

2097 086

db

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 104/64

URTEIL

Verkündet am

16. Februar 1966
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Herbert R. Be[REDACTED], Inhabers der Firma
Herbert R. Be[REDACTED] - Papierwaren, in B[REDACTED], Kö[REDACTED]-
[REDACTED] Straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Kommanditgesellschaft "J[REDACTED] G[REDACTED] KG, Buchdruckerei"
in Wö[REDACTED]/Rh., Fr[REDACTED]-E[REDACTED]-Straße [REDACTED], vertreten
durch die persönlich haftenden Gesellschafter Werner
G[REDACTED], Edith G[REDACTED] und Elisabeth G[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED].[REDACTED].[REDACTED] --.

26

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 17. März 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die sich als Großdruckerei bezeichnet, und die Firma Georg L., Graphische Kunst- und Klischeeanstalt in F. a.M., verpflichteten sich gemeinsam durch Vertrag vom 13. Juni 1960 gegenüber der Interessengemeinschaft "H." zur Lieferung von 25 000 Stücken eines in dem Vertrage genau beschriebenen Katalogs (des sogenannten AFU-Katalogs). Die Gesamtauslieferung dieses Katalogs mußte bis zum 20. September 1960 erfolgen. Im Verzugsfalle hatten die Klägerin und die Firma L. gesamtschuldnerisch eine Konventionalstrafe von 3000 DM für jeden Tag der verspäteten Auslieferung zu zahlen. Im Innenverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma L. sollte nach einer zwischen ihnen am selben Tage getroffenen Vereinbarung die Konventionalstrafe demjenigen zur Last fallen, auf dessen Säumnis der Verzug zurückzuführen war.

- 3 -

Schon vorher hatte die Klägerin sich darum bemüht, einen Lieferanten für das benötigte, zum Offsetdruck geeignete Papier zu finden, und war auf das von dem Beklagten vertriebene Bildérdruckpapier "Sp[REDACTED]" aufmerksam gemacht worden. Sie setzte sich mit dem Beklagten in Verbindung. Bei dem Besuch des Vertreters des Beklagten legte sie diesem das ihr von einer Druckfarbenfabrik überlassene Muster dieses Papiers mit dem Bemerkten vor, daß sie ein derartiges Papier benötige. Der Vertreter zeigte darauf der Klägerin vier entsprechende Muster, von denen zwei die Klägerin erhielt, während der Vertreter die anderen beiden Muster wieder mitnahm. Der sodann am 14. Juni 1960 dem Vertreter des Beklagten von der Klägerin mündlich erteilte Auftrag wurde von ihm mittels eines Formblatts am selben Tage an den Beklagten weitergeleitet. In diesem Formblatt war die "Sorte" bezeichnet mit "fast holzfrei. Sp[REDACTED] für Offset". Die Spalte "Lieferzeit" war mit "Ende July" ausgefüllt. Der Beklagte bestätigte der Klägerin diesen Auftrag mit Schreiben vom 16. Juni 1960, dem nochmals ein Muster beigelegt war, wie das Berufungsgericht im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils mitteilt. In diesem Bestätigungsschreiben heißt es unter der Überschrift "Sorte": "zweiseitig maschinengestrichen
fast holzfrei weiß glänzend
Splendid".

Die Spalte "Lieferzeit" ist ausgefüllt mit "etwa 30.7. - 1.8.1960 eintreffend", die Spalte "Verwendungszweck" mit "AFU-Katalog". In dem Bestätigungsschreiben wird auf die Geschäftsbedingungen Bezug genommen, die auf der Rückseite des Schreibens abgedruckt waren. Diese Bedingungen werden mit folgendem Satz eingeleitet:

"In Erweiterung der nachstehenden Bedingungen gelten zusätzlich und sinngemäß die "Geschäftsbedingungen der Papierindustrie des Bundesgebietes" in der Fassung vom 12. September 1951."



Ende Juni und Anfang Juli 1960 lieferte der Beklagte kleine für Probedrucke bestimmte Mengen des Papiers an die Klägerin und die Firma L[REDACTED]. Die Probedrucke fielen zufriedenstellend aus und wurden auch von der Bestellerin des Katalogs gebilligt.

Mit Schreiben vom 13. Juli 1960 bestätigte der Beklagte ein Telefongespräch mit der Klägerin und teilte ihr mit, daß er wunschgemäß das bestellte Papier, das in diesem Schreiben als "maschinengestrichen weiß glänzend fast holzfrei Sp[REDACTED] für Offset" bezeichnet wurde, an die von der Klägerin benannte Druckerei C[REDACTED] in T[REDACTED]-Tr[REDACTED] versenden werde. Die Lieferung traf dort am 28. Juli 1960 ein. Die Klägerin beanstandete sie am 30. Juli 1960 fernmündlich und schrieb am selben Tage an den Beklagten:

"In der Anlage überreiche ich Ihnen einen Bogen des gelieferten Papiers und ein Stück des uns von Ihnen angebotenen Papiers. Ein Teil des Musters, welches Sie uns zugesandt haben, ist bei dem Rechtsanwalt unseres Kunden hinterlegt. Aus diesem Grunde wird der Kunde uns dieses Papier nie abnehmen. Überzeugen Sie sich bitte selbst von dem Unterschied der beiden Papiere, und lassen Sie uns schnellstens, da der Druck bereits am 3. August beginnen sollte, eine Nachricht zugehen.
...."

Es fanden sodann Verhandlungen zwischen den Parteien statt. Der Beklagte nahm später das gelieferte Papier zurück.

Die Klägerin kaufte bereits am 1. August 1960 anderes für ihre Zwecke brauchbares Papier bei der Firma Fl[REDACTED] in F[REDACTED] a.M[REDACTED], die schon am 4. August 1960 mit den Lieferungen begann und diese laufend fortsetzte. Der Katalog wurde sodann auf dem von der Firma Fl[REDACTED] gelieferten Papier gedruckt und fristgerecht ausgeliefert.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte sei trotz Hinweises auf die drohende Konventionalstrafe nicht bereit und in der Lage gewesen, ihr kurzfristig anstelle des mangelhaften ein der Vereinbarung entsprechendes Papier zu liefern. Da sie gleichartiges Papier auch anderweit damals nicht alsbald habe erhalten können, sei sie gezwungen gewesen, für den Druck des Katalogs geeignetes, wenn auch qualitätsmäßig besseres und deswegen teureres Kunstdruckpapier von der Firma Fl[REDACTED] zu beziehen, um den Katalog fristgerecht fertigstellen zu können und dadurch die Zahlung der Konventionalstrafe zu vermeiden. An die Firma Fl[REDACTED] habe sie 7402,90 DM mehr zahlen müssen, als sie nach der Vereinbarung mit dem Beklagten an diesen zu zahlen gehabt hätte. Den erwähnten Betrag beansprucht die Klägerin als Schadensersatz. Sie hat demgemäß mit der Klage Zahlung von 7402,90 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr mit Ausnahme eines Teiles der verlangten Zinsen stattgegeben.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin erstrebt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, zwischen den Parteien sei ein Kauf nach Muster abgeschlossen worden. Es erörtert die Vorgänge bei der Bestellung des Papiers, aus denen es herleitet, daß die Klägerin genau nach Muster habe kaufen wollen. Dies sei auch dem Beklagten über

den Vertreter K. mitgeteilt worden. Der Beklagte habe diesem Willen der Klägerin Rechnung getragen. Zwar ergebe sich aus dem Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 16. Juni 1960 allein noch nicht, daß der Beklagte dem Wunsche der Klägerin entsprechend nach Muster verkaufen wollte. Dieser Wille trete aber dadurch deutlich zutage, daß der Beklagte seinem Bestätigungsschreiben an die Klägerin ein weiteres Muster der von ihr gewählten Papiersorte beilegte und dadurch der Klägerin zu erkennen gab, sie könne aus dem Vergleich der jetzt in ihren Händen befindlichen Muster mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens den Schluß ziehen, daß sie genau mit dem beliefert werde, was sie bestellt habe.

Demgegenüber macht die Revision geltend, das Berufungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß der Beklagte mit dem Bestätigungsschreiben ein weiteres Muster des Papiers an die Klägerin gesandt habe. Die Klägerin habe die entsprechende Behauptung, die das Berufungsgericht als unstreitig angesehen habe, im Verlauf des Rechtsstreits selbst richtig gestellt, auch ergebe der Wortlaut der Auftragsbestätigung, daß mit ihr kein Muster als Anlage übersandt worden sei.

Diese Rüge geht fehl. Der erkennende Senat hat bei der ihm obliegenden rechtlichen Nachprüfung von dem Parteivorbringen auszugehen, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist (§ 561 ZPO). In dem unstreitigen Teil des Tatbestandes des Berufungsurteils (S. 3) findet sich unterstrichen der Satzteil: "Diesem Bestätigungsschreiben (d.h. dem Schreiben vom 16. Juni 1960) fügte der Beklagte nochmals ein Muster bei, ..." Daß das Berufungsgericht diese Tatsache als unstreitig angesehen hat, beruht ersichtlich auf dem Vorbringen in

den Schriftsätzen der Klägerin vom 18. Januar 1962 und vom 5. April 1962 S. 2, dem der Beklagte nicht entgegengetreten war. Der Schriftsatz der Klägerin vom 7. Oktober 1963 S. 3 änderte diesen Vortrag entgegen der Darstellung der Revision nicht ab. Da der Beklagte somit die angeführte Behauptung der Klägerin nicht bestritten hatte - auch die Sitzungsprotokolle enthalten keinen Hinweis, aus dem auf entgegenstehendes Vorbringen des Beklagten geschlossen werden könnte -, durfte das Berufungsgericht die Darstellung der Klägerin als unstreitig ansehen und sie seiner Entscheidung zugrundelegen. Der von der Revision erwähnte Berichtigungsantrag ist in diesem Punkt von dem Berufungsgericht durch Beschluß vom 2. Juni 1964 ausdrücklich abgelehnt worden. Die Auftragsbestätigung des Beklagten lag dem Berufungsgericht vor. In ihr war allerdings von der Übersendung eines Musters nichts gesagt. Jedoch stand der Wortlaut des Bestätigungsschreibens nicht der dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin entsprechenden Annahme des Berufungsgerichts entgegen, daß der Beklagte diesem Schreiben ein weiteres Muster des Papiers beigelegt hatte. Der erkennende Senat muß daher in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht seiner rechtlichen Beurteilung zugrundelegen, daß der Beklagte seinem Bestätigungsschreiben vom 16. Juni 1960 ein weiteres Muster des zu liefernden Papiers beigelegt hatte.

2. Ist mithin von demselben Sachverhalt auszugehen, den auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hatte, so läßt es sich nicht beanstanden, daß das Berufungsgericht die Vertragsbeziehungen der Parteien als Kauf nach Probe oder nach Muster im Sinne des § 494 BGB angesehen hat, und es bedarf nicht der Untersuchung, ob sich eine solche rechtliche Einordnung auch dann bejahen lassen würde, wenn der Beklagte der Klägerin mit der Auf-

tragsbestätigung kein weiteres Papiermuster übersandt hätte. Ein Kauf nach Probe oder nach Muster liegt immer dann vor, wenn der Verkäufer nach den Umständen des Falles die Eigenschaften des Musters bindend zugesagt hatte und die Vertragsparteien darüber einig waren, daß der Verkäufer eine der Probe entsprechende Ware zu liefern hatte und die Eigenschaften der Probe für die nach dem Vertrage vereinbarte Beschaffenheit der Lieferung maßgebend sein sollten (vgl. Staudinger BGB 11. Aufl. § 494 Nr. 2; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 494 Nr. 2; HGB RGRK 2. Aufl. Vorbem. vor § 373 Anm. 55 a; Geßler/Hefermehl/Hildebrandt/Schröder, HGB 4. Aufl. Einl. vor § 373 Nr. 12). Es liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht diese Voraussetzungen jedenfalls dann als erfüllt angesehen hat, wenn der Beklagte selbst mit der Auftragsbestätigung nochmals ein Muster des zu liefernden Papiers übersandt und damit zum Ausdruck gebracht hatte, daß das übersandte Muster nach dem Inhalt des von ihm bestätigten Kaufvertrags dazu bestimmt war, die Eigenschaften des zu liefernden Papiers zu kennzeichnen.

Daß die Lieferung nicht probegemäß ausgefallen war, hatte der Beklagte in den Tatsachenrechtszügen nicht bestritten. In dem schriftlichen Gutachten des vom Landgericht beauftragten Sachverständigen W. vom 6. Februar 1962 war festgestellt, daß die Lieferung tatsächlich erheblich von der Vorlage abwich. In dem Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vom 19. Februar 1962, in dem zu dem Gutachten Stellung genommen wurde, ist ausgeführt, der Beklagte habe nicht bestritten, daß seine Lieferung von dem Vorlagemuster in der Färbung abgewichen sei. Es wird dann weiter ausgeführt, daß im Papierhandel Abweichungen von einem Vorlagemuster fast die Regel seien,

und hinzugefügt, in dem vorliegenden Falle möge die Abweichung etwas stärker ausgefallen sein. Der Beklagte habe aber nach Prüfung der Unterlagen und, um eine Auseinandersetzung zu vermeiden, sich bereit erklärt, die Ware zurückzunehmen. Zwischen den Parteien war also jedenfalls nach Zugang des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen unstreitig, daß die gelieferte Ware von der Probe nicht unerheblich abwich. Es kann daher dahinstehen, ob geringfügige Abweichungen der Lieferung von der Klägerin hätten nach § 242 BGB hingenommen werden müssen (vgl. Staudinger aaO § 494 Nr. 18; HGB RGRK aaO Anm. 55 d), denn um solche handelte es sich nicht. Insbesondere war das gelieferte Papier, wie das Berufungsgericht ausdrücklich hervorhebt, in der Farbe wesentlich dunkler als das Muster, so daß bei Verwendung derartigen Papiers die beabsichtigte Werbewirkung des Katalogs nicht erreicht werden konnte. Schon diese Abweichung in der Farbe wog daher so schwer, daß von einer probegemäßen Lieferung nicht die Rede sein konnte. Deshalb kann auch dahingestellt bleiben, ob die vom Berufungsgericht erörterte Abweichung im Gewicht unerheblich oder nur geringfügig war und ob das Papier zum Offsetdruck geeignet sein mußte, sich aber dafür nicht eignete, wie das Berufungsgericht angenommen hat, denn jedenfalls wird durch die Lieferung eines Papiers von solcher Farbe, die der Eignung zu dem beabsichtigten Verwendungszweck entgegensteht, die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen nicht mustergerechter Lieferung ausgelöst. Deshalb kommt es auf die Rügen der Revision, mit denen sie geltend macht, mit dem gelieferten Papier sei ein Offsetdruck durchaus möglich gewesen, zudem habe die Klägerin das Papier in Buchdruckmaschinen verarbeiten wollen, nicht an.

3. Allerdings enthält die Vorschrift des § 494 BGB kein zwingendes, sondern nachgiebiges Recht. Das gilt auch für die Bestimmungen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. Ebenso wie die Beteiligten einzelne Eigenschaften der Probe von der Zusicherung ausnehmen oder die Maßgeblichkeit des Musters auf bestimmte einzelne Eigenschaften beschränken können (BGB RGRK 11. Aufl. § 494 Anm. 1), steht es ihnen daher auch frei, eine Vereinbarung dahin zu treffen, daß dem Käufer bei nicht mustergerechter Lieferung ein Schadensersatzanspruch nicht zustehen, sondern er auf die Rechte der Wandlung oder Minderung beschränkt bleiben soll (vgl. § 476 BGB). Auch ein der Anwendung der Bestimmungen der §§ 494, 463, 480 Abs. 2 BGB entgegenstehender Handelsbrauch ist zu berücksichtigen (vgl. das Urteil des erkennenden Senats vom 1. Dezember 1965 - VIII ZR 271/63 - BB 1966, 9 = Betrieb 1966, 29). Einen solchen Handelsbrauch, auf den sich die Revision zu berufen versucht, hat aber der Beklagte in den Tatsachenrechtszügen gar nicht behauptet. In dem Schriftsatz vom 4. März 1964 S. 6 war lediglich vorgetragen, es sei nicht handelsüblich, bei der Papierlieferung die "zugesi- cherte Eigenschaft" schon aus der Bemusterung und der vor Abschluß des Kaufvertrags gelieferten "Probe" zu entnehmen. Die Revision übersieht bei ihrem abweichenden Vortrag, daß nach dem unstreitigen Sachverhalt das Muster zu- sammen mit der Auftragsbestätigung, also nicht vor, sondern bei Abschluß des Vertrages, von dem Beklagten an die Klä- gerin übersandt wurde. Daß der behauptete Handelsbrauch auch einen solchen Fall betreffe, ist dem Vortrag des Beklagten in den Tatsachenrechtszügen nicht zu entnehmen. Soweit die Revision auch in diesem Zusammenhange geltend macht, daß das Berufungsgericht von einem unrichtigen Sachverhalt aus- gegangen sei, weil in Wahrheit dem Bestätigungsschreiben eine Probe nicht beigelegt habe, wird auf das unter 1 Aus- geführte verwiesen.

4. Auch auf die dem Vertrage der Parteien zugrunde gelegten Geschäftsbedingungen der Papierindustrie des Bundesgebiets in der Fassung vom 12. September 1951, die in der ganzen Bundesrepublik angewandt werden und daher von dem erkennenden Senat frei nachprüfbar sind, beruft sich die Revision zu Unrecht.

a) Die von der Revision erwähnte Vorschrift des § 21 Buchst. b der Geschäftsbedingungen betrifft Lieferungen mit bestimmten Stoffmischungen und Festigkeiten, bei denen Abweichungen bis zu 10 v.H. als geringfügig gelten sollen. Diese Bestimmung kann schon deshalb keine Anwendung finden, weil die von der Klägerin geltend gemachten Mängel weder die Stoffmischung noch die Festigkeit des Papiers betreffen. Die Zulässigkeit von Abweichungen regelt sich daher allein nach § 21 Buchst. a der Geschäftsbedingungen. Dort ist bestimmt, daß der Verkäufer nicht für nur geringfügige Abweichungen haftet. Wie oben unter 2 bereits ausgeführt ist, handelt es sich hier mindestens hinsichtlich der Farbe nicht um eine Abweichung, die noch als geringfügig angesehen werden könnte, vielmehr bewirkte die Farbabweichung, daß das Papier für den beabsichtigten Verwendungszweck nicht mehr geeignet war. Eine solche Abweichung kann nicht als geringfügig bewertet werden. Es bedarf daher nicht der Erörterung, ob die Anwendung des § 21 Buchst. a der Geschäftsbedingungen, wie das Berufungsgericht angenommen hat, bei einem Kauf nach Probe stets ausgeschlossen ist.

b) Auch aus der Bestimmung des § 7 Buchst. e der Geschäftsbedingungen, mit der sich bereits das Berufungsgericht auseinandergesetzt hat, läßt sich nichts zugunsten des Beklagten herleiten. Nach dieser Vorschrift können Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung nur dann geltend gemacht werden, wenn der Ware eine in der Auftrags-

bestätigung ausdrücklich zugesicherte Eigenschaft fehlt. Das Berufungsgericht meint, daß § 7 Buchst. e der Geschäftsbedingungen gerade für die Klägerin streite, denn diese Bestimmung decke sich inhaltlich völlig mit der die Anspruchsgrundlage für die Klägerin bildenden Vorschrift des § 480 Abs. 2 BGB. Ob dieser Begründung zu folgen ist, kann offen bleiben, denn jedenfalls muß für den hier zu beurteilenden, in den Geschäftsbedingungen nicht besonders geregelten Fall, daß der Verkäufer mit der Auftragsbestätigung ein Muster der zu liefernden Ware übersendet, dasselbe gelten wie bei einer ausdrücklichen Zusicherung in der Auftragsbestätigung. Die Zusendung eines Musters bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster ist praktisch nichts anderes als die ausdrückliche Zusicherung, daß die zu liefernde Ware dem Muster entsprechen werde. Ist also das Muster mit dem Bestätigungsschreiben zusammen übersandt worden, so handelt es sich um eine der Auftragsbestätigung beigefügte ausdrückliche Zusicherung mustergetreuer Lieferung, so daß ein Schadensersatzanspruch nach den Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen ist. Die Revision hat sich auch auf § 7 Buchst. e der Geschäftsbedingungen nicht mehr berufen.

5. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die Klägerin den Vorschriften über die Rügepflicht genügt habe, werden von der Revision zur Nachprüfung gestellt. Sie lassen jedoch keinen Rechtsirrtum erkennen. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten, auf die sich die Revision bezieht, erhob die Klägerin, nachdem das Papier am 28. Juli 1960 bei der Firma C. abgeliefert war, bereits am 30. Juli 1960 dadurch die Mängelrüge, daß sie das F. Büro des Beklagten anrief und mitteilte, das Papier weiche in seiner Färbung von dem ursprünglich bestellten wesentlich ab; außerdem beständen starke Gewichtsschwan-

kungen. Die Klägerin hat also unter Angabe der Mängel dem Beklagten als Verkäufer unverzüglich Anzeige gemacht und ist damit entsprechend § 377 HGB verfahren. Weshalb die Klägerin verpflichtet gewesen sein soll, bei dieser Gelegenheit hervorzuheben, daß sie nach Muster gekauft hatte, was die Revision offenbar für notwendig hält, hat sie nicht näher dargelegt. Aus dem Gesetz läßt sich eine solche Verpflichtung nicht herleiten. Die Ordnungsmäßigkeit der Mängelrüge wird daher von der Revision zu Unrecht bezweifelt.

6. Bedenken unterliegt dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Vortrag des Beklagten, den das Berufungsgericht seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt hat, ergebe nicht, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag rechtswirksam gewandelt sei. Deshalb sei, so meint das Berufungsgericht, die Klägerin zu ihrem Verlangen auf Schadensersatz auch nach der Rücknahme des Papiers durch den Beklagten berechtigt.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß der Käufer nur bis zur Vollziehung der Wandlung oder Minderung das Recht der Wahl zwischen den ihm zustehenden Rechtsbehelfen hat und ihm von diesem Zeitpunkt an auch ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 463, 480 Abs. 2 BGB verlorengeht. Um Schäden, für die der Verkäufer außerhalb seiner Gewährleistungshaftung einzustehen hat und für die Abweichendes gilt, handelt es sich hier nicht. Dem Berufungsgericht fällt aber insofern ein Rechtsverstoß zur Last, als es annimmt, das Vorbringen des Beklagten reiche nicht aus, um den Vollzug der Wandlung darzutun. Das Berufungsgericht wertet das Verhalten der Klägerin nach der Lieferung des Papiers dahin, sie habe lediglich die Abnahme der Ware und die Bezahlung des Kaufpreises verweigert. Dabei

übersieht es, wie die Revision mit Recht geltend macht, daß das für die Klägerin an die Firma C [REDACTED] in T [REDACTED] - Tr [REDACTED] gelieferte Papier bereits abgenommen war. Der Begriff "Abnahme" ist rein gegenständlich zu verstehen. Es ist damit der tatsächliche, der Ablieferung entsprechende Akt der Fortnahme des Gutes gemeint, um den Verkäufer von dem Gut zu entlasten (Staudinger aaO § 433 Nr. 140; BGB RGRK § 433 Anm. 210 m. Nachw.). Die Abnahme war also hier vollzogen, als das Papier bei der Firma C [REDACTED] abgeladen und von dieser für die Klägerin entgegen genommen worden war. Offenbar hat das Berufungsgericht die Begriffe "Abnahme" und "Annahme", d.h. Entgegennahme der Leistung als Erfüllung, nicht auseinandergehalten. In der Abnahme liegt noch keine Billigung der Ware, sie ist bloße Tathandlung.

Allerdings war die Klägerin nicht bereit, die Ware als Erfüllung anzunehmen und den Kaufpreis für das Papier zu begleichen. In Anerkennung ihres Standpunkts hat aber der Beklagte, insoweit stimmt das Vorbringen der Parteien überein, das gelieferte Papier zurückgenommen. Nach seinem Vorbringen ist der Klägerin am 31. August 1960 der volle Rechnungsbetrag für die Ware wieder gutgeschrieben worden. Die Erklärungen der Klägerin, die diese bei den von dem Beklagten geschilderten Ferngesprächen mit dem Angestellten Meiswinkel des Beklagten abgegeben haben soll, seien dahin zu verstehen gewesen, so trägt der Beklagte vor, daß die Klägerin Rückgängigmachung des Kaufpreises über das Papier, d.h. also Wandlung (§ 462 BGB), verlangte. Das Wandlungsangebot der Klägerin hat der Beklagte nach seiner Darstellung angenommen. Wird also von seinem Vorbringen ausgegangen, so war die Wandlung jedenfalls durch die Gutschrift des Kaufpreises am 31. August 1960 vollzogen (§ 465 BGB), und die Klägerin

konnte nicht mehr zu dem Verlangen auf Schadensersatz übergehen, das sie erstmals in dem Schreiben des von ihr bevollmächtigten Rechtsanwalts vom 3. September 1960 erhob. Daran ändert nichts, daß die Wandlung, worauf das Berufungsgericht hinweist, erst dann vollzogen ist, wenn die Parteien sich über alle strittigen Punkte geeinigt haben. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist nämlich dem Vorbringen des Beklagten, von dem hier auszugehen ist, weil das Berufungsgericht keine abweichenden Feststellungen getroffen hat, zu entnehmen, daß der Beklagte eine solche vollständige Einigung der Parteien vor Zugang des Schreibens vom 3. September 1960 behauptet. Mit den vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen läßt sich daher nicht verneinen, daß die Wandlung des Papierkaufes vollzogen war, bevor die Klägerin erstmals Schadensersatz verlangte.

Aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil, das der Klägerin Schadensersatz zuspricht, keinen Bestand haben, sondern muß aufgehoben werden.

Angesichts des sich widersprechenden Parteivorbringens ist eine weitere tatsächliche Aufklärung erforderlich. Es wird maßgeblich darauf ankommen, ob der Beklagte aus dem Verhalten der Klägerin den Schluß ziehen konnte, daß sie lediglich Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangte, und ob er sich hiermit einverstanden erklärte. Allerdings wird das Berufungsgericht bei seiner Würdigung dem Gedanken Rechnung zu tragen haben, daß es im allgemeinen nicht dem Willen des Käufers entsprechen wird, sich in einem Falle, wie er hier gegeben ist, mit der Wandlung des Kaufvertrages zu begnügen und von dem Verlangen auf Schadensersatz abzusehen (vgl. Erman JZ 1960, 41, 43). Hätte im übrigen die Klägerin, wie sie behauptet, sich

Schadensersatzansprüche ausdrücklich vorbehalten, so würde die Annahme, daß die Wandlung vollzogen worden sei, ohnehin nicht gerechtfertigt sein (vgl. BGHZ 29, 148, 156 m. Anmerkung von Artl LM BGB § 463 Nr. 4). Die Sache muß deshalb an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

7. Sollte das Berufungsgericht wieder zu dem Ergebnis gelangen, daß eine Wandlung nicht vollzogen war und die Klägerin Schadensersatz zu beanspruchen hat, so wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob die Klägerin ein mitwirkendes Verschulden bei der Entstehung des Schadens trifft. Ein solches mitwirkendes Verschulden der Klägerin müßte gemäß § 254 Abs. 2 BGB auch dann zu ihrem Nachteil berücksichtigt werden, wenn es sich darauf beschränkt, daß die Klägerin es unterlassen hat, den Beklagten auf die Gefahr eines drohenden ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte noch kennen mußte, oder daß die Klägerin es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

Dem Beklagten bleibt es unbenommen, in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Bedenken geltend zu machen, die von der Revision gegen das Berufungsurteil in dieser Hinsicht erhoben werden, und sein entsprechendes Vorbringen aus den Tatsachenrechtszügen sowie seine Beweisantritte zu wiederholen und zu ergänzen. Dasselbe gilt auch für die Angriffe der Revision, die sich gegen die Höhe des der Klägerin zugesprochenen Schadensersatzes richten.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung in der Sache selbst ab. Sie ist deshalb dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner