

Verkündet am 31. Oktober 1962
[redacted], 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 Wilhelm Z [redacted] Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung, Kohlengroßhandlung, gesetzlich vertreten durch
ihre Geschäftsführer Franz S [redacted] und Dr. Paul K [redacted], in
A [redacted], S [redacted]straße [redacted],

Beklagten und Revisionsklägerin, "

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [redacted] -

gegen

die Firma F [redacted] & van D [redacted], Kohlenimport,
Kohlengroßhandlung und Kohlenexport, oHG, gesetzlich vertre-
ten durch ihren Gesellschafter Dr. Carl F [redacted], in F [redacted],
R [redacted]straße [redacted],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 1962 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr.Haidinger sowie der Bundes-
richter Artl, Dr.Dorschel, Dr.Mezger und Dr.Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Mün-
chen vom 23. November 1960 aufgehoben, soweit
der Klage stattgegeben worden ist.

Die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkaufte Ende April 1957 von ihr einzuführende rund 30 000 to nordamerikanische Fettfeinkohle näher bestimmter Beschaffenheit an die Firma Vereinigte H. [REDACTED] Kohlenwerke in M. [REDACTED] (nachstehend: H. [REDACTED] Kohlenwerke), mit der die Beklagte in Geschäftsverbindung stand. Die H. [REDACTED]'schen Kohlenwerke verkauften die bei der Klägerin eingekaufte Menge an die Beklagte zur Lieferung in Teilmengen von je 5000 to weiter. Die letzte Teillieferung wurde für März 1958 vereinbart. Die Sendung hierfür - 4306,288 to - traf am 3. März 1958 auf dem Schiff S.S. Chios in Rotterdam ein. Sie wurde dort auf sieben Rheinkähne umgeladen und nach deutschen Flußhäfen gemäß Angabe der Beklagten verfrachtet. Zu der Schiffsladung wurde eine Analyse der Commercial Testing & Engineering Co. in Norfolk/Virginia vom 28. Februar 1958 mitgeteilt, die einen Gesamtballast von 11,81 % und einen "Free-Swelling-Index" (Koksindex) von 8 ausweist. Die Beklagte hatte den Kaufpreis sofort nach Erhalt der Rheinschiff-Konnossemente, der vom Importeur mitzuteilenden amerikanischen Analyse und der Rotterdamer Eiche zu zahlen. Sie übersandte am 11. März 1958 noch vor Ankunft der Kähne in den Bestimmungshäfen den von ihr über 370 534,62 DM ausgestellten Verrechnungsscheck zur Bezahlung des Kaufpreises an das Bankhaus M. [REDACTED], F. [REDACTED] & Co., dem die H. [REDACTED] Kohlenwerke ihre Kaufpreisforderung aus dem Abschluß bereits im Juni 1957 unter Anzeige an die Beklagte abgetreten hatten. Auf Grund einer durch die H. [REDACTED] Kohlenwerke bei Umladung der Kohlen in Rotterdam veranlaßten Untersuchung von entnommenen Proben erhob die Beklagte nach Mitteilung des Untersuchungsergeb-

nisses am 13. März 1958 Mängelrüge und stellte die Ware zur Verfügung. Sie rügte, daß die Kohlen nicht der im Lieferungsvertrag vereinbarten Analyse entsprächen, insbesondere mehr als 11 % Gesamtballast und einen Koksindex von nur 6 % aufwiesen. Sie sperrte gleichzeitig den Scheck bei ihrer Bank. Der Scheck wurde der bezogenen Bank am 13. März 1958 vorgelegt und nicht eingelöst. Das Bankhaus M■■■■, Fi■■■■ & Co. übertrug darauf die Rechte aus dem Scheck ohne Indossament mit der zugrunde liegenden Forderung an die Klägerin. Auf Scheckklage wurde die Beklagte durch Vorbehaltsurteil des Landgerichts zur Zahlung der Schecksumme nebst Zinsen verurteilt.

Im Nachverfahren stützte die Klägerin ihre Forderung auf die Übertragung der Rechte aus dem Scheck und der Kaufpreisforderung. Nachdem die Beklagte unter Vorbehalt 150 000 DM gezahlt hatte und über die zur Verfügung gestellte Kohle im Mai 1958 anderweit (durch Notverkäufe) verfügt worden war, verlangte die Klägerin mit ihren Anträgen, das Vorbehaltsurteil nur in Höhe von 222 532,22 DM nebst 6 % Zinsen von dem ursprünglichen Klagebetrage bis 6. Mai 1958 und von dem ermäßigten Betrage ab 7. Mai 1958 aufrecht zu erhalten und ferner festzustellen, daß die Beklagte keinen Rückforderungsanspruch auf die von ihr gezahlten 150 000 DM habe.

Die Parteien streiten über die Berechtigung der Wandlungseinrede der Beklagten. Die Klägerin hat behauptet, die H■■■■ Kohlenwerke hätten am 27. April 1957 von ihr ca. 30 000 to US-Feinkohle gekauft und zwar auf Grund einer näher angegebenen amerikanischen Analyse über die Beschaffenheit der Kohle, auf Grund der ame-



rikanischen Exportbedingungen und der allgemeinen Verkaufsbedingungen für ausländische feste Brennstoffe vom November 1956. In der Analyse seien der Gesamtballast der Kohle mit maximal 12 % und der Koksindex mit 8/9 angegeben. Die H. [REDACTED] Kohlenwerke hätten diesen Einkauf auf Grund eines Kaufauftrages der Beklagten vorgenommen, andererseits sei auch für die Klägerin das Deckungsgeschäft der H. [REDACTED] Kohlenwerke mit der Beklagten wesentlich gewesen. Deshalb hätten die H. [REDACTED] Kohlenwerke ihre Vereinbarungen mit der Beklagten entsprechend getroffen. Maßgebend sei hierfür das Bestätigungsschreiben der H. [REDACTED] Kohlenwerke an die Beklagte vom 30. April 1957, mit dessen Inhalt sich die Beklagte durch Mitunterzeichnung unter Hinweis auf ihr Schreiben gleichen Datums an die H. [REDACTED] Kohlenwerke einverstanden erklärt habe. Nach dieser Vereinbarung liege dem Kauf die näher bezeichnete amerikanische Analyse zugrunde. Nach dem Bestätigungsschreiben vom 30. April 1957 seien die Analysenwerte nicht garantiert, sondern nur unverbindlich zugesagt. Für die Abwicklung des Vertrages sei in diesem Schreiben besonders festgelegt und vereinbart, daß die Beschaffenheit der Ware bei der Verladung der Kohlen in den Vereinigten Staaten von Amerika durch ein neutrales, anerkanntes Laboratorium "final" also endgültig, bestimmt werde. Das sei geschehen. Danach stehe fest, daß die gelieferte Kohle vertragsgemäß sei. Das Wandlungsbegehren der Beklagten, die die Kohle in Rotterdam abgenommen habe, und ihre Wandlungseinrede seien daher unbegründet. Überdies würde nach Nr. III 2 der Verkaufsbedingungen für ausländische feste Brennstoffe, deren Verbindlichkeit von den Vertragsparteien ausdrücklich ver-

einbart worden sei, ein vom Verkäufer zu vertretender Minderwert der Ware bis zu 10 % dem Käufer unter Ausschluß der Wandlung nur das Recht zur Minderung des Kaufpreises geben. Nach diesen Bedingungen seien somit bei Abweichungen von der vereinbarten Beschaffenheit noch Toleranzen bis zu 10 % zu berücksichtigen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihrer Einwendungen gegen die Klageforderung vorgetragen, die H. [REDACTED] Kohlenwerke hätten ihr zugesichert, also garantiert, daß eine einwandfreie, ballastniedrige Kohle geliefert werde. Danach hätte der Gesamtballast der Kohle keinesfalls 12 % übersteigen dürfen, was aber tatsächlich der Fall sei. Sie, die Beklagte, habe das ausdrücklich in ihrem Bestätigungsschreiben vom 29. April 1957 verlangt und auf dieses Schreiben in ihrem Schreiben vom 30. April 1957 verwiesen, wobei sie gleichzeitig die gegenseitige Absprache dahin bestätigt habe, daß der Schwefelgehalt 1,05 % und das Mittel des Gesamtballastes 11 % nicht übersteigen dürften. Die H. [REDACTED] Kohlenwerke hätten später auch das Schreiben vom 29. April 1957 unterzeichnet und damit anerkannt, daß es die Kaufbedingungen bestimmen solle. Danach hätte die angelieferte Kohle keinesfalls mehr als 12 % Gesamtballast haben dürfen. Wenn in der Analyse vom 28. Februar 1958 ein niedrigerer Gesamtballast festgestellt worden sei, so sei diese Feststellung nicht verbindlich, da spätere Überprüfungen einen höheren Gesamtballast ergeben hätten. Auch der Koksindex der Kohle habe in Wirklichkeit weniger als 8 % betragen. Die Nr. III 2 der Verkaufsbedingungen für ausländische feste Brennstoffe sei gegenüber einer fest zugesicherten Eigenschaft nicht anzuwenden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat das Vorbehaltsurteil des Landgerichts für vorbehaltlos erklärt, im übrigen die Berufung zurückgewiesen und die Klage abgewiesen:

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die völlige Abweisung der Klage unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Antrag der Klägerin nach Befragen der Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung dahin ausgelegt, daß das auf Zahlung gehende Vorbehaltsurteil in der ursprünglichen Form bestätigt werden soll. Die Revision erhebt gegen diese Auslegung keine Rügen. Sie ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Im Streit ist daher die gesamte Urteilsursumme des Vorbehaltsurteils.

Der Scheck, welcher der Klage zugrundeliegt, ist Überbringerscheck. Er gilt als auf den Inhaber gestellt (Art.5 Abs.2 ScheckG). Nach der von der Revision ebenfalls nicht beanstandeten Auffassung des Berufungsgerichts hat das Bankhaus M■■■■, Fi■■■■ & Co. die Ansprüche aus dem Scheck auf die Klägerin mindestens durch schlüssiges Verhalten übertragen. Auch dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Die Rückgriffsansprüche aus dem Scheck gehen, obwohl es sich um einen Verrechnungsscheck handelt, nicht auf Gutschrift, sondern auf Barzahlung des Scheckbetrages (Baumbach/Hefermehl, ScheckG Art.39 Anm.4 a E).

Die Klägerin hat die Rechte aus dem Scheck erst erworben, nachdem er erfolglos vorgelegt worden war, sie war überdies beim Erwerb des Schecks bereits darüber unterrichtet, daß die Beklagte die Kohlen zur Verfügung gestellt hatte. Die Klägerin muß sich unter diesen Umständen die Einwendungen des Scheckschuldners entgegenhalten lassen, die gegen das Bankhaus M [REDACTED], Fi [REDACTED] & Co. begründet waren. Diesem gegenüber konnte sich die Beklagte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, auf eine Wandlung des Kaufvertrages berufen oder dem Anspruch das Wandlungsbegehren als Einrede entgegensetzen. Diese Einwendungen muß somit auch die Klägerin sich entgegenhalten lassen.

Das Berufungsgericht läßt ohne Rechtsirrtum dahingestellt, ob die Vertragspartnerin der Beklagten, die Firma Vereinigte H [REDACTED] Kohlenwerke, trotz der im Jahre 1957 erfolgten Abtretung ihres Kaufpreisanspruchs an das Bankhaus noch berechtigt gewesen wäre, der durch die Beklagte erklärten Wandlung des Kaufvertrages zuzustimmen; denn es entnimmt dem Schreiben der H [REDACTED] Kohlenwerke an die Beklagte vom 8. April 1958, daß erstere sich mit der Wandlung nicht einverstanden erklärt habe. Diese Auslegung des Schreibens wird von der Revision nicht angegriffen. Es kommt daher darauf an, ob die durch die Beklagte erhobene Wandlungseinrede begründet ist.

II. Bei Beurteilung dieser Frage, die das Berufungsgericht verneint, läßt es dahingestellt, ob für den Inhalt des Kaufvertrages zwischen den H [REDACTED] Kohlenwerken und der Beklagten allein das Bestätigungsschreiben der Verkäuferin vom 30. April 1957 mit dem

Bestätigungsvermerk und dem Schreiben der Beklagten vom selben Tage maßgebend ist oder ob auch das Schreiben der Beklagten vom 29. April 1957 den Inhalt des Kaufvertrages bestimmt. Wenn dieses Schreiben, so führt das Berufungsgericht aus, überhaupt Bestandteil des Vertragswerkes geworden sei, dann nur bezüglich der Analysenwerte. Dies entnimmt das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen Dr. Ki [REDACTED]. Dem Brief komme deshalb keine weitere Bedeutung zu, als daß der Kaufgegenstand durch ihn näher bestimmt worden sei. Danach habe die Beklagte US-Kokskohle mit 10-12 % Gesamtballast, max. 1.05 Schwefel und einem coke-button (Koks-Index) von 8 bis 9 gekauft. Die Beklagte habe zwar in ihrem Begleitschreiben vom 30. April 1958 erklärt, man habe sich in gegenseitiger Absprache dahin geeinigt, daß "das Mittel des Gesamtballastes 11 % nicht überschreiten darf". Die Beklagte habe jedoch die Lieferungen der ersten sechs Dampferladungen mit 11 bis 12 % Gesamtballast abgenommen und auch bei der letzten Lieferung, die mit 11,81 % Gesamtballast angekündigt worden sei, zunächst keine Einwendungen erheben, sondern den Kaufpreisscheck gegeben. Daraus ergebe sich, daß sie selbst die Lieferung mit 11 bis 12 % Gesamtballast als vertragsgemäß angesehen habe. Die im Begleitschreiben der Beklagten vom 30. April 1957 bestätigte Vereinbarung, daß das Mittel des Gesamtballastes 11 % nicht überschreiten dürfe, könne deshalb nur so verstanden werden, daß es 11 % nicht überschreiten solle, wie das auch in dem dritten Absatz des Briefes der Beklagten vom 29. April 1957 zum Ausdruck gebracht worden sei. Die nach der Aussage des Zeugen Dr. Ki [REDACTED] nach den Qualitätsangaben in diesem Brief geleistete Garantie der Verkäuferin,

daß das Vorhandensein dieser Eigenschaft zugesichert werde, könne nicht anders verstanden werden, als daß die Verkäuferin bemüht sein werde, das verlangte Mittel von 11 % des Gesamtballastes einzuhalten. Dessen Überschreitung bis zu 12 % sei aber nicht als vertragswidrig angesehen worden, wofür auch die Abwicklung der ersten sechs Teillieferungen des Vertrages spreche. Vor allem habe aber die Lieferung von Kohle mit Gesamtballast bis 12 % bei der hier im Streit stehenden Winterlieferung den vereinbarten Bedingungen entsprochen.

Diese Auslegung der von dem Berufungsgericht in Betracht gezogenen Willenserklärungen der Vertragsparteien, die das Berufungsgericht dem Kaufvertrage zugrunde gelogt hat, wird von der Revision vergeblich angegriffen.

Die Revision wendet sich mit Rügen aus § 286 ZPO gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Hirsch'schen Kohlenwerke hätten einen Gesamtballast von 10 bis 12 % zugesichert und es seien insbesondere in den Wintermonaten Lieferungen mit einem Gesamtballast bis zu 12 % zulässig gewesen, so daß bei Zugrundelegung der Werte der amerikanischen Analyse vom 28. Februar 1958 die H. Kohlenwerke sich im Rahmen des vertraglich Vereinbarten gehalten hätten. Die Revision rügt dazu, das Schreiben der Beklagten vom 30. April 1957 sei in seiner Fassung eindeutig und erlaube keine Auslegung. Die Beklagte habe in diesem Schreiben feste Bedingungen gestellt und erklärt, daß sie keine weiteren Risiken eingehen könne. Sie habe auch erklärt, daß sie die Zusicherung bestimmter Eigenschaften bindend verlange. Es sei daher nicht daran vorbeizukommen, daß

das Mittel des Gesamtballastes 11 % nicht überschreiten dürfe. Dabei könne es sich nur um das Mittel aller Lieferungen handeln. Dieses Mittel sei aber auch unter Zugrundelegung der amerikanischen Analyse vom 28. Februar 1958, die das Berufungsgericht für die Vertragsparteien als maßgeblich angesehen hat, bei der in Rede stehenden Schiffsladung überschritten. Wenn die H [REDACTED] Kohlenwerke schon zu anderen Zeiten das Recht in Anspruch genommen hätten, dieses Mittel gelegentlich zu überschreiten, so hätten sie selbst in den Wintermonaten besonders gute Kohle liefern müssen, um die Überschreitung auszugleichen und den Mittelwert zu erreichen. Die Ausstellung des Schecks könne schon deshalb keine Billigung der Kohle darstellen, weil sowohl die H [REDACTED] Kohlenwerke als auch die Beklagte sich zu dieser Zeit bereits darüber im klaren gewesen seien, daß die Kohle einer europäischen Untersuchung unterworfen werden sollte. Die Beklagte habe sich offenbar verpflichtet gefühlt, den Scheck schon vor Abschluß dieser Untersuchung auszustellen im Hinblick darauf, daß die Zahlung gegen Vorlage der Rheinschiff-Konnossemente zugesichert habe.

Entgegen der Auffassung der Revision ist jedoch kein Verfahrensfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht die Vertragspflichten der Verkäuferin wie geschehen bestimmt hat. Es zieht seine Schlüsse auf den wirklichen Inhalt der Parteiabreden aus den von ihm gewürdigten Erklärungen in Verbindung mit dem Verhalten der Beklagten bei der Abwicklung des Vertrages. Seine Erwägungen sind rechtlich zulässig und auch mit dem Wortlaut des Schreibens der Beklagten vom 30. April 1957 vereinbar.

Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch Schlüsse daraus gezogen hat, daß die Beklagte den Scheck zur Bezahlung der Kohlenlieferung in Kenntnis der amerikanischen Analyse gegeben habe, so wird auch diese Erwägung von der Revision ohne Erfolg angegriffen. Sie hat insbesondere in einem anderen noch später zu erörternden Zusammenhange gerügt, die amerikanische Analyse habe zwischen den Parteien des Kaufvertrages keine Rolle gespielt. Die Analyse habe selbst im Zeitpunkt der Wandlungserklärung der Beklagten gegenüber den H. [REDACTED] Kohlenwerken noch nicht vorgelegen. Die Beklagte hätte nach § 139 ZPO befragt, sich zum Beweise dafür, daß ihr diese Analyse erst zu einem späteren Zeitpunkt übermittelt worden sei, auf das Zeugnis des Dr. Ki. [REDACTED] bezogen. Diese Rüge geht indes daran vorbei, daß die Beklagte, wie das Berufungsgericht schon im Tatbestand des Berufungsurteils feststellt, nach den Vereinbarungen mit den H. [REDACTED] Kohlenwerken sofort nach Erhalt der Rheinschiff-Konnossemente, der amerikanischen Analyse und der Rotterdamer Eiche zu zahlen hatte. Außerdem stellt das Berufungsgericht fest, daß die Analyse vom 28. Februar 1958 zu der letzten Schiffsladung, um die es hier geht, mitgeteilt worden ist. Die Klägerin hatte unwidersprochen vorgetragen, sie habe die Analyse am 1. März 1958 vertragsgemäß den H. [REDACTED] Kohlenwerken mitgeteilt. Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet, daß ihr diese Mitteilung nicht sofort weitergegeben worden sei. Schon deshalb durfte das Berufungsgericht davon ausgehen und zu der Feststellung gelangen, daß die Beklagte den Scheck vom 11. März 1958 in Kenntnis der mitgeteilten amerikanischen Analyse ausgestellt und dem Bankhaus ausgehändigt habe. Das Berufungsge-

richt war hiernach auch nicht verpflichtet, eine nähere Erklärung oder einen Beweisantrag darüber anzuregen, wann die Beklagte die amerikanische Analyse mitgeteilt erhalten hat, zumal sie selbst auch eine Fotokopie der Analyse mit ihren Unterlagen zu den Akten gereicht hatte. Demnach hält das Berufungsgericht sich im Rahmen zulässiger Erwägungen, wenn es auch aus der Ausstellung des Schecks in Kenntnis der Analyse Schlüsse gegen die Beklagte zur Vertragsauslegung gezogen hat.

Rechtlich unbedenklich ist auch, daß das Berufungsgericht unter Verwertung des Schreibens der Beklagten vom 29. April 1958 es als zulässig angesehen hat, wenn bei der Winterlieferung, um die es sich hier handelt, Kohle mit einem Gesamtballast bis zu 12 % geliefert wurde. Dabei kann der Revision eingeräumt werden, daß es sich nach dem Sinn der gewürdigten Erklärungen der Beklagten in deren Schreiben vom 30. April 1957 um das Mittel aller Lieferungen auf Grund des Kaufvertrages über 30 000 to US-Fettkohle handeln sollte. Wenn die Beklagte es aber hingenommen hat, daß dieses Mittel bereits durch die vorausgehenden sechs Schiffssendungen überschritten wurde und insgesamt mehr als 11 % Gesamtballast bei diesen Lieferungen festzustellen war, so ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht die Beklagte für verpflichtet angesehen hat, dessen ungeachtet bei der hier umstrittenen Sendung einen Gesamtballast von 11,81 % hinzunehmen. Denn die Beklagte muß sich nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen, daß sie sich in ihrem Schreiben vom 29. April 1957 damit einverstanden erklärt hat, wenn in den Wintermonaten die Höchstgrenze von 12 % Gesamtballast erreicht wird. Die Beklagte kann sich unter

diesen Umständen bei der Feststellung ihrer Rechte unter Zugrundelegung ihres Schreibens vom 30. April 1958 nicht daran klammern, daß sie darin die Absprache bestätigt hat, das Mittel des Gesamtballastes dürfe 11 % nicht überschreiten. Bei der Bestimmung der Vertragspflichten nach Treu und Glauben durfte das Berufungsgericht vielmehr auch die Erklärung der Beklagten im Schreiben vom 29. April 1957 heranziehen, zumal gerade die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit den Standpunkt vertreten hat, daß auch dieses Schreiben Vertragsbestandteil geworden sei. Außerdem hat das Berufungsgericht auch in rechtlich zulässiger Weise aus der Hingabe des Schecks in Kenntnis der Analyse vom 28. Februar 1958 geschlossen, daß die Beklagte einen Gesamtballast von 11,81 % als vertragsgemäß angesehen hat. Hiernach kann die Revision nicht mit der Auffassung durchdringen, das Berufungsgericht habe sich bei der Bestimmung der Käuferrechte der Beklagten über den Wortlaut der im Schreiben vom 30. April 1958 bestätigten Vereinbarung hinweggesetzt und die Beklagte sei hinsichtlich der letzten Sendung schon deshalb zur Wandlung berechtigt gewesen, weil sie nach der amerikanischen Analyse einen Gesamtballast von 11,81 % aufweise.

III. Mit weiteren Rügen macht die Revision geltend, der Gesamtballast der Kohle habe in Wirklichkeit mehr als 12 % betragen. Der Koksindex habe zwar nicht nach der amerikanischen Analyse vom 28. Februar 1958 jedoch nach späteren Feststellungen erheblich unter 8 gelegen.

Das Berufungsgericht ist den Beweisen für diese Behauptungen der Beklagten deshalb nicht nachgegangen, weil es der Auffassung ist, daß die Vertragsparteien

sich in der Kaufvereinbarung für die Abwicklung des Vertrages auf die bei der Verladung der Kohlen in USA festzustellende Analyse als für sie verbindlich und maßgeblich geeinigt hätten. Das Berufungsgericht schließt aus der Korrespondenz über den Vertragsschluß, auch die in dem Bestätigungsschreiben der Verkäuferin vom 30. April 1958 enthaltene Bestimmung über die Feststellung der Analyse sei Vertragsinhalt geworden. Diese Bestimmung lautet:

"Die Feststellung der Analyse erfolgt bei Verladung der Kohlen in USA durch ein neutrales, anerkanntes Laboratorium, zu Lasten des Verkäufers. Diese Analyse ist final.

Der Verkäufer verpflichtet sich, die in USA erhobenen Analysenwerte sofort nach Erhalt dem Käufer fernschriftlich mitzuteilen. Er ist weiterhin verpflichtet, das Analysenzertifikat in Fotokopie dem Käufer umgehend nach Erhalt zu übergeben."

Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben sich die Vertragsparteien hiermit dahin geeinigt, daß die Analyse für beide Parteien verbindlich und endgültig festgestellt werde. Es handle sich dabei um ein Schiedsgutachten, auf das die Vorschriften der §§ 317 ff BGB entsprechend anzuwenden seien. Das hierdurch vereinbarte Analysenzeugnis könne grundsätzlich nicht durch andere Beweismittel widerlegt werden, sondern gemäß § 319 BGB nur mit der Begründung angegriffen werden, daß das in ihm zu erblickende Gutachten offenbar unbillig sei.

Diese Auslegung des Vertragswerks und ihre rechtliche Beurteilung werden von der Revision ebenfalls vergeblich angegriffen.

1. Die Revision meint, die Auslegung des Satzes "Diese Analyse ist final" sei rechtlich nicht halt-

bar. Hierfür spreche zwar, daß die Analyse als final bezeichnet ist, doch stehe die Auslegung des Berufungsgerichts im Widerspruch zum Inhalt des übrigen Textes.

Dem Berufungsgericht ist jedoch nicht vorzuwerfen, daß es einen solchen Widerspruch nicht erkannt habe. Er ist dem Vertragswerk nicht zu entnehmen. Wenn in dem genannten Schreiben zuvor die Analysendaten der verkauften Kohle angegeben und als nachstehend unverbindlich, aber zuverlässige amerikanische Analyse bezeichnet sind, so handelt es sich dabei offensichtlich um die Qualitätsbezeichnung des Kaufgegenstandes. Die als "final" bezeichnete Analyse sollte dagegen die Abwicklung des Vertrages, also die Vertragsmäßigkeit der Lieferung bestimmen. Sie sollte erst bei der Verladung der Ware erstellt werden. Danach besteht kein Widerspruch zwischen der von der Verkäuferin als unverbindlich bezeichneten Analyse und der für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit der Lieferung zu erstellenden Analyse. Der Auffassung der Revision wegen einer Widersprüchlichkeit zwischen den Worten "unverbindlich" und "final" müsse mindestens der Teil des Textes des Schreibens, der die Analyse betreffe, als nicht existent betrachtet werden, kann daher nicht zugestimmt werden.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe das Schreiben der Beklagten vom 30. April 1957 nicht ausreichend gewürdigt, dem Schreiben sei zu entnehmen, daß die Beklagte keine weiteren Risiken habe eingehen wollen. Es liege auf der Hand, daß gerade in der Anerkennung eines amerikanischen Schiedsgutachtens über die Qualität der Kohle ein solches weiteres Risiko gelegen hätte, zumal die Auswahl der Person des

Gutachters dem Verkäufer überlassen gewesen wäre und die Beklagte weder die Gewähr dafür gehabt hätte, daß ein zuverlässiger Gutachter bestellt würde, noch dafür, daß das Gutachten exakt erstellt werde. Mit diesen und den weiteren hiermit in Zusammenhang stehenden Ausführungen (Rev.Begr. S.6, 7, 8) versucht die Revision, ihre Auslegung des Vertrages an die Stelle der Auslegung des Berufungsgerichts zu setzen. Das ist nicht zulässig. Da es sich, wie die Revision ersichtlich nicht verkennet, um die Auslegung eines Individualvertrages handelt, sind Angriffe gegen die Auslegung nur im Rahmen der hierfür der Revision gezogenen Grenzen zulässig. Die Auslegung wäre nämlich nur dann angreifbar, wenn die Auslegung des Tatrichters unmöglich wäre, weil sie den Denkgesetzen oder der Lebenserfahrung widerspräche oder wenn sie unter Verletzung von Auslegungsregeln oder unter Außerachtlassung von wesentlichen Teilen des Verhandlungsstoffes zustande gekommen wäre. Einen derartigen Verstoß gegen die Auslegung hat die Revision indes nicht dargetan. Es ist insbesondere auch kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß das Berufungsgericht den Inhalt des Schreibens vom 30. April 1957 nicht ausreichend gewürdigt habe. Die Zusicherung von Eigenschaften der zu liefernden Kohle spricht entgegen der Ansicht der Revision keineswegs eindeutig gegen die Auffassung des Berufungsgerichts. Es ist vielmehr auch im Falle der Zusicherung von Eigenschaften beim Weiterverkauf noch einzuführender Kohle durchaus sinnvoll, wenn die Vertragsparteien vereinbaren, daß die Beschaffenheit der Ware durch ein neutrales, anerkanntes Laboratorium bei der Verladung der Kohle im Exportland festgestellt werden und die Käuferin an diese Feststellung gebunden sein soll.

3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, den Briefen der Beklagten vom 29. und 30. April 1957 könne nicht entnommen werden, daß die Beklagte der Bestimmung unter Nr.3 der besonderen Vertragspunkte für die Abwicklung des Vertrages sich nicht habe unterwerfen wollen, ist auch aus sonstigen Gründen rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Landgericht hatte der Aussage des Zeugen L [REDACTED], er habe der Beklagten objektive Analysenwerte zusichern wollen, entnommen, daß damit die Verbindlichkeit der US-Analyse entfallen sei. Demgegenüber führt das Berufungsgericht aus, der Zeuge habe bei seiner Vereidigung gerade diesen Teil seiner Aussage widerrufen und unter Vorlage der ersten fernschriftlichen Bestätigung der Bestellung durch die Beklagte vom 25. April 1957 darauf hingewiesen, daß die Beklagte selbst von der amerikanischen Analyse ausgegangen sei. Bei den weiteren Verhandlungen sei dann gar nicht mehr davon gesprochen worden, ob es sich bei den zugesicherten Analysenwerten um amerikanische, holländische oder deutsche handelte. Die Beklagte habe also auch dem nicht widersprochen, daß die Feststellung der Analysenwerte nach Nr.3 des Bestätigungsschreibens der H [REDACTED] Kohlenwerke vom 30. April 1957 bei der Verladung im US Verschiffungshafen durch ein neutrales, anerkanntes Laboratorium zu Lasten des Verkäufers erfolgen und daß diese Analyse final sein sollte. Die Vereinbarung sei damit Vertragsinhalt geworden.

Die Revision wendet sich gegen diese Erwägungen des Berufungsgerichts und meint, die Bekundung des Zeugen bei seiner Vereidigung, es sei ursprünglich von amerikanischer Analyse und später von Kontrollanalysen

überhaupt nicht mehr die Rede gewesen, stehe keineswegs im Gegensatz zu seiner Aussage vom 17. Oktober 1958; seine Bekundung, die H. [REDACTED] Kohlenwerke hätten keine amerikanische und keine deutsche, sondern objektive Werte garantiert, beweiße vielmehr, daß nach Auffassung der H. [REDACTED] Kohlenwerke der Vertragspunkt "Verbindlichkeit der amerikanischen Analyse" fallen gelassen worden sei. Es sei unstreitig, daß ursprünglich die Verbindlichkeit der amerikanischen Analyse vorgesehen gewesen sei. In den entscheidenden Verhandlungen (Besprechung am 30. April und Schreiben vom 29. und 30. April 1957) habe die Beklagte aber feste Zusicherungen verlangt und darüber hinausgehende Risiken abgelehnt. Daraus habe man bei den H. [REDACTED] Kohlenwerken geschlossen, wie L. [REDACTED] ausgesagt habe, daß objektive, d.h. richtige Werte, maßgeblich sein sollten. Sei man bei den H. [REDACTED] Kohlenwerken der Ansicht gewesen, daß die Beklagte die Zusicherung objektiver Werte verlangt habe, so könne es nicht mehr interessieren, wie das Berufungsgericht die Erklärung der Parteien verstanden hätte.

Auch diese Ausführungen der Revision sind nicht geeignet, die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klausel Nr.3 des Schreibens vom 30. April 1957 über die Feststellung der Analyse sei Vertragsinhalt geworden, und seine Auffassung über die Bedeutung dieser Klausel zu erschüttern. Die wiederholten Hinweise der Revision auf die angebliche Zusicherung objektiver Werte gehen daran vorbei, daß eine derartige Zusicherung die Vertragsverpflichtung des Verkäufers betrifft, während es sich bei der aus Nr.3 des Schreibens vom 30. April 1957 vom Berufungsgericht entnommenen Ver-

einbarung um die Feststellung der Eigenschaften der Kohle bei der Verladung im US-Verschiffungshafen und ihre Verbindlichkeit für die Feststellung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung handelt. Die Annahme des Berufungsgerichts, es seien bestimmte Eigenschaften der zu liefernden Kohle (objektiv) zugesichert worden, steht auch unter diesem Gesichtspunkt nicht der Annahme entgegen, daß auch die Vereinbarung über die Feststellung der Eigenschaften der verladenen Kohle Vertragsinhalt geworden ist. Wenn die Beklagte die Zusicherung bestimmter, also objektiver Werte, verlangt hat, so ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch daraus noch nicht, daß nach Auffassung der H. Kohlenwerke und der Beklagten die Klausel über die endgültige Feststellung der Analysenwerte bei der Verladung der Kohlen zum Zwecke des Exportes für die Vertragsmäßigkeit der Lieferung keine verbindliche Geltung haben sollte. Deshalb brauchte das Berufungsgericht auch nicht dem Beweisangebot der Beklagten in dem Schriftsatz vom 15. April 1959 nachzugehen, mit dem die Beklagte durch Benennung des Zeugen De. unter Beweis gestellt hat, sie habe ausdrücklich von der Verkäuferin die Zusicherung objektiver Werte verlangt und erhalten. § 286 ZPO ist auch insoweit nicht verletzt. Die Bemerkung in dem Schreiben der Beklagten vom 30. April 1957, sie könne weitergehende Risiken mit dem besten Willen nicht eingehen, bringt, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, nicht erkennbar zum Ausdruck, sie habe hiermit auch die Bedingung über die endgültige (finale) Feststellung der Eigenschaften der zu liefernden Kohle abgelehnt. Es ist daher kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht diese Bemerkung der Beklagten nicht im Sinne der Auffassung der Revision gewürdigt hat.

4. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die H. Kohlenwerke sich gegenüber der Beklagten niemals auf die Verbindlichkeit der amerikanischen Analyse berufen hätten, sondern sofort bereit gewesen seien, europäische Kontrollgutachten einholen zu lassen. Für die H. Kohlenwerke wäre es nach Ansicht der Revision sicherlich am einfachsten gewesen, gegenüber der Beklagten auf der Verbindlichkeit der amerikanischen Analyse zu bestehen. Das Verhalten der H. Kohlenwerke spreche daher ebenfalls für deren Auffassung, daß die Beklagte an die amerikanische Analyse nicht gebunden sei. Auch diese Erwägung greift nicht durch. Denn das von der Revision behauptete Verhalten spricht jedenfalls nicht zwingend für die Auslegung des Vertrages in ihrem Sinne. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt übersehen habe, zumal sich die Beklagte in dem Rechtsstreit auch auf das von der Revision angeführte Verhalten der H. Kohlenwerke bezogen hatte. Unter diesen Umständen ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht dem Verhalten der H. Kohlenwerke bei der Auslegung der Vereinbarung über die Maßgeblichkeit der bei der Verladung der Kohle in USA zu erstellenden Analyse kein Gewicht beigelegt hat.

5. Die Revision erhebt ferner den Vorwurf, das Berufungsgericht habe übersehen, daß in dem Schreiben der Beklagten vom 30. April 1957 die amerikanische Analyse überhaupt nicht mehr erwähnt und die Bezahlung allein gegen Vorlage der Rheinschiff-Konnossemente zugesichert sei. Daraus sei der Schluß zu ziehen, daß die Beklagte, weil sie am 30. April 1957 bei der abweichenden For-

mulierung ihrer endgültigen Bedingungen auf Grund der Besprechung mit Dr. Ki [REDACTED] vom selben Tage die amerikanische Analyse zur Feststellung der Eigenschaften der verladenen Kohle nicht mehr als verbindlich habe gelten lassen wollen, auch nicht mehr die Bezahlung von der Vorlage der amerikanischen Analyse abhängig gemacht habe. Diese Erwägungen der Revision sind jedoch nicht zwingend. Sie kann hiermit auch schon deshalb nicht gehört werden, weil das Berufungsgericht im Tatbestand des Berufungsurteils als unstreitig festgestellt hat, daß die Beklagte nach den Vereinbarungen mit den H [REDACTED] Kohlenwerken sofort nach Erhalt der Rheinschiff-Konnossemente, der amerikanischen Analyse und der Rotterdamer Eiche zu zahlen hatte. Es ist daher nicht möglich, bei der Beurteilung der vorstehenden Revisionsrüge davon auszugehen, daß diese Bedingung im Schreiben der Klägerin vom 30. April 1958 auf Grund der mündlichen Verhandlungen fallen gelassen worden sei. Außerdem kommt entgegen der Auffassung der Revision eine derartige Änderung der Vertragspunkte, die eine Erweiterung der Verpflichtungen der Beklagten hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises enthalten würde, durch ihr Schreiben vom 30. April 1957 keineswegs zum Ausdruck.

Aus diesen Gründen kann die Revision mit ihren Rügen gegen die Auslegung der Vereinbarung über die Feststellung der Analyse und ihre Verbindlichkeit nicht durchdringen.

6. Die Revision rügt ferner, die Vertragsparteien hätten sich selbst in dem Falle, daß sie sich ursprünglich auf ein amerikanisches Gutachten geeinigt hätten, doch jedenfalls dann als Zweifel hinsichtlich der Lie-

ferung aus dem Dampfer Chios aufgetaucht seien, dahin verständigt, Analysen durch holländische Kontrollfirmen fertigen zu lassen. Sie seien sich also einig gewesen, daß die Frage der Mangelhaftigkeit der Kohle auf Grund von in Europa erstellten Analysen geprüft werden müßte. Damit sei die Frage der "Finalität" der amerikanischen Analyse im Verhältnis der H [REDACTED] Kohlenwerke zur Beklagten gegenstandslos gewesen.

Auch diese Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat keineswegs, wie die Revision meint, den Fall so entschieden, als ob die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den H [REDACTED] Kohlenwerken und der Beklagten ohne Bedeutung wäre, und es hat sie auch nicht mißachtet. Es hat vielmehr im Gegenteil deutlich auf diese Vertragsbeziehungen abgestellt und auch geprüft, ob die H [REDACTED] Kohlenwerke sich etwa mit der Wandlung des Kaufvertrages einverstanden erklärt haben. Ihm ist aber auch nicht vorzuwerfen, daß es Vorbringen der Beklagten übersehen habe, wonach die H [REDACTED] Kohlenwerke eine Feststellung der Mängel nach der Ankunft der Kohle in Europa veranlaßt und sich hierüber mit der Beklagten verständigt hätten. Daraus ergibt sich aber entgegen der Ansicht der Revision noch keine Änderung des Kaufvertrages. Denn die Nachprüfung konnte auch bei "Finalität" der amerikanischen Analyse einen Sinn haben, nämlich eine Feststellung zu ermöglichen, ob ein aliud geliefert würde oder ob etwa die Voraussetzungen des § 319 BGB vorliegen.

IV. Dem Berufungsgericht ist infolgedessen darin beizutreten, daß die im amerikanischen Verschiffungshafen

festgestellte Analyse für die Abwicklung des Vertrages als Schiedsgutachten maßgebend sein sollte. Daraus folgt, daß es einer Nachprüfung auf seine Richtigkeit nicht schlechthin unterliegt. Angreifbar sind die in der Analyse getroffenen Feststellungen vielmehr nur, wenn und insoweit sie offenbar unrichtig sind. Die Unrichtigkeit braucht sich aber nicht aus der Analyse selbst zu ergeben, vielmehr ist auch eine Beweisführung zulässig, immer aber muß das Ergebnis der Beweisaufnahme derartig sein, daß die Unrichtigkeit der angegriffenen Feststellung auf deren Zeitpunkt gesehen klar in die Augen springt (vgl. RGZ WarnRspr 1911 Nr.319; RG LZ 1916 Sp.675). Deshalb können die nach Ankunft der Kohle in Europa eingeholten weiteren Gutachten über ihre Beschaffenheit nicht ohne weiteres als unerheblich angesehen werden. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich auf Grund der späteren Untersuchungen der Kohle feststellen läßt, daß die Analyse vom 28. Februar 1958 als grob irrtümlich und daher als offenbar unrichtig zu erachten ist. Das Berufungsgericht verneint dies mit einer Begründung, die Bedenken in der Richtung erweckt, ob das Berufungsgericht die rechtlichen Möglichkeiten, die Analyse anzugreifen, voll erkannt hat. Die Begründung ist aber jedenfalls unzureichend. Das Berufungsgericht führt nämlich zur Nachprüfbarkeit der Analyse aus:

Ein Schiedsgutachten sei nur dann offenbar unbillig im Sinne des § 319 BGB, wenn es in so hohem Maße unbillig und unrichtig ist, daß sich die Fehlerhaftigkeit einem Sachkundigen auf den ersten Blick aufdränge. Das sei hier jedoch nicht der Fall. Das Analysenzeugnis sei in der für solche Fälle üblichen Form erstellt. Kein Anhalt bestehe dafür, daß bei der Ziehung der zur Unter-

suchung verwendeten Kohlenproben oder bei der Untersuchung selbst Fehler gemacht worden wären.

Daß nach der Ankunft der Kohlen in Europa eingeholte weitere Gutachten andere Ergebnisse gehabt hätten, sei unerheblich. Abweichende Untersuchungsergebnisse werde es in solchen Fällen immer geben. Die darin liegende Ursache für einen Streit über die Beschaffenheit der gelieferten Kohle habe gerade durch die Vereinbarung über die Verbindlichkeit der bei der Verschiffung erstellten Analyse ausgeschaltet werden sollen. Diese Vereinbarung würde ihren Sinn verlieren, wenn die vertragsgemäß erholte Analyse im Streitfall durch neue Gutachten widerlegt werden könnte.

Es ist zwar richtig, daß durch die Vereinbarung über die zu erstellende Analyse Streit vermieden werden sollte. Daraus folgt aber noch nicht, daß schon aus diesem Grunde die späteren Untersuchungen außer Betracht bleiben müssen. Die Bestimmung des § 319 Abs.1 Satz 1 kann zwar durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Es ist auch denkbar, daß die Vertragsparteien sich im voraus einer möglicherweise sich als offenbar unrichtig herausstellenden Feststellung unterwerfen wollen. Eine solche Vereinbarung hat indes das Berufungsgericht nicht angenommen. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, daß schon ihr Zweck es rechtfertige, die späteren Feststellungen, aus denen sich die offenbare Unrichtigkeit der Analyse ergeben könnte, noch zu berücksichtigen. Die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, es werde in solchen Fällen abweichende Untersuchungsergebnisse immer geben, ist ebenfalls nicht geeignet, seine Entscheidung zu tragen. Denn damit allein

ist nicht ausreichend gerechtfertigt, daß das Berufungsgericht sich mit dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dr. U. [REDACTED] vom 24. Oktober 1959 und den von ihm behandelten Untersuchungsergebnissen nicht näher auseinandergesetzt hat. Das Berufungsgericht hätte vielmehr prüfen und im einzelnen darlegen müssen, ob dieses Gutachten im Zusammenhang mit den von ihm beurteilten Erhebungen die Behauptung der Beklagten zu beweisen vermag, daß sich daraus die offenbare Unrichtigkeit der Feststellungen über den Gesamtballast und den Koksindex in der Analyse vom 28. Februar 1958 ergibt. Dieser Aufgabe hat sich das Berufungsgericht mit seiner allgemeinen Bemerkung über die Möglichkeit abweichender Untersuchungsergebnisse in solchen Fällen und seine weitere Erwägung über die Bedeutung der erhobenen Analyse jedenfalls nicht ausreichend unterzogen. Das Revisionsgericht ist aber von sich aus nicht in der Lage, selbst die erforderliche Prüfung vorzunehmen. Es mag zwar manches dafür sprechen, daß spätere Feststellungen des Gesamtballastes nicht geeignet sind, den Beweis dafür zu liefern, die Analyse vom 28. Februar 1958 sei insoweit offenbar unrichtig. Denn die Höhe des Gesamtballastes wird auch durch die Feuchtigkeit der Kohle bestimmt, die noch nach der Verschiffung der Kohle äußeren Einflüssen unterworfen ist. Es ist jedoch nicht ohne weiteres zu erklären, warum bei den späteren Untersuchungen ein viel niedrigerer Koksindex festgestellt worden ist. Mindestens insoweit bedarf es einer näheren tatrichterlichen Feststellung und Beurteilung der anderen Untersuchungsergebnisse. Aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit es der Klage stattgegeben hat.

Da für die Sache weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, ist sie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen worden, da sie von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt.

Dr.Haidinger Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner