

Verkündet
am 9. Juli 1956

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 Gebr. K. [REDACTED] GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer Dr. Alfred K. [REDACTED], in
I. [REDACTED] (Westf.),

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Wirtschaftsprüfer B. [REDACTED] und Dr. L. [REDACTED] in H. [REDACTED]
als Verwalter im Konkurs über das Vermögen des Kauf-
manns Rolf H.E. Br. [REDACTED], alleinigen Inhabers
der Firma G.L. G. [REDACTED] in H. [REDACTED], M. [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1956
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter
und der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück,
Dr. Fischer und Dr. Winkelmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 26. Januar 1955 aufgehoben. Die Sache
wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

7

Tatbestand:

Auf Grund schriftlicher Verhandlungen, die die (jetzt in Konkurs geratene) Firma G. (nachstehend als "Klägerin" bezeichnet) im Dezember 1951 mit der Firma Everhard K. GmbH, einer Schwesterfirma der Beklagten, begonnen hatte, kam am 7. Januar 1952 zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande. Danach kaufte die Klägerin insgesamt 156.000 yards Baumwollrohgewebe mit einer Breite von 34 " und einer Konstruktion von 60/60 per sy. inch, 20/20 Ne zur Lieferung je zur Hälfte Mitte Februar und Mitte März 1952. Die Beklagte lieferte Mitte Februar 1952 die erste Partie mit 60.000 yards, die nicht beanstandet wurde. Wie der Beklagten bekannt war, hatte die Klägerin die zweite Partie nach dem Sudan verkauft. Am 21. Februar 1952 fand ein Ferngespräch statt, das die Klägerin an demselben Tage schriftlich bestätigte. In diesem Schreiben heißt es u.a.:

"Der Zweck meines Anrufes war, Sie zu bitten, die noch verbleibenden Restmengen gewichtsmäßig so zu liefern, daß die gewünschten Stücke mindestens ein Gewicht von 8 1/2 lbs per Stück à 30 yards erreichen. Um dies zu ermöglichen, soll die Ware entsprechend beschwert werden, was Sie mir als ohne weiteres möglich und durchführbar bestätigten..."

Die Beklagte bestätigte den Eingang dieses Schreibens am 22. Februar, in dem wegen der Frage des Gewichts gesagt ist:

"...Hinsichtlich des gewünschten Gewichts von 8 1/2 lbs per Stück à 30 yards werden wir versuchen, auf die von Ihnen angegebene Weise das von Ihnen gewünschte Gewicht zu erreichen..."

Am 10. März lieferte die Beklagte weitere 60 000 yards und übersandte der Klägerin eine von ihr unterzeichnete Packliste, nach der das Gesamtnettogewicht der Ware 17 043 lbs betrug.

Die Abnehmerin der Klägerin ließ am 3. Juli 1952 durch die Soudan-Chambers of Commerce aus der Sendung vier Ballen wiegen. Hierbei wurde festgestellt, daß die Ballen rund 10 % leichter waren als in der Packliste angegeben.

Die Klägerin macht geltend, sie habe wegen des Mindergewichtes 1094,599 £ = 13.201,96 DM an ihren Abnehmer zahlen müssen. Diesen Betrag fordert sie von der Beklagten als Schadensersatz.

Die Beklagte hat vorgetragen, zur Zeit des Ferngesprächs vom 21. Februar 1952 habe die Ware sich bereits auf den Webstühlen befunden, dies sei der Klägerin auch sofort mitgeteilt worden. Infolgedessen sei es nicht mehr möglich gewesen, zur Steigerung des Gewichts das sogenannte Schlichte-Bad anzuwenden, sie habe dieses nur dadurch erreichen können, daß sie das fertige Gewebe kühl gelagert und dadurch eine Ansammlung von Feuchtigkeit herbeigeführt habe, sodaß die Ware bei der Absendung tatsächlich das in der Packliste angegebene Gewicht erreicht habe, das auf dem Transport infolge der Austrocknung wieder zurückgegangen sein möge.

Die Klägerin hat eine Bescheinigung der Port Sudan Forwarding Co vom 21. November 1953 vorgelegt, aus der sich ergibt, daß am 23. August 1952 weitere 9 Ballen verwogen worden sind. Die Gewichte schwankten zwischen 315 und 325 lbs.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Während des Revisionsverfahrens wurde über das Vermögen der Klägerin das Konkursverfahren eröffnet. Die Konkursverwalter haben den Rechtsstreit aufgenommen, sie beantragen die Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

I. Wie das Berufungsgericht unangefochten feststellt, hätte sich bei der im Vertrage vereinbarten Einstellung der Maschinen ein regelmäßiges Gewicht von 8 lbs je Stück ergeben. Das in Khartoum festgestellte Gewicht bleibt hinter diesem nicht mehr zurück, als es der handelsüblichen Toleranz entspricht; die Ware entsprach daher dieser ursprünglichen Vereinbarung. Dem Ferngespräch vom 21. Februar 1952 mißt das Berufungsgericht keine den Vertrag ändernde Bedeutung bei, weil es nachträglich von beiden Parteien schriftlich bestätigt ist, diese Bestätigungen aber in dem entscheidenden Punkte erheblich voneinander abweichen. Die Beklagte hat nicht erklärt, daß die von der Klägerin gewünschte Beschwerung der Ware "ohne weiteres möglich und durchführbar" wäre, sondern sie hat nur versprochen, daß sie versuchen wolle, auf die von der Klägerin angegebene Weise das von dieser gewünschte Gewicht zu erreichen. Da die Klägerin diesem Schreiben nicht widersprochen hat, so blieb es dabei, daß eine Ware von 8 lbs Gewicht mit üblicher Toleranz vertragsmäßig war. Da die Klägerin nach ihrem Vortrag eine Ware von 8 1/2 lbs Gewicht weiterverkauft hatte, so konnte sie mit der von der Beklagten gekauften Ware ihre Lieferungsverpflichtung nicht erfüllen; ihr Anruf bei der Beklagten stellte mithin einen Versuch dar, ihre Rechte und Verpflichtungen aus den beiden Verträgen miteinander in Einklang zu bringen.

II. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts wußte die Beklagte nicht nur - wie unstreitig ist -, daß die Ware nach dem Sudan verkauft war, sondern auch, daß die Klägerin dorthin nach Gewicht verkauft hatte. Wenn die Beklagte die erforderliche Gewichtssteigerung nach ihrem Vortrag dadurch herbeiführte, daß sie die Ware mit Feuchtigkeit tränkte, so konnte diese Steigerung zwar bei der Absendung geschaffen werden, aber sie mußte, wie das Berufungsgericht feststellt,

+

entweder schon auf dem Transport oder spätestens sofort nach der Ankunft infolge der Verdunstung wieder verschwunden sein.

1. Das Berufungsgericht sieht eine positive Vertragsverletzung der Beklagten darin, daß sie die Klägerin nicht spätestens bei Ablieferung der Ware über die Art aufgeklärt hat, wie sie die Beschwerde herbeigeführt hatte. Es führt aus, die Beklagte habe als erfahrener Kaufmann mit der Möglichkeit von Schwierigkeiten und der Entstehung eines Schadens für die Klägerin rechnen müssen, sie habe also den Schaden mit bedingtem Vorsatz herbeigeführt. Dabei verkennt das Berufungsgericht nicht, daß ein Verschulden der Beklagten nur dann gegeben sein kann, wenn sie nicht damit rechnen durfte, die Klägerin werde schon selbst wissen, daß die gewünschte Beschwerde auf dem Wege der Befeuhtung durchgeführt sein müßte.

2. Beide Parteien haben übereinstimmend vorgetragen, daß in der Regel das Gewicht eines Rohgewebes durch das sogenannte Schlichteverfahren, ein besonderes Stärkeverfahren, geschaffen wird. Hierbei werden die Kettgarne vor Beginn des eigentlichen Webvorganges von dem Kettbaum abgespult, durch ein aus Kartoffelstärke oder aus geeigneten Chemikalien bestehendes Tränkbad geführt und zunächst auf einen zweiten Kettbaum aufgezogen, der dann für den eigentlichen Webvorgang mit dem Webstuhl verbunden wird. Die Parteien sind sich auch darüber einig, daß dieses Verfahren dann nicht mehr angewendet werden kann, wenn die Garne bereits über den Webstuhl laufen. Das wird auch von dem gerichtlichen Sachverständigen Voss bestätigt. Wenn die Ketten auf den Webstuhl gespannt sind, kann das Gewicht des Gewebes durch eine engere oder weitere Einstellung der Schußfäden beeinflußt werden. Da im Kaufvertrag eine bestimmte Einstellung vereinbart war, so war die Beklagte zu einer engeren

als der vereinbarten Einstellung nicht verpflichtet, und weder die Klägerin noch der Sachverständige (bei seiner mündlichen Anhörung) oder das Berufungsgericht machen der Beklagten einen Schuldvorwurf daraus, daß sie diesen Weg nicht gegangen ist.

Hat das Gewebe den Webstuhl verlassen, so kann das Gewicht noch durch eine Appretur beeinflußt werden. Eine solche Steigerung hält unstreitig bis zur ersten Wäsche, die Appretur nimmt aber der Ware die Eigenschaft des Rohgewebes und verändert ihre Abmessungen. Deshalb kam nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien auch dieser Weg nicht in Betracht.

Das Befeuchtungsverfahren, wie es die Beklagte nach ihrer Darstellung angewendet hat, wird von ihr unter Berufung auf ein Sachverständigengutachten als brancheüblich bezeichnet: das Berufungsgericht folgert das Gegenteil ohne Rechtsverstoß aus dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen.

3. Daß noch irgend ein anderer Weg zur nachträglichen Beschwerung der Ware möglich gewesen wäre, ist weder von einer der Parteien vorgetragen noch von dem Sachverständigen bekundet worden. Dieser hat sich auf die Äusserung beschränkt, wenn die Klägerin gewußt habe, daß die Ware bereits auf den Webstühlen sei, so habe sie vielleicht annehmen können, daß die Beklagte ein zweckmäßiges Verfahren zur Beschwerung der Ware zur Hand habe, sie habe aber nicht annehmen können, daß die Beklagte das nicht handelsübliche Befeuchtungsverfahren wählen werde. Dieser Erwägung ist das Berufungsgericht erkennbar gefolgt.

Die Revision greift die Erwägung des Sachverständigen als unvereinbar mit den übereinstimmenden Angaben der Parteien über die technischen Möglichkeiten an. Damit setzt

sie sich jedoch in Widerspruch zu den Feststellungen des Berufungsgerichts. Zwar mag die Erhöhung des Feuchtigkeitsgehalts der einzige Weg zur nachträglichen Erhöhung des Gewichts gewesen sein; es ist auch unerheblich, ob diese durch bloße Lagerung in einem kalten Raum herbeigeführt werden konnte oder ob dazu, wie die Klägerin ausgeführt hat, eine Berieselungsanlage erforderlich war. Entgegen der Meinung der Revision war aber diese Erhöhung des Feuchtigkeitsgehalts auch im Bedarfsfall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht branchenüblich; die Behauptung der Revision, der Klägerin habe die Anwendung dieses Mittels klar sein und sie habe jedenfalls mit ihr rechnen müssen, entbehrt daher der erforderlichen tatsächlichen Grundlage. Dasselbe gilt für die Ausführungen der Revision, die Klägerin habe ohne Erfolg eine Täuschung ihrer ausländischen Abnehmer versucht und könne deshalb von der Beklagten keinen Ersatz verlangen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, daß die Klägerin nicht gewußt hat, welchen Weg die Beklagte zur Steigerung des Gewichts versucht hatte.

4. Auch wenn deshalb die Klägerin zur Zeit des Ferngesprächs aus einer Mitteilung der Beklagten entnommen oder ohne eine solche Mitteilung aus anderen Umständen - etwa aus der Zeit, die seit Erteilung des Auftrags schon verstrichen war und die weiter bis zum Termin der Ablieferung noch zur Verfügung stand - geschlossen hätte oder hätte schliessen müssen, daß die Ware sich schon auf den Webstühlen befand, liegt kein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts in der Schlussfolgerung, daß die Klägerin jedenfalls mit einem Versuch der Beschwerung in dieser Art nicht zu rechnen brauchte. Da auch der Beklagten bekannt war oder sein mußte, daß ihr Verfahren nicht handelsüblich und jedenfalls für den beabsichtigten Zweck ungeeignet war, so hätte sie entweder einen Versuch überhaupt nicht versprechen oder doch der Klägerin nicht den Erfolg melden dürfen, ohne zugleich auf das von

ihr angewendete Mittel hinzuweisen. Die darin vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum gesehene positive Vertragsverletzung entfällt auch nicht deshalb, weil die Klägerin keine bestimmte Vorstellung über das von der Beklagten etwa sonst angewendete Mittel hatte oder haben konnte. Zu einer Rückfrage bei der Beklagten hatte sie keine Rechtspflicht.

5. Die Revision ist auch insoweit unbegründet, als sie dem Berufungsgericht einen Rechtsirrtum bei der Beurteilung der Verjährung und der Mängelrüge (§ 377 HGB) vorwirft. Der Anspruch der Klägerin gründet sich nicht auf einen Mangel der Kaufsache und auch nicht, wie die Revision meint, auf eine Verletzung der Verpflichtung der Beklagten, eine Beschwerung der Ware zu versuchen, sondern darauf, daß die Beklagte bei der Klägerin die unrichtige Meinung hervorgerufen hat, der Versuch sei mit handelsüblichen Mitteln erfolgreich durchgeführt worden. Diese Ansprüche haben ihre Grundlage nicht in Eigenschaften der Kaufsache, sie unterliegen weder der kurzfristigen Verjährung (§ 477 BGB) noch sind sie von einer Mängelrüge abhängig.

III. Die Klägerin hat die Ursächlichkeit der Vertragsverletzung für den Eintritt des Schadens zuletzt daraus hergeleitet, daß sie bei Kenntnis des wahren Sachverhalts die von der Beklagten gelieferte Ware nicht an ihren sudanesischen Abnehmer weitergeliefert, sondern anderweit verwendet hätte. Dies hat das Berufungsgericht der Klägerin mit der Begründung geglaubt, daß es der Lebenserfahrung entspreche. Diese Begründung ist nicht, wie die Revision meint, deshalb unschlüssig, weil die Klägerin nicht vorgetragen hat, daß und wie sie eine andere Ware zur Lieferung nach dem Sudan zur Verfügung hatte, die den Bedingungen ihrer Lieferungsverpflichtung entsprach. Die Lieferung der Ware der Beklagten wäre ein Täuschungsversuch gegenüber dem sudanesischen Abnehmer gewesen und es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor,

+

daß die Klägerin ihn bei Kenntnis des Sachverhalts unter-
nommen hätte. Das Berufungsgericht hat aber nicht berück-
sichtigt, daß die Klägerin noch in der Berufungsbegründung
die Auffassung vertreten hat, die Beklagte sei zur Liefe-
rung eines Gewebes mit 8 1/2 lbs Gewicht verpflichtet gewe-
sen. Nur auf dieser, vom Berufungsgericht ausdrücklich ab-
gelehnten Rechtsgrundlage hätte die Klägerin einen Anspruch
auf Ersatz des Schadens, wie sie ihn geltend macht. Unter
dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverlet-
zung kann die Klägerin nur verlangen, so gestellt zu werden,
wie wenn die Beklagte ihre Aufklärungspflicht erfüllt hätte.
Die von der Revision erhobene Rüge der mangelnden Schlüssig-
keit ist daher insofern begründet, als eine Feststellung dar-
über fehlt, was sich ergeben hätte, wenn die Klägerin die
Ware nicht an ihren sudanesischen Abnehmer geliefert hätte.
Sie hätte sich dann eine ihrer Lieferungsverpflichtung ent-
sprechende Ware rechtzeitig anderweit beschaffen müssen oder
wäre ihrem Abnehmer gegenüber wegen Nichterfüllung oder ver-
späteter Erfüllung schadensersatzpflichtig geworden. Für al-
les das, was sie etwa an erhöhtem Kaufpreis oder an Schadens-
ersatz hierbei hätte aufwenden müssen, kann sie nicht von
der Beklagten Ersatz fordern; die Klageforderung, wie sie
erhoben ist, ist daher nur dann begründet, wenn die Klägerin
den Nachweis führt, daß ihr Schade geringer als der jetzt
eingetretene gewesen wäre, wenn sie ihrem sudanesischen Ab-
nehmer entweder gar keine oder eine anderweit beschaffte
Ware geliefert hätte. Dabei wären die etwa erforderlichen
Mehraufwendungen für diese Ersatzware und die etwa für un-
terbliebene oder verspätete Lieferung an den Abnehmer zu
leistenden Zahlungen zu berücksichtigen. Auch hätte die Klä-
gerin auf jeden Fall die von der Beklagten vertragsgemäß
hergestellte Ware abnehmen und bezahlen und anderweitig ab-
setzen müssen. Da es insoweit nicht nur an einer Feststel-
lung, sondern auch an einem Vortrag fehlt, so kann die Mög-
lichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß die hierbei für

die Klägerin entstehenden Aufwendungen den nach ihrem Vortrag an den sudanesischen Abnehmer gezahlten Betrag erreichen oder übersteigen. Es kann daher auch dem Berufungsurteil nicht die Feststellung entnommen werden, daß der Klägerin aus der positiven Vertragsverletzung überhaupt ein Schaden entstanden ist; deshalb durfte der Klageanspruch auch nicht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden.

Das Berufungsgericht hatte von seinem rechtsirrtümlichen Standpunkt aus keinen Anlaß, die Klägerin zu einer anderen als der bisherigen Substantiierung ihrer Ansprüche aufzufordern oder ihre Behauptung zu prüfen, sie habe durch das Geschäft auch ihren Markt im Sudan verloren. Deshalb ist es auch nicht möglich, die Klage wegen mangelnder Substantiierung abzuweisen. Die Sache war vielmehr zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Da eine Entscheidung zur Hauptsache noch nicht möglich ist, so war die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr.Canter Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr.Fischer Dr.Winkelma