

2337 077

12/17

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 390, 467

Der zur Wandlung berechtigte Käufer kann mit der Forderung auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises für gelieferte Ware aufrechnen, wenn der Gegner sich auf Grund eines wirksamen Angebots, die Ware zurückzunehmen, im Annahmeverzug befindet (vgl. RGZ 94,309).

HGB § 377; BGB §§ 326 H, J, 276 Hb

Bei Teillieferungen kann der Käufer allein wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Ware weitere Lieferungen dann nicht ablehnen, wenn er die Mängel nicht rechtzeitig gerügt hat.

BGH, Urt. v. 3. Februar 1959 - VIII ZR 14/58 - OLG Köln

14

VIII ZR 14/58

Verkündet
am 3. Februar 1959
[REDACTED], Justizober-
sekretär, als Urkunds-
beamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Margot E [REDACTED], Kunststoffherzeugnisse, in
D [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaberin Frau Margot E [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten,
Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED] Company mit beschränkter
Haftung in K [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer F [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin,
Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Februar 1959 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
19. Dezember 1957 insoweit aufgehoben, als es
zum Nachteil der Klägerin entschieden hat.

- 1 a -

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung
über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Im Februar 1954 bestellte die Beklagte nach voraus-
gegangenen Verhandlungen mit der Klägerin über die Her-
stellung und Lieferung einer als Kinderspielzeug verwend-
baren "Bombe", durch deren Aufschlag ein Zündplättchen
zur Entzündung gebracht werden und ein Knall entstehen
sollte, 300 000 solcher "Knall-Fix"-Bömbchen. Die Kläge-
rin ließ die Bömbchen aus dem Material Polystyrol durch
eine andere Firma herstellen und lieferte unter Beifügung
von Zündplättchen, die ihr in der Hauptsache von der
Beklagten zur Verfügung gestellt wurden, an diese bis
22. März 1954 in Teillieferungen insgesamt 86 170 Bömb-
chen. Ein Teil der Lieferungen an die Beklagte war der Klä-
gerin zurückgegeben worden, um sie nach Weisungen der
Beklagten umzupacken. Nach ihrer Darstellung sollten hier-
bei auch mangelhafte Stücke aussortiert und als ungeeig-
net festgestellte Zündplättchen durch andere ersetzt wer-
den. Die Lieferungen wurden vereinbarungsgemäß alsbald
bezahlt. Am 27. März 1954 lieferte die Klägerin der Be-
klagten weitere 63 500 Bömbchen gegen Zahlung des Rech-
nungsbetrages von 2.857,50 DM. Mit Schreiben vom 8. April
1954 nahm die Beklagte auf eine Besprechung vom 30. März
1954 Bezug, in der sie den Beweis für eine mangelhafte
Ausführung der Knall-Fix-Bömbchen erbracht habe, bezeich-
nete die Ware als nach wie vor in einem Umfang von durch-
schnittlich 20 bis 25 % verkaufsunfähig, weil die Bömb-
chen entweder am Schaft oder am Kopf Risse zeigten, und
es als für sie nicht zumutbar, rund 150 000 Bömbchen
auszusortieren. Sie stellte mit dieser Begründung die
ihr gelieferte Ware zur Verfügung und erklärte in dem
Schreiben ferner, daß sie eine Ersatzlieferung nicht
wünsche. Die Beklagte lehnte auch die Entgegennahme wei-
terer Lieferungen auf Grund ihrer Bestellung vom Februar
1954 ab.

Die Klägerin hat mit der Begründung, daß etwa 75 000 Bömbchen bereits fertiggestellt worden seien, hierfür den Kaufpreis mit 3.375.-- DM beansprucht, ohne diesen Betrag in die vorliegende Klage einzubeziehen. Sie hat mit ihr die Vergütung ihrer Mehrarbeit für das Umpacken der Ware mit 1.372,10 DM und entgangenen Gewinn für 75.000 Bömbchen, die noch nicht fertiggestellt worden waren, in Höhe von 1.119.-- DM, außerdem den Ersatz ausgelegter Frachtkosten mit 96,65 DM und zwei Rechnungsbeträge für die Lieferung anderer Waren mit 772.-- DM nebst Zinsen gefordert.

Die Beklagte hat die Zahlungsansprüche mit Ausnahme des Betrages von 1.119.-- DM ihrem Entstehungsgrund und der Höhe nach nicht bestritten, jedoch Forderungen auf Rückzahlung der Rechnungsbeträge für ihr gelieferte Bömbchen unter dem Gesichtspunkt der Wandlung zur Aufrechnung gestellt und im übrigen hiermit ihre Widerklage auf Zahlung von 5881,35 DM Zug um Zug gegen Herausgabe von 150 000 Stück Kinderspielzeugen "Bombe aus Spritzguß" begründet. Außerdem hat sie mit der Widerklage gegenüber dem mit der Klage nicht geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Abnahme und Bezahlung der bereits hergestellten Bömbchen die Feststellung begehrt, daß der Klägerin kein das Klagebegehren übersteigender Anspruch zustehe. Sie hat behauptet, sie habe jede der einzelnen Lieferungen durch Stichproben geprüft und alsbald mündlich beanstandet, insbesondere habe sie am 30. März 1954 derartige Beanstandungen gegenüber dem Ehemann der Inhaberin der Klägerin mündlich erhoben. Der Mangel der Bömbchen bestehe darin, daß sie zu einem hohen Prozentsatz bereits nach dem ersten Aufprall oder jedenfalls nach wenigen Aufschlägen zersprängen. Von den ihr gelieferten Bömbchen seien noch

120 240 Stück vorhanden und auf Lager befindlich.

Die Klägerin hat die behaupteten Mängel und Mängelrügen bestritten und geltend gemacht, sie habe der Beklagten, die nach Muster bestellt habe, das geliefert, was vereinbart gewesen sei, außerdem habe die Beklagte die Ware als Erfüllung angenommen und dies auch durch die Bezahlung des Kaufpreises zum Ausdruck gebracht.

Das Landgericht hat der Klägerin zunächst durch Teilurteil 868,65 DM nebst 9 % Zinsen ab 3. Juli 1954 unter Vorbehalt der von der Beklagten erklärten Aufrechnung zugesprochen. Das Urteil ist nicht angefochten worden.

Das Landgericht hat sodann durch Schlußurteil das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt, die Beklagte ferner verurteilt, an die Klägerin 2.491,10 DM (1.372,10 + 1.119,--) nebst Zinsen zu zahlen, und die Widerklage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat dagegen das Vorbehaltsurteil aufgehoben, das Schlußurteil des Landgerichts abgeändert, die Klage abgewiesen und auf die Widerklage die Klägerin zur Zahlung von 616,75 DM Zug um Zug gegen Herausgabe von 63.500 Kinderspielzeugen "Bombe aus Spritzguß" verurteilt sowie festgestellt, daß der Klägerin ein weiterer Anspruch gegen die Beklagte nicht zustehe. Im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Klägerin erstrebt mit der Revision die volle Zurückweisung der Berufung der Beklagten, also die Wiederherstellung des Schlußurteils des Landgerichts, während die Beklagte die Revision zurückgewiesen haben will.

Entscheidungsgründe:

I. Die Forderungen der Klägerin auf Zahlung von 868,65 DM und 1.372,10 DM sind abgesehen von der Aufrechnung unbestritten. Insoweit hängt die Entscheidung des Rechtsstreits davon ab, ob die Aufrechnung mit der Gegenforderung auf Rückzahlung von 2.857,50 DM zulässig ist. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Beklagte hinsichtlich der Teillieferung vom 27. März 1954 rechtzeitig gerügt habe und die Beklagte in diesem Umfange Wandlung des Kaufs verlangen könne. Für die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung ist zu unterstellen, daß das Wandlungsbegehren der Beklagten begründet sei.

- Nach § 390 BGB kann eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden. Der Käufer hat im Falle der rechtmäßigen Wandlung zwar einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, aber nur Zug um Zug gegen gleichzeitige Rückgabe der Kaufsache (§§ 467, 348 BGB). In § 348 BGB wird § 320 BGB für entsprechend anwendbar erklärt. Der Verkäufer, der sich mit der Wandlung einverstanden erklärt hat, kann demnach die Rückzahlung des Kaufpreises bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Dieses Recht muß ihm grundsätzlich auch für den Fall zugestanden werden, daß er sich dem Wandlungsbegehren des Käufers widersetzt. Hat allerdings der Käufer dem Verkäufer die Rückgabe der gekauften Ware angeboten und dieser die Annahme verweigert, so kann ihm nach Treu und Glauben ein Zurückbehaltungsrecht so lange nicht zustehen, als der Käufer ihm die zurückzugebende Ware zur Verfügung hält. Denn der Verkäufer kann dadurch keine bessere Rechtsstellung erlangen, daß er sich mit der Wandlung nicht einverstanden erklärt, obwohl der

Käufer hierzu berechtigt ist. Daraus folgt, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes aus §§ 467, 348 in Verbindung mit § 320 BGB der Aufrechnung mit der Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises dann nicht entgegensteht, wenn der Käufer dem Verkäufer die Rücknahme der Ware angeboten, dieser sie abgelehnt und der Käufer sie trotzdem zur Verfügung gehalten hat (vgl. RGZ 94, 309).

Das Berufungsgericht hat zwar zu dieser Frage keine Stellung genommen. Darin ist jedoch kein die Aufhebung des Urteils rechtfertigender Grund zu finden. Denn der unstreitige Sachverhalt ergibt, daß die Beklagte der Klägerin mit dem Schreiben vom 8. April 1954 auch die Lieferung vom 27. März 1954 zur Verfügung gestellt hat. Die Beklagte hat sie daher der Klägerin zur Rücknahme angeboten. Sie hat dieses Angebot wiederholt, nachdem die Klägerin erklärt hatte, sie sei nicht bereit, die Ware zurückzunehmen. Infolgedessen war das wiederholte Angebot gemäß § 295 BGB als wörtliches Angebot wirksam. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß die Beklagte zur Rückgabe dieser Ware nicht mehr in der Lage sei. Demnach muß die Aufrechnung als zulässig angesehen werden, falls die Beklagte zur Wandlung berechtigt ist. Die dagegen von der Revision vorgebrachten Bedenken erweisen sich als unbegründet.

II. Das Berufungsurteil hat die im zweiten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme dahin gewürdigt, daß die Bömbchen unverkäuflich gewesen seien, weil sich nach kurzer Zeit herungesprochen habe, daß ein großer Prozentsatz von ihnen bereits beim ersten Aufschlage zersprungen und infolgedessen unbrauchbar geworden sei. Dies sei von den als Zeugen vernommenen Handelsvertretern der Be-

klagten Sasse, Geldmacher und Morlitz glaubhaft bekundet worden. Die Folgen dieses Mangels seien gewesen, daß die genannten Zeugen die gelieferten Bömbchen von ihren Kunden zur Verfügung gestellt bekommen und jede weitere Abnahme der Ware von der Beklagten abgelehnt hätten. Selbst wenn es zuträfe, so hat das Berufungsgericht erwogen, daß die Bömbchen, deren Herstellungspreis nur 4,5 Pf. pro Stück betrage, von der Beklagten zu dem Zweck bestellt worden seien, um sie als Zugabe zu Werbezwecken zu verwenden und den Kauf von Kaugummi zu empfehlen, so würde durch die Mangelhaftigkeit der Bömbchen das Gegenteil von dem erreicht worden sein, was bezweckt war. Der von der Beklagten auf den Markt geworfene Artikel habe aus einem Bömbchen bestanden, einem Schächtelchen mit 50 Zündplättchen und einem Stück Kaugummi, bei dem der Wert des Kaugummis 0,4 Pf. ausmache und die beiden übrigen Teile 6,5 Pf. kosteten. Da jedoch das Bömbchen, das auf Kinder den größten Anreiz zum Erwerb geboten habe, nicht die Erwartungen erfüllt habe und diese Mangelhaftigkeit schnell bekannt geworden sei, sei der ganze Artikel - wie die genannten Zeugen bestätigt hätten - unverkäuflich geworden. Dies sei allein auf die Fehler zurückzuführen, die den von der Klägerin an die Beklagte gelieferten Bömbchen anhafteten. Hierbei müsse, da fast ein Drittel der gelieferten Bömbchen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht den an sie zu stellenden Anforderungen entsprochen habe, dieser Mangel auch als wesentlich bezeichnet werden.

Demgegenüber rügt die Revision, die Klägerin habe sich auf Sachverständigenbeweis dafür bezogen, es ließe sich durch praktische Versuche an Hand der noch vorhandenen Bömbchen feststellen, daß jedes Bömbchen nicht nur einmal, sondern im Durchschnitt mindestens 20 mal ver-

wendet werden könne. Keiner der vernommenen Zeugen habe irgendwelche Angaben über den Prozentsatz der angeblich mangelhaften Bömbchen machen können. Auch der Zeuge Conrad habe in seiner Aussage nur davon gesprochen, daß einmal von zehn Stück vielleicht 3 bis 4 Bömbchen zerplatzt seien, ohne dabei angeben zu können, worauf dieses Zerbrechen zurückzuführen sei. Deshalb sei eine weitere Aufklärung des Sachverhalts durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geboten gewesen, die das Berufungsgericht zu Unrecht unterlassen habe.

Diese Rüge der Revision erweist sich als begründet. Den Bekundungen der Zeugen S., G. und H. läßt sich, wie die Revision zutreffend geltend macht, nicht entnehmen, mit welchem Prozentsatz die geschilderten Mängel festgestellt worden sind. Es ergibt sich daraus insbesondere nicht, daß auch die am 27. März 1954 gelieferten Bömbchen als mangelhaft zu bezeichnen sind. Wenn die Beklagte schon bei früheren Lieferungen derartige Mängel festgestellt hatte - sie hat dies ausdrücklich behauptet - und wenn sie trotzdem noch die Lieferung vom 27. März 1954 entgegengenommen und bezahlt hat, so hätte es, um den Wendlungsanspruch hinsichtlich dieser Lieferung zu begründen, einer Feststellung bedurft, ob und in welchem Umfange die von der Beklagten behaupteten Mängel bei dieser Lieferung vorhanden gewesen sind. Eine entsprechende Feststellung fehlt aber in dem angefochtenen Urteil, sie würde sich auch aus den Bekundungen der vernommenen Zeugen nicht herleiten lassen. Der Zeuge S. hat über die Beschaffenheit der Bömbchen lediglich berichtet, sie seien von seiner Angestellten, vielleicht auch von ihm, ausprobiert und es sei dabei festgestellt worden, daß sie beim ersten Aufschlageplatzten. Dadurch sei der Artikel für ihn unverkäuflich geworden. Er habe sich deshalb nicht

mehr weiter darum bemüht, diesen Schlager, den er nur, wie üblich, als Muster bekommen gehabt habe, zu verkaufen. Der Zeuge G. [REDACTED] hat über die Bömbchen ausgesagt, der Kopf sei beim Aufschlagen abgesprungen, es sei vorgekommen, daß sie zerplatzten. Er habe auch Ware bei Kunden untersucht. Seiner Meinung nach sei das Material der Detonation nicht gewachsen gewesen. Der Zeuge Horlitz hat ebenfalls bekundet, es habe sich herausgestellt, daß die Bömbchen vielfach beim erstmaligen Aufschlage, sei es durch die Kraft des explodierenden Zündplättchens, sei es durch den eigentlichen Aufschlag, zersprungen seien. Er habe daraufhin einen großen Teil der Lieferungen zurücknehmen müssen. Es sei jeweils nur das Köpfchen der Bombe, niemals aber der Körper des Bömbchens entzweigegangen.

Diese Bekundungen geben keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür, aus welchen Lieferungen die Zeugen mit Mustern oder zum Verkauf bestimmten Waren versehen worden sind. Deshalb bilden die Aussagen keine genügende Stütze für die Annahme, daß die zuletzt von der Klägerin gelieferten Bömbchen ebenfalls in einem erheblichen Umfange solche Mängel gehabt haben. Es handelte sich zwar um denselben Artikel. Doch läßt sich daraus nicht ohne weiteres entnehmen, daß die letzte Lieferung von der gleichen Beschaffenheit war. Es steht nicht einmal fest, ob sie aus derselben Fertigung stammt wie die früheren Lieferungen. Außerdem ist in Betracht zu ziehen, daß die Beklagte behauptet hat, frühere Beanstandungen hätten die Klägerin veranlaßt, die Aussortierung schlechter Bömbchen zuzusagen. Wenn das möglich war, so könnte dies auch bei Zusammenstellung der letzten Lieferung geschehen sein. Infolgedessen dürfte das Berufungsgericht es bei Prüfung des Anspruchs auf Wandlung der letzten Lieferung

11

nicht unterlassen, sie durch einen Sachverständigen untersuchen zu lassen, was auch die Beklagte angeregt hatte.

Insoweit, als das Berufungsgericht wegen der Beschaffenheit früherer Lieferungen die Beklagte als befugt angesehen hat, die letzte Lieferung zur Verfügung zu stellen und die Annahme weiterer Lieferungen abzulehnen, ist auf folgendes hinzuweisen: Die Beklagte könnte zwar hierzu unter dem Gesichtspunkt einer schulhaften positiven Vertragsverletzung berechtigt sein. Dazu wäre aber erforderlich, daß die Beklagte die Lieferungen, aus denen sie dieses Recht herleitet, wirksam gerügt hatte. Die entgegen einer bestehenden Rügepflicht nicht als mangelhaft gerügte Leistung ist nämlich nach jeder Richtung als vertragsgemäß zu behandeln. Der Empfänger der Leistung kann solchenfalls aus dem Mangel der Ware keinerlei Rechte mehr herleiten, auch nicht Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erheben (RG JW 1936, 2391 zu II unter Hinweis auf RGZ 65, 50 = JW 1907, 150; vgl. ferner RGZ 125, 76, 78; BGH Urt. v. 11. November 1953 - II ZR 242/52 - S. 17, BB 1953, 992, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 11, 63; OLG Karlsruhe, ZS. Freiburg, NJW 1958, 226 Nr. 11; Kuhn in BGB RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 39). Demgemäß muß, soweit sich die Beklagte auf Mängel früherer Lieferungen stützt, festgestellt werden, ob sie solche Mängel, aus denen sie Rechte herleiten will, unverzüglich gemäß § 377 HGB gerügt hat.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei berechtigt, wegen der Beschaffenheit früherer Lieferungen die letzte Lieferung zur Verfügung zu stellen und weitere Lieferungen abzulehnen, einer rechtlich einwandfreien Begründung ermangelt. Daraus folgt, daß sowohl der Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 1.119,-- DM und ihre Forderung auf den nicht eingeklagten Betrag, gegen die sich die Wider-

klage richtet, als auch die zur Aufrechnung gestellte Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises für die letzte Lieferung in Höhe von 2.857,50 DM einer weiteren Prüfung durch den Tatsachenrichter bedürfen. Deshalb war das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht zu ihrem Nachteil entschieden hat.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab. Sie ist daher dem Berufungsgericht übertragen worden.

III. Abschließend erscheint noch folgender Hinweis angebracht: Wenn die Klägerin die Ware nach einer Ausfallprobe, also nach Muster, zu liefern hatte, was die Beklagte im ersten Rechtszuge mit Schriftsatz vom 30. März 1955 zugegeben hat, so würde erforderlichenfalls auch zu prüfen sein, ob die Lieferungen einer von der Beklagten gebilligten Ausfallprobe entsprochen haben. Wenn allerdings nur ein geringer Prozentsatz der Bömbchen Mängel aufgewiesen haben sollte, wie die Beklagte behauptet hat, so wäre es denkbar, daß die Ausfallprobe solche Mängel nicht gehabt hat.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner