

Verkündet am 28. Mai 1954
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Eisen-Schrott- und Metallhandel Emanuel T [REDACTED],
B [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED] Eisenhandel GmbH, vertreten durch den Ge-
schäftsführer J. N [REDACTED], B [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Mai 1954 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Birnbach, Dr. Bock, Dr. Christoph, Dr. Weiß
und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Ber-
lin vom 31. Oktober 1952 wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 9. November 1950 verkaufte die Beklagte den gesamten von ihr auf 3.700 to geschätzten, am N[REDACTED] lagernden Lagerbestand an Schrott der Firma K. S. [REDACTED] B[REDACTED], S[REDACTED], für 150.000 DM an die Klägerin. Nach diesem Vertrage sollte eine sich bei der Verladung ergebende Fehlmenge bis zu 250 to zu Lasten der Klägerin gehen. Für jede darüber hinausgehende Fehlmenge sollte jedoch die Beklagte der Klägerin 38 DM je to zurückvergüten. Eine etwaige Mehrmenge sollte die Klägerin mit 50 DM je to bezahlen. In dem Vertrage ist weiter bestimmt, daß der Lagerbetrieb am 13. November 1950 von der Klägerin übernommen, die Arbeitskräfte von der Firma Schattschneider geführt und alle Auslagen für Löhne usw. von der Klägerin an die genannte Firma vergütet werden sollten. Desgleichen übernahm die Klägerin die Aufwendungen für Bewachung und Platzmiete sowie sonstige Kosten. In einer vom gleichen Tage datierten Nachschrift übernahm die Firma Schattschneider die gleichen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten. Der Kaufpreis wurde seitens der Klägerin sofort gezahlt. Sie hat das gesamte Schrottlager mittels Kähnen und Fuhrwerk abgefahren.

Mit Schreiben vom 20. Januar 1951 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß die abgefahrne Schrottmenge sich nur auf 1.392.037 kg belaufe und somit eine Fehlmenge von 2.307.963 kg festgestellt sei. Diese Fehlmenge gehe nach dem Vertrage in Höhe von 250.000 kg zu ihren eigenen Lasten, müsse aber in der restlichen Höhe von 2.057.963 kg mit 38 DM je to von der Beklagten zurückvergütet werden. Sie belaste daher das Konto der Beklagten mit 78.202,60 DM.

Mit einem weiteren Schreiben vom 8. Februar 1951 bestätigte die Klägerin der Beklagten eine telefonische Vereinbarung vom gleichen Tage, wonach zur Abdeckung ihres Guthabens von 78.202,60 DM betr. Konto N [REDACTED] aus einer anderen Lieferung der Beklagten sofort ein Betrag von 12.000 DM diesem Konto gutzubringen und aus neu vereinbarten Lieferungen jeweils monatlich 10.000 DM einbehalten werden sollten. Bei Ausbleiben der Lieferungen sollten von der Beklagten jeweils bis Ende jedes Monats 10.000 DM gezahlt werden.

Auf beide Schreiben antwortete die Beklagte nicht. Die Klägerin behielt auf andere Lieferungen der Beklagten, wie angekündigt, Beträge von 12.000 und 10.000 DM zurück und verlangt nunmehr mit der Klage Zahlung der restlichen 56.202,60 DM.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat zunächst den ordnungsmäßigen Abschluß des Liefervertrages und ihre Passivlegitimation bestritten, da sie nur Vermittlerin gewesen sei. Sie bestreitet ferner die Höhe der Fehlmenge und führt aus, daß die Fehlmenge von der Klägerin zu vertreten sei, weil sie sich zur Beaufsichtigung und Verladung des Schrottlagers nicht, wie vereinbart, der Arbeitskräfte der Firma S [REDACTED] bedient habe. Wegen des sich hieraus ergebenden Schadensersatzanspruches macht die Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Den Schreiben der Klägerin vom 20. Januar und 8. Februar 1951 will die Beklagte mehrfach mündlich widersprochen haben.

Beide Vorinstanzen haben der Klage unter Ermäßigung des Zinsanspruches stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Die Revision hat die Rechtswirksamkeit des Vertrages nicht mehr in Zweifel gezogen.

Auch gegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Passivlegitimation der Beklagten bejaht hat, erhebt die Revision keine Beanstandungen.

Der Streit der Parteien geht im wesentlichen darum, ob die von der Klägerin als abgefahren angegebene Menge von 1.392 to Schrott der Berechnung der von der Beklagten zu vertretenden Fehlmenge zugrunde zu legen sei. Das Berufungsgericht hat, ohne über die wirkliche Menge des der Klägerin übergebenen und von dieser abgefahrenen Schrotts Beweis zu erheben, als erwiesen angesehen, daß die Beklagte diese Fehlmenge und ihre dadurch bedingte Rückzahlungspflicht anerkannt habe. Es führt aus, die Beklagte habe weder den Schreiben der Klägerin vom 20. Januar und 8. Februar 1951 noch der von der Klägerin in letzterem Schreiben angekündigten Verrechnung von zusammen 22.000 DM widersprochen. Sie wolle dies nur mündlich getan haben. Sie hätte aber nach Handelsbrauch den genannten Schreiben der Klägerin und der von ihr vorgenommenen Verrechnung schriftlich widersprechen müssen. Darüber hinaus habe auch die im zweiten Rechtszuge durchgeführte Beweiserhebung ergeben, daß die Beklagte die Fehlmenge und ihre Rückzahlungspflicht anerkannt habe. Bei dieser Feststellung stützt sich das Berufungsgericht in erster Linie auf die Aussagen des Zeugen Wortberg, des Direktors der Klägerin, der die fernmündliche Verhandlung mit dem Inhaber der Beklagten am 8. Februar 1951 geführt, sowie auf die Bekundung des Zeugen Hobohm,

der als Handelsagent bei dem streitigen Schrottgeschäft für die Klägerin tätig war, das vorbezeichnete Ferngespräch mit dem Vorzeugen im Beisein des Inhabers der Beklagten teils selbst geführt und das Bestätigungsschreiben darüber vom 8. Februar 1951 diktiert hat. Aus der Bekundung dieser Zeugen entnimmt das Berufungsgericht, daß der Inhaber der Beklagten über den von der Klägerin angegebenen Umfang der Fehlmenge zwar erstaunt gewesen sei, sie aber im Ergebnis hingenommen habe. Aus der Bekundung des Zeugen H. [REDACTED] gehe auch hervor, daß die Beklagte bereits vor dem 8. Februar 1951 Monatsraten von 5.000 DM zur Tilgung der von der Klägerin behaupteten Fehlmenge angeboten habe. Aus der Bekundung des Prokuristen der Beklagten, M. [REDACTED], und des damaligen Prokuristen der Firma S. [REDACTED], F. [REDACTED] sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen, insbesondere auch nichts dafür, daß die Beklagte gegen die Einbehaltung der 22.000 DM gegenüber der Klägerin protestiert habe. Soweit dieser Zeuge gehört haben wolle, daß der Inhaber der Beklagten bei Ferngesprächen betont habe, das Manko müsse erst aufgeklärt werden, könne es sich um Gespräche mit der Firma S. [REDACTED] [REDACTED] gehandelt haben, mit der sich die Beklagte wegen der Fehlmenge auseinanderzusetzen gehabt habe.

In diesen Darlegungen des Berufungsgerichts ist ein entscheidungserheblicher Rechtsirrtum nicht ersichtlich. Rechtlich bedenklich ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, daß aus dem Schweigen der Beklagten auf das Schreiben der Klägerin vom 20. Januar 1951 auf ihr Einverständnis mit der darin enthaltenen Abrechnung über die verladene Schrottmenge nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu schließen sei. Dafür bietet der festgestellte Sachverhalt keinen ausreichenden Anhalt, zumal nach Han-

delsbrauch keineswegs immer Schweigen als Zustimmung gilt. Anders ist es hinsichtlich von Schreiben, durch die ein mündlich geschlossener Vertrag schriftlich bestätigt wird, wie dies beim Schreiben der Klägerin vom 8. Februar 1951 der Fall ist. Hier mußte die Beklagte nach Empfang des Bestätigungsschreibens sofort widersprechen, wenn nach ihrer Meinung dieses Schreiben den Inhalt der mündlichen Vereinbarung unrichtig wiedergab. Anderenfalls ist ihr Einverständnis mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens anzunehmen. Daran ändert vorliegend auch nichts, daß die Beklagte die von der Klägerin erbetene Gegenbestätigung nicht vorgenommen hat, denn dieser sollte nur formelle Bedeutung zukommen. Der sonach erforderlich gewesene Widerspruch der Beklagten gegenüber dem Bestätigungsschreiben vom 8. Februar 1951 bedurfte entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht der schriftlichen Form (ebenso RGRKomm HGB 2. Aufl § 346 Anm 16 h). Diese Rechtsirrtümer des Berufungsgerichts können aber den Bestand des angefochtenen Urteils nicht in Frage stellen, da nach dessen Feststellungen ein rechtzeitiger mündlicher Widerspruch seitens der Beklagten gegenüber diesem Bestätigungsschreiben nicht erhoben worden ist und das Berufungsgericht seine Entscheidung hauptsächlich auf die in der Verhandlung vom 8. Februar 1951 erfolgte Anerkennung der streitigen Fehlmenge und der daraus folgenden Rückzahlungspflicht durch die Beklagte sowie auf die widerspruchslos hingegenommene Verrechnung der 22.000 DM auf den Rückzahlungsanspruch gründet.

Die Revision meint, die Annahme des Berufungsgerichts von einem Anerkenntnis der Beklagten im vorerörterten Sinne verletze die Sätze der Lebenserfahrung. Wenn der Inhaber der Beklagten nach den Zeugenaussagen sein Erstaunen über

die Höhe der Fehlmenge zum Ausdruck gebracht habe, so habe dies jedenfalls eine Anerkennung dieser Ziffern in voller Höhe ausgeschlossen, da ohne Beweisunterlagen von einem Kaufmann nach der Verkehrssitte eine derartige Anerkennung nicht erwartet werden könne. Dem kann nicht gefolgt werden, zumal nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Inhaber der Beklagten trotz seines Erstaunens über die Höhe der von der Klägerin angegebenen Fehlmenge diese im Ergebnis schließlich hingenommen hat und bereits vor dem 8. Februar 1951 Monatsraten von 5.000 DM zur Abdeckung des Rückzahlungsanspruchs angeboten hatte.

Die in diesem Zusammenhang weiter erhobene Verfahrensrüge der Revision aus § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht die Beweisangebote der Beklagten über ihren wiederholten Widerspruch wegen des Schrottmankos gegenüber H. in den Schriftsätzen vom 14. Juli 1952 und 27. Oktober 1952 nicht berücksichtigt habe, kann nicht durchgreifen. Dieses Beweisvorbringen der Beklagten ging dahin, daß sie gegen die Ansprüche der Klägerin gegenüber dem Zeugen H. als Vertreter der Klägerin sofort Widerspruch erhoben habe und daß der Inhaber der Beklagten bei der gemeinschaftlichen Besprechung der Beteiligten etwa im Februar 1951 im Büro der Beklagten entschieden bestritten habe, für das Manko ohne weiteres endgültig aufkommen zu müssen. Für die Beurteilung des Einwandes der Beklagten ist maßgebend der Zeitpunkt der fernmündlichen Verhandlung mit dem Inhaber der Beklagten, die am 8. Februar 1951 stattgefunden hat. Etwaige vor diesem Zeitpunkt liegende Widersprüche der Beklagten gegen ihre Rückzahlungspflicht sind durch die an diesem Tage getroffene Vereinbarung überholt. Dafür, daß ein solcher Widerspruch seitens der Beklagten etwa bei

diesen Verhandlungen oder binnen angemessener Frist gegenüber dem Bestätigungsschreiben vom 8. Februar 1951 erfolgt sei, fehlt es im Beweisangebot der Beklagten an der erforderlichen Darlegung bestimmter Tatsachen. Bei der darin erwähnten angeblich im Februar 1951 stattgefundenen Besprechung kann es sich nicht um die fernmündliche Verhandlung zwischen dem Zeugen W [REDACTED] und dem Inhaber der Beklagten vom 8. Februar 1951 gehandelt haben, weil diese Verhandlung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in den Räumen der Klägerin geführt worden sind. Nach alledem konnte das Berufungsgericht von den vorerörterten Beweisangeboten der Beklagten absehen.

Hiernach bleibt die Feststellung des Berufungsgerichts über die vereinbarte Anerkennung der Fehlmenge und des Rückzahlungsanspruches unerschüttert bestehen. Dieses Anerkenntnis kann von der Beklagten nicht aus § 812 Abs 2 BGB kondiziert werden. Die Rückzahlungsvereinbarung der Parteien vom 8. Februar 1951 erfüllt die Voraussetzungen eines Vergleichs i.S. des § 779 BGB. Dieses Abkommen der Parteien hat die Ungewißheit über die tatsächliche Fehlmenge des Schrotts beseitigt und ist im Wege des gegenseitigen Nachgebens zustande gekommen. Die Beklagte hat, nachdem sie zunächst ihr Befremden über die Höhe der seitens der Klägerin geltend gemachten Fehlmengen geäußert hatte, diese und die sich daraus für sie ergebende Rückzahlungsverpflichtung schließlich anerkannt; die Klägerin hat insofern ein Opfer gebracht, als sie auf sofortige Rückzahlung des überzahlten Betrages verzichtete und der Beklagten Zahlungserleichterungen im Wege von Ratenzahlung und Verrechnung von Gegenlieferungen gewährte. Dies reicht zur Annahme eines Vergleichs aus, da sich das Nachgeben im Sinne des § 779 BGB nicht auf die Höhe des geltend gemachten Anspruchs

zu beziehen braucht (RG Recht 1920 Nr 690). Die von der Beklagten abgegebene Anerkenntniserklärung ist sonach Bestandteil eines Vergleichs gewesen, sie kann deshalb nicht nach §§ 812 ff BGB zurückgefordert werden. Für eine etwaige Unwirksamkeit dieses Vergleichs nach § 779 BGB hat die Beklagte nichts vorgetragen.

Da die Beklagte sonach an ihr Anerkenntnis der Höhe der Fehlmenge und der sich daraus ergebenden Rückzahlungsverpflichtung gebunden ist, erledigt sich die in diesem Zusammenhange erhobene Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe Beweisangebote und wesentliches Prozeßvorbringen der Beklagten über die Höhe der verkauften und übergebenen Schrottmenge sowie über unkontrollierte nächtliche Schrottabfahren übergangen.

Durch diesen Vergleich der Parteien sind auch etwaige Schadensersatzansprüche abgegolten, die von der Beklagten aus der Entlassung der Angestellten der Firma Schattschneider und der dadurch bedingten Erschwerung ihrer Kontrolle hergeleitet werden. Diese Ansprüche hatten nur einen Sinn, solange die Höhe der Fehlmenge und die Verantwortlichkeit der Beklagten für diese Fehlmenge streitig blieb.

Nach alledem war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Birnbach

Bock

Christoph

Nörr

Dr. Weiß ist durch Urlaub
und Ortsabwesenheit an der
Unterschriftsleistung ver-
hindert.

Birnbach