

21

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 253/68

URTEIL

Verkündet am

25. Mai 1970

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Werner S [REDACTED] in K [REDACTED], S [REDACTED]straße 9,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Oberingenieur Max T [REDACTED] in B [REDACTED],
L [REDACTED]weg 9,

Kläger und Revisionsbeklagten;

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für R e c h t erkannt:

Unter Zurückweisung der Revision im übrigen wird auf die Revision des Beklagten das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 23. April 1968 wegen eines Betrages von 2 059,62 DM nebst Zinsen aufgehoben.

In Höhe dieses Betrages nebst Zinsen wird die Klage unter Abänderung des Urteils der 7. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 5. Oktober 1967 abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 1/13 und der Beklagte 12/13.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Zur Verwendung bei Verschäumungsarbeiten an einer Pipeline lieferte der Kläger dem Beklagten im Jahre 1966 Maschinen und Maschinenteile, die nach der Darstellung des Beklagten bei den vorgesehenen Arbeiten

- 3 -

erprobt und soweit sie sich als ungeeignet erweisen sollten, wieder zurückgegeben werden durften.

Die dem Beklagten in den Monaten Juni bis Oktober 1966 übersandten Rechnungen enthalten, abgesehen von der ersten Rechnung vom 16. Juni 1966 besondere Zahlungsbedingungen, so in einem Teile der Rechnungen den Vermerk:

"Zahlung: 30 Tage nach Rechnungsdatum"

Auf anderen Rechnungen war der Vermerk angebracht:

"Dieser Betrag versteht sich rein netto ohne jeden Abzug. Ganzlieferung.
Wie zwischen (dem Beklagten) und (dem Kläger) vereinbart, voller Rechnungsbetrag sofort durch Dreimonats-Akzept, fällig am 17.1.1967. Anfallende Diskont- und Wechselspesen gehen zu Ihren Lasten."

Nachdem der Kläger durch Schreiben vom 24. November 1966 die Rücksendung von Akzepten anmahnt und eine Erklärung zu Rechnungen im Gesamtbetrage von 7 240,39 DM erbeten hatte, übersandte er dem Beklagten folgendes Schreiben vom 12. Dezember 1966:

"Wir nehmen Bezug auf den Besuch (des Klägers) in Ihrem Hause am 8.12.1966 und bestätigen die stattgefundene Unterredung wie folgt.
Sie sagten (dem Kläger) bindend zu, daß Sie, sobald eine bei Ihnen noch ausstehende Forderung in Höhe von ca. DM 100.000,-- beglichen ist, unsere Forderung an Sie über insgesamt DM 27.165,29 regulieren. Gleichzeitig versprachen Sie (dem Kläger), möglichst noch im Monat Dezember 1966 eine größere a.cto-Zahlung zu leisten."



Wir hoffen, daß Sie und damit auch wir recht bald im Besitze unseres Geldes sind und verbleiben."

Der Beklagte schrieb dem Kläger unter dem 3. Februar 1967 wie folgt:

"Wir nehmen höflich Bezug auf Ihr obiges Schreiben, Telefongespräch und den Besuch des Unterzeichneten, bei dem dieser Sie leider nicht antreffen konnte.

Es ist doch gar nicht zutreffend, daß wir die gesamten Dinge übernehmen sollen. Wir haben vielmehr vereinbart, daß in einer gemeinsamen Besprechung hierüber eine Einigung erzielt werden soll und es war von vornherein vorgesehen, daß ein Teil der Gerätschaften und Teile an Sie zurückgegeben wird.

Bei einem großen Teil der Geräte (z.B. Lincoln) und Einzelteile handelt es sich doch nur um solche, die uns zu Versuchen und Erprobung überlassen wurden. Nicht unerwähnt darf bleiben, daß es sich zum großen Teil um gebrauchte Sachen handelt, die zuerst einmal von uns mit erheblichem Aufwand an Arbeitsstunden gereinigt und gangbar gemacht werden mußten.

Der guten Ordnung halber möchten wir ausdrücklich feststellen, daß wir keineswegs die gesamten von Ihnen gelieferten und uns überlassenen Sachen übernehmen wollen, sondern nur das, was wir tatsächlich gebrauchen, und das war ja auch vereinbart.

Wir halten die gesamten Geräte und Einzelteile hier zu Ihrer Verfügung und erwarten gern Bekanntgabe Ihrer Terminwünsche zu der erforderlichen Besprechung."

Mit der Klage hat der Kläger den Gesamtbetrag aus allen dem Beklagten zugesandten Rechnungen in Höhe von 27 165,29 DM verlangt. Beide Vorinstanzen haben den

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

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe durch die den einzelnen Rechnungen beigefügten Zahlungsvermerke unverkennbar zum Ausdruck gebracht, daß der Beklagte zur bedingungslosen Zahlung verpflichtet sei. Wenn der Beklagte diese Verpflichtung nicht habe wahrhaben wollen, so hätte er, weil er nach dem Umfang der bezogenen Waren jedenfalls wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnehme, dem Inhalt der Rechnungen widersprechen müssen. Das habe er schon nach seinem eigenen Vorbringen nicht getan, so daß er die behaupteten Fälligkeiten gegen sich gelten lassen müsse. Hinzu komme, daß er auch eine Zahlungsaufforderung vom 24. November 1966 und das Schreiben des Klägers vom 12. Dezember 1966 unwidersprochen gelassen habe, in dem sich der Kläger darauf berufen hatte, daß der Beklagte die Regulierung der gesamten Rechnungssumme von 27 165,29 DM bindend zugesagt habe. Das müsse nach Treu und Glauben und den Gepflogenheiten des redlichen Geschäftsverkehrs als Zustimmung zu der im Schreiben wiedergegebenen Vereinbarung gewertet werden. An dieser Rechtslage habe sich auch dadurch nichts geändert, daß er mit dem Schreiben vom 3. Februar 1967 darauf hingewiesen haben wolle, er habe nur einen Teil der gelieferten Geräte übernehmen

sollen. Dieser Widerspruch sei erst in einem Zeitpunkt erfolgt, als eine Bindung des Beklagten an die Zahlungsvereinbarung bereits eingetreten gewesen sei.

Das Berufungsgericht ist offenbar der Ansicht, auch wenn die Parteien die Kaufverträge in der Weise abgeschlossen hätten, daß der Beklagte, wie er behauptet hat, berechtigt sein sollte, die Apparate nebst allem Zubehör und allen nachträglich gekauften Ersatzteilen wieder zurückzugeben, sich diese Vereinbarung wegen des späteren Verhaltens des Beklagten in einen unbedingten Kauf verwandelt habe.

Dieser Ansicht ist im Ergebnis zu folgen, wenn sie auch von der Begründung des Berufungsgerichts nicht getragen wird.

Das Berufungsgericht läßt es offen, ob der Beklagte als Kaufmann anzusehen ist. Es geht zwar rechtlich zutreffend davon aus, daß die Rechtsprechung die Grundsätze über das Schweigen zu einem Bestätigungsschreiben auch in solchen Fällen für anwendbar hält, in denen der Empfänger des Schreibens nicht Kaufmann ist, er aber einen kaufmännischen Betrieb führt oder jedenfalls einen Betrieb, der im größeren Umfang am Verkehrsleben teilnimmt (BGH Urt. vom 19. Februar 1964 - I b ZR 203/62 = NJW 1964, 1223 m.v.N. = BGHWarn 1964 Nr. 74). Um diese Voraussetzungen annehmen zu können, genügt jedoch die vom Berufungsgericht angestellte Erwägung nicht, wonach schon allein der Umfang des zur Beurteilung stehenden Geschäftes maßgebend sein soll.

Von der Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte schon aus dem erörterten Grunde zur Zahlung verpflichtet sei, kann daher nicht ausgegangen werden.

Der Beklagte haftet aber auf Zahlung der Rechnungsbeträge, abgesehen zunächst von der Rechnung über die beiden Pumpenrohre nebst Zubehör vom 15. September 1966, aus folgenden Gründen:

1. Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 10. Juli 1967, auf das sich auch die Revision bezieht, will der Beklagte die Kaufverträge unter der Bedingung abgeschlossen haben, daß sich die Geräte bei ihrem Einsatz in dem Verschäumungsverfahren als geeignet erweisen würden. Die rechtliche Einordnung eines solchen Vertrages hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Seine Ausführungen lassen auch eine Auslegung in tatsächlicher Richtung vermessen. Aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und der übrigen Feststellungen im Berufungsurteil ist der Senat indes in der Lage, die erforderliche Auslegung und die rechtliche Einordnung vorzunehmen. Ein Kauf auf Probe im Sinne der §§ 495 ff scheidet schon deshalb aus, weil die Billigung der Lieferung nicht in das völlige Belieben des Beklagten gestellt sein, sondern von der sachlichen Eignung der Maschinen abhängen sollte (BGB RGRK 11. Aufl. § 495 Anm. 5). Die Parteien haben denn auch im Rechtsstreit im wesentlichen nur darüber gestritten, ob die Geräte brauchbar oder unbrauchbar waren. Bei einer solchen Lage kann es nicht Sache des Klägers gewesen sein, die Eignung festzustellen und eine Erklärung darüber abzugeben. Denn er war über den Ablauf des Einsatzes der Geräte nicht auf

dem laufenden. Wenn die Maschinen in den Einsatz kommen und die Feststellung ihrer Eignung sowie die Erklärung über die Rückgabe aber beim Beklagten liegen sollten, so können die Käufe nur so gedeutet werden, daß sie unter der auflösenden Bedingung ihrer Nichteignung geschlossen wurden. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben war der Beklagte gehalten, diese Erklärung so rechtzeitig abzugeben, wie er dazu imstande war. Denn es kann nicht der Sinn einer für den Beklagten so günstigen Abmachung, die ihm den unentgeltlichen, mit zahlreichen Risiken verbundenen Gebrauch der Geräte nebst allem Zubehör und allen Ersatzteilen gewährte, gewesen sein, seine Erklärung über den für die Entschließung notwendigen Zeitraum hinauszuziehen. Gab der Beklagte innerhalb dieses Zeitraums eine Erklärung nicht ab, so wurden die Kaufverträge endgültig wirksam und er zur Zahlung der Kaufpreise verpflichtet (vgl. auch München in Recht 1901 Nr. 886 und Karlsruhe in Bad.Rspr 1905, 14).

Es ist unstreitig, daß die Geräte im September 1966 im Einsatz waren. Ebenso unstreitig ist es, daß der Beklagte im Anschluß daran keine solche Erklärung abgegeben hat. Er hat vielmehr nach den insoweit eindeutigen Feststellungen im Berufungsurteil nicht einmal den auf unbedingte Zahlung lautenden Rechnungen und dem eine Zahlungsvereinbarung bestätigenden Schreiben vom 12. Dezember 1966 widersprochen. Seine noch dazu keineswegs eindeutige Erklärung vom 3. Februar 1967, er wolle der "guten Ordnung wegen" feststellen, daß er nicht die gesamten gelieferten Sachen übernehme, sondern nur das, was er tatsächlich gebrauche, kann die hier zu fordernden Voraussetzungen nicht erfüllen, zumal nicht

einmal angegeben wird, welche Geräte für ihn unbrauchbar seien und zurückgegeben werden sollen.

Damit steht fest, daß der Beklagte die Zahlung jedenfalls nicht deshalb verweigern darf, weil der Kaufvertrag wegen Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden wäre.

Deshalb erweist sich auch die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 BGB die Beweisangebote dafür übergangen, daß die Geräte nur zur Erprobung gekauft worden seien, als unbegründet.

2. Auf Gewährleistungsansprüche kann sich der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich des wesentlichsten Teiles der Lieferungen nicht berufen. Denn abgesehen von den beiden Pumpenrohrender Rechnung vom 15. September 1966 hat er Mängel der Anlage nicht dargetan.

a) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Bericht des TÜV nicht ausreichend gewürdigt. Das Berufungsgericht trifft hier kein Vorwurf. Denn aus dem Bericht läßt sich kein Anhaltspunkt für eine Mangelhaftigkeit der Anlage entnehmen. Im Gegenteil wird in dem Bericht an mehreren Stellen hervorgehoben, die Apparate hätten einwandfrei gearbeitet. Daß der Kläger über das zeitlich beschränkte Risiko des Erprobungskaufes hinaus ganz allgemein das Risiko hätte tragen sollen, daß sich das Verschäumungsverfahren nicht

in der geplanten Art und Weise durchführen lasse, hat selbst der Beklagte nicht behauptet. Der Inhalt seines Schreibens vom 3. Februar 1967 spricht sogar gegen eine solche Annahme.

Auch die Rüge, das Berufungsgericht hätte zusätzlich noch einen Sachverständigen über die Brauchbarkeit der Geräte anhören müssen, ist nicht begründet. Hierzu bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, nachdem der Beklagte selbst zum Beweise seiner Behauptung den Bericht des TÜV vorgelegt hat und dieser Bericht keinen Anhaltspunkt dafür bietet, worüber ein Sachverständiger noch hätte angehört werden sollen.

b) Mit der allgemein gehaltenen Einwendung, alle Reparaturen und Ersatzteile, über die sich der größte Teil der Rechnungen verhält, seien aus dem Gesichtspunkte der Gewährleistung zu liefern gewesen, kann die Revision keinen Erfolg haben. Der Beklagte hat - abgesehen wiederum von den beiden bereits erwähnten Pumpenrohren - in keiner Weise die Voraussetzungen dafür dargetan, daß ihm Gewährleistungsansprüche erwachsen seien. Wenn auch in seinem Vorbringen ein Bestreiten des Klagegrundes, nämlich der einzelnen Kaufverträge über die Ersatzteile und der Reparaturverträge liegt und die Klägerin die Rechtsfolgen zu tragen hätte, wenn der Klagegrund unbewiesen blieb, so brauchte das Berufungsgericht hier das Bestreiten des Beklagten mangels der erforderlichen Substantiierung nicht zu beachten. Ein Verfahrensverstoß fällt dem Berufungsgericht demnach nicht zur Last.

c) Unbegründet ist des weiteren die Rüge, das Berufungsgericht hätte zumindest die für die Behauptung des Beklagten angebotenen Beweise erheben müssen, die in der Rechnung vom 17. Oktober 1966 aufgeführten Airless-Düsen hätten nur ausprobiert werden sollen und nur eine davon sei verwendbar gewesen. Wird der Darstellung des Beklagten gefolgt, so stellt sich der Kauf auch dieser Düsen als Erprobungskauf in dem oben erörterten Sinne dar. Der Beklagte hat dann aber seine Rechte, die angeblich nicht verwendbaren Düsen zurückzugeben, durch nicht rechtzeitige Erklärung und Rückgabe verloren. Damit erweist sich das Beweisangebot des Beklagten als unerheblich. Es wäre auch dann unerheblich, wenn dem Beklagten Gewährleistungsansprüche nicht abgeschnitten gewesen wären. Denn dieses Beweisangebot ist viel zu allgemein gehalten, als daß daraus entnommen werden könnte, von den gelieferten Düsen sei ein Teil unbrauchbar gewesen. Es ging dahin, die angebotenen Waren seien (ganz allgemein) wenig oder völlig unbrauchbar.

d) Begründet ist dagegen die Rüge der Revision, die sich auf die Rechnung vom 15. September 1966 V Nr. 1074 bezieht. Dort werden dem Beklagten zwei Pumpenrohre in Rechnung gestellt. Hierzu hatte dieser im Schriftsatz vom 14. September 1967 vorgetragen, die Lincoln-Pumpe habe am 14. September 1966 versagt und die beiden Pumpenrohre hätten ausgetauscht werden müssen. Das Berufungsgericht ist dieser Einwendung des Beklagten ersichtlich nur deshalb nicht nachgegangen, weil es aus dessen Schweigen zu dem Bestätigungsschreiben vom 12. Dezember 1966 den Schluß gezogen hat, daß auch eine Einigung über die Rechtmäßigkeit dieser Rechnung angenommen werden müsse. Da aber, wie oben erörtert wurde, ein solcher Schluß rechtlich nicht zulässig ist, kommt es auf die

Einwendung des Beklagten an. Daß es sich bei den beiden Pumpenrohren um eine Ersatzlieferung handelt, ist unter den Parteien ebensowenig streitig wie der Umstand, daß entsprechend den Ausführungen im TÜV-Bericht der Austausch wegen Versagens der Pumpe notwendig war. Bei einer solchen Lage wäre es Sache des Klägers gewesen, den Abschluß eines Kaufvertrages über die beiden Austauschrohre eingehend und in schlüssiger Weise darzutun. Hieran fehlt es.

II. Wegen dieses Rechnungsbetrages von 2 059,62 DM konnte das Berufungsurteil daher nicht aufrechterhalten bleiben. Insoweit mußte es aufgehoben und die Klage abgewiesen werden. Im übrigen mußte die Revision zurückgewiesen werden. Dem Beklagten waren gemäß §§ 92, 97 ZPO im Maße seines Unterliegens die Kosten des Rechtsstreites aufzuerlegen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier