

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 326 De

Verweigert der Schuldner die Vertragserfüllung, so fällt das in § 326 BGB vorgeschriebene Erfordernis der Fristbestimmung nur dann weg, wenn die Weigerung des Schuldners nicht nur als ernstlich, sondern auch als endgültig anzusehen und hierdurch die Zwecklosigkeit der Nachfrist außer Zweifel gestellt ist.

Diese strengen Voraussetzungen für das Absehen von der in § 326 Abs.1 BGB geforderten Nachfrist gelten auch dann, wenn der Schuldner trotz der Weigerung die Geneigtheit bekundet hat, in weitere Erörterungen über die Erfüllung einzutreten, jedoch hierfür über den Vertragsinhalt hinausgehende Bedingungen gestellt hat.

BGH Urt. v. 11. Januar 1961 - VIII ZR 86/60 -
OLG Koblenz

V e r k ü n d e t
laut Protokoll
am 11. Januar 1961
Hoffmeister, 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 Import-Export Jean S [REDACTED], P [REDACTED],
A [REDACTED] (Holland), Alleininhaber der Kaufmann Jean S [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hermann R [REDACTED], vormals Steinhandel R [REDACTED],
M [REDACTED], K [REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Koblenz vom 25. März 1960 aufgehoben
und die Sache zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revi-
sionsverfahrens wird dem Berufungsgericht
übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen zur Beilegung anhängiger Rechtsstreitigkeiten am 17. April 1958 schriftlich einen außergerichtlichen Vergleich, in welchem die Klägerin sich zu bestimmten Zahlungen verpflichtete und nach dessen Wortlaut sie im Rahmen des beiderseitigen Ausgleichs die Berechtigung erhielt, innerhalb von drei Jahren von der "Bleischlackenhalde H [REDACTED]" 10 000 t Material ohne besondere Bezahlung hierfür zu entnehmen. Dieser Anspruch sollte nach drei Jahren verfallen. Die Beklagte behielt sich vor, jederzeit diese Schlacke zum Preise von 2 DM je Tonne zurückzukaufen. Der Beklagten standen damals auf Grund Pachtvertrages bei H [REDACTED] oder in der Nähe davon drei Halden zur Verfügung, von denen sie Material entnehmen durfte. Nach ihrer Darstellung enthielt jedoch eine dieser Halden, die sie als Halde L [REDACTED] bezeichnet, keine Bleischlacke, sondern Grauwacken und anderes Material. Die Klägerin war, wie sich später herausstellte, der Auffassung, daß sich ihre Berechtigung aus dem Vergleich auch auf diese Halde erstrecke, und ging im übrigen davon aus, daß sie zur Ausübung des Entnahmerechts ohne Mitwirkung der Beklagten berechtigt sei und es ausreiche, wenn sie die Beklagte jeweils rechtzeitig von beabsichtigten Entnahmen unterrichtete.

Mit Schreiben vom 20. Mai 1958 teilte die Klägerin der Niederlassung der Beklagten in Oberlahnstein mit, sie habe gemäß dem geschlossenen Vergleich ihre Niederlassung Walmerode beauftragt, vorerst 200 t Bleischlacke von der ihr zur Verfügung stehenden Halde "H [REDACTED]" auszusortieren. Die Verladung des Materials werde in den nächsten Wochen erfolgen. Die Beklagte erwiderte darauf mit Schreiben vom 27. Mai 1958, die Angelegenheit sei nicht so schnell zu erledigen, wie die Klägerin sich das vorstelle. Weiter heißt es in dem Schreiben:



"Ich habe meinen Herren, die am 17.4.58 in KSlu anwesend waren, Vollmacht gegeben, die Angelegenheit Abrechnung und Verträge 15.7.57 zu erledigen, was auch geschehen ist laut Absatz 1 und 2 der Vergleichsbestätigung vom 17.4.58, für ein(en) Abschluß über Lieferung Material aber nicht, sodaß ich schon aus diesem Grunde mir meine Rechte vorbehalten muß. Trotzdem bin ich aber bereit, Ihnen die genannten 10 000 ts. Material zur Verfügung zu stellen, aber dann wird erst Einigkeit bestehen müssen zwischen uns über die Grundlage der Lieferung und über

Material-Sorte,
Preise, Bestimmungen,
Abnahmezeiten, Kontrolle der
Abnahme und abgenommenen Mengen usw.

Weiter steht mir das Recht zu zahlen, obwohl mir diese Angelegenheit schleierhaft vorkommt. Sie haben mich deswegen jedenfalls noch nicht gefragt.

Sie müssen also nicht damit rechnen, daß Sie Material zur Verfügung gestellt bekommen von mir bevor nicht die genannten Punkte geklärt worden sind. Meiner Filiale und Aufsicht wird dementsprechend Bescheid gegeben."

Hieraus antwortete die Klägerin mit Schreiben des von ihr beauftragten Rechtsanwalts vom 30. Mai 1958, in dem sie den Vorbehalt der Beklagten hinsichtlich der Verbindlichkeit des Vergleichs als gegenstandslos bezeichnete und die Auffassung vertrat, die Entnahmeberechtigung sei dahin zu verstehen, daß ihr 10 000 t Material verkauft worden seien zum Preise von 2 DM je Tonne, für die die Kaufsumme von ihr bereits geleistet worden sei. Sie sei danach berechtigt, als Material aus der Halde zu entnehmen, wie diese die Schlacke hergebe. Sie werde spätestens am 9. Juni 1958 mit der Abfuhr der 2000 t Material von der Halde H [REDACTED] beginnen, wenn nicht bis zum 4. Juni 1958 von der Beklagten an sie 4000 DM als Rückkaufswert der Berechtigung gezahlt worden seien. Die der Beklagten angemeldete Menge sei nach Holland verkauft worden. Die Beklagte erwiderte auf dieses Schreiben unter dem 2. Juni 1958, sie denke nicht daran, den Ausführungen der Klägerin zu folgen, weil sie nicht den Tatsachen entsprächen. Sie wolle ja der Klägerin Material

zur Verfügung stellen, jedoch müßten erst die Bedingungen des Schreibens vom 27. Mai 1958 geregelt sein.

Am 7. Juni 1958 ließ die Klägerin in Ausführung ihrer Ankündigung vom 20. Mai 1958 von der Halde I [REDACTED] dort liegende Grauwacken in größeren Stücken herauslesen und ca. 160 t hiervon abfahren. Sie wurde an einer weiteren Abfuhr durch die Beklagte gehindert. Diese verwarnte sich mit Schreiben vom 7. Juni 1958 gegen das Vorgehen der Klägerin unter Hinweis auf das Schreiben vom 2. Juni 1958 an deren beauftragten Rechtsanwalt, wonach von einer Entnahme keine Rede sein könne, bevor die der Klägerin bereits vorher bekannt gemachten prinzipiellen Fragen gelöst seien. Nachdem sich jetzt herausstelle, so heißt es in dem Schreiben, daß die Klägerin der Meinung sei, machen zu können, was sie wolle, und Material von einer x-beliebigen Halde zu verladen, ohne darüber mit der Beklagten eine Einigung erzielt zu haben, möchte sie, die Beklagte, nochmals ausdrücklich festgestellt haben, daß die Klägerin ohne ihre Genehmigung und ohne ihr Einverständnis Eigentum der Beklagten verladen habe.

Unter dem 16. Juni 1958 schrieb der beauftragte Rechtsanwalt der Klägerin an die Beklagte, infolge der vertragswidrigen Auffassung der Beklagten habe die Klägerin einen Auftrag von 1900 t Schlacke annullieren müssen, er habe sich inzwischen mit dem Rechtsbeistand der Beklagten, Rechtsanwalt Dr. D [REDACTED], in Verbindung gesetzt und ihn gebeten, die Sache nochmals mit dem Inhaber der Beklagten zu besprechen. Die Klägerin müsse nunmehr eindeutige Klarheit über die Möglichkeit der Entnahme von Schlacke von der Halde Holzappel haben, um disponieren zu können. Er stelle der Beklagten daher eine Frist bis zum 25. des Monats für die Erklärung, daß sie auf Grund des Vergleichsabschlusses vom 17. April 1958 bereit sei, noch mindestens 8000 t Schlacke zu liefern, ohne daß es erneuter besonderer Vereinbarungen der von der Beklagten geforderten Art bedürfe. Sollte

die geforderte Erklärung nicht bis zum 25. Juni eingegangen sein, so würde daraus geschlossen werden, daß die Beklagte die ihr obliegende Lieferungsverpflichtung aus dem Schlackenkaufvertrag des Vergleichs vom 17. April 1958 ablehne. In diesem Falle lehne die Klägerin die Annahme der Leistung aus dem Schlackengeschäft ab und werde alsdann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] antwortete mit einem längeren Schreiben vom 1. Juli 1958, sowohl er als auch die Beklagte seien der Auffassung, daß sie an den Vergleich gebunden sei, es handle sich jedoch für die Klägerin nicht um einen Kauf von Schlacke, sie sei auch nicht berechtigt gewesen, Material aus der Halde L. [REDACTED] zu entnehmen, aus dem Schreiben vom 20. Mai gehe hervor, daß die Klägerin sich für berechtigt halte, Bleischlacke aus der Halde H. [REDACTED] "auszusortieren", dieses Recht habe sie laut Vertrag nicht, sie müsse die Schlacke entgegennehmen, wie sie aus der Halde komme. Falls die Klägerin bestimmte Wünsche habe, müsse vorher darüber gesprochen werden. Mit Recht habe daher der Inhaber der Beklagten in seinem Schreiben vom 27. Mai verlangt, daß vor der Lieferung Einigkeit bestehen müsse "über Material-Sorte, Preise (für eventuelle Sortierungsarbeiten), Bestimmungen, Abnahmezeiten und Kontrolle". Es sei nicht so, daß die Beklagte bestimmen könne, welches Material sie ohne weiteres aus der Halde H. [REDACTED] entnehmen könne. Sie müsse den Interessen der Beklagten Rechnung tragen. Habe sie Material nötig, welches erst aussortiert werden müsse, dann müsse der Inhaber der Beklagten seine Zustimmung dazu geben und müsse über den Preis des auszusortierenden Materials gesprochen werden; jedenfalls müsse die Kontrolle der Abnahme an der Halde geschehen. Am Schluß dieses Schreibens wiederholte die Beklagte die Bereitschaft, der Klägerin 10 000 to zur Verfügung zu stellen, jedoch müßten die Parteien sich zuerst über die in dem Schreiben vom 27. Mai erwähnten Punkte einigen.

Nach einem weiteren Schriftwechsel verlangte die Klägerin mit der im August 1958 bei Gericht eingegangenen Klage Schadensersatz wegen Nichterfüllung ihres Anspruchs aus dem Vergleich vom 17. April 1958. Sie hat ihrer Schadensberechnung zugrunde gelegt, daß infolge der Weigerung der Beklagten die Lieferung von 9840 to Material entfallen sei. Hierfür habe die Klägerin in dem Vergleich 2 DM je Tonne, also 19 680 DM vorausgezahlt. Hierzu komme als entgangener Gewinn je Tonne ein Betrag von 0,80 DM. Mit dieser Begründung hat die Klägerin Zahlung von 27 552 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Juli 1958 gefordert.

Die Beklagte hat bestritten, daß sie mit dem Schreiben vom 27. Mai 1958 die Erfüllung der vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen endgültig verweigert habe. Sie hat ferner geltend gemacht, die Klägerin sei nach dem Vergleich nur berechtigt, 10 000 to unsortiertes Material zu entnehmen und zwar nur von der im Vergleich bezeichneten Halde. Dieser Anspruch werde der Klägerin nicht streitig gemacht. Für die Durchführung der Entnahme wären aber zusätzliche Vereinbarungen notwendig gewesen, insbesondere dann, wenn die Klägerin eine Sortierung des zu entnehmenden Materials an der Halde habe vornehmen lassen wollen, wie sie in dem Schreiben vom 20. Mai 1958 angekündigt habe, oder wenn sie gar Material von der Halde in L [REDACTED] wünschte, worauf ihr Schreiben vom 20. Mai 1958, wie sich später herausgestellt habe, in Wirklichkeit gerichtet sei.

Das Landgericht hat die Klageforderung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte in erster Reihe die Abweisung der Klage, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte in Beantwortung der Ankündigung der Klägerin vom 20. Mai 1958 durch Schreiben vom 27. Mai 1958 die Erfüllung des Vergleichs abgelehnt und gleichzeitig der Klägerin ein neues Angebot unterbreitet, das nicht der von der Beklagten geschuldeten Leistung entsprochen habe und daher mit Recht von der Klägerin nicht angenommen worden sei. Die Klägerin habe zwar, so führt das Berufungsgericht aus, in ihrem Schreiben vom 20. Mai 1958 von "aussortieren" gesprochen, dabei sei sie sich jedoch darüber im klaren gewesen, daß das gesamte von ihr aussortierte Material mit in die abgenommene Menge "eingerechnet" würde. Die Beklagte habe sich in ihrem Schreiben vom 27. Mai 1958 auch gar nicht an dem Wort "aussortieren" gestoßen und infolgedessen die Ankündigung eines vergleichswidrigen Vorgehens der Klägerin nicht zum Anlaß ihrer ablehnenden Haltung genommen. Sie habe vielmehr bestritten, daß sie eine Verpflichtung, der Klägerin die Entnahme von 10 000 to Material zu gestatten, überhaupt rechtsgültig übernommen habe. Deutlicher habe sie die Ablehnung der Vergleichserfüllung nicht zum Ausdruck bringen können. Durch den späteren Schriftwechsel der Parteien sei an dieser Sachlage nichts geändert worden. Die Beklagte habe immer wieder erklärt, so in ihren Schreiben vom 2. Juni und 1. Juli 1958, daß sie der Klägerin eine Materialentnahme nur dann gestatten werde, wenn die Bedingungen ihres Schreibens vom 27. Mai 1958 erfüllt würden. Es habe infolgedessen keiner Fristsetzung nach § 326 BGB bedurft, um das Recht der Klägerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auszulösen. Hierfür sei unerheblich, ob aus der am 7. Juni 1958 von der Klägerin vorgenommenen Entnahme von Material aus der Halde "H. - L." gefolgert werden könne, daß, wie die Beklagte meine, sich das Ankündigungsschreiben der Klägerin vom 20. Mai 1958 in Wirklichkeit

auf einen Gegenstand gerichtet habe, der nicht Inhalt des Vergleichs gewesen sei. Es könne auch dahingestellt bleiben, ob die Klägerin bei der Materialentnahme vom 7. Juni 1958 rechtswidrig gehandelt habe; denn diese Materialentnahme könne nicht als Rechtfertigung für die von der Beklagten bereits am 27. Mai 1958 ausgesprochenen Weigerung der Vergleichserfüllung herangezogen werden.

Gegen diese rechtliche Beurteilung des von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts wendet sich die Revision im Ergebnis mit Recht.

Die Beklagte hat in dem Schreiben vom 27. Mai 1958 die Verbindlichkeit der in dem Vergleich vom 17. April 1958 festgelegten Berechtigung der Klägerin, 10 000 to Material aus der "Bleischlackenhalde H [REDACTED]" zu entnehmen, mit der Begründung in Zweifel gezogen, daß ihre zum Abschluß des Vergleichs bevollmächtigten Vertreter zu einer solchen Vereinbarung nicht bevollmächtigt gewesen seien, und sich insoweit ihre Rechte vorbehalten. Sie hat sich gleichzeitig grundsätzlich bereit erklärt, der Klägerin 10 000 to Material zur Verfügung zu stellen und hierüber mit der Klägerin zu verhandeln. In diesen Erklärungen liegt allerdings die Weigerung, den Vergleich so zu erfüllen, wie er nach Auffassung der Vorinstanzen auszulegen ist. Denn nach dieser Auslegung war die Beklagte verpflichtet, der Klägerin zu gestatten, das Material nach rechtzeitiger Ankündigung von der Halde zu entnehmen und zwar so, wie es dort anfällt, ohne daß es weiterer Vereinbarungen über die Ausübung der Entnahmeberechtigung der Klägerin bedurft hätte. Die Beklagte hat in dem Schreiben vom 2. Juni 1958 an der Weigerung festgehalten. Auch die hiermit wiederholte Ablehnung der Vertragserfüllung berechtigte die Klägerin jedoch noch nicht, die Annahme der von der Beklagten geschuldeten Leistung abzulehnen, ohne daß der Beklagten eine Frist nach § 326 Abs. 1 BGB gesetzt worden war.

Denn die Fristsetzung soll gerade den Schuldner vor die Frage stellen, ob er die Folgen des § 326 Abs.1 BGB auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden soll. Deshalb ist die Fristsetzung nach § 326 Abs.1 BGB grundsätzlich nur dann als entbehrlich anzusehen, wenn der Schuldner durch die Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, zuvor eindeutig zu erkennen gegeben hat, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehere noch von einer ihm gesetzten Frist Gebrauch machen werde. Es muß also die Annahme begründet sein, daß die Fristbestimmung unter den gegebenen Umständen als leere und überflüssige Form zu betrachten wäre. Dabei muß ein strenger Maßstab angelegt werden, besonders dann, wenn Differenzen aus dem Vertragsinhalt auftreten oder wenn trotz der Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine Leistungsbereitschaft zu anderen Bedingungen von ihm erklärt worden ist (RGZ 66, 419, 421; 90, 317; 102, 262, 266; ferner RGJW 1911, 711⁷; 1912, 114¹⁵; 1913, 918³; vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 26. Oktober 1960 - VIII ZR 225/59 - S.2).

Die Erklärungen der Beklagten in den Schreiben vom 27. Mai und 2. Juni 1958 sind nicht so gehalten, daß sie schon wegen ihres Inhalts eine endgültige Erfüllungsverweigerung erkennen lassen und daß es hiernach außer Zweifel stand, die Beklagte werde auch nicht durch eine Fristsetzung nach § 326 BGB zur Erfüllung der ihr obliegenden Verpflichtung, der Klägerin Materialentnahmen aus der Halde "H. [REDACTED]" zu gestatten, noch gebracht werden können. Denn die Beklagte hat sich trotz des Vorbehalts hinsichtlich der Verbindlichkeit der Vergleichsabrede zu Verhandlungen über die der Klägerin in dem Vergleich zugestandenen Materialentnahmen bereit erklärt, und damit ihre endgültige Stellungnahme offengelassen. Deshalb kann auch dahingestellt bleiben, ob die beiden Schreiben schon deshalb nicht für sich allein betrachtet werden können, weil die Klägerin selbst sie nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung behandelt, am 7. Juni 1958 noch Material entnommen und dann noch eine Fristsetzung in ihrem Schreiben vom 16. Juni 1958

vorgenommen hat. Jedenfalls ist aber auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich an dem Wort "aussortieren" in der Ankündigung der Klägerin vom 20. Mai 1958 nicht gestoßen, mit dem Antwortschreiben der Beklagten vom 27. Mai 1958 nicht zu vereinbaren. Die Klägerin hat zumindest durch ihre Ankündigung, welche das Berufungsgericht als Ankündigung eines vergleichswidrigen Vorgehens bezeichnet, eine Unklarheit darüber geschaffen, in welcher Weise sie die ihr im Vergleich eingeräumte Befugnis auszuüben gedenke.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe auch später an ihrer Erfüllungsverweigerung unbegründet festgehalten, kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. Wenn die Klägerin, wie das Landgericht nach der Beweisaufnahme über die Vergleichsverhandlungen im April 1958 angenommen, das Berufungsgericht aber offengelassen hat, nicht berechtigt war, Material aus der Halde "I [REDACTED]" zu entnehmen, so hätte sie schon deshalb am 7. Juni 1958 ihre Vertragsrechte überschritten. Wenn aber auch nur die Art der Materialentnahme vom 7. Juni 1958 zu beanstanden wäre, so hätte die Klägerin auch deswegen der Beklagten mindestens von jetzt an Grund gegeben, weitere Materialentnahmen von Verhandlungen über eine nähere Festlegung der Art ihrer Durchführung abhängig zu machen. Dann könnte aber in dem Schreiben der Beklagten vom 1. Juli 1958 schon aus diesen Gründen keine unbegründete Erfüllungsverweigerung gesehen werden. Aber auch unabhängig von der Frage, ob die Klägerin am 7. Juni 1958 vertragswidrig gehandelt hat, wurde eine Fristsetzung durch die Erklärungen der Beklagten in dem Schreiben vom 1. Juli 1958 noch nicht überflüssig. Denn die Klägerin hatte jedenfalls durch die Art ihres Vorgehens bei der Materialentnahme, die im wesentlichen unbestritten ist, eine weitere Unklarheit geschaffen, in jedem Falle war aber noch eine grundsätzliche Erfüllungsbereitschaft der Beklagten gegeben, die in dem Schreiben vom 1. Juli 1958

sogar noch durch die Erklärung verstärkt wurde, daß die Wirksamkeit des Vergleichs nicht angezweifelt werden soll.

Die Klägerin hat am 7. Juni 1958 von der Halde "L [REDACTED] [REDACTED]" Steine abfahren lassen, die sie nach der Darstellung der Beklagten entlang der Halde hat herauslesen lassen, während sie im übrigen das Material am Fuße der Halde liegen gelassen haben soll, wodurch sich eine Erschwerung für weitere Entnahmen aus der Halde jedenfalls für die Beklagte ergeben habe. Diese Behauptungen der Beklagten, auf die das Berufungsgericht durch Bezugnahme auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts verwiesen hat, sind ungeklärt geblieben. Der Vergleich enthielt keine Klausel, wonach der Klägerin das Recht zugestanden hätte, solche Sortierarbeiten an der Halde vorzunehmen. Es war also jedenfalls eine weitere Unklarheit über die Ausübung der Rechte der Klägerin entstanden, die einer Klarstellung seitens der Klägerin bedurft hätten. Schon aus diesem Grunde kann, wie schon oben bemerkt worden ist, nicht angenommen werden, daß die allgemein vorgeschriebene Fristsetzung im § 326 Abs.1 BGB überflüssig erscheinen mußte, nachdem die Klägerin die Frist vom 16. Juni 1958 gesetzt und die Beklagte in ihrem Schreiben vom 1. Juli 1958 an ihrer modifizierten Erfüllungsweigerung festgehalten hatte.

Aus diesen Gründen kann der Schadensersatzanspruch nicht schon aus der bloßen Erfüllungsverweigerung der Beklagten hergeleitet werden.

Es kommt daher darauf an, ob der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt anzuerkennen ist. Das könnte dann der Fall sein, wenn die Klägerin zu ihrem Verlangen in dem Schreiben vom 16. Juni 1958, die Beklagte solle bis 25. Juni 1958 erklären, daß sie bereit sei, noch mindestens 8000 to Schlacke "zu liefern", ohne daß es er-

neuer besonderer Vereinbarungen der von ihr geforderten Art bedürfte, berechtigt war. Das wäre aber sicherlich zu verneinen, wenn die Klägerin durch ihr Vorgehen beim Aussortieren von Material an der Halde "I [REDACTED]" am 7. Juni 1958 entweder vertragswidrig gehandelt hat oder mindestens eine Unklarheit darüber geschaffen hatte, wie sie die Materialentnahme in Zukunft auszuüben gedenke. Dann hätte die Klägerin dies von sich aus klarstellen müssen. Tat sie das nicht, so handelte die Beklagte nicht vertragswidrig, wenn sie es ablehnte, der Klägerin Materialentnahmen auf bloße Ankündigungen hin, die die Klägerin vornehmen wollte, zu gestatten. Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch unter diesen Gesichtspunkten in den Entscheidungsgründen nicht behandelt. Es ist zwar davon ausgegangen, daß die Ankündigung in dem Schreiben der Klägerin vom 20. Mai 1958 die Ankündigung eines vertragswidrigen Vorgehens enthalte, es hat dies jedoch dann nicht als wesentlich angesehen und offen gelassen, ob die Klägerin bei der Materialentnahme am 7. Juni 1958 vertragswidrig vorgegangen ist. Der Senat kann deshalb noch nicht abschließend darüber entscheiden, ob das Verlangen der Klägerin in dem Schreiben vom 16. Juni 1958 berechtigt war und ob es daher auf diese Fristsetzung ankommt.

Zusammenfassend ergibt sich sonach, daß das Berufungs-~~urteil~~ deshalb aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen werden muß, weil das Berufungsgericht zu Unrecht in den Schreiben vom 27. Mai, 2. Juni und 1. Juli 1958 eine endgültige Erfüllungsverweigerung gesehen und eine Fristsetzung für entbehrlich gehalten hat und weil darüber hinaus dem Tatrichter die Entscheidung darüber vorbehalten werden muß, ob die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auf die Fristsetzung in dem Schreiben vom 16. Juni 1958 stützen kann, nachdem die Beklagte die ihr in diesem Schreiben gesetzte

Frist hat verstreichen lassen.

In dem hiernach erforderlichen weiteren Verfahren vor dem Berufungsgericht wird die Klägerin Gelegenheit haben klarzustellen, ob sie ihren Schadensersatzanspruch hilfsweise auch darauf stützen will, daß ihr schon infolge der Weigerung der Beklagten vom 27. Mai / 2. Juni 1958 ein Auftrag über 1900 to Schlacke entgangen sei, wie sie in dem zum Bestandteil ihres Sachvortrages gemachten Schreiben vom 16. Juni 1958 behauptet. Insoweit könnte ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommen, wenn die Beklagte schuldhaft die Vertragserfüllung durch die beiden bezeichneten Schreiben verweigert hätte und wenn schon hierdurch der Klägerin ein Ausfall entstanden wäre (vgl. § 526 Abs. 2 BGB). Wenn allerdings die Klägerin zur Erfüllung des angeblich annullierten Auftrages über 1900 to Schlacke das hierzu benötigte Material auch aus der Halde "L [REDACTED]" hätte entnehmen wollen, so dürfte auch hierfür nicht ungeklärt bleiben, ob sie auf solche Materialentnahmen Anspruch hatte und ob die Behinderung der Klägerin am 7. Juni 1958 bei der Materialentnahme ein vertragswidriges Verhalten der Beklagten darstellt.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens hängt von der Endentscheidung ab und ist daher von dem Berufungsgericht zu treffen.

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Mezger