

BUNDESGERICHTSHOF 2089 095

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 298/67

URTEIL

Verkündet am

18. November 1969
Kriegl,
Justizhauptssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Simon K [REDACTED] KG, N [REDACTED],
C [REDACTED]straße: [REDACTED], vertreten durch ihren persön-
lich haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Si-
mon K [REDACTED], daselbst,
2. des Kaufmanns Simon K [REDACTED], N [REDACTED],
C [REDACTED]straße: [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED] & Co., Bl [REDACTED]-
Export N.V., He [REDACTED] (Ni [REDACTED]), vertreten
durch den Konkursverwalter B.J. La [REDACTED], Ha [REDACTED],
Ge [REDACTED] Q [REDACTED] Gr [REDACTED] (Ni [REDACTED]),

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels sowie der Bundesrichter Dr. Bode, Dr. Weber, Sonnabend und Dunz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Mai 1967 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen den Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Firma in He [REDACTED] (Ho [REDACTED]), befaßt sich u.a. mit dem Export von Blumenzwiebeln. Sie hatte schon 1962 an die beklagte Kommanditgesellschaft, Blumen-Importeur und Großhandel in N [REDACTED], geliefert; persönlich haftender Gesellschafter ist der Zweitbeklagte. Im Februar 1963 bestellte die beklagte Firma (demnächst kurz: die Beklagte) ihren Bedarf für 1963 erneut bei der Klägerin, und zwar "im Wert von ca. DM 40 000 zum Preise und Bedingungen lt.

Angebot (der Klägerin) vom 22. Januar 1963 in noch anzugebendem Sortiment". Als Liefertermin ist in diesem Auftrag eingetragen: "August/September 1963". In dem Schreiben der Klägerin vom 23. Februar 1963, mit dem sie den Auftrag bestätigte, heißt es u.a.:

"Die Lieferzeit wollen Sie uns noch genau angeben, wir haben aber bereits dieselbe Zeit wie im vergangenen Jahr vorgemerkt Wir erlauben uns noch, Sie dringend zu bitten, uns sobald dies Ihnen möglich ist, Ihre Auftragsabschriften (gemeint sind die einzelnen Abrufe der Beklagten für ihre Kunden) zuzusenden. Da, wie besprochen, wohl damit zu rechnen ist, daß sich die Auftragshöhe, wie bereits im vergangenen Jahr, erheblich erhöht, wir aber eine starke Befürchtung haben über die Auswirkungen des Winters mit dementsprechenden Preissteigerungen, wäre es uns peinlich, wenn wir u.U. Ihre evtl. Auftragserhöhung nur gegen Preisaufschlag ausführen könnten"

Im Mai 1963 bestellte die Beklagte durch ihren Angestellten Z [REDACTED] noch 15 000 Dahlien zum Auftragswert von 4 564,50 DM. Bei dieser Gelegenheit soll er nach der Behauptung der Klägerin außerdem 325 000 Gladiolen für 16 412,50 DM bestellt haben. Als die Klägerin der Beklagten Mitte August 1963 diese Gladiolen-Bestellung bestätigte, gab die Beklagte den Auftrag zurück. In ihrem Brief vom 29. August 1963 schrieb sie, es sei zwar richtig, daß Zandvoort (an dessen Stelle inzwischen der Angestellte v [REDACTED] d [REDACTED] V [REDACTED] getreten war) mit der Klägerin über diesen Auftrag verhandelt habe, eine Bestellung habe sie aber nicht erteilt. Die Klägerin antwortete, sie sei schon dabei gewesen, die von Z [REDACTED] im Februar



bestellten Blumenzwiebeln zu packen, habe dies aber eingestellt, bis geklärt sei, ob Z [REDACTED] etwa auch nicht berechtigt gewesen sei, im Februar den Auftrag über 40 000 DM zu erteilen. Nunmehr erklärte die Beklagte mit Telegramm vom 6. September 1963, sie nehme die Gladiolen ab, und bat, den Versand der Blumenzwiebeln wieder aufzunehmen. Dies bestätigte v [REDACTED] d [REDACTED] V [REDACTED] namens der Beklagten in einem Brief vom 9. September 1963, in dem es (ins Deutsche übersetzt) heißt:

"Wir bestätigen hiermit das Telefongespräch von heute morgen zwischen Herrn P [REDACTED] (Inhaber der Klägerin) und unserem Herrn v.d.V [REDACTED], worin wir übereingekommen sind:

1. Die für uns von Ihnen reservierten ca. 325 000 Gladiolen 10/12 geben wir fest in Auftrag ...
2. Die von uns bei Ihnen bestellten Blumenzwiebeln für Lieferung September werden von Ihnen so schnell wie möglich an uns abgesandt ...
3. Die von uns am 18. August Ihnen gesandten Aufträge werden von Ihnen angenommen und geliefert zu möglichst günstigen Preisen...."

Ziffer 3 dieses Briefes nimmt darauf Bezug, daß die Beklagte ihren Februar-Auftrag inzwischen über 40 000 DM hinaus erhöht hatte. Insofern hatte die Klägerin sogleich darauf aufmerksam gemacht, daß inzwischen die Preise wegen des vergangenen kalten Winters erheblich angezogen hatten.

Am 26. September 1963 kam es erneut zu einer Besprechung zwischen der Klägerin und v [REDACTED] d [REDACTED] V [REDACTED].

An diesem Tage telegraphierte die Klägerin der Beklagten, "daß der erste Teil der Sendung heute abgeht. Wir packen weiter und senden laufend ab bis Erledigung des Auftrags." Diese Sendung (LKW des Spediteurs H [REDACTED] in Ka [REDACTED]) traf Anfang Oktober 1963 bei der Beklagten in N [REDACTED] ein, die die von der Klägerin auf die Ladung gelegte Nachnahme von rd. 8 800 DM einlöste.

Am 30. September 1963 schrieb die Klägerin der Beklagten einen längeren Brief, in dem sie "zur Verhütung evtl. sonst möglicher Mißverständnisse" ihren Standpunkt nochmals zusammenfaßte und ausführte:

"Sie wollen uns bitte richtig verstehen: wir sind gerne bereit und auch gewillt zu liefern und wissen es auch zu schätzen, mit Ihrer wer-ten Firma geschäftliche Beziehungen zu unterhalten. Wir sind aber nicht bereit, nur das zu liefern, was bereits weit unter den holl. Preisen im Angebot liegt, wenn dieses herausgesucht wird und ist, und bereits die Auftrags-termine, Zeit und Höhe weit überschritten sind und die Angebotsbedingungen in keinerlei Hinsicht innegehalten werden. Wir haben Ihnen dies auch deutlich mit unserem Schreiben vom 4.9. 1963 mitgeteilt.

Wie es auch ist: sobald die Packzeit vorbei ist, werden wir uns erlauben, Ihnen nach vorhergehender Anmeldung einen Besuch abzustatten, um alles restlos zu klären. Damit nun aber im Versand keine weiteren Lücken entstehen, haben wir Dank Ihrem Herrn v.d. V [REDACTED] eine Regelung getroffen, welche kurz folgendes enthält:

1. Wir liefern nicht kommissionsweise verpackt, sondern jede Sorte mit den benötigten Zahlen geschlossen.
2. Wir erhalten unseren (nach Abzug von 3 % Skonto verbliebenen) Rechnungsbetrag durch Nachnahme ...

3. Wir liefern erst für einen Betrag von 40 000 DM (volle Auftragshöhe) zu den im Angebot ausgemachten Preisen.
 4. Nach Auslieferung dieser Blumenzwiebeln erhalten Sie die dann noch benötigten für den hier geltenden Preis, zuzüglich dem für unsere Betriebe geltenden Aufschlag-Prozentsatz, welcher auf 55 % liegt.
 5. Für nicht im Angebot genannte Sorten, welche bestellt sind, wird verfahren wie unter 4.
 6. Der Versand, welcher bereits angefangen hat (siehe unsere Rechnung vom 28.9.) wird schnellstmöglichst durchgeführt.
 7. Der Versand findet statt ... über die Firma H[REDACTED].
-"

Bald darauf ließ die Klägerin eine weitere Sendung abgehen, die der Spediteur H[REDACTED] am 7. Oktober 1963 erhielt und nach Umladung auf den Weg nach N[REDACTED] brachte. Am 9. Oktober 1963 fragte die Beklagte bei H[REDACTED] an, wann die von ihr "äußerst dringend" erwartete nächste Lieferung eintreffen werde. Sie erfuhr, daß die Partie bereits unterwegs war. Die Sendung traf dann auch bei der Beklagten ein, die wiederum die Nachnahme - diesmal fast 41 800 DM - einlöste.

Am 9. Oktober 1963 teilte die Klägerin u.a. mit, daß zur Zeit die weiterbestellten Tulpen usw. verpackt würden und bis auf einzelne Mengen komplett seien; sie rechne damit, daß die Restmengen noch am Donnerstag (10. Oktober) auf der Börse er-

worben werden könnten; sie werde dann die Sendung direkt absenden. Am 11. und am 14. Oktober 1963 fragte die Beklagte bei H[REDACTED], mit dem sie in Fernschreibverbindung stand, an, wann die nächste Lieferung eintreffen werde, und bat, er möge sich doch dieserhalb mit der Klägerin in Verbindung setzen, was dieser zu tun versprach. Am 16. Oktober 1963 telegrafierte die Klägerin der Beklagten, nunmehr gehe der letzte LKW ab. Am 19. Oktober 1963 (Samstag) schrieb H[REDACTED] der Beklagten, der LKW werde am Dienstag bei der Beklagten sein, sie möge das Geld für die Nachnahme von 29 330,70 DM bereithalten.

Dieser Brief ging am 21. Oktober 1963 (Montag) bei der Beklagten ein. Schon um 8.45 Uhr hatte sie der Klägerin telegraphiert:

"Wir verzichten auf restliche Lieferung wegen Terminüberschreitung."

An den Spediteur H[REDACTED] richtete sie ein Fernschreiben:

"Die angekündigte Sendung können wir nicht mehr abnehmen. Falls der Versand bereits vorgenommen, wird die Annahme verweigert. Bereits heute morgen haben wir an P[REDACTED] (d.i. die Klägerin) telegraphiert, daß wir die Zwiebeln wegen Lieferungsverzögerung nicht mehr abnehmen können."

Hamacher antwortete:

"Zu Ihrem FS von soeben teilen wir Ihnen mit, daß LKW seit heute früh am Rollen ist. Nach telef. Rücksprache mit Herrn P. bittet selbiger die Partie abzunehmen, da keine Lieferungsverzögerung vorhanden ist. Es kann sonst Schwierigkeiten geben."

Am 22. Oktober 1963 sandte die Klägerin der Beklagten folgendes Telegramm:

"Ihr : Telegramm vom 21.10. erhalten. Terminsüberschreitung liegt nicht vor. Wir haben gemäß Vereinbarung mit Herrn v.d. W. geliefert, siehe Ihr Schreiben vom 9.9.63 und unsere Antwort vom 30.9.63. Bei Annahmeverweigerung sind Sie haftbar für allen entstehenden Kostenschaden für Ausfälle bis zum vollen Rechnungswert, s. Ziffer 1, 12 und 13 des Auftrages. Wir führen bei Verweigerung Notverkauf innerhalb drei Tagen durch."

Darauf antwortete die Beklagte am 22. Oktober 1963:

"Wir verweisen auf unser Telegramm und verbleiben auf dem Standpunkt, die Ware nicht zu übernehmen. Wir erinnern dabei an Ihr Schreiben vom 9.10., in welchem Sie uns zusagten, daß Sie am Donnerstag, den 10.10.63 die Restauslieferung vornehmen würden Wir sind, wenn wir dadurch nicht außergewöhnliche Verluste hinnehmen wollen, außerstande Ihre Lieferung

1. gegen Nachnahme,
 2. zu den in Ihrer Rechnung gestellten Preisen und
 3. zu solch einem späten Zeitpunkt
- zu übernehmen"

Der angekündigte LKW traf am Morgen des 23. Oktober 1963 bei der Beklagten ein. Da diese die La-

dung nicht abnahm, beorderte die Klägerin den LKW zurück. Bis Ende des Jahres verkaufte sie die Zwiebeln an verschiedene andere Abnehmer. Nach ihrem Kontoauszug per 31. Dezember 1963 hat sie dabei netto allerdings nur 9 660,95 DM Erlöst, also erheblich weniger, als sie der Beklagten in Rechnung gestellt hatte. Nach diesem Auszug, den die Beklagte alsbald erhalten und dem sie zunächst nicht widersprochen hat, beträgt der Verlust der Klägerin - nach Anrechnung einer Anzahlung der Beklagten und Hinzusetzen eines nicht bezahlten Restes aus dem Jahr 1962/63 von 895,40 DM - im Endergebnis 19 156,25 DM.

Die Beklagte hat sich geweigert, der Klägerin diesen Verlust zu ersetzen. Sie hat sich auch geweigert, die von ihr für Anfang 1964 bestellten Dahlien und Gladiolen abzunehmen, und dies damit begründet, deren Abnahme könne ihr angesichts des von der Klägerin gezeigten unkaufmännischen Verhaltens nicht mehr zugemutet werden. Die Klägerin verlangt daher den ihr aus diesen beiden Geschäften entgangenen Gewinn, den sie gemäß Ziffer 13 ihrer Verkaufsbedingungen mit 20 % des Rechnungswertes, also mit 4 195,40 DM berechnet.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 23 351,65 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit

der Revision verfolgen die Beklagten ihr Begehren, die Klage abzuweisen, weiter.

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte kein Recht gehabt, von dem Februar-Auftrag über die Blumenzwiebeln wegen deren verzögerter Lieferung zurückzutreten. Entgegen der Meinung der Beklagten habe es sich dabei nicht um ein Fixgeschäft im Sinne des § 376 HGB gehandelt, möge auch Lieferung August/September 1963 vereinbart gewesen sein. Das ergebe sich auch nicht aus einem etwaigen Handelsbrauch für die Lieferung von Blumenzwiebeln. Die Beklagte könne sich aber auch nicht auf § 326 BGB stützen. Denn die Klägerin sei, als der LKW bei der Beklagten eintraf, nicht im Verzug gewesen, weil ein bestimmter Termin für die Lieferung nicht vereinbart gewesen sei. Zudem fehle es an einer Mahnung der Beklagten; ihre Rückfragen bei dem Spediteur H. [REDACTED] reichten dazu nicht aus. Außerdem habe die Beklagte der Klägerin gemäß § 326 Abs. 1 BGB eine letzte Frist mit Ablehnungsandrohung setzen müssen, was sie nicht getan habe. Es könne auch keine Rede davon sein, daß das Verhalten der Klägerin der Beklagten gemäß § 242 BGB Anlaß gegeben hätte, von ihren Bestellungen zurückzutreten. Unbegründet seien auch die Einwendungen, die die Beklagte nunmehr im zweiten Rechtszug gegen die Höhe der von der Klägerin aufgemachten Schadensberechnung erhoben habe.

Das angefochtene Urteil hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

I.

Zunächst rügt die Revision, daß das Berufungsgericht ohne weitere Untersuchung seiner Entscheidung deutsches und nicht niederländisches Recht zugrunde gelegt habe. Die Verkaufsbedingungen, aufgrund deren die Klägerin mit der Beklagten abgeschlossen hatte, seien die Bedingungen des holländischen Blumen-Zwiebel-Export-Verbandes, also Bedingungen, die nicht gut anders als nach holländischem Recht ausgelegt werden könnten. Zudem sei nach diesen Bedingungen der Ort des holländischen Verkäufers als Erfüllungsort vereinbart.

Die Rüge kann keinen Erfolg haben.

Weder die Klägerin noch die Beklagte hat jemals im Rechtsstreit die Frage berührt, nach welchem nationalem Recht die Parteien ihre Rechtsbeziehungen abgewickelt und beurteilt sehen wollten. Offenbar sind beide von der Anwendung deutschen Rechts ausgegangen. Dies hat auch das Landgericht, das sich mit der Anwendbarkeit des § 376 HGB und des § 326 BGB befaßt hat, angenommen. Im Berufungszug hat sich die Beklagte selbst wiederholt auf § 326 BGB berufen. Schon das zeigt, daß das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei davon ausgehen

konnte, daß die Parteien die Anwendung deutschen Rechts stillschweigend vereinbart hatten oder dies doch, falls sie sich darüber keine Gedanken gemacht hatten, vereinbart haben würden (hypothetischer Parteiwille; vgl. BGH Urteil vom 10. Februar 1969 - VIII ZR 5/67).

Dem steht der Umstand, daß nach den Bedingungen der Klägerin He [REDACTED] als Erfüllungsort vereinbart war, nicht entgegen. Weitaus wesentlicher ist, daß nach Ziffer 3 der Bedingungen als Gerichtsstand G [REDACTED] / Nie [REDACTED] vereinbart war. Demgemäß hat dann auch die Klägerin ihre Klage zunächst beim Amtsgericht in G [REDACTED] erhoben. Daraus muß dann aber auch geschlossen werden, daß sie sich nicht nur hinsichtlich des anzuwendenden Prozeßrechts der lex fori unterwerfen wollte, sondern ebenso hinsichtlich des sachlichen Rechts. Daß die Bedingungen der Klägerin die Bedingungen sind, die der holländische Export-Verband aufgestellt hat, besagt nicht, daß sie nur einheitlich nach niederländischem Recht angewandt und ausgelegt werden könnten. Die Bedingungen der Klägerin, aufgrund deren sie mit der Beklagten abgeschlossen hatte, sind in deutscher Sprache gehalten; sie sehen, wie erwähnt, das deutsche Gericht in G [REDACTED] vor. Sie sind also gerade auf deutsche Käufer zugeschnitten. Die Parteien haben - bis auf wenige Ausnahmen - stets in deutscher Sprache miteinander korrespondiert; Auftragsbestätigungen und Rechnungen lauteten stets auf Deutsche Mark.

II.

Auch die übrigen Einwendungen der Revision können keinen Erfolg haben.

1. Vergeblich greift die Revision den Standpunkt des Berufungsgerichts an, daß der von der Beklagten im Februar 1963 erteilte Auftrag mit dem Liefertermin August/September kein Fixgeschäft gewesen sei.

Bei einem Fixgeschäft kommt es auf Verzug des Verkäufers und, was hier vor allem wesentlich sein kann, auf Nachfristsetzung nicht an (§ 361 BGB und § 376 HGB). Ein Fixgeschäft liegt aber nur dann vor, wenn die Leistung "genau zu einer festbestimmten Zeit" bewirkt werden soll. Daß dies hier nicht der Fall war, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die Angabe "Liefertermin August/September" ließ der Klägerin noch einen gewissen Spielraum, wann sie die Ware sortierte, abpackte und zum Versand brachte. Das gilt auch für die Zusage, die die Klägerin der Beklagten am 30. September 1963 gab, als sie ihr schrieb, sie werde den Versand "schnellstmöglich" durchführen (vgl. Schlegelberger, HGB 3. Aufl., § 376 Anm. 5 und Baumbach/Duden, HGB 17. Aufl. Anm. 1 C b, beide zu § 376). Daher kann hier nicht davon gesprochen werden, daß das Geschäft mit Innehaltung oder Versäumung eines genau bestimmten Zeitpunktes haben stehen oder fallen sollen (so RGZ 108, 158; Senatsurteil vom 8. Juli 1969 - VI ZR 43/68).

Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht erkannt, daß jedenfalls beim Handel mit Blumenzwiebeln nach Handelsbrauch ein Fixgeschäft anzunehmen sei. Das Berufungsgericht hat sich damit in seinem Urteil auseinandergesetzt und ausgeführt, daß jedenfalls im vorliegenden Fall ein etwaiger Handelsbrauch durch die Abreden überholt sei, welche die Parteien, vor allem in dem letzten Schreiben der Klägerin vom 30. September 1963, getroffen hätten.

2. Lag somit ein Fixgeschäft nicht vor, so konnte die Beklagte nur dann von ihren Bestellungen zurücktreten, wenn sie nachwies, daß die in § 326 BGB bestimmten Voraussetzungen vorlagen. Das aber hat das Berufungsgericht, jedenfalls im Ergebnis, ohne Rechtsfehler verneint.

a) Insofern greift die Revision zunächst den Standpunkt des Berufungsgerichts an, daß die Klägerin auch am 23. Oktober 1963, als der letzte LKW bei der Beklagten eintraf, noch nicht im Verzug gewesen sei. Die Revision wendet sich vor allem gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, hier habe es schon an einer Mahnung der Beklagten gefehlt. Insofern verweist sie auf die Fernschreiben der Beklagten vom 11. und 14. Oktober 1963 an den Spediteur H[REDACTED]. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt, diese Fernschreiben seien für die Rechtsbeziehungen der Beklagten zur Klägerin ohne Belang, weil die

Spedition H [REDACTED] "insoweit nicht als Erfüllungsgehilfin der Klägerin angesehen werden kann".

Diese Erwägung des Berufungsgerichts ist, wie der Revision zugegeben werden muß, nicht bedenkenfrei. Gewiß war der Spediteur nicht Erfüllungsgehilfe der Klägerin (§ 278 BGB). Darauf kommt es aber nicht an; hier geht es darum, ob sich die Klägerin den Zugang der Mahnungen bei dem Spediteur, der offenbar "ihr" Spediteur für Exporte nach Deutschland war, anrechnen lassen muß. Dafür könnte sprechen, daß - wie die von der Beklagten vorgelegten mehrfachen Fernschreiben an H [REDACTED] - [REDACTED] beweisen - dieser wiederholt das, was ihm die Beklagte geschrieben hatte, sogleich fernmündlich der Klägerin weitergegeben hat - so anscheinend auch die Rückfrage der Beklagten vom 14. Oktober 1969.

b) Indessen braucht diesen Rügen der Revision nicht weiter nachgegangen zu werden; vor allem bedarf es keiner Prüfung, ob der Grund für die späte Lieferung der Klägerin darin lag, daß sie die von dem Beklagten nachträglich in Auftrag gegebenen Zwiebeln erst an der Börse beschaffen mußte, wie sie ihr dies in dem Schreiben vom 9. Oktober 1963 angekündigt hatte. Denn auch wenn zu ihren Gunsten angenommen würde, daß die Klägerin Mitte Oktober schließlich in Verzug geraten wäre, so verhilft das der Revision nicht zum Erfolg. Mit Recht weist das Berufungsgericht dar-

auf hin, daß die Beklagte jedenfalls die in § 326 Abs. 1 BGB vorgesehene Nachfrist, verbunden mit einer Ablehnungsandrohung, hätte setzen müssen. Daran aber fehlte es hier, wie das Berufungsgericht unangegriffen feststellt. Ein Gläubiger jedoch, der nach § 326 BGB vorgehen will, muß grundsätzlich die strengen Voraussetzungen dieser Vorschrift eingehalten und erfüllt haben (RGZ 90, 317, 318; 102, 262, 266; BGH Urteil vom 11. Oktober 1967 - VIII ZR 143/65 - NJW 1968, 103 = LM § 321 BGB Nr. 3). Solange die Aussicht bestand, die Klägerin durch Androhung, notfalls gemäß § 326 BGB den Auftrag zu annullieren, zu schnellerer Lieferung zu bringen, mußte die Beklagte dies versuchen (RGZ 102, 266/267). Die Klägerin konnte davon ausgehen, daß auch die Beklagte wußte, die Klägerin könne nicht schneller liefern, weil sie sich die nachbestellten Zwiebeln erst beschaffen mußte. Sollte sie insoweit dennoch säumig gewesen sein, so mußte die Beklagte sie durch eine mit Fristsetzung verbundene Androhung vor die Entscheidung stellen, ob sie eine Rücknahmeverweigerung der Beklagten in Kauf nehmen oder diese Gefahr durch schnellstmögliche Lieferung abwenden wollte (BGH Urteil vom 11. Januar 1961 - VIII ZR 86/60 - LM § 326 De7 Nr. 2).

c) Allerdings hätte die Beklagte diese Nachfrist nicht zu setzen brauchen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 des § 326 BGB vorgelegen hatten. Dazu aber hätte sie beweisen müssen, daß inzwischen ihr In-

teresse an der am 23. Oktober 1963 eingetroffenen Lieferung weggefallen war. Das aber hat sie, wie schon das Landgericht betont hat, nicht getan. Hierzu hat sie im zweiten Rechtszug lediglich behauptet, die Setzung einer Nachfrist sei sinnlos gewesen, weil die Klägerin nicht habe liefern wollen und können. Für diese Behauptung, die übrigens im Widerspruch zu dem Schreiben der Klägerin vom 30. September 1963 steht und auch mit deren Verhalten kaum zu vereinbaren ist, ist sie jedoch den Beweis schuldig geblieben. Sie hat auch nicht dargetan, daß sie etwa deshalb die Lieferung nicht mehr habe verwenden können, weil sich inzwischen ihre Abnehmer anderweitig eingedeckt hatten. Dies hat sie zwar im ersten Rechtszug behauptet, dafür aber keine Belege (Schreiben ihrer Kunden und dergleichen) vorgelegt oder sonstige Beweise angeboten. Das aber hätte sie tun müssen, da angesichts der im Herbst 1963 eingetretenen Knappheit an preiswerten holländischen Blumenzwiebeln kaum anzunehmen war, daß Kunden nicht noch einige wenige Tage zugewartet hätten.

Somit hat das Berufungsgericht jedenfalls die Voraussetzungen des Abs. 2 des § 326 BGB fehlerfrei verneint. Auch die Revision hat insoweit nichts vorgebracht.

3. Hat aber die Beklagte nicht nachgewiesen, daß die Klägerin ihr das Recht gegeben hätte, sich von dem Februar-Auftrag zu lösen, so hat sie auch

nicht dargetan, daß sie berechtigt gewesen sein könnte, auch ihre Dahlien- und Gladiolen-Aufträge zu annullieren. Hiervon geht mit Recht das Berufungsgericht aus. Die Rüge der Revision, insoweit fehle es im angefochtenen Urteil an jeglicher Begründung (§ 551 Nr. 7 ZPO), greift nicht durch. Das Berufungsurteil hat sich in ausreichender Weise auch mit diesen beiden Nach-Bestellungen befaßt (BU S. 14/15).

III.

Nicht begründet sind auch die Einwendungen, die die Revision hinsichtlich der Höhe des von der Klägerin geforderten und ihr zugesprochenen Schadens erhebt.

1. Dagegen, daß die Klägerin bezüglich der Dahlien- und Gladiolen-Aufträge ihren Schaden abstrakt (20 % des Rechnungsbetrages) berechnet, hat sich die Beklagte nicht gewandt. Sie bezweifelt offenbar nicht, daß der der Klägerin entgangene Handelsnutzen (so Ziffer 13 ihrer Verkaufsbedingungen) mindestens diesen Betrag ausmacht. Auch die Revision hat in diesem Punkt nichts erinnert. Rechtliche Bedenken gegen die Geltendmachung einer Schadensersatzpauschale bestehen nicht (BGH Urteil vom 8. Oktober 1969 - VIII ZR 20/68).

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei auf die Einwendungen der Beklagten überhaupt nicht

eingegangen (§ 551 Nr. 7 ZPO), daß die Klägerin ihre Lieferung vom 3. Oktober 1963 über 41 785,35 DM; welche die Beklagte durch Nachnahme bezahlt hatte, noch aufgrund der preisgünstigeren Ursprungs-Bestellung vom Februar 1963 habe berechnen müssen.

Die Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat diese Behauptung der Beklagten erörtert und für nicht berechtigt erklärt, weil die Art, wie die Klägerin ihre Sendungen in Rechnung gestellt hat, der neuen Regelung entsprochen habe, die die Parteien am 30. September 1963 getroffen hatten (BU S. 19). Gegen diese Auslegung der Vereinbarung hat die Revision nichts Stichhaltiges vorgebracht. Da die Lieferungen der Klägerin inzwischen fast 50 000 DM erreicht hatten, war sie berechtigt, hinsichtlich der die ursprüngliche Auftragssumme von 40 000 DM übersteigenden Zwiebeln höhere Preise zu berechnen.

3. Die Revision behauptet, die Beklagte habe sich am 22. Oktober 1963 bereiterklärt, einen Teil der Sendung zu übernehmen; da die Klägerin dies abgelehnt habe, habe sie sich den insoweit ihr entstandenen Schaden selbst zuzuschreiben. Dieses Vorbringen kann das Revisionsgericht nicht berücksichtigen, weil es weder vor dem Landgericht noch vor dem Oberlandesgericht vorgetragen war. Im übrigen hätte die Beklagte damit nicht durchdringen können, weil sie nur bereit war, diese 32 Collis in Kommission zu übernehmen, was die Klägerin ablehnen durfte.

4. Das Berufungsgericht ist den Beanstandungen der Beklagten nachgegangen, die sie gegen die Art und Weise des von der Klägerin durchgeführten Selbsthilfeverkaufs vorgebracht hat, hat sie jedoch für unbegründet befunden. Auch insoweit hält das Urteil den Angriffen der Revision stand.

a) Die Revision wirft der Klägerin vor, daß sie die Zwiebeln zurückbeordert habe, statt sie sogleich in N[REDACTED] anderweit zu verkaufen. Der Vorwurf ist nicht berechtigt. Nach Ziffer 12 der Verkaufsbedingungen hatte die Klägerin das Recht, verweigte Ware "anderswo" zu verkaufen. Daß die von ihr durchgeführten Notverkäufe gegen diese Klausel verstoßen hätten, ist entgegen dem Vorbringen der Revision nicht ersichtlich.

b) Die Revision wiederholt die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe jedenfalls insoweit, als sie die Zwiebeln über ihre "Schwesterfirma" M.P.[REDACTED] in Be[REDACTED]-Gl[REDACTED] abgesetzt habe, keinen Schaden erlitten. Hierbei geht es um den Notverkauf vom 12. November 1963, bei dem die Klägerin einen Teil der Zwiebeln für nur 1 161 DM an die Firma in Be[REDACTED]-Gl[REDACTED] verkauft hatte. Soweit die Revision jetzt auch den Verkauf vom 31. Dezember 1963 über 2 754,60 DM anführt, kann sie nicht damit gehört werden, weil die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nur den Verkauf vom 12. November 1963 beanstandet hat (vgl. BU S. 12).

Das Berufungsgericht hat die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe bei den Notverkäufen "betrügerisch manipuliert", für widerlegt erachtet und festgestellt, daß die Klägerin nur deshalb die Firma M. P. [REDACTED] eingeschaltet hatte, weil sie aufgrund besonderer Umstände nur so die deutsche Abnehmerin der Zwiebeln, die Firma L. [REDACTED], habe beliefern dürfen und können. Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf die Beweisantritte, die die Beklagte auf Seite 5 ff unter III ihrer Berufungsbegründung vom 15. Dezember 1964 gebracht und in der sie sich auf noch namhaft zu machende Kunden der "Tarnfirma" P. [REDACTED] in Be. [REDACTED]-Gl. [REDACTED] bezogen hatte. Das Berufungsgericht konnte jedoch, nachdem die Beklagte in ihrem späteren Schriftsatz vom 8. Mai 1965 die Firma L. [REDACTED] als solchen Kunden bezeichnet hatte, ohne Verfahrensfehler die in der Berufungsbegründung angekündigten Beweisantritte als überholt ansehen und sich darauf beschränken, die Lieferung der "Tarnfirma" an diese Firma L. [REDACTED] nachzuprüfen. Die Revision wirft in diesem Zusammenhang dem Berufungsgericht ferner vor, zu Unrecht die Bestimmung des § 529 Abs. 2 ZPO zu Lasten der Beklagten angewandt zu haben. Ob die hierfür vom Berufungsgericht gegebene Begründung rechtlich bedenkenfrei ist, kann offenbleiben. Denn diese Zurückweisung wegen Verspätung bezieht sich nicht auf den über M. P. [REDACTED] abgewickelten Notverkauf, sondern auf eine andere Einwendung der Beklagten.

LN

5. Die Revision weist schließlich darauf hin, daß die Beklagte nie bestritten habe, den noch offenen Rest aus 1962/63 mit 859,40 DM bezahlen zu müssen. Das Berufungsgericht habe daher übersehen, daß die Berufung (und so jetzt auch die Revision) sich gegen diesen Teilbetrag nicht gewandt habe.

Auch dieses Vorbringen geht fehl.

Die Beklagte hat den Klageanspruch nicht etwa in Höhe von 895,40 DM anerkannt oder insoweit ihre Rechtsmittel eingeschränkt. Das wäre mit ihrer Verteidigung nicht vereinbar gewesen. Brauchte sie nämlich wie sie geltend gemacht hat, die letzte Lieferung der Klägerin über rund 29 000 DM nicht mehr zu

(

bezahlen, so hatte sie mit ihrer Anzahlung von 12 000 DM schon mehr bezahlt als sie aus dem Auftrag vom Februar 1963 schuldete, nach ihrer Berechnung sogar weit mehr als die rückständigen 895,40 DM (vgl. auch S. 10 der Klageerwiderung).

Engels

Dr. Bode

Dr. Weber

Sonnabend

Dunz