Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen der Papierfabrik Gebrüder Schmitz in Düren, Klägerin und Revisionsklägerin, vertreten durch den Justizrath Sachs in Leipzig,

wider

den Papierhändler Leopold Elias zu Kosten, Beklagten und Revisionsbeklagten, vertreten durch den Rechtsanwalt Haber in Leipzig,

hat das Reichsgericht, Erster Civil-Senat, auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1889 unter Mitwirkung:

des Präsidenten Dr. Drechsler,
und der Reichsgerichtsräthe Dr. von Hahn, Dr. Boisselier, Dr. Wiener, Dr. Hambrook, Dr. Bolze und Rehbein,

für Recht erkannt:

die gegen das Urtheil des Vierten Civil-Senats des Königlich Preußischen Oberlandesgerichts zu Posen vom 27. Juni 1888 eingelegte Revision wird zurückgewiesen; die Kosten der Revisionsinstanz werden der Revisionsklägerin auferlegt.

Von Rechts Wegen.

Thatbestand.

Die Parteien standen seit dem Jahre 1884 mit einander in der Art in Geschäftsverbindung, daß Beklagter von der Klägerin Pergamyn-Papier in verschiedenen Größen und Stärken, welche Beklagter aufgab und Klägerin nach dieser Bestellung anfertigte, zu vereinbarten Preisen bezog. Beklagter nahm wiederholt auch die Bestellungen einigermaßen übersteigende Quantitäten an und gestattete der Klägerin ebenso wiederholt, größere Quantitäten, als er bestellte, auf Lager zu arbeiten, damit dieselben bei Bestellung bald zur Verfügung ständen, indem er erklärte, daß er dieselben nach Bedarf abnehmen werde. Am

10.

10. Dezember 1885 sprach Beklagter der Klägerin seine Verwunderung darüber aus, daß sie ihm das ganze angefertigte Quantum leicht Pergamyn und nicht blos die sofort bestellten 3-4 Centner habe zugehen lassen, er habe beabsichtigt, jetzt eine neue Ladung aufzugeben, der der Rest beigefügt werden sollte. Zugleich fragte er an, ob Klägerin noch bestimmt bezeichnete Format auf Lager habe. Klägerin erwiderte, sie habe durch Bringen des Ganzen zum Versandt geglaubt, im Interesse des Beklagten zu handeln, von den bestimmten Formaten habe sie nichts mehr auf Lager, sie fertige in künftiger Woche wieder Pergamyn und möge Beklagter mit Aufgabe einer neuen Ladung nicht säumen. Hierauf machte Beklagter am 21. Januar 1886 eine Bestellung von im Ganzen 93 Centner Pergamyn in verschiedenen Formaten und Sorten, forderte aber, daß das Papier noch fester, als die letzte Sendung, sein müsse. Zugleich bemerkte er, daß eine noch bei Klägerin befindliche Kiste Waaren Nr: 556 und zwei Päcke 550/551 in dem Waggon mit verladen werden könnten. Beklagter widerrief diese Bestellung in einem vom 22. Januar 1886 datirten Schreiben, indem er wegen der Mangelhaftigkeit einer anderen ihm inzwischen zugegangenen Sendung die Aufrechthaltung der Bestellung erst vom Eingange von Mustern abhängig machen wollte. Klägerin widersprach aber dieser Aenderung, weil sie den Antrag vom 21. Januar 1886 durch eine rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung bereits angenommen hätte und in dieser Auffassung sind ihr beide Instanzgerichte beigetreten. Sie brachte aber sodann Ende Februar 1886 ein erheblich größeres Quantum Pergamyn, als der Bestellung entsprach, statt 93 Centner ca 126 Centner und daher statt ca 48 Colli 64 Stück – abgesehen von der beigepackten Kiste 556 und den Päcken 550/551 zur Versendung und zwar als Waggonladung, so daß Beklagter auf dem Bahnhofe Kosten das Ganze entweder entgegennehmen oder ablehnen mußte. Sie sandte dem Beklagten eine Faktura, welche den Betrag der Mehrsendung ergab, und eine Spezifikation der einzelnen Colli in welcher die Zahl der Rieß Papier, ihr Format und ihr Gewicht für jedes Colli angegeben war. Beklagter lehnte die Entgegennahme der ganzen Sendung, einschließlich der Kiste 556 und der Päcke 550/551 ab, und begründet dies im Prozeß damit, daß er das Mehrquantum überhaupt nicht zu empfangen brauchte, ihm aber die Pflicht einer Aufbewahrung des Mehrquantums und die umständliche Aussonderung, um zu den der Bestellung entsprechenden Quantitäten zu gelangen, nicht anzusinnen gewesen sei. Klägerin ließ die Sendung in Kosten bei einem Spediteur auf Lager bringen und hat Klage gegen den Beklagten mit dem Antrag erhoben, denselben zu verurtheilen, die ihm von der Klägerin zugesandten bei dem Spediteur Nathan Bick in Kosten für Rechnung des Beklagten

la

lagernden 8 Ctr. 92 Pfd. – es sind dies die Kiste 556 und die Fässer 550/551 – und 126 Ctr. 14 Pfd. Pergament-Papier abzunehmen und am 23. Mai 1886 an Klägerin 6456 M. 12 Pf. nebst 6% Zinsen davon seit dem 23. Mai 1886 zu zahlen. Nach ihrer Behauptung bildete das über die Bestellung vom 21. Januar 1886 hinaus von ihr gesandte Mehrquantum den von früher her noch vorhandenen, mit Genehmigung des Beklagten gearbeiteten Lagerbestand und sie meint, daß Beklagter denselben habe abnehmen müssen. Sie behauptete aber auch ferner, Beklagter habe jedenfalls nicht die ganze Sendung ablehnen dürfen, zunächst keinesfalls die besonders bezeichnete Kiste 556 nebst Fässern 550/551, aber auch nicht das bestellt gewesene Quantum, welches Beklagter nach der übersandten Spezifikation ohne besondere Mühe hätte aussondern können. Beklagter widersprach dem Klagantrage. Die in beiden Instanzen geschehenen Beweisaufnahmen betrafen namentlich die Frage, ob die Aussonderung des bestellten Quantums besondere Mühen und Aufwendungen an Zeit gekostet haben würde, worüber Sachverständige vernommen wurden. Das Gericht erster Instanz nahm an, daß, soweit Beklagter bei Vergleichung der Spezifikation mit den Nummern der einzelnen Colli ohne Oeffnung der letzteren sich das von ihm bestellte Quantum mit unwesentlichen Gewichtsüberschreitungen habe zusammenstellen können, ihm dies auch, als keine besonderen Zumuthungen stellend, obgelegen habe und verurtheilte daher, da es solches für einen erheblichen Theil des bestellten Quantums als möglich annahm, den Beklagten zur Abnahme der danach besonders bezeichneten Fässer (Colli) Papier, sowie der Kiste 556 und der Fässer 550/551 und zur Zahlung von 4241 M. 40 Pf. nebst 6% Zinsen seit dem 25. Mai 1886, wies dagegen die Klägerin mit der Mehrforderung ab. Auf Berufung des Beklagten, welcher sich Klägerin wegen der erfolgten Abweisung anschloß, erkannte aber das Berufungsgericht unter Zurückweisung der Anschließung auf gänzliche Abweisung der Klage. Gegen das Berufungsurtheil legte Klägerin die Revision mit dem Antrage ein, unter Aufhebung desselben nach ihren Anträgen in der Berufungsinstanz zu erkennen. Beklagter beantragte Zurückweisung der Revision. Der Sachverhalt wurde entsprechend den Thatbeständen der Instanzurtheile vorgetragen.

Entscheidungsgründe.

Dem Berufungsgerichte war zunächst der Vorwurf einer Gesetzesverletzung nicht aus seiner Annahme zu machen, daß Klägerin mit Unrecht ohne vorherige Einholung der Zustimmung des Beklagten die Waarensendung um ein Drittel der bestellten Quantität erhöht hatte. Klägerin stützt sich darauf, daß sie die Bestellungen in Bezug auf die Quantitäten stets habe überschreiten dürfen und daß sie mit Genehmigung des Beklagten für diesen die von ihm bestellten Formate habe auf Lager arbeiten dürfen. Allein

ohne

ohne prozessualen Verstoß ist aus der Correspondenz nur entnommen worden, daß kleine Quantitätenüberschreitungen oftmals unwidersprochen geblieben sind und schon in dem der vorliegenden Bestellung unmittelbar vorausgegangenen Schreiben vom 10. Dezember 1885 – Blatt 131 der Akten – hatte Beklagter seine Verwunderung darüber ausgesprochen, daß Klägerin ihm statt blos bestellter 3–4 Centner das ganze auf Lager befindliche Quantum Papier gesandt hatte. Was aber die Zustimmung des Beklagten, daß Klägerin seine Formate über das Maaß der augenblicklichen Bestellungen hinaus auf Lager arbeite, anlangt, so ging, wenn hierdurch eine Verpflichtung des Beklagten, diese Bestände abzunehmen, begründet worden sein sollte, dieselbe doch nach den betreffenden Aeußerungen des Beklagten in der Correspondenz nur dahin, diese Bestände successive nach Bedarf abzunehmen. Diese Verpflichtung konnte zu Ungunsten des Beklagten nicht dadurch eine Veränderung erfahren, daß, wie Klägerin meint, Beklagter in Betreff der Qualität der ausgeführten neuen Bestellung an den gesandten Mustern derselben unbegründete Ausstellungen gemacht hatte. Selbst bei einem wirklichen Abbruche der Beziehungen – und ein solcher hatte zur Zeit der Sendung zu Ende Februar 1886 noch nicht stattgefunden – würde Klägerin nicht berechtigt gewesen sein, den etwaigen Restlagerbestand dem Beklagten auf einmal ohne Rücksicht auf dessen derzeitigen Bedarf und die Möglichkeit seiner Unterbringung und ohne vorherige Aufforderung an den Beklagten zu entsprechenden Vorschlägen zuzusenden. Es erscheint deshalb nicht zutreffend, wenn Klägerin bei der Revisionsbegründung ausgeführt hat, es hätte sich ja darüber noch reden lassen, ob Beklagter für die die Bestellung übersteigende Waare den Preis zu derselben Zeit, wie für die bestellte, hätte zahlen müssen und er hätte jedenfalls die erstere Waare auch empfangen müssen. Zudem gab weder die Faktura noch das Verhalten der Klägerin im Prozesse einen Anhalt dafür, daß sie eine solche Unterscheidung zu machen geneigt sei.

Es kommt daher darauf an, ob, indem Klägerin nicht blos die bestellte Waare, sondern eine dieselbe um ein Drittel übersteigende Quantität dem Beklagten zugehen ließ, sie in richtiger Weise demselben die bestellte Waare angeboten hat. Die Sendung der gesammten Waare erfolgte vermöge ihrer Abfertigung als Waggonladung in der Weise, daß Beklagter von der Bahnverwaltung in Kosten nur die Gesammtladung entgegen nehmen konnte, also sich auch des die Bestellung übersteigenden Theils der Waare annehmen mußte und daher für dessen Aufbewahrung zu sorgen gezwungen wurde. Läßt man zunächst die beigepackte Kiste Nr. 550 mit den Päcken 550/551 außer Betracht, so möchte es, sofern sich die bestellten 93 Centner aus der Gesammtquantität ohne besondere Umstände au-

son

sondern ließen, bedenklich sein, das Angebot blos deshalb als ein nicht vertragsmäßiges zu erachten, weil, um die 93 Centner, bez. 48 Colli, zu erhalten, der Käufer sich zugleich im Interesse des Verkäufers noch weiterer 33 Centner, bez. 16 Colli, hätte annehmen müssen, in Betreff deren ihm eine gesetzliche Pflicht der Fürsorge nach Artikel 348 des Handelsgesetzbuchs nicht oblag, weil in Betreff ihrer ein zur gedachten Zeit auszuführendes Versendungsgeschäft gar nicht geschlossen war. Wegen der bestandenen Geschäftsverbindung läßt sich wohl geltend machen, daß bei solchem Verhältniß der wirklichen Bestellung zu der Sendung dem Beklagten durch Unterbringung des mehr Gesandten bei einem Spediteur für Rechnung der Klägerin nicht zuviel zugemuthet wurde und daß es der Treue im Verkehr entsprach, nicht durch Ablehnung einer solchen Fürsorge das Angebot der ohne Schwierigkeiten aussonderungsfähigen, wirklich bestellten Waare wirkungslos zu machen. Aber das Berufungsgericht hat in Würdigung der Gutachten der vernommenen Sachverständigen angenommen, daß die Aussonderung der bestellten Waare nicht ohne besondere Umstände und Aufwendungen von Zeit, welche dem Beklagten nicht zuzumuthen waren, möglich war. Diese Annahme entzöge sich der Nachprüfung Seitens des Revisionsgerichts als rein thatsächlich und diskretionär, selbst wenn ihre Grundlage nur darin beruhte, daß das Gericht auf Grund des Gutachtens des Papierhändlers Friedlaender angenommen hätte, die Aussonderung der bestellten Waare auf Grund der Spezifikation hätte auch ohne Oeffnung einzelner Collis die Verwendung von zwei Arbeitern für die Dauer eines Tages erfordert. Aber die Annahme fußt auf weiter gehenden Grundlagen, indem das Berufungsgericht darauf hinweist, daß, wie dies auch thatsächlich richtig ist, nach der Spezifikation bei einem sehr großen Theile der einzelnen Colli das angegebene Rießgewicht bald ein geringeres, bald ein größeres, als die Bestellung bedungen hatte, war und die Einwirkung, welche diese Abweichungen auf die Empfangbarkeit und die Preisbestimmung ausübten, unter den Parteien streitig ist, so daß es für den Beklagten zweifelhaft sein mußte, welche Colli er als auf die Bestellung sich beziehend ansehen durfte und sich danach die fernere Begutachtung des Friedlaender erklärt, daß die Oeffnung einzelner Colli unbedingt erforderlich gewesen wäre. Hinzufügen hätte sich noch lassen, daß Beklagter bei der Bestellung die Lieferung festeren Papiers als bisher begehrt hatte, so daß auch in dieser Beziehung ohne Oeffnung der Colli nicht erkennbar wurde, was gegenüber dem Lagerrestbestande den Gegenstand der neu ausgeführten Bestellung bildete. Daß aber kein vertragsmäßiges Angebot der Lieferung vorlag, wenn Beklagter erst unter besonderen Schwierigkeiten aus dem gesammten Quantum den wirklichen Gegenstand der Vertragserfüllung auszusondern in die Lage kommen

konn-

konnte, unterliegt keinem Bedenken. Sache des Verkäufers ist es, das Angebot in gehöriger, den Gegenstand, der die Erfüllung bilden soll, bestimmt individualisirender Weise zu machen und nur leichte Mühen ihm für diesen Zweck bei Irrungen oder Unregelmäßigkeiten dabei abzunehmen, kann dem Käufer vermöge der Anforderungen der Verkehrstreue angesonnen werden. Vergl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Band 18 Seite 243.

Was aber die beigepackte Kiste nebst den zwei Säcken anlangt, so war hier allerdings eine weitere Thätigkeit für eine Aussonderung nicht erforderlich. Aber hier kommt in Betracht, daß das gesammte andere Gut wegen der Nichtaussonderung der 93 Centner, die allein die Bestellung bildeten, eine Waare war, deren sich Beklagter nicht anzunehmen brauchte, daß aber Beklagter jene Kiste mit den zwei Säcken nur erlangen konnte, wenn er zugleich die Fürsorge für die gesammte andere Sendung übernahm. Beklagter hätte demnach, um 3 Ctr. 92 ℔. Papier empfangen zu können, die weiteren 126 Ctr. 14 ℔. annehmen und dieselben entweder bei sich unterbringen oder von einem Spediteur abholen und zur Lagerung bringen lassen müssen. Der Annahme des Berufungsgerichts, daß Beklagter hierzu nicht verpflichtet war, unterliegt in Anbetracht der Größe des Unterschiedes zwischen den in Betracht kommenden Quantitäten und da dem Spediteur gegenüber immer doch zunächst der Beklagte als der Auftraggeber die Haftung für dessen Bemühungen hätte übernehmen müssen, keinem Bedenken, so daß auch in Betreff dieser Kiste und Säcke ein zutreffendes Angebot nicht erfolgt ist.

Die Revisionsklägerin meint, auch bei Annahme, daß das Angebot der Waare ein fehlerhaftes gewesen, könne sie doch ihr Recht auf Abnahme des Bestellten nicht verwirkt haben und sie meint, daß ihr Klagantrag doch mindestens eventuell auf Abnahme des bestellten Quantum gegen Zahlung des darauf entfallenden Preises gerichtet gewesen sei und daß insoweit der Klage hätte entsprochen werden müssen. Allein mittels der Klage, deren Antrag dahin gerichtet war, den Beklagten zu verurtheilen, die ihm von der Klägerin zugesandten, bei dem Spediteur Nathan Bick für Rechnung des Beklagten lagernden 3 Ctr. 92 ℔. und 126 Ctr. 14 ℔. Pergamyn-Papier abzunehmen und an Klägerin 6456 M. 12 Pf. nebst Zinsen zu zahlen, hat Klägerin nur das bisherige unzureichende Angebot der Waarenlieferung fortbethätigt und die Abnahme und Preiszahlung auf Grund dieses Angebots verlangt. Es ist nicht ersichtlich, wie das Gericht hier zu einer Entscheidung darüber, welche Ballen Papier Beklagter als die bestellten abzunehmen und zu bezahlen habe, hätte kommen sollen, ohne daß dem Beklagten zugemuthet würde, sich aus dem beim Spediteur lagernden Waarenquantum diejenigen Ballen

mittels Prüfung und Untersuchung des ganzen Quantums auszu-
suchen, die er als die bestellte Waare annehmen wolle. Dies war
aber dem Käufer nicht anzusinnen. Vielmehr wäre es Sache der Klägerin
gewesen, diese Aussonderung vorzunehmen und ein neues richtiges Ange-
bot zu machen und dies hätte sie, da das Beanstandungsschreiben des Beklag-
ten vom 25. Februar 1886 Blatt 136 der Akten in Bezug auf den Grund der
Beanstandung, namentlich bei Berücksichtigung des Umstandes, daß der
Spediteur der Klägerin der Waggonladung noch über 60 Centner Zinkplatten
beigepackt hatte, unklar war, wohl auch noch nach Ablauf der ihr in jenem
Schreiben gestellten Nachfrist, also muthmaßlich auch noch nach Anstellung der
Klage mit Wirkung thun und entsprechend solchem neuen Angebot ihren Kla-
geantrag ändern können. Aber, obwohl sie aus den Anführungen des Be-
klagten im Prozesse den Grund seiner Beanstandung deutlich ersah, ist
sie bei dem Standpunkte, daß ihr bisheriges Angebot zutreffend war, ver-
blieben und hat auf dieses hin die Verurtheilung des Beklagten verlangt.
Es braucht deshalb nicht noch besonders erörtert zu werden, ob denn Be-
klagter nach der Art des gestellten Klageantrages, wonach die Waare
bei Bick für Rechnung des Beklagten lagern sollte, die Waare anders
als unter Zahlung der Lagerkosten an den Spediteur Bick bei diesem hät-
te herausnehmen können. Das Gleiche gilt aber auch von dem in der beson-
deren Kiste nebst den beiden Päcken enthaltenen Papier. Klägerin hat
auch im Prozeß nirgends zu erkennen gegeben, daß Beklagter beim Spe-
diteur Bick dieses Papier für sich allein solle herausnehmen dürfen und
Beklagter mußte ohne solche den bisherigen Standpunkt der Klägerin mo-
dificirende Erklärung annehmen, daß er dort nur die gesammte Waare
oder gar nichts erhalten könne.

Wenn die Revisionsbegründung für den Fall einer derartigen
Auffassung des Klageanspruches die geschehene Abweisung der Klage nur
als eine Abweisung in der angebrachten Art ansieht und in dem Revi-
sionsurtheil eine Orientirung darüber, ob nicht demnach auf ein neues,
dem richtigen Standpunkt entsprechendes Angebot Beklagter noch jetzt
zur Abnahme der bestellten Waare verpflichtet sei, erwartet, so ist in
dieser Beziehung nur zu bemerken, daß die Klägerin mit ihrer Klage
auf Abnahme und Kaufpreiszahlung sowohl in Betreff der 8 Ctr. 92 ℔.
wie der in den 126 Ctr. 14 ℔. enthaltenen bestellten Waare abgewiesen
ist, weil die Art des Andienens dieser Waare keine vertragsmäßige
war. Ob Klägerin noch jetzt durch ein neues vertragsmäßiges Ange-
bot die Wirkungen ihres Verzuges beseitigen und damit Erfüllung des
Vertrages beanspruchen kann, dies zu erörtern, liegt für das Revisions-
gericht keine Zuständigkeit vor.

Hier-

Hiernach war die Revision als unbegründet zurückzuweisen und trafen die Revisionskläger gemäß §. 92 Absatz 1 der Civilprozeßordnung die Kosten der Revisionsinstanz.

gez. Dr. Drechsler. Dr. von Hahn. Dr. Boisselier. Dr. Wiener
Dr. Hambrook. Dr. Bolze. Rehbein.

Verkündet in der öffentlichen Sitzung des Ersten Civil-Senats des Reichsgerichts vom 9. Januar 1889.

gez: Rabe, Aktuar,
als Gerichtsschreiber.

I. 276/1888.

Werth des Streitgegenstandes:
5400 bis 6700 M.