

Zur Veröffentlichung: ja
Nachschlagewerk: nein
Amtliche Sammlung: nein

2216 055

BGB § 477; HGB § 378

Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB findet bei beiderseitigen Handelsgeschäften auch auf Schadensersatzansprüche wegen Lieferung einer anderen als der ausbedungenen Ware mindestens dann Anwendung, wenn statt der vereinbarten Art einer Warengattung eine andere Art derselben Gattung geliefert worden ist.

BGH, Urt. v. 22. März 1961 - VIII ZR 52/60 - OLG Karlsruhe

Verkündet am 22. März 1961
Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma F [REDACTED] Parkettverlegung vormals R. H [REDACTED], In-
haberin Frau Rita H [REDACTED], in G [REDACTED] bei N [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen:

die Firma Karl S [REDACTED] Aktiengesellschaft in M [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die Vorstandsmitglieder
Karl und Heinz S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. März 1961 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter Dr. Gel-
haar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Karlsruhe vom 3. Februar 1960 wird zurück-
gewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

unvollständig

Tatbestand:

Die Klägerin, die einen Holzgroßhandel betreibt, trat zu Anfang des Jahres 1956 mit der Beklagten, die ein Geschäft für Parkettverlegung führt, in geschäftliche Verbindung. Die Klägerin erklärte sich in einem Schreiben vom 1. März 1956 bereit, "den Auftrag von 40 000 qm Parkett in Eiche und Buche zu übernehmen". Nach Angabe von Preisen und Lieferungsbedingungen heißt es in diesem Schreiben weiter:

"... Eine weitere Voraussetzung bleibt, daß wir unsere Auftragsbestätigungen und Rechnungen an Ihre Auftraggeber, die Baufirmen, direkt aufmachen und solche in Bezug auf die Bonität (Sicherheit) einwandfrei sind und unseren Ansprüchen genügen.

Wir bitten Sie also höflich, ... sofort Ihre Liste aufzumachen, aus der hervorgeht,

- a) wer Ihre Auftraggeber sind,
- b) welche Sortimente, ob Eiche oder Buche, nebst Güteklassen

gebraucht werden. Sofort nach Erhalt Ihrer Liste werden wir dann unsere Bestätigung direkt aufmachen und Ihnen jeweils eine Kopie, sowie später auch die Rechnungskopien übersenden."

Unter dem 4. April 1956 hat die Klägerin der Beklagten einen Verkauf von 720 qm Eichenparkett, 560 qm Buchenparkett erster Wahl und 100 qm Buchenparkett zweiter Wahl auf laufenden Abruf bestätigt. Weitere Bestätigungsschreiben liegen nicht vor. Die Beklagte hat insgesamt wesentlich weniger als 40 000 qm Holz nacheinander bestellt und abgenommen. Sie hat vornehmlich in Mannheim-Käfertal mit dem bezogenen Holz in Bauten, die für die amerikanische Besatzung bestimmt waren, im Auftrage einer Baufirma, die die Bauten erstellte, Parkettböden verlegt. Aus diesen Lieferungen hat die Klägerin einen Restkaufpreis von 9679,55 DM und Ersatz von 229,50 DM Nebenkosten sowie Zinsen beansprucht.

Die Beklagte rechnet mit einer Schadensersatzforderung auf, die sie u.a. daraus herleitet, daß die Klägerin ihr nicht, wie vereinbart, rumänische Buche, son-



dern jugoslawische Buche geliefert habe. Die jugoslawische Buche habe, so behauptet sie, die Eigenschaft, daß sie bei der Versiegelung nachdunkle und fleckig werde. Die Parkettfußböden seien daher von der Bauleitung beanstandet worden und sie, die Beklagte, habe die Böden erneut bearbeiten und neu versiegeln müssen. Außerdem müsse sie der Baufirma, die die Bauten erstelle, die Vertragsstrafen und Unkosten ersetzen, die dieser Firma durch die Verzögerung der Arbeiten entstanden seien. Die Klägerin ist diesen Behauptungen entgegengetreten.

Weitere Beanstandungen, die die Beklagte gegen das gelieferte Holz im ersten und zweiten Rechtszug geltend gemacht hatte, spielen im Revisionsrechtszuge keine Rolle mehr.

Das Landgericht hat unter Abzug eines Betrages von 464,21 DM und einer entsprechenden Ermäßigung der Zinsforderung der Klage in Höhe von 9444,84 DM stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht hält die Einwendungen der Beklagten gegen die Kaufpreisansprüche für unbegründet. Es befaßt sich zunächst mit der Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe vertragswidrig jugoslawisches Buchenholz geliefert. Dabei geht das Berufungsgericht im ersten Teil der Entscheidungsgründe davon aus, daß die Parteien, wie die Beklagte behauptet, vereinbart

hätten, es sei rumänisches Buchenholz zu liefern, daß die Klägerin jedoch jugoslawisches Holz geliefert habe. Diesen Sachverhalt beurteilt das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der Sachmängelhaftung und des Schadensersatzes wegen positiver Vertragsverletzung und kommt aus mehreren Gründen zu dem Ergebnis, daß ein Schadensersatzanspruch der Beklagten, mit dem sie aufrechnen könne, nicht gegeben sei. Das Berufungsgericht erklärt sodann, es halte es für geboten, darauf hinzuweisen, daß die Berufung der Beklagten auch hiervon abgesehen nach den erhobenen Beweisen als unbegründet hätte zurückgewiesen werden müssen. Es sei nicht ersichtlich, wieso und anhand welcher Anhaltspunkte die Klägerin von sich aus bei Vertragsabschluß hätte annehmen müssen, daß es der Beklagten entscheidend darauf angekommen sei, nur rumänische und keine jugoslawische Buche zu erhalten.

Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht hätte bei erschöpfender Würdigung des Prozeßstoffes zu der Auffassung gelangen müssen, daß die Beklagte das Holz nach Probe gekauft habe und, da das ihr gezeigte Holz rumänisches Buchenholz gewesen sei, ein Vertrag über rumänische Buche zustande gekommen sei.

Ob die als Hinweis bezeichnete Erörterung des Berufungsgerichts, es sei nicht erwiesen, daß Gegenstand des Kaufvertrages nur rumänische Buche gewesen sei, eine echte Begründung des Urteils darstellt oder es sich nur um eine Hilfservägung handelt, auf der die Entscheidung nicht beruht, kann dahingestellt bleiben. Wie im folgenden ausgeführt wird, hält schon die vom Berufungsgericht in erster Linie für richtig gehaltene Beurteilung der rechtlichen Nachprüfung stand. Insoweit kommt es aber auf die genannten Angriffe der Revision nicht an, da das Berufungsgericht unterstellt, daß die Parteien einen Vertrag über rumänisches Buchenholz ge-

schlossen haben. Die Auffassung der Revision, bei einem Kauf nach Probe ergäben sich für die Beklagte weitere Ansprüche, als sie das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt des Gewährleistungsrechts behandelt habe, entbehrt der Grundlage. Bei dem Kauf nach Probe handelt es sich nur um eine besondere Art der Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache (vgl. § 494 BGB). Eines Eingehens auf die Frage, ob Inhalt des Vertrages tatsächlich nur die Lieferung von rumänischem Buchenholz gewesen ist, bedarf es deshalb nicht.

II. 1. Das Berufungsgericht führt in dem Teil seiner Entscheidungsgründe, in dem es unterstellt, daß die Klägerin verpflichtet gewesen sei, rumänisches Holz zu liefern, aus, es habe sich um den Kauf einer Gattungsschuld gehandelt, die Beklagte hätte deshalb nur dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können, wenn dem gekauften Holz bei der Übergabe eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt hätte. Daß die Beklagte das Holz überhaupt nicht als Vertragsleistung angenommen habe, behauptete die Beklagte selbst nicht. Diese Annahme würde auch ihrem sonstigen Verhalten widersprechen. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung sowie Ersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung scheiterten aber daran, daß die Beklagte es hinsichtlich aller Lieferungen mit Ausnahme einer solchen vom 20. April 1956 unterlassen habe, die angeblichen Mängel unverzüglich nach Anlieferung der jeweiligen Holzpartie der Klägerin anzuzeigen. Diesen Ausführungen über die Mängelrüge liegt folgender unstreitiger Sachverhalt zugrunde: Nach Lieferungen, die die Klägerin im April 1956, zuletzt am 20. April, vorgenommen hatte, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 22. April 1956 u.a.:

"... Leider mußten wir bei unserem gestrigen Besuch auf obiger Baustelle (gemeint Mannheim-Käfertal) feststellen, daß das aus Ihrer letzten Anlieferung

stammende Parkettholz unseren Wünschen in keiner Weise entspricht und wir deshalb von der OBL (gemeint Oberbauleitung) größere Beanstandungen hinnehmen mußten. Im einzelnen handelt es sich um folgendes:

Bei der Bestellung haben wir ausdrücklich vereinbart, daß Sie uns nur rumänische Buche anliefern. Bei der letzten Lieferung aber trägt das Holz jugoslawische Beschriftung, ist nachbearbeitetes Holz, das sehr schlecht bearbeitet ist,....."

Die Klägerin wies die Beanstandungen mit Schreiben vom 24. April 1956 zurück. Auf Abruf der Beklagten übersandte die Klägerin, wie in den vorhergehenden Rechtszügen unstreitig gewesen ist, am 11. Mai, 14. Mai, 17. Mai, 26. Mai und 4. Juni 1956 weitere Posten Holz. Für ein anderes Bauvorhaben erfolgte noch eine Lieferung am 27. Juli 1956. Am 20. Juni 1956 richtete die Beklagte an die Klägerin ein Schreiben, in dem es heißt:

"... Wir beziehen uns auf unsere Reklamations-schreiben vom 22. 4. 56, in dem wir Ihnen bereits unsere Mängelrüge wegen der Lieferung von jugoslawischem Holz deutlich unterbreitet haben. Sie haben daraufhin mit Schreiben vom 24. 4. 56 die Sache zu bagatellisieren versucht und haben unsere Reklamation einfach unberücksichtigt gelassen, vielmehr weiterhin dieses ungeeignete und beanstandete Holz auf Baustelle Hegenichhof angeliefert...

Nachdem wir nun mit dem Schleifen und Versiegeln begonnen hatten, wurde Herr H. [REDACTED] gestern telefonisch auf die Baustelle in Käfertal gerufen. Es wurde ihm von der Bauleitung mitgeteilt, daß die versiegelten Buchenparkettböden im vorgefundenen Zustand nicht abgenommen werden aus folgenden Gründen:

Die versiegelten Böden sind viel zu dunkel und die Farbunterschiede bei den einzelnen Stäben sind so riesengroß, daß die Böden scheckig sind. Dies ist darauf zurückzuführen, daß wir jugoslawische Buche verlegt haben, bei der einwandfrei feststeht, daß sie nach dem Versiegeln sehr stark nachdunkelt und dann krasse Farbfehler aufweist.
....."

Das Berufungsgericht meint, der Beklagten habe eine Rügepflicht obgelegen; denn für beide Teile habe es sich

bei den vorliegenden Lieferungen unstreitig um Handelsgeschäfte gehandelt. Im übrigen hätte auch die Beklagte nach der Nr.8 der Verkaufsbedingungen der Klägerin, die Vertragsinhalt geworden seien, Beanstandungen innerhalb fünf Werktagen nach Ankunft der Ware bei dem Empfänger melden müssen. Für ihre Behauptung, sie habe nach dem Rügeschreiben vom 22. April 1956 noch wiederholt mündlich gerügt, habe die Beklagte keinen Beweis erbracht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne die Beklagte sich auch nicht darauf berufen, daß es ihr mit Ausnahme der einen Lieferung vom 20. April 1956 erst bei der Versiegelung der Böden erkennbar geworden sei, daß jugoslawische statt rumänische Buche geliefert worden sei. Ihr sei bei den späteren Lieferungen entweder bewußt oder, sofern sie, wie geboten, das Holz nachgeprüft hätte, mindestens sofort erkennbar gewesen, daß die Klägerin keine rumänische Buche geliefert habe.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte es an einer rechtzeitigen Mängelrüge habe fehlen lassen, enthält keinen Rechtsverstoß. Ob dem Ausgangspunkt der Erwägungen des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Anspruch stelle sich als Schadensersatzanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft oder wegen positiver Vertragsverletzung dar, uneingeschränkt beizutreten ist, kann zwar zweifelhaft sein. Wenn die Parteien Lieferung rumänischer Buche vereinbart hatten, könnte die Lieferung jugoslawischer Buche die Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware bilden (§ 378 HGB). Dann würde möglicherweise die Klägerin nicht nur eine fehlerhafte Leistung erbracht, sondern die ihr obliegende Leistung überhaupt noch nicht erfüllt haben. Darauf kommt es aber nicht an. Auch wenn jugoslawische Buche in diesem Sinne eine andere Ware wäre als rumänische Buche, würde, wie das Berufungsgericht - allerdings beiläufig -

mit Recht erwähnt, nach § 378 HGB eine Rügepflicht gegeben sein, denn es liegen keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme vor, jugoslawische Buche weiche etwa von rumänischer Buche so erheblich ab, daß die Klägerin die Zustimmung der Beklagten zur Lieferung jugoslawischer Buche als ausgeschlossen hätte betrachten müssen. So verweist das Berufungsgericht in anderem Zusammenhange darauf, daß der Zeuge H., der die Geschäfte der Beklagten geführt hat, auf die Frage, weshalb die Beklagte auch nach Erhalt des klägerischen Schreibens vom 24. April 1956 wieder Lieferungen bestellt und abgenommen habe, zur Antwort gegeben habe, es sei damals schwer gewesen, rumänische Buche zu bekommen. Das Berufungsgericht stellt also fest, der Zeuge H. habe wegen Lieferungsschwierigkeiten auch die angeblich andersartige jugoslawische Buche abgenommen.

Die Revision will auch in dem Schreiben der Beklagten vom 20. Juni 1956 eine fristgemäße Mängelrüge sehen. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO nicht festgestellt, wann die einzelnen Lieferungen erfolgt seien, und meint, auf Grund einer solchen Feststellung würde sich ergeben haben, daß die Beanstandung vom 20. Juni 1956 alle bis dahin vorgenommenen Lieferungen der Klägerin umfaßt habe. Dieser Angriff der Revision ist nicht begründet. Nach dem Tatbestand des Urteils des Landgerichts ist im ersten Rechtszuge unstreitig gewesen, daß die Beklagte außer der Lieferung vom 20. April 1956 weitere Lieferungen am 11. Mai, 14. Mai, 17. Mai, 19. Mai, 26. Mai, 4. Juni und 27. Juli 1956 erhalten hat. Das ist im zweiten Rechtszuge unbestritten geblieben. Ist aber die letzte dem Schreiben vom 20. Juni 1956 vorgehende Lieferung am 4. Juni 1956 erfolgt, unterliegt die Auffassung des Berufungsgerichts, daß diese Rüge nicht unverzüglich erklärt sei, keinen

Bedenken, ohne daß es noch darauf ankommt, ob, was die Revision in Zweifel zieht, die Nr.8 der Vertragsbedingungen über die Pflicht zur Beanstandung innerhalb fünf Werktagen auch auf Ansprüche wegen Lieferung anderer als der bedungenen Ware anzuwenden ist. Die Revision bemängelt weiter, das Berufungsgericht hätte die Bekundung des Zeugen H. bei seiner Vernehmung im Termin vom 24. November 1959 dahin würdigen müssen, daß er namens der Beklagten in der Zeit zwischen dem 22. April und dem 20. Juni 1956 mündliche Rügen erhoben habe. Der Zeuge hat indessen nur erklärt, er habe auch nach dem Schreiben der Beklagten vom 22. April 1956 deshalb noch weitere Lieferungen jugoslawischen Parkettholzes angefordert bzw. angenommen, weil die Beklagte bzw. deren Inhaberin der von dem Vorstandsmitglied Karl Sch. der Klägerin am Telefon und in seinem Büro abgegebenen Erklärung, er werde die Sache mit den Amerikanern schon in Ordnung bringen, vertraut habe. Die Revision meint, die Anrufe des Zeugen H. hätten nur weitere in der Richtung der schriftlichen Rügen liegende Beanstandungen enthalten können, die die Klägerin veranlaßt hätten, der Beklagten beruhigende Erklärungen abzugeben. Aus der Bekundung des Zeugen H. ergibt sich indessen - ihre Richtigkeit angenommen - nicht mehr, als daß Sch. in Aussicht gestellt hat, mit den amerikanischen Dienststellen zu verhandeln, und daß der Zeuge H. darauf seine Bedenken gegen weitere Lieferungen jugoslawischer Buche hat fallen lassen. Wenn das Berufungsgericht diese Bedenken nicht als hinreichende Rügen gewertet hat, so enthält das keine Gesetzesverletzung. Der Zeuge H. hat nach seiner eigenen Darstellung die Gefahr, daß sich aus der Verwendung jugoslawischen Holzes Schwierigkeiten ergeben könnten, in Kauf genommen. Unter diesen Umständen hätte der Zeuge H., wenn er eine wirksame Mängelrüge hätte anbrin-

gen wollen, eindeutig zum Ausdruck bringen müssen, daß die Beklagte das gelieferte Holz, obwohl sie es verwenden wollte, als Erfüllung ablehne. Daß dies geschehen ist, behauptet die Beklagte selbst nicht. Das Berufungsgericht war daher entgegen der Ansicht der Revision auch nicht genötigt, ausdrücklich zu der Aussage des Zeugen Stellung zu nehmen. Ebenso wenig ergibt sich aus der Bekundung des Zeugen bei seiner im ersten Rechtszuge erfolgten Vernehmung vom 21. März 1957, deren Übergehung die Revision im übrigen nicht geltend macht, daß der Zeuge unverzüglich nach Empfang einer Holzlieferung unmißverständlich angezeigt hat, er sehe die Lieferung nicht als Erfüllung an, und damit im Sinne des § 377 HGB einen Mangel gerügt hat.

Unter diesen Umständen bedarf es keines Eingehens, ob die weitere Begründung des Berufungsgerichts stichhaltig ist, der Schadensersatzanspruch der Beklagten scheitere im übrigen, soweit sie Lieferungen in Kenntnis dessen abgenommen habe, daß keine rumänische Buche geliefert worden war, auch daran, daß sie sich bei der Annahme ihre Rechte nicht vorbehalten habe.

Das Berufungsgericht ist mithin mindestens im Ergebnis rechtlich bedenkenfrei zu dem Schluß gelangt, daß die Beklagte, soweit es sich um die nach dem 20. April 1956 erfolgten Lieferungen handelt, Schadensersatzansprüche nicht damit begründen kann, die Klägerin habe statt rumänischer jugoslawische Buche geliefert.

III. 1. Auch aus einem auf der Lieferung vom 20. April 1956 beruhenden Schadensersatzanspruch kann nach Ansicht des Berufungsgerichts die Beklagte keine Rechte herleiten. Das Berufungsgericht meint, gegenüber einer etwa der Beklagten zustehenden Forderung greife die von der

Klägerin erhobene Einrede der Verjährung durch. Die Beklagte habe ihren Schadensersatzanspruch erstmalig durch Aufrechnung im Schriftsatz vom 20. November 1956 geltend gemacht. Da die Waren aber am 20. April 1956 abgeliefert worden seien, sei im Zeitpunkt der Aufrechnung die Verjährung bereits eingetreten gewesen. Die Beklagte hätte nach § 479 BGB zwar trotz der Verjährung gegen eine Kaufpreisforderung aufrechnen können. Denn lediglich zur Abwehr der Kaufpreisforderung dürfe sich der Käufer dieser Vorschrift bedienen. Da indessen die Rechnung für die Lieferung vom 20. April 1956 unstreitig bereits bezahlt worden sei, könne die Beklagte nicht mehr aufrechnen. Eine Aufrechnung gegen andere Forderungen, hier etwa gegen die Forderung für die anderen Lieferungen, sei nicht statthaft. Daß die Lieferungen insgesamt nicht als ein einheitliches Kaufgeschäft aufgefaßt werden dürften und von den Parteien auch nicht so aufgefaßt worden seien, ergebe sich einmal aus der praktischen Handhabung. So sei jede Lieferung für sich bestellt, für sich von der Klägerin durchgeführt, in Rechnung gestellt und abgerechnet worden. Das ergebe sich aber auch aus dem Schreiben der Klägerin vom 1. März und 4. April 1956. Im ersten Schreiben habe sich die Klägerin nur unter gewissen Voraussetzungen dazu bereit erklärt, insgesamt 40 000 qm zu liefern. Die Voraussetzung sei gewesen, daß die Klägerin ihre Auftragsbestätigungen und Rechnungen an die Auftraggeber der Beklagten direkt habe aufmachen dürfen und die einzelnen Firmen einwandfrei gewesen seien. Ein bindender Vertrag sei danach erst über jede einzelne Lieferung abgeschlossen worden. Hätten die Parteien bereits die erste Abrede als einen bindenden Vertrag auf Lieferung von 40 000 qm Holz, also als einen Kaufvertrag, aufgefaßt, dann hätte die Klägerin darauf bestehen dürfen, wie sie es später nicht getan hat, daß ihr die Beklagte auch tatsächlich 40 000 qm abnehme. Außerdem habe die Klägerin in

dem zweiten Schreiben vom 4. April 1956 erstmalig auf ihre Kaufbedingungen Bezug genommen. Es könne somit kein Zweifel bestehen, daß wie jede Lieferung nur auf jeweilige Bestellung erfolgt sei, auch jeder Lieferung ein eigener Kaufvertrag zugrunde gelegen habe.

2. Daß ebenso wie Gewährleistungsansprüche auch Ersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung wegen eines durch Sachmängel hervorgerufenen Schadens nach § 477 BGB verjähren, entspricht ständiger Rechtsprechung. Streitig ist allerdings, ob die kurze Verjährung auch auf Ansprüche anzuwenden ist, die daraus hergeleitet werden, daß eine andere als die ausbedungene Ware geliefert worden ist. Das Reichsgericht hat die sogenannte "Falschlieferung" bei beiderseitigen Handelsgeschäften, sofern nicht der Ausnahmefall des § 378 HGB vorliegt, wie einen Sachmangel behandelt. Es hat seine Auffassung auf eine entsprechende Anwendung des § 378 HGB gestützt und damit begründet, daß die Unterscheidung zwischen der Lieferung einer mangelhaften und der Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware keine innere Berechtigung habe (RGZ 86,90,93; RG LZ 20,859). Dem hat das Schrifttum in weitem Umfange zugestimmt, teilweise unter Übernahme der Gründe des Reichsgerichts (Staudinger, BGB 11.Aufl. § 477 Nr.6; HGB RGRK 1.Aufl. § 377 Anm.136, § 378 Anm.10; Erman, BGB 2.Aufl. § 477 Anm.2; Esser, Schuldrecht 2.Aufl. § 107,1). Teilweise ist das Schrifttum dem Reichsgericht auch mit der Begründung gefolgt, daß vom Standpunkt eines "relativen", d.h. auf den Zweck des einzelnen Vertrages abgestellten Fehlerbegriffes, die Falschlieferung ebenso unter die Vorschriften der §§ 459 ff BGB über die Gewährleistung falle wie die Schlechtlieferung (Baumbach/Duden, HGB 13.Aufl. §§ 377, 378 Anm.2 B; v.Caemmerer, Falschlieferung, Festschrift für Martin Wolff, 1952 S.3 ff, 13 ff; Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S.114; Raape, AcP 150,481,493).

Dagegen vertreten u.a. die Erläuterungsbücher zum Handelsgesetzbuch von Schlegelberger/Hildebrandt (3.Aufl. § 378 Anm.2) und Düringer/Hachenburg (3.Aufl. § 378 Anm.6) die Auffassung, es bestehe ein die Vorschriften der §§ 459 ff BGB ausschließender grundsätzlicher Unterschied zwischen der Sachmängelhaftung und dem bei Lieferung einer falschen Ware begründeten Erfüllungsanspruch oder dem gegebenenfalls aus der Nichterfüllung hergeleiteten Schadensersatzanspruch. Einer abschließenden Stellungnahme zu dieser Frage bedarf es aber nicht. Eine Anwendung der Vorschriften über die Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften und damit der Bestimmungen über die kurze Verjährung rechtfertigt sich mindestens in dem Unterfall, daß statt der vereinbarten Art einer Warengattung eine andere Art derselben Gattung geliefert worden ist (RG Holdheims Monatsschrift 1905,24; vgl. BGB RGRK 11.Aufl. § 477 Anm.2 und BGH Urt. v. 22. Dezember 1955 - II ZR 113/54 - WM 1956,494). Es besteht kein innerer Unterschied zwischen einer Abrede, nach der Gegenstand des Vertrages nur eine bestimmte Sorte einer Gattung ist, hier also Verkauf von rumänischem Buchenholz, und der Vereinbarung, Waren einer bestimmten Gattung zu liefern, mit der Zusicherung, daß die Waren die Eigenschaft hätten, zu einer bestimmten Art zu gehören, also etwa Verkauf von Buchenholz unter der Zusicherung, daß es rumänischer Herkunft sei. Demnach finden im vorliegenden Fall die Vorschriften über Gewährleistungsrecht auch Anwendung, wenn jugoslawisches Buchenholz eine andere Ware als die ausbedungene rumänische Buche sein sollte. Dann aber greift auch die kurze Verjährung des § 477 BGB Platz (so ausdrücklich RG LZ 20,859 und das genannte Schrifttum). Soweit Entscheidungen des Reichsgerichts für die Auffassung angeführt werden, daß Schadensersatzansprüche wegen Lieferung eines aliud nicht der kurzen Verjährung unterfielen, legen diese Urteile, soweit ersichtlich, zugrunde, daß es sich um den Ausnahmefall einer völlig anderen Sache im Sinne des § 378 HGB handelt.

Unbedenklich hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß die Verjährung eines aus der am 20. April 1956 erfolgten Lieferung hergeleiteten Schadensersatzanspruches an diesem Tage begonnen habe. Selbst wenn ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliegen sollte, hätte die Verjährungsfrist mit der Bewirkung der einzelnen Lieferung, nicht etwa erst mit der Ablieferung der gesamten Ware zu laufen begonnen (KG OLG 12,56,57; HGB RGRK 1.Aufl. § 377 Anm.137).

Die Meinung des Berufungsgerichts, eine verjährte Forderung könne nach § 479 BGB nur gegen eine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises für die beanstandete Kaufsache aufgerechnet werden, entspricht der übereinstimmenden Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des erkennenden Senats vom 22. Februar 1961 - VIII ZR 176/59 -; ferner RGZ 56, 166,171; Recht 1914,336; OLG Schleswig, SchlHA 1957,178). Von ihr abzugehen, sieht der Senat keine Veranlassung.

Die Revision greift die Würdigung des Berufungsgerichts an, die Beklagte habe den Kaufpreis für die am 20. April 1956 gelieferten Hölzer entrichtet, so daß die Kaufpreisforderung nicht Gegenstand der Klage sei. Sie meint, es liege ein einheitlicher Kaufvertrag vor. Daher betreffe die Forderung auf ~~Bezahlung~~ des gesamten Kaufpreisrestes auch das Entgelt für die Lieferung vom 20. April 1956. Die Rüge kann keinen Erfolg haben. Die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung der Abreden, auf denen die Lieferung vom 20. April 1956 beruht, ist nur der beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich. Die Auffassung des Berufungsgerichts läßt einen Gesetzesverstoß nicht erkennen. Selbst wenn im Sinne der Revision anzunehmen wäre, daß die Beklagte sich mit dem Schreiben vom 1. März 1956 verpflichtet hätte, 40 000 qm Holz abzunehmen, oder daß sie an die Beklagte die gesamte Holzlieferung für das Bauvorhaben

Mannheim-Käfertal vergeben hätte, wäre das Berufungsgericht nicht zu der Würdigung genötigt gewesen, die Lieferung vom 20. April 1956 sei als unselbständiger Teil einer einheitlichen Lieferung anzusehen, so daß, wie die Revision meint, trotz der Entrichtung eines dieser Lieferung entsprechenden Entgelts nur ein Teil des gesamten Kaufpreises, nicht aber der Kaufpreis für die Lieferung vom 20. April 1956 beglichen worden wäre. Das Berufungsgericht hat die dem Auftrags- und Bestätigungsschreiben vom 4. April 1956 ~~vor~~vorgehenden Verhandlungen der Parteien keineswegs übersehen. Wenn es die Abreden dahin auslegt, über jede einzelne Lieferung sei ein gesonderter Vertrag abgeschlossen worden, so ist das auch dann möglich, wenn die Beklagte sich zur Abnahme einer Gesamtmenge Holz verpflichtet haben sollte. Diese Vereinbarung würde dann einen Vorvertrag bilden, zu dessen Ausführung die Parteien einzelne Kaufverträge schließen mußten. Unter diesen Umständen kam es nicht darauf an, ob die Parteien über die einzelnen Lieferungen betreffenden Abreden hinaus noch weitere Bindungen über die Abnahme einer Gesamtmenge Holz eingegangen waren. Das Berufungsgericht brauchte auch entgegen der Ansicht der Revision nicht gemäß § 139 ZPO die Beklagte nach Vereinbarungen solcher Art zu befragen. Es kann danach dahingestellt bleiben, ob nicht selbst dann, wenn ein einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag vorläge, der Käufer mit einem Schadensersatzanspruch nur gegen diejenige Kaufpreisrate aufrechnen könnte, die für die Lieferung geltend gemacht wird, aus der der Käufer das Recht auf Schadensersatz herleitet, nicht aber gegen Kaufpreisraten aus späteren Lieferungen (OLG Hamburg LZ 1919,608; a.A. HGB RGRK 1.Aufl. § 377 Anm.142; Staudinger BGB 11.Aufl. § 479 Anm.4).

Die Klägerin würde sich allerdings dem Vorwurf mißbräuchlicher Rechtsausübung aussetzen, wenn sie die

Einrede der Verjährung erhöhe, obwohl für sie erkennbar nach ihrem, der Klägerin, Verhalten die Beklagte darauf vertraut hatte und vertrauen durfte, sie werde die Einrede nicht geltend machen (BGH Urt. v. 14. Oktober 1958 - VI ZR 183/57 - NJW 1959,96; Soergel/Siebert, BGB 9.Aufl. § 242 Anm.167). Selbst wenn, wie die Revision in anderem Zusammenhang berücksichtigt wissen will, aus der Bekundung des Zeugen H. im Termin vom 24. November 1959 der Schluß zu ziehen wäre, die Beklagte habe einer von dem Vorstandsmitglied der Klägerin Karl Sch. in der Zeit zwischen dem 22. April und 20. Juni 1956 abgegebenen Erklärung vertraut, er werde die Sache (gemeint die Lieferung jugoslawischen Holzes) mit den Amerikanern schon in Ordnung bringen, wäre indessen der Tatbestand einer unzulässigen Rechtsausübung nicht gegeben. Die Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, daß sie damit gerechnet hat, die Klägerin werde die Einrede der Verjährung nicht erheben, und sie deshalb ihre vermeintliche Schadensersatzforderung nicht rechtzeitig geltend gemacht hat. In dieser Hinsicht hat die Revision auch keine Rügen vorgebracht.

B.

1. Das Berufungsgericht hat ferner geprüft, ob das gelieferte Holz abgesehen davon, daß ihm die angeblich zugesicherte Eigenschaft der Herkunft aus Rumänien gefehlt habe, insofern von mangelhafter Beschaffenheit gewesen sei, als es bei Verwendung eines sogenannten Öl- oder Tiefensiegels sich anders verhalten habe, als sonstige Buche, nämlich stark nachgedunkelt sei. Das Berufungsgericht hält nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einen solchen Mangel nicht für erwiesen. Es führt aus, sowohl der sachkundige Zeuge K. als auch der

als Zeuge vernommene Architekt I., der als Fachmann für die amerikanische Besatzungsstelle die Böden dieser Art abzunehmen gehabt habe, hätten zur Überzeugung des Senats bekundet, daß es keinerlei Beanstandungen mit dem gelieferten Holz gegeben hätte, wenn ein anderer Siegel verwendet worden wäre. Der Zeuge L. habe überhaupt keinen sachlichen Grund dafür gewußt, weshalb die zuständige amerikanische Stelle für jene Bauten gerade einen Ölsiegel vorgeschrieben habe. Es erscheine glaubhaft, daß die Klägerin, wie der Zeuge K. angegeben habe, seit Jahren laufend jugoslawisches Buchenparkettholz verkaufe, ohne daß sonst derartige Beanstandungen erhoben worden seien. Auch die Beklagte behauptet nicht, daß ihr noch eine weitere Eigenschaft als die, daß es sich um rumänische Buche handele, zugesichert worden sei.

2. Die Revision meint demgegenüber, das Berufungsgericht habe verkannt, daß eine fehlerhafte Leistung im Sinne des Gesetzes vorliege, wenn sie von der von den Parteien nach dem Vertrage gemeinsam vorausgesetzten Beschaffenheit abweiche. Als vertragsgemäß hätten, so führt die Revision aus, die Parteien eine Beschaffenheit des Holzes angesehen, die es zulasse, daß das Holz, ohne nachzudunkeln und fleckig zu werden, mit dem von der amerikanischen Stelle vorgeschriebenen Ölsiegel behandelt werde.

Diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat den Begriff des Fehlers im Sinne des § 459 Abs.1 BGB nicht verkannt. Es will mit der Wendung, die Beklagte behauptet nicht, daß ihr eine weitere Eigenschaft als die der rumänischen Herkunft zugesichert

sei, offensichtlich sagen, die Parteien hätten gerade nicht gemeinsam vorausgesetzt, daß das Holz seinem Verwendungszweck entsprechend mit dem von der Beklagten benutzten Ölsiegel solle behandelt werden können. Die Revision hat auch nicht gerügt, daß das Berufungsgericht einen entsprechenden Vortrag der Beklagten etwa übergangen habe. Wenn die Revision darauf verweist, der Vertragszweck habe sich nach der Probe bestimmt, so geht das fehl. Daß sich aus den angeblich als Proben vorgewiesenen Parketthölzern habe ersehen lassen, das Parkett solle mit einem Ölsiegel behandelt werden, trägt die Revision nicht vor. Unerheblich ist auch, ob die Beklagte ihrem Auftraggeber gegenüber zur Verwendung eines Ölsiegels verpflichtet war. Aus dieser angeblichen Verpflichtung der Beklagten könnte ein dem gelieferten Holz anhaftender Sachmangel nur hergeleitet werden, wenn die Parteien sich darüber geeinigt hätten, daß das Parkettholz für eine solche Behandlung geeignet sein müsse, oder wenn wenigstens eine solche Behandlungsart stillschweigend zur Vertragsgrundlage gemacht worden wäre (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 25. Januar 1961 - VIII ZR 70/60 -). Das ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geschehen. Ist aber, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, jugoslawisches Holz bei Verwendung eines geeigneten Versiegelungsmaterials zur Herstellung von Parkettfußböden geeignet und war die Behandlung mit dem möglicherweise ungeeigneten Ölsiegel nicht vertraglich vorausgesetzt, so ist es nicht fehlsam, wenn das Berufungsgericht das gelieferte Holz für mangelfrei hält. Aus diesem Grunde ist es unerheb-

lich, ob und weshalb das als Parkettfußboden verlegte Holz nach der Behandlung mit dem Ölsiegel nachgedunkelt oder fleckig geworden ist. Die in dieser Hinsicht von der Revision gegen die Würdigung des Berufungsgerichts geltend gemachten Rügen gehen deshalb ins Leere.

Liegt ein Fehler im Rechtssinne nicht vor, kommt es auch auf die Ausführungen der Revision, daß die Beklagte die angeblichen Mängel rechtzeitig gerügt habe, nicht an. Die Auffassung der Revision, das Berufungsgericht habe gemeint, die Beklagte könne sich auf den Fehler der Sache nicht berufen, weil dieser erst bei der Versiegelung erkennbar geworden sei, findet übrigens in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils keine Grundlage. Das Berufungsgericht hat nur ausgeführt, die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, es sei ihr mit Ausnahme der einen Lieferung vom 20. April 1956 erst bei der Versiegelung der Böden erkennbar geworden, daß jugoslawische statt rumänische Buche geliefert worden sei, und hat das damit begründet, daß die Beklagte die Herkunft des Holzes aus Jugoslawien schon bei der Lieferung aus anderen Umständen erkannt habe. Die Erörterung des Berufungsgerichts bezieht sich also überhaupt nicht auf den angeblichen Mangel, daß jugoslawisches Holz sich mit einem Ölsiegel nicht zufriedenstellend behandeln lasse, sondern auf die oben abgehandelte angebliche Zusicherung, es werde rumänische Buche geliefert.

C.

Die Angriffe der Revision müssen deshalb scheitern. Da die Entscheidung des Berufungsgerichts auch im übrigen auf sachlichrechtlichem Gebiet einen Rechts-

fehler nicht erkennen läßt, war die Revision zurückzuweisen.

Die Kosten der Revision hat die Beklagte nach § 97 ZPO zu tragen.

Senatspräsident Dr. Pagen-
darm befindet
sich in stationärer Kranken-
hausbehandlung
und ist deshalb
an der Beifü-
gung seiner Un-
terschrift ver-
hindert.

Dr. Gelhaar

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Mezger