

VIII ZR 222/62

2233 021

Verkündet
am 18. Dezember 1963
Wüst,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des unter der Firma Heinrich K [REDACTED], Bauunternehmung,
handelnden Bauunternehmers Wilhelm K [REDACTED] in C [REDACTED]
[REDACTED]/W [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den unter der Firma V [REDACTED] & F [REDACTED], Bau- und Wegebau-
stoff-Großhandlung, klagenden Kaufmann Hans V [REDACTED]
in M [REDACTED]/W [REDACTED], H [REDACTED]weg Nr. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 18. Dezember 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom
9. Juli 1962 wird auf Kosten des Beklagten zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte bestellte im Jahre 1960 bei seinen Verhandlungen mit dem Prokuristen Sch[REDACTED] der Klägerin mündlich Verblendersteine. Sie sollten bei dem Sonderwohnungsbauprogramm M[REDACTED]/G[REDACTED], bei dem der Beklagte als Bauunternehmer eingesetzt war, verwendet werden. Der Kläger bestätigte die Bestellung durch folgendes Schreiben vom 16. Juli 1960:

"Wir bestätigen ... den uns ... erteilten Auftrag auf Lieferung von ca. 100 bis 120.000 Stck. besandeten Verblendern, holländisches Format, Fabrik ab Baukamp zum Preise von DM 125 je 1.000 Stck. frei Lastzug Baustelle Sonderwohnungsbauprogramm M[REDACTED]-G[REDACTED]. Für die Lieferung gelten die Ihnen bekannten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen ...".

Nachdem ein Teil der Steine geliefert worden war, übersandte der Kläger dem Beklagten Rechnungen vom 12. und 20. Juli, 16. August und 26. September 1960 über zusammen 5 162,50 DM und vom 9. und 17. September 1960 über zusammen 2 187,50 DM. Diese Rechnungsbeträge, deren Zahlung der Beklagte verweigerte sowie noch offenstehende Beträge aus anderen Rechnungen (aus der Zeit vom 14. Juni bis 17. Oktober 1960) klagte der Kläger ein. Nach Ermäßigung der Klage verlangte er zuletzt 10 202,36 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten wegen der Hauptforderung nach Klageantrag und wies lediglich einen Teil des Zinsanspruches ab. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Der Beklagte hat hinsichtlich der Lieferungen vom 9. und 17. September 1960 (im ganzen 17 500 Steine) Wandlung des Kaufvertrages verlangt, weil diese Steine in der Farbe von dem vertragsgemäßen Muster abgewichen seien. Außerdem hat er mit einem Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den er damit begründet, er habe 13 500 Steine im Vertrauen darauf, daß sie mustergerecht seien (wegen der bei der Lieferung noch vorhandenen Feuchtigkeit seien genaue Feststellungen hinsichtlich der Farbtönung nicht möglich gewesen), eingebaut und wieder herausreißen müssen. Er hat demgemäß Kürzung der Klagerechnung um einen Betrag von 2 363,50 DM (Kaufpreis der zur Verfügung gestellten Steine zuzüglich Abladekosten in Höhe von 175 DM) und einen Betrag von 9 109,98 DM (Schadensersatz wegen Auswechslung der eingebauten Steine) verlangt. Das Berufungsgericht hat diese beiden Einwendungen ohne Rechtsirrtum nicht durchgreifen lassen.

2. Das Berufungsgericht hat zunächst geprüft, ob die Klägerin etwa eine Garantie dafür übernommen hatte, daß die Steine in der Farbtönung genau mit dem Muster übereinstimmen. Den dem Beklagten obliegenden Nachweis für eine derartige Abrede hat es indes nicht als geführt erachtet. Es gelangt ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis, daß die Parteien allenfalls einen Kauf nach Probe abgeschlossen haben, bei dem die Lieferung nur im wesentlichen mit dem Muster übereinzustimmen braucht. Die Revision hat hiergegen keine Angriffe erhoben.

3. Das Berufungsgericht nimmt ferner an, daß der Beklagte den ihm obliegenden Nachweis für eine probewidrige Lieferung nicht erbracht hat. Es bezieht sich auf das im Beweissicherungsverfahren (7 O 261/60) eingeholte Sachverständigengut-

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



achten, dessen Ausführungen es sich zu eigen macht. Es vertritt demgemäß den Standpunkt, daß bei den vom Beklagten bestellten holländischen Steinen eine genaue Übereinstimmung der Lieferung mit dem Muster und der Steine untereinander weder dann erzielt werden kann, wenn die Lieferungen aus einem Brande stammen, noch dann, wenn sie aus verschiedenen Bränden kommen. Es entnimmt dem Sachverständigengutachten, daß der Verkehr gewisse Abweichungen der Steine in der Farbtonung hinnimmt, weil der Bauunternehmer in der Regel die Möglichkeit habe, durch entsprechendes Sortieren der Steine an dem Bauwerk ein harmonisches Farbbild zu erzielen. Den Nachweis dafür, daß die Lieferungen vom 9. und 17. September 1960 in der hier maßgeblichen Weise von dem Muster abgewichen seien, hält es mit dem Sachverständigen unter diesen Umständen nicht für erbracht. Die von der Revision in sachlicher Hinsicht nicht angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts, die auch keinen Rechtsirrtum erkennen lassen, bekämpft die Revision vergeblich mit Verfahrensrügen.

a) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe einen Antrag des Beklagten übergangen, ein Ergänzungsgutachten einzuholen. Dieses Ergänzungsgutachten sei notwendig gewesen, weil das Gutachten des Sachverständigen Kr. [REDACTED] vom Berufungsgericht mißverstanden worden sei. In dem Gutachten, so führt sie aus, sei nämlich nicht beachtet, daß es dem Beklagten nicht möglich gewesen sei, das Austrocknen der Steine abzuwarten, um dann ein Aussortieren vorzunehmen.

Das Berufungsgericht hat zu dem Beweisantrag des Beklagten eingehend Stellung genommen. Es hat dem Gutachten entnommen, daß der Sachverständige Kr. [REDACTED] sein Urteil, eine Probedirigkeit der Lieferungen lasse sich nicht nachweisen, unabhängig davon abgegeben hat, ob der Beklagte auch tatsächlich in der Lage war, ein Sortieren der Steine vorzunehmen. Hierin liegt weder eine Verkennung des vom

Sachverständigen ausgesprochenen Gedankenganges, noch ist dem Sachverständigen selbst ein Denkfehler unterlaufen. Denn es ist durchaus folgerichtig, wenn, wie der Sachverständige darlegt, der Verkehr Farbunterschiede schon deshalb hinnimmt, weil die Steine im Regelfalle aussortiert werden können und sortiert zu werden pflegen. Um einen solchen Brauch zu begründen, genügt es, daß der Lieferant mit dieser Übung rechnen darf. Es braucht demnach nicht, wie die Revision meint, darauf abgestellt zu werden, ob der Bauunternehmer im Einzelfalle eine solche Sortierung vornimmt oder überhaupt dazu in der Lage ist. Es ist daher kein Verfahrensverstoß, wenn das Berufungsgericht von der Einholung eines Ergänzungsgutachtens abgesehen hat.

b) Unbegründet ist auch die Rüge, das Berufungsgericht hätte auf den Antrag des Beklagten, ein Ergänzungsgutachten einzuholen, zumindest den Sachverständigen Kr. [REDACTED] zur mündlichen Verhandlung laden müssen, damit die Parteien ihm die forderlichen Fragen hätten stellen können. Es hätte nur dann eine Verpflichtung des Berufungsgerichts bestanden, den Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung zu laden, wenn der Beklagte einen entsprechenden Antrag gestellt hätte (§§ 397, 406, 411 ZPO; BGHZ 6, 398, 401; Baumbach/Lauterbach ZPO 27. Aufl. § 411 Anm. 4).

c) Weiterhin vergebens rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag des Beklagten übergangen, den Ingenieur Ma. [REDACTED] darüber zu vernehmen, daß der Beklagte am 28. Oktober 1960, um die Lieferung der restlichen Steine zu erreichen, dem Kläger zugesagt habe, er werde die streitigen Rechnungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Zug um Zug gegen die weiteren Lieferungen bezahlen. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht den Beweisantrag übersehen hätte. Es konnte ihn aber als unerheblich betrachten. Die Revision will aus dem Verhalten des Klägers, der trotz der Zusage des Beklagten nicht ge-

liefert hat, den Schluß gezogen haben, daß der Kläger eben keine mustergerechten Steine zur Verfügung gehabt habe. Eine solche Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend, weil der Kläger auch andere Gründe dafür gehabt haben kann, die Lieferung an den Beklagten einzustellen.

Das ebenfalls als übergangen gerügte Schreiben des Beklagten vom 28. Oktober 1960 enthält eine dem erörterten Beweisthema entsprechende Darstellung der Verhandlungen der Parteien vom 28. Oktober 1960. Das Berufungsgericht war daher nicht gezwungen, aus diesem Schreiben den von der Revision für richtig gehaltenen Schluß zu ziehen. Auch diese Rüge erweist sich also als unbegründet.

II.

1. Der Beklagte hatte ferner geltend gemacht, daß ihm durch den Verzug des Klägers mit den noch ausstehenden Lieferungen ein Schaden in Höhe von 5 320,07 DM entstanden sei. Er ist der Ansicht, der Kläger habe diesen Verzugsschaden zu ersetzen. Er hat daher auch mit einem Schadensersatz in Höhe des angegebenen Betrages gegen die Klageforderung aufgerechnet. Das Berufungsgericht sieht die Aufrechnung als unzulässig an, weil sie durch § 7 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Klägers ausgeschlossen sei, der bestimmt, daß der Käufer auf die Aufrechnung von Gegenansprüchen jeder Art verzichtet. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Klägers sind nach Ansicht des Berufungsgerichts Vertragsinhalt geworden, weil der Kläger in dem Bestätigungsschreiben vom 16. Juli 1960 darauf Bezug genommen und der Beklagte diesem Schreiben nicht widersprochen habe.

Die Revision vertritt unter Bezugnahme auf Krause (BB 1952, 997) die Ansicht, der Kaufvertrag sei in dem Zeitpunkt, in dem der Kläger ihn durch das Schreiben vom 16. Juli 1960 bestätigt habe, bereits abgeschlossen gewesen, und es habe für den Kläger keine Berechtigung zu der Annahme bestanden, der Beklagte werde sich mit einer nachträglichen Änderung des Kaufvertrages einverstanden erklären. Wie die Revision nicht verkennt, handelt es sich bei dem Schreiben des Klägers vom 16. Juli 1960 um ein echtes Bestätigungsschreiben nach vorangegangenen mündlichen Vertragsverhandlungen. Es finden somit die Grundsätze Anwendung, die die Rechtsprechung hinsichtlich der Auswirkung von Bestätigungsschreiben auf die Vertragsgestaltung entwickelt hat (vgl. insbesondere BGHZ 7, 190). Von diesen Grundsätzen abzugehen, geben dem Senat auch die Ausführungen von Krause (aaO) keinen Anlaß. Danach gilt das Verhalten des Beklagten, der dem Bestätigungsschreiben nicht widersprochen hat, als Zustimmung zu dessen Inhalt. Diese stillschweigende Genehmigung des Bestätigungsschreibens umfaßt auch die in Bezug genommenen Geschäftsbedingungen ohne Rücksicht darauf, daß diese dem Schreiben nicht beigelegt und dem Kläger möglicherweise auch nicht bekannt waren.

Nur dann, wenn der Inhalt eines Bestätigungsschreibens von dem mündlich Vereinbarten so erheblich abweicht, daß der Verfasser des Bestätigungsschreibens nach Treu und Glauben unmöglich annehmen kann, der Vertragspartner sei mit diesen Abweichungen einverstanden, greift eine andere Beurteilung Platz (vgl. RGZ 129, 347, 349; BGH Urt. vom 23. Juni 1955 - II ZR 248/54 - = BB 1955, 941, Betrieb 1955, 893). Ein solcher Fall ist aber nicht gegeben, wenn, wie hier, eine Vertragspartei nach mündlicher Vertragsschließung in dem nachfolgenden Bestätigungsschreiben auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug nimmt. Von einem nachträg-

lichen treuwidrigen "Einschmuggeln" der Geschäftsbedingungen kann entgegen der Ansicht der Revision in einem solchen im Handelsverkehr immer wiederkehrenden Falle keine Rede sein. Der Beklagte hat sich außerdem, was die Revision nicht beachtet, nicht nur dadurch mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Klägers einverstanden erklärt, daß er das Bestätigungsschreiben unwidersprochen gelassen hat. Er hat darüberhinaus auch die unter den Bedingungen des Schreibens vom 16. Juli 1960 erfolgte Lieferung des Klägers angenommen und damit erneut die Bedingungen des angeführten Schreibens bestätigt (vgl. BGH Urt. vom 14. März 1963 - VII ZR 257/61 - = NJW 1963, 1248).

2. Der Revision kann auch in ihrer Ansicht nicht gefolgt werden, der Beklagte habe aus dem Bestätigungsschreiben nicht entnehmen können, daß der Kläger seine Allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen zum Vertragsinhalt habe machen wollen. Dieser Angriff richtet sich gegen die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Bestätigungsschreiben gegeben hat und die dahin geht, das Schreiben bringe sowohl nach seinem Wortlaut als auch im Hinblick auf die ganzen Umstände des Falles hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß der Kläger nicht etwa irgendwelche früheren mündlichen Abmachungen oder mit dem Prokuristen Schneider vereinbarte Sonderbedingungen, sondern formularmäßige Allgemeine Lieferungs- und Zahlungsbedingungen meine, wie sie im Geschäftsverkehr Verwendung zu finden pflegen. Diese Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie wird noch durch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts gestützt, daß der Beklagte schon vor dem Empfang des Bestätigungsschreibens verschiedene Rechnungen versehen mit dem Aufdruck erhalten hat, "unsere Lieferungen erfolgen auf Grund unserer Lieferungs- und Zahlungsbedingungen". Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht auch aus diesem Umstand den Schluß zieht, der

Beklagte habe das Bestätigungsschreiben vom 16. Juli 1959 nach Treu und Glauben nur in dem Sinne verstehen dürfen, daß der Kläger seine Allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen zum Vertragsinhalt machen wolle.

Bei dieser Sachlage kommt es darauf, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Klägers schon früher einmal zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden waren, entgegen der Ansicht der Revision nicht an.

Deshalb ist es auch unerheblich, daß das Schreiben des Klägers vom 27. Juni 1960, in dem er sich zu einer Lieferung von Steinen empfiehlt, keine Bezugnahme auf die Allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen enthält. Die in dieser Richtung von der Revision erhobenen Rügen bleiben daher ebenfalls erfolglos.

III. Das Berufungsgericht hat demnach die Klage mit Recht als begründet angesehen. Die Revision des Beklagten ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Messner Mormann