

32. Ist die Kaufvertragsklausel: „Qualität: Fair average of the season or allowance if inferior. Londoner Arbitrage“, auf Fälle zu beziehen, wo der Käufer behauptet, daß die Ware (Tabak) betrügerisch gepackt sei? Verpflichtet diese Klausel in Verbindung mit der Bedingung: „Zahlung bei Ankunft des Schiffes auf der Elbe gegen Dokumente“, den Käufer unter allen Umständen, gegen Auslieferung der Dokumente Zahlung zu leisten, oder kann er, wenn die Ware angekommen ist, vorerst Veranstaltung der Arbitrage verlangen?

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Dezember 1900 i. S. v. E. (Bekl.) w. A. R. & Co. (Kl.). Rep. I. 287/00.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsfachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die in Hamburg wohnende Beklagte hatte von der in London und Shanghai wohnenden Klägerin durch deren Hamburgischen Vertreter am 10. Juni 1899 laut Schlußnote ca. 200 Piculs Wongkong-Tabak zu 42 $\frac{1}{2}$ M das Pfund deutsch, oil steamer Hamburg, gekauft. Die Note enthielt weiter folgende Bedingungen: „Verladung Juni/August ab China; Qualität: fair average of the season or allowance if inferior; Londoner Arbitrage; Zahlung: bei Ankunft des Schiffes auf der Elbe gegen Auslieferungsdokumente, netto Kasse.“

Am 21. August 1899 zeigten die Vertreter der Klägerin der Beklagten an, daß die Ware in 161 Ballen — deren Marken und Nummern angegeben wurden — mit dem Dampfer „Ellen Rickmers“ nach Hamburg verladen sei, und daß gegen Zahlung des sich nach dem — gleichfalls angegebenen — Gesamtgewicht ergebenden Betrages von 9973,15 *M* bei Ankunft der Ware auf der Elbe die Verschiffungspapiere zur Verfügung der Beklagten gehalten werden würden. Anfang Oktober langte die Ware in Hamburg an, aber nicht mit der „Ellen Rickmers“, sondern mit dem Dampfer Silesia. Nach der später erfolgten Ankunft des ersten Schiffes übersandten die Vertreter der Klägerin am 21. Oktober die auf dieses lautenden Konnossemente über die Ware mit der Aufforderung, die 9473,15 *M* zu bezahlen; indessen weigerte die Beklagte die Annahme und Bezahlung der Lieferung unter Berufung darauf, daß eine vor kurzem auf die früheren Abschlüsse unter gleichen Bedingungen erfolgte Lieferung unkontraktlich ausgefallen sei und betrügerische Packung gezeigt habe, weswegen sie vermute, daß auch die neue Lieferung ebenso ausfallen werde und deshalb vorgängige Arbitrage in London verlange. In der That ist der Beklagten demnächst für jene frühere Lieferung eine Vergütung von 14 Prozent wegen Minderwertes durch die Londoner Arbitrage zugesprochen und von der Klägerin bezahlt worden. Da Klägerin unter Berufung auf die Schlussnote auf sofortiger Annahme und Bezahlung bestand, wurde die Ware vereinbarungsgemäß in Hamburg für Rechnung, wen es angeht, gelagert. Klägerin erhob auf Zahlung der 9973,15 *M* nebst Zinsen Klage, und das Landgericht gab der Klage statt.

In der Berufungsinstanz fand auf Antrag der Beklagten zunächst ein Verfahren zur Sicherung des Beweises durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen über die Beschaffenheit der jetzt streitigen Lieferung statt. Die Zeugen und Sachverständigen nahmen einen Minderwert von 45 Prozent der von ihnen als Ausschußware bezeichneten Lieferung an und bestätigten auch die von der Beklagten behauptete betrügerische Packung.

Die Berufung wurde verworfen. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen, aus folgenden

Gründen:

... „Der Kaufkontrakt enthält die Klausel: „Qualität: fair average of the season, or allowance if inferior. Londoner Arbitrage.“ Hieraus geht hervor, daß die Parteien einen der möglicherweise sich ergebenden Streitpunkte der Würdigung und Entscheidung des ordentlichen Richters haben entziehen und insoweit mit Maßgeblichkeit für diesen die Londoner Arbitrage haben substituieren wollen. Der Klausel ist aber nicht die weitgehende Bedeutung beizulegen, daß jede irgendwie auf der Qualität der Ware beruhende Differenz der Parteien durch Arbitrage zu schlichten ist. Letztere soll vielmehr nur eintreten, wenn bestritten wird, daß die vereinbarte Qualität „fair average of the season“ geliefert ist, um festzustellen, ob und welcher Abfall ihr gegenüber vorliegt, und welche Vergütung dafür zu gewähren ist. Dies ergibt sich aus den Worten: „allowance if inferior“. Die Arbitratoren haben demnach nur über das „ob“ und „wieviel“ der in dem bezeichneten Fall zu gewährenden Vergütung zu entscheiden. Hieraus folgt zugleich ein Verzicht des Käufers auf Retention für den Fall, daß Anlaß zu der Arbitrage gegeben ist. Die Klausel aber besagt weder, daß der Käufer selbst für den Fall betrügerischer Packung auf Retention verzichtet hat, noch daß in einem solchen Falle Arbitrage einzutreten hat. Sie setzt vielmehr das Zugeständnis des Käufers voraus, daß Ware geliefert ist, die, wenn auch in der Qualität abfallend, doch immerhin als reguläre Kaufmannsware und unter anderen, nicht völlig ungewöhnlichen Bedingungen als zur Kontrakterfüllung geeignet gelten kann. Denn die gewöhnliche Arbitrage, welche Parteien ohne Zweifel ins Auge gefaßt haben, bei der die Feststellung der Qualität durch Ziehung von Durchschnittsproben erfolgt, ist bei betrügerischer Packung undenkbar. Es bedarf vielmehr einer sorgfältigen Untersuchung in allen Teilen, um sicher zu ermitteln, wie weit sich der Betrug erstreckt, und wie weit er den Wert der Ware beeinflusst. Mutmaßlich würden durch diese Untersuchung außergewöhnlich hohe Kosten verursacht werden; es kann aber möglicherweise auch durch die dafür notwendige Beseitigung der Verpackung und die Sonderung der einzelnen Bestandteile der Charakter der Ware in Bezug auf die im Verkehr geforderten äußeren Eigenschaften wesentlich verändert werden. Hiernach muß angenommen werden, daß ein solcher Mangel die Ware schlechthin unempfangbar

macht oder wenigstens machen kann, und daß somit ein Streit hierüber nicht nach der Absicht der Parteien im Wege der Arbitrage durch Festsetzung bloß einer Vergütung hat erledigt werden sollen. Hiernach hat das Berufungsgericht den Vertrag der Parteien rechtsirrtümlich ausgelegt, indem es die Londoner Arbitrage für anwendbar erachtet, obwohl Beklagte auf Grund des Einwandes betrügerischer Packung die Annahme verweigert hat.

Über diesen Einwand wird das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung selbst zu entscheiden haben.

Sollte derselbe sich aber als unbegründet erweisen, so würde, entgegen der Auffassung des Vorderrichters, dem eventuellen Antrage der Beklagten, ihr eine Frist zur Beibringung des Londoner Spruches zu gewähren, vor der Endentscheidung stattzugeben sein, da die Klausel „Zahlung bei Ankunft des Schiffes auf der Elbe gegen Auslieferungsdokumente“ auch in Verbindung mit der Arbitrageklausel zu einer anderen Behandlung der Sache keinen Anlaß bietet.

Die Kassaklausel hat nur zur Folge, daß der Käufer, welcher sich trotz Angebotes der Dokumente der Zahlung entziehen will, die Beweislast in Bezug auf diejenigen Umstände zu übernehmen hat, aus denen er seine Nichtverpflichtung herleitet. Ist die Ware, wie hier, bei Angebot der Konossemente bereits im Bestimmungshafen angelangt, so rechtfertigt nichts die Zurückweisung der Einrede des Käufers, daß er wegen Unkontraktlichkeit der Ware nicht zu empfangen brauche oder doch nur einen erheblich geringeren Preis, als den geforderten, zu zahlen verpflichtet sei, wenn dafür ein genügender Beweis angetreten wird. Ist aber die Würdigung dieser Einrede dem ordentlichen Richter entzogen und dafür Arbitrage vereinbart, so erfordert die Analogie der Prozeßgesetze, daß dem Käufer vor der Endentscheidung Gelegenheit gegeben wird, den Grund derselben im Arbitrageverfahren darzuthun. Auch bei dem Käufer, welcher Vorleistung versprochen hat, ist die Einrede, daß der Verkäufer nicht erfüllen könne, beachtlich, sofern sie mit im Prozesse zulässigen Beweismitteln vertreten wird. Einer solchen Beweisantretung ist aber die Anrufung der bezüglich der Einredethatsache vereinbarten Arbitrage dann gleichzustellen, wenn die Ware zur Hand ist und der Veranstaltung der Arbitrage kein Hindernis entgegensteht.“ . . .