

Für das Nachschlagwerk!

Nicht für die amtliche Sammlung!

2334 076

71

Gesetz: BGB §§ 157 (Gr), 242 (Ba); HGB § 346 (Le)

Rechtssatz: Hat sich der Verkäufer einer Ware durch eine allgemeine Klausel wie "Lieferungsmöglichkeit vorbehalten" freigezeichnet, so bleibt er doch verpflichtet, sich die Ware unter Anstrengung nach Treu und Glauben zu verschaffen. Muß er sich dabei zu erhöhtem Preis eindecken, so kann er sich auf die Freizeichnung nur dann berufen, wenn er dartut, daß ihm die Beschaffung der verkauften Ware zu diesem Preis nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist.

Aktenzeichen: VIII ZR 52/57

OLG Düsseldorf

Urteil des BGH vom 24. Juni 1958

VIII ZR 52/57

Verkündet am 24. Juni 1958

_____, Justizangestellter
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 M_____-Export, Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, in D_____, M_____-Ufer _____, vertreten
durch ihre Geschäftsführer Direktor Wilhelm H____ in
D_____, G____straße _____, Direktor Dr. Ing. Friedrich
B____ in D_____, T____straße _____ und Direktor
Hartwig K____ in Br____ bei Bi____, W____straße _____,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ -

gegen

die Firma Metallhandelsgesellschaft S____ Dr. M.
Kl____ in D_____, S____straße _____,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1958 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und
Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom
10. Januar 1957 wird auf Kosten der Klägerin zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte schuldete der Klägerin für gelieferte Waren 21 000,- DM. Dieser Betrag nebst Zinsen wird im gegenwärtigen Rechtsstreit eingeklagt. Die Beklagte weigert Zahlung, indem sie sich darauf beruft, sie habe mit einer ihr von der Firma P. in Z. abgetretenen Forderung in gleicher Höhe aufgerechnet. Mit dieser hat es folgende Bewandtnis:

Die Klägerin erwartete Quecksilber und bot es Ende April 1955 dem Inhaber der Beklagten Dr. Kl. an. Dieser wollte nicht für sich kaufen, verhandelte aber mit der Klägerin und nannte ihr schließlich die Firma P. in Z. als Abnehmerin.

Die Klägerin richtete an diese Firma zunächst ein Schreiben vom 25. April 1955. In diesem heißt es u.a.

"Betr. Quecksilber.

Wir nehmen Bezug auf die mit Ihnen geführten Verhandlungen und bestätigen Ihnen verkauft zu haben:

500 Flaschen Quecksilber, Original Hüttenware
99 % verpackt in Original-Flaschen mit 34,5 kg
(76 lbs) Inhalt

zum Preise von

DM 1.260,-- ... per Flasche
Frei Ankunfts- und Transit Ba.

Lieferbar: - im Laufe des Monats Mai 1955

Die Speditionsfirma A.G. Da. & Co., Ba., hat von uns Order, Ihnen den Posten sofort auszuhändigen gegen Vorlage eines Banknachweises einer erstklassigen schweizer Bank, aus der hervorgeht, daß der Gegenwert der Ware in Höhe von

DM 630 000,--

zur unwiderruflichen Verfügung an uns über unsere Außenhandelsbank eingezahlt worden ist.

Bei Übergabe der Ware werden folgende Dokumente von unserer Spedition ausgehändigt: (Diese werden aufgeführt)."



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das Schreiben schließt mit den Worten:

"Gleichzeitig mit Ihrer Kaufbestätigung an uns wollen Sie bitte über Ihre Bank unserer Außenhandelsbank ... ein Bankavis zuleiten lassen, aus dem hervorgeht, daß der Gegenwert der Ware in Höhe von DM 630 000,- uns sofort bei Übernahme des Materials unwiderruflich zur Verfügung steht."

Dieses Schreiben ist an Dr. Kl. [REDACTED] übermittelt. Auf seine Rückfrage schrieb die Klägerin unter dem 27. April 1955 an die P. [REDACTED] weiter:

"Im Nachgang zu unserer Verkaufsbestätigung vom 25. April 1955 teilen wir Ihnen mit, daß es sich bei den 500 Flaschen Quecksilber, Original Hüttenware, um spanisches Material der Qualität Almaden mit einem Reinheitsgrad von 99,99 % handelt.

Da, wie Ihnen bereits mitgeteilt, die spanischen Lieferanten keine Liefergarantie geben, haben wir z.Zt. noch keinen Einfluß auf Liefertermin - und fähigkeit. Aus diesem Grunde sind wir damit einverstanden, um evtl. unnötige Spesen zu vermeiden, wenn von Ihnen anstelle eines Akkreditivs ein Bankavis gegeben wird."

Das Schreiben schließt im dritten Absatz mit einem Angebot von weiteren 200 Flaschen Quecksilber, jedoch zu einem Preis von 1 290.- DM je Flasche, die bis 30. April 1955 fest an die Hand gegeben wurden, und der Bitte neben der Kaufbestätigung für die ersten 500 Flaschen bis zu diesem Zeitpunkt anzugeben, ob auch die weiteren 200 Flaschen übernommen werden könnten.

Auch das zweite Schreiben wurde an Dr. Kl. [REDACTED] gesandt, der beide Schreiben gleichzeitig der P. [REDACTED] in Z. [REDACTED] übergab. Diese Firma antwortete der Klägerin unter dem 2. Mai 1955 wie folgt:

"Betrifft Quecksilber.

Wir nehmen Bezug auf Ihre Verkaufsbestätigung vom 25.4.55 und Ihr Anschlußschreiben vom 27.4.1955 und bestätigen von Ihnen gekauft zu haben:

500 Flaschen Quecksilber, Original Hüttenware
99,9 % verpackt in Originalflaschen mit 34,5 kg
(76 lbs) Inhalt

zum Preise von

DM 1 260,- per Flasche

Frei Ankunfts- und Transit Ba

Lieferbar im Laufe des Monats Mai 1955

zahlbar: netto Kasse gegen folgende Dokumente:...."

Das Schreiben schließt, wunschgemäß werde der Klägerin durch die Bank der P über die Bank der Klägerin ein Bankavis zugeleitet, aus dem hervorgehe, daß der Gegenwert der Ware in Höhe von DM 630 000,- zur Verfügung stehe.

Als die P das Quecksilber anforderte, teilte ihr die Klägerin durch Fernschreiben vom 12. Mai 1955 mit, sobald ihr Versandangaben von Sp über Fr nach Ba vorlägen, werde sie den genauen Übergabetermin bei Da nennen. Sie erwarte den bereits avisierten Kapitalnachweis.

Zur Lieferung des Quecksilbers kam es nicht. Am 1. Juni 1955 setzte die Firma P der Klägerin, nachdem sich diese in ihrem Schreiben vom 27. Mai 1955 darauf berufen hatte, keine feste Lieferverpflichtung eingegangen zu sein, sondern sich ihre Lieferfähigkeit vorbehalten zu haben, eine Nachfrist von zwei Wochen zur Lieferung und forderte später - unter Berechnung eines Weiterverkaufspreises von 1 302,- DM je Flasche - Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 21 000,- DM (= 500 x 42 DM) (Schreiben vom 8. August 1955).

Die Gegenforderung hält die Klägerin für nicht begründet. Sie ist der Auffassung, sich ihre Lieferfähigkeit (durch Absatz 2 ihres Schreibens vom 27. April 1955) vorbehalten zu haben, und behauptet, sie habe das Quecksilber selbst nicht

geliefert bekommen können, weil sich herausgestellt habe, daß vorliegende Exportlizenzen gefälscht gewesen seien. Die Beklagte ist der Meinung, die Klägerin sei der P. gegenüber eine feste Lieferverpflichtung eingegangen, und bestreitet auch, daß die Nichtlieferung in fehlenden oder gefälschten Exportlizenzen ihren Grund gehabt habe; sie behauptet, die Klägerin habe nur die inzwischen gestiegenen Einkaufspreise nicht zahlen wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung war erfolglos. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrag.

Nachträglich hat die Beklagte den Bescheid der L. Bank in N. - W. vom 11. Juni 1958 vorgelegt, durch den die Abtretung der Schadensersatzforderung der Firma P. gegen die Klägerin an die Beklagte in Höhe von 21 000,- DM genehmigt wird. Die Parteien haben sich mit Berücksichtigung dieser Devisengenehmigung bei der Entscheidung einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

I. Da die Klageforderung unbestritten ist, kommt es nur auf die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung an. Das Berufungsgericht hat auf dieses deutsches Recht angewendet, obwohl es sich bei ihr um einen der Beklagten abgetretenen Anspruch einer Schweizer Firma aus einem Rechtsgeschäft mit der Klägerin handelt, bei dem Dr. Kl. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur als Vermittler tätig geworden ist.

Gegen die Anwendung deutschen Rechts bestehen keine Bedenken, weil beide Parteien in den Tatsachenrechtszügen von dessen Geltung ausgegangen sind. Auch die Revision hat sich nicht darauf berufen, es sei ein anderes Recht anzuwenden und danach anders zu entscheiden.

II. Das Berufungsgericht sieht in den Schreiben der Klägerin vom 25. und 27. April 1955 ein Vertragsangebot an die Firma P██████, das diese mit ihrem Schreiben vom 2. Mai 1955 angenommen habe. Es stellt fest, damit sei ein Vertrag (über Lieferung von 500 Flaschen Quecksilber zum Preise von 1 260,- DM je Flasche) auf der Grundlage der in den Schreiben vom 25. und 27. April 1955 niedergelegten Bedingungen zustande gekommen.

Den Vermerk in dem Schreiben vom 25. April 1955 "Lieferbar im Laufe des Monats Mai 1955" legt es dahin aus, es habe damit eine feste Lieferverpflichtung übernommen werden sollen. Im Absatz 2 des bei der P██████ gleichzeitig eingegangenen Schreibens vom 27. April 1955 sieht es keine Einschränkung der festen Lieferverpflichtung. Es entnimmt ihm insbesondere keine Freizeichnung von den Folgen einer Nichtlieferung, soweit diese durch eine Lieferungsunfähigkeit des spanischen Vorlieferanten bedingt ist. In dem Hinweis darauf, die Klägerin "habe zur Zeit keinen Einfluß auf Liefertermin und Lieferfähigkeit", in dem fraglichen Absatz erblickt es lediglich die Begründung dafür, daß an Stelle eines Akkreditivs (nur) ein Bankavis beizubringen sei.

III. 1) Die Revision meint, eine Auslegung der Schreiben der Klägerin vom 25. und 27. April 1955 einerseits und des Schreibens der P██████ vom 2. Mai 1955 andererseits dahin, durch sie sei ein Kaufvertrag mit festem Liefer-

termin im Monat Mai 1955 - ohne Freizeichnung bei Lieferunfähigkeit des Vorlieferanten - zustandegekommen, sei schon denkgesetzlich nicht möglich.
Darin ist ihr allerdings nicht zu folgen.

Die Schreiben vom 25. April 1955 und 2. Mai 1955 enthalten übereinstimmend die entscheidene Vertragsbedingung: "Lieferbar: im Laufe des Monats Mai." Das stellt das Berufungsgericht mit Recht in den Vordergrund. Dabei hat es nicht übersehen, daß der P. [REDACTED] gleichzeitig mit dem Schreiben vom 25. April auch das vom 27. April zugegangen ist, das eine Ergänzung des ersten Schreibens enthält. Davon ist es vielmehr ausdrücklich ausgegangen. Es würdigt beide Schreiben zusammen als einheitliches Vertragsangebot. Auch das ist nicht rechtsirrtümlich, obwohl in beiden nur von einer Verkaufsbestätigung die Rede ist.

Beim Zugehen eines Vertragsangebotes in zwei Schreiben mit verschiedenen Daten und mit einem voneinander abweichenden Inhalt ist zwar der des späteren maßgebend, weil davon auszugehen ist, die Absenderin wolle ihr früheres Angebot nur nach Maßgabe des späteren aufrechterhalten. Das schließt hier aber die Auslegung des Berufungsgerichts nicht aus, im Absatz 2 des zweiten Schreibens sei keine Einschränkung der Lieferklausel des gleichzeitig zugegangenen ersten Schreibens enthalten. Wenn das Berufungsgericht aaO von einer "hiermit eingegangenen festen Lieferverpflichtung" spricht, so meint es damit nicht, diese Verpflichtung sei schon (vorher) übernommen, sondern nur die Klausel sei als Angebot eines Kaufvertrages mit fester Lieferverpflichtung zu verstehen, die durch den erwähnten Absatz 2 nicht eingeschränkt werde. Es hat dabei erkennbar zum Ausdruck gebracht, es sehe im Absatz 2 aaO gerade keine Abweichung vom Inhalt des ersten Schreibens.

Diese Auslegung ist vorbehaltlich des nachstehend unter Abschnitt IV zu erörternden Gesichtspunktes möglich. Wenn der Hinweis in dem Absatz 2 des zweiten Schreibens darauf sie, die Klägerin, habe keinen Einfluß auf Liefertermin und Lieferfähigkeit der spanischen Lieferanten, - nach dem Zusammenhang- nur eine Begründung dafür darstellt, an Stelle eines Akkreditivs sei nur ein Bankavis beizubringen, wie das Berufungsgericht - in möglicher Auslegung dieses Schreibens - ausführt, so ist darin an sich noch keine Freizeichnung der Klägerin bei Lieferunfähigkeit ihrer Vorlieferantin zu erblicken.

2) Entgegen der Auffassung der Revision ist das Berufungsgericht auch nicht davon ausgegangen, Angebot und Annahme wichen voneinander ab. Nach seinen tatsächlichen Feststellungen hat die P. [REDACTED] vielmehr mit ihrem Schreiben vom 2. Mai 1955 das Angebot der Klägerin laut Schreiben vom 25. und 27. April 1955 unverändert angenommen, d. h. so, wie es nach dem - zusammengefaßten - Inhalt dieser beiden Schreiben verstanden werden mußte, von der Beklagten und von der Klägerin damals auch gemeint gewesen ist.

IV. Dagegen kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, es käme angesichts der schriftlichen Abmachungen nicht mehr darauf an, ob ein Handelsbrauch dahin bestehe, daß bei Lieferungen der sp. [REDACTED] Firma A. [REDACTED] die Lieferfähigkeit vorbehalten zu werden pflege. Es hätte vielmehr entsprechend der Rüge der Revision, dem Beweisantrag der Klägerin hierzu sei nicht stattgegeben worden, prüfen müssen, ob und mit welchem genauen Inhalt ein solcher Handelsbrauch besteht und insbesondere auf welchen Personenkreis er sich erstreckt, wobei zu beachten gewesen wäre, daß die Klägerin das Quecksilber nicht aus

Sp. [REDACTED] unmittelbar, sondern von einem en. [REDACTED] Lieferanten beziehen wollte. Erst nach dem Ergebnis dieser Untersuchung hätte das Berufungsgericht den Schriftwechsel der Klägerin mit der F. [REDACTED] abschließend in dem vorstehend unter III behandelten Sinne würdigen dürfen. Indessen kann dieser Gesichtspunkt nicht zum Erfolg des Rechtsmittels der Klägerin führen, weil die Hilferwägung des Berufungsurteils den Angriffen der Revision gegenüber standhält und - wie nachstehend darzulegen ist - die angefochtene Entscheidung trägt.

V. Das Berufungsgericht führt mit dieser Hilferwägung aus, die Klägerin würde (bei einer entsprechenden Freizeichnung) von einer Haftung allenfalls dann befreit sein, wenn ihre Nichtlieferung darauf beruht hätte, daß ihr sp. [REDACTED] (richtig: en. [REDACTED]) Vorlieferant, etwa wegen behördlicher Schwierigkeiten seinen Verpflichtungen nicht hätte nachkommen können; dafür trage die Klägerin die Beweislast, habe diesen Beweis aber nicht geführt. Dazu entnimmt es dem Schriftwechsel der Klägerin mit der Firma Ze. [REDACTED] und Co in Lo. [REDACTED], diese sei (trotz gewisser Schwierigkeiten) bereit und in der Lage gewesen, das Quecksilber zu liefern. Es stellt aber fest, die Lieferung sei daran gescheitert, daß die Klägerin nicht den Preis habe zahlen wollen, den die en. [REDACTED] Firma verlangt habe. In diesem Zusammenhang führt es aus, im Schreiben dieser Firma vom 18. Mai 1955 sei zwar beiläufig davon die Rede gewesen, alle schon erteilten Exportlizenzen würden von den sp. [REDACTED] Behörden überprüft, es sei aber gleichzeitig mitgeteilt, es sei zu hoffen, die Lizenz werde bewilligt. Diese sei dann nicht mehr Gegenstand des weiteren Schriftwechsels der Parteien bis zum Beginn dieses Rechtsstreites gewesen und habe in diesem (Schriftwechsel) keine Rolle gespielt. Es sei also nicht anzunehmen, daß insoweit ernste Schwierigkeiten bestanden hätten, so daß die Voraussetzungen eines Liefervorbehalts nicht erfüllt seien.

2) Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin. Die Klausel "Lieferfähigkeit (Lieferungsmöglichkeit) vorbehalten", bedarf einer Auslegung. Dabei ist einmal zu berücksichtigen, daß Befreiungsklauseln allgemein eng und streng auszulegen sind (RGZ 103, 414, 416; 142, 353, 355; BGHZ 24, 39, 43), daß andererseits aber auch die Klausel "Lieferfähigkeit oder Lieferungsmöglichkeit vorbehalten, enger ist, als die Klausel "freibleibend", bei der der Verkäufer jede Gebundenheit ausschließen will (Godin in HGB RGRK, 2. Aufl., § 361 Anfang Anm. 17 f), aber auch nicht so weit geht, wie die Klausel "richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten" (dazu OGHZ 1, 78). Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzungen für die Berufung auf eine solche - hier nicht vereinbarte - Klausel hier gegeben wären. Es ist jedenfalls auch Rechtsgründen nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht der Klägerin eine Berufung auf die Klausel "Lieferfähigkeit vorbehalten" versagt, weil es ihr - nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts - möglich gewesen wäre, ihrer Lieferverpflichtung nachzukommen, wenn sie nur etwas höhere Preise gezahlt hätte. Denn der Vorbehalt der Liefermöglichkeit sichert nicht gegen Preissteigerungen (RG Warn Rspr 1921 Nr. 86). Er befreit den Verkäufer auch nicht von der Verpflichtung, sich die Ware unter Anstrengung nach Treu und Glauben zu verschaffen (Godin aaO).

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten auch den Verfahrensrügen (§ 286 ZPO) der Revision gegenüber stand.

Diese verweist auf das Schreiben der Lo[REDACTED] Firma vom 1. Juni 1955, in dem von einer erteilten Lizenz keine Rede sei. Sie meint, das Berufungsgericht habe dieses Schreiben übersehen. Dafür liegt jedoch kein Anhalt vor. In ihm werden - unter Bezugnahme auf verschiedene fernmündliche

Rücksprachen - die Schreiben der Klägerin vom 18. und 27. Mai 1955 bestätigt. In dem letztgenannten Schreiben hat diese - unter Hinweis auf Ferngespräche vom 24. und 26. Mai 1955 - der Firma Ze [REDACTED] und Co. gegenüber klar zum Ausdruck gebracht, sie könne eine Preiserhöhung um 15 Dollar je Flasche keinesfalls akzeptieren. Nimmt man hinzu, daß die Klägerin in ihrem Schreiben vom gleichen Tage der P [REDACTED], ohne abzuwarten, was die Nachprüfung der Exportlizenzen ergab, mitteilte, die Lieferung könnte aus behördentechnischen Gründen nicht durchgeführt werden, sie betrachte die Angelegenheit als erledigt und lehne alle Ansprüche der P [REDACTED] ab, dann ist die Feststellung des Berufungsgerichts, die Lieferung sei daran gescheitert, daß die Klägerin keine höheren Preise habe zahlen wollen, aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Das Berufungsgericht hält sich damit jedenfalls im Rahmen der ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung des ihm unterbreiteten Sachverhaltes.

Bei der gegebenen Sachlage kommt es auch nicht darauf an, ob, wie die Klägerin im Schriftsatz vom 21. August 1956 behauptet hat, tatsächlich schon eine sp [REDACTED] Exportlizenz vorhanden gewesen ist, die sich nachträglich als eine Fälschung herausgestellt hat, und ob das durch die von der Klägerin mit ihrem Schriftsatz vom 18. September 1956 vorgelegten Beweismittel hinreichend bewiesen ist. Das Berufungsgericht hat auch diesen Vortrag nicht übersehen, sondern nur für unerheblich gehalten, weil es, wie dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe zu entnehmen ist, feststellt, die Lo [REDACTED] Firma sei bereit und in der Lage gewesen, Quecksilber (auf Grund neuer oder überprüfter Exportlizenzen) zu liefern, wenn die Klägerin die Preiserhöhung von 15 Dollar je Flasche, welche die sp [REDACTED] Behörden verlangten (Schreiben der Firma Ze [REDACTED] und Co. vom 1. Juni 1955, auch schon Schreiben der Klägerin vom 27. Mai 1955), bewilligt hätte. Diese Feststellung wird aber von der Revision nicht angegriffen.

Die Klägerin hat auch nicht vorgetragen, es wäre ihr unzumutbar gewesen, sich das Quecksilber zu den ungünstigeren Bedingungen zu beschaffen. Es läßt sich bei der gegebenen Sachlage auch sonst nicht sagen, daß die Fälschung der ursprünglichen Exportlizenz die Lieferung der Klägerin in ungewöhnlicher Weise erschwert hätte und daß sie deshalb von ihrer Lieferverpflichtung ohne weiteres auf Grund der Klausel frei geworden wäre. Dazu hätte es näherer Darlegungen bedurft. Bei einem vereinbarten Preis von 1 260,- DM je Flasche genügt jedenfalls nicht allein eine Erhöhung des Einkaufspreises um 15 Dollar = rund 63,- DM je Flasche, um eine Unzumutbarkeit der Eindeckung seitens der Klägerin offensichtlich erscheinen zu lassen.

VI. Die von der Revision angezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Urt. v. 25. Januar 1955 - I ZR 70/53, teilweise abgedruckt NJW 1955, 631) betrifft einen anderen Sachverhalt. Eine deutsche Firma hatte hier unmittelbar von einer italienischen Webgarn gekauft, für deren Einfuhr sie einer deutschen Einfuhrbewilligung bedurfte. Die rechtliche Wirksamkeit dieses Vertrages hing von der - vorbehaltenen - Einfuhrbewilligung ab. Anders ist es in dem hier zu beurteilenden Fall. Der Vertrag zwischen der Klägerin und der Firma P. verstiess nicht einmal dann gegen ein gesetzliches Verbot, wenn er nicht von der Lieferfähigkeit der Klägerin abhängig gemacht worden ist; denn das bedeutet nicht, daß die Klägerin ohne Exportlizenzen einführen sollte, sondern nur daß es im Bereich des von ihr zu übernehmenden Risikos lag, wenn sie infolge Fehlens solcher nicht liefern konnte. Es war ihre Sache, wie sie sich das Quecksilber auf dem Markt beschaffte, wenn sie es fest verkaufte. Daß die Klägerin hier im übrigen aber gegen neue oder überprüfte Exportlizenzen hätte liefern können, wenn sie nur etwas höhere Preise zahlte, hat das Berufungsgericht festgestellt.

VII. Liegen aber, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, die Voraussetzungen für eine Berufung auf die Klausel "Lieferfähigkeit vorbehalten", nicht vor, dann ist die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzgegenforderung aus §§ 433 ff, 326 BGB rechtlich und nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts auch tatsächlich, insbesondere der Höhe nach, begründet.

Das Berufungsgericht entnimmt dem Schreiben der Klägerin vom 27. Mai 1955 nicht nur unangreifbar, diese habe auf die Gestellung des Kapitalnachweises durch die P. verzichtet, sondern auch eine hartnäckige, nicht ausreichend begründete Weigerung, den Vertrag abredgemäß zu erfüllen. Darüber hinaus erblickt es ohne Rechtsirrtum in dem Schreiben der P. vom 1. Juni 1955 die Setzung einer angemessenen Nachfrist von vierzehn Tagen gemäß § 326 BGB, dessen Voraussetzungen das bezeichnete Schreiben auch im übrigen erfüllt.

Die Meinung der Revision, die Klägerin habe sich am 1. Juni 1955 nicht im Verzuge befunden, trifft nicht zu. Verzug folgt vielmehr daraus, daß sie nach dem Vertrage verpflichtet gewesen ist, das Quecksilber im Laufe des Monats Mai, d. h. mit einem festen kalendermäßig bestimmten Liefertermin ("noch innerhalb des Monats Mai", § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB; RGZ 106, 89) zu liefern, eine Verpflichtung, von der sie sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, ohne dazu berechtigt zu sein, losgesagt hat.

Dem Verlangen der Klägerin nach Schadensersatz steht auch - nach dem festgestellten Sachverhalt - § 242 BGB nicht entgegen. Insoweit beruft sich die Revision nur auf die Schreiben der Klägerin vom 11. Juni 1955 und der P. vom 13. Juni 1955. Danach hat die Klägerin allerdings der Beklagten einen neuen (anderen) Weg zur Beschaf-

fung einer sp[] Exportlizenz aufgezeigt und die Beklagte hat sich darauf nicht mehr eingelassen. Dazu war sie aber auch nicht verpflichtet, weil, wie sie auch in ihrem Schreiben zum Ausdruck gebracht hat, eine Lieferung innerhalb der von ihr bereits am 1. Juli 1955 gesetzten, ausdrücklich als angemessen festgestellten, Nachfrist nicht mehr möglich gewesen wäre. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob sich die Klägerin nicht in ihrem Schreiben vom 11. Juni 1955 ausdrücklich hätte bereiterklären müssen, zu den alten Bedingungen, insbesondere den alten Preisen, zu liefern, was diesem Schreiben nicht zu entnehmen ist.

Es ist auch nicht ersichtlich, wie die P[] sonst ihren Schaden hätte abwenden (oder mindern) können, wie die Revision unter Hinweis auf § 254 BGB meint. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist der - bei abstrakter Schadensberechnung - von ihr in Rechnung gestellte Aufschlag von 42,- DM je Flasche (d.h. nur etwa 3 1/3 %) unter Berücksichtigung der handelsüblichen Gewinnspanne nicht zu hoch. Die Preise waren auch im Steigen. Das ergibt einmal schon das Schreiben der Klägerin vom 27. April 1955 an die P[], in dem sie ihr weiteres Quecksilber nur zu einem erhöhten Preis von 1 290,- DM je Flasche (d.h. 30,- DM mehr) anbietet, aber auch der weitere Schriftwechsel, dem das Berufungsgericht entnommen hat, die Klägerin habe das Quecksilber liefern können, wenn sie nur etwas höhere Preise angelegt hätte.

VIII. Das Berufungsurteil enthält auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin, der zu seiner Aufhebung führen könnte.

Dabei kann, was seine Ausführungen (unter III) zur Frage der positiven Vertragsverletzung anbelangt, dahingestellt bleiben, ob einer de[] Quecksilberver-

Käuferin der letzte Abnehmer einer Quecksilberlieferung in jedem Falle völlig gleichgültig sein kann, insbesondere, ob diese in östliche Länder hinter den eisernen Vorhang gelangt. Insoweit fehlt es jedoch an genügend konkreten Behauptungen, daß eine solche Verschiebung gegen den Willen der Klägerin in der Absicht der Beklagten gelegen hat. Von der Revision sind auch in dieser Richtung Angriffe nicht erhoben.

IX. Devisenrechtliche Bedenken gegen die Abtretung der Schadensersatzforderung der Firma P. hat die Beklagte dadurch ausgeräumt, daß sie die Genehmigung der zuständigen L. bank im Revisionsverfahren beigebracht hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine solche Devisengenehmigung auch im Revisionsverfahren berücksichtigt werden (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 11. Februar 1958 - VIII ZR 34/57 mit Nachweisen).

X. Die Revision ist hiernach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel