

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 216/65

URTEIL

Verkündet am

6. März 1968

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma I. H. [REDACTED], Baumwoll-Bunt-Spinnerei und Weberei (oHG), vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Fabrikant Eugen H. [REDACTED], in Ne [REDACTED]/über R. [REDACTED] (Westf.),

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Alfred S. [REDACTED], Inhaber der Firma Alfred S. [REDACTED] in B. [REDACTED], E. [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED] und B. [REDACTED], D. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner, Dr. Weber und Braxmaier für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. September 1965 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte übergab am 5. November 1963 einem Vertreter der Klägerin für diese den schriftlichen Auftrag zur Lieferung von 3000 m Stoffen der Warenart Diolen VI in drei verschiedenen Farbeinteilungen zum Preise von 6,75 DM je m, Lieferzeit Ende Dezember 1963. Die Klägerin will dieses Auftragschreiben nicht erhalten haben. In einem Telefongespräch am 19. oder 20. Dezember 1963, das der Beklagte mit dem Prokuristen der Klägerin L. führte, erklärte dieser dem Beklagten, der Auftrag liege nicht vor. Deshalb übersandte der Beklagte mit Schreiben vom 20. Dezember 1963 der Klägerin eine Fotokopie des Auftragschreibens. In diesem war ein vorgedruckter Vermerk enthalten, daß der Auftrag in Ordnung gehe, wenn er seitens der Klägerin bestätigt werde. Mit Datum vom 20. Dezember 1963 sandte die Klägerin mit einem Begleitschreiben vom selben Tage eine Auftragbestätigung über

- 3 -

3000 m Diolen III (statt VI) zum Preise von 7.45 DM je m an ihren Vertreter Sch[REDACTED] zur Weiterleitung an den Beklagten. Diese Auftragsbestätigung enthielt den Vermerk "Lieferzeit II. Hälfte Jan. 64". Der Beklagte erhielt diese beiden Schreiben laut Eingangsstempel am 3. Januar 1964 und am selben Tage ein von der Klägerin unmittelbar an ihn abgesandtes Schreiben vom 30. Dezember 1963, in dem sie ihm den Empfang der Fotokopie des Auftragschreibens vom 5. November 1963 bestätigte. Der Beklagte widersprach gegenüber dem Vertreter Sch[REDACTED] der Klägerin der Auftragsbestätigung vom 20. Dezember 1963. Dieser teilte der Klägerin mit Schreiben vom 8. Januar 1964 mit, der Beklagte habe moniert, daß der Preis laut Auftrag vom 15. November 1963 (gemeint 5. November 1963) nicht mit der Bestätigung übereinstimme.

Der Beklagte will die Stoffe wiederholt im Januar, zuletzt am 3. Februar 1964 angemahnt haben. Am 18. oder 19. März 1964 ließ ihm die Klägerin durch einen Speditcur die Ware anliefern, die sie am 12. März 1964 abgesandt hatte. Der Beklagte lehnte die Annahme ab und teilte der Klägerin mit Schreiben vom 20. März 1964 unter Rücksendung der Rechnung mit, er habe die Sendung zurückgehen lassen, weil die Lieferzeit weit überschritten sei. Auf diesem Standpunkt beharrte der Beklagte auch später. Er erklärte sich jedoch im August 1964 gegenüber dem Vertreter Schumacher bereit zu prüfen, ob er die beim Speditcur noch lagernde Ware zur Verarbeitung für das kommende Frühjahr übernehmen könne. Aus diesem Grunde erhielt der Beklagte von dieser Ware je ein Stück der drei verschiedenen Farbstellungen laut Lieferschein vom 9. September 1964

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



ohne Berechnung. Mit Schreiben vom 9. Oktober 1964 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er habe festgestellt, daß die Ware in diesem Zustand nicht zu verarbeiten sei. Sie entspreche durchaus nicht den bei ihm vorliegenden Mustern, außerdem sei in der Ware so viel tote Baumwolle, daß man annehmen könnte, die Ware sei mit Puder überstreut. Er rüge diese Mängel und verlange unter Aufrechterhaltung seiner Abnahmeverweigerung wegen verspäteter Lieferung vorsorglich Wandlung des Vertrages.

Mit der inzwischen eingereichten Klage forderte die Klägerin den Kaufpreis für die abgelehnte Sendung und Erstattung entstandener Lagerkosten.

Der Beklagte bestritt, daß ein Vertrag über die angelieferte Ware zustande gekommen sei. Jedenfalls sei er berechtigt gewesen, sie wegen Verspätung der Lieferung zurückzuweisen. Hilfsweise erhob er die Wandlungseinrede.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 23.939,80 DM nebst Zinsen zu zahlen und die seit dem 1. Juli 1964 entstandenen Lagerungskosten zu erstatten.

Im Wege der Anschlußberufung hat die Klägerin den Zahlungsanspruch um weitere Lagerungskosten erweitert und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von insgesamt 24.040,60 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung beantragt, daß er verpflichtet sei, der Klägerin die ab 1. April 1965 entstehenden Lagerungskosten nebst Zinsen

zu erstatten.

Das Berufungsgericht hat über die Beschaffenheit der angelieferten Ware Sachverständigenbeweis erhoben und die Klage aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre im Berufungsverfahren gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob und zu welchen Bedingungen ein Lieferungsvertrag zwischen den Parteien geschlossen ist. Es unterstellt, daß ein Vertrag mit dem Inhalt der Auftragsbestätigung vom 20. Dezember 1963 zustande gekommen sei. Dem Kaufpreisansprüche stehe, so meint das Berufungsgericht, das berechnete Verlangen des Beklagten auf Wandlung des Vertrages entgegen. Ein Kauf nach Probe oder Muster liege nicht vor. Der angelieferte Stoff sei mit Fehlern behaftet, die die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern. In seinem Gutachten vom 19. Juni 1965 komme der Sachverständige aufgrund der von ihm im einzelnen angegebenen Fehler zu dem Ergebnis, daß die Ware nur für die Fertigung von Mänteln zweiter Wahl zu verwenden sei. Mit dieser Bemerkung habe er jedoch die Qualität des Stoffes nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Eignung für die Herstellung von Mänteln beurteilt. Er habe vielmehr durch die Anführung der Mängel im

einzelnen sein Gutachten dahin erstattet, daß der Stoff mit Fehlern behaftet sei. Diese Fehler seien somit als erwiesen anzusehen.

II. Die Revision greift das Berufungsurteil mit mehreren Rügen an.

1. Sie macht geltend, die Klägerin habe im Schriftsatz vom 16. August 1965 mit näherer Begründung, auch aufgrund des Inhalts des vom Sachverständigen erstatteten Gutachtens, dessen Sachkunde angezweifelt und um Einholung eines Obergutachtens, hilfsweise jedoch darum gebeten, den Sachverständigen zu den Beweisfragen des Beschlusses vom 26. April 1965 unter I vor dem Senat oder vor dem Berichterstatter zu vernehmen. Beiden Anträgen habe das Berufungsgericht nicht entsprochen, sondern den Sachverständigen Z [REDACTED] lediglich zur schriftlichen Ergänzung seines Gutachtens veranlaßt. Dadurch habe sich jedoch der im Schriftsatz vom 16. August 1965 gestellte Hilfsantrag auf Vernehmung des Sachverständigen Zimmerling nicht erledigt. Das Berufungsgericht habe zwar in den Entscheidungsgründen mitgeteilt: "Die Klägerin erklärt ausdrücklich, daß sie die Vorladung des Sachverständigen zu einer Erläuterung des Gutachtens vor dem Senat nicht beantrage". Dies sei aber, so rügt die Revision, prozeßwidrig. Denn das Berufungsgericht habe unter Prozeßverstoß angenommen, daß ein Antrag auf Vorladung des Sachverständigen nicht gestellt sei.

Die Verfahrensrüge ist nicht gerechtfertigt. Es fehlt an einem ausreichenden Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht den im Schriftsatz vom

16. August 1965 angekündigten Hilfsantrag übersehen oder übergangen habe. Das Berufungsurteil ist vielmehr dahin zu verstehen, daß die Klägerin diesen Antrag in der letzten mündlichen Verhandlung nicht gestellt, sondern erklärt hat, sie beantrage nicht die Vorladung des Sachverständigen. Das ergibt sich eindeutig aus dem Zusammenhang und dem Wortlaut dieser Feststellung des Berufungsgerichts. Wenn die Klägerin sie nicht gegen sich gelten lassen wollte, so hätte sie eine Berichtigung des Urteils beantragen müssen. Das ist nicht geschehen. Ein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts ist nicht festzustellen.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe es nicht unterlassen dürfen, durch den Sachverständigen die der Bestellung zugrundeliegenden Muster mit den von ihm untersuchten Coupons vergleichen zu lassen.

Das Berufungsgericht hat dies nicht für erforderlich gehalten. Darin liegt kein Rechtsfehler. Der Beklagte hatte zwar in der Klagebeantwortung vorgetragen, am 5. November 1963 habe ihm der Untervertreter O [REDACTED] des Vertreters Sch [REDACTED] der Klägerin Proben ihrer Fabrikate in zwei Warenarten, Diolen III und Diolen VI vorgelegt. Darauf habe er den Auftrag vom 5. November 1963 in der Qualität Diolen VI erteilt. Bei der Erteilung dieses Auftrages sei mit dem Untervertreter vereinbart worden, daß nach Muster zu liefern sei. Die Muster habe er, der Beklagte, behalten, auch die Muster Diolen III für eventuelle Nachaufträge. Dabei bezog sich der Beklagte auf Ausfallproben, die jedoch entgegen den Angaben

in der Klagebeantwortung mit dieser nicht überreicht worden sind. Sie sind dem Gericht auch später nicht vorgelegt worden. Der Beklagte hat dann weiter vorgetragen, als er im Herbst 1964 durch den Vertreter der Klägerin Sch[REDACTED] die drei Coupons Stoffe erhielt, habe er festgestellt, daß die Ware nicht mustergetreu ausfalle und überhaupt nicht zu verwenden sei, da sie durchgehend streifig, völlig stumpf und durchweg "mit toter Baumwolle (Baumwolleklümpchen)" übersät sei. Das Landgericht hat angenommen, es könne keine Rede davon sein, daß der Kaufvertrag über die dem Beklagten angelieferte Ware als Kauf nach Probe geschlossen worden sei. In der Berufungsbegründung hat sich der Beklagte auch nicht hilfsweise darauf bezogen, daß der Kauf, wenn er über den Stoff Diolen VI als geschlossen anzusehen sein sollte, als Kauf nach Probe oder Muster gemäß § 494 BGB zustande gekommen wäre. Dagegen hat die Klägerin nach Erstattung des Gutachtens Z[REDACTED] vom 29. Juni 1965 unter Bezugnahme auf das Vorbringen des Beklagten in der Klagebeantwortung geltend gemacht, er habe nicht dargetan, daß die ihm angelieferte Ware nicht mustergetreu sei. Der Beklagte, so hat die Klägerin weiter vorgetragen, habe die Ausfallmuster der Ware bereits am 12. September 1963 erhalten und die Bestellung entsprechend diesen Ausfallmustern aufgegeben. Am 5. November 1963 habe der Beklagte der Klägerin drei Farbmuster übersandt, nach denen sie die von ihm bestellte Ware dann eingefärbt habe.

Dieses Vorbringen der Klägerin hat das Berufungsgericht dahin gewertet, es sei hiermit nicht dargetan, daß bei dem Abschluß, auf den sich die Klägerin stütze,

ein Kauf nach Probe zustandegekommen sei. Aus der Auftragsbestätigung vom 20. Dezember 1963 sei hierfür nichts zu entnehmen. Sie enthalte keine Bezugnahme auf Muster, die Ware sei in ihr vielmehr nach anderen Gesichtspunkten beschrieben. Das Vorbringen der Klägerin sei auch widersprüchlich.

Es ist kein Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht bei seiner Unterstellung einen Kauf nach Probe verneint hat. Aufgrund des Vorbringens des Beklagten war es hierzu nicht verpflichtet. Die Klägerin hat für ihre Behauptung im zweiten Rechtszuge, es sei ein Kauf über die Warengattung Diolen III nach Muster geschlossen, keinen Beweis angeboten. Sie hat auch keine Muster vorgelegt, die zum Vergleich mit der angelieferten Ware hätten verwendet werden können. Ihre Rüge, das Berufungsgericht hätte den Sachverständigenbeweis auch auf einen Vergleich dieser Ware mit den von dem Beklagten vorgelegten Mustern erstrecken müssen, ist daher nicht begründet.

3. Schließlich rügt die Revision, der Beklagte habe die Beschaffenheit der Ware nicht unverzüglich gerügt. Wenn ihm drei Coupons ausgehändigt wurden, so hätte er diese unverzüglich rügen müssen, weil sie die gesamte angelieferte Ware vertraten.

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Der Beginn der Rügefrist des § 377 HGB setzt eine wirkliche Ablieferung der Ware voraus. Die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 tritt nicht ein, wenn der Käufer die Annahme der ihm durch einen Spediteur angelieferten

Ware abgelehnt hat (RGZ 99, 56, 59; vgl. BGH Urt.v. 23. November 1960 - VIII ZR 33/60 S. 8).

Die Rügefrist des § 377 HGB ist auch nicht deshalb in Lauf gesetzt worden, weil dem Beklagten drei Coupons der ihm angelieferten, jedoch von ihm abgelehnten Ware zur Prüfung übergeben wurden. Denn der Beklagte hatte diese Coupons nicht zwecks Erfüllung des bestrittenen Kaufvertrages übergeben erhalten, sondern lediglich zu dem Zweck, sich aufgrund einer Prüfung des Stoffes darüber schlüssig zu werden, ob die Streitsache zwischen den Parteien durch eine neue Vereinbarung erledigt werden könnte. Dabei handelt es sich nicht um eine Ablieferung im Sinne von § 377 HGB. Hierdurch wurde auch keine vertragliche Rügefrist entsprechend den Lieferungsbedingungen in Gang gesetzt, die nach der Behauptung der Klägerin dem Vertrage zugrundegelegt worden sein sollen.

III. Das Berufungsgericht hält sonach den Angriffen der Revision stand. Ihm ist auch kein sonstiger materiell-rechtlicher Fehler zu entnehmen. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Messner

Dr. Weber

Braxmaier