

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB § 459

Bei zur Weiterveräußerung bestimmten Lebensmitteln bildet der nicht ausgeräumte Verdacht einer gesundheitsgefährdenden Verseuchung der Ware und die dadurch herbeigeführte Unverkäuflichkeit auch dann einen bei Gefahrübergang vorhandenen Mangel, wenn der Verdacht der Verseuchung zwar erst nach Gefahrübergang entsteht, jedoch auf Tatsachen beruht, die vor Gefahrübergang gegeben, aber nicht erkannt waren (Ergänzung zum Urteil BGHZ 52, 51).

BGH, Urt. v. 14. Juni 1972 - VIII ZR 75/71 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 75/71

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

14. Juni 1972

Scheibl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Winfried B [REDACTED], Tiefkühlkost-
Vertriebs-KG in L [REDACTED] ü. A [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Komplementär Winfried B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma I [REDACTED] I [REDACTED] I [REDACTED] - und E [REDACTED]
Handelsgesellschaft mbH & Co. KG in H [REDACTED], N [REDACTED]
K [REDACTED], vertreten durch ihre Komplementärin, die Be-
klagte zu 2), diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer,
2. die Firma I [REDACTED] I [REDACTED] - und E [REDACTED]-Handels-
gesellschaft (I [REDACTED]) mbH in B [REDACTED], W [REDACTED]
A [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

26

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teilurteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 29. Januar 1971 aufgehoben.

Die Sache wird an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Kommanditgesellschaft mit Sitz in L [REDACTED] bei A [REDACTED], kaufte von der Beklagten zu 1), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2) ist, mit Schlußschein einer Hamburger Wild- und Geflügelagentur vom 8. Juni 1963 20 000 kg tiefgefrorene argentinische Hasen ohne Fell. Die Ware wurde der Klägerin am 27. August 1963 übergeben. Die Klägerin hat die Ware be-



zahlt. Am 6. November 1963 beschlagnahmte die Stadt Hamburg diese im Kühlhaus eingelagerten, in Kisten verpackten Hasen sowie einen Restposten von 4,66 t Hasen aus einer Lieferung der Beklagten vom 19. September 1963, die auf einem weiteren Kaufvertrage vom 18. Juni 1963 beruht. Am 28. November 1963 wurden die Hasen von der Behörde endgültig beschlagnahmt.

Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 28. November 1963 der Beklagten zu 1), sie mache auf Grund der Tatsache, daß das Ordnungsamt Hamburg durch Verfügung vom 6. November 1963 die Hasen mit der Begründung beschlagnahmt habe, es bestehe Verdacht auf Salmonellenbefall, darauf aufmerksam, daß sie für die ihr daraus entstehenden Schäden die Beklagte verantwortlich machen müsse.

Am 11. Dezember 1963 beauftragte die Klägerin einen Sachverständigen mit der Untersuchung der Hasen auf Salmonellen. Der Sachverständige nahm, wie unstreitig ist, nur Proben aus der Lieferung vom 19. September 1963. Von acht Proben wiesen zwei einen Befall mit Keimen der Salmonellagruppe auf.

Mit der Begründung, die Hasen seien wegen Salmonellenbefalls, jedenfalls aber wegen Verdachts auf Salmonellenbefall unverkäuflich, hat die Klägerin ursprünglich gegen die Beklagten Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises der beiden Lieferungen, Erstattung von Auslagen und Ersatz entgangenen Gewinns im Gesamtbetrage von 68 541,24 DM erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 18. Februar 1966 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Dieses Urteil hat der erkennende Senat mit Urteil vom 2. April 1969 insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 45 430,24 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. In diesem Umfange ist die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Durch das Teilurteil vom 29. Januar 1971 hat das Berufungsgericht erneut die Klage insoweit abgewiesen, als die Klägerin Ansprüche aus der ersten Lieferung vom 27. August 1963 in Höhe von 34 319,67 DM nebst Zinsen verfolgt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Revision der Klägerin, mit der sie die Verurteilung der Beklagten, soweit Klageabweisung erfolgt ist, erstrebt. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. 1. Im vorliegenden Revisionsverfahren geht es um die Frage, ob die Klägerin berechtigt ist, den Vertrag vom 8. Juni 1963 über 20 t Hasenfleisch zu wandeln. Was diesen Vertrag betrifft, so haben die Parteien im zweiten Berufungsrechtszuge im wesentlichen nur noch darüber gestritten, ob

- a) diese Lieferung mit einem Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB behaftet war,

- b) die Klägerin diesen Fehler rechtzeitig gerügt hat.

Das Berufungsgericht hat die Entscheidung über die Rechtzeitigkeit der Rüge offengelassen. Es hat angenommen, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, daß das Hasenfleisch zur Zeit des Gefahrübergangs einen Mangel aufgewiesen hat.

2. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, daß die Hasen der mit Vertrag vom 8. Juni 1963 verkauften Lieferung mit Salmonellen befallen waren. Diese Lieferung sei, wie im übrigen unstreitig ist, weder von der Gesundheitsbehörde Hamburg noch von dem von der Klägerin bestellten Sachverständigen untersucht worden. Der Sachverständige habe nur Proben aus der zweiten Lieferung des Vertrages vom 18. Juni 1963 untersucht und bei zwei von ihnen einen Befall mit Salmonellen festgestellt. Daraus, daß die zweite Lieferung zum Teil Salmonellenbefall aufgewiesen habe, sei noch nicht zu schließen, daß auch die erste Lieferung mit Salmonellen verseucht gewesen sei. Zwar stammten in beiden Fällen die Hasen aus derselben Schlachtereier. Es beständen aber keine Anhaltspunkte dafür, daß die Hasen beider Lieferungen in der Schlachtereier zusammen gelagert und in derselben Flüssigkeit vor dem Einfrieren gereinigt worden seien. Die Ware der beiden Lieferungen sei zu verschiedenen Zeiten mit verschiedenen Dampfem befördert und ausgeliefert worden. Der Umstand, daß auch dem Hasenfleisch der ersten Lieferung der Verdacht des Befalls mit Salmo-

nellen angehaftet habe und die Ware insgesamt unverkäuflich gewesen sei, begründe ein Recht zur Wandlung nicht, weil der Verdacht bei Gefahrübergang am 27. August 1963 noch nicht bestanden habe.

3. Die Ansicht des Berufungsgerichts, es fehle der Nachweis, daß die mit Vertrag vom 8. Juni 1963 verkauften, am 27. August 1963 ausgelieferten 20 t Hasenfleisch zu diesem Zeitpunkt einen Mangel aufgewiesen hätten, kann nicht gefolgt werden.

a) Daß diese Lieferung ganz oder teilweise mit Salmonellen befallen war, mag zwar nicht festgestellt werden können. Darauf kommt es indessen nicht an. Die Ordnungsbehörde der Stadt Hamburg hat die Hasen am 6. November 1963 vorläufig und am 28. November 1963 endgültig beschlagnahmt. Damit waren sie der nach dem Kaufvertrage vorausgesetzten Weiterveräußerung entzogen. Daß die Beschlagnahme nach dem am 27. August 1963 eingetretenen Übergang der Gefahr ausgesprochen ist, steht entgegen der Meinung des Berufungsgerichts der Gewährleistungspflicht nicht entgegen. Die polizeiliche Beschlagnahme ist offenbar erfolgt, weil die hier in Frage stehende - allerdings nicht untersuchte - erste Lieferung aus demselben Verarbeitungsbetriebe kam, aus dem die nachgewiesenermaßen mit Salmonellen behafteten Waren stammten. Beide Lieferungen umfaßten Hasen derselben Marke "Condor". Die Beschlagnahme war auch nicht rechtswidrig; denn der Verdacht, daß auch die erste Lieferung verseucht sei, war zumindest naheliegend (so das einen gleichen Sachverhalt behandelnde Ur-

teil des III. Zivilsenats vom 25. Januar 1968
- III ZR 106/66 = LM GG [Ba7 Nr. 1 = BGHWarn 1968
Nr. 58). Dieser Umstand, daß bei einer Weiterver-
äußerung der Hasen für die Allgemeinheit die objek-
tive Gefahr einer Gesundheitsgefährdung begründet
wurde, und die Ware der polizeilichen Beschlagnahme
unterlag, begründet bereits einen Mangel im Sinne
des § 459 Abs. 1 BGB. Dieser Mangel bestand schon
bei Gefahrübergang am 27. August 1963. Daß die Ge-
sundheitsgefährdung und damit der Grund dafür, daß
die Ware polizeilich aus dem Verkehr gezogen wurde,
damals noch nicht erkannt war, ist unerheblich. Für
die Frage, ob ein Mangel zur Zeit des Gefahrüber-
ganges vorhanden ist, kommt es nicht auf den Zeit-
punkt an, zu dem der Mangel hervortritt, sondern
auf den Zeitpunkt, in dem der Grund für den Mangel
gelegt ist. So hat der V. Zivilsenat einen Fall be-
handelt, in dem die im Grundstückskaufvertrage vor-
ausgesetzte Möglichkeit einer Bebauung deshalb nicht
gegeben war, weil nach der Übergabe des Grundstücks
die Baugenehmigung auf Grund einer vor Gefahrüber-
gang schon bestehenden öffentlich-rechtlichen Bau-
beschränkung versagt wurde. Hier hat der V. Zivil-
senat angenommen, die Baubeschränkung sei ein Sach-
mangel im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB (Urteil vom 6.
Dezember 1968 - V ZR 92/65 = WM 1969, 273). Die glei-
che Auffassung hat der erkennende Senat zu der Frage
vertreten, ob ein behördliches Bauverbot, das nach
Abschluß eines Mietvertrages auf Grund einer bei Ver-
tragsschluß schon ergangenen öffentlich-rechtlichen
Baubeschränkung ergeht, einen schon bei Abschluß des
Vertrages vorhandenen Mangel darstellt (Urteil vom

20. Januar 1971 - VIII ZR 167/69 = LM BGB § 537
Nr. 17 = BGHWarn 1971 Nr. 16).

b) Abgesehen von der polizeilichen Beschlagnahme bildet bei zur Weiterveräußerung bestimmten Lebensmitteln auch schon der bloße Verdacht einer gesundheitsgefährdenden Verseuchung und die dadurch zwangsläufig herbeigeführte Unverkäuflichkeit einen Mangel (Urteil des erkennenden Senats BGHZ 52, 51, 53). An dieser Auffassung ist trotz der Bedenken von Fabricius (JZ 1970, 29) festzuhalten. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht der Meinung, dieser Mangel sei bei Gefahrübergang noch nicht vorhanden gewesen, weil der Verdacht erst nach Gefahrübergang aufgetaucht sei. Das Berufungsgericht glaubt diese Ansicht dem ersten Revisionsurteil des Senats entnehmen zu können und an sie gebunden zu sein. Der Senat hatte damals ausgeführt: "Die Anzeige, daß Salmonellenverdacht bestehe, enthielt möglicherweise schon die Anzeige eines Mangels der Ware, wenn bereits der Verdacht die Verkäuflichkeit der Ware beeinträchtigte, allerdings gilt dies hier, weil der Verdacht erst nach der Lieferung entstanden ist, nur dann, wenn er sich auch als berechtigt bestätigte." Das Berufungsgericht hat diesen Satz mißverstanden. Es faßt ihn offenbar dahin auf, der Verdacht bilde nur dann einen Mangel, wenn sich später bestätige, daß die Ware tatsächlich mit Salmonellen befallen war. Wäre die Wendung im Senatsurteil so zu verstehen, wäre sie sinnlos gewesen. Eine Lieferung, die tatsächlich mit Salmonellen behaftet war, wäre bei Gefahrübergang schon mit einem - damals nur verborgenen - Mangel behaftet gewesen,

der ohne jeden Zweifel Gewährleistungsansprüche auslöste. Auf einen Verdacht wäre es überhaupt nicht angekommen. Der Senat hat auch nicht gesagt, daß ein Salmonellenbefall sich als tatsächlich vorhanden bestätigen müsse, sondern gefordert, daß der Verdacht sich als berechtigt bestätige. Die Wendung im Senatsurteil bedeutet lediglich, daß die nach Gefahrübergang aufgetretene Unverkäuflichkeit nur einen Mangel bilde, wenn der Verdacht, auf dem die Unverkäuflichkeit beruht und der durch vor dem Gefahrübergang liegende Tatsachen begründet war, nicht ausgeräumt werde, also als Verdacht zu Recht bestehen bleibe. Umgekehrt sollte nach der damaligen Auffassung die nach Gefahrübergang aufgetretene Unverkäuflichkeit keinen Mangel bilden, wenn sich der Verdacht später als nicht berechtigt herausstellte, weil die Ware tatsächlich nicht verseucht war. Unter "Verdacht" in diesem Sinne ist also nicht ein erst nach Gefahrübergang entstandenes abwertendes Urteil über die Ware zu verstehen, sondern die bei Gefahrübergang bereits vorhandene, wenn auch noch nicht erkannte Möglichkeit, daß Tatsachen vorliegen, die die Verkäuflichkeit beeinträchtigen. Unstreitig ist der Verdacht der Salmonellenverseuchung auch für die hier in Frage stehende Lieferung des Kaufvertrages vom 8. Juni 1963 niemals entfallen.

Eine andere Frage ist, ob schon jeder nur vermutete Umstand, der, wenn er nach Gefahrübergang erkannt wird, die Verkäuflichkeit beeinträchtigt, als ein bei Gefahrübergang vorhandener Mangel anzusehen

ist. Im vorliegenden Fall (Herkunft der verdächtigen Lieferung aus demselben Herstellerbetriebe, aus dem eine andere infolge Schmierinfektion teilweise verseuchte Lieferung stammt) gründete sich die Unverkäuflichkeit der hier streitigen Lieferung auf die naheliegende, nicht ausgeräumte Möglichkeit, daß auch sie verseucht sei.

II. War danach auch die Lieferung mit einem Fehler behaftet, der die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhob, so vermag der Senat doch nicht über die Gewährleistungsansprüche der Klägerin abschließend zu entscheiden. Das erste Senatsurteil, in dem davon ausgegangen war, der Klägerin stehe an sich ein Wandlungsrecht zu, hatte die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit geprüft werde, ob die Klägerin ihrer Untersuchungs- und Rügepflicht nachgekommen sei. Der erkennende Senat hatte es darauf abgestellt, wie sich die Klägerin in der Zeit vom 9. November 1963, als sie von der Beschlagnahme erfuhr, bis zu ihrem Schreiben vom 28. November 1963 verhalten habe. Die Sache war zur Beweiserhebung über die von der Klägerin angetretenen Beweise und zur Würdigung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Die Klägerin hat nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils erneut vorgetragen, sie habe sich am 9. November 1963 sofort mit der Beklagten zu 1) fernmündlich in Verbindung gesetzt und dabei keinen Zweifel daran gelassen, daß sie im Falle eines positiven Salmonellenbeschei-

des die Ware zur Verfügung stellen werde. Das habe sie in weiteren Gesprächen während des Monats November 1963 wiederholt. Die Parteien seien sich daraufhin einig gewesen, das Ergebnis der behördlichen Untersuchungen abzuwarten. Die Beklagten haben vortragen, die Klägerin habe vor dem 28. November 1963 weder mündlich noch fernmündlich gerügt. Über diese Behauptungen hat das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus, daß ein Mangel im Rechtssinne nicht vorliege, nicht entschieden. Die Beweisaufnahme und Würdigung wird das Berufungsgericht, an das die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, nunmehr durchzuführen haben.

Über die Kosten der Revision hat das Berufungsgericht zu befinden, da diese Entscheidung vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann