

# BUNDESGERICHTSHOF

2078 072

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 66/63

## URTEIL

Verkündet am  
12. April 1965  
Klett, Justiz-  
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Firma Hugo B [REDACTED] Kommanditgesellschaft  
in R [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch den  
persönlich haftenden Gesellschafter Herbert B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die E [REDACTED], Körperschaft  
des öffentlichen Rechtes, gesetzlich vertreten durch  
ihre Vorstandsmitglieder Dr. K [REDACTED] und Dr. R [REDACTED] in  
F [REDACTED], A [REDACTED] Allee [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Hr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 8. November 1962 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:  
-----

Die Klägerin, die Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette, bot im Bundesanzeiger Nr. 50 vom 12. März 1955 mit der Bekanntmachung Nr. 16 aus ihren Beständen ca. 1 600 t Länenbutter zum Preise von 612,-- DM je 100 kg zum Verkauf an. In der Bekanntmachung heißt es u.a.:

"Die Bezahlung der Ware hat innerhalb von 10 Tagen - die Abnahme innerhalb von 14 Tagen - nach Ausstellungsdatum der Verkaufsbestätigung zu erfolgen. (Im übrigen gelten die auf der Rückseite jeder Verkaufsrechnung aufgeführten allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette)."

Die Beklagte richtete an die Klägerin am 14. März 1955 ein Fernschreiben folgenden Inhalts:

"Beantragen 50 tons Butter nach Bekanntmachung Nr. 16"

Dieses Fernschreiben bestätigte die Beklagte mit Schreiben vom selben Tage, das folgendermaßen lautet:

- 3 -

"Beantragen 50 to. Butter nach Bekanntmachung Nr. 16.  
Wir bitten Sie, die obige Anforderung zuzuteilen."

Am 15. März 1955 übersandte die Klägerin der Beklagten eine "Verkaufsbestätigung und Rechnung Nr. Bu 388". Sie lautet über 1 000 Paß à 50,8 kg = 50 800 kg zum Gesamtpreis von 310 896 DM. Auf der Vorderseite dieser Urkunde ist mit Schreibmaschine nach dem Wort "zahlbar" gesetzt: "Innerhalb 10 Tagen nach Rechnungsdatum." Ferner findet sich der Vermerk mit Schreibmaschine: "Der Freistellungsschein wird nach Eingang des Rechnungsbetrages dem Lagerhalter übersandt." In Druckschrift enthält die Vorderseite den Vermerk: "Die Bedingungen der vorstehenden Verkaufsbestätigung gelten als von Ihnen angenommen, sofern Ihrerseits nicht innerhalb von 48 Werktagsstunden hiergegen Einspruch erhoben wird." Die auf der Rückseite abgedruckten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen lauten unter Nr. 4:

"Unsere Rechnungen sind, wenn nicht ausdrücklich anders vereinbart und auf der Vorderseite entsprechend bestätigt, zahlbar bei Freistellung der Ware; netto Kasse."

und unter Nr. 10:

"Falls der Kaufpreis nicht innerhalb von 10 Tagen seit dem Datum unserer Rechnung in voller Höhe bei uns eingegangen ist, sind wir von unserer Lieferpflicht befreit und berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen."

Die Beklagte will dem Schreiben der Klägerin vom 15. März 1955, das angeblich bei ihr erst am 21. März 1955 eingegangen ist, in einem Ferngespräch mit dem inzwischen verstorbenen Sachbearbeiter L [REDACTED] der Klägerin und mit einem Schreiben vom selben Tage widersprochen haben. L [REDACTED] soll sich fernmündlich mit der Aufhebung des



Vertrages einverstanden erklärt haben. Die Klägerin bestreitet das.

Die Beklagte hat von der Klägerin keine Butter abgenommen. Mit einem Schreiben vom 29. März 1955 erklärte sie, sie habe eine andere Butterlieferung reklamiert, die Prüfer der Klägerin hätten die Ansicht vertreten, daß sie sich nicht nach der Butterverordnung zu richten hätten. In dem Schreiben heißt es dann wörtlich:

"Wir haben Ihre Beauftragten darauf hingewiesen, daß wir auf Grund dieser Einstellung zur Butterverordnung nicht in der Lage sind, weiterhin Butter zu übernehmen, und sehen wir uns deshalb gezwungen, von unserer telegrafischen Bestellung vom 14.3.55 zurückzutreten.

Wir möchten noch bemerken, daß wir bereits am 22.3.1955 an die Außenstelle in Bonn geschrieben haben und um eine verbindliche Stellungnahme gebeten, ob die Prüfer an die Butterverordnung gebunden seien."

Mit der Behauptung, sie habe 50,8 t dänische Kühlhausbutter für 275.865,34 DM anderweit verkauft, macht die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz des Unterschiedsbetrages zwischen Verkaufspreis und Erlös in Höhe von 35.030,66 DM sowie 1.422,40 DM Lagerkosten und Zinsen geltend. Sie hat ursprünglich beantragt, die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 39.160,56 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Durch Versäumnisurteil des Landgerichts ist die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen verurteilt worden. Nach Einspruch der Beklagten hat das Landgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Das Berufungsgericht hat im Urteil vom 14. Dezember 1960 das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Der erkennende Senat hat durch Urteil vom 16. April 1959

(VIII ZR 130/59) das angefochtene Urteil abgesehen von einem Teil der verlangten Zinsen aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr das Versäumnisurteil aufgehoben und die Beklagte zur Zahlung von 33 085,90 DM nebst Zinsen von 30 398,40 DM verurteilt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, zwischen den Parteien sei ein Kaufvertrag über 50 englische "long tons" = 50 800 kg dänische Markenbutter zustande gekommen. Es führt aus, die Bekanntmachung im Bundesanzeiger sei kein Vertragsangebot, sondern die Aufforderung an daran interessierte Firmen, Vertragsangebote zu machen. Das Fernschreiben der Beklagten vom 14. März 1955 und der den Inhalt bestätigende Brief vom selben Tage stellten ein Vertragsangebot der Beklagten dar. Dieses Angebot habe die Klägerin mit Schreiben vom 15. März 1955 wirksam angenommen.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Klägerin das Angebot der Beklagten verspätet angenommen habe. Das Schreiben der Klägerin vom 15. März 1955 sei bei der Beklagten erst am 21. März 1955 eingegangen.

Damit kann die Beklagte nicht mehr gehört werden. Nach §§ 146, 147 Abs. 2 BGB erlischt ein Antrag, wenn er nicht bis zu dem Zeitpunkt angenommen worden ist, in welchen

der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Die Beklagte hat in den vorhergehenden Rechtszügen die Rechtzeitigkeit der Annahme nicht bestritten. Das Berufungsgericht durfte deshalb davon ausgehen, daß nach der im Handelsverkehr zwischen der Klägerin und ihren Abnehmern bestehenden Übung keine Umstände vorlägen, unter denen die Annahmeerklärung als verspätet anzusehen sei. Ein Bestreiten wäre umsomehr erforderlich gewesen, als die Klägerin alsdann möglicherweise hätte entgegennehmen können, sie habe die Annahmeerklärung so abgesendet, daß sie bei regelmäßiger Beförderung der Beklagten rechtzeitig zugegangen sein würde und die Beklagte das hätte erkennen müssen (§ 149 BGB). Im Revisionsrechtszuge kann die Beklagte das versäumte Vorbringen nicht mehr nachholen.

2. Die Beklagte hatte in den Vorinstanzen das Fehlen eines Vertragsschlusses nur darauf gestützt, ihr Angebot und die Annahmeerklärung der Klägerin deckten sich nicht, das Schreiben der Klägerin vom 15. März 1955 stelle vielmehr eine Ablehnung des Angebots der Beklagten verbunden mit einem neuen Angebot dar, das aber die Beklagte nicht angenommen habe. Diesen Einwand läßt das Berufungsgericht nicht durchgreifen.

a) Die Beklagte macht einmal geltend, sie habe in ihren Fernschreiben unter "tons" das Gewichtsmaß der deutschen Tonne, also 1 000 kg verstanden und habe daher nur 50 000 kg Butter bestellen wollen. Das Berufungsgericht legt das Fernschreiben jedoch dahin aus, daß die Beklagte die englische Gewichtseinheit zugrunde gelegt habe, weil sie die Bezeichnungen "tons" bzw. "to" und nicht die für die deutsche Tonne gebräuchliche Abkürzung "t" verwendet habe. Das Angebot der Beklagten, so meint das Berufungsgericht,

sei deshalb so zu verstehen, daß sie eine Buttermenge von 50 tons = 50 800 kg bei der Klägerin bestellen wollte. Das Berufungsgericht berücksichtigt dabei, daß die Beklagte aus den zahlreichen früheren Geschäftsabschlüssen gewußt habe, Dänenbutter werde nach der englischen Gewichtseinheit abgewogen, und daß das Angebot auf die Bekanntmachung im Bundesanzeiger Bezug genommen habe.

Eine solche Auslegung läßt zumindesten im Ergebnis keinen Rechtsirrtum erkennen. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß in der Bekanntmachung vom 12. März 1955 die Klägerin entgegen der Darstellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils angeboten hat: ca. 1 600 t Dänenbutter, Mindestabgabe 5 t und Höchstabgabe 50 t. Auf der Annahme, daß in der Bekanntmachung die Butter mit der Gewichtsbezeichnung "to" ausgeschrieben worden sei, beruht das Urteil indessen nicht. Das Berufungsgericht hat es vielmehr darauf abgestellt, wie die Klägerin die Erklärung der Beklagten habe verstehen müssen. Unbedenklich ist dabei die Erwägung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den zweifelsfrei englischen Ausdruck tons gebraucht hat. Die Meinung der Revision, es handle sich dabei um die niederdeutsche Pluralbildung durch Anhängen von s wie zum Beispiel bei "Jungens, Mädels" ist abwegig. Der Plural von Tonne lautet Tonnen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob im Verkehr die Bezeichnung der deutschen Tonne auch mit to abgekürzt wird. Das Berufungsgericht durfte auch den Umstand berücksichtigen, daß der Beklagten die Übung, dänische Butter nach englischer Gewichtseinheit abzuwiegen, bekannt gewesen ist. Fehlt die Rüge der Revision, die Klägerin habe selbst im Schriftsatz vom 18. August 1958 nur behauptet, daß die Beklagte vorher ein einziges Mal dänische Butter gekauft habe. Die Klägerin

hat auf Seite 3 des Schriftsatzes ausdrücklich vorgetragen, der Inhaber der Beklagten habe während der langjährigen Geschäftsverbindung zu der Klägerin sich niemals dagegen gewandt, daß die Mengenberechnung beim Verkauf dänischer, schwedischer oder anderer ausländischer Butter nach long tons erfolge, ohne daß darauf besonders hingewiesen werde. Im übrigen hätte das Berufungsgericht auch in diesem Punkt den von ihm in anderem Zusammenhang berücksichtigten Umstand verwerten können, daß die Beklagte sich in ihrem Schreiben vom 29. März 1955 selbst nicht darauf berufen hat, ein wirksamer Vertragsschluß sei wegen des Gewichtsunterschiedes nicht zustande gekommen. In diesem Schreiben erklärt die Beklagte lediglich, wegen der Einstellung der Prüfer der Klägerin bei der Untersuchung eines anderen Postens Butter sehe sie sich gezwungen, von der telegrafischen Bestellung vom 14. März 1955 zurückzutreten. Was der Inhaber der Beklagten sich bei der hier in Rede stehenden Bestellung vorgestellt hat und ob er, wie die Revision aus der Aussage des Zeugen K. [REDACTED] schließen will, "sehr erbozt" gewesen sei, weil die Bestätigung mengenmäßig nicht das enthalten habe, was er beantragt hatte, brauchte das Berufungsgericht bei der gebotenen objektiven Betrachtungsweise nicht näher zu behandeln. Für die Auslegung des Angebots der Beklagten kommt es nur darauf an, wie es von einem verständigen Kaufmann nach Treu- und Glauben und nach der Verkehrssitte verstanden werden mußte.

b) Die Beklagte glaubt ferner, ihr Angebot habe andere Zahlungsbedingungen enthalten als die Annahmeerklärung der Klägerin. Für ihr Angebot seien entsprechend der Ausschreibung im Bundesanzeiger vom 12. März 1955 die allgemeinen Lieferungsbedingungen maßgebend gewesen, nach deren Nr. 4

die Rechnungen, wenn nicht ausdrücklich anders vereinbart und auf der Vorderseite entsprechend bestätigt, bei Freistellung der Ware, netto Kasse zahlbar sein sollten. Dagegen habe die Klägerin das Angebot unter der auf der Vorderseite des Schreibens vom 15. März 1955 befindlichen Bedingung angenommen, der Freistellungsschein werde nach Eingang des Rechnungsbetrages dem Lagerhalter übersandt.

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, beide Formulierungen deuteten auf eine Vorleistungspflicht des Käufers in der Art hin, daß gegen Zahlung des Kaufpreises die Freistellung der Ware erfolge. Dem Käufer sei daher die Möglichkeit verwehrt, erst bei Abnahme der Ware den Kaufpreis zu entrichten. Die Interessen des Käufers würden aber insofern berücksichtigt, als die in den Bedingungen genannten Zeitabschnitte von mehreren Tagen zur Zahlung bzw. Lieferung die Möglichkeit gäben, die Ware vor Zahlung des Kaufpreises zu besichtigen und zu begutachten. Auch in den früher zwischen den Parteien abgewickelten Verträgen habe die Beklagte bei der Klägerin in Frankfurt a. Main zunächst den Kaufpreis entrichtet, worauf die betreffenden Kühlhäuser mittels Freistellungsschein zur Aushändigung der Ware angewiesen worden seien. Der Zusatzvermerk auf der Vorderseite des Schreibens vom 15. März 1955 weiche daher nicht grundsätzlich von Nr. 4 der allgemeinen Zahlungsbedingungen ab, sondern habe in erster Linie die Bedeutung, klarzustellen, in welcher Weise die Freistellung der Ware technisch durchgeführt werden solle.

Die Revision hält die Auslegung des Berufungsgerichts, daß die erwähnten Bedingungen auf der Rückseite und auf der Vorderseite auf eine Vorleistungspflicht des Käufers hindeuteten, für nicht haltbar. Die Revision meint, die Präposition "bei" drücke Gleichzeitigkeit aus, meine also

rechtlich eine Zug um Zug-Leistung. Die allgemeinen Zahlungsbedingungen der Klägerin hätten der Beklagten die Möglichkeit eröffnet, und damit habe die Beklagte gerechnet, die große Warenmenge in Teilen abzunehmen und zu bezahlen.

Die Revision hat indessen das Berufungsurteil mißverstanden. Wenn das Berufungsgericht von Vorleistung des Käufers spricht, so bezieht sich das, wie der darauffolgende Satz zeigt, auf die Zahlung vor der Herausgabe der Ware. Freistellung bedeutet nämlich nicht Übergabe der Ware, sondern die Herausgabeeinweisung an das Kühlhaus, in dem die Butter lagert. Mag die Freistellung "bei" oder "nach" der Zahlung des Kaufpreises erfolgen, immer hat der Käufer vor Herausgabe der Ware zu zahlen. Wenn die Revision den allgemeinen Lieferungsbedingungen entnehmen will, sie hätten der Beklagten die Möglichkeit eröffnet, die Ware in Teilen abzunehmen und - gemeint wohl: beim Kühlhaus - in Teilraten zu bezahlen, so stände einer solchen Deutung schon der Wortlaut entgegen. Weshalb aus der Wendung, die Rechnungen seien bei Freistellung zahlbar, ein Recht des Käufers herzuleiten sein soll, Teilmengen Zug um Zug gegen entsprechende Teilzahlungen abzunehmen, ist nicht ersichtlich. Was aber die eigentliche Freistellung betrifft, so ist der Auffassung des Berufungsgerichts beizutreten, daß der Zusatzvermerk auf der Vorderseite von der Nr. 4 der allgemeinen Lieferungsbedingungen nicht grundsätzlich abweicht. Ob "bei" oder "nach" Zahlung des Kaufpreises die Freistellungserklärung abgegeben wird, läuft auf dasselbe heraus: Sobald der Käufer zahlt, erfolgt die Freistellung. Der Vermerk auf der Vordersseite besagt lediglich, die Freistellung solle dadurch bewirkt werden, daß die betreffende Bescheinigung dem Kühlhaus übersandt werde. Daß dies im Widerspruch zu der Nr. 4 der allgemeinen Bedingungen stehe, die sich über die Art

der Freistellung überhaupt nicht auslassen, hat die Revision nicht aufgezeigt. Denkbar wäre, daß ein Käufer etwa telegrafische oder telefonische Erklärung der Freigabe wünscht. Das Berufungsgericht hat hierzu in anderem Zusammenhang festgestellt, daß der Käufer Änderungswünsche für die Abwicklung des Vertrages habe äußern können. Im übrigen ist die Beklagte mit einem solchen Wunsch an die Klägerin gar nicht herantreten.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, Angebot und Annahme stimmten überein, ist daher nicht zu beanstanden.

3. Die Beklagte hat allerdings vorgetragen, es habe mindestens ein den Lieferungsbedingungen entgegenstehender Handelsbrauch oder eine ständige Übung bestanden, daß der Käufer auf Wunsch auch Teilmengen im Kühlhaus abnehmen und dort Zug um Zug gegen Herausgabe der Ware den entsprechenden Kaufpreis entrichten dürfe. Hätte ein solcher Brauch bestanden, wäre damit die Wirksamkeit des Vertrages nicht in Frage gestellt worden. Die Beklagte hätte höchstens von der Klägerin Belieferung in Teilmengen verlangen können. Das hat die Beklagte unstreitig nicht getan. Ob sie etwa, wenn es den behaupteten Brauch gegeben hätte, Rechte daraus herleiten könnte, daß die Klägerin ihn bestreitet, kann dahingestellt bleiben. Denn das Berufungsgericht sieht auf Grund der Bekundungen der Zeugen H. [REDACTED] und P. [REDACTED] die Behauptung der Beklagten nicht als erwiesen an. Die Rüge der Revision, das Beweisergebnis habe auch eine andere Würdigung offen gelassen, ist unbeachtlich.

II. Die Beklagte ist der Ansicht, sie sei, falls ein Vertrag zustande gekommen sei, von ihm zurückgetreten. Ein Rücktrittsrecht sei ihr dadurch eingeräumt gewesen, daß das Schreiben vom 15. März 1955 die Klausel enthalte, die

Bedingungen der vorstehenden Verkaufsbestätigung gälten als angenommen, sofern der Käufer nicht innerhalb von 48 Werktagsstunden hiergegen Einspruch erhebe. Die Beklagte will mit einem Ferngespräch, das sie mit dem Sachbearbeiter L. [REDACTED] der Klägerin am 21. März 1955 geführt habe, und einem das Gespräch bestätigendem Schreiben desselben Tages von dem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht haben.

Das Berufungsgericht legt die Klausel dahin aus, daß der Käufer zwar Änderungswünsche für die Abwicklung des Vertrages äußern könne, daß sie aber dem Käufer kein allgemeines Recht zum Rücktritt vom abgeschlossenen Kaufvertrag gebe.

Zu dieser von der Revision bekämpften Auslegung braucht nicht Stellung genommen zu werden. Das Berufungsgericht sieht nämlich, wie es in anderem Zusammenhang ausführt, nicht für erwiesen an, daß die Beklagte am 21. März 1955 an die Klägerin ein Schreiben abgesandt oder fernmündlich den Rücktritt erklärt hat. Es prüft, weil es aus den Vertragsbedingungen ein Rücktrittsrecht nicht herzuleiten vermag, das Vorbringen der Beklagten unter dem Gesichtspunkt, ob der Vertrag durch Vereinbarung zwischen dem Kaufmann B. [REDACTED] und dem Sachbearbeiter L. [REDACTED] der Klägerin aufgehoben worden sei. Die Aussage der Zeugin K. [REDACTED], L. [REDACTED] habe sich bei einem Ferngespräch am 21. März 1955, das durch ein Schreiben vom selben Tage bestätigt worden sei, bereit erklärt, den gesamten Auftrag mit Rücksicht auf den Einspruch der Beklagten zu streichen, stehe, so meint das Berufungsgericht, im Widerspruch zu dem Verhalten des L. [REDACTED]. Dieser habe einige Tage nach dem behaupteten Ferngespräch einen Vermerk geschrieben, daß die Beklagte sich weigere, den Kaufvertrag zu erfüllen. Gleichzeitig habe er die Akten der Rechtsabteilung übergeben, damit diese

in Klagewege gegen die Beklagte vorgehe. Außerdem habe sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom 22. und 29. März 1955 nicht auf einen Aufhebungsvertrag berufen. Die Zeugin H. [REDACTED] habe den angeblichen Inhalt des Ferngesprächs nicht bestätigen können. Das Berufungsgericht hätte, was den behaupteten Rücktritt betrifft, ergänzend den Umstand verwerten können, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29. März 1955 auch nichts davon verlauten läßt, sie sei auf Grund der Klausel über den "Einspruch" bereits mit Schreiben vom 21. März 1955 zurückgetreten oder habe von ihrem Einspruchsrecht Gebrauch gemacht. Sie erklärt im Schreiben vom 29. März 1955 vielmehr ausdrücklich, wegen der Einstellung der Prüfer der Klägerin bei der Reklamation einer anderen Butterlieferung sehe sie sich gezwungen, von ihrer telegrafischen Bestellung vom 14. März 1955 zurückzutreten.

Die Würdigung des Berufungsgerichts, das Telefongespräch und die Absendung des angeblichen Bestätigungsschreibens vom 21. März 1955 seien nicht erwiesen, bindet das Revisionsgericht; sie wird von der Revision auch nicht mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffen.

III. 1. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin sei in dem Zeitpunkt, als sie Abnahme der Ware verlangt habe, zur Lieferung von Butter in vertragsmäßigem Zustande nicht in der Lage gewesen. Die in dem Kühlhaus der Firma Gottfried L. [REDACTED] GmbH in Köln eingelagerte Butter habe keine genügende Menge der Qualität "Markenbutter" umfaßt, um den Kaufvertrag mit der Beklagten erfüllen zu können.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte trage für ihre Behauptung, daß die Klägerin nicht eine ausreichende Menge Markenbutter zur Lieferung an die Beklagte zur Ver-

fügung gehabt habe, die Beweislast. Den Beweis habe sie nicht erbracht. Es führt aus, der Zeuge A. sei angestellter Qualitätssachverständiger der Klägerin und habe die eingelagerten Butternvorräte im Kühlhaus L. in Köln geprüft. Dabei seien nach seiner Angabe in der Zeit vom 7. bis 25. März 1955 genügende Mengen Markenbutter vorhanden gewesen, um die Beklagte nach dem Kaufvertrage zu beliefern.

2. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Sofern der Käufer die angebotene Ware nicht als Erfüllung angenommen hat, trifft den Verkäufer nach Überwiegender Ansicht die Beweislast dafür, daß die Ware nicht mit Mängeln behaftet ist. Das soll nicht nur der Fall sein, wenn der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises verlangt, sondern auch, wenn er einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 326 BGB geltend macht und der Käufer die von Verkäufer behauptete Erfüllungsbereitschaft zur Zeit der Fristsetzung wegen angeblicher vom Verkäufer zu vertretender Mängel der Ware bestreitet, weil § 326 BGB Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers voraussetzt (RGZ 76, 409, 413; RG HRR 1932, Nr. 436; Urteil des erkennenden Senats vom 11. März 1964 - VIII ZR 90/62 - LM BGB § 326 (H) Nr. 8 = BGHWarn 1964 Nr. 87). Einer Entscheidung über diese Frage bedarf es hier nicht. Die vorstehende Auffassung über die Beweislastverteilung wird nur für den Fall vertreten, daß die aus dem Kaufvertrage geschuldeten Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind (so ausdrücklich RGZ 76, 409, 413). Keinesfalls trägt der Verkäufer aber die Beweislast, wenn der Käufer verpflichtet ist, den Kaufpreis vorzuleisten. Das hat das Reichsgericht wieder-

holt für Verträge mit den Klauseln "Kassa gegen Dokumente", "Kassa gegen Konnossemente" oder "Kassa gegen Faktura" ausgesprochen (RGZ 47, 129, 133; Seuff Arch 80 Nr. 77). Diese Ansicht liegt auch dem Urteil des erkennenden Senats vom 26. Juni 1963 - VIII ZR 40/62 - LM HGB § 346 (Ed) Nr. 5 = BGH Warn 1963 Nr. 127) zugrunde. Der innere Grund dafür ist darin zu erblicken, daß die Klausel der Sicherung des Verkäufers dienen soll, der die Ware nicht eher aus der Hand zu geben braucht, als er den Kaufpreis erhalten hat. Andererseits hat der Käufer bewußt die Gefahr in Kauf genommen, daß er den vereinbarten Kaufpreis ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Ware vorzuleisten hat. Er ist darauf angewiesen, seinerseits Ansprüche gegen den Verkäufer zu verfolgen. Er muß daher auch beweisen, daß er trotz seiner Vorleistungspflicht deshalb nicht in Verzug geraten ist, weil der Verkäufer zur vertragsgemäßen Lieferung nicht in der Lage gewesen sei.

Um eine solche Vorleistungspflicht handelt es sich nach der oben behandelten Auslegung des Berufungsgerichts auch im vorliegenden Fall. Der Freistellungsschein, der Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises dem Lagerhaus übersandt wird, steht einem Lieferschein gleich. Die Bestimmung, der Kaufpreis sei bei Freistellung zahlbar, bedeutet also nichts anderes, als die sonst vielfach übliche Klausel "Kassa gegen Lieferschein" (Heynen, Die Klausel "Kasse gegen Lieferschein", Überseestudien zum Handels-Schiffahrts- und Versicherungsrecht, Heft 25, S. 27, 47). Mit Rücksicht auf diese Vorleistungspflicht muß mithin die Beklagte beweisen, daß die Klägerin nicht in der Lage gewesen ist, aus der eingelagerten Suttermenge die verkaufte Menge von 50 Faß in der vereinbarten Beschaffenheit zu liefern.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe diesen Beweis nicht geführt, greift die Revision vergeblich an.

Die Revision meint, die Aussage des Zeugen A. gestatte nicht die vom Berufungsgericht gezogene Schlußfolgerung. Der Zeuge habe keine Angaben über die Mengen der Butterarten gemacht und habe abschließend bekundet, er könne jetzt nicht ohne weiteres feststellen, welcher Prozentsatz der gesamten, damals von ihm geprüften Menge Butter Markenbutter gewesen sei. Damit vermag die Revision die Beweiswürdigung nicht zu erschüttern. Der Zeuge ist eingehend vernommen worden. Er hat sich für sein Urteil auf die ihm vorliegenden Bewertungsübersichten bezogen. Diese Bewertungsübersichten hat er zu den Gerichtsakten überreicht. Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser Aussage annimmt, daß die Beklagte den ihr obliegenden Beweis nicht geführt habe, so ist das nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat auch die Aussagen des Zeugen B. verwertet, der als Qualitätsprüfer der Klägerin die Warenbestände im Kühlhaus in Gelsenkirchen überprüft hat. Lieser hat erklärt, Markenbutter habe 97 % der gesamten Menge ausgemacht. Die Revision meint, diese Aussage habe das Berufungsgericht nicht zur Urteilsfindung verwenden dürfen, weil die Verkaufsbestätigung dahin gelautet habe, daß der Klägerin Butter aus dem Lager der Klägerin bei der Firma L. verkauft werde. Das Berufungsgericht ist möglicherweise der Ansicht, die Klägerin hätte, wenn ihr nicht genügend Butter im Kühlhaus Linde zur Verfügung gestanden hätte, die Beklagte auch aus ihrem Vorrat in Gelsenkirchen beliefern können. Ob das zutrifft oder ob die Beklagte Anspruch darauf hatte, die Butter gerade aus dem Kühlhaus L. zu beziehen, kann dahingestellt bleiben,

weil das Berufungsgericht nicht die Überzeugung erlangt hat, daß im Kühlhaus L. eine geringere als die erforderliche Menge Markenbutter gelagert habe.

IV. 1. Dieselben Rügen wie zu III erhebt die Revision gegen die vom Berufungsgericht zur Schadenshöhe getroffenen Feststellungen, die Klägerin habe infolge der Nichterfüllung des Kaufvertrages im Mai 1955 einen um 50 tons größeren Vorrat an Butter gehabt. Die Revision meint, da unter diesem Vorrat Markenbutter zu verstehen sei, werde die Feststellung von dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht getragen. Die Rügen können jedoch aus den bereits zu III erörterten Gründen keinen Erfolg haben.

2. Seine Entscheidung zur Schadenshöhe stützt das Berufungsgericht auch auf die Erwägung, der Marktpreis für Kühlhausbutter sei bis zum Mai 1955 zurückgegangen, weil in dieser Jahreszeit wieder frische Butter auf den Markt komme. Die Revision sieht darin einen Verstoß gegen die Vorschriften der Butterverordnung vom 2. Juni 1951. Das Berufungsgericht habe damit, so glaubt die Revision, den Rechtsbegriff der Kühlhausbutter eingeführt, der der Verordnung fremd sei. Die Revision verkennt indessen offenbar den Gedankengang des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht verwendet das Wort "Kühlhausbutter" nicht als Ausdruck der Gesetzessprache, sondern meint, sobald bei Beginn der Weidezeit frische Butter in erhöhtem Maße auf dem Markt erscheine, werde diese der ihm Kühlhaus eingelagerten Butter vorgezogen. Eingelagerte Butter, also "Kühlhausbutter", verliere damit an Wert. Diesen Gesichtspunkt durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß bei seiner an § 287 ZPO ausgerichteten Schadensermittlung verwerten.

V. Die Revision der Beklagten ist daher zurückzuweisen.  
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann