

24. 1. Ist der Käufer berechtigt, die Ware zu redhibieren, wenn sie eine größere Menge minderwertiger Beimischung enthält als die Probe?

2. Welche Rechte stehen den Parteien zur Realisierung des auf Redhibition lautenden Urtheiles zu, wenn die Entscheidung über die Höhe des Schadens noch aussteht?

I. Civilsenat. Urth. v.  $\frac{21. \text{ Mai}}{1. \text{ Juni}}$  1892 in S. B. & Co. (Kl.) w. Va. (Bekl.) Rep. I. 61/92.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte in Hamburg hat an die Klägerin in Stockholm 200 Zentner deutschen Rotklee nach Probe verkauft, der Klägerin nach Gothenburg geliefert und über den Kaufpreis ein von der Klägerin demnächst eingelöstes Accept über 7880  $\mathcal{M}$  erhalten, die Klägerin aber die Sendung sodann als nicht probemäßig zur Disposition gestellt und auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Unkosten, Lagergeld, Spefen und auf Schadensersatz geklagt. Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen, auf die Revision der Klägerin aber das Berufungsurteil aufgehoben und die Beklagte verurtheilt worden, gegen die in Stockholm zu bewirkende Rückgabe der gelieferten 200 Zentner (80 Säcke) Klee Saat an Klägerin 7880  $\mathcal{M}$  samt Zinsen zu zahlen und

die der Klägerin aus der Lieferung und Lagerung dieser 200 Zentner erwachsenen Kosten sowie den Schaden zu erstatten, welcher der Klägerin dadurch erwachsen ist, daß ihr die 200 Zentner nicht in einem Mischverhältnisse von 75 % Rotklee zu 25 % Gelbklee geliefert sind. Zur Feststellung der Höhe der Kosten und Schäden ist die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht nimmt als feststehend an, daß diejenige Probe, nach welcher Beklagte der Klägerin verkauft hat, eine große Beimischung von Gelbklee enthielt, und daß der Prokurist B., welcher den Handel für die Klägerin abschloß, diese Thatsache erkannte und einwilligte, gerade diese durch den echten Inhalt der Probepüte repräsentierte Ware als deutschen heidefreien Rotklee zu kaufen. . .

Das Berufungsgericht stellt sodann auf Grund der Verhandlungen thatsächlich fest, daß nach der für glaubwürdig erachteten Aussage des Zeugen E. für die Probe im Geschäfte der Beklagten ein Gehalt von 25 % Gelbklee auf 75 % Rotklee bestimmt war, und daß nach der vertrauenswerten Angabe des Zeugen D. die Abnehmer dieser in gewissen Gegenden Schwedens beliebten Probe nicht mehr als 25 % wünschten.

Das Berufungsgericht hat daraus die Überzeugung geschöpft, daß die Beimischung in der nicht mehr vorhandenen Probe, nach welcher gehandelt ist, 25 % Gelbklee, etwas mehr oder weniger, betrug. Diese Feststellung läßt sich nicht dahin verstehen, daß das Berufungsgericht hätte unbestimmt lassen wollen, ob nicht die Probe um ganze Prozente von der bestimmungsmäßigen Mischung von 75 : 25 % abgewichen wäre. Das würde der von dem Berufungsgerichte selbst für maßgebend erachteten Thatsache widersprechen, daß in Schweden, wo eine Samenkontrolle besteht, welche das Mischungsverhältnis ziffermäßig genau festzustellen in der Lage ist, ein höherer Prozentgehalt als 25 % Zusatz von Gelbklee nicht gewünscht wird. jene Unbestimmtheit läßt sich im Sinne der berufungsgerichtlichen Feststellung vielmehr nur dahin verstehen, daß die Probe das gewollte Verhältnis von 75 % zu 25 % wiedergab, soweit die Herstellung eines solchen Verhältnisses sich in der Weise wie Proben im Handel hergestellt werden, überhaupt erzielen läßt. Da überdies die Ver-

käuferin eine solche Probe, welche keinen höheren Zusatz als 25 % Gelbklees enthielt, herstellen wollte; und da nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsurteiles die Käufer in Schweden nicht wünschen, daß die Ware einen höheren Zusatz erhält, so darf man bei Beurteilung des vorliegenden Rechtsfalles davon ausgehen, daß die Probe mit dem Verhältnisse der Mischung von 75 zu 25 maßgebend war, soweit sich solches Verhältniß — bei der geflissentlichen Herstellung dieser Mischung — überhaupt erzielen und innehalten läßt. Daß sich nun ein solches Verhältniß annähernd herstellen läßt, darf von vornherein nicht bezweifelt werden, wird aber auch von den Sachverständigen bestätigt, deren Gutachten das Oberlandesgericht nicht beanstandet hat. Dieselben bekunden:

Beim Verkaufe einer Mischung von 28 % Gelbklees zu 70 % Rotklees und 2 % Bruch u. dgl. nach Schweden riskiere man Unannehmlichkeiten.

Steht nun aber das Mischungsverhältniß von Rotklees zu Gelbklees, wie es die Kaufprobe darstellte und darstellen sollte, objektiv fest, so ist es, da es sich bei diesem Streite nicht um die sonstigen Qualitäten der gelieferten Ware, sondern nur um das Mischungsverhältniß handelt, für die Vergleichung von Probe und Ware ganz gleichgültig, ob die Kaufprobe vorliegt oder nicht. Das, was durch die Probe in dieser Richtung nachgewiesen werden soll, bedarf ja keines Beweises mehr. Deshalb können die Ausführungen des Berufungsurteiles über die Beweislast bei nicht vorgelegter Probe und über das, was der Käufer fordern könne — Ware mittlerer Art und Güte —, wenn die Probe nicht mehr zu beschaffen ist, völlig auf sich beruhen. Die Ausführungen der Revisionsbeklagten, daß eine Mischware verkauft sei, und daß es bei solchem Sachverhalte auf die genaue Innehaltung des Mischverhältnisses nicht ankomme, sind ganz abwegig. Das Reichsgericht kann denselben in keiner Weise beitreten. Gerade wenn der Verkäufer darauf ausgeht, durch geflissentliche Beimischung eines minderwertigen Zusatzes eine billigere Ware herzustellen, hat er allen Anlaß, die Grenze nicht zu überschreiten, welche der Markt, auf dem er diese Mischware verkaufen will, innegehalten wissen will. Nun enthielt aber die gelieferte Ware nach der vom Berufungsgerichte für zuverlässig angenommenen, von der Beklagten nicht beanstandeten Untersuchung in Schweden

65,51 %	Kotklee ( <i>Trifolium pratense</i> ),
28,24 %	Gelbklee ( <i>Medicago lupulina</i> ) einschließlich von etwas Luzerne ( <i>Medicago sativa</i> ),
6,10 %	beschädigte Saat von beiden Arten,
0,15 %	Unkraut
<u>100 %</u>	

Auch wenn man die beschädigte Saat mit dem Berufungsrichter zwischen Kotklee und Gelbklee repartiert, enthielt die gelieferte Ware nach seiner Feststellung nur annähernd 70 % Kotklee und nicht ganz 30 % Gelbklee. Die gelieferte Ware entspricht also nicht der Probe, nach der verkauft ist. Denn sie durfte danach nicht mehr als 25 % mit einem geringfügigen Überschlage enthalten. Daß der tatsächliche Zusatz nicht um annähernd 20 % des nach der Probe zulässigen Zusatzes von diesem abweichen durfte, bedarf keiner besonderen Ausföhrung.

Hiernach war die Klägerin zur Ablehnung der gelieferten Ware berechtigt; sie durfte auch gegen Rückgabe der Ware in Stockholm, wohin ihr geliefert ist, Rückzahlung des Kaufpreises samt Zinsen, Erstattung der gehaltenen Kosten einschließlich der Lagerungskosten und Speesen sowie Schadenserzatz fordern. Das Berufungsurteil unterliegt daher als auf Gesetzesverletzung beruhend der Aufhebung. Freilich kann Klägerin den Schadenserzatz nur auf der Basis fordern, daß ihr eine Ware zu liefern gewesen wäre, welche 75 % Kotklee und 25 % Gelbklee enthielt, nicht etwa auf der Basis, daß ihr eine Ware zu liefern gewesen wäre, welche gar keinen oder nur einen geringen Prozentsatz Gelbklee enthalten gehabt hätte. Von diesen Ansprüchen ist der auf Rückzahlung des Preises samt Zinsen schon jetzt liquid; soweit läßt sich also auch ein die Sache erledigendes Endurteil von dem Reichsgerichte fällen. Bezüglich der Kosten und des Schadenserzates steht der Grund des Anspruches fest, aber noch nicht die Höhe. Die Feststellung der Höhe ist also dem weiteren Verfahren vor dem Oberlandesgerichte vorzubehalten und insoweit die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Da die Beklagte nur Zahlung zu leisten braucht, wenn ihr die Rücknahme der nach Stockholm gelieferten Waare dort gewährt wird, und da die Klägerin das Recht hat, die Ware zurückzubehalten, bis sie wegen ihrer ganzen, jetzt noch nicht liquid gestellten Forderung

befriedigt ist, so hat die Klägerin die Wahl, ob sie die Rückzahlung des Preises samt Zinsen gegen Rückgabe der Ware schon jetzt betreiben will, indem sie den durch Ausübung eines Retentionsrechtes dann nicht gedeckten Anspruch auf Kosten und Schäden weiter verfolgt, oder ob sie die Betreibung bis dahin aussetzt, wo sie ihre ganze Forderung, soweit sie es vermag, liquid gestellt hat. Andererseits verbleibt der Beklagten die Wahl, zur Vermeidung weiteren Zinsenlaufes den Kaufpreis zurückzuzahlen, indem sie die Rücknahme der 200 Zentner Ware bis dahin vertagt, wo über die Höhe der Kosten und Schäden entschieden ist. Selbstverständlich hat die Beklagte auch das Recht, unter Rückzahlung des Preises samt Zinsen und Sicherstellung des Anspruches der Klägerin auf Kosten und Schäden, die Herausgabe der Ware zu fordern, um weitere Lagerkosten zu vermeiden, ohne daß dies in dem Tenor dieses Urtheiles besonders ausgesprochen zu werden braucht." . . .