

116. Muß beim Sulfessivlieferungskauf jede einkommende Lieferung von neuem sofort untersucht und gerügt werden?

II. Zivilsenat. Ur. v. 30. Mai 1922 i. S. P. L. (Befl.) w. S. L. (Rt.). II 680/21.

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

Am 28. Februar 1920 verkaufte der Kläger dem Beklagten auf Lieferung ca. 400 tons Treiböl ab Tankanlage Hamburg in des Käufers Kesselwagen. Geliefert wurde zunächst am 22. April 1920 ein Kesselwagen „Regensburg“, den der Beklagte bezahlt hat. Am 10., 20. und 26. Mai wurden weitere vier Wagen geliefert. Der Beklagte beanstandete die gesamte gelieferte Ware und lehnte weitere Bezahlung ab. Der Verkäufer hat von dem Kaufpreis den Teilbetrag von 100 000 M eingeklagt.

Beide Instanzen haben den Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt. Der Revision des Beklagten ist stattgegeben worden.

Gründe:

Der Vorberrichter geht davon aus, daß Gegenstand des Kaufs Steinkohlenteeröl für Heiz- und Treibzwecke gewesen ist; er läßt die Frage, ob das Gelieferte diese Beschaffenheit besessen hat, offen, und hat der Klage stattgegeben, weil die Mängelrüge zu spät erfolgt sei. Die Mängelrüge ist am 11. Juni erfolgt, ohne daß bis dahin eine Untersuchung der im Mai gelieferten vier Wagen stattgefunden hatte. Insofern läge allerdings der Tatbestand der verspäteten Rüge offen zutage. Der Beklagte will sein Verfahren damit rechtfertigen, daß, als diese vier Wagen geliefert wurden, die Untersuchung des im Wagen „Regensburg“ gelieferten Oles im Gang gewesen sei und er die Beendigung dieser Untersuchung abgewartet habe, um sofort, nachdem er das Ergebnis erfahren habe, mitamt der Lieferung „Regensburg“ auch

die anderen Lieferungen, die von der gleichen Beschaffenheit gewesen seien, zu rügen. Nach seinen, zum Teil durch das Gutachten des Sachverständigen bestätigten, im übrigen noch unerledigten und hier zu unterstellenden Behauptungen kommt es auf eine sachmännische, unter Umständen zeitraubende Untersuchung an. Es bedarf einer quantitativen Analyse des Oles, die in 5 mal 24 Stunden vorgenommen werden kann. Keine Steinkohlenteere — sagt der Sachverständige — die sich im Motor als brauchbar erwiesen haben, weisen chemische und physikalische Konstanten auf, die als Grundlage zur Beurteilung erfahrungsgemäß genügen; solche dagegen, deren Herkunft mit Sicherheit nicht festzustellen ist und deren Konstanten sich an der Grenze der Normen der für den Betrieb von Motoren geeigneten Öle bewegen, erheischen vorsichtshalber auch eine praktische Prüfung. Diese praktische Prüfung erfordert nach der Behauptung des Beklagten den Zeitraum von vier Wochen. Der Wagen „Regensburg“ ist dem Beklagten am 15./17. April geliefert und an dessen Abnehmer, das Fernsprechamt Hannover, weiter geleitet worden, wo er am 22. April eingetroffen ist. Am 23. April hat dieses dem Beklagten telegraphiert: „Nach eingehender Erprobung Öl in reichseigenen Dieselmotoren nicht geeignet. Lieferung steht zu ihrer Verfügung.“ Die daraufhin vorgenommene Analyse war am 1. Mai beendet; das Urteilst schließt mit den Worten: „Der Gehalt an freiem Kohlenstoff und damit zusammenhängen der Verkokungsrückstand sind reichlich hoch; Ausscheidungen im Zylinder daher zu erwarten.“ Daran sollen sich praktische Versuche angeschlossen haben, von deren negativem Erfolge der Beklagte durch das unmittelbar nach ihrem Abschluß an ihn gerichtete Schreiben eines Dr. R. in Hannover, der die Angelegenheit in Händen hatte, erfahren haben will.

Wenn es sich in Wahrheit nach allen Richtungen hin so verhält, muß anerkannt werden, daß die Mängelrüge rechtzeitig erfolgt ist. Unter den Parteien wird gestritten, ob es sich um einen heimlichen Mangel handelt. Ein offener Mangel ist es jedenfalls insofern nicht, als seine Feststellung einer wissenschaftlichen und sachtechnischen Untersuchung bedarf, wobei dann in Grenzfällen der Fall wird eintreten können, daß die Entscheidung, ob ein Öl noch die Bezeichnung Treiböl verdient, unsicher bleibt. Hat aber bei diesem Sachverhalt jede andere Art von Untersuchung gar keinen Zweck, nimmt man deshalb an, daß, um den Vorschriften des § 377 HGB. zu genügen, diese umständliche Art der Untersuchung vorgenommen werden muß, so würde man nicht von einem heimlichen Mangel sprechen können, wohl aber muß dann dem Käufer auch die volle Zeit zur Verfügung stehen, die die Untersuchung nach Lage des Falles beansprucht. Es kommt aber, wie die Dinge hier liegen, hierauf nichts an. Entscheidend ist vielmehr, ob

der Beklagte von der Untersuchung der nachgelieferten vier Wagen einstweilen ganz Abstand nehmen durfte. An und für sich ist bei Sulzesslieferungen der Käufer gehalten, jede einkommende Sendung für sich von neuem auf ihre Beschaffenheit zu prüfen, wenn er sich dem Präjudiz des § 377 HGB. nicht aussetzen will. Indessen gilt das nicht ausnahmslos. Es steht nichts im Wege, auch in dieser Frage den Umständen des einzelnen Falles nach Billigkeit Rechnung zu tragen. Im vorliegenden Fall wäre es ein Unbding, ein ganz nutzloser Formalismus, wollte man den Käufer für verpflichtet erklären, eine so schwierige und zeitraubende Untersuchung bei jeder der einkommenden Lieferungen von neuem einzuleiten, wofern nur feststand oder sich feststellen läßt, daß die späteren Lieferungen von der gleichen Beschaffenheit gemessen sind. Nahm nur die bereits eingeleitete und im Gange befindliche Untersuchung ihren gebührenden Fortgang, so lief auch in Beziehung auf die späteren Lieferungen die Rügefrist nicht ab, bevor jene Untersuchung durchgeführt war. Der Vorberrichter legt — wenn auch in einem andern Gedankenzusammenhang — entscheidendes Gewicht darauf, daß der Beklagte diese vier Wagen stillschweigend entgegengenommen hat, obwohl er bereits wußte, daß das Öl bei einem praktischen Versuche seines Abnehmers versagt hatte, und obwohl er wußte oder hätte wissen müssen, daß die darauffhin vorgenommene Analyse nicht so ausgefallen war, daß sie das aufgetretene Bedenken zerstreuen konnte. Von Bedeutung könnte das aber nur sein, wenn sich damit schon „der Mangel gezeigt“ hätte, in dem Sinne, wie der § 377 HGB. es meint, und das kann nicht anerkannt werden. Es ist daran festzuhalten, daß die Erkenntnis des Mangels vorliegen muß, daß bloßer Verdacht eines solchen nicht ausreicht; insbesondere wird bei Untersuchungen, wie der hier in Rede stehenden, oft der Verdacht sich nur allmählich und ohne deutliche Übergänge bis zur Gewißheit steigern; es muß dann dem Käufer die Frist belassen bleiben, um die Untersuchung zu Ende zu führen.

Abzulehnen ist der Gedanke des Vorberrichters, daß sich die Frage, ob der Beklagte wegen Verspätung der Rüge als die Ware genehmigend anzusehen sei, nicht nur nach § 377 HGB., sondern auch nach dem beantwortete, wie sich der vertragstreue Käufer nach Treu und Glauben im Verkehr dem Verkäufer gegenüber zu verhalten habe. Ein Präjudiz, wie der § 377 es aufstellt, kann nur in einer ganz positiven Vorschrift seine Grundlage haben und daher auch nur im Umfang der positiv bestimmten Voraussetzungen gelten. Der Vorberrichter meint, es sei nach Lage der Sache ein Gebot von Treu und Glauben gewesen, daß der Beklagte, wenn nicht sofort nach Ablieferung der Wagen, dann doch jedenfalls nach Beendigung der chemischen Untersuchung, also spätestens am 2. Juni den Kläger von dem, was ge-

schah, in Kenntnis setzte; statt dessen habe er durch sein Schweigen dem Gegner die Möglichkeit genommen, bei der Erprobung mitzuwirken, sich seine Rechte zu wahren, insbesondere auch sich gegenüber seinem Lieferanten zu sichern. Diesen Erwägungen braucht nicht jede Berechtigung abgesprochen zu werden; aber bedenklich wäre es doch, darin geradezu schon eine Vertragsverletzung mit allen ihren Folgen zu erblicken, und jedenfalls bleibt unerfindlich, wieso diese Folgen darin bestehen könnten, daß der Beklagte rechtlich so anzusehen sei, als habe er die Ware genehmigt.