

.....

a) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine Falschlieferung (aliud) anzunehmen ist.

- BGH, Urt. v. 29. März 1978 - VIII ZR 245/76 OLG Frankfurt/Main
LG Limburg/Lahn

B U N D E S G E R I C H T S H O F

VIII ZR 245/76

URTEIL

29. März 1978

Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

der Elektroindustrija "O",
gesetzlich vertreten durch

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Firma Josef R oHG, gesetzlich vertreten durch ihre
persönlich haftenden Gesellschafter Witwe Maria R geb.
R und Magda W geb. R,
,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Hoffmann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 22. Oktober 1976 wie folgt geändert:

Auf die Berufung der Klägerin wird die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage, soweit ihr nicht durch Teilanerkennnisurteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Limburg/Lahn vom 8. Oktober 1975 stattgegeben worden ist, verurteilt, an die Klägerin 47 610 DM nebst 5 % Zinsen seit 5. September 1974 zu zahlen.

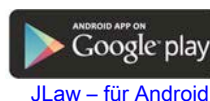
Von den Kosten erster Instanz hat die Klägerin 3/20, die Beklagte 17/20 zu tragen, von denjenigen zweiter Instanz die Klägerin 1/33, die Beklagte 32/33.

Von den Kosten der Revisionsinstanz fallen der Klägerin 1/33, der Beklagten 32/33 zur Last.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Die Klägerin lieferte der Beklagten auf deren Bestellung im Mai 1972 zum Preise von 47 610 DM 360 Kühlschränke, die die Beklagte an die Firma W. Electric b.v. in Holland weiterverkauft hatte. Die Kühlschränke wurden von der Klägerin mit der Bahn an die deutsch-holländische Grenzstation Emmerich übersandt. Dort wurden sie von einem Spediteur übernommen und zur Firma W. Electric b.v. gebracht.

*T mit
1-1 28*

Diese teilte der Beklagten (wohl irrtümlich) mit vom 25. Mai 1972 datiertem Schreiben mit, daß die Kühlschränke mangelhaft seien, insbesondere zu tief und zwar mit minus 30 Grad Celsius kühlten. Dieser Mitteilung lag ein Schreiben der Service-Werkstatt der Firma W. Electric der Firma T. in Utrecht, vom 19. Juni 1972 bei, das in der von der Firma W. Electric gefertigten deutschen Übersetzung folgendermaßen lautet:

"Nachstehend empfangen Sie unsere Erfahrungen mit Kühlschränken O. Der gefriertemperatur ist minus 30 Grad Celsius sodass die Schränken nicht für Haushalt Gebrauch zu verwenden sind. Mit neue Gassfüllung gibt es kein besser Resultat. Auch dass neu regeln von der Thermostat ändert nichts an die Situation.

Ein andere Thermostat gibt auch dasselbe Resultat. Die Qualität von diese Schränken sind vollkommen anders wie dass Muster.

Wir bedauern es Ihnen mitteilen zu müssen dass wir nicht bereitet sind diese Schränken in unsere Kunden Dienst auf zu nehmen."

Daraufhin richtete die Beklagte am 4. Juli 1972 folgendes Schreiben an die Klägerin:

"Die Kühlschränke wurden von uns sämtlich nach Holland weiterverkauft. Von dort haben wir so schwerwiegende Beanstandungen erhalten, daß die Geräte unverkäuflich sind. Wir fügen 2 diesbezügliche Schreiben bei und bitten hierzu um Ihre Stellungnahme und Ihre Vorschläge, was mit den Geräten geschehen soll.

Die Bezahlung Ihrer Rechnungen müssen wir unter diesen Umständen ablehnen...."

Am 3. August 1972 fragte die Beklagte erneut bei der Klägerin an, was mit den Kühlschränken geschehen solle. Die Klägerin verlangte am 8. August 1972 die Bezahlung des Kaufpreises, forderte die Beklagte auf, eine "Spezifikation" der erforderlichen Ersatzteile zu schicken, und erklärte, sie werde die Ersatzteile sofort liefern, "insistiere" aber auf Bezahlung des Rechnungsbetrages. Die Beklagte erwiderte am 22. August 1972, die Kühlschränke seien nicht zu reparieren, sie seien unbrauchbar und unverkäuflich, sie könnten allenfalls "ausgeschlachtet" werden; sie schlage vor, daß sie die Kühlschränke zum Stückpreis von 35 DM zum Ausschachten übernehme, und bitte um Stellungnahme bis 10. September 1972; andernfalls werde sie die Kühlschränke "unfranko" zurücksenden. Die Klägerin antwortete mit Telegramm vom 2. September 1972, sie beharre auf Bezahlung ihrer Rechnung, die Kühlschränke solle die Beklagte zur Reparatur zurückschicken. Das lehnte die Beklagte am 12. September 1972 ab und verlangte die endgültige Rücknahme der Kühlschränke. Weiterer Schriftwechsel, in dem die Parteien auf ihren gegenteiligen Standpunkten beharrten, blieb erfolglos. Nach etwa einem Jahr veranlasste die Beklagte die Verschrottung der Kühlschränke, ohne die Klägerin zuvor zu verständigen.

Die Klägerin erhob Klage mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 47 610 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Nachdem entsprechend diesem Antrag Versäumnisurteil gegen die Beklagte ergangen war und diese Einspruch eingelegt hatte, erweiterte die Klägerin im Hinblick auf eine anfangs 1972 erfolgte andere Lieferung die Klage auf 71 343,40 DM nebst Zinsen. Nach teilweisem Anerkenntnis der Beklagten hinsichtlich des Rechnungsbetrages für die Lieferung zu Beginn des Jahres 1972 erging am 8. Oktober 1975 Teilanerkenntnisurteil. Die Klägerin beantragte nunmehr die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 49 205,50 DM nebst Zinsen (47 610 DM für die hier streitige Lieferung und 1 595,50 DM für von der Beklagten nicht anerkannten Restkaufpreis der früheren Lieferung).

Das Landgericht hob auf den Einspruch das Versäumnisurteil auf und wies die Klage ab, soweit ihr nicht durch das Teilanerkenntnisurteil stattgegeben worden war. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Klägerin zurück.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 1 595,50 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat im wesentlichen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die von der Klägerin gelieferten Kühlschränke neben anderen Mängeln insbesondere Konstruktionsfehler gehabt hätten. Denn sie hätten entweder überhaupt nicht oder bis minus 30 Grad Celsius gekühlt, obwohl sie höchstens bis minus 8 Grad Celsius hätten kühlen dürfen. Das wird von der Revision hingenommen.

II. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß es sich bei der Lieferung der Kühlschränke um eine Schlechtlieferung handelte. Das läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es kann nicht angenommen werden, daß eine nicht genehmigungsfähige Falschlieferrung vorliege, wie die Revisionsbeklagte geltend macht. Beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache ist für die Frage, ob es sich um eine andere als die gekaufte Sache handelt, auf den dem Verkäufer bekannten Vertragszweck und die danach erforderlichen Merkmale sowie vor allem auf die Verkehrsanschauung abzustellen (BGH Urteil vom 7. Mai 1969 - VIII ZR 145/67 = Betrieb 1969, 1056; vgl. auch BGH Urteile vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 = LM HGB § 377 Nr. 13 = WM 1970, 1400 = BB 1970, 1416 und vom 30. April 1975 - VIII ZR 164/73 = LM HGB § 377 Nr. 15 = NJW 1975, 2011 = WM 1975, 562 = BB 1975, 717 m.w.Nachw.). Hier wurden Kühlschränke geliefert, die infolge Mangelhaftigkeit der Aggregate entweder überhaupt nicht oder zu tief kühlten. Diese Kühlschränke waren für den vorgesehenen Zweck unbrauchbar, aber nach der Verkehrsanschauung dennoch als (mangelhafte) Kühlschränke anzusehen. Ob es sich dann um eine andere als

die bestellte Sache gehandelt hätte, wenn die Kühlschränke nicht mit für solche üblichen Aggregaten, sondern mit speziellen Tiefkühlaggregaten ausgestattet gewesen wären, kann offen bleiben. Das Landgericht hat aufgrund der Beweisaufnahme die Behauptung der Beklagten, in die Kühlschränke seien Tiefkühlaggregate eingebaut gewesen, nicht als bewiesen angesehen. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz ihre Behauptung nicht wiederholt.

III. Es kommt also darauf an, ob die Beklagte die Mängel der Kühlschränke gemäß § 377 HGB rechtzeitig anzeigte. Das war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Fall.

1. Es ist anerkannt, daß beim sog. Streckengeschäft der Käufer die Untersuchung seinem Abnehmer überlassen darf (BGH Urteil vom 17. September 1954 - I ZR 62/53 = LM HGB § 377 Nr. 2 = NJW 1954, 1841; Baumbach/Duden, HGB, 22. Aufl. §§ 377, 378 Anm. 6 A; Brüggenmann, Großkommentare der Praxis, HGB 3. Aufl. § 377 Rdn. 29). Daß, wie die Revision unter Hinweis auf das Senatsurteil in BGHZ 60, 5 meint, die Kühlschränke in Emmerich hätten untersucht werden müssen, ist nicht richtig. Diese Entscheidung betrifft einen Sonderfall (fob-Verkauf von Öl) und läßt sich nicht verallgemeinern. Überdies hat der Senat in diesem Urteil darauf abgestellt, ob nach den Umständen dem Käufer zuzumuten war, das Öl bei der Verladung zu untersuchen. Hier war indessen der Beklagten schon nach den Umständen, der Art der Ware wie deren Verpackung, eine Untersuchung der Kühlschränke im Bestimmungsbahnhof Emmerich nicht zuzumuten.

2. Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob ein Käufer, wenn er die Ware ohne Untersuchung weiterversandte oder unmittelbar seinem Abnehmer übersenden ließ, den Mangel ebenso schnell anzeigen muß, wie wenn er die Ware selbst untersucht hätte (Brüggemann, aaO, § 377 Rdn. 29) oder ob es ausreicht, wenn der Abnehmer rechtzeitig den Mangel gegenüber dem Käufer anzeigt und dieser die Mängelanzeige unverzüglich dem Verkäufer weitergibt (so ersichtlich BGH Urteil vom 17. September 1954 aaO). Denn hier fehlt es schon an einer rechtzeitigen Anzeige des Abnehmers.

a) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts waren von der Abnahme der Kühlschränke bis zur Mängelanzeige mit dem Schreiben vom 4. Juli 1972 "einige Wochen" vergangen. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist weiter zu entnehmen, daß die Kühlschränke Ende Mai 1972 an die Firma W. Electric geliefert worden waren und daß diese Firma die Mängel nicht vor dem 19. Juni 1972 der Beklagten angezeigt hatte. Der Meinung des Berufungsgerichts, diese Mängelanzeige sei dennoch rechtzeitig im Sinne des § 377 HGB gewesen, vermag der Senat nicht zu folgen.

aa) Bei den festgestellten Konstruktionsfehlern der Kühlschränke handelt es sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht um versteckte Mängel. Versteckte Mängel sind nämlich nur solche, die sich bei einer im ordnungsmäßigen Geschäftsgang tunlichen Untersuchung nicht herausstellen. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts zeigten sich jedoch sofort bei der Ingebrauchnahme der Kühlschränke die Mängel. Daraus folgt,

daß sich auch bei einer stichprobenweisen Untersuchung durch die Firma W. Electric die Konstruktionsmängel gezeigt hätten.

bb) Die Firma W. Electric zeigte gleichwohl die Mängel der Beklagten nicht an, sondern versuchte, sie durch die Firma T. beheben zu lassen. Die ersichtlich vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, die Firma W. Electric habe angesichts ihres Versuchs, die Mängel zu beheben, nicht unverzüglich rügen müssen, ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Wurden die Konstruktionsfehler nach der Entdeckung nicht unverzüglich angezeigt, so gelten die Kühlschränke gemäß § 377 HGB als genehmigt. Die Unterlassung einer Mängelanzeige läßt sich entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht damit rechtfertigen, daß die Firma W. Electric Wert darauf gelegt habe, die Kühlschränke zu behalten.

b) Da demnach die Anzeige der Firma W. Electric verspätet war, ist auch die daraufhin erfolgte Mängelanzeige der Beklagten vom 4. Juli 1972 nicht rechtzeitig erfolgt, selbst wenn die Mängelanzeige der Firma W. Electric von der Beklagten unverzüglich an die Klägerin weitergeleitet worden wäre (RG LZ 1917, 795; vgl. auch Brüggemann, aaO, m.w.Nachw.). Denn der Käufer hat dann, wenn er die Ware weiterveräußert und deren Untersuchung seinem Abnehmer überläßt, dafür Sorge zu tragen, daß dieser ihn so bald als möglich von dem Ergebnis der Untersuchung benachrichtigt (BGH Urteil vom 17. September 1954, aaO). Er trägt in einem derartigen Falle das Risiko der rechtzeitigen Mängelanzeige. Im übrigen ist weder vorge-
tragen noch festgestellt, daß die Beklagte Vorkehrungen

getroffen habe, um von etwaigen Mängeln der Kühlschränke unverzüglich unterrichtet zu werden. Daß, wie das Berufungsgericht gemeint hat, selbst eine Anfrage bei der Firma W. Electric nicht zu einer Beschleunigung der Mängelanzeige geführt hätte, beruht ersichtlich auf der irrigen Ansicht des Berufungsgerichts, daß dieser Firma eine gewisse Zeit zugebilligt werden müsse, um die Mängel selbst zu beseitigen bzw. beseitigen zu lassen.

c) War die Mängelrüge verspätet, so ist nicht von Bedeutung, ob sie ausreichend war.

1-1 10. ~~/III/~~ Ist nicht rechtzeitig gerügt worden, so ist zu erwägen, ob die Klägerin auf den Verspätungseinwand verzichtete, was das Berufungsgericht dahingestellt gelassen hat.

1. Es ist allgemeine Meinung, daß ein nachträglicher Verzicht auf den Einwand, die Mängelanzeige sei verspätet, zulässig ist (BGH Urteile vom 18. März 1952 - I ZR 77/51 = LM HGB § 377 Nr. 1 und vom 14. Oktober 1952 - I ZR 20/52 = BB 1952, 902; Baumbach/Duden, aaO, §§ 377, 378 Anm. 1 G; Brüggenmann, aaO, Rdn. 35 m.w.Nachw.).

2. Wird der Verzicht, wie meist, nicht ausdrücklich erklärt, so müssen allerdings die Umstände des Einzelfalles eindeutig auf einen Verzicht schließen lassen. Ein Verzicht auf den Verspätungseinwand könnte möglicherweise zu bejahen sein, wenn dieser Einwand nicht erhoben oder vorbehaltlos Nachbesserung angeboten worden wäre (vgl. BGH Urteil vom 14. Oktober 1952, aaO; Brüggenmann, aaO).

T Prozess

a) Daß die Klägerin in dem vorprozessualen Schriftwechsel den Verspätungseinwand nicht geltend gemacht hat, kann nicht als Verzicht gedeutet werden. Ebenso wenig wie darin, daß die Verjährungseinrede erst im Prozeß erhoben wird, ein Verzicht auf diese Einrede gesehen werden kann, ist ein Verzicht auf den Verspätungseinwand dann anzunehmen, wenn dieser nicht vor dem geltend gemacht wurde. Es genügt sogar, wenn der Verspätungseinwand nicht im ersten Rechtszug, sondern erst in zweiter Instanz vorgebracht wird (BGH Urteil vom 18. März 1952, aaO). Im vorliegenden Fall ist er indessen bereits in erster Instanz gebracht worden.

b) Die Klägerin hat sich in dem Schreiben vom 8. August 1972 bereiterklärt, die für eine Reparatur der Kühlschränke erforderlichen Ersatzteile zu übersenden, und in dem Telegramm vom 2. September 1972 um Rücksendung der mangelhaften Kühlschränke zur Reparatur gebeten. In beiden Mitteilungen hat sie jedoch auf unverzüglicher Bezahlung ihrer Rechnungen "insistiert". Die Klägerin war also nicht zur vorbehaltlosen Lieferung von Ersatzteilen bzw. zu einer vorbehaltlosen Nachbesserung bereit, sondern verlangte sofortige Bezahlung ihrer Rechnung. Daraus ist zu schließen, daß sie nicht gewillt war, auf die Geltendmachung ihrer Forderung gegen die Beklagte zu verzichten oder sie im Hinblick auf die Mängel zu ermäßigen. Dann kann aber auch nicht angenommen werden, daß sie bereit war, ihr zustehende Einwendungen aufzugeben, und auf den Verspätungseinwand verzichtete. Eine andere Beurteilung würde im Handelsverkehr dazu führen, daß jede Verhandlungsbereitschaft - auch aus Kulanzgründen - für den Verkäufer die Gefahr mit sich brächte, den Verspätungseinwand zu verlieren.

H V.

~~IV.~~ Da die Mängelanzeige mithin verspätet war, ist nicht bedeutsam, ob die Beklagte Wandelung erklärt hat. Es kann daher auch dahingestellt bleiben, ob dem Wandlungsbegehren im Hinblick auf die Verschrottung der Kühlschränke die §§ 467, 351 BGB entgegenstünden. Schließlich ist die Beklagte mangels rechtzeitiger Mängelanzeige auch mit anderen Ansprüchen ausgeschlossen, weil ein arglistiges Verschweigen der Mängel nicht behauptet ist.

7 in

H VI.

~~IV.~~ Hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung des restlichen Kaufpreises von 1 595,50 DM für die anfangs 1972 gelieferten Kühlschränke ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Klage insoweit abgewiesen, ohne die Abweisung zu begründen, unberechtigt. Das Berufungsgericht hat auf das landgerichtliche Urteil Bezug nehmen dürfen, das sich mit dem entsprechenden Vorbringen der Beklagten auseinandergesetzt hatte und dessen Ausführungen in der Berufungsinstanz nicht beanstandet worden waren.

H VII.

~~VI.~~ Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Der Klage war in Höhe von 47 610 DM stattzugeben. Zinsen konnten ab 5. September 1974 zugesprochen werden, weil die Beklagte spätestens in diesem Zeitpunkt in Verzug war, jedoch gemäß § 352 Abs. 1 HGB nur in Höhe von 5 %, weil die Klägerin einen höheren Verzugsschaden nicht dargetan hat. Auf die Revision der Klägerin war demnach das Berufungsurteil dahin zu ändern, daß auf die Berufung der Klägerin die Beklagte unter Abweisung der Klage, soweit

ihr nicht durch Teilanerkennnisurteil vom 8. Oktober 1975 stattgegeben worden ist, verurteilt wird, an die Klägerin 47 610 DM nebst 5 % Zinsen seit 5. September 1974 zu zahlen. Im übrigen war die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 93 ZPO.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Merz

Treier