

66

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 127, 154 Abs. 2; HGB § 346 D, Ea

- a) Haben Kaufleute sich über einen Lieferungsvertrag mündlich geeinigt, dabei jedoch vereinbart, das Ergebnis ihrer Verhandlungen beiderseits schriftlich zu bestätigen, so kann der Parteiwille dahin gegangen sein, daß die wechselseitigen Bestätigungen nur Beweiszwecken dienen, also kein Gültigkeitserfordernis des Vertrages bilden sollten.

Dies kann auch dann der Fall sein, wenn ein Handelsbrauch bestehen sollte, wonach bei Vereinbarung beiderseitiger Bestätigung des Verhandlungsergebnisses der Vertrag von dem Austausch übereinstimmender Bestätigungsschreiben abhängig ist.

- b) Bestätigt der eine Vertragsteil einen mündlich geschlossenen Liefervertrag durch ein abweichende Bedingungen enthaltendes Schreiben und bittet er gleichzeitig um Gegenbestätigung, so wird regelmäßig die Abweichung nicht schon deshalb Vertragsinhalt, weil der Empfänger es unterläßt, dem Bestätigungsschreiben unverzüglich zu widersprechen.

BGH, Urt. v. 18. März 1964 - VIII ZR 281/62 OLG Frankfurt/Main
IG Darmstadt

VIII ZR 281/62

Verkündet am 18. März 1964
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtstreit

der Firma U [REDACTED] Gesellschaft für Handel und Commission mit
beschränkter Haftung, vertreten durch ihren Geschäftsführer

A [REDACTED] R [REDACTED] B [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma I [REDACTED] Handelskontor Außenhandelsge-
sellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihren
Geschäftsführer K [REDACTED] S [REDACTED] H [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 18. März 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger
und Dr. Messner

für Recht erkannt.

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandes-
gerichts Frankfurt/Main - Zivilsenat in Darm-
stadt - vom 25. Oktober 1962 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erhebt Ansprüche wegen Verweigerung der Abnahme von italienischen Herren-Halbschuhen, welche die Beklagte nach Darstellung der Klägerin von ihr gekauft hat. Die Beklagte bestreitet, daß ein Kauf zustande gekommen sei.

Im Mai 1958 übersandte die Klägerin der Beklagten, mit der sie bereits im März 1958 über die Lieferung italienischer Herren-Halbschuhe verhandelt und der sie damals auch Muster zugeleitet hatte, weitere Musterschuhe und teilte ihr dazu durch Schreiben vom 5. Mai 1958 mit, der Einstandspreis pro Paar betrage verzollt 19,35 DM. Dazu wolle sie für sich eine Provision von 0,50 DM pro Paar berechnen. Am Sonntag, dem 11. Mai 1958 verhandelten der Import- und Exportleiter der Klägerin M. M. und der Geschäftsführer der Beklagten in Anwesenheit ihrer Ehefrauen in Stuttgart über den Abschluß eines Vertrages über die Lieferung von ca. 3000 Paar italienischer Herren-Halbschuhe an die Beklagte, welche die Klägerin von dem italienischen Fabrikanten beziehen wollte. Die Vertragsbedingungen wurden nach Artikel, Größen und Anzahl mit näherer Aufgliederung festgelegt. Die Parteien einigten sich an diesem Tage auch über den Preis von 19,85 DM pro Paar verzollt und darüber, daß die Beklagte den Kaufpreis "netto Kasse 10 Tage" zu zahlen habe. Die Beklagte wünschte möglichst schnelle Lieferung. Darüber sollte die Klägerin nach Rückfrage bei ihrem Lieferanten noch Bescheid geben. Zwei Tage später fuhr M. M. nach Italien zu dem Lieferanten und erreichte dort, daß 1500 Paar Schuhe innerhalb von drei Wochen und der Rest bis zum 25. Juni 1958 geliefert werden sollten. Diese Lieferzeiten teilte er am 16. Mai 1958 der Beklagten fernmündlich mit, womit diese einverstanden war.



Inzwischen hatte die Beklagte mit Schreiben vom 13. Mai 1958 der Klägerin eine Abrechnung über erhaltene Muster mitgeteilt und dabei erklärt, von den ihr offerierten Schuhen habe sie drei näher bezeichnete Artikel (Nr. 56 (Kalb), 56 (Känguruh) und 772) in ihre Kollektion aufgenommen. Der letzte Absatz des Schreibens lautet wörtlich:

"Den Ihrem Herrn Mi[REDACTED] erteilten Auftrag lassen wir morgen mit allen Details folgen".

Bei der Verhandlung am 11. Mai 1958 waren die Parteien übereingekommen, daß die Beklagte den Auftrag schriftlich bestätigen werde. Deshalb erinnerte M[REDACTED] bei dem Ferngespräch vom 16. Mai 1958 die Beklagte an die in Aussicht gestellte schriftliche Auftragsbestätigung. Diese ist dann der Klägerin am 20. Mai 1958 zugegangen. In dem auf den 14. Mai 1958 datierten Schreiben heißt es:

"Wir beziehen uns auf die mit Ihrem sehr geehrten Herrn Mi[REDACTED] am vergangenen Sonntag gehabte Unterhaltung und haben Ihnen bereits am 13.5. die von uns aufgenommenen Artikel mitgeteilt.

Wir erteilen Ihnen hiermit auf diese Artikel folgende Order:

(es folgen die Artikel mit Größe und Stückzahl)

Wir vereinbarten mit Herrn Mi[REDACTED], daß von diesem Auftrag jeweils unsere Einteilung direkt von dem Lieferanten verpackt und an unseren Spediteur, den wir Ihnen noch aufgeben werden, gesandt wird, so daß unser Spediteur sofort die weitere Beförderungsmöglichkeit an unsere Kundschaft hat.

Wir bitten Sie uns genau mitzuteilen, wann wir in diesen drei Artikeln mit den ersten Lieferungen rechnen können, damit wir die Abrufe entsprechend einsenden können.

Wir setzen bei diesem unserem Auftrag voraus, daß alle Schuhe in vollkommen einwandfreier Weise hergestellt werden, so daß wir keine Reklamationen von Seiten unserer Abnehmer zu befürchten haben. Sollte dies wider Erwarten doch eintreten, dann werden wir

etwaige reklamierte Schuhe - soweit die Reklamationen zurecht bestehen - an Sie wieder zurücksenden.

Alle Einzelheiten über den Versand gehen Ihnen noch zu. Der Preis wurde auf DM 19.85/Paar festgelegt, zahlbar zehn Tage nach Erhalt der Ware, vereinbart.

Wir bitten um Auftragsbestätigung mit genauen Angaben, wann wir zuverlässig mit den ersten Lieferungen rechnen können."

Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 29. Mai 1958, eingegangen bei der Beklagten am 2. Juni 1958, auszugsweise folgendes:

"Betrifft: Auftragsbestätigung - Ihr Auftrag v.14.5.1958

Wir danken für Ihren oben genannten Auftrag und erlauben uns, denselben wie folgt zu bestätigen:
(es folgt eine Einzelaufstellung über zusammen 3030 Paar Schuhe)

Preis: DM 19,85 Paar, verzollt, ab Stuttgart

Zahlung: innerhalb von 10 Tagen, vom Datum aus gerechnet, an dem die Ware von uns zu Ihrer Verfügung gestellt wurde, spätestens jedoch bis zum 1. Juli 1958.

Lieferung: erfolgt durch unseren Spediteur zu Ihrer Verfügung.

Im Übrigen haben wir zur Kenntnis genommen, daß Ihre Abrufe in geschlossener Form, mit der Bezeichnung Ihrer Kunden versehen, an unseren Spediteur in Stuttgart erfolgen. Ferner bitten wir Sie, zu beachten, daß die ersten 1500 Paar zur Lieferung bereit stehen und die restliche Menge bis zum 20.6. versandfertig ist. Wir sind gemäß unseres Vertrages verpflichtet, die gesamte Menge bis zu dem von uns genannten Datum abzunehmen.
....."

Die Beklagte widersprach dieser "Auftragsbestätigung" mit Schreiben vom 3. Juni 1958, das die Klägerin mit Schreiben vom 6. Juni 1958 beantwortete.

Am 6. Juni 1958 reklamierte die Beklagte fernmündlich die Beschaffenheit der Muster und übersandte der Klägerin unter Bezugnahme auf diese Reklamation mit Schreiben vom selben Tage ein Paar Schuhe des Artikels 56. Die Klägerin wies die Reklamation mit Schreiben vom 10. Juni 1958 zurück. Sie bot der Beklagten mit Schreiben vom 18. Juni 1958 1500 Paar Schuhe mit der Erklärung an, sie halte die Ware bei ihrem Spediteur auf Abruf zur Verfügung. Dabei bezog sich die Klägerin auf den "Auftrag vom 14.5.58" und ihre Auftragsbestätigung vom 29.5.58. Mit Telegramm vom 3. Juli 1958 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß auch die zweite Partie beim Lieferwerk bereitgestellt sei, und bat um Versandinstruktionen, andernfalls die Ware en bloc übernommen werden müsse. Die Beklagte lehnte die Annahme der Ware ab.

Nach erfolglosen Verhandlungen zwischen den Parteien über eine gütliche Erledigung der Angelegenheit erteilte die Klägerin im Dezember 1958 einem öffentlich bestellten Versteigerer Auftrag, ca. 3000 Paar Schuhe für Rechnung der Beklagten zu versteigern, und verständigte sodann diese von der bevorstehenden Versteigerung. In dem Termin am 14. Januar 1959 ersteigerte die Beklagte die damals noch im Zollager befindliche Ware.

Die Klägerin verlangt, nachdem sie zunächst einen höheren Betrag eingeklagt hat, mit dem ermäßigten Antrag den Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis für 2799 Paar Schuhe und dem Versteigerungserlös nebst den von der Beklagten gezahlten Beträgen für Zoll und Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 16 523,96 DM und ferner die Versteigerungskosten in Höhe von 1 675,40 DM. Die Klägerin hat demgemäß beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 18 199,36 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Das Landgericht hat dem Klageantrage im wesentlichen entsprochen. Die Beklagte hat die Hauptforderung und Zinsen im April 1961 unter Vorbehalt gezahlt und deshalb mit ihrer Berufung ferner beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 21 650,40 DM nebst Zinsen zurückzuzahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und den Rückzahlungsantrag abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte die bisherigen Anträge weiter, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Kaufvertrag sei mündlich wirksam geschlossen worden. Es sieht als erwiesen an, daß der Geschäftsführer der Beklagten bei der Besprechung am 11. Mai 1958 auf sofortige Entgegennahme des Auftrags bestanden habe, wobei er die von der Beklagten gewünschte Aufteilung der Schuhe auf die verschiedenen Artikel vorgelegt habe. Nachdem sich die Parteien über Preis und Gegenstand des Lieferungsvertrages einig waren, sei nur der Liefertermin offen geblieben. Die Parteien hätten sich deshalb auf baldigstmögliche Lieferung geeinigt, im übrigen hätten sie vereinbart, daß der Kaufpreis innerhalb von zehn Tagen, nachdem die Ware der Beklagten zur Verfügung gestellt worden sei, bezahlt werden müsse. M. [REDACTED] habe der Beklagten vorgeschlagen, daß sie die Ware nach Erteilung von entsprechenden Versandinstruktionen vom Fabrikanten verpacken und einteilen lassen solle. Weiterhin habe die Beklagte einen von ihr beauftragten Spediteur in Stuttgart

benennen sollen, an den die Ware zu übersenden war. Nach Rücksprache mit dem Fabrikanten habe sodann M. dem Geschäftsführer der Beklagten am 16. Mai 1958 fernmündlich mitgeteilt, daß er in etwa drei Wochen mit der Lieferung von etwa 1500 Paar Schuhen rechnen könne und daß der Rest bis etwa Ende Juni 1958 zur Verfügung stehe. Damit sei der Geschäftsführer der Beklagten einverstanden gewesen. Diese Vorgänge würdigt das Berufungsgericht dahin, daß der Liefervertrag mündlich unter Einigung über Preis, Menge, Zahlungszeit und Auslieferungsort fest geschlossen worden sei.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe deshalb keinen mündlichen Vertragsschluß annehmen dürfen, weil die Parteien, wie das Berufungsgericht im Tatbestand des Berufungsurteils als unstreitig feststellt, bei der Verhandlung am 11. Mai 1958 in Stuttgart übereingekommen sind, sich gegenseitig das Ergebnis ihrer Verhandlungen zu bestätigen. Demgegenüber habe das Berufungsgericht nicht annehmen dürfen, daß eine von der Auftragsbestätigung der Beklagten vom 14. Mai 1958 oder von der Gegenbestätigung der Klägerin im Schreiben vom 29. Mai 1958 abweichende mündliche Vereinbarung zustande gekommen sei. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß es auf die vereinbarte schriftliche Bestätigung nicht ankomme, verletze § 126 HGB. Das Berufungsgericht habe auch zu Unrecht den Beweisanspruch der Beklagten abgelehnt, daß ein Handelsbrauch bestehe, wonach bei Geschäften der vorliegenden Art der Vertrag schriftlich zu bestätigen sei, wenn er für die Parteien verbindlich werden sollte. Überdies verkenne das Berufungsgericht, daß die einer mündlichen Abmachung folgende schriftliche Be-

stätigung eines Kaufmanns ihre Vollständigkeit und Richtigkeit vermuten lasse und deshalb für den Vertragsinhalt ausschließlich Geltung habe, wenn sie unwidersprochen geblieben sei. Da die Klägerin dem Schreiben der Beklagten vom 14. Mai 1958 nicht unverzüglich widersprochen habe, sei dieses maßgebend. Werde aber davon ausgegangen, daß die Beklagte in ihrem Schreiben eine Gegenbestätigung verlangt habe, weil dies vereinbart worden sei, so hätte für die Frage des Vertragsschlusses nur auf die Schreiben vom 14. und 29. Mai 1958 abgestellt werden dürfen, die miteinander nicht übereinstimmen.

2. Der Ausgangspunkt der Revision, der Abschluß des Vertrages habe nach dem Parteiwillen von einer beiderseitigen schriftlichen Bestätigung abhängig sein sollen, steht nicht im Einklang mit den Feststellungen des Berufungsgerichts über den Vertragsschluß. Die Revision rügt zu Unrecht, daß dem Berufungsgericht hierbei ein Rechtsverstoß unterlaufen sei. Auch die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr wird, wie schon das Reichsgericht ausgesprochen hat, durch die unter Kaufleuten übliche Sitte, telegrafische oder telefonische Abschlüsse alsbald schriftlich zu bestätigen, die rechtliche Wirksamkeit eines tatsächlich erfolgten Vertragsschlusses nicht beeinträchtigt, sofern nicht die Parteien ihn ersichtlich von schriftlichen gleichlautenden Bestätigungen abhängig gemacht haben (vgl. RG JW 1924, 405³). Die Frage, welche Bedeutung Bestätigungsschreiben zukommt, läßt vielmehr nach den Umständen eine verschiedene Beantwortung zu. Ist ein Vertrag schon mündlich zum Abschluß gebracht und soll das Bestätigungsschreiben lediglich dazu dienen, die mündliche Vereinbarung zu bekräftigen,

so hat es nur die Bedeutung eines Beweismittels. Rechtsbegründende Kraft kommt dem Bestätigungsschreiben nur zu, wenn erst hierdurch die mündliche Vertragsabrede zum Abschluß gebracht oder der mündliche Vertragsabschluß nachträglich ergänzt oder abgeändert (erweitert oder beschränkt) werden soll.

Der Umstand, daß die Parteien, wie das Berufungsgericht feststellt, am 11. Mai 1958 in Stuttgart übereingekommen waren, sich gegenseitig das Ergebnis ihrer Verhandlungen zu bestätigen, zwingt unter den von dem Berufungsgericht festgestellten und gewürdigten Umständen nicht zu der Folgerung, hiervon habe das Zustandekommen des Vertrages abhängen sollen.

Das Berufungsgericht ist auf Grund einer eingehenden Würdigung der Beweisaufnahme über die mündlichen Vertragsverhandlungen zu dem Ergebnis gelangt, der Vertrag sei bereits mündlich bindend zustande gekommen und nicht von dem Austausch übereinstimmender Bestätigungsschreiben abhängig gemacht worden. Darin liegt kein Rechtsfehler.

Im übrigen hat die Beklagte in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 13. Mai 1958 selbst zum Ausdruck gebracht, sie habe bereits einen Auftrag erteilt. Dieser Umstand, den das Berufungsgericht nicht verwertet, legt ebenfalls die Annahme nahe, daß der Liefervertrag schon durch mündliche Absprache zustande gekommen war.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts über den Abschluß des Vertrages werden durch die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten über einen dagegen sprechenden Handelsbrauch nicht in Frage gestellt. Es ist zwar richtig, daß bei der Auslegung von Handelsgeschäften die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche zu berücksichtigen

sind. Darauf kommt es aber dann nicht an, wenn sich aus dem Sachverhalt ergibt, daß nach den konkreten Umständen der behauptete Handelsbrauch keine Bedeutung haben kann. Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier der Fall. Es hat das Beweisangebot deshalb für unerheblich angesehen, weil der behauptete entgegenstehende Handelsbrauch nicht ausschließt, daß die Parteien im Einzelfall mündlich bereits eine vertragliche Bindung herbeiführen. Diese Begründung trägt die Ablehnung des Beweisantrages.

3. Die Feststellung des Berufungsgerichts über das Zustandekommen des Vertrages wird auch nicht durch die weiteren Umstände erschüttert, welche die Revision anführt.

Das Schreiben der Beklagten vom 14. Mai 1958 lag entgegen der Darstellung der Revision bei der Klägerin am 16. Mai 1958 noch nicht vor. Die Beklagte hat die Behauptung der Klägerin, es sei bei ihr erst am 20. Mai 1958 eingegangen, nicht bestritten.

Das Schreiben vom 14. Mai 1958 ist zwar in die Form einer Bestellung gekleidet. Auch dieser Umstand sowie der weitere, daß die Klägerin in ihrem Schreiben vom 29. Mai 1958 auf den "Auftrag" vom 14. Mai 1958 Bezug nimmt und daß das ebenfalls bei dem Lieferschein der Klägerin der Fall ist, Umstände, die das Berufungsgericht ersichtlich nicht übersehen hat, zwingen nicht zu dem Schluß, daß nicht schon unabhängig von diesen Bestätigungen mündlich ein Lieferungsvertrag zustande gekommen ist. Das gilt auch für entsprechende Bezugnahmen in dem weiteren Schriftwechsel, auf den die Revision verwiesen hat.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe nach den mündlich getroffenen Vereinbarungen die Ware in der Weise abnehmen dürfen, daß sie an einen von ihr zu benennenden Spediteur geliefert werden sollte. Es bezeichnet es als unerheblich, daß die Klägerin den Auftrag in ihrem Schreiben vom 29. Mai 1958 dahin bestätigt hat, die Ware solle an ihren Spediteur zur Verfügung der Beklagten geliefert werden. Dies hat das Berufungsgericht für das Zustandekommen des Vertrages mit Recht als unwesentlich angesehen. Denn wenn vereinbart war - wie das Berufungsgericht feststellt -, daß die Beklagte einen Spediteur benennen durfte, an den geliefert wurde, so war eben diese Vereinbarung Vertragsinhalt ungeachtet der Bestätigung der Klägerin vom 29. Mai 1958, welcher die Beklagte widersprochen hat. Es ist im übrigen auch nicht ersichtlich, daß die anderslautende Bestätigung der Klägerin zu Schwierigkeiten bei der Durchführung des Vertrages geführt haben würde. Denn es wäre jedenfalls möglich gewesen, der Beklagten die Ware über den Spediteur der Klägerin anzubieten, wodurch auch eine Lieferung an einen Spediteur der Beklagten nicht ausgeschlossen war.

Was die Revision sonst noch gegen das Zustandekommen des Vertrages geltend macht, bewegt sich auf tatsächlichem Gebiet und zielt darauf ab, eine eigene Würdigung der Beweisaufnahme und der weiteren Umstände gegenüber den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Geltung zu bringen. Das ist nicht zulässig.

Erfolglos muß auch die Rüge der Revision bleiben, das Berufungsgericht habe dem Beweisantrag der Beklagten im Schriftsatz vom 31. März 1962 S. 2 zu Unrecht nicht entsprochen und es unterlassen, die Ehefrau des Geschäfts-

Führers der Beklagten, Frau J. B., über den wirklichen Inhalt des am 11. Mai 1958 Besprochenen zu vernehmen. Die Rüge scheitert daran, daß die Beklagte keinen Rechtsanspruch auf eine wiederholte Vernehmung der bereits im ersten Rechtszuge vernommenen Zeugin über dasselbe Beweisthema hat. Die erneute Vernehmung der Zeugin stand vielmehr im Ermessen des Berufungsgerichts (§ 398 ZPO).

4. Unbegründet ist ferner die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 14. Mai 1958 deshalb, weil die Klägerin ihm nicht unverzüglich widersprochen habe, als Inhalt des Vertrages gelten lassen müssen; das Berufungsgericht setze sich in Widerspruch zu der Rechtsprechung über die Wirksamkeit von unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben gegenüber einem Kaufmann.

Es kommt indes nicht darauf an, ob das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 14. Mai 1958 von dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt des mündlich bereits vorher abgeschlossenen Vertrages abweicht, auch nicht darauf, ob die Beklagte diesem Schreiben nicht unverzüglich widersprochen hat. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben, das in die Form einer Bestellung gekleidet ist, aber nach der Sachlage rechtlich als Bestätigungsschreiben gewertet werden muß, die Klägerin ausdrücklich um Auftragsbestätigung gebeten. Die Beklagte konnte daher nicht ohne weiteres auf die Zustimmung der Gegenseite zu dem Inhalt des Schreibens schließen, wenn diese nicht unverzüglich widersprach. Denn durch das Ersuchen um Auftragsbestätigung gab die Beklagte jedenfalls unter den hier vorliegenden Umständen kund, daß es einer Gegen-

bestätigung bedürfen sollte, um das Einverständnis mit dem Inhalt dieses Schreibens zum Ausdruck zu bringen. Welche Bedeutung dem Schweigen beizumessen ist, wenn um Gegenbestätigung gebeten war, läßt sich nicht allgemein entscheiden. Das muß ganz aus der Lage des einzelnen Falles beurteilt werden (RGZ 106, 414, 416; 104, 201; vgl. v. Codin in HGB RGRK 2. Aufl. § 346 Anm. 16 h). Im vorliegenden Falle ist angesichts der in die Form einer Bestellung gekleideten Bestätigung vom 14. Mai 1958 und der ausdrücklichen Bitte um Auftragsbestätigung kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages nicht auch nach dem Inhalt des Schreibens der Beklagten, sondern ausschließlich nach den mündlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien beurteilt hat.

Unter diesen Umständen dürfte das Berufungsgericht es auch als unerheblich ansehen, daß das Schreiben der Beklagten vom 14. Mai 1958 inhaltlich (hinsichtlich der Auslieferung der Ware an den Spediteur und der Zahlung des Kaufpreises) nicht in allen Punkten mit dem Schreiben der Klägerin vom 29. August 1958 übereinstimmt. Dem Berufungsgericht ist daher kein Rechtsfehler unterlaufen, wenn es annimmt, daß diese beiden Schreiben keine Änderungen des bereits mündlich abgeschlossenen Vertrages herbeiführen konnten.

II. Hiernach muß von der Feststellung des Berufungsgerichts ausgegangen werden, daß die Beklagte einen Lieferungsvertrag über ca. 3000 Paar italienische Halbschuhe abgeschlossen hat. Sie mußte deshalb diesen Vertrag erfüllen. Sie durfte die Annahme der ihr angebotenen Ware auch nicht mit der Begründung ablehnen, daß sie

mangelhaft sei. Das Berufungsgericht stellt nämlich ausdrücklich fest, daß die der Beklagten von der Klägerin angebotenen Schuhe in Verarbeitung und Material mit den Mustern, die dem Vertrag zugrundeliegen, übereinstimmen. Dies gilt sowohl für den von der Beklagten mit Schreiben vom 3. Juni gerügten Mangel, wonach die Verleimung an der Sohle der Schuhe beim Abheben des Oberleders von der Sohle sichtbar sei, als auch von dem behaupteten Mangel bei Schuhen des Artikels 56, der darin bestehen soll, daß diese Schuhe teilweise mit schlechtem Oberleder verarbeitet worden seien.

Das Berufungsgericht meint, diese angeblichen Mängel brauche die Klägerin nach § 460 BGB deshalb nicht zu vertreten, weil die Beklagte diese bei Kaufabschluß entweder gekannt oder aber infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt habe. Der "Austritt" von Klebstoff und die Beschaffenheit des Oberleders sei ohne besondere Schwierigkeiten bereits an den der Bestellung zugrundeliegenden Mustern erkennbar gewesen. Außerdem handle es sich aber nach dem Gutachten des Schuhkaufmanns K. K. vom 12. Januar 1959, das im Beweissicherungsverfahren eingeholt worden ist, bei dem Sichtbarwerden von Klebstoff um eine Besonderheit der Herstellungsweise, die nicht als Mangel angesprochen werden könne. Auch mit der Bemerkung des Sachverständigen K., bei dem Artikel 56 in Schwarzglattleder sei teilweise schlechtes Oberleder verarbeitet worden, sei kein Fehler festgestellt, der den Wert oder die Tauglichkeit der Ware zu dem gewöhnlichen oder dem bestimmungsgemäßen Gebrauch als Schuh aufhebe oder mindere. Der Sachverständige habe nämlich in seinem Gutachten dazu erklärt, daß dies kein Mangel, sondern eine Preisfrage sei.

Die Revision richtet gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts eine Reihe von Angriffen. Bei ihrer Prüfung kann dahingestellt bleiben, ob hier die Vorschrift des § 460 BGB anzuwenden ist. Entgegen der Auffassung der Revision ist es nämlich für die rechtliche Beurteilung von entscheidender Bedeutung, daß die Beklagte Musterschuhe vor Abschluß des Kaufvertrages erhalten hat und daß der Kaufvertrag auf Grund dieser Musterschuhe abgeschlossen worden ist. Der Besteller nach Muster kann prüfen, was er bestellt, und muß sich daher schlüssig werden, ob das Bestellte seinen Zwecken genügt oder nicht. Er darf deshalb bei einer Bestellung nach Muster nicht solche Mängel nachträglich rügen, die bei gehöriger Untersuchung von ihm schon vor der Bestellung entdeckt werden konnten und damit erkennbar waren.

Diese Voraussetzung ist jedenfalls nach den auch insoweit einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts für den behaupteten Mangel gegeben, der darin bestehen soll, daß bereits bei dem Musterschuh eine Verleimung sichtbar geworden sei. Die Beklagte rügt insoweit auch vergeblich, daß einem Beweisangebot nicht nachgegangen worden ist. Ihr unter Beweis gestelltes Vorbringen im Schriftsatz vom 14. November 1960 S. 3 bezog sich nicht darauf, daß es nicht möglich gewesen sei, den hier in Rede stehenden Mangel bei gehöriger Untersuchung der Muster zu erkennen. Deshalb durfte das Berufungsgericht davon absehen, Frau B. darüber zu vernehmen, daß die "Ausfallmuster" der Schuhe (mit diesem Wort waren in Wirklichkeit die dem Vertragsabschluß zugrunde liegenden Muster gemeint) nach ihrem Eintreffen bei der Beklagten zunächst Mängel nicht erkennen ließen und daß der Geschäftsführer der Beklagten erst am 5. oder 6. Juni 1958 fest-

gestellt habe, daß die Schuhe zwischen den beiden Sohlen "undicht geworden waren und Leim an den Rändern herauslief". Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Verleimung der Schuhe an den Sohlennähten nicht unsichtbar. Der von der Beklagten geltend gemachte Mangel soll im übrigen nur darin bestehen, daß die Verleimung beim Abheben des Oberleders von der Sohle, womit nach den Feststellungen des Berufungsgerichts immer zu rechnen ist, sichtbar wurde.

In diesem Zusammenhang gewinnt auch noch die Feststellung des Berufungsgerichts Bedeutung, daß es sich bei der Verwendung von Klebstoff um eine nicht zu beanstandende Besonderheit der Herstellungsweise handelt und daß das Sichtbarwerden der Verleimung im Falle der Abhebung des Oberleders von der Sohle keinen Mangel der Ware darstellt. Wie der Sachverständige Koch dazu ausgeführt hat, entspricht diese Sachart der herkömmlichen Herstellungsweise italienischer Schuhe. Auch bei Schuhen höherer Preislage als der hier streitigen werde sich das Oberleder oft vom Bodenleder bis zur Naht lösen, so daß der Klebstoff sichtbar werde.

Die Revision hält allerdings die von Koch getroffenen Feststellungen über die Beschaffenheit der von ihm untersuchten 120 Paar Schuhe deshalb nicht für verwertbar, weil er nur ein schriftliches Gutachten abgegeben hat und nicht mündlich vernommen worden ist. Nach Ansicht der Revision ist das Beweissicherungsverfahren insoweit nicht ordnungsgemäß gewesen, weil in diesem ein Sachverständiger grundsätzlich mündlich gehört werden müsse. Mindestens hätte, so rügt die Revision ferner, das Berufungsgericht dem Antrage der Beklagten im Schriftsatz

vom 29. Juni 1961 S. 11 entsprechen müssen, wonach das Gutachten eines Sachverständigen darüber eingeholt werden sollte, daß die Beschaffenheit der Schuhe, wie sie von Koch festgestellt wurde, derart sei, daß sie die Weigerung der Abnahme rechtfertige. Diese Rügen greifen indes nicht durch.

Nach § 492 Abs. 1 ZPO erfolgt die Beweisaufnahme im Beweissicherungsverfahren nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften. Ob eine schriftliche Begutachtung durch Sachverständige, die im gewöhnlichen Beweisverfahren nach § 411 Abs. 1 ZPO angeordnet werden kann, im Beweissicherungsverfahren grundsätzlich unstatthaft ist oder jedenfalls durch eine mündliche Vernehmung des Sachverständigen ergänzt werden muß, um dessen Gutachten im ordentlichen Prozeßverfahren verwertbar zu machen, kann dahingestellt bleiben. Denn das Beweissicherungsverfahren im Wege der schriftlichen Einholung eines Sachverständigengutachtens ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn dies im Einvernehmen der Parteien geschieht (Stein/Jonas/Schönke, ZPO § 492 Anm. 1, 2; Wicczorek, ZPO § 492 Anm. A II). Das ist hier der Fall. Das Amtsgericht hat sowohl in dem von der Beklagten beantragten Beweissicherungsverfahren als auch auf Grund des Beweissicherungsantrages der Klägerin durch Beschlüsse vom 30. Oktober 1958 und 10. November 1958 angeordnet, daß Koch vorerst ein schriftliches Gutachten erstatten solle. Die Beklagte hat dagegen keine Einwendungen erhoben. Beide Parteien haben davon abgesehen, im Beweissicherungsverfahren eine Vernehmung des Sachverständigen zu beantragen. Daraus ist zu entnehmen, daß sie mit der Art und Weise des Beweissicherungsverfahrens sich still-

schweigend einverstanden erklärt haben. Unter diesen Umständen ist das Gutachten Kochs im vorliegenden Prozeß verwertbar. Allerdings hätte die Beklagte beantragen können, daß der Sachverständige vor dem Prozeßgericht vernommen wurde, um sein Gutachten mündlich zu erläutern. Sie hat aber einen solchen Antrag nicht gestellt.

Die Beklagte kann sich auf einen Rechtsverstoß im Beweissicherungsverfahren durch etwaige Verletzung der §§ 492, 493 ZPO auch deshalb nicht berufen, weil sie in der mündlichen Verhandlung, in der sich die Klägerin auf das Gutachten des Sachverständigen K. vom 12. Januar 1959 bezogen hatte, den von der Revision geltend gemachten Mangel nicht gerügt hat, obgleich ihr das gehandhabte Verfahren bekannt war (§ 295 ZPO). Dem Berufungsgericht ist auch kein Rechtsverstoß deshalb unterlaufen, weil es die Vernehmung eines weiteren Sachverständigen, welche die Beklagte verlangt hat, nicht für erforderlich angesehen hat. Denn es bestand für das Berufungsgericht keine verfahrensrechtliche Pflicht zur Einholung eines weiteren Gutachtens, wenn es an der Richtigkeit des Gutachtens K. keine Zweifel hatte und wenn dieses keine groben Mängel aufwies (vgl. BGH Urt.v. 27. November 1956 - VIII ZR 37/56 - S. 10). Daß diese Voraussetzungen vorgelegen hätten, ist aber mit den Ausführungen der Revision nicht dargetan.

Das gilt auch für die Bemerkung des Sachverständigen, daß in der Beschaffenheit des Oberleders bei den Schuhen des Artikels Nr. 56 kein Mangel zu sehen sei.

Bedenken gegen das Berufungsurteil könnten hinsichtlich der Verarbeitung von schlechtem Oberleder höchstens dann bestehen, wenn die Musterchuhe des hier in Frage stehenden Artikels nicht unter Verwendung derartigen

Oberleders hergestellt wären. So hat das Berufungsgericht das Gutachten aber nicht verstanden. Denn es hat angenommen, daß auch die entsprechenden Musterschuhe teilweise schlechtes Oberleder aufwiesen. Daß es das Gutachten in diesem Sinne gewürdigt hat, folgt daraus, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Verwendung von gerartigem Oberleder auch bei den Musterschuhen für die Beklagte ohne weiteres erkennbar gewesen ist. Diese Feststellung des Berufungsgerichts begegnet keinen rechtlichen Bedenken und ist daher für das Revisionsgericht bindend. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß nach dem Beschluß im Beweis-sicherungsverfahren der Beklagten aufgegeben worden war, dem Sachverständigen K. die Musterschuhe zuzuleiten. Es ist von der Revision nicht geltend gemacht, daß dies nicht geschehen sei. Auch das Gutachten des Sachverständigen Koch besagt nichts darüber, daß in bezug auf das Oberleder die von ihm untersuchten Schuhe nicht den Musterschuhen entsprochen hätten. Ist aber davon auszugehen, daß auch die Musterschuhe teilweise schlechtes Oberleder im Sinne der Bemerkung des Sachverständigen Koch aufwiesen, so kann die Beklagte nicht geltend machen, daß die ihr angebotene Ware insoweit nicht vertragsgemäß gewesen sei.

III. Die Beklagte hat somit nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Annahme der Schuhe ohne gerechtfertigten Grund verweigert und ist hierdurch nicht nur in Annahmeverzug, sondern auch in Zahlungsverzug gekommen. Infolgedessen liegen die Voraussetzungen des § 326 BGB für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin vor, den ihr das Berufungsgericht mit der Begründung zugebilligt hat, die Klägerin könne das Ergebnis der Versteigerung der Ware unter dem Gesichtspunkt des Deckungsverkaufs ihrer Schadensberechnung zugrunde legen. Gegen diese recht-

liche Erwägung bestehen ebenfalls keine Bedenken (vgl. RGZ 109, 134, 136; BGH Urt.v. 24. Mai 1960 - VIII ZR 77/59 - S. 11). Die Revision meint zwar, wenn davon auszugehen sei, daß das Versteigerungsverfahren an Mängeln leide und deshalb unrechtmäßig sei, fehle es an einer rechtlichen Grundlage dafür, die Beklagte auch mit den Versteigerungskosten zu belasten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, so meint die Revision, sei zumindest zu unterstellen, daß bei der öffentlichen Bekanntgabe der Versteigerung die Schuhe nicht einwandfrei bezeichnet worden seien, weil die Ware als Mocassin-Herrenschuhe statt als Herren-Halbschuhe angekündigt worden sei. Zum Schaden der Klägerin gehören aber auch die Versteigerungskosten. Die Beklagte trägt die Beweislast dafür, daß die Klägerin es schuldhaft unterlassen habe (§ 254 BGB), die Höhe des Schadens zu mindern (vgl. Palandt/Danckelmann, BGB 23. Aufl. § 254 Anm. 7; Rosenberg, Die Beweislast 3. Aufl. S. 364 f). Die Beklagte hat jedoch nicht dargetan, daß durch eine genauere Bezeichnung der Schuhe bei der öffentlichen Bekanntmachung des Versteigerungstermins oder durch eine andere Verwertung der Ware, insbesondere im Wege des freihändigen Verkaufs, ihre Interessen besser gewahrt worden wären. Sie kann deshalb auch nicht mit dem Einwand durchdringen, die Kosten des Versteigerungsverfahrens dürften ihr nicht zur Last gelegt werden.

IV. Erweisen sich somit sämtliche Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil nicht als gerecht-

fertigt, so muß sie als unbegründet zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner