

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

2385 077

40

Gesetz: BGB § 494

Rechtssatz: Es kommt auf die Umstände an, ob ein vor Kaufabschluß ausgehändigtes Muster Beweismittel für die Beschaffenheit der Kaufsache sein soll. Ist dies der Fall, so hat der Käufer die Probe aufzubewahren und ist bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht für die Beschaffenheit des Musters beweispflichtig.

Aktenzeichen: II ZR 277/51

Urteil vom 11. Juni 1952

OLG Stuttgart

Verkündet am 11. Juni 1952
Hirth, 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 Werner M [REDACTED] & Co., S [REDACTED]/S [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ernst V [REDACTED] in H [REDACTED] - S [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1952 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Kuhn und Artl

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 18. August 1951 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

40

- 2 -

Tatbestand:

Am 3. Oktober 1948 bestellte die Beklagte auf der Frankfurter Messe Bodenwachs nach einem von der Klägerin vorgezeigten und der Beklagten übergebenen Muster. Sie stellte sonst selbst Bohnerwachs her, war dazu aber zur Zeit des Kaufabschlusses infolge von Rohstoffschwierigkeiten außer Stande. Die Klägerin führte den Auftrag in Teilen am 5., 8. und 10. Oktober, am 5. November und am 15. November 1948 aus und berechnete dafür in drei Rechnungen insgesamt 9 814,50 DM. Die Beklagte setzte nur einen Teil der Ware ab und bezahlte dafür an die Klägerin 2 791,90 DM. Im übrigen hat sie gewandelt. Die Klägerin hält die Wandlung für unberechtigt und verlangt den Unterschied von 7 023 DM.

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin mustergetreue oder mangelhafte Ware geliefert und ob die Beklagte rechtzeitig gerügt hat.

Die Beklagte hat der Klägerin den größten Teil der Ware zurückgeschickt und sich weder die Messeprobe noch eine Probe der gelieferten Ware aufgehoben. Die Klägerin warf die ihr zurückgesandte Ware mindestens zu einem erheblichen Teil als unbrauchbar weg und trägt vor: Die gelieferte Ware entspreche nicht dem, was von gutem Bohnerwachs verlangt werde. Zur Zeit der Lieferung habe es aber nichts besseres gegeben, und für die damaligen Rohstoffverhältnisse sei die gelieferte Ware eine Spitzenqualität gewesen. Weil von Woche zu Woche Bohnerwachs in besserer Ausführung hergestellt werden können, sei der große von der Beklagten gekaufte Posten zunächst nur schwer,



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

später überhaupt nicht mehr absetzbar gewesen. Die gelieferte Ware habe dem Messermuster entsprochen. Dieses Muster sei der laufenden Produktion entnommen worden. Angesichts der Schwierigkeiten bei der Rohstoffbeschaffung sei die Produktion unerheblich unterschiedlich ausgefallen. Weil sich die Rohstofflage laufend gebessert habe, seien die Lieferungen eher besser als das Messermuster ausgefallen. Im übrigen seien kleinere Schwankungen in der Qualität handelsüblich gewesen. Trittfestigkeit sei nicht gewährleistet worden und habe dem Muster nicht entsprochen. Wirklich befriedigendes Bohnerwachs habe es seinerzeit überhaupt nicht gegeben. Das alles sei dem Inhaber der Beklagten bekannt gewesen. Er habe zunächst auch nicht erklärt, daß die Lieferungen nicht mustergetreu ausgefallen seien, sondern vielmehr nur geltend gemacht, er könne die Ware nicht absetzen, die Beklagte versuche nun, das Risiko ihres großen Einkaufs auf die Klägerin abzuwälzen.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten und ihr Hilfsantrag, eine Verurteilung nur Zug um Zug gegen Lieferung der Ware auszusprechen, hatten keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag und den Hilfsantrag weiter und beantragt mit einem weiteren Hilfsantrage, eine Verurteilung nur Zug um Zug gegen Lieferung einwandfreien Bohnerwachses in der verkauften Menge auszusprechen. Die Klägerin hat dagegen um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt ohne Rechtsverstoß fest, daß es zur Zeit des Kaufabschlusses ein Bodenerwachs normaler Beschaffenheit noch nicht wieder gegeben habe und daß nach dem Willen der Parteien das Messmuster für die vertragliche Beschaffenheit maßgebend und verborgene Mängel hätten unbeachtlich sein sollen. Hiervon sind beide Parteien auch in den Tatsacheninstanzen ausgegangen, wie das Berufungsurteil zutreffend hervorhebt.

II. Da der Parteivertrag ein beiderseitiger Handelskauf ist und die Parteien Vollkaufleute sind, war die Beklagte nach § 377 Abs 1 HGB verpflichtet, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch die Klägerin zu untersuchen und einen etwaigen Mangel unverzüglich zu rügen. Sonst galt die Ware als genehmigt (§ 377 Abs 2 HGB), es sei denn, daß die Klägerin den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 377 Abs 5 HGB).

Es kann bereits zweifelhaft sein, ob die Beklagte überhaupt die Behauptung aufgestellt hat, bei Lieferung arglistig getäuscht worden zu sein. Sie hat nämlich lediglich vorgetragen, daß in dem Auseinandersetzungsprozeß zwischen dem jetzigen Alleininhaber der Klägerin (Ernst V. [REDACTED]) und seinem Bruder Bruno dieser behauptet habe, Ernst habe Produkte der Klägerin unter falschen Anpreisungen verkaufen lassen, in einem Angebot vom Oktober 1948 habe Ernst angegeben, daß das Bohnenerwachs aus deutschen Hartwachsen mit amerikanischem Terpentinbalsam

hergestellt sei, als Lösungsmittel sei tatsächlich Petroleum verwendet worden (eidesstattliche Versicherung Otto S.), die Produktion sei fehlerhaft gewesen und von ihm, Bruno, nur widerwillig gebilligt worden, hierüber habe eine Abteilungsleitersitzung stattgefunden, darüber sei ein Protokoll aufgenommen worden, die fehlerhafte Produktion habe zu zahlreichen Reklamationen und zur Rückgängigmachung zahlreicher Aufträge geführt, auch auf falsche Anpreisungen sei die Rückgängigmachung von Aufträgen zurückzuführen gewesen (Schriftsatz vom 12. Juli 1950). Die Beklagte hat diese Behauptungen angeführt, um darzutun, daß die Klägerin auch andere Kunden nicht mustergetreu beliefert habe (so der Beweisantritt im Schriftsatz vom 2. August 1951), und um die Behauptung zu erhärten, ihrerseits nicht mustergetreu beliefert worden zu sein (so der Schriftsatz vom 12. Juli 1950). Das landgerichtliche Urteil hebt hervor, die Beklagte habe nicht behauptet, daß die Klägerin ihr gegenüber Mängel arglistig verschwiegen habe, und hiergegen hat sich die Beklagte mit der Berufung nicht gewandt. Jedenfalls ist der Hinweis beider Vorinstanzen richtig, die Akten über den Rechtsstreit der Brüder V. ergäben, weil es dort nicht zur Aufnahme von Beweisen gekommen sei, nichts für ein arglistiges Verschweigen gegenüber der Klägerin. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Beklagte hierauf hinweisen müssen, dann während in dem Rechtsstreit der Brüder V. benannten Zeugen auch hier benannt worden, übersieht, daß es die Aufgabe des Berufungsanwalts der Beklagten war, die beigezogenen Akten auf ihre Ergiebigkeit für den vorliegenden Rechtsstreit zu prüfen, und daß er sich nicht

mit allgemeinen Hinweisen begnügen durfte, wenn er glaubte, behaupten und unter Beweis stellen zu können, die Klägerin habe nicht bloß mangelhaft geliefert, sondern bei Lieferung irgendwelche Mängel arglistig verschwiegen.

Rechtlich nicht zu beanstanden ist der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß die drei im Oktober 1948 bewirkten Leistungen, die die Klägerin in einer Rechnung über 5 189,25 DM zusammenfaßte, als eine Lieferung aufgefaßt werden können und daß sie und die beiden weiteren Teillieferungen getrennter Untersuchungs- und Rügepflicht unterlagen, weil jede dieser Teillieferungen nach Lage der Dinge Selbständigkeit besaß (RG 138, 338).

Mit Erwägungen, die im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegen, rechtlich nicht zu beanstanden sind und von der Revision nicht angegriffen werden, kommt das Berufungsgericht dazu, daß die Beklagte die am 18. Oktober 1948 berechnete Ware mit der Karte vom 15. Oktober 1948 nicht als mangelhaft gerügt habe und daß das behauptete Telefongespräch frühestens am 13. November 1948 geführt worden und damit als Rüge verspätet sei. Ware in Höhe eines Rechnungsbetrages von 5 189,25 DM gilt daher nach § 377 Abs 2 HGB als genehmigt.

III. Die Lieferungen vom 5. und 15. November 1948 sind dagegen, wie das Berufungsgericht rechtlich zutreffend annimmt, gehörig gerügt worden. Insoweit vermissen beide Vorinstanzen jedoch den Nachweis, daß die Lieferungen den Messermuster nicht entsprachen.

Zu Unrecht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht, übrigens in Übereinstimmung mit dem Landgericht, die Beklagte insoweit für beweispflichtig gehalten hat.

Das Berufungsgericht stellt rechtlich einwandfrei fest, daß die Beklagte die Teillieferungen vom 5. und 15. November 1948 nicht als Erfüllung angenommen habe. Es läßt daher § 363 BGB mit Recht außer Anwendung.

Zutreffend geht das Berufungsurteil davon aus, daß der Verkäufer, der den Kaufpreis fordert, beim Gattungskauf grundsätzlich dafür beweispflichtig sei, daß er mustergetreu geliefert habe. Es meint aber, hier kehre sich die Beweislast deshalb um, weil der Beweis für die vertragsmäßige Beschaffenheit der gelieferten Ware nur anhand des der Beklagten ausgeschändigten Musters hätte geführt werden können und die Beklagte die Führung dieses Beweises dadurch unmöglich gemacht habe, daß sie das Muster fahrlässigerweise habe abhandeln kommen lassen. Rechtlich ist das nicht zu beanstanden.

Beim Kauf nach Probe oder Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen (§ 494 EGB). Als Beweismittel dafür, daß die Lieferung dem Muster entspricht, kommt in erster Linie, oft sogar ausschließlich die Probe in Betracht, nach der verkauft worden ist. Händigt der Verkäufer die Probe erst nach Abschluß des Kaufvertrages aus, so kann dies nur den Sinn haben, daß sie der Käufer zum Zwecke der Überprüfung der vertragsmäßigen Beschaffenheit der zu liefern-

den Ware aufbewahren soll. Wird die Probe schon bei den Kaufverhandlungen ausgehändigt, so wird dies oftmals bedeuten, der Käufer solle sich durch Gebrauch der Probe davon überzeugen, von welcher Beschaffenheit die ihm angebotene Ware ist. Kann dies nur durch völligen Verbrauch der Probe geschehen oder kann der übrigbleibende Rest keinen tauglichen Vergleichsmaßstab mehr abgeben, so kann die Probe nur zur Bezeichnung und Bestimmung der Ware bei der Bestellung, nicht auch als Beweismittel von Bedeutung sein. Verschafft dagegen bereits der bloß teilweise Verbrauch der Probe ein Bild von der angebotenen Ware und läßt der danach verbleibende Rest der Probe die Überprüfung der zu liefernden Ware zu, so kann die Aushändigung der Probe nicht nur den Sinn näherer Beschreibung der Bestellung, sondern zugleich den eines Beweismittels für die Beschaffenheit der zu liefernden Ware haben.

Die von der Revision angezogenen Zitate (RG 11. 38/39; SeuffA 51 Nr 123; Gadow-Heinichen Anh zu § 382 Ann 9) sprechen nicht aus, was die Revision aus ihnen abliest. Sie besagen nicht, daß der Käufer, dem eine Probe schon vor oder während der Kaufverhandlungen ausgehändigt wird, damit er sich über die Beschaffenheit der Ware vergewissern könne, das Muster verbrauchen dürfe und nicht aufzubewahren brauche, sondern vielmehr, daß dies solchenfalls der Zweck der Aushändigung sein könne und von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Beide Parteien haben in dieser Richtung nicht nur nichts vorgebracht, sondern sind beiderseits vielmehr davon ausgegangen, daß das Muster für die Beschaffenheit des ge-

kauften Boßenwachses unbedingt maßgebend sei. An diesen übereinstimmenden Parteivortrag ist das Gericht gebunden. Eine hiervon abweichende tatsächliche Beurteilung ist ohnehin, erst recht aber in der Revisionsinstanz unzulässig. Im übrigen ist unstreitig, daß der Inhaber der Beklagten in seinem Messestand nur einen Teil der Probendose ausprobiert hat und daß der Rest zur Überprüfung der Austermäßigkeit der Lieferungen ausgereicht haben würde. Das spricht dafür, daß der aufgezeigte Ausgangspunkt der Parteien auch richtig war.

Sollte aber der nicht verbrauchte Teil der Probendose für die Beschaffenheit des gekauften Bohnerwachses maßgebend sein, so hatte ihn die Beklagte aufzubewahren. Das Berufungsgericht stellt rechtlich einwandfrei fest, daß die Beklagte diese Pflicht schuldhafterweise verletzt hat und hierdurch der Klägerin den Beweis für die Probenmäßigkeit der Leistung unmöglich gemacht hat. Damit lud sich die Beklagte den Beweis für die Beschaffenheit der Probe auf (RG 60, 152).

Der Umstand, daß die Beklagte bestimmte Mängel der zurückgewiesenen Ware gerügt hat, ist entgegen der Ansicht der Revision für die Frage der Beweislast unbeachtlich. Denn es ist gerade die zu beweisende Frage, ob die Rüge eine Abweichung von der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Kaufsache betraf, und durch den Verlust des Messesters ist eine Feststellung hierüber unmöglich geworden.

Soweit die Revision ausführt, die Tatsache, daß die

Klägerin die zurückgegebene Ware im wesentlichen weg-
geworfen hat, ergäbe die Mangelhaftigkeit und Unver-
käuflichkeit der Ware, geht sie an den rechtlich einwand-
freien Feststellungen des Berufungsgerichts vorbei,
daß es der Beklagten bei Kaufabschluß darauf angekom-
men sei, ein den damaligen Rohstoffverhältnissen halbwegs
angepaßtes Bodenwachs zu erhalten, daß jedoch schon bald
die zur Herstellung von Bohnerwachs gewohnter Qualität
benötigten Rohstoffe zu haben gewesen seien und daher
die Kaufsache bereits nach kurzer Zeit unverkäuflich
und wertlos geworden sei.

Die Beschaffenheit der gelieferten Ware ist durch
Zeugen festgestellt. Ungeklärt geblieben ist lediglich,
ob die gelieferte Ware von probenmäßiger Beschaffenheit
war. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob mit dem Be-
rufungsgericht gesagt werden kann, daß die Vernichtung
der der Klägerin zurückgegebenen Ware nicht ursächlich
für die entstandenen Beweisschwierigkeiten war.

IV. Der Hilfsantrag, die Beklagte nur Zug um Zug gegen
Lieferung einwandfreien Bohnerwachses zu verurteilen,
scheitert schon am Fehlen des Nachweises dafür, daß die
gelieferte Ware dem Vertrage nicht entsprach. Den Hilfs-
antrag aber, eine Verurteilung nur Zug um Zug gegen
(Rück-)Lieferung der Ware auszusprechen, hat das Beru-
fungsgericht mit Recht abgelehnt, weil zwischen den Par-
teien unstrittig ist, daß die geschuldete Ware inzwi-
schen völlig unbrauchbar und wertlos geworden sei, und
daher wie eine verdorbene Ware zu behandeln ist.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge des
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Kuhn

Artl