

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 346 B

Zur Feststellung eines Handelsbrauchs, wenn eine
angeblich bestehende tatsächliche Übung Gegenstand
von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist.

BGH, Urt. v. 2. Juli 1980 - VIII ZR 178/79 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 178/79

URTEIL

Verkündet am
2. Juli 1980
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Walter S. [REDACTED], Inhaber Kaufmann Walter
S. [REDACTED] in B. [REDACTED], Stadtteil W. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Bernhard F. [REDACTED], Geflügelzucht in D. [REDACTED]-O. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1980 durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Claßen, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter
Zurückweisung des weitergehenden
Rechtsmittels das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Oldenburg
vom 2. Mai 1979 im Kostenpunkt und in-
soweit aufgehoben, als die Beklagte zur
Zahlung von mehr als 786,16 DM nebst
8 % Zinsen seit dem 5. Juni 1977 verur-
teilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten des Revisionsver-
fahrens - an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger hält gewerbsmäßig Legehennen im Großbe-
trieb. Die Beklagte ist eine im Handelsregister einge-
tragene Eiergroßhändlerin.

Nach einer im Frühjahr 1976 von den Parteien ge-
troffenen Vereinbarung hatte die Beklagte die in der



Legeperiode von März 1976 bis April 1977 in zwei Ställen des Klägers anfallenden Hühnereier "vom ersten bis zum letzten Ei absolut" zu übernehmen. Die Preise für die Eier sollten sich auf der Basis von Vereinbarungen bestimmen, die der Kläger mit einem anderen Abnehmer, einer Firma Müller, getroffen hatte und die in einem an den Kläger gerichteten Schreiben der Beklagten vom 8. März 1976 wie folgt umschrieben sind:

"Als Preisbasis dienen Ihre Vereinbarungen mit der Firma H. M. Sie erhalten demnach für das ganze Gelege 1,4 Dpf. unter der Nordd. Notierung für Größe 4. Es gilt die Dienstag-Not. für alle Abholungen der gleichen Woche.

Pro eingestellte Henne gewähren Sie mir einen Vorabzug von DM 0,25. Nach ca. 4 Wochen kann ich somit DM 5 000 an einer Abrechnung abziehen....

Beide Ställe werden mit dem von Hisex Hesepe vorgeschriebenen Lichtprogramm gefahren. Die Legezeit betrage mindestens 12 Monate.

Sollte sie durch Umstände, die ich nicht zu verantworten habe, abgekürzt werden (für den ganzen Bestand oder für Teile), so bin ich entsprechend von Ihnen zu entschädigen. Um für diesen Fall vorbereitet zu sein, erstelle ich von jeder Abholung eine Abrechnung nach Sortierung.

In der Anlage erhalten Sie die Durchschrift meines Schreibens an Herrn Mu. Es ist gleichzeitig Bestandteil unserer Vereinbarungen.

Sollten Sie die Aufschlageier besser selbst verkaufen wollen, dann entfällt dieser Punkt."

Mit der Firma M[REDACTED] hatte der Kläger vereinbart, daß Aufschlageier nach dem Marktpreis angekauft wurden und daß "bei Eintreten von außergewöhnlichen Ereignissen über einen eventuellen Nachlaß zwischen der Firma M[REDACTED] und dem Kläger verhandelt werden müsse".

Das in dem Schreiben vom 8. März 1976 erwähnte Anschreiben an Herrn Mu[REDACTED] lautet u.a. wie folgt:

- "3. Alle Eier werden mit der Spitze nach unten in die Höcker gesetzt.
4. Alle Knick- und Schmutzeier werden separat eingepackt. Die Kartons werden gekennzeichnet (Kreide).
5. Auslaufeier werden nicht auf die Höcker gepackt, sondern ausgeschlagen. Dotter und Eiweiß werden zu einer Masse verrührt und eingefroren....
7. Die Eier werden zweimal wöchentlich abgeholt.
8. Für jede Lieferung erhalten Sie einen unterschriebenen Empfangsschein."

Die Beklagte ließ die Eier, auf die sich die Vereinbarung der Parteien bezog, durch eigene Fahrer abholen und erstellte Abrechnungen, die vom Kläger hinsichtlich der Anzahl der abgenommenen Eier als rechnerisch richtig anerkannt werden.

Mit Schreiben vom 27. August 1976 teilte die Beklagte dem Kläger mit, die Gewichte der von ihm gelieferten Eier lägen 1,3 bis 1,8 g unter dem Sollgewicht der entsprechenden Legewoche; dies führe bei ihr zu

erheblichen Verlusten. Ab 1. September 1976 nahm sie bei jeder Abrechnung entsprechend der von ihr behaupteten Abweichungen vom Sollgewicht der Eier Preisabzüge vor. Außerdem rechnete sie die Eier, die ihre Fahrer in den Lieferscheinen als "Schmutzeier" aufgeführt hatten, zu den geringeren Preisen für Aufschlageier und schalenlose Eier ab.

Der Kläger hält die Preisabzüge und Mindervergütungen für unberechtigt. Er hat mit der Klage einen Betrag von 69 382,12 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 5. Juni 1977 geltend gemacht.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. 1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO), weil einer der an der letzten mündlichen Verhandlung mitwirkenden Richter an dem Vorgang der "Urteilsfällung" nicht beteiligt gewesen sei (§ 309 ZPO).

2. Die Rüge ist unbegründet. Entgegen der Ansicht der Revision ist unter "Urteilsfällung" im Sinne des § 309 ZPO nicht die vollständige schriftliche Abfassung der Urteilsgründe und die Unterzeichnung zu verstehen.

Das ergibt sich schon aus § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO.
"Gefällt" ist das Urteil vielmehr nach der auf die
Beratung folgenden Beschlußfassung (vgl. BGHZ 61, 369,
370; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 309
Anm. I, 7, II; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 38.
Aufl. § 309 Anm. 1; Vollkommer NJW 1968, 1309, 1312).
Daß der Richter, dessen Unterschrift der Senatsvor-
sitzende nach § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO bei der Unter-
zeichnung des angefochtenen Urteils ersetzt hat, an
der Beratung und Beschlußfassung nicht teilgenommen habe,
hat die Revision nicht geltend gemacht.

II. 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der
Klageanspruch sei nach § 433 BGB dem Grunde und der
Höhe nach begründet. Die Berechnung des Klageanspruchs
entspreche den getroffenen Preisvereinbarungen.

2. a) Wie die Revision zu Recht rügt, hat die Be-
klagte jedoch hinsichtlich zweier Teilbeträge in Höhe
von insgesamt 10 152,72 DM nebst Mehrwertsteuer be-
stritten, daß die Klageforderung insoweit aufgrund der
getroffenen Preisvereinbarungen gerechtfertigt sei.

aa) Soweit der Kläger beanstandet, die Beklagte
habe zu Unrecht bezüglich der in der Klageschrift
S. 6 bis 12 näher bezeichneten Eier "Abzüge" in Höhe
von insgesamt 9 321,12 DM von den jeweiligen Rechnun-
gen vorgenommen, macht die Beklagte geltend, diese
Eier seien von den Beauftragten des Klägers als Auf-
schlageier und schalenlose Eier aussortiert worden;
für diese Ware könne der Kläger aber vereinbarungsgemäß
nur den niedrigeren Marktpreis, wie er auch mit

der Firma H. M. [REDACTED] abgesprochen worden sei, verlangen. Der Vortrag der Beklagten stellt sich daher als Bestreiten der Klagebehauptung dar und nicht als Ausübung eines Zurückbehaltungs-, Aufrechnungs- oder Abzugsrechts, das nach der Ansicht des Berufungsgerichts, auf die weiter unten noch einzugehen ist, durch einen Handelsbrauch ausgeschlossen sein soll.

bb) Das gleiche gilt, soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe hinsichtlich eines Betrages von 831,60 DM übersehen, daß der Kläger diesen Teil seiner Forderung damit begründet habe, die in den Rechnungen Nr. 663 und Nr. 664 vom 12. April 1977 angegebenen Summen beruhten auf einer von der Beklagten zugrunde gelegten Preisnotierung, die um 0,05 Pfg je Ei zu niedrig angesetzt worden sei. Ob dem Kläger der von der Beklagten bestrittene Anspruch insoweit zusteht, hängt nach dem Inhalt der zwischen den Parteien gemäß Schreiben vom 8. März 1976 getroffenen Vereinbarung davon ab, auf welchen Betrag sich die maßgebliche Preisnotierung im fraglichen Zeitpunkt belief. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

b) Das Urteil des Berufungsgerichts hat allerdings Bestand, soweit die Beklagte im Hinblick auf die Rechnungen Nr. 665 und Nr. 666 vom 18. April 1977 zur Zahlung von insgesamt 786,60 DM (= 745,20 DM + 5,5 % Mehrwertsteuer) nebst Zinsen verurteilt worden ist. Insoweit hat die Beklagte nämlich nicht bestritten, daß sie nach einer zu niedrigen Notierung abgerechnet hat. Da sich die Beklagte auch nicht mit weiteren Einwendungen gegen diesen Teil des Klageanspruchs wendet

und weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, war die Sache insoweit zur Entscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

III. 1. Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob der Beklagten Gegenansprüche zustehen, die den vorgenommenen Preisabzügen und Mindervergütungen (soweit sie nicht oben zu II behandelt worden sind) zugrunde liegen. Es hat ausgeführt, kraft Handelsbrauches sei die Beklagte jedenfalls nicht berechtigt, von der Kaufpreisforderung des Klägers Abzüge gleich welcher Art vorzunehmen. Das ergebe sich im einzelnen aufgrund eines in einem anderen, die Parteien nicht betreffenden Rechtsstreit eingeholten Gutachtens des Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT) vom 3. September 1971. Darin werde die Handelsüblichkeit der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das großhandelsmäßige Handeln mit Eiern", insbesondere deren § 9 Abs. 5, (auch) für den Fall bejaht, daß der Verkäufer ein Großerzeuger von Eiern und der Käufer ein Eiergroßhändler sei. Nach § 9 Abs. 5 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei der Käufer zu Zurückhaltungen, Aufrechnungen oder Abzügen, gleichgültig welcher Art, nicht berechtigt, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart worden sei. Da eine abweichende Vereinbarung zwischen den Parteien nicht festgestellt werden könne, sei der Kaufpreisanpruch des Klägers in voller Höhe begründet.

Der Revision ist darin beizutreten, daß diese Begründung das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis nicht trägt.

2. Ohne Beanstandung durch die Revision und ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht angenommen, der Umstand, daß der nicht im Handelsregister eingetragene Kläger als Landwirt kein Kaufmann sei, sei für die Frage der Beachtung eines Handelsbrauches unerheblich. Handelsbräuche können auch für Nichtkaufleute von Bedeutung sein, wenn der Nichtkaufmann - wie hier - ständig Geschäfte in einem Handelszweig mit Kaufleuten tätigt und sie in der Weise abschließt, wie es in Branchenkreisen üblich ist (BGH Urteil vom 27. Oktober 1951 - II ZR 102/50 = NJW 1952, 257).

3. Ob ein Handelsbrauch besteht und welchen Inhalt er hat, ist Tatfrage. Sie ist deshalb der Nachprüfung durch das Revisionsgericht grundsätzlich entzogen (Senatsurteil vom 1. Dezember 1965 - VIII ZR 271/63 = LM HGB § 346 (B) Nr. 4 = WM 1966, 219 m.w.Nachw.). Etwas anderes gilt nur, wenn die Tatsacheninstanz den Begriff des Handelsbrauchs verkannt oder bei der Beweiserhebung wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hat (Senatsurteil vom 24. November 1976 - VIII ZR 21/75 = NJW 1977, 385, 386 = WM 1977, 258, 260).

a) Das Berufungsurteil könnte möglicherweise schon deshalb zu Bedenken Anlaß geben, weil das in Bezug genommene Gutachten des DIHT vom 3. September 1971, das seinerseits auf ein unter dem 13. Februar 1970 erstattetes früheres Gutachten des DIHT verweist, die "Handelsüblichkeit" von § 9 Abs. 5 der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das großhandelsmäßige Handeln mit Eiern" betraf, obwohl es allein darauf ankommt, ob ein Handelsbrauch gegeben ist. Auch das angefochtene Urteil

unterscheidet nicht eindeutig zwischen "Handelsüblichkeit" (vgl. zu diesem Begriff BGH Urteil vom 13. März 1964 - I b ZR 117/62 = NJW 1964, 1274, 1275; Ratz in HGB-RGRK, 3. Aufl. § 346 Anm. 73; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl. § 346 Rdn. 5) und "Handelsbrauch" (vgl. dazu RGZ 110, 47, 48; BGH Urteil vom 27. Oktober 1951 aaO; Senatsurteil vom 1. Dezember 1965 aaO).

Offenbar geht das Berufungsgericht von der zutreffenden Überlegung aus, daß einzelne Bestimmungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen bestehenden Handelsbrauch wiedergeben oder sich zu einem solchen entwickeln können (vgl. Ratz aaO § 346 Anm. 200, 201, 203). Ein Handelsbrauch kann in einem solchen Fall jedoch nur bejaht werden, wenn die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffene Regelung auch ohne besondere Vereinbarung oder Empfehlung (der Interessenverbände, welche die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgearbeitet haben) freiwillig befolgt würde (Schlegelberger/Hefermehl aaO § 346 Rdn. 6; Ratz aaO). Ob das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt beachtet hat, erscheint zweifelhaft. Nach dem Inhalt des Gutachtens vom 13. Februar 1970, das insoweit dem Gutachten vom 3. September 1971 zugrunde liegt, ist den im Rahmen einer Erhebung befragten 112 Großhändlern auch die Frage vorgelegt worden, ob ihnen die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das großhandelsmäßige Handeln mit Eiern" als solche bekannt seien. 87 Unternehmen haben die Frage bejaht, und 23 Unternehmen haben sie verneint (S. 5 des Gutachtens vom 13. Februar 1970). Möglicherweise haben gerade diejenigen Unternehmen die "Handelsüblichkeit" der Regelung des § 9 Abs. 5

bejaht, denen die vorgenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohnehin bekannt waren und die von deren Geltung ausgingen. Das Gutachten läßt nicht erkennen, ob die angesprochenen Großhändler die Geltung einer Regelung, wie sie in § 9 Abs. 5 beschrieben wird, auch ohne die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen über das großhandelsmäßige Handeln mit Eiern" oder nach einer Aufhebung der diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen betreffenden Übereinkunft (Empfehlung) durch die beteiligten Verbände bejaht hätten.

Einer näheren Erörterung dieser Fragen bedarf es hier jedoch nicht, weil das angefochtene Urteil aus den nachfolgenden Gründen ohnehin aufgehoben werden muß.

b) Zu Recht beanstandet die Revision, die dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Gutachten seien für die hier zu entscheidende Frage unzulänglich (§ 286 ZPO).

aa) Das Gutachten des DIHT vom 3. September 1971 gibt keinen genügenden Aufschluß darüber, ob die Auswahl der Befragten sachgemäß (vgl. Ziff. 19, 33 des Merkblattes des DIHT für die Feststellung von Handelsbräuchen, 1957, abgedruckt bei Ratz aaO Anh. I zu § 346) vorgenommen wurde. Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß das Gutachten hinsichtlich der Befragung von 24 Großerzeugern nicht nachvollziehbar ist, weil nicht mitgeteilt wird, ob es sich bei den Antworten um die Mehrzahl der in Betracht kommenden oder - falls das nicht der Fall ist - um eine nach bestimmten Gesichtspunkten ausgewählte typische

Vielzahl von Großerzeugern handelt. Zweifel bestehen ferner deshalb, weil im Rahmen des Gutachtens vom 3. September 1971 die Antworten von nur 29 Großhändlern berücksichtigt worden sind, während sich das Gutachten vom 13. Februar 1970 auf die Antworten von 112 Großhändlern stützen konnte. Dem vorgelegten Gutachten vom 3. September 1971 ist nicht zu entnehmen, ob die dort nicht berücksichtigten 83 Großhändler nicht befragt worden sind, etwa weil die 29 Großhändler nach bestimmten Kriterien ausgewählt worden sind, oder ob die 83 Großhändler auf eine Befragung geschwiegen haben. Gerade die geringe Beteiligung an der zweiten, zum Ergänzungsgutachten vom 3. September 1971 veranstalteten Umfrage kann darauf hindeuten, daß sich die angesprochenen Großhändler bei der Bejahung oder Verneinung der gestellten Frage unsicher waren und deshalb von der Beantwortung ganz absahen. Ein solches Verhalten könnte aber eher als Verneinung der behaupteten Handelsübung zu werten sein.

bb) Die vom DIHT erstellten Gutachten betreffen offenbar nur einmalige Kaufgeschäfte. Ob ein für derartige Kaufgeschäfte ermittelter Handelsbrauch auch dann gilt, wenn es sich um einen die Gesamtproduktion einer Hühnerfarm während einer Legeperiode oder einen Großteil derselben umfassenden Kauf handelt, erscheint nicht von vornherein selbstverständlich. Es ist, wie die Revision mit Recht geltend macht, durchaus möglich, daß in einem Fall, in dem der Händler dem Erzeuger das Marktrisiko für die Dauer einer Legeperiode teilweise abnimmt, den beteiligten Verkehrskreisen ein Ausschluß von Leistungsverweigerungsrechten als unbillig erscheint und daher ein für einmalige Kaufgeschäfte geltender Handelsbrauch hier keine Anwendung findet. Das Berufungsgericht

hätte daher diesem Vorbringen der Beklagten Rechnung tragen müssen.

IV. 1. Aus den vorgenannten Gründen war das Berufungsurteil aufzuheben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 786,16 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 5. Juni 1977 verurteilt worden ist. Im Umfang der Aufhebung war die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung geboten.

2. a) Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht unter Beachtung der Darlegungen zu oben III, 3 prüfen müssen, ob der vom Kläger behauptete Handelsbrauch besteht und in welchem Umfang er Leistungsverweigerungsrechte des Käufers ausschließt. Zu beachten ist dabei, daß zwar regelmäßig - insoweit ist der Revision zuzustimmen - der Handelsbrauch des Erfüllungsortes maßgebend ist (Senatsurteil vom 7. März 1973 - VIII ZR 214/71 = LM HGB § 346 (B) Nr. 7 = WM 1973, 382); Erfüllungsort ist nach §§ 270 Abs. 1, 4; 269 Abs. 1 BGB der Ort, an dem Kaufpreisanspruch des Klägers zu erfüllen ist, also das Domizil der Beklagten. Jedoch kann es - falls nicht für das gesamte Bundesgebiet ein einheitlicher Handelsbrauch gilt - darauf ankommen, ob der Vertrag seinen Schwerpunkt am Wohnsitz des Verkäufers hat. Ob ein solcher Schwerpunkt gegeben ist, läßt sich aber nur aufgrund der Umstände des einzelnen Falles entscheiden (Senatsurteil vom 7. März 1973 aaO). Hier kann von Bedeutung sein, daß die Ware am Wohnsitz des Verkäufers erzeugt und dort von der Beklagten abgeholt wurde.

b) Verneint das Berufungsgericht einen entsprechenden Handelsbrauch, so ist zu klären, ob der Beklagten die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche zustehen.

c) Zu prüfen ist ferner, ob und inwieweit die Ansprüche der Beklagten infolge nicht rechtzeitiger Mängelrügen erloschen sind. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist diese Frage jedoch nicht nach §§ 377, 378 HGB zu beurteilen. Diese Bestimmungen finden auf ein nur einseitiges Handelsgeschäft keine Anwendung (Brüggemann in HGB-RGRK, 3. Aufl. § 377 Anm. 3, 184). Es kann sich jedoch aus einer im Geschäftsverkehr herrschenden Übung (Handelsbrauch) - die hier möglicherweise in § 10 der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das großhandelsmäßige Handeln mit Eiern" ihren Niederschlag gefunden hat - für die Beklagte, die Kaufmann ist, eine dem § 377 HGB ähnliche Pflicht ergeben (vgl. Brüggemann aaO Anm. 184). Anlaß zur Klärung dieser Frage besteht u.a. deshalb, weil die Beklagte die Abweichung vom Sollgewicht der Eier offenbar erstmals mit Schreiben vom 27. August 1976 beanstandet hat.

d) Unabhängig davon wird das Berufungsgericht klären müssen, ob es sich bei den in der Klageschrift S.6 bis 12 bezeichneten Eiern um entsprechend der normalen Preisnotierung abzurechnende Ware oder um Aufschlageier handelte. Außerdem ist im Hinblick auf die Rechnungen Nr. 663 und Nr. 664 festzustellen, von welcher Preisnotierung insoweit auszugehen ist (oben II 2 a).

3. Erst im erneuten Berufungsverfahren ist auch über die Kosten der Revision zu befinden, denn die Entscheidung hierüber hängt vom Ausgang des Rechtsstreits ab.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Wolf

Merz