

2368 065

43

II ZR 285/51

V e r k ü n d e t
am 26. November 1952

Jodas, Just. Ang.
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 Otto und Ernst W [REDACTED]
in H [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und
Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

g e g e n

1.) die offene Handelsgesellschaft K [REDACTED] & Co.
in M [REDACTED],

2.) den Kaufmann Hans K [REDACTED] in M [REDACTED],
U [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. November 1952 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Artl und Dr. Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandes-
gerichts Frankfurt/Main vom 4. August 1951
wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat den Generalvertrieb der Normag-Dieselschlepper. Die Beklagte zu 1), deren vertretungsberechtigter Gesellschafter der Beklagte zu 2) ist, betreibt einen Handel mit landwirtschaftlichen Maschinen. Im Herbst 1948 verhandelten die Parteien über die Belieferung der Beklagten mit 5 "Normag-Dieselschleppern 22/24 PS Typ NG 23". Die Klägerin behauptet, daß diese Verhandlungen zu einem Kaufabschluß geführt hätten. Als sie den Beklagten die Schlepper im Januar 1949 anbot, lehnten diese die Abnahme ab. Die Klägerin stellte dann in der Folgezeit ihre Produktion des Schleppers Typ NG 23 ein und ging auf die Fertigung eines neuen Modells NG 23 K über. Dieses unterscheidet sich von dem alten Typ insbesondere dadurch, daß es mit einem von der Firma Normag-Zorge selbst hergestellten 25 PS starken Motor ausgerüstet ist, während der alte Typ NG 23 einen 22/24 PS-Motor der Motorenwerke Mannheim (MWM) hatte. Übergangsweise war allerdings auch schon ein Teil der alten Schlepper des Typs NG 23 mit einem Normag-Motor ausgerüstet worden. Die Klägerin kann jetzt nur noch den Schlepper des neuen Typs liefern.

Sie verlangt nunmehr von den Beklagten die Zahlung des Kaufpreises für einen Schlepper, und zwar Zug um Zug gegen Lieferung eines Schleppers Typ NG 23 K. Entsprechend den schwankenden Listenpreisen hat sie den Klagebetrag in erster Instanz schließlich mit DM 6.738,25 und im zweiten Rechtszug mit DM 7.850,85 beziffert. Die Beklagten verweigern die Zahlung mit der Begründung, daß ein rechtswirksamer Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei und daß der von der Klägerin jetzt lieferbare Schlepper nicht dem bestellten Typ entspreche. Die Klägerin entgegnet, daß das neue Modell eine Verbesserung des alten darstelle.

. - 3 -

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für einen Schlepper weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht nimmt zwar an, daß zwischen den Parteien ein rechtswirksamer Vertrag über die Lieferung von 5 Schleppern zustande gekommen sei, hält aber den Zahlungsanspruch der Klägerin deshalb nicht für begründet, weil sie einen Schlepper des bestellten Typs nicht mehr liefern könne. Dieser Grund trägt in der Tat die Klagabweisung.

Nach den §§ 323, 324 BGB verliert der Verkäufer den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, wenn die ihm obliegende Leistung, nämlich die Lieferung der verkauften Sache, infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Käufer nicht zu vertreten hat. Diese Voraussetzungen sind hier nach den rechtlich bedenkenfreien Feststellungen des Berufungsgerichts gegeben. Nach ihnen hatten die Abreden der Parteien die Lieferung von Schleppern des Typs NG 23 mit einem MWM-Motor von 22/24 PS zum Gegenstand. Die Revision meint allerdings, das Berufungsgericht habe hierbei übersehen, daß teilweise auch schon der Typ NG 23 mit Normag-Motoren ausgerüstet gewesen sei; damit entfalle die Grundlage für die Annahme, daß die Ausrüstung der bestellten Schlepper mit einem MWM-Motor Vertragsbestandteil geworden sei. Das ist aber nicht richtig. Das Berufungsgericht hat bei der genannten Feststellung sehr wohl den Umstand berücksichtigt, daß in der Übergangszeit auch

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

schon in einen Teil der Schlepper des Typs NG 23 Normag-Motoren eingebaut waren. Es zieht aber aus dem Umstand, daß in der Bestellung ausdrücklich die Motorenstärke von 22/24 PS angeführt war, den rechtlich bedenkenfreien Schluß, daß damit nicht der 25 PS Normag-Motor, sondern nur der 22/24 PS MWM-Motor gemeint gewesen sein könne. Das alte Modell NG 23, das mit diesem Motor ausgerüstet war, kann die Klägerin unstreitig nicht mehr liefern. Die von ihr statt dessen angebotenen Schlepper des neuen Typs NG 23 K brauchen die Beklagten nicht abzunehmen, weil sie nach den bedenkenfreien Feststellungen des Berufungsgerichts eine andere als die geschuldete Leistung darstellen. Hierbei ist es unerheblich, ob auch das neue Modell bei ausschließlicher Benutzung in landwirtschaftlichen Betrieben steuerfrei ist, und inwieweit es sich in seiner äußeren Beschaffenheit von dem alten unterscheidet. Eine für den Handelsverkehr ganz wesentliche Verschiedenheit der beiden Modelle liegt schon darin, daß der neue Typ mit einem Motor ausgerüstet ist, der von einem anderen Fabrikanten hergestellt ist und eine andere Stärke hat als der bestellte Typ. Demgegenüber ist das Vorbringen der Klägerin bedeutungslos, daß das neue Modell dem alten mindestens gleichwertig sei, ja sogar eine Verbesserung darstelle, die sich inzwischen auch bewährt und in den Abnahmekreisen allgemein Anerkennung gefunden habe. Der Käufer einer Ware ist auch bei Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht verpflichtet, eine andere als die bestellte Ware abzunehmen, selbst wenn diese der bestellten gleichwertig ist. Die Entscheidung darüber, welche Ware er beziehen will und ob er als Ersatz für die bestellte eine andere abnehmen will, hat allein er.

Nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts ändert sich an dieser Rechtslage auch dann nichts, wenn die Beklagten durch die Verweigerung der Abnahme der ihnen im Januar 1949 angeblich vertragsmässig angebotenen Schlepper in Verzug geraten sein sollten. Insbesondere kann hieraus nicht gefolgert werden, daß die Beklagten deswegen die jetzt eingetretene Unmöglichkeit ihrer Belieferung mit den bestellten Schleppern des alten Typs zu vertreten hätten und deshalb nach § 324 BGB weiter zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet seien. Der Annahmeverzug der Beklagten eröffnete der Klägerin die Möglichkeit des Selbsthilfeverkaufs nach § 373 HGB. Wollte sie hiervon aus den von der Revision angeführten geschäftlichen Gründen keinen Gebrauch machen und statt dessen darauf bestehen, daß die bestellten Schlepper in Durchführung des Vertrages von den Beklagten abgenommen werden, so mußte sie sich trotz des Annahmeverzugs der Beklagten ihrerseits weiter leistungsbereit und -fähig halten. Wenn sie statt dessen die Produktion der Schlepper des alten Typs einstellte und den bei ihr noch vorhandenen Vorrat der alten Modelle anderweitig absetzte, so hat sie die damit eingetretene Unmöglichkeit der Lieferung dieser bestellten Modelle zu vertreten. Sie hat somit nach § 323 BGB den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises verloren, ohne die Möglichkeit zu haben, ihn dadurch aufrecht zu erhalten, daß sie eine andere als die vereinbarte Gegenleistung anbietet.

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

Dr. Canter Dr. Haidinger Dr. Fischer

Artl

Dr.K.E.Meyer