

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2227 093

BGB § 447 Abs.2

Zur Frage, inwieweit der Verkäufer verpflichtet ist,
den Käufer auf die Unzweckmäßigkeit der von diesem
erteilten Anweisung über die Art der Versendung
hinzuweisen.

BGH Urt.v. 11.April 1962 - VIII ZR 38/61 - OLG Hamburg

V e r k ü n d e t

am 11. April 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans B., Inhabers der Firma
E. und Fruchtverarbeitungsvertrieb
Hans B., in H., M.straße,

Beklagten, Berufungsbeklagten, Revisions-
klägers und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

die Firma Osvaldo S. di Corso N.,
in Ne., vertreten durch den Kaufmann Osvaldo
S. di,

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisions-
beklagte und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 1962
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger
sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner
und Normann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das
Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 30.
November 1960 wird zurückgewiesen.

- 2 -

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird das bezeichnete Urteil aufgehoben, soweit die Klägerin mit dem Zinsanspruch abgewiesen worden ist. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts in Hamburg, Kammer 3 für Handelssachen, vom 16. Dezember 1955 wird der Beklagte verurteilt, über die der Klägerin zuerkannten Zinsen hinaus weitere 7 % Zinsen auf 2520 DM seit dem 1. März 1952 und auf weitere 26 808,60 DM seit dem 22. Februar 1954 zu zahlen.

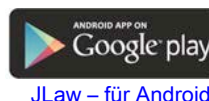
Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Klägerin, eine Großhändlerin für Südfrüchte in Ne[REDACTED], verkaufte Anfang Februar 1954 über ihren Vermittlungsagenten Sc[REDACTED] 10 Waggon Industrieorangen, lose, ungewickelt, Durchschnittsqualität der Ernte, an den Beklagten. Die Ware sollte nach München zur Verfügung des Beklagten versandt werden. In den am 6. und 8. Februar 1954 erteilten Auftragsbestätigungen ist ein Toleranzsatz für Schwund und Verderb in München festgelegt worden, und zwar in der vom 6. Februar ein Satz von 3 % und in der vom 8. Februar ein Satz von 5 %. In der zuletzt genannten Auftragsbestätigung heißt es ferner, daß die Orangen frostfrei sein sollten. Als Frostverpackung war Nr. 3 zu Lasten des Beklagten bestimmt.

In der Zeit vom 9. bis 14. Februar 1954 sandte die Klägerin die gekaufte Ware in 10 Waggons zu je 10 Tonnen mit der von dem Beklagten gewünschten Frostschutzverpackung Nr. 3 aus dem Raum um Neapel ab. Die Waggons trafen in den Tagen vom 12. bis 19. Februar 1954 in München ein. Die drei zuerst eingetroffenen Waggonladungen, die einen Rechnungsbetrag von 1891 Dollar ausmachen, nahm der Beklagte ab. Die in der Zeit vom 14. bis 19. Februar 1954 in München eingegangenen 7 Waggonladungen ließ der Beklagte durch die Sachverständigen Heilmaier und Uriele S[REDACTED], einem Bruder des Inhabers der Klägerin, untersuchen und begutachten. Der Sachverständige Heilmaier kam dabei im wesentlichen zu dem Ergebnis, daß die Ware durch Baumfrost in der

Qualität und Widerstandsfähigkeit herabgesetzt sei, und schätzte den Verderb bei 4 Waggons auf 12 %, bei einem weiteren Waggon auf 8 %. Bei 2 Waggons, so meinte er, sei der Verderb so stark, daß sie nicht mehr weiterleitungsfähig seien. Zu dem gleichen Ergebnis hinsichtlich des Verderbssatzes kam der Gutachter Uriele S [REDACTED]. Dieser erwähnte den Baumfrost als Ursache nur bei 4 Waggons und nahm bei einem Waggon an, daß Baumfrost vorliege. Als der Beklagte die ersten Gutachten erhalten hatte, rügte er die Mängel bei dem Vermittlungsagenten Sc [REDACTED]. Dieser verständigte am 15. Februar 1954 die Klägerin telegrafisch von der Rüge, die 3 Waggons betraf. Die Klägerin lehnte durch ein Telegramm vom 15. Februar 1954 an Sc [REDACTED] die Rüge mit dem Hinweis auf die Frostschutzverpackung, die zu stark gewesen sei, ab. Sc [REDACTED] telegraphierte der Klägerin am 18. Februar 1954, daß weitere Waggons Verderb durch Baumfrost aufwiesen. Er teilte mit, der Beklagte habe die Waggons in Kommission zur besten Verwertung übernommen, der Beklagte und er versuchten, auf alle Fälle das Beste herauszuholen. Am 19. Februar 1954 telegraphierte Sc [REDACTED] an die Klägerin, die letzten 4 Waggons könnten sie nicht unterbringen, weil sie zu schlecht seien, die Klägerin werde gebeten, ihren Bruder zu veranlassen, sie zu übernehmen. Am gleichen Tage erwiderte die Klägerin, die Orangen gehörten dem Beklagten, er solle den Verkauf in München veranlassen, sie habe kontraktgemäß gesunde Ware geliefert. Falls die Ware mit Verderb eingetroffen sein sollte, möge der Beklagte sie innerhalb 24 Stunden nach Ankunft begutachten lassen. Gleichfalls am 19. Februar 1954 sandte die Klägerin ein weiteres Telegramm an Sc [REDACTED], in dem

sie auf die amtlich kontrollierte Verladung hinwies und von dem Beklagten volle Zahlung verlangte. In einem weiteren Telegrammwechsel hat die Klägerin die Mängelrügen des Beklagten zurückgewiesen.

Im Einvernehmen mit dem Vermittlungsagenten Sc[REDACTED] veräußerte der Beklagte 4 Waggon als Kommissionsware und erteilte hierüber der Klägerin eine Abrechnung, aus der sich insgesamt 4870,77 DM den Erlös übersteigende Unkosten ergaben. Die Ladung der 3 zuletzt eingetroffenen Waggon ließ der Beklagte unter Zollaufsicht vernichten und stellte hierfür der Klägerin weitere 3166,30 DM in Rechnung.

Mit der Klage verlangt die Klägerin den Kaufpreis für die 10 Waggon in Höhe von 6383 Dollar x (bei einem unstreitigen Kurs von 4,2 DM) 26 808,60 DM und weitere 600 ~~Dollar = 2520 DM~~, die der Beklagte unstreitig aus einem Geschäft des Jahres 1952 schuldet. Zinsen begehrt die Klägerin in Höhe von 12 %.

Das Landgericht hielt den Beklagten nur zur Bezahlung der ersten drei abgenommenen Waggon in Höhe von 1891 Dollar = 7942,20 DM für verpflichtet. Unter Hinzurechnung der unstreitigen 2520 DM gelangte es zu einer Schuld des Beklagten von 10 462,20 DM. Es setzt die Gegenforderung des Beklagten aus Kommission und Vernichtung der Ware im Gesamtbetrage von 8067,07 DM ab und verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 2395,13 DM nebst Zinsen in Höhe von 5 %.

Das Berufungsgericht hielt die Weigerung des

Beklagten, die weiteren 7 Waggons abzunehmen, für unbegründet und sah ihn für verpflichtet an, auch den restlichen Kaufpreis von 18 866,40 DM zu zahlen. Da es den Gegenanspruch des Beklagten aus Kommission und für Vernichtung der Ware nicht stattgab, verurteilte es ihn zur Zahlung weiterer 26 933,47 DM nebst 5 % Zinsen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung des Klageanspruches, soweit er über den der Klägerin durch das Landgericht zugesprochenen Betrag hinausgeht. Die Klägerin verlangt mit der Anschlußrevision die Zuerkennung eines Zinssatzes von 12 %.

Entscheidungsgründe:

A.

(Revision des Beklagten).

I. Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei in der letzten mündlichen Verhandlung fehlerhaft besetzt gewesen, weil der Amtsgerichtsrat Dr. M. mitgewirkt habe. Dem 4. Zivilsenat habe mehrere Jahre hindurch außer den planmäßigen Oberlandesgerichtsräten mindestens ein Hilfsrichter angehört. Bei dem Senat habe somit seit Jahren ein zusätzlicher Bedarf an Richterstellen vorgelegen, dem die Justizverwaltung durch die Einrichtung und

Besetzung neuer Richterplanstellen hätte abhelfen müssen. Zum anderen sei die Abordnung der Hilfsrichter an das Oberlandesgericht im allgemeinen wie das Amtsgerichtsrats Dr. M. im besonderen zum Zwecke der "Einarbeitung und Bewährung" erfolgt. Auch die Hilfsrichter bei den anderen Senaten seien überdies abgeordnet worden, um einer nicht nur vorübergehenden Arbeitsvermehrung zu steuern.

Die Rüge nicht ordnungsmäßiger Besetzung ist unbegründet. Zur Entscheidung steht nur, ob Amtsgerichtsrat Dr. M. in der Sitzung vom 30. November 1960 mitwirken durfte. Aus der Äußerung des Präsidenten des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 19. Mai 1961 ergibt sich folgender Sachverhalt: Der dem 4. Zivilsenat angehörende Senatspräsident Dr. P. war im Jahre 1960 erkrankt. Nach dem Schreiben des Präsidenten des Oberlandesgerichts vom 31. Mai 1960 an die Landesjustizverwaltung und deren Erklärung vom gleichen Tage ist davon auszugehen, daß Amtsgerichtsrat Dr. M., dessen Beschäftigungsauftrag am 31. Mai 1960 ablief, vom 1. Juni 1960 ab aus Anlaß der Erkrankung des Senatspräsidenten Dr. P. bis zu dessen am 31. August 1960 erfolgten Pensionierung weiter an das Oberlandesgericht abgeordnet worden ist. Nachdem Senatspräsident Dr. P. in den Ruhestand getreten und Senatspräsident Dr. Pe. ab 1. September 1960 zum Vorsitzenden des 4. Zivilsenats bestellt worden war, ist der Beschäftigungsauftrag des Amtsgerichtsrats Dr. M., wie sich aus dem Vermerk der Landesjustizverwaltung vom 18. August 1960 ergibt, mit Rücksicht auf die Beurlaubung des

Senatspräsidenten Dr. H■■■, der den Antrag auf vorzeitige Pensionierung angekündigt hatte, bis zu dessen Pensionierung verlängert worden. Die Pensionierung hat zum 1. Dezember 1960 stattgefunden. Amtsgerichtsrat Dr. M■■■ ist daher wegen Erkrankung und wegen Beurlaubung von Planrichtern, also zur Behebung eines vorübergehenden Bedürfnisses, herangezogen worden. Daß er auch nach dem 1. September 1960 dem 4. Zivilsenat zugeteilt gewesen ist, macht seine Berufung als Hilfsrichter nicht unzulässig. Das Präsidium ist gerichtsverfassungsmäßig nicht genötigt, den ordnungsmäßig bestellten Richter gerade demjenigen Senat zuzuteilen, in dem das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Richterkraft hervorgetreten ist. Wie es eine durch vorübergehenden Ausfall von Richterkräften eintretende Überbelastung der Richter behebt, unterliegt seiner freien Entscheidung. Es kommt auch nicht darauf an, daß der Anlaß der Berufung in der Verfügung, durch die Amtsgerichtsrat Dr. M■■■ abgeordnet worden ist, nicht ausdrücklich erwähnt worden ist, sondern sich nur aus den Akten der Justizverwaltung ersehen läßt. Entscheidend ist, daß tatsächlich ein gesetzlich begründeter Anlaß zur Bestellung eines Hilfsrichters vorgelegen hat.

Unerheblich ist auch, ob andere Hilfsrichter vorschriftsmäßig bestellt worden sind oder nicht. Der Bundesgerichtshof hat zwar mehrfach ausgesprochen, daß dann, wenn bei einem Oberlandesgericht die zur Erledigung der Daueraufgaben erforderliche Zahl von Richterplanstellen nicht geschaffen oder nicht in angemessener Zeit besetzt worden ist und die Hilfsrichter zur Behebung der dadurch eingetretenen dauernden Geschäftshäufung einberufen worden sind, bei

sämtlichen wegen Geschäftsbelastung eingesetzten Hilfsrichtern die Mitwirkung als unzulässig anzusehen sei, selbst wenn in einem einzelnen Senat eine Geschäftshäufung nur vorübergehender Natur bestanden hat (BGHZ 22, 142, 147; 34, 260, 261). Das gilt aber nicht, wenn zwar Hilfsrichter zum Teil in unzulässiger Weise herangezogen worden sind, der bei der angefochtenen Entscheidung mitwirkende Hilfsrichter aber ausdrücklich mit Rücksicht auf den bei einem bestimmten Senat vorübergehend aufgetretenen Geschäftsandrang bis zu dessen Behebung einberufen worden ist. Die Mitwirkung aller nur wegen vermehrter Geschäftsbelastung berufenen Hilfsrichter ist deshalb unzulässig, weil eine Grenzziehung in der Weise, daß bei einem Teil die Zuziehung zulässig wäre und bei dem anderen Teil nicht, nach sachlichen Gesichtspunkten nicht vorgenommen werden könnte, sondern in jedem Falle willkürlich sein müßte (BGH aaO). Für diese Erwägung ist aber kein Raum, wenn einer der Hilfsrichter nicht wegen allgemeiner Geschäftshäufung, sondern wegen einer aus einem feststehenden Anlaß hervorgetretenen Geschäftsbelastung für bestimmte Zeit einberufen worden ist. Darauf, ob Amtsgerichtsrat Dr. M. auch zur Einarbeitung und Bewährung abgeordnet worden ist, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

II. Das Berufungsgericht hält die Kaufpreisklage im ganzen Umfange für begründet.

1. a) Es versagt einmal dem Beklagten Einwendungen aus Gewährleistung und führt dazu aus, die

Mängelrüge hinsichtlich der sieben den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Waggonladungen sei nicht gerechtfertigt. Die Klägerin habe, wie die Beweisaufnahme ergebe, die Orangen im Raum von Neapel in vertragsgemäßigem Zustande, der innerhalb der vereinbarten Toleranzen gelegen habe, in die Eisenbahn verladen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Süß sei denkbar, daß mit 2 % Baumfrost in Neapel verladene Ware durch zu starke Frostschutzverpackung bis München zu 10 bis 12 % verderbe. Daß die hier gewählte Frostschutzverpackung Nr.3 zu stark gewesen sei, folge aus den Temperaturen in der fraglichen Zeit des Transportes, die überwiegend über dem Gefrierpunkt gelegen hätten und nirgends auf 12 Grad C unter Null abgesunken seien. Der Verderb gehe daher im wesentlichen auf die starke Frostschutzverpackung zurück. Den Verderb auf dem Transport, insbesondere infolge der Frostschutzverpackung, habe aber der Beklagte zu vertreten. Er könne darauf einen Gewährleistungsanspruch nicht stützen. Er habe nämlich unstreitig diese starke Frostschutzverpackung selbst verlangt und die Klägerin habe sich dem fügen müssen, wenn sie sich nicht Schadensersatzansprüchen habe aussetzen wollen.

b) Die Revision macht geltend, mit der Vereinbarung einer Toleranz von 3 und 5 % in München sei die Gefahr einer Verschlechterung der Ware bis zur Ankunft in München zu Lasten der Klägerin gegangen. Die vertragsgemäße Beschaffenheit und die Frage, ob der Verderb noch innerhalb der Toleranz liege, seien nicht nach dem Zustand der Ware beim Verladen, sondern beim Eintreffen in München zu beurteilen. Das ist rechtlich

zutreffend. Ob sich dem Berufungsurteil eine hiervon abweichende Auffassung entnehmen läßt, daß nämlich der Beklagte entsprechend der gesetzlichen Vorschrift des § 447 Abs.1 BGB die Gefahr zufälliger Verschlechterung während der Versendung zu tragen habe, selbst wenn die Menge des durch Zufall auf der Reise verdorbenen Obstes bei der Ankunft in München den Satz von 3 und 5 % überschritten haben sollte, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls beruht die Entscheidung nicht auf dieser Ansicht. Die Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben vielmehr, daß es von der Feststellung ausgeht, der Verderb der Ware bei der Ankunft in München habe nur deshalb die Toleranzgrenzen von 3 und 5 % überschritten, weil die Früchte, die bei der Absendung im wesentlichen einwandfrei gewesen seien, auf dem Transport infolge der auf Anweisung des Beklagten verwendeten Frostschutzverpackung einer übermäßigen Wärmeentwicklung ausgesetzt gewesen seien. Das Berufungsgericht legt mit Recht die Erwägung zugrunde, daß den Beklagten das Risiko der Frostschutzverpackung treffe, das heißt, daß der Beklagte den Schaden zu tragen habe, wenn seine Anweisung, die Frostschutzverpackung Nr.3 zu verwenden, unzweckmäßig war und zum Verderb führte. Das trifft auch dann zu, wenn die Klägerin nach der Toleranzabrede für einen beim Eintreffen der Ware in München die Toleranzgrenze überschreitenden zufälligen Verderb eintreten muß. Der Beklagte hat auch selbst eingeräumt, daß er dieses Risiko zu tragen hatte. Auf ähnlichen Gedankengängen beruht es, wenn der erkennende Senat angenommen hat, daß ein Mieter, der vor Abschluß des Mietvertrages eine Veränderung der Mietsache verlangt, grundsätzlich auch das Risiko

einer sich daraus ergebenden Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache trägt (Urt.v. 10. Januar 1962 - VIII ZR 199/60 - WM 1962, 271).

In diesem Urteil hat der Senat allerdings die Möglichkeit offen gelassen, den Vermieter gleichwohl unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß haftbar zu machen, wenn er erkannt habe oder hätte erkennen können, daß die Abänderungswünsche des Mieters Gefahren für den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache in sich bargen, und wenn er den Mieter trotz dieser Erkennbarkeit hierauf nicht hingewiesen hat. Die Revision, deren Vortrag sich in gleicher Richtung bewegt, verkennt indessen, daß der Verkäufer, dem der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt hat, damit der eigenen Beurteilung über die Zweckmäßigkeit des einzuschlagenden Versendungsverfahrens weitgehend enthoben ist. Er darf, wie sich aus § 447 Abs. 2 BGB ergibt, im Gegensatz zu dem Beauftragten (§ 665 BGB) und insoweit auch anders als ein Vermieter, dessen Mieter eine bestimmte Herrichtung der Mieträume wünscht, nur aus dringendem Grund von der Anweisung abweichen. Andernfalls ist er, selbst wenn er geglaubt hat, im Interesse des Käufers zu handeln, für den aus seinem Handeln entstehenden Schaden verantwortlich. Ein dringender Grund liegt beispielsweise vor, wenn der Käufer sich offenbar über eine große Gefahr geirrt hat, die seine Anordnung für die Kaufsache mit sich bringt (Würdinger in HGB RGRK Vorbem. § 373 Anm. 72 a). Aus dem in § 447 Abs.2 BGB verkörpertten Gedanken heraus,

daß der Verkäufer die Anweisung des Käufers grundsätzlich hinzunehmen hat, bestimmt sich auch der Umfang der Verpflichtung des Verkäufers, den Käufer auf etwaige Unzweckmäßigkeit seiner Anordnung hinzuweisen. In der Regel kann der Verkäufer darauf vertrauen, daß der Käufer für seine Anordnung guten Grund hatte. Das muß besonders im vorliegenden Fall gelten, in dem der Beklagte als Inhaber eines Unternehmens, das sich mit dem Import von Südfrüchten befaßt, die durchschnittlichen Witterungsverhältnisse in Süditalien kennen muß und in der Behandlung von Südfrüchten erfahren ist. Die Revision weist an anderer Stelle sogar darauf hin, daß der Beklagte, wie sich aus der überreichten Auskunft des Deutschen Wetterdienstes ergebe, eine starke Frostverpackung habe wählen müssen, da die Ware für Norddeutschland bestimmt gewesen sei und dort bei Kaufabschluß wie beim Eintreffen der Orangen Temperaturen von 6 bis 12 Kältegraden gemessen worden seien. Danach wäre die angewiesene Verpackungsart nach Ansicht des Beklagten sachdienlich gewesen. Eine Verpflichtung der Klägerin, den Beklagten auf die Unzweckmäßigkeit der starken Frostschutzverpackung hinzuweisen, hätte nach alledem vorausgesetzt, daß sie ganz besondere Gefahren mindestens hätte erkennen müssen, mit denen der Beklagte bei seiner Anweisung nicht hatte rechnen können, die ihn aber bei Kenntnis zu einer Änderung der Anordnung veranlaßt hätten. Die Klägerin würde auch nur dann für ein Unterlassen einzustehen haben, wenn der Beklagte auf einen Hinweis tatsächlich seine Anordnung geändert hätte. Eine Rüge, daß das Berufungsgericht tatsächliches Vorbringen des Beklagten

in dieser Richtung übergangen habe, hat die Revision indessen nicht angebracht. Der Vorwurf, das Berufungsgericht habe bei seinen Erwägungen die Vorschriften der §§ 242, 254 BGB verletzt, ist danach unbegründet.

Unter diesen Umständen hat das Berufungsgericht mit Recht geprüft, ob die Orangen bei der Absendung mangelfrei waren; denn Schäden, die in der Beschaffenheit bei Absendung begründet sind, fallen nicht unter diejenigen, für die der Beklagte auf Grund seiner Anweisung das Risiko trägt.

Die Revision meint allerdings, die Orangen seien schon bei Absendung nicht mangelfrei und daher nicht vertragsgemäß gewesen. Nach den Bestätigungsschreiben des Vermittlungsagenten Sc[REDACTED] seien nämlich, was das Berufungsgericht übersehen habe, frostfreie Waren zu liefern gewesen. Die Orangen hätten aber Baumfrost aufgewiesen, müßten also schon bei Absendung frostgeschädigt gewesen sein. Richtig ist, daß das Berufungsgericht an einer Stelle im Zusammenhang mit dem angeblichen Befall mit Baumfrost davon spricht, die Klägerin habe innerhalb der Toleranzgrenze liegende Waren abgesandt, und an anderer Stelle feststellt, die Klägerin habe die Orangen in vertragsmäßigem Zustande, der innerhalb der vereinbarten Toleranzen liege, in die Eisenbahn verladen. Hätte das Berufungsgericht geglaubt, schon bei Absendung hätten die Orangen einen Verderbssatz von 3 oder 5 % aufweisen dürfen, so wäre das angesichts der ausdrücklichen Bestimmung:

"Schwund und Verderb München 3 (bzw. 5) % Toleranz" gewiß angreifbar. So sind indessen die Ausführungen des Berufungsgerichts, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, nicht zu verstehen. Das Berufungsgericht stellt vielmehr im Anschluß an die letztgenannte Stelle ausdrücklich fest, die Orangen hätten keinen Baumfrost gehabt. Es entnimmt dies den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen, die in Italien teils mit der Verladung, teils mit der Kontrolle der Früchte befaßt waren, und aus den Qualitätsbescheinigungen des Istituto Nazionale per il Commercio Estero (ICE), die dahin lauten, daß die verladenen Orangen für den Export geeignet seien. Diese Bescheinigungen erstrecken sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darauf, daß die geprüften Früchte einwandfrei, insbesondere ohne Frostschäden waren. Was das Berufungsgericht mit der Wendung meint, die Ware habe innerhalb der Toleranzgrenzen gelegen, ergibt sich aus seinen darauf folgenden Erwägungen: Nach der Erklärung des Sachverständigen Süß gebe es unter der Ware, die im Februar gehandelt werde, keine, die vollständig gesund sei. Nach der Bekundung des Sachverständigen (richtig sachverständigen Zeugen) Heilmaier beeinflusse Baumfrost, der nur eine äußerlich sichtbare Veränderung der Schale, aber keine Veränderung des Fruchtfleisches herbeigeführt habe, den Wert der Orangen nicht; sie seien als Industrieware durchaus handelsüblich. Sollten tatsächlich mangelhafte Orangen in geringer Menge dabei gewesen sein, hätten sie nicht einen Verderbssatz über die vereinbarten Toleranzen hinaus verursacht. Daß das Berufungsgericht, wie die Revision meint,

damit festgestellt habe, es seien mit Baumfrost behaftete Früchte geliefert, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hält vielmehr - so sind seine Erwägungen zu verstehen - die abgesandten Orangen für einwandfrei und schließt nur die Möglichkeit nicht aus, es hätten sich in den Waggonladungen auch mangelhafte Früchte in einer aber angesichts der Jahreszeit nicht vermeidbaren so geringfügigen Menge befunden, daß dadurch die in München festgestellte Überschreitung der Toleranzgrenze nicht verursacht sei und die Ware als handelsüblich anzusehen sei. Diese Betrachtungsweise läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

c) Die Revision wendet sich gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts erfolglos mit Verfahrensrügen. Soweit sie unter Berufung auf allgemeine Erfahrungssätze den Aussagen der in Italien im Wege der Rechtshilfe vernommenen Zeugen und den Ausfuhrbescheinigungen des Istituto Nazionale per il Commercio Estero den Beweiswert abspricht, handelt es sich um Angriffe gegen die Beweiswürdigung, die im Revisionsrechtszuge nicht statthaft sind. Das Berufungsgericht hat die Aussagen der Zeugen eingehend abgewogen, ihre Glaubwürdigkeit erörtert und die Umstände, über die nach Ansicht der Revision Erfahrungssätze bestehen sollen, in einer Weise gewürdigt, die einen Rechtsverstoß nicht erkennen läßt. Wenn das Berufungsgericht meint, seine Auffassung werde durch die in dem Gutachten der Sachverständigen Heßmaier und S. [REDACTED] getroffenen Feststellungen nicht in Frage gestellt, so geschieht es nicht, weil die Gutachten etwa nicht als handelsüblich anzusehen wären. Diese Frage läßt das Berufungsge-

richt offen. Insoweit gehen die Rügen der Revision daher ins Leere. Da das Berufungsgericht feststellt, daß die Orangen einen irgendwie nennenswerten Baumfrostbefall nicht aufgewiesen hätten und der Verderb der Ware unter das Risiko des Beklagten wegen dessen Anweisung über die Frostschutzverpackung falle, ist auch die Rüge unbegründet, das Berufungsgericht habe ein Sachverständigengutachten darüber einholen müssen, ob und in welchem Grade baumfrostbeschädigte Orangen als Durchschnittsqualität bezeichnet werden könnten und wie sich der Verderbssatz berechne, bei dem der Käufer zur Wandlung berechtigt sei. Schließlich durfte das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision auch ohne Rechtsverstoß aus der Erklärung des Sachverständigen Süß folgern, daß die Frostschutzverpackung Nr.3 als stärkste der Verpackungen den Verderb der Ladungen verursacht habe.

2. a) Was die kommissionsweise veräußerten vier Wagenladungen betrifft, so hat der Beklagte unstreitig mit dem Vermittlungsagenten Sc[REDACTED] abgemacht, daß er sie als Kommissionär für Rechnung der Klägerin veräußern solle. Der Beklagte behauptet, für den Abschluß einer solchen Vereinbarung habe die Klägerin dem Sc[REDACTED] Vollmacht erteilt. Er will diese Vorgänge als ein Anerkenntnis seines Wandlungsanspruches gewertet sehen.

Das Berufungsgericht ist indessen der Auffassung, der Beklagte könne aus der Vereinbarung mit Sc[REDACTED] keine Rechte herleiten; denn es sieht nicht als erwiesen an, daß die Klägerin Sc[REDACTED] zu der behaupteten Vereinbarung bevollmächtigt habe. Es führt aus,

Sc[REDACTED] habe als Zeuge zwar bekundet, in einem langen Ferngespräch am 17. Februar 1954 habe der Inhaber der Klägerin gesagt, er, der Zeuge, solle auf alle Fälle versuchen, daß der Beklagte die Ware "so" übernehme, um sich bestmöglichst zu arrangieren, und habe schließlich gesagt, der Beklagte solle die Ware bestmöglichst verkaufen. Es beständen jedoch erhebliche Zweifel, ob hier nicht zumindest ein Mißverständnis vorliege und ob der Inhaber der Klägerin tatsächlich den Zeugen zur Kommissionsabrede mit dem Beklagten bevollmächtigt habe. Der Inhaber der Klägerin selbst habe nämlich die Darstellung des Zeugen Sc[REDACTED] in seiner Vernehmung vor dem Landgericht entschieden bestritten und erklärt, er habe dem Zeugen nur gesagt, er solle sich mit dem Beklagten über die begutachteten Waggons in München einigen, er habe dabei an eine Eingung über die Prozentsätze gedacht. Das habe der Zeuge nicht mißverstehen können. Es stehe somit Aussage gegen Aussage. Weitere Anhaltspunkte für die Darlegung des Beklagten, daß eine Vereinbarung verbindlich getroffen sei, beständen nicht. Im Gegenteil sprächen die sonstigen Umstände, insbesondere auch der aus diesem Anlaß geführte Telegrammwechsel gegen sie.

b) Die Verfahrensrügen der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin eine Vollmachtserklärung nicht abgegeben habe, greifen nicht durch.

Die Ausdrucksweise des Berufungsgerichts läßt, wie der Revision zuzugeben ist, darauf schließen, daß das Berufungsgericht davon ausgeht, der Inhaber

der Klägerin sei als Partei nach § 445 ZPO vernommen worden. Tatsächlich ist, wie sich aus der Niederschrift über die Verhandlung vom 22. November 1955 ergibt, der Inhaber der Klägerin, der ohne Ladung erschienen war, nur als Partei angehört worden. Hierauf beruht das angefochtene Urteil aber nicht. Es stellt nicht auf Grund der Erklärungen des Inhabers der Beklagten Tatsachen fest und hält nicht etwa dessen Darstellung für richtig. Es wertet die "Aussagen" des Inhabers der Klägerin bei seiner "Vernehmung" deshalb nicht als Beweismittel. Es entnimmt ihnen nur, daß der Inhaber der Klägerin die Darstellung des Zeugen bestritten habe und die beiderseitigen Darstellungen über das Ergebnis der fernmündlichen Unterredung im Widerspruch zueinander ständen. Auch das Berufungsgericht sieht in Wahrheit in den sogenannten Aussagen nicht mehr als einen im Wege der Parteianhörung zur Kenntnis genommenen Parteivortrag zu der Darstellung des Zeugen Sc[REDACTED]. Es mißt somit den "Aussagen" nicht, wie die Revision meint, Beweiswert bei. Was das Berufungsgericht aus den Erklärungen des Inhabers der Klägerin folgert, geht vielmehr nicht über das hinaus, was sich schon aus den Sätzen der Klägerin ohnehin ergab. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, daß das Berufungsgericht etwa, wenn es die sogenannte Aussage des Inhabers der Klägerin bewußt nur wie eine im Rahmen des § 141 ZPO abgegebene Erklärung behandelt hätte, das Bestreiten der Klägerin für unglaubhaft gehalten und deshalb den Bekundungen des Zeugen Sc[REDACTED] größeren Wert beigelegt hätte.

Die Revision rügt weiter, daß über die Aussage des im zweiten Rechtszuge am 7. Dezember 1956 nochmals vernommenen Zeugen Sc [REDACTED] weder eine Niederschrift angefertigt noch seine Bekundung im Berufungsurteil ausdrücklich oder durch Hinweis auf einen Aktenvermerk des Berichterstatters wiedergegeben worden ist. Ferner sei, so meint die Revision, die Aussage verwertet worden, obwohl in der letzten mündlichen Verhandlung das Gericht anders besetzt gewesen ist als im Termin vom 7. Dezember 1956.

Nach § 161 ZPO brauchen Aussagen nicht, wie in § 160 Abs.2 Ziff.3 ZPO vorgeschrieben, in dem Protokoll festgestellt zu werden, wenn das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof haben aber in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß es bei einer Anwendung des § 161 ZPO unerläßlich sei, in dem Berufungsurteil den wesentlichen Inhalt der Zeugenaussagen wiederzugeben, sofern das Urteil der Revision unterliegt. Der tragende Gesichtspunkt für diese Ansicht besteht darin, daß dem Revisionsgericht und den Parteien die Nachprüfung ermöglicht werden muß, ob das Beweisergebnis dem Berufungsgericht in seinem wesentlichen Inhalt gegenwärtig gewesen und von ihm erschöpfend gewürdigt worden ist. Weiterhin darf eine nicht protokollierte Zeugenaussage, selbst wenn sie im Urteil oder in einem Aktenvermerk, auf den das Urteil Bezug nimmt, niedergelegt ist, nicht verwertet werden, wenn nach der Beweisaufnahme ein Richterwechsel eingetreten ist. Die Rügen der Revision können trotzdem keinen

Erfolg haben. Es ist schon zweifelhaft, ob das Berufungsgericht überhaupt die Aussage des Zeugen Sc[REDACTED] die er im Termin vom 7. Dezember 1956 gemacht hat, verwertet hat. Jedenfalls beruht das angefochtene Urteil, wie die Entscheidungsgründe ergeben, nicht auf den gerügten Verfahrensverstößen. Das Berufungsgericht legt der Beweiswürdigung lediglich die Aussagen des Zeugen Sc[REDACTED] im ersten Rechtszuge, wie sie in den Terminen vom 11. März 1955 und 22. November 1955 erfolgt sind, zugrunde. Das vom Zeugen im Termin vom 7. Dezember 1956 zu den Akten überreichte Telegramm vom 17. Februar 1954 und der Lastschriftzettel über ein Ferngespräch nach Neapel waren nach den Entscheidungsgründen Gegenstand des Urkundenbeweises. Daß das Berufungsgericht etwaige Erklärungen des Zeugen zu diesen Urkunden verwertet hätte, ist nicht ersichtlich. Wenn das Berufungsgericht überhaupt die Bekundung des Zeugen in diesem Termin berücksichtigt haben sollte, dann nur in dem Sinne, daß sie mit den im ersten Rechtszuge gemachten übereinstimme. Das Berufungsgericht erklärt sogar ausdrücklich, weitere Anhaltspunkte für die Behauptung des Beklagten als die wiedergegebenen Bekundungen des Zeugen im ersten Rechtszuge beständen nicht. Insbesondere ergibt sich aus dem Akteninhalt nicht, daß der Beklagte behauptet hat, der Zeuge Sc[REDACTED] habe bei seiner Vernehmung im zweiten Rechtszuge seinen bei den früheren Vernehmungen vertretenen Standpunkt noch weiter ausgebaut oder vertieft. Ebensowenig hat die Revision gerügt, daß der Zeuge Sc[REDACTED] bei der Vernehmung im zweiten Rechtszuge etwas bekundet habe, was nicht im Berufungsurteil zugunsten des Beklagten gewertet worden sei.

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den Beweis für die Bevollmächtigung des Sc[REDACTED] nicht geführt, beruht entgegen der Auffassung der Revision nicht darauf, daß die Aussage des Zeugen über die Ferngespräche keinen genügenden Beweiswert habe. Das Berufungsgericht unterstellt vielmehr, daß der Inhaber der Klägerin sich in dem Ferngespräch vom 17. Februar 1954 so ausgedrückt habe, wie Sc[REDACTED] es im ersten Rechtszuge dargestellt hat. Es legt aber angesichts des Wortlauts der vor und nach dem 17. Februar 1954 gewechselten Telegramme, in denen die Klägerin sich mit Nachdruck gegen das Wandlungsverlangen des Beklagten wehrt, und der sich aus den Telegrammen des Sc[REDACTED] ergebenden Ungewißheit, auf welche und wieviel Waggonladungen sich die behauptete Kommissionsabrede eigentlich beziehen solle, die Erklärung des Inhabers der Klägerin dahin aus, sie könne bei objektiver Betrachtung einen anderen Inhalt gehabt haben, als Sc[REDACTED] es aufgefaßt habe. Der Inhaber der Klägerin habe möglicherweise nur zum Ausdruck gebracht, daß Sc[REDACTED] mit dem Beklagten über eine Minderung des Preises verhandeln und sich mit ihm über die Prozentsätze des Schadens in den begutachteten Waggons einigen solle. Da das Berufungsgericht davon ausgeht, das Ferngespräch habe den vom Zeugen Sc[REDACTED] bekundeten Wortlaut gehabt und Sc[REDACTED] selbst sei der Auffassung gewesen, daß er bevollmächtigt sei, mit dem Beklagten einen kommissionsweisen Verkauf zu vereinbaren, brauchte das Berufungsgericht sich entgegen der Ansicht der Revision auch nicht mit dem Schreiben des Sc[REDACTED] an Rechtsanwalt Dr. St[REDACTED] vom 15. Juli 1954 auseinanderzusetzen, in dem Sc[REDACTED] gegenüber

Rechtsanwalt Dr. St. [REDACTED] eine entsprechende Ermächtigung erwähnt. Die Revision irrt ferner, wenn sie meint, Sc. [REDACTED] habe deshalb vor dem Senat des Berufungsgerichts in der neuen Besetzung nochmals vernommen werden müssen, weil der Inhalt eines Vertrages im Wege der Beweiserhebung zu ermitteln sei. Hier geht das Berufungsgericht davon aus, daß aus den vom Zeugen Sc. [REDACTED] bekundeten beiderseitigen Erklärungen ein Erklärungsinhalt des vom Beklagten gewünschten Sinnes durch Auslegung sich nicht eindeutig ergebe. Im Revisionsrechtszug unzulässig sind die Angriffe der Revision gegen die Würdigung des Telegrammwechsels. Wenn das Berufungsgericht im Telegramm der Klägerin vom 18. Februar 1954 kein Einverständnis mit dem Kommissionsverkauf gesehen hat, so handelt es sich um eine dem Tatrichter obliegende Würdigung. Fehl geht schließlich der Hinweis der Revision, nach kaufmännischer Übung im Früchtegroßhandel habe der Importeur von Südfrüchten die bestmögliche Verwertung der Ware auch dann anzustreben, wenn er berechtigterweise die Wandlung ausgesprochen, der italienische Verkäufer die Zurverfügungstellung aber abgelehnt habe. Die Revision übersieht, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Beklagte zur Wandlung nicht berechtigt war. Für den erwähnten Handelsbrauch ist also kein Raum. Die entscheidende Frage ist gerade, ob Sc. [REDACTED] zur Vereinbarung eines Kommissionsverkaufes auch für den Fall bevollmächtigt wurde, daß dem Beklagten ein Recht zur Wandlung nicht zustand. Für das Berufungsgericht hätte höchstens die Erwägung nahegelegen, ob angesichts des drohenden Verderbs der Orangen der Inhaber der Klägerin in Anlehnung an die behauptete Übung etwa gegenüber dem Zeugen

Se [REDACTED] im beiderseitigen Interesse der bestmöglichen Verwertung durch Notverkauf zugestimmt hat, jedoch mit der Maßgabe, daß man sich über die endgültige Schadenstragung nach Möglichkeit einigen wolle. Auch diese vom Berufungsgericht offenbar nicht in Betracht gezogene Auslegung hätte zu keinem dem Beklagten günstigeren Ergebnis geführt. Da eine Einigung nicht erfolgt ist und der Beklagte, wie sich im Rechtsstreit herausgestellt hat, zur Abnahme der Ware verpflichtet war, ist der erfolgte Verkauf der Orangen zu Lasten des Beklagten gegangen.

B.

(Anschlußrevision der Klägerin).

Die Anschlußrevision ist begründet.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin die über 5 % hinausgehenden Verzugszinsen abgesprochen, da der Beklagte das Unterbleiben der Kaufpreiszahlung nicht zu vertreten habe. Der Beklagte habe, so meint das Berufungsgericht, ohne Verschulden der Meinung sein können, daß er zur Wandlung und demgemäß zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung berechtigt gewesen sei. Das ergebe sich auch daraus, daß das Landgericht dem Standpunkt des Beklagten gefolgt sei.

Diese Auffassung ist unrichtig. Ein Rechtsirrtum befreit von den Verzugsfolgen wegen fehlenden Verschuldens allerdings dann, wenn der Schuldner mit einer abweichenden Beurteilung durch das Gericht

nicht zu rechnen brauchte. An diese Voraussetzung sind nach ständiger Rechtsprechung aber strenge Anforderungen zu stellen (BGH Urt. v. 9. Februar 1951 - I ZR 35/50 - LM BGB § 285 Nr. 1). Zur Frage des Verschuldens eines Beamten bei Amtspflichtverletzung hat die Rechtsprechung zwar den Grundsatz aufgestellt, ein Verschulden sei in der Regel dann zu verneinen, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht das Verhalten als objektiv gerechtfertigt angesehen hat. Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, daß von einem Beamten, der im Drange der Geschäfte handeln muß, keine bessere Rechtseinsicht als diejenige erwartet werden kann, die ein Kollegialgericht nach sorgfältiger Prüfung des von beiden Seiten vorgetragenen Für und Wider gewonnen hat (BGH Urt. v. 21. Dezember 1961 - III ZR 174/60 - WM 1962, 366). Für eine Anwendung dieses Grundsatzes ist im vorliegenden Fall aber kein Platz. Der angebliche Irrtum des Beklagten, er sei zur Wandlung berechtigt, beruht nicht, was das Berufungsgericht verkennt, auf einer unrichtigen Auslegung von Rechtsätzen, sondern auf einer vom Berufungsgericht nicht gebilligten Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse. Mindestens dort, wo es sich um einen Sachverhalt aus dem Lebenskreis der Prozeßparteien handelt, kann sich keine von ihnen zur Entschuldigung für eine Ansicht, die das entscheidende Gericht nicht teilt, darauf berufen, ein unteres Gericht sei der gleichen Auffassung wie sie gewesen. Es liegt auf der Hand, daß die Partei selbst den tatsächlichen Vorgängen näher steht als ein Gericht. Im vorliegenden Fall

mußte der Beklagte ohne weiteres damit rechnen, daß in einem künftigen Rechtsstreit nach Beweisaufnahme über die Ursachen und den Umfang der Mängel in einem von der eigenen Beurteilung abweichenden Sinne entschieden werden könnte. Ein entschuldbarer Irrtum des Beklagten über seine Leistungspflicht liegt somit nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht vor. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 9. März 1955 ausdrücklich vorgetragen, sie habe mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte seiner Zahlungspflicht nicht nachgekommen sei, mit Bankkredit arbeiten müssen, für Bankkredit zahle sie an Bankzinsen und Bankspesen jährlich 12 %. Der Beklagte hat das nicht bestritten. Der Klägerin stehen somit unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verzuges nach § 288 Abs.2 BGB über die zugesprochenen 5 % hinaus weitere 7 % Verzugszinsen auf den Klagebetrag zu. Das gilt auch, soweit das Landgericht den weitergehenden Zinsanspruch auf den der Klägerin zugesprochenen Betrag von 2395,13 DM abgewiesen hat. In der Berufungsbegründung hat die Klägerin zwar die Abweisung der Mehrzinsen nicht ausdrücklich angegriffen. Da das Landgericht zur Begründung des Zinsurteils lediglich auf §§ 352, 353 HGB verwiesen hatte und die Klägerin ein Urteil entsprechend ihren im ersten Rechtszuge gestellten Anträgen beantragt hat, muß ihr Vorbringen dahin verstanden werden, daß sie auf Grund des Vortrages des ersten Rechtszuges einen Verzugsschaden durch Zahlung von Bankzinsen auch im zweiten Rechtszuge geltend machen wolle.

C.

Die Revision des Beklagten war daher zurückzuweisen und der Anschlußrevision der Klägerin stattzugeben. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann