

BUNDESGERICHTSHOF

2097 012

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 251/63

URTEIL

Verkündet am

5. Januar 1966

Klett,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Nina G [REDACTED] in M [REDACTED], Ka [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Papierfabrik Ferdinand F [REDACTED] KG, ver-
treten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter
Dipl.-Kaufmann Dr. Go [REDACTED] und Papier-Ingenieur
Sch [REDACTED], in Fr [REDACTED], Kar [REDACTED]strasse [REDACTED]-[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Januar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg - vom 18. Juli 1963 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin befaßt sich mit Papierverwertung und handelt mit Altpapier verschiedener Sorten. Sie lieferte der Beklagten, die eine Papierfabrik betreibt, am 4. November 1960 u.a. einen Posten weiße holzfreie Späne zum Preise von 60 DM für 100 kg frei Werk. Darauf bestellte die Beklagte fernmündlich einen weiteren Posten holzfreie weiße Späne "wie gehabt". Der Ehemann der Inhaberin der Klägerin lieferte am 14. November 1960 aufgrund der Bestellung einen Lastzug Altpapier, in Ballen verschnürt, bei der Beklagten ab. Die Ware wurde von der Beklagten zum Teil verarbeitet, um holzfreies Feinpapier herzustellen. Mit Schreiben vom 24. November 1960 beanstandete sie die Lieferung. Beim Verarbeiten von Ballen habe sich ergeben, daß sie naßfeste Späne enthielten, das gekollerte Material sei deshalb zur Herstellung von Feinpapier nicht verwendbar

gewesen. Außerdem habe sich aber bei hergestelltem Feinpapier gezeigt, daß die hierfür verwendeten Ballen leimhaltige Bestandteile enthielten, so daß sich bei dem Feinpapier (Offset-Karton) Kunststoffleim zu kleinen Knötchen zusammengeballt und Vertiefungen verursacht habe. Der Offset-Karton sei deshalb für einen Offsetdruck nicht verwendbar. Infolgedessen sei eine Nachanfertigung notwendig geworden. Die Ballen enthielten auch eine große Menge angeleimte Bücherabschnitte. Ohne entsprechende Sortierung, die ihr nicht zuzumuten sei, seien die Späne nicht zu verwenden. Das hergestellte Papier könne nur zu einem Minderpreis abgesetzt werden. Darum möge sich die Klägerin bemühen.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe am 14. November 1960 der Beklagten insgesamt 12 110 kg holzfreie Späne ausgeliefert, und fordert hierfür den Kaufpreis von 7266 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat die behauptete Menge bestritten. Der Kaufpreisforderung gegenüber rechnet die Beklagte auf mit einer Schadensersatzforderung wegen Mängeln der Lieferung nach Maßgabe einer Aufstellung. Sie hat dazu vorgetragen:

Bei der Anlieferung der Ware am 14. November 1960 habe der Ehemann der Inhaberin der Klägerin selbst auf einen Ballen hingewiesen, der möglicherweise naßfeste Bestandteile enthalte. Eine Nachprüfung habe diesen Verdacht bestätigt. Im übrigen habe sie aber keine Veranlassung gehabt, jeden Ballen auf solche Bestandteile zu untersuchen. Dies sei auch nicht üblich. Sie habe Stichproben vorgenommen, bei denen sich keine Beanstandungen ergaben. Erst beim Beginn der Produktion und



zwar beim Einkollern (Zerkleinern und Nässen des Altpapiers) seien weitere naßfeste Späne derselben Art in mehreren anderen Ballen festgestellt worden. Dieser Mangel sei so frühzeitig festgestellt worden, daß der gekollerte Stoff abgefüllt und von der normalen Produktion ausgeschieden werden konnte. Bei anderen Ballen aus der Lieferung der Klägerin seien erst im fertigen Produkt gummiähnliche Knötchen festgestellt worden. Diese seien auf leimhaltige Beimengungen zurückzuführen, die bei der bestellten Sorte und nach den hierfür gegebenen Zusicherungen nicht enthalten sein dürften. Weitere Ballen seien dann unter erheblichen Unkosten sortiert worden. Dabei seien ebenfalls leimhaltige Bestandteile festgestellt worden. Das verwendbare Material sei dann verarbeitet worden. Einige Ballen, 590 kg unverarbeitete Rohabfälle und große Teile des mangelhaften Endproduktes seien noch vorhanden oder mit Verlusten abgesetzt worden. Der Ehemann der Klägerin habe nach der Rüge vom 24. November 1960 die gerügten Mängel und den Schadensersatzanspruch der Beklagten anerkannt; denn er habe erklärt, daß er den Schaden übernehmen würde, wenn er nicht zu hoch sei. Er sei auch bereit gewesen, sich um den Absatz der fehlerhaften Endproduktion zu bemühen.

Die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung berechnete die Beklagte wie folgt: Der normale Verkaufspreis von 13 905 kg Feinpapier ab Werk hätte abzüglich Umsatzsteuer und Provision 18 953 DM netto erbracht. Der tatsächlich erzielte Erlös betrage 15 719,35 DM und dieser vermindere sich durch höhere Aufwendungen für Sortieren, Zählen, Abfegen, Schneidkosten und weitere Unkosten um insgesamt 4 329,35 DM auf 11 390 DM, so daß der Verlust (entgangene Gewinn) 7 563 DM betrage.

Die Klägerin hat bestritten, die Mängel und eine Schadensersatzpflicht durch Erklärungen des Ehemannes anerkannt zu haben. Sie hat ferner geltend gemacht, die Klägerin habe die angelieferte Ware nicht ordnungsgemäß untersucht und nicht rechtzeitig gerügt. Die Klägerin bestritt den behaupteten Schaden auch der Höhe nach.

Das Landgericht hat angenommen, daß die Beklagte zu Recht die Wandlung des Kaufvertrages verlangt habe, und deshalb die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt sie die Klageforderung weiter, während die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin der Beklagten Altpapier ohne die zugesicherten Eigenschaften geliefert hat. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, bei der Sendung vom 14. November 1960 holzfreie weiße Späne zu liefern, wie bei der vorangegangenen ersten Sendung; die Ware habe abredegemäß auch für die Herstellung von Feinpapier geeignet sein müssen. Diese Eignung sei in den vorangegangenen mündlichen Verhandlungen der Beklagten mit dem Prokuristen der Klägerin, dem Ehemann ihrer Inhaberin, ausbedungen und durch das Lieferungsversprechen im Sinne von §§ 480 Abs. 2, 463 BGB zugesichert worden.

Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen.

2. Das Berufungsgericht stellt aufgrund der Beweisaufnahme ferner fest, daß die gelieferte Ware diesen vertraglichen Bedingungen nicht entsprochen habe. Sie habe naßfestes Altpapier und außerdem Bestandteile aus Kunststoff- oder Kautschukleim enthalten, die zur Bildung von Gummiknötchen bei der Herstellung von Feinpapier geführt haben. Diese Mängel hätten die Weiterverarbeitung der Ware zu dem vertraglich bestimmten Zweck verhindert und auch die Mängel des hergestellten Papiers verursacht.

Auch diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen.

3. Die Revision macht vielmehr geltend, die Beklagte habe die streitige Lieferung nicht rechtzeitig gerügt und wendet sich in diesem Zusammenhang gegen Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es dargelegt hat, der Ehemann der Inhaberin der Klägerin habe nach Entdeckung der Mängel es übernommen, die Fehlanfertigung von sich aus weiter zu veräußern, und damit die Schadensersatzpflicht dem Grunde nach anerkannt.

Mit dieser Begründung hat das Berufungsgericht angenommen, die Klägerin sei wegen dieses Zugeständnisses der vertragswidrigen Schlechtlieferung und des Anerkenntnisses ihrer Schadensersatzpflicht mit ihren Einwänden hinsichtlich der Eigenschaften des Altpapiers als auch namentlich hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ausgeschlossen. Demgegenüber führt die Revision aus, die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigten noch nicht den Schluß, daß die Klägerin (durch den Ehemann) auch die Schadensersatzpflicht dem Grunde nach anerkannt habe. Deshalb sei die Klägerin

berechtigt, den Einwand verspäteter Mängelrüge geltend zu machen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Einwand hier schon deshalb ausgeschlossen ist, weil die Klägerin nach Annahme des Berufungsgerichts die behaupteten Mängel und die Schadenersatzpflicht anerkannt habe. Darauf kommt es deshalb nicht an, weil auch ohne diese Feststellung des Berufungsgerichts der Vorwurf verspäteter Rüge nicht gerechtfertigt ist.

a) Insoweit führt die Revision aus, eine Untersuchungs- und Rügepflicht sei hier insbesondere deshalb geboten gewesen, weil der Prokurist der Klägerin jedenfalls nach der Darstellung der Beklagten und der Aussagen der Zeugen K. [REDACTED] und H. [REDACTED] bereits beim Abladen der Ware darauf aufmerksam gemacht haben soll, daß ein Ballen möglicherweise naßfeste Späne enthalte. Dieser Hinweis des Zeugen G. [REDACTED] rechtfertigt jedoch noch nicht den Schluß, daß die Beklagte schon aus diesem Grunde verpflichtet gewesen sei, auch die anderen unstreitig festverschürten Ballen vor dem Beginn der Verarbeitung auf naßfeste Späne zu untersuchen.

b) Die Klägerin hatte, wie die Revision weiter geltend macht, vorgetragen, dem Lieferungsvertrag lägen gemäß Handelsbrauch die Geschäftsbedingungen des "Groß- und Sortierhandels mit Altpapier und Papierabfällen" (herausgegeben vom Altpapierverband e.V., Köln/Rhein) i.d. Fassung vom 1. 10. 1956 zugrunde. Nach § 7 dieser Bedingungen sind Mängelrügen unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von vier Werktagen nach Eingang der Sendung beim Empfänger - Eingangstag nicht mitgerechnet - abzusenden. Für versteckte Mängel gelten die gesetzlichen Bestimmungen.

Das Landgericht hatte angenommen, es handle sich hier um versteckte Mängel. Altpapier der von der Beklagten geforderten Art werde in maschinell zusammengespreßten Ballen geliefert. Deshalb müßte sich der Fabrikant darauf verlassen, daß der Inhalt der Ballen einwandfrei sei. Erst die Verarbeitung des von der Klägerin gelieferten Altpapiers durch die Beklagte habe die Mängel ans Licht bringen können. Diese hätten sich erst während des Nassens und der Behandlung im Satinier-Kalander gezeigt. Solche Mängel, die sich erst während der Verarbeitung zeigen, seien versteckte, nicht erkennbare Mängel.

Das Berufungsgericht hat zwar diese Feststellungen des Landgerichts nicht übernommen. Der Sachverhalt bedarf aber insoweit keiner weiteren Aufklärung. Denn die Klägerin hat nichts vorgebracht, was dieser Beurteilung entgegenstehen könnte.

Die Revision meint, bei Ballen Altpapier, das äußerlich sichtbar sei, könne ein versteckter Mangel im Sinne von § 377 Abs. 2 HGB nicht angenommen werden. Das ist rechtlich unzutreffend. Es kommt vielmehr darauf an, ob die vertraglich unzulässigen Beimengungen bei einer der Beklagten im Rahmen ordnungsmäßigen Geschäftsganges zumutbaren Untersuchung der Ballen entdeckt werden konnten. Wie das Landgericht festgestellt hat, war hier eine Untersuchung daraufhin, ob die Ballen solche Beimengungen enthielten, nicht vor der alsbald nach ihrer Ablieferung begonnenen Verarbeitung geboten. Bei den dann erst zum Teil im Beginn der Verarbeitung und zum Teil bei dem hergestellten Feinpapier festgestellten Beimengungen handelt es sich sonach um heimliche Mängel, die die Beklagte erst zu rügen brauchte, als sie entdeckt wurden. Dies ist rechtzeitig am 24. November 1960 geschehen.

Dem steht nicht entgegen, wenn der Ehemann der Inhaberin der Klägerin, wie die Revision ferner geltend macht, sich bei Ablieferung der Ware bereit erklärt hat, diejenigen Ballen, die für die Produktion der Beklagten nicht geeignet seien, zurückzunehmen. Denn diese Erklärung rechtfertigt noch nicht den Schluß, daß die Beklagte deshalb verpflichtet gewesen sei, vor dem Beginn der Produktion die gesamte Ware oder jedenfalls die in den Produktionsvorgang kommende Ware auf vorhandene unzulässige Bestandteile zu untersuchen. Ein vertraglicher Anspruch auf eine derartige Untersuchung ist entgegen der Auffassung der Revision mit diesem Vorbringen der Klägerin nicht dargetan.

Demnach kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin sich auf eine Verspätung der Mängelanzeige hier auch deshalb nicht berufen darf, weil sie sich auf Verhandlungen mit der Beklagten über die angekündigten Schadensersatzansprüche eingelassen und sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch bereit erklärt hat, an dem Absatz der als Feinpapier nicht verwendbaren Endproduktion mitzuwirken.

c) Hiernach kann die Revision nicht mit der Rüge durchdringen, die Beklagte habe durch Versäumung der Rügefrist die Ware in Ansehung der Mängel genehmigt, aus denen sie ihren Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung herleitet. Wenn die Klägerin nach Auftreten der gerügten Mängel zu einer kostspieligen Sortierung der noch nicht in die Produktion gelangten Ballen Altpapier veranlaßt worden ist, so ist auch dieser besondere Aufwand durch die vorher festgestellten Mängel verursacht.

3. Zur Höhe des Schadensersatzanspruchs verweist das Berufungsgericht auf die ins einzelne gehende Aufstellung

der Beklagten, aus der sich ein Gesamtverlust von 7.563 DM ergebe, und stellt fest, daß diese Aufstellung von der Klägerin nur in pauschaler Form abgelehnt, nicht aber substantiiert bestritten worden sei. Es folgt daraus, daß die Schadensersatzforderung der Beklagten den Kaufpreisanspruch der Klägerin auch dann übersteigt, wenn der Klageforderung die Gewichtsangaben der Klägerin zugrunde gelegt werden. Dagegen hat weder die Revision noch die Beklagte Rügen erhoben.

Die Beklagte hatte schon in dem Berufungsverfahren bei der Vernehmung ihres persönlich haftenden Gesellschafters durch diesen erklärt, daß die streitige Gewichts-differenz keinen entscheidenden Streitpunkt bilden soll. Unter diesen Umständen ist dem Berufungsgericht im Ergebnis dahin beizutreten, daß die Klageforderung der Entscheidung in voller Höhe zugrunde zu legen und in dieser Höhe auch die zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung erloschen ist.

4. Die Revision der Klägerin ist daher als unbegründet

zurückzuweisen. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen
ihr nach § 97 ZPO zur Last.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann