

I ZR 60/51

Verkündet am
27. November 1951

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

2491 014

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

In dem Rechtsstreit

der Firma R. & Co. in H.,
Klägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

1. den Kaufmann Hans R.A. K. in H., Al./
2. den Nahrungsmittelchemiker Dr. Ernst Hu. in H.-
A.,
3. den Nahrungsmittelchemiker Dr. H.S. in E., So.

Beklagte, zu 1 Revisionskläger, zu 3 Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Dr. -
- Prozeßbevollmächtigter zu 2 und 3: Rechtsanwalt Dr. -

hat der Bundesgerichtshof, Erster Zivilsenat, auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. November 1951 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier, Dr. Heidenhain,
Dr. Birnbach, Schmidt und Dr. Krüger-Nieland
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und des Beklagten zu 1
wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts in Hamburg vom 21. Februar 1951 in
seinem diese beschwerenden Teil und im Kostenpunkt auf-
gehoben. In diesem Umfang wird die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Dezember 1948 bot der Beklagte zu 1 der Klägerin einen Posten Zimt an und übersandte ihr ein Muster der Ware. Die Klägerin erwiderte, daß sie Interesse für das Geschäft habe, falls eine Untersuchung der Probe ergebe, daß es sich um echten Zimt handle. Sie ließ den Zimt durch den Beklagten zu 2 untersuchen, der ihr in dem Attest über das Untersuchungsergebnis mitteilte, daß es sich um reinen Zimt handle. Die Parteien vereinbarten darauf, daß die Klägerin den Zimt kaufe, wenn die noch durchzuführende Untersuchung der in Essen lagernden Ware ergebe, daß die Ware echter Zimt sei. Die Klägerin schickte am 16. Dezember 1948 ihren Prokuristen Ha [REDACTED] nach Essen, wo damals der Zimt bei einem Kaufmann F [REDACTED] lagerte, der ihn dem Beklagten zu 1 seinerseits angeboten hatte. Der Beklagte zu 1 beauftragte den Handelsvertreter R [REDACTED], dem Prokuristen Ha [REDACTED] den Zimt zu übergeben, falls die Untersuchung seine Echtheit ergebe. Ha [REDACTED] und R [REDACTED] begaben sich am 16. Dezember 1948 nach Essen zu dem Spediteur P [REDACTED], zu dem F [REDACTED] den Zimt schaffen wollte. Da der Zimt noch nicht bei P [REDACTED] war und auch trotz 2 stündigen Wartens nicht eintraf, begab sich R [REDACTED] nach der Wohnung von F [REDACTED], um nach dem Verbleib des Zimt zu fragen. Kurz nach seiner Entfernung brachte F [REDACTED] den in 11 Papiersäcken zu je 1 Zentner verpackten Zimt mit einem Lastkraftwagen zu P [REDACTED]. Ha [REDACTED] veranlasste ihn, mit dem Zimt zum Beklagten zu 3 zu fahren, der ihm von der Industrie-

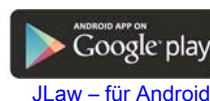
- 3 -

und Handelskammer in Essen auf seine Frage als Nahrungsmittelchemiker empfohlen worden war. Vor dem Haus des Beklagten zu 3 entnahm Ha [REDACTED] aus den 11 Säcken Proben des Zimt, indem er nach Behauptung der Klägerin in jeden Sack mit seinem Arm bis zum Ellenbogen hineingriff, um den Zimt zu fassen. Die Proben füllte er in Tüten, deren jede eine Nummer enthielt, die mit den an den Säcken angebrachten Nummern übereinstimmte. Ha [REDACTED] übergab die Proben dann dem Beklagten zu 3 mit dem Auftrage, sie zu untersuchen. Der Beklagte zu 3 meinte nach erster flüchtiger Betrachtung, es scheine sich um Zimt zu handeln, etwas bestimmtes könne er aber erst nach mikroskopischer Untersuchung der Proben sagen, die er im Laufe des Tages durchführen wolle. Auf der Notwendigkeit der mikroskopischen Untersuchung beharrte er auch trotz der von Ha [REDACTED] betonten Eilbedürftigkeit der Sache. Ha [REDACTED] und der inzwischen wieder eingetroffene R [REDACTED] fuhren darauf mit den 11 Zentnersäcken zu dem Spediteur P [REDACTED], wo sie die Papiersäcke in Jutesäcke steckten. Die mit Bindfäden verschlossenen Papiersäcke wurden dadurch gesichert, daß die Bindfäden in Blechhülsen gesteckt wurden, die Ha [REDACTED] mit einer eigens mitgebrachten Zange der Klägerin zudrückte. Die Jutesäcke wurden mit Bindfaden zugebunden oder Drahtwickeln verschlossen. Am 17. Dezember 1948 erhielt dann Ha [REDACTED] von dem Beklagten zu 3 das Zeugnis über die Untersuchung Bl 11 d.A., in dem der Beklagte zu 3 bescheinigte, daß es sich nach dem Untersuchungsbefunde um reinen, gemahlenen Natur-

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

zimt (Caasia) handele. Ha[REDACTED] und R[REDACTED] waren nun bestrebt, den Zimt möglichst schnell nach Hamburg zu bringen. Da sie in Essen keine geeignete Transportgelegenheit fanden, brachten sie den Zimt noch am 17. Dezember nach Dortmund, von wo aus der Spediteur Z[REDACTED] & Co. einen durch den Eigentümer des Lastzuges, Ei[REDACTED], gesteuerten Lastzug mit Teppichen und anderen Gegenständen nach Hamburg schickte. Diesem Lastzuge wurden die 11 Säcke mit Zimt beigeladen. Am 18. Dezember lieferte Ei[REDACTED] die Säcke bei der Niederlassung der Firma Z[REDACTED] & Co. ab, wo sie auf einen kleineren Lastwagen geladen wurden, der sie der Firma von He[REDACTED] brachte, die alsbald das Gewicht der Säcke feststellte und diese dann auf Lager nahm. Von der Firma von He[REDACTED] wurde der Inhalt der Säcke dann in der Zeit bis zum 5. Januar 1949 in kleine Papiertüten mit je 5 gr. umgepackt. Die Tüten lieferte He[REDACTED] zum Teil an die Kunden der Klägerin gegen Lieferschein aus, den Rest erhielt die Klägerin, die in Essen den Preis für die ihr übergebenen 11 Zentnersäcke mit 19250 DM bezahlt hatte. Anfang Februar 1949 führte die Lebensmittelpolizei in Hamburg eine Untersuchung des bei der Klägerin lagernden angeblichen Zimts durch und stellte fest, daß der vermeintliche Zimt aus aromatisiertem Bucheckerschalenmehl bestand. Sie beschlagnahmte bei der Klägerin 63 628 Papierbeutel und ferner auch die Beutel mit den Zimtproben, die Ha[REDACTED] sich von einem Assistenten des Beklagten zu 3 hatte aushändigen lassen und die im Schreibtisch des Ha[REDACTED] in Hamburg gefunden wurden.

Die Klägerin nimmt alle drei Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Sie macht geltend, daß sie heute an der Erfüllung des Kaufvertrages kein Interesse mehr habe, da der Preis des Zimts inzwischen erheblich gefallen sei. Sie verlangt von den Beklagten als Teil des ihr zustehenden Schadensersatzes die Rückzahlung des Kaufpreises mit 19250 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 15. März 1949. Das Landgericht in Hamburg hat die Klage gegen alle drei Beklagten durch das Urteil vom 13. Juli 1949 abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist durch das Urteil vom 21. Februar 1951 insoweit zurückgewiesen worden, als die Klage gegen die Beklagten zu 2 und 3 abgewiesen war, dagegen ist der Beklagte zu 1 zur Zahlung von 19250 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Gegen dieses Urteil haben die Klägerin und der Beklagte zu 1 Revision eingelegt. Die Klägerin hat die Revision gegen den Beklagten zu 2 später zurückgenommen und verlangt jetzt nur noch die Verurteilung des Beklagten zu 3. Der Beklagte zu 1 beantragt die Abweisung der Klage. Die Klägerin und der Beklagte zu 1 bitten um Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Begründung des Berufungsurteils für die Verurteilung des Beklagten zu 1 läßt, soweit es sich um den Grund des Anspruchs handelt, einen durchgreifenden rechtlichen Irrtum nicht erkennen. Es kann nach Lage der Sache einem Zweifel nicht unterliegen, daß

der Beklagte zu 1 der Klägerin die Eigenschaft der Echtheit des Zimts zugesichert hat. Die Klägerin hat schon vor dem Vertragsschluß erklärt, daß sie den Zimt nur kaufen wolle, wenn seine Echtheit durch eine Untersuchung bestätigt werde. Die Parteien haben dann vereinbart, daß die Klägerin den Zimt in Essen nur dann übernehmen werde, wenn seine Echtheit durch eine Untersuchung erwiesen werde. Es hat der Klägerin, wie sie dem Beklagten zu 1 gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, also nicht genügt, daß die Echtheit der Probe durch die Untersuchung bestätigt war, sie hat darüber hinaus verlangt, daß auch die Ware selbst untersucht werden solle und daß sie den Zimt nur zu kaufen brauche, wenn er echt sei. Die Klägerin kann ihren Schadensersatzanspruch deshalb auf § 480 Abs 2 BGB stützen. Die Gefahr ist auf die Klägerin übergegangen, als die Ware in Essen dem Prokuristen Ha [REDACTED] als Vertreter der Klägerin nach der Untersuchung durch Dr. S [REDACTED] übergeben wurde. Es bedarf deshalb nicht der Prüfung, ob der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 1 auch auf § 326 BGB gestützt werden kann.

Andererseits ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht einen nach § 476 BGB an sich möglichen Verzicht der Klägerin auf Gewährleistungsansprüche verneint hat. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, von welchem Motiv die Beklagte zu 1 bei dem von dem Zeugen P [REDACTED] bekundeten Verlangen der Untersuchung des Zimtes vor

der Übernahme durch die Klägerin geleitet gewesen ist. Es wird vermutlich so gewesen sein, wie P. sagt, daß der Beklagte zu 1 kein Risiko laufen wollte. Es mag sein, daß der Beklagte zu 1 der Echtheit des Zimtes, den er nie gesehen hatte, nicht ganz getraut hat. Er hat sich deshalb durch die Untersuchung vergewissern wollen, ob er die Echtheit des Zimtes ohne Risiko zusichern konnte. Daraus folgt aber nicht, daß er die Gewährleistung für die Echtheit des Zimtes abgelehnt hat. P. bekundet, daß über die Ablehnung der Gewähr durch den Beklagten zu 1 nicht gesprochen ist. Das hätte geschehen müssen, wenn der Beklagte zu 1 seine aus der Tatsache des Vertragsschlusses folgende Gewährleistung für die Echtheit des Zimtes hätte ausschliessen wollen.

Auf die Frage, ob die Klägerin eine Fahrlässigkeit des Beklagten zu 3 bei der Untersuchung der Proben im Verhältnis zum Beklagten zu 1 zu vertreten hat, braucht nicht eingegangen zu werden. Zwar kann der Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Auftrag zur Untersuchung dem Beklagten zu 3 nicht nur von der Klägerin, sondern auch von dem Beklagten zu 1 erteilt sei, nicht zugestimmt werden. H. hat sich bei der Industrie- und Handelskammer in Essen nach einem zuverlässigen Nahrungsmittelchemiker erkundigt und hat dann, bevor der zu F. gegangene Vertreter des Beklagten zu 1, R., zurückgekehrt war, die Proben dem Beklagten zu 3 übergeben und um Untersuchung gebeten. Er hat den Auftrag zur Untersuchung

also allein gegeben. Zwar lag die Untersuchung auch im Interesse des Beklagten zu 1 und entsprach auch seinen Wünschen. Aber daraus allein kann nicht gefolgert werden, daß der Beklagte zu 1 den Auftrag zur Vornahme der Untersuchung erteilt hat. Der Beklagte zu 1 vertritt nun die Auffassung, die Klägerin sei ihm gegenüber nach § 377 HGB verpflichtet gewesen, die Ware zu prüfen und ihm etwaige Mängel zu rügen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung habe sie sich des Beklagten zu 3 bedient und habe deshalb nach § 278 BGB dessen Verschulden zu vertreten. Dem kann nicht beigetreten werden. Verpflichtet war die Klägerin nur zur Vornahme einer sachgemässen Prüfung. Dieser Pflicht hat die Klägerin dadurch genügt, daß sie einem von der Industrie- und Handelskammer empfohlenen Sachverständigen die Untersuchung der Ware übertragen hat. Für das Ergebnis dieser Untersuchung hat sie nicht einzustehen. Diese Frage braucht aber nicht abschliessend entschieden zu werden, weil man der Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin zur Untersuchung der Ware nach § 378 HGB nicht verpflichtet war, zustimmen muß. Zwar hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Beklagte zu 1 der Klägerin "höchstens" ein Gemisch von Zimt und Bucheckernschalenmehl geliefert habe. Ob es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hätte feststellen können, daß es sich um reines Bucheckerschalenmehl gehandelt hat, kann unerörtert bleiben. Bei dem unbedingten Interesse, das die Klägerin an der Lieferung echten Zimts gehabt und kundgegeben hat, muß

auch das Gemisch als ein aliud im Sinne des § 378 HGB angesehen werden. Dann findet § 377 HGB keine Anwendung.

Entscheidend ist die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die der Klägerin in Hamburg ausgehändigte Ware dieselbe gewesen ist, wie die ihr bezw Ha in Essen von dem Beklagten zu 1 bezw R übergebene. Diese Feststellung stützt das Berufungsgericht auf eine eingehende Würdigung der von ihm erhobenen Beweise. Das Berufungsgericht hat jeden Mann vernommen, der mit dem Transport der Ware zu tun gehabt hat. Es hat sogar den Zeugen Al ermittelt, der die 11 Säcke von dem Lager der Firma Z & Co. zur Firma von He gefahren hat. Wenn das Berufungsgericht aufgrund dieser Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt ist, daß eine Vertauschung oder Verfälschung der Ware nicht stattgefunden hat, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht bezeichnet es mit Recht als "kaum vorstellbar", dass die 11 Säcke auf ihrem in allen Einzelheiten durch die Beweisaufnahme festgestellten Wege gegen 11 Säcke gleicher Art und Beschaffenheit, aber mit anderem Inhalt vertauscht sein könnten. Aber seine Feststellung, daß eine Vertauschung nicht stattgefunden hat, stützt sich nicht auf diese von vorneherein gegebene Unwahrscheinlichkeit, sondern auf eine gewissenhafte Würdigung des erhobenen Beweises. Hiergegen ist nichts zu erinnern.

Als Schadensersatz kann die Klägerin nun aber

24

nicht die Rückzahlung des vollen Kaufpreises von 19 250 DM fordern, den sie durch die Freigabe des Akkreditivs in Essen gezahlt hat. Die Firma von He● hat einen Teil der von ihr abgepackten Beutel mit dem angeblichen Zimt an die mit Lieferscheinen der Klägerin versehenen Kunden der Klägerin ausgegeben. In welchem Umfange dies geschehen ist, hat das Berufungsgericht bisher nicht festgestellt. Es müssen aber viele tausend Stück gewesen sein. Den hierfür vereinnahmten Kaufpreis muss die Klägerin sich als Minderung ihres Schadens anrechnen lassen. Zwar ist sie, weil sie Bucheckernschalenmehl als echten Zimt verkauft hat, zur Rücknahme der ganzen von ihr verkauften Ware gegen Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet. Es steht aber nicht fest, in welchem Umfange von der Klägerin die Rücknahme des Zimts verlangt worden ist. Soweit dies nicht geschehen ist und die Klägerin den empfangenen Kaufpreis unangefochten behalten hat, ist sie nicht geschädigt. Das Berufungsgericht wird deshalb feststellen müssen, in welchem Umfange der Kaufpreis der Klägerin verblieben und die Klägerin deshalb nicht geschädigt ist. Zu diesem Zweck muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Zurückverweisung ist aber auch deshalb erforderlich, weil das Berufungsgericht die Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 3 bisher nicht ausreichend begründet hat. Das Berufungsgericht hat die

Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 3 damit gerechtfertigt, es lasse sich nicht feststellen, daß die Proben, die in Hamburg beschlagnahmt und als Bucheckernschalenmehl festgestellt seien, die gleichen Proben seien, die dem Beklagten zu 3 zur Untersuchung übergeben seien. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb das Berufungsgericht annimmt, daß die Beschaffenheit der dem Beklagten zu 3 übergebenen Proben nur auf dem Wege der Identifizierung mit den später beschlagnahmten Proben festgestellt werden kann. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die dem Fuhrunternehmer Ei [REDACTED] in Dortmund übergebene Ware auf dem Wege nach Hamburg und in Hamburg nicht vertauscht worden, sondern dieselbe ist, die später in Hamburg beschlagnahmt ist. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, es sei kein Anhalt dafür vorhanden, daß der Prokurist Ha [REDACTED] und der Handelsvertreter R [REDACTED] zum Nachteil der Klägerin zusammengewirkt hätten. Danach sieht das Berufungsgericht als erwiesen an, daß eine Vertauschung der Ware von dem Augenblick, in dem der Prokurist Ha [REDACTED] sie nach der Untersuchung durch Dr. S [REDACTED] übernommen hat bis zu ihrer Beschlagnahme in Hamburg, nicht stattgefunden hat. Über den Tag, während dessen die Ware in Essen bei dem Spediteur P [REDACTED] gelagert hat, hat das Berufungsgericht sich bisher nicht ausgesprochen. Nur wenn die Ware an diesem Tage vertauscht wäre, könnte angenommen werden, daß sie nicht dieselbe war, von der Ha [REDACTED] vor dem Hause von Dr. S [REDACTED] die Proben entnommen hat.

Hierüber hat das Berufungsgericht bisher nichts festgestellt, obwohl seine Betrachtungen über die Schwierigkeiten, denen eine Vertauschung der Ware begegnen mußte, auch für diesen Tag zutreffen. Das Berufungsgericht hat aber weiter auch über die Art, in der Ha[REDACTED] die Proben gezogen hat, keine näheren Feststellungen getroffen und nicht geprüft, welche Folgerungen daraus gezogen werden können. Man weiß nicht, ob es für möglich hält, daß in den drei Säcken, die Dr. S[REDACTED] untersucht hat, bis zu der Stelle, bis zu der Ha[REDACTED] fassen konnte, Zimt gelegen hat, während das Bucheckernschalenmehl nur in den unteren Partien der Säcke untergebracht war. Die Sache muß deshalb auch zu dem Zwecke an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit das Berufungsgericht nochmals prüft, ob aus dem heute noch feststellbaren Sachverhalt keine zuverlässigen Schlüsse auf die Beschaffenheit der Dr. S[REDACTED] übergebenen Proben gezogen werden können.

Hiernach musste das Berufungsurteil, soweit es gegen die Beklagten zu 1 und 3 ergangen ist, aufgehoben und die Sache in diesem Umfange an das Berufungs-

gericht, das auch über die Kosten zu entscheiden haben wird, zurückverwiesen werden.

Lindenmaier Heidenhain Birnbach

Schmidt Krüger-Nieland