

✓

BGHZ : nein

HGB § 346 B, Ed

Zur Feststellung der Voraussetzungen, des Inhalts und der Wirkungen eines ausländischen Handelsbrauchs für ein zwischen deutschen Kaufleuten abgeschlossenes Kaufgeschäft (hier: Verladung von Koks auf Schiffe in Belgien).

BGH, Urt. v. 2. Mai 1984 - VIII ZR 38/83 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 38/83

URTEIL

Verkündet am

2. Mai 1983
Friederich,
Justizangestellte
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

Firma I [REDACTED] N [REDACTED] GmbH, F [REDACTED] Straße [REDACTED]
in B [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
Karl-Heinz N [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Firma B [REDACTED] GmbH L [REDACTED] & Co. (Gesellschaft
mit beschränkter Haftung), M [REDACTED] Straße [REDACTED] in M [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer Hermann
G [REDACTED] und Kurt D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 1984 durch die Richter Wolf, Treier, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. November 1982 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts München I vom 5. November 1981 geändert, soweit die Beklagte zur Zahlung von 13 % Mehrwertsteuer auf die zuerkannten Zinsen verurteilt worden ist. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Im weitergehenden Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Tatbestand

Die Klägerin verlangt die Bezahlung eines unstreitig noch offenen Kaufpreisrestbetrages von 29.191,25 DM für eine Kokslieferung sowie Schadensersatz in Höhe von 44.026,70 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer darauf. Sie handelt, ebenso wie die Beklagte, mit der sie seit mehreren Jahren in Geschäftsverbindung stand, mit Brennstoffen. Am 18. Juni 1980 schloß sie mit der Beklagten unter Hinweis auf ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Vertrag (Kontrakt 3940), aufgrund dessen sie 6 000 t Koks in Teilmengen zu liefern hatte. Die schriftliche Vertragsbestätigung der Klägerin lautet auszugsweise:

Menge und Sorte:	ca. 6 000 t Koks + 40 mm ab Sluiskil
Preis:	DM/t 268,-- frei Waggon verladen Sluiskil, NL.
Waggonstellung:	erfolgt durch Sie
ca. Analyse: (Verweigerungswerte)	Wasser 7 0 - 25 mm + 5 0 - 40 mm + 11
Analysennahme:	SGS-ICM, Rotterdam und HIBA, Essen bei Verladung in Sluiskil, Kosten zu Ihren Lasten
Bußen/Prämienregelung:	1. Wasser keine Prämie, Buße von DM/t 2,50 pro % Überschreitung von 5 % 4. Buße von DM/t 2,50 pro % Überschreitung 0 - 40 mm von 6 %.

Die zitierte Regelung der Analysennahme bedeutet unstreitig, daß die Proben durch je einen von den Parteien zu stellenden Sachverständigen entnommen werden sollten.

Nachdem die Beklagte bei mehreren - teils in Waggons, teils in Binnenschiffe verladenen - Lieferungen die Körnung beanstandet und die Klägerin für diese Teilmengen den Kaufpreis herabgesetzt hatte, vereinbarten die Parteien im Oktober 1980 eine Vertragsänderung. In dem die Änderung bestätigenden Schreiben der Klägerin vom 15. Oktober 1980 heißt es dazu:

"....

Um den Vertrag fortzusetzen sind wir übereingekommen Ihnen für M/S "Osar" eine Gutschrift von DM/t 25,-- für Körnung und Analyse zu geben. Diesen Nachlaß werden wir von unserer Rechnung in Abzug bringen.

Um nicht noch einmal ein Fiasko wie in Sluiskil zu erleben, werden wir die Lieferung auf eine Körnung + 60 mm von Marly umstellen.
Die anderen Vertragsbedingungen bleiben alle gleich."

In der Berufungsinstanz ist nach Einholung einer Auskunft eines belgischen Sachverständigen zwischen den Parteien unstreitig geworden, daß es in Belgien und insbesondere in Marly üblich ist, die bei der Koksverladung durch Sachverständige zu entnehmenden Proben bereits vom Förderband und nicht aus dem Schiff zu nehmen. Ob dementsprechend bei der ersten Verladung am 25. Oktober 1980 auf das Motorschiff Annemarie verfahren wurde oder ob - wie die Klägerin behauptet - ein Teil der Proben aus dem Schiff entnommen wurde, ist ebenso streitig wie die Behauptung der Beklagten, die Körnung dieser Lieferung sei wiederum mangelhaft gewesen.

Vor der für den 14. November 1980 vorgesehenen weiteren Verladung auf das Motorschiff Janny sandte die Beklagte der Klägerin am 13. November 1980 folgendes Fernschreiben:

"FS 01050 - Koks + 60 mm ab Marly

Wir hörten, daß das MS Janny erst morgen beladen wird. Die Probenehmer (SGS-ICM und HIBA) haben strikte Anweisung, aus dem Schiff zu proben. Sollte es den Probenehmern nicht ermöglicht werden ordnungsgemäß zu proben, muß eine repräsentative Bemusterung während der Löschung erfolgen. Wie wir bereits ausführten, wird eine Bandprobung von uns abgelehnt. Bitte tragen Sie dafür Sorge, daß eine ordnungsgemäße Probenahme erfolgen kann. Bei Nichteinhaltung müssen wir Sie für die Kosten verantwortlich halten."

Bei der am folgenden Tage morgens beginnenden Verladung war kein von der Beklagten beauftragter Sachverständiger anwesend. Die Klägerin ließ dennoch 402, 41 t Koks in das Schiff verbringen und brach erst danach die weitere Verladung ab. Am 17. November 1980 - einem Montag - richtete sie an die Beklagte folgendes Fernschreiben:

"FS 570 - Betr.: M/S Janny mit Koks + 60 mm ab Marly

Wir haben aufgrund Ihres Telex 01050 die weitere Beladung von o.g. Schiff abgelehnt, da entgegen Ihrem Wunsch die Probung am Band durchgeführt werden sollte und Sie Hiba nicht beauftragt haben. Unser Vorlieferant hat uns mitgeteilt, daß er das mit ca. 400 t beladene Janny nach Leon Smet in Brüssel disponiert, um die Löschung dort vorzunehmen. Er macht uns mit sämtlichen Kosten dieser Stornierung verantwortlich und droht uns mit Klage incl. Deckungsverkäufe der nicht abgenommenen Menge. Sämtliche Kosten bzw. Rechtsansprüche müssen wir, so leid es uns tut, an Sie weitergeben ..."

Die Beklagte erwiderte am gleichen Tage u.a. mit ihren Fernschreiben Nr. 01052 und Nr. 01053 folgenden Inhalts:

"FS Nr. 01052

Ihr FS 570 können wir leider nicht akzeptieren. Wir haben for/fob gekauft und vertragsgemäß die Labore SGS-ICM und HIBA beauftragt, die Ware ordnungsgemäß während der Beladung im Waggon/Schiff - in diesem Falle Schiff - zu proben. Sollten die technischen Einrichtungen des Kokswerkes diese Probenahme nicht ermöglichen, haben wir uns mit einer Bemusterung während der Löschung des Schiffes beim Empfänger einverstanden erklärt, zumal sich die Ware auf der Reise naturgemäß nicht bezüglich des Kornaufbaues verändern kann.

Irgendwie geartete Eingriffe in unsere Schiffsdispositionen können wir leider nicht dulden, auch nicht von Ihrem Vorlieferanten.

Für uns ergeben sich nur die folgenden Alternativen:

1. Fertigstellung des Schiffes mit der abgerufenen Tonnage, Probung der Ware, da in Marly anscheinend nicht möglich, beim Empfänger.
2. Abschwimmen des Schiffes an die von uns vorgesehene Löschstelle, Probenahme bei der Entladung.

Wir müssen Sie schon jetzt auf das angefallene Liegegeld aufmerksam machen, das wir an Sie weiterberechnen müssen. Dazu kommt dann die Fehlfracht bei Alternative 2 sowie die weiteren, bereits angefallenen Kosten. Auch für die eventuell uns noch durch Sie entstehenden sonstigen Kosten müssen wir Sie verantwortlich halten.

Leider müssen wir Sie nochmals bitten, die von Ihnen eingegangene Lieferverpflichtung korrekt zu erfüllen. Schadensersatzforderungen aus Ihren Lieferverzögerungen behalten wir uns ausdrücklich vor."

"FS Nr. 01053

Wir beziehen uns auf unser heutiges FS und müssen Ihnen leider zur Beantwortung eine Frist setzen bis zum Dienstag, 18.11.1980, 12.00 Uhr Mez. Nach diesem Termin werden wir das Schiff abziehen.

Bis zu diesem Termin können Sie selbstverständlich den eingeladenen Koks an der gleichen Ladestelle wieder ausladen. Die Kosten für Fehlfracht, Liegegeld eventuelle Deckungskäufe gehen selbstverständlich ebenfalls zu Ihren Lasten."

Am Nachmittag des 18. November 1980 ließ die Beklagte das am 14. November teilbeladene Schiff abfahren. Es erreichte am 26. November seinen Bestimmungshafen Karlsruhe und wurde dort gelöscht. Mit Fernschreiben vom 4. Dezember 1980 rügte die Beklagte die Qualität der Lieferung (Unterkörnung und zu hohen Wassergehalt) und lehnte eine weitere Abnahme ab.

Die Klägerin wurde von ihrer Vorlieferantin, Firma Waescoal, wegen Nichtabnahme weiterer Lieferungen in Anspruch genommen. Sie verlangt im jetzigen Rechtsstreit von der Beklagten die Bezahlung des von dieser einbehaltenen restlichen Kaufpreises für die Lieferung mit dem Motorschiff Janny sowie Schadensersatz für die ihr durch Nichtabnahme der weiteren Lieferungen entstandenen Kosten. Die Beklagte leugnet ihre Schadensersatzpflicht und rechnet ihrerseits mit Schadensersatzansprüchen wegen zusätzlicher Liegekosten und nicht ausgenutzten Laderaumes sowie mit Vertragsstrafeansprüchen wegen Minderqualität der letzten Lieferung, insgesamt mit 29.191,25 DM, gegenüber der Kaufpreisforderung auf.

Das Landgericht hat der Kaufpreisklage zuzüglich 12 % Zinsen seit dem 24. Januar 1981 sowie 13 % Mehrwertsteuer auf die Zinsen stattgegeben und die weitere Klage

mit der Begründung abgewiesen, daß weder Schadensersatzansprüche der Klägerin noch Gegenansprüche der Beklagten festgestellt werden könnten. Das Oberlandesgericht hat den Ersatzanspruch der Klägerin für Schäden, die durch unterlassene Gestellung eines Sachverständigen seitens der Beklagten am 14. November 1980 und durch den Abzug des nur teilbeladenen Schiffes entstanden sein sollen, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt hinsichtlich des Anspruchs auf Mehrwertsteuer für die Zinsen zur Klageabweisung, im übrigen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. 1. Die Entstehung eines restlichen Kaufpreisanspruchs von 29.191,25 DM aufgrund des Vertrages vom 18. Juni 1980 und seiner Änderung vom Oktober 1980 sowie der Lieferung mit dem Motorschiff Janny ist nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts unstrittig. Umstritten sind nur der Schadensersatzanspruch der Klägerin und die Gegenansprüche der Beklagten.

2. Das Berufungsgericht hält die Beklagte dem Grunde nach für schadensersatzpflichtig entweder nach § 286 oder nach § 326 BGB, weil sie am 14. November 1980 keinen Sachverständigen zur Probenentnahme entsandt habe, an diesem Tage mit der Abnahme in Verzug gekommen sei und das nur teilbeladene Motorschiff

habe abfahren lassen. Es führt dazu aus: Da der Beklagten die für den 14. November geplante Verladung bekannt gewesen sei, sei sie am Morgen dieses Tages ohne Mahnung sowohl mit ihrer Verpflichtung, einen Sachverständigen zu stellen, als auch mit der Abnahme der Ware in Verzug gekommen. Die Klägerin habe unstreitig über die nicht abgenommene Menge anderweitig verfügt, so daß sie weder an der weiteren Gestellung eines Sachverständigen noch an der restlichen Abnahme ein Interesse mehr habe. Deshalb komme es nicht darauf an, ob die nicht erfüllten Verpflichtungen der Beklagten als Haupt- oder Nebenpflichten anzusehen seien; für ihre Verletzung hafte die Beklagte entweder nach § 286 Abs. 2 oder nach § 326 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ein Recht, die Erfüllung zu verweigern, habe sie nicht gehabt, weil sie eine Probenentnahme aus dem Schiff nicht habe verlangen können. Der Vertrag mit der Klägerin enthalte über die Art der Qualitätsprüfung keine ausdrückliche Regelung. Daher sei maßgeblich, was insoweit am Lieferort üblich sei. Das aber sei unstreitig die Entnahme vom Förderband, die damit zum Vertragsbestandteil geworden sei.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung nicht in allen Punkten stand.

II. Der vom Berufungsgericht dem Grunde nach als gerechtfertigt angesehene Schadensersatzanspruch der Klägerin erfordert eine von der Beklagten zu vertretende, auf Verzug oder anderweitiger unberechtigter Erfüllungsverweigerung beruhende Verletzung ihrer Vertragspflichten. In Betracht kommt dafür das Verhalten der Beklagten am 14. November, insbesondere aber ihre Order zur Abfahrt des Schiffes am 18. November 1980 und die damit verbundene

endgültige Verweigerung weiterer Koksabnahme. Die Revision rügt indessen mit Recht, daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen für einen derartigen Anspruch nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat.

1. Auf die unterlassene Entsendung eines Sachverständigen zur Probenentnahme kann die Klägerin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts einen Schadensersatzanspruch nicht stützen. Zwar hatten die Parteien in ihrem Vertrag vereinbart, daß die Qualität der gelieferten Ware bei der Verladung durch je einen von den Parteien zu bestellenden Sachverständigen geprüft werden solle. Diese Abmachung begründete aber keine Handlungspflicht der Beklagten. Sie stellt eine Modifizierung der Regelung des § 377 Abs. 1 HGB dar, die dem Käufer die unverzügliche Untersuchung nach Ablieferung der Ware vorschreibt. Bei dieser "Pflicht" handelt es sich nur um eine Last, deren Nichtbeachtung keinen Verzug begründet und keine Verzugsfolge - insbesondere Schadensersatzansprüche - nach sich zieht, sondern nur eine Genehmigung der Ware als vertragsgemäß fingiert (§ 377 Abs. 2 HGB). Dasselbe gilt auch für die hier vereinbarte Prüfung durch Sachverständige. Sie diente nur dem Zweck, die Grundlage für eine etwaige rechtzeitige Mängelrüge sicherzustellen. Nahm die Beklagte diese Möglichkeit ohne berechtigten Anlaß nicht wahr, verlor sie ihr Mängelrügerecht. Dagegen kann die Klägerin aus diesem Sachverhalt keine Ersatzansprüche herleiten. Denn es hätte ihr freigestanden, das Schiff am 14. November nicht nur teilweise, sondern voll zu beladen. Rechtliche Nachteile daraus hätte sie nicht erleiden können. Daß die Beklagte den Ladevorgang tatsächlich behindert hätte, ist nicht festgestellt.

2. Die Beklagte ist auch nicht, wie das Berufungsgericht offenbar annimmt, durch die unterlassene Entsendung eines Sachverständigen am 14. November 1980 mit ihrer Abnahmepflicht in Verzug gekommen. Der Sachverständige hätte nach dem Vertrag vom 18. Juni Proben entnehmen, nicht aber die Kokslieferung für die Beklagte abnehmen sollen. Zur Abnahme hatte die Beklagte nur ein ladebereites Schiff vorzulegen. Dieser Pflicht war sie am Morgen des 14. November durch Bereitstellung des Motorschiffs Janny nachgekommen. Nicht die Beklagte, sondern die Klägerin veranlaßte später, daß die Verladung abgebrochen wurde. Auch die Ankündigung im Fernschreiben vom 13. November, die Probenentnahme vom Förderband nicht anerkennen zu wollen, ist nicht als (endgültige) Abnahmeverweigerung anzusehen. Sie war verbunden mit dem Vorschlag, die Proben beim Löschen des Schiffes entnehmen zu lassen, was eine vorherige Abnahme am Lieferort Marly voraussetzte.

3. Indem die Beklagte das teilbeladene Schiff am 18. November 1980 abfahren ließ und am 4. Dezember ausdrücklich ihre Weigerung jeglicher künftigen Koksabnahme erklärte, hat sie die weitere Erfüllung des Vertrages ernsthaft und endgültig abgelehnt. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. u.a. Senatsurteil vom 6. Oktober 1976 - VIII ZR 66/75 = NJW 1977, 35 = WM 1976, 1270) konnte sich die Klägerin daraufhin ohne Fristsetzung und Ablehnungsandrohung von dem noch nicht erfüllten Teil des Sukzessivlieferungsvertrages lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, sofern sie bis dahin ihrerseits vertragstreu und die Beklagte zum Abbruch des Vertrages nicht berechtigt war. Für eine solche Annahme fehlt es aber bisher an hinreichenden Feststellungen.

a) Die Beklagte leitet die Berechtigung ihrer Abnahme-
weigerung daraus her, daß sie von der Klägerin vertragswidrig
daran gehindert worden sei, die zur Qualitätsprüfung erforderlichen
Koksproben nach der Einbringung in den Laderaum des Schiffes von dort
entnehmen zu lassen. Sie meint, der Vertrag habe durch seine Formulierung
"frei Waggon (bzw. Schiff) verladen" diese Art der Probeentnahme
vorgesehen. Die geschuldete Lieferqualität lasse sich auch nicht auf
andere Weise - etwa durch Entnahme vom Förderband - feststellen,
weil der Koks beim Herabfallen vom Band in den Laderaum teilweise
zertrümmert werde und dadurch - wovon auch das Berufungsgericht
ausgeht - notwendigerweise an (Körnungs-) Qualität verliere.

Wäre von dieser Darstellung auszugehen, könnte die Beklagte die
weitere Koksabnahme mit Recht abgelehnt haben. Denn in der
Verhinderung einer sachgemäßen, zur Qualitätsprüfung notwendigen
und deshalb im Vertrag vorgesehenen Probeentnahme müßte eine so
schwerwiegende Vertragsverletzung seitens der Klägerin gesehen
werden, daß der Beklagten die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr
zuzumuten war und sie deshalb entweder zurücktreten oder
Schadensersatz verlangen konnte, nachdem sie mit ihren
Fernschreiben vom 13. und 17. November 1980 Abhilfe verlangt,
eine Frist dafür gesetzt und die Abnahmeverweigerung
angedroht hatte (vgl. dazu Senatsurteil vom 5. November 1980 -
VIII ZR 232/79 = NJW 1981, 679 = WM 1981, 95 unter II 3 b aa
m.w.N.). Das gilt insbesondere im Hinblick auf die bei früheren
Teillieferungen von der Beklagten erhobenen und von der Klägerin
jedenfalls teilweise anerkannten Beanstandungen, die zunächst zu
Auseinandersetzungen und sodann zu der Vertragsänderung vom

Oktober 1980 geführt hatten. Traten auch nach dieser Änderung wiederum Schwierigkeiten auf, die die Gefahr weiterer Streitigkeiten um die Qualität der gelieferten Ware mit sich brachten, brauchte sich die Beklagte nicht darauf verweisen zu lassen, zunächst weitere Teillieferungen abzuwarten und etwa gerichtliche Schritte zur Durchsetzung einer vertragsmäßigen Qualitätsprüfung zu veranlassen. Sie brauchte sich auch nicht auf die von ihr selbst vorgeschlagene, von der Klägerin jedoch nicht anerkannte Prüfung des Koks im Bestimmungshafen der Schiffsladung verweisen zu lassen. Denn der Vertrag sah die Prüfung schon bei der Verladung vor. Jede andere führte - wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt - zu Auseinandersetzungen mit der Klägerin.

b) Die Beklagte hätte das Recht zur Abnahmeverweigerung nicht - wie die Klägerin meint - schon deshalb verloren, weil sie zur Beladung am 14. November 1980 keinen Sachverständigen entsandt hatte. Sie hat in der Berufungsinstanz vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß der Sachverständige und sein Hilfspersonal anläßlich der Beladung des Motorschiffs Annemarie am 24. Oktober 1980 von Angehörigen der den Koks im Auftrag der Klägerin verladenden Firma an der Probenentnahme aus dem Schiff dadurch gehindert worden seien, daß ihnen angekündigt wurde, den Ladevorgang nicht zu unterbrechen. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht - wie die Beklagte rügt - nicht getroffen. Für die Revisionsinstanz ist deshalb von der Richtigkeit der Behauptung auszugehen. Dann aber kann der Beklagten kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie am 14. November keinen Sachverständigen entsandte, sondern zunächst mit ihrem Fernschreiben vom 13. November von der Klägerin verlangte, für die Möglichkeit der Probenentnahme aus dem Schiff zu sorgen. Angesichts der entstehenden Kosten

brauchte die Beklagte nicht abzuwarten, ob der Sachverständige wiederum einer Gefährdung ausgesetzt wurde, wenn er während der nicht unterbrochenen Beladung versuchen würde, Proben aus dem Schiff zu entnehmen.

c) Die Berechtigung oder Nichtberechtigung der Beklagten, die weitere Koksabnahme abzulehnen, läßt sich aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht endgültig beurteilen. Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung über die mangelnde Berechtigung der Beklagten ausschließlich auf die in Belgien und am Lieferort Marly unstreitig bestehende Übung, Proben vom Förderband und nicht aus dem Schiff zu entnehmen. Die Revision rügt mit Recht, daß damit weder die Voraussetzungen für einen auch die Beklagte bindenden Handelsbrauch festgestellt sind noch der Inhalt des Liefervertrages erschöpfend ausgelegt und gewürdigt worden ist.

aa) Die Auffassung des Berufungsgerichts ist schon dann nicht haltbar, wenn der Kaufvertrag die Art der Probeentnahme anders als nach der zitierten "Übung" festgelegt hätte, wie die Beklagte meint. Insoweit fehlt es an jeder Auslegung des Kaufvertrages in dem angefochtenen Urteil. Diese Auslegung ist nicht deshalb entbehrlich, weil der Vertragstext die Prüfungsart nicht ausdrücklich festlegt. Zwar trifft es zu, daß ein an sich verbindlicher, vom Berufungsgericht hinsichtlich der Prüfungsmethode offenbar angenommener Handelsbrauch nur dann für ein Geschäft unter Kaufleuten nicht maßgebend ist, wenn einer der Beteiligten vor oder bei dem Vertragsabschluß ausdrücklich widerspricht (Senatsurteil vom 1. Dezember 1965 - VIII ZR 271/63 = NJW 1966, 502 = WM 1966, 219 unter 2 b). Das schließt aber eine von dem Handelsbrauch abweichende,

auch durch Auslegung anderer Vertragsbestimmungen zu ermittelnde vertragliche Einigung nicht aus. Insbesondere gilt das, wenn sich eine solche Abweichung zwingend aus dem Zweck der Vertragsregelung ergibt.

Dies könnte im vorliegenden Fall naheliegen. Nach dem ursprünglichen Kaufvertrag sollte die Klägerin Koks von bestimmter Körnung "frei Waggon verladen" liefern. Besteht nicht schon für diese Vertragsformulierung ein anderer Handelsbrauch, muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß sich nach Abschluß des Ladevorgangs Koks von der vereinbarten Körnung im Besitz der Beklagten befinden sollte. Welchen Inhalt unter diesen Umständen die Vertragsänderung gemäß dem Schreiben vom 15. Oktober 1980 hatte, muß durch Auslegung anhand aller Einzelumstände ermittelt werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die Klägerin zugesagt hat, künftig Koks der Körnung + 60 mm anstatt der bisher vorgesehenen + 40 mm anzuliefern, daß aber andererseits alle übrigen Bedingungen - nunmehr also sinngemäß "frei im Schiff verladen" - aufrechterhalten werden sollten. Im Rahmen dieser Auslegung ist auch zu ermitteln, ob der Wille der Parteien darauf gerichtet war, einen zugleich die Vertragsmäßigkeit der Leistung festlegenden Handelsbrauch über die Probenahme vom Förderband auszuschließen und damit das Risiko der Qualitätsminderung durch den Ladevorgang der Klägerin aufzubürden, oder ob umgekehrt die Klägerin nunmehr gröberen Koks anliefern, die Beklagte dafür aber das Risiko der Körnungsverschlechterung beim Laden tragen sollte.

Die hiernach notwendige Auslegung kann das Revisionsgericht nicht selbst vornehmen, weil sie grundsätzlich Sache der tatrichterlichen Feststellung und Würdigung ist

und nicht davon ausgegangen werden kann, daß bereits alle erforderlichen Umstände feststehen.

bb) Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen das angefochtene Urteil auch insofern, als das Berufungsgericht offenbar einen Handelsbrauch annehmen will, der sich aus der Üblichkeit der Probenahme vom Förderband ergeben und den Inhalt haben soll, daß die geschuldete Koksqualität nur auf dem Förderband vorhanden sein müsse.

Insoweit ist bereits ungeklärt, ob es sich bei der von der Beklagten in der Berufungsinstanz nicht mehr substantiiert bezweifelten Üblichkeit der Probeentnahme vom Förderband um einen Handelsbrauch handelt. Eine bloße Handelsübung hat nicht ohne weiteres dieselben Folgen (Ratz in Großkommentar zum HGB, 3. Aufl. § 346 Anm. 17). Vielmehr müssen die Voraussetzungen für einen Handelsbrauch im einzelnen festgestellt sein. Insbesondere kommt es darauf an, ob es sich bei der "Übung" um eine im Verkehr der Kaufleute untereinander verpflichtende Regel handelt, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruht, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraumes für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet hat und der eine einheitliche Auffassung der beteiligten Kreise zugrunde liegt (Ratz aaO Anm. 28; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl. § 346 Rdn. 1; RGZ 110, 47 ff; BGH, Urteil vom 27. Oktober 1951 - II ZR 102/50 = NJW 1952, 257). Im vorliegenden Falle fehlt jede Feststellung dazu, ob sich für die angenommene Handelsübung eine einheitliche Auffassung durchgesetzt hat und innerhalb welchen Zeitraumes dies geschehen ist.

Abgesehen von dieser mangelnden Feststellung ergibt der vom Berufungsgericht in Bezug genommene Parteivortrag in den Vorinstanzen positive Anhaltspunkte dafür, daß es zu einer einheitlichen Auffassung bisher nicht gekommen ist. Die Klägerin hat mit ihren Schriftsätzen vom 15. Mai und vom 18. September 1981 einen Bericht der Sachverständigenfirma I.C.M. vom 12. Dezember 1980 vorgelegt. Darin ist ausdrücklich vermerkt, daß bei der Entladung des Motorschiffs Annemarie am 24. Oktober 1980 "vereinbart" worden sei, die Proben vom Förderband zu entnehmen; weil unterschiedliche Auffassungen der Sachverständigenfirmen über den bei der Ladung entstehenden Bruch bestünden, sei ein Teil der Proben auch aus dem Schiff entnommen.

cc) Ungeklärt ist weiterhin, welchen Inhalt die angenommene Handelsübung im einzelnen hat. Als unstreitig festgestellt und durch eine formlose Äußerung eines belgischen Sachverständigen bestätigt kann nur die Übung gelten, Proben vom Band "zu entnehmen". Daraus läßt sich aber nicht eindeutig ersehen, welche Wirkung dieser Entnahme nach dem Handelsbrauch zukommt. Das Berufungsgericht meint ersichtlich, allein aus dem Bestehen der Handelsübung gehe hervor, daß durch die Probenentnahme die Vertragsmäßigkeit der Lieferung festgestellt werde und der Käufer das Risiko der beim Verladen notwendigerweise entstehenden Verschlechterung der Körnung zu tragen habe. Konkrete Anhaltspunkte dafür, daß dies Inhalt des belgischen Handelsbrauchs ist, sind jedoch nicht ersichtlich. Wäre etwa von einer allgemeinen Erfahrung auszugehen, in welchem Ausmaß Koks beim Herabfallen vom Förderband in das Schiff zerkleinert wird, wäre auch denkbar, daß der Verkäufer dies bei der Anlieferung berücksichtigen und eine gröbere Körnung vorsehen müßte, wenn Lieferung frei Schiff (fob) vereinbart wäre. Denn wenn er bei einer derartigen Vereinbarung schon die

Transportgefahr - also die Gefahr für zufällige Verschlechterung - bis zum Überschreiten der Reling zu tragen hat, hat er grundsätzlich dafür Sorge zu tragen, daß der Koks in dem Zustand im Schiff ankommt, in dem er vereinbarungsgemäß geliefert werden soll. Dies würde jedenfalls gelten, wenn keine abweichende Abmachung und kein abweichender Handelsbrauch bestünden. Es fehlt daher bisher an ausreichenden Feststellungen darüber, welchen Inhalt der angebliche Handelsbrauch hat, insbesondere ob die Probenentnahme vom Förderband für jede Art der Liefervereinbarung und ohne Rücksicht auf die Art und Weise der Verladung (mit oder ohne Zuhilfenahme einer Rutsche oder Schütte) gilt und ob allein von ihren Ergebnissen die Anerkennung der Vertragsmäßigkeit abhängt.

dd) Schließlich ist auch ungeklärt, ob die Beklagte einem gegen sie wirkenden, in Belgien geltenden Handelsbrauch unterworfen wäre. Der von der Rechtsprechung mehrfach ausgesprochene und vom Berufungsgericht offenbar für anwendbar gehaltene Grundsatz, daß für Vertragsleistungen die Handelsbräuche am Erfüllungsort maßgebend seien (unveröffentlichtes Senatsurteil vom 25. Februar 1958 - VIII ZR 16/57 unter II; Senatsurteile vom 7. März 1973 - VIII ZR 214/71 = LM HGB § 346 B Nr. 7 = WM 1973, 382 unter 2 b und vom 2. Juli 1980 - VIII ZR 178/79 = LM HGB § 346 B Nr. 8 = WM 1980, 1122 unter IV 2 a), klärt nur den Vorgang bei verschiedenen Handelsbräuchen für mehrere im Zusammenhang mit einem Vertrag maßgebliche Orte. Er gilt uneingeschränkt nur innerhalb des deutschen Rechtsgebietes, weil man nur insoweit von dem grundsätzlichen Einverständnis der beteiligten Handelskreise ausgehen und deshalb verbindliche Wirkungen annehmen kann. Für ausländische Handelsbräuche dagegen fehlt es an dieser Voraussetzung. Dies wird in der Literatur nicht nur von denen anerkannt, die bei nicht allgemein

geltenden Handelsbräuchen einen Unterwerfungswillen des am Vertrag Beteiligten für erforderlich halten (so Schlegelberger/Hefermehl aaO § 346 Rdn. 33 f, 35 f), sondern auch von Vertretern der Auffassung, daß grundsätzlich nur die Art der objektiven Beteiligung am Geschäft entscheide (Ratz in Großkommentar aaO § 346 Anm. 56). Festzustellen wäre also, ob die Beklagte zu dem Kreis derjenigen gehört, die gewöhnlich an Geschäften der hier fraglichen Art, d.h. an Kaufverträgen über in Belgien zu liefernden Koks beteiligt waren. Sie selbst hat dies in der Berufungsinstanz bestritten. Feststellungen darüber sind nicht getroffen.

Der angebliche Handelsbrauch könnte allerdings auch dann für die Beklagte verbindlich sein, wenn es sich um einen internationalen Brauch mindestens in Westeuropa handelte oder wenn dem belgischen ein ebensolcher deutscher Handelsbrauch entspräche. Denn in einem solchen Falle bestünde kein Anlaß, die Beklagte von einer gegen sie wirkenden Regelung zu befreien, nur weil die Lieferung der gekauften Ware in Belgien erfolgen sollte. Feststellungen hierzu enthält das Berufungsurteil nicht.

4. Das angefochtene Urteil kann nach alledem hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs der Klägerin nicht aufrechterhalten werden. Da es auch aus anderen als den vom Oberlandesgericht erörterten Gründen nicht haltbar ist, muß die Sache insoweit an das Berufungsgericht zu weiterer Aufklärung zurückverwiesen werden.

III. Auch die Entscheidung über die Gegenforderung der Beklagten kann keinen Bestand haben. Ergibt die weitere Klärung, daß die Beklagte mit Recht das Motorschiff Janny vor einer endgültigen Qualitätsprüfung nach Karlsruhe fahren

ließ, so könnten jedenfalls ihre Mängelansprüche (Vertragsstrafenforderungen) und der Ersatzanspruch für nicht ausgenutzten Frachtraum begründet sein. Denn wenn es ihr aus einem von der Klägerin zu vertretenden Grunde nicht möglich war, den gelieferten Koks entsprechend dem Vertrag bei der Beladung zu untersuchen, kann ihr nach Treu und Glauben nicht verwehrt sein, die Prüfung zum nächstmöglichen Zeitpunkt, d.h. bei der Löschung am Bestimmungsort, nachzuholen und dabei festgestellte Mängel noch zu rügen. Es wäre dann Sache der Klägerin, den Beweis zu führen, daß die gerügten Mängel zur Zeit der Beladung noch nicht vorhanden waren.

Der Schadensersatzanspruch wegen erhöhter Liegekosten hängt von der noch zu treffenden Feststellung ab, ob - bei Berechtigung des Standpunktes der Beklagten über die Probe-
nahme aus dem Schiff - diese Kosten bei zügiger Beladung hätten vermieden werden können und ob die Beklagte nach den vom Berufungsgericht noch auszulegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin Schadensersatz für derartige Lieferverzögerungen verlangen kann.

Unter Aufhebung des Berufungsurteils war die Sache deshalb auch hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs der Klägerin an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.



IV. Endgültig begründet ist die Revision bisher nur hinsichtlich des Anspruchs der Klägerin auf 13 % Mehrwertsteuer auf die Zinsforderung, nachdem die Finanzämter in derartigen Fällen Mehrwertsteuer nicht mehr erheben (vgl. Senatsurteil vom 29. Juni 1983 - VIII ZR 141/82 = WM 1983, 931). Da der Erfolg der Revision im übrigen noch nicht feststeht, war die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz dem Berufungsgericht zu übertragen.

Wolf

Dr. Zülch

Treier

Groß

Dr. Brunotte