

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2078 071

BGB §§ 326 k, 362, 433

Hat der Käufer die angebotene Ware nicht als Erfüllung angenommen, weil sie Mängel habe, und verlangt der Verkäufer nach § 326 BGB Schadensersatz, so trägt der Käufer jedenfalls dann die Beweislast für die behaupteten Mängel, wenn er mit der Kaufpreiszahlung vorleistungspflichtig ist.

BGH, Urt. v. 12. April 1965 - VIII ZR 67/63 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 67/63

URTEIL

Verkündet am

12. April 1965

Klett,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Adolf L. [REDACTED], Inhaber Kaufmann Adolf L. [REDACTED],
in B. [REDACTED], L. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die E. [REDACTED] Körperschaft des
öffentlichen Rechts, gesetzlich vertreten durch ihre Vor-
standsmitglieder Dr. K. [REDACTED] und Dr. R. [REDACTED], in F. [REDACTED]
[REDACTED], A. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

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

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. 1600 t Dänenbutter 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 und Schreiben folgenden Inhalts:



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

"Auslagerung von Dänenbutter

Ich bestelle hiermit 50 t Dän. Kühlhausbutter zu 6,12 DM frc. abz. 2 % für den Weiterverkauf."

Am 15. März 1955 übersandte die Klägerin der Beklagten eine "Verkaufsbestätigung und Rechnung Nr. Bu 371". Sie lautet über 1000 Faß = 50 800 kg dänische Markenbutter zum Gesamtpreis von 310 896 DM. Auf der Vorderseite dieses Schreibens ist mit Schreibmaschine nach dem Wort "zahlbar" gesetzt: "innerhalb 10 Tagen nach Rechnungsdatum." Ferner findet sich in Schreibmaschinenschrift folgender Vermerk auf der Vorderseite:

"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 Lieferungspflicht 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 18. März 1955

eingegangen ist, am selben Tage in einem Ferngespräch mit dem Sachbearbeiter der Klägerin I. [REDACTED], der inzwischen verstorben ist, und mit einem Schreiben widersprochen haben. Dieses Schreiben soll wie folgt lauten:

"Auf dieser Rechnung verlangen Sie sofort den Rechnungsbetrag, alsdann erst erfolgt die Lieferung. Da dieses nicht mit Ihrer Ausschreibung im Bundesanzeiger vom 12.3.55 Nr.: 16 übereinstimmt, muß ich den Kauf sowie die Verkaufsbestätigung und Rechnung ablehnen. In der Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 12.3.55 Nr.: 16 sagen Sie "Die Bezahlung der Ware hat innerhalb von 10 Tg., die Abnahme innerhalb von 14 Tg. nach Ausstellung der Verkaufsbestätigung und Rechnung zu erfolgen."

Die Klägerin bestreitet, daß ein Telefongespräch stattgefunden hat und das Schreiben bei ihr eingegangen ist.

Die Beklagte hat von der Klägerin keine Butter abgenommen. Mit einem Schreiben vom 30. März 1955 erklärte sie, die Klägerin habe ihr 50 t Dänen-Markenbutter verkauft. Sie beanstandete die Qualität der Butter und erklärte zum Schluß: "Aus diesem Grunde bin ich gezwungen, die Ware als Markenbutter abzulehnen."

Mit der Behauptung, sie habe die der Beklagten verkaufte Butter für 276 616,76 DM anderweit verkauft, macht die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz des Unterschiedsbetrages zwischen Verkaufspreis und Erlös, auf Erstattung der Lagerkosten und Zinsen geltend. Sie hat ursprünglich beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 38 483,97 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt. Das Berufungsgericht hat im Urteil

vom 16. April 1959 die Klage abgewiesen. Der erkennende Senat hat durch Urteil vom 14. Dezember 1960 - VIII ZR 131/59 - (LM BGB § 249 (H b) Nr. 4) das angefochtene Urteil, abgesehen von einem Teil der verlangten Zinsen, aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat nunmehr die Beklagte zur Zahlung von 33 047,80 DM nebst Zinsen von 30 340,30 DM verurteilt.

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

Entscheidungsgründe:

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 der Klägerin an daran interessierte Firmen, Vertragsangebote zu machen. Das Fernschreiben der Beklagten vom 14. März 1955 stelle ein Vertragsangebot dar. Dieses Angebot habe die Klägerin mit Schreiben vom 15. März 1955 wirksam angenommen.

1. Die Beklagte meint demgegenüber, ihr Angebot und die Annahmeerklärung der Klägerin deckten sich nicht, das Schreiben der Klägerin vom 15. März stelle vielmehr eine Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Angebot dar, das sie aber nicht angenommen habe. Diesen Einwand läßt das Berufungsgericht nicht durchgreifen.

a) Die Beklagte macht einmal geltend, sie habe unter der Bezeichnung "t" im Angebot eine deutsche Tonne im Gewicht von 1000 kg verstanden und habe daher nur 50 000 kg Butter bestellen wollen. Das Berufungsgericht führt aus, der Inhalt eines Vertragsangebots sei so auszulegen, wie der Erklärungsempfänger bei objektiver Betrachtungsweise nach Treu und Glauben dieses Angebot verstehen kann. Die Beklagte habe in ihrem Fernschreiben die Bezeichnung "tons" genannt, also eine englische Maßeinheit benutzt. Außerdem habe die Beklagte aus den zahlreichen früheren Geschäftsabschlüssen gewußt, daß Dänenbutter nach der englischen Gewichtseinheit abgewogen werde. Schließlich nehme das Angebot auf die Bekanntmachung Bezug, welche die englische Gewichtseinheit zugrundelege. Das Angebot der Beklagten sei somit dahin auszulegen, daß sie eine Buttermenge von 50 long tons = 50 800 kg bei der Klägerin habe bestellen wollen.

Der Auffassung des Berufungsgerichts, es sei ein Vertrag über 50 long tons = 50 800 kg zustande gekommen, ist im Ergebnis beizutreten. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß das Berufungsgericht darin irrt, wenn es annimmt, die Beklagte habe in ihrem Angebot die Gewichtsbezeichnung "tons" gebraucht. Das Berufungsgericht hat den vorliegenden Fall ersichtlich mit dem im wesentlichen gleichliegenden und am selben Tage verhandelten Rechtsstreit der Klägerin mit der Firma B. verwechselt. Die Beklagte des vorliegenden Falles hat zweifelsfrei 50 t Kühlhausbutter bestellt. Richtig ist auch, daß in der Bekanntmachung vom 12. März 1955 nicht die Bezeichnung "to", sondern "t" gebraucht wird. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird aber durch die Erwägung getragen, daß die Beklagte aus früheren Geschäftsabschlüssen

gewußt hat, Dänenbutter werde nach der englischen Gewichtseinheit verkauft. Diese Feststellung will die Beklagte zwar mit der Verfahrensrüge angreifen, die Klägerin habe im einzelnen nicht dargetan, daß und welche Geschäftsschlüsse vorangegangen seien. Diese Rüge kann aber nicht durchgreifen. Die Klägerin hat ausdrücklich im Schriftsatz vom 2. Juni 1958 S. 2 vorgetragen, der Inhaber der Beklagten habe sich während seiner langjährigen Geschäftsverbindung zur Klägerin niemals dagegen gewandt, daß die Mengenberechnung beim Verkauf dänischer, schwedischer oder anderer ausländischer Butter nach long tons erfolgte, ohne daß dabei besonders darauf hingewiesen worden sei. Daß die Beklagte diese Behauptung der Klägerin bestritten habe, hat die Revision nicht geltend gemacht. Außerdem hätte das Berufungsgericht sich auf den unstreitigen Inhalt der Schreiben der Beklagten vom 30. März und 4. April 1955 beziehen können. Im ersten Schreiben erklärt sie ausdrücklich, die Klägerin habe ihr 50 t Markenbutter verkauft, und wendet sich mit keinem Wort gegen ein Zustandekommen des Vertrages. Sie macht lediglich Mängel geltend. Im zweiten Schreiben erhebt sie wiederum nach Prüfung der Butter Mängelrügen.

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 am Main zunächst den Kaufpreis entrichtet, worauf die betreffenden Kühlhäuser mittels Freistellungsscheins 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 unhaltbar. 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 Möglich-

keit 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 Rechnung sei 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 nicht grundsätzlich von der Nr. 4 der allgemeinen Lieferungsbedingungen 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 Vorderseite 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 herangetreten.

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

2. 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. Die Klägerin bestreitet, daß es den behaupteten Brauch gegeben habe. Ob die Beklagte etwa aus diesem Bestreiten, falls es zu Unrecht geschehen wäre, ein Recht herleiten könnte, die Abnahme der Ware zu verweigern, kann dahingestellt bleiben. Denn das Berufungsgericht sieht aufgrund der Bekundungen der Zeugen H. [REDACTED] und P. [REDACTED] die Behauptung der Beklagten nicht als erwiesen an. Die gegen diese Würdigung vorgebrachten Rügen der Revision können keinen Erfolg haben. Die Revision vermißt eine Berücksichtigung der Bekundung der Zeugin M. [REDACTED], welche ausgesagt hat, sie wisse nichts anderes, als daß die in dem Frei-

stellungsschein der Klägerin angegebenen Liefermengen in Teilbeträgen bezahlt und in Teilmengen abgenommen werden konnten. Für die Annahme, daß das Berufungsgericht diese Aussage überschauen habe, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Bei der anschließenden Erörterung des von der Beklagten angeblich erklärten Rücktritts geht es ausdrücklich auf die Aussage der Zeugin M. ein. Nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe gibt das Berufungsgericht den Bekundungen der Zeugen H. und P., gegen deren Glaubwürdigkeit es keine Bedenken hegt, den Vorzug gegenüber der Aussage der Zeugin M.

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 in einem Ferngespräch mit dem Sachbearbeiter L. der Klägerin am 18. März 1955 und mit einem 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 dürfe, daß die Klausel 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 Berufungs-

gericht sieht nämlich, wie es in einer Hilferwägung ausführt, nicht als erwiesen an, daß die Beklagte am 18. März 1955 an die Klägerin ein Schreiben abgesandt oder fernmündlich den Rücktritt erklärt hat. Das könne durch die Aussage der Zeugin M. nicht bewiesen werden. Die Zeugin, eine Angestellte der Beklagten, wisse nur, daß der Inhaber der Beklagten einmal im Jahre 1955 einer Verkaufsbestätigung der Klägerin widersprochen habe. Es stehe daher nicht fest, ob es sich überhaupt um die fragliche Bestätigung gehandelt habe.

Die Revision macht geltend, die Beklagte habe die nochmalige Vernehmung der Zeugin darüber beantragt, daß sie im Anschluß an den telefonischen Widerspruch des Inhabers der Beklagten das von der Beklagten wiedergegebene Widerspruchsschreiben vom 18. März 1955 geschrieben habe und dieses an die Klägerin abgesandt worden sei. Die nochmalige Vernehmung der Zeugin konnte die Beklagte indessen nicht verlangen (§ 398 Abs. 1 ZPO). Die Auffassung der Revision, die Zeugin sei zum Beweise einer neuen Tatsache benannt, ist unrichtig. Nach dem Beweisbeschluß vom 16. Mai 1957 war durch Vernehmung der Zeugin M. Beweis über die Behauptung der Beklagten erhoben worden, sie, die Beklagte, habe telefonisch und schriftlich am 18. März 1955 der Verkaufsbestätigung der Klägerin vom 15. März 1955 widersprochen. Wenn das Berufungsgericht aus der Bekundung der Zeugin M. nicht die von der Beklagten gewünschte Folgerung gezogen hat, so ist diese Würdigung dem Angriff der Revision entzogen. Im übrigen konnte das Berufungsgericht schon deshalb annehmen, es stehe bei dem von der Zeugin bekundeten Widerspruch nicht fest, daß es sich um die fragliche Bestätigung des angeblichen Telefongespräches vom 18. März 1955 handele, weil die Zeugin ausweislich des von der Revision angeführten

Diktatzzeichens "U/L" auch das Widerspruchsschreiben vom 30. März 1955 geschrieben hat. Daraus, daß das angeblich abgesandte Schreiben vom 18. März 1955 das Diktatzzeichen "U/L" trägt, kann die Revision also nichts herleiten. Im übrigen hätte das Berufungsgericht sich für seine Ansicht, daß ein Rücktritt der Beklagten nicht erwiesen sei, auch auf das Schreiben vom 30. März 1955 beziehen können, das, wie oben erwähnt, sich mit keinem Wort auf einen Rücktritt bezieht, sondern lediglich Mängel geltend macht.

III. Die Beklagte wendet weiter ein, 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 K [REDACTED] in Gelsenkirchen 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 diese Behauptung die Beweislast. Den Beweis habe sie nicht erbracht. Diese Auffassung des Berufungsgerichts hält der Nachprüfung in sachlich-rechtlicher Beziehung stand.

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 vom 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 - L M EGB § 326 (H) Nr. 8 = BGH Warn 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 wiederholt 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 (E d) 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. Ihm liegt daher der Beweis ob, 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 "Kassa gegen Lieferschein",

Überseestudien zum Handels-, Schifffahrts- 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 Buttermenge die verkaufte Menge von 50 Faß in der vereinbarten Beschaffenheit zu liefern.

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

IV. Da die Revision sich nicht gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des geltend gemachten Schadens wendet, das Berufungsurteil auch einen sachlich-rechtlichen Gesetzesverstoß in dieser Hinsicht nicht erkennen läßt, ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung bestimmt sich nach § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Mormann