

Verkündet
am 15. Mai 1961
Hoffmeister; Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der offenen Handelsgesellschaft in Firma Wilhelm K[REDACTED],
2. deren persönlich haftender Gesellschafter

- a) des Kaufmanns Heinrich Carl K[REDACTED],
- b) des Kaufmanns Heinz Carl Wilhelm K[REDACTED],
- c) des Kaufmanns Hans Paul Hermann K[REDACTED],

sämtlich in H[REDACTED], S[REDACTED]straße Nr. [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma P. R[REDACTED] in S[REDACTED] ([REDACTED]), Frankreich,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 9. November 1960 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat der Beklagten zu 1 (im folgenden als die Beklagte bezeichnet), deren persönlich haftende Gesellschafter die Zweitbeklagten sind, drei Waggon Walnüsse geliefert. Den ersten Waggon hat die Beklagte ohne Beanstandung abgenommen und bezahlt. Die zweite Lieferung ist zwar Gegenstand des Rechtsstreits. Der von der Klägerin mit der Klage geltend gemachte Kaufpreisanspruch ist jedoch zum Teil noch beim Landgericht anhängig. Zu einem anderen Teil, nämlich in Höhe von 876,14 US-\$ nebst Zinsen hat das Oberlandesgericht durch das insoweit in Rechtskraft erwachsene, den Parteien am 9. Oktober 1957 an Verkündungsstatt zugestellte Urteil gegen das sich die erste Revision richtet, die Klage zugesprochen.

Die zur Entscheidung stehende Revision der Beklagten betrifft ausschließlich die Lieferung des dritten Waggons, die der Bestellung der Beklagten entsprechend sowohl Walnüsse der Sorte Cornes als auch solche der Nußart Marbots enthalten sollte. Den wegen dieser Lieferung eingeklagten Kaufpreisanspruch hatte das Berufungsgericht durch das genannte Urteil der Klägerin in Höhe von 3157,18 US-\$ nebst Zinsen zugesprochen, während es die Klage wegen eines Betrages von 842,82 US-\$ (ebenfalls rechtskräftig) abgewiesen hat.

Auf die Revision der Beklagten hat dann der erkennende Senat durch Urteil vom 12. Dezember 1958 - VIII ZR 175/57 - (LM HGB § 377 Nr. 4) das Urteil des Berufungsgerichts insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Zahlung von 3157,18 US-\$ aus der dritten Lieferung verurteilt waren. In diesem Umfang hat der Senat die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des genann-

ten ersten Revisionsurteils wird Bezug genommen.

Nach Ergänzung der Beweisaufnahme hat das Oberlandesgericht die Beklagten nunmehr zur Zahlung von 3088,38 US-\$ nebst Zinsen verurteilt und die Berufung der Klägerin in Höhe von 68,80 US-\$ und weiterer Zinsen zurückgewiesen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage im Rahmen der ergangenen Verurteilung. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Vertragsmäßigkeit der Ware und Mängel der Lieferung.

1. a) Nach dem Kaufvertrage war die Klägerin verpflichtet, Nüsse der Nußart Cornes in der Größe von 24 bis 27 mm und solche der Sorte Marbots in der Größe von 24 bis 28 mm zu liefern. In der Lieferung waren aber nur Walnüsse des Kalibers von 24 mm und kleinere enthalten. Die Beanstandung der Walnüsse eines unter der Mindestgröße von 24 mm liegenden Kalibers hat das Berufungsgericht anerkannt. Dagegen hat es auf Grund einer gutachtlichen Äußerung des Hamburger Warenvereins angenommen, die Lieferung sei im übrigen vertragsgemäß, weil die Klägerin einem Handelsbrauche entsprechend nicht verpflichtet gewesen sei, einen Durchschnitt der bestellten Größen von 24 bis 27 bzw. 24 - 28 mm zu liefern.

Die von der Revision vertretene Ansicht, die Klägerin sei schon nach § 243 BGB verpflichtet gewesen, eine Ware mittlerer Art und Güte zu liefern, und dieser Grundsatz



müsse auch auf die bestellten Größen der Nüsse Anwendung finden, läßt unberücksichtigt, daß § 243 BGB nicht zwingenden Rechts ist und daher nur insoweit angewendet werden darf, als sich aus dem Vertrage nichts anderes ergibt. Der Inhalt des Vertrages wird aber auch durch Handelsbräuche mitbestimmt, die nicht ausdrücklich abbedungen sind. Es ist daher kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht auf Grund eines von ihm festgestellten Handelsbrauches angenommen hat, die Klägerin habe ihrer Vertragspflicht genügt, wenn sie Nüsse der Mindestgröße von 24 mm geliefert habe.

Die Revision rügt aber auch weiter, das Berufungsgericht habe Verfahrensvorschriften verletzt, indem es die Auskunft des Warenvereins benutzt und sich über ein Beweisangebot der Beklagten hinweggesetzt habe. Das Berufungsgericht habe nämlich außer acht gelassen, daß der Hamburger Warenverein einen privaten Zusammenschluß und nicht etwa eine "amtliche Institution" darstelle. Die Beklagten hätten andererseits im Schriftsatz vom 20. Mai 1957 den Syndikus des Zentralverbandes der Deutschen F [REDACTED] - und G [REDACTED] e.V. Rechtsanwalt Dr. D [REDACTED] als Zeugen dafür benannt, daß der vom Warenverein vertretene Standpunkt unrichtig sei, daß vielmehr die Hälfte der Nüsse bei 26 mm hätte liegen müssen.

Die Ansicht der Revision, das "sog. Gutachten" des Warenvereins hätte überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfen, und es wäre allein auf eine Äußerung des Syndikus und Rechtsanwalts Dr. D [REDACTED] angekommen, ist indes nicht zu billigen. Dr. D [REDACTED] ist im Schriftsatz vom 20. Mai 1957 nicht etwa als Zeuge, sondern als Sachverständiger benannt. Wenn aber das Berufungsgericht sich die erforderliche Sachkunde aus einem von ihm selbst eingeholten Gutachten verschafft hat,

hinsichtlich dessen Schlüssigkeit keine Bedenken bestehen und auch von der Revision nicht geltend gemacht werden, so lag es in seinem tatrichterlichen Ermessen, ob es das Gutachten eines weiteren Sachverständigen zu derselben Frage einholen wollte. Es kommt daher bei der Rüge der Revision nur darauf an, ob das Gutachten des Warenvereins als ein verfahrensmäßig zulässiger Sachverständigenbeweis anzusehen ist. Das ist aber entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht der Fall. Die Revision läßt nämlich unbeachtet, daß das Berufungsgericht durch Beweisbeschluß vom 4. Dezember 1956 die Einholung einer amtlichen Auskunft der Handelskammer in Hamburg über die streitige Beweisfrage angeordnet und daß die Handelskammer die gutachtliche Äußerung des Warenvereins eingereicht hat, sodaß das Berufungsgericht, wenn auch keine eigene Stellungnahme der Handelskammer vorliegt, ohne Rechtsverstöß davon ausgehen konnte, die Handelskammer habe gegen die Äußerung des Warenvereins keine Bedenken und mache sie sich zu eigen. Bei dieser Sachlage stellt das von der Handelskammer gebilligte Gutachten des Warenvereins in Wirklichkeit eine amtliche Auskunft und damit ein gerichtliches Sachverständigengutachten dar, welches das Berufungsgericht auch benutzen durfte (vgl. Baumbach/Lauterbach ZPO 25. Aufl. Übersicht vor § 373 Anm. 5 und Übersicht vor § 402 Anm. 1 B und Anm. 6).

b) Die Revision bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe ihren vertraglichen Verpflichtungen damit genügt, daß sie bei der für die Lieferung vorgenommenen Aussortierung der zu kleinen Nüsse den Liefervorrat über ein sog. Lochsieb habe laufen lassen. Sie meint, die Verwendung eines mit kreisrunden Löchern versehenen Siebes führe dazu, daß eine zu große Zahl von unter der

Mindestgröße liegenden Nüssen auf dem Sieb zurückbleibe und damit in die Liefermenge hineingerate. Da nun das Berufungsgericht bei der weiter unten noch zu erörternden Frage, ob bei der Bestimmung der Menge und des Prozentsatzes der in der Lieferung enthaltenen zu kleinen Nüsse ein dem Lochsieb entsprechendes Lochlineal oder ein Klemmaß verwendet werden dürfe, dem ersteren Meßwerkzeug den Vorzug gegeben habe, werde der Klägerin im Ergebnis gestattet, eine größere Menge zu kleiner Nüsse zu liefern als sich das mit ihren unter Anwendung des § 242 BGB auszuliegenden Vertragspflichten vereinbaren lasse.

Auch hierin kann der Revision nicht gefolgt werden. Denn wie sich der nicht ausdrücklich festgelegte Inhalt des Kaufvertrages bestimmt, richtet sich in erster Linie nach den einschlägigen Handelsbräuchen. Da der gerichtliche Sachverständige Hinschläger die Verwendung des Lochsiebes als zumindest seit 1954 üblich bezeichnet hat, war das Berufungsgericht nicht gehindert, hier ohne Rechtsverstoß einen entsprechenden Handelsbrauch anzunehmen. Dafür, daß dieser Handelsbrauch als Mißbrauch gewertet werden müsse und nicht angewendet werden dürfe, fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten; auch der allgemein gehaltene Hinweis der Revision auf die Grundsätze von Treu und Glauben vermag hieran nichts zu ändern.

2. Die Revision bemängelt die Erwägungen des Berufungsgerichts (BU S. 35), im Hinblick darauf, daß das Walnußgeschäft kurz vor Weihnachten ein Massengeschäft sei, habe die Klägerin die Ausführung der Lieferung nicht in allen Teilen sorgsam überwachen können. Sie meint, das Berufungsgericht habe verkannt, daß der Verkäufer auch bei einem

Massengeschäft nicht von der Verpflichtung zur sorgfältigen Überwachung befreit sei, und sie vertritt die Ansicht, das Berufungsgericht habe damit die Vorschrift des § 459 BGB rechtsirrtümlich angewandt.

Diese sachlichrechtliche Rüge geht indes schon deshalb ins Leere, weil das Berufungsgericht ebensowenig wie die Klägerin selbst die Berechtigung eines Gewährleistungsanspruches der Beklagten in Zweifel gezogen hat und der Streit der Parteien nur darum geht, ob die Beklagten zur Wandlung berechtigt sind. Im übrigen stellen die von der Revision bemängelten Ausführungen des Berufungsgerichts nur eine Hilferwägung seiner im übrigen schlüssigen und auch von der Revision nicht angegriffenen Begründung dar, mit der es die im zweiten Berufungsverfahren von der Beklagten erneut aufgegriffene Frage nach einer etwaigen arglistigen Täuschung der Klägerin verneint hat.

3. Die Revision will auch eine Verkennung der Grundsätze des § 459 BGB darin erblicken, daß das Berufungsgericht die Berechtigung der Beklagten, den Kaufvertrag zu wandeln, von der Erheblichkeit des mit der Mangelhaftigkeit der Lieferung zusammenhängenden Minderwertes abhängig macht. Wenn sie die Ansicht vertritt, daß es nur auf die Mangelhaftigkeit der Ware ankomme und nicht auf die Höhe des Minderwerts, so verkennt sie auch hier, daß im allgemeinen die Bestimmungen der §§ 459 ff BGB nicht zwingenden Rechts sind, daß den Vereinbarungen der Vertragsschließenden einschließlich der in den Vertragsinhalt unmittelbar eingreifenden Handelsbräuche vielmehr ein weitgehender Spielraum gelassen ist, und daß im Ergebnis der Parteiautonomie nur insoweit Schranken gesetzt sind, als die allgemeinen Grundsätze der §§ 134, 138 und 242 BGB entgegen-

stehen. Daß gegen einen Handelsbrauch, der bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen, deren Durchführung regelmäßig erhebliche Transportrisiken und -kosten verursacht, die Wandlung möglichst vermeiden will, keine grundsätzlichen Bedenken bestehen, hat der Senat, wenn dies auch nicht ausdrücklich betont ist, schon in seiner ersten Entscheidung zu erkennen gegeben. Bedenken bestehen insbesondere auch nicht dagegen, daß die Handelsbräuche, welche sich im Großhandel mit Nüssen herausgebildet haben, für die Berechtigung zur Wandlung auf den mit der Fehlerhaftigkeit zusammenhängenden Minderwert der Ware abstellen und die Wandlung nur zulassen, wenn der Minderwert einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises überschreitet.

4. Entgegen der Ansicht der Revision, die auch in diesem Zusammenhang eine Verletzung des § 459 BGB rügt, ist es mit dem bereits unter 3 behandelten Gewährleistungsrecht vereinbar, wenn das Berufungsgericht das von den Sachverständigen Zeugen Pantzenius und Baumann angewandte Verfahren, die schlechten Nüsse von den guten auszuscheiden nicht missbilligt hat. Beide sachverständigen Zeugen haben nämlich sog. halbschlechte Nüsse, d.h. solche, bei denen sich nur noch wenig weißes Fleisch gezeigt hat, nur zusammen mit einer weiteren gleichartigen Nuß als eine schlechte gezählt. Diesem Verfahren stehen die Gesetzesbestimmungen der §§ 459 ff BGB, wonach der Verkäufer für Fehler der gelieferten Sache einzustehen hat, nicht entgegen. Denn im Ergebnis haben die sachverständigen Zeugen beide halbschlechte Nüsse als fehlerhaft angesehen. Wenn sie bei der Bestimmung der Anzahl von schlechten und tauben Nüssen nur die völlig unbrauchbaren mit ihrer vollen Anzahl eingeworfen haben, die nicht ganz unbrauchbaren dagegen nur zu einem Bruchteil, so bestehen gegen ein solches Verfahren aus Rechtsgründen keine Bedenken,

da das Berufungsgericht aus den Ausführungen des Sachverständigen Hinschläger ersichtlich und ohne Rechtsverstoß entnommen hat, daß das Vorgehen der sachverständigen Zeugen einem Handelsbrauche entspreche.

II. Die bei Geltendmachung des Wandlungsanspruches zu berücksichtigenden Toleranzen.

1. Bereits in seinem ersten Urteil hatte das Berufungsgericht einen dahingehenden Handelsbrauch festgestellt, daß im französisch-deutschen Großhandel mit Nüssen eine Menge von 10 % an tauben und sonstwie schlechten Nüssen als vertragsgemäß hinzunehmen sei, also überhaupt nicht als fehlerhaft gerügt werden könne. Darüberhinaus würde, so hatte es weiter festgestellt, im Großhandel mit Nüssen dann erst gewandelt werden, wenn sich auf Grund von einzelnen, auch verschiedenartigen Mängeln ein Gesamtminderwert von mehr als 10 % des Kaufpreises ergebe.

Auf Grund einer neuen Beweisaufnahme, die auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens und die mündliche Anhörung dieses Sachverständigen einschließt, ist das Berufungsgericht zu denselben Feststellungen hinsichtlich der im französisch-deutschen Großhandel mit Nüssen bestehenden handelsüblichen Toleranzen gelangt. Es hat auch hinsichtlich der einzelnen Mängel und der auf ihnen beruhenden Minderung des Warenwertes dieselben Feststellungen wie im ersten Berufungsverfahren getroffen. Entsprechend seinem früheren Beweisergebnis hat es erneut angenommen, daß die Zahl der schlechten und tauben Nüsse mit 7,85 % der Gesamtmenge unter dem tolerierten Prozentsatz von 10 % bleibe. Im übrigen hat es, wie schon früher, festgestellt, daß durch die Beimengung von "Regionales" ein Minderwert von

3,26 % des Kaufpreises entstanden sei, und daß die Mitlieferung zu kleiner Nüsse einen Minderwert von 2,88 % bedinge. Indem es diese beiden Werte zusammenrechnet, gelangt es zu einem Gesamtminderwert von 6,14 % des Kaufpreises, der hinter der für die Wandlung geltenden Tolerierungsgrenze von mindestens 10 % zurückbleibt.

2. a) Die Revision bekämpft die Feststellung des Berufungsgerichts, daß im deutsch-französischen Großhandel mit Nüssen ein Handelsbrauch bestehe, wonach 10 % an tauben und sonstwie schlechten Nüssen nicht als vertragwidrig beanstandet werden dürften. Das Berufungsgericht hat sich für seine Annahme auf das Gutachten des Sachverständigen Hinschläger bezogen. Es hat besonders hervorgehoben, der Sachverständige habe bei seiner mündlichen Anhörung ausgeführt, Walnüsse würden überhaupt nicht anders als auf dieser Basis gehandelt, das sei im Jahre 1954 ganz zweifelsfrei schon ebenso gewesen. Das Berufungsgericht hat dabei die vom Sachverständigen für diesen Handelsbrauch gegebene Erklärung für überzeugend gehalten, die tauben und sonstwie schlechten Nüsse würden beim Verkäufer durch einen Exhauster abgeblasen, dieser maschinelle Vorgang schließe aber das Verbleiben einiger schlechter Nüsse in der Masse nicht aus. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO ein Beweisangebot der Beklagten übergangen. Die Beklagten hätten nämlich im Schriftsatz vom 27. Februar 1960 (S. 3) den Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] als Zeugen dafür benannt, daß die seit dem 17. April 1955 geltenden Geschäftsbedingungen für den deutsch-französischen Handelsverkehr mit Gartenerzeugnissen hier in Frage kommende Handelsbräuche der vorangehenden Jahre widerspiegeln. Nach § 5 dieser Bedingungen gelte für Obst ein Schwund- und Verderbsatz von nur 3 %. Nur diesen Prozentsatz habe

der Importeur ohne Abzugsrecht zu tolerieren. In Anlage A der Bedingungen seien "Nüsse (getrocknet)" unter Kategorie 0 aufgeführt und damit dem Obst gleichgestellt.

Die Rüge bleibt erfolglos. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es könne angesichts des durch das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Hinschläger gewonnenen klaren Beweisergebnisses weder dem Parteigutachten des Rechtsanwalts Dr. D. [REDACTED] folgen noch etwas anderes aus den erst später in Kraft getretenen Geschäftsbedingungen für den französisch-deutschen Handelsverkehr mit Gartenerzeugnissen entnehmen. Das Berufungsgericht trifft hierbei nicht der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 286 ZPO. Denn die von den Beklagten durch Benennung des Rechtsanwalts Dr. D. [REDACTED] unter Beweis gestellte Behauptung, die genannten Geschäftsbedingungen seien das Ergebnis einer mehr als 5-jährigen Arbeit zwischen den interessierten deutschen und französischen Handelskreisen und stellten praktisch die sich im Laufe der Zeit herausgebildeten Handelsbräuche dar, läuft auf eine Sachverständigenfrage hinaus. Einen weiteren Sachverständigen zu vernehmen, lag aber im tatrichterlichen Ermessen des Berufungsgerichts, welches sein Ermessen ersichtlich auch nicht etwa mißbräuchlich ausgeübt hat.

b) Unerheblich ist es, ob der vom Berufungsgericht festgestellte Handelsbrauch, wie die Revision geltend macht, in dem Gutachten der französischen Sachverständigen vom 11. März 1956 keine Bestätigung findet. Denn selbst wenn das zuträfe, wäre das Berufungsgericht nicht gehalten gewesen, weitere Gutachten einzuholen.

c) Der weitere Hinweis der Revision, die Feststellung des Berufungsgerichts widerspreche einer gutachtlichen

Äußerung des Assistenten bei der Handelskammer H., Assessor N., vom 23. November 1956 ist mit dem Akteninhalt nicht vereinbar, denn Assessor N. hat sich dahin geäußert, bei der Feststellung des Minderwertes werde ein gewisser Prozentsatz, der dem Durchschnittsanfall von tauben bzw. schlechten Nüssen einer bestimmten Ernte entsprechen, nicht mitgerechnet.

d) Die Revision erkennt auch selbst nicht, daß beide Parteien in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit hatten, dem Sachverständigen Hinschläger die angeblich von seiner Stellungnahme abweichenden Gutachten vorzuhalten. Die Revision kann sich bei dieser Sachlage umsoweniger darauf berufen, die Beklagten seien durch die Erwägungen des Berufungsgerichts, die seiner Feststellung des erörterten Handelsbrauchs zugrunde liegen, überrascht worden, und es hätten ihnen gemäß § 139 ZPO die für das Berufungsgericht maßgebenden Gesichtspunkte vor der Entscheidung erst mitgeteilt werden müssen, damit sie erforderlichenfalls unter Benennung von Sachverständigen dazu hätten Stellung nehmen können. Eine solche Verpflichtung des Berufungsgerichts ist aus den Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht zu entnehmen. Da das Berufungsgericht überdies, wie seine umfangreiche Beweisaufnahme und seine ausführliche Urteilsbegründung erkennen lassen, den Streitstoff erschöpfend verhandelt hat, kann schon aus diesem Grunde ein von der Revision gerügter Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 139 ZPO nicht in Frage kommen.

e) Die Revision macht geltend, man komme, wie die Beklagten im Schriftsatz vom 27. Februar 1960 näher dargelegt hätten, wenn man dem Sachverständigen Hinschläger folge, zu Toleranzen von 33 %, ehe gewandelt werden könne, das aber müsse, falls eine solche Übung überhaupt bestehe,

als ein Mißbrauch angesehen werden, der nicht beachtet werden dürfe. Dieser Hinweis, der offenbar einen Denkfehler in den Erwägungen des Berufungsgerichts rügen will, geht indes ins Leere. Es ist der Revision zwar zuzugeben, daß der Sachverständige Hinschläger es auch als handelsüblich bezeichnet hat, 10 % ^{zu} kleine und etwa 2 % andersartige Nüsse (Regionales) zu tolerieren. Die Revision läßt jedoch außer acht, daß sich die Klägerin gerade nicht auf diese Sondertoleranzen berufen und daß das Berufungsgericht sie auch bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt hat. Es hat vielmehr, wie bereits ausgeführt, als einem Handelsbrauche entsprechend angenommen, daß die Beklagte nur dann hätte wandeln dürfen, wenn der Minderwert der Ware - 10 % schlechte bzw. taube Nüsse nicht als mangelhaft eingerechnet - mehr als 10 % des Kaufpreises betragen hätte. Daß ein solcher Handelsbrauch nicht als Mißbrauch angesehen werden kann, ist bereits ausgeführt worden.

f) Zu Unrecht will die Revision aus dem Umstande, daß das Berufungsgericht die Ansicht vertritt, bei dem auf Grund des Zwischenvergleichs der Parteien erfolgten Weiterverkauf der beanstandeten Ware (der nur einen Bruchteil des Kaufpreises eingebracht hat) habe ein ganz anderer Maßstab für die Bemessung des Minderwertes angelegt werden müssen, Schlüsse auf die Unbeachtlichkeit der vom Berufungsgericht festgestellten Handelsbräuche ziehen. Die Revision berücksichtigt nicht, daß die Bemessung des Kaufpreises beim Weiterverkauf in erster Reihe durch Angebot und Nachfrage, und worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, durch die subjektive Bewertung der Ware seitens des Käufers bedingt war. Alle diese Faktoren haben bei der Bestimmung des objektiven Minderwertes keine Rolle zu spielen. Es ist selbst unter Berücksichtigung des sehr ungünstigen Ergeb-

nisses dieses Weiterverkaufs nicht anzuerkennen, daß die Rechte des Importeurs durch Anwendung des erörterten Handelsbrauches in sittenwidriger Weise beschränkt würden, indem ihm zwar das Recht auf Wandlung versagt bleibe, er aber andererseits bei einem Weiterverkauf einen erheblichen Schaden hinnehmen müßte, der in einem krassen Mißverhältnis zu der Minderung des Kaufpreises stehe. Denn aus dem besonders ungünstigen Ergebnis des hier von der Klägerin getätigten Weiterverkaufs können keine allgemeingültigen Schlüsse gezogen werden. Das Berufungsgericht hat eine ganze Reihe von Möglichkeiten aufgezeigt, die für den außergewöhnlich niedrigen Verkaufspreis ursächlich gewesen sein mögen. Es hat insbesondere darauf hingewiesen, daß der Verkauf erst 15 Monate nach dem Import stattgefunden und daß in diesem Zeitpunkt die Ware ein erheblich größeres Untergewicht gehabt habe als Ende 1954. Das Berufungsgericht hält es auch für möglich, daß es sich inzwischen auf dem Markt herumgesprochen habe, mit der Ware sei etwas nicht in Ordnung, und daß dieser Umstand preisdrückend gewirkt habe. Die Verbindlichkeit des vom Berufungsgericht festgestellten Handelsbrauches kann daher durch dieses ungünstige Veräußerungsergebnis nicht in Frage gestellt werden.

III. Auszählung der tauben und schlechten Nüsse.

Unter I, 4 ist ausgeführt worden, daß das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum das von den sachverständigen Zeugen Pantaenius und Baumann bei der Auszählung angewandte Verfahren, zwei halbschlechte Nüsse als eine schlechte zu zählen, gebilligt hat. Vergeblich rügt die Revision, daß das Berufungsgericht zu Unrecht das Ergebnis des sachverständigen Zeugen Pantaenius und nicht dasjenige des Sachverständigen Baumann übernommen habe. Daß beide sachverständigen Zeugen

dieselbe Zählmethode angewandt haben, konnte das Berufungsgericht indes nicht daran hindern, unter Ausübung seines tatrichterlichen Ermessens dem sachverständigen Zeugen Pantaenius deshalb den Vorzug zu geben, weil dieser als gerichtlich bestellter Sachverständiger die Ware untersucht hat, während Baumann im Auftrage der Beklagten tätig geworden ist.

IV. Feststellung des Minderwerts in Prozentsätzen des Kaufpreises.

Auch die gegen die Feststellung der einzelnen Prozentsätze von der Revision erhobenen Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.

1. Im Schriftsatz vom 12. Dezember 1955 hatten die Beklagten vorgetragen, der von ihnen beauftragte Makler S. [REDACTED] habe der Firma R. [REDACTED] und P. [REDACTED] die streitigen Walnüsse angeboten (Schlußschein vom 12./13. Dezember 1955), die Firma R. [REDACTED] und P. [REDACTED] habe aber die Übernahme der Partie wegen eines Minderwertes von 50 % abgelehnt. Diese Stellungnahme liege etwa zwei Wochen nach dem am 30. November 1955 von dem sachverständigen Zeugen Pantaenius erstatteten Gutachten, das nur einen Minderwert von 5 bzw. 7,5 % festgestellt habe. Innerhalb der kurzen Zeit könne aber der Minderwert nicht in diesem Maße gestiegen sein. Hierfür hatten die Beklagten den Inhaber der Firma R. [REDACTED] und R. [REDACTED] K. [REDACTED], als Zeugen benannt. Sie hatten das Beweisangebot im Schriftsatz vom 8. Oktober 1960 wiederholt und dort weiter ausgeführt, sie hätten anschließend versucht, die Ware an die Firma D. L. [REDACTED] Söhne zu verkaufen, die aber ebenfalls den Ankauf mit der Begründung abgelehnt habe, daß der geforderte Preis unter Berücksichtigung des 50 %igen

Minderwertes zu hoch sei. Zum Beweise hatten sie L [REDACTED] als Zeugen benannt. Die Revision rügt, indes zu Unrecht, daß das Berufungsgericht diese Beweise nicht erhoben habe. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt nicht vor. Der Umstand, daß die beiden Firmen in der Annahme, der Minderwert der Ware betrage 50 % des Einkaufspreises der Beklagten, den Ankauf zu dem von ihnen geforderten Preise abgelehnt haben mögen, konnte die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht beeinflussen, bei der es nur darauf ankam, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein nach objektiven Gesichtspunkten festzustellender Minderwert tatsächlich gegeben war. Auf den Beweisantrag der Beklagten durch Benennung der beiden Firmeninhaber als Zeugen kam es daher nicht an.

2. Unter I, 1, b ist bereits ausgeführt, das Berufungsgericht habe ohne Rechtsverstoß einen dahingehenden Handelsbrauch angenommen, daß es dem Lieferanten gestattet sei, beim Aussortieren der Nüsse (der Größe nach) den gesamten Liefervorrat über Lochsiebe laufen zu lassen, obwohl damit das Risiko verbunden sei, daß nicht alle zu kleinen Nüsse ausgeschieden würden. Würde man bei der dem Käufer obliegenden Untersuchung zulassen, daß sich dieser bei der Untersuchung eines sog. Klemmaßes bedient, so würde wie bereits erörtert, dem Käufer das Risiko, die auf dem Lochsiebe des Verkäufers zurückgebliebenen zu kleinen Nüsse als vertragsmäßig hinnehmen zu müssen, wieder abgenommen. Da aber der Sachverständige Hinschläger es als handelsüblich bezeichnet hat, daß beim Käufer angewandte Prüfungsverfahren mit dem Aussortierungsverfahren des Verkäufers abzustimmen, ist es auch verfahrensmäßig nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Prüfmethode des sachverständigen Zeugen Pantaenius, der ein Lochlineal verwendet hat, gegenüber derjenigen des Sachverständigen Baumann den Vorzug gegeben hat, der sich eines Klemmaßes

bedient hat. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe gegen § 286 ZPO verstoßen, wenn es das Meßverfahren des sachverständigen Zeugen Pantaenius gebilligt habe, ist daher nicht begründet.

3. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den vom Sachverständigen Hinschläger erwogenen Gesichtspunkt nicht berücksichtigt, der Minderwert liege meist höher als er sich rein prozentual darstellt. Das Berufungsgericht hat die von dem sachverständigen Zeugen Pantaenius bei Berechnung der mit den einzelnen Mängeln zusammenhängenden Wertminderungen angewandten Maßstäbe gerade im Hinblick darauf gebilligt, daß der Sachverständige Hinschläger geäußert habe, Pantaenius sei sehr großzügig gewesen. Es ist daher nicht anzuerkennen, daß dem Berufungsgericht hier ein sachlichrechtlicher oder ein verfahrensrechtlicher Verstoß unterlaufen wäre.

4. Die Revision kann auch nicht mit der Rüge durchdringen, der sachverständige Zeuge Pantaenius habe seine Ermittlungen auf einer ungenügenden Grundlage durchgeführt, indem er sich damit begnügt habe, nur 47 Säcke zu öffnen. Wenn die Beklagten sich durch dieses Vorgehen des sachverständigen Zeugen beschwert gefühlt haben sollten, so hätten sie in der mündlichen Verhandlung unter Einschaltung des Sachverständigen Hinschläger diese Frage klären können. Aus der im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Bekundung des sachverständigen Zeugen Pantaenius ist jedoch nicht ersichtlich, daß ihm entsprechende Vorhaltungen gemacht worden wären. Ein Rechtsverstoß des Berufungsgerichts ist daher nicht feststellbar.

5. Den nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz der Beklagten vom 2. November 1960, der u.a. den Antrag auf nochmalige Vernehmung des Zeugen Baumann enthält, hat das Berufungsgericht mit Recht unberücksichtigt gelassen, da den Beklagten eine nachträgliche Erklärung in der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 1960 nicht vorbehalten worden war. Die Revision rügt indes unter dem Gesichtspunkte des § 139 ZPO, das Berufungsgericht hätte sich Klarheit über die Berechnungsweise des sachverständigen Zeugen Baumann verschaffen müssen, welche diesen zu einem den von Pantäenius ermittelten übersteigenden Minderwert geführt habe; sie macht geltend, daß die Beklagten, falls das Gericht eine entsprechende Auflage gemacht hätte, das vorgetragen hätten, was in dem nachgereichten Schriftsatz vom 2. November 1960 enthalten sei.

Die Rüge bleibt erfolglos. Denn auch aus der mit dem Schriftsatz vom 2. November 1960 eingereichten Erklärung des sachverständigen Zeugen Baumann ergibt sich nichts Näheres über die Art und Weise, wie Baumann zu einem Minderwert von 25 % gelangt. Außerdem können sich die Beklagten schon deshalb nicht auf eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht berufen, weil sie in der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 1960 Gelegenheit hatten, die ihnen erforderlich scheinenden Fragen an den Sachverständigen Zeugen Baumann zu richten.

V. Beimischung von Regionalnüssen.

Ohne Erfolg greift die Revision auch die Feststellungen des Berufungsgerichts an, die sich auf den durch die Beimischung von Regionalnüssen zu den zu liefernden Nußarten "Marbots" und "Cornes" bedingten Minderwert beziehen.

1. Die Revision rügt vergeblich als Verfahrensverstöß, daß das Berufungsgericht auch in dieser Beziehung dem sachverständigen Zeugen Pantaenius gefolgt sei, der nur einen Minderwertsatz von 3,26 % geschätzt hat. Aus der vom Berufungsgericht wiedergegebenen und gewürdigten Bekundung des sachverständigen Zeugen ist zu ersehen, daß dieser die Anzahl der Regionalnüsse nicht durch stichprobenweise Zählung ermittelt hat. Pantaenius hat das damit begründet, daß die Regionalnüsse wegen ihrer Ähnlichkeit mit den vertraglich zu liefernden Cornes und Marbots schlecht zu zählen gewesen seien, er habe jedoch die Beimischung auf den ersten Blick erkannt. Wenn aber Pantaenius die Zahl der Regionalnüsse nicht ermittelt hat, so kann auch seine Bestimmung des Minderwerts nur auf einer Schätzung beruhen, bei der er von einer Wertdifferenz in Höhe von 6 % gegenüber der Vertragsware ausgegangen ist. Diese Schätzung hat der sachverständige Hinschläger als für die Beklagten sehr günstig bezeichnet, da sie auf einen Prozentsatz von 15 % beigemischter Regionalnüsse hinauslaufe. Bei dieser Sachlage bedeutet es keinen Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht den mit der Beimischung zusammenhängenden von Pantaenius angegebenen Minderwertsatz von 3,26 % übernommen hat. Es lag in seinem Ermessen, dem sachverständigen Zeugen Pantaenius gegenüber dem sachverständigen Zeugen Baumann, der einen höheren Prozentsatz geschätzt hat, den Vorzug zu geben. Da auch Baumann keine genauere Berechnungsmethode angewandt hat, bedeutet es keinen Ermessensmißbrauch, wenn das Berufungsgericht im Hinblick darauf, daß den Beklagten die Beweislast für die Höhe des Minderwertes obliegt, einen höheren Satz als den von Pantaenius angegebenen Prozentsatz nicht für erwiesen angesehen hat.

2. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe § 286 ZPO verletzt, indem es den in der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 1960 von den Beklagten erbotenen Beweis durch Vernehmung des Kaufmanns Ralf W. [REDACTED] nicht erhoben habe. W. [REDACTED] hätte bekunden können, daß mindestens 20 bis 40 % Regionalnüsse in der streitigen Partie enthalten gewesen seien.

Die Rüge bleibt ebenfalls ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Vernehmung des Zeugen mit der Begründung abgelehnt, er habe in seinem zu den Akten eingereichten Gutachten vom 18. November 1955 keinen Prozentsatz der beigemischten Regionalnüsse angegeben, so daß angenommen werden müsse, daß er hierüber keine genauen Feststellungen getroffen habe, er auch nach 5 Jahren eine dahingehende Frage nicht mehr bestimmt genug beantworten könne. Die Revision läßt indes auch bei dieser Rüge außer acht, daß den Beklagten die Beweislast für die Höhe des Minderwertes obliegt und daß das Berufungsgericht den von Pantaenius geschätzten Beimischungssatz (der Menge nach) von 15 % und den Minderwert von 3,26 %, den der sachverständige Hinschläger als sehr großzügig bemessen bezeichnet, seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Das Berufungsgericht hätte - und das hat es ersichtlich stillschweigend miterwogen - bei einer so vagen Schätzung des Zeugen von 20 bis 40 % allenfalls die unterste Grenze der Schätzung berücksichtigen können. Das hätte aber im Ergebnis keine Änderung des vom Berufungsgericht angenommenen Minderwerts bedeutet. Es stellt daher keinen Ermessensmißbrauch und auch keine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung dar, wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen ersichtlich erwogen hat, daß die Mitberücksichtigung eines solchen Ergebnisses ihm keinen Anlaß bieten könne, einen höheren Satz als den von Pantaenius geschätzten für durch den Beklagten nach-

gewiesen anzusehen. Das Berufungsgericht war zu einer solchen Erwägung umsomehr berechtigt, als die Feststellung des Beimischungssatzes in erster Reihe eine Sachverständigenfrage darstellt und es bei ihrer Beantwortung auch auf die Beurteilung des Sachverständigen Hinschläger zurückgreifen konnte.

3. In der mündlichen Verhandlung hat die Revision den Standpunkt vertreten, die Beimischung von artfremden, minderwertigeren Nüssen unter die von der Klägerin zu liefernden Nußsorten habe, wenn auch kein aliud im Rechtssinne so doch ein solches in wirtschaftlicher Hinsicht bedingt. Deshalb hätte das Berufungsgericht einen viel höheren Minderwert annehmen müssen, als er in dem Prozentsatz von 3,26 % zum Ausdruck komme. Sie hat gerügt, das Berufungsgericht habe diesen Gesichtspunkt verkannt. Es ist indes weder ein sachlich rechtlicher noch ein verfahrensrechtlicher Verstoß festzustellen, wenn das Berufungsgericht der Beurteilung des gerichtlichen Sachverständigen Hinschläger gefolgt ist, der gegen das bei der Minderwertsbestimmung von dem sachverständigen Zeugen Pantaenius eingeschlagene Verfahren keine Bedenken erhoben, sondern im Gegenteil den von Pantaenius ermittelten Minderwert noch als großzügig bemessen beurteilt hat. Es lag insbesondere auch im Rahmen des dem Berufungsgericht zustehenden tatrichterlichen Ermessens, wenn es die Sachkunde des Sachverständigen Hinschläger für ausreichend angesehen hat, diese Frage nach Maßgabe der im Großhandel mit Nüssen festzustellenden Üblichkeit zu beantworten. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, falls sie angenommen haben sollten, der Sachverständige habe einen wichtigen Gesichtspunkt übersehen, ihn in der mündlichen Verhandlung einen entsprechenden Vorhalt zu machen. Das haben sie indes nicht getan.

VI. Zu Unrecht bemängelt die Revision, der Klägerin dürfe auch nicht eine Gewichts Differenz von 2 % angelastet werden. Da der Sachverständige Hinschläger eine solche Toleranz als handelsüblich angegeben hat, ist es kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht diese Angabe seinen Feststellungen zugrunde gelegt hat. Ein von der Revision gleichfalls gerügter Verstoß gegen § 139 ZPO liegt ebenfalls nicht vor. Die Revision will ihn darin erblicken, daß die Beklagten nach dem Umfang dieser Toleranz erst hätten gefragt werden müssen und daß sie dann durch Sachverständige unter Beweis gestellt hätten, die Tolerierung von 2 % Untergewicht hätte eine hier unterbliebene bahnamtliche Verwiegung auf der Abgangsstation zur Voraussetzung gehabt. Einer solchen Befragung bedurfte es indes schon deshalb nicht, weil die Beklagten in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit hatten, dem Sachverständigen Hinschläger die entsprechenden Vorhalte zu machen.

VII. Auch die Erwägungen des Berufungsgerichts, die Beklagten könnten keine Schadensersatzansprüche mit der Begründung erheben, die Klägerin habe die Ware aufgrund des Zwischenvergleichs zu billig verkauft, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Alles, was die Revision als vom Berufungsgericht übergangen vorträgt, ist nicht geeignet, die Erwägungen des Berufungsgerichts zu widerlegen und in schlüssiger Weise ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin darzutun. Insbesondere fehlt es schon an einem Anhaltspunkt dafür, daß sich eine Gelegenheit geboten habe, die Ware zu einem günstigeren Preise zu verkaufen.

VIII. Da die Wertminderung der Ware nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den tolerierten Prozentsatz von 10 % nicht einmal erreicht, geschweige denn, was erforderlich gewesen wäre, übersteigt, können die Beklagten mit ihrem Wandlungsbegehren nicht durchdringen.

Daß dem Berufungsgericht bei der Berechnung der Minderwertsabzüge hinsichtlich der Anwendung der Grundsätze des § 472 BGB oder in rein rechnerischer Hinsicht ein Fehler unterlaufen wäre, ist weder erkennbar, noch erhebt die Revision in dieser Beziehung irgendwelche Angriffe. Dem Berufungsgericht ist daher darin beizutreten, wenn es ausgehend von dem Umstande, daß nur über den die dritte Lieferung betreffenden Kaufpreisanspruch und zwar auch hier nur über einen Teilanspruch auf 4000 \$ weniger 842,82 \$ = 3157,18 \$ zu entscheiden war, unter Anrechnung der von ihm in derselben Höhe wie im ersten Berufungsurteil errechneten Minderwertsabzüge und des Verkaufserlöses von 628,98 \$ auf die Kaufpreisforderung von 4000 \$ zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagten auf alle Fälle noch 3088,38 \$ zu zahlen haben. Die Differenz von 68,80 \$ zugunsten der Beklagten und Revisionskläger gegenüber dem ersten Berufungsurteil, gegen welche die Revision naturgemäß keine Einwendungen erhebt, ergibt sich daraus, daß das Oberlandesgericht in seinem ersten Berufungsurteil die Abzüge auf eine Kaufpreisforderung von 4068,80 \$ verrechnet hat, ohne zu beachten, daß die Forderung, soweit sie den Betrag von 4000 \$ übersteigt, noch beim Landgericht anhängig ist. Welche Art der Verrechnung zu billigen ist, kann dahingestellt bleiben, da die Klägerin, zu deren Ungunsten sich die nunmehr vom Berufungsgericht angewandte Verrechnungsart wenigstens in diesem Verfahren auswirkt, weil ihre Berufung in Höhe dieser Differenz von 68,80 \$ in dem angefochtenen Urteil zurückgewiesen worden ist, ein Rechtsmittel nicht eingelegt hat. Bei dieser Sachlage bestehen jedenfalls gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, daß die Kaufpreisforderung für die dritte Lieferung, soweit sie den Betrag von 4000 \$ übersteigt (68,80 \$ + 4 \$ = 72,80 \$) noch beim Landgericht anhängig ist, keine Bedenken.

Auch hinsichtlich der der Klägerin zuerkannten Zinsen hat die Revision keine Angriffe erhoben. Ein Rechtsirrtum zum Nachteile der Beklagten ist auch nicht erkennbar.

IX. Die Revision der Beklagten erweist sich somit in vollem Umfange als unbegründet. Sie ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden. Durch die geringe Zuvielforderung von 68,80 \$ sind keine besonderen Kosten entstanden, so daß das Berufungsgericht die gesamten Kosten der ersten Revision und die Kosten der Berufung nach der Zurückverweisung den Beklagten auferlegen durfte (§ 92 Abs. 2 ZPO).

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner