

96. 1. Wann entsteht, wenn der Käufer die Lieferung einer mangelfreien Sache anstelle der mangelhaften verlangt, der Anspruch des Verkäufers auf Rückgewähr der letzteren?

2. Kann dem Verkäufer, der geltend macht, daß die Rückgewähr infolge Verzugs des Käufers kein Interesse für ihn habe, weil er die Sache nun nicht mehr seinem eigenen Lieferanten zurückgeben könne, entgegengehalten werden, daß er sie als Händler anderweit verwerten könne?

BGB. §§ 480, 465, 286.

II. Zivilsenat. Ur. v. 11. Februar 1919 i. S. Handelsgef. ländl. Genossensch. Aktienges. (Kl.) w. Thüring. Hauptgenossenschaft z. Bezug u. Vertrieb landwirtsch. Bedarfsartikel, e. G. m. b. H. (Bekl.). Rep. II. 364/18.

I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelsachen.

II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin kaufte von der Beklagten 1500 inoxydierte Kessel, die diese von der Firma A. in Hanau herstellen ließ. Die Beklagte lieferte zunächst 390 Kessel, welche vertragswidrig ausfielen und von der Klägerin durch Drahtnachricht vom 17. April 1916 zur Verfügung gestellt wurden.

Mit Schreiben vom 20. April verlangte die Klägerin Lieferung mangelfreier Ware gemäß § 480 BGB. und bestimmte dafür der Beklagten eine Nachfrist von 8 Tagen. Die Beklagte erwiderte, daß die Frist zu kurz sei und daß die Klägerin mit der Lieferung emaillierter Kessel anstelle inoxydierter, deren Beschaffung unmöglich sei, ein-

verstanden sein möge. Nach anfänglicher Weigerung gab die Klägerin der Beklagten mit Brief vom 28. April Einteilung für 1000 emaillierte und 500 inoxybierte Kessel auf, erklärte, daß sie bereits in den nächsten Tagen die Rücksendung der zur Verfügung gestellten inoxybierten Kessel an ihr Cottbusser Lager und von dort in Sammelladung nach Hanau veranlassen werde, und behielt sich die Forderung von Schadensersatz vor. Am 2. Mai forderte die Beklagte die Klägerin zur unverzüglichen Rücksendung der mangelhaft gelieferten Kessel an die Firma A. auf. Im übrigen wurde der Briefwechsel über die Ersatzlieferung von den Parteien fortgesetzt. Die Beklagte betonte wiederholt, daß sie in so kurzer Zeit nicht liefern könne und daß die Beschaffung von inoxybierten Kesseln in guter Beschaffenheit infolge der Kriegsverhältnisse unausführbar sei. Die Klägerin dagegen verharrete bei ihrem Verlangen. Schließlich, am 15. Mai, schrieb sie der Beklagten, daß sie, damit der Schriftwechsel endlich einmal ein Ende erreiche, auf die Lieferung der 500 inoxybierten Kessel vollständig verzichte und mit derjenigen von 1000 emaillierten Kesseln zufrieden sei.

Noch am selben Tage forderte die Klägerin ihre Abnehmer durch ein Rundschreiben auf, die ihnen gelieferten inoxybierten Kessel sofort an ihr Cottbusser Lager zurückzusenden. Mit Schreiben vom 31. Mai sandte die Beklagte der Klägerin nochmals eine Aufgabe über die zurückzusendenden Kessel. Da diese aber in der Folgezeit nicht in Hanau eintrafen, bestimmte die Beklagte der Klägerin durch Schreiben vom 29. Juni eine Nachfrist zur Rücksendung bis zum 10. Juli, und zwar unter der Androhung, daß sie bei Nichterhaltung der Frist die Annahme der Kessel ablehnen werde. Da die Kessel jedoch erst am 12. und 29. Juli in Hanau eintrafen, lehnte die Beklagte deren Annahme ab, so daß sie bei einem Spediteur eingelagert werden mußten.

Die Klägerin verlangte nunmehr mit der Klage Abnahme der eingelagerten Kessel und Bezahlung der aufgelaufenen Unkosten in Höhe von 426,79 M. Die Beklagte erhob Widerklage auf Zahlung von 6346,25 M. Sie forderte diesen Betrag in erster Linie als Kaufpreis für die verspätet zurückgeforderten und daher von ihr zurückgewiesenen Kessel, hilfsweise aber als Schadensersatz wegen verspäteter Rückgewähr. Sie machte geltend, daß die Klägerin mit der Rücksendung der zur Verfügung gestellten Kessel in Verzug geraten und daß infolge fruchtlosen Ablaufs der ihr bestimmten Nachfrist gemäß §§ 467, 354 BGB. die Wandlung unwirksam geworden und der ursprüngliche Kaufvertrag wieder aufgelebt sei. Notfalls habe die Beklagte das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Rückgewährverpflichtung zu fordern. Die Klägerin habe die ihr bestimmte Nachfrist ungenutzt verstreichen lassen. Übrigens habe die Beklagte auch kein Interesse an der Rückgewähr mehr gehabt, weil die Firma A. ihr selbst für die Ablieferung

eine Nachfrist bis zum 10. Juli unter der Androhung bestimmt habe, gegebenenfalls die Annahme der Kessel abzulehnen. — Demgegenüber suchte die Klägerin auszuführen, daß durch nachträgliche Vereinbarung der Parteien anstelle des ursprünglichen Schulverhältnisses ein neues begründet worden sei, welches die Rücksendung der Kessel nur als einseitige Nebenverpflichtung enthalten habe. Für die Setzung einer Nachfrist sei daher kein Raum gewesen. Im übrigen sei die Bestimmung der Nachfrist ohne Verzug der Klägerin erfolgt und unangemessen kurz gewesen.

Das Landgericht wies die Klage ab und verurteilte, die Klägerin, den Kaufpreis für die 390 zur Verfügung gestellten Kessel zu bezahlen. Das Berufungsgericht wies die Berufung, soweit die Klage in Betracht kommt, zurück und erklärte den mit der Widerklage hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für berechtigt. Auf die Revision der Klägerin wurde das Urteil aufgehoben aus folgenden

#### Gründen:

„Das Berufungsgericht ist aus folgenden Erwägungen zu seinem der Klägerin ungünstigen Ergebnis gelangt. Aus dem Briefwechsel der Parteien ergebe sich, daß diese nicht etwa eine Wandlung vollzogen, sondern einen Umtauschvertrag abgeschlossen hätten. Auf Grund dieses Vertrags habe die Beklagte mangelfreie Ware zu liefern und die Klägerin die in mangelhafter Beschaffenheit gelieferten Kessel zurückzugewähren gehabt.

Mit der Zurückgewährung sei die Klägerin in Verzug geraten. Zwar habe im vorliegenden Falle die Rücksendung der zur Verfügung gestellten Kessel nicht — wie an sich rechtens — Zug um Zug gegen Lieferung der Ersatzware erfolgen sollen; wohl aber habe die Klägerin mit Abschluß des Umtauschvertrags mit der Einsammlung und Rücksendung der mangelhaften Kessel beginnen müssen. Am 28. April 1916 sei der Umtauschvertrag spätestens zum Abschluß gelangt. Der weitere, bis zum 15. Mai sich hinziehende Briefwechsel der Parteien habe nur eine bisherige Meinungsverschiedenheit über die Art der Nachlieferung betroffen. Gemahnt sei die Klägerin zuerst am 2. Mai. Da sie erst am 15. Mai ihre Abnehmer zur Rücksendung der beanstandeten Kessel aufgefordert habe, sei es von ihr verschuldet, daß die Kessel nicht, wie es sonst hätte geschehen können, innerhalb 8 Wochen in Hanau eingetroffen seien. Die Folgen des Verzugs der Klägerin seien weder gemäß §§ 467, 354 noch auf Grund des § 326 BGB., welcher nur Verzug in Erfüllung einer Hauptverpflichtung im Auge habe, zu bestimmen. Maßgeblich sei hier vielmehr die Vorschrift des § 286 Abs. 1 und 2. Gemäß § 354, welcher laut § 286 Abs. 2 entsprechende Anwendung finde, habe die Beklagte der Klägerin eine Frist für die

Rücksendung der 390 Kessel unter der Androhung bestimmen können, daß sie bei fruchtlosem Ablaufe derselben die Annahme ablehnen werde. Als die Beklagte am 29. April die Frist bestimmt habe, sei die Klägerin bereits in Verzug gewesen. Auch gegen die Dauer der Frist lasse sich nichts einwenden, da es natürlich nicht erforderlich gewesen sei, der Klägerin erst Gelegenheit zum Beginn der ihr obliegenden Tätigkeit zu gewähren. Übrigens habe die Beklagte auch um deswillen Schadensersatz wegen Nicht- oder verspäteter Rücksendung der Kessel fordern können, weil sie an der Rücksendung infolge des Verzugs der Klägerin kein Interesse mehr gehabt habe. Die Firma A., welche die Kessel geliefert habe, die Nachlieferung mangelfreier Ware zu bewerkstelligen hatte, und der die mangelhaften Kessel zurückzusenden gewesen seien, habe ihrerseits der Beklagten für die Rücksendung eine Nachfrist bis zum 10. Juli bestimmt und die verspätet eintreffenden Kessel anzunehmen abgelehnt.

Demgegenüber rügt die Revision Verletzung der §§ 154, 286, 354 BGB., § 286 ZPO. Nach dem Inhalte des Briefwechsels der Parteien sei der Abschluß des Umtauschgeschäfts nicht vor dem 15. Mai erfolgt. Bis dahin hätten die Parteien noch über den Gegenstand der Nachlieferung verhandelt (§ 154 BGB.). Die Klägerin habe auf Nachlieferung von mindestens 500 inoxybierten Kesseln bestanden und infolge des hartnäckigen Widerstandes der Beklagten am 15. Mai auf Lieferung der inoxybierten Kessel völlig verzichtet. Das Schreiben der Beklagten vom 2. Mai habe daher keine Mahnung bewirken können. Andererseits sei die Verpflichtung der Klägerin zur Rücksendung unter Zugrundelegung der vom Berufungsrichter zugebilligten 8 Wochen nicht vor dem 10. Juli fällig geworden. Die Fristsetzung vom 29. Juni sei daher unwirksam gewesen. Überhaupt habe keine Möglichkeit für eine Fristsetzung bestanden, da der in § 286 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärte § 354 den Verzug des Rücktrittsberechtigten, nicht aber denjenigen des Schuldners im Auge habe. Endlich genüge die Feststellung des angefochtenen Urteils, daß die Beklagte die streitigen Kessel nicht mehr der Firma A. habe zurückgeben können, keineswegs, um daraus den Mangel eines Interesses der Beklagten an der späteren Rücksendung herzuleiten. Diese habe als Händlerin die Ware jeberzeit verwerten können.

Die Ausführungen des angefochtenen Urteils sind in ihrem wesentlichen Teile rechtsirrtümlich.

Das Berufungsgericht entnimmt dem zwischen den Parteien gepflogenen Briefwechsel, daß diese einen Umtauschvertrag abgeschlossen haben. Es meint, daß der Abschluß spätestens am 26. April zustande gekommen sei und mit diesem Zeitpunkte die Verpflichtung der Klägerin, für die Rücksendung der mangelhaften 390 Kessel Sorge zu tragen,

begonnen habe. Schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts trifft nicht zu. Am 20. April 1916 hat die Klägerin die Lieferung mangelfreier Ware gemäß § 480 BGB. verlangt, und an diesem Standpunkte hat sie grundsätzlich bis zum Schlusse festgehalten. Sie hat im Laufe des Briefwechsels lediglich den Vorstellungen der Beklagten, daß die Lieferung inoroybrierter Kessel in guter Beschaffenheit auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoße, Rechnung getragen, indem sie zunächst die Lieferung von 1000 emaillierten Kesseln anstelle der inoroybrierten gestattete und schließlich auf Lieferung der restlichen 500 inoroybrierten Kessel gänzlich verzichtete. Immer aber ist es bei der Geltendmachung eines gesetzlichen Rechtes verblieben, so daß eine durch Vertrag begründete Lieferpflicht nicht in Frage kam.

Maßgeblich für die Frage, wann der Anspruch der Beklagten auf Rückgewähr der mangelhaften Ware fällig geworden und damit die Voraussetzung für einen etwaigen Verzug der Klägerin eingetreten ist, sind die Vorschriften der §§ 480, 465. Wandlung, Minderung und Verlangen mangelfreier Ware beim Gattungskauf — §§ 462, 480 — werden gemäß § 465 vollzogen, sobald sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihnen einverstanden erklärt. Erst mit der Erklärung dieses Einverständnisses wird die getroffene Wahl unwiderrücklich. Solange das Einverständnis weder erklärt noch durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt ist, kann der Käufer seine Wahl ändern. Erklärt also — wie im vorliegenden Falle — der Käufer, daß er mangelfreie Ersatzware geliefert verlange, so kann er, solange seine Wahl nicht unwiderrücklich geworden ist, seinen Standpunkt ändern und z. B. lediglich Minderungsansprüche geltend machen. Es ist klar, daß der Käufer nicht verpflichtet ist, die als mangelhaft zurückgewiesene Ware zurückzugewähren, wenn und solange es ihm freisteht, die Ware zu behalten. Es ist daher nicht richtig, daß die mangelfreie Ware nur Zug um Zug gegen Rückgabe der mangelhaften verlangt werden kann. Vielmehr entsteht — mangels abweichender Vereinbarung — der Anspruch des Verkäufers auf Rückgewähr der mangelhaften Ware erst mit dem Vollzuge der Wahl im Sinne des § 465, d. h. in dem Zeitpunkte, wo der Verkäufer sein Einverständnis mit dem Verlangen mangelfreier Ware erklärt oder zur Abgabe solcher Erklärung rechtskräftig verurteilt ist.

Man zeigt der zwischen den Parteien gepflogene Briefwechsel, daß erst mit dem 15. Mai 1915 Einverständnis über die Lieferung von Ersatzware geschaffen worden ist. Die Klägerin hatte kurz nach Bemängelung der gesandten 390 inoroybrierten Kessel die Lieferung mangelfreier Ware gemäß § 480 verlangt, und zwar unter Bestimmung einer Nachfrist von einer Woche. Sofort hatte die Beklagte erwidert, daß die Lieferung inoroybrierter Kessel unter den derzeitigen Verhältnissen

untunlich und daß auch die Lieferfrist zu kurz bemessen sei. Die Klägerin war zunächst überhaupt nicht gewillt, auf die Einwendungen der Beklagten einzugehen. Erst am 28. April entschloß sie sich zu einem teilweisen Entgegenkommen, indem sie sich anstelle der 1500 inoxybierten Kessel mit 500 inoxybierten und 1000 emaillierten zufrieden gab. Dann entspann sich wegen der 500 inoxybierten Kessel ein weiterer Briefwechsel. Die Beklagte erklärte deren Lieferung in guter Beschaffenheit für unmöglich, während die Klägerin auf der Lieferung bestand. Endlich am 15. Mai gab die Klägerin ihren Widerstand auf und verzichtete gänzlich auf Lieferung der 500 inoxybierten Kessel. Bei dieser Sachlage kann nicht die Rede davon sein, daß die Beklagte schon am 26. oder 28. April ihr Einverständnis mit dem Verlangen der Klägerin nach Nachlieferung mangelfreier Ware erklärt hätte. Es kam natürlich wesentlich darauf an, was nachzuliefern war. Wenn und solange die Beklagte nicht imstande oder gewillt war, die vertraglich vereinbarte Ware zu liefern, war sie mit dem Verlangen der Klägerin, mangelfreie Ware zu liefern, nicht einverstanden. Erst als die Klägerin sich dem Willen der Beklagten hinsichtlich des Gegenstandes der Ersatzlieferung fügte, bestand Einverständnis zwischen den Parteien und mußte die der Klägerin zustehende Wahl als vollzogen gelten.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß eine rechtswirksame Mahnung der Klägerin zur Rückgewähr der mangelhaften Ware vor dem 15. Mai überhaupt nicht stattfinden konnte. Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts bei Feststellung des Verzugs der Klägerin ist daher unrichtig und das angefochtene Urteil unterliegt der Aufhebung.

Bei der erneuten Verhandlung der Sache wird es die Aufgabe des Berufungsgerichts sein, zu prüfen, ob die Klägerin, welche mit der Beschaffung der Rücksendung nicht vor dem 15. Mai zu beginnen und an sich ihre Verpflichtung da zu erfüllen hatte, wo sich die Kessel befanden, durch ihren Verzug verschuldet hat, daß die 390 mangelhaft gelieferten Kessel nicht bereits am 10. Juli 1915 bei der Firma A. in Hanau angelangt sind.

Daß andererseits, wenn diese Prüfung zuungunsten der Klägerin ausfallen sollte, diese gemäß § 286 Abs. 2 Satz 1 zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen. Unstreitig waren die 390 der Klägerin gelieferten Kessel der Firma A. zurückzugeben. Diese Firma hatte aber der Beklagten eine Frist bis zum 10. Juli für die Rückgabe bestimmt und gleichzeitig für den Fall der Nichteinhaltung der Frist die Ablehnung der Annahme angedroht. Tatsächlich hat dann die genannte Firma, als die Kessel verspätet in Hanau eintrafen, ihre Drohung verwirklicht. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß unter diesen Umständen die Beklagte ihrerseits

kein Interesse mehr an der Rücklieferung der Kessel gehabt habe, greift die Revision ohne Grund an. Es kann unerörtert bleiben, ob die Beklagte als Händlerin jederzeit die Kessel hätte verwerten können. Die Beklagte beabsichtigte nicht, die als mangelhaft erkannten Kessel zu verkaufen, sondern wollte dieselben der Herstellerin zurückgeben, wozu sie überdies verpflichtet war, wenn sie ihr gegenüber Nachlieferung gemäß § 480 verlangte. Erhielt sie die Kessel nicht so rechtzeitig, daß sie mit ihnen ihrer eigenen Rückgewährspflicht genügen konnte, so war der Zweck der von der Klägerin zu beschaffenden Leistung verfehlt und diese hatte für die Beklagte kein Interesse mehr.“