

2477 077 13

I ZR 172/52

Verkündet am 24. September 1954
Grunau, Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Häutehändlers Paul P [REDACTED], S [REDACTED],
M [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die H [REDACTED] mbH. MÜ [REDACTED] (R [REDACTED]), W [REDACTED]-
[REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Hans K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 24. September 1954 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Wilde, Dr. Birnbach,
Dr. Bock, Dr. Christoph und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 9. Juli 1952 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Unter dem 4. Juni 1949 stellte der Beklagte der Klägerin -beides Häutegrosshändler- auf einem vorgedruckten Formular der Klägerin eine "Verkaufs-Bestätigung Nr 346" aus, wonach er bestätigte, ihr 3000 Stück rote und schwarze Kalbfelle bis 4,5 kg ohne Kopf zum Kilopreis von 5,40 DM für rote und 4,50 DM für schwarze Kalbfelle verkauft zu haben. Der Preis sollte sich für prima Ware ohne Kopf verstehen, für beschädigte Felle und Untersorten sollten Abzüge in 3 Stufen A = 5 %, K = 10 %, Schuß = 40 % erfolgen. Die Lieferung sollte bis spätestens 10. Juni 1949 ab Lager des Beklagten in S [REDACTED] gegen netto Kasse bei Abnahme erfolgen. Die Ware sollte von der Klägerin an Ort und Stelle übernommen werden. Der Schreibmaschinentext der Bestätigung zeigt hinter der Warenbezeichnung einen handschriftlichen Bleistiftzusatz "(Hessen)", der nach der Behauptung der Beklagten nicht von ihm herrühren und bei seiner Unterschriftsleistung nicht auf der Urkunde gestanden haben soll.

Am 10. Juni 1949 schickte die Klägerin ihren Abnehmer zum Lager des Beklagten nach S [REDACTED], der die Felle dort in die vorgesehenen Güteklassen sortieren und übernehmen sollte. Der Beklagte war mit der vorgenommenen Sortierung nicht einverstanden, sondern bezeichnete sie als unangemessen und verweigerte die Herausgabe der Ware. Auf das Angebot der Klägerin, die Sortierung durch einen Sachverständigen nachprüfen zu lassen, ging der Beklagte nicht ein. Mit Schreiben vom 11. Juni 1949 trat er vom Kaufvertrage zurück. Die Klägerin erkannte den Rücktritt nicht an, mahnte mehrfach Lieferung an und erklärte schliesslich mit Schreiben vom 6. Juli 1949, dass sie mit Rücksicht auf die Erfüllungsverweigerung des Beklagten nunmehr die Abnahme

- 3 -

der Ware ablehne und Deckungskauf vornehmen werde. Der Beklagte blieb bei der Lieferungsweigerung.

Mit der Klage verlangt sie Zahlung der erhöhten Aufwendungen für die Deckungskäufe.

Der Beklagte beantragt Klageabweisung. Er bestreitet den Abschluss eines bindenden Kaufvertrages mit Rücksicht auf die fehlende Einigung über das Sortierungsergebnis. Er behauptet ferner das Bestehen eines Handelsbrauches dahin, dass der Verkäufer im Falle der Nichteinigung über die Sortierung vom Kauf zurücktreten könne. Er stützt den Rücktritt auch auf die Unzumutbarkeit der Sortierung der Klägerin.

Beide Vorinstanzen haben den Abschluss eines bindenden Kaufvertrages angenommen und den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag.

Entscheidungsgründe:

I. Es ergaben sich zunächst Bedenken gegen die ordnungsmässige Verkündung des angefochtenen Urteils. Die Verkündung war in der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts am 23. April 1952 für den auf den 21. Mai 1952 anberaumten Verkündungstermin vorgesehen worden. Vorher sollte der Versuch eines Vergleiches gemacht werden. Die Vergleichsverhandlungen führten zu keinem Abschluss. Der Beklagte beantragte Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung. Das Berufungsgericht verkündete am 21. Mai 1952 das Urteil nicht. Ein Protokoll über diesen Termin fehlt in den Akten. Dagegen findet sich ein Verkündungsprotokoll vom 9. Juli 1952, in dem die Verkündung des an-



gefochtenen Urteils protokolliert worden ist. Einen Anhalt dafür, dass dieser neue Verkündungstermin auf Beschluss des Gerichts anberaumt und den Parteien bekannt gegeben worden ist, fehlt in den Akten. Das Reichsgericht hatte in derartigen Fällen eine ordnungsmässige Verkündung des Urteils vermisst und den Standpunkt vertreten, dass dieses Scheinurteil oder Nichturteil in dem anschliessenden Rechtsmittelverfahren vom Rechtsmittelgericht ohne Sachentscheidung beseitigt werden müsse (RG JW 1936, 3313, JW 1937, 1664). Dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts sind der Oberste Gerichtshof für die britische Zone (MDR 1948, 139) und der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 10, 346) gefolgt, während der II. Zivilsenat in einem wenige Tage vor dem Urteil des III. Zivilsenats ergangenen Urteil (BGHZ 10, 328) sich unter Aufgabe der reichsgerichtlichen Rechtsprechung entschlossen hatte, ein ausserhalb des vorgesehenen Verkündungstermins ohne Einhaltung der für die Verlegung des Termins zu beobachtenden Förmlichkeiten verkündetes Urteil als hinreichende Grundlage für eine sachliche Entscheidung zu behandeln.

Der unterzeichnete Senat hatte angesichts dieser einander widersprechenden Entscheidungen die streitige Frage dem Grossen Senat für Zivilsachen vorgelegt, der sie am 14. Juni 1954 im Sinne der Entscheidung des II. Zivilsenats beantwortet hat (BGHZ 14, 39). Diese Stellungnahme ist gemäss § 138 Abs III GVG für den erkennenden Senat bindend. Die Bedenken gegen eine sachliche Entscheidung über die Revision des Beklagten haben sich hiernach als unbegründet erwiesen.

In sachlicher Hinsicht kann die fehlende Einigung über die Sortierung den von den Vorinstanzen festgestellten Kaufabschluss nicht in Frage stellen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten

sich die Parteien über alle wesentlichen Teile eines Kaufvertrages geeinigt, über den Verkauf einer konkreten Ware und über die Grundsätze für die Preisberechnung. Diese reichten aus, um den Preis zu bestimmen. Die Parteien waren also einander zur Lieferung und Abnahme verpflichtet. Die Sortierung beeinflusste lediglich die Berechnung des Kaufpreises, der nicht fest vereinbart, aber wenigstens objektiv bestimmbar war. Das genügt für einen bindenden Abschluss. Auch der erstmalig mit der Revision unternommene Versuch des Beklagten, aus der von der Klägerin behaupteten Zusicherung des Beklagten, es handle sich um besonders wertvolle hessische Kalbfelle, einen Dissens herzuweisen, kann den vom Berufungsgericht angenommenen bindenden Kaufabschluss nicht in Frage stellen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war Gegenstand des Kaufantrages der beim Beklagten lagernde Posten Kalbfelle. Unterstellt man die vom Beklagten bestrittene Zusicherung, so hätte es sich um eine zugesicherte Eigenschaft der verkauften Ware gehandelt, die gegebenenfalls Gewährleistungsansprüche wegen Fehlens dieser Eigenschaft für die Klägerin hätte begründen können. Die Klägerin hat aus diesem Umstande bisher keine Folgerungen gezogen und den Vertrag als bestehend behandelt, Ihr Rücktritt ist allein auf die Erfüllungsweigerung des Beklagten gestützt worden. Das Berufungsgericht konnte deshalb die streitige Behauptung bei der Entscheidung über den Grund des Anspruches unberücksichtigt lassen. Die Zusicherung kann allenfalls die Höhe des Klageanspruches berühren, wenn die Klägerin -was bisher nicht geschehen ist- bei Berechnung ihres Schadensersatzes von der Verpflichtung des Beklagten zur Lieferung hessischer Kalbfelle ausgegangen wäre.

Das stärkste Gewicht legt die Verteidigung des Beklagten auf die Handhabung der unstreitig der Klägerin überlassenen Sortierung. Er bezeichnet sie als sachlich ungerecht-

fertigt und als einen Verstoss der Klägerin gegen Treu und Glauben. Die Revision sieht darin eine positive Vertragsverletzung, die den Beklagten zum Rücktritt vom Verträge berechtigt habe. Auch dieser Angriff der Revision ist nicht begründet. Der Beklagte selbst bestreitet nicht, dass die Sortierung der Ware in die verschiedenen Güteklassen zunächst der Klägerin zugestanden habe. Meinungsverschiedenheiten über diese Sortierung waren ohne weiteres möglich und es war das gute Recht der Klägerin, zunächst einmal ihrer Meinung über die Qualifizierung der einzelnen Stücke Ausdruck zu geben. Es wäre denkbar, dass eine Sortierung nach zu strengen Maßstäben eine Vertragsverletzung der Klägerin hätte enthalten können, wenn sie auf ihrer Sortierung bestanden hätte und vom Beklagten die Anerkennung ihres Ergebnisses verlangt hätte. Das hat sie aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getan. Sie hat sich mit der Überprüfung ihres Ergebnisses durch einen neutralen Sachverständigen einverstanden erklärt und damit eine Berechnung des Kaufpreises nach objektiven Maßstäben als bindend anerkannt, wie dies im Verträge vereinbart worden war. Nicht die Klägerin hat sich also gegen eine vertragsmässige Abwicklung des Kaufes gesträubt, sondern der Beklagte, der auf seiner Bewertung der Ware bestehen wollte und deshalb auf den Vorschlag der Klägerin nicht eingegangen ist. Seine Erfüllungsverweigerung war vertragswidrig und berechtigte die Klägerin ohne Nachfristsetzung zur Ablehnung der Vertragserfüllung und zum Übergang auf die Schadensersatzforderung.

Die Behauptung des Beklagten, dass er nach Handelsbrauch im Falle einer fehlenden Einigung über die Sortierung zum Rücktritt berechtigt gewesen sei, ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts widerlegt.

Schliesslich bemängelt die Revision zu Unrecht die

Schlüssigkeit der Schadensberechnung. Die Klägerin war zur konkreten Berechnung des Schadens berechtigt und hat ihn von Anfang an in dieser Weise substantiiert. Sie hat nur die anfangs irrtümlich zugrunde gelegten Junikäufe später durch Käufe ersetzt, die sich zeitlich unmittelbar an die erst im Juli 1949 erfolgte Ablehnung der Vertragserfüllung anschlossen. Da die Klägerin laufend Felle einkauft, stand es ihr frei, welche Käufe sie als Deckungskäufe für die vom Beklagten verweigerte Lieferung behandeln wollte. Sie mussten nur im zeitlichen Zusammenhang mit der Vertragsablehnung stehen. Der Beklagte hat keinen Anspruch darauf, dass die Klägerin bei den zunächst als Deckungskäufen behandelten Junikäufen verblieb, zumal er selbst es gewesen ist, der diese Käufe, die noch vor der endgültigen Ablehnung der Vertragserfüllung durch die Klägerin lagen, als Deckungskäufe beanstandet hat.

Wilde

Birnbach

Bock

Christoph

Bundesrichter Dr. Nörr ist
infolge Urlaubsabwesenheit
an der Unterschriftsleistung
verhindert.

Wilde