

I ZR 19/54

2

V e r k ü n d e t
am 11. Okt. 1955

Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich I [REDACTED], H [REDACTED], V [REDACTED]
[REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hermann Ernst M [REDACTED] . H [REDACTED].
R [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streitverkündete: 1. Firma S [REDACTED] & Co.,
2. Leopold W. S [REDACTED], H [REDACTED],
S [REDACTED]

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1955 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde, Dr. Bock, Dr. Nastelski,
Dr. Weiß und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Parteien gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg vom 20. November 1953 werden
zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
rechtszuges bleibt dem Landgericht überlassen.

Von Rechts wegen

2

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Fischkonserven und -präserven her. Die Beklagte ist Großhändlerin in Chemikalien. Die Parteien stehen seit Jahrzehnten in laufender Geschäftsverbindung.

Am 27. September 1952 bestellte die Klägerin bei der Beklagten für die Konservierung von Fischen ein Faß Hexamethylontretamin (im folgenden kurz Hexa genannt). Die Beklagte hatte zu diesem Zeitpunkt kein Hexa vorrätig. Sie wandte sich daher an die Firma Sch[REDACTED] & Co., von der ihr einige Zeit vorher Hexa angeboten worden war. Auf Rückfrage bei dieser Firma erfuhr der Inhaber der Beklagten, daß ein Restposten noch zur Verfügung stehe. Er fuhr darauf persönlich zum Lager der Firma Sch[REDACTED] & Co. Durch eine Geruchs- und Geschmacksprobe prüfte er die Reinheit der Ware und veranlaßte, daß unsaubere Stücke herausgenommen und die Klumpen zerschlagen wurden. Er kaufte 90 kg und ersuchte den mit ihm verhandelnden Angestellten, dafür zu sorgen, daß Sch[REDACTED] & Co. die Ware unverzüglich und unmittelbar der Klägerin überbrächten. Noch am gleichen Tage lieferten Sch[REDACTED] & Co. ein Faß mit 90 kg Inhalt bei der Klägerin ab.

Ohne die Ware auf ihre chemische Beschaffenheit zu untersuchen oder durch Geruchs- und Geschmacksprobe zu prüfen, setzte die Klägerin davon eine Lösung zur Konservierung an und verwendete sie zur Herstellung von Fischkonserven. Am 4. Oktober 1952 bemerkte die Laborantin der Klägerin eine farb- und geschmackliche Abweichung des Konservierungsmittels von dem üblicherweise gelieferten Hexa.

Die Klägerin hat folgendes behauptet: Der von ihrer Laborantin daraufhin sogleich benachrichtigte Betriebsleiter St[REDACTED] habe ihren Expedienten K[REDACTED] beauftragt, wegen der Geschmacksabweichung mit der Beklagten fernmündlich

Rücksprache zu nehmen. Bei dem darauf folgenden Ferngespräch habe der Inhaber der Beklagten auf den Hinweis, daß die gelieferte Ware nach Natrium schmecke, erklärt, daß die Klägerin die Ware unbedenklich verarbeiten könne und daß es sich um reines Hexa DAB 6 handle. Dadurch habe der Inhaber der Beklagten eine Garantie ausgesprochen, daß die von seiner Firma gelieferte Ware ohne Schaden zur Konservierung von Fischen verwendet werden könne. Sie, die Klägerin, habe nun keine Bedenken mehr gehabt, das Konservierungsmittel weiter zu verarbeiten. Sie habe sich im Hinblick auf die langjährige einwandfreie Belieferung durch die Beklagte und ihre Kenntnis von der Erfahrung des Inhabers der Beklagten auf dessen Erklärungen verlassen können. Hingegen habe der Inhaber der Beklagten fahrlässig gehandelt, wenn er trotz jenes Hinweises eine solche Erklärung abgegeben habe. Bis zum 4. Oktober 1952 seien nur 12 kg der von der Beklagten gelieferten Ware verarbeitet worden. Der Gesamtposten sei bis Ende Oktober 1952 verbraucht worden. Am 31. Oktober 1952 seien bei der Klägerin die ersten Mängelrügen ihrer Kunden, die aus dieser Verarbeitung Ware erhalten hätten, eingegangen. Bei diesen Abnehmern seien die Konserven hochgegangen (bombiert). Der Mitinhaber der Klägerin Heinrich I., habe sich persönlich davon überzeugt, sich zudem zur Rücknahme der Ware und zum Schadensersatz bereit erklärt, um den Ruf seiner Firma nicht zu gefährden. Anschließend durchgeführte Untersuchungen einzelner bombierter Musterdosen im Laboratorium der Klägerin hätten ergeben, daß der Fisch gut und ausreichend mit Essig und Salz versehen gewesen sei. Eine daraufhin veranlaßte Nachprüfung des verwendeten Konservierungsmittels durch die Bundesanstalt für Fischerei, entnommen aus Probedosen, aus der Verpackung und aus verwahrten Proben habe ergeben, daß die Beklagte am 27. September 1952 statt Hexa

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Natriumbromid geliefert habe. Die Beklagte habe daher eine Falschlieferung geleistet, die für den der Klägerin erwachsenen Schaden ursächlich gewesen sei. In der Folgezeit sei von 3 Abnehmern ein Schaden von insgesamt DM 14.798,30 angemeldet worden, für den die Beklagte Ersatz zu leisten habe. Insoweit wolle sie den Schaden bereits ziffernmäßig gegen die Beklagte geltend machen. Darüberhinaus sei noch weiterer Schaden entstanden, der noch nicht zu übersehen sei. Infolge dieses Vorfalles sei ein Umsatzrückgang zu erwarten, zumal da ein Teil der bisher belieferten Kunden nicht mehr gewillt sei, weiterhin von der Klägerin Fischkonserven abzunehmen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 14.798,30 DM nebst 2% Zinsen zu verurteilen (1) sowie festzustellen, daß die Beklagte zum Ersatz jedes aus der Falschlieferung der Beklagten vom 27. September 1952 weitergehenden entstandenen und künftig entstehenden Schadens verpflichtet ist (2).

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat bestritten, daß der Schaden bei der Klägerin überhaupt oder durch das von der Beklagten gelieferte chemische Mittel entstanden sei und die geltend gemachte Höhe erreiche. Sie sei überzeugt, an die Klägerin Hexa geliefert zu haben. Der Inhaber der Beklagten habe sich auf das Ferngespräch mit der Klägerin vom 4. Oktober 1952 hin nochmals bei der Vorlieferantin Sch. & Co. vergewissert, daß die angelieferte Ware Hexa gewesen sei.

Die Beklagte hat weiter ausgeführt: Selbst wenn der von der Klägerin behauptete Ursachenzusammenhang zwischen der Lieferung der Beklagten und dem angeblichen Schaden gegeben sei, könne die Beklagte mangels Verschuldens

nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Der Inhaber der Beklagten habe beim Ankauf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt geübt, denn er habe die handelsübliche Geruchs- und Geschmacksprobe vorgenommen. Eine chemische Untersuchung sei nicht handelsüblich. Während des Ferngesprächs mit dem Expedienten K. der Klägerin am 4. Oktober 1952, das sich in erster Linie auf die Neubestellung von Ware bezogen habe, sei der Inhaber der Beklagten durch die Ausdrucksweise des K. und im Hinblick auf die bereits verstrichene Zeit überzeugt gewesen, daß seine Lieferung vom 27. September 1952 bereits von der Klägerin verarbeitet gewesen sei. Eine Haftung aus Garantie könne der Beklagten auch nicht auferlegt werden, da eine Garantieübernahme bei dem Ferngespräch vom 4. Oktober 1952 nicht erfolgt sei. Die Klägerin habe weder rechtzeitig noch in der Form ausreichend ihrer Mängelruepflicht nach § 377 HGB Genüge getan.

Die Beklagte hat durch Schriftsatz vom 5. Januar 1953 der Vorlieferantin Fa. Sch. & Co den Streit verkündet. Die Streitverkündete ist dem Rechtsstreit durch Beitrittserklärung vom 4. Februar 1953 auf seiten der Beklagten beigetreten mit dem Antrag,
die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat nach einer Beweisaufnahme den Klageanspruch in Höhe von 1/30 dem Grunde nach für berechtigt erklärt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Auf die Berufungen beider Parteien hat das Oberlandesgericht nach Erhebung weiterer Beweise unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, daß es den Klageantrag zu 1) zu 1/4 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat. In Höhe von 11.098,72 DM hat es den Klageantrag zu

1) abgewiesen. Auf den Klageantrag zu 2) hat es festgestellt, daß die Beklagte zum Ersatz eines weiteren Schadens aus der Warenlieferung vom 27. September 1952 zu 1.4 verpflichtet ist. Zur Entscheidung über die Höhe hinsichtlich des Klageantrages zu 1), soweit dieser nicht abgewiesen ist, sowie hinsichtlich der Kosten ist der Rechtsschritt an das Landgericht zurückverwiesen worden.

Hiergegen wenden sich die Revisionen beider Parteien. Die Klägerin beantragt, den Klageantrag zu 1) in voller Höhe dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und auf den Feststellungsantrag der Klägerin in voller Höhe zu erkennen. Die Beklagte beantragt, die Klägerin in voller Höhe abzuweisen. Beide Parteien bitten um Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Revision der Beklagten.

1) Das Berufungsgericht geht bei seiner rechtlichen Beurteilung von der auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellung aus, daß die Beklagte entgegen der von ihr eingegangenen Verpflichtung überwiegend das keinerlei konservierende Eigenschaften besitzende Natriumbromid anstelle von Hexa geliefert habe. Aus der Aussage des Zeugen St., des Betriebsleiters der Klägerin, folgt nach der Überzeugung des Berufungsgerichts, daß bei der Klägerin sämtliche Bestände von Hexa aufgebraucht gewesen seien, bevor die von der Beklagten gelieferte Ware in Angriff genommen worden sei. Bis Ende 1952 seien dann, so stellt das Berufungsgericht fest, lediglich die von der Beklag-

ten gelieferten Waren bei der Herstellung der bombierten Fiskonserven verarbeitet worden, so daß eine Verwechslung bei der Klägerin nicht stattgefunden haben könne. Andererseits entnimmt das Berufungsgericht dem von der Klägerin beigebrachten Gutachten der Bundesanstalt für Fischerei, daß sich in der Gesamtmenge der von der Beklagten gelieferten Ware nur Teile von Hexa befunden hätten und die Ware im wesentlichen Natriumbromid enthalten habe. Das Berufungsgericht sieht es insoweit auf Grund der Aussage des Zeugen als erwiesen an, daß die der Bundesanstalt zur Untersuchung gelieferten Proben aus der Warenlieferung der Beklagten vom 27. September 1942 gestammt hätten. Da die Untersuchung der aus diesem Herstellungszeitraum herrührenden Musterdosen ein gleichartiges Ergebnis aufgewiesen habe, sei, so führt das Berufungsgericht aus, auf Grund der Übereinstimmung des Prüfungsergebnisses erwiesen, daß die untersuchten Proben in ihrer chemischen Zusammensetzung der Masse der angelieferten Ware entsprochen hätten.

Die Revision rügt zu Unrecht, daß die Feststellung des Berufungsgerichts, es sei überwiegend Natriumbromid geliefert worden, gegen die Denkgesetze verstoße und daß das Berufungsgericht hierbei den vorliegenden Prozeßstoff nicht erschöpfend gewürdigt habe. Es ist richtig, daß nach dem Gutachten der Bundesanstalt die drei untersuchten Proben insoweit verschieden ausgefallen sind, als die sogenannte Probe 1 aus dem vollen Faß normales Hexa ergeben hat, während die Probe aus dem leeren Faß ebenso wie die Laborprobe 96,3% bzw. 93,7% Natriumbromid enthalten haben. Die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe unbeachtet gelassen, daß die Probe zu 1) ein anderes Ergebnis gehabt habe als die Laborprobe, trifft jedoch nicht zu. Denn das Berufungsgericht hat auf dieses verschieden-

artige Untersuchungsergebnis ausdrücklich in den Entscheldungsgründen hingewiesen und gerade aus ihm entnommen, daß in der im wesentlichen Natriumbromid enthaltenden Gesamtmenge nur eine "Ober- oder Zwischenschicht" von Hexa vorhanden gewesen sein könne. Diese Annahme hat es, wie ausgeführt, zusätzlich auch noch damit begründet, daß die chemische Analyse des Inhalts mehrerer bombierter Musterdosen jedenfalls nur eine positive Reaktion auf Natriumbromid ergeben habe, während die Reaktion auf Hexa negativ geblieben sei. Bei dieser Sachlage kann es dahinstehen, ob das Berufungsgericht die Probe zu 1) bei seiner Beweiswürdigung überhaupt zu berücksichtigen brauchte. Da diese Probe ausweislich des Gutachtens der Bundesanstalt einem vollen Faß entnommen ist, die streitige Ware der Beklagten aber, die nach der Feststellung des Berufungsgerichts in einem Faß geliefert war, bereits Anfang Oktober in Angriff genommen und bis Ende Oktober verarbeitet worden ist, könnte die Annahme nahe liegen, daß das noch Anfang November 1952 volle Faß gar nicht aus der streitigen Lieferung, sondern aus einer späteren Nachlieferung der Beklagten stammte. Selbst wenn aber diese Annahme aus Gründen, die das Berufungsurteil nicht erkennen läßt, nicht zutreffen sollte, ist die Beklagte jedenfalls durch die gerade aus dem Befund der Probe zu 1) gezogene Folgerung des Berufungsgerichts, es sei nur überwiegend Natriumbromid geliefert worden, nicht beschwert. Ein Prozeßverstoß ist insoweit auch nicht darin zu erblicken, daß das Berufungsgericht das Verhältnis der Anteile von Natriumbromid und Hexa nicht im einzelnen nach Prozentsätzen festgelegt hat. Denn für die im Rahmen des § 286 ZPO getroffene Entscheidung war es bei der vorliegenden Fallgestaltung ausreichend, wenn das Berufungsgericht im Wege der freien Beweiswürdigung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung zu der Feststellung gelangte, die gelieferte Ware habe eine überwiegende Menge von Natriumbromid enthalten.

Es besteht kein Anlaß für die Annahme, das Berufungsgericht habe, wie die Revision meint, bei seiner Feststellung die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten übersehen, die gelieferte Ware hätte nach monatelangem Lagern bei der Firma Sch[REDACTED] feucht sein müssen, wenn es sich um Natriumbromid gehandelt habe. Das Berufungsgericht hat ersichtlich dieser Behauptung der Beklagten angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme, insbesondere des Gutachtens der Bundesanstalt sowie der Aussage des Zeugen St[REDACTED], keinen entscheidenden Beweiswert mehr zuerkannt. Eine solche Würdigung lag in seinem freien Ermessen. Ein Rechtsfehler läßt diese Beurteilung nicht erkennen.

Das Berufungsgericht war entgegen der Rüge der Revision auch berechtigt, die aus dem leeren Faß zusammengekratzte Probe für die Beweiswürdigung heranzuziehen. Der Hinweis der Beklagten in dem Schriftsatz vom 14. Januar 1953, eine Probe aus einem Faß, in dem sich nur ein geringer Rückstand befunden habe, sei nicht geeignet, Rückschlüsse auf den gesamten Inhalt des Fasses zuzulassen, stellt ein tatsächliches Parteivorbringen dar, das das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens der Bundesanstalt als widerlegt angesehen hat.

Die Entscheidungsgründe ergeben nach alledem keinen Anhalt, daß die auf Grund der konkreten Sachlage getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, die Ware der Beklagten habe im wesentlichen Natriumbromid enthalten, den Regeln der Logik und Erfahrung widerspricht oder wesentlicher Prozeßstoff hierbei unberücksichtigt geblieben ist.

2) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe diese Falschlieferung auch zu vertreten. Schon auf Grund der Lieferung einer falschen und für den beab-

sichtigten Zweck ungeeigneten Ware sei, so führt das Berufungsgericht aus, davon auszugehen, daß die Beklagte bei der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrag nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt habe. Nach dem Beweis des ersten Anscheins rechtfertige sich die Vermutung, daß die Beklagte oder die Person, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient habe, schuldhaft gehandelt habe. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung müßte davon ausgegangen werden, daß die Ware durch die Nebenintervenientin unter Außerachtlassung der notwendigen Sorgfalt verwechselt und beim Ankauf durch den Inhaber der Beklagten nicht mit erforderlicher Sorgfalt geprüft worden sei. Die Beklagte müsse aber gemäß § 278 BGB für das Verschulden der Nebenintervenientin und ihrer Angestellten der Klägerin gegenüber einstehen, weil sie unmittelbar durch die Nebenintervenientin ihre eigene Pflicht gegenüber der Klägerin zur Lieferung und Übergabe vertragsmäßiger Waren habe erfüllen lassen.

Entgegen dem Vorbringen der Revision begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte für das Verschulden der Nebenintervenientin, d.h. der Lieferantin der Ware, keinen rechtlichen Bedenken. Für die Frage, ob jemand als Erfüllungsgehilfe eines anderen anzusehen ist, kommt es allein darauf an, ob er mit dem Willen des andern bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als Hilfsperson tätig geworden ist (BGHZ 13,111 [113]). Da die Nebenintervenientin unter Billigung der Beklagten bei der Vertragserfüllung mitgewirkt hat und die Beklagte sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit hat handeln lassen (vgl. RGZ 108, 221 [223]), hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 278 BGB zu Recht bejaht.

Auch die Grundsätze des Anscheinsbeweises sind vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum herangezogen worden. Nach der auch vom Berufungsgericht erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1. April 1953 - Lindenmaier-Möhring Nr 12 zu § 286 (C) ZPO - setzt der Beweis des ersten Anscheins Tatbestände voraus, bei denen eine ohne weiteres naheliegende Erklärung nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu finden ist. Die Tatsache, daß Natriumbromid statt Hexa seitens der Beklagten geliefert worden ist, läßt sich aber nach den allgemeinen Anschauungen und Erfahrungen im Verkehrsleben grundsätzlich nicht anders als dadurch erklären, daß die Beklagte oder ihr Erfüllungsgehilfe nicht die erforderliche Sorgfalt bei der Lieferung beachtet haben. Denn es entspricht der Lebenserfahrung, daß ein solches Versehen bei gehöriger Aufmerksamkeit seitens des Lieferanten vermieden werden kann. Hiernach ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Beweis für ein Verschulden der Beklagten nach den Regeln des Anscheinsbeweises nicht als geführt ansehen dürfen, nicht gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung nicht übersehen, daß es ungeachtet des von der Klägerin geführten Anscheinsbeweises der Beklagten überlassen blieb, sich ihrerseits von dem Vorwurf des Verschuldens zu entlasten. Es hat jedoch auf Grund der Würdigung des Vortrags der Beklagten festgestellt, daß die Beklagte keine erheblichen Umstände dargetan und bewiesen hat, aus denen sich die Möglichkeit eines von ihr unverschuldeten Geschehnisablaufes ergeben könnte.

Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, die Beklagte habe das Natriumbromid überhaupt nicht entdecken können, wenn dieses in der Gesamtmenge nur zu einem geringen Teil enthalten gewesen oder nur in einer Zwischen-

schicht vorgekommen sei. Bereits die Möglichkeit des Übersehens der Zwischenschicht reiche aber aus, um den Anschein einer Schuld zu beseitigen. Dieser Rüge der Revision ist durch die oben wiedergegebene Feststellung des Berufungsgerichts der Boden entzogen. Natriumbromid sei in der Gesamtmenge überwiegend enthalten gewesen und nicht dieses, sondern das Hexa habe eine Ober- oder Zwischenschicht dargestellt. Es mag dahinstehen, ob das Berufungsgericht ein eigenes Verschulden der Beklagten schon daraus herleiten konnte, daß diese nicht eine genaue Untersuchung der Ware vorgenommen hat, nachdem sie bei der Besichtigung der Ware erkannt hatte, es handele sich infolge von Verschmutzung und Verklumpung nicht um eine einwandfreie Ware. Selbst wenn man der Revision dahin folgt, daß der äußere Zustand der Ware der Beklagten noch keine Veranlassung geben konnte, die Ware auch auf die Zusammensetzung ihrer Bestandteile chemisch zu prüfen, so ist dem Berufungsgericht jedenfalls darin beizutreten, daß der Beklagten im Hinblick auf ihre Erklärungen in dem Telefongespräch vom 4. Oktober 1952 ein eigenes Verschulden zur Last fällt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Inhaber der Beklagten am 4. Oktober 1952 nach Lieferung der Ware fernmündlich auf die Anfrage der Klägerin, die ihre Bedenken wegen der Abweichungen der Ware ihm telefonisch geäußert hatte, eine falsche Auskunft erteilt, ohne sich vorher zu vergewissern, ob die Bedenken berechtigt sein könnten. Durch diese inhaltlich unrichtige Auskunft habe er, so führt das Berufungsgericht aus, die Klägerin in Sicherheit gewiegt und zur Erhöhung ihrer Sorglosigkeit beigetragen. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht damit auseinandergesetzt, daß nach der Aussage des Inhabers der Beklagten der Zeuge K [REDACTED] bei der telefonischen Be-

mängelung der Ware erst von süßlichem und dann von bitterem Geschmack gesprochen habe, was nach den unter Beweis gestellten Behauptungen der Beklagten gerade für Hexa spreche, ist gleichfalls unbegründet. Die Revision läßt unbeachtet, daß auch der Inhaber der Beklagten bei seiner Vernehmung betont hat, abschließend habe der Zeuge erklärt, die Ware habe nach Natrium geschmeckt. Tatsächlich hat gerade dieses Telefongespräch den Inhaber der Beklagten nach seiner Aussage auch veranlaßt, bei dem Inhaber der Nebenintervenientin anzufragen, ob mit der Ware etwas los sei, da sie von der Klägerin angezweifelt werde. Auch dem Inhaber der Beklagten müssen daher Bedenken gekommen sein. Unter diesen Umständen kann aber die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte hätte jedenfalls eine Auskunft ablehnen und die Klägerin auf eine eigene Untersuchung verweisen müssen, um ihre Sorglosigkeit nicht noch zu erhöhen, aus Rechtsgründen von der Beklagten nicht angegriffen werden.

Das Berufungsgericht hat schließlich festgestellt, daß der Schaden der durch die infolge Fehlens eines Konservierungsmittels eingetretenen Bombagen der Konserven entstanden ist, auch nicht auf andere Umstände, wie z.B. nichtausreichende Beifügung von Essig oder Salz zurückzuführen sei. Es folgert dies insbesondere aus der Tatsache, daß die in dem gleichen Zeitraum verarbeiteten Mayonaise-Ware zu Beanstandungen keinerlei Anlaß gegeben habe. Ein Rechtsirrtum ist auch in dieser Feststellung nicht ersichtlich.

Eine Anwendung des § 377 HGB hat das Berufungsgericht schon mit der Erwägung ausgeschlossen, die von der Beklagten gelieferte Ware sei so erheblich von der Bestellung abgewichen, daß die Beklagte mit einer Genehmigung nicht habe rechnen können. Diese Ansicht des Berufungsgerichts rechtfertigt sich aus § 378 HGB.

Nach alledem stellt es keinen Rechtsverstoß dar, wenn das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt einer schuldhaften Schlechterfüllung (positive Vertragsverletzung) eine Haftung der Beklagten, die sich nach dem Gesagten das Verschulden der Nebenintervenientin als ihrer Erfüllungsgehilfin anrechnen lassen muß, bejaht und die Beklagte unter Abwägung der Verursachung und des Verschuldens beider Parteien als verpflichtet angesehen hat, für den eingetretenen Schaden jedenfalls zu 1/4 einzustehen. Eine höhere Schadenshaftung der Beklagten hat das Berufungsgericht, wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben werden, aus rechtlich zutreffenden Gründen abgelehnt.

II. Revision der Klägerin.

Die Revision der Klägerin bemängelt in erster Linie, daß das Berufungsgericht die vertraglichen Beziehungen der Parteien nicht unter dem Gesichtspunkt der Zusicherung der konservierenden Eigenschaften des Hexa durch die Beklagte geprüft hat. Die Revision vertritt den Standpunkt, die Beklagte habe diese Eigenschaft jedenfalls stillschweigend bei Kaufabschluß zugesichert, im übrigen müsse eine solche Zusicherung auch in der telefonischen Erklärung des Inhabers der Beklagten, die gelieferte Ware sei Hexa und nicht Natrium, erblickt werden. Die Revision will aus der Bestimmung des § 460 Satz 2 BGB herleiten, daß sich die Beklagte nach Abgabe einer solchen Zusicherung nicht mehr auf ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin (§ 254 BGB) berufen könne.

Diese Rüge der Revision greift nicht durch. Selbst wenn man annehmen wollte, das Berufungsgericht sei verpflichtet gewesen, den Sachverhalt unter dem Gesichts-

punkt einer zugesicherten Eigenschaft zu prüfen, obwohl die Klägerin in den Tatsacheninstanzen eine solche Zusicherung nicht behauptet und keine Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hatte, kann die Revision keinen Erfolg haben. In Ermangelung eines gegenteiligen Sachvortrags würde für den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags nur eine stillschweigende Zusicherung der Beklagten in Betracht kommen. Solche stillschweigenden Zusicherungen sind zwar rechtlich möglich, aber tatsächlich nur in seltenen Fällen anzunehmen (RGZ 161, 330 /336/). Da § 459 Abs 1 BGB im Gegensatz zu dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften (§ 459 Abs 2 BGB) von Fehlern der Sache handelt und es für diese auf die Tauglichkeit zu dem "nach dem Vertrag" vorausgesetzten Gebrauch abstellt, können solche Eigenschaften, die lediglich vertragsmäßig vorausgesetzt werden, nicht ohne weiteres auch als "zugesichert" gelten (BGHZ 14, 239 /241/). Die Klägerin hat aber keine Umstände vorgetragen, die die Annahme rechtfertigen könnten, daß die Beklagte bei Vertragsabschluß eine Zusicherung abgegeben hat, die über die nach dem Vertrage vorausgesetzten Eigenschaften hinausging und sich als besondere vertragsmäßige Verpflichtungsübernahme darstellte. Auch soweit die Revision die Zusicherung einer Eigenschaft jedenfalls in den Erklärungen des Inhabers der Beklagten bei dem Telefongespräch erblicken will, kann ihr nicht beigetreten werden. Da die Haftung des Verkäufers sich gemäß § 459 BGB darauf erstreckt, daß die Sache zurzeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherte Eigenschaft hat, muß die Zusicherung diesem Gefahrenübergang vorausgegangen sein. Zurzeit des Telefongesprächs vom 4. Februar 1952 war aber die Gefahr bereits auf die Beklagte übergegangen, da die Ware ihr schon von der Nebenintervenientin übergeben war. Eine Haftung für

Eigenschaften der Ware nach Gefahrenübergang hätte nur durch eine Garantieübernahme seitens der Beklagten erfolgen können. Das Berufungsgericht hat es dahingestellt gelassen, ob eine solche Haftung der Beklagten aus einem Garantievertrag vorliegt, weil es davon ausgegangen ist, daß nach der Sachlage diese Anspruchsgrundlage zu keiner weitergehenden Haftung als bei einer Haftung aus positiver Vertragsverletzung führen könne. Diese Ausführungen, die auch von der Revision nicht beanstandet werden, enthalten keinen Rechtsirrtum. Eine ganz andere Frage ist es, ob die Tatsache, daß der Inhaber der Beklagten in dem Telefongespräch vom 4. Februar 1952 die Bedenken der Klägerin als unberechtigt hingestellt hat, unter dem Gesichtspunkt einer Verursachung und eines Verschuldens der Beklagten bei der Entstehung des Schadens im Rahmen des § 254 BGB zu berücksichtigen war. Diese Frage hat das Berufungsgericht, wie dargelegt, zu Recht bejaht.

Die weiteren Rügen der Revision richten sich im wesentlichen gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung des Beweisergebnisses, die für das Revisionsgericht bindend ist.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Klägerin als einem Betriebe der Nahrungsmittelindustrie bei der Herstellung ihrer Waren eine besondere Sorgfaltspflicht obgelegen habe. Wenn von der Klägerin auch, so führt das Berufungsgericht aus, nicht gefordert werden könne, daß sie laufend ohne besonderen Anlaß chemische Untersuchungen des angelieferten Konservierungsmittels veranlasse, so müsse es doch als unerläßlich angesehen werden, daß die Klägerin diese mittels einer Sinnenprüfung von Geruch und Geschmack sorgfältig überprüfe. Ein etwa entgegenstehender Handelsbrauch könne jeden falls nicht anerkannt werden. Die Klägerin habe mithin schon am 27. September 1952 die Ware beim Anbruch untersuchen müssen.

Die Revision meint demgegenüber, eine Beschau der Ware würde, wie sie unter Beweisantritt bereits in der Berufungsinstanz vorgetragen habe, nicht zur Unterscheidung ausgereicht haben. Die Geschmacksprüfung habe zwar gezeigt, daß Abweichungen vorhanden gewesen seien. Jedoch habe sie unwidersprochen vorgetragen, auch schon bei früheren Lieferungen seien solche Abweichungen vorgekommen. Nach Rückfrage habe deshalb die Beklagte der Zusage der Klägerin vertrauen dürfen. Diese auf § 286 ZPO gestützte Rüge ist schon deswegen nicht begründet, weil die auch von der Beklagten ersichtlich als notwendig angesehene Geschmacksprüfung nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Ansicht des Berufungsrichters in keinem Falle unterbleiben durfte, und zwar auch dann nicht, wenn die Klägerin mit Rücksicht auf frühere Lieferungen auf ihren Lieferanten vertraute. Es kann dabei in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht ganz dahingestellt bleiben, ob sich die Klägerin eines Verstoßes gegen das Lebensmittelgesetz schuldig gemacht hat. Jedenfalls liegt kein Rechtsverstoß in der Annahme des Berufungsgerichts, die Sorgfaltspflicht der Klägerin sei umso schwerwiegender, als sie Konserven herstellte, die in die Hände der einzelnen Verbraucher gelangten, ohne daß eine nochmalige Gelegenheit zur Prüfung der Ware durch den Groß- und Einzelhandel und dem letzten Verbraucher vor dem Erwerb bestehe. Der Hinweis der Revision, daß die dem Käufer nach § 377 HGB obliegende Untersuchungspflicht bei Konserven jedenfalls Stichproben erforderlich mache, liegt neben der Sache. Denn § 377 HGB behandelt keine Frage der allgemeinen Sorgfaltspflicht, sondern betrifft nur die Voraussetzung für die Erhebung von Mängelrügen.

Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht einen weiteren Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und damit ein weiteres Mitverschul-

den der Klägerin an der Entstehung des Schadens darin sieht, daß sich die Klägerin mit einer fernmündlichen Auskunft des Inhabers der Beklagten begnügt hat. Das Berufungsgericht hat eine erhebliche Fahrlässigkeit der Klägerin darin gesehen, daß sie nach Auftauchen ihrer Bedenken nicht eine chemische Untersuchung vorgenommen hat, sondern ohne eine solche Untersuchung weiter produziert und die Konserven auch zum Versand gebracht hat. Hatte sie keine Möglichkeit, die chemische Untersuchung selbst vorzunehmen, so stand ihr jedenfalls der Weg offen, die Prüfung durch Dritte, die die dazu notwendigen Mittel besaßen, durchführen zu lassen. Keinesfalls durfte sie sich darauf verlassen, der Inhaber der Beklagten werde ihr keine falsche Auskunft erteilen. Da die Ware sich bereits bei der Klägerin zur Verarbeitung befand, konnte die Beklagte sich durch Untersuchung etwaiger bei ihr lagernder Ware tatsächlich gar nicht mehr selber vergewissern, ob sie oder ihr Lieferant sich nicht vielleicht doch geirrt hätten. Sie konnte höchstens aus der Erinnerung ein Urteil abgeben. Dies durfte aber der Klägerin, nachdem sie einmal Verdacht geschöpft hatte, umso weniger genügen, als ihr, wie das Berufungsgericht feststellt, bekannt war, daß die Beklagte die Ware wegen der von der Klägerin geforderten Eile von einem anderen Lieferanten besorgt und selbst kein Hexa auf Lager gehabt hatte.

Es ist schließlich rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Klägerin nach Abwägung aller Umstände als erheblich mehrbelastet angesehen hat als die Beklagte und sie daher zu $\frac{3}{4}$ des entstandenen Schadens für haftbar erklärt. Die Verteilung der Verantwortlichkeit für einen entstandenen Schaden im Rahmen des § 254 BGB gehört der dem Tatrichter obliegenden Würdigung an (Urteil vom 25. September 1952 - III ZR 334/51 - LM § 254 (G) BGB Nr 1). Mit der Revision kann nur geltend gemacht werden,

daß der Tatrichter die gegebenen Unterlagen bei der ihm zustehenden Abwägung für das Maß der Verursachung und das daneben zu berücksichtigende Maß des schuldhaften Verhaltens jeder Seite nicht ausreichend verwertet oder hierbei gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen habe. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht diese Grundsätze verkannt hat. Die Ansicht der Revision der Klägerin, das Berufungsgericht habe das Verschulden des Lieferanten der Beklagten bei der Abwägung nicht berücksichtigt, steht mit der Feststellung des Berufungsgerichts im Widerspruch, daß die Nebenintervenientin Erfüllungshelfin der Beklagten sei und die Beklagte durch ihre schuldhaft falsche Lieferung die erste Ursache zu dem eingetretenen Schaden gesetzt habe. Die Abwägung berücksichtigt hiernach das der Beklagten zuzurechnende Verhalten der Nebenintervenientin. Kann andererseits nach dem Ausgeführten auch nicht mehr davon ausgegangen werden, die Beklagte treffe ein Verschulden dafür, daß sie die äußerlich mangelhafte Ware nicht auch chemisch untersucht habe, so reichen jedenfalls die übrigen vom Berufungsgericht zu Lasten der Beklagten herangezogenen Gesichtspunkte aus, die Entscheidung zu tragen, wonach der Klageantrag zu 1/4 dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

Die Revisionen beider Parteien waren nach alledem

zurückzuweisen.

Wilde

Bock

Nastelski

Weiss

Nörr