht zwischen süßem und trockenem Weißwein auf die Klägerin übergegangen sei, nachdem die Beklagte trotz mehrfacher Aufforderung keine Wahl getroffen habe. Die Klägerin habe von dem Wahlrecht spätestens mit der Klageerhebung Gebrauch gemacht, so daß sich das Schuldverhältnis nunmehr auf trockenen Weißwein aus der handelsüblichen Produktion des türkischen Staatsmonopols aus dem Izmir-Gebiet, Weinernte 1969, beschränkte. Ob diese Auffassung zutrifft, oder ob nicht die Beklagte bereits mit dem Fernschreiben vom 27. April 1970 den trockenen Wein gewählt hat (er sollte 28,-- DM/hl kosten, sein Preis wurde auf 25,60 DM/hl reduziert), kann dahinstehen. Entscheidend ist, daß die Klägerin auch nach Ausübung des Wahlrechts aus einer Gattung zu leisten verpflichtet blieb. -

2. Rücktritt vom Verträge wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kaufvertrag bestehe fort. Seine Geschäftsgrundlage sei nicht weggefallen. Geschäftsgrundlage sei ersichtlich nur die Einfuhr und der Verkauf des Weins, nicht aber

der hierbei für die Beklagte zu erwartende Gewinn gewesen. Daß die Einfuhr türkischen Weins aufgrund der nach Vertragsschluß in Kraft getretenen EWG-Bestimmungen unmöglich geworden wäre, behauptet die Beklagte nicht. Inzwischen eingetretene Erschwernisse bei der Einfuhr müsse sie hinnehmen, weil die Beklagte den Wein nicht alsbald nach dem 25. Februar 1970 abgerufen habe.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

Weder die vorgelegten Urkunden noch der eigene Sachvortrag der Beklagten bieten einen Anhaltspunkt dafür, daß der Geschäftswille der Parteien auf der gemeinsamen Vorstellung aufgebaut hätte, die öffentlich rechtlichen Bestimmungen für den Import türkischen Weins in die Bundesrepublik Deutschland (außenwirtschaftliche, zoll- und steuerrechtliche, sowie solche zur Ausführung von Beschlüssen der EWG) blieben unverändert. Selbst wenn die Beklagte allein diese Vorstellung gehabt hätte, hat sie nicht behauptet, daß sie dies bei Abschluß des Vertrages der Klägerin in irgendeiner Form erkennbar gemacht hätte. Die Vereitelung eines einseitigen Vertragszwecks ist zwar grundsätzlich unerheblich, nach Treu und Glauben ist aber auch in diesem Falle die Auflösung der Vertrages zulässig, wenn sie den anderen Teil nicht oder nur unverhältnismäßig viel weniger beeinträchtigt.

Das Weiterverkaufsrisiko zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen fällt jedoch allein in die Sphäre der Beklagten. Für die Revisionsinstanz ist zu unterstellen, daß sich dieses Risiko durch die nach Vertragsschluß erlassenen EWG-Bestimmungen erhöht hat. Daß dies aber in einer für die Beklagte untragbaren Weise geschehen wäre, hat das Berufungsgericht verneint. Es hat dazu nicht nur festgestellt, daß die Einfuhr türkischen Weins in die Bundesrepublik Deutschland nach wie vor möglich ist, sondern hinzugefügt, die Beklagte habe nicht behauptet, daß sie bei einem Verkauf des eingeführten Weins (jetzt) keinen Gewinn mehr hätte erzielen können. Selbst wenn unterstellt wird, mit dem Satz in der Revisionsbegründung, "wirtschaftliche Unmöglichkeit der Einfuhr und des Verkaufs sei eingetreten", solle diese Feststellung des Berufungsgerichts angegriffen werden, ist die Rüge nicht schlüssig. Die Revision übersieht, daß das Wertverhältnis von vereinbarter Leistung und Gegenleistung unverändert geblieben ist. Zu den zusätzlichen Belastungen können nicht die Frachtkosten und die Kautions für die Einfuhrgenehmigung gerechnet werden. Die Beklagte hat "fob" gekauft, hat also die Frachtkosten zu tragen. Die Kautions wird zurückgezahlt. Es kann nicht zu Lasten der Klägerin unterstellt werden, der Wein sei nicht einfuhr- und verkehrsfähig. Es bleibt deshalb an zusätzlicher Belastung allein die Ausgleichsabgabe von 79 080 DM bestehen. Da die Beklagte ihre Kalkulation nicht offengelegt hat, ist

nicht ersichtlich, daß schon dieser Betrag einen Weiterverkauf "wirtschaftlich unmöglich" gemacht hätte. Hinzu kommt, daß alsbald nach Erlaß des Urteils erster Instanz, nämlich ab 1. Januar 1972, der Ausgleichsabgabe eine 60 %ige Zollsenkung gegenübergetreten ist. Das hat die Beklagte eingeräumt. Diese Zollsenkung wäre ihr zugute gekommen, weil es hierfür auf den Zeitpunkt der Einfuhr ankommt.

Das Berufungsgericht hat auch darin recht, daß im vorliegenden Falle eine Risikobeteiligung der Klägerin schon deshalb nicht in Frage kommt, weil die Beklagte es allein zu vertreten hat, daß sich das Einfuhr- und Weiterverkaufsrisiko erhöht hat. Die Revision macht zu Unrecht geltend, daß kein Liefertermin vereinbart worden sei. Zwar enthält das Schreiben vom 11. August 1969 dazu nichts. Das bedeutet im Zweifel sofortige Lieferung, dies insbesondere, weil die Einfuhrgenehmigung auf sechs Monate begrenzt war. In ihrem Auftrag Nr. 423 hat die Beklagte sogar ausdrücklich "prompte Lieferung mit nächster Verlademöglichkeit nach Erteilung der Einfuhrgenehmigung" verlangt. Die Klägerin hat am 25. Februar 1970 Verladebereitschaft angezeigt. Ihr Entgegenkommen gegenüber der Beklagten (Lieferung nicht vor Ende April wegen fehlender Lagermöglichkeit bei dieser) kann nicht dazu führen, daß sie an einer inzwischen eingetretenen Risikoerhöhung beteiligt wird. Das verstieße gegen Treu und Glauben.

3. Leistungsfreiheit gemäß §§ 323, 324 BGB

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es habe weder Veranlassung noch die Möglichkeit gehabt nachzuprüfen, ob die Klägerin "noch über den Wein verfüge". Diese Frage sei für den geltend gemachten Kaufpreisanspruch unerheblich.

Die Verletzung materiellen Rechts rügt die Revision in diesem Zusammenhang mit Erfolg.

Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Klägerin noch über trockenen Weißwein aus der handelsüblichen Produktion des türkischen Staatsmonopols aus dem Izmir-Gebiet, Weinernte 1969 "verfügt". Zugunsten der Beklagten muß in der Revisionsinstanz deshalb davon ausgegangen werden, daß sie diese Ware nicht mehr liefern kann.

Die Vorinstanz hätte nur dann recht, daß es auf die Lieferbarkeit des Weines nicht mehr ankäme, wenn die Klägerin bei nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Leistung den Vergütungsanspruch in jedem Falle behalten hätte. Das trifft jedoch nicht zu.

a) Beim gegenseitigen Vertrag trägt grundsätzlich der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung (die Klägerin) die Preis- oder Vergütungsgefahr, denn

er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung nicht nur, wenn er selbst die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, sondern auch, wenn sie von keinem der beiden Vertragspartner zu vertreten ist (§ 323 Abs. 1 BGB).

aa) Bei einer Leistung, die, wie im vorliegenden Falle - auch nach Ausübung des Wahlrechts - nur der Gattung nach bestimmt war (trockener Weißwein, Jahrgang 1969 aus dem Anbaugebiet von Izmir) hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung überhaupt möglich ist, Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm daran ein Verschulden nicht zur Last fällt (§ 279 BGB). Auch bei zufälligem Unvermögen zur Lieferung hätte die Klägerin in diesem Falle den Kaufpreisanspruch verloren. Das Berufungsgericht hätte deshalb feststellen müssen, ob die Klägerin den von der Beklagten gekauften Wein noch liefern kann, und wenn nicht, ob bei Eintritt des Unvermögens die Lieferung noch aus der Gattung geschuldet wurde, oder ob bereits eine Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) herbeigeführt worden war. Die Klägerin hat nicht behauptet, daß sie die 6 000 hl Weißwein gesondert gelagert hätte. Im Schreiben der Firma Hayler vom 25. Februar 1970 heißt es lediglich, die Klägerin habe "den Wein" angeschafft. Das erlaubt keinen zuverlässigen Schluß auf Aussonderung der in Rede stehenden Menge. Der Umstand, daß das Berufungsgericht Annahmeverzug der Beklagten bejaht hat, bedeutet ebenfalls nicht, daß die Gattungsschuld sich zu einer Speziesschuld konkretisiert hätte. Entgegen der

Auffassung der Revision begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, daß die Vorinstanz ein wörtliches Angebot der Leistung zur Herbeiführung des Annahmeverzugs hat genügen lassen, denn die Beklagte hatte, wie noch dargelegt werden wird, eine entscheidende Mitwirkungspflicht bei der Abnahme des Weines. Bei Gattungsschulden ist in den Fällen, in denen gemäß § 295 BGB durch wörtliches Angebot Annahmeverzug herbeigeführt werden kann, vorherige oder gleichzeitige Konkretisierung (Aussonderung) zum Eintritt des Annahmeverzugs selbst - im Gegensatz zur Anwendung des § 324 Abs. 2 BGB - nicht notwendig (Palandt/BGB, 33. Aufl., Anm. 5 zu § 324 und 3 a und c zu § 300). Andererseits bewirkt in diesen Fällen aber auch § 300 Abs. 2 BGB nicht den Übergang der Leistungsgefahr auf den Gläubiger (die Beklagte), denn den Erfordernissen dieser Vorschrift ist erst genügt, wenn der Schuldner neben dem wörtlichen Angebot noch die Aussonderung vornimmt (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Seite 289; Palandt, aaO Anm. 3 a und c zu § 300).

bb) Tatsächliche Feststellungen darüber, ob die Klägerin den von der Beklagten gekauften Wein ausgesondert hatte, wären nur dann nicht geobten, wenn feststände, daß die ganze Gattung inzwischen untergegangen ist. Das ist indessen bisher nicht behauptet worden.

b) Hatte die Klägerin die Aussonderung vorgenommen, so verbließe ihr der Anspruch auf die Gegenleistung

dann, wenn ihr Unvermögen zur Lieferung infolge eines von der Beklagten zu vertretenden Umstandes eingetreten wäre (§ 324 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Anwendung dieser Bestimmung erfordert mithin über die Frage der Konkretisierung hinaus ebenfalls Feststellungen darüber, ob und aus welchen Gründen die Leistung unmöglich geworden und ferner, ob das der Beklagten anzu-lasten ist. Derartige Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

c) Die Vergütungsgefahr geht nach Aussonderung der zunächst aus der Gattung geschuldeten Ware außerdem dann auf den Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung über, wenn er in Annahmeverzug geraten ist (§ 324 Abs. 2 BGB). Zur Erhaltung des Vergütungsanspruchs ist bei Annahmeverzug nicht erforderlich, daß der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Trotz Annahmeverzugs des Gläubigers verliert andererseits der Schuldner den Vergütungsanspruch dann, wenn er selbst die Unmöglichkeit gemäß § 300 Abs. 1 BGB zu vertreten hat. - Annahmeverzug der Beklagten hat das Berufungsgericht, wie dargelegt, bejaht. Das hat indessen lediglich zur Folge, daß der Kreis der Umstände, welche der Schuldner zu vertreten hat, enger gezogen wird und sich auf vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführtes Unvermögen zur Lieferung beschränkt (§ 300 Abs. 1 BGB). Für das Vorhandensein der Ware und gegebenenfalls für die Umstände, die zur Unmöglichkeit der Leistung geführt haben, trifft die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast, während es im zuletzt genannten Falle Auf-

gabe der Beklagten wäre, vorzutragen und zu beweisen, daß diese Umstände von der Klägerin zu vertreten sind (Soergel/Siebert/Schmidt, BGB, 10. Aufl., Rdn. 5 zu § 324; Staudinger, BGB, 11. Aufl., Rdn. 55 zu § 324).

d) Nach allem durfte die Frage der Verfügbarkeit des Weines nicht offen bleiben. Sie bedarf der Klärung. Da die Voraussetzungen einer eigenen Entscheidung des Senats in der Sache selbst fehlen, mußte das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§ 565 Abs. 1 ZPO).

II. Ergibt die anderweite Verhandlung, daß der Wein noch geliefert werden kann, so würden die bisher von der Revision gegen die Bejahung der Fälligkeit geführten Angriffe nicht durchgreifen.

Die im Kaufvertrag vom 11. August 1969 getroffene Vereinbarung "Kasse gegen Dokumente", spätestens 45 Tage nach Konnossementsdatum", ist eine echte Regelung der Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs dahingehend, daß einerseits die Beklagte als Käuferin teilweise vorleistungspflichtig sein sollte, andererseits aber auch die Klägerin als Verkäuferin eine Vorleistungspflicht insoweit übernahm, als sie erst bei Vorlage von ihr zu beschaffender Dokumente den Kaufpreisanspruch geltend machen konnte (vgl. dazu Senatsurteil vom 17. Februar 1971 - VIII ZR 4/70 = WM 1971, 385). Welche Dokumente dabei die Klägerin im einzelnen

zur Herbeiführung der Fälligkeit vorlegen mußte, ergibt sich aus der gleichzeitig getroffenen Abrede, daß die Klägerin den Wein "fob" zu liefern hatte. Nach dieser Klausel, die mit dem Inhalt der Nr. 4 der internationalen Regeln für die Auslegung handelsüblicher Vertragsformeln - Incoterms - (vgl. Baumbach/Duden, HGB, 19. Aufl. Anhang I nach § 382) auch dann gilt, wenn das nicht ausdrücklich vereinbart ist, war die Klägerin gehalten, den Wein an Bord des von der Beklagten zu benennenden Seeschiffs zu liefern und das der Beklagten durch Vorlage der Dokumente nachzuweisen. Zu diesen Dokumenten gehören, worüber kein Streit mehr besteht, diejenigen, von deren Zug um Zug-Aushändigung das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht hat. Da die Vorlage dieser Urkunden Gegenstand einer Vorleistungspflicht ist, von deren Erfüllung die Fälligkeit der Gegenleistung abhängt, kann die Klägerin selbst eine Zug um Zug-Verurteilung gemäß § 322 Abs. 1 BGB nur mit der Begründung begehren, die Beklagte könne sich auf ihre, der Klägerin ursprüngliche Vorleistungspflicht nicht mehr berufen (§ 242 BGB). Dies ist zu bejahen. Die Erfüllung des Kaufvertrages vom 11. August 1969 mußte, nachdem die Klägerin ihre Verladebereitschaft erstmals am 25. Februar 1970 angezeigt und um Angabe des Verladetermins gebeten hatte, Ende April 1970 mindestens mit dem Abruf einer Teilmenge von 3 000 hl und der Benennung des Seeschiffs beginnen.

Ohne Bekanntgabe des Seeschiffs konnte die Klägerin weder das Konnossement noch den Empfangsschein des Reeders beschaffen, wobei unterstellt wird, es sei ihre Aufgabe gewesen, auch das Konnossement zu besorgen. Die Beschaffung der übrigen Dokumente wäre zwar technisch auch ohne Bekanntgabe des Schiffs möglich, aber ohne praktische Bedeutung gewesen.

Die Vorleistungspflicht der Beklagten, ein Schiff für den Transport des Weins zu benennen, ist nicht deshalb entfallen, weil die Klägerin eine "Bankgarantie" verlangte. Sie hat diese Forderung alsbald fallenlassen. Von der Benennung des Schiffs war die Beklagte auch nicht deshalb befreit, weil das Einfuhr- und Verkehrsfähigkeitszertifikat einer staatlichen chemischen Untersuchungsanstalt nicht vorliegt. Nach den Vorschriften der Verordnung zur Ausführung des Weingesetzes vom 16. Juli 1932 und der Weinzollordnung von 1939 (Reichsgesetzblatt I 1932, S. 358; Reichszollblatt 1939 S. 139) wurden die aus dem Ausland eingehenden Sendungen bei der Einfuhr einer Untersuchung durch eine öffentliche Fachanstalt unterzogen (Art. 10 Abs. 2 Ausführungsverordnung zum Weingesetz). Dies geschah von Amts wegen durch die Zollstelle und setzte voraus, daß der Wein in die Bundesrepublik Deutschland verbracht worden war. Seine Verschiffung war die notwendige Voraussetzung für die Untersuchung und Erteilung des Einfuhr- und Verkehrsfähigkeitszertifikats. Diese von Amts wegen durchzuführende Untersuchung konnte durch eine vom Exporteur

oder Importeur veranlaßte Voranalyse erleichtert, aber nicht ersetzt werden. Unstreitig bestand die Möglichkeit hierzu ab Mai 1970 nicht mehr. Dies hat keine Partei zu vertreten. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Klägerin die vertragliche Nebenpflicht übernommen hatte, die Voranalyse herbeizuführen, oder ob sie dazu aufgrund Handelsbrauchs verpflichtet war. Im Juni/Juli 1970 war sie von einer derartigen Pflicht in jedem Falle frei. An ihre Stelle ist nicht die Pflicht zur Stellung einer Bankgarantie für die Frachtkosten eines eventuellen Rücktransports der Ware getreten. Das Zustandekommen einer entsprechenden Vereinbarung behauptet die Beklagte nicht; auch ein entsprechender Handelsbrauch konnte nicht so rasch entstehen. Treu und Glauben rechtfertigen es nicht, die Beklagte nach Wegfall der Voranalysenmöglichkeit besser zu stellen, als sie vorher gestanden hätte. Die Voranalyse beseitigte das Frachtkostenrisiko eines etwaigen Rücktransports nur zum Teil, denn auch bei einem positiven Voranalyseergebnis mußte eine Identitätsuntersuchung durchgeführt werden. Die Frachtkosten-sicherung durch Bankbürgschaft würde der Beklagten aber jedes Risiko genommen haben.

Die Beklagte mußte danach ab Mai 1970 mit der Erfüllung des Kaufvertrages ihrerseits durch Bereitstellung von Schiffsraum beginnen. Das hat sie nicht getan, und zwar auch nicht hinsichtlich einer Teilmenge von 2-3 000 hl, mit deren demnächst zu veranlassender Abnahme, Verschiffung und Untersuchung auf Einfuhr- und Verkehrsfähigkeit in der Bundesrepublik Deutschland die

Klägerin sich mit Fernschreiben vom 27. April 1970 einverstanden erklärt hatte. Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Klägerin am 6. Juli 1970 kurzfristig die Abnahme der Gesamtmenge verlangte. Sie mußte sich nach dem Geschehenen selbst, jedenfalls was die Teilmenge von 2-3 000 hl Weines angeht, vertragstreu verhalten. Durch völlige Untätigkeit konnte sie nicht den Eintritt der Fälligkeit des Gesamtkaufpreises vereiteln.

III. Ergibt die anderweite Verhandlung, daß die Klägerin den Wein nicht mehr liefern kann, dann wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des tatsächlichen Vorbringens zu prüfen haben, ob bei Eintritt des Unvermögens zur Leistung die zunächst aus der Gattung geschuldete Lieferung durch Aussonderung konkretisiert war oder nicht und welche der Parteien in einen wie im anderen Falle die Vergütungsgefahr zu tragen hat (§§ 279, 323, 324 BGB).

IV. Da der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels noch nicht feststeht, war die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht vorzubehalten.

V. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils beruht auf § 708 Nr. 3 ZPO.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf