

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die amtliche Sammlung!

Gesetz: BGB §§ 157, 242; HGB § 346

Rechtssatz: Eine Verpflichtung zur Lieferung von
"ca 25 - 30 to" braucht neben der Abgrenzung
der Lieferungsverpflichtung auf eine Menge
von 25 - 30 to nicht auszuschließen, daß
auch eine gemäß Handelssitte auf Grund einer
Circa-Klausel bestehende Toleranz zu einer
gewissen Weniger- oder Mehrlieferung bei
einer Lieferung der klauselmäßigen Mindest-
oder Höchstgrenze zulässig ist.

Aktenzeichen: I ZR 11/52

Urteil des BGH vom 7. Oktober 1952 OLG Hamm

Verkündet
am 7. Oktober 1952
Grunau, Justizobersekretär
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 Waldemar G. [REDACTED] & Co, Inhaber Waldemar G. [REDACTED] in
L. [REDACTED], S. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Rudolf K. [REDACTED] & Co in H. [REDACTED], S. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1952 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Prof.Dr.Lindenmaier, Dr.Heidenhain,
Dr.Birnbach, Wilde und Dr.Benkard

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. Okto-
ber 1951 wird insoweit zurückgewiesen, als die Beklagte
verurteilt ist, an die Klägerin 6670 kg Zinklegierungs-
schrott mit einem Zinkgehalt von mindestens 75 % frei
Lüdenscheld zu liefern Zug um Zug gegen Zahlung von
3.368,35 DM.

Im übrigen wird das vorgenannte Urteil aufgehoben
und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch
die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens
vorbehalten bleibt.

Von Rechts wegen

2

- 2 -

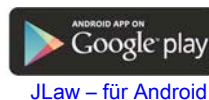
Tatbestand:

Nach vorheriger telefonischer Verständigung hat der Teilhaber der Klägerin S. im Geschäft der Beklagten in L. mit deren Inhaber Waldemar G. am 10. Mai 1950 einen Vertrag geschlossen, wonach die Beklagte sich verpflichtete, der Klägerin Zinklegierung zu liefern zum Preis von 50,50 DM je 100 kg. Die Klägerin hatte vorher ein Muster der Ware erhalten. Die Parteien streiten darüber, welche Menge zu liefern die Beklagte sich verpflichtet habe. Die Klägerin behauptet, der Vertrag sei auf Lieferung von ca 25 - 30 Tonnen Zinklegierung gegangen, während die Beklagte behauptet, sie habe von einem dritten Lieferanten eine "Partie" oder "geschlossene Partie" gekauft und diese der Klägerin weiter verkauft, ohne daß die Beklagte die Absicht gehabt habe, die Ware auf Lager zu nehmen. Beide Parteien bezeichnen übereinstimmend das Geschäft als ein Streckengeschäft, d.h. die Ware habe sowohl von der Beklagten als Erwerberin von ihrem Lieferanten wie von der Klägerin als Erwerberin von der Beklagten zunächst so übernommen werden sollen, wie sie von der Bahn verladen gewesen und angerollt sei. Beide Teile sind Kaufleute. Am 10. Mai 1950, bei der persönlichen Verhandlung der Inhaber der beiden Parteien, wurde ein Notizzettel geschrieben, inhalts dessen die Beklagte "ca. 25 - 30 Tonnen Zinklegierung, wie bemustert, zum Preise von 50,50 DM je 100 kg frei Waggon L., Zahlung 50 % bei Verladung Montag, 15. Mai 1950, Rest nach Eingang bei der Hütte und Richtigbefund" geliefert werden sollte. Das Muster, das der Klägerin vor dem 10. Mai 1950 zugegangen war, blieb in ihren Händen. S. sowohl wie G. haben den Notizzettel unterschrieben. Am gleichen 10. Mai 1950 sandte die Klägerin

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Beklagten ein Schreiben, in dem sie unter Bezugnahme auf die Unterredung zwischen G[REDACTED] und S[REDACTED] den Kauf bestätigte. Das Schreiben wiederholt die Menge von ca 25 - 30 Tonnen Zinklegierung, wie bemustert, gibt den Preis und die Zahlungsbedingungen an, wie der Notizzettel, und die Verladung auf Montag, 15. Mai. In einer Nachschrift wird für die Frachtbriefdeklaration festgelegt: Abfälle und mechanische Bearbeitung von Zinklegierung Zn-Gehalt von mindestens 75 % Klasse D. Auch über diese Beschaffenheit der Legierung herrschte Streit zwischen den Parteien. Die Klägerin behauptet, eine Legierung gekauft zu haben der Handelsware "Zamek 410" von der Zusammensetzung ca 95 % Feinzink, ca 4 % Aluminium und 1 % Kupfer.

Die von der Klägerin gekaufte Partie ging am 15. Mai 1950 bei der Beklagten ein. Der Teilhaber der Klägerin S[REDACTED] war bei der Verladung zugegen und fand die Ware mustergemäß. Es handelte sich um elektrische Schalter aus Zink, die nicht mehr verwendet werden konnten. Verladen wurden am 15. Mai 1950 15,830 Tonnen, wie sich bei der Verwiegung herausstellte. Bei der Verwiegung war S[REDACTED] nicht mehr zugegen, G[REDACTED] hat ihm am nächsten Tage, dem 16. Mai 1950, das Gewicht fernmündlich mitgeteilt. Mit Schreiben vom 17. Mai 1950 forderte die Klägerin Nachlieferung der fehlenden Menge bis zu 25 Tonnen mit 9.170 kg. Die Beklagte hat auf das Schreiben vom 10. Mai ebenso wie auf das vom 17. Mai 1950 geschwiegen. Auch auf Mahnungen der Klägerin zur Lieferung der Restmenge vom 14. Juni, 26. Juni und 29. Juli gab die Beklagte keine Erklärung ab. Am 8. September 1950 mahnte die Klägerin erneut und drohte der Beklagten an, einen Deckungskauf vorzunehmen, falls die Lieferung nicht bis zum 20. Septem-

ber 1950 erfolgt sei. Darauf erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 12. September 1950, ein Lieferungsanspruch der Klägerin bestehe nicht mehr, es habe sich um ein Fixgeschäft gehandelt und damit sei durch Lieferung der der Beklagten verfügbaren 15,830 Tonnen Zinklegierung der Anspruch der Klägerin aus dem Kaufvertrag erfüllt. Die Beklagte widersprach in demselben Schreiben auch der Absicht der Klägerin, einen Deckungskauf vorzunehmen. Tatsächlich hat die Klägerin diese Absicht auch nicht ausgeführt. Es folgte ein weiterer Briefwechsel zwischen den Rechtsanwälten und späteren Prozeßbevollmächtigten der Parteien, in dem jede Partei an ihrem Standpunkt festhielt. Die Klägerin erhob unter dem 9. Dezember 1950, zugestellt am 15. Dezember 1950, Klage mit dem Antrag, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 9.170 kg Zinklegierung der Handelsbezeichnung "Zamek 410" und der Zusammensetzung, wie sie oben angegeben ist, zu liefern. Die Beklagte beantragte Klagabweisung und brachte im Einklang mit ihrem im Briefwechsel niedergelegten Standpunkt vor: Der Lieferungsanspruch der Klägerin bestehe nicht, weil es sich um ein Fixgeschäft gehandelt habe; sie habe nur eine geschlossene Partie an die Klägerin verkauft und habe dieser alles geliefert, was sie an Zinklegierung erhalten habe auf Grund der Angaben ihres Vorlieferanten; bei einer Besprechung am 26. Mai 1950 habe die Klägerin durch ihren Teilhaber S. [REDACTED] erklärt, der Brief vom 17. Mai 1950 beruhe auf einem Irrtum und sei nur büromässig abgegangen; im übrigen habe sich die Geschäftsgrundlage völlig geändert, da die Preise der Zinklegierung um 300 bis 500 % höher lägen als zur Zeit des Kaufabschlusses. Der Lieferungsanspruch der Klägerin sei auch dadurch erloschen. Sei die Beklagte aber zur Lieferung verpflichtet,

so müsse die Klägerin sich eine Toleranz von 10 % abrechnen lassen. Endlich habe sie eine weitere Lieferung von 890 kg reine Zinklegierung am 26. Juli 1950 an die Klägerin ausgeführt, diese Menge sei auf den streitigen Abschluß anzurechnen. Die Klägerin bekämpft das Vorbringen der Beklagten mit tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen. Das Landgericht in Hagen, Kammer für Handelssachen, hat durch Urteil vom 13. März 1951 die Klage kostenfällig abgewiesen. Auf Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht in Hamm durch das angefochtene Urteil vom 25. Oktober 1951 die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 9.170 kg Zinklegierung mit einem Zn-Gehalt von mindestens 75 % Klasse D frei Lüdenscheid, Zug um Zug gegen Zahlung von 5.030,85 DM, zu liefern. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Hiergegen hat die Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach ihren Anträgen aus der Vorinstanz zu erkennen, hilfsweise die Sache zur anderweiten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Anspruch der Klägerin stützt sich auf ein zwischen den Parteien geschlossenes beiderseitiges Handelsgeschäft. Der Gegenstand dieses Geschäftes, Zinkschrott einer handelsmässigen Legierung, ist zwischen den Parteien unstreitig, sie sind namentlich darüber einig, daß es sich um Zinklegierungsschrott handelte. Sie streiten um die von der Beklagten zu liefernde Menge. Auf den nach ihrer Auffassung noch ausstehenden Rest stützt die Klägerin ihren Anspruch auf Lieferung von restlichen 9.170 kg Zinklegierung.

1) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß, wie die Beklagte vorbrachte, die Klägerin eine Partie Zinklegierung von der Beklagten kaufte. Eine solche Partie sei eine feste Menge der Ware, die im Handel als geschlossenes Ganzes gekauft und verkauft werde. Die Beklagte meine, auf Grund des Kaufes dieser Partie könne die Klägerin nur das in der Partie enthaltene Zinkschrott fordern. Entgegen den Angaben ihres Lieferanten sei in der ihr gelieferten Partie jedoch nicht nur Zinkschrott gewesen, sondern auch Aluminium, und zwar 8 - 9 Tonnen, und andere nichtmetallische Gegenstände (Bakelit oder ähnlicher Kunststoff). Die Zinklegierung, die die Beklagte der Klägerin geliefert habe, sei nach Angabe der Beklagten jetzt nicht mehr am Markt. Der Berufungsrichter würdigt dieses Vorbringen der Beklagten, stellt indes fest, die Parteien seien sich bei den persönlichen Verhandlungen am 10. Mai 1950, bei Niederschrift des Notizzettels, den dann beide Teilhaber unterschrieben hätten, und bei Abfassung und Eingang des Bestätigungsschreibens vom 10. Mai 1950 darüber einig gewesen, daß die Beklagte ca 25 - 30 Tonnen Zinklegierungsschrott habe liefern sollen; die Beklagte habe sich auf die Angaben ihres Lieferanten verlassen und deshalb die Verpflichtung zur Lieferung dieser Menge an die Klägerin übernommen. Die Angaben des Lieferanten der Beklagten seien unzutreffend gewesen. Da die Beklagte indes die Zusage zur Lieferung von 25 - 30 Tonnen Zinklegierung gemacht habe, sei sie verpflichtet, diese Menge zu liefern. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts haben beide Parteien gerade auf Grund der von der Beklagten der Klägerin mitgeteilten Angabe des Lieferanten der Beklagten die Menge von ca 25 - 30 Tonnen in den Vertrag aufgenommen und übereinstim-

mend zugrundegelegt. Die Revision bekämpft diese Feststellung des Berufungsgerichts. Ihre Ausführungen liegen indes rein auf dem tatsächlichen Gebiet. Dies gilt auch für das Vorbringen der Revision über den Sinn des Begriffes "Partie" oder "geschlossene Partie". Das Berufungsgericht geht davon aus, daß im Handel die Veräusserung und der Erwerb einer sogenannten Partie der Ware, besonders von Metall, üblich sei und trifft im Rahmen dieser grundsätzlichen Annahme seine tatsächlichen Feststellungen. Die Revision erstrebt eine andere Auslegung der Verhandlungen der Parteien und der beiden Urkunden vom 10. Mai 1950. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist indes rechtlich möglich und läßt einen Verstoß gegen maßgebende Auslegungsgrundsätze und gegen das Prozeßgesetz nicht erkennen. Legt man sie zugrunde, so handelte es sich bei dem Geschäft um eine beschränkte Gattungsschuld, bei der es auf die Herkunft oder Zweckbestimmung des Zinks nicht ankam, sondern nur auf die Zusammensetzung der Legierung. Bei einer solchen Gattungsschuld ist der Verkauf einer bestimmten Menge nicht ausgeschlossen. Nach Treu und Glauben ist zu bestimmen, was Inhalt der Lieferungsschuld war (BGB § 157) und ob und in welchem Umfang der Vertrag erfüllt ist, wenn der Verkäufer nur weniger als die dem vertraglichen Gewicht entsprechende Ware geliefert hat (BGB § 242).

Die Rüge der Revision, der Berufsrichter habe bei seinen Feststellungen die Aussage des Zeugen Z [REDACTED] nicht gewertet, geht fehl. Die Aussage enthielt nichts, was das Vorbringen der Beklagten hätte stützen können, der Berufsrichter hatte daher keinen Anlaß, auf sie im Urteil besonders einzugehen.

2) Der Berufungsrichter stellt die Übereinstimmung des Bestätigungsschreibens der Klägerin vom 10. Mai 1950 mit dem Inhalt des Notizzettels fest, er unterstellt weiter, daß der Vertrag schon bei der mündlichen Verhandlung der Parteien am 10. Mai zustandegekommen, auf alle Fälle aber durch das Bestätigungsschreiben vom gleichen Tage geschlossen sei. Hiergegen wendet sich die Revision. Sie meint, die Klägerin habe nicht erwarten können, daß die Beklagte dem Schreiben vom 10. Mai 1950 eine andere Deutung beilege als die Abmachung, die bereits am 10. Mai mündlich getroffen gewesen sei und zur Niederlegung im Notizzettel geführt habe. Auch hier versucht die Revision, der Urkunde vom 10. Mai 1950 und namentlich deren Hinweis "auf die heutige Unterredung" einen andern Sinn zu geben, als ihn der Berufungsrichter dem Schreiben entnommen hat. Damit kann die Revision aus Rechtsgründen nicht gehört werden. Sodann folgt der Berufungsrichter aus dem Schweigen der Beklagten auf das Schreiben vom 10. Mai 1950, daß die Beklagte diesem Schreiben und seinem Inhalt zugestimmt habe. Diese Folgerung trifft zu und läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Denn besonders im Handelsverkehr gilt Stillschweigen des Kaufmanns dann als Zustimmung, wenn auf Grund eines mündlichen Abschlusses eine schriftliche Festlegung der Abmachungen erfolgt und der andere Teil, hier die Beklagte, aus dem Schriftstück erkennen muß, daß dessen Inhalt die Auffassung des Vertragsgegners ist und dieser darauf Rechtsansprüche stützen werde. Falls das Schreiben der Klägerin vom 10. Mai 1950 von der Auffassung der Beklagten über den Inhalt der mündlichen Verhandlungen der Parteien abwich, hätte daher die Beklagte widersprechen müssen. Dies gilt namentlich, wenn nach ihrer Auffassung nur eine feste Partie verkauft war, wovon das Schreiben so wenig wie der Notizzettel etwas enthielt. Das Schreiben ist so zu verstehen, wie sein Sinn sich für einen unbeteiligten Fachkundigen aus dem Wort-

laut ergibt. Daß er danach nicht im Sinne des Verkaufs einer geschlossenen Partie ohne Rücksicht auf deren tatsächlichen Umfang zu verstehen sei, hat der Berufungsrichter ohne ersichtlichen Rechtsirrtum zugrunde gelegt. Da die Beklagte nicht widersprach, muß sie nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte ihr Stillschweigen als verbindliche Zustimmung gegen sich gelten lassen (vgl. RGZ 52, 25; 54, 181; WarnRechtspr 1929 Nr 34; JW 1938, 1902 Nr 44; BGHZ 1, 353 mit Anm bei Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk zu HGB § 346, D; NJW 1952, 64¹⁴; rechtsähnlich Urteil des erkennenden Senats bei Lindenmaier-Möhring zu BGB § 150 Nr 2). Die Annahme der Revision, die Parteien hätten sich in Wahrheit nicht geeinigt, es liege Dissens vor, findet im Tatbestand, wie der Berufungsrichter ihn festgestellt hat, danach keine Stütze. Sie scheitert daran, daß die Urkunden hier nach der Auffassung eines neutralen Dritten eindeutig sind, während die Annahme eines Dissenses zweideutige Parteierklärungen fordert.

Was im übrigen die Revision besonders dazu vorbringt, die Beklagte habe nur eine feste Partie verkauft und die Folgerungen des Berufungsrichters stünden im Widerspruch sowohl zu dem Wortlaut des Notizzettels wie des Bestätigungsschreibens vom 10. Mai 1950, aber auch zu den Bekundungen des G., wie sie im Tatbestand des Berufungsurteils niedergelegt seien, liegt rein auf tatsächlichem Gebiet und erstrebt im Gegensatz zum Berufungsurteil eine andere tatsächliche Würdigung. Im Revisionsverfahren ist dies unzulässig. Auch der Hinweis der Revision, im Urteil bestehe ein Widerspruch, insofern das Berufungsgericht angenommen habe, die Beklagte habe dem Bestätigungsschreiben mündlich widersprochen, ist rechtsirrig. Die Stelle des Urteils, in der auf den angeblichen mündlichen

Protest der Beklagten hingewiesen ist, bezieht sich nicht auf die Zeit nach Eingang des Schreibens vom 10. Mai 1950 bei der Beklagten, sondern auf die persönlichen Verhandlungen S. [REDACTED] und G. [REDACTED] am 10. Mai 1950, die zur Niederschrift des Notizzettels führten.

3) Die Revision glaubt dem Berufungsgericht einen Prozeßverstoß vorwerfen zu können, indem der Berufsrichter nicht beachtet habe, daß die Beklagte bei jeder Mahnung der Klägerin (vom 14. und 26. Juni, 29. Juli 1950) schriftlich und mündlich protestiert habe. Die Revision stützt sich hier auf das Vorbringen des Schriftsatzes vom 9. Oktober 1951 und die in ihm enthaltenen Beweiserbieten. Dieser Schriftsatz ist prozeßrechtlich nicht zu beachten, er wurde erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 1951 eingereicht. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt daher nicht vor. Im übrigen will auch hier die Revision nur einen anderen Vertragsinhalt festgestellt wissen, als er nach der Auslegung des Berufsrichters, vor allem aus dem Bestätigungsschreiben vom 10. Mai 1950, sich ergibt. Rechtlich war schon das erste Schweigen der Beklagten auf die Briefe vom 10. und 17. Mai 1950 ausreichend, auf ihr späteres Verhalten kam es nicht mehr an, da die aus dem anfänglichen Verhalten abgeleiteten Rechtsfolgen bereits eingetreten waren und auch durch späteren einseitigen Widerspruch nicht mehr geändert werden konnten.

4) Die Revision bekämpft weiter die Deutung des Berufungsgerichts hinsichtlich der in den beiden Urkunden niedergelegten Angabe über die Menge, nämlich "ca. 25 - 30 Tonnen". Die Revision meint, hierin liege ein doppeltes Moment der Unsicherheit, zunächst in der Spannung von 25 - 30 Tonnen, ferner in der Beifügung des Wortes circa

("ca."). Der Berufungsrichter stützt sich indes auf die übliche Deutung der Angabe "circa" im Handelsverkehr und folgert, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, mindestens 25 Tonnen und höchstens 30 Tonnen Zinklegierung zu liefern. Dies decke sich mit der allgemeinen Auffassung der Handelskreise und stehe im Einklang mit den Handelsgewohnheiten. Auch hier ist die Auslegung, die das Berufungsgericht der vertraglichen Klausel gibt, rechtlich möglich und wird dadurch gestützt, daß der Berufungsrichter auf die Leichtgläubigkeit der Beklagten hinweist, die sie die Angaben ihres Lieferanten zum Vertragsinhalt mit der Klägerin machen ließ, ohne sich vorher zu vergewissern, ob die von ihr gekaufte sog. Partie nur Zinkschrott enthielt: sie hätte dann festgestellt, daß über 9 Tonnen Aluminium darin enthalten waren. Da sie dies versäumt habe, müsse sie für die Zusage, die sie der Klägerin gemacht habe, eintreten, wie der Berufungsrichter zutreffend folgert. Denn es war Pflicht der Beklagten, sich über die Zusammensetzung der ihr zu liefernden Ware zu unterrichten, namentlich darüber, ob sie nur aus Zinklegierungsschrott bestand. Gleichwohl entbehrt insoweit der Angriff der Revision nicht der rechtlichen Grundlage. Denn das angefochtene Urteil erkennt, daß der Zusatz "circa" eine doppelte Bedeutung haben kann. Er weist auf den Rahmen hin, den der Vertrag der Beklagten ließ, indem er die Mindestmenge mit 25 t und die Höchstmenge mit 30 t festlegte; innerhalb dieser Spannung von 5 t durfte die Beklagte liefern und mußte die Klägerin das gelieferte Zinkschrott abnehmen und zahlen. In diesem Rahmen hat "circa" keine selbständige Bedeutung. Außerdem aber kann der Zusatz "circa" die weitere Bedeutung haben, daß die Beklagte befugt sein sollte, die

handelsrechtliche Toleranz in Anspruch zu nehmen, wenn ihre Lieferung die Mindestmenge von 25 t nicht voll erreichte. Diese Toleranz hat die Beklagte mit 10 % angegeben. die Klägerin will nur 1 % zugestehen. In der Rechtsprechung ist ein gleichliegender Fall noch nicht entschieden. Das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg (HansGZ 1900, 30) hat bei Lieferung einer Gesamtmenge von 600 - 800 t Somme-Phosphat die Circa-Klausel für eine Teillieferung dahin gedeutet, daß die bei einer früheren Lieferung fehlende Menge bei einer späteren nachgeholt werden dürfe, wobei in Betracht komme, ob nach der Verkehrssitte dem Verkäufer gestattet sei, innerhalb einer gewissen Grenze die vertragliche Menge zu überschreiten oder darunter zu bleiben. Im damaligen Fall wurde jene Grenze mit etwa 10 % als möglich angesehen. Das Reichsgericht hielt beim Handel mit Preiselbeeren einen Spielraum von nur 1 % für nicht genügend tatsächlich belegt gegenüber der Behauptung, die Verkehrssitte lasse einen solchen von 10 % zu (Holdh. Monatsschr: 1905; 283 [284 links oben]). Bei einem Verkauf von halben Schweinen sprach das Oberlandesgericht Hamburg (LZ 1917, 1010¹³) rechtsgrundsätzlich aus, die Circa-Klausel diene dem Schutz des vertragstreuen Verkäufers, der wegen der Verpackung oder anderer Umstände nicht immer eine genau bestimmte Warenmenge liefern könne. Die Klausel verpflichte den Käufer, eine ihm angebotene geringere Menge noch als Erfüllung gelten zu lassen. Die damalige Unterschreitung von 200 kg gegenüber den verkauften 1200 kg schien dem Gericht freilich über das zulässige Maß hinauszugehen. Das Reichsgericht entschied wenig später (JW 1917, 971¹¹, DJZ 1918, 60¹), die ziffernmäßig festgelegte Menge der verkauften Gerste sei nicht schlechthin als Vertragsgegen-

stand zu betrachten, sondern ein Spielraum von bis zu 5 % der Vertragsmenge, je nach dem Handelsbrauch, gerechnet nach oben oder unten, bleibe dem Verkäufer vorbehalten. Mit Lieferung der um 5 % verminderten vertraglichen Menge erfülle er daher auch den Vertrag.

Aus dieser Rechtsprechung, der sich der Senat im Grundgedanken anschliesst, ist für den vorliegenden Fall zu folgern, daß die Beklagte möglicherweise im Rahmen ihrer Vertragspflicht geblieben wäre, wenn sie die vertragliche Mindestmenge von 25 t Zinklegierungsschrott um eine gewisse Menge unterschritten hätte. Die Klägerin begehrt die Lieferung der gesamten Restmenge von 9170 kg zusätzlich zu den gelieferten 15830 kg, somit Lieferung der vollen 25 t. Sie hätte, falls eine Toleranz galt, bei Fehlen eines gewissen Minderbetrags die Ware nicht ablehnen können und hätte kein Recht gehabt, Nachlieferung jenes Betrags zu fordern. Wie groß jener Toleranzbetrag hätte sein dürfen, ist vom Tatrichter nicht geprüft. Ob hier eine Verkehrssitte oder Handelsgewohnheit bestand, die auch für den Handel von Zinklegierungsschrott in vielleicht nicht handelsmässiger Formgestalt dem Verkäufer eine Minderlieferung gestattete, hätte der Berufsrichter zunächst prüfen müssen, wobei auch zu fragen wäre, ob bei einer so erheblichen Unterschreitung der vertraglichen Menge wie hier - annähernd $\frac{2}{5}$ - die Beklagte überhaupt noch die Toleranz beanspruchen könnte. Sollte sie zu Gunsten der Beklagten zu bejahen sein, so bleibt die Prüfung nötig, wie hoch die Toleranz im Metallhandel angenommen wird, und ob sie auch bei einem Schrottgeschäft, wie dem vorliegenden, gilt. Diese gesamten Fragen hat der Berufsrichter nicht geprüft; sie bedürfen aber der Klärung, dem Revisionsgericht ist die Entscheidung nach den bis-

herigen Feststellungen unmöglich. Daher war das Urteil in diesem Umfang aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Entsprechend der am weitesten gehenden Behauptung der Beklagten, die Toleranz betrage 10 %, war dieser Betrag von der vertraglichen Gesamtmenge von 25 t zu kürzen. Der Berufungsrichter wird, nach Aufklärung des Sachverhalts auch durch Befragung der Parteien (ZPO § 139), erforderlichenfalls einen Sachverständigen hören müssen.

5) Das Vorbringen der Beklagten, es habe sich um ein Fixgeschäft gehandelt, findet im Sachverhalt keine Stütze und ist vom Berufungsgericht mit Recht abgelehnt. Ebenso wenig ist der von der Beklagten behauptete Verzicht vom Berufungsgericht als erwiesen erachtet worden. Hiergegen erhebt die Revision keinen Angriff; sie ist auch auf das weitere in den Vorinstanzen herangezogene Verteidigungsvorbringen der Beklagten nicht zurückgekommen. Ein Rechtsirrtum des Berufungsurteils liegt hier nicht vor.

6) Das Berufungsgericht hat die Beklagte verurteilt, schlechthin Zinklegierung mit einem Zn-Gehalt von mindestens 75 % Klasse D an die Klägerin zu liefern. Die Beklagte weist darauf hin, daß der Vertrag der Parteien sich nur auf Zinkschrott bezog. Darüber sind beide Teile einig, wie ihre übereinstimmenden Erklärungen besonders in der mündlichen Verhandlung ergeben. Ebenso stimmen sie darin überein, daß der Zusatz in der Formel des Berufungsurteils "Klasse D" ohne sachliche Bedeutung ist, er kennzeichnet nur eine frachtmässige Behandlung des Gutes beim Versand mit der Bahn. Zu beiden Punkten war die Urteilsformel entsprechend zu ändern. Im übrigen war die Verurteilung der Beklagten zur Lieferung derjenigen Menge

Zinklegierungsschrott aufrechtzuerhalten, die nach Abzug der höchstmöglichen Toleranz von 10 % von der zu liefernden Mindestmenge von 25 t verbleibt. Die mit der Klage begehrte Menge von 9170 kg war daher um 2500 kg zu kürzen, während das Berufungsurteil in Höhe von 6670 kg zu bestätigen war. Die Lieferung hat nur Zug um Zug gegen Zahlung des vertraglichen Preises von DM 50,50 je 100 kg zu erfolgen. Auf 6670 kg ergibt dies DM 3368,35, welcher Betrag in der Urteilsformel festzulegen war. Der Berufungsrichter hat die Verurteilung für 9170 kg Zug um Zug gegen Zahlung von DM 5030,85 ausgesprochen. Hier scheint ein Rechenfehler unterlaufen zu sein, denn nach dem Vertragspreis ergibt sich für 9170 kg nur ein Kaufpreis von DM 4630,85. Da die Klägerin gegen die Mehrbelastung von DM 400.- keine Anschlußrevision erhoben hatte, ist das Berufungsurteil insoweit formell rechtskräftig geworden. Der Berufungsrichter wird den überschüssenden Betrag von DM 400.- bei einer etwaigen weiteren Verurteilung der Beklagten im Bereich der möglicherweise abzuziehenden Toleranz zu beachten haben. Zur Klarstellung war daher die Urteilsformel dahin einzuschränken, daß die Lieferungspflicht der Beklagten sich nur auf Zinklegierungsschrott bezieht.

Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Lindenmaier

Heidenhain

Birnbach

Wilde

Benkard