

25
Nachschlagewerk: ja +
BGHZ: nein

BGB §§ 493, 607; HGB § 377

Zur Untersuchungs- und Rügepflicht bei einem Sachdarlehen
unter Kaufleuten.

+ zu Ziff. 2 des Tatbestands und Ziff. 3 bis 5
der Entscheidungsgründe

BGH, Urt. v. 27. März 1985 - VIII ZR 75/84 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 75/84

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
27. März 1985
Kanik
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. Firma Fritz S. [REDACTED] KG., vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Betty S. [REDACTED], Industriegebiet, G. [REDACTED],
2. Betty S. [REDACTED], als persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1), Industriegebiet, G. [REDACTED],

Beklagte und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma C. [REDACTED] A. [REDACTED] S.A., vertreten durch den Leiter der Niederlassung Herrn Stanley F. [REDACTED] B., E. [REDACTED] I. [REDACTED] 8 C. [REDACTED] A. [REDACTED] de las G. [REDACTED], P. [REDACTED] R.P.,

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte:

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

27

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1985 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 31. Januar 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten verurteilt worden sind, an die Klägerin 113.894 US-Dollar nebst 5 % Zinsen zu zahlen sowie 958 Fässer Orangensaftkonzentrat zu liefern.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

1. Die Klägerin und Revisionsbeklagte nimmt die Beklagten, die Beklagte zu 2) als persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 1) (§§ 161 Abs. 2, 128 HGB), aus zwei Geschäften, den Verträgen AOS 49 und AOS 231, die die Lieferung von gefrorenem Orangensaftkonzentrat zum Gegenstand haben, in Anspruch.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Unter dem 15. Oktober 1980 schlossen die Klägerin und die Beklagte zu 1) (künftig Beklagte) das "Amendment to AOS 49" über 5.625 t Orangensaftkonzentrat zum Preis von US \$ 620 je Tonne. Ziff. 2 des Amendment sieht eine Baisse-Klausel vor, die wie folgt konkretisiert wird:

"Zu 2. Wir garantieren, daß wir den Vertragspreis bis 31. Juli 1981 aufrecht erhalten werden. Für den Fall, daß Sie uns zu irgendeiner Zeit während der Laufzeit dieses Kontraktes über einen niedrigeren Verkaufspreis als den vertraglich festgelegten Kaufpreis informieren, der sich auf eine identische Qualität eines anderen brasilianischen Orangensaftkonzentrat-Produzenten bezieht, so haben Käufer und Verkäufer das Recht, vom Vertrag für die entsprechend angebotene Menge zurückzutreten oder zu diesem Preis für diese Menge vertraglich einzutreten."

Das Amendment enthält u.a. noch folgende Klausel:

"4. Bei auftretenden Meinungsverschiedenheiten sind beide Parteien gewillt, die Abklärung in Form eines freiwilligen Schiedsgespräches vor dem Direktor der F [REDACTED] C [REDACTED] Bank zu W [REDACTED] durchzuführen."

Über die aufgrund des Vertrages vom 15. Oktober 1980 in der Zeit vom 24. August 1981 bis 2. September 1981 erfolgten Lieferungen erteilte die Klägerin die Rechnungen vom 28. August, 1. und 3. September 1981 in Höhe von insgesamt 113.894 US-Dollar. Dabei sind als Basispreis 620,- US-Dollar je Tonne zugrundegelegt worden.

Die Beklagten wenden sich gegen den geltend gemachten Kaufpreisan-
spruch mit der Begründung, sämtliche Lieferungen ab 10. Dezember 1980
hätten mit einem Preis von 510 US-Dollar je Tonne anstatt mit 620 US-Dollar
berechnet werden müssen. Die Klägerin habe deshalb statt 113.894 US-Dollar
nur 93.687 US-Dollar verlangen können. In dieser Höhe hat die Beklagte mit
angeblichen Ansprüchen aus Überzahlungen auf andere Lieferungen aus dem
Vertrag AOS 49 in Höhe von 483.531,40 US-Dollar aufgerechnet. Sie trägt
hierzu vor, sie habe auf Liefermengen von 4.395.074 kg 620 US-Dollar
anstatt geschuldeter 510 US-Dollar pro Tonne bezahlt. Sie verweist auf ihr
Fernschreiben vom 10. Dezember 1980, in dem es heißt:

"...
wie wir Ihnen bereits telefonisch mitgeteilt haben, liegt
uns eine Offerte für Orangensaftkonzentrat Lieferung Dezem-
ber 700 Tonnen, Januar 700 Tonnen zu einem Preis von cif
US-Dollar 510,- vor.
...
Aufgrund dieser Tatsache haben Sie Ihren Preis von US-
Dollar 550,- auf US-Dollar 510,- FOT angeglichen. Diese
Preiskorrektur wird mit sofortiger Wirkung in Kraft ge-
setzt, d.h., ab heute, den 10. Dezember 1980, werden sämt-
liche Lieferungen ... mit US-Dollar 510,- FOT berechnet
..."

Des weiteren bezieht sich die Beklagte auf ihr Schreiben vom
28. Januar 1981 an die Klägerin, das auszugsweise lautet:

"...
wir halten zunächst das Ergebnis der Besprechung in unserem
Hause am 20.1.1981 der guten Ordnung halber fest:
...

Ab 15.10.1980 vereinbarten wir lt. Vertrag einen Preis von 620,- US-Dollar. Dieser kam zur Verrechnung bis 25.11.1980. Ab 26.11.1980 bis 30.11.1980 kamen 570,- US-Dollar zur Berechnung. Ab Montag, den 1.12.1980, galt unter Anwendung der Baisse-Klausel ein Preis von 550,- US-Dollar per mt Orangensaftkonzentrat. Dieser änderte sich erneut zum 9.12.1980. Ab 10.12.1980 wurde ein Preis von 510,- US-Dollar per mt FOT festgelegt.
..."

Mit Fernschreiben vom 9. Februar 1981 hat die Klägerin der Beklagten u.a. mitgeteilt:

"...

6. Ab 1.12.1980 und für eine Restmenge von 6.078.322 mt wurde der Preis auf dlrs 550,-/mt FOT 1,76 DM 968,-/mt FOT festgelegt, d.h. bis 9.12.1980 haben sie 961.602 tons erhalten zu DM 968,-/mt FOT DM 930.830,73. Dieser Betrag wird allerspätestens bis zum 9.2.1981 fällig. Neue Rechnungen erhalten Sie von Amsterdam umgehend.

7. Ab 10.12.1980 und für eine Restmenge von 5.116.72 mt wurde der Preis auf dlrs 510,-/mt FOT 1,76 DM 897,60/mt FOT festgelegt, d.h. bis 13.1.1981 haben Sie 1.300.656 tons erhalten zu DM 897,60/mt FOT DM 1.167.468,80.

8. Der Frost in Florida kam am 13.1.1981.

9. ...

10. Die Restmenge von den ursprünglichen 6.500 tons beträgt am Morgen des 14.1.1981 3.816.064 mt.

11. Von obigen 3.816.064 mt wurden vom 14.1.1981 bis zum 5. Februar 1.672.294 tons ausgeliefert.

..."

2. Am 30. Oktober 1981 schlossen die Klägerin und die Beklagte zu 1) den Kontrakt AOS 231, aufgrund dessen die Klägerin 300 Tonnen brasilianisches Orangensaftkonzentrat liefern sollte. Das Bestätigungsschreiben der Klägerin lautet auszugsweise:

"...

1. Wir sind am 30. Oktober 1981 übereingekommen, daß ... wir Ihnen heute, Montag, 2. Nov. 1981, total 1.154 Fässer ... freistellen.

...

- 1.2 Als Preisbasis für den Austausch wurde US-Dollar 1.000,-/mt FOT Rotterdam transit festgesetzt.
- 1.3 Es erfolgt keine Zahlung.
... Lediglich eine pro forma Rechnung, damit Sie die Ware verzollen können.
- 1.4 Gemäß Ihren Angaben werden Sie uns ein identisches Nettogewicht in ca. 4 bis 5 Wochen zurückgeben.
- 1.5 Die Qualität/Spezifikationen müssen ebenfalls identisch sein ..."

Von den 1.154 Fässern sind der Beklagten 958 geliefert worden. Unstreitig sollte die Beklagte bis spätestens 21. Dezember 1981 entsprechende Ware zurückliefern.

Gegenüber diesem mit der Klage geltend gemachten Lieferanspruch beruft sich die Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen des ihr - wie sie meint - gegen die Klägerin nach Aufrechnung im Rahmen des Vertrages AOS 49 noch in Höhe von 389.844,40 US-Dollar zustehenden Anspruchs aus Überzahlung.

Außerdem will die Beklagte Rechte aus der von ihr behaupteten Mangelhaftigkeit des Orangensaftkonzentrats herleiten. Nachdem ein Abnehmer der Beklagten die Qualität der von der Klägerin aufgrund des Vertrages AOS 231 gelieferten Ware mit Fernschreiben vom 12. November 1981 gerügt hatte, teilte sie der Klägerin mit Fernschreiben vom 12. November 1981 u.a. mit:

"...

Wir verweisen auf das soeben zwischen unserem Herrn ... und Ihnen geführte Telefongespräch und reklamieren die uns zur Verfügung gestellte Ware (300 Tonnen Orangensaftkonzentrat ...).

Durch Kundenreklamationen mußten wir feststellen, daß die Ware mit Ummengen an Kristallen versetzt ist ...

Dieser Mangel war bereits bei der Abfüllung der Fässer ersichtlich ..."

Mit Fernschreiben vom 13. November 1981 erklärte sich die Klägerin ohne Präjudiz für die Rechtslage zur Prüfung der gelieferten Ware bereit. Nachdem sie am 15. Dezember 1981 einige Muster hatte untersuchen lassen, wies sie die Reklamation zurück, bot aber - wiederum ohne Präjudiz - an, die beanstandete Ware zurückzunehmen. Die Beklagte reagierte darauf nicht.

Die Klägerin hat auch im Prozeß Mängel der Ware bestritten. Sie hat sich außerdem darauf berufen, daß die Rüge gemäß § 377 HGB am 12. November 1981 verspätet gewesen sei. Dem haben die Beklagten entgegengehalten, es habe sich nicht um einen offenen Mangel gehandelt. Die sofort nach der Ablieferung durchgeführten Stichproben hätten den später von dem Abnehmer entdeckten Fehler nicht gezeigt.

22

Nach teilweiser Klagerücknahme (sie betrifft 76 von ihr anderweitig verwendete Fässer) hat die Klägerin in erster Instanz mit Hauptantrag Zahlung des Kaufpreises aus dem Vertrag AOS 49 mit 113.894,- US-Dollar sowie Zahlung von Schadensersatz für 1.078 (1.154 - 76) nicht zurückgelieferte Fässer Orangensaftkonzentrat, insgesamt 485.682,46 US-Dollar verlangt, hilfsweise Zahlung des Kaufpreises aus dem Vertrag AOS 49 mit 113.894,- US-Dollar sowie Lieferung von 958 Fässern Orangensaftkonzentrat der vereinbarten Qualität.

Das Landgericht hat unter Klagabweisung im übrigen die Beklagten wie Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 113.894,- US-Dollar nebst 5 % Zinsen zu zahlen sowie 958 Fässer Orangensaftkonzentrat dort beschriebener - mängelfreier - Qualität zu liefern.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung und die Klägerin Anschlußberufung eingelegt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Der Gegenstand der Anschlußberufung ist nicht in die Revisionsinstanz gelangt.

Mit der Revision greifen die Beklagten das Berufungsurteil an, soweit es ihre Verurteilung durch das Landgericht bestätigt hat. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt im Umfang der Anfechtung des Berufungsurteils zu dessen Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache.

1. Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, daß die Kaufpreisklage unzulässig sei.

a) Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Klausel in Nr. 4 des Amendments vom 15. Oktober 1980 stehe der gerichtlichen Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs nicht entgegen. Die Klausel enthalte keinen Schiedsvertrag. Ihr sei auch nicht zu entnehmen, daß die Parteien sich verpflichtet hätten, vor Anrufung des Gerichts in Form eines "freiwilligen" Schiedsgesprächs vor dem Direktor der F██████ C██████ Bank zu W██████ zu versuchen, über auftretende Meinungsverschiedenheiten eine Einigung zu erzielen. Beide Parteien hätten vielmehr nur zum Ausdruck gebracht, "gewillt" zu sein, Meinungsverschiedenheiten zuvor abzuklären. Sie hätten insoweit lediglich übereinstimmende Absichtserklärungen abgegeben, nicht aber die Klagbarkeit von der erfolglosen Abklärung abhängig gemacht. Der Grundsatz, daß jedermann Zugang zu den staatlichen Gerichten hat, könne nur durch eindeutige und klare Vereinbarungen ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Beklagten hätten nicht dargetan, ihr Wille, durch die Formulierung der Nr. 4 des Amendments die Klagbarkeit wechselseitiger Ansprüche zu beschränken, sei der Klägerin in irgendeiner Form erkennbar gemacht worden. Dann aber sei die Vorstellung der Beklagten nicht Vertragsinhalt geworden. Auch werde aus dem weiteren Vorbringen der Beklagten, durch die Klausel habe nur dem Interesse der Klägerin Rechnung getragen werden sollen, zu verhindern, daß das Amendment staatlichen Gerichten vorgelegt wird, deutlich, daß es der Klägerin habe unbenommen bleiben sollen, sofort Klage zu erheben.

b) Demgegenüber wendet die Revision ein, das Berufungsgericht habe verkannt, daß Ziffer 4 des Amendments eine Schlichtungsklausel darstelle. Das Oberlandesgericht habe die Klausel rechtsfehlerhaft ausgelegt. Die übereinstimmende Absichtserklärung, von der auch das Berufungsgericht ausgeht, stelle eine verbindliche Einigung dar, sich vor der Inanspruch-

nahme staatlicher Gerichte einem freiwilligen Schlichtungsgespräch zu unterwerfen. Der vorliegende Fall entspreche dem Sachverhalt, der dem Senatsurteil vom 23. November 1983 (VIII ZR 197/82 = WM 1984, 178) zugrundegelegen habe.

c) Dem kann nicht gefolgt werden.

aa) Die Auslegung der Nr. 4 des Amendments durch das Berufungsgericht kann nur daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche Auslegungsregeln, Erfahrungssätze oder Denkgesetze verletzt oder wesentliche Umstände außer acht gelassen worden sind (BGH, Urteil vom 4. Juni 1981 - III ZR 4/80 = WM 1981, 1056, 1057; BGHZ 24, 15, 19). Derartige Rechtsfehler sind nicht zu erkennen.

bb) Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klausel keinen Schiedsvertrag enthält, weil sie nicht vorsieht, daß der Bankdirektor als Schiedsrichter unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges über auftretende Meinungsverschiedenheiten entscheidet (vgl. zum Schiedsvertrag Senatsurteil vom 23. November 1983 - VIII ZR 197/82 = WM 1984, 178, 179 = NJW 1984, 669; BGH, Urteil vom 4. Juni 1981 aaO S. 1057; BGHZ 24, 15, 19). Die Revision wendet sich hiergegen auch nicht.

cc) Auch legt das Berufungsgericht die Klausel rechtsfehlerfrei in dem Sinne aus, die Parteien hätten die Klagbarkeit nicht von einem vorausgehenden Schiedsgespräch abhängig gemacht (vgl. zur Zulässigkeit der Schlichtungsklausel Senatsurteil vom 23. November 1983 aaO; BGH, Urteil vom 4. Juli 1977 - II ZR 55/76 = WM 1977, 997, 998; OLG Celle NJW 1971, 288, 289).

Der Wortlaut "Abklärung in Form eines freiwilligen Schiedsgesprächs" spricht für die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich zu dem Schlichtungsversuch nicht verpflichtet, sondern nur eine unverbindliche Absichtserklärung abgegeben. Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich Nr. 4 des Amendments von der der Senatsentscheidung vom 23. November 1983 (aaO) zugrundeliegenden Schlichtungsklausel, auf die sich die Revision beruft. Denn dort sollte "in jedem Fall" die Schlichtungsstelle angerufen werden, woraus sich ergab, daß die Vertragsklausel als Mußbestimmung auszulegen war.

Über die Wortinterpretation hinaus stellt das Berufungsgericht - ebenso wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 23. November 1983 (aaO) - auf den Zweck der Klausel ab. Die Beklagten haben selbst vorgetragen, die Klausel sei eingefügt worden, um zu vermeiden, daß das Amendment einem Gericht vorgelegt werden muß, weil der Export von brasilianischem Orangensaftkonzentrat durch die zuständige staatliche Organisation reglementiert werde und jeder Ausbruch aus den Exportbedingungen zu schwerwiegenden Sanktionen für den Verkäufer führe. Im Hinblick darauf nimmt das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler an, die Klausel habe nur dem Schutz und Interesse der Klägerin gedient, so daß diese - sofern sie meinte, diese Sicherung entbehren zu können - nicht habe gehindert sein sollen, ohne vorheriges Schlichtungsgespräch Klage zu erheben.

2. Zu Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe Beweisangebote unberücksichtigt gelassen zu der Behauptung der Beklagten, in einem Gespräch zwischen den Parteien am 20. Januar 1981 sei eine am 10. Dezember 1980 getroffene Vereinbarung, sämtliche Lieferungen ab 10. Dezember 1980 mit 510,- US-Dollar je Tonne zu berechnen, noch einmal bestätigt worden (§ 286 ZPO).

a) Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin könne gemäß § 433 Abs. 2 BGB den Kaufpreis in Höhe von 113.894,- US-Dollar verlangen. Nach Nr. 1 des Amendments hätten die Parteien einen Preis von 620,- US-Dollar je Tonne vereinbart, was rechnerisch unstreitig zu dem verlangten Betrag führt. Die Beklagten hätten nicht in erheblicher Weise vorgetragen, daß die Preisvereinbarung für die fraglichen Lieferungen abgeändert worden sei. Aus dem Fernschreiben der Klägerin vom 9. Februar 1981 ergebe sich, daß ein niedrigerer Preis mit Rücksicht auf die Baisse-Klausel nur für diejenigen Liefermengen habe gelten sollen, die die Beklagte nach dem Amendment (Nr. 1) zu einem geringeren Verkaufspreis als 620,- US-Dollar hätte erwerben können. Auch dem Fernschreiben der Beklagten vom 10. Dezember 1980 und ihrem Schreiben vom 28. Januar 1981 sei zu entnehmen, daß der Preis unter Aufrechterhaltung der Baisse-Klausel nur im Hinblick darauf ermäßigt worden sei, daß für bestimmte Zeiträume der Marktpreis niedriger gelegen habe als der Vertragspreis.

Ergebe sich mithin aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten, daß die Parteien den Kaufpreis am 10. Dezember 1980 allein mit Rücksicht darauf, daß die Voraussetzungen der Baisse-Klausel für eine bestimmte Menge erfüllt gewesen seien, auf 510,- US-Dollar herabgesetzt haben, so hätten die von den Beklagten angebotenen Beweise, am 20. Januar 1981 sei die am 10. Dezember 1980 getroffene Vereinbarung ausdrücklich bestätigt worden, nicht erhoben werden müssen.

b) aa) Nicht gefolgt werden kann der Revision allerdings darin, schon aus dem Telex vom 10. Dezember 1980 ergebe sich, daß s ä m t l i c h e Lieferungen ab 10. Dezember 1980 zu einem Preis von 510,- US-Dollar je Tonne hätten durchgeführt werden sollen. Da die Klägerin nicht widersprochen habe, gelte dieser Inhalt nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als verbindlich vereinbart.

bb) Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, das Fernschreiben lasse lediglich erkennen, daß die Parteien unter Anwendung der Baisse-Klausel für die Lieferung von 1.400 Tonnen Orangensaftkonzentrat einen niedrigeren Preis als den Vertragspreis festgelegt haben. Aus dem Telex geht nämlich klar hervor, daß die Preissenkung nur im Hinblick auf die der Beklagten vorliegenden günstigeren Angebote vereinbart worden ist. Gerade diesen Fall aber sieht Nr. 2 des Amendments für eine Preisanpassung zugunsten der Beklagten vor.

c) Dagegen greift die Verfahrensrüge durch, daß die Zeugen S. [REDACTED] und Dr. M. [REDACTED] (Bl. 4 der Berufungsbegründung der Beklagten) nicht vernommen worden seien.

Ein Beweisantrag darf nur abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache unerheblich, bereits bewiesen oder offenkundig ist, wenn das Beweismittel unzulässig, unerreichbar oder ungeeignet ist oder wenn die behauptete Tatsache als wahr unterstellt werden kann. Dagegen ist die Ablehnung eines Beweisantrags mit der Begründung, das Gegenteil sei bereits bewiesen, grundsätzlich unzulässig (vgl. Senatsurteil vom 19. September 1973 - VIII ZR 102/72 = WarnR 1973, 565; BGHZ 53, 245, 260; BGH, Urteil vom 12. April 1951 - IV ZR 22/50 = LM ZPO § 286 E 1 = NJW 1951, 481, 482). Darauf läuft jedoch die Begründung des Berufungsgerichts hinaus, die angebotenen Beweise hätten nicht erhoben werden müssen, weil das Fernschreiben der Beklagten vom 10. Dezember 1980 und ihr Schreiben vom 28. Januar 1981 ihre Behauptung, der Kaufpreis sei ab 10. Dezember 1980 g e n e r e l l herabgesetzt worden, nicht bestätigten. Hiermit wird das Berufungsgericht weder dem Sachvortrag der Beklagten noch dem Beweisangebot gerecht. Die Zeugen sind nicht nur zur Auslegung des Fernschreibens vom 10. Dezember 1980 und des Schreibens vom 28. Januar 1981 benannt worden, sondern dafür,

daß in einem - mit dem Fernschreiben vom 10. Dezember 1980 und auch noch am 20. Januar 1981 bestätigten - Telefongespräch zwischen Herrn Schultheiß und dem Geschäftsführer der Klägerin "für alle Lieferungen ab dem 10. Dezember 1980 ein Preis von 510 US-Dollar per 1000 kg vereinbart" worden sei. Die Beklagten hatten überdies schon im ersten Rechtszug geltend gemacht, daß für alle Lieferungen ab dem 10. Dezember 1980 510 US-Dollar je Tonne vereinbart worden seien. Ihr Vortrag wird nicht schon im Hinblick auf den vom Berufungsgericht als entscheidend angesehenen Umstand unbeachtlich, daß die Beklagte in ihrer Abrechnung vom 6. August 1981 für die Zeit ab Februar 1981 wieder einen Preis von 620 US-Dollar je Tonne zugrundegelegt hat. Dieses Verhalten hat vielmehr nur Bedeutung im Rahmen der Würdigung aller vom Berufungsgericht zu erhebenden Beweise. In der erneuten Verhandlung wird die Klägerin auch Gelegenheit haben, auf ihren Vortrag zurückzukommen, sie habe der Beklagten in einem Fernschreiben vom 10. Februar 1981 mitgeteilt, die Lieferungen ab 1. Februar 1981 und für eine Restmenge von 2.577,944 mt würden mit 620 US-Dollar je Tonne abgerechnet werden. Das Berufungsgericht hielt es von seinem Standpunkt aus für überflüssig, insoweit Feststellungen zu treffen.

Das Berufungsgericht wird nach alledem die von der Beklagten benannten Zeugen zu vernehmen haben. Von dem Ergebnis der Beweisaufnahme hängt ab, in welcher Höhe Kaufpreisforderungen aus dem Vertrag AOS 49 bestehen und ob die Beklagte mit Ansprüchen aus Überzahlung aufrechnen kann. Hierbei wird auch der Vortrag der Klägerin zu berücksichtigen sein, im Verfahren 63 O 197/81 LG Hamburg sei die Beklagte schon rechtskräftig zur Zahlung von 139.512,40 US-Dollar für Lieferungen aus dem Kontrakt AOS 49 verurteilt worden.

3. Auch die Verurteilung der Beklagten, an die Klägerin 958 Faß - mängelfreies - Orangensaftkonzentrat der vereinbarten Qualität zu liefern, hat keinen Bestand.

a) Das Berufungsgericht faßt den Vertrag AOS 231 - von der Revision unbeanstandet - zutreffend als Darlehensvertrag im Sinne des § 607 BGB auf. Das Darlehensgeschäft besteht in der Überlassung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen durch Übertragung des Eigentums zur wirtschaftlichen Verwertung der überlassenen Sachen gegen das Versprechen der Rückerstattung anderer Sachen gleicher Gattung, Qualität und Menge. Eine derartige Absprache hat der Vertrag AOS 231 zum Inhalt. Danach haben die Beklagten der Klägerin gemäß § 607 Abs. 1 BGB Orangensaftkonzentrat von gleicher Art, Güte und Menge wie das ihnen gelieferte zurückzuerstatten. Daß auch die Haftung der Beklagten zu 2) diesen Inhalt hat, obwohl die Gesellschaftsschuld nicht auf Geld gerichtet ist, kann hier nicht zweifelhaft sein (vgl. BGHZ 73, 217, 221).

b) Die Beklagten sind nicht berechtigt, im Hinblick auf die behauptete Fehlerhaftigkeit der ihnen gelieferten Ware nach § 607 Abs. 1 BGB entsprechend mangelbehaftetes Orangensaftkonzentrat zurückzuliefern oder Gewährleistungsrechte geltend zu machen.

aa) Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Frage, ob zu den kaufähnlichen Geschäften im Sinne des § 493 BGB auch das Sachdarlehen zu zählen sei, brauche nicht abschließend beantwortet zu werden. Denn Gewährleistungsansprüche wegen der von der Beklagten behaupteten Mangelhaftigkeit des Orangensaftkonzentrates stünden ihr schon deshalb nicht zu, weil sie die Fehler nicht rechtzeitig gerügt hätte. Sie müßte sich vielmehr so behandeln lassen, als hätte sie das Orangensaftkonzentrat genehmigt. Das folge entweder aus der entsprechenden Anwendung des § 377 HGB

oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch außerhalb des Anwendungsgebietes des § 377 HGB zu beachten sei. Dieser Grundsatz fordere, daß ein Kaufmann die ihm gelieferte Ware unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen und gegebenenfalls seine Anzeige unverzüglich abzusenden habe. Das gelte auch für ein Sachdarlehen, bei dem es - wie beim Handelskauf - um die Übereignung einer Ware ginge, was eine schnelle Klärung und Abwicklung verlange. Die Behauptung der Beklagten, sie habe Proben gezogen und keinen Mangel entdeckt, dieser sei erst am 12. November 1981 von ihrem Abnehmer festgestellt und sodann noch an demselben Tag gegenüber der Klägerin gerügt worden, begründe die Rechtzeitigkeit der Rüge nicht. Entweder sei die Untersuchung nicht ordnungsgemäß ausgeführt oder die Warenbeschaffenheit zwar erkannt, diese aber von der Beklagten nicht als mangelhaft angesehen worden. Denn die Beklagte habe selbst vorgetragen, die Ware sei "mit Unmengen" von "erkennbaren, praktisch gleichmäßig verteilten hellen Körpern von runder Form und von unterschiedlicher Größe von 1 bis 2 mm" durchsetzt gewesen. Es habe somit ein offensichtlicher Mangel vorgelegen.

bb) Die Revision greift die Auffassung des Berufungsgerichts mit der Begründung an, die Anwendung der §§ 377 HGB, 493 BGB scheitere schon daran, daß es sich bei dem Kontrakt AOS 231 um einen Darlehensvertrag handele. § 377 HGB sei auch nicht analog anzuwenden. Eine unverzügliche Rügepflicht entfalle daher. Nur wer eine Mängelrüge ungebührlich verzögere, müsse sich dies gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegenhalten lassen. Eine u n v e r z ü g l i c h e Rügepflicht lasse sich mit § 242 BGB nicht begründen, weil dies im Ergebnis auf eine analoge Anwendung des § 377 HGB hinausliefe.

cc) Diese Beanstandungen der Revision greifen nicht durch.

α) Die 958 Faß Orangensaftkonzentrat sind als Sachdarlehen zur Verfügung gestellt worden, das als kaufähnliches Geschäft im Sinne des § 493 BGB anzusehen ist (vgl. Staudinger/Honsell, BGB, 12. Aufl. § 493 Rdn. 2; Palandt/Putzo, BGB, 44. Aufl. § 493 Anm. 1). Die entscheidende Übereinstimmung mit einem Kauf liegt hier darin, daß die darlehensweise gelieferte Ware dem Darlehensnehmer zu Eigentum übertragen wird, damit dieser sie im Weg der Verarbeitung oder Weiterveräußerung wirtschaftlich verwerten kann. Deshalb ist es einerseits angemessen, den Empfänger des Sachdarlehens, wenn Mängel auftreten, nicht allein darauf zu verweisen, nach § 607 Abs. 1 BGB Ware von gleicher - minderwertiger - Beschaffenheit zurückzuliefern, sondern ihm außerdem die Gewährleistungsrechte des Kaufrechts zuzubilligen.

β) Andererseits führt die rechtliche Einordnung eines Vertrages als kaufähnliches Geschäft im Sinne des § 493 BGB zwar nicht ohne weiteres zur Anwendbarkeit auch des § 377 HGB. Jedoch ist eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung bei kaufähnlichen Geschäften in der vorliegenden Form anzunehmen (Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl. § 377 Rdn. 5; differenzierend Bruggemann in Großkommentar zum HGB, 4. Aufl. § 377 Rdn. 12). Die Vorschriften über die Mängelrüge dienen in erster Linie den Belangen des Verkäufers, der davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger, dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen, wodurch zugleich dem allgemeinen Interesse an einer raschen Abwicklung der Rechtsgeschäfte im Handelsverkehr entsprochen wird (Senatsurteil vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 = WM 1970, 1400, 1402 = BB 1970, 1416). Beide Gesichtspunkte treffen in gleicher Weise auf das Sachdarlehen zu. Bruggemann ist deshalb darin zu folgen, daß nicht nur entgeltliche Umsatzgeschäfte dem erweiterten Anwendungsbereich des § 377 HGB unterfallen (aaO). Das Sachdarlehen ist zu jenen Geschäften zu rechnen, die den Spannungsgehalt eines "Lieferverhältnisses" (Bruggemann aaO) aufweisen, in welchem zwei Parteien je ihre eigenen - gegenläufigen -

Interessen verfolgen und ausgleichen. Das kommt darin zum Ausdruck, daß der Empfänger eines Sachdarlehens verpflichtet ist, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art und Güte zurückzuerstatten.

8) Auch dann, wenn der Empfänger des Sachdarlehens aus der Lieferung mangelhafter Ware keine Gewährleistungsrechte geltend machen, sondern - diese rechtliche Möglichkeit unterstellt - gemäß § 607 Abs. 1 BGB entsprechend mangelhafte Ware zurückliefern möchte, gewinnt der - doppelte - Zweck des § 377 HGB praktische Bedeutung. Denn diese Vorschrift befaßt sich nicht mit den Rechtsfolgen, die sich aus einer - rechtzeitigen - Mängelrüge ergeben. Sie regelt vielmehr allein die Obliegenheit des Kaufmanns, die Ware zu untersuchen und erkennbare Fehler anzuzeigen, und bestimmt weiter, daß die Lieferung bei verspäteter Anzeige als genehmigt gilt. Die verspätete Rüge hat also zur Folge, daß aus dem Mangel der Sache keinerlei Rechte mehr hergeleitet werden können. Deshalb hat § 377 HGB nicht nur für Gewährleistungsrechte Bedeutung, sondern für jedes andere Recht auch, das aufgrund eines Sachmangels entstehen kann. Der Empfänger eines Sachdarlehens ist daher nach Rügeverlust nicht befugt, entsprechend mangelbehaftete Ware zurückzuliefern.

6) Da es sich nach dem eigenen Vortrag der Beklagten um erkennbare und daher offene Mängel handelte, die bei der - nach der Behauptung der Beklagten durchgeführten - Untersuchung mit bloßem Auge hätten festgestellt werden können, hat das Berufungsgericht für die am 4. November 1981 gelieferte Ware zu Recht die Mängelrüge vom 12. November 1981 als verspätet angesehen.

Die Möglichkeit des Verzichts der Klägerin auf den Einwand der Verspätung hat das Berufungsgericht angesprochen, ihre Voraussetzungen jedoch ohne Rechtsfehler verneint.

4. Zu Unrecht berufen sich die Beklagten gegenüber dem Anspruch der Klägerin nach § 607 Abs. 1 BGB auf Lieferung von 958 Faß Orangensaftkonzentrat auf ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an der Ware. Die Revision führt aus, die Beklagte hätte auf den Kontrakt AOS 49 493.531,40 US-Dollar zuviel bezahlt. Nach Verrechnung des Überzahlungsbetrages mit der zugunsten der Klägerin aus dem Vertrag AOS 49 noch offenstehenden Forderung in Höhe von 93.687,- US-Dollar verbleibe ein Betrag von 389.844,40 US-Dollar, auf den das Zurückbehaltungsrecht gestützt werde.

Allerdings stünde der Annahme eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts nicht schon entgegen, daß die Beklagte es wegen eines Bereicherungsanspruchs geltend macht. Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 11. Juni 1956 - II ZR 173/55 = WM 1956, 1214, 1215 = BB 1956, 833) hat ausgesprochen, daß nicht nur vertragliche Ansprüche das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht begründeten. Zumindest in einem Fall, in welchem es um die Rückforderung einer Leistung gehe, die aufgrund eines beiderseitigen Handelsgeschäfts bewirkt worden sei und die erst durch eine nach Vornahme der Leistung erklärte Anfechtung ihre Grundlage verloren habe, sei die Leistung ein Geschäft, das zum Betriebe eines Handelsgewerbes der Vertragspartner gehöre. Der Bundesgerichtshof hat allerdings offengelassen, ob jede grundlose Bereicherung den Begriff des Handelsgeschäfts erfülle. Das braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Die Überzahlung kann bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden jedenfalls nicht anders beurteilt werden als die ursprünglich mit Rechtsgrund erfolgte Leistung, für die der Rechtsgrund später rückwirkend weggefallen ist. Die Beklagte hat in Erfüllung des Vertrages AOS 49 diejenigen Beträge gezahlt, die ihr von der Klägerin in Rechnung gestellt worden sind. Ergibt sich später, daß den Rechnungen ein Preis zugrundeliegt, der nicht vereinbart war, so kann dieser Umstand der Leistung den Charakter als Teilstück eines Handelsgeschäfts nicht mehr nehmen (vgl. ROHGE 23, 143, 144). Eine einleuchtende Begründung für eine Differenzierung zwischen dem geschuldeten Betrag und der Überzahlung, die einheitlich geleistet worden sind, findet sich nicht.

Es fehlt jedoch an einem geeigneten Gegenstand für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Hierbei kann offenbleiben, ob über die in § 369 Abs. 1 Satz 2 HGB geregelten Fälle hinaus ein Zurückbehaltungsrecht an e i g e n e n Sachen des Gläubigers bestehen kann (vgl. Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 369 Rdn. 33). Denn die Beklagte hat nicht dargelegt, daß sich die von ihr zu liefernden 958 Faß Orangensaftkonzentrat in ihrem Besitz und Eigentum befinden. Es besteht lediglich ein Anspruch der Klägerin auf Lieferung der Ware, auf den sich jedoch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht bezieht (vgl. Göppert ZHR 95, 52, 58).

5. Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nach §§ 273 Abs. 1 BGB, 129 HGB ist dagegen nicht ausgeschlossen. Greift es durch, können die Beklagten nur Zug um Zug gegen Zahlung eines ihnen aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehenden Betrags verurteilt werden (§ 274 Abs. 1 BGB).

a) Unschädlich ist, daß die Beklagten nicht ausdrücklich erwähnen, sie stützten das Zurückbehaltungsrecht auch auf § 273 Abs. 1 BGB. In ihrem Schriftsatz vom 28. Februar 1983 erklären sie ohne Hinweis auf gesetzliche Bestimmungen, sie machten das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Rücklieferungs a n s p r u c h geltend. Diese Formulierung läßt an sich schon auf eine Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB schließen. Überdies reicht es aus, daß das Zurückbehaltungsrecht konkludent geltend gemacht wird. Dies muß allerdings so deutlich geschehen, daß der andere Vertragsteil von seiner Abwendungsbefugnis (§ 273 Abs. 3 BGB) Gebrauch machen kann (RGZ 77, 436, 438; Staudinger/Selb, BGB, 12. Aufl. § 273 Rdn. 42; vgl. auch BGHZ 60, 319, 323). Diese Anforderungen sind im vorliegenden Fall gewahrt. Denn auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht sieht eine derartige Abwendungsmöglichkeit vor, so daß die Klägerin über ihre Berechtigung hierzu keinen Zweifel haben konnte.

b) Fraglich ist nur, ob der Lieferanspruch der Klägerin nach § 607 Abs. 1 BGB und der angebliche Bereicherungsanspruch der Beklagten aus "demselben rechtlichen Verhältnis" herrühren. Das läßt sich beim gegenwärtigen Prozeßstand nicht ausschließen.

Die erforderliche Konnexität ist nach der Rechtsprechung in einem weiten Sinne zu verstehen (Senatsurteil vom 17. März 1975 - VIII ZR 245/73 = BGHZ 64, 122, 125; BGHZ 47, 157, 167; RGZ 78, 334, 336). Danach müssen die Ansprüche nicht aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft entspringen oder in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnis zueinander stehen, sondern es reicht aus, daß sie aus Rechtsgeschäften herrühren, zwischen denen ein natürlicher, wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, so daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht würde. Eine ständige Geschäftsverbindung zwischen den Vertragspartnern kann auf einen solchen Zusammenhang hinweisen (BGHZ 54, 244, 250; RGZ 78, 334, 336). Aus der Geschäftsverbindung folgt jedoch nicht zwingend die Anwendbarkeit des § 273 BGB, vielmehr kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalles an (BGHZ 54, 244, 250; RGZ 78, 334, 336).

Da das Berufungsgericht den Bereicherungsanspruch der Beklagten verneint hat, brauchte es keine Feststellungen zur Frage der Konnexität der beiderseitigen Ansprüche zu treffen. Dies wird es nachzuholen haben, sofern sich in der erneuten Verhandlung Überzahlungen auf den Vertrag AOS 49 herausstellen sollten.

Da die Sache auch nicht aus anderen Gründen zur Entscheidung reif ist, war sie zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 ZPO).

Wolf Dr. Skibbe Dr. Zülch Dr. Paulusch ist Groß
in Urlaub und deshalb
an der Unterschrifts-
leistung verhindert.

Wolf