

BUNDESGERICHTSHOF

2127 025

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 244/64

URTEIL

Verkündet am
23. November 1966
Klett
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Wilhelm Z [REDACTED] Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung, Kohलगroßhandlung, gesetzlich vertreten durch
ihre Geschäftsführer Franz S [REDACTED] und Dr. Paul K [REDACTED], in
A [REDACTED], Sch [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma F i [REDACTED] & van D o [REDACTED], Kohlenim-
port, Kohलगroßhandlung und Kohlenexport, oHG, gesetzlich
vertreten durch ihren Gesellschafter Dr. Carl Fi [REDACTED], in
E [REDACTED]. R [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. August 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkaufte Ende April 1957 von ihr einzuführende rd. 30 000 t nordamerikanische Fettfeinkohle näher bezeichneter Beschaffenheit an die Firma Vereinigte H[REDACTED]'sche Kohlenwerke in Mü[REDACTED] (nachstehend: Fa.H[REDACTED]), mit der die beklagte Handelsgesellschaft in Geschäftsverbindung stand. Die Fa. H[REDACTED] verkaufte die bei der Klägerin eingekaufte Menge an die Beklagte zur Lieferung in Teilmengen von je 5 000 t weiter. Die letzte Teillieferung wurde für März 1958 vereinbart. Die Sendung hierfür - 4 306,288 t - traf am 3. März 1958 auf dem Schiff SS C[REDACTED] in Ro[REDACTED] ein. Sie wurde dort auf Rheinkähne umgeladen und nach deutschen Flußhäfen gemäß Angabe der Beklagten verfrachtet.

Die Beklagte hatte den Kaufpreis sofort nach Erhalt der Rheinschiff-Konnossemente, der vom Importeur mitzutei-

lenden amerikanischen Analyse und der Ro [REDACTED] Si [REDACTED] zu zahlen. Sie übersandte am 11. März 1958 den von ihr über 370 534,62 DM ausgestellten Verrechnungsscheck zur Bezahlung des Kaufpreises an das Bankhaus M [REDACTED], F [REDACTED] & Co., dem die Fa. H [REDACTED] ihre Kaufpreisforderung aus dem Abschluß mit der Beklagten im Juni 1957 unter Anzeige an diese abgetreten hatte. Am 13. März 1958 erhob die Beklagte 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, und sperrte gleichzeitig den Scheck, der am 13. März 1958 vorgelegt, aber nicht eingelöst wurde. Das Bankhaus 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 Ansprüche auf die Übertragung der Rechte aus dem Scheck und der Kaufpreisforderung. Das Landgericht hob das Vorbehaltsurteil auf und wies die Klage ab.

In seinem ersten Berufungsurteil hob das Oberlandesgericht das Endurteil des Landgerichts auf und bestätigte das Vorbehaltsurteil mit der Maßgabe, daß der Vorbehalt des Urteils wegfällt. Im übrigen wies es die Berufung der Klägerin zurück und die im Berufungsverfahren erweiterte Klage ab.

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



Auf die Revision der Beklagten hob der Bundesgerichtshof am 31. Oktober 1962 das Berufungsurteil auf, soweit der Klage stattgegeben worden war, und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des Revisionsurteils vom 31. Oktober 1962 - VIII ZR 197/61 - wird Bezug genommen.

In dem erneuten Berufungsverfahren beantragte die Klägerin, das Endurteil des Landgerichts aufzuheben und das Vorbehaltsurteil vom 11. April 1958 unter Wegfall des Vorbehalts in Nr. III zu bestätigen.

Die Beklagte beantragte, die Berufung zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 12. August 1964 dem Antrag der Klägerin zur Hauptsache entsprochen und der Beklagten die gesamten Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme eines ihr von der Klägerin zu erstattenden Betrages von 24 DM auferlegt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Zurückweisung der Berufung gegen das Endurteil des Landgerichts, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. In seinem ersten Revisionsurteil vom 31. Oktober 1962 ist der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Beklagte von der Fa. H. [REDACTED] 30 000 t US-Kokskohle näher bezeichneter

Beschaffenheit (10 - 12 % Gesamtballast, max. 1,05 Schwefel und einem coke-button (Koks-Index) von 8 - 9) gekauft habe. Das Berufungsgericht hatte ferner angenommen, daß bei Zugrundelegung der Analyse der Co[REDACTED] Te[REDACTED] & En[REDACTED] Co. in No[REDACTED] vom 28. Februar 1958, die einen Gesamtballast von 11,81 % und einen "Free-Swelling-Index" (Koksindex) von 8 ausweist, die Fa. H[REDACTED] sich bei der in Rede stehenden Lieferung aus dem Dampfer C[REDACTED] im Rahmen des mit der Beklagten Vereinbarten gehalten habe. Der erkennende Senat hatte in dem ersten Revisionsurteil die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Vertragsparteien sich darauf geeinigt hätten, die zu erstellende amerikanische Analyse solle für beide Teile verbindlich und endgültig sein, für rechtlich einwandfrei erklärt, jedoch eine einwandfreie Feststellung im ersten Berufungsurteil darüber vermißt, ob hiermit der Beklagten der Nachweis, daß bei den nach Eintreffen des Dampfers C[REDACTED] entnommenen Proben sich eine andere Beschaffenheit der Kohle als die durch die amerikanische Analyse bestätigte ergeben habe, verschlossen sein sollte. Deshalb, so führte der erkennende Senat damals aus, sei bei der Überprüfung des ersten Berufungsurteils davon auszugehen, daß es sich bei der amerikanischen Analyse um ein Schiedsgutachten handele, auf das die Vorschriften der §§ 317 BGB entsprechend anzuwenden seien, und das Analysenzeugnis gemäß § 319 BGB nur mit der Begründung angegriffen werden könne, daß das in ihm zu erblickende Gutachten offenbar unbillig (unrichtig) sei. Die Bestimmung des § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB könne zwar durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Es sei auch denkbar, daß die Vertragsparteien sich im voraus selbst einer möglicherweise sich als offenbar unrichtig herausstellenden Feststellung unterwerfen wollten. Eine solche

Vereinbarung habe indes das Berufungsgericht nicht festgestellt. Bei dieser Sachlage sei es nicht ausreichend gerechtfertigt (Rev. Urt. S. 25), daß das Berufungsgericht sich mit dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dr. U[REDACTED] vom 24. Oktober 1959 und dem von ihm behandelten Untersuchungsergebnis nicht näher auseinandergesetzt habe. 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 vermöge, daß sich daraus die offenbare Unrichtigkeit der Feststellungen über den Gesamtballast und den Koksindex in der Analyse vom 28. Februar 1958 ergebe.

In dem erneuten Berufungsverfahren kam die Beklagte auf ihre sämtlichen Einwendungen zurück, die sie schon bisher gegen die Klageforderung erhoben hatte. Die Beklagte machte in erster Linie geltend, die Fa. H[REDACTED] habe sich mit der Wandlung des Kaufs hinsichtlich der ihr zur Verfügung gestellten Kohle einverstanden erklärt. Ferner wandte sich die Beklagte auch gegen die im ersten Revisionsurteil nicht beanstandete Feststellung des Berufungsgerichts über den Inhalt des Kaufvertrages und insbesondere dagegen, daß die Analyse vom 28. Februar 1958 für die Beklagte verbindlich und einer Überprüfung entzogen sei.

Das Berufungsgericht hat in dem erneuten Berufungsverfahren gemäß Beweisbeschluß vom 30. Januar 1963 zunächst darüber weiteren Beweis erhoben, zu welchen Vertragsbedingungen der Kaufvertrag zwischen der Fa. H[REDACTED] und der Beklagten geschlossen worden ist. Es hat dazu den Arzt

Dr. Ki [REDACTED] und den Prokuristen der Beklagten D [REDACTED] vernommen. Außerdem hat es Sachverständigenbeweis erhoben und den Sachverständigen Hü [REDACTED] zu dem von ihm erstatteten Gutachten vom 27. April 1963 vernommen. Das Berufungsgericht hält das behauptete Einverständnis der Fa. H [REDACTED] mit dem Wandlungsbegehren der Beklagten nicht für bewiesen und auch die weiteren gegen den Klageanspruch erhobenen Einwendungen der Beklagten für nicht begründet. Es gelangt zu dem Ergebnis, die Vertragsparteien hätten sich dahin geeinigt, die bei der Verschiffung der Kohle im amerikanischen Hafen durch ein anerkanntes, neutrales Laboratorium festgestellte Analyse solle für die Erfüllung des Vertrages maßgeblich und jeder nachträglichen Korrektur wegen Unbilligkeit entzogen sein. Die Vertragsparteien hätten sich den Feststellungen der Analyse, die regelmäßig von einem anerkannten Sachverständigen erstellt werde, unbedingt unterwerfen wollen. Deshalb sei der Beklagten der Beweis, daß die Analyse offenbar unrichtig sei, verschlossen.

Selbst wenn aber die amerikanische Analyse vom 28. Februar 1958 nach § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB angegriffen werden könnte, so könne die Beklagte mit der Wandlungseinrede deshalb nicht durchdringen, weil die offenbare Unrichtigkeit der Analyse nicht bewiesen sei, der Beweis von der Beklagten auch gar nicht erbracht werden könne.

II. Die Revision wendet sich gegen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und die rechtliche Beurteilung des Streitstoffes. Sie macht auch geltend, die Fa. H [REDACTED] habe sich mit dem Wandlungsbegehren der Beklagten

einverstanden erklärt.

Die Beklagte hatte geltend gemacht, Dr. Ki [REDACTED] habe am 21. Februar 1962 ausgesagt, daß er den Geschäftsführer der Beklagten angerufen und ihm gesagt habe, die Analyse müsse überprüft werden. Der Zeuge Dech habe ebenfalls bestätigt, daß H [REDACTED] von sich aus darauf hingewiesen habe, daß mit der Ladung des Dampfers C [REDACTED] qualitativ etwas nicht stimme und daß die Beklagte deshalb die Abnahme verweigern solle. Die Aufforderung Dr. Ki [REDACTED] sei, so hat die Beklagte ausgeführt, als verbindliche Äußerung der Fa. H [REDACTED] aufgefaßt worden und anzusehen, weil Dr. Ki [REDACTED] bei den zahlreichen Verhandlungen, Abschlüssen und Vertragsabwicklungen zwischen den Vertragsparteien stets alleiniger Gesprächspartner der Beklagten gewesen sei, so daß auf seine Vollmacht Verlaß bestanden habe. Die Fa. H [REDACTED] habe zudem in ihrem abschriftlich vorgelegten Fernschreiben an die Klägerin vom 19. März 1958 erklärt, sie habe in Anbetracht des großen Abweichens der Analysenwerte keine Möglichkeit gesehen, die Reklamation der Beklagten zurückzuweisen. Nach Auffassung der Beklagten war die Fa. H [REDACTED] an das durch Dr. Ki [REDACTED] erklärte Einverständnis mit der Wandlung des Kaufs bis zur Wandlungserklärung der Beklagten gebunden. Dadurch sei die Wandlungsvereinbarung zustande gekommen. Spätere Erklärungen der Fa. H [REDACTED] in dem Schreiben an die Beklagte vom 8. April 1958 seien demgegenüber unbeachtlich, weil die Fa. H [REDACTED] die Scheckklage der Klägerin vom 27. März 1958 zugestellt erhalten und deshalb "Angst vor der eigenen Courage" bekommen habe (GA Bl. 421). Es sei daher fehlsam, wenn das Berufungsgericht im ersten Berufungsurteil aus dem

Brief vom 8. April 1958 ungünstige Schlüsse zu Lasten der Beklagten gezogen habe. Das Schreiben der Fa. H[REDACTED] vom 19. März 1958 wollte die Beklagte dahin gewürdigt wissen, daß die Fa. H[REDACTED] ihr Einverständnis mit der Wandlung bestätigte (GA Bl. 462).

Das Berufungsgericht würdigt die Aussagen des Dr. Ki[REDACTED] und des Prokuristen D[REDACTED] der Beklagten, das Fernschreiben der Fa. H[REDACTED] an die Klägerin vom 19. März 1958, (nicht 1957, wie es S. 16 d. BU heißt) sowie zwei Briefe der Fa. H[REDACTED] an die Beklagte vom 8. April 1958. Es sieht keinen Anlaß, die im ersten Revisionsurteil gebilligte Auffassung aufzugeben, daß die Wandlung des Kaufvertrages bezüglich der letzten Teillieferung nicht durch Vereinbarung zwischen der Fa. H[REDACTED] und der Beklagten vollzogen worden sei. Das Berufungsgericht läßt dabei dahingestellt, ob die Fa. H[REDACTED] nach Abtretung der Kaufpreisforderung überhaupt noch befugt gewesen sei, in die Wandlung des Kaufvertrages einzuwilligen.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann den Aussagen der Zeugen Dr. Ki[REDACTED] und D[REDACTED] nur entnommen werden, daß Dr. Ki[REDACTED] die Beklagte darauf hingewiesen hat, die in Ro[REDACTED] eingetrossene Kohle entspreche möglicherweise nicht den Qualitätsanforderungen. Die Ergebnisse der durch H[REDACTED] veranlaßten Untersuchungen der Kohle in Ro[REDACTED] durch die N.V. In[REDACTED] Co[REDACTED] Ma[REDACTED] in Ro[REDACTED] (deren Analyse Nr. [REDACTED] vom [REDACTED]. und [REDACTED]. 1958 nach den Feststellungen im Berufungsurteil S.6/7 im Durchschnitt 13,05 Gesamtballast und den Koksindex (coke-tion) 6 ergab) könnten im Zeitpunkt des von Dr. Ki[REDACTED] geführten Telefongesprächs mit der Beklagten noch nicht

vorgelegen haben, sonst hätte er das beim Gespräch erwähnt. Das Gespräch Dr. Ki [REDACTED] könne nach dem, was er selbst und der Zeuge D [REDACTED] über den Inhalt angeben, nur dahin verstanden werden, daß er der Beklagten einen Hinweis gegeben habe, die Kohle sei möglicherweise mangelhaft. Das Angebot, die Wandlung des Kaufvertrages zu vollziehen, oder die bedingte Zustimmung der Fa. H [REDACTED] zu einem künftigen Wandlungsbegehren der Beklagten könnten in der Mitteilung Dr. Ki [REDACTED] an die Beklagte nicht geschehen werden.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Wortlaut des Fernschreibens vom 19. März 1958 in einem entscheidenden Punkt falsch, nämlich mit "sehen" statt "sahen" (keine Möglichkeit, u.s.w.) wiedergegeben. Es setze sich in Widerspruch zu dem eindeutigen Wortlaut der Aussage des Prokuristen D [REDACTED]. Die Bekundung des Zeugen lasse keine andere Deutung zu als die, daß die Fa. H [REDACTED] der Wandlung zugestimmt habe. Die Mitteilung Dr. Ki [REDACTED] an die Beklagte, sie möge die Abnahme verweigern, könne nichts anderes bedeuten, als daß die Fa. H [REDACTED] sich der Wandlung nicht widersetzte, d.h. damit einverstanden war. Das Berufungsgericht, das die bloße Mitteilung einer etwaigen Mangelhaftigkeit annehme, lasse den klaren Sinn und Wortlaut der Aussagen außer Betracht und nehme eine unmögliche Würdigung des Beweisergebnisses vor.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Aussage Dr. Ki [REDACTED] und die Bekundungen beider Zeugen lassen den Schluß zu, daß Dr. Ki [REDACTED] damals nicht die Erklärung abgegeben hat, die Fa. H [REDACTED] sei mit einer Wandlung des Kaufvertra-

ges einverstanden. Das Berufungsgericht durfte bei der Feststellung und Würdigung des Inhalts der von Dr. Ki [REDACTED] abgegebenen Erklärungen auch die Umstände in Betracht ziehen. Diese sprechen dagegen, daß Dr. Ki [REDACTED] Erklärungen in dem Sinne abgegeben habe, die Fa. H [REDACTED] sei mit einer Rückgängigmachung des Kaufs hinsichtlich der Lieferung aus dem Dampfer C [REDACTED] einverstanden, bevor noch feststand, ob die Bedenken wegen der tatsächlichen Beschaffenheit der Kohle ausreichend geklärt waren. Es ist auch kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht aus dem Fernschreiben der Fa. H [REDACTED] an die Klägerin vom 19. März 1958 nicht auf das Einverständnis mit der Wandlung durch die Beklagte und nicht darauf geschlossen hat, daß Dr. Ki [REDACTED] der Beklagten gegenüber das Einverständnis mit der Wandlung erklärt habe. Denn das Schreiben läßt auch unter Zugrundelegung des genauen Wortlauts die Deutung zu, daß sich die Fa. H [REDACTED] damals noch nicht in der Lage gesehen hat, Reklamationen der Beklagten zurückzuweisen. Auch der Umstand, daß die Fa. H [REDACTED] in dem Schreiben an die Klägerin an der Reklamation und der Verweigerung der Abnahme festhielt und die Klägerin bat, demgemäß über die Kohle selbst zu disponieren, zwingt nicht zu dem Schluß, daß die Fa. H [REDACTED] ihr Einverständnis mit der Wandlung der Beklagten gegenüber erklärt habe. Steht aber nicht fest, daß Dr. Ki [REDACTED] ein solches Einverständnis namens der Klägerin erklärt hat, so kommt es nicht darauf an, ob die Fa. H [REDACTED] nach Treu und Glauben die behauptete Erklärung gegen sich gelten lassen müßte.

Die Revision versucht, mit ihrer Auffassung eine eigene Würdigung an die des Tatrichters zu setzen, was nicht zulässig ist.

Die Revision wendet sich in diesem Zusammenhang auch

ohne Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht die beiden Schreiben der Fa. H. [REDACTED] vom 8. April 1958 gewertet und dazu erwogen hat, die Beklagte hätte sich nicht mit einer bloß vorläufigen Stornierung der Belastung mit der Kaufpreisforderung einverstanden erklärt und den beiden Schreiben ausdrücklich widersprochen, wenn bereits vorher eine Wandlung vollzogen gewesen wäre. Diese Würdigung stand dem Tatrichter zu. Sie enthält keinen Rechtsfehler.

Demnach ist dem Berufungsgericht im Ergebnis darin beizutreten, daß die Beklagte das behauptete Einverständnis mit der Wandlung nicht bewiesen hat.

III. Die Revision behauptet, die Beklagte sei selbst dann zur Wandlung berechtigt, wenn man den Ballastanteil entsprechend der amerikanischen Analyse vom 28. Februar 1958 zugrunde lege. Denn dieser Ballastanteil von 11,81 % entspreche nicht dem vertraglich Vereinbarten, wonach 11 % im Durchschnitt nicht hätten überschritten werden dürfen. Das Berufungsgericht habe, so rügt die Revision, unter Wiederholung von Ausführungen in der Begründung der Revision vom 5. Juni 1961 gegen das erste Berufungsurteil, diesen Fragenkomplex überhaupt nicht mehr behandelt, obwohl die Beklagte im Schriftsatz vom 22. Januar 1963 hierzu eindeutig vorgetragen und Beweise angetreten habe. Schon aus diesem Grunde müsse das Berufungsurteil aufgehoben werden.

Das Berufungsgericht ist erneut zu dem Ergebnis gelangt, daß bei Abwicklung des Vertrages die im amerikanischen Verschiffungshafen festgestellte Analyse für die Feststellung des Vorhandenseins des vertraglich bedungenen Ana-

lysenwertes maßgeblich sei. Diese Analyse weist einen Gesamtballast von 11,81 % aus. In dem Revisionsverfahren gegen das erste Berufungsurteil hatte die Revision geltend gemacht, nach der Kaufvereinbarung habe das Mittel des Gesamtballastes 11 % nicht überschreiten dürfen. Das Berufungsgericht vertrete allerdings die Auffassung, daß die Fa. H. [REDACTED] einen Gesamtballast von 10 - 12 % zugesichert habe, daß insbesondere in den Wintermonaten Lieferungen mit einem Gesamtballast bis zu 12 % zulässig gewesen seien, so daß der durch die amerikanische Analyse festgestellte Gesamtballast sich im Rahmen des Vereinbarten gehalten habe. Diese Auffassung des Berufungsgerichts sei unrichtig. Denn wenn die Fa. H. [REDACTED] das Recht zu gelegentlichen Überschreitungen der Grenze von 11 % schon in anderen Zeiten als in den Wintermonaten in Anspruch genommen habe, so hätte sie demzufolge bei der späteren Lieferung besonders gute Kohle liefern müssen, um die Überschreitung des Mittelwertes auszugleichen. Die Revision machte also damals geltend, daß die Lieferungen aus dem Dampfer C. [REDACTED] einen niedrigeren Durchschnittswert hätten aufweisen müssen, wenn schon die früheren Lieferungen auf den Kontrakt insgesamt eine Überschreitung des Durchschnittswertes ergaben; das Gesamtmittel des Ballastes habe schon vor der Lieferung aus dem Dampfer C. [REDACTED] 11,31 % betragen. Auf diese Einwendung greift die Revision im jetzigen Verfahren zurück. Sie kann hiermit jedoch keinen Erfolg haben. Denn es ist kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsurteil sich mit der von der Revision wieder vorgebrachten Einwendung nicht erneut auseinandergesetzt hat. Der erkennende Senat hatte bereits im ersten Revisionsurteil die Auffassung des Berufungsgerichts

gebilligt, daß die gelieferte Kohle mit dem Analysenwert 11,81 % Gesamtballast vertragsgemäß war. Das erste Revisionsurteil unterstellte dabei zugunsten der Revision sogar (Urt. S. 12) die Möglichkeit einer Auslegung des Schreibens vom 30. April 1957 dahin, daß es sich um das Mittel aller Lieferungen aufgrund des Kaufvertrages über 30 000 t US-Fettkohle handeln sollte. Auch in diesem Falle sei die Einwendung nicht berechtigt, weil jedenfalls bei einer Lieferung in den Wintermonaten, um die es sich hier handelte, die Höchstgrenze von 12 % erreicht werden durfte. Das Berufungsgericht hält in Übereinstimmung hiermit den durch die US-Analyse ausgewiesenen Gesamtballast deshalb für zulässig, weil es sich hier um eine Winterlieferung handelt, bei der nach Abs. 3 des Bestätigungsschreibens der Beklagten vom 29. April 1957 die Höchstgrenze von 12 % Gesamtballast erreicht werden durfte (BU S. 32). Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Entgegen der Auffassung der Revision kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte gegenüber früheren Lieferungen die Nichteinhaltung des Ballastmittels gerügt hatte. Daran scheitert die Rüge, die Beklagte habe hierfür Beweis angeboten. Denn selbst dann, wenn die Beklagte frühere Lieferungen auch wegen des Gesamtballastes gerügt und lediglich mit dem Hinweis abgenommen haben sollte, daß sie auf vertragsmäßiger Lieferung bestehe und sich vorbehalte, aus vertragswidriger Lieferung Konsequenzen zu ziehen, so ergäbe sich daraus kein rechtlich erhebliches Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Lieferung ex Dampfer C [REDACTED] als Winterlieferung mit 11,81 % Gesamtballast vertragsgemäß war. Es kommt insoweit nicht auf

die zusätzliche Bemerkung des Berufungsgerichts an, es sei schon im ersten Berufungsurteil darauf hingewiesen worden, daß die Beklagte bei früheren Lieferungen die Überschreitung von 11 % Gesamtballast nicht beanstandet habe, die Beweisaufnahme habe dafür nichts neues ergeben. Das Berufungsgericht hat auf diese Bemerkung ersichtlich nicht entscheidend abgestellt, sondern darauf, daß die Ladung als Winterlieferung den bestätigten Gesamtballast von 11,81 % haben durfte. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerin in dem Schriftsatz vom 14. Januar 1964 S. 10 vorgetragen hat: "daß nach der amerikanischen Analyse die gelieferte Kohle den vertraglich vereinbarten Bedingungen entsprach", hat der erkennende Senat unbeanstandet vom Revisionsgericht festgestellt und auch die Beklagte zieht dies nicht mehr in Zweifel. Dem hat die Beklagte nicht widersprochen, sondern in dem Schriftsatz vom 13. April 1964 angekündigt und dargelegt, welchen Standpunkt sie in der mündlichen Verhandlung vom 22. April 1964, (der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht) vertreten werde. Sie ist dabei nicht auf die frühere Behauptung zurückgekommen, daß die Lieferung selbst bei Zugrundelegung der amerikanischen Analyse wegen des darin bestätigten Gesamtballastes nicht vertragsgemäß sei.

Aus diesen Gründen ist dem Berufungsgericht im Ergebnis darin beizutreten, daß auch vom Standpunkt seiner Vertragsauslegung in dem durch die amerikanische Analyse bestätigten Gesamtballast von 11,81 % kein zur Wandlung berechtigender Mangel der Lieferung zu finden ist.

IV. Mit weiteren Ausführungen wendet sich die Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Vertragsparteien hätten vereinbart, daß das Vorhandensein der vertraglich bedungenen Analysenwerte durch die im amerikanischen Verschiffungshafen festgestellte Analyse der Kohlen verbindlich bestimmt werden sollte, und zwar endgültig.

1. Die Revision rügt, schon die Annahme einer Verbindlichkeit der Analyse sei mit den Aussagen des Dr. Ki [REDACTED] und des Prokuristen D [REDACTED] vom 21. Februar 1963 schlechthin unvereinbar. Beide Zeugen hätten übereinstimmend ausgesagt, daß der Geschäftsführer der Beklagten S [REDACTED] bei der Verhandlung mit Dr. Ki [REDACTED] wörtlich erklärt habe: "US-Analyse und Finalität her oder hin, ich will die Kohle, die ich bestellt habe". Die Zeugen hätten damit, so meint die Revision, in Kenntnis der früheren Würdigung des Berufungsgerichts klar wiederholt, daß es nicht nur um die Bestimmung der vertraglichen Analysenwerte gegangen sei, sondern, daß die Lieferungen auch objektiv diesen Werten hätten entsprechen müssen. Somit sei die Überprüfung der Ware nicht ausgeschlossen worden. Die amerikanische Analyse habe nur die Bedeutung einer unverbindlichen Qualitätsangabe haben sollen. Das Berufungsgericht setze sich darüber hinweg, daß Dr. Ki [REDACTED], der im wesentlichen die Vertragsbedingungen für die Fa. H [REDACTED] ausgehandelt habe, klar bestätigt habe, Dr. S [REDACTED] habe diese Äußerung ernst gemeint und er habe sie auch ernst aufgefaßt. Das ergebe sich auch aus dem danach folgenden Schriftwechsel mit der Klägerin, worin unter Hinweis auf den "peniblen Abnehmer" der Beklagten verlangt wurde, daß auf Ein-

haltung der Analyse unter allen Umständen zu achten sei. Das Berufungsgericht übergehe ferner, daß im gesamten Schriftwechsel über diesen Kohlenkauf, beginnend mit dem Fernschreiben vom 25. April 1957 bis zu dem umstrittenen Schreiben der Beklagten vom 30. April 1957, keine Finalitätsklausel enthalten war. Eine solche finde sich allein im Schreiben der Fa. H. [REDACTED] vom 30. April 1957, das in dieser Form von der Beklagten nicht akzeptiert worden sei. Zudem habe sich die Fa. H. [REDACTED] gegenüber der Beklagten nicht auf die Finalität der amerikanischen Analyse berufen. Hieraus folge, daß sie gewußt und gebilligt habe, daß die amerikanische Analyse nicht als verbindlich vereinbart war. Somit könne es nicht darauf ankommen, ob Dr. Ki. [REDACTED] Vollmacht zu einer entsprechenden Absprache hatte. Das Berufungsgericht habe diese Umstände bei der Feststellung des Vertragsinhalts ausgelassen. Selbst wenn die Klausel vereinbart gewesen wäre, so ergebe doch die Aussage des Dr. Ki. [REDACTED], daß damit keine verbindliche Qualitätsbestimmung gewollt gewesen sei. Dasselbe beweise das Verhalten der Partner des Vertrages nach Eintreffen der Kohle, als Zweifel dahingehend auftraten, ob die Beschaffenheit der Lieferung mit den vertraglich ausgehandelten Analysenwerten übereinstimme. Das Berufungsgericht lasse offen, ob die Vertragsschließenden gewußt haben, daß sie die Qualitätsbestimmung einem S c h i e d s g u t a c h t e n überlassen haben. Damit sei für die Revision davon auszugehen, daß dies nicht der Fall war. Die Parteien könnten nicht etwas gewollt haben, was sie nicht wußten. Für den Vertragsinhalt sei der übereinstimmende Wille der Vertragsschließenden entscheidend, selbst wenn er nur unvollkom-

menen Ausdruck in den objektiven Vereinbarungen gefunden haben sollte.

Mit diesen Angriffen kann die Revision die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts und die von ihm getroffene Feststellung über die Verbindlichkeit der amerikanischen Analyse nicht erschüttern. Das Berufungsgericht hat seiner Würdigung den schriftlich niedergelegten Vertrag zugrunde gelegt und ferner geprüft, ob für die Auslegung und Bedeutung der umstrittenen Klausel in dem Schreiben vom 30. April 1957 aus mündlichen Unterredungen zwischen Vertretern der Beklagten und Dr. Ki [REDACTED] Schlüsse zu ziehen sind. Ihm ist nicht vorzuwerfen, daß es bei der Feststellung und Auslegung des Vertrages wesentliche Umstände übersehen, insbesondere gegen die Gesetze der Logik oder gegen die Lebenserfahrung verstoßen habe, wie die Revision meint. Gemäß den Feststellungen des Berufungsgerichts auf S. 23 des angegriffenen Urteils gilt daher für die Abwicklung des Vertrages die Klausel Nr. 3 des Schreibens vom 30. April 1957, worin es heißt:

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

Dieser Feststellung steht der Schriftwechsel zwischen den Vertragsparteien ab 25. April 1957, dessen Berücksichtigung die Revision vermißt, nicht entgegen. Das Berufungsgericht würdigt den Schriftwechsel, insbesondere die Bestellung der Beklagten vom 25. April 1957, die Schreiben vom 29. April und 30. April 1957 und das Begleitschreiben

der Fa. H [REDACTED] vom 6. Mai 1957 an die Beklagte. Es stellt fest, daß der Inhalt des Kaufvertrages in erster Linie durch den von beiden Vertragsschließenden am 30. April 1957 unterzeichneten Vertragstext bestimmt wird und die Bestimmung dieses Vertrages über die Feststellung der Analyse bei der Verladung der Kohlen in USA Vertragsinhalt ist. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß diese Klausel durch die Verhandlungen Dr. Ki [REDACTED] bei der Beklagten nicht abbedungen worden sei. Diese Feststellung des Berufungsgerichts beruht nicht auf der Annahme, daß die Beteiligten an der mündlichen Verhandlung mit Dr. Ki [REDACTED] unverbindliche Redensarten geführt hätten, wie die Revision dem Berufungsgericht unterstellt, sondern auf einer Würdigung der Beweisaufnahme unter Berücksichtigung des vorliegenden Schriftwechsels. Wenn es danach zu dem Ergebnis gelangt ist, der schriftliche Vertragstext sei hinsichtlich der umstrittenen Klausel Vertragsinhalt geworden und geblieben, so unterliegt diese tatrichterliche Würdigung keinen rechtlichen Bedenken.

Das Berufungsgericht stellt im übrigen fest, die Beklagte habe gewußt, daß Dr. Ki [REDACTED] von der Beklagten nicht zu bindenden Zusagen bevollmächtigt gewesen sei und daß alles, was mit ihm besprochen war, durch die Geschäftsleitung der Beklagten bestätigt werden mußte, wenn es verbindlich sein sollte (BU S. 19). Deshalb kann die Revision nicht mit der Erwägung durchdringen, die Beklagte habe auf mündliche Absprachen mit Dr. Ki [REDACTED] vertraut, an die die Fa. H [REDACTED] mindestens unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht gebunden sei.

Auch das Verhalten der Vertragspartner nach Eintreffen der Kohle in Rotterdam zwingt nicht zu der Annahme, daß mit der Klausel keine verbindliche Qualitätsbestimmung gewollt war. Das Berufungsgericht hat zwar erwogen und unterstellt, die Vertragsschließenden seien sich vielleicht bis zum Erlass des ersten Berufungsurteils nicht dessen bewußt gewesen, daß sie durch die Analysenklausel die Feststellung der vertragsmäßigen Eigenschaften der Kohle einem "Schiedsgutachten" überlassen haben. Daraus ist aber entgegen der Auffassung der Revision nicht zu folgern, die Parteien könnten keine Bindung an die US-Analyse gewollt haben. Ob sie sich über die rechtliche Wertung der Klausel als sog. Schiedsgutachten klare Vorstellungen gemacht haben oder nicht, ist für die Frage der Bindung an die Vereinbarung nicht von entscheidender Bedeutung.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, mit der vereinbarten Klausel hätten die Parteien es auch ausgeschlossen, die vertragsgemäß erstellte Analyse durch spätere Überprüfungen der in Rotterdam eingetroffenen Kohle zu entkräften, hält den Angriffen der Revision ebenfalls stand.

Insoweit ist es ohne Bedeutung, ob dem Berufungsgericht in der Ansicht zugestimmt werden kann, daß nach dem Gesetz eine solche Überprüfung auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben habe treffen sollen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Das Berufungsgericht hat auch unabhängig von der soeben behandelten Erwägung festgestellt, daß die Vertragsschließenden mit der Klausel "Diese Analyse ist final" ihre unbedingte

Verbindlichkeit für die Vertragsabwicklung vereinbart und sich damit im voraus auch einer möglicherweise sich als offenbar unrichtig herausstellenden Feststellung unterworfen haben. Daß die Vertragspartner sich auch dieser Bedeutung der Klausel bewußt gewesen seien, schließt das Berufungsgericht aus den Umständen. Wie es feststellt, handelt es sich bei den Vertragsschließenden um bedeutende Kohlenhandelsfirmen, die sich in der Zeit der Knappheit deutscher Inlandskohle in ganz erheblichem Ausmaße am Handel mit US-Importkohle betätigt hatten. Wenn solche Vertragspartner vereinbaren, daß die im Verschiffungshafen festgestellte Analyse final und damit endgültig verbindlich sei, so wüßten sie, was sie tun. Die Analyse wäre zwar dann nicht verbindlich, wenn sie unter Verstoß gegen die vertraglichen Abmachungen erstellt worden wäre. In dieser Richtung seien jedoch Bedenken gegen die Analyse im Rechtsstreit nicht geltend gemacht worden.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Beschaffenheit der Kohlenlieferung nur mit Hilfe eines chemischen Versuchs bestimmt werden konnte und kann. Dies lasse nur den Schluß zu, daß derartige Bestimmungen grundsätzlich nach sachverständigem Ermessen zu treffen seien. Eine Vereinbarung, daß die Bestimmung nach freiem Belieben getroffen werden könne, widerspreche aller Lebenserfahrung. Eine solche Vereinbarung mache jegliche Qualitätsvereinbarung gegenstandslos. Dieser Angriff der Revision scheitert daran, daß die hiermit beanstandeten Erwägungen des Berufungsgerichts, wie bereits oben ausgeführt worden ist, außer Betracht bleiben können.

Für die Auslegung einer Urkunde sind, wenn nicht besondere Umstände zu einer Abweichung nötigen, der Wortlaut und der Wortsinn maßgebend. Das Berufungsgericht nimmt an, daß den Vertragsschließenden das Wort "final" als gleichbedeutend mit endgültig bekannt war. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Wurde aber vereinbart, wie das Berufungsgericht ebenfalls ohne Rechtsfehler festgestellt hat, daß die zu erstellende US-Analyse endgültig die Beschaffenheit der Leistung feststellen sollte, so ist hiermit die Annahme vereinbar, die Feststellung habe für die Abwicklung des Vertrages und seine Erfüllung endgültig maßgebend bleiben sollen, also auch nicht durch spätere Proben und Prüfungen der Ware nach ihrer Verschiffung in Frage gestellt werden dürfen. Das Berufungsgericht sieht den Zweck der Klausel darin, künftige Streitigkeiten zu vermeiden. Auch diese Annahme ist durch die Umstände gerechtfertigt. Es legt ferner dar, daß die Fa. H. den Deckungskauf mit der Klägerin laut Fernschreiben vom 12. März 1957 mit verbindlicher Analyse abgeschlossen hatte. Bei einem in dieser Weise durchgehandelten Geschäft gingen das Interesse des Vorlieferanten der Fa. H. und auch deren Interesse dahin, das Vorhandensein einer bestimmten Beschaffenheit der gehandelten Kohle schon bei der Verschiffung festzustellen und diese Feststellung als endgültige Fixierung der zu erbringenden Vertragsleistung zu vereinbaren, um spätere Mängelrügen und die dadurch entstehenden Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung auszuschalten. Dieser Zweck der Klausel war, wie das Berufungsgericht feststellt, auch für die Beklagte so erkennbar, daß sie wußte, was die Klausel bedeuten sollte.

Dem steht nicht entgegen, daß der Geschäftsführer der Beklagten S■■■■, wie die Revision unter Hinweis auf die Beweisaufnahme geltend macht, bei mündlichen Verhandlungen mit Dr. Ki■■■■ erklärt hat, daß er Kohle mit der zugesagten Beschaffenheit zu erhalten wünsche. Denn das Berufungsgericht hat daraus nicht zu entnehmen brauchen, daß dieses Verlangen auch Vertragsinhalt geworden sei und deshalb die Bedeutung der Klausel "Diese Analyse ist final" und ihre Auslegung in dem von der Revision gewünschten Sinne zu bestimmen habe. Bei der Überprüfung des Berufungsurteils ist auch in Betracht zu ziehen, daß es sich bei den vereinbarten Eigenschaften, die durch die Analyse festgestellt werden sollten, um Merkmale handelt, die, wie zum Beispiel beim Gesamtballast, Veränderungen durch den Transport der Kohle unterworfen waren oder deren Feststellung wie beim Koksindex wesentlich auch von der angewendeten Prüfungsmethode und dem Untersuchungsverfahren abhängig war und zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Auch dieser Umstand spricht dafür, daß nach dem Sinn der Vertragsklausel die Beschaffenheit der Vertragsleistung endgültig durch die US-Analyse bestimmt werden sollte. Es ist nach alledem kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht den Zweck der Klausel, so wie geschehen, ausgelegt hat und zu dem Ergebnis gelangt ist, hiermit sei eine spätere Überprüfung der Kohle vertraglich ausgeschlossen worden. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist bei dieser Sachlage rechtlich haltbar. Sie ist auch mit dem ersten Revisionsurteil vereinbar. § 565 ZPO ist hierdurch nicht verletzt worden.

V. Infolgedessen bedarf es keines Eingehens auf die Hilfsbegründung im Berufungsurteil, in der das Berufungsgericht darlegt, daß der Nachweis einer offenbaren Unrichtigkeit der US-Analyse nicht möglich, jedenfalls nicht erbracht sei.

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

Dr. Haidinger Artl Dr. Messner

Mormann Braxmaier