

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 145/67

URTEIL

Verkündet am

7. Mai 1969

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Julius W. (Alleininhaber der Firma
Julius W.) in H., B. weg

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -
Streithelferin: Firma Kuno
Inhaber Kurt

- vertreten durch Rechtsanwalt Hans , -

gegen

die Firma Friedrich A. K. KG., vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Friedrich August
K., in H., G.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -
Streithelferin: Firma M. Mineralöl Handels-
gesellschaft Ernst S.,
H. M. straße

- vertreten durch die Rechtsanwälte Maximilian
Hans Günter und Werner von in

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 11. Mai 1967 hinsichtlich der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung verurteilt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, deren persönlich haftender Gesellschafter Schwager des Beklagten ist, lieferte dem Beklagten im Jahre 1963 laufend Fahrbenzin, das er von seinen Abnehmern unmittelbar aus einem ihm von der Klägerin bezeichneten Lager der D [REDACTED] F [REDACTED] GmbH aus deren Tanklager in Wilhelmsburg abholen ließ. Die Parteien legten diesen Geschäftsbeziehungen die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin zugrunde. Diese bestimmten zu Nr. 6 (Beanstandungen) folgendes:

- 3 -

"Beanstandungen der Ware durch den Käufer sind nur möglich, wenn

- a) sie innerhalb einer Woche nach Wareneingang erfolgen,
- b) die Ware sich noch unverändert in der ursprünglichen Umhüllung befindet,
- c) bei Qualitätsbeanstandungen sofort 1-kg-Muster an die Verkäuferin gesandt wird und
- d)

Bei Gütemängeln kann der Käufer nur Minderung, nicht Wandlung verlangen. Die Verkäuferin hat das Recht, Ersatz zu liefern."

Vorlieferantin der Klägerin war ihre Streithelferin, die über bei der F. GmbH eingelagerte Treibstoffe verfügen durfte und durch Weisungen an den Lagerhalter Auslieferungen für Rechnung der Klägerin ermöglicht hatte. Diese erhielt von der F. GmbH laufend Tagesabrechnungen über die abgeholten Mengen und stellte sie der Beklagten entsprechend unter dem Datum der Lieferung in Rechnung. In der Zeit vom 5. - 13. August 1963 holten verschiedene Kunden des Beklagten auf seinen Namen aus dem Tanklager der F. GmbH 40 Partien Vergaserkraftstoff ab. Insgesamt handelte es sich um 372 668 l. Bei dem zwischen den Parteien gehandhabten Verfahren erfuhren sie erst nachträglich, welche Lieferungen zwischen ihnen abzurechnen und zu bezahlen waren. Nach Darstellung des Beklagten erhielt er die erste Verkaufsmitteilung der Klägerin über die Treibstoffentnahmen vom 5. August 1963 erst am 8. August 1963 (Bl. 266), die erste Reklamation durch den Inhaber der Firma Kuno K. in H., der Streithelferin des

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



Beklagten, jedoch bereits im Laufe des 5. August 1963. Noch an diesem Tage will der Beklagte die Reklamation in einem Telefongespräch mit seinem Schwager an die Klägerin weitergegeben haben. In derselben Weise soll sie an den folgenden Geschäftstagen durch den Beklagten über weitere Reklamationen seiner Abnehmer unterrichtet worden sein.

Die Firma K[REDACTED] stellte am 5. August 1963 eine Probe Benzin zur Untersuchung durch die Handels-Chemiker Dr. S[REDACTED] und Dr. F[REDACTED] zur Verfügung. Nach deren Analysen-Attest vom 9. August 1963 (GA Bl. 120) ergab sich bei der untersuchten Probe ein Anteil von 24,5 Vol.% an wasserlöslichen Substanzen (vermutlich Alkohole). Mit Fernschreiben vom 12. August 1963 an die Klägerin rügte der Beklagte unter Bezugnahme auf den Untersuchungsbefund und 8 bei ihm inzwischen eingegangene Reklamationen, daß die Beanstandungen seiner Kunden über Versagen der Motoren auf einen zu hohen Gehalt wasserlöslicher Substanzen in dem gelieferten Vergaserkraftstoff zurückzuführen seien. Am folgenden Tage teilte der Beklagte der Klägerin ebenfalls fernschriftlich mit, er habe inzwischen weitere Reklamationen erhalten und lehne es ab, von der F[REDACTED] weitere Ware abzuholen; einen Teil der gelieferten Ware habe und müsse er wieder abholen lassen. In Beantwortung eines Fernschreibens der Klägerin vom 14. August 1963 erklärte der Beklagte in einem längeren Schreiben an die Klägerin vom 15. August 1963 unter Hinweis auf das Analysen-Attest der Chemiker Dres. S[REDACTED] - F[REDACTED], es sei doch zwecklos, noch mehr Untersuchungen durch diese Chemiker anstellen zu lassen, weil die beanstandete

Ware ja aus dem gleichen Tank stamme. Der letzte Absatz dieses Schreibens lautet:

"Abgesehen von vorstehenden Ausführungen bestätigten Sie uns gestern telefonisch, daß wir uns bis zu Ihrer erneuten Lieferfähigkeit anderweitig gegeneindecken können. Hierfür anfallende Differenzbeträge werden wir Ihnen zu gegebener Zeit belasten."

Mit der Ende November 1963 eingereichten Klage verlangte die Klägerin Bezahlung der Lieferungen vom 5. - 13. August 1963, wobei sie Gutschriften für Rücklieferungen am 13. August und an folgenden Tagen für insgesamt 59 054 l absetzte. Sie ermäßigte alsbald den Klagebetrag von 123 093,49 DM nebst Zinsen ab 19. November 1963 um 40 0000,--DM, die der Beklagte am 1. Dezember 1963 auf die Rechnungsbeträge für die Lieferungen vom 5. - 13. August 1963 gezahlt hatte.

Der Beklagte machte geltend, seine Kunden hätten am 5. August und an den folgenden Tagen verdorbenes Benzin erhalten, hiermit getankte Fahrzeuge seien sogar stehen geblieben. Er habe am 5. August und an den folgenden Tagen derartige Beschwerden erhalten und die Klägerin hierüber unverzüglich unterrichtet. Jedenfalls sei auch die Rüge im Fernschreiben vom 12. August 1963 noch rechtzeitig. Verdorbenes Benzin brauche er nicht zu bezahlen, weil die Klägerin hiermit eine andere als die bestellte Ware geliefert habe. Soweit ihm die von Kunden beanstandete Ware wieder angedient worden sei, habe sie die Klägerin zurückgenommen; sie habe damit anerkannt, daß sie nicht vertragsgemäß geliefert habe.

Durch die vertragswidrigen Lieferungen seien ihm besondere Unkosten entstanden, mehrere Abnehmer erhöhen Schadensersatzansprüche, die Firma K[REDACTED] habe aus diesem Grunde Rechnungsbeträge über Schlechtbelieferungen vom 6. - 12. August 1963 in Höhe von über 47 000,--DM nicht bezahlt. Auch sei ihm durch Umsatzrückgang infolge der Schlechtbelieferungen ein Schaden in Höhe von mindestens 31 500,-- DM entstanden. Wegen der vorübergehenden Lieferunfähigkeit der Klägerin nach dem 13. August 1963 habe er anderweit Benzin zur Belieferung von Kunden bezogen und hierfür einen höheren Einkaufspreis als den mit der Klägerin vereinbarten aufwenden müssen. Die Preisdifferenz von 1 649,37 DM (später berichtigt auf 1 622,69 DM) werde ebenfalls zur Aufrechnung gestellt.

Das Landgericht erkannte nach dem ermäßigten Klageantrag.

Im Berufungsverfahren erklärte der Beklagte, er berufe sich in erster Linie auf Minderung des Kaufpreises. Dies insbesondere deshalb, weil die ihm entstandenen Schäden durch Schlechtlieferung sich nur schwer substantiieren ließen.

In der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht ermäßigte die Klägerin die Klageforderung um 187,60 DM zuzüglich Zinsen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten unter Absetzung dieses Betrages von der Klageforderung zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der

Klage. Die Streithelfer der Parteien haben sich an dem Revisionsverfahren nicht beteiligt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung zugrunde, daß die Klägerin nach dem vorgesehenen, ihr bekannten Vertragszweck dem Beklagten Vergaserkraftstoff zu liefern hatte, der zum Verkauf an freie Tankstellen und zur Verwendung in normalen "Otto-Motoren" bestimmt war. Es meint jedoch, von einer völligen Verwendungsuntauglichkeit für den vorgesehenen Vertragszweck, die der Beklagte behauptete, könne keine Rede sein. Dabei unterstellt es, daß die Ware, deren Bezahlung die Klägerin fordert, eine etwa 24 %ige Alkoholbeimischung enthalten habe. Eine solche mache die Ware jedoch für den vorausgesetzten Vertragszweck nicht völlig untauglich. Von den gelieferten rd. 370 000 l seien mindestens 300 000 l als Vergaserkraftstoff verwendet worden. Dieser Umstand spreche entscheidend dafür, daß es sich nicht um aliud-Lieferungen, sondern um mangelhafte Lieferungen im Sinne des § 459 BGB handele.

Die Frage, ob es sich um eine genehmigungsfähige oder nicht genehmigungsfähige Ware im Sinne des § 378 HGB handle, stelle sich deshalb gar nicht. Nach § 377 HGB gelte der Mangel als genehmigt, wenn der Käufer ihn nicht unverzüglich dem Verkäufer anzeige. Die schriftliche Mängelrüge vom 12. August 1963 sei zwar noch rechtzeitig, lasse jedoch nicht erkennen, welche der gelieferten Partien hiermit gerügt werden sollten. Das gelte auch für die weiteren Fernschreiben des Beklagten vom 13. und 14. August 1963. Da somit keine ordnungsmäßige Mängelrüge vorliege, könne offenbleiben,

ob die Mängelrügen auch wegen der Bestimmung zu Nr. 6 Buchst. b der allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin unwirksam seien. Es könne auch unerörtert bleiben, ob eine Mangelhaftigkeit für sämtliche Lieferungen nachgewiesen sei oder nur für diejenigen, die gemäß den vorgelegten Auslieferungsscheinen aus dem Tank 32 entnommen worden sind. Der von dem Beklagten angebotene Zeugenbeweis dafür, daß auch die anderen der Klage zugrundegelegten Lieferungen aus diesem Tank stammten, brauche nicht erhoben zu werden.

II. Die Revision macht demgegenüber geltend, der Beklagte habe sämtliche Partien gerügt, die für ihn damals im Tanklager aus dem Tank 32 abgegeben worden seien. Dies sei für die Klägerin auch ausreichend erkennbar gewesen, weil ihr die Unterlagen der F. GmbH über die Partien, um die es sich hier handle, zur Verfügung gestanden hätten. Im übrigen handle es sich bei den beanstandeten Benzinlieferungen um Waren anderer Art im Sinne von § 378 HGB, deren Vertragswidrigkeit deshalb nicht hätte gerügt zu werden brauchen, weil die Abweichung der gelieferten von der bedungenen Ware offensichtlich so erheblich sei, daß die Klägerin es als ausgeschlossen betrachten mußte, der Beklagte könnte solche Ware hinnehmen und genehmigen.

1. Beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Ware ist für die Unterscheidung, ob es sich um eine andere als die bedungene Ware handelt, auf den dem Verkäufer bekannten Vertragszweck und die danach erforderlichen Merkmale der zu liefernden Ware sowie auch auf die Verkehrsauffassung Rücksicht zu nehmen. Nach ständiger Rechtsprechung ist "offensichtlich" in diesem Zusammenhang dahin aufzufassen, daß der Grad der Abweichung im Hinblick auf den Verwendungszweck der Ware, mag die Abweichung

sich auch erst bei einer gründlichen Untersuchung herausstellen, nach objektiven Gesichtspunkten die Genehmigungsfähigkeit ausschließen muß. Dabei sind an die Ausnahme von der Rügepflicht strenge Anforderungen zu stellen. Allerdings kann hierfür auch von Bedeutung sein, wenn nach dem Vertragsinhalt die Lieferung einer anderen Ware gänzlich ausgeschlossen sein soll (vgl. Urt. des Senats vom 4. Dezember 1968 - VIII ZR 208/66 - WM 1969, 95 = NJW 1969, 787).

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob nach dem Gesetz hier eine Mängelanzeige erforderlich war, um dem Beklagten Gewährleistungsansprüche zu erhalten. Darauf kommt es deshalb nicht an, weil die vereinbarten Lieferungsbedingungen zu Nr. 6 dahin verstanden werden müssen, daß Beanstandungen der Ware durch den Käufer nur unter den dort bestimmten Voraussetzungen möglich sein sollen.

Daß dies der Sinn der Klauseln über die Möglichkeit von Beanstandungen ist, bringt ihr Wortlaut genügend klar zum Ausdruck. Dies ergibt sich auch daraus, daß zu 6c Qualitätsbeanstandungen als Unterfall von Beanstandungen der Ware schlechthin aufgeführt sind. Demnach ist aus den Bestimmungen deutlich ersichtlich, daß hiermit die nach dem Gesetz bestehende Anzeigepflicht erweitert worden ist. Bisher sind jedenfalls keine Gesichtspunkte vorgetragen worden, die dafür sprechen könnten, daß die vertraglichen Lieferbedingungen nicht diese Tragweite haben sollten.

Bei der Ausnahme des § 378 HGB handelt es sich nicht um eine zwingende Vorschrift. Es ist deshalb zulässig, dem Käufer durch Vertrag aufzuerlegen, Gütemängel auch dann anzuzeigen, wenn es sich um eine offensichtlich vertragswidrige Ware im Sinne von § 378 HGB handelt. Durch eine entsprechende Regelung darf sich somit der Verkäufer für den Fall decken, daß er irrtümlich dem Käufer eine Falschlieferung zukommen läßt (vgl. Meeske, Die Mängelrüge, S. 185; Baumbach/Duden, HGB 18. Aufl. § 378 Anm. 1 E).

Die in der Berufungsbegründung des Beklagten vom 14. November 1966 S. 7 und 8 zu diesem Punkt vorgebrachten Bedenken, daß eine solche Klausel mit der soeben erörterten Tragweite den Verkäufer einseitig und unbillig belasten würde und deshalb nicht als wirksam anzuerkennen sei, sind jedenfalls bei Geschäften der hier in Rede stehenden Art und im Hinblick auf die geltend gemachten Vertragswidrigkeiten nicht gerechtfertigt. Es ist kein Rechtsmißbrauch darin zu sehen, wenn die Klägerin sich durch ihre Lieferungsbedingungen auch dagegen schützen wollte, daß von ihr geliefertes Benzin für den vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck unbrauchbar war, zumal keine unzumutbaren Schwierigkeiten bestanden, den übermäßigen Alkoholgehalt in verhältnismäßig kurzer Zeit feststellen zu lassen.

Demnach kommt es nicht darauf an, ob die zu unterstellenden hohen Beimischungen von Alkohol derart erheblich waren, daß die Benzinlieferungen nicht nach § 378 HGB hätten gerügt zu werden brauchen.

2. Gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe nicht ordnungsgemäß gerügt, bestehen rechtliche Bedenken.

Das Fernschreiben des Beklagten vom 12. August 1963 bezog sich auf Lieferungen ab Lager F [REDACTED] bis zum 10. 8. 1963. In ihm wurde der Klägerin mitgeteilt, daß der Beklagte acht Reklamationen erhalten habe, davon allein sechs am Vormittag des 12. August 1963. Bereits am folgenden Tage hat die Firma K [REDACTED] Rücklieferungen an das Lager der F [REDACTED] GmbH vorgenommen, worüber dann die Klägerin dem Beklagten Gutschriften erteilte. Das spricht dafür, daß die Klägerin schon damals sich darüber unterrichten konnte, um welche Lieferungen es sich handelte, die von der Firma K [REDACTED] wieder zur Verfügung gestellt wurden. Die Revision weist ferner auf die sog. Füllbelege hin, die von der F [REDACTED] GmbH für die Klägerin ausgestellt wurden. Sie geben Auskunft darüber, welche Mengen Benzin, an wen und aus welchem Tank abgegeben worden waren. Konnte die Klägerin somit alsbald auf Grund ihres Abrechnungsverkehrs mit der Firma F [REDACTED] GmbH feststellen, aus welchem Tank das vom Beklagten beanstandete Benzin geliefert worden war, so konnte sie die Beanstandungen des Beklagten auch dahin verstehen, daß sämtliche Lieferungen beanstandet werden, für die Benzin aus dem Tank 32 abgegeben worden war. Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, daß es diese Zusammenhänge erkannt und bei der Würdigung des Sachverhalts in Betracht gezogen hat.

Es ist zwar richtig, daß der Käufer, der im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen Teillieferungen oder auf Grund selbständiger Verträge mehrere Lieferungen von Waren

erhalten hat, bei Mängelrügen auch angeben muß, welche Lieferungen er beanstandet. Eine solche konkretisierte Mängelanzeige ist insbesondere dann erforderlich, wenn es sich um mehrere Partien handelt, deren Beschaffenheit nach Herstellung oder Zusammensetzung verschieden ausfallen kann. Handelt es sich aber um eine Ware, die in ihrer Zusammensetzung, weil sie aus demselben Tank geliefert sein soll, nach Zeit und Umständen dieselbe Beschaffenheit haben muß, so kann es unter Umständen genügen, wenn der Käufer solcher Ware den Verkäufer davon unterrichtet, daß die gelieferte Ware mangelhaft sei, und der Verkäufer in der Lage ist, aus seinen Unterlagen festzustellen, auf welche Herkunft und Mängel sich die Beanstandung des Käufers erstreckt. Unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten hat sich das Berufungsgericht mit dem ihm unterbreiteten Sachverhalt nicht ausreichend auseinandergesetzt.

Es meint, die fernschriftliche Mängelrüge vom 12. August 1963 lasse nicht erkennen, welche Partien gerügt werden sollten, weil der Beklagte in dem Schreiben einleitend darauf Bezug nahm, er habe in den Wochen vom 29. Juli - 10. August 1963 ex f. [REDACTED] Vergaserkraftstoff mit einem näher bezeichneten Gewicht erhalten und es seien im Verlaufe dieser Zeit mehrere Reklamationen auf ihn zugekommen. Wenn nun, wovon in diesem Rechtszuge ausgegangen werden muß, die Klägerin bereits am 13. August oder kurz danach durch Rücklieferungen der Firma K. [REDACTED] davon Kenntnis erhalten hat, aus welchem Tank die beanstandete Ware stammte, so konnte die Klägerin auch die schriftliche Beanstandung des Beklagten auf die Lieferungen

beziehen, die nach Zeit und Herkunft dieselbe Beschaffenheit wie die zurückgelieferte Ware haben mußte. Unter diesen Umständen kann es für die Ordnungsmäßigkeit der Mängelanzeige unschädlich sein, wenn der Beklagte in dem Fernschreiben vom 12. August 1963 einen längeren Zeitraum bezeichnete, in dem er Benzin aus dem F-Lager bezogen habe, und wenn außer den Lieferungen aus dem Tank 32 noch andere Geschäfte zwischen den Parteien zur damaligen Zeit abgewickelt worden sind.

Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß es genügen könnte, wenn der Beklagte wenigstens damals seine Rügen (gemeint sind die Fernschreiben vom 12., 13. und 14. August 1963) dahin präzisiert hätte, daß sämtliche Lieferungen aus einem bestimmten Tank von einem bestimmten Tage an gerügt würden. An dem Fehlen einer solchen Bezeichnung der beanstandeten Lieferungen braucht jedoch die Erheblichkeit der Mängelanzeige vom 12. August 1963 dann nicht zu scheitern, wenn es für die Klägerin auf Grund ihrer eigenen Unterlagen alsbald ohne weiteres erkennbar war, aus welchem Tank Ware abgegeben worden ist, deren Mangelhaftigkeit und Herkunft bereits durch die Rücklieferungen vom 13. und 15. August 1963 für sie innerhalb einer Woche nach Wareneingang feststellbar war.

Der Beklagte hat zudem die Klägerin in seinem Schreiben vom 15. August 1963 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die beanstandete Ware aus demselben Tank stamme. Dies hat das Berufungsgericht bei der Würdigung

der schriftlichen Beanstandungen nicht beachtet.

2. Das Berufungsgericht hat ferner erwogen, die Mängelanzeige müsse den Verkäufer, der die Ware verkauft hat, in die Lage versetzen, seine Rechte gegenüber einem Vorlieferanten wahrzunehmen. Es fehlt jedoch an einem ausreichenden Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin ohne nähere Bezeichnung der beanstandeten Lieferungen hierzu nicht in der Lage gewesen sei. Wenn sie bereits am 13. oder 14. August ohne weiteres feststellen konnte, aus welchem Tank die beanstandete Ware stammte, so hätte sie durch eine entsprechende Mängelanzeige ihre Rechte gegenüber ihrem Vorlieferanten für alle Entnahmen wahren können, die für ihre Rechnung aus demselben Tank vorgenommen worden waren. Auch unter diesem Gesichtspunkt hätte das Berufungsgericht in Betracht ziehen müssen, ob das Verlangen nach Bezeichnung der einzelnen Lieferungen, die beanstandet wurden, nicht eine überflüssige Formalität betraf, die zur Wahrung der Rechte der Klägerin nicht nötig war.

3. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 14. Februar 1967 S. 8 (GA Bl. 292) nicht berücksichtigt, daß der Text des Fernschreibens vom 12. August 1963 zwischen den Parteien abgesprochen worden sei, um der Klägerin als Beleg gegenüber der Vorlieferantin zu dienen. Diese Darstellung ist, wie die Revision nicht verkennet, nicht unter Beweis gestellt worden. Die Revision meint jedoch, die Klägerin habe diese Behauptung nicht bestritten,

andernfalls hätte sich der Beklagte, so rügt die Revision, auf Zeugnis seines Sohnes und Parteivernehmung seines Schwagers hierfür bezogen. Hiermit macht die Revision geltend, wenn die Klägerin ein solches Schreiben gewünscht und mit dem Beklagten abgesprochen habe, so sei es ihr nicht gestattet, aus der Fassung des Schreibens nachteilige Schlüsse gegen den Beklagten zu ziehen und die darin zum Ausdruck gekommene Rüge als ungenügend zu bezeichnen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin das von der Revision bezeichnete Vorbringen des Beklagten nicht bestritten hat. Darauf kommt es in diesem Rechtszuge deshalb nicht an, weil die Ausführungen des Berufungsgerichts schon aus den oben dargelegten Gründen nicht die Feststellung rechtfertigen, der Beklagte müsse die in diesem Rechtsstreit als minderwertig bezeichneten Lieferungen gegen sich gelten lassen.

4. Deshalb bedarf auch der weitere Einwand der Revision, der Beklagte habe bereits am 5. August 1963 fernmündlich gerügt, was er unter Beweis gestellt und das Berufungsgericht unterstellt habe, in diesem Zusammenhang keiner weiteren Erörterung.

Das Berufungsgericht hat bei Prüfung der schriftlichen Mängelanzeigen in Betracht gezogen, daß unversteuerte Ware, die dem Beklagten in der Zeit vom 5. August bis 13. August aus einem anderen Tank geliefert worden sei,

in Ordnung gewesen sei. Aus diesem Umstand sind jedoch jedenfalls dann keine Bedenken hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Rügen herzuleiten, wenn für die Klägerin kein Zweifel darüber bestehen konnte, daß sich die Beanstandungen des Beklagten auf die Lieferungen aus dem Tank Nr. 32 bezogen.

Für die Revisionsinstanz ist demnach zu unterstellen, daß die Lieferungen der Klägerin, um die es hier geht, von dem Beklagten ausreichend bestimmt und rechtzeitig wegen zu hohen Alkoholgehalts des Benzins beanstandet worden sind.

5. Das Berufungsgericht hat sich einer Stellungnahme zu der Frage enthalten, wie die Bestimmung zu 6b der Lieferungsbedingungen zu verstehen ist. Die Bedeutung dieser Vertragsklausel für den vorliegenden Fall kann von dem Revisionsgericht jedenfalls nicht abschließend beurteilt werden. Es muß deshalb dem Berufungsgericht überlassen bleiben zu prüfen, ob sich die Klausel auch auf Tankwagen beziehen soll, in denen Kunden des Beklagten Benzin abholen ließen, und welche Tragweite ihr in diesem Falle darüber hinaus beizulegen ist.

III. Von den hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüchen des Beklagten behandelt das Berufungsgericht insbesondere den Anspruch auf Ersatz von entgangenem Gewinn. Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Klägerin habe unwidersprochen vorgetragen, sie habe

regelmäßig Proben aus den eingelagerten Vergaserkraftstoffen untersuchen lassen. Demnach könne, so meint das Berufungsgericht, ein Verschulden der Klägerin nur darin liegen, daß sie nicht gleich nach Freigabe des Tanks Nr. 32 durch ihre Streithelferin für Verkäufe der Klägerin eine Probe habe ziehen und untersuchen lassen. Daraus könne jedoch keine Vertragsverletzung gegenüber dem Beklagten hergeleitet werden. Denn beim Handelskauf liege die Prüfungspflicht beim Käufer. Die Klägerin habe überdies auf Grund eines früheren Vorfalles ihre Vorlieferantin ernstlich verwarnt und sich dann wie erwähnt in Abständen Proben geben lassen. Selbst wenn aber in der unterlassenen Prüfung des Benzins im Tank 32 ein Verschulden zu erblicken wäre, so wäre doch das Mitverschulden des Beklagten nach Auffassung des Berufungsgerichts so erheblich, daß er aus diesem Grunde keinen Schadensersatz fordern dürfe. Nach seinem Vortrag habe er bereits am 5. August 1963 gerügt. Deshalb sei es leichtfertig gewesen, auch noch an den folgenden Tagen weiter Benzin aus demselben Tank abnehmen zu lassen.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts unterliegen rechtlichen Bedenken.

Die Klägerin war als Zwischenhändlerin zwar nicht ohne weiteres zur Untersuchung des weiterveräußerten Treibstoffes verpflichtet (vgl. Senatsurteil v. 25. September 1968 -VIII ZR 208/66- WM 1968, 1249 = NJW 1968, 2238). Eine solche Verpflichtung konnte sich aber für sie aus einem Hinweis des Beklagten, ihm sei Benzin vertragswidriger Beschaffenheit geliefert worden, ergeben. Hatte der Beklagte, wie unterstellt werden muß, die Klägerin

bereits am 5. August 1963 fernmündlich von der ersten Beanstandung der Firma K [REDACTED] in Kenntnis gesetzt, so hätte die Klägerin sofort sicherstellen müssen, daß den Kunden des Beklagten, die aus dem Lager der Fanto GmbH an den folgenden Tagen Benzin abholten, einwandfreies Benzin ausgeliefert wird. Unterließ die Klägerin die nach Sachlage möglichen Prüfungen und Vorkehrungen, so könnte darin sogar eine besonders grobe Fahrlässigkeit zu finden sein. Demgegenüber rechtfertigen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts noch nicht die Annahme, daß auch der Beklagte damit rechnen mußte, seinen Kunden werde in dem Lager weiter aus demselben Tank Benzin abgegeben werden.

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß Schadensersatzansprüche des Beklagten wegen schuldhafter Schlechtlieferungen auch davon abhängig sein können, daß sie rechtzeitig und ordnungsgemäß gerügt wurden.

IV. Das Berufungsgericht hat schließlich auch den Anspruch des Beklagten auf Erstattung der Differenzkosten aus Deckungskäufen in Höhe von DM 1 622,69 abgelehnt. Es fehle an einem ausreichenden Beweis dafür, daß sich die Klägerin verpflichtet haben soll, dem Beklagten die Preisdifferenz aus "Gegeneindeckungskäufen" zu ersetzen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die hierfür vom Berufungsgericht gegebene Begründung den von der Revision geltend gemachten Bedenken unterliegt. Darauf braucht deshalb nicht eingegangen zu werden, weil diese Gegenforderung nur hilfsweise zur Aufrechnung gestellt worden ist und eine abschließende Entscheidung hierüber deshalb noch nicht

möglich ist. Der Beklagte wird Gelegenheit haben, in dem erneuten Berufungsverfahren auch diese Gegenforderung wieder zur Entscheidung zu stellen.

V. Demnach war auf die Revision des Beklagten das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als zu seinem Nachteil erkannt worden ist. Dies gilt auch für den Zinsanspruch auf den Betrag von 40 000,--DM, den der Beklagte am 1. Dezember 1963 gezahlt hat, weil auch insoweit die Gegenansprüche in Betracht kommen können.

Die Aufhebung erstreckt sich auch auf die Entscheidung des Berufungsgerichts über die durch die Nebeninterventionen verursachten Kosten, weil die Entscheidung hierüber sich nach der Entscheidung über die Kosten der Hauptparteien zu richten hat (§ 101 ZPO). Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens hängt von der Entscheidung in der Sache selbst ab und bleibt daher dem Berufungsgericht vorbehalten.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier