

52. 1. Liegt in der Zusicherung, daß eine verkaufte Kuh von einem bestimmten Tag nach der Übergabe an eine gewisse Menge Milch gebe, die Vereinbarung einer Gewährfrist?

2. Welche Rechtsbehelfe hat der Käufer, wenn der Verkäufer mit der Zurücknahme des mangelhaften Tieres in Verzug gerät? Wann verliert er durch Untätigkeit oder durch Veräußerung des Tieres die Ansprüche aus der mangelhaften Lieferung?

WOB. §§ 481 ff.

II. Zivilsenat. Urt. v. 18. Dezember 1928 i. S. S. (Kf.) w. v. R. (Bekf.). II 230/28.

I. Landgericht Guben.

II. Kammergericht Berlin.

Mit schriftlichem Vertrag vom 16. Dezember 1924 verkaufte der Kläger an den Beklagten acht prima Kühe, hochtragend, 14 Tage vor dem Kalben, Alter etwa 8 Jahre mit garantiert gutem Futter, zum Preise von 800 RM. das Stück, lieferbar innerhalb 8 Tagen. Der Kläger lieferte am 23. Dezember neun Kühe statt acht; der Beklagte nahm die neun Kühe an. Am 29. Dezember wurde zwischen den Parteien weiter vereinbart: „Herr S. (Kläger) tauscht jede von den gelieferten Kühen, welche acht Tage nach dem Kalben unter 15 Liter Milch pro Tag gibt, auf seine Kosten um gegen ein gleichwertiges Stück.“ Vom Kaufpreis mit zusammen 7200 RM. sind 3600 RM. durch Aufrechnung getilgt. Mit der Klage verlangte der Kläger, nachdem er in erster Instanz nur einen Teilbetrag geltend gemacht hatte, u. a. Zahlung des Restbetrags von 3600 RM. Das Landgericht wies die Klage ab; die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Seine Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Berufungsrichter legt die beiden Verträge dahin aus, daß der Kläger eine bestimmte Eigenschaft der Kühe, nämlich

Milchergiebigkeit von 15 Liter täglich acht Tage nach dem Kalben, zugesagt und sich beim Fehlen dieser Eigenschaft zur Lieferung eines der Zusicherung entsprechenden Ersatzstückes verpflichtet habe. Diese Vereinbarung — so führt das Urteil weiter aus — sei wirksam, da die §§ 481 ff. BGB. kein zwingendes Recht enthielten. Der Beklagte sei also nicht, wie der Kläger annehme, auf die Geltendmachung des gesetzlichen Wandlungsanspruchs beschränkt (RGZ. Bd. 60 S. 235). Auf die Vereinbarung sei § 492 BGB. anwendbar; sie bedeute, daß der Käufer erst acht Tage nach dem Kalben die zugesicherte Milchergiebigkeit zu prüfen gehabt und daß erst von diesem Tage an die Frist des § 490 BGB. zur Geltendmachung der Ansprüche aus der Mängelhaftung zu laufen begonnen habe. Zu diesen Ansprüchen gehöre sowohl der Anspruch auf Umtausch (§ 491 BGB.) als auch der Anspruch auf Ersatz des sich aus der mangelhaften Lieferung ergebenden Schadens. Der Berufungsrichter stellt auf Grund der Beweisaufnahme fest, daß von den neun Kühen nur zwei die zugesagte Milchergiebigkeit gehabt hätten. Die ersten beiden mangelhaften Kühe seien am 15. Januar 1925, dann nochmals mit der dritten am 1. Februar 1925, die letzten vier am 20. Februar 1925, also sämtlich noch innerhalb der Frist des § 490 BGB., beanstandet worden. Verfehlt sei die Annahme des Klägers, daß die Anzeige zwei Tage nach Ablieferung der Kühe oder mindestens zwei Tage nach dem achten Tag vom Kalben an hätte erfolgen müssen. Denn § 485 sei in § 492 nur für den Fall der Vereinbarung einer Gewährfrist für anwendbar erklärt. Eine besondere Gewährfrist sei aber hier nicht vereinbart. Die Vereinbarung des Stichtags für die zugesicherte Milchergiebigkeit sei nicht die Vereinbarung einer Gewährfrist. Danach könne der Kläger nur für zwei Kühe Zahlung des Kaufpreises verlangen; dieser sei aber durch die Verrechnung mit der Gegenlieferung gedeckt. Der Kläger könne auch nicht geltend machen, der Beklagte habe seine Rechte aus der Bemängelung der Kühe dadurch verloren, daß er die Tiere zum Teil jahrelang behalten und dann veräußert habe. Ein Verzicht auf die Rechte aus der Mängeltrüge sei darin nicht zu sehen. Daß einzelne Kühe in der Folgezeit verendet seien, stehe der Geltendmachung der Ansprüche aus der Mängelhaftung nicht entgegen. Auch könne auf sich beruhen, ob der Beklagte es zu vertreten habe, daß er zur Rückgewähr einzelner Kühe infolge ihrer Weiter-

veräußerung außerstande sei. Nach § 487 Abs. 2 BGB. trete dann für den Beklagten an die Stelle der Rückgewähr die Vergütung des Wertes der Tiere. Ein dahingehender Anspruch des Klägers stehe aber hier nicht zur Entscheidung.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 481 flg. BGB. Nach dem Vertrag sei der Beklagte an sich berechtigt gewesen, den Umtausch der Kühe zu verlangen. Von diesem Recht habe er aber nie Gebrauch gemacht, sondern Minderung begehrt, was nach Gesetz und Vertrag ausgeschlossen gewesen sei. Der Beklagte habe seine Ansprüche auch nicht rechtzeitig geltend gemacht. Es sei gleichgültig, wann der angegebene Mangel entdeckt worden sei; die Verjährungsfrist habe mit der Ablieferung der Tiere begonnen. Der Beklagte habe ferner die Tiere behalten und bewertet, also müsse er sie auch bezahlen. Der Berufungsrichter komme zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß der Beklagte, nachdem er von dem ihm eingeräumten vertraglichen Rechte keinen Gebrauch gemacht habe, die Tiere ohne Entgelt behalten dürfe. Er stelle zwar fest, daß die Kühe nicht die zugesicherte Menge Milch gegeben hätten, lasse aber die Behauptung des Klägers offen, daß die Milchmenge nicht eine Woche nach dem Kalben gemessen worden sei.

Nicht begründet ist die Klage, daß der Beklagte seine Rechte aus der Nichterfüllung der Zusage über Milchergiebigkeit verloren habe, weil er nicht innerhalb der zweitägigen Frist des § 485 BGB. den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder eine der dort bezeichneten Handlungen vorgenommen habe. Nach § 492 BGB. findet bei Zusage einer Eigenschaft des verkauften Tieres § 485 BGB. nur dann entsprechende Anwendung, wenn eine Gewährfrist vereinbart ist. Das ist aber hier nicht der Fall. Der festgesetzte Stichtag bestimmt den Inhalt der Zusage (der achte Tag nach dem Kalben ist offenbar gewählt, weil dann wieder ein normaler Milchertag zu erwarten ist), stellt aber keine Frist dar, innerhalb deren der Mangel der zugesicherten Eigenschaft sich zeigen mußte.

Wohl aber hat der Beklagte auf seine Rechte stillschweigend verzichtet. Läge weiter nichts vor, als daß er einige der Kühe verkauft hat, so wäre darin freilich noch nicht notwendig ein Verzicht zu finden. Wie das Wandlungsrecht, so bleibt beim Viehkauf auch der Nachlieferungsanspruch, auf den der Beklagte vertragsmäßig beschränkt war, durch eine Weiterveräußerung des

verkauften Tieres grundsätzlich unberührt (§§ 491, 487 Abs. 2 BGB.). Ob eine in Kenntnis der Mangelhaftigkeit erfolgte Weiterveräußerung einen Verzicht auf Mängelgewähr enthält, läßt sich nicht allgemein beantworten, sondern bedarf der Prüfung im einzelnen Falle (Stölzle Viehkauf 6. Aufl. S. 257ff.). Im Streitfalle liegt aber mehr vor. Der Beklagte hat nach seinem eigenen Geständnis die mangelhaften Kühe in Kenntnis des Mangels behalten und jahrelang benutzt, bevor er sie an den Schlächter abgab. So durfte er nicht vorgehen, wenn er seine Gewährleistungsansprüche wahren wollte. Kraft des Nachlieferungsrechts (§ 480 BGB.) war er befugt, den Vertrag als unerfüllt zu behandeln. Er konnte also den Kläger in Annahmeverzug wegen der Rücknahme setzen, den Selbsthilfeverkauf vornehmen (§ 383 BGB.) und Lieferung vertragsmäßiger Kühe verlangen. Oder er konnte nach § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, wobei er einen beim Deckungsverkauf erzielten Erlös in Anrechnung zu bringen hatte. Auch dies war ihm möglich; denn die Beschränkung auf das Nachlieferungsrecht schloß nur den nach §§ 490, 492 BGB. ohne weiteres gegebenen Schadensersatzanspruch aus und bezog sich nicht auf denjenigen Schadensersatzanspruch, der gegenüber dem im Leistungsverzug verharrenden Verkäufer aus § 326 herzuleiten war (Ennecerus Schuldverhältnisse § 336 I 1 Abs. 2; Staub-Könige BGB. § 377 Anm. 94). Wenn aber der Beklagte, der den Mangel gerügt hatte, keinen dieser beiden Wege einschlug, sondern die Tiere behielt und nutzte, so hat er damit auf Nachlieferung verzichtet. Es mag wohl sein, daß das seinem Willen nicht entsprach. Er mag geglaubt haben, durch Unterlassung der Vollzahlung des Kaufpreises das durch Gesetz (§ 487 Abs. 1 BGB.) und Vertrag ihm versagte Minderungsrecht im Ergebnis erzwingen zu können. Auf eine solche Absicht würde es indes nicht ankommen. Maßgebend war sein Verhalten, wie es nach Treu und Glauben bei Berücksichtigung der Verkehrssitte vom Kläger verstanden werden mußte, und dieses Verhalten ließ keinen anderen Schluß zu als den, daß er die gelieferten Kühe zuletzt doch noch genehmigt habe.

Hiernach muß der Beklagte den Kaufpreis für die 9 Kühe zahlen, soweit er nicht durch Gegenlieferungen ausgeglichen ist. . . .