

005 10
I ZR 50/51

V e r k ü n d e t
am 26. Oktober 1951

_____, Justizobersekretär als
Orkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma B. Z _____ Nachf., Mehlgroß-
handlung G _____, W _____ Strasse _____,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

gegen

den Kaufmann Kurt S _____ in Wi _____, M _____
strasse _____,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1951 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier,
Dr. Heidenhain, Schmidt, Wilde und Dr. Krüger-Lieland

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Hamm vom 22. Februar 1951
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger hat früher zwei in der Gegend von Deutsch-Krone gelegene Mühlen besessen, aus denen er der Beklagten im Herbst 1944 und im Frühjahr 1945 insgesamt 2719 Doppelzentner Mehl in Säcken geliefert hat, bezüglich deren in den den Rechnungen angehefteten Zetteln vermerkt war: "Die Leihsäcke aus dieser Lieferung sind zurückzusenden: direkt an meine Anschrift in Station Deutsch-Krone oder für meine Rechnung an die Firma Fr. Sp[redacted], Sachfabrik in Herne i.W.". Damals galt die von der Hauptvereinigung der deutschen Getreide- und Futtermittelwirtschaft für das Getreidewirtschaftsjahr 1944/45 erlassene Anordnung, in deren § 19 Abs 1 bestimmt war:

Liefert der Verkäufer Ware netto ausschließlich Säcken in Gewebesäcken, so hat der Käufer diese oder eine entsprechende Anzahl von Säcken gleicher Art und Beschaffenheit zurückzugeben.

Die Beklagte hat 450 Säcke an die Firma Spieß zurückgeliefert. Die restlichen 2269 Säcke sind dadurch in Verlust geraten, daß sie bei der Beklagten durch Bombenwürfe vernichtet worden sind.

Die Parteien streiten darüber, welcher Partei der durch den Verlust der Säcke verursachte Schaden zur Last fällt. Der Kläger vertritt die Auffassung, daß die Beklagte den Schaden zu tragen habe, weil sie nach Mitteilung der den Rechnungen angehefteten Zettel sowie nach der von der Hauptvereinigung erlassenen Anordnung zur Rückgabe der Säcke verpflichtet sei. Die Beklagte vertritt den

- 3 -

Standpunkt, daß der Verlust den Kläger als den Eigentümer der Säcke treffe. Daß der Kläger Eigentümer der zwar nicht gekennzeichneten, aber als "Leihsäcke" bezeichneten Säcke geblieben sei, gehe daraus hervor, daß er schon bei der Lieferung die Rückgabe der Säcke verlangt habe, daß er aber auch nach der Anordnung der Hauptvereinigung den Anspruch auf die Rückgabe der Säcke habe. Die ihr in der Anordnung der Hauptvereinigung eingeräumte Befugnis, andere Säcke gleicher Art und Beschaffenheit zurückzugeben, stelle lediglich eine facultas alternativa dar, durch die an der Tatsache, daß der Kläger Eigentümer der Säcke geblieben sei, nichts geändert werde.

Das Landgericht in Hamm hat die Beklagte durch das Urteil vom 14. September 1950 verurteilt, an den Kläger 2269 Mehlsäcke mittlerer Art und Güte, zwei Zentner fassend, zu liefern. Das Oberlandesgericht in Hamm hat die von der Beklagten eingelegte Berufung durch das Urteil vom 22. Februar 1951 zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, welche die Abweisung der Klage erstrebt. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die Beklagte sich im Wege einer Vereinbarung zur Rücklieferung der Säcke verpflichtet hat, nur kurz gestreift. Es bemerkt dazu, die von den Parteien über die Rückgabepflicht der Beklagten getroffene Vereinbarung beschränke sich darauf,

-4-



daß der Kläger seinen Sendungen ohne Widerspruch der Beklagten den Zettel mit dem Verlangen der Rückgabe der Säcke an sich selber oder die Firma Sp. beigelegt habe. Dabei hat das Berufungsgericht nicht beachtet, daß der Kläger das Verlangen der Rückgabe erst nach dem Abschluß der Verträge gestellt hat. Denn er hat es nicht etwa bei den Verhandlungen erhoben, die den Bestellungen der Beklagten vorausgegangen sind, sondern hat erst nach den Lieferungen an die Beklagte den Rechnungen jeweils einen Zettel über die Rückgabe der Säcke beigelegt. Ob bei dieser Sachlage aus der Unterlassung eines Widerspruchs von seiten der Beklagten ihr Einverständnis mit der Verpflichtung zur Rückgabe gefolgert werden kann, hätte unter Erörterung der Art und Dauer der geschäftlichen Beziehungen der Parteien genauer geprüft werden müssen. Die Nachholung dieser Prüfung ist aber nicht unerläßlich. Denn die Pflicht der Beklagten zur Rückgabe der Säcke hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum auch aus der Anordnung der Hauptvereinigung der Mehl- und Futtermittelhändler für das Getreidewirtschaftsjahr 1944/45 gefolgert. Wenn diese dem Käufer einer ausschließlich Säcke verkauften Mehlmenge die Verpflichtung auferlegt, "diese (nämlich die Säcke) oder eine entsprechende Anzahl von Säcken gleicher Art und Beschaffenheit zurückzugeben", so hat sie dem Käufer damit eine echte Wahlschuld auferlegt. Daß es sich um eine Wahlschuld und nicht um eine beschränkte Gattungsschuld handelte, ergibt sich zunächst daraus, daß die einzelnen Möglichkeiten als voneinander verschieden bezeichnet sind ferner auch daraus, daß Stücke gleicher Art und Güte, und nicht Stücke mittlerer Art und Güte zurückzuliefern waren. Gegen

die Annahme eines darlehensähnlichen Verhältnisses, wie es das Berufungsurteil zugrundelegt, spricht, daß Sachen von gleicher Art, Güte und Menge nicht als von vornherein allein geschuldet bezeichnet worden sind.

Auf diese Wahlschuld findet auch die Vorschrift des § 265 BGB Anwendung. Danach beschränkt sich die Schuld, wenn eine der Leistungen von Anfang an unmöglich ist oder nachträglich unmöglich wird, auf die übrigen Leistungen. Da der Beklagten die Rückgabe der Säcke, die sie vom Kläger erhalten hatte, durch die von keiner Partei verschuldete Vernichtung der Säcke unmöglich geworden ist, hat sie dem Kläger Säcke gleicher Art und Beschaffenheit zu liefern.

Hiernach rechtfertigt sich die vom Berufungsgericht ausgesprochene Verurteilung, ohne daß es eines Eingehens auf die im Berufungsurteil sonst noch zur Berechtigung der Klage erörterten Fragen bedarf.

Beide Vorinstanzen haben die Beklagte verurteilt, Zweizentnersäcke mittlerer Art und Güte zu liefern, obwohl der Kläger nach der Anordnung der Hauptvereinigung nur Anspruch darauf hat, daß ihm Säcke von der gleichen Art und Beschaffenheit, wie die von ihm selbst gelieferten zurückgegeben werden. Da die Beklagte aber während des ganzen Rechtsstreits kein Wort über die Beschaffenheit der Säcke verloren hat, in denen sie das Mehl vom Kläger erhalten hat, so fehlt jeder Anhalt für die Annahme, daß die Säcke des Klägers nicht von mittlerer Art und Beschaffenheit gewesen wären.

Die Einrede der Verwirkung greift nicht durch. Der Umstand allein, daß seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist, genügt nicht, um den Einwand der Verwirkung zu rechtfertigen. Es müssen besondere Umstände vorliegen, auf Grund deren die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden wird (RGZ 155, 153). Solche Umstände sind nach dem Vorbringen des Klägers nicht in ausreichendem Maße gegeben. Im Gegenteil sind die Schwierigkeiten der tatsächlichen Feststellungen, denen der Kläger nach der Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft begegnete, und die in einem umfangreichen Schrifttum vielfach erörterte Zweifelhaftigkeit der Rechtslage bei der Rückforderung von Verpackungsmaterial geeignet, die späte Erhebung der Klage zu entschuldigen.

Hiernach mußte die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Lindenmaier

Schmidt

Wilde

Heidenhain

Krüger-Mieland