

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 91, 651

Reiseprospekte als unvertretbare Sachen.

BGH, Urt. v. 29. September 1966 - VII ZR 160/64 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 160/64

Verkündet am

29. September 1966
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft Orient Frachtkontor M[REDACTED] & Co.,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Dr. Fritz M[REDACTED], H[REDACTED], S[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma C[REDACTED] & H[REDACTED], Buchdruckerei, Alleininhaber
Wilhelm H[REDACTED], H[REDACTED], He[REDACTED]weg [REDACTED] B "Sa[REDACTED]",

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das den Parteien an Verkündungsstatt am 16. Januar 1964 zugestellte Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte bestellte Anfang Januar 1958 bei der Klägerin 200.000 Stück vierfarbige Reiseprospekte, die zur Werbung für Mittelmeerreisen mit Schiffen der Reederei T. Brothers Steamship Co Ltd (i.f. Typaldos) bestimmt waren. Die Klägerin lieferte die Prospekte in Teilleistungen und übersandte der Beklagten am 28. April 1958 eine Rechnung, in der für je 1.000 Stück 156 DM, insgesamt 31.200 DM, angesetzt waren.

Die Beklagte beanstandete mit Schreiben vom 8. Mai 1958 die Höhe der Ansätze und erklärte, daß sie nur 23.340 DM bezahlen werde; zugleich wies sie darauf hin, daß "die Ausführung und Schnelligkeit der Lieferung nicht der erforderlichen Güte entsprochen" hätten. Sie entrichtete nur den von ihr angegebenen Betrag, obwohl die Klägerin eine Ermäßigung abgelehnt hatte.



Am 16. Januar 1961 mahnte die Klägerin den nach ihrer Ansicht noch offen stehenden Rest an und erhob im Mai jenes Jahres Klage auf Zahlung von 7.800 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat bestritten, daß ein fester Preis vereinbart worden sei. Sie meint, daß sie nur die angemessene Vergütung geschuldet habe, die mit den bezahlten 23.340 DM abgegolten sei. Ferner hat sie Gewährleistungsansprüche wegen angeblicher Mängel und wegen verspäteter Lieferung geltend gemacht.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Parteien kein festes Entgelt vereinbart haben. Es hält das Abkommen für einen Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen, auf das gemäß dem § 651 Abs. 1 BGB der § 632 Abs. 2 BGB anzuwenden sei. Demgemäß schulde die Beklagte, so führt es aus, die übliche Vergütung. Diese betrage nach dem Gutachten des mehrfach vernommenen Sachverständigen Beisner 32.466,60 DM, also mehr, als die Klägerin verlangt habe.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe sind unbegründet.

11.

1.) Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Recht des Werkvertrags angewendet. Die Prospekte seien vertretbare Sachen, so daß gemäß dem § 651 Abs. 1 BGB Kaufrecht maßgebend sei.

Das ist nicht richtig.

Gemäß dem § 91 BGB sind vertretbar solche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Entscheidend ist danach, ob diese Sachen, weil sie gegenüber anderen der gleichen Art ausgeprägter Individualisierungsmerkmale entbehren, ohne weiteres austauschbar sind (Staudinger, 11. Aufl. § 91 Anm. 1).

Als "Art" in diesem Sinne sind Reiseprospekte in ihrer Gesamtheit anzusehen. Das bedeutet, daß die hier in Rede stehenden unvertretbar sind, weil sie nur für die Reederei T [REDACTED] brauchbar sind und somit gegen andere nicht ausgetauscht werden können (vgl. auch OLG Colmar OLG 20, 208; KGER-DJZ 41905, 322).

Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man der Begriffsbestimmung von Adler AcP 109, 321, 332 ff folgt; maßgebend ist danach, ob die Sachen den Bestellerwünschen angepaßt und für den Unternehmer schwer oder gar nicht anderweit abzusetzen sind (ebenso Palandt, 25. Aufl., § 651 Anm. 3). Das trifft für die streitigen Prospekte zu.

2.) In den Tatsacheninstanzen ist der Sachverständige Beisner, wie bereits erwähnt, mehrfach schriftlich und mündlich gehört worden. Die Beklagte hatte beantragt, ein Obergutachten einzuholen. Das Berufungsgericht hat das abgelehnt.

Die Revision hält dies zu Unrecht für einen Ver-
fahrensverstoß.

Ob der Tatrichter einen Obergutachter vernehmen will,
steht in seinem Ermessen. Eine dahingehende verfahrens-
rechtliche Pflicht besteht nur ausnahmsweise, so bei
besonders schwierigen Fragen oder bei groben Mängeln
des bereits erstatteten Gutachtens (BGH MdR 1953, 605;
Urteil des Senats vom 30. November 1961 - VII ZR 234/60 -).
Ein solcher Ausnahmefall ist hier nicht gegeben.

a) Bei der Errechnung des üblichen Preises hat
der Sachverständige die Herstellungskosten berücksichtigt.
Dabei ist er von Durchschnittswerten ausgegangen, die von
der Arbeitsgemeinschaft der graphischen Verbände an Hand
großen Materials errechnet worden sind.

Hiergegen bestehen keine Bedenken, wie das Berufungs-
gericht zutreffend darlegt. Denn auch die Herstellungs-
kosten pflegen Einfluß auf den Preis zu haben, wie er
sich aus dem Verhältnis vom Angebot zur Nachfrage bildet.
Das von der Beklagten eingereichte Privatgutachten Wiese-
mann beruht auf derselben Grundlage.

b) Die Beklagte hatte am 25. und 26. Februar 1958,
als die Klägerin Teile bereits geliefert, nach der un-
widerlegten Behauptung der Beklagten aber noch keinen
Preis genannt hatte, zwei Konkurrenzangebote der Firmen
C. [REDACTED] und F. [REDACTED] eingeholt; ihr Prozeßbevollmächtigter hat-
te ferner im Juni 1958 ein weiteres Konkurrenzangebot
der Firma G. [REDACTED] beschafft. Alle drei lauten auf einen
wesentlich geringeren Betrag als die Rechnung der Klägerin.

Der Sachverständige Beisner hat zu diesen Angeboten
Stellung genommen und sie für die Berechnung der üblichen

16

Vergütung als nicht maßgebend bezeichnet. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt.

Das lag im Rahmen der ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung. Nur aus der Tatsache einer abweichenden Beurteilung durch weitere Firmen kann noch nicht auf einen groben Fehler des Gutachtens geschlossen werden.

c) Es trifft nicht zu, daß die Beschaffenheit der wenigen, von der Beklagten vorgelegten Prospekte dafür sprechen soll, daß ein hoher Anteil auch der übrigen Stücke ebenso ausgefallen ist.

d) Das von der Beklagten beigebrachte Privatgutachten hat der "für die Selbstkostenberechnung und Platzkostenrechnung" verantwortliche Prokurist W. [REDACTED] der Firma F. [REDACTED] erstattet, von der das eine Konkurrenzangebot stammt. Der Sachverständige Beisner hat dazu in der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 1963 eingehend Stellung genommen. Die Würdigung der voneinander abweichenden Ansichten war Sache des Tatrichters; sie läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

3.) Das Oberlandesgericht versteht das Vorbringen der Beklagten dahin, daß der übliche Preis bei einwandfreier Ausführung nur 23.340 DM betragen habe. Es weist die Mängelrüge der Beklagten mit der Begründung zurück, sie habe sich ihre Rechte bei Abnahme der Prospekte trotz Kenntnis der Unzulänglichkeiten nicht vorbehalten (§ 640 Abs. 2 BGB).

Diese Ausführungen sind nicht unbedenklich. Denn einmal wird der Einwand nicht beschieden, der übliche Preis sei für mangelhafte Prospekte geringer als 31.300 DM

gewesen. Und zum anderen konnte sich die etwaige Mängelrüge zu dem Zeitpunkte, zu dem sie nach der Behauptung der Beklagten ausgesprochen wurde, schwerlich nur auf die Angemessenheit des Preises beziehen, wie das Berufungsgericht annimmt, weil die Beklagte diesen Preis ja erst durch die Rechnung vom 28. April 1958, also nach Beendigung der Lieferungen, erfahren haben will; unter diesen von dem Berufungsgericht nicht bedachten Umständen hätte die Würdigung als Vorbehalt i.S. von § 640 Abs. 2 BGB nahe gelegen.

Hierauf beruht das Urteil aber nicht. Das Oberlandesgericht stellt nämlich S. 28 der Ausfertigung "ergänzend" fest, daß die Prospekte nach den überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen Beisner keinen eine Minderung rechtfertigenden Mangel aufgewiesen haben. Das bedeutet, daß sie keinen Fehler hatten, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhob oder minderte (§ 633 Abs. 1 BGB). Diese Feststellung, die die Revision nicht angreift, steht im Einklang mit den Bekundungen des Sachverständigen S. 2 seines Gutachtens vom 14. Juni 1962 und in der Verhandlung vom 21. Juni 1963 S. 4/5 der Niederschrift. Er hat an Hand der von der Beklagten als mangelhaft bezeichneten Stücke sein Gutachten erstattet und darauf die Ermittlung des üblichen Preises abgestellt.

Somit scheidet ein Abschlag von diesem Preis wegen einer etwaigen von der Norm abweichenden Beschaffenheit der Prospekte ebenso wie eine etwaige Minderung aus.

5.) Schließlich beruft sich die Revision in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen darauf, daß der Klageanspruch verwirkt sei.

Auch diese Rüge geht fehl. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt der Zeitablauf für sich allein nicht, um die Einrede der Verwirkung zu rechtfertigen (u.a. BGHZ 25, 47, 52). Vielmehr muß der Schuldner weiter dartun, daß er sich darauf eingestellt habe, die Forderung werde nicht mehr geltend gemacht werden, und daß ihm deswegen die Zahlung nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten sei.

An einer solchen Behauptung der Beklagten fehlt es nicht nur, sondern es steht sogar das Gegenteil fest. Sie hat nämlich ihrem Auftraggeber T [REDACTED] den vollen Betrag von 31.200 DM in Rechnung gestellt und, wie sie S. 5 ihres Schriftsatzes vom 9. Juni 1961 vorgetragen hat, damit gerechnet, daß die Klägerin wegen des Restes noch an sie herantreten werde. Unter diesen Umständen kann sie sich nicht darauf berufen, daß sie durch die nachträgliche Erhebung der Forderung unbillig belastet werde.

6.) Die Revision ist somit, da das Urteil auch sonst keinen die Beklagte beschwerenden Rechtsirrtum erkennen läßt, mit der sich aus dem § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke