

Verkündet
am 25. März 1958
[REDACTED], Justiz-
angestellter als Ur-
kundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Peter O [REDACTED] in N [REDACTED], L [REDACTED] Nr. [REDACTED]

Klägers, Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Helmut H [REDACTED] in D [REDACTED] P [REDACTED]
straße [REDACTED]

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. März 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 14. Februar 1957 und das Ergänzungsurteil vom
2. Mai 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten der Re-
vision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1951/52 unterhielt der Beklagte in D [REDACTED] einen Streck- und Drillbetrieb, in welchem Vorkaliberdrähte (ein Abfallprodukt von Walzwerken) gestreckt und gedrillt wurden, so daß sie als Baueisen verwendbar wurden. Das Material wurde dem Beklagten nach seiner Darstellung in ringförmig und ungeordnet aufgerolltem Zustand (Rollform, sog. Rollmöpfe), überwiegend jedoch in Quaderform (Paketform, in diesem Rechtsstreit auch als Hochofenpakete bezeichnet) geliefert und in seinem Betrieb nur zu stabförmigem Draht gedrillt und gestreckt. Solches Produkt ist in einem dem Beklagten erstatteten Untersuchungsbefund eines Sachverständigen vom 2. Januar 1952 als Moniereisen aus Vorkaliberdraht der Güteklasse Betonstahl II bezeichnet worden.

Der Kläger interessierte für den von dem Beklagten erhältlichen Vorkaliberdraht die Firma Hu [REDACTED] & B [REDACTED], ein Bauunternehmen in M [REDACTED], und erhielt von dieser Firma einen Auftrag zur Lieferung von ca. 20 to Vorkaliberdraht, der zu 50 % einen Durchmesser von 6 mm haben und zum Rest gemischt bis 14 mm Durchmesser sein sollte. Das Auftragschreiben der Firma Hu [REDACTED] & B [REDACTED] vom 16. Januar 1952 enthält neben diesen Angaben den Zusatz "Länge der Möpse 30 - 45 mm". Nachdem der Beauftragte des Klägers, G [REDACTED], auf dem Lagerplatz des damaligen Unternehmens des Beklagten in D [REDACTED] Material besichtigt und auch den oben erwähnten Untersuchungsbefund über die Produkte des Beklagten erhalten hatte, kaufte G [REDACTED] für die damalige Firma des Klägers 20 to Vorkaliberdraht, die der Beklagte auf Weisung des Klägers unmittelbar an die Firma Hu [REDACTED] & B [REDACTED] zum Versand brachte. In den dem Kläger unter dem 25. Januar 1952 über die Ware erstellten Rechnungen ist eine Waggonladung mit 13 110 kg unter der Bezeichnung "Vorkaliberdraht

- 3 -

6 mm" zum Preise von DM 460.-- per 1000 kg und der andere Waggon mit 7 830 kg unter der Bezeichnung "Vorkaliberdraht 6 - 14 mm" zum Preise von DN 510.-- je 1 000 kg berechnet worden. Der Kaufpreis wurde dem Beklagten noch vor Eingang der Waren entrichtet, nachdem sich die Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] am 26. Januar 1952 in einem mit dem damaligen Prokuristen des Beklagten geführten Ferngespräch über ihre Beschaffenheit unterrichtet hatte. Die Ware traf Ende Januar 1952 in W[REDACTED] ein. Sie wurde jedoch von der Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] mit Schreiben vom 1. Februar 1952 beanstandet und dem Kläger zur Verfügung gestellt. Dieser leitete die Beanstandung mit Schreiben vom 3. Februar 1952 an den Beklagten mit der Rüge weiter, daß die Ware nicht der Kaufvereinbarung entspreche, vielmehr ausschließlich "Hochofenpakete" und nicht Vorkaliberdraht in "Möpsen" oder "Ringen" geliefert worden seien. Gleichzeitig empfahl der Kläger dem Beklagten, zur Wiedergutmachung der Angelegenheit der Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] sofort einen Waggon einwandfrei gestrecktes und gedrilltes Material als Ersatz zu liefern. Der Beklagte wies die Rüge durch Schreiben vom 7. Februar 1952 mit der Begründung zurück, das von dem Kläger mit Hochofenpaketen bezeichnete Material werde in seinem Streckbetrieb zu hochwertigem Baueisen verarbeitet, überdies habe G[REDACTED] von ihm die Ware wie besichtigt übernommen, wenn sich im Inneren der "Möpsen" stärkeres Material befinde, so müsse das als üblich in Kauf genommen werden.

Auf Vorstellungen G[REDACTED]s erklärte sich der Beklagte indes später bereit, die gelieferte Ware zurückzunehmen und statt dessen gestrecktes Material bei Aufzahlung des Streckpreises zu liefern. Hierzu ist es jedoch nicht gekommen.



Die Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] hat ihr Wandlungsbegehren gegen den jetzigen Kläger im Wege der Klage durchgesetzt. In jenem Rechtsstreit hat der Kläger dem jetzigen Beklagten Ende Oktober 1952 den Streit verkündet. Seine Berufung wurde durch Beschluß verworfen, der den Anwälten Anfang Januar 1954 mitgeteilt worden ist.

Mit der am 4. Dezember 1954 eingereichten Klage verlangt der Kläger Rückzahlung des dem Beklagten gezahlten Kaufpreises von 10 086,90 DM Zug um Zug gegen Herausgabe des von ihm gelieferten Vorkaliberdrehts in einer Menge von ca. 20 940 kg.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Kaufvereinbarung zwischen dem Kläger und der Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] hinsichtlich der Beschaffenheit der zu liefernden Ware der mit dem Beklagten getroffenen Verabredung entsprochen hat, was der Beklagte bestreitet.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte habe sich mit der Wandlung einverstanden erklärt, und zwar gegenüber G[REDACTED] etwa drei Wochen nach der Lieferung, wobei wegen einer Ersatzlieferung an die Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] weitere Verhandlungen mit dieser Firma in Aussicht genommen worden seien, und sodann bei einer späteren Unterredung. Am 19. Mai 1952 habe der Beklagte auch in einer Besprechung mit dem Prokuristen K[REDACTED] der Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] der ihn auch im Auftrage des Klägers aufgesucht habe, die Rücknahme der Ware zugesagt und dabei versprochen, zur Regelung dieser Angelegenheit nach N[REDACTED] zu kommen, ohne dieses Versprechen zu halten.

Der Beklagte hat bestritten, sich mit dem Wandlungsbegehren des Klägers einverstanden erklärt zu haben und eingewandt, sein Vertragspartner sei G[REDACTED] gewesen. Die-

sem gegenüber habe er sich nur bereiterklärt, die Ware zu strecken und zu drillen, wenn die Abnehmer G. mit der Ware nicht zurecht kämen, jedoch dabei verlangt, daß die hierdurch entstehenden Kosten bezahlt werden müßten. K. gegenüber habe er später nur erklärt, wenn ihm die Ware frachtfrei zurückgeschickt würde, so würde er für den Rechnungswert aus seinem Betrieb bereits gedrillte und gestreckte Ware liefern. Er habe vorgehabt, dieserhalb bei der Firma Hu. & B. in N. vorzusprechen, um das Nähere zu regeln, dazu sei es jedoch nicht gekommen. Später sei sein Betrieb wegen Differenzen mit der Preisbehörde zum Erliegen gekommen.

Das Landgericht hat das behauptete Einverständnis des Beklagten mit dem Wandlungsbegehren als bewiesen angesehen und dem Klageantrag entsprochen.

Der Beklagte hat mit der Berufungsbegründung die Einrede der Verjährung erhoben.

Mit der Anschlußberufung hat der Kläger gebeten, den Beklagten weiterhin zu verurteilen, 4 % Zinsen auf den Klagebetrag seit Zustellung der Klage zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger das Klagebegehren einschließlich des Antrages der Anschlußberufung weiter, während der Beklagte Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Beweisaufnahme des ersten Rechtszuges anders als das Landgericht gewürdigt und nicht für erwiesen erachtet, daß sich der Beklagte

mit der Wandlung einverstanden erklärt habe. Es hat angenommen, der geltend gemachte Gewährleistungsanspruch sei bereits Ende Juli 1952 verjährt, und hat daher davon abgesehen, ihn weiter zu prüfen.

Die Revision mußte deshalb Erfolg haben, weil das Berufungsgericht die erforderliche weitere Aufklärung darüber unterlassen hat, ob der Beklagte hinsichtlich der Beschaffenheit der von ihm zu liefernden Ware arglistig gehandelt hat und deshalb die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB nicht in Betracht kommt. Dagegen kann die Revision nicht mit der Begründung durchdringen, daß das Wandlungsbegehren des Klägers auch ohne Rücksicht auf eine Arglist des Beklagten begründet sei.

1. Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB würde allerdings auch dann nicht zur Anwendung kommen, wenn sich der Beklagte mit der Wandlung oder mit einer Ersatzlieferung bindend einverstanden erklärt hätte (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 10. Januar 1958 - VIII ZR 412/56 - NJW 1958, 418). Das Berufungsgericht hat jedoch die Beweisaufnahme des ersten Rechtszuges dahin gewürdigt, daß ein solches Einverständnis nicht bewiesen sei, und hierzu ausgeführt, nach der Aussage G. sei der Beklagte lediglich bereit gewesen, dem Kläger in der Weise entgegenzukommen, daß er den gelieferten unverarbeiteten Draht gegen verarbeiteten Draht umtauschte, vorausgesetzt, daß der Kläger die Kosten der Verarbeitung zahlen würde. Diese Bereitwilligkeit stellt jedoch, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, noch kein Einverständnis mit einer Wandlung im Sinne des § 465 BGB dar. Das trifft auch für die weitere Beweiswürdigung zu, soweit sie sich auf die Aussage des Zeugen K. bezieht. Denn auch nach der Bekundung dieses Zeugen war eine endgültige Vereinbarung über eine Ersatzlieferung, zu der der Beklagte

sich bereit erklärt hatte, einer Besprechung in W. [REDACTED] vorbehalten worden, bei der die näheren Bedingungen der Rücknahme festgelegt werden sollten. Wenn auch der Zeuge bekundet hat, daß die Ware auf jeden Fall zurückgenommen werden sollte, so ist in Hinblick auf den vorher bekundeten Vorbehalt kein Rechtsfehler darin zu sehen, wenn das Berufungsgericht die Aussage ihrem gesamten Inhalt nach dahin gewürdigt hat, daß hierdurch ein vorbehaltloses Einverständnis mit dem Wandlungsbegehren noch nicht bewiesen sei. Ein solches Einverständnis wäre auch noch nicht der von der Revision in anderem Zusammenhang hervorgehobenen Erklärung des Beklagten in dem Armenrechtsverfahren 2 OH 37/54 zu entnehmen, in dem der Beklagte mit Schreiben vom 6. Februar 1954 sich dahin geäußert hat, er habe sich, um der Firma O. [REDACTED] zu helfen, bereit erklärt, die Sendung bei frachtfreier Rückvergütung des ihm gezahlten Kaufpreises zurückzunehmen. Diese Erklärung kann daher in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.

Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht nicht dem Verlangen des Klägers entsprochen hat, die im ersten Rechtszuge vernommenen Zeugen im Hinblick darauf erneut zu vernehmen, daß der Beklagte die Einrede der Verjährung erst mit der Berufungsbegründung erhoben hat. Denn der Kläger hatte schon in der Klageschrift behauptet, daß die Wandlung durch Einverständnis des Beklagten vollzogen worden sei und hierauf die Klage gestützt (vgl. auch den Schriftsatz vom 29. Januar 1955 S. 4). Da sich die Beweisaufnahme auf diese Frage erstreckt hat, so ist nicht von Bedeutung, daß die Frage des Einverständnisses mit dem Wandlungsbegehren des Klägers noch in einer anderen Hinsicht von Bedeutung wurde, nämlich dafür, ob der Beklagte sich auf die kurze Verjährungsfrist gegenüber dem Anspruch auf Wandlung berufen kann. Es ist

daher kein Rechtsfehler, lag vielmehr im Ermessen des Berufungsgerichts, wenn es die Wiederholung der Beweisaufnahme nicht für erforderlich gehalten hat.

2. Weiter macht die Revision geltend, die sechsmonatige Verjährungsfrist sei im Zeitpunkt der Einreichung der Streitverkündung an den jetzigen Beklagten noch nicht abgelaufen gewesen und daher durch die Streitverkündung unterbrochen worden. Sie wendet sich damit gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Verjährungsfrist bereits Ende Juli 1952 abgelaufen sei, und beruft sich auf zwei Umstände, die die Hemmung des Ablaufs der Verjährungsfrist bewirkt haben sollen. Einmal, so meint die Revision, sei eine Hemmung dadurch eingetreten, daß der Beklagte sich bereiterklärt hatte, die Ware zurückzunehmen und nur Einzelheiten hierüber einer weiteren Verhandlung mit der Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] vorbehalten geblieben seien. Außerdem hätte das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, daß der Kläger in dem Prozeß der Firma Hu[REDACTED] & B[REDACTED] gegen ihn vor der Streitverkündung um das Armenrecht nachgesucht habe und der Zeitraum zwischen der Einreichung des Armenrechtsgesuchs und der Einreichung des die Streitverkündung enthaltenden Schriftsatzes sich für ihn als eine die Hemmung der Verjährung bewirkende Verhinderung im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB darstelle. Der Revision ist zuzugeben, daß sich unter diesem Gesichtspunkt Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts ergeben, die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs sei bereits Ende Juli 1952 eingetreten und durch die Streitverkündung nicht unterbrochen worden. Im Ergebnis kommt es jedoch hierauf nicht an, weil die Unterbrechung der Verjährung durch die Streitverkündung unterstellt werden kann. Diese Unterbrechung würde nämlich nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses gedauert haben, in dem der jetzige Kläger den Streit

verkündet hat (§ 211 Abs.1 BGB). In jenem Prozeß ist aber die Berufung des dortigen Beklagten, der im ersten Rechtszuge unterlegen ist, durch Beschluß des Berufungsgerichts verworfen worden, der den Anwälten am 7. Januar 1954 formlos mitgeteilt worden ist. Mit der Erledigung jenes Rechtsstreits würde der Gewährleistungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten von neuem der kurzen Verjährung unterlegen haben (§ 217 BGB), wenn diese Verjährungsfrist zur Anwendung kommt. Die vorliegende Klage ist erst am 4. Dezember 1954 eingereicht worden. Selbst wenn man dem Kläger noch zubilligen könnte, daß die Verjährung auch dadurch hätte gehemmt werden können, daß über das der Klage vorausgehende Armenrechtsgesuch nicht alsbald entschieden worden ist, so würde dies hier deshalb unerheblich sein, weil der Kläger das Armenrecht erst mit einem Gesuch vom 20. Oktober 1954 am 23. Oktober 1954 für diese Klage beantragt hat. In diesem Zeitpunkt wäre aber die neue Verjährungsfrist längst abgelaufen gewesen. Nach dem gegebenen Sachverhalt ist es unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen des Senats auch nicht rechtsmißbräuchlich, daß sich der Beklagte auf die Verjährung stützt.

3. Deshalb kommt es darauf an, ob die kurze Verjährungsfrist aus dem Grunde nicht gilt, weil der Beklagte die Ware in vertragswidriger Beschaffenheit geliefert und insoweit arglistig gehandelt hat. Das Berufungsgericht hält eine solche Arglist nicht für genügend dargetan und hat hierzu ausgeführt: Wie der Zeuge G. bekundet habe, habe er die Ware als Vertreter des Klägers vor dem Kauf besichtigt. Er habe also gewußt, daß die Ware großen Teils unbearbeitet geliefert werden sollte. Deshalb sei der Beklagte nicht gehalten gewesen, in dieser Hinsicht eine besondere Aufklärung vorzunehmen. Er habe vielmehr der Auffassung sein können, daß er seiner Lieferpflicht

genügte, wenn er die Ware lieferte, die G. bei ihm besichtigt gehabt habe. Daß andere als die besichtigte Ware geliefert worden sei, sei nicht zu ersehen. Vielmehr habe es sich um das gleiche Material gehandelt, welches der Beklagte in seinem Streckbetrieb verarbeitet habe. Er sei daher davon ausgegangen, daß es sich im üblichen Umfange verarbeiten ließe.

Das Berufungsgericht hat jedoch, wie die Revision mit Recht rügt, unterlassen, den Sachverhalt in dem erforderlichen Umfange aufzuklären. Denn der Kläger hatte die Behauptung der Arglist der Beklagten auch damit begründet, das gelieferte Material sei überhaupt nicht geeignet gewesen, für den vertraglich vorgesehenen Gebrauch bearbeitet zu werden. Er hat in der Berufungsbeantwortung vom 18. Januar 1957 hierzu vorgetragen, es habe sich bei der gelieferten Ware um völlig unbrauchbaren Ausschuß gehandelt, der sich überhaupt nicht be- oder verarbeiten lasse, und hierfür Beweis angeboten durch Benennung der Zeugen H. und K. sowie gebeten, eventuell ein Sachverständigengutachten über diese Frage einzuholen. Das Berufungsgericht durfte die Frage der Arglist nicht abschließend beurteilen, ohne diesen Beweisanträgen nachzugehen. Wenn festgestellt werden würde, daß die Lieferung in einem großen Umfange nicht verarbeitungsfähiges Material enthalten hat, so könnte sich schon hieraus die Arglist des Beklagten ergeben. Sie wäre in diesem Falle nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß G. die gelieferte Ware besichtigt hat, da er nicht branchekundig war, wie der Beklagte selbst geltend gemacht hat. Überdies wäre näher zu prüfen gewesen, ob G. wirklich die Ware besichtigt hat, die dann zur Verladung gekommen ist. Eine Aufklärung auch insoweit könnte sich dadurch ergeben,

daß die Beschaffenheit der gelieferten Ware, die sich nach der Behauptung des Klägers noch bei der Firma Hu■■■■ & B■■■■ befinden soll, festgestellt wird.

Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, den Sachverhalt zur Frage der Arglist des Beklagten nach Maßgabe der hierzu gestellten Anträge weiter aufzuklären und sie danach unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, auch des Ferngesprächs vom 26. Januar 1952, das die Firma Hu■■■■ & B■■■■ veranlaßt hat, den von dem Kläger an den Beklagten zu entrichtenden Kaufpreis schon vor Empfang der Ware zur Verfügung zu stellen, erneut zu prüfen.

Sollte das Berufungsgericht wiederum die Einrede der Verjährung für begründet ansehen, so wird bei der Kostenentscheidung hinsichtlich der Kosten der Berufungsinstanz zu berücksichtigen sein, daß die Einrede erst im zweiten Rechtszuge erhoben worden ist (§ 97 Abs. 2 ZPO).

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Großmann Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner