

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2217 017

HGB § 378 Halbs. 2

Zur Frage, wann anzunehmen ist, die gelieferte Ware weiche so erheblich von der Bestellung ab, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß mit der Folge, daß die Rückpflicht des § 378 Halbs. 1 HGB entfällt (hier: gemahlener Pfeffer mit 50 % Kokosschalenbeimischung).

BGB § 494

Bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster verliert der Käufer trotz Nichtbeanstandung der Probe seine Rechte nicht, wenn die Probe und die endgültige Lieferung nicht die der Benennung nach bestellte Ware (hier gemahlener Pfeffer), sondern ein aliud im Sinne des § 378 Halbs. 2 HGB darstellt: (hier: ein völlig wertloses Pulver, bestehend aus gemahlener Pfeffer und aus rund 50 % gemahlener Kokosschale).

BGH, Urt. v. 24. Oktober 1960 - VIII ZR 191/59 -

OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

VIII ZR 191/59

verkündet am 24. Oktober 1960
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma A.G. [REDACTED] & Cie., Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in S [REDACTED], B [REDACTED] Weg Nr. [REDACTED] vertreten
durch ihren Geschäftsführer Albert G [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Kaufmann Paul I [REDACTED] Metzgereibedarf in B [REDACTED],
H [REDACTED]straße,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1960 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Saarbrücken vom 12. August 1959 wird zurückge-
wiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte, Inhaber eines Metzgereibedarfsgeschäftes, bezog von der Klägerin, mit der er schon längere Zeit in Geschäftsverbindung stand, auf Grund einer Bestellung vom 4. Dezember 1956 Anfang 1957 2016 kg Pfeffer zum Preise von 2 923 280 ffrs. Da er die Zahlung des Kaufpreises verweigerte, erhob die Klägerin Klage. Das Landgericht verurteilte den Beklagten durch Teilurteil zur Zahlung von 2 023 200 ffrs; in Höhe von 900 000 ffrs erachtete es den Rechtsstreit nicht für entscheidungsreif, weil der Beklagte eine Gegenforderung in dieser Höhe zur Aufrechnung gestellt hatte. Dieses Urteil ist, da die Berufung des Beklagten erfolglos blieb, rechtskräftig geworden.

Im weiteren Verlauf des Rechtsstreits haben die Parteien nur noch über die Berechtigung der Gegenforderung gestritten, die der Beklagte damit begründet hat, ein aus einer anderen Lieferung stammender Posten Pfeffer sei verfälscht gewesen, so daß er zur Wandlung des zugrunde liegenden Kaufes und zur Rückforderung des unstreitig bezahlten Kaufpreises von 900 000 ffrs berechtigt sei. Kaufvertrag und Lieferung des jetzt allein noch streitigen angeblich verfälschten Pfeffers fallen ebenfalls in die Zeit Ende des Jahres 1956/Anfang 1957. Eine beim Eintreffen der Ware vorgenommene Untersuchung ließ bei dem Beklagten Bedenken hinsichtlich der Unverfälschtheit des Pfeffers auftauchen, in denen er durch Äußerung eines branchekundigen Fachmanns noch bestärkt wurde. Er veranlaßte daher eine Untersuchung durch das chemische Untersuchungsamt in Speyer. Da eine Mitteilung über das Ergebnis dieser Untersuchung nach längerer Zeit noch nicht eingetroffen war, entschloß er sich, auch das Untersuchungsamt in Koblenz um eine Untersuchung anzugehen. Dieses teilte ihm schon kurz darauf

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



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



mit, daß der Pfeffer in Ordnung, aber von minderer Qualität sei. Daraufhin zahlte er den Kaufpreis an die Klägerin, nachdem diese den Preis auf den Betrag von 900 000 ffrs ermäßigt hatte. Nach erfolgter Zahlung traf das Gutachten des Untersuchungsamtes in Speyer bei dem Beklagten ein. Dieses war abweichend von demjenigen des Amtes in Koblenz zu dem Ergebnis gelangt, daß der Pfeffer durch unerlaubte Zusätze verfälscht sei. Nunmehr, und zwar in der Klagebeantwortung vom 25. März 1957 des vorliegenden Rechtsstreits erklärte der Beklagte die Wandlung und verlangte die Rückzahlung der geleisteten 900 000 ffrs; er rechnete gleichzeitig mit dieser Forderung gegen die Klageforderung auf.

Am 16. April 1958 erstattete der Beklagte bei der Staatsanwaltschaft in Saarbrücken Anzeige gegen Unbekannt wegen Lebensmittelvergehens. In dem sich anschließenden Ermittlungsverfahren wurden Gutachten über die Zusammensetzung der als Pfeffer gelieferten Ware eingeholt. Sowohl das Gutachten des chemischen Untersuchungsamtes für das Saarland vom 4. November 1958 als auch dasjenige des Lebensmittelchemikers Dr. Lindner vom 7. April 1959 sind zu dem Ergebnis gelangt, daß die Ware einen Zusatz von mindestens 50 % an fremden Stoffen enthalte. Das Ermittlungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Die Klägerin hat die Verfälschung der Ware bestritten und geltend gemacht, daß der angebliche Mangel nicht rechtzeitig gerügt worden sei.

Das Landgericht hat durch Schlußurteil die Klage wegen des restlichen Klageanspruchs von 900 000 ffrs abgewiesen. Nach Einlegung der Berufung hat die Klägerin den Antrag gestellt, den Beklagten zur Zahlung von 7656,30 DM (anstelle

von 900 000 ffrs)nebst Zinsen zu verurteilen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte begehrt, verfolgt die Klägerin ihren restlichen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht hat auf Grund der vom Beklagten zu den Akten eingereichten Privatgutachten und der vom Landgericht und der Staatsanwaltschaft Saarbrücken weiter eingeholten Gutachten festgestellt, daß die von der Klägerin gelieferte Ware höchstens zur Hälfte aus Pfeffer besteht, im übrigen jedoch eine unzulässige Beimischung aus wertlosem Material (Kokosschalen oder dergleichen) enthält. Es hat dabei erwogen, daß die Identität der untersuchten Proben mit dem Gegenstand der Lieferung nicht angezweifelt werden könne. Seine Erwägungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen und werden auch von der Revision nicht angegriffen.

Es hat die vom Beklagten mit Schriftsatz vom 25. März 1957 erklärte Wandlung und den Anspruch des Beklagten auf Rückgewähr des Kaufpreises für begründet erachtet. Die allein streitige Restforderung der Klägerin aus dem Klageanspruch hat es als durch die Aufrechnung des Beklagten getilgt angesehen.

Die Frage, ob der Beklagte im Sinne der §§ 377, 378 HGB rechtzeitig gerügt habe, hat es unentschieden gelassen und ausgeführt, daß die verfälschte Ware von der bestellten offensichtlich so sehr abgewichen sei, daß die Klägerin eine Genehmigung als ausgeschlossen habe betrachten müssen (§ 378 Halbsatz 2 HGB). Die Klägerin könne sich, so hat es weiter erwogen, auch nicht auf ihre Lieferungsbedingungen berufen,

wonach Beanstandungen nur innerhalb acht Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt würden, weil eine solche Klausel im Falle der Lieferung eines in § 378 Halbsatz 2 HGB gekennzeichneten "aliud" überhaupt keinen Sinn habe. Ebenso wenig könne die Klägerin sich darauf stützen, daß sie nach Muster geliefert habe, weil die Verfälschung aus der Probe nicht zu erkennen gewesen sei.

II. Die Revision vertritt die Ansicht, der Beklagte müsse sich im Hinblick darauf, daß die Ware der ihm übersandten Probe entsprochen habe, so behandeln lassen, als habe er die Probe untersucht und ihre Eigenschaften gekannt. Hieraus will sie den Schluß gezogen haben, daß dem Beklagten, der bei der Annahme der Lieferung keinen Vorbehalt gemacht habe, das Recht zur Wandlung gemäß § 464 BGB abgeschnitten sei. Sie hat auch auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 27. November 1956 - VIII ZR 35/56 (LM BGB § 460 Nr. 1) hingewiesen, in welcher ausgesprochen ist, daß die der Probe entsprechende Hauptlieferung als genehmigt gelte, wenn der Käufer die an der Probeflieferung erkennbaren Mängel nicht beanstandete. In der mündlichen Verhandlung hat die Revision schließlich für den Fall, daß der Senat eine Anderslieferung annehmen sollte, rechtliche Ausführung dahin gemacht, der Beklagte müsse die der Probe entsprechende Lieferung als vertragsmäßige Erfüllung hinnehmen.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts, das seine Entscheidung ganz darauf abgestellt hat, die Verfälschung des Pfeffers, die noch nicht einmal das chemische Untersuchungsamt in Koblenz entdeckt habe, sei vom Beklagten nicht zu erkennen gewesen, halten im Ergebnis den Revisionsangriff stand.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der gelieferte Pfeffer gegenüber der vertraglichen Verpflichtung eine Anderslieferung im Sinne des § 378 Halbsatz 2 HGB darstelle. Wie noch näher zu erörtern sein wird, ist diese Annahme wegen des hohen Grades der Beimischung fremder völlig wertloser Stoffe rechtlich nicht zu beanstanden. Von dieser rechtlichen Beurteilung ist daher bei der Prüfung der Frage, ob die Klägerin entsprechend der Probe und damit vertragsgemäß geliefert hat, auszugehen. Es stellt sich hier also die Frage, ob auch dann, wenn die Probe gerade so wie die endgültige Lieferung nicht die der Benennung nach bestellte Ware (hier gemahlener Pfeffer) sondern ein aliud i.S. des § 378 Halbsatz 2 HGB darstellt (hier ein völlig wertloses Pulver bestehend aus gemahlenem Pfeffer und aus rund 50 % gemahlenden Kokosschalen), der Käufer sich darauf verweisen lassen muß, es sei "probegemäß" geliefert. Auf die angeführte Entscheidung des erkennenden Senats kann sich die Revision nicht berufen; jener Entscheidung lag ein ganz anderer Sachverhalt (bloße Mängel der Lieferung) zugrunde. Weicht das Muster, wie das vorliegend der Fall war, so erheblich von der Benennung der gekauften Ware im Verträge ab, daß die Voraussetzungen des § 378 Halbsatz 2 HGB gegeben sind, der Verkäufer also die Genehmigung des Käufers hinsichtlich der tatsächlich gelieferten Ware als ausgeschlossen betrachten mußte, so ist überhaupt nicht erfüllt. In einem solchen Falle kommt dem Muster entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht für die Bestimmung der vertraglichen Leistung keine Bedeutung zu (RG JW 1917, 710; Würdinger aaO Vorbem. 55 a). Das kann dem Grundgedanken des § 378 Halbsatz 2 HGB entnommen werden. Dort wird dem Käufer die Rügepflicht des § 378 Halbsatz 1 HGB als überflüssige Förmlichkeit für den Fall erlassen, daß der Verkäufer eine Genehmigung der Abweichung von Lieferung und Vertragsgegenstand für ausgeschlossen halten muß;

das Gesetz also setzt voraus, daß die "Mängel" so groß und auffallend sind, so daß sie dem Verkäufer nicht erst noch angezeigt zu werden brauchen; daß er vielmehr ohne weiteres aus der Art seiner Lieferung erkennt, er erfülle den Vertrag nicht. Dieser Gedanke ist auch bei Beantwortung der Frage, ob der Inhalt der vertraglich ausbedungenen Lieferung durch die widerspruchslose Entgegennahme eines Musters praktisch geändert werden kann, entscheidend zu berücksichtigen, weil hier die Interessenlage der Vertragsparteien dieselbe ist. Es führt dazu, daß auch hier die "Nichtrüge" gegenüber dem Muster unnötig und überflüssig erscheinen muß, weil der Verkäufer es als ausgeschlossen betrachten mußte, der Käufer wolle statt der im Verträge benannten Ware eine zwar dem Muster entsprechende, gegenüber der benannten Ware aber etwas völlig anderes bestellen. In solchen Fällen, in denen schon das Muster in einem Maße in § 378 Halbsatz 2 HGB vorausgesetzten Maße von der vertraglichen Leistung abweicht, hat denn auch das Reichsgericht stets die Möglichkeit einer Anwendung des § 494 BGB verneint (RG JW 1917, 710; LZ 1919, 1010; s.a. Würdinger aaO Anm. 55 a und 55 e). Einer Rüge, das Muster entspreche nicht der im Verträge benannten Ware, bedarf es in solchen Fällen also nicht. Es ist daher kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht seine Entscheidung in erster Reihe davon abhängig gemacht hat, ob die Verfälschung des Pfeffers zur Annahme einer Anderslieferung i.S. des § 378 Halbsatz 2 HGB nötigt.

III. 1. Unerörtert bleiben kann die Frage, ob dem Berufungsgericht darin beigetreten werden kann, schon die Tatsache allein, daß der Kläger das verfälschte Würzmittel unter Verstoß gegen § 4 LMG nicht der Art und dem Ausmaße der Beimischung entsprechend deklariert habe, mache die Lieferung zu einer Anderslieferung im Sinne des § 378 Halbsatz 2 HGB und schon deshalb habe es einer Rüge des Beklagten nicht bedurft.

Die Revision hat zwar zu dieser Frage keine rechtlichen Bedenken geäußert. Der Standpunkt des Berufungsgerichts erscheint indes nicht unbedenklich. Denn bei einer solchen Betrachtungsweise wird auf Umstände abgestellt, die mit der Würdigung des Grades und der Art der Abweichung von der Bestellung, auf die es aber allein ankommt, nichts zu tun haben.

2. Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht jedoch in seiner Ansicht beizutreten, daß der Beklagte die Verfälschung des gelieferten Pfeffers nicht zu rügen brauchte, um im Hinblick auf Art und Weise der Lieferung Rechte geltend machen zu können. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Gutachten festgestellt, daß der Pfeffer mindestens zu 50 % eine Beimischung von völlig wertlosen fremden Stoffen enthält (Kokosschalen oder dergleichen), und daß er nicht mehr verkehrsfähig ist. Diese Feststellungen ermöglichen dem Senat die Entscheidung, daß die Lieferung der Klägerin nicht nur eine Abweichung von der Bestellung ihrer Art nach, also eine Anderslieferung im Sinne des § 378 Halbsatz 1 HGB darstellt, sondern daß eine grobe Artabweichung gemäß § 378 Halbsatz 2 HGB vorliegt, die eine Rüge entbehrlich macht. Nach den Besonderheiten des hier gegebenen Sachverhalts bedarf es keiner Erörterung darüber, ob eine grob abweichende Anderslieferung im Sinne des § 378 Halbsatz 2 HGB nur dann gegeben ist, wenn es sich bei der Lieferung nach objektiver Betrachtung um nichts anderes als einen untauglichen Erfüllungsversuch, unter Umständen verbunden mit einem neuen Angebot, handelt (vgl. Baumbach/Duden HGB 13. Aufl. §§ 377, 378 Anm. 2 D und von Caemmerer, Festschrift für Martin Wolff 1952, S. 1 ff). Denn wenn ein Würzmittel, hier der gemahlene Pfeffer, in einem solchen Grade eine Beimischung fremder, völlig wertloser Stoffe enthält, daß es die Bezeichnung als Pfeffer nicht mehr rechtfertigt, nicht mehr verkehrsfähig ist und deshalb die Ware

nicht mehr als Handelsgut angesehen werden kann, so liegt auch bei Anlegung eines noch so strengen Maßstabes eine Anderslieferung (aliud) vor, deren Genehmigung die Klägerin als ausgeschlossen betrachten mußte. Selbst wenn § 378 Halbsatz 2 HGB so formuliert wäre, wie es Baumbach/Luden aaO für wünschenswert halten, nämlich: "daß der Käufer die Absicht des Verkäufers, mit solcher Lieferung die Bestellung auszuführen, für ausgeschlossen halten durfte", so wäre im vorliegenden Falle angesichts der Tatsache, daß die Ware nicht mehr verkehrsfähig ist, auch eine solche Voraussetzung erfüllt. Erst recht ist die Anwendbarkeit des § 378 Halbsatz 2 HGB nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu bejahen. Diese will die Feststellung, ob eine offensichtlich erhebliche Abweichung der Lieferung von der Bestellung vorliegt, nach objektiven Gesichtspunkten getroffen haben; sie hat hierfür die Voraussetzung aufgestellt, "daß in der Beurteilung des Sachverhalts unter verständigen Kaufleuten keine Meinungsverschiedenheiten bestehen kann, weil die Untauglichkeit des Gelieferten zur Vertragserfüllung keinem Zweifel unterliegt, also offenbar ist" (RGZ 98, 157, 159; RG BankA 22, 113 I). Das Reichsgericht hat dabei zwar in erster Reihe darauf abgestellt, ob die Anderslieferung noch dem dem Verkäufer bekannten Vertragszweck gerecht wird (RG JW 1917, 710), und hat die Annahme einer groben Artabweichung abgelehnt, wenn dem Verkäufer von der Bestimmung der Ware nichts bekannt war, die Lieferung selbst aber sich noch im Rahmen der in weiterem Sinne verstandenen Gattung hielt (flüssiges Fett, jedoch kein vertraglich ausbedungener Tran, s. hierzu RGZ 98, 157, 159). Jedoch hat das Reichsgericht die Voraussetzungen für eine grobe Artabweichung bejaht, wenn die Lieferung für im Handelsverkehr beachtliche Zwecke nicht zu verwenden war (Lieferung von nahezu ausgezogener Quillajarinde, die nur

noch als Abfallstoff angesehen werden konnte; s.hierzu RGZ 99, 37, 39). Auch unter Berücksichtigung dieser reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist im vorliegenden Falle eine nach § 378 Halbsatz 2 HGB erhebliche Artabweichung zu bejahen. Denn bei dem hier gegebenen Grade der Verfälschung ist das Merkmal der Offensichtlichkeit in dem Sinne, daß unter verständigen Kaufleuten kein Zweifel darüber aufkommen kann, erfüllt. Die Lieferung eines nicht mehr verkehrsfähigen und nicht als Pfeffer zu bezeichnenden Pulvers entspricht auch nicht mehr dem der Klägerin bekannten Vertragszweck, die Ware im Handel unterzubringen. Die Einwendung der Revision, der Pfeffer sei besonders billig gewesen, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Sie läuft im Ergebnis darauf hinaus, anzunehmen, der Beklagte sei deshalb, weil er günstig abgeschlossen hat, bereit gewesen, statt der gekauften Ware auch eine völlig verfälschte Ware anzunehmen. Für eine solche Annahme reicht indes ein "günstiger" Kaufabschluß nicht aus, hierzu hätte es weiterer Anhaltspunkte bedurft, die jedoch die Revision nicht aufzuzeigen vermag.

IV. IV. Liegt somit eine Lieferung vor, bei der die Klägerin die Genehmigung des Beklagten als ausgeschlossen betrachten mußte, so fehlt es auf ihrer Seite an einer Erfüllung des Kaufvertrages (RG LZ 1919, 1010; JW 1924, 1150). Der Beklagte hätte also dem Verlangen der Klägerin auf Leistung des Kaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzen können. Er hat aber seinerseits bereits erfüllt. Die in der Aufrechnungserklärung liegende Rückforderung seiner Kaufpreisleistung kann sich indes auf § 326 BGB, auf alle Fälle aber auf eine positive Vertragsverletzung der Klägerin stützen. Das Prozeßverhalten des Beklagten läßt eindeutig

erkennen, daß er nicht nur die Lieferung als Erfüllung ablehnt, sondern sich vom Vertrage als gelöst betrachtet. Deshalb liegt in der Rückforderung des Kaufpreises und der Zurverfügungstellung der Ware ein Rücktritt vom Vertrage, der auch nach dem Zusammenhang der Urteilsfeststellungen des Berufungsgerichts begründet ist. Will man hierfür eine Stütze in § 326 BGB finden, so stünde dem der Umstand, daß der Beklagte der im Verzug befindlichen Klägerin keine Nachfrist zur ordnungsgemäßen Erfüllung gesetzt hat, nicht entgegen. Denn die Umstände des Falles liegen so, daß das Interesse des Beklagten an der Erfüllung angesichts des ganzen Verhaltens der Klägerin zu verneinen wäre. Auf alle Fälle steht dem Beklagten ein Recht zur Seite, sich deshalb vom Vertrage zu lösen, weil in dem Verhalten der Klägerin, die dem Beklagten nun schon jahrelang zumutet, die völlig wertlose und sogar, wie ihr bekannt ist, grob verfälschte Ware als Erfüllung hinzunehmen, eine hartnäckige und endgültige Weigerung zu erblicken ist, den Kaufvertrag ordnungsmäßig zu erfüllen.

Der Rückforderungsanspruch des Beklagten ist daher begründet und die restliche Klageforderung durch die Aufrechnung getilgt. Damit erweist sich die Revision der Klage-

rin als unbegründet. Sie ist mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner