

40
2126 061

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 12/68

URTEIL

Verkündet am

10. Dezember 1969
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Albert L [REDACTED] in G [REDACTED] i.O.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Geflügelzüchter Paul W [REDACTED] in
R [REDACTED] i.O.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h.c. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember
1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten
Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl,
Dr. Messner, Mormann und Braxmaier
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom
29. November 1967 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt einen Landhandel. Er kaufte im April 1964 von dem Kläger, Inhaber einer Geflügelzucht mit Brüterei, 5 500 Junghennen der Rasse Hy-Line zum Preise von 9 DM je Stück. In der Auftragsbestätigung vom 23. April 1964 nahm der Kläger auf die Lieferbedingungen der Deutschen Wirtschaftsgeflügelzucht (L.D.W. - Bl. 34 GA) Bezug, die dem Schreiben jedoch nicht beilagen. Die Tiere wurden dem Beklagten am 7. und 8. Januar 1965 geliefert, und zwar in Käfigen zu je 12 Stück. Nach der Behauptung des Klägers waren es im ganzen 5 488 Junghennen. Die Tiere wurden von der damals beim Beklagten als landwirtschaftliche Arbeiterin beschäftigten Frau La [REDACTED] angenommen, zu

deren Aufgaben auch die Versorgung des Hühnerstalles gehörte. Frau La [REDACTED] bestätigte den Empfang von 5 488 Junghennen durch eine Quittung. Die Hälfte des Kaufpreises in Höhe von 24 696 DM zahlte der Beklagte am 16. Januar 1965. Die andere Hälfte steht noch offen und wird vom Kläger mit einem Teil des Klageanspruchs im Rechtsstreit geltend gemacht.

Im ganzen hat der Kläger 35 809,29 DM nebst Zinsen eingeklagt. Davon entfallen die genannten 24 696 DM auf den Restkaufpreisanspruch. 13 834 DM weniger 2 855 DM (von ihm anerkannte Gegenforderung des Beklagten) verlangt der Kläger als Schadensersatz aus einem Werkvertrag, weitere 145 DM als Kosten für ein Gutachten.

Der Beklagte hat hilfsweise mit Gegenansprüchen aus Provisions- und restlichen Werklohnforderungen in Höhe von insgesamt 18 348,45 DM aufgerechnet. Das Landgericht hat durch Teil- und Vorbehaltsurteil unter Abweisung der Klage im übrigen den Beklagten zur Zahlung von 21 330,29 DM nebst Zinsen verurteilt, davon in Höhe von 14 982,74 DM unter Vorbehalt der Entscheidung über die vom Beklagten erklärte Aufrechnung. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat beide Berufungen zurückgewiesen, die des Beklagten mit der Maßgabe, daß sich der Beginn des Zinslaufes aus der Urteilssumme zugunsten des Beklagten verschiebt.



Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt die vom Beklagten zu seiner Verteidigung geltend gemachten Mängelansprüche an der Feststellung scheitern, daß der Beklagte nicht rechtzeitig gerügt habe. Es läßt es dahinstehen, ob die L.D.W. Vertragsinhalt geworden sind, weil die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige schon nach §§ 377, 378 HGB verneint werden müsse.

II. Gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß der streitige Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, weil beide Parteien als Kaufleute anzusehen sind. Hinsichtlich der Person des Beklagten steht das außer Frage. Hinsichtlich des Klägers bittet die Revision um Nachprüfung, ob er als Inhaber eines Geflügelvermehrungsbetriebes nicht etwa nur dann als Kaufmann zu gelten hat, wenn seine Firma im Handelsregister eingetragen ist.

Die Entscheidung, ob der Geflügelzuchtbetrieb des Klägers als Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB anzusehen ist, kann deshalb offenbleiben, weil die Parteien während des ganzen Rechtsstreits in den Vorinstanzen die Kaufmannseigenschaft des Klägers nicht in Zweifel gezogen haben, der Beklagte vielmehr im Gegenteil den Kläger ausdrücklich als Vollkaufmann bezeichnet hat (vgl. Bl. 86, 96, 112 GA; s. auch Bl. 113, 114, 128 und 129 GA). Damit konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß der Kläger zumindest gemäß § 2 HGB auf Grund einer Eintragung im Handelsregister als Kaufmann zu gelten hat. Es hatte keine Veranlassung hierzu seine Fragepflicht auszuüben, zumal in den Briefköpfen der Geschäftsbogen des Klägers auch auf seinen Landhandel verwiesen wird. Die Revision rügt hierzu auch keinen Verfahrensverstoß. Konnte das Berufungsgericht hiernach zu der Annahme gelangen, es liege auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vor, so brauchte es auf die Frage, ob auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB in der Person des Klägers erfüllt sind, nicht einzugehen.

III. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Beklagte habe keine rechtzeitige Mängelrüge entsprechend den §§ 377, 378 HGB angebracht und müsse aus diesem Grunde die Geflügellieferung mit allen möglicherweise vorhandenen Mängeln in Quantität und Qualität als genehmigt gelten lassen. Es stellt fest, daß der Beklagte die Behauptung, es seien 400 Hennen zu wenig geliefert worden, erst im Lau-

fe des Rechtsstreits aufgestellt hat, nachdem er zunächst die Lieferung von 5 488 Hennen sogar wiederholt und ausdrücklich bestätigt hatte. Daß die Herde mit "Kümmerlingen" durchsetzt gewesen sei und daß die Tiere in einem schlechten körperlichen Zustand gewesen seien, habe er frühestens 1 1/2 Monate nach Lieferung beanstandet.

Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Die Revision meint jedoch, dem Beklagten sei eine frühere Rüge nicht möglich gewesen, weil ihm die Zählung der Tiere und ihre Untersuchung auf Rassezugehörigkeit und Gesundheit in einem früheren Zeitpunkte nicht zumutbar gewesen sei. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Das Berufungsgericht vertritt den Standpunkt, daß nach der Besonderheit des Geschäftes insbesondere des Kaufgegenstandes nur eine sofortige Untersuchung der Tiere bei ihrer Anlieferung in Betracht gekommen sei. Das Berufungsgericht hat recht.

Die Junghennen wurden in Käfigen zu je 12 Tieren geliefert. Solange sie noch in den Käfigen waren, war noch eine Zählung und Untersuchung ohne Schwierigkeiten möglich. Waren die Hennen einmal freigelassen, so begegneten einer Zählung und Untersuchung der frei herumlaufenden Tiere unüberwindliche Schwierigkeiten. War der Beklagte selbst nicht sachverständig genug, um eine Prüfung der Rassezugehörigkeit und des Gesundheitszustandes durch-

zuführen, so war es seine Sache, einen Sachverständigen beizuziehen. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß ihm die Lieferung nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sei. Das Berufungsgericht vertritt mit Recht den Standpunkt, der Liefertermin sei so hinreichend genau vereinbart gewesen (1. Januarwoche), daß sich der Beklagte habe darauf einrichten können, ohne daß es noch einer vorherigen Benachrichtigung bedurft habe.

Deshalb zieht die Revision auch ohne Erfolg in Zweifel, daß die Tiere im Zeitpunkt ihres Eintreffens dem Beklagten im Sinne des § 377 HGB gehörig "abgeliefert" worden seien. Daß dem Beklagten beim Abstellen der Käfige auf seinem Anwesen unter Aufsicht einer Angestellten die Sendung zur Untersuchung zugänglich war, liegt auf der Hand. Damit sind aber die Voraussetzungen für die Annahme einer Ablieferung im Sinne des § 377 HGB erfüllt. Für seinen eigenen Fehler, daß er für eine ordnungsgemäße Untersuchung keine Vorsorge getroffen hat, kann der Beklagte den Kläger nicht verantwortlich machen.

Die Frage, ob die Angestellte La [REDACTED] des Beklagten bevollmächtigt war, mit Wirkung gegen den Beklagten den Empfang rechtsgeschäftlich zu quittieren, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Da der Beklagte somit im Zeitpunkt der Ablieferung und auch unverzüglich danach überhaupt keine Nachprüfung veranlaßt hat, hat er die Obliegenheit einer Untersuchung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang verletzt. Die nicht rechtzeitige Rüge der offenliegenden Quantitäts- und Qualitätsmängel ist ihm daher zuzurechnen.

Das Berufungsgericht erachtet die Rüge der Revision, es habe sich noch nachträglich Wurmbefall bei einem Teil der Hennen herausgestellt, ebenfalls als verspätet. Auch gegen diese Erwägung, die von der Revision nicht angegriffen wird, bestehen keine rechtlichen Bedenken, weil der Beklagte die bereits Ende Januar 1965 entdeckte Erkrankung erst am 19. Februar 1965 mitgeteilt hat.

IV. Ohne Rechtsirrtum verneint das Berufungsgericht ein arglistiges Verhalten des Klägers, das die Anwendung der §§ 377, 378 HGB ausgeschlossen hätte. Zumindest sei der subjektive Vorwurf, der Kläger habe gewußt, daß ein großer Teil der Hennen nicht zu der Rasse der Hy-Line gehört, nicht bewiesen. Diese Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen. Die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag übergangen, den Tierarzt darüber zu vernehmen, daß die meisten Hennen keine Rassehühner gewesen seien, zielt nicht in diese Richtung. Die Rüge ist aber auch im übrigen unerheblich; denn im Hinblick auf die Verspätung aller Rügen kam es nicht mehr auf diese Frage an.

V. Der Beklagte muß daher mit den im Berufungs-
urteil angegebenen Einschränkungen und Vorbehal-
ten den noch offenstehenden Restkaufpreis an den
Kläger zahlen. Die Revision des Beklagten war so-
mit zurückzuweisen. Er trägt gemäß § 97 ZPO die Ko-
sten seines Rechtsmittels.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier