

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2321 006

HGB § 377

Eine wirksame Mängelanzeige setzt nicht voraus, daß der Käufer zum Ausdruck bringt, er behalte sich seine Rechte vor und lasse sich die Ware nicht als Erfüllung gefallen. Jedoch kann trotz der Übersendung einer Anzeige nach Treu und Glauben eine Genehmigung der Ware dann angenommen worden, wenn der Verkäufer aus den ganzen Umständen, insbesondere dem Verhalten des Käufers den Schluß ziehen konnte, dieser wolle von seinen aus der Mangelhaftigkeit der Ware erwachsenen Rechten keinen Gebrauch machen (Bestätigung von RGZ 54, 67, 68).

BGH. Urt.v. 12. Dezember 1958 - VIII ZR 175/57 - OIG Hamburg

Verkündet

am 12. Dezember 1958

Klett, Justizobersekretär

als Urkundsbeamter der

Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

- 1.) der offenen Handelsgesellschaft in Firma Wilhelm K. in H., C.
- 2.) deren persönlich haftenden Gesellschafter
 - a) des Kaufmanns Heinrich Carl K.
 - b) des Kaufmanns Heinz Carl Wilhelm K.
 - c) des Kaufmanns Hans Paul Hermann K.sämtlich in H., C.

Beklagten, Berufungskläger. Berufungs-
beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma P. R. in S. (C.) Frankreich,

Klägerin. Berufungsbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1958 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 9.
Oktober 1957 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil
des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesge-
richts zu Hamburg aufgehoben, soweit die Beklagten
zur Zahlung von mehr als USA Dollar 876,14 nebst
8 % Zinsen aus USA Dollar 1.747,99 vom 8. Dezember
1954 bis 1. Dezember 1955 und aus USA Dollar 876,14
seit dem 8. Dezember 1954 verurteilt worden sind.
Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision
wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin lieferte der Erstbeklagten (im folgenden: die Beklagte) im November 1954 einen Waggon Walnüsse (Cornes) im Gewicht von 10 to zum Preise von 40 USA-Dollar für 100 kg. Die Beklagte hat den Kaufpreis hierfür bezahlt und die Ware als Erfüllung angenommen.

Auf eine weitere Bestellung der Beklagten brachte die Klägerin am 3. Dezember 1954 einen zweiten Waggon (Er. 1 139 101) mit Walnüssen (Cornes) zum selben Preise zum Versand, der am 7. Dezember 1954 am Bestimmungsorte Hamburg ankam. Eine dritte Partie Walnüsse, und zwar dieses Mal zum Teil Cornes und zum Teil Marbots, lieferte die Klägerin in dem Waggon Nr. 331 197, der in Hamburg am 11. Dezember 1954 eintraf. Beide Waggon waren an den Spediteur Sch., Grenzstation Wincheringen, adressiert, der sie jedoch sofort ohne Untersuchung der Waren an die Beklagte weiterleitete.

Beide Ladungen hatten Untergewicht. Sie enthielten auch Nüsse, die nicht die vereinbarte Größe hatten, und Nüsse anderer Art (Regionales). Am 8. Dezember 1954 rügte die Beklagte das Untergewicht der zweiten Partie. Mit Schreiben vom 11. Dezember 1954 zeigte sie der Klägerin an, daß auch bei dem dritten Waggon Untergewicht festzustellen sei. Sie wies ferner darauf hin, daß die Ladung einen Teil kleinerer Nüsse aufweise. Abschließend heißt es in diesem Schreiben wörtlich:

"Dieses Vorkommnis ist sehr bedauerlich, denn der erste Waggon war gut, der zweite war hinsichtlich der verladenen Qualität bereits nicht ebenso gut, denn er enthielt schon sehr viel kleinere Nüsse. Dieser dritte Waggon ist jedoch eine glatte Katastrophe. Es sieht so aus, als wenn man hier alles zusammengelesen hat, auch aus den bereits



bei früheren Sortierungen ausgeschiedenen Nüssen.

Diese Lieferung befriedigt in keiner Weise und ich muß daher alle Vorbehalte machen."

Am 13. Dezember 1954 rügte die Beklagte erneut die Ladung des dritten Waggons hinsichtlich Güte und Größe der Nüsse. Am selben Tage übersandte sie je eine Expertise des Sachverständigen Baumann vom 7. (betreffend den zweiten) und 13. Dezember 1954 (betreffend den dritten Waggon). Am 20. Dezember 1954 rügte sie alsdann abschließend beide Ladungen unter Bezugnahme auf die bereits übersandten Expertisen. Die Klägerin wies alle Beanstandungen zurück und verlangte ursprünglich mit der Klage volle Zahlung der Rechnungsbeträge in Höhe von 4.000 und 4.072,80 USA-Dollar, zusammen 8.072,80 Dollar von allen Beklagten. Nachdem die Beklagte während des ersten Rechtszuges einen Teil der zweiten Partie Nüsse veräußert und dafür einen Betrag von 1.747,99 US-Dollar an die Klägerin gezahlt hatte, ermäßigte die Klägerin die Klage entsprechend.

Die Beklagten haben die Zahlung weiterer Beträge verweigert. Sie haben hinsichtlich des zweiten Waggons geltend gemacht, daß die Ladung Untergewicht und einen Minderwert von 20 % gehabt habe. Wegen des Restes der Kaufpreisforderung haben sie mit Schadensersatzforderungen aufgerechnet, die sie auf die Verletzung der Vertragspflichten der Klägerin teils hinsichtlich der zweiten Lieferung, teils auch hinsichtlich der dritten Lieferung stützen. Insbesondere haben sie vorgetragen, die Klägerin habe sie dadurch arglistig getäuscht, daß sie bei der Verladung die gute Ware an sichtbarer Stelle und in unverschnürten Säcken aufgestellt habe. Sie haben jedoch auch den Standpunkt vertreten, daß die Klägerin durch die Schlechtlieferung von der Zusicherung, die Ware gemäß Bestellung zu liefern, ab-

gewichen sei. Hinsichtlich der dritten Lieferung haben die Beklagten im ersten Rechtszuge Wandlung geltend gemacht.

Hinsichtlich dieser Lieferung schlossen die Parteien im ersten Rechtszuge einen Zwischenvergleich vom 24. November 1955, in dem sich die Beklagten damit einverstanden erklärten, daß die Klägerin die Ware des dritten Waggons auf Rechnung "wen es angeht" bestens verkaufe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil folgendermaßen entschieden: Hinsichtlich des dritten Waggons hat es die Klage in Höhe von 4.000 Dollar (Rechnungsbetrag 4.072,80 Dollar) abgewiesen. Hinsichtlich des zweiten Waggons hat es die Beklagten zur Zahlung von 876 Dollar nebst Zinsen verurteilt. Im Hinblick auf den zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch aus der dritten Lieferung hat es die Entscheidung hinsichtlich eines Betrages von 1.345,87 USA-Dollar zurückgestellt. In dieser Höhe und in Höhe eines Betrages von 72,80 Dollar ist daher der Rechtsstreit im ersten Rechtszuge noch anhängig geblieben.

Beide Parteien haben gegen das Teilurteil Berufung eingelegt. Die Klägerin hatte zunächst beantragt, das Urteil dahin abzuändern, daß die Beklagten in vollem Umfange des im ersten Rechtszuge gestellten Klageantrags verurteilt werden. Nachdem aber die Ware auf Grund des im ersten Rechtszuge abgeschlossenen Zwischenvergleichs veräußert worden war, hat sie den Erlös von 628,98 USA-Dollar abgezogen und ihren Antrag entsprechend ermäßigt. Die Beklagten haben zunächst in der Berufungsbegründung beantragt, die Klage unter Aufhebung des Teilurteils in vollem Umfang abzuweisen, haben aber zuletzt den Antrag gestellt, die Klage nur insoweit abzuweisen, als im ersten Rechtszuge Verurteilung erfolgt ist.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, auf die Berufung der Klägerin dagegen das Urteil des Landgerichts abgeändert. Es hat die Beklagten über den Betrag von 876 USA-Dollar nebst Zinsen aus der zweiten Lieferung hinaus zur Zahlung von weiteren 3.157,18 Dollar nebst Zinsen aus der dritten Lieferung verurteilt, die Klage in Höhe von 842,82 USA-Dollar abgewiesen und die Entscheidung über die restliche Klageforderung dem landgerichtlichen Schlußurteil vorbehalten.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgen die Beklagten ihren Antrag weiter, die Klage insoweit abzuweisen, als sie verurteilt worden sind

Entscheidungsgründe:

I.

Hinsichtlich der Walnüsse, deren Lieferung in dem Waggon Nr. 1 139 101 erfolgt ist, hat das Berufungsgericht die Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises für verpflichtet erachtet. Eine Minderung des Kaufpreises hat es nicht für begründet angesehen, weil eine rechtzeitige Mängelanzeige nicht erstattet worden sei.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe können keinen Erfolg haben.

Zutreffend hat das Berufungsgericht erwogen, daß eine Mängelanzeige in dem Schreiben vom 11. Dezember 1954, in der formlosen Übersendung der Expertise des Sachverständigen Baumann vom 13. Dezember 1954 und schließlich in dem Schreiben vom 20. Dezember 1954 liegen könne. Ohne Rechts-

irrtum hat es darauf abgestellt, daß nur das Schreiben der Beklagten vom 20. Dezember 1954 den an eine Mängelanzeige zu stellenden Anforderungen gerecht wird. Dieses Schreiben läßt keinen Zweifel darüber, daß die Beklagte nicht nur das Untergewicht, sondern auch Mängel in der Größe und Güte der Nüsse rügen, und daß sie von ihren Gewährleistungsansprüchen Gebrauch machen wollte. Dieses Schreiben ist jedoch verspätet. Es liegt 13 Tage nach dem Eintreffen der Ware, die bereits am 7. Dezember 1954 am Bestimmungsorte Hamburg angekommen war. Es liegt auch um den gleichen Zeitraum später als die von dem Sachverständigen Baumann gefertigte Expertise, die vom 7. Dezember 1954 datiert. Die Revision hat zudem selbst nicht geltend gemacht, daß dieses Schreiben noch als eine rechtzeitige Mängelrüge aufgefaßt werden könnte. Sie hat vielmehr darauf abgestellt, daß die Beklagte in ihrem Schreiben vom 11. Dezember 1954 eine wirksame Mängelanzeige angebracht habe, daß aber auf alle Fälle in der Übersendung der Expertise "Baumann" vom 13. Dezember 1954 eine Mängelrüge zu erblicken sei, die die Klägerin gegen sich gelten lassen müsse. Im Ergebnis ist jedoch dem Standpunkte des Berufungsgerichts beizutreten, das weder das angeführte Schreiben der Beklagten noch die Übersendung der Expertise als eine Mängelanzeige im Sinne des § 377 HGB gewertet hat.

Beizustimmen ist dem Berufungsgericht insbesondere darin, daß das Schreiben vom 11. Dezember 1954 den Erfordernissen des § 377 HGB nicht gerecht wird. Denn es bezieht sich, wie sich schon aus seinem "Betreff" ergibt, ausschließlich auf die Ware des dritten Waggons Nr. 331 197, die im einzelnen gerügt, während der zweite Waggon nur beiläufig erwähnt wird.

Das Schreiben enthält weder eine Aufzählung der Mängel der zweiten Lieferung, obwohl diese der Beklagten im

Hinblick auf das bereits 4 Tage vorher erstellte Gutachten Baumann ohne weiteres möglich gewesen wäre, noch läßt es überhaupt erkennen, daß auf Mängel der Lieferung außer im Rahmen eines Vergleiches der 3 Waggon hingewiesen werden sollte. Das Berufungsgericht geht daher in seiner Annahme nicht fehl, daß die Klägerin aus diesem Schreiben entnehmen konnte, die Beklagte wolle Mängel des zweiten Waggon gerade nicht rügen, sondern vielmehr diese Ware trotz gewisser Beanstandungen als Erfüllung hinnehmen.

Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß das Berufungsgericht den § 377 HGB insofern zu eng ausgelegt hat, als es die Forderung aufstellt, die Beklagte habe jeweils zum Ausdruck bringen müssen, daß sie sich ihre Rechte vorbehalte und sich die Ware keineswegs als Erfüllung gefallen lasse. Eines solchen Zusatzes bedarf es vielmehr in der Regel nicht. Deshalb ist es auch nicht angängig, der am 13. Dezember 1954 erfolgten Übersendung der Expertise von vornherein den Charakter einer Mängelanzeige deshalb abzusprechen, weil sie ohne ein erläuterndes Beischreiben erfolgt ist. Dadurch, daß das Gesetz die Genehmigung der Ware ausdrücklich an die Unterlassung einer Anzeige knüpft, ergibt sich, wie das Reichsgericht bereits in RGZ 54, 67, 68 ausgesprochen hat, für den Fall der Anzeigenerstattung von selbst, daß die Ware nicht als genehmigt zu gelten hat. Die Expertise "Baumann" enthielt unstreitig die Angabe aller Mängel, wegen derer die Beklagte nunmehr im Rechtsstreite Minderung begehrt, sodaß die Klägerin durch die Übersendung der Expertise über Art und Umfang aller festgestellten Mängel unterrichtet worden ist. Dieser Rechtsfehler ist aber im Ergebnis ohne Bedeutung, denn die in § 377 HGB ausgesprochene Folge der Genehmigung ist hier deshalb eingetreten, weil das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum aus

den ganzen Umständen entnommen hat, daß die Beklagte trotz der Übersendung der Expertise nicht den Willen gehabt hat, von den ihr aus der Mangelhaftigkeit der Ware erwachsenen Rechten Gebrauch zu machen. Fehlt es aber hieran, so gilt die Ware trotz der Anzeigerstattung als genehmigt wie in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt ist (RGZ 54, 67, 68; KG OLG 33, 280; Baumbach-Duden HGB 12. Aufl. § 377, 378 Anm. 6 D und HGB RGRK 1. Aufl. § 377 Anm. 24). Es ist insbesondere nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin habe aus dem Schreiben vom 11. Dezember 1954 den Schluß ziehen müssen, daß die Beklagte wegen des zweiten Waggons keine Gewährleistungsansprüche stellen wolle. Dieser Schluß ist umso mehr gerechtfertigt, als die Beklagte bereits am 8. Dezember 1954 hinsichtlich der zweiten Lieferung ein Untergewicht geltend gemacht und am 11. Dezember 1954 gleichwohl nur die Ware aus dem dritten Waggon gerügt und in den beiden Schreiben vom 13. Dezember 1954, die am selben Tage wie die beiden Expertisen abgesandt sind, nochmals und ausschließlich die Mängel der 3. Lieferung aufgezählt und nur für diese Lieferung einen Abzug begehrt hat. Demnach unterliegt es keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, die Klägerin sei nach Treu und Glauben zu der Annahme berechtigt gewesen, daß die Ware des zweiten Waggons genehmigt sei. Die Beklagte ist daher nicht zur Minderung hinsichtlich der zweiten Lieferung berechtigt. Da die Ware als genehmigt zu gelten hat, kann die Beklagte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, der Kaufpreisforderung der Klägerin auch keinen auf diese Lieferung gestützten Schadensersatzanspruch entgegensetzen, und zwar weder einen Anspruch aus § 463 BGB noch einen solchen aus positiver Vertragsverletzung. Mit Recht hat das Berufungsgericht daher die Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung in Höhe von 345 DM für nicht begründet erachtet.

T.I.

1.) Hinsichtlich der dritten Lieferung hat die Beklagte im zweiten Rechtszuge gegen die Kaufpreisforderung in erster Linie geltend gemacht, daß sie Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange, hilfsweise hat sie sich auf Wandlung berufen. Beide Gewährleistungsansprüche sind davon abhängig, daß die Beklagte rechtzeitig eine Mängelanzeige erstattet hat. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Mängelanzeigen der Beklagten hinsichtlich der hier in Frage stehenden Lieferung den Voraussetzungen des § 377 HGB gerecht werden. Nachdem die Ware am 11. Dezember 1954 am Bestimmungsort Hamburg eingetroffen war, hat die Beklagte nämlich noch am selben Tage ein Untergewicht gerügt und in einem gesonderten Schreiben ebenfalls vom selben Tage im einzelnen ausgeführt, daß die Lieferung durchschnittlich 12 bis 14 % schlechte Nüsse enthalte, und daß große Mengen von Nüssen festgestellt worden seien, die dem bestellten Kaliber nicht entsprächen. Sie hat gleichzeitig angekündigt, daß am 13. Dezember (der 12. war ein Sonntag) neue Proben gezogen würden und daß der Sachverständige eine Expertise fertigen werde. Am 13. Dezember 1954 übersandte alsdann die Beklagte die an diesem Tage gefertigte Expertise des Sachverständigen Baumann und rügte in zwei gesonderten Schreiben wiederum im einzelnen die Mängel. Bei dieser Sachlage ist die Mängelanzeige selbst dann als unverzüglich im Sinne des § 377 HGB anzusehen, wenn man mit der Revision die Forderung erheben will, daß die Untersuchung der Ware bereits an der deutsch-französischen Grenze hätte erfolgen müssen, wo der Spediteur Sch., an dessen Anschrift die Waggons zunächst gerichtet waren, sie in Empfang nahm, um sie unverzüglich mit der Deutschen Bundesbahn nach Hamburg weiterzuleiten. Denn der Waggon hat

die Grenze am 10. Dezember 1954 passiert, also nur einen Tag vor seiner Ankunft in Hamburg, so daß von einer Verzögerung der Rüge durch die Beklagte keine Rede sein könnte, zumal die Untersuchung an der Grenze notwendigerweise mit einem Aufenthalt verbunden gewesen wäre. Der Streit der Parteien, ob Sch. als Empfangsspeditour oder nur als Transportvermittler anzusehen ist, kann daher unentschieden bleiben.

2.) Das Berufungsgericht hat zunächst geprüft, ob den Beklagten ein Schadensersatzanspruch aus § 480 BGB zusteht. Ohne Rechtsirrtum hat es dabei dem Umstande, daß die Beklagten mit einem Teile dieses Anspruches bereits gegen die Kaufpreisforderung aus der zweiten Lieferung aufgerechnet haben, keine Bedeutung beigemessen. Dieser zur Aufrechnung verwandte Anspruchsteil wird hier nicht etwa erneut geltend gemacht. Vielmehr handelt es sich in dem vorliegenden Zusammenhange nur darum, ob die Beklagten aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes die Freistellung von der Leistung des Kaufpreises für die dritte Lieferung verlangen können. Die Aufrechnungs-erklärung hat auch nicht etwa eine Konkretisierung der Rechte der Beklagten mit der Wirkung herbeigeführt, daß die Beklagten lediglich einen Schadensersatzanspruch geltend machen jedoch nicht mehr auf die hilfsweise erklärte Wandlung zurückgreifen könnten. Eine Konkretisierung wäre vielmehr nur dann eingetreten, wenn die Klägerin den Schadensersatzanspruch anerkannt hätte (BGB RGRK 11. Aufl. § 463 Anm. 10).

3.) Das Berufungsgericht hat indes einen Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB mit zutreffenden Gründen abgelehnt.

a) Es hat insbesondere ohne Rechtsirrtum das Vorliegen einer Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Ware verneint. Es hat dabei zugrunde gelegt, daß nach den unbestrittenen Bestellungen der Beklagten zu liefern waren:

" 3,44 to Marbots, 24/28 mm zu § 42 per 100 kg
und von

6.56 to Cornes, 24/27 mm zu § 40 per 100 kg.

Es ist der Revision zuzugeben, daß die Ware, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, gegenüber dieser Bestellung nicht nur hinsichtlich der Güte (Lieferung von schlechten und tauben Nüssen), sondern auch hinsichtlich des Kalibers (Lieferung von Nüssen unter der vereinbarten Größe von mindestens 24 mm) und sogar der Sorte (Beimengung von sogenannten "Regionales", Nüssen minderer Art), abgewichen ist. Aber selbst dann, wenn man der Revision darin folgen könnte, daß die teilweise Lieferung einer anderen Sache (Aliudlieferung) anzunehmen sei, wäre damit für die Beurteilung der Frage, ob eine Zusicherung bestimmter Eigenschaften vorliegt, nichts gewonnen. Denn diese Frage entscheidet sich nach dem Inhalt und dem Umfang der von der Klägerin angenommenen Bestellung also nach den Vereinbarungen der Parteien. Nur diese vertraglichen Abmachungen können darüber Auskunft geben, ob die Parteien über die bloße Warenbezeichnung hinaus noch die Zusicherung der Freiheit von Mängeln und der Lieferung nach Maßgabe der Bestellung haben vereinbaren wollen. Nur ganz ausnahmsweise liegt in der bloßen Warenbezeichnung die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft (BGH Urt. I ZR 20/52 v. 14.10.1952, BB 1952 903, in IM BGB § 639 Nr. 1 insoweit nicht abgedruckt; RGZ 103, 77). Dafür, daß hier ein solcher Ausnahmefall gegeben sein könnte, haben aber die Beklagten nicht das Geringste dargetan.

b) Zutreffend ist das Berufungsgericht weiterhin davon ausgegangen, daß ein Schadensersatzanspruch aus §§ 480, 463 BGB auch dann begründet sein könnte, wenn die Klägerin die vertragmäßige Beschaffenheit der Nüsse vorgespiegelt hätte. Die Beklagte hatte hierzu vorgetragen: In der Waggontüre habe die Klägerin einige offene Säcke mit ausgesucht guten Nüssen, die den Vertragsbedingungen entsprochen hätten, aufgestellt. Durch diese Art der Verladung habe die Klägerin, die bei Vertragsschluß bereits gewußt habe, daß sie die Nüsse in der vereinbarten Größe nicht liefern können, die Beklagte täuschen wollen. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Beklagten nicht für ausreichend erachtet, um daraus auf eine Arglist der Klägerin schließen zu können.

Ohne Erfolg rügt die Revision, daß das Berufungsgericht das Beweisangebot der Beklagten darüber, daß in dieser Weise verladen worden sei, übergangen habe. Da das Berufungsgericht den Sachverhalt als richtig unterstellt, konnte es auf das Beweisangebot nicht ankommen, das sich zudem nur darauf erstreckt, daß die Zeugen bei der Entladung diese Art der Verladung festgestellt hätten. Das Berufungsgericht hält sich auch im Rahmen der ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung, wenn es ablehnt, allein aus der behaupteten Art der Verladung eine Arglist der Klägerin zu folgern, und zur Begründung ausführt, daß die Verladung auch auf Zufälligkeiten beruhen könne. Ersichtlich hat das Berufungsgericht, wozu es befugt war, bei seiner Würdigung auch dem Vortrag der Klägerin Rechnung getragen, die überwiegende Gründe zur Widerlegung des Vorwurfs der Arglist vorgebracht und insbesondere darauf hingewiesen hat, das von der Beklagten behauptete Verhalten wäre völlig sinnlos gewesen, da sie nicht nur mit einer oberflächlichen Betrachtung durch die Beklagte, sondern mit einer Untersuchung durch einen Sachverständigen habe rechnen müs-

sen. Das behauptete Verhalten hätte allenfalls, wie die Klägerin zutreffend ausgeführt hat, dann einen gewissen Sinn gehabt, wenn sie sich dadurch die sofortige Zahlung hätte erschleichen wollen. Eine solche Möglichkeit schied aber schon deshalb aus, weil die Parteien die Vereinbarung "Netto Kasse gegen Papiere" nicht getroffen hatten. Das Berufungsgericht hat daher bei der gegebenen Sachlage ohne Rechtsirrtum die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB verneint.

III.

Dagegen sind die Erwägungen, die das Berufungsgericht dazu geführt haben, die hilfsweise geltend gemachte Wandlung für nicht begründet zu erachten, nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Nicht gefolgt werden kann allerdings der Revision, wenn sie sich darauf berufen will, daß die gelieferte Ware des dritten Waggons als ein aliud anzusehen sei. Es kann dahinstehen, ob man der Unterscheidung von Güte- und Artmängeln (Lieferung eines aliud) im Zuge der Rechtsentwicklung überhaupt noch Bedeutung beizumessen hat (vgl. Baumbach-Duden HGB 12. Aufl. §§ 377, 378 Anm. 2 B), ob also die Artmängel nicht nur der Rügepflicht unterstehen, sondern auch nach den Regeln der Gewährleistung für Sachmängel zu behandeln sind. Die Berufung auf eine Aliudlieferung muß hier schon aus anderen Gründen fehlgehen. Der Sachverständige, dem das Berufungsgericht gefolgt ist, hat nämlich festgestellt, daß der Ware Nüsse geringerer Größe als vereinbart und ein gewisser Prozentsatz an Nüssen der Sorte "Regionales" beigemischt gewesen sind, die etwas geringer bewertet werden. Ob diese Nüsse aus der Gesamt-

menge von 10 to in einer wirtschaftlich vertretbaren Art und Weise ausgelesen werden könnten, bedarf nicht der Prüfung. Denn die Revision will nicht etwa geltend machen, daß die Ware bezüglich dieser beigemischten nicht vertragsgemäßen Nüsse eine Aliudlieferung sei, sondern nur bezüglich der Lieferung im ganzen. Hierfür fehlt es aber an jeder Feststellung im Berufungsurteil, die dafür herangezogen werden könnte, daß die Ware nicht mehr als Cornes und als Marbots verkauft werden durfte. Keiner der Sachverständigen, deren Ausführungen sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat, hat sich in diesem Sinne geäußert. Vielmehr haben alle den Standpunkt eingenommen, daß es sich um Ware handelte, der im Hinblick auf die Beimengung nicht vertragsgemäßer Bestandteile ein Minderwert zukomme. Demnach beurteilt sich die Haftung der Klägerin nicht nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff BGB, sondern ausschließlich nach den Bestimmungen über Gewährleistung wegen Sachmängel beim Kauf. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob nicht etwa auch im Rahmen der §§ 320 ff BGB die im Handelsverkehr geltenden Toleranzen Bedeutung gewinnen könnten.

b). Das Berufungsgericht hat die Wandlung daran scheitern lassen, daß sich die Minderwerte innerhalb der im französisch-deutschen Großhandel mit Walnüssen geltenden Toleranzen hielten.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht folgende wertmindernden Faktoren festgestellt:

- 1.) Anteil an schlechten und tauben Nüssen,
- 2.) Beimengung von Regionales, einer geringwertigeren, von der Beklagten nicht bestellten Sorte und

3.) Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Größe.

Bei Ermittlung der Prozentsätze hat sich das Berufungsgericht auf das Gutachten Pantaenius gestützt und ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß die Minderwerte betragen:

zu 1.): 7,85 %, zu 2.): 3,26 % und zu 3.): 2,88 %.

Es hat dabei allerdings bei Nr. 2 und 3 nicht auf die Menge der nicht vertragsgemäßen Nüsse, sondern nur auf den durch die Beimengung bedingten Minderwert der Ware im ganzen abgestellt.

Aus dem Gutachten des Sachverständigen Pantaenius und der Äußerung des Warenvereins der Hamburger Börse hat es hinsichtlich der für die Wandlung geltenden Toleranzen folgendes Ergebnis entnehmen zu können geglaubt: Ein Anspruch auf Wandlung könne nur dann erhoben werden, wenn der Minderwert der Ware mehr als 10 % betrage; bei der Ermittlung dieses Minderwertes von 10 % müsse jedoch berücksichtigt werden, daß bei französischen Walnüssen eine Sendung mit 90 % gesunden Nüssen als vertragsgemäß hinzunehmen sei. Ein Minderwert, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, liege daher überhaupt erst vor, wenn die Ware mehr als 10 % taube oder schlechte Nüsse enthalte.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist mithin eine Wandlung erst dann zulässig, wenn der Anteil an tauben oder schlechten Nüssen 10 % überschreitet; oder wenn sich ein Minderwert nach 2.) oder 3.) oder zusammengerechnet aus 2.) und 3.) in Höhe von mehr als 10 % ergibt. Zur Stützung dieser Auffassung hat es ausgeführt, die Beklagte bestreite nicht, daß kraft Handelsbrauchs ein Minderwert bis zu 10 %

nur zur Minderung unter Abnahme der Ware berechtige. Dagegen bestehe zwischen den Parteien lediglich darüber Streit, welcher Prozentsatz an tauben und schlechten Nüssen bei der Berechnung des Minderwertes außer Betracht zu bleiben habe. Die Klägerin berufe sich auf einen Handelsbrauch des Inhalts, daß dieser Satz 10 % der Gesamtmenge betrage. Die Beklagte erkenne insoweit nur eine Toleranz von 3 % an.

c) Nach der Würdigung des Vorbringens der Parteien durch das Berufungsgericht hat es den Anschein, als ob beide Parteien davon ausgingen, es könne sich als Schranke für den Wandlungsanspruch eine zweifache Toleranz auswirken, und zwar in der Weise, daß der Käufer nach dem Vorbringen der Klägerin 10 % und nach der Darstellung der Beklagten höchstens 3 % schlechter Nüsse ohne weiteres zu tolerieren habe, daß er aber darüber hinaus nach dem übereinstimmenden Vortrage der Parteien noch eine Wertminderung in Höhe weiterer 10 % durch schlechte oder nicht artgerechte Nüsse hinnehmen müsse, ohne den Wandlungsanspruch geltend machen zu können. Das Berufungsgericht steht also auf dem Standpunkte, daß der Käufer bei einer Sendung, die z. B. 10 % schlechter Nüsse enthält und deren Wert um weitere 10 % durch die Beimengung solcher Nüsse, die in Größe und Sorte nicht dem Vertrage entsprechen, gemindert ist, keinen Anspruch auf Wandlung habe, weil sich die Mängel der Ware innerhalb der beiden Toleranzen von je 10 % halten. Entsprechend müßte es, wie es das Vorbringen der Beklagten versteht, einen Wandlungsanspruch dann verneinen, wenn der Anteil an schlechten Nüssen 3 % nicht übersteigen und sich der Minderwert durch aus sonstigen Gründen nicht vertragsgerechte Nüsse innerhalb der von ihm angenommenen Toleranz von weiteren 10 % halten würde. Das Berufungsgericht wird damit aber dem Vorbringen der Beklagten nicht gerecht. Vielmehr weist die Revision zutreffend

darauf hin, daß sich die Beklagten sowohl auf das von der Klägerin eingereichte Gutachten einer einschlägigen französischen Stelle als auch auf das von ihnen selbst eingereichte Gutachten des Rechtsanwalts Dr. Ditges und auf die von diesem Sachverständigen erläuterten Geschäftsbedingungen für den deutsch französischen Handelsverkehr mit Gartenbauerzeugnissen vom 17. April 1955 bezogen haben. In dem französischen Gutachten wird von einer Toleranz von 10 % ausgegangen, so daß, wie in dem Gutachten zum Ausdruck gebracht ist, Walnüsse, bei denen der Minderwert, sei es durch Abweichung in der Größe, sei es hinsichtlich der Beschaffenheit (taube und schlechte) 10 % nicht übersteigt, unter Vergütung des Minderwertes übernommen werden müßten. Auch in den deutsch-französischen Geschäftsbedingungen ist bestimmt, daß Walnüsse, deren Minderwert 10 % nicht übersteige, nicht zur Verfügung gestellt werden dürfen (§ 7 Nr. 6 und 7). Dr. Ditges hat in seinen Erläuterungen zu § 7 aaO ausgeführt, der Minderwert könne nur insoweit abgezogen werden, als er die in § 5 aaO angegebenen Toleranzen überschreite. In seiner Äußerung vom 21. Dezember 1956 vertritt er sogar den Standpunkt, die Wandlung sei schon deshalb zulässig, weil die Klägerin teilweise überhaupt zu kleine Nüsse geliefert habe.

Wenn nun auch die angezogenen Geschäftsbedingungen zur Zeit des Vertragsabschlusses noch keine Geltung hatten, so läßt doch die Bezugnahme auf diese, sowie die Bezugnahme auf das französische Gutachten und die Äußerungen des Rechtsanwalts Dr. Ditges erkennen, daß die Beklagten keineswegs einen Handelsbrauch haben anerkennen wollen, wonach Gütemängel bis zu einem gewissen Prozentsatz (5 %) bei der Frage, ob der Vertrag gewandelt werden dürfe, überhaupt außer Betracht zu bleiben hätten und daß

sich nach Abzug dieser 3 % erst eine weitere Toleranz von 10 % auswirke.

Das Berufungsgericht hat mithin das Vorbringen der Beklagten mißverstanden und es ist nicht auszuschließen, daß seine Entscheidung auf diesem Irrtum beruht.

3) Ob etwa der Handelsbrauch z.Zt. des Vertragsschlusses, wie die Revision geltend macht, dahin gegangen ist, daß ein Minderwert aus allen drei Gesichtspunkten (vgl. oben unter b) zusammen zu errechnen und die Wandlung nur dann unzulässig ist, wenn er insgesamt 10 % nicht erreicht, kann von dem erkennenden Senat nicht beantwortet werden. Die Frage nach der Auswirkung von Toleranzen ist zwar einer rechtlichen Nachprüfung zugänglich, es fehlt jedoch an Feststellungen im Berufungsurteil, die diese Ansicht ausreichend rechtfertigen könnten. Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß der Wortlaut der vom Hamburger Warenverein erstatteten gutachtlichen Äußerung mit der Auslegung des Berufungsgerichts nicht in Einklang steht, was das Berufungsgericht rechtsirrtümlich nicht erkannt hat.

Die an die sachverständige Stelle, deren Auswahl der Handelskammer überlassen war, im Beweisbeschluß vom 4. Dezember 1956 gerichtete Frage lautete:

"Bestand im Handel mit französischen Walnüssen im Jahre 1954 ein Handelsbrauch dahingehend,

- a) daß bei einer Ware, die neben zu kleinen Nüssen bis zu 10 % schlechte oder taube Nüsse enthält, die schlechten oder tauben Nüsse außer Betracht bleiben und zu einer Minderung nicht berechtigten?

Diese Frage hat der Hamburger Warenverein wie folgt beantwortet:

"Im Importhandel mit französischen Nüssen besteht seit vielen Jahren ein Handelsbrauch, der auch im Jahre 1954 galt, und ebenfalls heute noch gilt, wonach bei Walnüssen bis zu 10 % schlechte und/oder taube Nüsse für die Berechnung eines Minderwertes außer Betracht bleiben. Gewährleistungsansprüche wegen schlechter und/oder tauber Nüsse bestehen daher nur insoweit, als sich mehr als 10 % in der Ware befinden. ...

Der Toleranzsatz von 10 % für schlechte und/oder taube Nüsse gilt unabhängig davon, ob und in welchem Umfange sich in der Partie zu kleine Nüsse befinden."

Diese Auskunft bringt nach ihrem Wortlaut zwar zum Ausdruck, daß die Gütemängel erst ab 10 % zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen berechtigen, aus ihr läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß eine weitere Toleranz für die Geltendmachung der Wamlung besteht. Sie enthält nicht einmal Ausführungen darüber, ob überhaupt hinsichtlich der Beimengung von anderen Sorten (Regionales) oder geringeren Größen eine Toleranz anzunehmen ist. Insbesondere ist der letzte Satz, daß die Toleranz von 10 Prozent für schlechte Nüsse unabhängig davon sei, ob und in welchem Umfange sich in der Partie zu kleine Nüsse befinden, nicht ohne weiteres in dem vom Berufungsgericht angenommenen Sinne zu verstehen. Der Wortlaut und auch der Sinnzusammenhang weisen vielmehr in die Richtung, daß der Prozentsatz an zu kleinen Nüssen bei der Ermittlung des Prozentsatzes schlechter Nüsse nicht mitzurechnen ist. Deshalb kann das Berufungsgericht seine Ansicht, daß der Prozentsatz von 7,85 % schlechter Nüsse, der hinter den tolerierten 10 % zurückbleibe, völlig auszuschneiden habe, und daß der Wertanteil an zu kleinen und andersartigen Nüssen von zusammen 6,14 %, weil er ebenfalls unter 10 %

bleibe, die Wandlung nicht rechtfertigen könne. auf die Äußerung des Hamburger Warenvereins nicht stützen.

Der Sachverständige Pantaenius hat diesen Punkt wie folgt begutachtet:

"Bei französischen Walnüssen wird eine Sendung mit 90 % gesunden Nüssen als vertragsmäßig anerkannt. Ein Minderwert liegt also erst vor, wenn die Ware mehr als 10 % schlechte oder taube Nüsse enthält. Das gilt seit Jahren für französische Walnüsse..."

Die Revision hat das Gutachten des Sachverständigen Pantaenius mit einer Reihe von Verfahrensrügen angegriffen, deren Berechtigung jedoch dahingestellt bleiben kann. Es kann auch dahinstehen, ob aus diesen Ausführungen entnommen werden konnte, daß die Wandlung erst gestattet sei, wenn der Anteil an schlechten Nüssen mehr als 20 % betrage oder wenn beim Vorliegen von 10 % schlechten Nüssen der Anteil an Größe- oder Artmängeln wertmäßig mehr als 10 % betragen müsse. Jedenfalls erscheint es, wenn die Äußerung des Hamburger Warenvereins als Stütze für die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht außer Betracht bleiben muß, keineswegs ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens Pantaenius allein nicht zu der Überzeugung gelangt wäre, daß Toleranzen in dem angenommenen Umfange bestünden.

Das angefochtene Urteil konnte daher hinsichtlich der Entscheidung über den Kaufpreisanspruch aus der dritten Lieferung nicht aufrechterhalten werden. Es war vielmehr insoweit aufzuheben, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die Frage erneut zu prüfen, inwieweit etwa bestehende Toleranzen dem Wandlungsbegehren der Beklagten entgegenstehen. Bei der Würdigung des Gutachtens des Sachverständigen Pantaenius wird das Berufungsgericht

außerdem berücksichtigen müssen, daß gerade der Teil seines Gutachtens der zeitlich nach der Ablehnung des Sachverständigen erstattet wurde, sich mit der Frage der Toleranzen beschäftigt und daher die Ablehnung des Sachverständigen nicht mit der Begründung des Beschlusses vom 26. Juni 1957 zurückgewiesen werden durfte.

Das Berufungsgericht wird insbesondere prüfen müssen, ob hinsichtlich der nicht artgerechten und der zu kleinen Nüsse in Bezug auf die Wandlung überhaupt eine Toleranz besteht, und ob es beim Vorliegen einer Toleranz auf die Menge der beigemischten, nicht vertragsgemäßen Nüsse ankommt oder, wie das Berufungsgericht, ohne dafür eine Grundlage zu haben, angenommen hat, auf den durch die Beimengung bedingten Minderwert der Ware im ganzen.

IV.

Demnach war die Revision zurückzuweisen, soweit die Beklagten im Rahmen des landgerichtlichen Teilurteils zur Zahlung von 876 § nebst Zinsen verurteilt worden sind. Dagegen muß die Revision im übrigen dazu führen, daß das angefochtene Urteil teilweise aufgehoben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen wird, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen worden ist.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Mezger

Dr. Messner