

VIII ZR 64/56

Verkündet laut Protokoll
am 26. März 1957

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Hermann D [REDACTED], Tief- und Straßenbauunter-
nehmen in M [REDACTED], F [REDACTED]weg [REDACTED], alleiniger
Inhaber: Tiefbauunternehmer Hermann D [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED], Kommanditgesellschaft, Baustoff-
handel in M [REDACTED], K [REDACTED]weg [REDACTED], vertre-
ten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin: Frau Char-
lotte P [REDACTED], geborene H [REDACTED], daselbst,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. März 1957 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Artl.
Dr. Dorschel, Liesecke und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 10. November 1955
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 2. März 1954 hatte die Klägerin der Beklagten Hochofenschlacke, welche diese zur Ausführung von Straßenbauarbeiten brauchte, zum Preise von 6,-- DM je to (= unsortierte Hochofenschlacke) und 6,50 DM je to (= unsortierte Hochofenschlacke, überwiegend fein) ohne Herkunftsbezeichnung angeboten. Am 2. April 1954 erteilte die Beklagte der Klägerin fernmündlich einen Auftrag. Diesen bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom gleichen Tage wie folgt:

"Unter Bezugnahme bestätige ich Ihren Auftrag, vorläufig unsortierte Hochofenschlacke nur von dem Hüttenwerk P. zur Anlieferung zu bringen. Liefermöglichkeit natürlich vorausgesetzt.

.....
Der Preis für diese Schlacke stellt sich jedoch um 1,-- DM höher.

.....
Für den Fall, daß im Bereiche dieses Bauvorhabens auch hin und wieder noch andere Schlacken zur Anlieferung kommen, ergeben sich somit folgende Abrechnungsbeiträge:

Linksrheinische, d.h. R. Schlacke	je to	DM 6,--
rechtsrheinische Schlacke außer P.	je to	DM 6,50
P.-Schlacke	je to	DM 7,--"

Nachdem die Klägerin etwa 180 to P.-Schlacke geliefert hatte, verlangte die Beklagte drei Probefieferungen Schlacke verschiedener Herkunft. Auf Veranlassung der Baudienststelle wählte sie nunmehr K.-Schlacke und schrieb der Klägerin am 9. April 1954 u.a.:

"Ich nehme Bezug auf Ihr Schreiben vom 2. April 1954 und teile Ihnen mit, daß nach den letzten Verhandlungen mit der örtlichen Bauleitung in W. dahingehend Einigung erzielt wurde, daß nur Schlackenmaterial von der Firma K., R., auf unserer Baustelle angeliefert und eingebaut wird. Ich bitte deshalb, die gestern begonnene Anfuhr ganz auf dieses gewünschte Material einzustellen."

Nachdem die Klägerin vom 10. bis zum 20. April 1954 etwa 1600 to K.-Schlacke geliefert hatte, verlangte die Beklagte

- 3 -

wieder Lieferung von P-Schlacke und lehnte die weitere Abnahme von K-Schlacke ab. Da die Klägerin P-Schlacke nicht lieferte, setzte ihr die Beklagte mit Schreiben vom 28. April 1954 eine Frist bis zum 30. April 1954, ihr die mit Schreiben vom 2. April 1954 verkaufte Schlacke abzuliefern, und zwar P-Schlacke zum Preise von 7,-- DM, andernfalls sie die restlichen Mengen auf Kosten der Klägerin anfahren lassen müsse.

Die Klägerin lieferte keine weitere Schlacke. Sie verlangt Bezahlung der gelieferten Schlacke und hat im ersten Rechtszuge beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 10 198,37 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 25. Mai 1954 zu verurteilen.

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe sich am 2. April 1954 verpflichtet, ihr die jeweils gewünschten Mengen und Sorten Schlacke zu liefern. Die K-Schlacke sei minderwertig gewesen. Da die Klägerin mit der Lieferung von P-Schlacke im Verzuge gewesen sei, habe sie Deckungskäufe über 4609 to dieser Schlacke vornehmen und dafür einen Preiszuschlag von 6 913,73 DM zahlen müssen. Einen weiteren Schaden in Höhe von 3 459,60 DM will sie dadurch erlitten haben, daß sie minderwertige K-Schlacke habe aussortieren und wieder beseitigen müssen. Mit diesen Beträgen und einem weiteren Betrage hat sie im ersten Rechtszuge gegenüber der Klageforderung aufgerechnet.

Die Klägerin hat bestritten, zu weiteren Lieferungen von P-Schlacke verpflichtet gewesen zu sein und minderwertige K-Schlacke geliefert zu haben.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung von 6 738,71 DM nebst Zinsen verurteilt. Außerdem hat es Beweiserhebung darüber angeordnet, ob die K-Schlacke mangelhaft war und teilweise wieder entfernt werden mußte. Wegen des Restbetrages von 3 459,65 DM ist der Rechtsstreit noch beim Landgericht anhängig.

Die Berufung der Beklagten war erfolglos. Im Berufungsrechtszug hat sie nur die aus Deckungskauf hergeleitete Schadenser-satzforderung aufrechnungsweise geltend gemacht.



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Mit der Revision verfolgt sie ihren Klagabweisungsantrag hinsichtlich des der Klägerin zugesprochenen Teilbetrages weiter. Diese bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält den zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch der Beklagten aus Deckungskauf nicht für begründet und hat dazu ausgeführt:

Weil sich die Klägerin (schon) in ihrem unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben vom 2. April 1954 ihre Lieferungsmöglichkeit vorbehalten habe, sei sie nur insoweit verpflichtet gewesen, Schlacke zu liefern, als ihr eine Lieferung möglich gewesen sei.

Die Beklagte habe aber aus der Vereinbarung vom 2. April 1954 auch einen Anspruch auf Lieferung von P-Schlacke sonst nicht mehr herleiten können. Es habe ihr zwar nach diesem Verträge die Auswahl unter den angebotenen Schlackensorten zugestanden (sog. Alternativkauf). Sie habe "vorläufig" die Lieferung von P-Schlacke verlangt. Nachdem sie aber mit Schreiben vom 9. April 1954 endgültig und vorbehaltlos K-Schlacke gewählt habe, habe die Klägerin nunmehr ausschließlich diese Schlacke geschuldet.

Es könne deshalb dahingestellt bleiben, meint das Berufungsgericht, ob die Parteien am 2. April 1954 einen sog. Bestimmungskauf abgeschlossen hätten, und es brauche auch nicht erörtert zu werden, ob die Klägerin an diesem Tage etwa um deswillen nicht mehr in der Lage gewesen sei, P-Schlacke zu liefern, weil die Alleinverkäuferin dieser Schlacke, eine Firma H, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sie von der Belieferung schon damals ausgeschlossen gehabt habe.

Die über den Gang der Verhandlungen Ende April 1954 durchgeführte Beweisaufnahme würdigt das Berufungsgericht dahin, die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis, sie habe von der Klägerin ohne Lieferungsvorbehalt zu Gunsten dieser durch neue Vereinbarung P-Schlacke gekauft, nicht geführt.

II.

1) Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts an, es habe sich um einen sog. Alternativkauf gehandelt, mit der endgültigen Wahl der K-Schlacke durch Schreiben vom 9. April 1954 habe die Beklagte die Berechtigung verloren, jederzeit eine andere Schlacke der am 2. April 1954 angebotenen drei Sorten zu wählen; die Klägerin habe hinfort nur noch K-Schlacke geschuldet.

Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Auftragsbestätigungsschreiben der Klägerin vom 2. April 1954 und dem Schreiben der Beklagten vom 9. April 1954 gegeben hat, ist jedoch möglich. Sie hält sich im Rahmen der in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbaren tatrichterlichen Würdigung eines Individualvertrages und hat auch wesentliches Auslegungsmaterial weder übersehen noch falsch gewürdigt.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang Verletzung des § 286 ZPO. Diese soll darin liegen, daß das Berufungsgericht den Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 30. April 1954 außer acht gelassen habe. Dieses Antwortschreiben auf die Anforderung der Beklagten vom 28. April 1954, erneut P-Schlacke zu liefern, schildere, so führt die Revision aus, zunächst den Verlauf über die Durchführung des Vertrages, um dann zu dem Verlangen der Beklagten Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme erschöpfe sich, so meint die Revision, in dem Hinweis, sie (Klägerin) werde P-Schlacke nur liefern können, wenn es ihr gelinge, zu einem entsprechenden Abschluß mit dem Lieferwerk zu kommen; es werde aber nicht betont, sie sei überhaupt nicht mehr verpflichtet, P-Schlacke zu liefern, nachdem endgültig K-Schlacke bestellt worden sei.

Die Rüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat das Schreiben der Klägerin vom 30. April 1954 zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Es liegt aber kein Anhalt dafür vor, daß es von ihm übersehen ist. Sein Inhalt zwingt auch nicht zu dem von der Revision daraus gezogenen Schluß, die Klägerin habe sich selbst nicht für berechtigt gehalten, auf Grund der endgültigen Wahl der Beklagten durch Schreiben vom 9. April 1954 die Lieferung von P-Schlacke abzulehnen. Letzteres hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 30. April 1954 allerdings nicht sehr klar zum Ausdruck gebracht. Dadurch, daß sie das genannte Schreiben der Beklagten aber ausdrücklich angeführt und sogar in seinem entscheidenden Wortlaut (Einigung mit der Bauleitung, nur noch K-Schlacke anzuliefern und einzubauen, und Auftrag, Anfuhr ganz auf dieses Material einzustellen) wiedergegeben hat, hat sie aber hinreichend betont, daß sie sich darauf berufen und nur - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - versuchen wolle, doch noch wieder P-Schlacke zu bekommen und zu liefern.

Das Schreiben der Klägerin vom 30. April 1954 steht hiernach der Auslegung des Berufungsgerichts nicht entgegen.

2) Auch wenn der Revision darin gefolgt werden könnte, daß es sich bei dem Vertrag vom 2. April 1954 um einen sog. Bestimmungskauf im Sinne von § 375 HGB handelt, und zwar um einen sog. erweiterten (komplizierten) Bestimmungskauf (Baumbach-Duden HGB 12. Aufl, § 375 Anm 1 A) oder um ein ähnliches Verhältnis (Würdinger in HGB RGRK, 2. Aufl, § 375 Anm 1; Schlegelberger, HGB § 375 Anm 6; Staub-Heinichen HGB 14. Aufl § 375 Anm 1) ist eine andere Sachentscheidung nicht möglich.

Bei einem Bestimmungskauf ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen. Trifft er sie für den ganzen Kauf, so ist er daran gebunden. Möglich ist, daß ihm vorbehalten wird, verschiedene Bestimmungen zu treffen und wieder zu ändern, wie hier unter Beweis gestellt war (Schriftsatz vom 12. April

1955 S 1: "Je nach den den Wünschen der Bauleitung entsprechenden Abrufen der Beklagten" in Verbindung mit dem Schriftsatz vom 1. März 1955 S 2). Auf eine solche Vertragsgestaltung beruft sich die Revision hier aus den nachstehenden Gründen ohne Erfolg.

Auch wenn man der Revision darin beifügt, daß "vorläufig" bei einem Bestimmungskauf im Sinne der hier behaupteten Art "bis zur nächsten Bestimmung" bedeutet, so hindert das nicht die vom Berufungsgericht dem Schreiben der Beklagten vom 9. April 1954 gegebene Auslegung, daß sie damit endgültig K-Schlacke (beim Alternativkauf) "gewählt" und, wenn es sich um einen sog. Bestimmungskauf handeln sollte, nunmehr eine endgültige, nicht wieder nur eine vorläufige Bestimmung getroffen hat. Dafür spricht, daß sie in dem Schreiben ausdrücklich hervorgehoben hatte, es sei mit der örtlichen Bauleitung eine Einigung dahin erzielt, es werde nur Schlacke von der Firma K angeliefert und eingebaut. Es ist jedenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht daraus geschlossen hat, daß weder der Wortlaut noch die Umstände erkennen lassen, daß die Beklagte nunmehr noch weiterhin berechtigt sein sollte, jederzeit eine andere Schlacke der am 2. April 1954 angebotenen drei Sorten zu wählen. Das hätte sie sich ausdrücklich vorbehalten müssen.

Die Beklagte hat nun allerdings, worauf die Revision verweist, laut Protokoll vom 21. April 1954 unter Beweis gestellt, auch nach dem Schreiben vom 9. April 1954 habe zwischen den Parteien "Einigkeit" darüber bestanden, daß das jeweils von der Bauleitung gewünschte Material anzuliefern sei. Das Berufungsgericht ist auf diesen Beweisantrag nicht eingegangen. Darin liegt jedoch nicht der gerügte Verstoß gegen § 286 ZPO; denn der Beweisantrag war zu unbestimmt. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des Schreibens vom 9. April 1954 über die Einigung mit der Bauleitung, daß nur K-Schlacke angeliefert und eingebaut werde, und im Hinblick auf die Anweisung an die Klägerin, die Anfuhr ganz auf dieses Material einzustellen, hätte es einer näheren Darlegung bedurft, aus welchem Grunde die Klägerin nunmehr doch noch mit der Anforderung einer anderen Schlackensorte zu rechnen brauchte und bei

welcher Gelegenheit sie sich, sei es auch nur durch schlüssiges Verhalten, bereit erklärt hatte, trotz der endgültigen Wahl oder Bestimmung jederzeit wieder eine andere Schlackensorte zu liefern.

Daß die Bauleitung trotz der mit ihr getroffenen Einigung über K-Schlacke wieder die Lieferung von P-Schlacke gefordert hat, wie die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 1. März 1955 Seite 3 unter Beweis gestellt hat, berührt das Rechtsverhältnis der Beklagten zur Klägerin angesichts der nicht zu beanstandenden Auslegung, die das Berufungsgericht dem Schreiben der Beklagten vom 9. April 1954 gegeben hat, nicht. Auch insoweit liegt deshalb kein Verstoß gegen § 286 ZPO vor.

3) War aber die Klägerin seit dem 9. April 1954 nur noch verpflichtet, K-Schlacke zu liefern, so konnte es dahingestellt bleiben, ob sie in der Lage gewesen wäre, über die 180 to P-Schlacke hinaus, die sie tatsächlich geliefert hat, weitere P-Schlacke zu liefern.

Die insoweit von der Revision erhobenen Rügen (Verletzung von § 306 BGB und § 286 ZPO) greifen deshalb nicht durch.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen sachlichen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten enthält, war die Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Dorschel

Liesecke

Dr. Mezger