

II ZR 158/53

24

Verkündet

am 20. November 1954

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Laboratorium H [REDACTED] GmbH
in E [REDACTED], Kreis A [REDACTED], vertreten durch
ihre Geschäftsführerin Dipl. Ing. Carola H [REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin,
Widerklägerin und Revisions-
klägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die Firma Ernst J [REDACTED] GmbH in D [REDACTED]
R [REDACTED], O [REDACTED] str. [REDACTED] - [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer Ernst J [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Widerbeklagte und Revisions-
beklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. November 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Haidinger,
Dr. Fischer und Dr. Kuhn für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 28. April 1953 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt chemische Erzeugnisse her, die als Ausgangsprodukte für die Lackindustrie verwendet werden.

Die Beklagte betreibt eine Lackfabrik, die gemäß dem Rahmen ihres Fabrikationsprogrammes neben Innenlacken auch Außenlacke, Luftlacke und Kunstspritzlacke für Kraftfahrzeuge umfaßt. Für die Produktion benötigt die Beklagte Kunstharze, sogenannte Alkydal-Harze, verschiedener Qualitäten. Unter den Alkydalen hatte 1949 das Produkt U 50 G der B[REDACTED]-W[REDACTED] in Le[REDACTED] einen guten Ruf.

Um den Bedarf an Rohstoffen zu decken, war die Beklagte mit der Klägerin im Jahre 1949 in Geschäftsverbindung getreten. Die Klägerin ihrerseits bediente sich bei ihren Geschäften der Vermittlung der Firma H.A. & Gustav K[REDACTED] in D[REDACTED], vertreten durch deren Geschäftsführer Sch[REDACTED]. Die Beklagte führte ihre Verhandlungen mit der Klägerin durch den Ehemann der Mitgesellschafterin und Geschäftsführerin der Beklagten Dr. Theo He[REDACTED]. Dieser ist selbst nicht Mitgesellschafter, sondern als freiberuflicher Chemiker tätig; zugleich ist er Inhaber eines Wein- und Spirituosen-Einzelhandelsgeschäfts.

Da reines Leinöl, welches für die Herstellung von Kunstharzerzeugnissen am geeignetsten ist, Anfang 1949 noch sehr knapp war, bestand für die Beklagte ein Interesse an einem Ersatzprodukt, der Leinölfettsäure, die bei der Raffinierung des Leinöls abfällt und an Stelle von Leinöl verwendet wurde. Die Beklagte fragte im Februar 1949 unter Vermittlung des Vertreters Schlosser bei der Klägerin an, ob die Klägerin für sie eine Pflanzenölfettsäure, die allerdings hauptsächlich aus Leinölfettsäure bestehen sollte und die ihr durch Sch[REDACTED] zum Kauf angeboten war, in ein dem U 50 G entsprechendes Kunstharz umarbeiten könne. Die Klägerin

-3-

erklärte, daß sie diese "Pflanzenfettsäure" für ungeeignet hielt. Infolgedessen unterblieb auch der Ankauf der Fettsäure durch die Beklagte.

Am 15. März 1949 bot Sch [REDACTED] der Beklagten erneut einen Posten Fettsäure an, der bei der Firma Ba [REDACTED] in N [REDACTED] lagerte. Diesmal handelte es sich um eine Leinölfettsäure, deren Umarbeitung der Klägerin nach Entnahme einer Probe zu einem dem U 50 G ähnlichen Kunstharz möglich erschien. Die Beklagte kaufte daraufhin den bei der Firma Ba [REDACTED] zur Verfügung stehenden Posten von insgesamt 717 kg Leinölfettsäure zum Preise von 2.151 DM an, ließ diese Fettsäure unmittelbar der Klägerin zugehen und beauftragte diese über Sch [REDACTED], für sie die Leinölfettsäure in ein Kunstharz umzuarbeiten. Den Auftrag bestätigte die Klägerin mit Schreiben vom 22. März 1949. In diesem Schreiben nahm die Klägerin auf ihre auf der Rückseite abgedruckten Verkaufsbedingungen Bezug und bezeichnete als Material "Kunstharz (ähnlich wie U 50 G von U [REDACTED])", als Preis 276 DM je 100 kg netto Umarbeitungskosten ab Werk, als Lieferungszeit ca 14 Tage bis 3 Wochen.

Der vereinbarte Lieferungstermin wurde nicht eingehalten. Auf Grund verschiedener Telefongespräche wurde schließlich zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin, J [REDACTED], und Dr. H [REDACTED] fernmündlich vereinbart, daß die Klägerin statt der in Aussicht genommenen 100%igen Ware eine 60%ige Lösung liefern sollte.

Das aus der Leinölfettsäure hergestellte Kunstharz wurde am 5. Mai 1949 ausgeliefert. Als Lösungsmittel hatte die Klägerin ein synthetisches Benzin (Aliphantin) benutzt. Die über die Lieferung ausgestellte Rechnung vom 5. Mai 1949 lautet über 4.644 DM für 11 Faß mit 1.935 kg aus 717 kg Leinölfettsäure umgearbeitet Jägalyd F (60 %). Der Preis für 100 kg war dabei mit 240 DM angesetzt. Mitte Mai wurden



noch zwei Hobbocks Jägalyd T von der Klägerin geliefert, das die Beklagte ebenfalls für ihre Zwecke benötigte.

Ende Mai 1949 setzte sich die Beklagte mit Sch[REDACTED], der den Auftrag vermittelt hatte, in Verbindung und bestandete den auf das verwendete synthetische Benzin zurückzuführenden üblen Geruch der Ware; sie sei deshalb für sie unbrauchbar. Sch[REDACTED] schlug mit Rücksicht auf die zwischen den Parteien bis dahin guten Geschäftsbeziehungen eine gütliche Regelung vor. Auf diese mit Sch[REDACTED] geführten Verhandlungen hin schickte die Beklagte am 3. Juni 1949 ohne Begleitanzeige 7 Faß der erhaltenen Ware an die Klägerin zurück, während sie die restlichen 4 Faß zurückbehielt.

Mit der Klage fordert die Klägerin Bezahlung der gesamten verarbeiteten Menge von 1.935 kg, jedoch unter Ermäßigung des Preises von 240 DM auf 210 DM, also einen Gesamtbetrag von 4.063,50 DM. Sie hält die Mängelrüge für verspätet und bestreitet auch das Vorhandensein eines Mangels.

Die Beklagte fordert mit der Widerklage Ersatz des für die Leinölfettsäure verausgabten Betrages von 2.151 DM zuzüglich Diskont- und Transportspesen, insgesamt 2.300,94 DM. Sie beruft sich darauf, die Klägerin habe nicht vertragsgemäß gearbeitet und dabei die für die Verarbeitung zur Verfügung gestellte Leinölfettsäure der Beklagten verdorben. Im einzelnen hat sie vorgetragen, als Sch[REDACTED] Mitte März 1949 als Vertreter der Klägerin mit einem neuen Angebot von Leinölfettsäure an die Beklagte herangetreten sei, habe Sch[REDACTED] erklärt, die Klägerin könne diesmal im Gegensatz zu der vor einem Monat angebotenen Fettsäure ein dem U 50 G entsprechendes und qualitativ unbedingt gleichwertiges Alkydharz herstellen.

Das Landgericht hat ein schriftliches Gutachten des vereidigten Handelschemikers Dr. L[REDACTED] herangezogen und un-

ter Abweisung der Widerklage der Klage stattgegeben.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin weiter vorgebracht, Sch[REDACTED] sei selbständiger Makler gewesen, der gelegentlich mit beiden Parteien zusammengearbeitet, sonst aber mit keiner Partei in Verbindung gestanden habe.

Das Berufungsgericht hat weitere Beweise erhoben, insbesondere von dem Oberstudienrat St[REDACTED] ein schriftliches Gutachten herangezogen und auf Grund eines ausführlichen Beweisbeschlusses vom 3. Februar 1953 beide Sachverständigen vor dem Senat gehört, die ihre schriftlichen Gutachten aufrecht erhalten haben. Es hat die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen.

Mit der Revision wiederholt die Beklagte ihre früheren Anträge, die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt zunächst aus, die Beklagte habe die Mängelrüge nicht rechtzeitig erhoben, es entnimmt aber aus dem Verhalten beider Parteien, daß die Klägerin den zeitlich strengen Standpunkt der Lieferungsbedingungen und des Gesetzes letzten Endes im gegebenen Augenblick doch nicht habe einnehmen wollen. Deshalb stellt es die Entscheidung folgerichtig darauf ab (S 20), ob die von der Klägerin gelieferte Ware wesentliche Mängel aufwies und ob die Produkte, welche die Klägerin der Beklagten angeboten hat, tatsächlich unbrauchbar waren. Diese Frage verneint das Berufungsgericht.

Es geht davon aus, daß es zur Zeit des Vertragschlusses im März 1949 noch nicht die erforderlichen Rohstoffe zur Herstellung von einwandfreiem Kunstharz gegeben habe, daß man vielmehr mit mehr oder weniger brauchbaren

Ersatzstoffen vorlieb genommen habe. Ein solches Ersatzfabrikat sei auch das U 50 G der Firma B [REDACTED] gewesen. Aus der vertraglichen Vereinbarung über die Herstellung eines Kunstharzes "ähnlich wie U 50 G" zieht das Berufungsgericht den Schluß, die Beklagte habe nicht ein Fabrikat erwarten könne, das dem U 50 G völlig gleichwertig wäre, sondern nur ein solches, das qualitätsmäßig dahinter zurückstand.

Die Revision verkennt nicht, daß es sich hier um die Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages handelt, die in der Revision nur beschränkt nachprüfbar ist. Sie rügt jedoch eine unvollständige Würdigung der Aussage des Zeugen Sch [REDACTED] vom 14. Juni 1952. Dieser hat, wie das Berufungsgericht ausführt und wie auch unter den Parteien unstreitig ist, auf die Eigenschaft des verwendeten Stoffes als eines Ersatzmaterials hingewiesen, er hat hinzugefügt, er erinnere sich, gesagt zu haben, was B [REDACTED] könne, könne die Klägerin auch; diese Äußerung habe sich auf die Umarbeitung von Fettsäure bezogen.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsurteil diesen Teil der Aussage nicht ausdrücklich erwähnt. Dazu bestand aber auch keine Notwendigkeit, weil es sich hierbei dem Zusammenhang nach nur um eine allgemein gehaltene Anpreisung gehandelt haben kann, die selbst dann für die Auslegung des Vertrages bedeutungslos wäre, wenn Sch [REDACTED] rechtsgeschäftlicher Vertreter der Klägerin und nicht freier Agent gewesen wäre, so daß es auch hierüber keiner Feststellung bedurfte.

Deshalb ist der Auslegung des Berufungsgerichts nicht wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften entgegenzutreten, sie läßt auch sonst keinen Rechtsirrtum erkennen. Daraus folgt, daß die Beklagte sich mit einem Produkt begnügen mußte, das in der Qualität dem U 50 G der Firma B [REDACTED] nachstand.

II. Die Entscheidung hängt hiernach nur davon ab, ob das gelieferte Produkt Mängel aufwies, die den gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigten.

1.) Das Berufungsgericht hat aus den Bekundungen der Sachverständigen Dr. Leue und Stock den Schluß gezogen, die von der Beklagten gerügten Mängel, nämlich der aus der Verwendung synthetischen Benzins herrührende süßliche Geruch und das schlechte Trocknen des aus dem Produkt hergestellten Fußbodenlacks, seien nicht beachtlich.

2.) Die Revision rügt eine Verletzung des § 161 ZPO, die sie darin sieht, daß der nicht im schriftlichen Gutachten oder im Protokoll niedergelegte Teil der Äußerung der Sachverständigen im Tatbestand nicht vollinhaltlich wiedergegeben sei. Es ist zwar zutreffend, daß die Wiedergabe solcher Äußerungen in den Zusammenhang des Tatbestandes gehört. Es ist aber kein zur Aufhebung zwingender Verfahrensverstoß, wenn sie in die Entscheidungsgründe verlegt wird (RGZ 145, 390 392); nur muß dann aus den Gründen klar ersichtlich sein, wie die Aussage lautete (RGZ 151, 256); es muß vor allem zwischen der Feststellung der Aussage und ihrer Würdigung deutlich unterschieden werden (OGHZ 1, 168 169). Der von der Revision beanstandete Satz aus den Entscheidungsgründen enthält nun eine klare Wiedergabe der Aussage, sie unterscheidet sich deutlich von der anschließenden Würdigung. Eine vollständige Zerreißung der Aussage in schriftliches Gutachten, Protokoll, Tatbestand und Entscheidungsgründe trägt die Gefahr in sich, daß der Zusammenhang und die Übersicht verloren gehen und daß das Revisionsgericht nicht mit Sicherheit erkennen kann, worauf das Berufungsgericht seine Beweiswürdigung gründet. Im vorliegenden Falle bedarf es aber keiner abschließenden Entscheidung darüber, wo die Grenze zwischen einer zulässi-

gen und einer unzulässigen Aufteilung der Wiedergabe liegt, denn die entscheidene Äußerung über den unangenehmen Geruch der Ware findet sich schon in der Begründung, die der Sachverständige St. zu seiner Vergleichsanregung gegeben hatte. Neu ist nur die Angabe, daß es sich hier um eine übereinstimmende Bekundung beider Sachverständigen handele. Selbst wenn aber Dr. L. sich, wie nach Meinung der Revision zu unterstellen ist, zu dieser Frage gar nicht geäußert hätte, wäre das Berufungsgericht nicht gehindert gewesen, seiner Beurteilung allein das Gutachten des Sachverständigen St. zugrunde zu legen. Das Urteil beruht daher nicht entscheidend auf diesem von der Revision als Mangel gerügten Umstand.

Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob die Frage der Beachtlichkeit des Mangels der Beurteilung der Sachverständigen oder als Rechtsfrage ausschließlich derjenigen des Gerichts unterliegt, denn der Zusammenhang läßt mit Sicherheit erkennen, daß das Berufungsgericht diese Beachtlichkeit deshalb verneint, weil dieser Mangel von der Beklagten leicht zu beheben gewesen wäre.

Darin, daß das Berufungsgericht die mangelhafte Trocknung des gelieferten Materials in Übereinstimmung mit den Sachverständigen auf die mehr als dreijährige Lagerung als möglich zurückführt, ist ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken. Daraus ergibt sich, daß die Beklagte nicht mehr in der Lage ist, den Nachweis zu erbringen, daß entgegen dem Gutachten Dr. L. dieser Mangel schon bei der Lieferung vorhanden gewesen wäre.

2.) In der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht hat die Beklagte einen weiteren Angriff daraus herzuleiten versucht, daß die mündlichen Angaben der Sachverständigen, soweit sie nicht in dem Protokoll enthalten sind, im Urteil nicht vollständig wiedergegeben seien. Mit diesem Einwand kann sie in der Revisionsinstanz nicht gehört wer-

den, denn die nach § 161 ZPO zulässige Wiedergabe des Beweisergebnisses im Berufungsurteil bildet einen Teil des Tatbestandes, auch soweit sie ganz oder teilweise in die Entscheidungsgründe aufgenommen ist. Eine etwaige Berichtigung oder Ergänzung dieser Wiedergabe wäre daher nur im Wege der Tatbestandsberichtigung möglich gewesen; sie kann nicht in das Revisionsverfahren verlegt werden.

3.) Die Beklagte hat der Firma B. im Herbst 1949 eine Probe des von der Klägerin hergestellten Produkts mit der Anfrage übersandt, ob dieses Muster mit dem "Alkydal 50 G" identisch sei. Diese Frage wurde von der Firma B. mit einem Schreiben vom 17. November 1949 mit eingehender Begründung verneint. Eine Lichtpause dieses Schreibens hat die Beklagte mit ihrem Schriftsatz vom 13. Januar 1950 dem Landgericht eingereicht. Das Berufungsgericht würdigt dieses Antwortschreiben von seinem Rechtsstandpunkt dahin, es stehe dem von ihm gefundenen Ergebnis nicht entgegen, denn die Beklagte habe der Firma eine Probe unter der Bezeichnung "Alkydal 50 G" übersandt, während die Klägerin etwas ganz anderes zu liefern versprochen habe, nämlich ein Kunstharz "U 50 G", welches offensichtlich ein anderes Produkt sei, weil der Zeuge Sch. angegeben habe, die Firmen machten, je nachdem sie das Leinöl mit Ersatzstoffen "verschnitten", bei der Bezeichnung ihrer Produkte Zusätze, die den Fachmann über Ersatzstoffe unterrichteten. Die Auskunft der Firma B. habe auch deshalb auszuscheiden, weil die darin erörterte "Identität" nicht Gegenstand des Vertrages zwischen den Parteien gewesen sei. Überhaupt sei die Beklagte gegenüber der Firma B. mit einer groben Unwahrheit umgegangen, denn sie habe der Firma B. erklärt, es handele sich um eine Probe aus einer Sendung "Alkydal 50 G", während die Beklagte heute angebe, sie habe der Firma B. eine Probe der Ware der Klägerin eingeschickt.

Die Revision irrt daher mit der Rüge, das Berufungs-

gericht habe das Schreiben der Firma B. nicht gewürdigt. Sie will die Fassung der Anfrage der Beklagten damit erklären und entschuldigen, daß die Firma B. keine fremden Erzeugnisse begutachte und deshalb vor die Frage nach der Identität des eingesandten Musters mit dem Alkydal 50 G habe gestellt werden müssen. Diese Erklärung ändert nichts daran, daß die der Firma B. vorgelegte Frage unrichtig gestellt war. Prozeßordnungsmäßig kann das Antwortschreiben der Firma B. nur als ein mit Beweisantritt verbundener Parteivortrag der Beklagten gewertet werden. Dieser Vortrag ist - ohne Rücksicht auf die dem Schreiben vorangegangene Fragestellung - insofern nicht schlüssig, als es nicht auf die Identität der Probe mit dem Alkydal 50 G ankommt, sondern nur auf eine "Ähnlichkeit", gegen deren Bejahung sich weder aus dem Schreiben der Firma B. noch aus den Gutachten der Sachverständigen Einwendungen ergeben. Da die Beklagte wußte, daß sie aus einem Ersatzstoff ein Ersatzprodukt erhielt, so kann sie an dessen Qualität keine normalen Anforderungen stellen, obwohl die Klägerin unstreitig vor Abschluß des Vertrages den Rohstoff untersucht und dann erst die Verarbeitung übernommen hat.

Hiernach war die Revision mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr. Haidinger Dr.Fischer Dr.Kuhn