

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 176/69

URTEIL

Verkündet am

11. Januar 1971
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Alfred G. [REDACTED] in K. [REDACTED]/Allgäu,
Z. [REDACTED] str. 7,

Beklagten, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Hedwig I. [REDACTED] geb. B. [REDACTED] in Bo. [REDACTED], Saladin-S. [REDACTED] -
Str. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Juni 1969 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das oben bezeichnete Urteil im Kostenpunkt dahin abgeändert, daß der Beklagte die gesamten Kosten des Rechtsstreits trägt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Erbin und Rechtsnachfolgerin ihres im Laufe des Rechtsstreites verstorbenen Ehemannes, der im folgenden weiter als Kläger bezeichnet wird.

- 3 -

Der Beklagte bezog im Jahre 1963 in verschiedenen Einzelsendungen von dem Kläger Käsecreme, die dieser aus Belgien einführte. Nachdem der Beklagte am 1. März 1963 10 t bestellt und dabei gebeten hatte, ihm weitere 100 t zu reservieren, lieferte der Kläger am 7. März 5 t, am 11. März 30 t und am 20. März 1963 weitere 30 t. Der Beklagte beanstandete, daß der Kläger vor der jeweiligen Lieferung einen Abruf hätte abwarten müssen. In seinem Schreiben vom 22. März 1963 bat er den Kläger, erst zu liefern, wenn die Ware abgesetzt sei; und er verwahrte sich bei dieser Gelegenheit gegen die durch vorzeitige Lieferung entstehenden hohen Kühlhauskosten. Gleichwohl lieferte der Kläger am 28. und 29. März 1963 weitere 29,4 t zu einem Preise von insgesamt 91 140 DM. Weitere Lieferungen folgten bis Ende des Jahres 1963.

Der Beklagte leistete Zahlungen auf die einzelnen ihm übersandten Rechnungen, die der Kläger ihm, wie aus dem Kontoauszuge, abschließend mit dem 14. Februar 1964, ersichtlich ist, gutschrieb. Der Beklagte erhob Einwendungen hinsichtlich der einzelnen Sendungen. Insbesondere beanstandete er die Sendung vom 28./29. März 1963, über die sich die Rechnung vom 29. März 1963 (im Kontoauszug mit 2.4.1963 datiert) verhält.

Im Januar 1964 trafen sich die Parteien beim Beklagten, der dem Kläger eine Abrechnung über die Rechnung vom 29. März 1963 mit dem Rechnungsbetrage von 91 140 DM vorlegte. Darin waren Zahlungen von 57 000 DM angegeben, so



daß noch ein Betrag von 34 140 DM offenblieb, dem der Beklagte eine Reihe von Gegenforderungen entgensetzte, so insbesondere wegen Schwundes (10 502,80 DM) und wegen Verderbes der Ware (19 530 DM).

Die Parteien trafen am 10. Februar 1964 erneut zusammen. Diesmal brachte der Beklagte eine vom 8. Februar 1964 datierte Aufstellung mit, die wiederum verschiedene Posten enthielt, die der Beklagte von der Gesamtrechnung abgesetzt haben wollte, und die mit einem Guthaben des Klägers von 67 226,52 DM abschloß (die Endsumme der Aufstellung betrug zwar 67 264,52 DM; sie ist aber in der letzten Zeile in 67 226,52 DM abgeändert worden).

Diesen Betrag von 67 226,52 DM zahlte der Beklagte am Schluß der Verhandlungen, ohne daß aber der Kläger die auf der Rückseite der Aufstellung angebrachte Ausgleichsquittung unterschrieb.

Unter Bezugnahme auf den sich aus dem Kontoauszuge ergebenden Saldo zu seinen Gunsten in Höhe von 64 456,42 DM hat der Kläger einen Teilbetrag von 15 000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß sich die Parteien dahin verglichen hätten, die Forderungen des Klägers sollten mit der Scheckzahlung vom 10. Februar 1964 ausgeglichen sein. Der Kläger hat Berufung eingelegt und die Klage auf 16 000 DM erhöht.

Das Oberlandesgericht hat in der ersten Berufungsverhandlung die Klage abgewiesen, weil der Kläger die Rechnung vom 29. März 1963 selbst als ausgeglichen bezeichnet habe, im übrigen aber die Heranziehung anderer Forderungen als unzulässige Klageänderung anzusehen sei.

Auf die Revision hat der erkennende Senat das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben (Urteil vom 2. Oktober 1968 - VIII ZR 241/66) und den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. In der neuerlichen Verhandlung hat das Oberlandesgericht den Beklagten nach dem erhöhten Klageantrage verurteilt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des ersten Berufungsurteils. Mit der Anschlußrevision begehrt der Kläger eine Abänderung des Berufungsurteils im Kostenpunkt. Die Parteien haben jeweils Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe

I. Bei einer nochmaligen Überprüfung der Frage, ob sich die Parteien am 10. Februar 1964 durch Vergleich geeinigt haben, daß alle Ansprüche des Klägers durch die Scheckzahlung von 67 226,52 DM ausgeglichen sein sollen, kommt das Berufungsgericht zu dem bereits seinem

ersten Urteil zugrunde liegenden Ergebnis, daß der Beklagte für diese Einwendung beweisfällig geblieben sei. Ein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts ist nicht ersichtlich. Die Revision greift die Erwägung des Berufungsgerichts, der Kläger würde bei Zustandekommen des Vergleichs ohne jede Veranlassung auf eine Forderung von ca. 60 000 DM verzichtet haben, ohne Erfolg an. Darauf, ob dem Kläger die von ihm behauptete Forderung von ca. 131 000 DM zugestanden hat, kommt es entgegen der Ansicht der Revision nicht an. Das Berufungsgericht geht ersichtlich und ohne Rechtsfehler davon aus, daß für die Überlegungen des Klägers seine subjektiven Vorstellungen von der Höhe des Guthabens maßgebend gewesen sein müssen. Vor allem aber vermag die Revision die Erwägung des Berufungsgerichts nicht zu erschüttern, von der seine Entscheidung maßgeblich getragen wird, daß nämlich der Beklagte eine Ausgleichsquittung vorbereitet, der Kläger sich jedoch geweigert hat, diese Quittung zu unterzeichnen.

II. Das Berufungsgericht geht, ebenfalls ohne Rechtsirrtum davon aus, daß der Kläger den mit der Klage geltend gemachten Teilbetrag seines Guthabens auf alle im Kontoauszuge aufgeführten Kaufpreisforderungen in der Weise verteilt haben will, daß sich die Klageforderung auf die älteste noch offenstehende Forderung bezieht und die übrigen Rechnungsforderungen in der Reihenfolge ihres Alters hilfsweise in Anspruch genommen werden sollen. Entsprechend der Regel des § 366 Abs. 1 und 2 BGB verrechnet es ohne Rechtsirrtum die Zahlungen des Beklagten

dort, wo sich eine Bestimmung des Beklagten feststellen läßt, entsprechend dieser Bestimmung, im übrigen jeweils auf die älteste der noch offenstehenden Forderungen. Von der Rechnung vom 25. Oktober 1963 hat es dabei einen Teilbetrag von 750 DM mit der Begründung nicht anerkannt, daß der Kläger die zu seinen Gunsten berechnete Preisdifferenz von 3,50 zu 3,53 DM je Kilogramm Käsecreme nicht habe nachweisen können. Hierin ist ein Rechtsfehler nicht enthalten. Die Revision hat diese Erwägung begreiflicherweise auch nicht angegriffen. Das Berufungsgericht gelangt nach alledem zu dem rechtsirrtumsfreien Ergebnis, daß sich die noch offenstehende Forderung aus der Rechnung vom 29. März 1963 (im Kontoauszuge unter dem 2.4.1963 angeführt), um die von Anfang an der Hauptstreit der Parteien ging, als die älteste Forderung darstellt, aus der der Teilbetrag der Klage daher in erster Linie zu entnehmen sei. Der noch offenstehende Betrag beläuft sich auf 34 140 DM. Das ist die Summe, die auch im Kontoauszuge des Klägers als unbeglichen angeführt wird und die sich aus der Aufstellung des Beklagten vom 11. Januar 1964, die sich nur auf diese Rechnung vom 29. März 1963 bezieht, als Differenz zwischen den dort angeführten Zahlungen (57 000 DM) zu dem Rechnungsbetrage von 91 140 DM ergibt.

III. Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichts in zweierlei Richtungen an. 1.) versucht sie darzutun, daß die Rechnung vom 29. März 1963 mit einem höheren Betrage getilgt sei, als das Berufungsgericht

annimmt, daß also der ursprünglich mit 34 140 DM als noch offenstehend angenommene Betrag niedriger anzusetzen sei. 2.) macht sie geltend, daß auch der dann rechnerisch sich ergebende Betrag nicht geschuldet sei, weil die vom Beklagten erhobenen materiellen Einwendungen durchgriffen.

Die Einwendungen der Revision bleiben indes ohne Erfolg. Im einzelnen ist folgendes zu sagen.

Zu 1. a) (Rechnung vom 11. März 1963)

Die Revision will die vom Berufungsgericht vorgenommene Verrechnung nicht anerkennen. Das Berufungsgericht hat auf den Rechnungsbetrag von 93 000 DM folgende Beträge angerechnet:

Zahlung von	45 000 DM
Zahlung von	46 500 DM
Gutschrift von	<u>1 500 DM</u>
Summe	93 000 DM.

Die Gutschrift von 1 500 DM ist dem Beklagten, wie unter den Parteien unstreitig ist, deshalb gewährt worden, weil er mit Schreiben vom 21. März 1963 beanstandet hatte, daß das Gewicht der hier infrage kommenden Lieferung nicht stimme.

Das Schreiben hatte folgenden Wortlaut:

"Ich mußte leider feststellen, daß das Gewicht nicht stimmte. Das Manko beträgt 1290,-- kg. Ich werde mir erlauben, diesen Betrag von der Gewichts Differenz von der Rechnung in Abzug zu bringen."

Am 22. März 1963 hatte der Kläger wie folgt geantwortet:

"Mit dieser Reklamation kann ich nichts anfangen. Sie müssen mir dazu eine eidesstattliche Erklärung abgeben, eventuell wie ich schon sagte, die Waggon bei Ankunft von der Bahn verwiegen zu lassen.

Mit diesem Schreiben kann ich bei der Zollverwaltung nichts anfangen."

Der Beklagte hat der Forderung des Klägers nicht entsprochen. Die Revision meint, der Kläger habe durch Gewährung der Gutschrift diese Gewichtsbeanstandung in vollem Umfange anerkannt. Deshalb müsse er sich einen Abzug des vollen Gegenwertes dieses Gewichtsmankos von 1 290 kg gefallen lassen (Kaufpreis = 3,10 DM), also einen Abzug von 3 999 DM. Danach stünden dem Beklagten eine weitere ihm nicht gutgebrachte Gutschrift von 2 499 DM aus dieser Rechnung zu, die anderweit verrechnet werden könne und müsse.

Der Revision ist nicht zu folgen.

Es ist kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht unter Würdigung des angeführten Schriftwechsels weder den Nachweis für ein Gewichtsmanko als geführt erachtet noch die Gewichtsbeanstandung als begründet ansieht. Dafür, daß der Kläger durch Gewährung der Gutschrift über 1 500 DM die Gewichtsbeanstandung in vollem Umfange anerkannt hätte, besteht kein Anhaltspunkt. Es ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht entsprechend der weiteren Rüge der Revision seine ihm gemäß § 139 ZPO obliegende Aufklärungspflicht verletzt hätte.

b) (Rechnung vom 18. März 1963)

Hier sind sich die Parteien darüber einig, daß der Rechnungsbetrag von ebenfalls 93 000 DM zunächst bis auf einen Betrag von 6 861,79 DM durch Zahlungen des Beklagten von zuletzt 11 138,21 DM (24. Mai 1963) getilgt worden war.

Auf diesen Restbetrag von 6 861,79 DM verrechnet das Berufungsgericht einen anderen Restbetrag von 10 153 DM, der nach seiner Ansicht verbleibt, wenn von der am 8. Februar 1964 erfolgten Scheckzahlung von 67 226,52 DM der Betrag von 57 111,52 DM abgezogen wird, der zur Begleichung der Dezemberrechnungen dienen sollte. Dem Berufungsgericht ist hier insofern ein Irrtum unterlaufen, als es den in der Abrechnung des Beklagten vom 8. Februar 1964 als Differenzbetrag aufgeführten Betrag von 10 153 DM übernimmt, der aber in

der vom Beklagten am Ende der Aufstellung vorgenommenen Abrechnung, die ihn zu einer Schecksumme von 67 226,52 DM hingeführt hat, mit 10 115 DM aufgenommen worden ist. Der Beklagte geht nämlich von der in der Abrechnung vom 11. Januar 1964 angeführten Summe von 10 115 DM aus, die sich als Differenzbetrag ergibt, wenn von der Scheckzahlung von 67 226,52 DM die auf die Dezemberrechnung verrechneten 57 111,52 DM abgezogen werden. Auch die Revision geht richtigerweise bei dieser Rechnung von diesem Betrage von 10 115 DM aus. Im übrigen bestehen gegen die Verrechnungsart des Berufungsgerichts keine rechtlichen Bedenken, weil sich diese Rechnung vom 18. März 1963 nach der Tilgung der früheren Rechnungen als die nunmehr älteste erweist. Diese Rechnung ist daher als getilgt anzusehen. Es verbleibt aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wegen der angeführten geringfügigen Differenz von 38 DM nicht ein Überschuß von 3 291,21 DM, sondern ein solcher von 3 253,21 DM.

Die Angriffe der Revision gegen diese Verrechnungsweise des Berufungsgerichts sind im übrigen nicht begründet.

Die Revision möchte in erster Linie den oben angegebenen Betrag von 2 499 DM verrechnet haben, der dem Beklagten nach ihrer Ansicht noch wegen der zur Rechnung vom 11. März 1963 angemeldeten Gewichts Differenz zustehen soll. Daß dem Beklagten eine solche Forderung nicht zusteht, wurde bereits dargelegt.

Unbegründet ist auch die weitere Forderung von 3 720 DM, die die Revision aus dem Gesichtspunkt eines Gewichtsmankos verrechnet haben will. Hier gelten dieselben Erwägungen, wie sie zu der Rechnung vom 11. März 1963 oben dargelegt sind. Auch diese Beanstandung eines Gewichtsmankos (s. Schreiben des Beklagten vom 22. März 1963) hat der Kläger mit Recht nicht anerkannt. Da der Beklagte den im Schreiben des Klägers vom 22. März 1963 angegebenen Anforderungen nicht nachgekommen ist, bestehen keine Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht von der Unbegründetheit dieser Beanstandung ausgeht.

Wenn die Revision im übrigen die Heranziehung des in der Scheckzahlung von 67 226,52 DM enthaltenen Überschußbetrages von 10 115 DM in sachlich-rechtlicher Hinsicht beanstandet, so kann ihr auch darin nicht gefolgt werden. Ihre Ansicht, der Kläger habe eine Zahlung in dieser Höhe vergleichsweise übernommen, weil er sich bereit erklärt habe, an dem Schaden des Beklagten (Verderb eines Teiles der Ware aus der Rechnung vom 29. März 1963) zur Hälfte teilzunehmen, scheitert an der Erwägung, daß es, wie oben dargetan, zu einem Vergleich der Parteien nicht gekommen ist.

Das Berufungsgericht sieht also diese Rechnung vom 18. März 1963 mit Recht als in vollem Umfange ausgeglichen an. Zur Verrechnung auf spätere Rechnungen verbleibt noch ein Betrag von $10\,115\text{ DM} - 6\,861,79\text{ DM} = 3\,253,21\text{ DM}$ (gegenüber einem auf dem aufgezeigten Irrtum beruhenden

Betrag des Berufungsgerichts von 3 291,21 DM).

c) Diesen Betrag von 3 253,21 DM verwendet das Berufungsgericht zum Ausgleich der Rechnung vom 23. Dezember 1963, also nicht etwa zur Tilgung der auf die Rechnung vom 18. März 1963 zunächst folgenden Rechnung vom 29. März 1963. Hiergegen bestehen keine Bedenken. Mit Recht nimmt es eine Übereinstimmung der Parteien darüber an, daß die Scheckzahlung auf diese Rechnung nur dann hätte angerechnet werden dürfen, wenn angenommen werden könnte, daß am 10. Februar 1963 ein Vergleich zustande gekommen ist, bei dem die Scheckzahlung zum Ausgleich aller noch offenstehenden Rechnungen hätte verwendet werden sollen. Das ergibt sich ganz eindeutig aus dem Kontoauszuge des Klägers und aus der Abrechnung des Beklagten vom 11. Januar 1964. Ein solcher Vergleich ist aber, wie bereits mehrfach erörtert, nicht zustande gekommen.

Die Frage, ob und in welcher Höhe die Rechnung vom 29. März 1963 noch offensteht, hängt sonach davon ab, ob die materiellen Beanstandungen und Gegenansprüche des Beklagten durchgreifen. Erweisen sie sich, wie das Berufungsgericht annimmt, als unbegründet, so kann sich der Kläger wegen der geltend gemachten Teilforderung von 16 000 DM auf die dieser Rechnung zugrunde liegende noch in Höhe von 34 140 DM offen gebliebene Kaufpreisforderung stützen, wie das das Berufungsgericht seiner Entscheidung auch zugrunde gelegt hat.

Zu 2. Die materiellen Angriffe des Beklagten haben seine Behauptung zum Ausgangspunkt, der Sendung vom 28./29. März 1963 (29 400 kg Käsecreme) habe überhaupt keine Bestellung zugrunde gelegen. Deshalb, so meint der Beklagte, sei ein Kaufvertrag jeweils nur insoweit zustande gekommen, als es ihm gelungen sei, die Ware weiter zu veräußern. Der bis zur Weiterveräußerung entstandene Schaden gehe somit zu Lasten des Klägers, der dafür aufzukommen habe, daß während der Einlagerung durch den Abfluß von Molke ein Gewichtsschwund von 3 388 kg entstanden sei und daß weiterhin 6 300 kg Käsecreme verdorben seien. Den Schaden bemißt der Beklagte mit 10 502,80 DM für Schwund und 19 530 DM für Verderb (s. die Aufstellung des Beklagten vom 11. Januar 1964).

Demgegenüber stellt das Berufungsgericht fest, daß aufgrund des Schriftwechsels der Parteien ein Kaufvertrag von Anfang an auch über den hier streitigen Warenposten zustande gekommen ist. Es bezieht sich insbesondere auf das Schreiben des Beklagten vom 1. März 1963, das die Wendung enthält:

"...Die weiteren 100 t wollen Sie bitte wie abgesprochen für mich reservieren. Bitte teilen Sie mir mit, welche Mengen Sie wöchentlich an mich liefern können. ..."

Wenn das Berufungsgericht aus diesem vom Kläger unwidersprochen entgegengenommenen Schreiben den Schluß zieht, diese 100 t, in denen die hier streitigen 29,4 t

enthalten sind, seien fest bestellt gewesen und hätten nur noch abgerufen zu werden brauchen, so ist das kein Rechtsfehler. Deshalb ist das Verhalten des Klägers, der anschließend am 1., 18. und 28./29. März 1963 größere Mengen Käsecreme übersandte, als Annahme einer Kaufvertragsofferte anzusehen. Der Kläger braucht sich also, wovon auch das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeht, nur entgegenhalten zu lassen, daß die am 28./29. März 1963 übersandte Ware vorher nicht abgerufen war. Daß sie aber einem ausdrücklichen Protest des Beklagten zuwider zur Unzeit abgesandt worden sei, hält das Berufungsgericht für widerlegt. Ohne Rechtsfehler versteht es das Schreiben des Beklagten vom 22. März 1963, wonach der Kläger die Ware erst absenden solle, wenn sie verkauft sei, dahin, daß dies für die im Mai 1963 benötigte Ware zu gelten habe. Die Revision greift diese Auslegung nicht an.

Das Berufungsgericht führt aus:

Trotz des vom Kläger sogar zugegebenen Mangels eines vorherigen Abrufes der Sendung vom 28./29. März 1963 habe sich der Beklagte dem damals persönlich in Memmingen eingetroffenen Kläger gegenüber nur gegen die Übernahme der durch die notwendig werdende Einlagerung zu erwartenden Mehrkosten verwahrt. Über die Regelung etwaiger bei einer längeren Einlagerung möglicher Schäden habe man nicht gesprochen. Demzufolge habe denn auch der Beklagte die Ware behalten und für

ihre Einlagerung teils in M[REDACTED] teils in Oberstaufen bei der Firma H[REDACTED] gesorgt. Deshalb, so meint das Berufungsgericht, habe der Beklagte das Risiko für spätere Schäden zu tragen, die auf die Einlagerung zurückzuführen seien. Lediglich die Transport- und Kühlhauskosten von insgesamt 5 410,02 DM überbürdet das Berufungsgericht auf den Kläger, so daß nach seiner Ansicht als Stütze für den Klageanspruch immer noch eine Forderung aus dieser Rechnung in Höhe von 34 140 DM abzüglich 5 410,02 DM = 28 729 DM übrig bleibt.

Hierauf will der Beklagte folgende Abzüge verrechnet haben:

- a) einen Betrag von 10 502,80 DM wegen nachträglichen Gewichtsschwundes,
- b) einen solchen von 19 530 DM wegen nachträglichen Verderbs einer Menge von 6 300 kg der eingelagerten Ware.

Die Einwendung zu a) hält das Berufungsgericht deshalb für unbegründet, weil der Beklagte gemäß den Zahlungs- und Lieferungsbedingungen des Klägers, die nach seiner Ansicht Gegenstand des Kaufvertrages geworden sind, Gewichtsverluste während des Transportes zu tragen habe. Die Revision greift diese Erwägung, die überdies mit der Regelung des § 446 BGB übereinstimmt, nicht an. Auf sie kommt es indes nicht an.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Gewichtsverlust während der Einlagerung

im Kühlhause entstanden sei und daß hierfür der Kläger einzustehen habe, weil er durch die unzeitige Übersendung den Schaden mindestens fahrlässig mitverursacht habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß der Beklagte den Schaden damit begründet hat, die Molke sei während der Einlagerung weggeschwommen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Vorgänge beim Eintreffen der nicht abgerufenen Ware stehen aber der Ansicht der Revision entgegen, daß der Kläger für den Mengenschwund einzustehen habe und sich deshalb eine entsprechende Kürzung der Rechnung gefallen lassen müsse. Das Berufungsgericht stellt nämlich fest, die Parteien hätten sich dahin geeinigt, daß der Beklagte, wenn auch unter Verwahrung gegen die Einlagerungskosten, die Ware trotz des fehlenden Abrufs übernehme. Diese auf tatsächlichem Gebiete liegende Würdigung, die von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen wird, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Damit war der Kläger seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage ledig geworden. Alle Gefahren hinsichtlich des weiteren Schicksals der Ware, waren auf den Beklagten als Käufer übergegangen. Hätte der Beklagte die Übertragung des Risikos auf den Kläger erreichen wollen, so hätte es nach Treu und Glauben einer eindeutigen Abrede hierüber bedurft.

Es ist daher kein Gesichtspunkt zu erkennen, der es zuließe, die Verantwortung für das weitere Schicksal der Ware auf den Kläger abzuwälzen.

Dieselben Erwägungen treffen auch auf das Bemühen des Beklagten zu, den Verlust, der durch die Einlagerung in Oberstaußen eingetretenen Verderb entstanden war, auf den Kläger abzuwälzen. Hier kommt noch hinzu, daß der Schaden allein dadurch verursacht worden ist, daß sich in dem Oberstaußen Kühlhause keine Kältezellen befanden, ein Umstand, auf den der Kläger, der diese Art der Aufbewahrung nicht ausgewählt hat, keinerlei Einfluß hatte.

In der Aufstellung des Beklagten vom 8. Februar 1964 wird ein Betrag von 21 000 DM in Abzug gebracht, der dort als der wesentlichste Gegenposten in Erscheinung tritt. Dieser Abzug sei, so hatte der Beklagte ausgeführt, deshalb berechtigt, weil die zur Rechnung vom 30. Dezember 1963 übersandte Ware einen um 10 % zu geringen Fettgehalt aufgewiesen habe. Das Berufungsgericht meint, unbeanstandet von der Revision, der Beklagte habe diesen Anspruch im Wege der Eventualaufrechnung auch der hier erörterten Kaufpreisrestforderung aus der Rechnung vom 29. März 1963 entgegenzusetzen wollen. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken, wobei dahingestellt bleiben kann, ob dieser Versuch des Beklagten, die Rechnung vom 29. März 1963 zu kürzen, als eine echte Aufrechnung anzusehen ist. Das Berufungsgericht hält indes einen Gewährleistungsanspruch des Beklagten wegen der Dezembersendung nicht für begründet, weil der Beklagte den geringen Fettgehalt nicht rechtzeitig gerügt und außerdem die Rechnung bis auf den oben bereits erörterten, dem Kläger auch nicht zustehenden

Betrag von 750 DM bezahlt habe.

Die Revision hat die Feststellung, daß es an einer rechtzeitigen Rüge fehle, nicht beanstandet, so daß sich gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts, dem Beklagten stünden die in Höhe von 21 000 DM geltend gemachten Gewährleistungsansprüche aus der Oktobersendung nicht zu, keine Bedenken erheben.

Nach alledem hat das Berufungsgericht den Beklagten mit Recht dem Klageantrag entsprechend verurteilt.

IV. Dagegen wendet sich die Anschlußrevision mit Recht gegen die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils. Das Berufungsgericht hat dem in vollem Umfange obsiegenden Kläger aus zwei Gesichtspunkten Kosten aufgebürdet.

Es geht davon aus, daß das Klagebegehren in erster Linie auf die Kaufpreisforderung von 34 146 DM gestützt wird, hilfsweise aber auch auf die Restansprüche der Lieferungen vom 25. Oktober 1963 (750,15 DM) und vom 23. Dezember 1963 (16 000 DM). Da aber über die Hilfsansprüche überhaupt nicht entschieden worden sei, so müsse der Kläger, so meint das Berufungsgericht unter Berufung auf Mattern (NJW 1969, 1087 ff) die Kosten insoweit tragen, als diese Ansprüche sich streitwerterhöhend ausgewirkt hätten.

Dem Berufungsgericht kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil seine Ansicht nicht zu billigen ist, das Vorgehen des Klägers stelle eine Eventualklagehäufung dar. Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht, daß die Parteien durch einen einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag miteinander verbunden waren. Das letztere ergibt sich ganz eindeutig aus der rechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des Berufungsgerichts, die Bitte des Beklagten im Schreiben vom 1. März 1963, ihm über die bisherigen Lieferungen hinaus weitere 100 t Käsecreme zu reservieren, müsse als Vertragsofferte angesehen werden, die der Kläger durch die nachfolgenden Lieferungen angenommen habe. Mit Recht stellt das Berufungsgericht denn auch darauf ab, der Beklagte habe die späteren Lieferungen nicht mehr eigens zu bestellen, sondern nur abzurufen brauchen. Der Würdigung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien als einheitlichen Vertrag steht nicht entgegen, daß der Kläger wegen der einzelnen Lieferungen gesonderte Rechnungen ausgestellt hat. Denn das entsprach dem Regelfalle eines Sukzessivlieferungsvertrages, bei dem den Teillieferungen schon deshalb eine gewisse Selbständigkeit nicht abzusprechen ist, weil den Teilkaufpreisforderungen im Regelfalle verschiedene Fälligkeiten zukommen, etwaige Mängelrügen sich auf die einzelnen Teillieferungen beziehen müssen und auch bei der Tilgung der Teilforderungen die Regel des § 366 BGB nicht zu entbehren ist. Durch sein Urteil vom 2. Oktober 1968, durch das das erste Berufungsurteil aufgehoben wurde, ist der erkennende Senat nicht gehindert, die Vertrags-

beziehungen der Parteien als einen einheitlichen Vertrag zu beurteilen (§ 565 ZPO). Daß dort die vom Kläger geltend gemachten Forderungen, die nicht Gegenstand der Rechnung vom 29. März 1963 sind, als Hilfsforderungen bezeichnet werden, ist ohne rechtliche Bedeutung. Denn die mehr oder minder selbständige Natur dieser Teilforderungen hatte mit der Beurteilung nichts zu tun, die zur Aufhebung des Berufungsurteils führte (Frage nach dem Vorliegen einer Klageänderung und der genügenden Bestimmtheit der sogenannten Hilfsforderungen).

Bei dieser Beurteilung stellt sich die vom Kläger geltend gemachte Teilforderung daher nicht nur als Teil der aus der Rechnung vom 29. März 1963 noch offenstehenden Restforderung dar, sondern gleichzeitig als Teil der Gesamtkaufpreisforderung, die ihm aus dem einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag zusteht. Die Rechtslage ist die gleiche, wie sie sich bei jeder Teilklage ergibt, bei der sich der Kläger zur Begründung der Teilforderung auf die Forderung im Ganzen beziehen kann. Mit der Einführung von Hilfsanträgen oder Hilfsbegründungen in den Rechtsstreit hat ein solches Vorgehen nichts zu tun.

Diese Erwägungen zeigen, daß im vorliegenden Falle für die Heranziehung der von Mattern in NJW 1969, 1091 erörterten Fragen kein Raum ist, so daß eine Stellungnahme zu diesen Ausführungen nicht erforderlich ist. Der Beklagte muß die gesamten Kosten des Rechtsstreits tragen,

weil er in vollem Umfange der Klageforderung unterlegen ist. Deshalb ist es auch ohne Bedeutung, daß das Berufungsgericht die Einwendung des Beklagten, der Kläger müsse ihm die Mehrauslagen für Transport und Einlagerung der am 29. März 1963 ohne vorherigen Abruf gelieferten Ware erstatten, als begründet angesehen hat.

V. Nach alledem war daher auf die Anschlußrevision des Klägers das angeführte Urteil hinsichtlich des Kostenpunktes dahin abzuändern, daß der Beklagte die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Die Revision des Beklagten war dagegen zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann