

2527 057

I ZR 219/52

Verkündet
am 21. Nov. 1953

unau, 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 N [REDACTED] O [REDACTED] GmbH, vertreten
durch ihren Geschäftsführer Conrad M [REDACTED] in
H [REDACTED] S [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

die Firma Hermann [REDACTED] H [REDACTED] & Co mbH, vertreten
durch ihre Geschäftsführer Walter W [REDACTED] und
Georg W [REDACTED] in H [REDACTED], K [REDACTED],
H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.
Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 27. November 1953 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier,
Dr. Birnbach, Wilde, Dr. Mastelski und Dr. Christoph

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 2. September
1952 wird auf Kosten der Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Laut Verkaufs- und Kaufbestätigung vom 30. September 1948 verkaufte die Klägerin, die ein Handelsunternehmen ist, an die Beklagte, die ein Oelmühlenwerk betreibt, ca 200 t "Paraffin-Produkt 2012". Bei der Ware handelt es sich um ein bei der Entparaffinierung von Rohcelrückständen gewonnenes Produkt, das von der D [REDACTED] V [REDACTED] O [REDACTED]-AG in Bremen-Oslebshausen als "Paraffin-Produkt 25000" hergestellt und vertrieben und von der Klägerin auch als "Paraffin-P-Gatsch" (Premer Gatsch) Type 2012 gehandelt wurde. Nach den auf der Rückseite der Kaufbestätigung aufgedruckten "Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen" sind Be-
austandungen "nur zulässig bei unvorzüglicher Geltendmachung, solange sich die Ware noch in den Versandbehältern befindet und die Möglichkeit sofortiger Nachprüfung durch Verkäufer gegeben ist".

Die Ware wurde Mitte bis Ende Oktober 1948 in fünf Kesselwagen an die Beklagte geliefert. Nach Eingang der ersten Teillieferung ließ die Beklagte eine Probe in ihrem Laboratorium chemisch untersuchen. Wie sie vorträgt, hat sie hierbei festgestellt, daß die Ware "erheblich schlechter" sei als eine Lieferung Paraffin-Produkt 2012, die sie vorher zwar nicht von der Klägerin, aber von der Firma S [REDACTED] in H [REDACTED] erhalten hatte und die ebenfalls von der Klägerin bezogen sein soll. Die Beklagte entloerte gleichwohl die Kesselwagen und begann, die Ware zu raffinieren. Mit Schreiben vom 29. Oktober 1948 übersandte sie der Maklorfirma R [REDACTED] & M [REDACTED] unter Bezugnahme auf eine telefonische Unterredung ein Muster aus einem der Kesselwagen. Am 5. November 1948 teilte sie der Klägerin mit, die Ware habe nicht die üblichen Eigenschaften des R-Gatsches. Sie weise nur einen Schmelzpunkt von 49° auf,

- 3 -

während sonst der Gatsch einen Schmelzpunkt von 53/54° habe; ferner enthalte die Ware sehr viele Asphalte, die eine wesentlich intensivere Verarbeitung mit höheren Verarbeitungs-kosten erfordere. In einem Brief vom 15. November 1948 schreibt die Beklagte ua:

"In der Zwischenzeit haben wir im Laboratorium und in der Fabrik alles aufgeboten, um den Gatsch zu verarbeiten. Es hat sich aber herausgestellt, daß es unmöglich ist, aus der gelieferten Qualität des Gatsches zu Erfolgen zu kommen, wie sie aus der früheren Gatsch-Qualität mit Sicherheit zu erwarten sind ...".

Die Beklagte hat die Ware der Klägerin zur Verfügung gestellt.

Die Klägerin klagt auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 49.992,62 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1949. Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und zunächst geltend gemacht, die gelieferte Ware sei nicht die gekaufte. Das gekaufte "Paraffin-Gatsch Type 2012" sei ein ganz bestimmtes Produkt mit bestimmten Eigenschaften, das bei seiner Verarbeitung ein gleichmäßiges und von vornherein feststehendes Ergebnis erwarten lasse. Die Ware habe aber ein ganz anderes Ergebnis gehabt und sei daher für die von ihr beabsichtigte Verarbeitung, nämlich für die Herstellung von Kabelwachs, Schuhcreme und Kerzen, ungeeignet. Mithin habe die Klägerin ein aliud geliefert.

Im weiteren Verlaufe des Verfahrens hat die Beklagte beanstandet, daß die gelieferte Ware mit den üblichen Methoden nicht raffiniert werden könne. Als mutmaßlichen Grund dieses Mangels hat sie zunächst einen übermäßigen Gehalt an Hartasphalt angeführt, diese Behauptung später aber fallen gelassen. Sie ist jedoch dabei verblieben, daß die Ware nicht in der normalen Weise, nämlich mit

-4-



Aluminiumchlorid, raffinierbar sei. Selbst bei Vorbehandlung mit Natriumhydroxyd - auf diese Behandlungsmethode sei man nur durch einen Zufall gestossen - sei das Ergebnis der Refraktion schlechter als bei der üblichen Behandlung mit Aluminiumchlorid.

Die Beklagte hat auch behauptet, es sei bei den Vertragsverhandlungen eingehend über die von ihr geforderte Qualität gesprochen worden.

Die Klägerin hat die letztgenannte Behauptung bestritten. Sie hält die Ware für einwandfrei, da sie innerhalb der Qualitätsgrenzen liege, die bei diesem Produkt üblicherweise einzuhalten seien. Sie macht ferner geltend, daß die Beklagte einen etwaigen Mangel zu spät gerügt habe, insbesondere hätte die Beklagte nicht mit der Ware in den Betrieb gehen dürfen.

Das Landgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Gutachtens von Dr. S. [REDACTED] der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat Zeugen vernommen, ferner ein Gutachten sowie Ergänzungsgutachten von dem gerichtlichen Sachverständigen Dr. St. [REDACTED] eingeholt und die Berufung sodann zurückgewiesen. Beide Parteien haben gutachtliche Äußerungen mehrerer Privatgutachter vorgelegt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin der Beklagten eine handelsübliche Ware geliefert habe und daß die Beanstandungen der Qualität dieser Ware unbegründet seien.

Das Berufungsgericht ist außerdem der Auffassung, daß die Beklagte, selbst wenn man einen Mangel der Ware unterstellen wolle, diesen nicht rechtzeitig gerügt und außerdem das Recht auf die Geltendmachung von Mängeln in jedem Falle dadurch verloren habe, daß sie - entgegen den Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen - die Ware vor Erhebung einer Rüge aus dem Kesselwagen entnommen habe

I. Die Révision greift das Urteil zunächst mit einer Verfahrensrüge an. Sie hält es für unzulässig, daß das Berufungsgericht die am 31. Oktober 1950 stattgefundene Vernehmung des gerichtlichen Sachverständigen Dr. St. [REDACTED] und der Zeugen Sch. [REDACTED] und P. [REDACTED] verwertet habe, obwohl die Aussagen der Genannten weder in dem Sitzungsprotokoll festgelegt noch im Tatbestand oder den Gründen des angefochtenen Urteils wiedergegeben seien, und obwohl ferner am Tage der letzten mündlichen Verhandlung (5. August 1952) nicht dieselben Richter mitgewirkt hätten wie bei der Vernehmung des Sachverständigen und der Zeugen am 31. Oktober 1950. Die Rüge ist an sich begründet. Der Sitzungsniederschrift vom 31. Oktober 1950 ist eine "Anlage zum Sitzungsprotokoll vom 31. Oktober 1950" beigelegt, die vom Vorsitzenden unterzeichnet ist und die Aussagen des Sachverständigen und der Zeugen enthält. Diese Anlage kann aber als eine Protokollanlage im Sinne des § 160 Abs 3 ZPO nicht gewertet werden, weil aus ihr nicht ersichtlich ist, ob die Anlage den Beteiligten vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt und von ihnen genehmigt worden ist (§ 162 ZPO). Eine ordnungsgemäße Protokollierung der Aussagen hat also nicht stattgefunden. § 161 ZPO gestattet nun aber, von der Protokollierung von Zeugen- und Sachverständigenaussagen dann abzusehen, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht stattfindet und das Endurteil der Berufung

nicht unterliegt. In solchem Falle muß jedoch nach ständiger Rechtsprechung der Inhalt der Aussagen im Urteil festgelegt werden (RGZ 145, 392; OGHZ 1, 163). Das ist hier nicht geschehen. Es kommt aber noch ein weiteres hinzu. In der Schlußsitzung vom 5. August 1952 war die Richterbank insofern anders besetzt als am Tage der Vernehmung, als an die Stelle des Oberlandesgerichtsrats Dr. H. [REDACTED] der Amtsgerichtsrat S. [REDACTED] getreten war. Findet in der Besetzung des Gerichts ein Wechsel statt, so ist von der Rechtsprechung gelegentlich die Verwertung einer nichtprotokollierten Aussage dann für zulässig gehalten worden, wenn schriftliche Aufzeichnungen über das Beweisergebnis vorliegen und diese Aufzeichnungen den Parteien durch Erteilung von Abschriften zugänglich gemacht worden sind (Urt des IV. Zivilsenats vom 8. November 1951 - IV ZR 55/51 - = Lindenmaier-Löhring BGB § 1421 Nr 1; vgl auch Urt des Senats vom 23. Oktober 1953 - I ZR 106/52 - mit Nachweisen). Im vorliegenden Falle ist zwar die oben erwähnte, vom Vorsitzenden unterzeichnete "Anlage zum Protokoll vom 31. Oktober 1950" zu den Akten gebracht worden, es ist jedoch aus den Gerichtsakten nicht ersichtlich, daß die Anlage den Parteien abschriftlich mitgeteilt worden ist; die Parteien sind vielmehr darüber einig, daß dies nicht geschehen ist. Unter diesen Umständen kann der von der Revision gerügte Mangel nur dann außer Betracht bleiben, wenn das Urteil in keiner Weise auf den Aussagen des Sachverständigen oder der Zeugen beruht, wenn es also für die Entscheidung auf das Beweisergebnis überhaupt nicht mehr ankommen kann (RGZ 150, 330 2536; OGHZ 2, 232). Mit dieser Auffassung befindet sich der Senat nicht im Widerspruch zu der vom IV. Zivilsenat im Urteil vom 8. November 1951 aaO vertretenen Ansicht, daß das Berufungsurteil

auf den Mangel der Verwertung einer nichtprotokollierten Aussage trotz Richterwechsels möglicherweise dann nicht beruhe (§ 549 Abs 1 ZPO), wenn von den Parteien nicht geltend gemacht sei, daß die Aussagen der Zeugen in irgend einem Punkt in dem Vermerk des Berichterstatters nicht richtig wiedergegeben seien oder daß Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen bestünden. Denn in jenem Fall war der Vermerk den Prozeßbevollmächtigten mit dem Hinweis übersandt worden, daß der Inhalt dieser Niederschrift als Gegenstand der späteren mündlichen Verhandlung angesehen und in der Endentscheidung verwertet werden würde. Die Parteien kannten also den Vermerk und konnten zu ihm Stellung nehmen. Daran fehlt es hier aber gerade.

Unter dem Gesichtspunkt, ob das angefochtene Urteil auf dem erörterten Verfahrensverstoß beruht, muß unterschieden werden zwischen der Frage, ob die Klägerin handelsübliche Ware einwandfreier Beschaffenheit geliefert hat, und der anderen Frage, ob die Beklagte rechtzeitig gerügt hat bzw. das Recht zur Beanstandung der Ware überhaupt verloren hatte.

1) Das Berufungsgericht verwertet die Aussagen der Zeugen Sch[REDACTED] und P[REDACTED] für die Frage, ob bei den Vertragsverhandlungen, wie die Beklagte behauptet hatte, eingehend über die von ihr geforderten Qualitäten gesprochen worden sei. Es kommt zu dem für die Beklagte ungünstigen Ergebnis, diese Behauptung sei nicht erwiesen und es bestehe auch kein Anhaltspunkt für die Annahme, daß in diesem Zusammenhang irgendwelche Zusicherungen gefordert oder gegeben worden seien. Auch die Begründung der Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin eine einwandfreie Ware geliefert habe, stützt sich in ihren tragenden Erwägungen weitgehend auf die Auslassungen des gerichtlichen Sachverständigen Dr. St[REDACTED], denen sich das Berufungsgericht durchweg

angeschlossen hat. Damit ist aber wegen des oben erörterten Verfahrensmangels allen Ausführungen des Berufungsgerichts, die sich mit der Frage der sachlichen Berechtigung der Mängelrüge befassen, die Grundlage entzogen. Für die weitere Nachprüfung der Entscheidung durch das Revisionsgericht muß mithin zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß ihre Mängelrüge sachlich berechtigt war.

2) Anders liegt es jedoch im Ergebnis hinsichtlich der vom Berufungsgericht erörterten Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge (§ 377 HGB). Die Pflicht zur rechtzeitigen Rüge bestand nach § 378 HGB auch dann, wenn man, dem Vortrag der Beklagten folgend, annehmen wollte, es handle sich nicht um einen Sachmangel, sondern es sei eine andere als die bedungene Ware geliefert worden. Denn die in § 378 HGB vorgesehene Ausnahme von der Rügepflicht, daß nämlich die Ware "offensichtlich" von der Bestellung erheblich abweicht, kommt nach dem Vorbringen der Beklagten nicht in Betracht, die sich in ihrer Verteidigung gerade darauf stützt, daß ohne eingehende labormäßige Untersuchung die von ihr bemängelte Beschaffenheit der Ware nicht erkennbar gewesen sei. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die erste Lieferung schon einige Tage nach dem 14. Oktober 1948 bei der Beklagten eingetroffen. Die Schreiben der Beklagten vom 29. Oktober und 5. November 1948 hält das Berufungsgericht infolgedessen, soweit darin überhaupt eine ordnungsgemäße Rüge enthalten sei, für verspätet. Den Einwand der Beklagten, es habe sich um verborgene Mängel gehandelt, sieht das Berufungsgericht als widerlegt an. Es stellt fest, daß es sich bei dem von der Beklagten zuletzt gerügten Fehler der Ware (mangelnde Raffinierbarkeit) nicht um einen solchen gehandelt habe, dessen Entdeckung der Beklagten bei Anwendung ordnungsgemäßer und zumutbarer Untersuchungsmethoden nicht möglich gewesen sei. Für diese Auffassung stützt sich das Berufungsgericht allerdings ebenfalls auf

das Hauptgutachten des Dr. St. [REDACTED], indessen bedurfte es, wie noch darzulegen sein wird, für die Beurteilung dieser Frage der Bereinigung seiner Gutachten und seiner Vernehmung überhaupt nicht. Deshalb kann auch die von der Revision erhobene weitere Verfahrensrüge, daß das Berufungsgericht zu Unrecht dem von der Beklagten gestellten Antrag auf nochmalige mündliche Vernehmung des Sachverständigen nicht stattgegeben habe, außer Betracht bleiben.

II. Die Beklagte war gemäß §§ 377, 378 HGB zur unverzüglichen Mängelrüge verpflichtet. Da die erste Lieferung schon einige Tage nach dem 14. Oktober 1948 bei der Beklagten eingetroffen war, konnte das Schreiben vom 5. November 1948, das an sich eine Rüge enthält, keinesfalls als rechtzeitig gelten. Der vorangegangene Brief vom 29. Oktober 1948 enthält überhaupt keine Rüge, sondern nur die Bezugnahme auf eine telefonische Unterredung. Wann diese stattgefunden hat und welchen Inhalt sie hatte, war nicht mehr feststellbar. Auch am 29. Oktober 1948 wäre überaus die Rüge verspätet gewesen. Lithin konnte es nur noch darauf ankommen, ob die Rüge deshalb als rechtzeitig anzusehen ist, weil es sich um Mängel handelte, die bei der Untersuchung der Ware nicht erkennbar waren (§ 377 Abs 2 HGB). Inwieweit hat das Berufungsgericht die Auffassung vertreten, daß der Mangel der schwierigen Raffinierbarkeit bei ordnungsgemäßer Untersuchung der Ware im Laboratorium erkennbar gewesen wäre. Wenn die Revision sich gegen diese Annahme wendet, so übersieht sie, daß die Beklagte sich selbst in ihrem Schriftsatz vom 16. Juli 1952 auf Raffinationsversuche der Handelschemiker Dr. K. [REDACTED] und Dr. Sch. [REDACTED] bezogen und ausdrücklich beantragt hat, die Versuche in einem beliebigen, durch das Gericht zu bestimmenden Laboratorium zu wiederholen. Mit diesen Versuchen wollte die Beklagte unter Beweis stellen, daß die Ware nicht raffinierbar sei. Somit ergibt schon das eigene

Vorbringen der Beklagten, daß bei Anwendung geeigneter Untersuchungsmethoden der behauptete Mangel der Nichtraffinierbarkeit der Ware objektiv feststellbar gewesen wäre, ohne daß es insoweit der Hervanziehung des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen bedarf. Darauf, ob auch die diesen Mangel bedingenden Ursachen, insbesondere hinsichtlich der chemischen Struktur der Ware, erkennbar waren, kommt es nicht an. Es kann sich daher lediglich fragen, ob die Beklagte verpflichtet war, vor Beginn der Verarbeitung eine labormäßige Untersuchung der Ware unter dem Gesichtspunkt ihrer Raffinierbarkeit vorzunehmen. Dies ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen. Auch insoweit kommt es auf die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht an. Denn hierbei handelt es sich nicht um eine von ihm auf Grund seiner Sachkunde als Chemiker zu beantwortende Frage, sondern allein um die Rechtsfrage, welche Anforderungen an die Rechtzeitigkeit einer Rüge gemäß §§ 377, 378 HGB zu stellen sind. Diese Frage mußte und konnte das Berufungsgericht von sich aus beantworten. Insoweit hat es zutreffend darauf hingewiesen, daß die Beklagte als großes Unternehmen ihrer Branche sich nicht darauf berufen könne, sie habe das Verfahren der Proberraffination bisher nicht bei sich eingeführt. Nimmt man ferner hinzu, daß die Beklagte nach ihrem Vorbringen schon bei der ersten Untersuchung im Laboratorium eine "Verschlechterung" der Ware festgestellt haben will, so war eine labormäßige Untersuchung auch hinsichtlich der Raffinierbarkeit, die die Beklagte selbst als eine für sie besonders wichtige Eigenschaft der Ware hervorhebt, umso mehr geboten. Demnach kann der Beurteilung des Berufungsgerichts zur Frage der Rechtzeitigkeit der Rüge nicht entgegengetreten werden.

Es muß aber davon ausgegangen werden, daß mit einer labormäßigen Untersuchung auch die jetzt gerügten Mängel hätten entdeckt werden können, so kann sich die Klägerin

auch mit Recht auf ihre Allgemeinen Lieferungsbedingungen berufen, die dem Käufer das Recht, sich auf Mängel zu berufen, dann versagen, wenn der Käufer die Ware aus den Versandbehältern herausgenommen hat. So liegt es aber hier, wie das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht unangefochten festgestellt hat.

Nach alledem erweist sich das angefochtene Urteil im Ergebnis als zutreffend und die Revision war mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Lindenmaier

Birnbach

Wilde

Nastelski

Christoph