

VIII ZR 58/58

Verkündet
am 14. April 1959
[REDACTED], Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2337 015

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

In dem Rechtsstreit

der Metallhütte M [REDACTED] Aktiengesellschaft in H [REDACTED]
W [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihren Vorstand Edgar G [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -
gegen

die Ernst B [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung
in Ha [REDACTED], Am [REDACTED] Hafen, vertreten durch ihren
Geschäftsführer, den Kaufmann Ernst B [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. April 1959 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bun-
desrichter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Celle vom
19. Februar 1958 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wollte einen bei ihr lagernden Haufen Aluminiumsammelschrott verkaufen. Der Einkäufer der Beklagten, ihr Angestellter S., besichtigte die Ware, deren Gewicht ihm der Vertreter der Klägerin, ihr Angestellter Ham., mit etwa 30 Tonnen bezeichnete, sich später aber als höher herausstellte. Die Parteien einigten sich auf einen Preis von 199 DM für 100 kg und bestätigten den Kaufabschluß durch sich kreuzende Bestätigungsschreiben vom 14. März 1955. Die Beklagte nahm am 16. März 1955 eine Teilmenge von 10 650 kg und am 18. März 1955 weitere 13 188 kg ab, wobei sie auf den Lieferscheinen die Ware als kontraktgemäß und in Ordnung befindlich anerkannte. Da der abgenommene Schrott nicht so gut ausfiel, wie Strauch zunächst angenommen hatte, wandte sich dieser am 19. März 1955 an die Klägerin mit der Bitte um Ermäßigung des Preises. Darauf einigten sich die Parteien dahin, daß die noch abzunehmende Menge mit 195 DM je 100 kg berechnet werde. Sie bestätigten diese Vereinbarung mit Schreiben vom 19. März 1955, die sich ebenfalls gekreuzt haben. In dem Bestätigungsschreiben der Beklagten heißt es: Wir vereinbarten diesen Preisnachlaß, nachdem es sich herausgestellt hatte, daß in dem Material bedeutend mehr Kleinschrott vorhanden war, als zunächst bei der Besichtigung angenommen wurde.

Am 25. März 1955 nahm der Angestellte R. der Beklagten von dem Schrotthaufen weitere 10 916 kg ab. Die Beklagte verweigerte die Abnahme des restlichen Haufens wegen der angeblich schlechten Beschaffenheit des ihr verkauften Schrotts.

- 3 -

Die Klägerin hat zunächst einen Teilbetrag des Kaufpreises für die nicht abgenommene Restmenge eingeklagt und hilfsweise die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet sei, gegen Zahlung eines Preises von 195,-- DM pro 100 kg die Restmenge Aluminiumsammelschrott Qualität Astor abzunehmen.

Das Landgericht hat dem Feststellungsantrag entsprochen und die weitergehende Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung mit dem Ziele der Abweisung auch des Feststellungsbegehrens eingelegt, während die Klägerin nach Durchführung des Selbsthilfeverkaufs der Restmenge mit ihrer Anschlußberufung beantragt hat,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 13 570,-- DM nebst 10 % Zinsen auf 13 178,-- DM seit dem 22. März 1955 und auf 392,-- DM seit dem 20. Februar 1956 zu zahlen.

Hiermit hat die Klägerin den Differenzbetrag von 13 178,-- DM zwischen dem Kaufpreis für eine angebliche Restmenge von 13 500 kg Aluminiumschrott = 26 325,-- DM und dem Versteigerungserlös von 13 147,-- DM sowie Kosten für Umlagerung der Ware mit 232,-- DM und für Besichtigung und Überwachung der Be- und Entladung für die Einlagerung mit 160,-- DM gefordert.

Das Oberlandesgericht hat festgestellt, daß nur eine Restmenge von 12 070 kg vorhanden gewesen sei, und der Klägerin hierfür den vereinbarten Kaufpreis mit 23 536,50 DM abzüglich des um die Versteigerungskosten ermäßigten Erlöses von 11 752,30 DM, also 11 784,20 DM zugesprochen sowie außerdem den Betrag



Hinweis: Nach Ende der Verjährungsfrist sind die Datenbank nach §§ 97a, ff. UrhG geschützt.

von 232,-- DM für durch Umlagerung des Schrotts entstandene Kosten, während es den Betrag von 160,-- DM als Kosten der Rechtsverfolgung angesehen hat, den die Klägerin nicht als Hauptforderung geltend machen könne. Demgemäß hat es unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten auf die Anschlußberufung der Klägerin das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 12 016,20 DM nebst 10 % Zinsen auf 11 784,20 DM seit dem 22. März 1955 und auf 232,-- DM seit dem 20. Februar 1956 zu zahlen, die Mehrforderung abgewiesen und im übrigen die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage hinsichtlich des der Klägerin zuerkannten Anspruchs, während die Klägerin das Rechtsmittel zurückgewiesen haben will.

Entscheidungsgründe:

I. Die Parteien streiten in erster Reihe darüber, ob die Beklagte, wie die Klägerin behauptet, den ganzen von dem Einkäufer der Beklagten am Lagerort bei der Klägerin besichtigten Haufen Aluminiumsammelschrott gekauft hat oder, wie die Beklagte meint, nur eine Menge von "ca. 30 Tonnen", wie dies in den Bestätigungsschreiben der Parteien vom 14. März 1955 zum Ausdruck gebracht worden sei. Die Beklagte hat eingewandt, sie habe durch die drei Abnahmen, die sich insgesamt auf 34 754 kg beliefen, und Bezahlung dieses Schrotts den Kaufvertrag erfüllt. Das Berufungsurteil hat demgegenüber ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Beklagte am 14. März 1955 durch ihren Einkäufer

S [REDACTED] nicht nur eine Teilmenge von etwa 30 t eines in einer Lagerhalle der Klägerin lagernden Haufens Aluminiumschrott oder gar nur "ca. 30 t" Aluminiumschrott schlechthin gekauft, sondern den ganzen an einer bestimmten Stelle des Geländes der Klägerin lagernden und von dem Zeugen S [REDACTED] besichtigten Schrotthaufen, dessen Menge allerdings sowohl von S [REDACTED] als von dem Angestellten Ham [REDACTED] der Klägerin irrigerweise auf nur etwa 30 t geschätzt worden sei. Die mündlichen Vereinbarungen zwischen diesen beiden Angestellten seien dahin gegangen, daß der gesamte besichtigte Schrotthaufen an die Beklagte verkauft werde. Demgegenüber komme den Bestätigungsschreiben der Parteien vom 14. März 1955 keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Die Revision wendet sich gegen die Ausführung in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils auf S. 13, wonach sowohl S [REDACTED] als auch Ham [REDACTED] die Schrottmenge des von Strauch besichtigten Haufens auf etwa 30 t geschätzt hätten: Sie verweist darauf, daß das Berufungsgericht auf Antrag der Beklagten den Tatbestand des Berufungsurteils berichtigt und damit die gemeinsame Schätzung gestrichen habe. Daraus ergebe sich, so meint die Revision, eine widerspruchsvolle Beurteilung der Vertragsverhandlungen, die nicht erkennen lasse, welcher der gegenseitigen Behauptungen das Berufungsgericht habe folgen wollen bzw. welche es für erwiesen erachtet habe. Ersichtlich sei die Annahme einer gemeinsamen Schätzung grundlegend für die Feststellung, daß der gesamte Schrotthaufen verkauft worden sei. Diese Feststellung kann jedoch durch die Ausführungen der Revision nicht erschüttert werden. Die Tatbestandsberichtigung betrifft die Wiedergabe

der Einwendungen der Beklagten. In dem Satz "Zur Wandlung sei sie (die Beklagte) aber auch deswegen berechtigt gewesen, weil der Schrotthaufen nicht, wie von beiden Seiten angenommen, ca. 30 t, sondern ca. 45 t gewogen habe", hat das Berufungsgericht die Worte "wie von beiden Seiten angenommen" gestrichen. Damit ist der Behauptung der Beklagten Rechnung getragen worden, ihr Einkäufer S. [REDACTED] habe den Zeugen Ham. [REDACTED] nach dem Gewicht des Schrotthaufens gefragt und dieser habe es mit 30 t angegeben. Mag hiernach auch der Annahme des Berufungsgerichts der Boden entzogen sein, auch der Angestellte der Beklagten habe den Haufen auf etwa 30 t geschätzt, so ist dies jedenfalls für die Feststellung des Berufungsgerichts unerheblich, daß der gesamte von S. [REDACTED] besichtigte Schrotthaufen gekauft worden sei. Denn diese Feststellung beruht auf dem Ergebnis der Beweisaufnahme, wonach ausdrücklich besprochen worden ist, daß der Schrotthaufen die Partie sei, die verkauft werden solle, und daß diese Partie, wie sie dort stehe und liege, verkauft werde. Fehlt es an einer gemeinsamen Schätzung des Gewichts durch die Parteien, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß keine einwandfreie Feststellung über den Gegenstand des Kaufs getroffen worden sei. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand kein Zweifel daran, daß die gesamte an einer bestimmten Stelle lagernde Schrottmenge nach Besicht verkauft und gekauft werde, nur war dabei das Gewicht der verkauften Menge von der Klägerin nicht zutreffend angegeben worden. Welche Bedeutung diesem Umstand für die Abnahmeverpflichtung der Beklagten beizumessen ist, wird noch später am Schluß dieses Abschnitts erörtert werden. Die mündliche Verhandlung war jedenfalls zur Bestimmung des Kaufgegenstandes selbst dann geeignet,

wenn die Behauptung der Beklagten berücksichtigt wird, daß im Schrotthandel das Gewicht eines größeren Haufens für die Beurteilung hinsichtlich der Qualität und des Preises von erheblicher Bedeutung sein könne. In dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 14. März 1955 ist die verkaufte Menge mit "ca. 30 t (Menge geschätzt)" angegeben, während das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom gleichen Tage die gekaufte Menge mit "ca. 30 to" bezeichnet. Das Berufungsgericht hat hierzu gewürdigt, daß in den Bestätigungsschreiben zwar nicht die Rede davon ist, daß ein näher bestimmter Schrotthaufen in seinem gesamten Umfang an die Beklagte verkauft worden sei, es könnte danach, wenn man die vorhergehenden Verhandlungen der Zeugen S. und Ham. außer Betracht lasse, sogar davon ausgegangen werden, daß tatsächlich nur eine Menge von ca. 30 t Sammelaluminium durch die Beklagte gekauft worden sei. Dies schließe aber nicht aus, auf Grund der Vernehmung der beteiligten Zeugen festzustellen, daß der ganze von dem Zeugen S. beabsichtigte Schrotthaufen an die Beklagte verkauft worden sei. Wenn das Berufungsgericht eine Stütze für diese Feststellung auch darin findet, daß das Bestätigungsschreiben der Klägerin bei der Mengenangabe den Zusatz enthält (Menge geschätzt), so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und auch für den Fall gerechtfertigt, daß nicht eine beiderseitige Schätzung stattgefunden hat. Denn die Klägerin hat mit diesem Zusatz jedenfalls zum Ausdruck gebracht, daß die Menge von ihr geschätzt worden sei. Eines solchen Zusatzes hätte es, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausführt, nicht bedurft, wenn eine Menge von etwa 30 t hätte verkauft werden sollen. Das Berufungsgericht durfte deshalb in dem Zusatz ein An-

zeichnen dafür sehen, daß eine örtlich abgegrenzte Menge nach Besichtigung verkauft worden ist.

Das Bestätigungsschreiben der Klägerin zwingt entgegen der Auffassung der Revision auch wegen seines sonstigen Inhalts nicht dazu, ihm die Bestätigung des Verkaufs von etwa 30 t der bezeichneten Gattungsware zu entnehmen und den Verkauf rechtlich als Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Ware aus einem gegenständlich bezeichneten Vorrat zu beurteilen. Die Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin habe dem Verkauf ihre Lieferungsbedingungen zugrundegelegt und außerdem in dem Bestätigungsschreiben bei der Bezeichnung des Materials auf die Geschäftsbedingungen des Deutschen Metallhandels verwiesen. Diese Verweisung spreche dafür, daß nicht ein bestimmter Schrotthaufen, vielmehr eine Cirkamenge bestimmter Gattung verkauft worden sei, auch die Klausel "tel quel" im Bestätigungsschreiben der Klägerin habe nur bei Gattungskäufen einen Sinn. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kommt es hierauf nicht an. Wenn, so führt es aus, in dem Bestätigungsschreiben der Klägerin Bezugnahmen und Wendungen enthalten seien, die nur für Gattungskäufe in Betracht kommen könnten, so werde auch dadurch das an Hand der Bekundungen der Zeugen gewonnene Ergebnis, daß ein bestimmter abgegrenzter, von dem Zeugen Strauch besichtigter Schrotthaufen in seinem ganzen Umfang Gegenstand des Kaufvertrages sein sollte, nicht erschüttert. Diese Erwägung des Berufungsgerichts hält der Nachprüfung stand. Dazu ist ferner zu bemerken, daß der Hinweis auf die Geschäftsbedingungen des Deutschen Metallhandels bei der Bezeichnung des verkauften Materials ersichtlich der näheren Bestimmung des Qualitätsbegriffs "Astor Aluminiumsammelschrott" dient. Dieses Kennwort wird in den Geschäftsbedingungen wie folgt

erläutert: "Schrott aller Art aus Aluminium und den verschiedensten Aluminiumlegierungen. Kauf erfolgt nach Besicht, Muster bzw. Metallgehalt und Analyse." Diese Bezugnahme auf die Geschäftsbedingungen des Deutschen Metallhandels dient also der Beschaffenheitsangabe des Kaufgegenstandes und hat deshalb auch dann einen Sinn, wenn ein bestimmter Haufen Aluminiumsammelschrott verkauft wird. Denn auch in diesem Falle wird damit zum Ausdruck gebracht, daß die Parteien von der Vorstellung ausgehen, daß die gekaufte Ware die unter dem genannten Begriff erläuterte Beschaffenheit haben soll. Der im Bestätigungsschreiben der Klägerin unter dem Stichwort "Preis" enthaltene Zusatz "tel quel" besagt, wie das Landgericht ausgeführt hat, nach den Geschäftsbedingungen des Deutschen Metallhandels (Fassung 1954), daß mit dieser Klausel gekaufte Ware ohne Rücksicht auf ihren Gehalt und ihre Beschaffenheit lediglich der Gattung nach ihrer vertragsmäßigen Materialbezeichnung entsprechen muß. Es ist nicht ersichtlich, warum die Anwendung einer solchen Klausel dann ohne Bedeutung sein soll, wenn Kaufgegenstand eine bestimmte in einem Haufen zusammengefaßte Menge ist. Jedenfalls ist aber aus ihrer Anwendung nicht zu schließen, daß der Vertrag nicht einen solchen Haufen zum Gegenstand haben kann, sondern eine bestimmte Menge Aluminiumschrott der vereinbarten und besichtigten Art.

Rechtlich einwandfrei hat das Berufungsgericht auch die Annahme abgelehnt, daß die Bestätigungsschreiben der Parteien vom 14. März 1955 zu einer Änderung des mündlich Vereinbarten geführt hätten. Es hat sie ohne Rechtsfehler als auslegungsfähig und auslegungsbedürftig angesehen und demnach das wirklich Vereinbar-

te auf Grund der Vernehmung der beteiligten Zeugen festgestellt.

Das Berufungsgericht hat hierzu auch die Verhandlungen vom 19. März 1955 verwertet, die zu der Preisermäßigung für den noch abzunehmenden Rest geführt haben. Dazu führt es aus, der Zeuge S. [REDACTED] sei sich darüber klar gewesen, daß mit dem bei der Klägerin noch lagernden Material nicht eine gewichtsmäßig bestimmte Menge Schrott, sondern der ganze von der Beklagten damals noch nicht abgenommene Teil des Schrotthaufens gemeint gewesen sei. S. [REDACTED] habe nach seiner eigenen Darstellung in dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 19. März 1955 das Gewicht der noch abzunehmenden Restmenge nicht bezeichnet, weil es nicht festgestanden habe und weil die ganze noch bei der Klägerin im Lagerschuppen lagernde Restmenge des ursprünglich von ihm gekauften Schrotthaufens als gekauft angesehen worden sei. Auf Grund der Aussagen der Zeugen S. [REDACTED] und Ham. [REDACTED] kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß der ganze vorhandene Rest des Schrotthaufens Gegenstand der Vereinbarung vom 19. März 1955 gewesen sei. Diese Feststellung, so führt es aus, werde durch die Bestätigungsschreiben^{der Parteien} vom 19. März 1955 nicht erschüttert. Die Revision rügt dazu, die Würdigung des Berufungsgerichts lasse die Bekundung des Zeugen S. [REDACTED] unberücksichtigt, es sei deshalb nicht nötig gewesen, die Menge in dem Bestätigungsschreiben der Beklagten anzugeben, weil im ursprünglichen Kontrakt schon ca. 30 t als Umfang des Kaufs angegeben gewesen seien. Damit bezieht sich die Revision aber nur auf einen Teil der Aussage des Zeugen S. [REDACTED], die in diesem Zusammenhang wie folgt lautet:

"Ich habe bei dem Schreiben die noch lagernde Restmenge als gekauft angesehen. Ich habe die Restmenge in diesem Schreiben nicht bezeichnet, weil es ja 8 oder 10 t sein könnten. Die Menge anzugeben, war nicht mehr nötig, weil im ursprünglichen Kontrakt schon ca. 30 t als Umfang des Kaufs angegeben war. Ich brauchte die Menge auch nicht hineinzuschreiben, weil ja die Restpartie von mir als gekauft angesehen war."

Zu dieser Bekundung des Zeugen steht nicht im Widerspruch, daß das Berufungsgericht sie unter Hervorhebung nur eines Teils dahin würdigt, S. [REDACTED] habe die gesamte noch lagernde Restmenge als gekauft angesehen. Wenn diese Restmenge das Gewicht überschritten hat, mit dem unter Berücksichtigung der ersten beiden Teilabnahmen auf Grund der ursprünglich mit 30 t als geschätzt angegebenen Menge zu rechnen war und das sich der Zeuge S. [REDACTED] bei der Vereinbarung vom 19. März 1955 mit etwa 8 - 10 t vorgestellt haben will, so ist daraus allein noch kein Recht zur Ablehnung der nach Abnahme von weiteren 10 916 kg Schrott verbliebenen Restmenge herzuleiten. Wie das Berufungsgericht feststellt, war in der Angabe des Gewichts keine vertragsmäßige Festlegung im Sinne der Zusicherung einer Eigenschaft der verkauften Schrottmenge zu sehen. Nach der insoweit nicht angegriffenen Begründung des Berufungsgerichts ist die Beklagte auch weder unter dem Gesichtspunkt des Irrtums über die Geschäftsgrundlage noch nach Treu und Glauben berechtigt gewesen, die Abnahme des Restes deshalb abzulehnen, weil er das bei den Kaufverhandlungen von der Klägerin angegebene Gewicht überschritten hat. Es kommt daher darauf an, ob die Weigerung der Beklagten wegen der behaupteten schlechteren Beschaffenheit und Zusammensetzung des Resthaufens begründet ist.

II. Das Berufungsgericht hat die Wandlungseinrede der Beklagten deshalb als unbegründet angesehen, weil ihr die behaupteten Mängel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben seien. Der Zeuge S. habe sich, so führt das Berufungsgericht aus, nur mit einer oberflächlichen Prüfung des nach Besicht gekauften Schrotthaufens begnügt. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Frank sei es bei derartigen Käufen üblich, durch eine kreuzweise Grabung bis auf den Boden des Schrotthaufens insbesondere die Beschaffenheit der im Inneren dieses Haufens befindlichen Schrottgegenstände festzustellen, unter Umständen seien darüber hinaus noch weitere Proben üblich. Eine genauere Berücksichtigung des Schrotthaufens hätte zwar eine gewisse Arbeit, möglicherweise auch Kosten verursacht, bei der Größe des Objektes habe das aber in Kauf genommen werden müssen. Abgesehen davon könne die Beklagte sich auf die von ihr gerügten Mängel deshalb nicht berufen, weil sie jedenfalls am 19. März 1955, als sie hinsichtlich des Restes den Kaufvertrag bestätigt und eine Preisermäßigung vereinbart habe, die angeblich mangelhafte Qualität des von ihr gekauften Schrotts bereits gekannt habe. Der Zeuge S. habe gerade mit Rücksicht auf die von ihm angeblich festgestellte schlechte Beschaffenheit des Schrotts eine Preisermäßigung verlangt. Wenn die Beklagte sich nunmehr trotz der ihr bekannten Mängel mit der vollen Bezahlung des bisher von ihr abgenommenen Schrotts einverstanden erklärt und auch die Abnahme und Bezahlung der noch vorhandenen Schrottmenge zu einem etwas herabgesetzten Preis vereinbart habe, so habe darin ein Verzicht auf die Geltendmachung des Qualitätsmangels gerade im Hinblick auf die ihr gewährte Preisermäßigung gelegen. Auch wenn die Schrottstücke der Restmenge, für die

jetzt Bezahlung verlangt werde, noch schlechter gewesen sein sollten als die zuerst von der Beklagten abgenommenen Teilmengen, so sei die Berufung der Beklagten auf eine solche Qualitätsverschlechterung ausgeschlossen. Denn es habe nach der Natur der Sache damit gerechnet werden müssen, daß das Innere des Schrotthaufens eine schlechtere Qualität als die zuerst abgefahrenen Teilmengen haben werde. Im übrigen müsse aber der in § 460 BGB aufgestellte Grundsatz gelten, daß der Käufer sich auf infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gebliebene Mängel nicht berufen könne. Dieser Grundsatz sei entsprechend auch auf die Vereinbarung vom 19. März 1955 anzuwenden. Zu dieser Zeit habe die Beklagte schon geglaubt, berechnigte Beanstandungen hinsichtlich der Qualität des von ihr gekauften Schrotts erheben zu können. Wenn sie nun trotzdem am 19. März 1955 eine sorgfältige Prüfung des von ihr noch weiterhin abzunehmenden Schrotthaufens unterlassen und sich ohne solche Prüfung bereit gefunden habe, sich lediglich mit einer geringen Preisermäßigung zufrieden zu geben, so habe sie überaus leichtfertig gehandelt und damit das Recht verloren, sich auf die Mängel des ihr verkauften Schrotthaufens zu berufen.

Diese Begründung wird von der Beklagten unter mehreren Gesichtspunkten angegriffen. Bei Prüfung ihrer Revisionsangriffe ist in Betracht zu ziehen, auf welche Beanstandungen die Beklagte ihre Wandlungseinrede gestützt hat. Sie hat behauptet, bei der Rostpartie habe es sich um minderwertigen Schrott gehandelt, der nicht mehr der Qualität "Astor" entsprechen habe. Auch das bereits abgenommene Metall sei überaus schlecht gewesen, wie sich aus den von ihr vorgelegten Analysenbefunden ergebe. Ihr Angestellter,

der Zeuge R■■■■, der die letzte Aufladung von der
gekauften Partie vorgenommen und auch gekannt habe,
was zunächst von dieser Partie bei der Beklagten an-
geliefert worden sei, habe mit dem Aufladen aufgehört,
weil das Material immer schlechter geworden sei. Die
Verunreinigungen und fremden Metalle seien immer zahl-
reicher geworden. Nach dem Sortierbefund habe der be-
reits gelieferte Schrott eine erhebliche Mengo von
Schrott anderer Metalle enthalten. Der verbleibende
Rest sei noch schlechter gewesen. Das Berufungsgericht
hat, worauf die Beklagte zur weiteren Begründung ih-
rer Einwendungen über die Beschaffenheit der Restmenge
verwiesen hat, vor dem Selbsthilfeverkauf im Beweis-
sicherungsverfahren durch Einholung schriftlicher Gut-
achten der Sachverständigen Dr. de Haas und Bockermann
darüber Beweis erhoben, ob der inzwischen von der
Klägerin anderweit eingelagerte Rest der Qualität
Astor nach den Geschäftsbedingungen des Deutschen Me-
tallhandels entspricht oder so viel Schrott anderer
Metalle enthält, daß die streitige Partie nicht unter
die Qualitätsbezeichnung "Astor-Aluminiumsammelschrott"
fällt. Dr. de Haas hat in seinem Gutachten ausgeführt,
es liege in der Natur der Verladung, bei der nach den
gemachten Angaben der Schrott mittels Gabeln auf die
Lastkraftwagen gebracht worden sein soll, daß körper-
lich kleinere Stücke durch die Gabel fallen können.
Auf diese Weise sei in die noch restliche Partie eine
gewisse Anreicherung von Fremdbestandteilen gekommen,
die in der ursprünglichen Partie wahrscheinlich nicht
in so starkem Maße vorhanden gewesen sei. So sei auch
Schrott anderer Metalle festzustellen. Die Möglichkeit,
diese Partie von 13 t noch als "Astor-Aluminiumsammel-
schrott" anzusprechen, sei deshalb kaum noch gegeben
gewesen. Diese Bewertung habe aber nichts mit der Be-
wertung der ursprünglich "unberaubten" Partie etwas

zu tun. Der Sachverständige Bockermann hat in seinem Gutachten vom 27. September 1956 mit näherer Darstellung der von ihm getroffenen Feststellungen über den Befund abschließend erklärt, wegen der außerordentlich großen Menge von Fremdmaterial könne der besichtigte Posten nicht als Aluminiumsammelschrott nach Spezifikation "Astor" angesprochen werden. Die Frage, ob früher besseres Material aufgeladen worden sei, als es der Durchschnitt darstelle, somit also die Restpartie verschlechtert worden sei, könne er nicht beantworten. Die Beklagte hat hierzu darauf hingewiesen, bei der auf Grund des Selbsthilfeverkaufs und des Weiterverkaufs durch den Ersteigerer Wahl in den Besitz der Westmetall GmbH in Hannover gelangten Restmenge sei festgestellt worden, daß sich unter 12 070 kg 1357 kg Eisen und Kabelreste, die vollkommen wertlos gewesen seien, und 1500 kg Altzink, die einen bescheidenen Wert darstellten, befunden haben, außerdem habe die Restpartie 392 kg Schmutz enthalten. Der Prozentsatz für die losen Fremdbestandteile bei den gelieferten und abgenommenen Partien liege über 50 % unter dem Prozentsatz der losen Fremdbestandteile bei der Restpartie. Deshalb sei ihr nicht zuzumuten gewesen, diese abzunehmen.

Zur rechtlichen Überprüfung des Berufungsurteils ist vorweg zu bemerken: Zwar kann der Käufer vor der Übergabe der Ware den Gewährleistungsanspruch in der Regel nicht geltend machen. Wenn jedoch feststeht, daß sich der Mangel bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kaufsache zu übergeben wäre, nicht beseitigen läßt, so ist dem Käufer nicht zuzumuten, sich die Sache erst übergeben zu lassen, damit er die Gewährleistungsrechte gewinnt. Deshalb ist die Beklagte an sich grundsätz-

5

lich als berechtigt anzusehen, schon vor Übergabe des Restpostens die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen (vgl. Kuhn in BGB RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 12 mit Nachweisen).

Im allgemeinen mag zwar ein Käufer auch dann, wenn er Mißtrauen gegen den Verkäufer hegt, nicht veranlaßt sein, vor dem Kaufabschluß Untersuchungen darüber anzustellen, ob die Kaufsache verborgene Mängel enthält (vgl. Kuhn aaO § 460 Anm. 5). Von diesem Grundsatz sind jedoch Ausnahmen zu machen; nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in RGZ 131, 343, 353, 354 (für einen Grundstückskauf entwickelten Grundsätze) dann, wenn besondere Umstände den Käufer zur Vorsicht mahnen müssen und er eine besondere Sachkunde besitzt. Unter diesem Gesichtspunkt kann jedoch dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsgericht auch darin zu folgen ist, der Beklagten habe es obgelegen, den ihr zum Kauf angebotenen Schrotthaufen bereits vor dem Kauf oder jedenfalls vor Beginn der Abnahme eingehender zu untersuchen, als sie es getan hat, und ob dies handelsüblich ist. Denn es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem ihm unterbreiteten Sachverhalt entnommen hat, der Beklagten sei am 19. März 1955 bei Vereinbarung der Preisermäßigung für die damals noch vorhandene Restmenge die angeblich mangelhafte Qualität des von ihr gekauften Schrotts bekannt gewesen. Zwar ist die Preisermäßigung in dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 19. März 1955 nur damit begründet worden, es habe sich herausgestellt, daß bedeutend mehr Kleinschrott vorhanden gewesen sei als bei der Besichtigung angenommen worden war. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, die Beklagte habe nur von einer Anreicherung an

Kleinschrott, nicht aber von dem Vorhandensein von losem Fremdmetall und Schmutz in dem Schrotthaufen Kenntnis gehabt.

Der Zeuge S. [REDACTED] hatte, wie das Berufungsgericht feststellt, bei der Verladung mitgewirkt und sich den Schrotthaufen auch noch am 18. März 1955 bei der zweiten Verladung angesehen. Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, sie habe bei den beiden Verladungen vor der Vereinbarung vom 19. März 1955 noch nicht festgestellt gehabt, daß sich auch Fremdmaterial in dem Schrotthaufen befindet, und sie habe auch nicht mit einem Anteil von Schmutz zu rechnen brauchen. Deshalb ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht angenommen hat, auch diese Beschaffenheit des Schrotthaufens sei der Beklagten bekannt gewesen, als die Vereinbarung vom 19. März 1955 getroffen wurde. Wenn der Käufer eines abgegrenzten Schrotthaufens, der ihm als Aluminium-Sammelschrott verkauft worden ist, nach Teilabnahmen damit rechnen muß, daß sich darin auch loses Fremdmaterial und Schmutz befindet, und wenn er wegen der sonstigen Beschaffenheit des Schrotts den Verkäufer zu einer Preisermäßigung für den noch abzunehmenden Rest veranlaßt, so muß er dabei auch die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß in dem Rest Beimengungen von Fremdmaterial und Schmutz in noch größerem Maße enthalten sind, als sie in dem abgenommenen Teil des Schrotthaufens enthalten waren. Unter solchen Umständen liegt es ihm ob, sich von der Beschaffenheit des Resthaufens durch eine genaue Untersuchung zu überzeugen oder zumindest dem Verkäufer gegenüber den Vorbehalt zu machen, daß er eine höhere Beimengung fremder Materialien und eine höhere Verschmutzung keinesfalls hinnehmen werde. Tut er das nicht, so kann er

5

von dem Verkäufer nicht verlangen, auch für solche Mängel einzustehen, die durch Untersuchung hätten festgestellt werden können. Da nun der Zeuge S. als Einkäufer der Beklagten mindestens damit rechnen mußte, daß der Resthaufen lose Fremdbestandteile und Schmutz enthält, so hätte er als Vertreter der Beklagten eine gründliche Untersuchung des Resthaufens vornehmen oder veranlassen müssen, wenn er eine größere Beimengung von Fremdbestandteilen und Schmutz nicht in Kauf nehmen wollte, als er die neue Vereinbarung über die Restmenge traf, oder er hätte bei dieser Vereinbarung insoweit einen Vorbehalt machen müssen.

Nun meint zwar die Revision, loses Fremdmaterial könne nur beim Sortieren gefunden werden. Ein Sortieren gehöre aber nicht zur ordnungsgemäßen Überprüfung. Dem steht jedoch entgegen, daß die Beklagte schon beim Aufladen festgestellt haben will, daß der Schrott von schlechterer Beschaffenheit sei, und daß nicht ersichtlich ist, warum eine solche Feststellung nicht schon bei einer gründlichen Untersuchung des Haufens hätte getroffen werden können. Die Erwägung der Revision kann jedenfalls die Annahme des Berufungsgerichts nicht erschüttern, daß auch ein größerer Anfall von losem Fremdmaterial durch eine dem Käufer zuzumutende Untersuchung feststellbar gewesen wäre. Das Berufungsgericht hat sich erkennbar auch insoweit auf das Gutachten des Sachverständigen Frank bezogen. Dem kann die Revision mit der Rüge, das Berufungsgericht habe es unterlassen, einen weiteren Sachverständigen zu hören, nicht erfolgreich begegnen. Auf die Einholung eines weiteren Gutachtens hatte die Beklagte keinen Anspruch. Das Berufungsgericht hätte nach § 412 ZPO einen anderen Sachverständigen hören können, wenn es das Gutachten

als ungenügend erachtet hätte. Diese Voraussetzung liegt hier ersichtlich nicht vor. Es handelt sich auch nicht um eine besonders schwierige Frage, so daß aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht sich auf das Gutachten des Sachverständigen Frank gestützt hat.

Die Klägerin hat weiter ausgeführt, eine eingehende Untersuchung sei deshalb entbehrlich gewesen, weil die Klägerin durch den Zeugen Ham[REDACTED] dem Zeugen S[REDACTED] erklärt habe, der Haufen sehe auch im Innern so aus, wie ihn der Einkäufer Strauch vor sich sehe. Diese Rüge geht jedoch hinsichtlich des hier als maßgebend erachteten Zeitpunktes vom 19. März 1955 daran vorbei, daß Strauch zu dieser Zeit bereits Kenntnis davon hatte, daß der Haufen nicht so beschaffen war, wie er es erwartet hatte, und daß er auch hinsichtlich des Resthaufens damit rechnen mußte. Dabei kann berücksichtigt werden, daß nach der Bekundung des Zeugen S[REDACTED] der Zeuge Ham[REDACTED] am 19. März 1955 erklärt haben soll, es komme nunmehr besseres Material. Denn eine solche Erklärung nötigt nicht zu dem Schluß, damit habe S[REDACTED] verbindlich zugesichert, daß der Haufen keine oder jedenfalls nicht in einem größeren Umfange als bisher Fremdbestandteile enthalten werde.

Der Verlust von Gewährleistungsansprüchen ergibt sich daraus, daß die Beklagte sich am 19. März 1955 zur Übernahme der damals noch vorhandenen Restmenge nach Besichtigung gegen eine Preisermäßigung verpflichtet hat und es, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt hat, grobfahrlässig unterlassen hatte, die Restmenge vor dieser Vereinbarung ge-

nauestens zu untersuchen. Es bestehen keine rechtlichen Bedenken, insoweit auch die Vorschrift des § 460 BGB anzuwenden. In diesem Zusammenhang ist noch zu bemerken, daß es sich hinsichtlich der Beimengungen nicht um verdeckte Mängel handelt, da die Beklagte in dem hier in Rede stehenden Zeitpunkt, wie oben ausgeführt worden ist, damit rechnen mußte, daß der Schrotthaufen auch im übrigen eine nicht unerhebliche Verschmutzung und fremde Metallteile enthalten werde.

Es kommt daher nicht darauf an, ob die Beklagte auf Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der nicht abgenommenen Restmenge verzichtet hat.

III. Zusammenfassend ergibt sich somit, daß dem Berufungsgericht im Ergebnis beigetreten werden muß. Hinsichtlich der Höhe des der Klägerin zugewilligten Anspruchs sind von der Revision Bemängelungen nicht vorgetragen worden. Sie war daher mit der Kostenfolge

aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Großmann Artl BR. Dr. Spieler Dr. Dorschel Dr. Messner
ist beurlaubt
und ortsab-
wesend.
Dr. Großmann