

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 131/66

URTEIL

Verkündet am

2. April 1969

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Winfried B [REDACTED], Tiefkühlkostvertriebs-KG,
vertreten durch ihren Komplementär Winfried B [REDACTED],
in L [REDACTED] über A [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Firma I [REDACTED] I [REDACTED] I [REDACTED] - und E [REDACTED] handels-
gesellschaft mbH. & Co. KG in H [REDACTED], N [REDACTED] K [REDACTED],
vertreten durch ihre Komplementärin, die Firma I [REDACTED] -
[REDACTED] I [REDACTED] - und E [REDACTED] handelsgesellschaft (I [REDACTED])
mbH. in B [REDACTED], W [REDACTED]allee [REDACTED], diese vertreten
durch ihren Geschäftsführer Herbert B [REDACTED],
2. die Firma I [REDACTED] I [REDACTED] - und E [REDACTED] handels-
gesellschaft (I [REDACTED]) mbH. in B [REDACTED], W [REDACTED] -
allee [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Herbert B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 18. Februar 1966 insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der Kammer 5 für Handelssachen des Landgerichts Hamburg vom 13. Mai 1965 auch hinsichtlich eines Anspruchs auf Zahlung von 45 430,24 DM nebst 9,5 % Zinsen seit dem 2. Oktober 1963 zurückgewiesen und der Klägerin mehr als 1/3 der Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges auferlegt hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Handelsgesellschaft mit Sitz in I. [REDACTED] bei A. [REDACTED], kaufte von der Beklagten zu 1) im Mai und Juni 1963 mehrere Posten tiefgefrorene argentinische Hasen ohne Fell. Lt. Schlußschein der H. [REDACTED] Wild- und Geflügelagentur Arnold V. [REDACTED] in H. [REDACTED] vom 8. Juni 1963 - Nr. G 63/1.572 - kaufte die Klägerin eine Menge von ca. 20 000 kg. Nach diesem Schlußschein galt Hamburger freundschaftliche Arbitrage und Schiedsgericht vereinbart. Lt. Schlußschein der Firma L. [REDACTED] & M. [REDACTED] vom 18. Juni 1963 Nr. 332 kaufte die Klägerin ferner von der Beklagten einen Posten argentinische Gefrierhasen mit der Sonderbedingung: Zu Verkäufers Verkaufsbedingungen. Auf den Vertrag vom 8. Juni 1963 wurde die Ware der Klägerin am 27. August 1963 ausgeliefert. Auf den Vertrag vom 18. Juni 1963 wurde eine Partie von 22 000 to am 19. September 1963 geliefert. Die Klägerin hat die Ware bezahlt. Am 6. November 1963 beschlagnahmte die Stadt Hamburg die im Kühlhaus eingelagerten, in Kisten verpackten Hasen wegen Verdachts von Salmonellen-Befall, und zwar 20 to Hasen der Lieferung vom 27. August und die noch vorhandenen 4,66 to Hasen der Lieferung vom 19. September 1963.

Am 28. November 1963 wurden die Hasen von der Behörde endgültig beschlagnahmt.

Mit Schreiben an die Beklagte zu 1), nachfolgend nur als Beklagte bezeichnet, vom 28.11.1963 erklärte die Klägerin, sie mache auf Grund der Tatsache, daß das Ordnungsamt Hamburg gem. Verfügung vom 6. November 1963 die Partze mit der Begründung beschlagnahmt habe, es bestehe Verdacht



auf Salmonellen-Befall, darauf aufmerksam, daß sie für die ihr daraus entstehenden Schäden die Beklagte voll verantwortlich halten müsse. Dazu unterbreitete die Klägerin in dem Schreiben der Beklagten Vorschläge über die weitere Behandlung der Sache. Mit Schreiben vom 29. November 1963 erklärte die Klägerin ferner, sollte sie bis zum 6. Dezember 1963 keinen Bescheid über die beiden Vorschläge und die von ihr verlangte Bankgarantie erhalten haben, so werde sie der Beklagten "die Partie" zur Verfügung stellen und sofortige Rückstellung des Fakturenbetrages nebst der in ihrem Schreiben vom 28. November 1963 angeführten Nebenkosten verlangen. Die beiden Schreiben enthalten im Betreff folgenden Vermerk: Kontrakt L [REDACTED] & M [REDACTED] Nr. 332 v. 18.6.63 Rest ca. 2 to Kontr. Fr. Sauer v. 29.5.63 Nr. 7685 ca. 20 to. Durch Anwaltschreiben vom 3. Dezember 1963 wies die Beklagte darauf hin, ihr sei nicht bekannt, daß ein von der Maklerfirma S [REDACTED] vermittelter Vertrag beliefert worden sei, der Vertrag sei storniert worden. Demnach dürfte der Klägerin ein Irrtum unterlaufen sein. Bezüglich der Restpartie von 2 to aus dem Vertrag vom 18. Juni 1963 würden die geltend gemachten Ansprüche zurückgewiesen. Die Klägerin habe die vertraglich vorgesehene Rügefrist verstreichen lassen. Es sei auch noch nicht erwiesen, daß die erwähnte Ware Salmonellen-Befall aufweise. Es bestehe durchaus die Möglichkeit, daß die Restpartie aus dem Kontrakt L [REDACTED] & M [REDACTED] als von Salmonellen frei befunden werde.

Unter dem 11. Dezember 1963 beauftragte die Klägerin den Sachverständigen Dr. B [REDACTED] mit der Untersuchung der Hasen auf Salmonellen. Der Sachverständige erstattete sein Gutachten unter dem 27. Dezember 1963. Danach wurden

8 Proben tiefgefrorener Hasen Marke Condor, die aus verschiedenen Kisten der Partie Nr. 10390 entnommen waren, untersucht. Nach dem Befund wurde bei 2 Proben ein Befall mit Keimen der Salmonella-Gruppe festgestellt.

Im Januar 1964 lagen auch die Ergebnisse der Untersuchungen des Gesundheitsamtes vor. Im Schreiben an die Beklagte vom 30. Januar 1964 erklärte die Klägerin, sie habe von dieser zwei Partien argentinischer Hasen im Werte von 94 000,-- DM gekauft. Da eine veterinärpolizeiliche Untersuchung der Ware einen positiven Salmonellen-Befall ergeben habe, habe sie diesen Mangel gerügt und die Ware der Beklagten zur Verfügung gestellt. In dem Schreiben bat die Klägerin die Beklagte, mit einer Verlängerung der Verjährungsfrist bis zum 31. Dezember 1964 einverstanden zu sein. Darauf ließ die Beklagte durch Anwaltschreiben vom 7. Februar 1964 antworten, sie sei bereit, für die in den Schreiben vom 28. und 29. November 1963 genannten Partien die Verjährungsfrist für den Wandlungsanspruch, dessen sich die Klägerin berühme, bis zum 31. Dezember 1964 zu verlängern.

Mit Schreiben vom 28. August 1964 kündigte die Klägerin die den Verträgen zugrunde liegende Schiedsabrede mit der Begründung, sie sei nicht in der Lage, die erforderlichen Kostenvorschüsse für die Hamburger freundschaftliche Arbitrage aufzubringen. Am 29. Dezember 1964 erhob die Klägerin Klage gegen die Beklagte zu 1) und ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Beklagte zu 2), mit dem Antrage, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 68 541,24 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Bei der Errechnung dieser Summe setzte die Klägerin den Warenwert zum Einstandspreis von 2,25 DM per kg in Höhe von 55 487,25 DM an, ferner einen Betrag für entgangenen Verkaufserlös sowie Auslagen für Speditionskosten, Lagerkosten, Versicherung (bis einschließlich 28.10.1964) und einen Betrag für die bakteriologische Untersuchung durch den Sachverständigen Dr. B. [REDACTED]. Auf die Gesamtsumme von 80 878,35 DM rechnete die Klägerin den Verkaufserlös der Hasen mit 12 337,11 DM an.

Mit Rücksicht darauf, daß die Bezahlung des Kaufpreises für die Klägerin durch das Bankhaus Löhr in Hannover finanziert worden war, verlangte die Klägerin später Zahlung der eingeklagten Summe an diese Bank, an die sie die Forderung abgetreten hatte.

Die Beklagte erhob vorweg die Einrede, daß der Rechtsstreit durch Schiedsrichter zu entscheiden sei, und machte geltend, die Schiedsgerichtsvereinbarung sei nicht wirksam gekündigt worden. Die Klägerin nehme das Armenrecht für die Klage zu Unrecht in Anspruch. Zur Kündigung sei sie nicht berechtigt gewesen, da die Forderung bereits im Zeitpunkt der Kündigung dem Bankhaus abgetreten gewesen sei. Außerdem berief sich die Beklagte auf Verjährung der geltend gemachten Ansprüche und Verspätung der Mängelrüge. Sie bestritt auch, daß die Hasen von Salmonellen befallen gewesen seien.

Nachdem die Klägerin auf Grund einer Rückabtretungserklärung des Bankhauses Rudolf L. [REDACTED] vom 15. April 1965 Zahlung der eingeklagten Beträge wieder an sich selbst verlangt hatte, wies das Landgericht die Klage ab. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt sie die Klageforderungen nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Wandlung in Höhe eines Betrages von 45 430,24 DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Beklagten haben der Klage entgegengehalten, hinsichtlich des Liefervertrages vom 8.6.1963 sei die Einrede des Schiedsvertrages begründet. Ob dieser Einwand auch gegen die Ansprüche der Klägerin hinsichtlich der unter den Vertrag vom 18. Juni 1963 fallenden Partie erhoben worden ist, erscheint mit Rücksicht auf das schriftsätzliche Vorbringen der Beklagten zweifelhaft. Im Ergebnis kommt es hierauf jedoch nicht an.

Das Berufungsgericht hält die Einrede, daß der Rechtsstreit durch Schiedsrichter zu entscheiden sei, für unbegründet. Die Revisionsbeantwortung hält die Einrede aufrecht. Sie ist daher zunächst zu erörtern.

1. Ein Schiedsvertrag kann aus wichtigem Grunde gekündigt werden, wenn er sich als praktisch undurchführbar erweist (BGHZ 41, 104, 108 m. Nachw.; ferner BGH Urt. vom 21. November 1968 - VII ZR 77/66 -). Das Kündigungsrecht ergibt sich in einem solchen Falle aus § 242 BGB.

2. Die Klägerin hat ihre Kündigung vom 28. August 1964 damit begründet, daß sie nicht in der Lage sei, die erforderlichen Kostenvorschüsse für das vereinbarte Schiedsgerichtsverfahren aufzubringen. Es kann dahinge-

stellt bleiben, ob die Beklagte diese Kündigung dadurch hätte abwenden können, daß sie der Klägerin die Zahlung entsprechender Vorschüsse für das Verfahren vor einem Schiedsgericht anbot. Denn ein solches Angebot ist nicht behauptet worden. Die Beklagte ist vielmehr dem Armenrechtsgesuch der Klägerin vom 8. Dezember 1964 durch Schriftsatz vom 15. Dezember 1964 mit der Begründung entgegengetreten, die Klägerin sei nicht arm im Sinne des Gesetzes. Daraus durfte diese folgern, daß die Beklagte nicht bereit war, einen Vorschuß für ein Schiedsgerichtsverfahren zu leisten. In der nach Bewilligung des Armensrechts den Beklagten zugestellten Klage liegt eine Wiederholung der Kündigung des Schiedsvertrages. Auch dieser Kündigung sind die Beklagten entgegengetreten. Sie haben zwar geltend gemacht, die Klägerin habe sie nicht aufgefordert, den Vorschuß für die beim Schiedsgericht entstehenden Kosten zu leisten, jedoch gleichzeitig den Standpunkt vertreten, die Klägerin sei nicht berechtigt, für die Klage das bewilligte Armenrecht in Anspruch zu nehmen, weil ihr zuzumuten sei, die Kosten der Klage selbst aufzubringen oder sich zu beschaffen.

Wenn nicht schon die Kündigung vom 28. August 1964 die Schiedsvereinbarung zum Erlöschen gebracht hat, so ist diese Wirkung jedenfalls durch die in der Klage liegende wiederholte Kündigung herbeigeführt worden. Schon deshalb ist es unerheblich, daß die Beklagten erst im Berufungsverfahren durch Schriftsatz vom 25. Oktober 1965 sich bereit erklärt haben, der Klägerin für die Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens die notwendigen Kosten vorzuschießen, wenn sie ihre Klage zurücknehme und den Beklagten deren außergerichtliche Kosten erstatte. Der hierzu aa0

vertretene Standpunkt der Beklagten, damit sei jeglicher Anlaß für eine Kündigung der Schiedsgerichtsabrede entfallen, ist rechtlich unhaltbar. Denn in dieser Weise kann eine wirksame Kündigung der Schiedsvereinbarung nicht rückgängig gemacht werden.

3. Es bestehen auch keine Bedenken gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, bei Erhebung der Klage sei die Klägerin nicht in der Lage gewesen, die Kosten für ein Schiedsverfahren aufzubringen. Das Vorbringen der Beklagten zu dieser Frage reicht nicht aus, die Feststellungen des Berufungsgerichts über das Zahlungsunvermögen der Klägerin im Sinne von § 118 ZPO in Frage zu stellen.

Der Wirksamkeit der Kündigung steht nicht entgegen, daß die Klägerin ihre Ansprüche gegen die Beklagten aus Gewährleistung wegen Mängeln der hier in Rede stehenden Warenposten bei Erhebung der Klage an das Bankhaus Rudolf L. abgetreten hatte. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Bankhaus berechtigt gewesen wäre, selbst die Schiedsgerichtsvereinbarung zu kündigen. Die Forderungen waren der Bank zur Sicherung abgetreten, und zwar im Wege der stillen Abtretung. Das Berufungsgericht hat daraus gefolgert, die Klägerin habe im Außenverhältnis weiterhin als Gläubigerin gegenüber der Beklagten auftreten dürfen und sei deshalb auch ermächtigt gewesen, die Forderung im Wege der Klage geltend zu machen. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind rechtlich bedenkenfrei. Ihm ist auch darin zuzustimmen, daß damit der Klägerin zugleich die Befugnis überlassen war, die Schiedsvereinbarung zu kündigen, wofür

auch das Verhalten der Bank spricht, daß sie die Klägerin diesen Rechtsstreit hat führen lassen und, um der Schiedsgerichtseinrede zu begegnen, der Klägerin mit Schreiben vom 15. April 1965 die Klageforderung zurück abgetreten hat.

Hatte die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse daran, die abgetretenen Ansprüche im Klagewege zu verfolgen, so ist diese Schutzwürdigkeit auch für die Zulässigkeit der Kündigung der Schiedsabrede zu bejahen. Hierfür können keine verschiedenen Maßstäbe angelegt werden. Auch deshalb braucht die Klägerin nicht sich entgegenhalten zu lassen, die Klageforderung sei bei Erhebung der Klage einer nicht armen Partei abgetreten gewesen.

II. Die Klage war in den Vorinstanzen auf Schadensersatz wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften (§ 480 Abs. 2, § 463 BGB) gerichtet. Das ergibt sich schon eindeutig daraus, daß die Klägerin im Rahmen der Berechnung ihres Schadens außer dem Ersatz des Warenwerts zum Einstandspreis von 55 487,25 DM auch Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 18 495,75 DM und Ersatz von Auslagen für Speditions- und Lagerkosten sowie Versicherung in Höhe von 6 304,85 DM und 310,50 DM sowie den Ersatz der Kosten für die bakteriologische Untersuchung in Höhe von 280,-- DM gefordert hat. Unter Anrechnung des Verkaufserlöses der Hasen mit 12 337,11 DM errechnete sie dann den mit der Klage geforderten Betrag von 68 541,24 DM. Das Berufungsgericht hat den Anspruch auf Schadensersatz auch mit der Begründung abgelehnt, daß ein solcher Anspruch durch die Verkaufsbedingungen ausgeschlossen worden sei.

Die Klägerin hat sich deshalb bei ihrem Armenrechtsgesuch für die Revision darauf beschränkt, nur noch ihr Wandlungsbegehren, das sie bereits in den Tatsacheninstanzen hilfsweise geltend gemacht habe, weiterzuverfolgen. Sie ließ daher bei ihrem Revisionsantrag den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 18 495,75 DM fallen. Außerdem setzte sie von ihren Forderungen einen weiteren Betrag von 4 615,75 DM ab, den die Beklagte ihr lt. Schreiben vom 26. Mai 1966 auf Grund Rückzahlung von Zollbeträgen erstattet hatte. Für diesen Rechtszug wird davon ausgegangen, daß die von der Klägerin abgesetzten Beträge von 12 337,11 DM (Verkaufserlös der Hasen) und von 4 615,75 DM (Zollrück-erstattung) auf den Betrag von 55 487,25 DM anzurechnen sind, mit dem der Einstandspreis ersetzt verlangt wird. Daneben fordert die Klägerin ebenfalls unter dem Gesichtspunkt ihres Wandlungsbegehrens die mit der Klageschrift angegebenen Beträge für Auslagen.

1. Nach § 477 Abs. 3 BGB bewirkt die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der in Abs. 1 bezeichneten Ansprüche auf Wandlung oder auf Minderung oder auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft auch die Hemmung oder Unterbrechung der anderen Ansprüche. War die Klage auf Schadensersatz rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist erhoben, so würde schon deshalb auch die Verjährung der Ansprüche auf Wandlung rechtzeitig unterbrochen worden sein.

Die Beklagten haben allerdings geltend gemacht, sie hätten sich durch das Anwaltschreiben vom 7. Februar 1964 mit einer Verlängerung der Verjährungsfrist bis Ende 1964 nur für den Anspruch auf Wandlung einverstanden erklärt, nicht aber für die mit der Klage verfolgten Schadensersatzansprüche. Außerdem beziehe sich die Verlängerungsabrede nur auf die von der Klägerin in den Schreiben vom 28. und 29. November 1963 genannten Partien. Dazu gehöre der Vertrag Nr. 332 vom 18. Juni 1963, nicht aber der Vertrag Nr. G 63/1.572 vom 8.6.1963.

Das Berufungsgericht hat diese Einwendungen gegenüber dem Schadensersatzanspruch wie folgt beschieden.

Die Klägerin habe die Antwort der Beklagten vom 7. Februar 1964 für diese erkennbar nur dahin auffassen können, daß diese mit der Verlängerung der Verjährungsfrist in dem Umfang einverstanden war, in welchem die Klägerin Ansprüche erhoben hatte. Sie habe noch vor Ablauf der Verjährungsfrist durch Schreiben vom 15. Februar 1964 die Beklagte darauf hingewiesen, daß sie Schadensersatzansprüche erhebe. Darauf habe die Beklagte nicht geantwortet. Sie wäre jedoch mindestens jetzt gem. § 242 BGB zu einer eindeutigen Klarstellung verpflichtet gewesen. Dann wäre der Klägerin noch die Möglichkeit verblieben, rechtzeitig Klage zu erheben. Da die Beklagte das nicht getan habe, beziehe sich ihr Einverständnis auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch. Unerheblich sei, daß die Klägerin in ihren Schreiben vom 28. und 29. November 1963 versehentlich die Partie von 20 to Hasen mit der Bezeichnung eines nicht durchgeführten Vertrages angegeben habe. Denn die Klägerin habe für die Beklagte erkennbar alle die Ansprüche gemeint, die sie in zulässiger Weise erheben konnte.

Diese Begründung ist jedenfalls im Ergebnis rechtlich bedenkenfrei. Denn die Beklagte hatte durch Anwaltschreiben vom 3. Dezember 1963 selbst die Klägerin darauf aufmerksam gemacht, daß es sich bei der Bezugnahme auf den nicht durchgeführten Vertrag S. [REDACTED] vom 29. Mai 1963 um einen Irrtum handeln müsse. Dessen ungeachtet war die Beklagte jedoch schon damals darüber unterrichtet, daß eine Menge von 20 to in Frage stand. Sie mußte aus der Mitteilung der Klägerin auch schließen, daß sie für diese Menge ebenfalls das Einverständnis mit der Verlängerung der Verjährungsfrist erbeten hatte. Das Einverständnis ist daher, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, auf die tatsächlich beschlagnahmte Ware aus dem Kontrakt vom 8. Juni 1963 zu beziehen. Es ist auch kein Rechtsfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht bezüglich des Restpostens der Lieferung auf Grund des Vertrages vom 18. Juni 1963 die Mengenangabe von 2 to in den Schreiben nicht als wesentlich angesehen hat. Auch insoweit hat das Berufungsgericht die Erklärungen der Beklagten ohne Rechtsverstoß dahin ausgelegt, daß sie sich auf die beschlagnahmte Menge der aus diesem Vertrag noch vorhandenen Ware bezogen hat.

Ist demnach durch die Klage die Verjährung für die erhobenen Schadensersatzansprüche rechtswirksam unterbrochen worden, so wirkt diese Unterbrechung auch für die jetzt nur noch unter dem Gesichtspunkt des Wandlungsbegehrens weiterverfolgten Ansprüche der Klägerin.

III. Das Berufungsgericht hat der Klägerin ein Recht zur Wandlung aus mehreren Gründen versagt. Es hat angenommen, ein solches Recht habe die Klägerin in diesem Rechtsstreit überhaupt nicht geltend gemacht. Außerdem

fehle es an dem Nachweis einer rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Rüge. Diese Begründungen werden von der Revision mit Recht angegriffen.

1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe nicht wenigstens hilfsweise Wandlung der Verträge hinsichtlich der beschlagnahmten Waren verlangt, steht im Widerspruch zu dem Prozeßvortrag der Klägerin. Ihm ist folgendes zu entnehmen:

Die Klägerin hatte bereits vor Beginn dieses Rechtsstreits durch Schreiben vom 28. November 1963 der Beklagten angekündigt, daß sie im Falle des "positiven" Ausgangs der Untersuchung auch Rückgewähr des entsprechenden von ihr gezahlten Rechnungsbetrages verlangen werde sowie den Ersatz weiterer Nebenkosten. Schon bei ihrem Einverständnis mit der Verlängerung der Verjährungsfrist rechnete die Beklagte mit einem Wandlungsanspruch der Klägerin. Wenn diese dann Schadensersatzklage erhob, so läßt sich daraus nicht entnehmen, daß sie diesen Anspruch als ausschließlichen Anspruch in dem Rechtsstreit verfolgen wolle. Die Klagebegründung ergibt vielmehr, daß sie hilfsweise die geltend gemachten Ansprüche, soweit zulässig, auch unter dem Gesichtspunkt berechtigten Wandlungsverlangens verfolgen wolle. Allerdings kann der Schadensersatzanspruch wegen Zusicherung einer fehlenden Eigenschaft der Kaufsache nicht neben dem Verlangen von Wandlung oder Minderung, sondern nur statt dieser Ansprüche geltend gemacht werden (RGZ 134, 272, 274). Doch schließt das nicht aus, daß ein Käufer in erster Linie Schadensersatz und hilfsweise für den Fall, daß dem Schadensersatzanspruch rechtliche Bedenken entgegen stehen sollten, die Wandlung des Vertrages verlangt. So ist das Vorbringen der Klägerin in diesem Rechtsstreit zu verstehen.

Sie hat bereits im ersten Rechtszuge durch Schriftsatz vom 22. Januar 1965 S. 4 darauf hingewiesen, ein Wandlungsanspruch sei nicht deshalb erloschen, weil die Ware inzwischen wegen der Lagerkosten im Wege des Selbsthilfeverkaufs veräußert worden sei. Damit hat die Klägerin den Wandlungsanspruch ausdrücklich zum Gegenstand ihres Klagebegehrens gemacht. Sie hat dann im Berufungsverfahren durch Schriftsatz vom 8. Oktober 1965 S. 2 wiederholt, daß die Wandlung durch die Veräußerung der Hasen nicht ausgeschlossen sei. Das kann nur dahin verstanden werden, daß die Klägerin sich weiterhin hilfsweise dieses Rechtsbehelfs bedienen wollte, um wenigstens einen Teil der geltend gemachten Ansprüche durchzusetzen. Die Revision rügt deshalb mit Recht als fehlerhaft, daß das Berufungsgericht den Prozeßvortrag der Klägerin dahin verstanden hat, sie verlange nur Schadensersatz, nicht aber wenigstens hilfsweise Wandlung. Auch die Art der Begründung des entstandenen Schadens enthält eine ausreichende Darlegung der Beträge, die hilfsweise unter dem Gesichtspunkt der Wandlung ersetzt verlangt werden. Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, daß die Klägerin im Schriftsatz vom 4. November 1965 S. 2 vorgebracht hat, die Lagerkosten wären nicht entstanden, wenn sich die Beklagte nicht geweigert hätte, die Hasen entsprechend dem berechtigten Wandlungsbegehren der Klägerin zurückzunehmen. Nach allem durfte das Berufungsgericht nicht der Auffassung sein, ein Wandlungsbegehren der Klägerin sei überhaupt nicht im Streit oder nicht wenigstens hilfsweise geltend gemacht worden.

2. Die Frage rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Rüge ist von dem Berufungsgericht ebenfalls nicht rechtlich einwandfrei beschieden worden.

Vorläufig beschlagnahmt wurde die Ware am 6. November 1963. An diesem Tage ließ die Gesundheitsbehörde eine größere Menge argentinischer Hasen sicherstellen, wie sich auch aus dem Tatbestand des in dem Rechtsstreit der Klägerin gegen die Freie und Hansestadt Hamburg erlassenen Revisionsurteils vom 25. Januar 1968 - III ZR 106/66 - MDR 1968, 478 ergibt.

Das Berufungsgericht geht ersichtlich auch von einem solchen Sachverhalt aus. Es legt dar, die Klägerin habe von der Beschlagnahme ihrer Ware am 9. November 1963 erfahren. Sie sei zwar nicht unbedingt zu einer Rüge auf Verdacht verpflichtet gewesen, hätte aber nach der vorläufigen Beschlagnahme einen Sachverständigen mit der Untersuchung der Hasen beauftragen müssen, um sich schnellstens Klarheit darüber zu verschaffen, ob und in welchem Umfange die Hasen mit Salmonellen befallen waren. Denn schon der Verdacht, ein versteckter Mangel könne vorliegen, verpflichte einen Käufer zur unverzüglichen Rüge. Je nach dem Ergebnis der Untersuchung hätte die Klägerin die Möglichkeit gehabt, entweder gegen die Behörde vorzugehen oder jetzt unverzüglich der Beklagten den Mangel anzuzeigen. Sie hätte nicht untätig auf das Ergebnis der Untersuchung durch die Behörde warten dürfen. Eine Untersuchung von Fleisch auf Salmonellen dauere nur wenige Tage, so daß die Klägerin gegebenenfalls schon Mitte November 1963 einen Mangel hätte rügen können und müssen. Unstreitig habe sie jedoch in dieser Richtung nichts unternommen. Ihre Schreiben vom 28. und 29. November 1963, soweit darin überhaupt eine ordnungsmäßige Mängelrüge gesehen werden könne, seien somit verspätet. Gleiches gelte für die im Dezember 1963 erfolgte Beauftragung des Sachverständigen Dr. B. [REDACTED]. Die Klägerin habe beide Lieferungen somit nicht rechtzeitig gerügt.

Abgesehen davon stellten ihre Schreiben vom 28. und 29. November 1963 keine ordnungsmäßige Rüge dar. Der "Vertrag" vom 8.6.1963 sei durch diese Schreiben schon deshalb nicht gerügt, weil die Klägerin ihn darin nicht genannt habe. Ihr Irrtum in der Bezeichnung des Vertrages wäre nur dann unerheblich, wenn für die Beklagte aus den Umständen eindeutig erkennbar gewesen wäre, daß nur dieser Vertrag gemeint sein könnte, weil andere Lieferungen nicht in Betracht kamen. Das sei aber gerade nicht der Fall. Vielmehr habe die Beklagte unter den obwaltenden Umständen nicht erkennen können, welcher andere als der angegebene Vertrag denn gerügt werden sollte. Die Parteien hätten nämlich eine größere Anzahl verschiedener Partien argentinischer Hasen hin- und hergehandelt. Die Beschlagnahmen der Hasen durch die Gesundheitsbehörde seien nach und nach in der Zeit von November bis Ende Dezember 1963 vorgenommen worden, und es habe Partien gegeben, deren Untersuchungsproben keinen Befall von Salmonellen enthielten und zeitweise wieder freigegeben worden seien. Bei dieser für die Beklagte nicht übersehbaren Lage hätte die Klägerin eindeutig erkennen lassen müssen, welche Lieferung sie rügen wollte. Das sei für die Lieferung aus dem Vertrage vom 8.6.1963 nicht geschehen.

Auch die Lieferung auf Grund des Vertrages vom 18. Juni 1963 sei nicht ordnungsgemäß gerügt worden. Denn eine Mängelrüge müsse auch den Willen erkennen lassen, daß der Käufer die Lieferung nicht als vollständige Erfüllung gelten lassen will. Dies sei den Schreiben vom 28. und 29. November 1963 nicht zu entnehmen. Diese Erwägungen gälten auch für den Vertrag vom 8.6. 1963, abgesehen davon, daß er in den Schreiben nicht genannt worden sei.

a) Die Revision wendet sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin hätte zur Erhaltung ihrer Gewährleistungsansprüche gleich nach Kenntnis von der Beschlagnahme der Waren einen Sachverständigen mit ihrer Untersuchung beauftragen müssen. Das Berufungsgericht habe nicht hinreichend gewürdigt, daß hier eine behördliche Untersuchung bereits eingeleitet gewesen sei, die in der Zeit vom 6. bis 28. November von der vorläufigen zur endgültigen Beschlagnahme geführt hat. Mit einer Verzögerung in der Erstellung und Bekanntgabe der behördlichen Untersuchungsbefunde habe die Klägerin nicht zu rechnen brauchen.

Die Revision rügt außerdem, in der Berufungsbegründung habe die Klägerin vorgetragen, sie habe sich sofort nach Kenntnis von der vorläufigen Beschlagnahme fernmündlich mit der Beklagten in Verbindung gesetzt und sich in dem Gespräch mit dem Geschäftsführer B. für den Fall, daß die Beschlagnahme aufrecht erhalten würde, sämtliche Rechte vorbehalten. Auch bei den häufigen Telefonaten in der Folgezeit habe die Klägerin keinen Zweifel daran gelassen, daß sie die Beklagte für den Fall, daß die Ware wegen Salmonellen-Befalls unverkäuflich sein sollte, in Anspruch nehmen würde. Die hierfür als Zeugen benannten Personen (Ba., N. und B.) hätten vernommen werden müssen.

b) Die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es seine Auffassung begründet, die Klägerin hätte sofort nach der vorläufigen Beschlagnahme einen Sachverständigen mit der Untersuchung der beschlagnahmten Hasen beauftragen müssen, sind nicht stichhaltig. Dazu war die Klägerin nicht

schon deshalb verpflichtet, weil nach dem Schlußschein vom 18. Juni 1963 zu den Verkaufsbedingungen der Beklagten verkauft worden ist und diese bestimmten, Mängelrügen mußten unverzüglich nach Ankunft der Ware, spätestens innerhalb von 24 Stunden, schriftlich oder fernschriftlich in der Weise erhoben werden, daß der Verkäufer die Rechtzeitigkeit und die Berechtigung der betreffenden Rüge einwandfrei nachprüfen kann. Die in dieser Klausel bestimmte Frist von 24 Stunden bezieht sich nicht auf verdeckte Mängel, insbesondere nicht auf solche, die erst durch eine chemisch-bakteriologische Untersuchung festgestellt werden konnten. Aus der kurzen vertraglichen Rügefrist ist auch nicht zu folgern, daß die Klägerin schon deshalb verpflichtet gewesen sei, sofort nach Kenntnis von der vorläufigen Beschlagnahme einen Sachverständigen mit der Untersuchung zu beauftragen. Sie durfte vielmehr zunächst jedenfalls darauf vertrauen, daß ohne Verzug eine behördliche Untersuchung veranlaßt worden sei oder veranlaßt werden würde.

Der Käufer einer Ware kann zwar das Unterlassen einer unverzüglichen Untersuchung in der Regel nicht schon damit entschuldigen, diese bringe zusätzliche Kosten. Hier handelt es sich aber um die Frage, ob die Klägerin ohne Verschulden damit rechnen durfte, daß eine behördliche Untersuchung eingeleitet worden sei und diese mit der gebotenen Beschleunigung durchgeführt werde. Durfte die Klägerin sich jedenfalls zunächst darauf verlassen, so ist ihr nicht als Verschulden anzulasten, daß sie nicht sofort nach dem 9. November 1963 einen Sachverständigen mit der Untersuchung der Ware beauftragt hat.

Ihr weiteres Verhalten im Laufe des Monats November kann abschließend erst beurteilt werden, wenn die vom Berufungsgericht unterlassene Beweisaufnahme über die mit der Beklagten im Anschluß an die vorläufige Beschlagnahme geführte Telefongespräche nachgeholt worden ist. Denn wenn, wie in diesem Rechtszuge unterstellt werden muß, die Klägerin mit der Beklagten über die vorläufige Beschlagnahme wiederholt fernmündlich gesprochen hat, ohne daß die Beklagte selbst auf eine sofortige Untersuchung der Ware durch einen von der Klägerin zu beauftragenden Sachverständigen drängte, so könnte dies der Annahme entgegenstehen, daß die Klägerin nicht das Ergebnis der behördlich eingeleiteten Untersuchung abwarten durfte. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt außer acht gelassen, weil es der Ansicht war, die Klägerin habe keinen zulässigen Beweis für ihre in der Berufsbeurteilung vom 9. September 1964 S. 4 vorgetragene Behauptung über ihr erstes Ferngespräch nach der Beschlagnahme mit dem Geschäftsführer B. der Beklagten angeboten, sondern hierfür nur die Vernehmung ihres persönlich haftenden Gesellschafters als Partei beantragt; dieser Antrag jedoch unzulässig sei. Die Revision rügt mit Recht, die Klägerin habe zwar aaO die Vernehmung ihres eigenen persönlich haftenden Gesellschafters angeboten, jedoch anschließend ihr Vorbringen dahin erweitert, auch bei den häufigen Telefongesprächen in der Folgezeit habe sie keinen Zweifel daran gelassen, daß sie die Beklagte in Anspruch nehmen würde, falls die Ware wegen Salmonellenbefalls unverkäuflich wäre. Wenn die Klägerin dieses Vorbringen dem Antrag auf Parteivernehmung noch im selben Absatz anschloß und hierfür u.a. auch als Beweismittel auf B. als Zeugen verwies, so kann dieses Vorbringen nicht ohne weiteres dahin verstanden werden, die Klägerin

wolle sich für das erste Telefongespräch, das sie nach Kenntnis von der Beschlagnahme mit B [REDACTED] geführt haben will, nicht auf dessen Zeugnis berufen. Daß B [REDACTED] in Wirklichkeit nicht Zeuge sondern gesetzlicher Vertreter der Beklagten war und als Partei hätte vernommen werden müssen, vermag an der rechtlichen Beurteilung nichts zu ändern. Deshalb ist die Ablehnung des Beweisantrages nicht gerechtfertigt.

Rechtliche Bedenken bestehen auch gegen die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es eine Beweisaufnahme über die behaupteten Ferngespräche in der Folgezeit abgelehnt hat. Hierfür hatte die Klägerin außer B [REDACTED] zwei Zeugen (Ba [REDACTED] und N [REDACTED]) benannt. Das Berufungsgericht vermißt bei diesem Vorbringen eine nähere Angabe über den Zeitpunkt und den Inhalt der Gespräche und lehnt deshalb die Erhebung der angebotenen Beweise ab. Das ist rechtlich nicht einwandfrei. Aus dem Zusammenhang des Vorbringens ergibt sich, daß die Klägerin mit der Beklagten mehrfach in der Zeit vom 9. November bis zu den Schreiben vom 28. und 29. November über die Beschlagnahmen telefoniert haben will. Wenn bei diesem Beweisangebot die genauen Daten der Gespräche nicht angeführt wurden, so kann das darauf beruhen, daß hierüber keine Aufzeichnungen vorliegen. Es könnte aber trotzdem für die Beurteilung des Sachverhalts von Bedeutung sein, daß überhaupt zwischen den Parteien in der Zeit vom 9. bis 28. November mehrfach über die Beschlagnahmen telefoniert worden ist. Die Beklagten haben solche Gespräche bestritten und nicht behauptet, daß sie schon in dieser Zeit auf eine sofortige Beauftragung eines privaten Sachverständigen gedrängt haben. Unterließen sie dies trotz Kenntnis von den Beschlagnahmen, so könnten sie sich hier-

durch stillschweigend damit einverstanden erklärt haben, daß das Ergebnis der behördlichen Untersuchungen abgewartet werden sollte. Jedenfalls wäre unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen, ob die Klägerin ohne Verschulden auf das Ergebnis dieser Untersuchungen gewartet hat.

c) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts im Tatbestand des Berufungsurteils wurden die Hasen am 28. November 1963 von der Behörde endgültig beschlagnahmt. Es fehlen Ausführungen darüber, wann dies den Parteien bekanntgeworden ist, und ob die endgültige Beschlagnahme auf Grund der Feststellung eines Salmonellen-Befalls bei den hier in Rede stehenden Partien ausgesprochen worden ist. War dies der Fall, so könnte es unerheblich sein, daß die Klägerin erst am 11. Dezember 1963 eine Untersuchung durch den Sachverständigen Dr. B. [REDACTED] veranlaßt hat.

d) Auf die Rechtzeitigkeit der Rüge würde es nur dann nicht ankommen, wenn die Klägerin nicht ordnungsgemäß gerügt hätte. Auch dies kann noch nicht abschließend beurteilt werden. Die Schreiben der Klägerin vom 28. und 29. November 1963 beziehen sich auf den Vertrag vom 18. Juni 1963 und einen nicht zur Ausführung gelangten Vertrag Fr. S. [REDACTED] vom 29. Mai 1963. Dies haben die Beklagten jedoch alsbald erkannt, wie dem Anwaltschreiben vom 3. Dezember 1963 zu entnehmen ist. Aus dem Betreff der Schreiben vom 28. und 29. November war für die Beklagten erkennbar, daß sie sich auf die Beschlagnahme einer Restmenge von ca. 2 to aus dem Vertrag vom 18. Juni 1963 und außerdem auf die Beschlagnahme einer weiteren Menge von ca. 20 to bezogen. Hinsichtlich dieser größeren Partie kommt es darauf an, ob die Beklagte zu 1) wirklich im unklaren darüber sein konnte, welche von ihr gelieferte Ware

beschlagnahmt worden war. Auf Grund des Vertrages vom 8. Juni 1963 waren der Klägerin 20 to Hasen am 27. August 1963 geliefert worden. Die Beklagte stellte in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 23. September 1963 dazu fest, daß außerdem noch ein Kontrakt mit 9 to beliefert worden sei und ferner der Kontrakt der Firma L & M mit 22 to Hasen. Da von der Lieferung auf den letztgenannten Vertrag nur eine Restmenge von ca. 2 oder ca. 4 to beschlagnahmt worden ist, kann sich die Beschlagnahme von 20 to Hasen nur auf den Vertrag vom 18.6.1963 bezogen haben, wenn nicht außerdem noch andere Lieferungen der Beklagten an die Klägerin vor dem 6. November 1963 durchgeführt worden waren. Insoweit fehlt es jedoch an einer einwandfreien Feststellung des Berufungsgerichts. Denn es hat nicht dargelegt, welche sonstigen Lieferungen von der Beklagten an die Klägerin in der hier in Betracht zu ziehenden Zeit vorgenommen worden waren. Deshalb ist jedenfalls für diesen Rechtszug zu unterstellen, daß die Beklagte durch das Schreiben der Klägerin vom 28. November ausreichend darauf hingewiesen worden ist, um welche Warenlieferungen es sich handelte.

Die Anzeige, daß Salmonellen-Verdacht bestehe, enthielt möglicherweise schon die Anzeige eines Mangels der Ware, wenn bereits der Verdacht die Verkäuflichkeit der Ware beeinträchtigte, allerdings gilt dies hier, weil der Verdacht erst nach der Lieferung entstanden ist, nur dann, wenn er sich auch als berechtigt bestätigte. Hatte sich der Verdacht auf Grund entsprechender Feststellung als gerechtfertigt erwiesen, so genügte es, wenn die Beklagte hiervon unverzüglich unterrichtet wurde. Ob dies der Fall war, ist nicht näher erörtert worden und wird daher noch aufzuklären sein. Es liegt indes fern, daß die Klägerin es unterlassen haben sollte, eine ihr zugegangene Mitteilung über die endgültige Beschlagnahme der Ware und über das Ergebnis behördlicher

Untersuchungen an die Beklagte weiterzugeben. Insoweit werden die Parteien Gelegenheit haben, ihr Vorbringen in dem erneuten Berufungsverfahren zu ergänzen.

IV. Aus diesen Gründen muß das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin im Umfange des Revisionsantrages aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Ein Drittel der Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges sind von der Klägerin deshalb zu tragen, weil sie das Berufungsurteil nur mit dem auf 45 430,24 DM nebst Zinsen beschränkten Revisionsantrag angegriffen hat und mit den darüber hinaus erhobenen Ansprüchen endgültig abgewiesen worden ist. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist dem Berufungsgericht übertragen, weil sie von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier