

df

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 69/70

URTEIL

Verkündet am
16. Juni 1971
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Selters-Sprudel-A [REDACTED] - V [REDACTED] Gesell-
schaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihre Ge-
schäftsführer Hans K [REDACTED] und Volker Kü [REDACTED] in I [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Herrn Hans H [REDACTED] in D [REDACTED]-Reichsmark,
W [REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. März 1970 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist persönlich haftender Gesellschafter der früheren mitbeklagten Kommanditgesellschaft "Hans H. [REDACTED]" in D. [REDACTED], die im folgenden als "KG" bezeichnet wird.

Die KG belieferte die Klägerin, die Limonaden und ähnliche Getränke herstellt, seit Mai 1964 mit dem für ihren Betrieb benötigten Zucker. Die Klägerin gab ihre Bestellungen bei der Firma Di. [REDACTED] & Kr. [REDACTED] in F. [REDACTED] ([REDACTED]) fernmündlich auf, die sie

als Vertreterin der KG an diese weiterleitete. Die KG bestätigte jeweils die einzelnen Bestellungen mit einem Schreiben, das gleichzeitig die Rechnung enthielt und den Aufdruck: "Zahlungsbedingungen und Eigentumsvorbehalt gemäß Verkaufs- und Zahlungsbedingungen (VZB) vom 1.10.1955 ..., Reklamationen können nur innerhalb 8 Tagen berücksichtigt werden."

Die VZB enthielten die Bestimmung, daß diejenigen Abmachungen, die nicht schriftlich bestätigt würden, keine Gültigkeit haben sollten. Hergestellt wurde der Zucker von der Firma P [REDACTED] und L [REDACTED] in Kö [REDACTED], mit der die Klägerin vor Mai 1964 in unmittelbarer Geschäftsverbindung gestanden hatte. Bei dieser Firma holte sie, und zwar auch nach der Dazwischenschaltung der KG die Ware selbst ab. So verfuhr sie auch am 14. Juli 1967 hinsichtlich einer Warenmenge, die sie am 13. Juli 1967 telefonisch bei der Firma Di [REDACTED] & Kr [REDACTED] bestellt hatte. Am 18. Juli 1967 ließ die Klägerin nach ihrer Behauptung aus dieser Ware 3 Proben entnehmen und diese Proben dem chemischen Laboratorium F [REDACTED] in Wi [REDACTED] übersenden. F [REDACTED] teilte der Klägerin am 24. Juli 1967 telefonisch und schriftlich mit, daß sich in allen 3 Proben ein starker Hefebefall gezeigt habe, der den Zucker zur Herstellung von Limonaden untauglich mache. Noch am selben Tage machte die Klägerin der Firma Di [REDACTED] & Kr [REDACTED] von diesem Befunde Mitteilung. Am folgenden Tage teilte sie unter Beifügung einer Fotokopie des Gutachtens Fresenius das Ergebnis auch der Firma P [REDACTED] und L [REDACTED]



mit. Die Klägerin behauptet, den Zucker noch vor Eingang des Untersuchungsergebnisses verarbeitet zu haben. In der Folgezeit habe sich eine Hefeinfektion des gesamten Betriebes eingestellt, die nur unter großem Kostenaufwand habe beseitigt werden können. Sie hat von der Beklagten Ersatz ihres Schadens verlangt und zunächst einen Betrag von 11 190,80 DM nebst Zinsen eingeklagt, den sie dann auf 111 552,49 DM erhöht hat. Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens hat sie geltend gemacht, daß auch die Lieferungen vom 15. August, 7. September und 11. Oktober 1967 hefeinfiziert gewesen seien und den Schaden noch vergrößert hätten. Alle Lieferungen hat die Klägerin bezahlt, die letzten allerdings erst, nachdem die KG Klage auf Zahlung erhoben hatte.

Im Rechtsstreit hat sie den Standpunkt vertreten, die Freiheit von schädlichem Hefebefall sei, zumindest als stillschweigend oder auf Grund Handelsbrauches zugesichert anzusehen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht, nachdem die Klägerin die Klage auf 136 736,66 DM nebst Zinsen erhöht hatte. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin den in der Berufungsinstanz erhöhten Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit sich die Schadensersatzansprüche der Klägerin darauf stützen, daß auch solche Lieferungen, die nach dem 14. Juli 1967 liegen, schlecht gewesen seien, hat das Berufungsgericht sie als verjährt angesehen und die Klageabweisung insoweit schon auf Verjährung gestützt. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Auch für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung gilt die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten des § 477 BGB. Die letzte dieser Lieferungen erfolgte am 11. Oktober 1967. Da diese Ansprüche erst mit Schriftsatz vom 10. Januar 1969 in den Rechtsstreit eingeführt worden sind, war auch für Ansprüche, die aus dieser letzten Lieferung hergeleitet werden, die Verjährungsfrist bereits im Zeitpunkt ihrer Geltendmachung abgelaufen.

Zur Schadenshöhe hat die Klägerin vorgetragen, der in der Klageschrift angegebene Schadensbetrag von 111 552,49 DM sei ungenau berechnet gewesen. Die richtige und endgültige erst später durchgeführte Berechnung habe zu einem Schaden von 136 736,66 DM geführt. Der schädliche Hefebefall sei zunächst durch die Lieferung vom 14. Juli 1967 in den Betrieb der Klägerin eingeschleppt worden. Dieser Hefebefall und die damit verbundene Ansteckungsgefahr seien dann durch die 3 folgenden Lieferungen verstärkt worden, so daß sich schließlich der zuletzt geltend gemachte Gesamtschaden von 136 736,66 DM eingestellt habe. Diese Darstellung läßt nicht erkennen,

ob die Klägerin behaupten will, die mit den 3 späteren Lieferungen verbundenen Vertragsverletzungen hätten zur Folge gehabt, daß ein Mehrschaden in Höhe der Differenz zwischen dem in der Klageschrift angegebenen und dem des erhöhten Klageantrages entstanden sei. Nach den Ausführungen der Klägerin ist nicht ausgeschlossen, daß bereits die Lieferung vom 14. Juli 1967, die die Infektion eingeschleppt haben soll, einen erst auf Grund der späteren Berechnungen erkannten höheren Schaden als dem ursprünglich mit 111 552,49 DM angegebenen verursacht haben soll.

Bei dieser Sachlage läßt sich nach dem derzeitigen Prozeßstande kein fester Betrag, aber auch kein Mindestbetrag, errechnen, in dessen Höhe der Schaden nur mit den verjährten Schadensersatzansprüchen der Klägerin zusammenhängen könnte.

Da das Berufungsurteil im übrigen, wie noch dargelegt wird, der Aufhebung unterliegt, kann der Senat eine auf Abweisung eines Teiles des Klageanspruches lautende Sachentscheidung nicht in Betracht ziehen.

II. Die Schadensersatzansprüche, die mit der Lieferung vom 14. Juli 1967 zusammenhängen, läßt das Berufungsgericht daran scheitern, daß die Klägerin die Schlechtlieferung nicht rechtzeitig gerügt habe. Da schon die früheren Lieferungen in gewissem Umfange einen auffälligen Hefebefall gezeigt

hätten, habe für die Klägerin besondere Veranlassung bestanden, die chemische Untersuchung der am 14. Juli 1967 gelieferten Ware unverzüglich einzuleiten, d.h. noch am selben Tage Proben zu ziehen und diese Proben ebenfalls noch am selben Tage dem Sachverständigen F. [REDACTED] zu übersenden. Auf diese Weise hätte die Klägerin 5 Tage später das Ergebnis der Untersuchung in Händen gehabt und wäre in der Lage gewesen, es wiederum unverzüglich der KG oder deren Vertreterfirma mitzuteilen. Sie hätte nach den Berechnungen des Berufungsgerichts die Mängelanzeige statt am 24. Juli bereits am 19. Juli 1967 erstatten können und diese Möglichkeit daher auch wahrnehmen müssen.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts greift die Revision mit Erfolg an. Sie führt aus:

Das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin die Ware im Werke We. [REDACTED] der Herstellerfirma P. [REDACTED] und I. [REDACTED] habe abholen lassen. Mangels entgegenstehender Feststellungen müsse davon ausgegangen werden, daß die Warenladung erst am Abend des 14. Juli 1967 bei der Klägerin eingetroffen und daß es bereits zu spät gewesen sei, eine Probe zu ziehen und diese Probe noch am selben Tage abzusenden. Da auch die beiden folgenden Tage, ein Samstag und ein Sonntag, keine Gelegenheit zur Probeentnahme gegeben hätten, dürfe man es der Klägerin nicht als schuldhafte Verzögerung anrechnen, wenn sie schließlich erst am Dienstag, dem 18. Juli 1967 zur Probeentnahme und zur Absendung gekommen

sei. Nach Lage der Sache habe sie allenfalls einen einzigen ihr anrechenbaren Tag, den Montag, ungenutzt verstreichen lassen.

Den Ausführungen der Revision ist zuzustimmen. Nach Lage der Sache kam allenfalls der 17. Juli 1967, ein Montag, als für die Klägerin zumutbarer früherster Termin zur Probeentnahme in Betracht. Aber selbst wenn die Klägerin die Probe an diesem Tage an Stelle des darauffolgenden Dienstag entnommen hätte, wäre die fünftägige Untersuchungsfrist erst am Sonnabend, den 22. Juli 1967 beendet gewesen, so daß die Rüge am Montag, den 24. Juli 1967 auf jeden Fall rechtzeitig erfolgt ist.

Bei dieser Sachlage kommt es auf die vom Berufungsgericht behandelte Frage, ob sich die Klägerin etwa darauf berufen kann, kraft Handelsbrauches berechtigt gewesen zu sein, die Untersuchung länger als unbedingt nötig hinauszuschieben, nicht mehr an. Ebensowenig bedarf es einer Entscheidung darüber, ob die Klägerin auf alle Fälle die vereinbarte Reklamationsfrist von 8 Tagen habe ausschöpfen dürfen.

III. In sachlich-rechtlicher Hinsicht ist es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ebenfalls nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin mit ihren Schadensersatzansprüchen durchdringt.

1. Ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung ist allerdings zu verneinen.

Die Belieferung der Klägerin erfolgte im sog. Streckengeschäft, indem die KG den Zucker nicht erst auf Lager nahm, sondern es der Klägerin überließ, die Ware in We [REDACTED] abzuholen.

Die KG hatte als bloße Zwischenhändlerin nicht die Verpflichtung, die für die Klägerin bestimmte Ware zu untersuchen. Der Vorwurf der Klägerin, auch die Firma P [REDACTED] und L [REDACTED] habe die Ware nicht gehörig untersucht, kann die Beklagte nicht treffen. Denn die Herstellerin des Zuckers war insoweit nicht Erfüllungsgehilfin der Beklagten.

Der Zwischenhändler ist nicht verpflichtet, die Ware auf ihre Qualität hin zu untersuchen. Das entspricht einer gefestigten Rechtsprechung (vgl. das Senatsurteil vom 25. September 1968 - VIII ZR 108/66 = NJW 1967, 2238 mit Nachweisen). Das gilt auch für den Handel mit Gattungsware, wenn nichts anderes sich aus den Umständen ergibt (Senatsurteil aaO; RGZ 125, 78; HGB RGRK 2. Aufl. § 377 Anm. 101). Besondere Umstände, die für eine eigene Untersuchungspflicht der KG hätten sprechen können, sind nicht ersichtlich und werden auch von der Revision nicht geltend gemacht, die auch im übrigen gegen die eine Untersuchungspflicht ablehnenden Erwägungen des Berufungsgerichts keine Bedenken erhoben hat. Wenn in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht vertreten wird, der Lieferant des Verkäufers sei dort dessen Erfüllungsgehilfe, wo er auf Anweisung des Verkäufers die Ware direkt an den Käufer liefere (vgl.

BGB RGRK 11. Aufl. § 278 Anm. 31; Staudinger/Werner BGB 10., 11. Aufl. § 278 Anm. 43; Erman/Gröpper BGB 3. Aufl. § 278 Anm. 5 c; Palandt BGB 29. Aufl. § 278 Anm. 4 a, aa; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Bearb. § 44 II; HGB RGRK 2. Aufl. § 377 Anm. 150 d; Düringer/Hachenburg HGB § 377 Anm. 80), so könnte ein solcher Grundsatz allenfalls insoweit gelten, als der Lieferant Tätigkeiten übernimmt, die andernfalls vom Verkäufer auszuführen wären. Das trifft aber auf die Untersuchung der Ware nicht zu, weil, wie ausgeführt wurde, diese nicht zu den Verpflichtungen des Zwischenhändlers gehört.

Der Schadensersatzanspruch kann indes dann begründet sein, wenn es sich feststellen läßt, daß die KG als Zwischenhändlerin eine Zusicherung abgegeben hat, der von der Firma P. und I. gelieferte Zucker werde in einer solchen Weise keimfrei sein, daß der Klägerin bei der Herstellung von Limonaden kein Schaden entstehen könne.

Das Berufungsgericht hat diese Frage geprüft. Es gelangt ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis, daß jedenfalls eine ausdrückliche Zusicherung solcher Art nicht ausgesprochen worden ist. Auch in der Bestellung der Klägerin "wie gehabt", die von der Vertreterin der KG widerspruchslos entgegengenommen wurde, sieht es keine Zusicherung der Fehlerfreiheit in dem angegebenen Sinne. Jedenfalls könne darin nicht die Zusicherung einer bestimmten mikrobiologischen Beschaffenheit des Zuckers gesehen werden. Die Revision hat hiergegen keine Bedenken erhoben. Insoweit ist auch ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht ersichtlich.

Die Revision richtet ihre Angriffe im Rahmen der Zusicherung nur darauf, das Berufungsgericht habe verfahrenswidrig einen Beweisantrag abgelehnt. Dieses Beweisangebot ging dahin, durch Einholung einer Auskunft bei den für die einschlägigen Verkehrskreise bestehenden Verbänden sowie bei dem Industrie- und Handelstage in Bonn festzustellen, daß ein Handelsbrauch bestehe, wonach in Fällen der vorliegenden Art, wenn also insbesondere die Bestellung entgegennehmende Vertreterfirma den Verwendungszweck des Zuckers als Rohstoff für die Getränkeherstellung genau kenne und auch wisse, daß die Getränkefabrik den Zucker vor der Verwendung nicht pasteurisiere, eine stillschweigende Zusicherung des Zwischenhändlers für Freiheit von einem schädlichen Hefebefall allgemein angenommen werde. Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantritt mit der Begründung abgelehnt, daß er keine Angaben darüber enthalte, wo die Grenze zwischen schädlichem und unschädlichem Hefebefall liege. Die Unwahrscheinlichkeit eines solchen Handelsbrauchs ist nicht von vornherein so groß, daß das Beweismittel als völlig untauglich bezeichnet werden müßte (vgl. hierzu Baumbach/Lauterbach ZPO 30. Aufl. § 286 Anm. 3 A). Allerdings braucht das Gericht einer Behauptung auch dann nicht nachzugehen, wenn sie nicht in der erforderlichen Weise substantiiert vorgetragen wird (Baumbach aaO § 282 Anm. 1 B). Diese Voraussetzung ist hier jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben. Die Klägerin hat einen Sonderdruck aus der Zeitschrift "Der Naturbrunnen" Nr. 10 aus 1961 überreicht, der sich mit mikrobiologischen

Fragen bei der Verwendung von Zucker in Brunnenbetrieben befaßt, auf den sie sich in ihren Schriftsätzen bezieht. In diesem Aufsatz wird ausgeführt:

"... In den USA sind seit einigen Jahren Richtzahlen festgesetzt worden, wieviel Bakterien, Hefen und Pilze in einer bestimmten Menge Zucker enthalten sein dürfen, wenn er zur Getränkeherstellung verwendet werden soll. Unsere Untersuchungen haben ergeben, daß im allgemeinen die in den deutschen Fabriken erzeugten Zucker noch unter diesen Richtzahlen liegen. ..."

Daß diese amerikanischen Richtlinien in der BRD nicht gelten, ist zwar unbestritten. Wenn aber, wie die von der Klägerin in Bezug genommenen Ausführungen erkennen lassen, die bundesdeutsche Zuckerindustrie Zucker herstellen sollte, dessen mikrobiologische Beschaffenheit sogar noch günstiger ist, als sie diesen Zahlen entspricht, so wäre es durchaus möglich, daß sich die Getränkeindustrie hierauf eingestellt hat und die Belieferung mit für ihre Zwecke unschädlichem Zucker erwartet und dies sogar zugesichert haben will. Nach dem Gutachten des Sachverständigen F[REDACTED] soll im vorliegenden Falle der Hefebefall die zulässige Maximalgrenze um ein Mehrfaches überschritten haben, ein Umstand, der dafür sprechen könnte, daß der massive Hefebefall auf ganz besondere Umstände zurückzuführen ist, die mit der Unkenntnis der Schädlichkeitsgrenze nichts zu tun haben. Überlegungen über die Wahrscheinlichkeit eines Handelsbrauches, der ohne Rücksicht auf fehlende Richtlinien und genaue mikrobiologische Kenntnisse des Händlers diesem dennoch

das Risiko für den Ausfall des Zuckers in mikrobiologischer Hinsicht aufbürdet, können keine Berücksichtigung finden, solange die Möglichkeit besteht, daß tatsächliche Feststellungen zu dem entgegengesetzten Ergebnis führen.

Nach alledem ist davon auszugehen, daß nach einem Handelsbrauch in Fällen der vorliegenden Art eine Zusicherung der Freiheit von schädlichem Hefebefall angenommen werde, von der Klägerin hinreichend substantiiert behauptet ist und der auf Erhebung einer entsprechenden Auskunft bei dem von der Klägerin angegebenen Stellen gerichtete Beweisantrag nicht hätte abgelehnt werden dürfen.

Das Berufungsgericht, das die Frage nach der angeblich auf einem Handelsbrauch beruhenden stillschweigenden Zusicherung nur im Rahmen einer Hilferwägung behandelt hat, wird aber auch unabhängig davon die ganzen Umstände des Falles daraufhin prüfen müssen, ob sich Anhaltspunkte für eine stillschweigende Zusicherung ergeben. Denn die Annahme einer solchen Zusicherung ist nicht auf den Fall beschränkt, daß sich bereits ein Handelsbrauch gebildet hat. Wenn, wie hier, davon auszugehen ist, daß beiden Teilen der Verwendungszweck des Zuckers in der Getränkeindustrie bekannt war, so ist auch zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen nicht wenigstens eine stillschweigende Zusicherung des Inhalts anzunehmen ist, daß der gelieferte Zucker jedenfalls nicht in so massiver Weise, wie das nach der Behauptung der Klägerin hier der

Fall gewesen sein soll, seinen Verwendungszweck verfehlt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 20. September 1965 - VIII ZR 220/63 = VersR 1966, 241; Siebert/Bollerstedt BGB 10. Aufl. § 459 Anm. 28 und Palandt BGB 30. Aufl. § 459 Anm. 7 und die dort angegebenen weiteren Nachweise). Nach dem jetzigen Stande des Rechtsstreits besteht für den Senat kein Anlaß, zu dieser Frage abschließend Stellung zu nehmen.

V. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Es war aufzuheben und die Sache war an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen, weil diese Entscheidung von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängig ist.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Dr. Hiddemann