

9. Verschiedene Auffassung des Abschlusses eines Kaufes durch einen Makler „mit vorbehaltener“ Aufgabe des Käufers.  
Inwieweit ist beim Kaufe nach Probe die Probe für die Beschaffenheit der Ware maßgebend?

I. Civilsenat. Ur. v. 5. November 1887 i. S. B. (Bekl.) w. L. (Nl.)  
Rep. I. 242/87.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Der Abschluß eines Kaufes durch einen Makler mit vorbehaltener Aufgabe des Käufers kann verschieden aufgefaßt werden:

- a) Der Käufer ist eine bestimmte, aber unbenannte Person; der Makler hat als Bote derselben abgeschlossen.
- b) Der Käufer ist eine unbestimmte Person. Der Makler behält sich vor, eine bestimmte Person zu nennen.

Nach beiden Auffassungen kann der Verkäufer, wenn der Makler ihm den Käufer innerhalb der vertragsmäßigen oder einer entsprechenden Frist nicht aufgibt, den Makler nicht auf Erfüllung belangen, sondern nur auf Schadensersatz; denn der Makler erscheint bei einem derartigen Abschlusse nicht als Kommissionär, auch nicht als eventueller Selbstkäufer. Am nächsten läge noch die Analogie mit dem falsus procurator. Allein keinesfalls wäre die positive Bestimmung des Handelsgesetzbuches (Artt. 55. 298), daß ein solcher auch auf Erfüllung belangt werden könne, auf vorliegenden Fall anzuwenden.

- c) Es ist aber auch noch eine dritte Auffassung des Verhältnisses als von den Parteien gewollte möglich, nämlich die, daß der Makler als der wirkliche Käufer erscheint, aber die Befugnis hat, statt seiner einen Anderen als Käufer zu präsentieren, und daß, wenn er einen Anderen präsentiert hat, dieser Andere so angesehen wird, als wäre er von Anfang an der Käufer gewesen. Hat der Makler eine solche Präsentation nicht vorgenommen, so bleibt es dabei, daß er selbst Käufer ist.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob diese letzte Auffassung des Rechtsverhältnisses (unter c) eine so häufig gewollte ist, daß daraus auf eine Übung geschlossen werden könnte, die zur Aufstellung einer tatsächlichen Vermutung für die Gestaltung des konkreten Vertragswillens führen könnte; denn aus dem Verhalten der Parteien, insbesondere des Beklagten, muß darauf geschlossen werden, daß die fragliche Auffassung die ihrige war. Der Beklagte unternimmt auf ihm geforderte Andienung das Nachstechen der Ware, und er geriert sich in dem an die Kläger gerichteten Briefe vom 24. November 1886 in unzweideutiger Weise als Käufer. Daß der „Hintermann“, welcher ihm nach seinem Briefe an den Kläger die Ware zur Verfügung gestellt hatte, nicht als Auftraggeber, sondern als weiterer Käufer aufzufassen ist, geht deutlich daraus hervor, daß von einer ihm, dem Beklagten, von seiten des Hintermannes erfolgten Stellung zur Verfügung die Rede ist. Aus Veranlassung dieser Dispositionsstellung erklärt er, nachdem er durch eine von ihm veranlaßte Expertise die Überzeugung von der Vertragswidrigkeit der Ware erhalten, nun seinerseits die Ware den Klägern unter Vorbehalt aller seiner Rechte zur Verfügung zu stellen. Deutlicher kann kaum gesprochen werden. (Siehe außerdem noch die eigene Behauptung des Beklagten in der Berufungsbegründung, welche im Termine vorgetragen ist, daß er mit Fr. in Breslau zusammen die Ware gekauft habe.) Damit ist dargethan, daß die Parteien von der Auffassung des Rechtsverhältnisses unter c ausgegangen sind.

Ist aber der Beklagte mit dem Berufungsrichter als Käufer aufzufassen, dann ist dem Klagantrage auf Zahlung des Kaufpreises gegenüber die Passivlegitimation des Beklagten begründet. Dieser Antrag ist in der Berufungsinstanz als prinzipaler Antrag gestellt, und der Berufungsrichter hat darin keine unstatthafte Klagänderung gefunden. Dieser übrigens auch völlig richtige Ausspruch ist unangreifbar. . . .

Beim Kauf nach Probe dient die Probe zur Bestimmung der Beschaffenheit der Ware. Dies kann im einzelnen Falle mehr oder weniger premiiert werden. Es lassen sich Fälle denken, in denen die absolute Übereinstimmung der Ware mit der Probe gewollt ist. Mindestens wird aber die Absicht der Kontrahenten, insbesondere die hier wesentlich maßgebende des Käufers die sein, daß die zu liefernde Ware diejenige Beschaffenheit habe, welche aus der Probe zur Zeit des

Vertragsabschlusses erkannt wird. Die Hauptverschiedenheit beider Auffassungen ist die, daß im zweiten Falle heimliche Mängel der Probe nicht als eine Eigenschaft der zu liefernden Ware gewollt sind, daß also die derartige heimliche Mängel tragende Ware nicht als vertragsmäßig erscheint. Unter die heimlichen Mängel fallen zwar auch diejenigen, welche wegen der Kleinheit der Probe an dieser nicht entdeckt werden können; allein bei diesen kommt noch ein besonderes Moment in Betracht.

Ist der Käufer Sachverständiger, und weiß er als solcher, daß ein gewisser Mangel an der in Rede stehenden Ware<sup>1</sup> häufig vorkommt, aber an der Probe gewöhnlich nicht oder doch nur schwer zu entdecken ist, so erfordert die gewöhnliche Sorgfalt, daß er das Nichtvorhandensein dieses Mangels ausdrücklich stipuliert. Thut er das nicht, so wird der Verkäufer zu der Annahme berechtigt sein, daß der Käufer entweder die betreffende Eigenschaft nicht als Mangel ansieht, oder daß er sich vom Nichtvorhandensein desselben in der Probe überzeugt zu haben glaubt.

Der vorliegende Lieferungsvertrag, wie er im Schlußzettel redigiert ist, enthält nichts, als daß nach einer Probe verkauft werde. War nun, wie der Beklagte behauptet, der Umstand, ob die Ware geschwefelt war oder nicht, an der Probe wegen deren Kleinheit nicht zu erkennen (was der Richter aber wegen der Möglichkeit der Konstatierung der Schwefelung durch Lackmuspapier bezweifelt), so macht der erste Richter dem Beklagten mit Recht einen Vorwurf daraus, daß derselbe, der als Sachverständiger wissen mußte, daß diese Art Ware häufig geschwefelt werde, und daß die Prüfung der Probe nach dieser Richtung eine unsichere ist, nicht eine besondere Vertragsbestimmung veranlaßte, welche das Geschwefeltsein der Ware ausschloß. Zeigte sich später, daß die Probe geschwefelt war, so konnte der Beklagte diese Eigenschaft an der Ware selbst nicht mehr rügen.“ . . .

<sup>1</sup> Es handelt sich um Weißkleesaat.