

V e r k ü n d e t

am 18. September 1961

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2214 005

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Richard K. [REDACTED], unter der Firma B. [REDACTED]
Schokoladenfabrik K. [REDACTED] & Co. in B. [REDACTED],
W. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Paul S. [REDACTED] Company Inc., gesetzlich vertreten durch
den Kaufmann Paul S. [REDACTED], [REDACTED] W. [REDACTED], N. [REDACTED]
[REDACTED] USA,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 18. September 1961 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und
Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen
das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammer-
gerichts vom 5. Februar 1960 wird zurück-
gewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der
Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im Herbst 1956 der Klägerin 500 Kartons mit je 12 Dutzend Ostereiern aus Schokolade in natürlicher Eierschale zum Preise von 6000 US-\$ verkauft und ihr im Februar 1957 nach New York geliefert. 300 Kartons hat die Klägerin mit 3600 \$ bezahlt, den Rest hat sie nicht bezahlt.

Die Klägerin beanstandete die Ware wegen der graubraunen Verfärbung der Schokolade. Obwohl der Beklagte der Klägerin gegenüber zunächst die Auffassung vertreten hatte, die Qualität der Ware sei insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihrer Absetzbarkeit nicht beeinträchtigt, trafen der gesetzliche Vertreter der Klägerin und der Beklagte am 22. März 1957 in Düsseldorf mündlich eine Vereinbarung zur Abwicklung des Geschäfts. Diese Vereinbarung bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom 1. April 1957 unter anderem dahin, daß sie sich bemühen werde, die Eier bestmöglich zu verkaufen, und dem Beklagten Bericht über die Verkäufe und eine Aufstellung ihrer Unkosten geben werde, sowie daß der Beklagte zur Deckung des Schadens andere Ware liefern dürfe. Nach wiederholter Aufforderung seitens der Klägerin schrieb der Beklagte unter dem 23. April 1957, ihm sei "eine Gegenbestätigung ... durchaus nicht notwendig" erschienen, und fügte wörtlich hinzu: "Wir haben Ihre Bestätigung ohne Widerrede entgegengenommen".

Brauchbare Muster anderer Waren schickte der Beklagte trotz seiner am 22. März 1957 und später gegebenen Zusagen und trotz mehrfacher Mahnung der Klägerin nicht. Am 30. Oktober 1957 übersandte die Klägerin dem Beklagten eine eingehende Schadensberechnung. Danach steht den Unkosten

der Klägerin in Höhe von 4982,26 \$(einschließlich der dem Beklagten gezahlten 3600 \$) ein durch Verkauf der Eier in den USA erzielter Erlös von insgesamt 1409,58 \$ gegenüber; daraus errechnet die Klägerin einen Schaden in Höhe von 3572,68 \$. Unter dem 15. Januar 1958 lehnte die Beklagte jede Ersatzleistung ernstlich und endgültig ab.

Die Klage ist auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 3572,68 \$ nebst Zinsen seit dem 15. November 1957, hilfsweise auf Zahlung eines entsprechenden DM-Betrages gerichtet.

Der Beklagte hat bestritten, daß sie Klägerin aus dem Verkauf der Eier nur den von ihr am 30. Oktober 1957 angegebenen Betrag erlöst habe und daß der mitgeteilte Preis der bestmögliche Preis sei, den die Klägerin habe erzielen können. Er hat ferner die Auffassung vertreten, die Klägerin habe die Eier nicht verschleudern dürfen, ohne ihn vorher entsprechend zu benachrichtigen und ihm so Gelegenheit zu neuen Weisungen zu geben; die Klägerin habe es an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen und sich dadurch ihm gegenüber ersatzpflichtig gemacht; sein Schaden entspreche mindestens der Klageforderung.

Das Landgericht hat den Beklagten nach dem Klagehauptantrag verurteilt (jedoch unter Beschränkung des Zinsenlaufs auf die Zeit vom 15. Januar 1958 an) und ihm nachgelassen, in DM-Währung zu bezahlen.

Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin will das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.



Entscheidungsgründe:

A.

Die übrigens von der Revision nicht angegriffene Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Streitstoff nach deutschem Recht zu beurteilen ist, begegnet keinen Bedenken.

B.

I. Das Berufungsgericht hat die Klageforderung auf Grund der von den Parteien im Schriftwechsel vom 1. und 23. April 1957 niedergelegten Vereinbarung in Verbindung mit § 326 BGB für begründet gehalten. Es hat festgestellt, daß der Verkauf der Eier der Klägerin 1409,58 \$ eingebracht hat und daß der von ihr erzielte Preis der bestmögliche gewesen ist. In dem Schreiben der Klägerin vom 30. Oktober 1957 hat es eine der Vereinbarung der Parteien genügende Unterrichtung des Beklagten über die Ergebnisse der Verkäufe erblickt. Dazu hat das Berufungsgericht erörtert, daß die Klägerin den Beklagten bereits am 10. Juni 1957 darauf aufmerksam gemacht hat, der erzielbare Preis werde sehr niedrig sein, und daß der Beklagte diesen Hinweis ohne Widerspruch zur Kenntnis genommen hat. Das Berufungsgericht hat weiter erwogen, die Parteien hätten durch ihre Vereinbarung kein neues (vom Kaufvertrag verschiedenes) Schuldverhältnis begründet, sondern sich auf den Standpunkt gestellt, die Ware habe Mängel, für die der Beklagte als Verkäufer verantwortlich sei, und auf dieser Grundlage die Folgen der Mangelhaftigkeit der Ware geregelt. Die Klägerin habe bei den in Ausführung der Vereinbarung getätigten Verkäufen ihre Pflicht zur Sorgfalt nicht vernachlässigt, wie insbesondere ihr Schreiben vom 10. Juni 1957 ergebe. Eine Verpflichtung der Klägerin,

die Ware nicht unter einem bestimmten Mindestpreis zu verkaufen, sei der Vereinbarung der Parteien nicht zu entnehmen. Die Klägerin habe bestmöglichst zu verkaufen gehabt; das biete für eine ergänzende Vertragsauslegung in dem vom Beklagten für richtig gehaltenen Sinn keinen Raum.

II. a) Die Revision hält die Vereinbarung der Parteien für lückenhaft und der Auslegung fähig. Zwar habe die Klägerin danach dem Beklagten nach Verkauf sämtlicher Eier abschließend zu berichten gehabt. Doch habe es die Klägerin in ihrem Schreiben vom 1. April 1957 daneben übernommen, dem Beklagten schon vorher von jedem einzelnen Verkauf Nachricht zu geben; das habe sie von drei Fällen abgesehen nicht getan, jedoch - übrigens auch abgesehen von ihrer ausdrücklichen Zusage - spätestens tun müssen, sobald für sie erkennbar geworden sei, der von ihr erzielbare bestmögliche Preis sei so niedrig, daß der Beklagte für die der Klägerin zum Preis von 6000 verkauften Ware praktisch so gut wie nichts erhalten könne. Hätte die Klägerin den Beklagten alsbald nach Beginn ihrer Verkäufe auf diese Gefahr aufmerksam gemacht, so würde der Beklagte die Klägerin dazu veranlaßt haben, die Ware nach Deutschland zurückzusenden, wo er selbst unter Berücksichtigung aller Unkosten die Ware nach Aufarbeitung in einer Weise hätte verwerten können, daß jedenfalls der Materialwert gedeckt worden wäre; das Berufungsgericht habe das in dieser Richtung liegende Vorbringen des Beklagten, das es auf das vom Gericht unter Verfahrensverstoß unterlassene Befragen noch ergänzt haben würde, unbeachtet gelassen. Die Klägerin habe durch die Vereinbarung der Parteien eine Gelegenheitskommission (§ 406 Abs. 1 Satz 1 HGB) übernommen. Sie habe deshalb gemäß § 384 HGB die Pflicht gehabt,

den Beklagten unaufgefordert über alle Umstände zu unterrichten, die nach der Sachlage für ihn und seine EntschlieÙung von Bedeutung gewesen seien. Dieser Pflicht habe sie durch ihr Schreiben vom 10. Juni 1957 nicht genügt. Vielmehr habe sie ihn benachrichtigen müssen, daß sie z.B. am 27. Mai 1957 beim Verkauf von 25 Kartons einen Preis von nur je 2,40 \$ erzielt habe. Abgesehen davon ergebe sich auch aus § 242 BGB, daß die Klägerin zu einer solchen Unterrichtung des Beklagten vor einer derartigen Verschleuderung der Ware verpflichtet gewesen sei. In diesem Zusammenhang müsse berücksichtigt werden, daß der Beklagte für die Eier, die er zum Preise von 6000 \$ verkauft habe, im Ergebnis nur rund 28 \$ erhalten habe.

18 Diese Ausführungen können der Revision nicht zum Erfolg verhelfen. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht aus der Vereinbarung der Parteien keine Verpflichtung der Klägerin entnommen hat, den Beklagten über die von ihr ausdrücklich übernommene nachträgliche Berichterstattung hinaus schon vorher im einzelnen zu benachrichtigen. Eine derartige Verpflichtung mußte das Berufungsgericht nicht, wie die Revision in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, dem Schreiben der Klägerin vom 1. April 1957 entnehmen. Die Klägerin hat nämlich neben der Abschrift dieses englisch abgefaßten Schreibens eine vom Beklagten nicht beanstandete deutsche Übersetzung vorgelegt. Nach dieser Übersetzung hat die Klägerin nur zugesagt, daß ein schriftlicher Bericht über jeden Verkauf aufgenommen werde und daß alle Ausgaben- und Verkaufslisten dem Beklagten nach Beendigung der Verkäufe zugehen würden. Wenn nun der englische Text, wie die Revision meint, vielleicht auch dahin verstanden werden könnte, daß die

Klägerin über jeden einzelnen Verkauf unverzüglich Nachricht zu geben hatte, so brauchte das Berufungsgericht sich mit der Bedeutung des im englischen Text gebrauchten Ausdrucks "record", "keep" und "will be sent" nicht, wie die Revision ausgeführt hat, auseinanderzusetzen; es konnte vielmehr von der zwischen den Parteien unstreitigen deutschen Übersetzung ausgehen. Daß diese aber die vom Berufungsgericht gewählte Auslegung zuläßt, wird nicht einmal von der Revision in Zweifel gezogen.

Fehlsam ist ferner der Versuch der Revision, die Vereinbarung als Übernahme einer Gelegenheitskommission zu deuten; das geht schon deshalb nicht an, weil die Eier nicht mehr dem Beklagten, sondern der Klägerin gehörten. Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Abmachung, daß die Klägerin die Ware verkaufen solle, lag allein darin, daß die Klägerin zu Lasten des Beklagten zum bestmöglichen Preise verkaufen durfte und der Beklagte den der Klägerin dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen hat. Handelt es sich demnach nicht um ein Kommissionsgeschäft, so war die Klägerin auch nicht nach § 384 HGB verpflichtet, den Beklagten über die in der Vereinbarung der Parteien enthaltene Abmachung hinaus zu benachrichtigen.

Im Gegensatz zur Auffassung der Revision war die Klägerin auch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verpflichtet, schon alsbald nach Ostern (21. April) mitzuteilen, wie niedrig die von ihr erzielten Preise nunmehr waren. Der Beklagte hat nämlich - wie im angefochtenen Urteil bemerkt ist - gewußt, daß alsbald nach Ostern, nämlich (wie die von der Klägerin vorgelegten Belege ergeben) nicht erst am 27. Mai, sondern schon am 8. Mai 1957 die Eier nicht mehr zu angemessenem Preise verkauft werden konnten.

Bei dieser Rechtslage kann es offen bleiben, ob der Beklagte bei Auslegung der Vereinbarung nach Treu und Glauben befugt gewesen wäre, auf Grund einer Benachrichtigung darüber, welchen sehr niedrigen Preis die Klägerin im einzelnen erzielt habe und voraussichtlich erzielen werde, eine mit der Vereinbarung der Parteien nicht in Einklang stehende EntschlieÙung zu fassen oder gar der Klägerin Weisungen zu erteilen, ob er insbesondere etwa befugt war, die Vereinbarung über den bestmöglichen Verkauf der Eier zu kündigen; und ob er ferner beanspruchen konnte, daß die Klägerin die Eier zurücksende, um sie - für Rechnung der Klägerin oder, im Falle der Rückübereignung an ihn, für seine eigene Rechnung - in Deutschland zu verwerten. Die von der Revision in diesem Zusammenhang aus §§ 286, 139 ZPO hergeleiteten verfahrensrechtlichen Angriffe gehen nach dem im vorhergehenden Absatz Ausgeführten schon deshalb ins Leere, weil der Beklagte bereits seit Anfang Mai darüber unterrichtet war, daß die Eier nicht mehr zu angemessenem Preise verkauft werden konnten und er trotzdem den jetzt von ihm geschilderten Weg der Verwertung (Rücksendung und Umarbeitung) nicht beschritten hat.

b) Gerade deshalb ist auch die Rüge der Revision unbegründet, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Vereinbarung der Parteien nicht dahin ausgelegt, daß die Klägerin die Ware nicht unter einem bestimmten Mindestpreis habe verkaufen dürfen. Gingen die Parteien beim Zustandekommen der Vereinbarung, nämlich erst einen Monat vor Ostern davon aus, daß die Eier im Großhandel vor Ostern in nennenswertem Umfang nicht mehr absetzbar seien und lag damit schon damals die Möglichkeit sehr nahe, daß die Eier größtenteils erst nach Ostern und damit äußerst wahrscheinlich nur zu sehr niedrigen Preisen absetzbar sein würden, so hätte es der Beklagte sich angelegen sein lassen müssen, einen Mindestpreis mit der Klägerin zu vereinbaren, wenn er die zu seinen Lasten gehende Gefahr der Verschleuderung der Ware nicht in Kauf nehmen wollte. Daß etwas derartiges vereinbart sei, widerspricht dem Inhalt der über die Vereinbarung gewechselten Schreiben der Parteien.

Der in das Wissen der von der Revision als nicht vernommen bezeichneten Zeugen gestellte Sachvortrag des Beklagten bei dieser Festlegung des Vereinbarungsinhalts durch den Schriftwechsel nicht, um klar und eindeutig als Behauptung verstanden zu werden, daß die Parteien eine Limitierung des Verkaufspreises vereinbart hätten. Der Sachverhalt ließe, wenn er erwiesen wäre, nur erkennen, daß der Beklagte gehofft hatte, die Eier würden noch zu einigermaßen günstigen Preisen verwertet werden können.

c) Die Revision rügt noch, das Berufungsgericht habe § 286 ZPO dadurch verletzt, daß es die Feststellung, die Klägerin habe bestmöglich verkauft, getroffen habe, ohne das Vorbringen des Beklagten vollständig zu würdigen. Er habe nämlich behauptet, die Ware sei nicht so schlecht gewesen, daß sie mit einem fast hundertprozentigen Nachlaß habe verkauft werden müssen, und dafür Sachverständigenbeweis angeboten. Darauf habe das Berufungsgericht umsomehr eingehen müssen, als es seine Feststellung nur auf die Aussagen des Zeugen Katz, eines leitenden Angestellten der Klägerin, gegründet habe. Das Berufungsgericht habe auch nicht berücksichtigt, daß die Klägerin am 2., 3. und 4. April 1957 Kartons zum Preise von je etwa 16 \$ verkauft habe und ihm darüber durch Übersendung der Rechnungen bereits unter dem 18. April 1957 habe Nachricht zukommen lassen. Unter diesen Umständen könne es dem Beklagten nicht zum Nachteil gereichen, daß er auf das Schreiben der Klägerin vom 10. Juni 1957 nicht geantwortet habe; er habe nämlich annehmen können, daß sein Verlust sich in Grenzen halten werde.

Auch mit diesen Bemängelungen kann die Revision nicht durchdringen. Wie hoch der beim Verkauf der Eier günstigstenfalls erzielte Preis sein werde, hing nämlich nicht nur von der Beschaffenheit der Ware, sondern auch von

der Marktlage ab. Der Zeuge K. hat zur Überzeugung des Berufungsgerichts geschildert, daß nach Ostern die Aufnahmebereitschaft des Handels jedenfalls für Eier von minderer Beschaffenheit außerordentlich gering gewesen ist. Daß die Eier nicht unerhebliche Mängel hatten, hat das Berufungsgericht auf Grund des Prüfungsberichtes der Food Research Laboratories in New York vom 25. Februar 1957, den die Klägerin der Beklagten kurze Zeit danach übersandt hat, und auf Grund der Aussage des branchekundigen Zeugen Katz festgestellt. Der Begutachtung der Ware an Hand der angeblich noch beim Beklagten vorhandenen Muster durch einen gerichtlichen Sachverständigen bedarf es daher nicht. Einige günstige Verkäufe, die die Klägerin Anfang April 1957 abgeschlossen hat, brauchte das Berufungsgericht deshalb nicht ausdrücklich zu würdigen, weil sie dicht vor Ostern, also in einer Zeit zustande gekommen sind, in der naturgemäß noch eine gewisse Nachfrage nach Eiern bestand. Hinzu kommt, wie die Bekundung des Zeugen K. ebenfalls ergibt, daß die Klägerin auf die Anfang April vereinbarten hohen Preise erhebliche Nachlässe hat gewähren müssen, als ihre Käufer die Ware mit Grund beanstandet hatten, so daß die Klägerin schließlich selbst für diese Verkäufe nur rund 4 \$ je Karton vereinnahmt hat. Darauf ob die Beklagte auf Grund der Benachrichtigung vom 18. April 1957 davon ausgehen konnte, daß die Klägerin auch nach Ostern noch einigermaßen annehmbare Preise erzielen werde, kommt es - wie bereits dargelegt - nicht an. Die Beklagte muß nämlich die von der Klägerin erzielten Preise gegen sich gelten lassen, wenn es nur die bestmöglichen waren. Daß dies der Fall war, hat das Berufungsgericht festgestellt.

d) Die Auslegung des Berufungsgerichts führt auch nicht etwa zu so unbilligen Ergebnissen, daß schon

deshalb anzunehmen war, die Parteien als erfahrene Kaufleute würden eine zu solchem Ergebnis führende Vereinbarung nicht getroffen haben.

Bei ihrem Hinweis darauf, daß der Beklagte aus dem Geschäft im Ergebnis nur 28 \$ erzielt habe, übersieht die Revision nämlich, daß die Frachten, die die Klägerin dem Beklagten in Rechnung stellen durfte, insgesamt mehr als 700 \$ ausmachen, daß also der Verlust, den der Beklagte zu tragen hat, jedenfalls in dieser Höhe nicht auf die von der Klägerin erzielten geringen Verkaufserlöse zurückzuführen ist. Ferner übersieht die Revision, daß in der Abrechnung auch Löhne zur Entfernung der natürlichen Eierschalen vor dem Verkauf der Eier zu Lasten des Beklagten berücksichtigt sind, deren Absetzung die Revision nicht beanstandet hat.

C.

Aus diesen Gründen ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel