

Verkündet
am 5. Dezember 1952
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

- Versäumnisurteil -

In Sachen

1. des Kaufmannes Walter R. in H. S. str.,
2. des Kaufmannes Kurt S. in H. B. S. Weg,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Buchprüfer Otto E. in H. -H., W. strasse, als Verwalter im Konkurse der Firma S., früher K.-M. GmbH, jetzt A.-Gesellschaft m.b.H. in H. -H., H. strasse,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. -

hat der Bundesgerichtshof, Erster Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1952 unter Mitwirkung der Bundesrichter Prof.Dr.Lindenmaier, Dr.Heidenhain, Dr.Bock, Dr.Krüger-Nieland und Dr.Benkard.

durch Versäumnisurteil
für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 17. Juli 1951 wird aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsstreits, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die durch die Säumnis des Revisionsbeklagten entstandenen Kosten fallen diesem zur Last.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten haben von der Firma S [REDACTED], Maschinenfabrik in H [REDACTED]-H [REDACTED], Getriebe für Speiseeismaschinen gekauft und an die Maschinenfabrik Robert W [REDACTED] in B [REDACTED] in Württemberg weiterverkauft. Am 24. Mai 1949 hat die Klägerin 5 Speiseeismaschinen-Getriebe und am 1. Juni 1949 zehn weitere Getriebe im Auftrage der Beklagten direkt an die Firma W [REDACTED] in B [REDACTED] geliefert. Die letztere Sendung ist am 7. Juni 1949 in B [REDACTED] eingetroffen. Der Ankunfts-tag der ersten Sendung steht nicht fest. Die Firma Robert W [REDACTED], die schon Anfang April 1949 zwei Getriebe ähnlicher Bauart durch die Beklagten von der Klägerin bezogen hatte, hat die 15 Getriebe angenommen, ohne sie zu bemängeln. Erst Anfang Juli 1949 hat sie ein am 5. Juli 1949 bei den Beklagten eingegangenes Reklamations-schreiben des nachstehenden Inhalts an die Beklagten gerichtet:

"Wir ersuchen Sie, folgende Tatbestände der Fa. S [REDACTED], H [REDACTED]-H [REDACTED], sofort nach Eingang weiterzuleiten.

Sämtliche verchromte Teile an diesen Getrieben zeigen jetzt schon Rostnarben auf, sodaß uns die Getriebe von unseren Abnehmern zur Verfügung gestellt werden, und nicht nur das Getriebe, sondern die ganze Anlage, weil es einen wesentlichen Bestandteil der Anlage darstellt und die Kunden auch die Zahlung der gesamten Anlage zurückhalten.

Auf Grund unserer Untersuchungen, welche von den Unterzeichneten persönlich durchgeführt wurden, sind die verchromten Teile nicht aus Messing, sondern aus Eisen hergestellt. Die Erfahrung hat gezeigt, daß eine Verchromung von derartigen Eisenteilen nicht hält, weil

- 3 -

das Chrommetall durch die Bearbeitung blättert und die Verchromung in diesen - nicht einmal mit einem Mikroskop festzustellenden Rissen - unterbrochen ist und besonders durch die Bearbeitung von verschiedenen Chemikalien ein Verrosten eintreten muß.

Aus vorstehenden Gründen befinden wir uns in einer ausserordentlich schwierigen Lage, einmal dadurch, daß wir unsere Lieferung nicht bezahlt bekommen und zum andern wird uns unter Bekanntgabe einer Nachlieferungsfrist Deckungskauf angedroht.

Aus diesem Grunde müssen wir Ihnen sämtliche Getriebe, die wir von Ihnen bezogen - auch diejenigen, welche wir noch nicht eingebaut haben - , wieder zur Verfügung stellen."

Später haben die Beklagten mit dem Schreiben vom 15.7.1949 noch ein weiteres ihnen von der Firma W. zugewandenes Rügeschreiben der Firma W. an die Klägerin weitergegeben. Die Klägerin hat die Rügen der Beklagten nicht gelten lassen, sondern von den Beklagten unter Klageandrohung die Bezahlung der Getriebe verlangt. Als aber der Fabrikant Robert W. jun. im Oktober 1949 den Inhaber der Klägerin persönlich kennen lernte und ihm gegenüber die Mängel der Getriebe beanstandete, ließ dieser sich, ohne geltend zu machen, daß die Mängelrüge verspätet sei, auf Verhandlungen ein, in deren Verlauf er Robert W. versprach, die in B. bei der Firma W. liegenden Getriebe zu besichtigen, um ihre Mängel festzustellen. Dies hat er später gelegentlich eines Besuchs in B., bei dem er Neukonstruktionen seiner Fabrik vorführte, auch getan und die Firma W. aufgefordert, die Getriebe in



seine Fabrik in H[REDACTED] zurückzuschicken. Wahl hat 13 Getriebe zurückgeschickt und zwei Getriebe zurückbehalten, um einen Beweis für die mangelhafte Beschaffenheit der Getriebe in Händen zu behalten. Die Klägerin hat der Firma W[REDACTED] durch ein Schreiben vom 7. Dezember 1949 mitgeteilt, daß sie die Getriebe nach ihrer Rücksendung auf ihren ordentlichen Zustand überprüfen und nach einwandfreier Instandsetzung noch im Dezember 1949 wieder zusenden werde. Durch ein Schreiben des Rechtsanwalts Ri[REDACTED] in B[REDACTED] vom 8. Dezember 1949 an die Beklagten hat die Firma W[REDACTED] von den Beklagten und vorsorglich auch von der Klägerin die Wandelung des Vertrages verlängert. Darauf ist die Klägerin nicht eingegangen. Sie hat vielmehr die ihr zurückgeschickten Getriebe für fehlerfrei erklärt und verlangt mit der Klage die Bezahlung des Preises der Getriebe mit 23.647,50 DM mit der Behauptung, daß die Wandelung durch ihre Lieferungsbedingungen ausgeschlossen sei. Die Beklagten halten ihre Behauptungen über die Mängel der Getriebe aufrecht und machen geltend, daß die Klägerin, an die die Firma S[REDACTED] Maschinenfabrik ihre Ansprüche abgetreten hat, zur Beseitigung der Mängel ausserstande sei, weil die von der Klägerin hergestellten Getriebe gegen ein fremdes Patent verstießen, ohne dessen erneute Verletzung die Klägerin die Getriebe auch nicht wiederherstellen könne.

Das Landgericht in Hamburg hat die Klage durch das Urteil vom 21. September 1950 abgewiesen. Das Oberlandesgericht in Hamburg hat die Beklagten durch das Urteil vom 17. Juli 1951 verurteilt, an die Klägerin 23.647,50 DM "Zug um Zug gegen ordnungsmässige Lieferung der streitigen 15 Getriebe zu zahlen". Gegen dieses Urteil richtet

sich die Revision der Beklagten, welche die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Nach Erlass des Berufungsurteils ist die Klägerin am 27. Juli 1951 in Konkurs geraten. Der Konkursverwalter hat den Rechtsstreit aufgenommen. Zu dem auf den 5. Dezember 1952 anberaumten Verhandlungstermin ist die Klagpartei z.H. ihres Prozeßbevollmächtigten am 13. August 1952 geladen worden, war jedoch in diesem Termin nicht vertreten. Die Beklagten haben Versäumnisurteil beantragt.

Entscheidungsgründe:

Dem Antrage auf Erlass des Versäumnisurteils gegen die nicht erschienene Klägerin und Revisionsbeklagte kann nur insoweit entsprochen werden, als sich die Revision der Beklagten als begründet erweist. Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Wandlungseinwand der Beklagten unbegründet sei, weil eine Wandlung nach den Lieferungsbedingungen der Klägerin nicht zulässig sei, und daß deshalb nur eine Nachbesserung der fehlerhaften Getriebe in Frage komme, sind Bedenken nicht zu erheben. Die Revision beanstandet aber mit Recht, daß das Berufungsgericht gegen die Beklagten ein Urteil auf Zahlung von 23.647,50 DM Zug um Zug gegen ordnungsmäßige Lieferung der streitigen 15 Getriebe erlassen hat, ohne auf den Einwand der Beklagten einzugehen, daß dieses Urteil auf eine unmögliche Leistung gerichtet sei, weil die Klägerin die ihr von der Firma W. übersandten Getriebe nicht mehr besitze und deshalb ausserstande sei, sie gegen Zahlung an die Beklagten zu liefern. Das Berufungsgericht

hätte diesen auf die Feststellungen des Sachverständigen Alfred Ra[REDACTED] gestützten Einwand nicht mit Stillschweigen übergehen dürfen. Tatsächlich ist das Berufungsgericht auf den Einwand der Beklagten mit keinem Worte eingegangen. Der Sachverständige Rathke hat in seinem Gutachten erklärt, daß die Klägerin ihm nicht ein einziges der beanstandeten Getriebe, deren Untersuchung dem Sachverständigen aufgegeben war, habe vorlegen können. Die Klägerin ist nicht einmal in der Lage gewesen, genaue Angaben über den Verbleib der Getriebe zu machen. Ihr Angestellter Sonnenfeld hat angegeben, daß möglicher Weise der Gerichtsvollzieher die streitigen Getriebe gepfändet und abtransportiert habe; genau könne er das aber nicht sagen. Bei dieser Sachlage ist es völlig unklar, ob die Klägerin überhaupt noch imstande ist, dem Berufungsurteil Folge zu geben. Man weiß nicht, ob sie heute noch bei dem Einsatz ausreichender Bemühungen, den Verbleib der Getriebe ermitteln, diese zurückzuerwerben und an die Beklagten liefern könnte oder ob diese Leistungen vollständig unmöglich sind. Das Berufungsgericht durfte nicht ein Urteil erlassen, das der Klägerin eine Leistung auferlegte, die nach der Behauptung der Beklagten zum mindesten für die Klägerin unmöglich war, ohne zu prüfen, ob und inwieweit der Einwand der Beklagten berechtigt war.

Hiernach musste das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten, an das Berufungsgericht zurückver-

wiesen werden. Die durch die Säumnis der Revisionsbeklag-
ten entstandenen Kosten waren dieser zur Last zu legen.

Lindenmaier

Heidenhain

Bock

Krüger-Nieland

Benkard