

Verkündet laut Protokoll
am 11. Oktober 1956

Braun,
Justizobersekretär
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 S [REDACTED], G [REDACTED] & Co in H [REDACTED],
M [REDACTED]-Str [REDACTED], (Alleininhaber Karl S [REDACTED])

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma "I [REDACTED]" I [REDACTED]-E [REDACTED]-T [REDACTED]-G [REDACTED]
GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Kauf-
mann R [REDACTED], in B [REDACTED], H [REDACTED]-str [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1956 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Kuhn,
Dr. Nörr und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 29. Januar 1955 aufgehoben. Die Sache wird zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung; auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Beide Parteien sind Lebensmittelgroßhändler.

Nach einem vorbereitenden Wechsel von Fernschreiben bestätigte die Beklagte durch Fernschreiben vom 18. Dezember 1953 (Bl 3) der Klägerin den festen Verkauf von "ca. 100 to Steamlard in Fässern, Qualität Vorratsstelle", zum Preise von 2,-- DM per kg, verzollt und untersucht incl. Verpackung ab Lager Hamburg oder Berlin nach unserer Wahl" zur Lieferung in der Zeit vom 5. bis 15. Januar 1954. Die Klägerin bestätigte ihr Einverständnis mit dem Zusatz "daß die Ware vor Übernahme besichtigt werden kann, daß also dieser Kontrakt auf Besicht geschlossen ist."

Nachdem die Klägerin eine Nachfrist gesetzt hatte, teilte die Beklagte ihr am 5. Februar 1954 mit, die Ware sei in Berlin im Lager der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette sofort zu besichtigen. Bei einer am 8. Februar durchgeführten Besichtigung wurde festgestellt, daß die Ware infolge zu langer Lagerung für menschliche Ernährung nicht mehr geeignet und nur noch für technische Zwecke verwendbar war. Am folgenden Tage richtete die Beklagte an die Klägerin ein weiteres Fernschreiben, in dem es heißt:

"Nachdem Ihr Herr Li [REDACTED] die Ware eingehend untersucht und geprüft hatte, kam er zu der Feststellung, daß diese Partie für ihn bzw. Ihre Firma nicht verwendbar wäre und er deshalb von einer Übernahme der 100 to Steamlard Abstand nehmen müßte. Es ist wohl überflüssig, zu betonen, daß wir über diesen Ausfall der Besichtigung nicht erfreut sind. Aber wie Ihnen bekannt ist, sind wir in diesem Falle einzig und allein auf die Vorratsstelle angewiesen. Wir können nur hoffen, daß wir bei dem nächsten Geschäft mehr Erfolg haben."

Die Klägerin teilte daraufhin mit, daß Li [REDACTED] nicht befugt gewesen sei, Erklärungen darüber abzugeben, daß die Klägerin von der Übernahme der Ware Abstand nehme, und for-

derte die Beklagte gleichzeitig auf, unverzüglich eine korrekte Ware zur Besichtigung vorzuführen, wofür der Beklagten eine Frist bis zum 13. Februar 1954 gestellt wurde.

Da die Beklagte weitere Ware zur Besichtigung nicht andiente, erklärte die Klägerin nach nochmaliger Fristsetzung am 23. Februar 1954, daß sie sich anderweit eindecken und die Differenz des Kaufpreises der Beklagten in Rechnung stellen werde. Am 23. Februar 1954 ließ die Klägerin den Preis feststellen; sie verlangte, ohne sich einzudecken, von der Beklagten die Zahlung des Preisunterschieds von 31000 DM. Sie fordert hiervon mit der Klage einen Teilbetrag von 15000 DM.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe die angebotene Ware nicht zu ihrer Verfügung gehabt. Diese sei ihr nur für den Fall einer Verkaufsmöglichkeit der Einfuhr- und Verkaufsstelle in Aussicht gestellt worden. Die Besichtigung der Fette sei der Beklagten nur gestattet worden, um festzustellen, welche Qualität bei einer evtl. Freigabe der Ware zu erwarten sei. Eine Verkaufsmöglichkeit sei in diesem Zeitpunkt noch nicht gegeben gewesen.

Die Beklagte beruft sich zunächst darauf, daß der Vertrag auf Besicht geschlossen sei; er sei dadurch aufgelöst worden, daß die Klägerin die besichtigte Ware abgelehnt habe. Aus der Bezeichnung "Qualität Vorratsstelle" leitet die Beklagte her, es sei nicht Ware mittlerer Art und Güte, sondern die als Bundesreserve in Berlin lagernde Ware, soweit diese zum Verkauf freigegeben wurde, verkauft worden. Hierbei handele es sich, wie auch der Klägerin bekannt sei, um länger - meist ein Jahr - lagernde Ware, bei der die Gefahr der Verderbnis stets gegeben sei. Solche Ware werde im Preise niedriger angeboten als Frischware. Der Tagespreis der Frischware habe am 18.12.1953 2,30 DM per kg betragen. Mit der Vorratsstelle habe die Beklagte besondere



Abmachungen getroffen, die ihr die Lieferung der Ware im Fall der Billigung durch die Klägerin ermöglicht hätte.

Am 22. März 1954 hat die Beklagte der Klägerin 100 to der gleichen Ware zu einem Verkaufspreis von 1,98 DM für 1 kg geliefert. Nach ihrem Vortrag war in der Rechnung vermerkt, daß die Ware in Gemäßheit des Abkommens vom 18.12.1953 geliefert werde. Darauf hat die Klägerin geantwortet, daß die Annahme der Ware "ohne Präjudiz bezüglich der alten Angelegenheit" erfolgt sei. Hierin sieht die Beklagte einen Verzicht der Klägerin auf Schadensersatzansprüche.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszuge hat die Beklagte weiter ausgeführt, es sei der Klägerin von Anfang an bekannt gewesen, daß für die Erfüllung des Vertrages nur die von der Vorratsstelle zu verkau- fende Ware in Betracht käme. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision wiederholt die Klägerin ihre früheren Anträge, die Beklagte be- antragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht folgert aus dem bestätigenden Fernschreiben der Klägerin vom 18. Dezember 1953, daß der Kaufvertrag "auf Besicht" geschlossen war. Diese Auslegung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen und wird auch von der Klägerin in der Revision nicht mehr angegriffen.

Nach § 495 Abs 1 Satz 2 BGB stand also der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Klägerin die ihr angediente Ware billigte. Zu dieser Billigung ist der Käufer auch dann nicht verpflichtet, wenn die angediente

Ware den Vertragsbedingungen entspricht. Der Verkäufer hat auf die Willensbildung des Käufers rechtlich keinen Einfluß. Beeinflußt er sie gleichwohl in unzulässiger Weise, so ist der Klägerin und dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß die rechtlichen Auswirkungen nicht nach den Regeln der Mängelhaftung (§ 459 ff BGB) zu beurteilen sind, sondern nach § 162 BGB. Eine Schadensersatzpflicht ist daher nicht wie im Falle des § 463 BGB von dem Nachweis einer Arglist abhängig, es genügt ein Verstoß gegen Treu und Glauben, der nach § 162 BGB den Verkäufer zwingt, sich so behandeln zu lassen, als hätte sich der Käufer anders entschieden. Daraus kann sich, wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers nach §§ 325, 326 BGB ergeben.

Aber auch abgesehen von diesen Erwägungen ist der Verkäufer nach § 495 Abs 2 BGB verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Kaufgegenstandes zu gestatten. Er muß dabei eine Ware vorlegen, die den vereinbarten Bedingungen entspricht. Verletzt er diese Verpflichtung dadurch, daß er gar keine oder eine andere als die verkaufte Ware vorlegt, so ergeben sich die Folgen wiederum aus §§ 323 ff BGB.

Es kommt daher in erster Linie darauf an, ob die dem Beauftragten der Klägerin zur Besichtigung vorgelegte Ware den Vertragsbedingungen entsprochen hat.

II. Die Klägerin wirft dem Berufungsgericht vor, es habe ihre unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung übergangen, daß unter "steamlard" handelsüblich eine zur menschlichen Ernährung geeignete Ware zu verstehen sei. Die Beklagte, die den Ausdruck "Qualität Vorratsstelle" eingeführt hatte, muß ihn so gelten lassen, wie die Klägerin ihn verstehen durfte. Das Berufungsgericht stellt nun

W

fest, daß die mit "Vorratsstelle" bezeichnete Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette nicht dem Umschlag von Waren dient, sondern lediglich der Einfuhr und Ansammlung der sogenannten Bundesreserve an Nahrungsmitteln für Berlin. Es stellt weiter fest, daß der Natur der Sache nach nur solche Waren zum Verkauf gelangen, bei denen die Gefahr des Verderbs im Falle längerer Lagerung besteht. Schließlich führt es aus, die Klägerin habe die Klausel "auf Besicht" offenbar gerade aus der Erwägung heraus bedungen, daß aus einem Verkauf der Vorratsstelle nur zweifelhafte Qualitäten zu erwarten seien. Darin liegt die Feststellung, daß die Klägerin sowohl die Aufgaben wie auch die Verkaufsgrundsätze der Vorratsstelle kannte. Auch wenn die Verwendung des Wortes "offenbar" eine gewisse Unsicherheit oder Einschränkung der Feststellung bezeichnen soll, bezieht sich diese nach dem Zusammenhang nicht auf die Feststellung dieses Kenntnis, sondern nur auf deren Ursächlichkeit für die Vereinbarung der "Besicht"-Klausel. Eben diese Klausel ist dazu bestimmt, das Qualitätsrisiko für den Käufer dann auszuschliessen, wenn der Kaufvertrag infolge der Umstände des Falles die Möglichkeit offen läßt, daß auch eine den Vertragsbedingungen entsprechende Ware den Wünschen und Interessen des Käufers nicht entspricht.

Hiernach ist dem Berufungsgericht zwar darin zu folgen, daß die Beklagte nicht verpflichtet war, steamlard mittlerer Art und Güte zu liefern, sondern solches steamlard, wie es die Vorratsstelle zum Verkauf stellte. Es kommt daher auch nicht, wie die Revision meint, auf die Frage an, welche Qualitäten die Vorratsstelle überhaupt besaß oder bei sonstigen Gelegenheiten zum Verkauf stellte, vertragsgemäß war vielmehr diejenige Ware, die die Vorratsstelle eben zur Zeit der vereinbarten Besichtigung abzugeben bereit war. Dabei muß es sich jedoch immer noch um eine

Ware handeln, die als "steamlard" zu bezeichnen ist. Wenn daher die Behauptung der Klägerin zutrifft, daß mit diesem Ausdruck jedenfalls eine zur menschlichen Ernährung geeignete Ware bezeichnet wird, so entsprach trotz der beigelegten Klausel "Qualität Vorratsstelle" die zur Besichtigung vorgeführte Ware nicht den vertraglichen Bedingungen. Das Berufungsurteil beruht deshalb insofern auf einem Rechtsirrtum, als es, wie die Revision zutreffend rügt, bei seinen Erwägungen nur den Zusatz "Qualität Vorratsstelle" berücksichtigt hat, aber nicht den nach Behauptung der Klägerin eine bestimmte Mindestqualität bezeichnenden Ausdruck "steamlard". Deshalb kann das Berufungsurteil mit dieser Begründung nicht aufrecht erhalten werden.

III. Richtig ist, daß die Klägerin bei der abstrakten Schadensberechnung nicht von der Preisfeststellung ausgehen kann, die sich auf steamlard mittlerer Art und Güte bezieht. Sie kann nur den Preis für eine solche Ware zu Grunde legen, die noch eben, wenn auch mit erheblichen Einschränkungen, zur menschlichen Ernährung geeignet war. Hierdurch verliert aber die Klage nicht, wie die Beklagte meint, ihre Schlüssigkeit, es bedarf nur eines anderen Nachweises für die von der Klägerin behauptete Höhe des Schadens. Deshalb kann das Berufungsurteil auch nicht mit dieser abweichenden Begründung aufrecht erhalten werden, es war vielmehr aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

1. Hierbei wird das Berufungsgericht in erster Linie die Behauptung zu prüfen haben, ob unter "steamlard" stets eine noch zu menschlicher Ernährung geeignete Ware zu verstehen ist, selbst wenn vertragliche Zusätze eine Qualitätsminderung rechtfertigen. Dabei wird es bedeutsam sein

können, daß beide Parteien unstreitig Lebensmittelgroßhändler sind.

2. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls auch Gelegenheit zur nochmaligen Prüfung haben, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben können, daß die Beklagte nach der Behauptung der Klägerin nicht in der Lage gewesen wäre, die zur Besichtigung gestellte Ware zu liefern. Es hat diese Frage deshalb nicht geprüft, weil es einen hinreichenden Beweisantritt der Klägerin darüber vermißt. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn es das Schreiben der Vorratsstelle vom 25. Februar 1954 nicht als hinreichenden Beweis dafür würdigt, was die Vorratsstelle im Falle einer Billigung der besichtigten Menge am 8. Februar getan hätte. Es wird jedoch zu beachten sein, daß die Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 19. August 1954, Bl 4 (GA Bl 72) und vom 19. Januar 1955, Bl 17 (GA Bl 86) gerade hierfür Zeugenbeweis durch Benennung des Dr. Ko [REDACTED] angetreten hatte. Dieser Beweisantritt wird nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden können, daß ein "treuwidriges Verhalten" als solches eine Schlußfolgerung und ein Werturteil darstelle. Auch wenn nicht schon aus dem Zusammenhang des Vortrags zu entnehmen ist, die Klägerin wolle die mangelnde Bereitschaft der Vorratsstelle zur Lieferung irgendeiner Menge unter Beweis stellen und daraus den Schluß auf ein treuwidriges Verhalten der Beklagten ziehen, so kann es angezeigt sein, die Klägerin über den Inhalt und Sinn ihres Beweisantritts zu befragen.

3. Die Klägerin wird auf jeden Fall Gelegenheit zum Beweisantritt dafür haben, wie hoch am 23. Februar 1954 der Preis nicht für "steamlard mittlerer Art und Güte", sondern für "steamlard Qualität Vorratsstelle" war. Dabei wird es bedeutsam sein können, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, am 18. Dezember 1953 sei die Spanne zwischen dem

Preis für Frischware und dem Vertragspreis etwa gleich hoch gewesen wie sie für den 23. Februar 1954 festgestellt ist.

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

Dr. Selowsky Dr. Delbrück Dr. Kuhn Nörr Dr. Haager