

15. Zur Anwendung des § 377 S.G.B. auf das Recht des Käufers, bei einem Satzesslieferungsgeschäfte wegen mangelhafter Lieferungen vom Vertrage zurückzutreten.

Muß insbesondere bezüglich jeder einzelnen mangelhaften Lieferung, durch welche ein solches Rücktrittsrecht des Käufers gerechtfertigt

Entsch. in Bibl. R. 8. 15 (65).

werden soll, schon zur Zeit der von ihm abgegebenen Rücktrittserklärung eine den Vorschriften des § 377 H.G.B. entsprechende Mängelanzeige vorliegen, oder genügt es, wenn zur Zeit dieser Erklärung die mangelhafte Lieferung bereits erfolgt war, und bezüglich ihrer vor Ablauf der in § 377 a. a. O. bestimmten Frist, wenn auch erst nach der Rücktrittserklärung, eine diesen Vorschriften entsprechende Mängelanzeige erstattet wird?

II. Zivilsenat. Ur. v. 2. Januar 1907 i. S. F. (Bekl.) w. N. P. B. M. (Rl.). Rep. II. 267/06.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die Beklagte hatte sich durch Vertrag der Klägerin gegenüber verpflichtet, von ihr im Laufe des Jahres 1904 im ganzen 90 Doppeladungen Zement käuflich abzunehmen. Nachdem die Klägerin der Beklagten 35 $\frac{1}{2}$  Doppeladungen geliefert hatte, erklärte diese durch Schreiben vom 18. September 1904 der Klägerin, daß ihre beiderseitige Geschäftsverbindung aufgehoben sei, da die Klägerin ihrer Verpflichtung, Primaware zu liefern, nicht nachgekommen sei. Da die Beklagte von da an keinen Zement mehr von der Klägerin bezog, so beanspruchte diese von ihr mittels Klage Schadenersatz wegen dieser Abnahmeverweigerung. Die Beklagte bestritt den Anspruch, indem sie geltend machte: die Klägerin habe ihr nicht, wie bedungen, Prima-Portland-Zement, sondern wiederholt minderwertigen Zement, der nicht abgebunden habe, geliefert. Sie, die Beklagte, habe auf die von ihren Abnehmern hierüber geführten Klagen diese Mängel der Klägerin rechtzeitig angezeigt. Da diese ihr aber am 13. September 1904 erklärt habe, sie könne andern Zement nicht liefern, so habe sie, die Beklagte, mit Recht die Abnahme weiteren Zements verweigert. Die Klägerin erwiderte hierauf: sie habe stets der Beklagten vertragsmäßige Ware geliefert. Bezüglich der angeblich mangelhaften Lieferungen lägen keine dem Gesetze entsprechenden Mängelanzeigen vor.

Der Schadenersatzanspruch der Klägerin wurde in beiden Instanzen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die vom Beklagten eingelegte Revision wurde das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben, aus folgenden

## Gründen:

„Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen folgendermaßen begründet. Durch das Schreiben vom 18. September 1904 sei die Beklagte nicht nur in Ansehung der noch ausstehenden 54 $\frac{1}{2}$  Doppelladungen in Annahmeverzug gekommen, sondern sie habe sich der Klägerin gegenüber vollständig vom Vertrage losgesagt. Angesichts dieser entschiedenen Erfüllungsweigerung der Beklagten habe es für die Klägerin, um deren Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Entstehung zu bringen, nicht erst noch der nach § 326 B.G.B. erforderlichen Bestimmung einer Nachfrist bedurft. Vielmehr sei auf Grund des SichLoslagens der Beklagten vom Vertrage die Klägerin ohne weiteres zum Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechtigt, sofern nicht die Beklagte nachweise, daß ihr Rücktritt vom Vertrage aus besonderen Gründen gerechtfertigt gewesen sei. Dieser Nachweis sei der Beklagten nicht gelungen. Sie sei nicht schon lediglich infolge der von ihr behaupteten Mangelhaftigkeit früherer Zementlieferungen der Klägerin und ganz unabhängig davon, ob sie seiner Zeit die Mängel dieser einzelnen Lieferungen rechtzeitig gerügt habe, zum Rücktritt berechtigt gewesen. Zwar sei dann, wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um ein Sulzessivlieferungs-geschäft handele, und wenn bei diesem Geschäft andauernd derart mangelhaft geliefert werde, daß die Annahme gerechtfertigt sei, es werde auch in Zukunft nicht anders geliefert werden, der Käufer im allgemeinen berechtigt, für die noch ausstehenden Lieferungen vom Vertrage zurückzutreten. Für das hier vorliegende Verhältnis zwischen Kaufleuten untereinander gelte aber daneben die Bestimmung des § 377 H.G.B., wonach die mangelhafte Ware als genehmigt gelte, wenn nicht der Käufer den erkennbaren Mangel rechtzeitig gerügt habe. Die Genehmigung werde vom Gesetze nicht bloß präsumiert, sondern fingiert. Ein Gegenbeweis dahin, daß trotz Unterbleibens einer rechtzeitigen Rüge die Ware nicht genehmigt sei, finde nicht statt. Die Genehmigung der Ware beseitige aber natürlich jeden aus der Mangelhaftigkeit der Ware herzuleitenden Anspruch, mithin auch das Recht des Käufers, wegen Fehlerhaftigkeit der bisherigen Lieferungen von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, soweit dessen Erfüllung noch ausstehe. Auch dieses Rücktrittsrecht des Käufers sei also bedingt durch eine rechtzeitige Mängelrüge hin-

sichtlich der früheren Lieferungen. Es folge auch ohne weiteres schon aus der Natur der Sache, daß der Käufer, der hinsichtlich der einzelnen Lieferung ein Recht zur Wandlung und zum Rücktritt nur im Falle rechtzeitiger Mängelrüge habe, diese Rüge um so mehr dann vornehmen müsse, wenn er wegen Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen vom ganzen Vertrage für die Zukunft zurücktreten wolle; es wäre widersinnig, die Rüge in jenem Falle zu fordern, im letzteren Falle nicht. Hiernach komme es allerdings darauf an, ob die Beklagte zur Zeit ihrer Rücktrittserklärung vom 18. September 1904 die angeblichen Mängel der vorausgegangenen Zementlieferungen der Klägerin gegenüber rechtzeitig und ordnungsmäßig gerügt gehabt habe. Etwaige spätere, nach dem 18. September 1904 liegende Rügen bezüglich früherer Zementlieferungen könnten ihrem bereits am 18. September 1904 erklärten Rücktritt natürlich nicht zur Stütze dienen. Schon aus dem letzteren Grunde schieben daher aus die im August 1904 an Sp. und die am 8. September 1904 an B. & F. erfolgten Lieferungen, weil jene erst im Dezember 1904, diese erst im Oktober 1904 gerügt worden sei. Hinsichtlich der andern angeblich mangelhaften Lieferungen sei die Mängelrüge, die mindestens innerhalb fünf, höchstens sechs Wochen von der Lieferung ab hätte erfolgen müssen, teils verspätet, teils inhaltlich ungenügend (was näher ausgeführt wird). Für den Rücktritt der Beklagten habe es hiernach an einem rechtfertigenden Grunde gefehlt. Der mit der Klage geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei daher mit Recht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden.

Die Revisionsklägerin hat in diesen Ausführungen zunächst im allgemeinen eine Verletzung der §§ 326 B.G.B. und 377 H.G.B. erblickt und diese Rüge folgendermaßen begründet. Mit dem Rechtszuge, daß der Rücktritt nur dann erfolgen könne, wenn die Fehlerhaftigkeit der bisherigen Lieferungen rechtzeitig gerügt worden sei, werde das Berufungsgericht dem Gedanken nicht gerecht, daß positive Vertragsverletzungen zu einem Rücktritt des Käufers für die Zukunft führen könnten. Es könne dem Käufer nicht verwehrt werden, mangelhafte Lieferungen trotz ihrer Mangelhaftigkeit anzunehmen und zu bezahlen, alsdann aber wegen ihrer Mangelhaftigkeit für die Zukunft vom Vertrage zurückzutreten. Durch die Unterlassung der Mängel-

rüge gelte zwar die mangelhafte Ware als genehmigt. Dies geschehe aber nur unter der Annahme einer in dem Unterlassen der Mängelrüge zu erblickenden Willenserklärung. Die Tatsache der Mangelhaftigkeit der Ware werde durch diese Willenserklärung, die keineswegs dahin gehe, daß die Ware keine Mängel habe, nicht berührt. Der Käufer müsse berechtigt sein, zurückzutreten, nachdem ihm eine Reihe von Einzellieferungen, möge er dieselben auch nicht einzeln beanstandet haben, die Überzeugung verschafft habe, daß der Verkäufer nicht gesonnen sei, vertragsmäßig zu liefern.

Diese Ausführungen, die sich hauptsächlich gegen die vom Berufungsgericht angenommene Anwendbarkeit des § 377 Abs. 2 H.G.B. im gegebenen Falle richten, erscheinen nicht als zutreffend. Der von der Beklagten durch Schreiben vom 18. September 1904 wegen der seitherigen mangelhaften Zementlieferungen der Klägerin erklärte Rücktritt von dem Sulzessivlieferungsvertrage, soweit dieser damals noch nicht erfüllt war, enthielt nämlich die Geltendmachung eines Anspruchs, welcher der Beklagten aus der mangelhaften Beschaffenheit der seitherigen Lieferungen angeblich erwachsen war. Einen solchen Anspruch kann die Beklagte, da der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft war, nach § 377 Abs. 2 a. a. O. durch die Mängel der von ihr als vertragswidrig bezeichneten einzelnen Lieferungen nur unter der Voraussetzung rechtfertigen, daß sie diese Mängel bezüglich jeder dieser Lieferungen in einer den Vorschriften des § 377 Abs. 1 entsprechenden Weise, namentlich rechtzeitig, der Klägerin angezeigt hat, da andernfalls die nicht beanstandeten Lieferungen als genehmigt zu gelten haben (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 3 S. 101). Denn aus der allgemeinen Fassung und dem Zwecke des § 377, wodurch der Verkäufer gegen verspätete Beanstandungen der von ihm gelieferten Waren geschützt werden soll, ergibt sich, daß die im Falle der nicht rechtzeitigen Erstattung einer Mängelrüge kraft Gesetzes anzunehmende Genehmigung der Ware jedem aus der nicht gesetzmäßigen oder nicht vertragsmäßigen Beschaffenheit derselben hergeleiteten Anspruch entgegensteht, wie dies bereits der I. Zivilsenat des Reichsgerichts in dem Urteile vom 18. Dezember 1889 (Entsch. in Zivilf. Bd. 25 S. 28) bezüglich des in dem fraglichen Punkte mit § 377 H.G.B. n. F. übereinstimmenden Art. 347 H.G.B. a. F. ausgesprochen hat. Bei einem Sulzessivlieferungsvertrage wird daher durch die

Vorschrift des § 377 das in dem Urteile des erkennenden Senats vom 23. Februar 1904 (Entsch. in Zivils. Bd. 57 S. 115) anerkannte Recht des Käufers, unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen wegen mangelhafter Lieferungen des Verkäufers und der darin liegenden positiven Vertragsverletzungen vom Vertrage zurückzutreten, insoweit eingeschränkt, als dieses Recht auf solche Lieferungen nicht gestützt werden kann, die nach § 377 als genehmigt zu gelten haben. Es ist auch nicht richtig, daß nach § 377 die mangelhafte Ware unter der Annahme einer in dem Unterlassen der Mängelanzeige zu erblickenden Willenserklärung als genehmigt gelte; denn das Präjudiz der Genehmigung tritt, wie schon der Wortlaut des § 377 ergibt, als gesetzliche Fiktion ohne Rücksicht auf den Parteiwillen in Kraft, weshalb auch ein Gegenbeweis, daß der Käufer nicht habe genehmigen wollen, unzulässig ist. Obgleich ferner bei Versäumung der rechtzeitigen Mängelanzeige dennoch die Tatsache der Mangelhaftigkeit der Ware vorliegen kann, so darf doch der Käufer wegen des erwähnten Präjudizes daraus keinerlei Rechte für sich herleiten, namentlich nicht das hier in Rede stehende Rücktrittsrecht. Allerdings steht es dem Käufer frei, vertragswidrige Lieferungen trotz ihrer Mangelhaftigkeit anzunehmen und zu bezahlen, alsdann aber wegen der Mangelhaftigkeit derselben von dem Vertrage für die Zukunft zurückzutreten. Aber ein solches Rücktrittsrecht kann nicht auf die Mängel von Lieferungen gegründet werden, die wegen unterlassener oder verspäteter Mängelrüge als genehmigt gelten. Wenn bezüglich einer Lieferung eine rechtzeitige Mängelrüge vorliegt — die ja auch vorsorglich im Hinblick auf die Möglichkeit erstattet werden kann, daß der Käufer später vielleicht erst durch weitere vertragswidrige Lieferungen zum Rücktritte vom Vertrage bestimmt werden könnte —, so kann auch in der Regel in der Annahme und Bezahlung der Lieferung eine Genehmigung derselben durch den Käufer wenigstens insoweit nicht gefunden werden, als dessen Rücktrittsrecht in Frage steht (vgl. das angef. Urteil vom 23. Februar 1904 und das darin erwähnte weitere Urteil des erkennenden Senats vom 14. Mai 1901, Rep. II. 67/01). Endlich ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, dann, wenn das Rücktrittsrecht des Käufers auf rechtzeitig gerügte mangelhafte Lieferungen gestützt werden kann, unter Umständen auch die Mangelhaftigkeit anderer Lieferungen,

deren Mängel als genehmigt gelten, ebenfalls zur Begründung der Annahme zu verwerten; daß künftig vertragsmäßige Lieferungen überhaupt nicht zu erwarten seien, was ja eine Voraussetzung für das fragliche Rücktrittsrecht ist (vgl. die angef. Entsch. Bd. 57 S. 115). Hiernach kann auch die Rücksicht auf das von der Revisionsklägerin betonte Interesse des Käufers nicht zu einer andern Auffassung der Vorschriften des § 377 a. a. D. in ihrer Anwendung auf das hier in Rede stehende Rücktrittsrecht führen.

Die obigen Ausführungen des Berufungsgerichts über die Bedeutung dieser Vorschriften sind daher, abgesehen von dem zur zweiten Revisionsbeschwerde zu erörternden Punkte, rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Revisionsklägerin hat nämlich insbesondere folgende Erwägungen des Berufungsgerichts, es komme darauf an, ob sie zur Zeit ihrer Rücktrittserklärung vom 18. September 1904 die angeblichen Mängel der vorausgegangenen Zementlieferungen rechtzeitig und ordnungsmäßig gerügt gehabt habe, etwaige spätere Rügen bezüglich früherer Lieferungen könnten ihrem am 18. September 1904 erklärten Rücktritt natürlich nicht zur Stütze dienen, als rechtsirrtümlich und ungenügend begründet bezeichnet und dabei namentlich darauf hingewiesen, daß zur Zeit dieser Rücktrittserklärung eine Genehmigung derjenigen Lieferungen nicht vorgelegen habe, bezüglich deren die Frist für die Mängelanzeige damals noch nicht abgelaufen gewesen sei. Diese Beschwerde ist begründet.

Das Berufungsgericht hat nämlich bei diesen Ausführungen dem Zeitpunkte der Mängelanzeige nicht nur für die Frage Bedeutung beigelegt, ob die Beklagte bezüglich der angeblich mangelhaften früheren Lieferungen den Vorschriften des § 377 H.G.B. Genüge geleistet habe, und somit diese Vorschriften nicht der Geltendmachung des fraglichen Rücktrittsrechts auf Grund dieser Lieferungen entgegenständen — was nach vorstehender Erörterung rechtlich nicht zu beanstanden ist —, sondern es hat auch angenommen, daß Lieferungen der Klägerin, die schon vor der Rücktrittserklärung der Beklagten gemacht worden, damals aber von ihr noch nicht als mangelhaft beanstandet gewesen seien, selbst dann nicht zur Rechtfertigung dieses Rücktritts dienen könnten, wenn sie wirklich mangelhaft gewesen, und deren Mängel noch nachträglich innerhalb der durch § 377 H.G.B.

bestimmten Frist gerügt worden sein sollten. Hierin liegt eine Überspannung der Bedeutung der letzteren Vorschrift bei ihrer Anwendung auf Sulzessivlieferungsverträge. Zwar kann, wie bereits oben ausgeführt ist, die Rücktrittserklärung des Käufers von einem solchen Vertrage nicht durch solche Lieferungen gerechtfertigt werden, deren angebliche Mängel überhaupt nicht in einer den Vorschriften des § 377 entsprechenden Weise, also namentlich nicht rechtzeitig, gerügt worden sind. Hieraus ist aber nicht zu folgern, daß bezüglich jeder einzelnen mangelhaften Lieferung, durch welche eine Rücktrittserklärung gerechtfertigt werden soll, schon zur Zeit dieser Erklärung eine den Vorschriften des § 377 entsprechende Mängelanzeige vorgelegen haben müsse, widrigenfalls die betreffende Lieferung überhaupt nicht für die Frage des Rücktritts in Betracht kommen könne. Vielmehr genügt es in dieser Hinsicht, wenn zur Zeit der Rücktrittserklärung die betreffende mangelhafte Lieferung bereits erfolgt war, und bezüglich ihrer vor Ablauf der in § 377 a. a. O. bestimmten Frist, wenn auch erst nach der Rücktrittserklärung, eine dieser Vorschrift entsprechende Mängelanzeige nicht unterlassen wird. Das hier in Rede stehende Rücktrittsrecht des Käufers bei Sulzessivlieferungsgeschäften wird nämlich, wie in dem Urteile Bd. 57 S. 115 näher dargelegt ist, lediglich als Folge einer positiven Vertragsverletzung gewährt. Sobald daher der Verkäufer durch mangelhafte Lieferungen die ihm obliegenden Vertragspflichten in solcher Weise verletzt hat, daß dadurch die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird, ist sofort das sich aus dieser Vertragsverletzung allein oder in Verbindung mit andern Vertragsverletzungen ergebende Rücktrittsrecht des Käufers an sich begründet, ohne daß es hierfür einer weiteren Rechtsbehandlung des letzteren bedürfte. Deshalb kann dieses Recht auch sofort durch eine dem Verkäufer gegenüber abzugebende Erklärung des Rücktritts ausgeübt werden. Falls dann der Verkäufer die Berechtigung dieses Rücktritts bestreitet, so ist die Frage, ob bezüglich derjenigen Lieferungen, welche die Rücktrittserklärung des Käufers rechtfertigen sollen, eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Mängelanzeige vorliegt, im Rechtsstreit auszutragen. Wenigstens ist aus der rechtlichen Natur und dem Inhalte der Rücktrittserklärung kein Grund gegen die Zulässigkeit einer solchen nachträglichen Rechtfertigung herzuweisen, ebenso nicht aus dem Inhalte und dem Zwecke der Vor-

schriften des § 377; denn durch diese nur für Käufe, die Handelsgeschäfte sind, im Interesse des Verkäufers erlassenen Spezialvorschriften des Handelsgesetzbuchs sollte nicht so tief in die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegriffen werden, daß eine mangelhafte Lieferung, die nach diesen Grundsätzen ohne weiteres sich als eine Vertragsverletzung darstellt, gemäß § 377 als solche erst von dem Zeitpunkte an anzusehen wäre, in dem bezüglich ihrer die vorgeschriebene Mängelanzeige erstattet ist. Überdies tritt nach Abs. 2 dieses Paragraphen das Präjudiz der Genehmigung erst nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ein, innerhalb deren die Mängelanzeige hätte erstattet werden können. Bis dahin besteht die Befugnis des Käufers, seine Rechte aus einer mangelhaften Lieferung geltend zu machen, wenn auch mit dem fruchtlosen Ablaufe dieser Frist die Unwirksamkeit einer solchen Rechtsausübung wegen nicht erfolgter Mängelrüge eintreten kann.

Hiernach hat das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob die Rücktrittserklärung der Beklagten berechtigt war, mit Unrecht die vorher erfolgten, aber erst nachher gerügten zwei Zementlieferungen vom August 1904 und vom 8. September 1904 aus dem Grunde als nicht zur Rechtfertigung dieses Rücktritts geeignet erklärt, weil die angeblichen Mängel derselben damals noch nicht gerügt gewesen seien.“ . . .