

27

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 377

Zur Frage, welche Anforderungen an die Untersuchungspflicht zu stellen sind (hier: stichprobenweise Überprüfung von Konserven).

BGH, Urt. v. 20. April 1977 - VIII ZR 141/75 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 141/75

URTEIL

Verkündet am
20. April 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der KG in Firma A. [REDACTED] Fleischwarenfabrik Fritz
M. [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesell-
schafterin Firma M. [REDACTED] & K. [REDACTED] GmbH, diese vertreten
durch die Geschäftsführer Georg H. M. [REDACTED] und Jochen
K. [REDACTED] in [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma I. S. [REDACTED] KG, vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter Klaus H. [REDACTED] in [REDACTED]
[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1977 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 30. April 1975 aufgehoben.

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

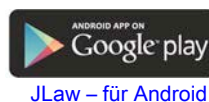
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin - eine Handelsfirma - importiert u.a. Champignons in Dosen aus Formosa. Die beklagte Fleischwarenfabrik stellt unter Zugabe derartiger Pilze Ragout fin her. Nachdem die Klägerin am 10. Januar 1974 auf Veranlassung der Maklerfirma V. der Beklagten zwei Dosen Formosa-Champignons III. Wahl zum Preise von 9,10 DM je Dose als Muster übersandte und die Beklagte daraufhin 400 Kartons à 6 Dosen mit einem Gewicht von nahezu 2 kg je Dose bestellt hatte, bestätigte die Klägerin der Beklagten mit Auftragsbestätigung vom 15. Januar 1974 diese Bestellung mit dem Zusatz: "wie bemustert, gesund und handelsüblich". Die auf der Rückseite der



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Auftragsbestätigung aufgedruckten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin, die - wie nunmehr unstreitig - Vertragsinhalt geworden sind, bestimmen unter Nr. 3 u.a. folgendes:

"... Mängelrügen müssen, sofern nicht kürzere Fristen üblich oder vereinbart sind, innerhalb von drei Tagen nach Empfang der Ware schriftlich erfolgen. Ansprüche auf Wandlung und Schadensersatz sind ausgeschlossen."

Nachdem die Ware am 21. Januar 1974 bei der Beklagten eingetroffen war, teilte der Makler V. in deren Auftrag Ende Januar 1974 - und zwar nach der Darstellung der Klägerin am 31., nach der Behauptung der Beklagten bereits am 29. Januar 1974 - der Klägerin mit, daß die Ware verdorben sei. Unstreitig enthalten zahlreiche Dosen - nach der Schätzung der Beklagten etwa 3/4 der Lieferung - Urin oder Jauche; wegen des dadurch hervorgerufenen ekelhaften Geruches und Geschmacks sind die befallenen Pilze ungenießbar.

Gleichwohl verlangt die Klägerin mit der Begründung, die Beklagte habe die Mängel verspätet gerügt, Bezahlung der Rechnung von 23 041,20 DM sowie einen weiteren Betrag von 482,60 DM, um den die Beklagte wegen der von ihr nutzlos aufgewendeten Frachtkosten eine andere Rechnung gekürzt hat, - insgesamt mithin 23 523,80 DM nebst Zinsen. Die Beklagte beruft sich demgegenüber darauf, daß eine stichprobenhafte Prüfung von 5 bis 6 Dosen unmittelbar nach Erhalt der Ware weder nach Aussehen noch nach Geruch und Geschmack Grund zur Beanstandung gegeben habe; die Mängel an Teilen der Lieferung seien erst erkennbar geworden, als sie am 29. Januar 1974 bei der Herstellung des Ragout fin die Champignons erhitzt habe.

Das Landgericht hat die Mängel als rechtzeitig gerügt angesehen und unter dem Gesichtspunkt der Minderung die Klage - abgesehen von einem zuerkannten Betrag von 482,60 DM nebst Zinsen - abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr in vollem Umfang stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Begehren nach Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Untersuchung von nur 5 oder 6 der insgesamt 2 400 gelieferten Dosen als Stichprobe ausreichend gewesen sei und ob der Vertreter der Beklagten bei sorgfältiger Prüfung des Doseninhalts bereits an dem Geruch den Mangel habe feststellen können; denn die Beklagte sei darüber hinaus - und zwar vor allem im Hinblick auf den Verwendungszweck der Champignons - verpflichtet gewesen, alsbald nach Eingang der Ware den Doseninhalt in Stichproben zu erhitzen. Diese Prüfung, die sie nicht bis zu der erst eine Woche nach der Anlieferung anfallenden nächsten Verarbeitung zu Ragout fin habe verschieben dürfen, sei ihr angesichts des geringen Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwandes auch zuzumuten gewesen. Es lasse sich daher nicht feststellen, daß bei der im ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlichen Sorgfalt die tatsächliche Beschaffenheit der Ware am 21. Januar 1974 noch nicht zu bemerken gewesen sei. Die frühestens am 29. Januar 1974 erhobene Rüge sei mithin weder "unverzüglich" noch innerhalb der vereinbarten Rügefrist von 3 Tagen, die im übrigen hinsichtlich ihrer Länge nicht zu beanstanden sei,

erhoben worden, so daß sich die Beklagte auf die Mängel nicht mehr berufen könne.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte, wenn sie sich ihre Gewährleistungsansprüche erhalten wollte, zur Mängelrüge verpflichtet war (§ 377 HGB). Die - von der Beklagten jedenfalls in den Vorinstanzen vertretene - Ansicht, eine Mängelrüge sei hier deswegen entbehrlich gewesen, weil angesichts der Schwere der Mängel die gelieferten Konserven von der Bestellung so erheblich abgewichen seien, daß die Klägerin die Genehmigung durch die Beklagte als ausgeschlossen betrachten mußte (§ 378 letzter Satzteil HGB), findet weder in dem Wortlaut noch in dem gesetzgeberischen Ziel dieser - nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats eng auszulegenden - Ausnahmevorschrift eine Rechtfertigung (vgl. dazu etwa die Senatsurteile vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 = WM 1970, 1400 = LM HGB § 377 Nr. 13 und vom 30. April 1975 - VIII ZR 164/73 = WM 1975, 562 = NJW 1975, 2011, jeweils m.w.Nachw.). Die Lieferung verdorbener Lebensmittel, mögen sie auch für den menschlichen Verzehr schlechthin ungeeignet sein, stellt vielmehr gerade einen der typischen Fälle dar, in denen es später zu einem Streit über Art, Entstehungszeitpunkt und Umfang der Mängel kommen kann, - einen Streit mithin, dessen Entstehen die in § 377 HGB normierte Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge gerade im Interesse der Rechtssicherheit nach Möglichkeit verhindern soll. Das gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die genaue Anzahl der mit dem Mangel behafteten Konserven - sie wird von der Beklagten auf etwa 3/4 der Lieferung geschätzt - bisher nicht festgestellt ist und der Anteil der mangelhaften Lieferung an der Gesamtlieferung für die Frage von

51

Bedeutung sein kann, ob die Beklagte ggfls. im Wege der ihr nach den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen allein zustehenden Befugnis zur Kaufpreisminderung (§§ 462, 472 BGB) - wie das Landgericht angenommen hat - den gesamten Kaufpreis verweigern kann.

2. Der von der Revision in den Vordergrund gestellte Umstand, daß es sich um einen Kauf nach Probe gehandelt hat (§ 494 BGB), ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Auch bei einem Kauf nach Probe, bei dem die Eigenschaften der Probeflieferung für die Hauptlieferung als zugesichert gelten (§ 459 Abs. 2 BGB), unterliegt der Käufer der Verpflichtung, etwaige Mängel bei der Entgegennahme der Hauptlieferung zu rügen (Senatsurteil vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 aaO; Würdinger/Röhrich in Großkommentar HGB, 3. Aufl., Vorbemerkung vor § 373 Anm. 117; Bruggemann ebenda § 377 Anm. 24).

3. Dagegen hält die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe bei der in Stichproben durchgeführten Prüfung der Konserven den Doseninhalt alsbald nach Entgegennahme der Ware erhitzen müssen, den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Sogenannte "offene" Mängel muß der Käufer, wenn er sich die Gewährleistungsansprüche erhalten will, unverzüglich nach der Ablieferung rügen. Zu diesen offenen Mängeln gehören neben denjenigen, die bei der Ablieferung offen zutage treten, auch die Mängel, die der Käufer bei einer nach ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlichen Überprüfung alsbald nach der Ablieferung erkennen kann (Senatsurteil vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 aaO m.w.Nachw.). Im Interesse des Verkäufers, der durch die Rügepflicht nach Möglichkeit davor bewahrt werden soll, sich noch

längere Zeit nach der Ablieferung etwaigen, dann infolge des Zeitablaufes nur noch schwer feststellbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen, die er überdies möglicherweise nicht mehr auf seine Vorlieferanten abwälzen kann, hat die Rechtsprechung von jeher an die Prüfungs- und Untersuchungspflicht nicht unerhebliche Anforderungen gestellt. Das trägt auch den Belangen der Allgemeinheit, den Rechtsfrieden im Handelsverkehr möglichst rasch wiederherzustellen, Rechnung. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß der Verkäufer, aus dessen Einflußbereich der Mangel kommt, durch zu weit gehende Anforderungen an eine alsbaldige Untersuchung der Kaufsache durch den Käufer in die Lage versetzt wird, das aus seinen eigenen fehlerhaften Leistungen herrührende Risiko auf dem Wege über die Mängelrüge weitgehend auf den Käufer abzuwälzen. Die Anforderungen an die Obliegenheit des Käufers zur alsbaldigen Prüfung der Ware dürfen daher nicht überspannt werden. Anhaltspunkte für die Grenzen der Zumutbarkeit bilden vor allem der für eine Überprüfung erforderliche Kosten- und Zeitaufwand sowie die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten für eine Prüfung (vgl. dazu auch Senatsurteile vom 13. November 1956 - VIII ZR 16/56 = LM BGB Nr. 3 zu § 459 Abs. 1 = BB 1956, 1166 und vom 16. März 1977 - VIII ZR 194/75 = WM 1977, 555). In keinem Falle darf dabei von dem Käufer mehr an Überprüfung verlangt werden, als zur Feststellung von Mängeln dieser Art notwendig ist.

b) Handelt es sich - wie hier - bei der Kaufsache um gleichartige Massengüter, so genügt der Käufer in der Regel seiner Obliegenheit zur Untersuchung durch Entnahme von Stichproben, sofern diese repräsentativ sind, d.h. sinnvoll auf die Gesamtmenge verteilt werden (vgl. Senatsurteil vom 16. März 1977 - VIII ZR 194/75 aaO m.w.Nachw.).

Die Frage, wieviele Stichproben zu ziehen sind, läßt sich nicht generell, sondern nur unter dem Blickwinkel des Einzelfalles entscheiden. Führt die Entnahme von Stichproben dazu, daß der geprüfte Warenteil wertlos wird, so werden in aller Regel wenige Stichproben genügen. Das war hier der Fall, weil nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Beklagten das zur Herstellung des Ragout benötigte Kalbfleisch erst einige Tage nach dem 21. Januar 1974 angeliefert wurde, bei der Verarbeitung am 28. Januar 1974 der Inhalt der mehrere Tage zuvor geöffneten Champignon-Dosen daher nicht mehr verwertet werden konnte und auch eine anderweite Verwendung ausschied. Bei einer solchen Sachlage muß der Verkäufer die Möglichkeit, daß bei der Untersuchung einer nur teilweise mangelhaften Sendung die Mängel nicht zutage treten, hinnehmen. Das Reichsgericht hat in einem vergleichbaren Fall bei einer Lieferung von 5 000 Konservendosen mit Apfelsauce die Prüfung von 10 Dosen für ausreichend erachtet (RGZ 106, 359, 362). Berücksichtigt man im vorliegenden Fall, daß jede Dose ein Nettogewicht von knapp zwei Kilogramm hatte, so erscheint bei einem Lieferungsumfang von 2 400 äußerlich gleichen Dosen mit vertragsgemäß gleichem Inhalt die Entnahme von 5 - 6 Stichproben für eine Prüfung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang ausreichend.

c) Dagegen hat das Berufungsgericht mit der Feststellung, die Beklagte habe zur Prüfung auf etwaige Mängel den Inhalt der stichprobenweise geöffneten Dosen - und zwar unabhängig von der ohnehin eine Woche später vorgenommenen Verarbeitung - bereits bei Anlieferung erhitzen müssen, die Anforderungen an das im ordnungsgemäßen Geschäftsgang für die Beklagte Gebotene überspannt. In denjenigen Fällen, in denen die höchststrichterliche Rechtsprechung eine Probeverarbeitung (RGZ Seuff.Arch. Bd. 44 Nr. 124)

oder die Vornahme einfacher chemischer bzw. technischer Proben (Senatsurteile vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 aaO und vom 3. Dezember 1975 - VIII ZR 237/74 = WM 1976, 55 = NJW 1976, 625) für erforderlich gehalten hat, war die Mangelfreiheit auf anderem Wege nicht festzustellen (vgl. dazu Brüggemann aaO § 377 Anm. 13; Baumbach/Duden, HGB, 22. Aufl. §§ 377 f Anm. 5 G). Bei einer solchen Sachlage - daran hält der Senat nach erneuter Prüfung fest - erscheint es dem Käufer allerdings u.U. zumutbar, über die Prüfung nach Aussehen, Geschmack und Geruch hinaus eine weitergehende Überprüfung vorzunehmen. Welche Maßnahmen dabei von ihm verlangt werden können, richtet sich nach der Interessenabwägung im Einzelfall, wobei vor allem Zeit- und Kostenaufwand, die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Mittel sowie die etwaige Gefahr eines erheblichen Mangelfolgeschadens eine maßgebliche Rolle spielen können (vgl. dazu Senatsurteil vom 16. März 1977 - VIII ZR 194/75 aaO m.w.Nachw.).

Hier war es jedoch anders. Die Verseuchung des Doseninhalts mit Urin oder Jauche war bereits durch eine einfache Geruchs- oder Geschmacksprobe festzustellen. Das bestätigt der von der Beklagten beauftragte Gutachter Prof. Dr. Peter Nehring in seinem - insoweit auch von der Klägerin nicht angegriffenen - Gutachten vom 5. März 1974; und auch die Beklagte gibt unwidersprochen an, daß beim Öffnen der Dosen am 29. Januar 1974 ein Uringeruch feststellbar gewesen sei. Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit von Proben und Analysen gar nicht. Die Beklagte genügte vielmehr ihrer Obliegenheit durch eine - zur Feststellung der streitigen Mängel geeignete - Prüfung nach Aussehen, Geruch und Geschmack, ohne daß es darauf ankommt, ob ein zusätzliches Erhitzen mit einem nennenswerten Mehraufwand verbunden gewesen wäre. Daß im übrigen - worauf die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat entscheidend abstellen wollte - die

Champignons ohnehin zur Verarbeitung bestimmt waren, ist für den Umfang der Prüfungspflicht deswegen ohne Bedeutung, weil die hier streitigen Mängel die Pilze für jeden menschlichen Verzehr schlechthin ungeeignet machten.

d) Konnte mithin von der Beklagten lediglich eine alsbaldige stichprobenartige Prüfung nach Aussehen, Geruch und Geschmack verlangt werden, so mußte andererseits diese Prüfung sorgfältig sein. Insbesondere hatte die Beklagte - abgesehen von einer möglichst repräsentativen Auswahl der Stichproben aus der Gesamtlieferung - bei der in erster Linie in Betracht kommenden Überprüfung des Geruchs dem Umstand Rechnung zu tragen, daß sich erfahrungsgemäß der Geruch von verdorbenem Konserveninhalt nach Öffnen der Dosen oft rasch verflüchtigt. Ob der von der Beklagten mit der Entnahme der Stichproben betraute kaufmännische Angestellte Fromme (GA Bl. 45 R/46) hier - wie das Landgericht meint die den Umständen nach gebotene Sorgfalt hat walten lassen, mag nicht zweifelsfrei sein. Diese Prüfung und Würdigung nachzuholen ist jedoch Sache des Berufungsgerichts, das - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - auf diese Frage nicht eingegangen ist und an das daher die Sache zurückverwiesen werden muß.

e) Sollte das Berufungsgericht bei der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung zu der Feststellung kommen, daß die Beklagte die 5 bzw. 6 Dosen sorgfältig überprüft hat, ohne daß der Mangel hierbei zutage getreten ist, so würde ihr der Umstand, daß die Sendung gleichwohl teilweise mangelhaft war, nicht zum Nachteil gereichen (vgl. dazu auch Bruggemann aaO § 377 Anm. 14). Für diesen Fall könnte sich die Klägerin auch auf die in Nr. 3 ihrer Verkaufs- und Lieferungsbedingungen

normierte Rügefrist von 3 Tagen nach der Ablieferung schon deswegen nicht berufen, weil diese Bestimmung - und zwar unter Heranziehung der für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen geltenden sogen. Unklarheitenregel - nicht hinreichend deutlich erkennen läßt, daß sie sich auch auf verborgene Mängel bezieht, die bei einer dem Käufer zumutbaren Untersuchung nicht hätten festgestellt werden können (vgl. Senatsurteil vom 17. Februar 1959 - VIII ZR 47/58 = NJW 1959, 1081 = LM HGB § 377 Nr. 6). Auf die weitere Frage, ob eine die Rügefrist für verborgene Mängel auf 3 Tage seit Ablieferung festlegende Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der richterlichen Inhaltskontrolle standhalten würde, kommt es mithin nicht an (vgl. zur Unwirksamkeit derartiger Bestimmungen gegenüber Nichtkaufleuten § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz).

III. Das Berufungsurteil konnte mithin keinen Bestand haben. Da die Sache noch weiterer tatrichterlicher Aufklärung und Würdigung bedarf, war der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Braxmaier

Claßen

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz