

VII ZR 63/59

Verkündet
am 14. April 1960
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2202 063

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

der Firma Heinrich R. KG., Fahrzeugfabrik in L. (E.),
B.-Ro.-Str. , vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Karl R. in L.,
Klägerin, Berufungsbeklagter und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Fuhrunternehmer Wilhelm A. in N. bei Al.-

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. April 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel, Hubert
Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Olden-
burg vom 27. Februar 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte bestellte im April 1956 bei der Klägerin einen Lastkraftwagenanhänger mit verstärkter Bereifung und einer Tragfähigkeit von ca. 6 t zum Preise von 9.975 DM. Die Klägerin bestätigte die Bestellung mit Schreiben vom 24. April 1956. Der Beklagte widersprach dem Schreiben nicht. Am 28. Juni 1956 besichtigte er den fertiggestellten Anhänger. Am 8. August 1956 bat er die Klägerin, ihm das Leergewicht, die Nutzlast und das zulässige Gesamtgewicht des Anhängers mitzuteilen. Die Klägerin antwortete, das Leergewicht betrage 2.500 kg, die Nutzlast 6.100 kg, das zulässige Gesamtgewicht 8.600 kg. Darauf verweigerte der Beklagte mit Schreiben vom 13. August 1956 die Abnahme mit der Begründung, er habe der Klägerin ausdrücklich erklärt, der Anhänger müsse zu seinem 4 1/2 t-Mercedes-Lastkraftwagen passen, die für diesen zulässige Anhängelast betrage aber nur 7.900 kg (sie beträgt in Wirklichkeit 8.000 kg).

Die Klägerin hat behauptet, der Anhänger entspreche der Bestellung des Beklagten. Der Inhalt der Bestellung ergebe sich aus ihrem Bestätigungsschreiben vom 24. April 1956. Weitere Abreden als die in dem Schreiben enthaltenen seien nicht getroffen worden. Der Beklagte habe bei den Vertragsverhandlungen nicht angegeben, daß das Fahrzeug als Anhänger seines 4 1/2 t-Lastkraftwagens bestimmt sei. Sie habe ihn bei den Verhandlungen darauf hingewiesen, daß das zulässige Gesamtgewicht des Anhängers 8.600 kg betragen würde. Dieses Gesamtgewicht sei auch im Anhängerbrief eingetragen. Den Brief habe sie dem Beklagten vorgelegt, als er den Anhänger am 28. Juni 1956 besichtigt habe. Er habe bei dieser Gelegenheit erklärt, er sei mit dem Anhänger voll zufrieden und werde ihn in 14 Tagen abholen. Zudem habe der Anhänger nach den bei Vertragschluß geltenden Bestimmungen mit einem Gesamtgewicht von 8,6 t hinter einem 4 1/2 t-Mercedes-Lastkraftwagen laufen dürfen.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 9.975 DM nebst 12 % Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des Anhängers zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

In der Revisionsinstanz bittet die Klägerin, das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. 1) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte bei den Vertragsverhandlungen erklärt hat, der von der Klägerin herzustellende und zu liefernde Anhänger solle dazu dienen und geeignet sein, hinter seinem 4 1/2 t-Mercedes-Lastkraftwagen mitgeführt zu werden, und daß die Parteien diese Zweckbestimmung zur Grundlage des Vertrages gemacht haben (vgl. S. 11, 15 d. BU).

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht verstoße mit dieser Auslegung gegen die §§ 133, 157 BGB, 286 ZPO. Sie meint, das Berufungsgericht habe, weil der Beklagte einen Anhänger mit verstärkter Bereifung bestellt habe, allenfalls annehmen dürfen, nach der Parteivereinbarung müsse der Anhänger hinter einem 4 1/2 t-Mercedes-Lastkraftwagen mit ebenfalls verstärkter Bereifung laufen können; dazu sei er aber geeignet.

Indessen ist die Auslegung des Berufungsgerichts, der Anhänger müsse nach den getroffenen Abmachungen so beschaffe



sein, daß er hinter dem Mercedes-Lastkraftwagen, ohne daß dessen Bereifung verstärkt wurde, fahren dürfe, rechtlich möglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend. Diese Auslegung mutet auch der Klägerin nichts Unbilliges zu; sie konnte sich, wenn der Beklagte einen für seinen Lkw verwendbaren Anhänger verlangte, unschwer darüber unterrichten, welche Anhängelast für diesen bestimmten Lkw zulässig war. Sie hätte also nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, daß auch der Lkw verstärkte Bereifung hätte, dies umso weniger, als es nach der Aussage des Sachverständigen Sch. im Jahre 1956 im allgemeinen nicht üblich war, Mercedes-Lastkraftwagen mit verstärkter Bereifung zu fahren.

2) a) Nach der Meinung des Berufungsgerichts ist es ohne Bedeutung, daß in dem Bestätigungsschreiben vom 24. April 1956 die vertraglich zugrundegelegte Zweckbestimmung nicht erwähnt ist. Im Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben liege zwar, so führt das Berufungsgericht aus, in der Regel das Einverständnis mit dessen Inhalt, auch wenn dieser von dem mündlich Vereinbarten abweiche. Hier bestehe aber kein Widerspruch zwischen dem Inhalt des Bestätigungsschreibens und der vom Beklagten behaupteten mündlichen Vereinbarung. Der Beklagte habe dem Bestätigungsschreiben nicht zu widersprechen brauchen, da es nichts Unrichtiges enthalten habe und er deshalb mit dem Inhalt einverstanden gewesen sei. Das Schreiben habe nur nicht den gesamten Inhalt der mündlichen Vereinbarungen wiedergegeben; die widerspruchslöse Entgegennahme des Schreibens rechtfertige nicht die Annahme, daß der Vertrag nur den im Schreiben wiedergegebenen Inhalt habe. Es bestehe auch keine Vermutung dafür, daß ein Bestätigungsschreiben die vorausgegangenen Vereinbarungen vollständig wiedergebe.

b) Der Beklagte hat in der Revisionsverhandlung zu Unrecht angezweifelt, daß die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben im vorliegenden Falle überhaupt angewandt werden könnten. Beide Parteien sind Kaufleute. Die Kaufmannseigenschaft des Beklagten ergibt sich aus § 1 Abs. 2 Nr. 5 in Verbindung mit § 425 HGB. Daß sein Gewerbebetrieb möglichweise nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht (vgl. § 4 HGB), hindert die Anwendung der genannten Regeln nicht (vgl. BGHZ 11, 1, 3). Das Schreiben vom 24. April 1956 ist auch nicht nur eine sogenannte Auftragsbestätigung in dem in BGHZ 18, 212, 215 erörterten Sinne, sondern ein echtes Bestätigungsschreiben, durch das die Klägerin nach vorausgegangenem mündlichem Vertragsschluß dem Beklagten den Inhalt des Vereinbarten bestätigte.

c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts werden, wie die Revision mit Recht geltend macht, der Bedeutung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht voll gerecht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. z.B. RGZ 68, 15), die auch im Schrifttum gebilligt wird, ist zu vermuten, daß die über ein Rechtsgeschäft errichtete Urkunde den Inhalt der Vereinbarung vollständig wiedergibt. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht auch dann angewandt, wenn der Vertragsinhalt nicht in einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde, sondern in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben niedergelegt worden ist, sofern nicht der Empfänger des Schreibens alsbald die Unvollständigkeit rügt (RG Warn 1911 Nr. 6; Nachschlagewerk des Reichsgerichts Nr. 48 und Nr. 236 zu § 346 HGB). Von dieser Rechtsprechung abzugehen, besteht kein Anlaß.

Die Vermutung der Vollständigkeit kann freilich widerlegt werden (RG aaO). Zur Widerlegung genügt aber nicht der Beweis, daß die Parteien die im Schreiben nicht enthaltene Abrede einmal getroffen haben. Vielmehr muß der Empfänger des Bestätigungsschreibens auch beweisen, daß die betreffende Abrede auch zu der Zeit, als das Bestätigungsschreiben abgefaßt wurde, nach dem Willen der Vertragsschließenden noch gelten sollte (vgl. Nachschlagewerk des Reichsgerichte Nr. 236 zu § 346 HGB; RGZ 68, 15).

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Wäre es von ihnen ausgegangen, so wäre es möglicherweise zu anderen Feststellungen über den Inhalt des Vertrages gelangt. Zwar kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden, daß das Berufungsgericht für bewiesen hält, die Parteien seien zunächst darüber einig gewesen, daß das zulässige Gesamtgewicht des Anhängers innerhalb der für den Mercedes-Lkw des Beklagten zulässigen Anhängelast liegen sollte. Ob aber die Übereinstimmung hierüber noch bis zum Bestätigungsschreiben fortgedauert hat, ist nicht festgestellt. Die Klägerin hatte das Gegenteil behauptet; nach ihrer Darstellung soll der Beklagte bei den Verhandlungen, die bei seinen zwei Besuchen bei der Klägerin im April 1956 stattfanden und beim zweiten Besuch zur Auftragserteilung führten, sich mit einem Gesamtgewicht des Anhängers von 8,6 t einverstanden erklärt haben. Das Berufungsgericht begnügt sich demgegenüber mit der Feststellung, die Klägerin habe ihre Behauptung nicht bewiesen (S. 14 d. U.). Es verkennt damit die Beweislast: denn der Beklagte mußte beweisen, daß die ursprüngliche Abrede über das zulässige Gewicht des Anhängers auch bei der Abfassung des Bestätigungsschreibens unverändert weiter galt.

Das angefochtene Urteil muß danach aufgehoben werden, damit das Berufungsgericht, von einer zutreffenden Beurteilung der Beweislast ausgehend, den Inhalt der endgültig getroffenen Abmachungen neu feststellen kann.

II. Für den Fall, daß der Berufungsrichter auf Grund der neuen Verhandlung die Vermutung der Vollständigkeit des Bestätigungsschreibens für widerlegt hält, ist zum angefochtenen Urteil und zur Revisionsbegründung noch zu bemerken:

1) Wie das Berufungsgericht ausführt, eignet sich das von der Klägerin hergestellte Fahrzeug mit einem zulässigen Gesamtgewicht von 8,6 t nicht als Anhänger des Mercedes-Lkw des Beklagten. Das ergibt sich aus § 42 Abs. 1 Satz 1 StVZO (die zusätzliche Bestimmung des § 42 Abs. 3 über die bei Lastkraftwagen zulässige Anhängelast war im Jahre 1956 noch nicht in Kraft, vgl. § 72 Abs. 5 StVZO i.d.F. d. VO v. 16.10.56, BGBl I 814). Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 StVZO darf die von Kraftfahrzeugen gezogene Anhängelast den vom Hersteller des ziehenden Fahrzeugs angegebenen und amtlich als zulässig erklärten Wert nicht übersteigen. Dieser Wert beträgt für den 4 1/2 t-Mercedes-Lkw des Beklagten nach der Feststellung des Berufungsgerichts 8 t.

Darin, daß das zulässige Gesamtgewicht des Anhängers 8,6 t beträgt, erblickt das Berufungsgericht einen Fehler des Anhängers i.S. des § 633 Abs. 1 BGB. Der Beklagte könne nämlich die Nutzlast des Anhängers von 6,1 t nicht voll ausnutzen, sondern höchstens 5,5 t laden, weil eine weitere Beladung zusammen mit dem 2.500 kg betragenden Eigengewicht des Anhängers das zulässige Gesamtgewicht von 8 t überschreite. Ferner werde die Steuer nach dem zulässigen Gesamtgewicht des Anhängers berechnet. Schließlich müsse der

Beklagte befürchten, Schwierigkeiten bei Verkehrskontrollen zu bekommen, wenn der Anhängerbrief ein höheres Gesamtgewicht ausweise, als nach dem Kraftfahrzeugbrief des ziehenden Lkw mitgeführt werden dürfe.

Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß bejaht, daß der von der Klägerin hergestellte Anhänger mangelhaft ist.

Es wendet ohne Rechtsirrtum die Vorschriften des Werkvertragsrechts an, weil die Lieferung eines nach den besonderen Wünschen des Beklagten herzustellenden Anhängers, d. h. einer unvertretbaren Sache, geschuldet war (§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB).

Es befindet sich im Einklang mit der höchststrichterlichen Rechtsprechung, wenn es annimmt, daß ein Fehler i.S. des § 633 Abs. 1 BGB (ebenso wie bei § 459 BGB) schon dann vorliegen kann, wenn das Werk auch nur von der Beschaffenheit abweicht, die es für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch haben mußte (RGZ 135, 339, 342; BGHZ 16, 54, 55; IM Nr. 4 zu § 459 Abs. 1 BGB a.E.).

Insoweit wendet auch die Revision nichts ein.

Sie behauptet aber, daß der Anhänger doch hinter dem 4,5 t-Lkw fahren dürfe oder es wenigstens im Jahre 1956 gedurft habe, und erhebt in diesem Zusammenhang verschiedene Rügen, die sie auf die §§ 139, 156, 286 ZPO stützt. Nach der Ansicht des Senate liegen die hier von der Revision behaupteten Verfahrensverstöße nicht vor; es ist auch nicht zu erkennen, weshalb die Klägerin angesichts der Bestimmungen der Straßenverkehrs-Zulassungsgewerordnung über die zulässigen Anhängelasten mit ihrer Behauptung durchdringen könnte.

Eine Erörterung der Rügen im einzelnen erübrigt sich aber schon deshalb, weil das Urteil aus den oben angeführten Gründen ohnehin aufgehoben werden muß. Die Klägerin mag ihre Einwendungen gegen die Beurteilung der zulässigen Anhängelast gegebenenfalls in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wiederholen.

2) Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte brauche den Anhänger, da er nicht vertragsgemäß sei, nicht abzunehmen und damit - im Hinblick auf § 641 BGB - nicht zu bezahlen.

Die Feststellung, daß der Beklagte berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern, genügt zur Abweisung der Klage.

Zwar ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gelegentlich (HRR 1935, Nr. 661) gesagt worden, die Verneinung der Abnahmepflicht reiche nicht aus, um die Abweisung der Klage auf Zahlung der Vergütung zu rechtfertigen.

In dieser Allgemeinheit trifft das jedoch nicht zu und ist das auch sonst in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht angenommen worden. Wohl kann nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts ein Besteller, der die Annahme des geschuldeten Werks endgültig ablehnt - auch wenn es ihm z. B. nach Ablauf einer Nachbesserungsfrist nachträglich noch mangelfrei angeboten wird - und seinerseits die Vergütung überhaupt nicht zahlen will, sondern den Vertrag als nicht mehr bestehend behandelt, der Klage auf Vergütung nicht mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder dem Einwand der fehlenden Fälligkeit (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB) begegne. Vielmehr darf nach dieser Rechtsprechung der Besteller in solchem Falle nur Einwendungen erheben, die eine endgültig Regelung des Rechtsverhältnisses ermöglichen; er muß also

z. B. wandeln oder zurücktreten (RGZ 58, 173, 176; 69, 381, 383; 171, 297, 301; JW 1906, 333; Warn. 1910 Nr. 326).

Diese Auffassung ist gerechtfertigt, weil die Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder die Berufung auf fehlende Fälligkeit der Vergütung davon ausgehen, daß der Vertrag als bestehend behandelt wird. Sie sind deshalb unvereinbar mit der Erklärung des Bestellers, er selbst lehne die Erfüllung des Werkvertrags endgültig ab (vgl. Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage S. 183).

Es ist bisher nichts festgestellt, was für eine solche endgültige Ablehnung durch den Beklagten spräche. Dieser hat sich vielmehr nur darauf berufen, er brauche nicht abzunehmen und, da die Vergütung nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB erst bei der Abnahme zu entrichten ist, nicht zu zahlen, weil der Anhänger nicht mangelfrei hergestellt sei. Das genügt zur Verteidigung gegen die Klage; einen weiteren Rechtsbehelf braucht der Beklagte nicht geltend zu machen (Korintenberg aaO S. 181, 182). Er erreicht auch mit dieser Verteidigung nicht nur, wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, eine Verurteilung Zug um Zug, sondern die Abweisung der Klage. Das beruht darauf, daß der Unternehmer die Herstellung des Werkes, und zwar die des mangelfreien Werkes, nicht Zug um Zug zu erbringen hat, sondern insoweit vorleistungspflichtig ist (RGZ 171, 297, 301; Korintenberg aaO S. 179); solange diese Vorleistung nicht erbracht ist, braucht der Besteller nicht abzunehmen, und solange er die Abnahme mit Recht weigert, ist der Anspruch auf die Vergütung nicht fällig.

3) Die Revision glaubt, der Beklagte dürfe gleichwohl wegen der besonderen Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Abnahme und Zahlung nicht verweigern. Allerdings

ist die Abnahme - unbeschadet des Grundsatzes, daß auch schon unerhebliche Mängel die Abnahmepflicht beseitigen (RG JW 1907, 744; RGZ 171, 297, 301) - unter besonderen Umständen dem Besteller zuzumuten, obschon dem Werk ein Mangel anhaftet (RGRK § 640 Anm. 1; Korintenberg aaO S. 183).

Solche besonderen, die Abnahme gebietenden Umstände erblickt die Revision darin, daß der Beklagte es in der Hand habe, das Mitführen des Anhängers hinter seinem Lkw zulässig zu machen. Er könne dies erreichen, indem er entweder seinen Lkw mit verstärkter Bereifung versehe oder eine Ausnahmegenehmigung erwirke.

Grundsätzlich ist es aber Sache des Unternehmers, dafür zu sorgen, daß das Werk vertragsgerecht ist, und der Besteller braucht im allgemeinen keine Maßnahmen zu ergreifen, um die auf der Arbeit des Unternehmers beruhenden Fehler auszugleichen. Jedenfalls kann dem Besteller in der Regel nicht zugemutet werden, zu diesem Zweck Kosten aufzuwenden. Deshalb sagt das Berufungsgericht mit Recht, es könne vom Beklagten nicht verlangt werden, daß er seinen Lkw mit einer verstärkten Bereifung ausrüste.

Dagegen könnte es zweifelhaft erscheinen, ob es für den Beklagten nicht zumutbar ist, eine Ausnahmegenehmigung zu wirken. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob der Beklagte eine solche Ausnahmegenehmigung erhalten würde. Wenn es feststünde, daß die Genehmigung ohne Schwierigkeit zu erlangen ist und dies nur von einem Antrag des Beklagten abhängig müßte das Berufungsgericht die Frage, ob trotz des nicht vertragsgemäßen Werks die Abnahmeweigerung unter diesen Umständen gegen Treu und Glauben verstößt, nochmals prüfen. Von den drei Nachteilen, die sich nach den Ausführungen des Berufungsgerichts aus dem zulässigen Gesamtgewicht von 8,6 t

für den Beklagten ergeben (vgl. oben unter II 1), würden dann zwei wegfallen, nämlich das Hindernis für eine volle Ausnutzung der Nutzlast und die Schwierigkeiten bei Verkehrskontrollen. Der dritte vom Berufungsgericht angeführte Nachteil, der Unterschied in der Besteuerung, ist so geringfügig, daß er schon im Hinblick auf die erhöhte Nutzlast die Abnahmeweigerung nicht rechtfertigen würde; es handelt sich um einen Mehrbetrag von 1,-- DM bzw. ab 1. April 1960 1,50 DM jährlich (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 KraftStG i.d.F. vom 30. Juni 1955, BGBl I 417, und i.d.F. des Art. 10 Nr. 1 des Straßenbaufinanzierungsgesetzes vom 28. März 1960, BGBl I 201).

Möglicherweise ist für die Frage, ob die Abnahme zumutbar ist, auch bedeutsam, daß der Beklagte, wie er in der Klagebeantwortung vorträgt, "die immer wieder betonte Absicht" gehabt hat, anstelle seines jetzigen 4 1/2 t-Lkw in einigen Jahren einen schwereren Lkw zu kaufen, und deshalb einen Anhänger mit verstärkter Bereifung bestellt hat.

4) Das Berufungsgericht hält nicht für bewiesen, daß der Beklagte bei der Besichtigung des Anhängers am 28. Juni 1956 auf die Geltendmachung seiner Rechte wegen der Gewichtsüberschreitung verzichtet habe. Diese Entscheidung beruht im wesentlichen auf tatsächlicher Würdigung und läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die in diesem Zusammenhang von der

en
er-
lag-

n-
t,
er-
n-

Revision erhobene Rüge, die Zeugen T [REDACTED] und S [REDACTED] seien nicht vernommen worden, ist wohl durch ein Versehen veranlaßt. Die Zeugen sind im Termin vom 8. November 1957 vor dem Landgericht vernommen worden.

Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Meyer Finke