

80. 1. Nach welchen Grundsätzen bestimmt sich die Gefahrtragung, falls beim Versandungskauf der Käufer die von ihm zur Verfügung gestellte Ware auf Verlangen des Verkäufers zum Zwecke der Untersuchung an diesen zurücksendet und die Ware ohne Verschulden des Käufers beim Spediteur abhanden kommt?

2. Wer trägt die Beweislast für die mangelhafte Beschaffenheit der unter der Klausel „Netto Kasse nach Erhalt der Faktura“ verkauften, an den verklagten Käufer abgelieferten und von diesem zur Verfügung gestellten Ware?

II. Zivilsenat. Ur. v. 13. Februar 1923 i. S. Mechanische Buntweberei Meßingen S. S. W. (KL) w. M. (Bekl.). II 121/22.

I. Landgericht I Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte hat von der Klägerin drei Sendungen Körperstoff, über welche die Rechnungen vom 15., 20. und 25. Mai 1920 lauten, käuflich geliefert erhalten. Von der ersten Sendung hat er durch Schreiben vom 27. Mai 1920 fünf Stücke und später noch ein weiteres Stück, von der zweiten Sendung durch Schreiben vom 29. Mai 1920 elf Stücke als dem Muster nicht entsprechende Ware mit dem Bemerken, daß er sie nicht gebrauchen könne, weil sie fast ohne Körper seien, bemängelt und der Klägerin zur Verfügung gestellt. Diese hat zunächst durch Schreiben vom 29. Mai 1920 der Zurverfügungstellung vom 27. Mai als sachlich unbegründet widersprochen und um sofortige Regulierung ersucht. Mit Schreiben vom 31. Mai 1920 hat sie erklärt, daß sie die Beanstandung vorläufig nicht anerkennen könne, und hat um Übersendung von Ausfallproben von sämtlichen beanstandeten Stücken ersucht. Der Beklagte ist diesem Ersuchen nachgekommen. Darauf hat die Klägerin in ihren Schreiben vom 4. und 7. Juni 1920 dem Beklagten unter Beifügung des Untersuchungsergebnisses mitgeteilt, sie habe die Ware geprüft und festgestellt, daß diese durchschnittlich sogar schwerer als bemustert ausgefallen sei, sie könne daher die Zurverfügungstellung der beanstandeten Stücke nicht anerkennen. Nach weiterem Schriftwechsel ersuchte sie den Beklagten durch Schreiben vom 28. Juni 1920, ihr zwecks eingehender sachmännischer Prüfung seiner von ihr bisher nicht anerkannten Beanstandung die erhaltenen Stücke zuzusenden. Der Beklagte übergab anfang Juli 1920 die Ware, in zwei Ballen verpackt, dem Berliner Expeditur W. zur Übersendung an die Klägerin. Ein Ballen mit 9 Stücken Körper ist auf der Fahrt zum Bahnhof vom Wagen abhanden gekommen.

Die Klägerin verlangt nun mit der Klage Zahlung des Kaufpreises für diesen Ballen in Höhe von 6066,40 M nebst Zinsen. Hilfsweise fordert sie den Betrag als Schadensersatz, weil der Beklagte es schuldhaft unterlassen habe, die Ware gegen Transportgefahr zu versichern.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist weder der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Kaufpreises für den bei der Rücksendung an sie unstreitig abhanden gekommen Warenballen, noch der auf schuldhafte Unterlassung der Transportversicherung gestützte Schadensersatzanspruch begründet, die Klägerin habe vielmehr den Verlust selbst zu tragen. Bei der Stellungnahme zum ersten Klagegrunde geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin durch ihre Aufforderung an den Beklagten vom 28. Juni 1920 ihr Einverständnis damit zu erkennen gegeben habe, daß zwischen ihr und dem Beklagten zunächst über die Ordnungsmäßigkeit dieses Teils der Ware verhandelt werden solle. Daraus entnimmt das Berufungsgericht, daß die Klägerin bis zur Erledigung dieses Verfahrens auch die Zurverfügungstellung, selbst wenn diese zu Unrecht erfolgt sein sollte, gegen sich gelten lassen müsse. Da die Mängelrüge als rechtzeitig erfolgt zu gelten habe, weil die Klägerin sich sachlich auf sie eingelassen habe, so habe der Beklagte durch die Zurverfügungstellung den Erwerb des Eigentums an dem betreffenden Teil der Ware abgelehnt. Die Klägerin habe daher als Eigentümerin durch das Ersuchen um Zurücksendung der beanstandeten Ware dem Beklagten als deren Verwahrer einen Auftrag erteilt, in bestimmter Weise mit ihr zu verfahren; diesen Auftrag habe der Beklagte ausgeführt. Da die Ware nach deren Übergabe an den Speditour zwecks Versendung an die Klägerin abhanden gekommen sei, letztere aber als Eigentümerin und Auftragsgeberin diesen Verlust zu tragen habe, so sei der Kaufvertrag als von ihrer Seite nicht erfüllt anzusehen. Sie könne daher auch nicht den Kaufpreis für die abhanden gekommene Ware vom Beklagten fordern. Den zweiten Klagegrund lehnt das Berufungsgericht wegen mangelnden Verschuldens des Beklagten ab. In dieser Beziehung stellt es zunächst fest, daß ein Handelsgebrauch, wonach der Beklagte die zurückgesandte Ware auch ohne ausdrückliche Anweisung von Seiten der Klägerin gegen Verlust oder Beschädigung hätte versichern müssen, nach Auskunft der Handelskammer in Berlin nicht bestehe. Weiter verneint das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der Zeitverhältnisse und der besonderen Umstände des Falles, insbesondere der der Klägerin bekannten Gepflogenheit des Beklagten, sich derartige Ware unversichert zugehen zu lassen, daß dieser ohne Bestehen eines solchen Handelsgebrauchs bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zur Aufnahme der Transportversicherung verpflichtet gewesen sei. Endlich erblickt das Berufungsgericht auch darin kein Verschulden des Beklagten, daß er zur Ausführung des Auftrags der Klägerin die Ware dem Speditour W. zu den bei den Berliner Spedituren allgemein üblichen Be-

dingungen, die eine Beschränkung der Haftung des Spediteurs vorsehen, zwecks Beförderung übergeben hat.

Die Revision hat gegen die den Anspruch auf Schadensersatz zurückweisende Begründung Einwendungen nicht zu erheben; in der Tat sind solche auch nicht gegeben. Dagegen rügt sie, daß die Begründung zum ersten Klagegrund, dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, für den zu unterstellen gewesenem, vom Berufungsgericht auch unterstellten Fall, daß die Zurverfügungstellung wegen Mängel der Ware unbegründet war, den § 324 Abs. 2 BGB. verletze. Denn in diesem Fall sei der Beklagte, bevor der streitige Warenballen verloren gegangen, bezüglich dieses Ballens in Annahmeverzug geraten, und die Klägerin habe, da der Verlust auf einem von keiner der Parteien zu vertretenden Umstand beruhe, den von ihr geltend gemachten Anspruch auf die Gegenleistung behalten.

Diese Rüge ist begründet. Maßgebend für die entscheidende Frage, wer die Gefahr der Rücksendung des fraglichen Ballens zu tragen hat, ist die Beschaffenheit der Ware. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Mängelrüge bezüglich aller in dem Ballen befindlich gewesenem 9 Stücke Röperstoff als rechtzeitig erfolgt gelten müsse, weil die Klägerin sich sachlich auf die Rüge eingelassen habe, ist von der Revision nicht bemängelt worden; sie ist auch zutreffend. War die Ware vertragsmäßig, so hatte die Klägerin ihrerseits das zur Vertragserfüllung Erforderliche getan, als sie die Ware auf den Weg brachte. Die Gefahr war nach § 447 BGB. mit ihrer Übergabe an die Transportanstalt auf den Beklagten übergegangen, und dieser geriet in Annahmeverzug, als er sie nach der Ablieferung an ihn trotz mangelfreier Beschaffenheit als Erfüllung zurückwies. Die Voraussetzungen des § 324 Abs. 2 BGB. sind alsdann gegeben. Der Klägerin wäre — immer die Vertragsmäßigkeit der Ware unterstellt — die ihr obliegende Leistung infolge des während Annahmeverzugs des Beklagten eingetretenen, von ihr nicht zu vertretenden Verlustes der Ware unmöglich geworden. Die unmöglich gewordene Leistung wird nach §§ 275, 300 BGB. nicht mehr geschuldet; der Schuldner, d. i. die Klägerin, kann aber nach § 324 BGB. die Gegenleistung fordern.

Darauf, ob die Klägerin — wie das Berufungsgericht meint — für die Zeit der vereinbarten Prüfung der Ware auf ihre Vertragsmäßigkeit die Zurverfügungstellung gegen sich gelten lassen müsse, kommt es nicht an. Es handelt sich nicht um eine vorläufige, sondern um die endgültige Regelung der Frage, wer den Verlust zu tragen hat. Rechtsirrig ist es, wenn das Berufungsgericht auf Grund dieser vorläufigen Regelung auch für den Fall, daß die Zurverfügungstellung zu Unrecht erfolgt sein sollte, dem Beklagten endgültig nur noch die Stellung eines Verwählers der beanstandeten Ware einräumt und ihm

nur die aus dieser Stellung sich ergebenden Pflichten auferlegt. Auch der von dem Berufungsgericht alsdann gestreifte Gesichtspunkt der ordnungsmäßigen Ausführung eines Auftrags der Klägerin zur Rücksendung der Stücke beseitigt für den Fall der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware die Anwendbarkeit des § 324 Abs. 2 BGB. nicht. Das wäre nur dann der Fall, wenn man in dem Verlangen der Klägerin im Schreiben vom 28. Juni 1920, ihr „zwecks eingehender fachmännischer Prüfung der vom Beklagten erhobenen, aber von ihr bisher nicht anerkannten Reklamation umgehend die beanstandeten Stücke wieder zuzusenden“, einen selbständigen, von dem bisherigen Vertragsverhältnis unabhängigen Auftrag erblicken könnte, den der Beklagte ordnungsmäßig erledigt hat, und für dessen Kosten und Verluste die Klägerin einstehen müßte. Ein solcher selbständiger Auftrag, der voraussetzen würde, daß die Rücksendung der Ware nicht im gemeinschaftlichen Interesse der Parteien — etwa zwecks objektiver Feststellung der Beschaffenheit — erfolgen sollte, sondern daß sie nur im Interesse der Klägerin geschah, sei es, daß diese ernstlich mit Anerkennung der Beanstandung rechnete oder daß sie weitere Handhaben zu ihrer Bekämpfung gewinnen wollte, liegt hier jedoch nicht vor. Auch die Antwort des Beklagten im Schreiben vom 3. Juli 1920, in dem er der Klägerin die erfolgte Rücksendung der beiden Ballen mit der Erklärung am Schluß mitteilt: „Die Angelegenheit ist hiermit für mich erledigt“, gestattet die Annahme eines solchen selbständigen, nur im eigenen Interesse von der Klägerin erteilten Auftrags nicht. Ihr Auftrag zur Rücksendung hängt vielmehr eng mit dem ganzen Kaufgeschäft zusammen und ist durch dieses hervorgerufen. Er beruht auf einem Entgegenkommen der Verkäuferin, welche die bereits einmal in den Ausfallmustern untersuchte Ware nochmals und zwar diesmal in den ganzen Stücken untersuchen oder untersuchen lassen wollte. Eine Aufgabe von Rechten beabsichtigte sie hierdurch nicht. Es ist rechtlich nicht anders, als wenn die Klägerin dem Beklagten den Auftrag erteilt hätte, die beanstandeten Stücke an eine dritte Stelle zur Untersuchung auf ihre Beschaffenheit zu senden.

Hiernach kommt es allein auf die Prüfung und Entscheidung der Frage an, ob die in dem in Verlust geratenen Ballen befindlichen Stücke von vertragsmäßiger Beschaffenheit waren oder nicht. Da irgendwelche Feststellungen nach dieser Richtung bisher nicht getroffen sind, so war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der Feststellung der Beschaffenheit der Ware ist vom Berufungsgericht zu berücksichtigen, daß dem Beklagten die Beweislast für die von ihm behaupteten Mängel der 9 Stücke trifft. Denn nach der vom Beklagten nicht hemängelten Auftragsbestätigung der Klägerin vom 22. September 1919 hatten die

Parteien „sofortige rein netto Kasse nach Erhalt der Faktura“ vereinbart.

Grundsätzlich hat zwar der den Kaufpreis einklagende Verkäufer beim Gattungs- wie beim Spezieskauf, falls der Käufer bestreitet, daß der Verkäufer durch Lieferung der versprochenen Sache erfüllt habe, zu beweisen, daß die Sache die vertrags- oder gesetzmäßigen Eigenschaften besitzt. Dieser Pflicht genügt der Verkäufer regelmäßig durch den Nachweis der Absendung der Ware in vertragsmäßigem Zustande (§ 447 BGB.). Die Beweislast kehrt sich jedoch im Falle besonderer Vereinbarung um. Das ist z. B. der Fall beim Kauf: „netto Kasse gegen Faktura“ oder „Kasse gegen Faktura“ oder „netto Kasse nach Erhalt der Faktura“. Bei diesen Klauseln hat der Käufer vor Absendung der Ware den Preis zu zahlen, nachdem ihm zu diesem Zweck die Faktura zugegangen ist (RGZ. Bd. 69 S. 125, Staub 10. Aufl. Anh. zu § 372 Anm. 46a). Dem Käufer wird demnach im Gegensatz zum Regelfall, wonach er nur Zug um Zug gegen Übergabe der Ware zu zahlen braucht, also in der Lage ist, vor der Zahlung die Ware auf ihre Beschaffenheit zu untersuchen, eine Vorleistungspflicht auferlegt; er hat schon auf Grund der ihm übersandten Faktura Zahlung zu leisten, ohne zuvor die Ware auf ihre Beschaffenheit hin prüfen zu können. Der Käufer verliert zwar damit nicht das Recht, auch nach Empfang der Ware seine Ansprüche aus etwaiger Mangelhaftigkeit der Ware geltend zu machen. Aber die genannten Klauseln haben doch die Wirkung, daß der Vertrag mit der Ablieferung der Ware vom Verkäufer vorläufig als erfüllt gelten soll. Eine ähnliche Regelung ergibt der Wille der Vertragsschließenden bei Käufen mit Klauseln wie „netto Kasse gegen Verladedokumente“, „netto Kasse gegen Konnossement“. Auch dort hat der Käufer, falls die Ware noch nicht am Bestimmungs- oder am Ablieferungsort angekommen ist, Zahlung zu leisten, sobald ihm die Dokumente zur Einlösung vorgelegt („angebient“) sind, er kann nicht Besichtigung vor der Zahlung beanspruchen, es sei denn, daß die Ware bereits angekommen ist. Damit wird ihm aber nicht die Möglichkeit genommen, die mangelhafte Beschaffenheit der auf das Konnossement abgeladenen Ware geltend zu machen. Doch trifft ihn die Beweislast hierfür, da der klagende Verkäufer nur zu beweisen hat, daß dem Käufer ordnungsmäßige Verladedokumente angebient seien (RGZ. Bd. 47 S. 133).

Im vorliegenden Falle ist die Ware dem Käufer abgeliefert worden. Hiermit hat der Vertrag nach dem in der Klausel zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragsschließenden wenigstens vorläufig als vom Verkäufer erfüllt zu gelten. Daraus folgt auch bei dieser Klausel — wie in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (z. B. ROHG. Bd. 21 S. 257) anzunehmen ist — die

Umkehrung der Beweislast als Regel (Staub 10. Aufl. Anm. 127 zu § 377 und Anm. 46 a Anhang zu § 372). . . .