

11

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB § 931; HGB § 424

Wird eine bei einem Lagerhalter eingelagerte Ware unter Verwendung von sog. Liefer- oder Freistellungsscheinen durchgehandelt, so kann allein in der Übergabe des Lieferscheins noch keine Eigentumsübertragung gesehen werden.

BGH, Urt. v. 17. Mai 1971 - VIII ZR 15/70 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 15/70

URTEIL

Verkündet am
17. Mai 1971
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der K [REDACTED] Kakao- und Schokoladenwerke Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihren Geschäftsführer Kaufmann Gerhard B [REDACTED] in Be [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED] a,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die O [REDACTED] Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihre Geschäftsführer Rudolf St [REDACTED] und Alfred H [REDACTED] in Ha [REDACTED], Grüner D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Messner, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. November 1969 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im April 1967 verkaufte die Firma A [REDACTED] u. Di [REDACTED] 100 t Rohkakao an die Firma Bec [REDACTED] u. Co. in Ha [REDACTED]. Sie behielt sich an dieser Ware das Eigentum bis zur Bezahlung sämtlicher, auch künftig entstehender Forderungen gegen die Käuferin vor, ermächtigte diese zur Weiterveräußerung unter Eigentumsvorbehalt im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr und ließ sich zugleich die aus den Weiterveräußerungen entstehenden künftigen Kaufpreisforderungen im voraus abtreten. Zur Abwicklung des Kaufvertrages übersandte sie der Fa. Bec [REDACTED] u.a. einen zu deren Gunsten über 25 t Rohkakao ausgestellten, auf einen Ha [REDACTED] Lagerhalter lautenden sog. "Lieferschein". Die Fa. Bec [REDACTED], die ihrerseits



bereits 50 t Rohkakao an die Beklagte verkauft hatte, leitete den vorgenannten Lieferschein - mit ihrem Blanko-Indossament versehen - Mitte Juni 1967 der Beklagten zu. Da diese ebenfalls schon am 31. Mai 1967 15 t Rohkakao unter Eigentumsvorbehalt und Vereinbarung eines Liefertermins: "Juni 1967" an die Klägerin verkauft hatte, ließ sie zur Abwicklung dieses Kaufvertrages einen neuen, auf denselben Lagerhalter lautenden Lieferschein ausstellen und der Klägerin Mitte Juni 1967 mit dem Zusatz: "zur Verfügung Fa. O[REDACTED]" (Klägerin) und der gleichzeitigen Bitte um prompte Abnahme der eingelagerten Ware zuleiten. Die Klägerin bezahlte alsbald den Kaufpreis, beließ jedoch den Rohkakao weiter beim Lagerhalter, verkaufte ihn an die Firma Kö[REDACTED] und übersandte dieser einen neuen, von ihr auf denselben Lagerhalter ausgestellten Lieferschein über die eingelagerte Menge von 15 t. Die Fa. Kö[REDACTED] ihrerseits nahm Mitte Juli 1967 5 t Rohkakao vom Lagerhalter ab, stellte hinsichtlich des Restes von 10 t einen neuen Lieferschein aus und verkaufte diese 10 t unter Übersendung des Lieferscheins Ende Juli 1967 an die Fa. E[REDACTED]. Als diese am 22. September 1967 die eingelagerte Ware unter Vorlage des Lieferscheins abholen wollte, verweigerte der Lagerhalter die Auslieferung mit der Begründung, die Fa. A[REDACTED] - die erste Verkäuferin dieser Kette - habe den Lieferschein unter Berufung auf ihren Eigentumsvorbehalt gegenüber der inzwischen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Fa. Bec[REDACTED] gesperrt. Daraufhin nahmen zunächst die Fa. E[REDACTED] ihren Vormann, die Fa. Kö[REDACTED], und anschließend die Fa. Kö[REDACTED] die Klägerin im Schiedsgerichtsverfahren auf Schadensersatz

satz wegen Nichterfüllung in Anspruch. Nunmehr verlangt die Klägerin ihrerseits mit der Begründung, die Beklagte habe ihr das Eigentum an der hier streitigen Teilmenge von 10 t Rohkakao schuldhaft nicht verschafft und angesichts des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Fa. A [REDACTED] auch nicht verschaffen können, Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Höhe von 30 663,55 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr - abgesehen von einem Teil der geltend gemachten Zinsen - im wesentlichen stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte ihre Verpflichtung, der Klägerin Eigentum an den hier streitigen 10 t Rohkakao zu verschaffen, schon deswegen nicht erfüllt, weil es an einer Besitzübertragung fehle. Die Übergabe der Lieferscheine allein habe deswegen nicht zu einem Besitzübergang im Sinne des § 929 BGB geführt, weil es sich bei den hier benutzten Lieferscheinen nicht um handelsrechtliche Traditionspapiere, sondern lediglich um Anweisungen an den Lagerhalter gehandelt habe.

Es fehle auch an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, daß mit der Aushändigung des Lieferscheins von der Fa. A [REDACTED] an die Fa. Bec [REDACTED] wie auch von der Beklagten an die Klägerin eine Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB) gegenüber dem Lagerhalter gesehen werden könne. Daß schließlich die Fa. E [REDACTED] die streitige Menge erst mehr als drei Monate nach Übergabe des Lieferscheins an die Klägerin abgerufen habe, gehe nicht zu Lasten der Klägerin, da diese sich nicht in Annahmeverzug befunden habe und im übrigen die Fa. A [REDACTED] - als Erfüllungsgehilfin der Beklagten - die Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung durch Sperrung des Lieferscheins vorsätzlich (vgl. § 300 Abs. 1 BGB) herbeigeführt habe.

II.

Diese Ansicht des Berufungsgerichts hält jedenfalls im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, daß die streitigen 10 t Rohkakao unter Verwendung von sog. Liefer- oder Freistellungsscheinen durch nacheinandergeschaltete Kaufverträge in der Kette: Fa. A [REDACTED] - Fa. Bec [REDACTED] - Beklagte - Klägerin - Fa. Kö [REDACTED] - Fa. E [REDACTED] durchgehandelt worden sind. Bei einem derartigen "Durchhandeln" bleibt die Ware im Besitz desselben Lagerhalters. Zur Vermeidung zusätzlicher Umlagerungskosten wird die Ware auch in

aller Regel nicht bei jeder Veräußerung "rückgelagert", d.h. vom Lagerhalter jeweils auf den neuen Käufer umgeschrieben und nunmehr für diesen verwahrt; vielmehr bleibt sie nach dem Willen der Beteiligten während des Durchhandelns für den ersten Verkäufer - den ursprünglichen Einlagerer - eingelagert und damit bis zur Aushändigung an den letzten Abkäufer dessen Eigentum. Erst mit der Ablieferung der Ware durch den Lagerhalter an das letzte Glied der Kette sollen alle Verkäuferpflichten der Zwischenglieder als erfüllt gelten. Demgemäß zahlen die Käufer der nacheinandergeschalteten Kaufverträge den Kaufpreis bzw. den auf sie entfallenden Aufschlag an ihren Vormann in dem Vertrauen darauf, daß dieser zur Eigentumsübertragung in der Lage wäre und damit die Auslieferung und Eigentumsverschaffung an den letzten Käufer sichergestellt ist (vgl. Heynen, Die Klausel "Kasse gegen Lieferschein", Übersee-Studien zum Handels-, Schiffahrts- und Versicherungsrecht Hamburg 1955, insbesondere S. 41 f; Heuer in Verkehrsrechtliche Rundschau 1928 Spalte 266 ff; Her-
tin MDR 1970, 881 ff; von Godin in RGRK zum HGB 2. Aufl. § 363 Anm. 18 a; Schlegelberger/Hefermehl 4. Aufl. § 363 Anm. 16 ff; Baumbach/Duden HGB 18. Aufl. § 424 Anm. I E; BGHZ 6, 378, 381).

2. Berücksichtigt man diese besondere Sach- und Rechtslage beim Durchhandeln von Waren mittels Lieferscheinen, so erweist sich die Ansicht der Revision, die Beklagte habe bereits mit Andienung des von ihr ausgestellten Lieferscheins ihre vertragli-

chen Pflichten aus dem Kaufvertrag erfüllt, als rechtsirrig. Auch beim Durchhandeln bleibt jeder Verkäufer seinem Abkäufer gegenüber zur Verschaffung von Eigentum und Besitz an der verkauften Ware (§ 433 Abs. 1 BGB) verpflichtet. Die am Durchhandeln beteiligten Vertragspartner sind sich lediglich - und allein das bringen sie durch Andienen und Entgegennahme der Lieferscheine stillschweigend zum Ausdruck - darüber einig, daß **z u n ä c h s t** von einer Besitz- und Eigentumsübertragung zwischen den einzelnen Gliedern der Kette abgesehen werden soll und erst mit der Aushändigung der Ware seitens des Lagerhalters an den letzten Abkäufer und mit dessen Eigentumserwerb unmittelbar vom ersten Verkäufer die Verpflichtungen aller Zwischenpersonen aus den von ihnen geschlossenen Kaufverträgen als erfüllt anzusehen sind (vgl. BGHZ 6, 378, 381; Baumbach/Duden aaO; RGZ 76, 239, 241). Tritt dieser angestrebte Erfolg jedoch aus irgendeinem Grunde nicht ein, etwa weil der erste Verkäufer - wie hier - den von ihm ausgestellten Lieferschein "sperrt" oder sonstwie den Lagerhalter anweist, die Ware nicht auszuliefern, so ist jeder Käufer innerhalb der Kette berechtigt, auf den noch nicht erfüllten Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber seinem Vormann zurückzugreifen und von diesem gegebenenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Dem entspricht auch die rechtliche Einordnung der beim Durchhandeln verwendeten sog. Lieferscheine. Sie stellen keine handelsrechtlichen Traditionspa-

piere dar, bei denen die Übergabe des Scheines an den durch ihn zur Empfangsnahme Legitimierten (vgl. § 424, § 450 HGB) die Übergabe des Gutes ersetzt. Vielmehr enthalten sie - und zwar ohne unmittelbare Auswirkungen auf die Eigentums- und Besitzlage - lediglich eine Doppelermächtigung, - an den E m p f ä n g e r , sich die Ware vom Lagerhalter aushändigen zu lassen, und an den L a g e r h a l t e r , das eingelagerte Gut an den durch den Lieferschein Legitimierten unabhängig von der eigentumsrechtlichen Lage auszuliefern (Heynen aaO S. 45 ff, S.133 f; RGZ 101, 297). Damit erweisen sie sich als Anweisungen im weiteren Sinn, auf die die Vorschriften der §§ 783 ff BGB - insbesondere § 788 BGB - zumindest entsprechende Anwendung finden. Gerade die letztgenannte Vorschrift bestätigt aber, daß - vorbehaltlich einer ausdrücklichen abweichenden vertraglichen Vereinbarung - die Übergabe der Lieferscheine, die in der Regel vom Lagerhalter nicht angenommen werden (vgl. § 784 BGB) und auch aus diesem Grunde dem Anweisungsempfänger keinen Anspruch auf Auslieferung des Lagergutes geben, noch nicht die Vertragserfüllung darstellt, vielmehr die in ihnen enthaltene Anweisung an den Lagerhalter jederzeit widerrufbar ist (§ 790 BGB) und die Lieferscheine daher lediglich als Hilfsmittel bei der Durchführung der Vertragserfüllung zu dienen bestimmt sind (vgl. Heynen aaO S. 37, S. 75).

3. Ausgehend von dieser Rechtslage stellt das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum fest, daß die Beklagte der Klägerin kein Eigentum an den eingelagerten 10 t Rohkakao verschafft, mithin ihre Ver-

pflichtung aus dem Kaufvertrag zwischen den Parteien nicht erfüllt hat. Dabei stellt das Berufungsgericht zutreffend darauf ab, daß es bereits zwischen der Fa. A [REDACTED], der ursprünglichen Eigentümerin der hier streitigen Ware, und der Fa. Bec [REDACTED] als erster Abkäuferin an einer für den Eigentumsübergang gemäß §§ 929 ff BGB erforderlichen Besitzverschaffung gefehlt hat und daher auch die Beklagte - weil Nichtberechtigte - zu einer Eigentumsübertragung an die Klägerin nicht in der Lage gewesen ist.

a) Daß die bloße Aushändigung des Lieferscheins allein dem Übergabeerfordernis des § 929 Satz 1 BGB nicht entsprach, ergibt sich bereits daraus, daß - wie dargelegt - es sich bei derartigen Lieferscheinen nicht um handelsrechtliche Traditionspapiere handelt. Aber auch sonst liegen keine Anhaltspunkte für eine Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB vor. Richtig ist allerdings, daß dem Übergabeerfordernis im Sinne dieser Vorschrift auch dadurch genügt werden kann, daß der unmittelbare Besitzer der Sache - im vorliegenden Fall also der Lagerhalter - das bisher bestehende Besitzmittlungsverhältnis zum Eigentümer der Sache auf dessen Weisung hin aufgibt und künftig nur noch dem neuen Erwerber den Besitz an der Sache mittelt (vgl. Senatsurteil vom 21. April 1959 - VIII ZR 148/58 = WM 1959, 813 = NJW 1959, 1536 mit weiteren Nachweisen). Eine derartige Besitzverschaffung zum Zwecke der Eigentumsübertragung liegt jedoch hier schon deswegen nicht vor, weil - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - der Lagerhalter durch die Weigerung, die Ware an die Firma E [REDACTED] auszulie-

fern, klar zu erkennen gegeben hat, daß er nach wie vor für die Fa. A [REDACTED] als ursprünglichen Einlagerer besitzen wollte.

b) Aber auch eine Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegenüber dem Lagerhalter gemäß § 931 BGB kommt nicht in Betracht. Es ist zwar richtig, daß mit der Übergabe derartiger Lieferscheine zugleich die stillschweigende Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Zwecke der Eigentumsverschaffung verbunden sein kann (RGZ 49, 97; 103, 151; OLG Hamburg HansGerZtg 1922, 233). So etwa dann, wenn der Aussteller bzw. Übersender des Lieferscheins den Lagerhalter ausdrücklich anweist, nunmehr die Ware für den Käufer zu lagern oder diesen künftig als Eigentümer anzusehen (RGZ 49, 97). Auch in der "Indossierung" eines derartigen Lieferscheins kann je nach der Sachlage die Abtretung des Herausgabeanspruchs gesehen werden (vgl. RG JW 1931, 3081; RGWarn 1922 Nr. 77). Es entspricht jedoch nahezu einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum, daß in aller Regel die bloße Übersendung des Lieferscheins den Erfordernissen des § 931 BGB nicht genügt, eine Abtretung des Herausgabeanspruchs vielmehr nur dann anzunehmen ist, wenn zusätzliche, nach außen hin deutlich in Erscheinung tretende Umstände auf einen Abtretungswillen der Parteien schließen lassen (Schlegelberger/Hefermehl § 363 Anm. 20; Heynen aaO S. 77 mit weiteren Nachweisen; RGZ 103, 151; BGH Urteil vom 4. März 1954 - IV ZR 180/53). Der Senat sieht keine Veranlassung, von dieser Rechtsprechung abzugehen. Sie trägt in der Regel den Interes-

sen der beim Durchhandeln Beteiligten, aus Gründen der Kostenersparnis und zur Vermeidung von Umlagegebühren nach Möglichkeit Besitz- und Eigentumsveränderungen während des Durchhandelns zu vermeiden, am besten Rechnung. Ob im Einzelfall besondere Umstände für einen Abtretungswillen sprechen, obliegt dabei in erster Linie der Beurteilung durch den Tatrichter (RGZ 103, 151; RG JW 1931, 3079). Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß dies im Verhältnis zwischen der Fa. A [REDACTED] und der Fa. Bec [REDACTED] nicht der Fall war, läßt keinen Rechtsfehler erkennen, wird im übrigen insoweit auch von der Revision nicht mehr ernsthaft angegriffen.

c) Zu Unrecht rügt schließlich die Revision, das Berufungsgericht habe nicht hinreichend geprüft, ob die Fa. A [REDACTED] ihr Eigentum nicht gemäß § 930 BGB auf die Fa. Bec [REDACTED] übertragen habe. Zwar ist der Revision zuzugeben, daß ein Eigentümer, der zugleich mittelbarer Besitzer der Sache ist, wählen kann, ob er zur Eigentumsübertragung von der Möglichkeit des § 931 BGB Gebrauch machen oder nach § 930 BGB vorgehen will (vgl. Senatsurteil vom 21. April 1959 - VIII ZR 148/58 aaO). Eine Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut würde jedoch im vorliegenden Fall voraussetzen, daß die Fa. A [REDACTED] - unter Beibehaltung ihres bisherigen mittelbaren Besitzes an der vom Lagerhalter für sie eingelagerten Ware - nunmehr auch ihrerseits der Fa. Bec [REDACTED] den Besitz gemittelt, also für diese zweitstufigen mittelbaren Besitz begründet hätte. Dafür fehlt es aber - und insoweit gelten die Erwägungen zu § 931 BGB (s.oben) entsprechend - nach den das Revisionsge-

richt bindenden tatrichterlichen Feststellungen an einem hinreichenden Anhaltspunkt. Der Hinweis der Revision auf die Verpflichtungen, die die Fa. A. [REDACTED] im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Fa. Bec [REDACTED] auferlegt hat, geht schon deswegen fehl, weil sich daraus nicht - und nur darauf käme es im vorliegenden Zusammenhang an - ein Wille der Fa. A. [REDACTED] zur Besitzmittlung, sondern allenfalls umgekehrt Anhaltspunkte für eine Verpflichtung und den Willen der Fa. Bec [REDACTED], der Fa. A. [REDACTED] nunmehr den Besitz zu mitteln, ergeben könnten.

Fehlt es somit bereits an einer wirksamen Eigentumsübertragung auf die Fa. Bec [REDACTED] als die erste Abkäuferin in der Kette, so kann, da ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet, die Klägerin schon aus diesem Grunde kein Eigentum an den eingelagerten 10 t Rohkakao erlangt haben. Es bedarf daher keiner weiteren - auch vom Berufungsgericht ersichtlich nur hilfsweise angestellten - Erwägung, ob auch im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin die Voraussetzungen der §§ 929 ff BGB erfüllt wären.

III.

Zutreffend stellt somit das Berufungsgericht fest, daß die Beklagte ihre Pflichten aus dem Kaufvertrag nicht erbracht hat, ihr vielmehr infolge der Sperrung des Lieferscheins die Eigentumsverschaffung unmöglich geworden ist. Da im Vertrag vom 31. Mai 1967 die

verkaufte Ware nur der Gattung nach bestimmt war, hat die Beklagte gemäß § 279 BGB ihr Unvermögen auch ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden zu vertreten.

1. Die Ansicht der Revision, das Schuldverhältnis habe sich mit Andienen des Lieferscheins bereits konkretisiert (§ 243 Abs. 2 BGB), so daß schon aus diesem Grunde § 279 BGB keine Anwendung finden könne, geht fehl. Wäre nämlich die Fa. A. [REDACTED] unabhängig von den sich aus dem Durchhandeln der Ware ergebenden rechtlichen Besonderheiten berechtigt gewesen, sich zur Sperrung des Lieferscheins auf ihren noch fortbestehenden Eigentumsvorbehalt gegenüber der Fa. Bec [REDACTED] zu berufen, so fehlte es auf Seiten der Beklagten bereits an einem ordnungsgemäßen Anbieten der Ware im Sinne des § 243 Abs. 2 BGB, weil die Beklagte zur Eigentumsübertragung an die Klägerin gar nicht in der Lage gewesen wäre. Sollte aber der Fa. A. [REDACTED] im Zeitpunkt der Sperrung keine durch den Eigentumsvorbehalt zu sichernde Forderung gegenüber der Fa. Bec [REDACTED] mehr zugestanden haben, oder sollte - wie die Revision meint - die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts angesichts der Besonderheiten des Durchhandelns unwirksam gewesen sein, so würde es sich bei der Sperrung des Lieferscheins um ein schuldhaftes Verhalten der Fa. A. [REDACTED] gehandelt haben, für das die Beklagte gemäß § 278 BGB (vgl. BGHZ 13, 111) gegenüber der Klägerin einzustehen hätte.

2. Zu Unrecht beruft sich auch die Revision darauf, die Klägerin habe sich im Zeitpunkt der Sperrung bereits in Annahmeverzug befunden und könne daher aus dem Unvermögen der Beklagten keine Rechte her-

leiten. Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob angesichts des Umstandes, daß nach den bindenden tatrichterlichen Feststellungen alle Beteiligten von einem Durchhandeln der Ware ausgingen, die Übersendung des Lieferscheins an die Beklagte überhaupt als wörtliches Angebot im Sinne des § 295 BGB anzusehen war und die Wirkungen des Annahmeverzugs herbeiführen konnte (vgl. dazu Hertin aaO S. 884), und ob die Beklagte in der Lage war, durch die mit Schreiben vom 13. Juni 1967 erklärte Aufforderung zur prompten Abnahme die Befugnis der Klägerin zum weiteren Durchhandeln einseitig zu beenden. Denn jedenfalls würde es, wenn der Fa. A. [REDACTED] noch ein Eigentumsvorbehalt zustand, aus den vorgenannten Gründen an einem ordnungsgemäßen Angebot im Sinne des § 295, § 300 Abs. 2 BGB fehlen; war aber die Fa. A. [REDACTED] zur Sperrung des Lieferscheins nicht berechtigt, so lag insoweit, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, ein vorsätzliches Handeln vor, das die Haftung der Beklagten gemäß § 300 Abs. 1, § 278 BGB unberührt ließ.

3. Soweit sich schließlich die Revision darauf beruft, daß nach den Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten die Klägerin den Rechtsmangel der fehlenden Eigentumsverschaffung innerhalb von fünf Tagen nach Erhalt der Ware hätte rügen müssen, verkennt sie, daß eine Übergabe der Ware bisher nicht erfolgt ist. Die Übersendung des Lieferscheins allein stellt keinen Erhalt der Ware dar und kann demgemäß auch eine derartige Rügefrist nicht in Lauf setzen (vgl. Heynen aaO S. 143 ff mit weiteren Verweisungen; OLG Hamburg in OLGE 44, 248).

Die Beklagte hat daher der Klägerin gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 440 Abs. 1, § 433 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Da die Höhe des Schadens nicht mehr umstritten ist, war somit die Revision - mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO - zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Messner

Braxmaier

Dr. Hiddemann