

50. Erfordert § 377 Abs. 5 H.G.B. nur ein auf Täuschung des Käufers gerichtetes und dazu auch geeignetes Verhalten des Verkäufers, aber nicht, daß dadurch auch die Täuschung erreicht, d. h. der Käufer zum Unterlassen rechtzeitiger Prüfung oder rechtzeitiger Mängelanzeige bestimmt worden, sei, so daß es der Anwendung des Abs. 5 nicht entgegensteht, wenn der Käufer lediglich aus Fahrlässigkeit die Untersuchung unterlassen oder die Mängelanzeige verspätet hatte?

II. Zivilsenat. Ur. v. 26. Juni 1903 i. S. H. & Co. (Bekl.) w. G. (Kl.). Rep. II. 4/03.

- I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsfachen.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Obige Frage ist vom Reichsgerichte im ersteren Sinne bejaht worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden,

Gründen:

... „In der Literatur zu § 377 H.G.B. n. F. wird von Staub, H.G.B. 6./7. Aufl. zu § 377 Anm. 131 S. 1374, die Ansicht vertreten, die Anwendung des Abs. 5 des § 377, wonach der Verkäufer, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat, sich auf die vorangegangenen Vorschriften über die Pflicht zur Untersuchung und Mängelrüge nicht berufen könne, setze voraus, daß die Täuschungsabsicht auch erreicht sei; es müsse also der Käufer wirklich in den Glauben ver setzt worden sein, der Verkäufer habe vertragsgemäß geliefert, und er müsse deshalb die rechtzeitige Mängelrüge unterlassen haben; mit anderen Worten: es müsse das arglistige Verschweigen kausal gewesen sein für die unterlassene Untersuchung oder Mängelanzeige. Daraus wird gefolgert, daß, wenn die Untersuchung oder Anzeige nur aus Nachlässigkeit unterlassen wurde, also das in Wirklichkeit vorliegende arglistige Verschweigen für dieses Unterlassen nicht kausal war, Absf. 1—4 des § 377 zur Anwendung kommen, und danach — § 377 Absf. 2 — den Käufer das Präjudiz der Genehmigung treffe. In ähnlichem Sinne sprechen sich auch Lehmann u. Ring, H.G.B. Bd. 2 S. 169 zu § 377 Nr. 74, aus, wenn verlangt wird, es müsse das Unterbleiben der Rüge eine Folge des arglistigen Verschweigens sein, was freilich zu vermuten sei.

Dagegen verlangt Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 39 Nr. 9d, für den Fall, daß der Mangel dem Käufer nicht bekannt war, zur Anwendung des § 377 Absf. 5 und folgeweise zum Ausschlusse der Absf. 1—4 dieses Paragraphen nur, daß der Verkäufer durch Verschweigen des Mangels arglistig eine Täuschung müsse versucht haben; in ähnlichem Sinne führt Makower, H.G.B. 12. Aufl. zu § 377, VI 2 S. 1188, aus, daß ein Unterlassen der Anzeige dem Käufer auch dann nicht entgegenstehe, wenn dieses Unterlassen ohne ursächlichen Zusammenhang sei, da nur zum Schutze des redlichen Verkäufers die Vorschriften des § 377 Absf. 1—4 dienen sollen.

Im gegebenen Falle ist zwar die Untersuchung rechtzeitig erfolgt, die Mängelrüge aber verspätet, und zwar umdeswillen, weil die Beklagte nicht dafür gesorgt hat, daß ihre Abkäuferin sie als bald von dem Ergebnisse der Untersuchung benachrichtige. Darin liegt, wie das

Berufungsgericht ohne Verletzung des Gesetzes annahm, und was auch von der Revisionsklägerin nicht bekämpft wurde, ein von der Beklagten zu vertretendes Verhalten. Wenn daher, wie das Berufungsgericht ohne weitere Prüfung unterstellt, die Bestimmungen der Abff. 1—4 des § 377 zur Anwendung kämen, so wäre die Mängelrüge der Beklagten verspätet und käme daher gegen dieselbe aus dem zweiten Absätze des § 377 das Präjudiz der Genehmigung der Ware zur Geltung. Indessen hatte die Beklagte in den Instanzen behauptet, Kläger habe die von ihr geltend gemachten Mängel arglistig verschwiegen. Das Berufungsgericht übergeht dieses Vorbringen, und die Revisionsklägerin hat diesen Mangel in der Begründung zum Gegenstand eines Angriffs gemacht. Nach den gegebenen Ausführungen war dieses arglistige Verschweigen der Mängel für die Verspätung der Mängelanzeige nicht kausal. Könnte also den Ausführungen bei Staub zugestimmt werden, so wäre die Anwendung des § 377 Abs. 5 durch diesen fehlenden Zusammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Verspätung der Mängelrüge ausgeschlossen, während nach der anderen Meinung dieser fehlende Zusammenhang der Anwendung jener Gesetzesvorschrift nicht entgegenstände. Deshalb ist es notwendig, zu der bezeichneten Streitfrage Stellung zu nehmen; diese war für das seit dem 1. Januar 1900 geltende Recht gegen die Ansicht von Staub zu entscheiden.

Die Bildung des schon vor dem Handelsgesetzbuche in den einzelnen Territorien vielfach anerkannten Gewohnheitsrechtes, welches den Käufer überhaupt oder doch beim Handelskaufe zur Untersuchung der Ware und zur Mängelrüge verpflichtet hatte, war unbedenklich durch deutschrechtliche Anschauungen erheblich gefördert worden; hier kommt insbesondere in Betracht die deutschrechtliche Anschauung über die rechtliche Bedeutung und Tragweite der Annahme der Kaufsache, wonach ein Mangel nicht mehr gerügt werden konnte, wenn nicht der Käufer durch betrügerisches Irrföhren des Verkäufers in bezug auf diesen Mangel zur Annahme bestimmt worden, und war weiterhin bedeutsam die Auffassung, eine solche Annahme liege vor, wenn der Käufer die Ware während durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmter oder angemessener Zeit zur Verfügung hatte und dieselbe nicht wegen des Mangels zur Verfügung stellte. Indem das deutsche Handelsgesetzbuch jenes Gewohnheitsrecht in dem durch Art. 347 geregelten

Umfange aufnahm, traf es in Art. 350 die weitere Vorschrift, daß die Bestimmungen des Art. 347 von dem Verkäufer im Falle eines „Betruges“ nicht geltend gemacht werden können. In der Literatur und Rechtsprechung zu Art. 350 bestand zwar nach einigem Schwanken darüber kein Streit mehr, daß kein strafrechtlicher Betrug verlangt sei. Auch darüber bestand im Laufe der Zeit Einverständnis, daß die aus einigen Digestenstellen für das gemeine Recht abgeleitete Annahme, ein die *actio emti ex dolo* begründendes Verhalten liege schon dann vor, wenn der Verkäufer den Fehler bei dem Kaufabschlusse gekannt und dem Käufer nicht mitgeteilt habe, auf den Fall des Art. 350 nicht schlechthin angewendet werden könne, und daß dort ein auf Täuschung gerichtetes und dazu auch geeignetes Handeln verlangt sei. Dagegen bildete sich kein Einverständnis über die hier streitige Frage. Die strengere Ansicht, es setze die Anwendung des Art. 350 voraus, daß durch den Betrug des Verkäufers der Käufer bestimmt worden sei, die Pflichten aus Art. 347 zu verabsäumen, wurde in der Literatur insbesondere von Buchelt-Förtsch, *H. G. B.* 4. Aufl. zu Art. 350 S. 1013 Nr. 2, und von Staub, *H. G. B.* 1.—5. Aufl. zu Art. 350, vertreten. Für dieselbe hatte sich auch der erkennende Senat in einem Urteile vom 21. September 1897 (*Rep. II.* 147/97, teilweise abgedruckt *Jurist. Wochenschr.* von 1897 S. 549 Nr. 22) ausgesprochen, im wesentlichen auf Grund des Wortlautes, wonach „Betrug“, also vollendetes, nicht bloß versuchter Betrug, verlangt sei.

Indessen vermag der erkennende Senat für die seit dem 1. Januar 1900 in Kraft getretene Gesetzgebung diesen Standpunkt nicht weiter aufrecht zu halten. Indem der 5. Absatz des § 377 *H. G. B.* in der jetzigen Fassung vorschreibt, der Verkäufer könne sich auf die Vorschriften in Absf. 1—4 des gleichen Paragraphen nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen habe, ist zunächst das Wort „Betrug“ durch den Ausdruck „arglistiges Verschweigen“ ersetzt worden, und ist dadurch zugleich der rechtliche Begriff des arglistigen Verschweigens, der für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein juristisch technischer ist, in diese Vorschrift des Handelsgesetzbuches übernommen worden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt das arglistige Verschweigen bei der Lehre vom Kauf in den §§ 443, 460, 463, 476, 477, 478,

480 und 485, ferner bei anderen Rechtsmaterien in den §§ 523. 524 (Schenkung), § 540 (Miete), § 600 (Leihe), §§ 637. 638 (Werkvertrag)- und §§ 2183. 2385 (Gattungsvermächtnis und Erbschafts Kauf). Es versteht darunter ein Verschweigen in der Absicht, den Gegenkontrahenten zu täuschen, also bei dem arglistigen Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer ein Verschweigen des Mangels mit der Absicht, den Käufer zu täuschen. Nach den hier in erster Reihe zu berücksichtigenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches aus der Lehre vom Kaufe kann in bezug auf eine Haftung für Mängel der Kaufsache ein arglistiges Verschweigen eines Mangels zunächst beim Kaufabschlusse in Betracht kommen (§ 460 Satz 2. § 463 Satz 2). In diesem Falle wird dessen Erheblichkeit ausgeschlossen durch Kenntnis des Käufers beim Vertragsabschlusse (§ 460 Satz 1), nicht durch dessen grobe Fahrlässigkeit (§ 460 Satz 2). Im übrigen wird der Irrtum präsumiert; denn darin liegt die Bedeutung der Haftung für ädilizische Mängel, und dadurch allein ist die Kausalität gegeben. Übrigens schließt die Kenntnis des Käufers die rechtliche Erheblichkeit des arglistigen Verschweigens schlechthin aus; dessen Erklärung, den Vertrag abzuschließen, unter Vorbehalt seiner Rechte aus dem Mangel wäre rechtlich bedeutungslos.

Das arglistige Verschweigen des Mangels kann ferner in Betracht kommen bei Erfüllung des Kaufvertrages. Dieses arglistige Verschweigen schöpft seine rechtlich erhebliche Kraft aus der darin enthaltenen und vom Verkäufer nach Vertragsrecht zu vertretenden Vertragsverletzung, nicht aus einer vollendeten Täuschung. Folgeweise hat sogar die Kenntnis des Käufers hier bei der Annahme der Kaufsache nicht die Wirkung, wie in dem soeben besprochenen Falle, daß das arglistige Verschweigen rechtlich unerheblich wird, und daß deshalb die Annahme mit dieser Kenntnis nicht unter dem Vorbehalte der aus der arglistigen Vertragsverletzung etwa entstandenen Rechte erfolgen könnte. Im Gegenteil ist die Annahme unter diesem Vorbehalte zulässig; nur muß dieser, um das Präjudiz der Genehmigung auszuschließen, bei der Annahme erklärt werden. Eine vollendete Täuschung des Käufers und ein Kaufsufammenhang zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Annahme ist sonach für diesen Fall nicht gefordert. Als ein arglistiges Verschweigen in Erfüllung des Vertrages ist beim Gattungskaufe das arglistige

Verschweigen eines Mangels der gelieferten Ware zu beurteilen. Der Käufer, welcher den Mangel bei der Lieferung sieht, kann die gelieferte Ware unter Vorbehalt der Rechte wegen des Mangels annehmen. Die Annahme mit dieser Kenntnis hat hier nicht, wie bei dem Kaufabschlusse, die Unerheblichkeit dieses Vorbehaltes zur Folge. Auch hier hat sonach eine aus der arglistigen Vertragsverletzung etwa abzuleitende Rechtsfolge arglistigen Verschweigens eines Mangels nicht eine vollendete Täuschung des Käufers zur Voraussetzung. Daß die §§ 477 Abs. 1 Satz 2, 478 Abs. 2 und 485 Satz 2 von dem gleichen rechtlichen Begriffe des arglistigen Verschweigens ausgehen, bedarf keiner Ausführung. Soweit daher das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Gewährleistung wegen Mangel der Kaufsache von einem arglistigem Verschweigen eines Mangels handelt, verlangt es nur ein arglistiges Verschweigen durch den Verkäufer mit der Absicht den Käufer zu täuschen. Negative Voraussetzung der rechtlichen Erheblichkeit eines solchen arglistigen Verschweigens bei dem Kaufabschlusse ist, daß der Käufer den Mangel nicht kennt, bei der Erfüllung des Kaufvertrages, daß der Käufer im Falle seiner Kenntnis bei der Annahme sich die etwaigen Rechte aus der arglistigen Vertragsverletzung vorbehält. Kein wesentliches Erfordernis ist, daß der Käufer getäuscht, und daß durch diese Täuschung das Unterlassen einer in Frage stehenden Rechtsschutzhandlung verursacht sei. Auch nach Entdeckung des arglistig verschwiegenen Mangels läuft die dreißigjährige Verjährung für einen Wandelungs- oder Minderungsanspruch; der Verkäufer, der sich eines arglistigen Verschweigens schuldig macht, kann nicht die kurzen Verjährungen des § 477 B.G.B. anrufen. Das ergibt sich unzweideutig aus diesem § 477. Danach ist in den besprochenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches überall der Satz anerkannt, der unter der Herrschaft des Art. 350 H.G.B. a. F. den Ausgangspunkt für die mildere Ansicht abgab, daß ein auf Täuschung in bezug auf einen Mangel gerichtetes und dazu geeignetes Handeln des Verkäufers zureiche, und daß eine wirklich erfolgte Täuschung nicht nötig sei. In § 377 Abs. 5 H.G.B. wird aber nichts weiteres verlangt, als daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat; auch im übrigen fehlt ein zureichender Anhalt dafür, daß an dieser Stelle dem Begriffe des arglistigen Verschweigens eines Mangels der Kaufsache eine von dem Bürgerlichen Gesetzbuche abweichende Bedeutung bei-

gelegt sei. Deshalb ist der Auslegung beizutreten, es sei in § 377 Abs. 5 mit dem arglistigen Verschweigen des Mangels nur ein auf Täuschung des Käufers gerichtetes und dazu geeignetes Handeln des Verkäufers verlangt und nicht weiter erfordert, daß durch Täuschung des Käufers dieser bestimmt wurde, die Erfüllung der in § 377 Abff. 1—4 geregelten Pflicht zu verabsäumen.

Allerdings sind bei Entscheidung der hier streitigen Frage die vielleicht nicht ganz unbedenklichen praktischen Folgen zu berücksichtigen, welche die hier gebilligte Gesetzesauslegung nach sich ziehen kann; denn es liegt nahe, daß im Prozesse bei Fällen verspäteter oder unterlassener Mängelanzeige gegen das Präjudiz der Genehmigung nach § 377 Abs. 2 die Behauptung arglistigen Verschweigens des Fehlers durch den Verkäufer weit häufiger aufgestellt werden wird, und daß bei der hier vertretenen Auffassung der Zweck der handelsrechtlichen Bestimmungen über die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers, eine klare und sichere Rechtslage zu schaffen, in vielen Fällen erschwert werden kann; ein Bedenken, das bereits in dem Urteile des Reichsoberhandelsgerichts, *Entsch. des. Bd. 2 S. 193*, prägnanten Ausdruck gefunden hat. Zwar kann wohl eine zielbewusste Rechtsprechung die Voraussetzungen des „arglistigen Verschweigens“ in einer Weise näher bestimmen, daß den größten Mißbräuchen von vornherein vorgebeugt ist. Völlig lassen sich jedoch dadurch die als drohend bezeichneten Übelstände nicht beseitigen, und es könnte im Hinblick auf diese Gefahren auch vom Standpunkte des legitimen Handelsverkehrs aus der Zweifel aufgeworfen werden, ob nicht dem Satze, daß bei einem Zusammentreffen von Fahrlässigkeit des Käufers, bestehend in dem Unterlassen rechtzeitiger Mängelanzeige, und einem hierfür nicht kausalen arglistigen Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer der Käufer entschieden mehr Anspruch auf den Schutz des Gesetzes habe als der arglistige Verkäufer, eine Regelung vorzuziehen wäre, die allerdings unter Umständen mit einiger Härte — eine klare und sichere Rechtslage schafft, daß nämlich die Folge der Fahrlässigkeit des Käufers, bestehend in dem Unterlassen rechtzeitiger Mängelrüge, nur durch ein für dieses Unterlassen kausales arglistiges Verschweigen ausgeschlossen werde. Indessen gestattet das gegebene Gesetz, wie oben dargelegt, nicht, diesen Bedenken Rechnung zu tragen, und ist für § 377 H.G.B. der Rechtsgrundsatz aufzustellen: im Falle

arglistigen Verschweigen eines Mangels der Kaufsache durch den Verkäufer tritt bezüglich dieses Mangels überhaupt die Anzeigepflicht aus § 377 Absf. 1—4 nicht ein; deshalb ist es nicht notwendig, daß durch das arglistige Verschweigen des Mangels der Käufer zum Unterlassen rechtzeitiger Prüfung oder rechtzeitiger Anzeige bestimmt worden ist.

Die Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes muß zur Aufhebung des auf dem Präjudize der Genehmigung aus § 377 Absf. 2 beruhenden Urteiles führen; denn danach hatte das Berufungsgericht die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe die von ihr geltend gemachten Mängel arglistig verschwiegen, zu prüfen, die, wenn sie richtig wäre, die Anwendung des § 377 Absf. 2 auch dann ausschließen würde, wenn, wie hier, zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Verspätung der Mängelanzeige kein Zusammenhang besteht.“ . . .