

I ZR 71/51

Verkündet
am 1. Februar 1952
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

2498 076

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

In dem Rechtsstreit.

der Firma Gebrüder G [REDACTED], Inhaber Theodor G [REDACTED],
Ge [REDACTED], Gr [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma M [REDACTED] und Sohn, Bäckereibedarf in
R [REDACTED], Gru [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Bundesgerichtshof, Erster Zivilsenat, auf die
mündliche Verhandlung vom 1. Februar 1952 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Prof. Dr. Lindenmaier, Dr. Heidenhain,
Dr. Birnbach, Schmidt und Wilde

für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Hamm vom 19. März 1951 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung auch über die Kosten an den 6. Zivil-
senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat der Klägerin am 9. Dezember 1949 aus dem holländischen Import 2,5 to holländische Kuvertüre zum Preise von 6,60 DM je kg = 16.500 DM verkauft, den Vertrag durch das Schreiben vom 14. Dezember 1949 (Bl 11 d.A.) bestätigt und der Klägerin die Rechnung vom 9. Dezember 1949 (Bl 10 d.A.) übersandt, in der der Verkauf nach Mustervorlage von 2,5 to holländischer Kuvertüre zum Preise von 16.500 DM vermerkt und die Zusammensetzung der Kuvertüre dahin angegeben ist:

40 % Kakao (22-24 %)

40 % Zucker

20 % Fett.

Die Klägerin hat die Ware nach der Abnahme am 20. Dezember 1949 bezahlt und zum Teil in ihrer Backwaren - fabrik verarbeitet, dann aber durch Schreiben vom 20. Januar 1950 (Bl 2 d.A.) aufgrund einer Untersuchung des Nahrungsmittelchemikers Dr. S. [REDACTED] vom 20. Januar, deren Ergebnisse in dem Gutachten vom 20. Januar 1950 (Bl 3 d.A.) niedergelegt sind, bemängeln lassen und die Wandelung des Kaufvertrages sowie die Rückzahlung des Kaufpreises von 16.500 DM gegen Rückgabe der Ware verlangt. Die Klägerin behauptet, daß die Beklagte ihr die Ware, die tatsächlich nur eine mit Kokosfett hergestellte Fettglasur darstelle, als reine Kuvertüre verkauft und sie dadurch arglistig getäuscht habe. Die Beklagte bestreitet dies. Sie behauptet, sie habe bei den Kaufverhandlungen hervorgehoben, daß die Ware nicht deutsche, sondern holländische Kuvertüre und mit Pflanzenfett angerichtet sei.

Das Landgericht Essen hat die Klage durch das Urteil vom 15. März 1950 abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin geltend gemacht, daß sie 600 kg der Ware verarbeitet habe und deshalb nicht mehr zurückgeben könne, der Rest sei bei ihr verdorben. Sie verlangt nunmehr Zahlung von 3960 DM nebst Zinsen sowie Zahlung von weiteren 12.540 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe von 1900 kg der ihr gelieferten Überzugsmasse. Das Oberlandesgericht in Hamm hat die Berufung der Klägerin durch das Urteil vom 19. März 1951 zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin, welche die Verurteilung der Beklagten erstrebt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Auffassung des Berufungsgerichts, seine Feststellung, der Inhaber der Beklagten habe darauf hingewiesen, dass die holländische Kuvertüre keine reine Kuvertüre, sondern eine Überzugsmasse mit Fremdfettgehalt sei, schließe jeden Wandlungs- oder Schadensersatzanspruch der Klägerin aus, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Wenn der Inhaber der Beklagten diese Erklärung abgegeben hat, so kommt weder das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft noch das Vorhandensein eines Mangels, der die Tauglichkeit der Kuvertüre zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen könnte, in Betracht. Denn nach dieser Erklärung des Inhabers der Beklagten mußte die Klägerin



wissen, daß die ihr angebotene Kuvertüre keine reine Kuvertüre im Sinne des Artikels 3 Nr 11 der Kakaoverordnung (RGBl I S 504) war und sich deshalb zum Überzug von Backwaren sehr viel weniger eignete als reine Kuvertüre und es auch ausschloß, daß die mit dieser Kuvertüre bezogenen Backwaren als mit reiner Kuvertüre überzogen bezeichnet wurden. Auch die Ansprüche, deren Vorhandensein die Klägerin in der Revision zur Nachprüfung gestellt hat, liegen dann nicht vor. Denn die Beklagte hat dann nicht gegen ein den Schutz der Klägerin bezweckendes Gesetz, wenn man die Kakaoverordnung als ein solches ansehen will, verstossen, noch fällt ihr eine Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß zur Last, sodaß sich die Prüfung, ob diese Vorschriften überhaupt zur Begründung der von der Klägerin erhobenen Ansprüche herangezogen werden können, erübrigt.

Das Berufungsgericht weist die Klage mit der Begründung ab, daß die Klägerin die ihr obliegende Pflicht, die Ware alsbald nach der Ablieferung zu untersuchen, verletzt und die Rüge der etwaigen Mängel der Sache unterlassen habe. Dadurch habe die Klägerin ihre Gewährleistungsansprüche verloren. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin zur Untersuchung der Ware verpflichtet gewesen sei, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der von den Parteien geschlossene Vertrag stellte ein Handelsgeschäft dar. Die Untersuchung war auch nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang möglich. Es kann dahinstehen, ob die Klägerin, wie sie behauptet, ihren Betrieb für die Zeit vom 15. Dezember 1949 bis zum 15. Januar 1950 stillgelegt hat. Denn das schloß nicht aus, daß die Klägerin die Kuvertüre alsbald nach

ihrer Ablieferung am 20. Dezember 1949 noch vor dem Fest untersuchen ließ. Dies gilt auch dann, wenn zu der Untersuchung eine Backprobe erforderlich war, denn eine solche war trotz der Stilllegung des Betriebes ohne Schwierigkeiten durchführbar. Die bloß äußerliche Besichtigung der Ware durch den Meister der Klägerin genügte schon deshalb nicht, weil die echte Kuvertüre in rohem Zustande nach der eigenen Angabe der Klägerin von der unechten nicht zu unterscheiden ist. Hätte die Klägerin alsbald eine Backprobe vorgenommen, dann hätte ihr die Tatsache, daß es sich nicht um echte Kuvertüre im Sinne der deutschen Kakaoverordnung handelte, nicht verborgen bleiben können, auch wenn sie von dem Inhaber der Beklagten nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wäre. Allein die Unterlassung jeder ordnungsmässigen Untersuchung ist aber der Grund dafür, daß die Klägerin die Tatsache, es handle sich nicht um echte Kuvertüre, nicht alsbald erkannt hat. Diese Unterlassung ist der Grund für das Unterbleiben jeder Mängelrüge, das die Gewährleistungsansprüche der Klägerin ausschließt, wenn der Beklagten nicht etwa Arglist zur Last fällt. Das hat das Berufungsgericht mit eingehender Begründung verneint. Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Inhaber der Beklagten darauf hingewiesen habe, es handle sich um keine reine Kuvertüre, sondern um eine Überzugsmasse mit Fremdfettgehalt, zu Recht besteht.

Die Revision hat diese Feststellung mit einer Reihe von prozessualen Beanstandungen angegriffen. Von ihnen

erweist sich nur eine als begründet, die jedoch zur Aufhebung des Berufungsurteils führen muß. Unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe es zu Unrecht unterlassen, die in ihrem Schriftsatz vom 7. August 1950 (Bl 63 d.A.) angetretenen Beweise zu erheben. Die Klägerin hat dort unter Beweis gestellt, daß der Inhaber der Beklagten bei den verschiedensten Gelegenheiten von Kuvertüre gesprochen und nicht ein einziges Mal auch nur andeutungsweise erwähnt habe, die Ware enthalte Fremdfett oder Pflanzenfett. Daß der Inhaber der Beklagten die holländische Kuvertüre auch als Kuvertüre schlechthin bezeichnet hat, ist unstreitig. Daß er bei den im Schriftsatz vom 7. August 1950 erwähnten Gelegenheiten nicht von Fremd- oder Pflanzenfett gesprochen hat, schließt nicht aus, daß er es bei anderen Gelegenheiten dennoch getan hat. Das Berufungsgericht brauchte diesen Beweis deshalb nicht zu erheben. Daß die Klägerin Überzugsmasse auch von anderer Seite hätte beziehen können, ist nicht erheblich. Unstreitig haben die Parteien schon längere Zeit in Geschäftsbeziehungen miteinander gestanden. Die Klägerin mag geglaubt haben, von der Beklagten eine bessere Fettglasur als die übliche erhalten zu können. Von ihrer Absicht, mit der holländischen Kuvertüre Katzenzungen zu überziehen, hat die Klägerin erst nach Vertragsschluß gesprochen. Daß die Beklagte in diesem Zeitpunkt die von ihr gelieferte Kuvertüre als besonders geeignet bezeichnet hat, zu diesem Zweck verwendet zu werden, beweist nichts.

Auch die Einwendungen, die die Klägerin dagegen erhoben hat, daß das Berufungsgericht bei den schriftsätzlichen Angaben der Klägerin das wünschenswerte Maß von Genauigkeit vermisst hat, erweisen sich nicht als sachlich begründet. Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 7. März 1950 (Bl 15 RS d.A.) wörtlich erklärt: "Bestritten wird auch die Behauptung der Beklagten, daß der Kläger wegen der Knappheit an Kuvertüre eine wöchentliche Lieferung von 5 to gefordert habe". Bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht hat der Mitinhaber der Klägerin ausgesagt: "es sei zutreffend, daß er wöchentlich 5 to verlangt und daß er erklärt habe, mit 2,5 to sei ihm nicht gedient". Daß das Berufungsgericht aus diesem Wechsel der Erklärungen auf einen Mangel an Genauigkeit in den Angaben der Klägerin geschlossen hat, ist nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt von den Angaben der Klägerin über die von dem Beklagten vorgelegten Proben. In ihrem Schriftsatz vom 7. Juli 1950 hat die Klägerin angegeben: "Bemerkt mag werden, daß die von der Beklagten in erster Instanz dem Gericht übergebene Probe eine ganz andere ist als die bei den Kaufverhandlungen vorgezeigte. Während erstere Pralinenform hatte, in einem Cellophanbeutel war und einen angehefteten Zettel (Etikett) trug, war letztere in Splitterform, etwa 4 - 5 cm lang und 1 cm breit, lose und ohne jeden schriftlichen oder gedruckten Vermerk. Infolgedessen hat die Klägerin die in erster Instanz überreichte Probe alsbald bestritten". Bei seiner Vernehmung hat der Mitinhaber der Klägerin gesagt: "Es sei nur ein Muster, das in

einem Cellophanbeutel verpackt gewesen sei, vorgelegt worden. Von diesem Muster habe er sich ein Stück abgeschnitten. Einen Zettel, auf dem die Analysenwerte angegeben gewesen seien, habe er nicht gesehen". Wenn das Berufungsgericht hierzu sagt "Er hat ferner zugeben müssen, daß ihm bei der Verhandlung ein Muster nicht in bloßer Splitterform, sondern in einem Cellophanbeutel vorgelegt worden ist, während schriftsätzlich vorgetragen war, daß die Beklagte mit der Vorlage eines solchen Cellophanmusterbeutels den Versuch gemacht habe, das Gericht zu täuschen. Mit Rücksicht auf dieses Zugeständnis ist es wenig wahrscheinlich, daß er den Zettel mit den Analysenwerten nicht gesehen hat", so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Die Revision beanstandet es aber mit Recht, daß das Berufungsgericht auch den Beweis nicht erhoben hat, den die Klägerin dafür angetreten hat, die Beklagte habe auch zwei anderen Firmen die gleiche Ware ebenfalls als Kuvertüre angeboten und verkauft, ohne von Fremdfett oder Fettglasur etwas verlauten zu lassen. Diese beiden Beweisangebote befanden sich im Schriftsatz der Klägerin vom 27. Mai 1950 und in ihrem Schriftsatz vom 15. August 1950, mit dem die Klägerin ein Schreiben der KG Hajo H. vom 10. August 1950 vorgelegt hat. Daß der Umstand, daß die Beklagte auch an anderer Stelle den Versuch gemacht und ausgeführt hatte, den ihr von der Klägerin vorgeworfenen Betrug zu begehen, bei der Abwägung der Glaubwürdigkeit der Parteien ein ungleich größeres

Gewicht haben mußte als die der Klägerin vorgeworfene Ungenauigkeit ihrer schriftsätzlichen Angaben, bedarf keiner weiteren Begründung. Selbst wenn man annehmen wollte, daß das Berufungsgericht bei dem Übergehen dieser Beweisanträge der Klägerin die Tatsache beeinflußt haben sollte, daß die Firma H. [REDACTED] ihre Angaben später unter dem Druck eines von der Beklagten angestrebten Rechtsstreits abgeschwächt oder widerrufen zu haben scheint, so hätte das Berufungsgericht dies darlegen müssen. Auch dann bleibt es jedoch unbegründet, daß das Berufungsgericht auch den wegen der Täuschung der Firma E. [REDACTED] in Mü. [REDACTED] angetretenen Beweis nicht erhoben hat. Daß auch er keine mögliche Beweis-erheblichkeit besessen habe, hat das Berufungsurteil nicht dargetan.

Die Revision muß deshalb insofern Erfolg haben, als das Berufungsgericht die Beweise wegen der Täuschung anderer Firmen nicht erhoben hat. Das Berufungsgericht wird die Erhebung dieses Beweises nachholen und sodann prüfen müssen, ob ihr das Ergebnis dieses Beweises Anlaß geben kann, seine bisherige Beweiswürdigung zu ändern. Daß die Tatsache, daß der Inhaber der Beklagten seine Aussage vor dem Berufungsgericht beeidigt hat, eine veränderte Beweiswürdigung nicht zu hindern vermag, wenn das Berufungsgericht diese für angezeigt halten sollte, ergibt sich aus § 286 ZPO. Gemäß § 565 Abs 1 ZPO erschien es angemessen, die weitere Verhandlung einem anderen Senate des Berufungsgerichts zu übertragen.

Das Berufungsurteil mußte deshalb aufgehoben werden. Die weitere Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten ist dem 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts übertragen worden.

Lindenmaier

Heidenhain

Schmidt

Birnbach

Wilde