

88. 1. Befreien die Schwierigkeit der Entdeckung eines Mangels der Ware und der Umstand, daß der Mangel selten vorkommt, den Käufer von der in § 377 H.G.B. vorgesehenen Untersuchungspflicht?

2. Kann, wenn die Feststellung eines Mangels der Ware nur durch Verbrauch oder Verarbeitung möglich ist, der Mangel auch dann noch bezüglich der ganzen Ware gerügt werden, wenn mehr verbraucht oder verarbeitet wurde, als zur Feststellung erforderlich war?  
H.G.B. § 377.

II. Zivilsenat. Ur. v. 12. Mai 1908 i. S. S. & F. R. (Kl.) w. Rhein.-Westf. Malzfabriken (Bekl.). Rep. II. 519/07.

I. Landgericht Köln, Kammer für Handelsachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Mit der vom Landgerichte abgewiesenen, dagegen vom Oberlandesgerichte zugesprochenen Klage beansprucht die Klägerin Zahlung des Kaufpreises für 99080 kg Braugerste, welche sie auf Grund eines Abschlusses aus dem August 1906 am 29. September dieses Jahres der Beklagten geliefert hat, zum Betrage von 19419,88 M., abzüglich der Zoll- und Werftgebühren in Höhe von 4119,35 M.

Die Beklagte hat von dieser Gerste in der Zeit bis zum 8. September 50000 kg vermälzt; durch Schreiben von diesem Tage stellte sie den Rest der Ware und das daraus hergestellte Malz der Klägerin zur Verfügung, u. a. mit der Begründung, bei der Verarbeitung habe sich ergeben, daß die Keime vorzeitig absterben, und die Ware danach als Braugerste unbrauchbar sei. Auf diese Behauptung gestützt, verweigerte sie demnächst die Zahlung des geforderten Kaufpreises, indem sie den Wandelungsanspruch erhob.

Die Klägerin hatte sich dem gegenüber auf § 377 H.G.B. berufen und in dieser Hinsicht aufgestellt, daß eine ordnungsmäßige und rechtzeitige Untersuchung und Mängelanzeige bezüglich der streitigen Ware nicht erfolgt sei; insbesondere sei es unzulässig gewesen, daß die Beklagte, ohne die zur Entdeckung des streitigen Fehlers geeignete Untersuchung an einem hierfür genügenden Teile eintreten zu lassen, mehr als die Hälfte der ihr gelieferten Gerste vermälzt und dadurch auch für Futterzwecke unbrauchbar und wertlos gemacht habe. Wäre

eine solche ordnungsmäßige, an einer verhältnismäßig geringen Quantität mögliche Untersuchung vorgenommen worden, so wäre der behauptete Mangel, wenn er überhaupt vorhanden gewesen sei, auch mehrere Tage früher festgestellt worden; die am 8. Oktober 1906 erfolgte Mängelanzeige sei daher auch verspätet gewesen.

Das Oberlandesgericht ist diesen Ausführungen nicht beigetreten; es hat vielmehr eine besondere Untersuchung überhaupt nicht für erforderlich und die Mängelanzeige nach Entdeckung des Fehlers im ordentlichen Geschäftsbetriebe gemäß § 377 für nicht verspätet erachtet. Diese Annahme bietet Anlaß zu rechtlichen Bedenken, die zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen müssen. Sie beruht im wesentlichen darauf, daß das vorzeitige Absterben der Wurzelkeime (mangelhafte Keimenergie), sofern es in der Beschaffenheit der Gerste seinen Grund habe, ein selten vorkommender, geheimer Fehler sei, da er sich nicht an äußeren Merkmalen erkennen lasse, sondern erst bei der Vermahlung einer größeren Gerstenmenge nach 4—5 Keimtagen hervortrete; die sonst übliche Untersuchung bede den erwähnten Fehler nicht auf. Eine Untersuchung, die sich nicht auf die Feststellung dieses geheimen Fehlers erstreckt, sondern auf die Bestimmung der Keimfähigkeit und der chemischen Zusammensetzung beschränkt, müsse als ordnungsmäßig nach § 377 erachtet werden. Da sich bei der Vergleichung der Ware mit dem Kaufmuster herausgestellt habe, daß die Ware dem Muster entsprochen habe, so habe die Beklagte die gesamte Ware ohne weiteres verarbeiten dürfen.

Diese Ausführungen sind um deswillen rechtlich nicht zutreffend, weil weder die Schwierigkeit der Entdeckung eines Mangels, noch der Umstand, daß er selten vorzukommen pflegt, grundsätzlich den Käufer von der darauf gerichteten Untersuchungspflicht nach § 377 entbinden kann. Dabei ist, soweit ein Fehler nicht anders als durch teilweise Verarbeitung und wesentliche Umgestaltung der Ware oder teilweisen Verbrauch ermittelt werden kann, die Verarbeitung oder der Verbrauch in dem notwendigen Umfange nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich. Insbesondere ist das von der Rechtsprechung für Braugerste — namentlich bezüglich des hier in Frage stehenden Mangels — sowie für ähnliche Waren, wie Mehl u. dgl., wiederholt ausgesprochen worden.

Vgl. Entsch. des R.O.'s in Zivilf. Bd. 47 S. 20; Bolze, Praxis

Bd. 15 Nr. 357, Bd. 7 Nr. 561; Entsch. des R.O.S.G.'s Bd. 8 S. 174, Bd. 9 S. 404, Bd. 12 S. 91, Bd. 22 S. 151; Staub-Könige, zu § 377 Anm. 13 S. 1603.

Dabei ist aber, im Interesse des Verkäufers, der die Ware eventuell zurückzunehmen hat, diese Verarbeitung jedenfalls annähernd auf die Quantität zu beschränken, die für die Feststellung des Mangels erforderlich ist. Darüber hinaus und namentlich dann, wenn wie im vorliegenden Falle mehr als die Hälfte der Ware in einer Menge von 50000 kg verarbeitet wurde, kann von einer Untersuchung der Ware nicht mehr die Rede sein; vielmehr handelt es sich hier in Wirklichkeit um eine Verfügung über die Ware ohne die nach dem Gesetze erforderliche Untersuchung. Nach dem vom Oberlandesgericht angezogenen Gutachten waren für den in Frage kommenden Tennenvermälzungsversuch mindestens 2 Zentner erforderlich, zweckmäßig aber 4—5 Zentner Gerste zu verwenden. Danach hat die Beklagte, soweit die bisherigen Feststellungen des Oberlandesgerichts reichen, der ihr obliegenden Untersuchungspflicht nach § 377 nicht genügt. Weiterhin kommt aber in Betracht, daß, wenn eine Untersuchung bei Verarbeitung der angegebenen geringeren Quantität vorgenommen wäre, hierzu nach dem Sachverständigengutachten eine nicht unwesentlich kürzere Zeit erforderlich gewesen wäre: ein Moment, das für die von der Klägerin ebenfalls bestrittene Rechtzeitigkeit der Mängelrüge von Bedeutung sein mußte und daher nicht hätte unerörtert bleiben dürfen.

Das angefochtene Urteil unterliegt daher der Aufhebung. Zur Sache mußte, da es noch auf weitere Erörterungen nach den bezeichneten Richtungen ankommt, die Zurückverweisung an das Berufungsgericht erfolgen.“