

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 320, 326 Eb, 459; HGB §§ 378, 379

- a) Liefert beim Spezieszkauf der Verkäufer eine andere als die vereinbarte Sache (sog. "Identitäts-aliud"), so bestimmen sich die Ansprüche des Käufers nicht nach Gewährleistungsrecht (§§ 459 ff BGB), sondern nach den allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen (§§ 320 ff BGB). Das gilt beim Handelskauf auch dann, wenn der Käufer der Rügelast nach § 378 HGB unterliegt.
- b) Steht dem Käufer wegen der Falschlieferung ein Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB zu, so kann er die ihm angebotene Sache zurückweisen und als Schaden den entgangenen Gewinn aus dem zu erwartenden Weiterverkauf der vertragsgemäß zu liefernden Sache geltend machen.
- c) Weist der im Ausland wohnende Käufer die noch in Zollverwahrung stehende Falschlieferung unverzüglich zurück, so trifft ihn keine einstweilige Aufbewahrungspflicht nach § 379 HGB.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1978 - VIII ZR 236/77 - OLG Celle
LG Göttingen

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VIII ZR 236/77**URTEIL****Verkündet am**

20. Dezember 1978
S c h e i b l ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der N [REDACTED] N [REDACTED] und B [REDACTED] GmbH & Co. KG
in L [REDACTED], vertreten durch die G [REDACTED] GmbH, diese
vertreten durch den Geschäftsführer Alfred G [REDACTED],
F [REDACTED]weg [REDACTED] in B [REDACTED],
2. der G [REDACTED] GmbH, F [REDACTED]weg [REDACTED] in B [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hassan Mohamed Amin F [REDACTED],
[REDACTED] S [REDACTED] Z [REDACTED] Street in A [REDACTED], A [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1978
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Dr. Hiddemann, Wolf, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Celle vom 4. August 1977 teilweise
geändert. In Höhe von 29.000 DM nebst
Zinsen wird die Klage abgewiesen.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil
aufgehoben und die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Dem Kläger wird 1/3 der bis zum Abschluß
der Revisionsinstanz entstandenen Kosten
des Rechtsstreits auferlegt.

Im übrigen wird die Entscheidung über die
Kosten der Revisionsinstanz dem Berufungs-
gericht übertragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Kläger, ein ägyptischer Kaufmann, der u.a. Lastkraftwagen nach Ägypten einführt, kaufte am 25. November 1975 bei der Beklagten zu 1 (im folgenden Beklagte), deren Komplementärin die Beklagte zu 2 ist, einen gebrauchten Lkw, Fabrikat Daimler-Benz vom Typ LK 1624. Die Beklagte füllte einen Formular-"Auftrag auf gebr. Kraftfahrzeuge, Anhänger, Baumaschinen" aus, in dem der Lkw u.a. wie folgt beschrieben wird:

"Tag der Erstzulassung 1971; Fahrgestell-/Fabrik Nummer [REDACTED] 344". In Bezug auf den Liefertermin heißt es: "Bis 22. Dezember 1975 frei A [REDACTED] ...".

Neben dem Kaufpreis in Höhe von 38.000 DM zahlte der Kläger 4.300 DM für Transportkosten nach A [REDACTED]. Die Beklagte quittierte den Gesamtbetrag von 42.300 DM auf dem Auftragsformular, das dem Kläger sodann ausgehändigt wurde.

Im Januar 1976 versandte die Beklagte einen Lkw vom Typ LK 1624 mit der Fahrgestell-Nr. [REDACTED]-[REDACTED] 785 nach A [REDACTED]. Dieses Fahrzeug war am 28. November 1969 vom Herstellerwerk ausgeliefert und am 1. Dezember 1969 erstmals zugelassen worden.

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadensersatz einschließlich entgangenen Gewinns wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages in Anspruch und verlangt 91.000 DM nebst Zinsen, weil ihm nicht der von ihm gekaufte Lkw geliefert worden sei.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe eines Teilbetrages von 42.300 DM stattgegeben und sie im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger mit Schriftsatz vom 14. Juni 1977 vorgetragen, er habe den Lkw zur Vermeidung weiterer Zoll- und Standgeldaufwendungen und höherer Wertverluste veräußern müssen und dabei 59.000 DM erlöst. Etwa 30.000 DM habe er vorher für Zoll- und Standgeld zahlen müssen. Gegen die der Beklagten danach zustehende Forderung auf Herausgabe des Erlöses hat er mit dem 42.300 DM übersteigenden Teil seiner Forderung aufgerechnet, hilfsweise auch mit dem ihm vom Landgericht zugesprochenen Betrag. Die Beklagte hat daraufhin mit Schriftsatz vom 22. Juni 1977 ihr in zweiter Instanz zunächst beanspruchtes Zurückbehaltungsrecht wegen einer Forderung auf Herausgabe des gelieferten Lkw fallen lassen und statt dessen hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, das sie mit einem Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung über die Umstände und das Ergebnis des Weiterverkaufs des Lkw und auf Herausgabe des Erlöses begründet hat. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Beklagten mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision mußte Erfolg haben.

I.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, zwischen dem Kläger und der Beklagten sei ein Kaufvertrag entsprechend dem Inhalt des Formular-Auftrags über den gebrauchten Lkw Daimler-Benz Typ LK 1624, Baujahr 1971, Fahrgestell-Nr. [REDACTED] 344 zustande gekommen, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen und wird auch von der Revision nicht substantiiert beanstandet.

II.

1. Die Lieferung eines anderen als des vom Kläger gekauften Lkw stellt - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - keine Schlechterfüllung dar, sondern eine Falschlieferung (Lieferung eines sog. "Identitäts-aliud"). Für die Ansprüche des Käufers wegen einer solchen Abweichung vom Vertrage sind auch beim Handelskauf nicht die Gewährleistungsvorschriften (§§ 459 ff BGB), sondern die allgemeinen Bestimmungen über Leistungsstörungen (§§ 320 ff BGB) maßgebend. Andernfalls wäre der Käufer einer Speziessache von Anfang an - falls nicht die Voraussetzungen des § 463 BGB vorlägen - auf Wandelung oder Minderung beschränkt, selbst

wenn die vertragsgemäße Leistung ohne weiteres noch möglich wäre und der Käufer weiterhin ein Interesse an ihr hätte. Das wäre offensichtlich unbillig. Deshalb hat der Käufer zunächst weiterhin den Erfüllungsanspruch und sodann - nach Erfüllung der in §§ 325, 326 BGB geregelten Voraussetzungen - u.a. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (Brüggemann in Großkommentar HGB, 3. Aufl., Bd. IV § 378 Anm. 34; von Caemmerer, Festschrift für Martin Wolff, 1952, I 19; vgl. auch J.v.Gierke ZHR 114 S. 88, Fußn. 8 und S. 89, jeweils m.w.N.), selbst wenn ihn beim Handelskauf die Rüge last nach § 378 HGB trifft (Brüggemann aaO § 378 Einl. 3 b und Anm. 34).

Ob und inwieweit sich bei der Lieferung eines sog. "Qualifikations-aliud" oder beim Gattungskauf andere Rechtsfolgen ergeben (vgl. Brüggemann aaO § 378 Anm. 28 ff, 36 f; Mezger in BGB-RGRK 12. Aufl. § 459 Rdn. 7; RGZ 86, 90, 92/93; Senatsurteile vom 22. März 1961 - VIII ZR 52/60 = LM BGB § 477 Nr. 5, vom 20. November 1967 - VIII ZR 126/65 = LM BGB § 477 Nr. 10 = NJW 1968, 640, und vom 4. Dezember 1968 - VIII ZR 208/66 = LM BGB § 325 Nr. 12 = WM 1969, 95, jeweils m.w.N.), bedarf keiner Erörterung, weil beide Fallgestaltungen hier nicht vorliegen.

2. Das Berufungsgericht billigt dem Kläger ohne Rechtsirrtum und ohne Rüge der Revision dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB zu. Durch die Nichteinhaltung der ver-

traglichen Lieferfrist zum 22. Dezember 1975 war die Beklagte auch ohne Mahnung in Verzug geraten (§ 284 Abs. 2 BGB). Einer Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) bedurfte es nicht. Der Kläger hatte den falsch gelieferten Lkw unverzüglich zurückgewiesen; die Beklagte hatte nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts mit ihrem Schreiben vom 24. Februar 1976 die Erfüllung des Kaufvertrages durch Lieferung des im Vertrage bezeichneten Lkw ernsthaft und endgültig verweigert (vgl. Senatsurteile vom 10. Dezember 1975 - VIII ZR 147/74 = LM BGB § 326 (Dc) Nr. 4 = WM 1976, 75/76 und vom 11. Januar 1961 - VIII ZR 86/60 = LM BGB § 326 (Dc) Nr. 2; Ballhaus in BGB-RGRK 12. Aufl. § 326 Rdn. 46).

3. Seinen Schaden berechnet der Kläger, der den Kaufpreis bereits voll bezahlt hat, in der Weise, daß er den gelieferten Lkw zurückweist und seinen vollen Nichterfüllungsschaden geltend macht, insbesondere den Erlös aus dem nach seiner Behauptung zu erwartenden Weiterverkauf des vertragsmäßig zu liefernden Lkw in Höhe von 87.500 DM. Die Rechtsprechung hat diese vom Berufungsgericht zugrunde gelegte und auch von der Revision der Beklagten nicht grundsätzlich in Frage gestellte Berechnungsart für die insoweit ähnlichen Fälle anerkannt, in denen ein Käufer die Kaufsache wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zurückweist (RGZ 134, 83, 90; BGHZ 29, 148, 151 m.w.N.). Für die Fälle der aliud-Lieferung muß dasselbe gelten, weil der Käufer die ihm zwecks Erfüllung angebotene Sache nicht nur als mangelhafte, sondern als schlechthin nicht er-

folgte Leistung behandeln darf (vgl. oben II 1). Weist er - wie es der Kläger hier getan hat - die Falschlieferrung zurück, so braucht er sich also deren Wert entgegen der Ansicht der Revision auch nicht auf den entgangenen Weiterverkaufserlös als Schadensminderung anrechnen zu lassen.

Daran ändert sich nichts dadurch, daß der Kläger den nach Alexandria gelieferten Lkw zu einem späteren, bisher nicht vorgetragenen Zeitpunkt in Ägypten veräußert hat. Eine solche Veräußerung könnte zwar Ausdruck einer nachträglichen Billigung der Lieferung als Erfüllung oder einer vom Käufer vollzogenen Änderung seiner Schadensberechnung (Behalten der Sache und Forderung der Wertdifferenz zum entgangenen Gewinn) sein. Ob eine solche nachträgliche Änderung der Schadensberechnung im vorliegenden Falle zulässig wäre, kann offen bleiben. Das Berufungsgericht hat nämlich in tatrichterlicher Würdigung festgestellt, daß der Kläger auf seiner Ablehnung der Kaufsache beharrt und den Lkw nur deshalb veräußert habe, weil er auch im Interesse der Beklagten weitere Zollgebühren und Lagerkosten für das im Zollhof verwahrte Fahrzeug habe vermeiden wollen. Unter solchen Umständen durfte das Oberlandesgericht annehmen, daß der Weiterverkauf nicht als Änderung der Schadensberechnung zu bewerten sei (vgl. RGZ 134 aaO).

Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gegebene Hinweis der Revision auf § 379 HGB führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Bestimmung verpflichtet

den Käufer unter gewissen Umständen auch bei Lieferung eines aliud, für die einstweilige Aufbewahrung der be-
anstandeten Ware zu sorgen, um sie vor Verlust oder Be-
schädigung zu schützen.

Für den Kläger bestand schon deshalb keine
Aufbewahrungspflicht, weil er die ihm übersandte Sache
nicht angenommen, sondern sofort zurückgewiesen hatte.
Da § 379 HGB dem Käufer nur eine ihm zumutbare und mög-
liche Sicherung der Sache auferlegt, um dem Verkäufer
die Möglichkeit der Wiedererlangung zu bewahren, setzt
er voraus, daß die Sache in den Gewahrsam des Käufers
gelangt ist oder dieser sie unberechtigt zurückgewiesen
hat (vgl. Bruggemann aaO § 379 Anm. 16 m.w.N.). Daran
fehlt es. Die spätere Übernahme zwecks Weiterverkaufs
konnte die Aufbewahrungspflicht nach § 379 HGB nicht
mehr begründen, weil die Beklagte inzwischen ausreichend
Gelegenheit gehabt hatte, selbst für die Erhaltung des
Lkw zu sorgen (Bruggemann aaO § 379 Anm. 15 m.w.N.).

4. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die
Veräußerung des tatsächlich gelieferten Lkw stelle auch
keine Verwirkung des Schadensersatzanspruchs dar, wird
von der Revision im einzelnen nicht angegriffen. Ein
Rechtsfehler kann insoweit nicht festgestellt werden.

III.

Zu Unrecht zieht das Berufungsgericht jedoch
aus alledem - in Übereinstimmung mit dem Landgericht -
die Folgerung, der Anspruch des Klägers stehe mit einem

Teilbetrag von 42.300 DM bereits endgültig und im übrigen dem Grunde nach fest. Mit Rücksicht auf die vom Kläger im Schriftsatz vom 14. Juni 1977 erklärte Aufrechnung konnte ohne weitere Aufklärung weder das Teilurteil noch das Grundurteil aufrechterhalten werden.

1. Das Berufungsgericht hält die Aufrechnung für unerheblich, weil sie nur für den Fall der Begründetheit des von den Beklagten geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts erklärt worden sei, die diese Einrede der Beklagten enthaltenden Hilfsanträge aber wegen Verspätung (§ 529 Abs. 2 ZPO a.F.) hätten zurückgewiesen werden müssen, so daß die Bedingung nicht eingetreten sei. Mit dieser Begründung kann die Aufrechnung jedoch schon deshalb nicht außer acht gelassen werden, weil die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach dem hier noch anwendbaren § 529 Abs. 2 ZPO in der vor dem 1. Juli 1977 geltenden Fassung (vgl. Art. 10 Nr. 3 der Vereinfachungsnovelle - BGBl 1976 I S. 3281 -) nicht hätte zurückgewiesen werden dürfen.

a) Die Zurückweisung war schon deshalb unzulässig, weil Prozeßanträge als solche nicht Angriffs- oder Verteidigungsmittel sind, sondern den Angriff oder die Verteidigung selbst darstellen und deshalb von § 529 Abs. 2 ZPO a.F. nicht erfaßt werden (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 34. Aufl. § 529 Anm. 1 m.Rspr.Nachw.).

Auch soweit das Berufungsgericht nur die das Zurückbehaltungsrecht begründenden Tatsachen gemeint haben sollte, durfte es diese nicht zurückweisen. Veranlassung, diese Tatsachen einredeweise geltend zu machen, bestand erst, nachdem der Kläger erstmalig am 14. Juni 1977 mitgeteilt hatte, er habe den Lkw inzwischen veräußert. In erster Instanz war den Beklagten danach noch nicht bekannt, daß der Kläger den Lkw verkauft hatte. Grobe Nachlässigkeit kann den Beklagten für die Erhebung ihrer Einrede deshalb nicht vorgeworfen werden. Insbesondere reicht eine frühere Ankündigung des Klägers, das Fahrzeug verkaufen zu wollen, dafür nicht aus. Ob die Berücksichtigung der Einrede den Rechtsstreit verzögert hätte, wie das Berufungsgericht meint, ist danach unerheblich.

b) Der von den Beklagten gemäß § 273 BGB geltend gemachte Auskunfts- und Rechenschaftslegungsanspruch war nach §§ 681 Satz 2, 666 BGB gerechtfertigt. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger den nach A [REDACTED] gelieferten Lkw im Hinblick auf die anfallenden Kosten (Standgeld) und den sich infolge Zeitablaufes ergebenden Wertverlust zur Verminderung drohender Schäden im Interesse der Beklagten veräußert. Davon geht auch die Beklagte aus, die ausdrücklich den Anspruch aus §§ 681 Satz 2, 666 BGB geltend macht und somit die Geschäftsführung jedenfalls im Sinne des § 684 BGB genehmigt hat.

Auch das Berufungsgericht nimmt zu Recht an, daß dieser Anspruch gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten begründet. Insbesondere ist der erforderliche rechtliche Zusammenhang der gegenseitigen Ansprüche zu bejahen. Der Schadensersatzanspruch des Klägers und der Erlösherausgabeanspruch bzw. Auskunfts- und Rechenschaftslegungsanspruch der Beklagten stehen aufgrund des Kaufvertrages vom 25. November 1975 in einem natürlichen wirtschaftlichen Zusammenhang, so daß es als treuwidrig bezeichnet werden müßte, den einen Anspruch geltend zu machen, ohne den anderen zu erfüllen (vgl. BGHZ 47, 157/167).

2. Gegenüber der bis dahin nicht Streitbefangenen, dem Grunde nach unstreitig gebliebenen Forderung der Beklagten auf den Erlös aus dem Verkauf des fälschlich gelieferten Lkw hat der Kläger in erster Linie mit dem 42.300 DM übersteigenden Teil seiner Forderung aufgerechnet, hilfsweise auch mit dem Betrag von 42.300 DM. War diese Aufrechnung wirksam, war die auf Zahlung gerichtete Klageforderung in Höhe des aufgerechneten Teils nicht mehr begründet, weil sie als im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit mit der Gegenforderung erloschen galt (§ 389 BGB).

Nachdem der Kläger selbst die Forderung der Beklagten mit 29.000 DM beziffert hat (59.000 DM Erlös, abzüglich "ca." 30.000 DM Verwendungen auf den Lkw), konnten die Beklagten nicht mehr in voller Höhe verteilt werden. Mindestens in Höhe des vom Kläger er-

rechneten Betrages war die Klage nach seinem eigenen Vortrag unbegründet geworden. Insoweit hätte die vom Kläger weiterhin aufrechterhaltene Klage teilweise abgewiesen werden müssen.

Aber auch das vom Berufungsgericht bestätigte Teilurteil des Landgerichts war nicht mehr gerechtfertigt. Da die vom Kläger als Verwendungen auf den Lkw geltend gemachten Zollgebühren und Standgeldkosten streitig sind, ist nicht auszuschließen, daß die Gegenforderung der Beklagten höher als 29.000 DM (bis hin zum vollen vom Kläger angegebenen Erlös von 59.000 DM) ist. Andererseits kann die Schadensersatzforderung des Klägers geringer als 91.000 DM sein. Wäre der primär aufgerechnete, 42.300 DM übersteigende Teil geringer als die Gegenforderung der Beklagten, so wäre wegen der Hilfsaufrechnung des Klägers auch der bereits zugesprochene Teilbetrag von 42.300 DM teilweise oder gar gänzlich zum Erlöschen gebracht. Das Teilurteil konnte daher nicht aufrechterhalten werden, weil nicht mehr feststeht, daß dem Kläger ein bestimmter Teilbetrag endgültig zusteht.

3. Eine abschließende Entscheidung war dem Senat nur insoweit möglich, als die Klage sich in Höhe von 29.000 DM als unbegründet erwiesen hat. Hinsichtlich dieses Teilbetrages wurde das Berufungsurteil daher geändert und die Klage abgewiesen. Da die gegenseitigen weiteren Ansprüche noch der Aufklärung bedürfen, mußte das angefochtene Urteil im übrigen aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu

übertragen war, soweit nicht der Senat bereits abschließend über einen Teil der Kosten des Rechtsstreits entschieden hat (§§ 91, 92 ZPO).

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Treier

Dr. Brunotte