

65. 1. Trifft beim Kauf einer individuell bestimmten Sache mit Zusicherung einer Eigenschaft den Verkäufer oder den Käufer die Beweislast, wenn der Käufer gegen die Kaufpreisklage einwendet, die von ihm noch nicht als Erfüllung angenommene Kaufsache habe die zugesicherte Eigenschaft nicht?

2. Voraussetzungen der „Annahme als Erfüllung“ nach § 363 B.G.B.

II. Zivilsenat. Ur. v. 2. Juli 1907 i. S. L. (Bekl. u. Widerkl.) w. B. (kl. u. Widerbekl.). Rep. II. 126/07.

I. Landgericht Hagen i. B.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Klägerin verkaufte im November 1900 der Beklagten einen gebrauchten Gasmotor, Dessauer Fabrikat von 1893 oder 1894, zum Preise von 2600 M.; sie leistete die Garantie für den Gasverbrauch, die von der Deutzer Fabrik für gleichartige Fabrikate in den Jahren 1893 und 1894 geleistet worden war. Der Kaufpreis war zur Hälfte zahlbar bei Empfang, zur anderen Hälfte nach Inbetriebsetzung. Die Beklagte, welche die erste Hälfte gezahlt hatte, weigerte Zahlung der zweiten Hälfte und beantragte, die Klage auf deren Zahlung abzuweisen, da der Motor mehr Gas verbräuche, als zugesichert sei. Mit der Widerklage verlangte sie wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 B.G.B.; als Teil dieses Schadens wurde Rückerstattung der bezahlten Kaufpreishälfte begehrt. Die Klägerin machte unter anderem geltend: an sich schon sei die Beklagte zur Klage und zur Widerklage dafür, daß der Motor die zugesicherte Eigenschaft nicht habe, beweispflichtig. Überdies treffe die Beklagte die Beweislast, da sie den Motor als Erfüllung angenommen habe (§ 363 B.G.B.).

Aus den Gründen:

... „Zur streitigen Frage, ob der verkaufte Motor mehr Gas verbräuche als die Deutzer Motoren aus 1893 und 1894 erwägt das Berufungsgericht, die hieraus abgeleitete Einwendung der Beklagten zur Klage sei als Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht haltbar. „Der Motor sei als Spezies gekauft, überliefert und angenommen.“ Daher treffe nicht die Klägerin die Beweis-

last für Vertragsmäßigkeit des Motors, sondern der Beklagten liege die Beweislast ob sowohl für die Zusicherung, soweit deren Umfang streitig war, als dafür, daß der Motor der Zusicherung nicht entsprechen soll. Die Beklagte habe aber den Beweis für zu hohen Gasverbrauch nicht erbracht und könne ihn auch nicht mehr erbringen.

Gegen die Ausführungen über die Beweislast richtet sich der Hauptangriff der Revision. Sie macht geltend: grundsätzlich sei davon auszugehen, daß auch beim Spezialekauf der Verkäufer vertragsmäßige Erfüllung darzutun habe. Nur wenn der Käufer die gekaufte Sache als vertragsmäßig angenommen habe, ändere sich nach § 363 B.G.B. die Beweislast. Im Hinblick auf die Zusicherung für den Gasverbrauch könne nach der Sachlage eine Annahme der Maschine als vertragsmäßige Erfüllung erst dann überhaupt in Frage kommen, wenn die Beklagte in die Möglichkeit versetzt war, den garantierten Gasverbrauch zu prüfen, oder wenn sie sich durch ihr eigenes Verhalten der Möglichkeit unverzüglicher Prüfung begeben hatte. Beides sei im gegebenen Falle ausgeschlossen.

Der Angriff ist verschieden zu beurteilen, soweit er die Klage, und soweit er die Widerklage betrifft. Zur Klage ist er gerechtfertigt. Durch die Klage ist verlangt Zahlung des noch ausstehenden Kaufgeldrestes, also Erfüllung des Kaufvertrages. Nach Sachlage sind wegen der Beweislast zur Klage zwei rechtliche Gesichtspunkte auseinanderzuhalten. Zunächst ist zu prüfen, ob beim Spezialekauf der Verkäufer, der Erfüllung des Vertrages durch Zahlung des Kaufpreises verlangt, wenn der Käufer entgegenhält, es sei beim Kaufabschlusse eine Eigenschaft zugesichert, und er brauche nicht zu erfüllen, weil die Kaufsache nicht die zugesicherte Eigenschaft besitze, — wenn der Käufer, mit anderen Worten, die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages aus dem Fehlen jener zugesicherten Eigenschaft ableitet —, überhaupt zu beweisen hat, einmal daß der Vertrag nicht mit jener Zusicherung geschlossen sei, oder doch, wenn letzteres feststeht, daß die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft hat, oder ob den Käufer nach beiden Richtungen die Beweislast trifft.

In zweiter Reihe ist dann zu erörtern, ob nicht den Käufer im gegebenen Falle die Beweislast um deswillen trifft, weil er die über-

gebene Kaufsache im Sinne des § 363 B.G.B. als Erfüllung angenommen hat.

Das Berufungsgericht beschäftigt sich mit der ersten Frage nicht ausdrücklich, da es jedenfalls eine „Annahme als Erfüllung“ im Sinne des § 363 als vorliegend erachtet. Soweit es sich um deren Vorfrage handelt, ob den Käufer die Beweislast dafür trifft, daß die von ihm behauptete Zusicherung vereinbart wurde, ist es auch nicht nötig, zu ihr Stellung zu nehmen, da das Berufungsgericht den Inhalt der hier in Frage stehenden Zusicherung für den Gasverbrauch festgestellt hat.

Zu dem in der Rechtslehre vielerörterten zweiten Teil jener Frage, ob der Käufer, wenn feststeht, daß der Vertrag mit einer Zusicherung abgeschlossen ist, beweisen müsse, daß die gekaufte Sache die zugesicherte Eigenschaft nicht hat, oder ob dem Verkäufer der Beweis obliege, daß die verkaufte Sache die zugesicherte Eigenschaft besitzt, hat beim Speziessauf, um den es sich hier handelt, die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts für das gemeine Recht und für das preuß. Allgemeine Landrecht in Verbindung mit dem Handelsgesetzbuche die Beweislast des Käufers angenommen. Für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die letztere Frage lebhaft umstritten. Nach der einen Ansicht genügt beim Speziessauf der Verkäufer, auch falls eine Eigenschaft zugesichert wurde, seiner Erfüllungspflicht, wenn er die verkaufte Spezies ohne die zugesicherte Eigenschaft liefert. Nach dieser Ansicht liegt in der Zusicherung nicht das Versprechen, die Eigenschaft verschaffen zu wollen, sondern lediglich die Übernahme der Garantie für ihr Vorhandensein zur Zeit des Gefahrüberganges; deshalb hat der Käufer nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, und trifft ihn gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises die Beweislast, daß die gekaufte Speziessache nicht die zugesicherte Eigenschaft hat. Nach einer anderen Ansicht ist es ein Teil der Erfüllungspflicht, daß der Verkäufer die gekaufte Speziessache mit der zugesicherten Eigenschaft liefert. Nach dieser Auffassung hat der Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, wenn die gekaufte Speziessache nicht die zugesicherte Eigenschaft hat, und den Verkäufer trifft, auch wenn er die Kaufsache bereits übergeben, dieser Einrede gegenüber die Beweislast dafür,

daß die von ihm übergebene Kaufsache die zugeficherte Eigenschaft hat, es sei denn, daß der Käufer die gekaufte Speziesache als Erfüllung im Sinne des § 363 B.G.B. angenommen, und ihn auf Grund letzterer Gesetzesvorschrift die Beweislast trifft. Der erkennende Senat muß in folgerichtigem Ausbau der seinem Urteil vom 24. Oktober 1902, Rep. II. 192/02, — Entsch. in Ziv. Bd. 52 S. 352 — zugrunde liegenden Auffassung der letzteren Ansicht beitreten und danach annehmen, daß im gegebenen Falle zur Klage auf Zahlung des Kaufpreises den Verkäufer die Beweislast dafür trifft, daß der von ihm übergebene Motor die zugeficherte Eigenschaft — hier in bezug auf den Dampfverbrauch — hatte, es sei denn, daß der Käufer den Motor als Erfüllung im Sinne des § 363 angenommen hat.

Wie in dem Urteile des erkennenden Senats vom 7. Juni 1907, Rep. II. 63/07, ausgeführt ist, kann der rechtliche Begriff der „Annahme als Erfüllung“ im Sinne des § 363 negativ dahin abgegrenzt werden, er verlange keine so weit gehende Willensrichtung bei der Annahme auf seiten des Gläubigers, daß er das der Leistung zugrunde liegende Schuldverhältnis zufolge der ihm als Erfüllung angebotenen und von ihm als solche angenommenen Leistung als durch Erfüllung erloschen erachte; denn § 363 ändert nichts an den materiellen Rechten und Pflichten des Gläubigers und des Schuldners; insbesondere folgt aus der Annahme der Leistung als Erfüllung im Sinne des § 363 keinerlei Aufgeben irgendwelcher Rechte und keinerlei Verzicht auf solche; es ändert sich nur die Beweislast. Der erkennende Senat hat weiter in dem gedachten Urteil den rechtlichen Begriff der „Annahme als Erfüllung“ im Sinne des § 363 positiv dahin näher zu bestimmen versucht, der Wille des Gläubigers müsse im Falle des § 363 nur darauf gerichtet sein, die Leistung, also vorliegend den gekauften Motor, als die gekaufte Sache anzunehmen, um sie zu behalten, falls sich nicht etwa die Berechtigung zur Wandelung ergeben sollte. Dort ist noch ausgeführt: „Tut er dies“, das ist, hat er die Leistung als Erfüllung in dem dargelegten Sinne angenommen, „so hat er nachher die von ihm behaupteten Mängel der Ware“ — es handelte sich damals um einen Gattungslauf — „zu beweisen, und dies alles selbst dann, wenn er bei der Annahme der Ware als Erfüllung ausdrücklich Vorbehalte gemacht und ausdrücklich

erklärt hat, die Fehlerlosigkeit und Vertragsmäßigkeit der Ware nicht anzuerkennen.“ Im übrigen geht das gedachte Urteil gleichfalls davon aus, es sei aus den Umständen des Falles zu entscheiden, ob eine Annahme als Erfüllung in dem dort dargelegten Sinne stattgefunden habe.

Im gegebenen Falle könnten nach dem Tatbestande des Berufungsurteils außer den bereits erörterten Ausführungen darüber, daß ein Spezialekauf und ein daneben hergehender Wertvertrag abgeschlossen war, als Umstände des Falles noch in Betracht kommen: der Motor wurde am 19. November 1900 der Beklagten übersendet; er kam bei ihr am 26. November an. An diesem Tage zahlte sie die Hälfte des Kaufpreises, indem sie sich wegen vier abgebrochener Schrauben am Zylinder und etwaiger sonstiger Beschädigungen ihre Ansprüche vorbehielt. Durch Postkarte vom 30. November zeigte sie der Klägerin an, die Fundamente seien fertiggestellt, und ersuchte um Zusendung eines Monteurs auf den 3. Dezember. Die Klägerin schickte den Monteur S., der den Motor in den Tagen vom 4. bis zum 7. oder 8. Dezember aufstellte. Die Gaszuleitung, die zu den der Beklagten obliegenden Montierarbeiten gehörte, und die Ausblaseleitung wurden noch nicht montiert. Am 23. Dezember bat die Beklagte, den Monteur am Tage nach Weihnachten wieder zu senden, um den Motor in Tätigkeit zu setzen, da sie mit den Arbeiten bis dahin soweit fertig sein werde. Am 4./5. Januar 1901 setzte der von der Klägerin gesendete Monteur den Motor in Betrieb; nach seiner Abreise ergaben sich, wie Beklagte behauptet, alsbald Störungen und Schwierigkeiten. Auf Ersuchen der Beklagten vom 10. Januar um nochmalige Zusendung eines Monteurs sandte die Klägerin einen solchen. Nach seinem Weggange traten indes nach den Schreiben der Beklagten wiederum Schwierigkeiten im Betriebe ein. Am 14. Januar schrieb sie der Klägerin, sie werde den Motor nicht eher abnehmen, bis sie die Überzeugung von seiner Gebrauchsfähigkeit habe. Nach weiterem Briefwechsel schrieb am 28. Januar der Geschäftsführer der Beklagten an die Klägerin, sie könnten den Motor nicht behalten, da er doppelt soviel Gas verbräuche als die Deutzer Motoren.

Das Berufungsgericht hat das gedachte Tatsachenmaterial in seinen Urteilsgründen nicht im einzelnen geprüft; es beschränkt sich auf die

Ausführung, „der Motor ist als Spezies gekauft, überliefert und angenommen“. Seine Urteilsgründe lassen daher ausdrücklich nicht erkennen, welche Umstände aus jenem Tatsachenmaterial für die Auffassung, daß hier eine Annahme als Erfüllung vorliege, maßgebend waren. Nun handelt es sich im gegebenen Falle um Zusicherung einer Eigenschaft — Menge des Gasverbrauchs —, deren Vorhandensein erst nach dem Ingebrauchsetzen des Motors in den Händen des Käufers erkannt werden kann. Bei solcher Sachlage wird aber nach Auffassung des erkennenden Senats eine Annahme behufs Prüfung und Untersuchung in der Regel noch nicht „Annahme als Erfüllung“ im Sinne des § 363 sein, es sei denn, daß weitere besondere Umstände den Schluß rechtfertigen, es habe auch in einem solchen Falle schon vor der Prüfung und Untersuchung eine Annahme als Erfüllung stattgehabt. Mit diesen Darlegungen verläßt der Senat nicht etwa die in seinem Urteil vom 7. Juni 1907 ausgesprochene rechtsgrundfähliche Auffassung; er gibt ihr nur die für einen Fall, wie er hier zu entscheiden ist, gebotene nähere Begrenzung.

Danach würde daraus, daß die Beklagte den überfendeten Motor nicht sofort zurückgewiesen, daß sie ihn ferner im Rahmen des mit der Klägerin weiter geschlossenen Werkvertrages hat aufstellen lassen, mit rechtlicher Notwendigkeit noch nicht eine „Annahme als Erfüllung“ abzuleiten sein, vielmehr nur unter besonderen weiteren Umständen angenommen werden können, daß eine solche stattgehabt hat. Aus dem vorliegenden Material über das Verhalten der Beklagten nach der Montierung ergibt sich gleichfalls nicht mit absoluter Notwendigkeit eine „Annahme als Erfüllung“. Das Fehlen jeder Begründung darüber, aus welchen Umständen des gegebenen Falles eine „Annahme als Erfüllung“ abgeleitet wurde, macht aber jede Nachprüfung unmöglich, ob das Berufungsgericht von einer richtigen Auffassung des rechtlichen Begriffes der „Annahme als Erfüllung“ ausgegangen ist. Die Art seiner Begründung legt zum mindesten nahe, daß es von der Auffassung ausging, aus einer Annahme zur Prüfung und Untersuchung ergebe sich mit rechtlicher Notwendigkeit eine Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363. Eine solche rechtliche Auffassung wäre aber im gegebenen Falle rechtsirrtümlich. Fällt wegen dieser rechtlichen Bedenken der Ausgang des Berufungsgerichts, daß eine Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 vorliege, und daß

deshalb die Beklagte beweispflichtig sei, so fällt auch seine Entscheidung zur Klage, soweit darin Zahlung des Kaufgelderrestes mit 1300 *M* verlangt ist. Die Sache war indes in diesem Umfange nicht zur Entscheidung reif. . . .

Der bezeichnete Angriff einer Verletzung der Beweislast ist dagegen nicht gerechtfertigt zur Widerklage. Durch diese verlangt die Beklagte, indem sie sich auf den Standpunkt stellt, die Klägerin habe durch Lieferung des Motors, dem die zugesicherte Eigenschaft fehlte, überhaupt nicht erfüllt, aus § 463 B.G.B. unter Zurückweisung des Motors den Schadensersatz, der aus der hierdurch bewirkten vollständigen Nichterfüllung des Vertrages sich ergebe, — Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 52 S. 355 — und beansprucht als Teil dieses Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Erstattung eines dem bezahlten Kaufpreise entsprechenden Betrages, der auch vom ersten Richter zuerkannt wurde. Zur Rechtfertigung eines solchen Anspruchs trifft aber den klagenden Käufer die Beweislast dafür, daß die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft nicht hatte. Dies hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung über ihre Revision nicht verkannt. Die von ihr hervorgehobenen allgemeinen Erwägungen sind nicht geeignet, aus der Aufhebung des Urteils zur Klage auf Zahlung des Kaufpreises auch die Aufhebung des Urteils zur Widerklage zu rechtfertigen.“ . . .