

2498 078

Verkündet

am 29. Januar 1952
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 N [REDACTED] C [REDACTED]-I [REDACTED] Dr. St [REDACTED]
& Co. GmbH. in H [REDACTED], Gl [REDACTED], vertre-
ten durch ihre Geschäftsführer Dr. St [REDACTED] und John
Bü [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Otto E.Th. T [REDACTED] in H [REDACTED], P [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1951 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier, Dr. Heiden-
hain, Schmidt, Dr. Krüger-Nieland und Dr. Benkard

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlan-
desgerichts in Hamburg vom 21. Februar 1951
aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung, auch ü-
ber die Kosten des Revisionsrechtszuges, an
den 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlan-
desgerichts in Hamburg zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin kaufte am 1. November 1948 von der Beklagten durch Vermittlung des Maklers L. [REDACTED] ca 800 bis 900 kg Raschel-Kontakt-Paraffin 86 - 90° zum Preise von 5,90 DM das kg. Über den Kauf stellte der Makler L. [REDACTED] eine Schlußnote aus. Nach ihr waren eventuelle Differenzen durch H. [REDACTED] freundschaftliche Arbitrage zu schlichten. Bei den Kaufverhandlungen hatte L. [REDACTED] der Klägerin ein Muster vorgelegt. Die Beklagte hatte die Ware von dem Kaufmann M. [REDACTED] bezogen. Sie lieferte der Klägerin am 23. November 1948 891 kg in 23 Säcken. Die Klägerin zahlte am folgenden Tage 4.961,90 DM. Mit Schreiben vom 29. Dezember 1948 rügte sie die Beschaffenheit der Ware, stellte diese der Beklagten zur Verfügung und verlangte Rückzahlung des Kaufpreises, was die Beklagte ablehnte. Die Klägerin erhob darauf Klage vor dem Schiedsgericht in Hamburg auf Rückzahlung des Kaufpreises. Die Schiedsrichter besichtigten die Ware, holten ein Gutachten der Chemiker Dr. K. [REDACTED] und Dr. Sch. [REDACTED] ein und legten dieses den Parteien in der Verhandlung vor. Auf Grund des Gutachtens machte die Klägerin, die die Ware bis dahin nur als mangelhaft bezeichnet hatte, geltend, die Beklagte habe ihr ein aliud geliefert. Die Beklagte beantragte mit Rücksicht darauf, daß ihr das Gutachten neu sei, Vertagung. Das Schiedsgericht lehnte den Vertagungsantrag ab und verurteilte die Beklagte zur Rück-

- 3 -

zahlung des Kaufpreises. Die Gründe führten aus, die Beklagte habe statt des gekauften geraspelten Kontakt-Paraffins mit einem Schmelzpunkt von 86 - 90° ungeraspeltes anoxydiertes Paraffin mit einem Höchstschmelzpunkt von 79° geliefert. Die Klage sei daher auf Grund des § 378 HGB gerechtfertigt. Die Klägerin beantragte bei dem Landgericht in Hamburg, den Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären. Das Landgericht lehnte durch Urteil vom 30. Juni 1949 den Antrag ab und hob den Schiedsspruch mit der Begründung auf, der Beklagten sei das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt worden. (Beiakten 27 O 164/49 Landgericht in Hamburg).

Die Klägerin hat daraufhin die gegenwärtige Klage erhoben, mit der sie beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 4.961,90 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Februar 1949 zu verurteilen. Zur Begründung hat sie geltend gemacht: Als ihr die Ware am 23. November 1948 in 23 Säcken verpackt geliefert worden sei, habe sie aus zwei Säcken etwa sechs bis acht Muster entnehmen und sie durch ihren Betriebsleiter, der Chemiker sei, auf den Schmelzpunkt untersuchen lassen. Die Untersuchung habe nur eine geringfügige Abweichung von dem vereinbarten Schmelzpunkt ergeben, so daß sie keinen Anlaß zu Beanstandungen gehabt habe. Als sie längere Zeit darauf die Ware für ihre Fabrikation habe verwenden wollen, habe sich herausgestellt, daß nur vier Säcke der Ware den bei Eingang der Lieferung entnommenen



Mustern entsprochen hätten. Die übrigen 19 Säcke hätten ein klumpiges, weiches Material enthalten, das mit geraspeltem Kontakt-Paraffin keine Ähnlichkeit besessen habe. Sie habe dem Inhaber der Beklagten darauf unverzüglich telefonisch von der abweichenden Beschaffenheit der Ware Kenntnis gegeben. Dieser habe zusammen mit dem Makler L. [REDACTED] die Ware besichtigt, aber nichts veranlaßt. Darauf habe sie ihn am 29. Dezember 1948 schriftlich aufgefordert, die Ware zurückzunehmen.

Die Beklagte hat Klageabweisung begehrt. Sie hat erwidert, sie habe nach Muster verkauft und mustergemäß geliefert. Damit entfielen die Ansprüche der Klägerin. Im übrigen habe die Klägerin die Ware zum ersten Mal mit ihrem Schreiben vom 29. Dezember 1948 beanstandet, die Rüge sei deshalb verspätet. Sie, die Beklagte, müsse auch bestreiten, daß die Ware bereits bei der Lieferung die später festgestellten Mängel besessen habe. Ihr, der Beklagten, sei es nicht mehr möglich, die Ware zurückzunehmen, da sie infolge der Verzögerung der Klägerin ihrerseits nicht mehr in der Lage sei, die Ware ihrem eigenen Lieferanten zurückzugeben.

Die Beklagte hat ihrem Lieferanten, dem Kaufmann M. [REDACTED], den Streit verkündet. Er ist nicht beigetreten.

Das Landgericht hat Beweis durch Einholung eines Gutachtens des Chemikers Dr. G. [REDACTED] erhoben. Dieser hat sein Gutachten dahin erstattet, Kontakt-Paraffin ergebe praktisch keine positiven Werte für die Neutralisations- und Verseifungszahlen. Die gelieferte Ware weise aber in erheblicher Menge derartige Zahlen auf. Sie sei kein Kontakt-Paraffin, sondern Wachs. Das Landgericht hat hierauf der Klage stattgegeben.

Die Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat weiteren Beweis durch Vernehmung von Zeugen erhoben und daraufhin die Klage durch Urteil vom 21. Februar 1951 abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts erstrebt. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Landgericht hat das Verfahrensergebnis dahin gewürdigt, die Klägerin habe von der Beklagten handelsübliches oxydiertes Rassel-Kontakt-Paraffin und zwar nicht nach Muster gekauft. Die Beklagte habe statt dessen vertragswidrig eine andere Ware, nämlich anoxydiertes Paraffin (Wachs) geliefert. Die Abweichung der gelieferten von der bestellten Ware sei so erheblich gewesen, daß die Beklagte bei objektiver Betrachtung ei-

ne Genehmigung nicht habe erwarten können. Die Klägerin sei daher mit Recht vom Vertrage zurückgetreten. Sie habe der Beklagten keine Frist zu setzen brauchen, weil diese nach ihrem ganzen Verhalten zu urteilen nicht bereit gewesen sei, den Vertrag ordnungsmäßig zu erfüllen.

Das Berufungsgericht unterstellt zugunsten der Klägerin, daß nicht nach Muster gekauft worden ist. Es stellt ferner fest, es fehle ein Anhalt dafür, daß die Beklagte einen Mangel der Ware arglistig verschwiegen habe. Weiter führt es aus, es vermöge, ohne einen Sachverständigen zu hören, nicht zu entscheiden, ob die gelieferte Ware vertragswidrig gewesen, ob ferner etwa eine andere Ware als die bestellte geliefert und ob schließlich ein Abweichen der Lieferung von der Bestellung so erheblich gewesen sei, daß die Beklagte eine Genehmigung habe als ausgeschlossen betrachten müssen. Es erübrige sich indessen, diese Fragen zu klären, weil die Klage in jedem Falle aus folgenden Gründen abzuweisen sei. Werde unterstellt, daß eine mangelhafte Ware, oder daß ein sogenanntes genehmigungsfähiges aliud geliefert sei, so scheitere die Klage daran, daß die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht bewiesen, und daß die Rüge außerdem nicht genügend bestimmt gewesen sei. Werde unterstellt, die Beklagte habe ein nichtgenehmigungsfähiges aliud geliefert, so würde die Klägerin in dem Falle nur die Rechte aus § 326 BGB besitzen. Die Klägerin hätte die Beklagte dann

mahnen und ihr eine Frist setzen müssen. Hiervon hätte sie nur absehen dürfen, wenn die Beklagte die Erfüllung endgültig verweigert hätte. Das sei aber nicht der Fall.

Die Revision der Klägerin rügt Verletzung des § 286 ZPO und von sachlichem Recht. Sie ist begründet.

Das Berufungsgericht stellt, wie erwähnt, fest, es fehle ein Anhalt dafür, daß die Beklagte einen Mangel der Ware arglistig verschwiegen habe. Diese Feststellung greift die Revision mit Recht nicht an. Sie beanstandet dagegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, daß die Mängelrüge nicht ordnungsmäßig erstattet sei, und daß die Klägerin der Beklagten eine Frist nach § 326 BGB hätte setzen müssen. Der erste Angriff der Revision ist nicht berechtigt, der zweite trifft zu.

1. Das Berufungsgericht läßt es auf sich beruhen, ob die Ware Mängel besessen, oder ob die Beklagte ein sogenanntes genehmigungsfähiges aliud geliefert habe. Es führt aus, in beiden Fällen könne die Klägerin keine Rechte geltend machen, weil eine ordnungsmäßige Mängelanzeige nicht dargetan sei. Entgegen der Auffassung der Revision sind die einschlägigen Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit sie entscheidungserheblich sind, frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht spricht zwar in dem einen Abschnitt seiner Urteilsgrün-

de von einer "Untersuchungspflicht" der Klägerin. Dieser Ausdruck ist allerdings verfehlt. Eine "Untersuchungspflicht" in dem Sinne, daß deren Verletzung wie ein Anerkenntnis der Vertragsmäßigkeit der Ware bewirke, legen die §§ 377, 378 HGB dem Käufer nicht auf. Nicht die Unterlassung der Untersuchung, sondern die Unterlassung einer rechtzeitigen Anzeige der Mängel hat die in § 377 Abs 2 HGB bestimmten rechtlichen Folgen. Die Bedeutung der Untersuchung liegt nur darin, daß die für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderliche Frist maßgebend für die Prüfung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist, und daß andererseits die Unterlassung einer nach einem ordnungsmäßigen Geschäftsgange tunlichen Untersuchung den Käufer der Gefahr aussetzt, daß eine bei rechtzeitigem Hervortreten der Mängel erstattete Anzeige als verspätet zurückgewiesen wird. weil die Mängel bei ordnungsmäßiger Untersuchung bereits früher hätten angezeigt werden können. Das hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (RGZ 96, 175 ff; 106, 359 ff mit Nachweisen) überzeugend dargelegt. Dieser Rechtsauffassung folgt der Senat. Wenn das Berufungsgericht somit irrig von einer "Untersuchungspflicht" spricht, so beruht das Erkenntnis jedoch nicht auf diesem Mangel; denn der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt eindeutig, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht auf eine Untersuchungspflicht, sondern mit Recht darauf abgestellt hat, ob eine ordnungsmäßige Mängelrüge erfolgt ist. Das angefochtene Urteil läßt es dahinstehen, ob die Mängel bereits am

23. November 1948 hätten gerügt werden müssen. Es geht davon aus, die Klägerin habe die Mängelanzeige spätestens am 21. Dezember 1948 erstatten müssen. Die betreffenden Ausführungen des Urteils sind frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht stellt sodann ohne Verfahrensverstöß weiter fest, die Klägerin habe nicht bewiesen, daß die Mängelrüge bis dahin erfolgt sei. Die Revision macht hier zu Unrecht geltend, das Berufungsgericht habe die Aussagen des Zeugen L [REDACTED] und des Geschäftsführers B [REDACTED], den das Oberlandesgericht allerdings als Zeugen, statt als Partei gehört hat, nicht ausreichend berücksichtigt. Das Berufungsgericht hat die Aussagen nicht übersehen, sich vielmehr mit ihnen des näheren auseinandergesetzt. Mit Recht ist es auf Grund der vorhandenen Unterlagen davon ausgegangen, daß die Klägerin die Mängelrüge an die Beklagte und nicht an den Handelsmäkler L [REDACTED] zu richten hatte, und daß es, weil L [REDACTED] nicht Bevollmächtigter der Beklagten gewesen sei, darauf ankomme, ob L [REDACTED] die Anzeige rechtzeitig an die Beklagte weitergegeben habe. Den Beweis, daß das geschehen sei, hält das Berufungsgericht nicht für geführt. Die Würdigung der Beweisaufnahme ist Sache des Tatrichters und, soweit keine Verfahrensverstöße vorliegen, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Verfahrensmängel sind aber nicht dargetan. Dem Berufungsgericht ist weiter darin beizupflichten, daß die dem Handelsmäkler L [REDACTED] telefonisch erstattete Mängelanzeige überdies nicht bestimmt genug gewesen ist. Die

Anzeige aus §§ 377, 378 HGB braucht zwar nicht eine in die Einzelheiten gehende genaue Bezeichnung der Mängel zu enthalten (RG in JW 1902, 762). Sie muß aber die Ausstellungen des Käufers so genau wiedergeben, daß der Verkäufer zu erkennen vermag, welche Mängel gemeint sind; denn die Vorschrift des § 377 HGB dient der Sicherheit des Handelsverkehrs. Sie will den Verkäufer vor dem Nachschieben von Mängeln anderer Art als der gerügten schützen (RG in JW 1905, 646). Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Mängelanzeige entscheidend auf den Inhalt des zwischen dem Geschäftsführer B. [REDACTED] und dem Handelsmakler L. [REDACTED] geführten Telefongesprächs und weiter darauf an, welche Mitteilung L. [REDACTED] dem Inhaber der Beklagten über dieses Gespräch gemacht hat. Daß aber in diesem Gespräch die Mängel ausreichend bezeichnet worden sind, hat das Berufungsgericht ohne Verfahrensverstöß nicht für bewiesen erachtet. Zu Unrecht meint die Revision weiter, dem Vorbringen der Beklagten, daß die Rüge den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt habe, stehe mit Rücksicht auf das Verhalten ihres Inhabers bei der späteren Besichtigung der Ware der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Die in § 377 HGB verordnete Verpflichtung, die Mängel unverzüglich ausreichend zu rügen, ist, wie erwähnt, im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs erlassen. Sie ist streng innezuhalten. Die Klägerin hat die Nachteile, die ihr aus ihren eigenen Verstößen gegen die erwähnte Vorschrift entstehen, hinzunehmen. Wenn

der Verkäufer sich darauf beruft, der Käufer habe seiner Rügepflicht nicht genügt, so liegt darin keine unzulässige Rechtsausübung. In den bisher erörterten Punkten enthält die angefochtene Entscheidung, da der Beurteilung die vom Berufungsgericht insoweit ohne Verfahrensverstöße getroffenen wiedergegebenen Feststellungen im Revisionsrechtszuge zugrunde zu legen sind, keine entscheidungserheblichen Rechtsfehler. Wie noch zu 2) ausgeführt werden wird, ist das Urteil jedoch aus anderen Gründen aufzuheben und hat eine neue Tatsachenverhandlung stattzufinden. Es wird Sache des Tatrichters sein, zu prüfen, ob in ihr etwa neue Tatsachen hervortreten, die eine andere Beurteilung der Frage, ob der Rügepflicht nicht genügt ist, rechtfertigen.

2. Das Berufungsgericht hat in seinen weiteren Ausführungen, wie erwähnt, das spätere Vorbringen der Klägerin, daß es sich bei der gelieferten Ware um ein nicht genehmigungsfähiges aliud gehandelt habe, als richtig unterstellt. Hiervon ist daher im Revisionsrechtszuge auszugehen. Der Klägerin standen in dem Falle die Rechte aus § 326 BGB zu. Sie mußte daher an sich die Beklagte zunächst mahnen und ihr eine Frist setzen. Diese Maßnahmen erübrigten sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) jedoch, wenn die Beklagte die Erfüllung des Vertrages, also die Lieferung vertragsmäßiger Ware, endgültig ernsthaft abgelehnt hat. In einem solchen Falle würde die Klägerin ohne

weiteres zum Rücktritt mit der Folge berechtigt sein, daß sie den gezahlten Kaufpreis zurückfordern könnte. Mit Recht geht das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 102, 262 ff mit Nachweisen) davon aus, daß die Erfüllungsverweigerung eindeutig feststehen müsse. Ob eine solche Erfüllungsverweigerung im Einzelfall vorliegt, ist an sich vom Tatrichter festzustellen. Das Revisionsgericht hat nur zu prüfen, ob der Rechtsbegriff der Erfüllungsverweigerung vom Berufungsgericht verkannt worden ist, und ob die einschlägigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts auf Verfahrensmängeln beruhen. Letzteres macht die Revision, die hier Verletzung des § 286 ZPO rügt, mit Recht geltend, indem sie darauf hinweist, das Berufungsgericht habe wesentlichen Prozeßstoff nicht berücksichtigt. Die Beklagte hat, was das Berufungsgericht nicht beachtet hat, bereits in ihrem in dem Schiedsverfahren eingereichten Schriftsatz vom 15. Februar 1949 erklärt, sie könne die Ware nicht zurücknehmen, weil ihr ihr Lieferant diese jetzt nicht mehr abnehme. An diesem Standpunkt hat die Beklagte während des ganzen Prozesses festgehalten und zwar auch nachdem das vom Landgericht erforderte Gutachten des Sachverständigen Dr. G. [REDACTED] bereits vorgelegen hat. In den Erklärungen der Beklagten, daß sie die Ware nicht zurücknehmen wolle, liegt sinn-

gemäß auch die Erklärung, daß sie der Klägerin keine andere Ware liefern wolle. Diesen Prozeßstoff, insbesondere das Verhalten der Beklagten während des Rechtsstreits, hat das Oberlandesgericht unter Verletzung des § 286 ZPO nicht berücksichtigt. Dieser Rechtsfehler ist entscheidungserheblich. Er muß dazu führen, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hierbei war von der Befugnis aus § 565 Abs 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen. Der 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts wird unter den aufgezeigten Gesichtspunkten nunmehr zu prüfen haben, ob eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung vorliegt. Sollte das Berufungsgericht zur Bejahung dieser Frage gelangen, so wird es dann allerdings auch Feststellungen darüber treffen müssen, ob es sich bei der gelieferten Ware um ein nicht genehmigungsfähiges aliud handelt, was es bisher nur zugunsten der Klägerin unterstellt, aber nicht festgestellt hat. Wie erwähnt, hat das Berufungsgericht im Gegensatz zu der Entscheidung des Landgerichts bisher auch die Vorfrage offen gelassen, ob die Klägerin nach Muster gekauft hat und ob nicht mustergemäß geliefert worden ist. Auch zu dieser Frage wird das Berufungsgericht nunmehr mit Stellung nehmen müssen.

- 14 -

Nach alledem war, wie geschehen, zu befinden.
Die Entscheidung über die Kosten der Revision war
dem Berufungsgericht zu überlassen.

Lindenmaier	Schmidt	Krüger-Nieland
Heidenhain	Benkard	