

BUNDESGERICHTSHOF

39

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 274/83

URTEIL

Verkündet am
19. Dezember 1984
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma K[REDACTED]-Chemie GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer Ashok C[REDACTED] H[REDACTED]weg in N[REDACTED]-N[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma G[REDACTED] Kunststoffgranulat GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführer Gerd G[REDACTED] und Jannis D[REDACTED], P[REDACTED]-
straße [REDACTED] in S[REDACTED]-R[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 16. September 1983 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt PVC-Granulat, ein Halbfertigprodukt, her; sie verwendet dabei PVC-Pulver. Die Beklagte handelt mit solchem Pulver. Am 27. März 1979 bestellte die Beklagte bei der Klägerin in deren Geschäftsräumen zehn Lkw-Ladungen von jeweils etwa 20 t PVC-Pulver Sekunda-Ware zum Preis von 0,925 DM pro kg.

Die Parteien streiten darüber, welche Qualität das Pulver vertragsgemäß haben sollte. PVC-Pulver wird nach drei technisch unterschiedlichen Verfahren - dem Masse-Verfahren (M-PVC), dem Suspensions-Verfahren (S-PVC) und dem Emulsions-Verfahren (E-PVC) - hergestellt; die Art der PVC-Sorte ist für die Weiterverarbeitung von Bedeutung. Mit Fernschreiben vom 29. März 1979 bestätigte die Beklagte den Kauf von "s-pvc"; dem widersprach die Klägerin nicht. Sie lieferte zwischen dem 28. März und dem 6. April 1979 insgesamt 118 t PVC-Pulver an die Beklagte aus. Das Pulver, das - wie der Beklagten bei der Bestellung bekannt war - aus der Produktion einer Firma J. [REDACTED] in H. [REDACTED] stammte, war ein Gemisch von S-, M- und E-PVC. Die Beklagte ließ das in Säcken gefüllte Pulver von einem Frachtführer abholen. Ein Teil wurde nach Hamburg gebracht und von dort aus am 17. April 1979 nach Indien verschifft; ein anderer Teil wurde zu einem Abnehmer der Beklagten nach Italien geschafft. Nachdem die Klägerin der Beklagten am 3. April 1979 eine Probe des PVC-Pulvers geschickt hatte, kam es am 6. April 1979 zu einer Unterredung der Geschäftsführer der Parteien, deren Inhalt streitig ist. Mit Fernschreiben vom 10. April 1979 beanstandete die Beklagte, daß in der ausgelieferten Ware E-PVC enthalten sei. Sie bezahlte die Rechnungen der Klägerin für 118 t PVC-Pulver über insgesamt 122.248 DM nicht.

Diesen Betrag verlangt die Klägerin mit der Klage. Sie macht geltend, der Geschäftsführer der Beklagten habe die Ware



vor der Bestellung besichtigt; dabei habe Einigkeit darüber bestanden, daß Vertragsgegenstand dieses bei ihr gelagerte Material der Firma J [REDACTED] sein solle. Diese Firma stelle im übrigen ausschließlich ein PVC-Gemisch her und habe beide Parteien bereits vor Vertragsschluß allein mit diesem Gemisch beliefert. Die Beklagte hält dem entgegen, ihr Geschäftsführer habe bei den Vertragsverhandlungen, bei denen es zu einer Besichtigung der Ware nicht gekommen sei, ausdrücklich S-PVC bestellt, wie sie es früher auch von der Firma J [REDACTED] bezogen habe; jedenfalls sei der Vertragsgegenstand in diesem Sinne aufgrund der widerspruchslosen Hinnahme ihres Bestätigungsfernschreibens vom 29. März 1979 festgelegt worden. Wegen der Falschlieferung der Klägerin, die ihr die Eigenschaft der Ware als S-PVC zugesichert und den Mangel arglistig verschwiegen habe, könne sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hilfsweise Nachlieferung von S-PVC und weiter hilfsweise Wandelung verlangen. Widerklagend macht die Beklagte einen Betrag von 169.219,07 DM geltend, der sich aus den nutzlosen Aufwendungen für die Lieferung der von ihren Abnehmern zurückgewiesenen Ware nach Indien und Italien und ihrem entgangenen Gewinn zusammensetzt.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen und die Beklagte auf die Anschlußberufung der Klägerin unter Abweisung eines Zinsmehrtrages und der auf die Zinsen geforderten Mehrwertsteuer dem

Klageantrag entsprechend verurteilt. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren und ihre Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Anspruch auf Kaufpreiszahlung für begründet, weil das gelieferte PVC-Pulver den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen habe. Es hat dazu ausgeführt: Vertragsgegenstand sei nicht S-PVC, sondern ein Pulver aus PVC-Abfällen in einer Zusammensetzung geworden, wie sie sich aus dem jeweiligen Angebot solcher Reste auf dem Markt und den Beschaffungsmöglichkeiten der Firma J[REDACTED] ergeben habe. Der Geschäftsführer der Beklagten habe nämlich bei seiner Anhörung vor dem Berufungsgericht eingeräumt, bei den Vertragsverhandlungen sei "überwiegend" nur von sog. J[REDACTED]-Material - ohne nähere Bezeichnung der Beschaffenheit - die Rede gewesen. Soweit angesichts dieser Darstellung die frühere Behauptung der Beklagten, sie habe ausdrücklich S-PVC als aufgearbeitete Ware gefordert, überhaupt noch aufrechterhalten werde, sei sie zumindest unbewiesen. Das Fernschreiben der Beklagten vom 29. März 1979 habe keine Umgestaltung des Kaufvertrages bewirkt, weil die Beklagte mit der Bezeichnung "S-PVC" günstigstenfalls unabsichtlich eine rechtlich unerhebliche Falschbezeichnung für den auf beiden Seiten übereinstimmend gewollten und bezeichneten Ver-

tragsgegenstand gewählt habe. Denn nach der glaubhaften erstinstanzlichen Aussage des Zeugen Hermann J. [REDACTED] habe die Firma J. [REDACTED] aus ihrem Werk Altenburg, aus dessen Produktion beide Parteien Ware bezogen hätten, S-PVC-Abfälle nicht als S-PVC, sondern stets nur als PVC-Gemisch unter der Bezeichnung "PVC 61" in Verkehr gebracht; dies sei dem Geschäftsführer der Beklagten nach den auch insoweit glaubhaften Bekundungen des Zeugen J. [REDACTED] erläutert worden. Derartige Ware, wie sie die Klägerin habe liefern sollen, habe auch die Beklagte nach den von ihr vorgelegten Bestellschreiben und Rechnungen in der Zeit vor Abschluß des Vertrages mit der Klägerin von der Firma J. [REDACTED] bezogen, ohne dies gerügt zu haben. Unter diesen Umständen erweise sich die Bezeichnung "S-PVC" in dem Fernschreiben der Beklagten als bloßer Falschname für die von der Firma J. [REDACTED] aufgearbeitete Ware PVC 61. Wie stets im Rechtsleben, so bleibe eine Falschbezeichnung auch in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben wirkungslos, ohne daß es auf die Motivation der Beklagten ankomme. Da mithin keine Schlecht- oder Falschlieferung vorliege, sei die Widerklage unbegründet.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist Gegenstand des mündlichen Vertragsschlusses am 27. März 1979 ein PVC-Pulver aus aufgearbeiteten PVC-Abfällen in einer Zusammensetzung

gewesen, wie sie den Beschaffungsmöglichkeiten der Firma J [REDACTED] entsprach.

a) Zu Unrecht rügt die Revision eine Verletzung der §§ 141, 160 Abs. 2, 286, 398, 451 ZPO, weil das Berufungsgericht nicht dem schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten den Vorzug vor den - nicht protokollierten - Erklärungen des Geschäftsführers der Beklagten bei seiner Anhörung gemäß § 141 ZPO gegeben hat.

aa) Das Berufungsgericht hat die Geschäftsführer beider Parteien ausweislich des Sitzungsprotokolls "gehört" und das Ergebnis der Anhörung auszugsweise im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen wiedergegeben. Das ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden:

ab) Ein Verstoß gegen § 160 Abs. 2 ZPO liegt schon deshalb nicht vor, weil unter den "wesentlichen Vorgängen der Verhandlung" nur ihr äußerer Hergang, nicht aber ihr Inhalt zu verstehen ist (vgl. z.B. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., § 107 IV 2, 5 S. 619; Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl., § 160 Anm. 2).

ß) Die nicht zu Beweis Zwecken dienende Anhörung der Partei gemäß § 141 ZPO bedarf keiner Protokollierung (BGH Urteile vom 11. Dezember 1950 - III ZR 94/50 = NJW 1951, 110; vom 1. Dezember 1961 - VI ZR 60/61 = VersR 1962, 281; vom 27. Novem-

ber 1968 - IV ZR 675/68 = NJW 1969, 428). Von der Vorschrift des § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO wird die Anhörung zur Sachaufklärung nicht erfaßt. Zwar müssen sich Erklärungen einer Partei, die im Urteil entscheidend verwertet werden, aus ihm einwandfrei ergeben, weil anderenfalls dem Revisionsgericht eine Nachprüfung nicht möglich ist (Senatsurteil vom 1. März 1957 - VIII ZR 286/56 = LM ZPO § 141 Nr. 2). Die Revision entnimmt diesem Senatsurteil aber zu Unrecht, in einem solchen Fall sei die Anfertigung eines Aktenvermerks des Berichterstatters "unerlässlich". Nach dem Senatsurteil (aaO) sind an die Wiedergabe der Parteierklärungen keine höheren Anforderungen als an die von Zeugenaussagen oder Parteivernehmungen zu stellen, für die eine Bezugnahme auf einen Berichterstatter-Vermerk "genügend" sei. Dem Gericht ist es aber unbenommen, die Angaben statt im Protokoll oder in einem Berichterstatter-Vermerk auch im Tatbestand niederzulegen (BGH Urteil vom 26. Februar 1968 - III ZR 38/65 = FamRZ 1968, 241, 244). Das hat das Berufungsgericht getan. Mit ihrer Rüge, die Wiedergabe im Urteilstatbestand sei "offensichtlich lückenhaft", kann die Revision schon deshalb keinen Erfolg haben, weil sie nicht darlegt, welche weiteren entscheidungserheblichen und vom Berufungsgericht nicht wiedergegebenen Erklärungen der Geschäftsführer der Beklagten abgegeben habe. Sie hatte auf diesen Punkt auch nicht ihren im Berufungsrechtszug gestellten Tatbestands-Berichtigungsantrag erstreckt. Wenn das Berufungsgericht bei der Wiedergabe der Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten das Wort "überwiegend" verwendet, so mag

eine derartige Erklärung zwar undeutlich sein; gleichwohl ergibt sich daraus kein Verfahrensfehler des Berufungsgerichts, weil es sich offensichtlich um eine wörtliche Wiedergabe handelt, wie die Verwendung der Anführungszeichen im Berufungsurteil (S. 10 Mitte) zeigt.

bb) Die auf die §§ 398, 451 ZPO gestützte Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den - im ersten Rechtszug als Partei vernommenen - Geschäftsführer der Beklagten erneut als Partei vernehmen müssen, "wenn es seine Erklärungen nunmehr anders verstehen wollte", geht schon deshalb ins Leere, weil das Berufungsgericht nicht die erstinstanzliche Aussage des Geschäftsführers der Beklagten "anders" verstanden hat, sondern dessen im zweiten Rechtszug abgegebene Erklärungen seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat und weil zudem das Landgericht der Aussage des Geschäftsführers C. [REDACTED] gerade nicht geglaubt hatte und von der Richtigkeit der Darstellung der Klägerin hinsichtlich der Bestellung des PVC ausgegangen war.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision ist auch die Vorschrift des § 286 ZPO nicht deshalb verletzt, weil das Berufungsgericht nicht von dem schriftsätzlichen Vortrag der Beklagten und der erstinstanzlichen Parteiaussage ihres Geschäftsführers ausgegangen ist. Nach § 141 ZPO gemachte Parteiangaben sind zwar nicht Beweisstoff wie die Parteivernehmung, können aber als Teil des Verhandlungsinhalts Mittel der freien Beweiswürdigung

(§ 286 ZPO) zur Bewertung des Streitstoffes sein (z.B. Rosenberg/Schwab aaO § 78 III 2 a S. 440). Widersprechen sich die Erklärungen der Partei und ihres Prozeßbevollmächtigten, so wird im Rahmen der dann erforderlichen Würdigung nach § 286 ZPO regelmäßig der Erklärung der Partei der Vorzug zu geben sein (Senatsurteil vom 1. März 1957 aaO; BGH Urteile vom 1. Dezember 1964 - VI ZR 179/63 = VersR 1965, 287, 288 und vom 22. Oktober 1968 - VI ZR 178/67 = VersR 1969, 58, 59). Wenn das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, sie habe ausdrücklich S-PVC bestellt, wegen der hiervon abweichenden Erklärung ihres Geschäftsführers für "zumindest unbewiesen" gehalten hat, so ist das nicht zu beanstanden.

b) War mithin nach den verfahrensfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die von den Parteien als "Jäckering-Material" bezeichnete Ware Gegenstand des mündlichen Vertragsschlusses, während die von der Beklagten behauptete ausdrückliche Bestellung von "S-PVC" als unbewiesen außer Betracht zu bleiben hatte, so mußte der Vertragsinhalt entscheidend davon abhängen, welches PVC-Pulver die Firma J [REDACTED] in ihrem Werk in A [REDACTED] herstellte und in der Vergangenheit an die Parteien geliefert hatte. Das Berufungsgericht geht davon aus, die Firma J [REDACTED] habe aus dem Werk A [REDACTED] nicht S-PVC, sondern stets nur ein PVC-Gemisch in Verkehr gebracht. Das rechtfertigt zwar die vom Berufungsgericht gezogene rechtliche Schlußfolgerung, der Vertrag zwischen den Parteien sei über ein ebensolches

PVC-Gemisch zustande gekommen. Zu der zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellung ist das Berufungsgericht jedoch - wie die Revision zu Recht rügt - unter Verletzung der Vorschriften der §§ 523, 398 ZPO gelangt. Denn es gründet seine Feststellung, die Firma J [REDACTED] habe aus A [REDACTED] nur ein PVC-Gemisch geliefert, auf die "glaubhafte erstinstanzliche Bekundung" des Zeugen J [REDACTED]. Dessen Angaben hatte das Landgericht keinen Glauben geschenkt. Zwar steht es grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, einen in der Vorinstanz vernommenen Zeugen nochmals zu hören oder sich auf die Würdigung seiner protokollierten Aussage zu beschränken. Dieses Ermessen ist aber nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Nach feststehender Rechtsprechung ist das Berufungsgericht zur nochmaligen Vernehmung des Zeugen verpflichtet, wenn es dessen Glaubwürdigkeit anders beurteilen will als der Richter der Vorinstanz (Senatsurteil vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 279/82 = WM 1983, 1393, 1394 unter II 1 m.w.Nachw.). Davon gilt im vorliegenden Fall keine Ausnahme:

aa) Das Landgericht hatte Bedenken gegen die Aussage des Zeugen J [REDACTED] daraus hergeleitet, daß die Beklagte nach einigen von ihr vorgelegten Unterlagen in den Jahren 1977 bis 1979 aus dem Werk A [REDACTED] wiederholt S-PVC geliefert bekommen habe. Die von dem Berufungsgericht angenommene Entkräftung eines Widerspruchs zwischen der Zeugenaussage und den Unterlagen hätte es nicht der Notwendigkeit enthoben, den Zeugen nochmals zu hö-

ren (Senatsurteil vom 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83 unter II 3 b, zur Veröffentlichung bestimmt). Im übrigen hat es den vom Landgericht gesehenen Widerspruch in Wirklichkeit nicht entkräftet. Zwar sind den Schreiben der Beklagten aus dem Jahre 1979, mit denen sie "S-PVC" "aus Altenburg" bestellte, Rechnungen der Firma Jäckering zuzuordnen, in denen die Ware mit "PVC (61)" bezeichnet wird. Bei der Ware Nr. 61 handelte es sich nach der - in diesem Punkt von den Parteien nicht in Zweifel gezogenen - Aussage des Zeugen J. [REDACTED] um ein Gemisch aus E-, M- und S-PVC, so daß die Annahme naheliegen mag, die Firma J. [REDACTED] habe der Beklagten - ohne deren Widerspruch - etwas anderes geliefert, als diese bestellt hatte. Es bleiben jedoch die - ebenfalls auf "s-pvc" lautenden - Bestellungen der Beklagten aus dem Jahre 1977 und die Rechnungen der Firma J. [REDACTED] vom 28. Februar 1977 und 16. August 1977, in denen "PVC S (65)" bzw. "PVC S-Ware" angegeben ist. Zu diesem Umstand, den sich der Zeuge J. [REDACTED] nicht erklären konnte, hat das Berufungsgericht nur die Vermutung äußern können, der Buchstabe "S" habe möglicherweise eine Sekunda-Qualität bezeichnen sollen oder die Falschbezeichnung in den Rechnungen der Firma J. [REDACTED] könne durch die entsprechenden Bestellungen der Beklagten verursacht worden sein. Eine Beweisführung, die es entbehrlich machte, daß sich das Berufungsgericht einen eigenen Eindruck von der Glaubwürdigkeit des Zeugen verschaffte, wenn es auf dessen Aussage eine von dem landgerichtlichen Urteil abweichende Feststellung treffen wollte, ist darin nicht zu sehen.

bb) Ob das Berufungsgericht von einer nochmaligen Vernehmung des Zeugen absehen durfte, weil es die von ihm getroffene Feststellung auch den Erklärungen des Geschäftsführers der Beklagten hätte entnehmen können, kann offenbleiben. Das Berufungsgericht zieht zwar in etwas anderem Zusammenhang unterstützend dessen - inhaltlich nicht ganz eindeutige - Angabe heran, bei einer Bestellung bei der Firma J [REDACTED] könne man "etwa annehmen, daß man zu 80 % S-PVC" erhalte. Seine Feststellung, die Firma J [REDACTED] habe aus dem Werk in A [REDACTED] stets ein PVC-Gemisch in Verkehr gebracht, hat das Berufungsgericht aber nicht mit dieser Erklärung des Geschäftsführers C [REDACTED] begründet, sondern allein auf die Aussage des Zeugen J [REDACTED] gestützt.

c) Das Berufungsgericht wird daher diesen Zeugen selbst vernehmen müssen. Es wird dabei Gelegenheit haben, auch auf die von ihm nicht ausdrücklich berücksichtigte erstinstanzliche Aussage des Zeugen K [REDACTED] einzugehen, nach dessen Bekundung die Beklagte von der Firma J [REDACTED] - "nur" oder "auch" - S-PVC bezogen habe.

2. Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe mit dem Ausdruck "S-PVC" in dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben vom 29. März 1979 einen "bloßen Falschnamen" für das Material der Firma J [REDACTED] gebraucht, ist zwar materiellrechtlich im Ergebnis zutreffend, wird aber auf verfahrensfeh-

lerhaft zustande gekommene tatsächliche Feststellungen begründet.

a) Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung entscheidend darauf, daß die Firma J [REDACTED] PVC stets als Gemisch in Verkehr gebracht, der Zeuge J [REDACTED] dies dem Geschäftsführer der Beklagten auch erläutert und die Beklagte in der Zeit vor der Bestellung bei der Klägerin von der Firma J [REDACTED] ebenfalls das PVC-Gemisch bezogen habe. Bei den ersten beiden Feststellungen stellt das Berufungsgericht ausdrücklich, bei der letzten jedenfalls mittelbar auf die Aussage des Zeugen J [REDACTED] ab. Ohne erneute Vernehmung dieses Zeugen verstieß das Berufungsgericht mit dieser Verfahrensweise, wie oben für die erste Feststellung näher begründet wurde (II 1 b), gegen die Vorschrift des § 398 ZPO; für die letzten beiden Feststellungen, die eng mit der ersten zusammenhängen, gilt nichts anderes.

b) Wenn das Berufungsgericht auch nach der nunmehr durchzuführenden Beweisaufnahme wiederum zu denselben tatsächlichen Feststellungen gelangt, so ist seine Ansicht, an der auf ein PVC-Gemisch bezogenen mündlichen Abrede der Parteien habe das Fernschreiben der Beklagten vom 29. März 1979 nichts geändert, im Ergebnis nicht zu beanstanden. Dabei kann dahinstehen, ob das Fernschreiben in diesem Falle schon von den Verständnismöglichkeiten der Klägerin her so ausgelegt werden kann, daß es eine Abweichung von der "J [REDACTED]-Material" betreffenden Parteiver-

einbarung trotz der Bezeichnung "S-PVC" nicht enthielt. Selbst wenn einer solchen Auslegung die objektive Bedeutung des Ausdrucks "S-PVC" entgegenstünde, blieb der Inhalt des mündlichen Vertragsschlusses unberührt:

aa) Denn bei der vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Unterstellung - die Beklagte habe unabsichtlich eine von der Vereinbarung abweichende Bezeichnung gewählt - greift der in der Rechtsprechung anerkannte Grundsatz ein, daß dann, wenn der Erklärende (die Beklagte) seinen Willen irrtümlich zum Ausdruck gebracht, der Erklärungsempfänger (die Klägerin) jedoch erkannt hat, was der Erklärende in Wahrheit sagen wollte, der tatsächliche Wille des Erklärenden maßgebend ist (z.B. BGH Urteile vom 27. Oktober 1972 - V ZR 20/71 = WM 1972, 1422, 1423 m.Nachw. und vom 5. November 1982 - V ZR 166/81 = WM 1983, 92). Es ist kein Grund ersichtlich, hiervon bei der Beurteilung der Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens eine Ausnahme zu machen. Auf die Darlegungen der Revision, die Klägerin ihrerseits habe mit der Bezeichnung "S-PVC" keine unrichtigen Vorstellungen verbunden, kommt es nicht an. Denn dem Zusammenhang des Berufungsurteils ist zu entnehmen, daß das Berufungsgericht den Erklärungen der von ihm vernommenen Geschäftsführer der Klägerin, ihnen sei dieser Ausdruck im Fernschreiben der Beklagten angesichts der mündlichen Vereinbarung und der

bereits begonnenen Lieferung des vereinbarten Materials "nicht aufgefallen", Glauben geschenkt hat. Das ist eine tatrichterlich zumindest mögliche Würdigung des Streitstoffs.

bb) Wäre dagegen mit der Revision davon auszugehen, daß die Beklagte den Ausdruck "S-PVC" bewußt im eigentlichen technischen Sinne gewählt hat, so hätte sie - bei dem hier unterstellten Beweisergebnis einer auf ein PVC-Gemisch bezogenen mündlichen Parteivereinbarung - den Vertragsinhalt bewußt unrichtig "bestätigt". Dann aber gilt nach feststehender Rechtsprechung ein Schweigen des Empfängers nicht als Zustimmung (Senatsurteil vom 3. Juli 1967 - VIII ZR 82/65 = WM 1967, 958, 960; BGH Urteil vom 25. Mai 1970 - VII ZR 157/68 = WM 1970, 1050, 1052 m.Nachw.).

III. Nach allem konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Da es weiterer Beweiserhebung bedarf, war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz war dem Berufungsgericht vorzubehalten, weil der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels von dem Ausgang der anderweiten Verhandlung und Beweiserhebung abhängt.

Braxmaier

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch