

Nachschlagewerk: ja
Amtlich Sammlung: nein

BGB §§ 339, 1204

Flaschenpfand als Vertragsstrafe.

BGH, Urt.v. 28. Oktober 1963 - VII ZR 96/62- OLG Bremen
LG Bremen

Verkündet
am 28. Oktober 1963
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

des Biergroßhändlers Wilhelm H [REDACTED], K [REDACTED] b. I [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die H [REDACTED]-Brauerei Aktiengesellschaft, B [REDACTED], ver-
treten durch ihren Vorstand, Direktor Tom G [REDACTED],
Direktor Hans S [REDACTED], Direktor Dr. Werner H [REDACTED],
alle wohnhaft in B [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1963 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien
und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts in Bremen vom 9. März 1962
wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revi-
sion zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 4. März 1953 einen "Agenturvertrag", dessen Bestimmungen laut einem Nachtrag bereits seit dem 10. Juni 1952 zwischen ihnen gelten sollten. Danach übertrug die klagende Brauerei dem Beklagten den Verkauf ihrer Biere für einen bestimmten Bezirk. Dieser Verkauf sollte in ihrem Namen und für ihre Rechnung erfolgen. Der Beklagte sollte den Erlös einziehen und nach Verrechnung seiner Vergütung an die Klägerin abführen (§§ 2 und 3). Das Lager blieb Eigentum der Klägerin; der Beklagte sollte für etwaige Verluste daraus einstehen (§ 5).

Über die Geschäftsbeziehungen sandte die Klägerin dem Beklagten laufend Abrechnungen, und zwar über das Waren- und über das Leergutkonto. Letzteres bezog sich auf die Flaschen, Kisten und Fässer, die dem Beklagten mitgeliefert wurden. Die Klägerin vermerkte darin die jeweilige Stückzahl und belastete den Beklagten je Kiste mit 1 DM und je Flasche mit 0,20 DM unter der Bezeichnung "Verrechnungspfand". Die Belastungen strich sie im Konto, sobald der Beklagte das Leergut zurückgegeben hatte.

Die Klägerin kündigte das Vertragsverhältnis zum 15. Januar 1961. Damals belief sich die Schuld des Beklagten aus dem Leergutkonto auf 14.780,40 DM. Die Klägerin hat hiervon eine nachträgliche Rücklieferung des Beklagten im Werte von 3.005,20 DM abgesetzt und - außer anderen, im Revisionsrechtszuge nicht interessierenden Beträgen - den Rest von 11.775,20 DM nebst Zinsen davon eingeklagt.



Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat bestritten, für das Leergut zu haften. Ferner behauptet er, daß die in den Kontoauszügen aufgeführten Zahlen nicht stimmten und daß der Schaden der Klägerin in jedem Falle geringer als 11.775,20 DM sei. Die Ansprüche der Klägerin seien zudem, so meint er, verjährt oder jedenfalls verwirkt.

Das Landgericht hat den Beklagten u.a. zur Zahlung des Betrags für das Leergut in Höhe von 11.775,20 DM nebst Zinsen davon verurteilt. Das Oberlandesgericht hat seine Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, soweit er verurteilt worden ist. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die widerspruchslose Entgegennahme der Kontoauszüge durch den Beklagten sei nicht als abstraktes Schuldanerkenntnis zu werten. Ob darin ein bestätigendes Anerkenntnis zu erblicken sei, könne, so meint es, dahingestellt bleiben. Denn der Beklagte hafte ohnehin für den vollen Betrag.

Aus dem § 5 des Abkommens vom 4. März 1953 ergebe sich nämlich, daß die Klägerin dem Beklagten die Kisten und Flaschen nur geliehen habe. Ferner folge aus der Behandlung des Leerguts in den Kontoauszügen, daß ihn die Klägerin, falls er es nicht zurückgab, in Höhe der darin aufgeführten Beträge in Anspruch nehmen wollte. Hiermit habe

er sich stillschweigend einverstanden erklärt. Rechtlich sei dies als Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung anzusehen (§ 340 Abs. 1 BGB). Es komme also nicht darauf an, ob der Schaden der Klägerin geringer sei, als der verlangte Betrag und ob sie es versäumt habe, diesen etwaigen Schaden zu mindern.

Die hiergegen gerichteten Revisionsengriffe sind unbegründet.

1. Der Revisionskläger wendet sich zunächst gegen die Annahme des Oberlandesgerichts, daß der Beklagte durch die widerspruchslose Entgegennahme der Kontoauszüge sein Einverständnis mit der von der Klägerin gewünschten Behandlung des Leorguts erklärt habe.

Die dahingehenden Ausführungen des Berufungsgerichts lassen jedoch keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die Parteien standen länger als 8 Jahre miteinander in Geschäftsvorbindung. Während dieser ganzen Zeit erhielt der Beklagte regelmäßig die übersichtlichen, leicht verständlichen Auszüge über das Leorgut. Er ersah daraus, auch wenn er geschäftsungewandt gewesen sein sollte, daß ihn die Klägerin mit allen gelieferten Kisten und Flaschen belastete, und zwar jeweils in Höhe eines bestimmten, stets gleichbleibenden Betrages. Weiter ging daraus hervor, daß diese Belastungen gestrichen wurden, sobald er das Leorgut zurückgab.

Wenn er unter solchen Umständen den Geschäftsverkehr viele Jahre hindurch fortsetzte, dann ist daraus sein Einverständnis mit der von der Klägerin gewünschten Handhabung zu entnehmen. Das folgt allein aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (vgl. BGH JZ 1951, 783; RG Warn 1919

Nr. 203). Deswegen kommt es nicht darauf an, ob sich das Oberlandesgericht in diesem Zusammenhange mit Recht auf den § 362 HGB berufen hat; denn das Ergebnis wird auch ohnedies von den oben erwähnten Erwägungen getragen. Ebenso ist es unerheblich, ob die Rückgabe - und Ersatzpflicht des Beklagten bereits aus dem § 5 des Vertrags vom 5. März 1953 folgt; denn sie ist jedenfalls aus der Entgegennahme der Kontoauszüge durch den Beklagten und der sich ihr anpassenden, jahrelangen Handhabung zu entnehmen.

Schließlich kommt es in diesem Zusammenhange auch nicht darauf an, ob, wie der Beklagte behauptet, Angestellte der Klägerin geäußert haben, die Abrechnung stimme nicht, und ob Ansätze für das Leergut in den Bilanzen der Parteien fehlten. Jene Äußerungen würden, ebenso wie etwaige Reklamationen des Beklagten, eher geeignet sein, das Bestehen der von dem Oberlandesgericht festgestellten Vereinbarung zu bestätigen. Die Nichtaufnahme jener Posten in die Bilanzen kann darauf zurückzuführen sein, daß die Parteien mit einer Tilgung der Schuld durch Rückgabe des Leerguts rechneten, auf Seiten der Klägerin zudem darauf, daß sie die Forderungen für mehr oder weniger illiquid hielt. Deswegen konnte das Oberlandesgericht die von dem Beklagten insoweit angetroffenen Beweise unbeachtet lassen, ohne gegen den § 286 ZPO zu verstoßen.

2. Der Revisionskläger macht weiter geltend, das Oberlandesgericht habe zu Unrecht die Vereinbarung eines "Flaschenpfandes" als die einer Vertragsstrafe gewertet. Er meint, eine solche Ansicht sei noch nie vertreten worden. Sie widerspreche dem Sinn des Wortes "Verrechnungspfand", den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung.

Auch hierin hat die Revision Unrecht.

a) Der Abnehmer von Getränken hat seinem Lieferanten regelmäßig für das Leergut einzustehen. Die Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung wird verschieden gedeutet. Je nach Lage des Falls wird angenommen, der Lieferant habe die Flaschen verliehen oder vermietet, er habe ein Flaschendorlehen gewährt oder sich zum Rückkauf zu einem bestimmten Preise verpflichtet (vgl. u.a. BGH LM § 989 BGB Nr. 2; NJW 1956, 298; Staudinger, 11. Aufl., § 1204 Anm. 23; Oertmann LZ 1918, 479, jeweils mit weiteren Nachweisen).

Im Rahmen einer solchen Abmachung wird meistens vereinbart, daß der Abnehmer ein "Flaschenpfand" zu entrichten hat; es soll dem Ausgleich des Schadens dienen, der entsteht, wenn das Leergut nicht zurückgegeben wird. Dieses Geld wird im allgemeinen als sog. unregelmäßiges Pfand angesehen. Der § 1229 BGB wird in der Regel für anwendbar gehalten, so daß die vorherige Vereinbarung des Verfalls des "Pfandes" unabhängig von dem Schaden des Gläubigers unzulässig sein soll. Jedoch wird auch die Ansicht vertreten, daß eine solche Verfallklausel als Vereinbarung einer Vertragsstrafe anzusehen und dann unbedenklich sei (u.a. Plank § 1204 Anm. 2 a 77; Staudinger aaO mit weiteren Nachweisen. A.A. Oertmann aaO).

b) Einer Stellungnahme zu diesen Fragen, insbesondere zur Anwendbarkeit des § 1229 BGB, bedarf es hier nicht. Denn die von dem Oberlandesgericht festgestellte Vereinbarung unterscheidet sich wesentlich von dem sonst üblichen "Flaschenpfand".

Bei diesem Flaschenpfand gibt der Abnehmer, wie bereits erwähnt, dem Lieferanten jeweils einen bestimmten Geldbetrag, den jener als Sicherheit behalten und in der

Regel vorerst auch für sich verwenden kann. In einem solchen Fall könnten allerdings die Beschränkungen des § 1229 BGB in Betracht kommen, und zwar mit Rücksicht darauf, daß der Geldbetrag dem Pfandgegenstand entspricht.

Anders liegt es hier. Der Beklagte hat der Klägerin überhaupt nichts zukommen lassen, was als pfandähnlicher Gegenstand anzusehen wäre. Vielmehr hat er stillschweigend zugesagt, in Zukunft einen bestimmten Betrag zu bezahlen, falls er seiner Verpflichtung zur Rückgabe des Leerguts nicht nachkomme. Es fehlt also an einem Pfandgegenstand und damit an dem notwendigen Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des § 1229 BGB (ebenso Oertmann aaO).

Danach kann dahingestellt bleiben, ob die Vereinbarung einer Verfallklausel bei dem echten Flaschenpfand von dem § 1229 BGB dann nicht ergriffen wird, wenn man sie als Vertragsstrafe wertet.

c) Maßgebend ist somit allein, ob die Abmachungen der Parteien die Deutung zulassen, daß eine Vertragsstrafe im Rechtssinne gewollt war.

Ob das der Fall war, ist eine Frage der Auslegung. Sie ist Sache des Tatrichters. Dieser hat die stillschweigende Vereinbarung, wie sie sich aus den Kontoauszügen ergibt, dahin gewertet, daß der Beklagte durch die Belastung und etwaige Zahlungspflicht zur Rückgabe angehalten und daß damit ein für allemal festgelegt werden sollte, in welcher Höhe die Klägerin zu entschädigen sei, so daß sie den Schadensnachweis nicht zu führen brauche.

Diese Auslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht der Auffassung, die auch bei dem eigentlichen Flaschenpfand vielfach vertreten wird; jeden-

falls kann nicht die Rede davon sein, daß sie mit der Lebenserfahrung oder den Denkgesetzen unvereinbar sei. Auch der Gebrauch des Wortes "Verrechnungspfand" steht dem ebenso wenig entgegen wie beim sonstigen Flaschenpfand.

Die Merkmale einer Vertragsstrafe sind somit ohne Rechtsirrtum belegt (vgl. BGH LM § 339 BGB Nr. 2). Es kommt daher auf den Schadensenachweis und die Beweisanträge des Beklagten hierzu nicht an. Demgemäß erübrigt es sich auch, auf die dahingehenden Revisionsrügen einzugehen.

II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß sich der Beklagte mit seiner Verpflichtung zur Rückgabe des Leerguts im Verzug befunden habe, so daß die Vertragsstrafe verwirkt sei.

Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

1. Wie das Oberlandesgericht feststellt, hat der Beklagte nicht bestritten, die in den Kontoauszügen verzeichneten Kisten und Flaschen erhalten zu haben. Er hat somit dafür nach den oben angegebenen Grundsätzen einzustehen, falls er nicht die Rückgabe, also die Erfüllung, beweist (§ 345 BGB).

Diesen Beweis hat er nicht in hinreichend bestimmter Weise angetreten.

a) Die angebliche Erklärung des Vertreters der Klägerin, C., der Beklagte solle sich keine Sorgen machen, mit dem Leergut habe es nichts zu sagen, bezog sich auf eine Differenz von 10 DM. Abgesehen hiervon wäre aus

einer solchen Äußerung nicht zu entnehmen, daß der Beklagte seine Rückgabepflicht erfüllt hatte. Das Oberlandesgericht brauchte sich daher hiermit nicht zu befassen.

b) Auch die angebliche Erklärung des Prokuristen der Klägerin, Schr., er glaube selbst nicht, daß so viel Leergut fehle, wäre, wenn sie erwiesen würde, nicht geeignet, den Nachweis der Rückgabe zu erbringen. Es stellt also keinen Verstoß gegen den § 286 ZPO dar, wenn das Berufungsgericht die dafür benannten Zeugen nicht gehört hat.

c) Bedeutungsvoller sind die Behauptungen und Beweis-
antritte des Beklagten im Schriftsatz vom 3. Februar 1962.

Er hatte um Vertagung des am 9. Februar 1962 vor dem Oberlandesgericht anstehenden Termins mit der Begründung gebeten, daß er erkrankt sei. Seine Prozeßbevollmächtigten teilten ferner mit, daß sie infolge dieser Erkrankung keine vollständige Information hätten erhalten können. Im zugleich eingereichten Schriftsatz vom 3. Februar 1962 trugen sie "vorerst" zur Ergänzung der Berufungsbegründung vor, die R. Getränke GmbH habe, offensichtlich im Auftrage der Klägerin, bei verschiedenen Kunden des Beklagten Leergut abholen lassen; sie benannten diese Kunden als Zeugen dafür. Weiter erklärten sie, daß sie den Umfang dieser Rückgaben im Hinblick auf die Erkrankung des Beklagten nicht mitteilen könnten.

Das Oberlandesgericht hat den Vertagungsantrag abgelehnt. Es hat die Beweise nicht erhoben, weil der Beklagte nicht angegeben habe, um wieviel Leergut es sich handele und weil er nach seinen eigenen Mitteilungen dazu auch nicht instande sei (S. 8/9 d.U.).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe durch diese Ablehnung den § 286 ZPO verletzt. Die Rüge hat jedoch keinen Erfolg.

An sich war das unbestimmte Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 3. Februar 1962 nicht geeignet, die Erhebung von Beweisen darüber zu rechtfertigen. Denn es ist Sache der beweispflichtigen Partei, ihre Angaben so zu bezeichnen, daß sie, wenn sie erwiesen werden, die Grundlage des Urteils bilden können. Das wäre hier nicht der Fall gewesen. Auch für eine Schätzung des Gerichts wäre kein Raum gewesen, wenn die Zeugen nicht die Behauptungen des Beklagten zahlenmäßig irgendwie ergänzt hätten. Hinzu kam noch, daß der Beklagte nicht einmal bestimmt behauptet hat, das Leergut sei im Auftrage und für die Klägerin abgeholt worden; vielmehr handelte es sich nur um eine von ihm für möglich gehaltene Tatsache, wie sich aus dem Worte "offensichtlich" ergibt. Der Beweisantritt diente also mehr einer unzulässigen Ausforschung als dem Nachweis von Tatsachen.

Andererseits darf nicht außer acht gelassen werden, daß der Beklagte nach seinen, durch ein ärztliches Zeugnis belegten, Angaben erkrankt und weder zur Erkundigung noch zur Information seiner Prozeßbevollmächtigten in der Lage war. Da es sich um nachträgliche Vorgänge handeln sollte, war auch die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß er erst verspätet davon Kenntnis erhalten hatte. Danach hätte es nahegelegen, wenn das Berufungsgericht die ihm nach dem § 139 ZPO obliegende Fragepflicht ausgeübt und, gegebenenfalls unter Setzung einer angemessenen Frist, die Nachholung der fehlenden Angaben verlangt hätte.

Das hat es nicht getan. Auf eine solche Unterlassung kann die Revision aber nicht gestützt werden. Denn das

nachfolgende Verhalten des Beklagten entband das Berufungsgericht von der Pflicht einer weiteren Aufklärung.

Dem Beklagten wurde im Termin vom 9. Februar 1962 die Einreichung eines Schriftsatzes gemäß dem § 272 a ZPO vorbehalten. Dem kamen seine Prozeßbevollmächtigten am 23. Februar 1962 nach und teilten darin mit, daß sie am vorgegangenen Tage die notwendige Information erhalten hätten. Obgleich sie in diesem Schriftsatz zu dem gesamten Sachverhalt Stellung nahmen und obgleich die Klägerin bestritten hatte, Leergut abgeholt zu haben, das dem Beklagten nicht gutgeschrieben worden sei, fehlte jede Ergänzung des von ihnen im Schriftsatz vom 3. Februar 1962 selbst als unvollständig erkannten Vortrags.

Bei einer solchen Sachlage erübrigte sich eine Rückfrage des Oberlandesgerichts. Denn es konnte mit Recht davon ausgehen, daß dem Beklagten eine Vervollständigung nicht möglich sei.

Mindestens wäre es aber Sache der Revision gewesen, die Verletzung des § 139 ZPO zu rügen und nunmehr anzuführen, was der Beklagte auf eine entsprechende Frage geantwortet hätte. Daran fehlt es. Es ermangelt also nach wie vor an hinreichenden Angaben, welches Leergut abgeholt worden und ob dies in der Tat auf Veranlassung der Klägerin und für sie erfolgt ist.

2. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte sei an die Rückgabe des Leerguts gemahnt worden. Er habe auch nicht den ihm obliegenden Beweis geführt, daß ihm kein Verschulden treffe.

Die Revision greift diese Ausführungen nicht an. Sie lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

3. Die Frage, ob die Vertragsstrafe gemäß dem § 343 BGB herabzusetzen ist, hat der Tatrichter nach seinem Ermessen zu entscheiden. Das Revisionsgericht darf nur prüfen, ob er hierbei von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist (BGH LM § 339 Nr. 2).

Ein solcher Fehler ist nicht zu erkennen. Zwar ist es richtig, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts in einem Punkte nicht ganz widerspruchsfrei sind. Es meint, der Klägerin sei es nicht zuzumuten gewesen, sich billige, gebrauchte Flaschen zu beschaffen, um den Schaden zu vermindern. Dabei übersieht es, daß auch der Beklagte nur solche gebrauchten Flaschen zurückzugeben hatte, die Klägerin bei einem Deckungskauf also nicht schlechter gestanden hätte, als wenn der Beklagte die ihm obliegenden Pflichten erfüllt hätte.

Das ist aber für das Ergebnis ohne Bedeutung. Das Berufungsgericht hat der Klägerin nicht Schadensersatz, sondern eine Vertragsstrafe zuerkannt. Sie hatte daher keine Verpflichtung, einen "Schaden" zu mindern. Abgesehen hiervon wäre es, wie das Oberlandesgericht zutreffend hervorhebt, in erster Linie Sache des Beklagten gewesen, für Ersatz zu sorgen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß die Klägerin diese Eindeckung, die ihm noch heute jederzeit möglich ist, unterlassen hat.

Im übrigen ergibt sich schon aus der Lebenserfahrung, daß die von der Klägerin eingesetzten Beträge von 1 M je Kiste und 20 Pf je Flasche nicht "unverhältnismäßig hoch" sind. Sie sind, wie das Oberlandesgericht feststellt, niedriger als die Preise für entsprechendes neues Leergut.

III.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts verjährt der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe in derselben Frist wie der auf Rückgabe des Leerguts. Es verweist insoweit auf den § 88 HGB, meint aber, die Verjährung der Hauptverbindlichkeit sei jeweils durch Anerkenntnisse des Beklagten unterbrochen worden.

Die Revision wendet sich hiergegen mit der Begründung, der Beklagte habe nach seinen Behauptungen und Beweisentritten mehrfach auf die Unrichtigkeit der Auszüge hingewiesen. Unter solchen Umständen könne nicht von einem Anerkenntnis gesprochen werden.

Diesem Einwand hat das Berufungsgericht bereits Rechnung getragen. Es verweist darauf, daß zu einem Anerkenntnis i.S. des § 208 BGB die Bestätigung dem Grunde nach genüge; sie liege darin, daß der Beklagte die Kontoauszüge widerspruchsfrei entgegengenommen habe.

Das ist rechtlich fehlerfrei. Allerdings ist es möglich, daß der Schuldner sein Anerkenntnis auf Teile der gegen ihn erhobenen Forderung beschränkt. Das muß aber genau bezeichnet werden. Daran fehlt es, weil der Beklagte niemals Angaben darüber gemacht hat, in welcher Höhe er zu Unrecht belastet sei (vgl. RGZ 63, 382, 389 f).

IV.

Der Einwand der Verwirkung scheitert schon daran, daß der Beklagte laufend die Kontoauszüge erhalten und daraus ersehen hat, daß die Forderung nicht fallen gelassen wurde. Das gilt umso mehr, wenn er, wie er behauptet, wegen

einer Ermäßigung vorstellig geworden ist. Die Tatsache, daß die Klägerin die Forderung trotzdem aufrecht erhielt, zeigte ihm mit hinreichender Deutlichkeit, daß er nach wie vor in Anspruch genommen werden sollte.

V.

Die Revision ist somit, da das Urteil auch sonst keinen den Beklagten beschwerenden Rechtsirrtum erkennen läßt, mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Dr. Heimann-Trosien

Meyer