

Verkündet
am 2. Februar 1954

Grunau, 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 D[REDACTED]-H[REDACTED] Handelsgesellschaft John
A. V[REDACTED] GmbH in Liquidation, vertreten durch den
Liquidator Rechtsanwalt Helmut von B[REDACTED], M[REDACTED],
M[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

- 1) den Kaufmann Friedrich P[REDACTED], B[REDACTED], P[REDACTED]
Straße [REDACTED],
- 2) den Kaufmann Ernst N[REDACTED] als Konkursverwalter über das
Vermögen der F[REDACTED] GmbH, B[REDACTED], F[REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Wilde, Dr. Bock, Dr. Birnbach, Dr. Christoph
und Dr. Weiss

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin, mitge-
teilt an die Klägerin am 31. Mai 1952, an die Beklag-
ten am 13. Mai 1952, aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann A. V. [REDACTED] und der Beklagte zu 1), ebenfalls ein selbständiger Kaufmann, schlossen am 28. November 1949 einen Vertrag auf Lieferung einer bestimmten Menge Medikamente seitens des Erstgenannten im Tausch gegen Lieferung von 200 Unitherm- (Kurzwellen) Geräten der Firma F. [REDACTED] B. [REDACTED] seitens des Beklagten zu 1). Die Geräte sollten betriebsfertig einschließlich Röhren geliefert werden. Der Beklagte zu 1) übernahm die Haftung für einwandfreie Beschaffenheit der Geräte. Der Tausch sollte in Teillieferungen stattfinden, und zwar sollten jeweils die gleiche Anzahl Medikamente (in Prozenten der Gesamtmenge) wie Unitherm-Geräte getauscht werden. Der Tausch musste bis zum 20. Dezember 1949 abgeschlossen sein, jedoch sollte eine Nachlieferung von Röhren bis zum 31. Dezember 1949 erfolgen können.

Der Erstbeklagte lieferte zunächst Anfang Dezember 1949 57 Unitherm-Geräte unter Einbeziehung von zwei Geräten, die Vorstenbosch bereits vor Vertragsschluß im September 1949 als Muster erhalten hatte. Für 26 dieser Geräte fehlten die zugehörigen Röhren. Dafür erhielt der Beklagte zu 1) von Vorstenbosch 99 Kisten Medikamente, die er alsbald der Herstellerfirma der Geräte zur Sicherung seiner Kaufpreisschuld verpfändete.

Zu weiteren Lieferungen ist es beiderseits nicht gekommen. Am 22. Dezember 1949 telegraphierte der Erstbeklagte an V. [REDACTED], daß er die restlichen 143 Geräte seit dem 20. Dezember 1949 abnahmebereit halte und daß die Röhren vertragsgemäß folgen würden. Er erbitte Anweisung an den Berliner Vertreter des Lieferungsempfängers E. [REDACTED], da dieser die Abnahme verweigert habe. Dieses Telegramm bestätigte der Erstbeklagte unter dem 25. Dezember 1949

- 3 -

nochmals schriftlich und bat erneut um postwendende Erklärung. V [REDACTED] telegraphierte erst am 12. Januar 1950 "Besuch E [REDACTED] nächste Woche abwarten, bringt Anweisungen mit",

Die Klägerin behauptet, den Tauschvertrag von vornherein durch ihren damaligen einzigen Geschäftsführer Vorstenbosch im eigenen Namen abgeschlossen zu haben. Der Beklagte habe gewusst, daß V [REDACTED] die Vertragserklärungen in ihrem Namen abgegeben habe. Zum mindesten habe sie die Rechte aus dem Verträge durch Abtretung am 3. Dezember 1949 von V [REDACTED] erworben. Sie behauptet weiter, der Erstbeklagte sei entgegen seinem Angebot am 20. Dezember 1949 nicht in der Lage gewesen, die restlichen Unitherm-Geräte zu liefern und ihr Vertreter E [REDACTED] sei daher am 21. Dezember 1949 wegen Verzuges vom Verträge zurückgetreten. Diesen Rücktritt will sie unter dem 22. Dezember 1949 nochmals schriftlich erklärt haben.

Die Klägerin verlangt mit der am 21. Februar 1951 eingegangenen Klage vom Erstbeklagten die Rückgabe der noch in seinem Besitz befindlichen 42 Kisten mit Medikamenten. Für weitere 57 Kisten mit Medikamenten, die nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Herstellerfirma durch den Konkursverwalter, den Zweitbeklagten, auf Grund des Pfandrechtes der Gemeinschuldnerin verkauft worden seien, verlangt sie von beiden Beklagten Herauszahlung des Erlöses von 30.412,75 DM nebst Zinsen, abzüglich eines Teilbetrages von 264,20 DM, dessen Zahlung an die Gerichtskasse des Landgerichts Berlin auf Grund einer ausgebrachten Pfändung verlangt wird.

Sie stützt diese Ansprüche gegen den Erstbeklagten auf den von ihr erklärten Rücktritt und auf Wandelung des Tau-



sches wegen arglistig verschwiegener Mängel der gelieferten Geräte. Sie behauptet, es habe sich bei diesen Geräten um eine Fehlkonstruktion gehandelt, weil die technischen Daten der Geräte nicht mit den dazu bezogenen Röhren von Philipps-Valvo übereingestimmt hätten und weil die Geräte infolgedessen für den vorgesehenen Zweck untauglich gewesen seien.

Den Zahlungsanspruch gegen beide Beklagte stützt die Klägerin darauf, daß beide Beklagte ihr vorgespiegelt hätten, das Pfandrecht der Gemeinschuldnerin bestehe zu Recht. Dadurch habe sie sich zur Einwilligung in den Verkauf von 57 Kisten Medikamenten und die Auszahlung des Erlöses an den Zweitbeklagten als Konkursverwalter bestimmen lassen. In Wirklichkeit habe der Erstbeklagte gegen die Kaufpreisforderung der Gemeinschuldnerin mit seinen Gewährleistungsansprüchen wegen der Unbrauchbarkeit der Geräte aufgerechnet, die Pfandforderung auf diesem Wege getilgt und sich mit dem Zweitbeklagten den Erlös des Pfandes geteilt. Der Erlös sei gar nicht in die Konkursmasse geflossen.

Die Beklagten beantragen Klageabweisung.

Der Erstbeklagte bestreitet den Vortrag der Klägerin, insbesondere ihre Aktivlegitimation, den von ihr behaupteten Rücktritt, den Empfang des Rücktrittschreibens, die Mangelhaftigkeit der Lieferung wie auch seine Kenntnis von den angeblichen Mängeln der gelieferten Geräte. Er behauptet, die Klägerin sei selbst zur Rückgabe der Geräte nicht mehr in der Lage, da sie sie weiter veräußert habe. Er behauptet ferner, die Klägerin habe sich am 20. Dezember 1949 selbst im Annahmeverzug befunden. Er wendet Verspätung der Mängelrüge und Verjährung des Wandlungsanspruchs ein. Eine Täuschung über den Bestand der Pfandforderung und eine Vereinbarung über die Teilung des Pfanderlöses bestreiten beide

Beklagten. Der Beklagte zu 1) macht hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Rückgabe der Geräte geltend.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Aktivlegitimation der Klägerin auf Grund erwiesener Abtretung für gegeben. Es weist die Klage ab, weil sich der Erstbeklagte selbst bei Unterstellung einer Rücktrittserklärung der Klägerin am 20. Dezember 1949 nicht im Verzug befunden habe. Der Rücktritt sei allenfalls damit begründet worden, daß der Erstbeklagte ausser den restlichen Geräten die fehlenden 26 Röhren der Erstlieferung nicht geliefert habe. Diese Leistung habe die Klägerin aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht fordern dürfen, weil der Vertrag eine Nachlieferung der Röhren bis zum 31. Dezember 1949 zugelassen habe. Das Berufungsgericht hält eine nachträgliche Begründung des Rücktritts mit anderen Tatsachen für unzulässig. Die Mängelrüge der Klägerin sei verspätet. Die Klägerin habe es an der für einen Handelskauf erforderlichen alsbaldigen Untersuchung der Ware fehlen lassen. Außerdem seien Gewährleistungsansprüche erst mit der im Februar 1951 erhobenen Klage geltend gemacht worden und deshalb verjährt. Eine arglistige Verschweigung der Mängel durch den Erstbeklagten sieht das Berufungsgericht als nicht bewiesen an. Die behauptete Verständigung der Beklagten untereinander auf Vortäuschung einer begründeten Pfandverwertung läßt das Berufungsgericht ungeprüft, weil die Klägerin durch die Pfandverwertung nicht geschädigt worden sei. Das Pfand habe dem Erstbeklagten gehört, die Klägerin aber habe weder einen Anspruch auf Rückgabe der noch vorhandenen Geräte noch einen Anspruch

auf Zahlung des Ersatzes der Geräte gehabt, die nicht mehr herausgegeben werden könnten. Das Wort "Geräte" wird hier vom Berufungsgericht offenbar irrtümlich an Stelle des Wortes "Medikamente" gebraucht, da Klägerin nur Medikamente zu liefern hatte.

I. Das Berufungsgericht hat es unterlassen, die Klagegrundlage des behaupteten Rücktritts zu prüfen.

Die Klage aus Rücktritt ist zunächst insoweit nicht schlüssig, als es sich um 31 Geräte handelt, die der Erstbeklagte bis zum 21. Dezember 1949 vollständig geliefert hatte. Der Rücktritt ist auf Verzug gestützt, Hinsichtlich dieser vollständigen 31 Geräte war der Erstbeklagte nicht im Verzuge. Der Vertrag war insoweit beiderseits erfüllt, und der behauptete Verzug des ^{Erst-}Beklagten könnte gemäß § 326 Abs 1 Satz 3 in Verb. mit § 325 Abs 1 Satz 2 BGB nur dann die Grundlage für den Rücktritt der Klägerin auch von dem erfüllten Teil des Vertrages bilden, wenn sie schlüssig dargelegt hätte, daß diese teilweise Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges des ^{Erst-}Beklagten mit der Restlieferung für sie kein Interesse mehr gehabt habe. Daran hat es die Klägerin fehlen lassen. Nach dem Vertrage waren Teillieferungen von beiden Teilen vorgesehen. Ein Wegfall des Interesses der Klägerin an den bereits erhaltenen Lieferungen ist deshalb nicht ohne weiteres zu vermuten. Mit den jetzt behaupteten Mängeln der Geräte ist der Wegfall des Erfüllungsinteresses nicht begründet worden. Aus ihnen werden nur Gewährleistungsansprüche hergeleitet, die den Fortbestand des Vertrages voraussetzen.

Hinsichtlich des Tausches der unvollständig gelieferten 26 Geräte wäre ein Rücktritt möglich gewesen. Das Berufungsgericht hätte aber hier prüfen müssen, ob ein Fixgeschäft vorlag. Denn nur im Falle eines Fixgeschäftes war

ein Rücktritt ohne Nachfristsetzung wirksam. Für das Vorliegen eines Fixgeschäftes ist nicht allein der Wortlaut des Vertrages entscheidend, sondern die gesamten Umstände des Vertragsschlusses. Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, ob eine solche Prüfung stattgefunden und welche Schlüsse das Gericht daraus gezogen hat. Wesentlich war dabei auch die Feststellung, ob es sich um ein kaufmännisches oder ein bürgerlichrechtliches Fixgeschäft handelte.

Denn im Falle des kaufmännischen Fixgeschäftes hätte die Klägerin nach § 376 Abs 1 HGB den Leistungsanspruch verloren, wenn sie nicht sofort nach Ablauf der Erfüllungsfrist dem ^{Erst-}Beklagten anzeigte, daß sie auf Erfüllung bestehe. Sie wäre alsdann auf die Rücktritts- oder Schadensersatzansprüche angewiesen gewesen. Diese Rechte blieben ihr, auch wenn sie den Rücktritt erst später, z.B. mit der Klageerhebung erklärt hätte. Im Falle des bürgerlichrechtlichen Fixgeschäftes dagegen hätte sie den Rücktritt alsbald nach Ablauf der Lieferfrist erklären müssen (§§ 361, 242 BGB). Tat sie es nicht, so verlor sie den Anspruch auf den Rücktritt. Eine spätere Wiederholung der Rücktrittserklärung wäre unwirksam gewesen (vgl Palandt § 361 Anm 2). Da das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, daß beide Vertragsschließenden Vollkaufleute waren, muß im Folgenden unterstellt werden, daß es sich entsprechend dem ungeprüft gebliebenen Vortrage der Klägerin um ein kaufmännisches Fixgeschäft gehandelt hat.

Die Klägerin wäre unter dieser Voraussetzung berechtigt gewesen, bei Nichteinhaltung der Lieferfrist des Erstbeklagten vom Vertrage zurückzutreten. Es mag dahingestellt bleiben, ob die von ihr behauptete Rücktrittserklärung vom 21. Dezember 1949 die beiderseits unerfüllten Lieferverpflichtungen zur Aufhebung gebracht hat. Denn dieser Teil der Vertragsleistungen ist nicht Gegenstand der Klage. Sie

betrifft vielmehr ausschließlich den bereits teilweise erfüllten Inhalt des Tauschvertrages. Das Berufungsgericht hat irrtumsfrei ausgeführt, daß hinsichtlich dieses Teiles des Vertrages die Rücktrittserklärung verfrüht und damit wirkungslos gewesen sei, weil der Erstbeklagte insoweit noch eine Lieferfrist bis zum Ende Dezember 1949 gehabt habe. Damit ist ein Rücktrittsrecht der Klägerin aber noch nicht endgültig entfallen. Nach dem Vortrage der Klägerin hat der Erstbeklagte die ihm obliegende Lieferung der fehlenden 26 Röhren weder bis Ende Dezember 1949 noch überhaupt bewirkt. Die Klägerin hätte also spätestens im Januar 1950 zum mindesten insofern vom Vertrage zurücktreten und den auf diese 26 unvollständig gelieferten Geräte entfallenden Teil der Medikamente zurückfordern können. Sie hat den Rücktritt spätestens mit der Klage erklärt und war dazu nach den oben bereits gegebenen Darlegungen im Rahmen eines kaufmännischen Fixgeschäftes auch in der Lage.

Diese Erhaltung des kaufmännischen Rücktrittsrechtes hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Das läßt sich nicht durch den Hinweis auf eine Rechtsprechung rechtfertigen, die das Nachschieben von nachträglich entstandenen Gründen für eine früher ausgesprochene Vertragsauflösung für unzulässig erklärt. Denn hier handelt es sich nicht um eine nachträgliche Rechtfertigung einer verfrühten Rücktrittserklärung, sondern um die Wirksamkeit der in der Klage ausgesprochenen neuen Rücktrittserklärung mit neuer Begründung. Dieser erneuten Erklärung stehen keine rechtlichen Bedenken im Wege.

Der Erstbeklagte weist darauf hin, daß er nach der Ablehnung der Vertragserfüllung durch die Klägerin nicht mehr zur Nachlieferung der fehlenden Röhren verpflichtet gewesen sei. Das ist nicht richtig. Der ^{Erst-}Beklagte setzt sich hier mit seinem eigenen Vortrage in Widerspruch, daß er die Erklärung E[REDACTED]s vom 21. Dezember 1949 nicht als Rücktritts-

erklärung oder endgültige Vertragsablehnung angesehen habe. Auch der vom Berufungsgericht festgestellte Inhalt der Erklärung Ellrichs ergibt, daß er am 21. Dezember 1949 gerade auf Lieferung der fehlenden Röhren bestanden und aus ihrer Nichtlieferung die für den erfüllten Teil des Vertrages freilich verfrühte Folge des Rücktritts gezogen hat. Davon abgesehen wird aber das Fortbestehen der Lieferpflicht des ^{Erst-}Beklagten entscheidend durch den Umstand begründet, daß er bereits den ganzen Gegenwert seiner Lieferung erhalten hatte und sich jeder Auflösung des Vertrages insoweit widersetzte. Er war deshalb, wenn er der Klägerin keinen Anlaß zum erneuten Rücktritt geben wollte, gezwungen, sie hinsichtlich seiner Nachlieferungsverpflichtung rechtzeitig zu befriedigen. Dazu stand ihm für den Fall der Annahmeverweigerung der Klägerin das Mittel der Hinterlegung der Ware gemäß § 373 Abs 1 HGB offen. Nur auf diesem Wege konnte er die Nichterfüllung des Fixgeschäftes mit ihren aus § 376 HGB sich ergebenden Folgen vermeiden. Sollte also das Berufungsgericht zur Annahme eines handelsrechtlichen Fixgeschäftes kommen, so wird es ermitteln müssen, wieviel der von der Klägerin gelieferten Medikamente auf die unvollständig gebliebene Lieferung des Erstbeklagten entfallen. Es wird ferner prüfen müssen, ob die Klägerin selbst noch insoweit zur Rückgabe der Geräte im Stande ist oder nach den Behauptungen der Beklagten sich selbst gemäß § 351, 353 BGB die Rückgabe der Geräte unmöglich gemacht hat.

II. Auf die Gewährleistungsansprüche der Klägerin kommt es nur an, soweit die Klagegrundlage des Rücktritts versagt. Das Berufungsgericht führt irrtumsfrei aus, daß die Klägerin, soweit es sich um offenbare Mängel der Unitherm-Geräte handelte, durch Versäumung der nach § 377 HGB notwendigen Mängelrüge und durch Ablauf der Verjährungsfrist möglicherweise gegebene Gewährleistungsansprüche verloren

habe. Zu den offenbaren Mängeln würden auch solche gehören, die bei einer gemäß § 377 HGB der Klägerin obliegenden Sachverständigen-Untersuchung zu Tage getreten waren. Es handelte sich um medizinische Instrumente, deren einwandfreie Funktion für den im Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht von der Klägerin selbst, sondern nur durch Sachverständige geprüft werden konnte. Der Vortrag der Klägerin über die Art und den Umfang der behaupteten Mängel reicht zur Zeit nicht aus, um bereits zu entscheiden, ob es sich ausschließlich um solche für die Klägerin erkennbare Mängel gehandelt hat. Das wird das Berufungsgericht noch klären müssen. Die Replik der Klägerin gegenüber der Verjährungseinrede, der Erstbeklagte habe ihr die Mängel der Geräte arglistig verschwiegen, ist zwar schlüssig, aber bisher von der Klägerin nicht ausreichend belegt worden. Die von ihr behauptete Zusicherung der einwandfreien Funktion der Geräte und die behauptete Kenntnis des Erstbeklagten von der Erhebung zahlreicher Reklamationen anderer Besteller beim Lieferwerk würden nicht ausreichen, um die Arglist des Erstbeklagten zu belegen, zumal da die Klägerin 2 Geräte vor Vertragsabschluß als Probe erhalten hatte. Der Tauschvertrag enthält keine Zusicherung des Erstbeklagten, sondern nur die Betonung seiner ohnehin gegebenen Haftung für einwandfreie Funktion. Die Kenntnis des Erstbeklagten von Beanstandungen anderer Käufer der Geräte ist nicht gleichbedeutend mit seiner Kenntnis von dem Vorliegen tatsächlicher Mängel. Selbst die Kenntnis solcher Mängel würde allein ein arglistiges Verschweigen nicht erweisen. Dazu wäre vielmehr erforderlich, daß die Klägerin nachweisen könnte, der Erstbeklagte habe ihr diese Mängel in der Erwägung verschwiegen, daß die der Klägerin obliegende Untersuchung die Mängel nicht aufzeigen werde, oder daß die Klägerin sich durch sein Verhalten von einer solchen Untersuchung abhalten lassen werde. In dieser Richtung enthält das Klagevorbringen bisher keinen

Anhalt. Infolgedessen war die von der Revision gerügte Übergehung von Beweisanträgen der Klägerin für die Kenntnis des ^{erst-}Beklagten von den Mängeln der Geräte nicht entscheidungserheblich.

III. Der Zahlungsanspruch der Klage würde bei Durchgreifen des Rücktritts der Klägerin gegen den Erstbeklagten schon aus § 347 BGB gerechtfertigt sein, soweit die verkauften Medikamente den Gegenwert der vom Rücktritt betroffenen Geräte darstellen, worüber jedoch bisher Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen. Gegen beide Beklagte wird er ausserdem aus sittenwidriger Täuschung der Klägerin über das Bestehen eines rechtswirksamen Pfandrechts der Gemeinschuldnerin an den Medikamenten hergeleitet. Das Berufungsgericht ist auf diese Behauptungen nicht eingegangen, weil bei Versagen der Rücktritts- und Wandelungsansprüche kein Rückgaberecht der Klägerin verletzt oder beeinträchtigt worden sei. Da diese Voraussetzung bisher nicht eindeutig feststeht, sondern vom Berufungsgericht in der erneuten Verhandlung gegebenenfalls anders beurteilt werden müßte, läßt sich die Übergehung der Beweisanträge über die behauptete Täuschung noch nicht rechtfertigen.

Nach alledem musste die Revision zur Aufhebung des

angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht führen.

Wilde Birnbach Bock Christoph Weiss