

## 92. Unvermögen des Käufers zur Herausgabe des Kaufgegenstandes bei der Wandlung.

II. Zivilsenat. Ur. v. 5. Juli 1921 i. S. U. (Wekl.) w. S. (Kl.)  
II 71/21.

I. Landgericht Hamburg, Kammer f. Handelsfachen. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Herbst 1918 verhandelte der Kaufmann W. mit dem Beklagten wegen Ankaufs des Zigarrenvorrats des Letzteren, der aus vier verschiedenen Marken, insgesamt aus 7500 Stück bestand; 5500 Stück davon waren von einer und derselben Marke „Gretel“. Nachdem Beklagter dem W. einige Proben überlassen hatte, kam zwischen ihnen ein Kaufvertrag über die 7500 Zigarren zustande; W. zahlte den Kaufpreis an den Beklagten und dieser sandte die Zigarren auf W.s Weisung dem Kläger. Nach Empfang der Zigarren stellte der Kläger dem Beklagten die 5500 Stück „Gretel“ als nicht probegemäß zur Verfügung und verlangte insoweit Rückgängigmachung des Kaufvertrags und Rückzahlung des Kaufpreises. Beklagter erklärte sich zur Rücknahme der ganzen 7500 Stück bereit, die Rücknahme der 5500 Stück Marke „Gretel“ für sich allein lehnte er ab.

Der Kläger verlangt mit der Behauptung, W. habe ihm seine etwaigen Ansprüche aus dem mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrage für alle Fälle abgetreten, Rückzahlung des gezahlten Betrags aus dem Gesichtspunkte der Wandlung wegen Probewidrigkeit der 5500 Stück Marke „Gretel“. Er behauptet, er sei zur Rückgabe des ganzen Postens von 7500 Stück in der Lage. Der Beklagte bestreitet dies und behauptet, daß der Kläger die 2000 Stück, die nicht von der Marke „Gretel“ waren, bereits verkauft habe.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Rückzahlung von 9570 M Zug um Zug gegen Rückgabe der 7500 Zigarren verurteilt. Es erachtet das Wandlungsbegehren bezüglich der sämtlichen 7500 Stück für begründet, weil die Form der gelieferten Zigarren von der Marke „Gretel“ von der des Musters erheblich abgewichen sei. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Auf seine Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die sämtlichen 7500 Zigarren als zusammengehörend verkauft (§ 469 Satz 2 BGB.) zu betrachten seien und der rechtzeitig gerügte Mangel der Nichtübereinstimmung der 5500 Stück Marke „Gretel“ mit der Probe den Kläger zur Wandlung des ganzen Kaufvertrags berechtige, wird von der Revision nicht angefochten. Beanstandet wird lediglich die Ausführung, daß die Frage der Fähigkeit des Klägers zur Rückgabe der sämtlichen 7500 Stück zwar für die Zwangsvollstreckung, nicht aber für die Entscheidung des Rechtsstreits selbst von Erheblichkeit sei, und daß es demnach auf die Eideszuschreibung über das durch Weiterverkauf eines Teiles der Zigarren herbeigeführte Unvermögen des Klägers zur Herausgabe des ganzen Postens nicht ankomme.

Die Rüge ist unbegründet.

Aus den §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 BGB. ergibt sich allerdings nicht unmittelbar, daß außer der im § 351 erwähnten verschuldeten Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes auch das bloße verschuldete Unvermögen hierzu den Rücktritt und gemäß § 467 BGB. die Wandlung ausschliesse. Das Reichsgericht hat aber stets den Standpunkt vertreten, daß, abgesehen von dem Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe, dem Wandlungsbegehren auch dann nicht zu entsprechen sei, wenn feststehe, daß der Käufer die von ihm weiterveräußerte Sache nicht wiederzuerlangen und eben deshalb nicht zurückzuerstatten vermöge; denn dann müßte auch der Rücktritt — nach § 354 Satz 2 BGB. — unwirksam werden, RGZ. Bd. 50 S. 190. Für die Unzulässigkeit der Wandlung auch bei verschuldetem Unvermögen des Käufers zur Herausgabe spricht entscheidend die Erwägung, daß das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch geriete, wenn es die Wandlung da zulassen wollte, wo sie tatsächlich unausführbar ist. Aus der Unstatthaftigkeit der Wandlung folgt aber mit Notwendigkeit, daß die Frage, ob der Kläger den Kaufgegenstand, die sämtlichen 7500 Zigarren, herauszugeben imstande ist oder nicht, innerhalb des Rechtsstreits entschieden werden muß und nicht mit dem Berufungsgericht in das Stadium der Zwangsvollstreckung verwiesen werden darf. Denn sonst müßte, wenn im übrigen die Voraus-

fezungen der Wandlung vorlägen, der auf Rückgängigmachung des Kaufes verklagte Verkäufer verurteilt werden und endgültig auch die Prozeßkosten tragen, obwohl es, wie möglicherweise von vornherein feststeht, zur Rückgewähr der Kaufsache von seiten des Käufers gar nicht kommen kann. Ein solches Ergebnis wäre widersinnig. Wie die vom Revisionsbeklagten herangezogene Vorschrift des § 283 BGB. zu einer anderen Beurteilung sollte führen können, ist nicht ersichtlich.

Nun hat der Beklagte durch Eideszuschiebung Beweis dafür angetreten, daß der Kläger zufolge Verkaufs von 2000 von den 7500 Zigarren zur Rückgewähr der ganzen gekauften Ware, wie er selbst dem Beklagten gegenüber bestätigt habe, außerstande sei. Dieser Beweistritt ist nach dem Ausgeführten erheblich.