

46. Rechtliche Bedeutung und Umfang der Untersuchungspflicht nach § 377 HGB., insbesondere im Zementhandel.

III. Zivilsenat. Ur. v. 8. Juli 1919 i. S. B. (Kl.) w. G. & R. (Defl.)
III. 37/19.

- I. Landgericht Braunschweig.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin fordert Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden sei, daß eine von ihr erbaute Brücke infolge mangelhafter Beschaffenheit des zu dem Bau verwendeten, von der Beklagten im Sommer 1914 gelieferten Portlandzements eingestürzt sei. Die Klage ist in beiden Rechtszügen abgewiesen worden, weil die Klägerin die rechtzeitige Untersuchung und Mangelrüge unterlassen habe.

Auf die Revision wurde die Sache an die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Gründe:

„Das Berufungsgericht nimmt auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen B., des Leiters einer Portlandzementfabrik, an, daß die Klägerin verpflichtet gewesen sei, sich vor der Verarbeitung des gelieferten Zements durch eine sieben tägige Prüfung auf Druckfestigkeit mittels der sogenannten Weigenprobe davon zu überzeugen, ob der Zement den zu stellenden Anforderungen entspreche, und daß sie deshalb durch Unterlassung dieser Untersuchung das Recht zur Geltendmachung des behaupteten Mangels der Ware nach § 377 HGB. verwirkt habe.

Diese Annahme des Berufungsgerichts entbehrt der ausreichenden Begründung. Die Untersuchung der Ware liegt dem Käufer nach § 377 HGB. nicht als eine gesetzliche Pflicht gegenüber dem Verkäufer

ob. Nicht die Unterlassung der Untersuchung, sondern die der rechtzeitigen Anzeige der Mängel hat die im § 377 Abs. 2 bestimmte rechtliche Folge. Die Bedeutung der Untersuchung liegt vielmehr darin, daß die für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderliche Frist maßgebend für die Prüfung der Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige ist, und daß andererseits die Unterlassung einer nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlichen Untersuchung den Käufer der Gefahr aussetzt, daß seine bei nachträglichem Hervortreten von Mängeln erstattete Anzeige als verspätet zurückgewiesen wird, weil die Mängel bei ordnungsmäßiger Untersuchung bereits früher hätten angezeigt werden können (vgl. *ROHG.* Bd. 8 S. 10, Bd. 12 S. 91; *RGZ.* Bd. 47 S. 23, Bd. 73 S. 169; *Jur. Wochenschr.* 1902 S. 425 Nr. 32). Aus dieser rechtlichen Bedeutung der Untersuchung folgt, daß sie, um die Ansprüche des Käufers zu wahren, regelmäßig in einer solchen Art und in solchem Umfang angenommen werden muß, wie es erforderlich ist, um das Vorhandensein von Mängeln festzustellen. Es sind jedoch keine Anforderungen an sie zu stellen, die eine unbillige Zumutung an den Käufer enthalten, ihn z. B. mit übermäßigen Kosten belasten oder ihn in unbilliger Weise in der Verfügung über die Ware verhindern würden. Im einzelnen sind Art und Umfang der Untersuchung nach der objektiven Sachlage, unter Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsanschauungen zu bestimmen (vgl. *RGZ.* Bd. 57 S. 8, Bd. 59 S. 45, Bd. 64 S. 162). Zu berücksichtigen ist dabei die in dem Geschäftszweige bestehende Übung, die zwar nicht schlechthin darüber entscheidet, was nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang als erforderlich und tunlich anzusehen ist, aber doch, wie das Reichsgericht im Urteil vom 22. Juni 1909 II 168/09 ausgesprochen hat, in der Regel einen geeigneten Maßstab für die Bemessung der hinsichtlich der Untersuchung an Art und Umfang zu stellenden Anforderungen bildet.

Das Berufungsgericht nimmt nun zwar an, daß die siebentägige Geigenprobe dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entspreche, mit ihr auch nichts unbilliges dem Käufer zugemutet werde. Allein diese Annahme wird weder durch die Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen B. noch durch die sonstigen Feststellungen des Berufungsgerichts gerechtfertigt. Der Sachverständige hat sich darüber, worauf es wesentlich ankommt, ob die Geigenprobe nach der zur Zeit der Zementlieferungen an die Klägerin herrschenden Verkehrsauffassung als eine dem Zwecke entsprechende und nach § 377 *HB.* gebotene Untersuchungsart angesehen wurde, überhaupt nicht ausgesprochen. Daß er in seinem Gutachten gelegentlich auf Praxis und Erfahrung Bezug nimmt, kann diesen Mangel seines Gutachtens nicht ersetzen. Die Lieferungsbedingungen des Vereins Deutscher Portlandzement-Fabrikanten sprechen nur von der, im vorliegenden Falle nicht in Betracht kommen-

den, Prüfung des Zements auf Abbinden und Volumenbeständigkeit mittels der auf einfache Weise auszuführenden Ruchenprobe. Die Normen dieses Vereins aber erwähnen wohl eine siebentägige Prüfung des Zements auf Zugfestigkeit, erklären jedoch hinsichtlich der Druckfestigkeit die 28tägige sogenannte Würfelprobe für allein entscheidend. Sonach steht nicht einmal fest, welche rechtliche Bedeutung auch nur der eine Teil der Interessenten, die Fabrikanten und Verkäufer, der Geigenprobe beilegen. Würden diese der Geigenprobe zur erheblichen Zeit eine Bedeutung für die Anzeigepflicht des § 377 HGB. überhaupt nicht beigemessen haben, so könnte die Vornahme dieser Probe füglich auch nicht von der Klägerin verlangt werden. Eine andere Beurteilung könnte Platz greifen, wenn die Auffassung dieser Interessentenkreise dahin ging, daß zwar die Vornahme der siebentägigen Prüfung nicht schlechthin genüge, aber doch deshalb geboten sei, weil auch sie schon mit einem gewissen Grade von Wahrscheinlichkeit die Entdeckung eines Mangels der Druckfestigkeit ermögliche, und, in diesem Falle eine längere Untersuchung unnötig mache.

Keinesfalls aber kann, wo wie hier ein Gegensatz der Interessen des Verkäufers und des Käufers besteht — vgl. das bei Schürhoff „Die Mängelrüge im Portlandzementhandel“ S. 48 mitgeteilte Gutachten der Berliner Handelskammer —, die einseitige Auffassung nur des einen Interessentenkreises darüber entscheiden, ob eine Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist. Nur die Auffassung des gesamten Verkehrs, insbesondere also sämtlicher beteiligter Kreise, kann maßgebend sein. Es kann daher auch die Vernehmung eines Sachverständigen nur aus dem einen Kreise der Beteiligten nicht genügen. Zumal die Frage, ob die Art der Untersuchung nicht dem Käufer unbilliges zumutet, kann nicht wohl entschieden werden, ohne beim Mangel eines völlig unbeteiligten Sachverständigen auch ein Gutachten aus dem Kreise der Käufer, hier also derjenigen einzuholen, die den Zement verwenden und die Schwierigkeiten, die für die Bauausführung durch die Anstellung länger dauernder Prüfungen des gelieferten Zements erwachsen können, zu beurteilen vermögen.“ . . .