

VIII ZR 186/62

Verkündet
am 23. März 1964
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2198 045

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

I n d e m R e c h t s s t r e i t

Beklagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
berg-

g e g e n

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 23. März 1964 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der
Bundesrichter Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mor-
mann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 7. Juni 1962 wird auf ihre Kosten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkaufte dem ursprünglichen Beklagten, Kaufmann Hellmut W., dem Rechtsvorgänger der jetzigen Beklagten, Anfang des Jahres 1959 italienischen Dessertwein auf Abruf. Die Beklagte hat Mengen von 10 000 kg und 7961 kg abgenommen. Zwischen den Parteien entstanden Meinungsverschiedenheiten über die Höhe des zu zahlenden Kaufpreises. Die Beklagte erhob Mängelrügen, die die Klägerin als unbegründet und jedenfalls verspätet zurückwies.

Am 4. Juli 1959 suchte der Geschäftsführer der Klägerin, K., den Beklagten auf und verhandelte mit ihm über die beiden von der Klägerin über die entnommenen Mengen ausgestellten Rechnungen vom 23. Februar 1959 und 25. Juni 1959. Auf der Rechnung vom 25. Juni 1959, in der dem Beklagten 7961 kg Dessertwein zum Preise von 129,65 DM in Rechnung gesetzt waren, errechnete K. den Betrag, der sich bei einem Kaufpreis von 75 DM je 100 kg ergab, mit 5970,75 DM. Unter den Rechnungsbetrag von 10 309,50 DM setzte er folgenden Zusatz:

"Gutschrift ./.. 5970,70
4338,75"

Unstreitig war damit eine Gutschrift von 4338,75 DM gemeint. Die Rückseite eines Auftragsformulars versah K. ferner mit folgenden handschriftlichen Berechnungen:

- 3 -

"Saldo	46.473,93		45.021,73
per			
27.5.	1.602,90	Gut-	(4.338,75
	10.309,50	schrif-	(
	3.128,51	ten	(5.465,--
	61.514,84		54.825,48
	<u>54.825,48</u>		
	6.689,36 Saldo		
			200.-- offen
			(verr.).

Zahlung:

2.200.-- Verr.-Scheck
2.200.-- 3 Monate
2.000.-- 4 "
89,76 bar

Stempel:

erhalten D. [redacted] W. [redacted] Agen-
K. [redacted] tur GmbH, H. [redacted]
H. [redacted] str. [redacted]
Tel. [redacted]

Bei den in der Berechnung aufgeführten Gutschriften handelt es sich um die auf der Rechnung vom 25. Juni 1959 errechnete Gutschrift von 4.338,75 DM und um den Unterschiedsbetrag von 5.465,--DM, der sich aus der Rechnung vom 23. Februar 1959 über 10.000 kg Dessertwein unter Zugrundelegung des Kaufpreises von 75 DM statt 129,65 DM je 100 kg ergibt.

Die Klägerin macht mit der Klage auf Grund eines dem Beklagten übersandten Kontoauszuges vom 12. Mai 1960 einen Saldo von 8.187,48 DM nebst Zinsen geltend. In diesem Auszuge sind die Gutschriften von 4.338,75 DM und 5.465 DM, insgesamt 9.803,75 DM nicht enthalten. Statt dessen wird dem Beklagten ein Betrag von 2.487,60 DM gutgebracht. Um den Unterschiedsbetrag von 7.316,15 DM streiten die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit. Ferner besteht Streit um dem Beklagten in Rechnung gesetzte Miete für von ihm benutzte Fässer der Klägerin im Betrage von 858 DM.



Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben den Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt.

Mit der Revision erstrebt die jetzige Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. 1. Zu dem Einwand des Beklagten, die Klägerin habe ihm einen Preisnachlaß gewährt, hat die Klägerin vorgetragen, ihr Geschäftsführer Knebel habe bei der Unterredung vom 4. Juli 1959 die vom Beklagten vorgebrachten Mängelrügen nicht als berechtigt anerkannt, sondern habe sich nur aus Entgegenkommen bereit erklärt, mit ihrem italienischen Ablader über einen Preisnachlaß zu verhandeln und einen gewährten Preisnachlaß an den Beklagten weiterzugeben. Der Geschäftsführer habe sich auf Bitten des Beklagten auch bereit erklärt, die bereits anerkannte und erledigte Lieferung, über die die Rechnung vom 23. Februar 1959 erteilt war, in die Verhandlung mit dem italienischen Ablader über einen Preisnachlaß einzubeziehen. Die Parteien seien deshalb nur von einer vorläufigen Abrechnungsgrundlage von 75 DM je 100 kg ausgegangen. Die Klägerin habe daher nur vorläufig Gutschriften in Höhe des Unterschiedsbetrages erteilt.

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, der Beklagte sei den Nachweis für einen am 4. Juli 1959 bewilligten Preisnachlaß schuldig geblieben. Einen Anspruch auf Preisminderung habe er, da die Rügen

verspätet gewesen seien, nicht gehabt. Die Kostenaufstellung, die der Geschäftsführer Knebel auf dem Formular gemacht habe, erbringe keinen zwingenden Beweis für die Erteilung einer endgültigen Gutschrift. Es lasse sich nämlich nicht die Möglichkeit ausschließen, daß K. nur über die sich unter dem Rechenwerk vermerkten zum Ausgleich des Saldo von 6689,36 DM vereinbarten Teilleistungen habe quittieren wollen. Für eine solche Auslegung spreche der Umstand, daß die Quittung von dem übrigen Rechenwerk durch einen Querstrich abgetrennt und mit der Überschrift "Zahlung" versehen worden ist. Dafür spreche auch, daß sich über der Unterschrift des Geschäftsführers K. das Wort "erhalten" befindet. Aus der Aufstellung sei danach nicht zweifelsfrei zu entnehmen, daß K. durch seine Unterschrift unter dem Quittungsvermerk auch die Endgültigkeit der Bewilligung einer Gutschrift bestätigen wollte, und zwar auch nicht bei Berücksichtigung des weiteren Umstandes, daß er bei dieser Gelegenheit auf der Rechnung vom 25. Juni 1959 über 7961 kg Dessertwein den Vermerk "Gutschrift 4338,75 DM" gemacht hat. Die Klägerin habe für die Richtigkeit ihres Einwandes, sie habe die Gutschrift nur unter der Bedingung zugesagt, daß der italienische Ablader ihr den gleichen Preisnachlaß bewilligen werde, schwerwiegende Gründe anführen können. Es sei unwahrscheinlich, daß sie eine von ihr für sachlich unbegründet gehaltene und bereits mit Recht wegen Verspätung zurückgewiesene Mängelrüge nachträglich ohne zwingenden Grund anerkannt und zum Anlaß für eine Gutschrift gemacht haben sollte, durch die nicht nur der gesamte Gewinn aus diesem Geschäft verloren gegangen wäre, sondern sie zusätzlich 7316,15 DM geopfert hätte.

Für die Richtigkeit ihrer Behauptung spreche ferner, daß sie wenige Tage vor der Unterredung vom 4. Juli 1959 dem Beklagten unter Zurückweisung seiner Mängelrüge mitgeteilt hatte, sie habe in der Absicht, die guten Geschäftsbeziehungen zum Beklagten aufrecht zu erhalten, ihren Ablader gebeten, dem Beklagten einen Preisnachlaß zu gewähren, und daß sie am 25. Juni dem Beklagten geschrieben hatte, sie habe sich an ihren Ablader noch einmal wegen einer Preisermäßigung gewendet. Daß sie dann, wie der Beklagte vortrage, wenige Tage später, ohne daß eine Zusage des italienischen Abladers erfolgt war, den Preisnachlaß in der genannten ungewöhnlichen Höhe bewilligt haben sollte, sei unwahrscheinlich. Nach der Lebenserfahrung müsse vielmehr angenommen werden, daß eine solche Änderung ihrer Auffassung bei der Unterredung am 4. Juli 1959 eindringlich in Erscheinung getreten und deshalb im Gedächtnis aller Beteiligten haften geblieben wäre. Die Tochter des Beklagten habe als Zeugin jedoch insoweit nichts zugunsten des Beklagten bekunden können. Schließlich sei die von dem Beklagten behauptete endgültige Vereinbarung einer Gutschrift in Höhe von 9803,75 DM entgegen kaufmännischer Gepflogenheit von keinem der Beteiligten schriftlich bestätigt worden. Auch habe der Beklagte einem Schreiben der Klägerin vom 31. Dezember 1959 nicht widersprochen, in welchem sie mitteilte, daß der italienische Ablader einer Preisermäßigung durch die "erst vorläufig einmal" errechnete Gutschrift nicht zugestimmt habe und daß sie, die Klägerin, deshalb nur eine Gutschrift von 2487,60 DM bewilligen könne. Eines Widerspruches gegen den dem Schreiben beigefügten Kontoauszug, der nur eine Gutschrift von 2487,60 DM enthält, hätte es um so mehr bedurft, als die Klägerin in jenem Schreiben darauf hin-

gewiesen hatte, der Beklagte habe seinerzeit die Möglichkeit zugegeben, daß der beanstandete Mangel auf nicht von der Klägerin zu vertretende Umstände zurückzuführen sei.

Die Angriffe der Revision gegen diese Würdigung müssen scheitern.

a) Die Revision meint, der Vermerk des Geschäftsführers K■■■■, Stempel und Unterschrift auf dem Formblatt und die Gutschrift auf der Rechnung vom 25. Juni 1959 stellten eine so eindeutige Erklärung dar, daß sie einer Auslegung nicht fähig seien. Die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung sei auch unmöglich. Das Berufungsgericht hätte deshalb nur zu der Würdigung kommen dürfen, daß die Klägerin unbeschränkte Gutschriften erteilt habe.

Dem ist nicht zu folgen. Das Berufungsgericht legt nicht etwa die auf das Formular und die Rechnung gesetzten Abrechnungen und Vermerke dahin aus, daß sich schon aus ihnen allein ^{ein} Vorbehalt ergebe. Das wäre in der Tat eine mit dem Wortlaut nicht zu vereinbarende Auslegung. Das Berufungsgericht sieht vielmehr in dem Vortrag der Klägerin den Einwand, die Gutschriften seien unter der aufschiebenden Bedingung erfolgt, daß der italienische Ablader den gleichen Freisnachlaß bewilligen werde. Es ist ersichtlich der Meinung, der Beklagte sei dafür, daß der Preisnachlaß unbedingt erfolgt sei, beweispflichtig. Das enthält keinen Rechtsirrtum. Entgegen der aus einem

Rechtsgeschäft - hier der Abrede über einen Preisnachlaß - Verpflichtete, das Rechtsgeschäft sei unter aufschiebender Bedingung geschlossen, so muß derjenige, der Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft herleitet, beweisen, daß es unbedingt geschlossen ist (vgl. BGE RGRK 11. Aufl. § 158 Anm. 10).

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den ihm danach obliegenden Beweis nicht geführt, ist nicht zu beanstanden.

Die Revision kann sich nicht auf § 416 ZPO berufen. Die Beweisregel dieser Vorschrift hat mit dem Inhalt einer Erklärung nichts zu tun.

Das Berufungsgericht hat offenbar auch nicht verkannt, daß der Wortlaut der von dem Geschäftsführer K. verfassten Vermerke für eine Herabsetzung des Kaufpreises sprechen kann. Es stellt jedoch eine Reihe von Umständen fest, die es nach seiner Ansicht wahrscheinlich machen, daß die Parteien übereinstimmend der Auffassung gewesen sind, der Beklagte solle nur in den Genuß des errechneten Preisnachlasses kommen, wenn der Nachlaß auch der Klägerin von ihrem italienischen Ablader gewährt werde.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Rügen der Revision sind nicht begründet. Die Revision macht einmal geltend, das Berufungsgericht hätte die Zeugen vernehmen müssen, die der Beklagte dafür benannt habe, daß die Klägerin anderen Kunden gegenüber Preisnachlässe gewährt oder beanstandete Waren zurückgenommen habe. Die Revision meint, das Berufungsgericht

habe verkannt, daß die Hoffnung, sich einen guten Kunden zu erhalten, einen Kaufmann bewegen könne, bei einem Entgegenkommen selbst Verluste hinzunehmen. Dieser Einwand geht fehl. Das Berufungsgericht hat berücksichtigt, daß die Klägerin schon mit der Gutschrift von 2487,60 DM auf jeden Gewinn aus dem in Frage stehenden Geschäft verzichtete. Wenn es meint, es sei unwahrscheinlich, daß ein Kaufmann wie die Klägerin noch zusätzlich 7316,15 DM opfere, so liegt das im Rahmen der dem Richter allein obliegenden Würdigung. Da das Berufungsgericht davon ausgeht, die Klägerin habe, ohne dazu verpflichtet zu sein, dem Beklagten bereits großzügig einen Preisnachlaß gewährt, kam es auf den Vortrag des Beklagten, daß die Klägerin in anderen Fällen ihren Kunden gegenüber Entgegenkommen gezeigt habe, nicht an.

Auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe daraus, daß nach der Bekundung der Tochter des Beklagten das Wort "endgültig" nicht gefallen sei, unzulässige Schlüsse gezogen, ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat nicht gemeint, das Wort "endgültig" habe gebraucht werden müssen. Das Berufungsgericht hat ersichtlich nur sagen wollen, wenn die Klägerin, wie der Beklagte es behauptet, ihre Auffassung plötzlich geändert und einen erheblichen Preisnachlaß bewilligt haben sollte, so könne das nicht ohne nachdrückliche Verhandlungen geschehen sein, die den Beteiligten im Gedächtnis hätten haften bleiben müssen. Da die Tochter nichts darüber habe bekunden können, daß der Preisnachlaß "endgültig" bewilligt werde, so spreche das dafür, daß solche

auffälligen Verhandlungen nicht stattgefunden hätten. Diese Würdigung ist möglich und enthält keinen Verfahrensverstoß.

Das Berufungsgericht durfte auch aus der Tatsache, daß die Parteien die angebliche endgültige Gutschrift nicht bestätigt haben, Schlüsse zum Nachteil des Beklagten ziehen. Die Revision entgegnet zu Unrecht, daß die Vereinbarung zwischen den Parteien bereits schriftlich niedergelegt worden sei. Dabei übersieht sie, daß es sich, wovon das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeht, bei den von K. verfertigten Niederschriften nicht um ein kaufmännisches Schreiben, sondern im wesentlichen nur um ein Rechenwerk auf einem Formular handelt, das offenbar gerade zur Hand war. Der zweite Teil, überschrieben mit "Zahlung", enthält dann eine Quittung über vom Beklagten bewirkte Leistungen. Daß der Beklagte, wenn er auf Grund von Verhandlungen endgültig einen so erheblichen Preisnachlaß erzielt zu haben glaubte, dieses Ergebnis durch ein eindeutiges Bestätigungsschreiben klarstellte, lag unter diesen Umständen nicht fern.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht schließlich das Schweigen des Beklagten auf das Schreiben vom 31. Dezember 1959 und den dabei übersandten Kontoauszug gegen den Beklagten verwertet. Zu Unrecht beruft die Revision sich auf den Grundsatz, wonach Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben dann nicht als Einverständnis mit dem im Bestätigungsschreiben

wiedergegebenen Vertragsinhalt ist, wenn die Bestätigung sich soweit vom vorher Abgesprochenen entfernt, daß der Bestätigende nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann. Das Berufungsgericht nimmt nicht an, daß auf Grund des Schreibens vom 31. Dezember 1959 eine Vereinbarung zustande gekommen sei. Es würdigt das Schweigen des Beklagten vielmehr nur als Beweisanzzeichen dafür, daß bei den Verhandlungen vom 4. Juli 1959 ein Preisnachlaß unter der Bedingung der Bewilligung eines gleichen Nachlasses durch den italienischen Ablader der Klägerin^{gewährt worden ist} gewährt worden ist. Diese Würdigung ist möglich und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Soweit die Revision im übrigen die gesamten Umstände anders würdigen will als das Berufungsgericht, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachenbeurteilung.

II. Der Beklagte hat ferner eingewendet, der Geschäftsführer der Klägerin habe bei einer Besprechung am 7. Juli 1960 in der Kanzlei des Rechtsanwalts W. [REDACTED] in B. [REDACTED] auf die Weiterverfolgung der damals bereits erhobenen Zahlungsklage verzichtet. Diese Behauptung sieht das Berufungsgericht nicht als erwiesen an. Es führt aus, nach der Bekundung des Zeugen W. [REDACTED] habe die Besprechung nur das Ergebnis gehabt, daß er den Geschäftsführer K. [REDACTED] der Klägerin aufgefordert habe ein genau formuliertes Vergleichsangebot zu unterbreiten. Daß der Beklagte, der sich bereits vor diesem Vergleichsvorschlag entfernt hatte, den nach Angabe des Zeugen darauf vom Geschäftsführer K. [REDACTED]

gemachten Vergleichsvorschlag oder einen Verzicht der Klägerin auf eine Weiterverfolgung der Klage angenommen habe, habe der Zeuge nicht bestätigen können.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe verkannt, daß Rechtsanwalt W. [REDACTED] als Bevollmächtigter der Beklagten die Vollmacht ^{gehabt} habe, den vom Berufungsgericht festgestellten Verzicht der Klägerin auf eine Weiterverfolgung ihrer Klage anzunehmen. Die Revision irrt indessen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Geschäftsführer Knebel einen bedingungslosen Verzicht erklärt hat. Das Berufungsgericht gibt als Bekundung des Zeugen lediglich wieder, K. [REDACTED] habe zu erkennen gegeben, daß er die von ihm eingeleitete Klage nicht weiterverfolgen werde und daß ihm nur daran gelegen sei, die Differenz in einer Art und Weise zu erledigen, bei welcher er das Gesicht wahren könnte und die keine Verbitterung hinterlassen würde. Danach sollte ein Verzicht nur im Rahmen eines Vergleiches erklärt werden. Der von Knebel nach Angabe des Zeugen W. [REDACTED] gemachte Vergleichsvorschlag ging dahin, daß die Firma des Beklagten an die Klägerin 8200 DM zahlte. Dafür sollte die Klägerin an die Firma des Beklagten eine ihr gegen eine Firma Kl. [REDACTED] zustehende Provisionsforderung bis zur Höhe von 8200 DM in Raten von jeweils 500 DM für jeden Waggon abtreten, der durch die Firma Kl. [REDACTED] an die Firma des Beklagten ausgeliefert werde.

Daß der Beklagte oder mit seiner Vollmacht der Rechtsanwalt W. diesen Vergleichsvorschlag angenommen habe, hat der Beklagte in den vorhergehenden Rechtszügen nicht behauptet. Daß das Berufungsgericht einen solchen Vortrag des Beklagten übergangen habe, rügt auch die Revision nicht.

B.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten als Entgelt für die Überlassung von Fässern den Betrag von 858 DM. Der Beklagte hat gegenüber diesem nur dem Grunde nach streitigen Anspruch eingewendet, die Klägerin habe es zu vertreten, daß er den gelieferten Wein wegen der Qualitätsmängel nicht alsbald zur Spirituosenverarbeitung habe verwenden können und der Wein deshalb in den Fässern der Klägerin lange habe lagern müssen.

Das Berufungsgericht meint, hierauf könne der Beklagte sich nicht berufen, weil seine Mängelrügen verspätet und deshalb unbegründet seien. Demgegenüber kommt die Revision nur darauf zurück, daß der Wein von mangelhafter Qualität gewesen sei.

Da der Beklagte die Fässer der Klägerin zur Lagerung genutzt hat und, wie von der Revision auch nicht in Abrede gestellt wird, nach § 354 HGB zur Zahlung des üblichen Entgelts verpflichtet ist, läuft die Einwendung des Beklagten darauf hinaus, die Klägerin sei wegen der mangelhaften Qualität des Dessertweines zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihm durch die lange Lagerung entstanden sei. Sie könne

deshalb von ihm kein Entgelt für die Überlassung der Häuser beanspruchen. Mit diesem Schadensersatzanspruch kann der Beklagte aber, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, der Klägerin^{nicht} entgegen treten. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe den angeblichen Mangel nicht unverzüglich nach der Ablieferung gerügt. Das wird von der Revision nicht angegriffen und unterliegt auch keinen rechtlichen Bedenken. Dann aber gilt die dem Beklagten gelieferte Ware nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt. Das bedeutet, daß der Beklagte gegen die Klägerin als Verkäuferin alle Rechte wegen des behaupteten Mangels der Kaufsache verloren hat.

Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel

Dr. Metzger Mormann