

54. Unter welchen Voraussetzungen vertritt ein Ausfallmuster die bereits hergestellte und noch herzustellende Ware rüchftlich der dem Käufer nach § 377 S.G.B. obliegenden Pflichten?

II. Zivilsenat. Ur. v. 24. April 1906 i. S. G. (Bekl.) w. B. (Kl.).  
Rep. II. 419/05.

I. Landgericht Freiburg.

II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Aus den Gründen:

... „Der Kläger hatte dem Beklagten gleichzeitig mit Schreiben vom 4. September 1899 je 30 Stück von jeder der 28 verschiedenen Ansichtspostkarten, die als Ganzes die II. Serie ausmachten, übersendet. In diesem Schreiben war um Mitteilung ersucht, „ob Kläger die II. Serie schneiden und dem Beklagten zusenden könne“, sowie bemerkt, daß „er, um nicht die gleichen Schwierigkeiten, wie bei der I. Serie, zu haben, vorerst nur 1000 Bogen gedruckt habe, so daß er in der Lage sei, eventuelle Wünsche, soweit es ihm möglich sei, beim

Rest der Auflage noch zu berücksichtigen.“ . . . Durch Brief vom 11. Oktober verweigerte der Beklagte die Annahme, da der Auflagedruck nicht vertragsgemäß sei und an näher bezeichneten Mängeln leide. Der Beklagte widersprach durch Brief vom 12. Oktober dieser Dispositionsstellung.

Wieviele Postkarten am 4. September 1899 bereits gedruckt waren, und wieviele gedruckt waren am 11. Oktober 1899 beim Eintreffen der Mängelrüge, ist nicht festgestellt. Nicht bestritten ist, daß die II. Serie in der bestellten Menge bei Erhebung der Klage hergestellt war, und daß der durch die Klage verlangte Kaufpreis den Preisvereinbarungen entspricht.

Das Berufungsgericht erörtert zunächst, ob den Beklagten an sich das Präjudiz der Genehmigung aus Art. 347 Abs. 2 H.G.B. a. F., der mit § 377 Abs. 2 H.G.B. n. F. übereinstimmt, treffen würde, wenn und soweit überhaupt die Bestimmungen des § 377 H.G.B. angewendet werden könnten. Es gelangt zu dem Ergebnisse, dieses Präjudiz würde den Beklagten treffen. Dieser Teil der Entscheidung gibt (wie näher ausgeführt wird) zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß.

Die Vorschriften des § 377 H.G.B. regeln nur die Untersuchungs- und Rügepflicht in bezug auf die abgelieferte Ware. Als abgeliefert können im gegebenen Falle nur gelten die mit Brief vom 4. September 1899 übersendeten Postkarten; denn der Beklagte hat die Annahme der ihm weiter zugesendeten Postkarten verweigert; sie lagern auf Verfügung des Klägers bei einem Spediteur in Fr. Sie sind dem Beklagten nicht abgeliefert.

Das Berufungsgericht übersieht dies nicht. Es nimmt indessen an, das Präjudiz der Genehmigung treffe den Beklagten in bezug auf den ganzen Auflagedruck der II. Serie, ohne daß es darauf ankomme, was am 4. September abgeliefert wurde, oder was am 4. September bereits gedruckt war, und was etwa in der Zwischenzeit vom 4. September bis zum 11. Oktober, oder endlich nach dem 11. Oktober gedruckt worden sei. Zu diesem Ergebnisse gelangt es auf Grund der Annahme, die mit Brief vom 4. September übersendeten Probedrucke seien Ausfallmuster im juristisch-technischen Sinne gewesen, welche hinsichtlich der dem Beklagten nach § 377 obliegenden Pflichten die bereits hergestellte und die noch herzustellende Ware vertraten. Danach treffe den Beklagten das Präjudiz der

Genehmigung aus § 377 Abs. 2 für alle Postkarten der II. Serie, soweit sie den mitgeteilten Ausfallmustern entsprechen. Daß die übrigen gedruckten Postkarten den Ausfallmustern entsprechen, sei nicht in Frage gestellt.

Unter Ausfallmuster oder Ausfallprobe wird verstanden einmal ein Teil einer bestimmten Ware, der aus der Ware entnommen wird, damit man daraus die Beschaffenheit der Ware erkenne. Das ist die eine Bedeutung. Bei einer zu liefernden, aber erst herzustellenden Ware, zu der nach Art ihrer Herstellung jedes auch künftig herzustellende Stück mit einem bereits hergestellten Stücke übereinstimmen wird, ist Ausfallmuster ein hergestellter Teil der Ware, aus dem die Beschaffenheit auch der künftig herzustellenden Ware erkannt werden kann. Das ist die zweite Bedeutung. Ausfallmuster oder Ausfallproben dienen im Handel den verschiedensten Zwecken. Ausfallmuster im juristisch-technischen Sinne ist ein Ausfallmuster, das rücksichtlich der dem Käufer nach § 377 obliegenden Pflichten die Ware vertritt, in bezug auf das also den Käufer die dort geregelte Untersuchungs- und Rügepflicht mit dem Präjudize trifft, daß, wenn er dies unterläßt, die Ware, deren Repräsentant das Ausfallmuster ist, als genehmigt gilt. Die bloße Tatsache des Zusendens und Annehmens eines Ausfallmusters reicht nicht zu, um die dargelegten qualifizierten Wirkungen, daß das Ausfallmuster für die nach § 377 dem Käufer obliegenden Pflichten die Ware vertritt, zu begründen. Das muß ausdrücklich vereinbart sein oder als stillschweigend vereinbart gelten. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung kann einem Bedenken nicht unterliegen, da § 377 insoweit dispositives Recht enthält.

Zur Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung ist nötig, einmal daß der Verkäufer das Ausfallmuster mit der Absicht dem Käufer übersendet, es solle die Ware vor ihrer — der Ware — Ablieferung für die nach § 377 dem Käufer obliegenden Pflichten vertreten, sodann daß besondere Umstände vorliegen, aus denen sich für den Käufer die Verpflichtung ergibt, das Ausfallmuster als Vertreter der noch nicht abgelieferten Ware für seine Untersuchungs- und Rügepflicht zu behandeln. Solche besonderen Umstände liegen vor, wenn ein derartiges Verfahren nach dem Geschäftsverkehr unter den Parteien üblich ist, oder wenn ein entsprechender Handelsgebrauch besteht, oder

endlich wenn nach Treu und Glauben eine solche Verpflichtung zur Untersuchung anzunehmen ist. Nach Auffassung des Handelsverkehrs liegt das Letztere vor, wenn Ablieferung und Abnahme der Ware an einem weit entlegenen überseeischen Plage erfolgen soll, oder wenn der Käufer durch die unterlassene Rüge bestimmt würde, mit der begonnenen Anfertigung fortzufahren. Endlich wird hierher noch der Fall gerechnet, daß der Verkäufer die Ware, aus der die Probe entnommen ist, zur Erfüllung des Vertrages erst anschaffen soll, und dies dem Käufer bekannt ist. Das Präjudiz geht, wenn das Ausfallmuster aus der Ware entnommen ist, dahin, daß die Ware, aus der es genommen ist, soweit sie mit ihm übereinstimmt, im Umfange des § 377 Abs. 2 als genehmigt gilt; und wenn es der Ausfall einer erst herzustellenden Ware ist, dahin, daß die hergestellte Ware, soweit sie mit dem Ausfallmuster übereinstimmt, für Erfüllung des Lieferungsvertrages in obigem Umfange als genehmigt gilt.

Zwei Streitfragen bestehen noch in dieser Materie. Zunächst wird die Meinung vertreten, der Käufer dürfe das unter solchen besonderen Umständen ihm abgelieferte Ausfallmuster zurücksenden, seine dargelegten Pflichten aus § 377 seien daher noch davon abhängig, daß er das Ausfallmuster vorbehaltlos angenommen habe. Erst durch diese stillschweigende Genehmigung werde für ihn die Verpflichtung begründet, das Ausfallmuster rücksichtlich der Pflichten nach § 377 als Vertreter der Ware zu behandeln.

Weiter neigt die Auffassung des Handels mehr dazu, eine Untersuchungspflicht des Käufers mit den dargelegten Wirkungen nur anzunehmen, wenn die oben aufgezählten besonderen Voraussetzungen vorliegen; im übrigen legt sie der Übersendung und Annahme eines Ausfallmusters nur die Bedeutung bei, daß der Käufer das Recht habe, die Ware auf Grund des Ausfallmusters zu beurteilen, und sich auf den Beweis beschränken dürfe, um seine Annahmeweigerung der Ware zu rechtfertigen, das ihm übersendete Ausfallmuster stelle keine vertragmäßige Ware dar, unbeschadet des dem Verkäufer obliegenden Gegenbeweises, daß die Ware selbst von besserer Beschaffenheit als das Ausfallmuster sei und dem Vertrage genüge.

Vgl. Entsch. des R. G. 's in Zivilf. Bd. 47 S. 133/134.

In der handelsrechtlichen Literatur und in einigen gerichtlichen Ent-

scheidungen<sup>1</sup> besteht dagegen für den Fall, wenn das Ausfallmuster ohne Vorbehalt angenommen wurde, eine ausgesprochene Neigung, grundsätzlich anzunehmen, daß das Ausfallmuster die Ware für die Untersuchungs- und Rügepflicht verrete. Zu diesen beiden Streitfragen braucht indessen, wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben, nicht Stellung genommen zu werden.

Nach der gegebenen Sachlage handelt es sich um ein Ausfallmuster, das rückfichtlich der angeblich am 4. September 1899 bereits hergestellten 1000 — nach späterer Darstellung 3000 — Bogen aus der zu liefernden Ware entnommen war, und das ferner Ausfallprobe der noch herzustellenden Ware sein sollte. Das Berufungsgericht erachtet als erwiesen, daß der Kläger, der Verkäufer, das Ausfallmuster mit der Absicht dem Beklagten — dem Käufer — übersendete, dasselbe solle die Ware, d. i. die zu liefernden Ansichtspostkarten der II. Serie, für die dem Käufer nach § 377 obliegende Untersuchungs- und Rügepflicht vertreten, daß auch der Beklagte — der Käufer — die Sache so aufgefaßt habe, er solle die übersendeten Karten prüfen und auf Grund dieser Prüfung sich äußern, welche Beanstandungen er gegen die übersendeten Karten erhebe, damit dies bei der Herstellung des Restes berücksichtigt werden könne. Endlich nimmt es an, daß es sich um Ausfallmuster einer zum Teil erst herzustellenden Ware handle, bei der im Hinblick auf die Art ihrer Herstellung auch die künftig herzustellenden Stücke mit dem Ausfallmuster übereinstimmen, und bei welcher der Verkäufer durch das Unterlassen der Rüge bestimmt werde, mit der begonnenen Anfertigung fortzufahren. Von dieser Grundlage aus konnte das Berufungsgericht nach den dargelegten rechtlichen Grundsätzen rechtlich einwandfrei zu dem Ergebnisse kommen, dem Beklagten habe die Verpflichtung zur Untersuchung und Mängelrüge nach § 377 mit der Wirkung obgelegen, daß durch Versäumen dieser Pflichten die dem Ausfallmuster entsprechende — bereits hergestellte oder noch herzustellende — Ware als genehmigt gelte.“ . . .

<sup>1</sup> Vgl. Staub, H.G.B. (6./7. Aufl.) § 377 Anm. 80 S. 1355/56; Düringer-Sachenburg, H.G.B. Anm. 8 S. 279/80; vorsichtiger Hanauerd, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware Anm. 2 S. 74/75; v. Sahn, H.G.B. 2. Aufl. Art. 347 § 22; R.G. I. 16. März 1889 (Jurist. Wochenchr. 1889 S. 173 Nr. 21, Folge, Bd. 7 Nr. 585). D. C.