

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 258/63

URTEIL

Verkündet am

3. November 1965
Münchenhausen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Walter L. in D., K.
Straße - ,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. . . . -

gegen

den Gärtner Josef H. in St. V./B., M.
Straße ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. August 1963 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, der bereits im Jahre 1958 vom Kläger Weihnachtsbäume bezogen hatte, bestellte 1959 bei ihm zu einem Stückpreis von 1,70 DM frei D[REDACTED] 10 bis 15 000 Bäume der gleichen Größe und Qualität wie im Vorjahr. Die Bäume wurden am 15. Dezember 1959 geliefert. 3 500 DM zahlte der Beklagte an. Die Lieferung des Klägers traf in 4 Waggons mit insgesamt 10 363 Bäumen auf dem Güterbahnhof D[REDACTED]-De[REDACTED] ein. Sie standen dem Beklagten am 16. Dezember 1959 zur Verfügung. Während die beiden zuletzt abgesandten Waggons noch unter Zollverschluß blieben, begann der Beklagte sofort mit dem Verkauf der Bäume aus den beiden ersten. Noch am Abend des 16. Dezember 1959 rügte er beim Kläger ferndmündlich die Größe und Güte der Bäume. Am folgenden Tage trafen sich die Parteien auf dem Güterbahnhof D[REDACTED]-De[REDACTED] und führten Verhandlungen über die Herabsetzung des Kaufpreises. Die

- 3 -

Verhandlungen wurden ausgesetzt, weil der Beklagte die Bäume der beiden letzten Waggonen erst sehen wollte. Alsdann stellte der Beklagte, nachdem er seine Verkaufsbemühungen bis zum 19. Dezember 1959 fortgesetzt hatte, dem Kläger die restlichen Bäume am selben Tage in einem Ferngespräch zur Verfügung. Nachdem weitere Vergleichsverhandlungen am folgenden Tage gescheitert waren, drohte der Beklagte dem Kläger im Schreiben vom 20. Dezember 1959 an, daß er ihn für den gesamten Schaden haftbar machen werde. Er ließ die nicht verkauften Bäume über Weihnachten teils in den Waggonen, teils auf dem Bahnsteig liegen und sie dann - nach einer Rechnung des Fuhrunternehmers sollen es 7968 Stück gewesen sein - auf eine Müllkippe fahren. Die Bezahlung von 8 583 Bäumen verweigerte er mit der Begründung, er habe diese wegen völliger Unbrauchbarkeit nicht verkaufen können. Wegen der Vergütung der verkauften Bäume verwies er auf die Anzahlung von 3 500 DM. Der Kläger lehnte Gewährleistungsansprüche ab und verlangte Zahlung des vollen Kaufpreises (10 363 x 1,70 DM) abzüglich 1 378,22 DM vom Beklagten vorauslagter Zoll- und Frachtkosten sowie abzüglich der Anzahlung von 3 500 DM, also Zahlung eines Betrages von 12 738,88 DM, die er nebst Zinsen einklagte.

Das Landgericht hat der Klage in voller Höhe stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat unter teilweiser Abweisung der Klage die Verurteilung nur in Höhe von 9 738,88 DM aufrechterhalten. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt, mit der er die Abweisung auch des restlichen Klageanspruchs begehrt. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht gelangt aufgrund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, daß die beiden ersten Waggonn einen übermäßig großen Anteil an kleinen unansehnlichen Bäumen enthalten hätten. Dagegen hält es den dem Beklagten obliegenden Nachweis dafür, daß die Bäume der beiden letzten Waggonn mangelhaft gewesen seien, nicht für erbracht.

Soweit es Mängel für nachgewiesen erachtet, vertritt es den Standpunkt, daß der Beklagte gleichwohl nicht die Wandlung des Kaufvertrages verlangen könne, weil er einen erheblichen Teil der Bäume aus den beiden ersten Waggonn veräußert und sich damit die Herausgabe insoweit unmöglich gemacht habe. Dagegen hat es ihm den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Minderung des Kaufpreises zugebilligt. Aufgrund des Beweisergebnisses hält es unter Anwendung einer Schätzung gemäß § 287 ZPO hinsichtlich der Ware der beiden ersten Waggonn eine Preisherabsetzung von 1,70 DM auf 1,10 DM für gerechtfertigt. Es gelangt auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß der Beklagte als Kaufpreis nur einen Betrag von 9 738,88 DM schulde.

Die Aufrechnung des Beklagten mit Gegenansprüchen hält das Berufungsgericht nicht für begründet. Einen Anspruch auf Rückzahlung vom Beklagten verauslagter Frachtkosten lehnt es ab, weil diese Kosten bereits mit dem Klageanspruch verrechnet sind. Erstattung des Standgeldes und der Abfuhrkosten könne der Beklagte deshalb nicht verlangen, weil er beim Verkauf der Bäume und dem Abtransport des von ihm als unverkäuflich angesehenen Teiles im eigenen Interesse gehandelt und nicht etwa ein Geschäft des Klägers besorgt habe.

Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes stehe dem Beklagten deshalb nicht zu, weil er den Nachweis nicht geführt habe, daß die Bäume der Zusicherung des Klägers, sie würden in Größe und Qualität entsprechend der Ware des Vorjahres ausfallen, nicht entsprochen hätten. Es bestehe kein Anhaltspunkt dafür, daß im Vorjahr nur Bäume in der Größe von eineinhalb bis zwei Meter geliefert worden seien.

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Nachprüfung der Frage, ob auch die in den beiden letzten Waggons (3 und 4) enthaltenen Bäume mangelhaft gewesen seien, die angebotenen Beweise nicht erschöpft. Wie der Beklagte unbestritten behauptet hat und wie hinsichtlich der Lieferung aus dem Jahre 1958 auch durch Urkunden belegt ist, hatte die streitige Lieferung ein Stückgewicht von 2,8 kg und die des Vorjahres ein solches von 3,9 kg. Das entspricht einer Gewichts Differenz von 28 %. Dafür, daß auch die Ladung der beiden letzten Waggons minderwertige Bäume enthielt, hatte sich der Beklagte ausdrücklich auf diese Gewichts Differenz bezogen und hierzu die Vernehmung eines Sachverständigen beantragt. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, der Zeuge Thoonen habe zwar bekundet, Stichproben vom dritten und vierten Waggon hätten ergeben, daß die unter der Oberschicht liegenden Bäume dieselben Mängel aufwiesen hätten wie die Bäume aus den beiden ersten Waggons. Die Aussage dieses Zeugen erscheine aber nicht zuverlässig genug, den Beweis als erbracht anzusehen. Die Aussagen der übrigen Zeugen beträfen nur die Bäume der beiden ersten Waggons. Genauere Feststellungen über die Anzahl der mangelhaften Bäume, ihre Verteilung auf die einzelnen Waggons und den Grad der Minderqualität ließen sich nach der Auffassung des Senats auch aufgrund eines Gewichtsvergleichs nicht treffen. Der Zuziehung eines Sachverständigen bedürfe es daher nicht.

1. Die Verfahrensrüge der Revision ist begründet. Es ist aus der Urteilsbegründung nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht die erforderliche Sachkunde besaß, um die Frage zu

entscheiden, welche Anhaltspunkte sich aus der Gewichtsdiﬀerenz für die Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten ergaben. Das Berufungsgericht durfte daher das Beweisangebot des Beklagten auf Vernehmung eines Sachverständigen nicht übergehen.

Der Revision ist auch darin zu folgen, daß die Gründe, aus denen das Berufungsgericht ein Wandlungsrecht des Beklagten verneint hat, ^{rechtlich} nicht haltbar sind.

2. Es handelt sich bei der auf vier Waggonen verteilten Sendung um eine Lieferung zu einem Gesamtpreis. Der Regel des § 469 BGB entsprechend konnte der Beklagte grundsätzlich hinsichtlich der mangelhaften Bäume Wandlung verlangen. Diese Regel gilt nämlich entgegen der auf §§ 467, 351 BGB gestützten Ansicht des Berufungsgerichts auch dann noch, wenn der Käufer, wie hier, einen Teil der Ware verkauft hat. Dadurch hat er sich des Wandlungsrechts nicht ohne weiteres begeben (RG LZ 1913, 552). Das gilt sowohl hinsichtlich der Bäume der beiden ersten Waggonen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zum Teil mangelhaft waren, als auch für die Lieferung der Waggonen 3 und 4, auf die sich der Beweisanspruch des Beklagten bezieht. Ob etwa aus anderen Gründen das Wandlungsrecht des Beklagten ausgeschlossen ist, ergeben die Gründe des angefochtenen Urteils nicht.

3. Entgegen der Auffassung der Revision lassen die vom Berufungsgericht bisher getroffenen Feststellungen nicht erkennen, daß bei Kaufabschluß die Zusicherung einer Eigenschaft der zu liefernden Bäume im Sinne von § 463 BGB erfolgt sei. Allein der Erklärung, es würden Bäume der gleichen Größe und Qualität wie im vorigen Jahr geliefert werden, kann eine solche Zusicherung nicht entnommen werden.

4. Sollte das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß nur der hilfsweise geltend gemachte Minderungsanspruch begründet ist, so kommt es auch in diesem Zusammenhang auf den Sachverständigenbeweis an, weil auch der Umfang der Minderung von der etwa vorliegenden Mangelhaftigkeit der Ladung der beiden letzten Waggons beeinflußt würde.

III. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Sachentscheidung abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Häidinger Dr. Gelhaar Dr. Mezger Dr. Messner Mormann