

Festschrift für Martin Wolff

Herausgegeben von
ERNST VON CAEMMERER,
F. A. MANN,
WALTER HALLSTEIN
und LUDWIG RAISER

Mohr Siebeck

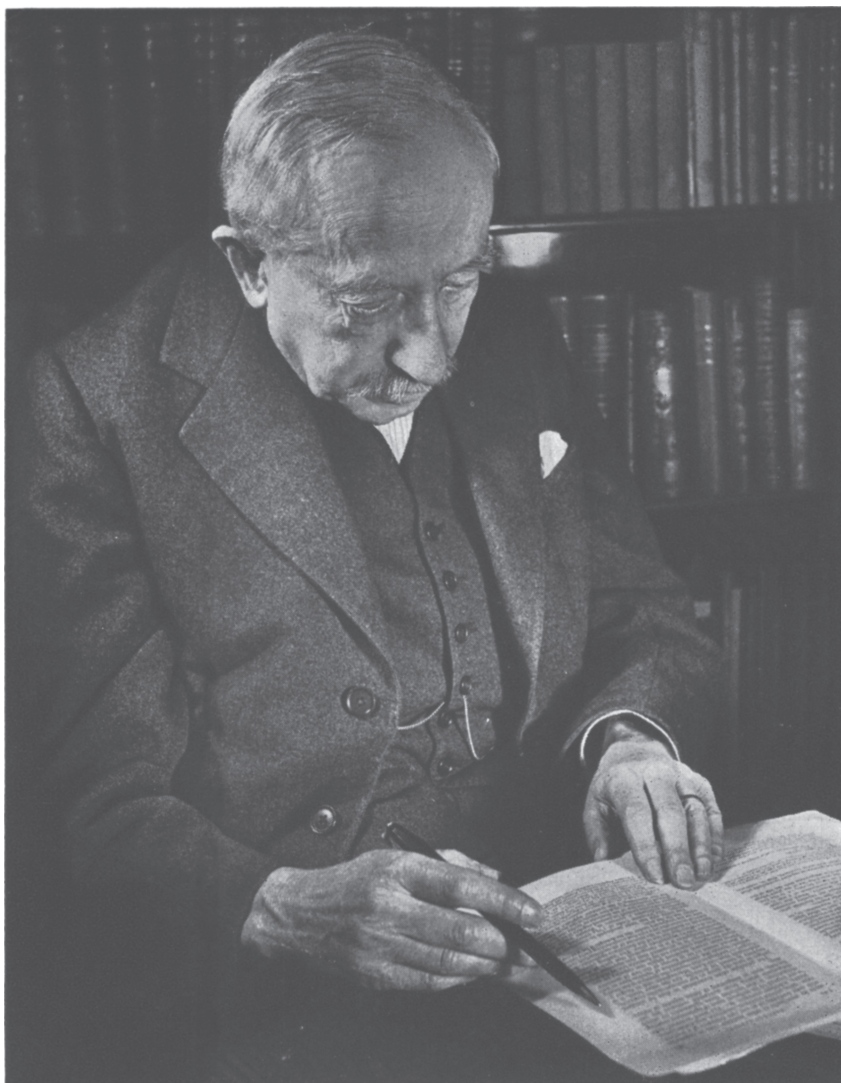


Photo Ilse Bing 1950

Martin Wolff

FESTSCHRIFT
FÜR
MARTIN WOLFF

Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht

Herausgegeben von

Ernst von Caemmerer

Walter Hallstein

F. A. Mann

Ludwig Raiser



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany
1952
Druck : Buchdruckerei Eugen Göbel, Tübingen

eISBN 978-3-16-168029-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

WIDMUNG

Am 26. September 1952 wird *Martin Wolff* achtzig Jahre alt.

Einige seiner Schüler und Freunde, über viele Länder verstreut, aber verbunden durch die Zuneigung zu ihm, haben sich zusammengefunden, um dem Gelehrten und Lehrer mit einer wissenschaftlichen Gabe ihre Dankbarkeit und ihre Verehrung zu bezeugen.

Das wissenschaftliche Werk dieses Meisters des Zivilrechts, der Rechtsvergleichung und des internationalen Privatrechts spricht für sich selbst; es hier rühmen zu sehen, würde ihm, dem bescheidensten aller Gelehrten, widerstreben. Aber von der schönsten Frucht seiner Lebensarbeit, die nicht in Bibliotheken ruht, dürfen und müssen wir reden. Fast zwei Generationen lang haben junge Menschen, die zum Studium des Rechts nach Marburg, Bonn oder Berlin kamen, im Banne des ungewöhnlichen Lehrers gestanden und sind von ihm für die Liebe zum Recht gewonnen und für den strengen Dienst am Recht geformt worden. In ihnen allen klingt bis heute die Stimme fort, die so leise und doch so eindringlich zu scharfer Logik, zu behutsamem Wägen, zu kritischer Prüfung, zu selbständigem Denken zu rufen verstand; sie fühlen noch den Blick auf sich gerichtet, der kein Ausweichen vor der juristischen Entscheidung zuließ.

Von solchem Erziehungswerk soll dieses Buch auch denen künden, die dem schon lange seinem Wirkungskreis entzogenen Lehrer nicht begegnet sind. Ihm selbst aber soll es sagen, daß er in den Herzen der Herausgeber und Mitarbeiter und einer großen Schar von Schülern und Freunden, die in diesem Band nicht zu Wort kommen konnten, unvergessen fortlebt.

Ernst von Caemmerer
F. A. Mann

Walter Hallstein
Ludwig Raiser

INHALTSVERZEICHNIS

Erster Teil:

ZIVILRECHT

Dr. ERNST VON CAEMMERER, ord. Professor an der Universität Freiburg	
Falschlieferung	3
Dr. HANS DÖLLE, ord. Professor an der Universität Tübingen, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht	
Bemerkungen zur Blankozession. Ein Beitrag zur Lehre von den subjektlosen Rechten	23
Dr. KONRAD DUDEN, Rechtsanwalt in Mannheim	
Die „Nicht-Umstellung“ der Reichsmarkverbindlichkeiten des Deutschen Reiches	33
Dr. CH. N. FRAGISTAS, ord. Professor an der Universität Thessalonike	
Der Rechtsmißbrauch nach dem griechischen Zivilgesetzbuch . . .	49
Dr. FRIEDRICH KESSLER, Professor of Law; Law School, University of Yale	
Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht	67
Dr. STEPHAN KUTTNER, Professor of Law, The Catholic University, Washington D. C.	
Papst Honorius III. und das Studium des Zivilrechts	79
F. H. LAWSON, D. C. L., of Gray's Inn, Barrister-at-law, Fellow of Brasenose College Oxford, Professor of Comparative Law in the University of Oxford	
Rights and other Relations in rem	103
Dr. LUDWIG RAISER, ord. Professor an der Universität Göttingen	
Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz	123
Dr. THEODOR SÜSS, ord. Professor an der Universität Köln	
Das Traditionsprinzip – Ein Atavismus des Sachenrechts	141
Dr. Pan. J. ZEPOS, ord. Professor an der Universität Thessalonike	
Der Schadenersatz nach Ermessen des Richters im griechischen Zivilgesetzbuch	167

Zweiter Teil:

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

Dr. OTTMAR BÜHLER, ord. Professor an der Universität Köln	
Der völkerrechtliche Gehalt des internationalen Privatrechts . . .	177
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Abogado del Colegio de Abogados de Madrid, Professor de la Universidad Nacional de Tucumàn	
Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts .	203
Dr. HEINRICH KRONSTEIN, Professor of Law, Law School, Georgetown University, Washington D. C., Honorarprofessor an der Universität Frankfurt	
Neue amerikanische Lehren zum internationalen Privatrecht im Lichte des amerikanisch-europäischen Kartellkonflikts	225
Dr. h. c. A. N. MAKAROV, Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Membre de l'Institut de Droit International	
Der allgemeine Teil des internationalen Privatrechts im Entwurf des neuen französischen Kodifikationswerkes	247
Dr. F. A. MANN, LL.D. (Lond.), Rechtsanwalt (Solicitor) in London	
Zum Problem der Staatsangehörigkeit der juristischen Person . .	271
J. H. C. MORRIS, D. C. L., of Gray's Inn, Barrister-at-law, Fellow and Lecturer of Magdalen College, Oxford, University Reader in Conflict of Laws	
The recognition of polygamous marriages in English law	287
Dr. Dr. WILHELM WENGLER, ord. Professor an der Freien Universität Berlin	
Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht	337
Dr. ERNST WOLFF, Honorarprofessor an der Universität Köln; vorm. Präsident des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone	
Personalstatut für Gesellschaften, Vereine und Stiftungen (Entwurf eines Abkommens der 7. Haager Konferenz für internationales Privatrecht)	375
VERZEICHNIS DER SCHRIFTEN MARTIN WOLFFS	401

ERSTER TEIL

ZIVILRECHT

FALSCHLIEFERUNG

VON

ERNST VON CAEMMERER

I.

In seinem unvergeßlichen Kolleg über Handelsrecht rühmte *Martin Wolff* seinen Hörern die Kühnheit, mit der das *Reichsgericht* in seiner Entscheidung vom 18. 12. 1914 (RGZ 86, 90) über den klaren Wortlaut des § 378 HGB hinausgegangen ist. Hat der Käufer Ware als nicht vertragsgemäß gerügt, so sollen sich seine Rechtsbehelfe nach Gewährleistungsrecht richten, ohne daß man zu unterscheiden brauchte, ob mangelhafte Ware oder Ware anderer Gattung geliefert war. Das Reichsgericht, das mit dieser Entscheidung dem *Staub*schen Kommentar gefolgt ist, sieht selbst¹, daß der Wortlaut des § 378 HGB seine Auffassung nicht deckt. § 378 HGB erstreckt nur die Rügepflicht des § 377 auf die Fälle der Falschlieferung. Aber Sinn und Zweck des Gesetzes, so meint das Reichsgericht, gingen weiter:

„In zahlreichen Fällen des Handelsverkehrs ist die Entscheidung der Frage, ob es sich um die Lieferung einer mangelhaften oder um die Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware handelte, eine durchaus schwierige. Eine feste Grenze ist zwischen beiden oft nicht zu ziehen; es erscheint häufig willkürlich, das eine oder das andere anzunehmen. Dabei hat die Unterscheidung der beiden Fälle keine innere Berechtigung; sie stehen sich innerlich gleich.“ Wollte man die Gleichstellung der Lieferung anderer Ware mit den Fällen mangelhafter Lieferung nur auf die Rügelast beziehen, „so würde bei erhobener Rüge sofort wieder zu unterscheiden sein, ob es sich um das eine oder das andere handelte; es würde also die Streitfrage, die der Gesetzgeber im Interesse des Verkehrs und entsprechend dessen Erfordernissen beseitigen wollte, nicht beseitigt und die innerlich begründete Gleichstellung der beiden sachlich gleichliegenden Fälle nicht erreicht sein.“

¹ RGZ 86, 92.

Gewiß haben sich gewichtige Stimmen für den Standpunkt des Reichsgerichts ausgesprochen. So neben dem *Staub*schen Kommentar² vor allem *Ritter*³, *Müller-Erzbach*⁴ und natürlich diejenigen Autoren, die bereits für das bürgerliche Recht die Andersartigkeit der gelieferten Sache wie einen Mangel behandeln wollen⁵. Gleichwohl ist aber doch die Opposition gegen die Auffassung des Reichsgerichts so stark⁶, daß *Großmann-Doerth* die Entscheidung RGZ 86, 90 als einen Durchbruch der Vernunft bezeichnen konnte, der umso höher zu werten sei, als die Wissenschaft ihre Unterstützung hier bisher fast ganz versagt habe⁷. Dabei steigert sich bei den Gegnern des Reichsgerichts die Schärfe der Kritik. So heißt es etwa im *Schlegelbergerschen* Kommentar, die Forderung des Reichsgerichts beruhe auf einem Denkfehler, an dem nur erstaunlich sei, daß er 25 Jahre lang sich als sogenannte herrschende Meinung habe halten können. Die Prüfung, ob ein Qualitätsmangel oder eine Substanzverschiedenheit vorliege, sei in keinem Streitfall vermeidbar; es bleibe ein frommer Glaube der Gegenmeinung, daß sie bei der Anwendung des § 378 HGB in der von ihr gewünschten Art vermieden werden könne.

Diese sich gegen das Reichsgericht wendende Entwicklung der deutschen handelsrechtlichen Literatur überrascht einigermaßen. Alle Reformbestrebungen gehen darauf hin, Falschlieferung und mangelhafte Lieferung in den Rechtsfolgen gleich zu behandeln⁸. Der im November 1951 im Haag verhandelte Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über den internationalen Warenkauf sieht ebenfalls für den breiten Bereich der möglichen Zweifelsfälle eine Gleichbehandlung der Falschlieferung

² *Staub-Koenige*, § 378 Anm. 10 und in dessen Fortführung RGR-Komm. z. HGB (*Heinichen*, 1943), § 378 Anm. 10.

³ *Ritter*, HGB (1932) § 378 Anm. 6.

⁴ Handelsrecht (2./3. Aufl.) S. 562; ferner *Neufeld-Schwarz*, HGB (1931) § 378 Anm. 9; eingehend tritt für das RG ein: *Hein*, ZHR 87, 54 ff.

⁵ *Heck*, Schuldrecht, § 88 Nr. 8–10; *Leonhard*, Schuldrecht, II S. 82; *Flume*, Eigenschaftsirrthum und Kauf (1948) S. 114; *Raape*, AcP 150, 491 (493).

⁶ Gegen das RG vor allem *Düringer-Hachenburg-Hoeniger*, HGB (1932) § 378 Anm. 6; *Oertmann*, Ehrenbergs Hdb. IV, 2 § 76 S. 523 und ZHR 80, 48 ff.; *O. v. Gierke*, Deutsches Privatrecht, III S. 488; *J. v. Gierke*, Handelsrecht (1949) S. 425 und noch neuerdings ZHR 114 (1951) 89; *Schlegelberger* u. a., HGB (1939) § 378 Anm. 2 und 3; *Baumbach-Duden*, HGB (1951) § 378 Anm. 3 B; *Heymann-Kötter*, HGB (1950) § 378 Anm. 2; *Capelle*, Handelsrecht (1951) S. 87 f.

⁷ *Großmann-Doerth*, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung (1934) S. 183.

⁸ So *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen (1936) S. 49 f. und § 26 des von ihm vorgelegten Entwurfes des Akademie-Ausschusses.

nicht nur hinsichtlich der Rügepflicht sondern auch in den Rechtsbehelfen des Käufers vor⁹. In ihm wird auch sonst in der parallelen Regelung von Nichterfüllung und Mängelhaftung auf eine im grundsätzlichen einheitliche Behandlung aller Fälle der Vertragswidrigkeit wenigstens hingearbeitet^{9a}. Sieht man auf die Entwicklung des deutschen Schuldrechts in der Rechtsprechung wie in der Wissenschaft, so wird man bei aller Vorsicht in der Deutung von noch nicht abgeschlossenen Entwicklungslinien doch annehmen dürfen, daß sie in die gleiche Richtung weisen. Es war ein kleiner Schritt auf diesem Wege, wenn man bei der Revision des HGB durch § 378 zunächst hinsichtlich der Rügepflicht über die hier in der Rechtsprechung zu Art. 347 ADHGB aufgetretenen willkürlichen Differenzierungen zwischen Mängeln und Gattungsverschiedenheit hinwegkommen wollte¹⁰. Ein solcher Schritt des Gesetzgebers birgt, wenn er nicht in der genügenden Breite angelegt ist, die Gefahr in sich, der Entwicklung nicht vorwärts zu helfen, sondern sie unzeitig auf einer unvollkommenen Stufe festzuhalten. Das Reichsgericht ist dieser Gefahr begegnet, indem es den Gedanken des Gesetzgebers weitergedacht und ausgebaut hat. Es war im Jahre 1914 verständlich, daß das nur auf dem vom Reichsgericht eingeschlagenen Wege einer ausdehnenden Interpretation des § 378 HGB geschehen konnte und nicht durch eine Neudurchdenkung des ganzen Bereichs der Mängelhaftung. Schreitet die Rechtsprechung in solcher Weise auf einem Gebiet vorwärts, so ergeben sich leicht gewisse Spannungen und Inkongruenzen gegenüber dem bisherigen System. Es ist nicht Aufgabe der Wissenschaft, hier einzuhaken und die Rechtsprechung von solchen nicht vermeidbaren Unstimmigkeiten her zu kritisieren.

Daß sie das getan hat, ist das Entscheidende, was an der Kritik *Oertmanns* auszusetzen ist, auf dessen Darlegungen¹¹ sich noch heute die Ablehnung der Entscheidung des Reichsgerichts in der Literatur im

⁹ Art. 38. Quand les défauts prévus à l'article 37 sont tels qu'il puisse y avoir doute sur le point de savoir si la chose livrée n'est pas une chose autre que celle prévue au contrat, ce sont les présentes règles sur la garantie des défauts qui doivent être seules appliquées.

Il en est de même si, les défauts prévus au même article 37 portant sur un excédent ou un déficit dans la quantité, il peut y avoir doute sur le point de savoir s'il n'y a pas violation des règles sur la délivrance.

^{9a} Vgl. *Rabel*, *RabelsZ* 17 (1952) 223.

¹⁰ Vgl. dazu im einzelnen die Denkschrift zum Entwurf eines HGB (1896) S. 225 f. und übereinstimmend die Denkschrift zur Reichstagsvorlage (1897) S. 242 f.

¹¹ JW 1916, 1462; ZHR 80, 48; Ehrenbergs Hdb. IV 2 §§ 66 und 76.

wesentlichen stützt. Das Ergebnis, zu dem *Oertmann* selbst kommt, wird allerdings von niemandem mehr voll gebilligt. Nach *Oertmann* bedeutet das Unterbleiben der Mängelrüge nur, daß der Käufer das zu wenig Gelieferte nicht mehr nachfordern und das fälschlich Gelieferte nicht mehr zurückweisen darf. Zu bezahlen aber brauche er nur, was er tatsächlich erhalten hat. Auch ohne Untersuchung und Rüge soll also der Käufer gegenüber der Preisklage einwenden dürfen, die Lieferung habe ein Manko enthalten. Wenn der Verkäufer gleichwohl volle Bezahlung erhalte, dann liefe das auf ungerechtfertigte Bereicherung hinaus, sagt *Baumbach*¹² im Anschluß an *Oertmann*. Ebenso brauche der Käufer, der mangels Untersuchung und Rüge ein geringerwertiges „aliud“ behalten müsse, nur den für dieses angemessenen Preis und nicht den Vertragspreis zu bezahlen. Bei einer solchen Auslegung verliert § 378 HGB seine praktische Bedeutung völlig. Auch wenn die Rüge unterblieben ist, ist die Unterscheidung zwischen Schlecht- und Falschlieferung, die das Gesetz überflüssig machen wollte, keineswegs gegenstandslos. Auf sie kommt es nach *Oertmann* vielmehr gerade an. Hatte der Verkäufer Speisekartoffeln geliefert, so kann der Käufer, der nicht untersucht und gerügt hat, wegen der Minderwertigkeit der gelieferten Ware keinen Preisabzug machen, gelingt es ihm aber, die schlechten Kartoffeln als Futterkartoffeln und damit als andere Warengattung zu deklarieren oder darzulegen, daß der Waggon 10 % Dreck enthalten habe, daß also um soviel zu wenig Kartoffeln geliefert seien¹³, so kann der Käufer den im Hinblick darauf angeblich überzahlten Preis noch dreißig Jahre lang zurückfordern.

II.

Die erwähnten Inkongruenzen, die sich bei der Lösung des Reichsgerichts ergeben, beruhen darauf, daß die Behandlung der aliud-Lieferung im bürgerlichen und im Handelsrecht nicht mehr harmoniert, wenn man eine Erstreckung des Gewährleistungsrechts auf die Fälle der Falschlieferung allein aus § 378 HGB entnimmt und damit auf dessen Anwendungsbereich beschränkt. Hier mußte also angesetzt und der Gedanke des Reichsgerichts weiter gedacht werden. Bevor dem jedoch weiter nachgegangen wird, darf gegenüber der scharfen Kritik etwa im *Schlegelbergerschen* Kommentar doch rekapituliert werden, warum die Entscheidung des Reichsgerichts eine solche Kritik nicht verdient,

¹² *Baumbach*, HGB § 378 Anm. 3 A.

¹³ Vgl. ROHG 2, 60; KG OLG 38, 209.

auch wenn man sich, wie es das Reichsgericht damals kaum anders konnte, auf den Boden bürgerlichrechtlicher Verschiedenbehandlung von Schlecht- und aliud-Lieferung stellt. Es besteht sonst die Gefahr, daß die Praxis in ihrer Haltung irre werden könnte und anstatt den notwendigen nächsten Schritt in der vom Reichsgericht eingeschlagenen Richtung zu tun, von der Haltung der neueren Literatur unsicher gemacht, einen Weg einschlägt, der mir ein Rückschritt erschiene.

Das Reichsgericht hat übrigens selbst in der Frage nicht noch einmal zu entscheiden gehabt. Auf das Urteil RGZ 86, 90 folgen bis zur Mitte der zwanziger Jahre noch einige Entscheidungen, in denen beiläufig vom Prinzip jenes Urteils die Rede ist¹⁴. Im wesentlichen geht es jetzt um die Bedeutung des Schlußsatzes von § 378 HGB, um den Umfang der dort statuierten Ausnahme von der Rügepflicht¹⁵. Dann hören die Entscheidungen überhaupt auf, sicherlich nicht, weil nunmehr alles geklärt wäre, sondern offenbar weil immer mehr Fälle von Schiedsgerichten entschieden und die staatlichen Gerichte immer seltener mit diesen Fragen befaßt werden. Aber auch für die Praxis der Schiedsgerichte und die Ausgestaltung der formularmäßigen Bedingungen ist es nicht unerheblich, was sich als herrschende Meinung in der Literatur herausbildet.

§ 378 HGB ist auf den Gattungskauf zugeschnitten. *Düringer-Hachenburg*¹⁶ haben gezeigt, daß er auch für Spezieskäufe praktische Bedeutung hat, worauf noch zurückzukommen ist. Der Gattungskauf steht aber so völlig im Vordergrund, daß zunächst von ihm allein die Rede sein darf. Die Übertragung des Gewährleistungsrechts bedeutet hier vor allem, daß der Käufer bei ordnungsmäßiger Rüge wandeln, d. h. die Ware zurückweisen und eine „zweite Andienung“ ablehnen kann, daß er die Ware aber auch unter Preisabzug behalten, also mindern kann, ohne daß diese Rechte davon abhängig wären, ob die vertragswidrige Ware als mindere oder abweichende Qualität anzusehen ist. Es bedeutet weiter, daß der Käufer, der die Ware zurückweist, seinen Anspruch auf Nachlieferung stets nur innerhalb von sechs Monaten und nicht dreißig Jahre lang geltend machen kann. Daß der

¹⁴ RG Warn. 1919 Nr. 8; RG LZ 1919, 1010; 1920, 859 Nr. 4; 1925, 546 Nr. 6.

¹⁵ RGZ 84, 355; 93, 44; 98, 157; 99, 37; RG JW 1917, 710 Nr. 6; 1923, 44 Nr. 2; 1923, 176 Nr. 6; 1924, 1149 Nr. 14; 1926, 2905 Nr. 10; RG LZ 1912, 751 Nr. 6; 1920, 259 Nr. 2; 1920, 859 Nr. 4; 1922, 121 Nr. 9; RG Warn. 1925 Nr. 57.

¹⁶ *Düringer-Hachenburg*, HGB (1. Aufl.) § 378 Note II 3.

Käufer unter Berufung auf § 480 Abs. 2 BGB alsbald Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, fällt dagegen als Unterschied nicht so ins Gewicht¹⁷, wie es anfangs scheinen mochte, als die Praxis das Gebiet der Forderungsverletzung noch nicht so abgerundet hatte, wie es heute der Fall ist. Ist nämlich die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Warengattung zugesichert oder fehlen der gelieferten Ware sonstige zugesicherte Eigenschaften, so findet § 480 Abs. 2 sowieso Anwendung. Hat aber der Verkäufer bei der Lieferung vertragswidriger Ware arglistig gehandelt, so würde man heute dem Käufer, soweit man § 480 Abs. 2 wegen aliud-Lieferung nicht heranziehen zu können glaubt, doch aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung die Möglichkeit einräumen, den Nichterfüllungsschaden alsbald zu liquidieren.

Hängt die Zubilligung dieser Rechtsbehelfe nicht mehr von der „innerlich nicht berechtigten“¹⁸ Unterscheidung zwischen aliud oder peius ab, so hat das Reichsgericht seinen Zweck erreicht, dieselbe der Tendenz des Gesetzes entsprechend für einen weiten Bereich überflüssig zu machen. Daß dies damit gelingt, wird freilich immer wieder bestritten, weil für die Anwendung des letzten Halbsatzes von § 378 HGB doch wieder zwischen Schlecht- und Falschlief erung unterschieden werden müsse¹⁹. Aber damit braucht die Unterscheidung doch nur in den selteneren krassen und eklatanten Fällen getroffen zu werden, in denen die Grenzziehung zwischen peius und aliud keine Schwierigkeiten macht, weil hier die Anschauung des Verkehrs klare Antwort gibt. Fälle aber, in denen man zweifeln kann, fallen schon deshalb nicht unter die Ausnahme von der Rügepflicht. Dabei ist zuzugeben, daß § 378 HGB diese Ausnahmefälle wenig glücklich umschreibt. Woran gedacht war, scheint mir aber doch deutlich zu sein. Wenn ein Lebensmittelhändler einem Gastwirt statt der bestellten Weihnachtskarpfen Gänse oder statt Bienenhonig Kunsthonig für die Verpflegung seiner Gäste sendet, oder wenn einem Teppichhaus statt Orientteppichen deutsche Knüpfteppiche geliefert werden, so wird sich der Empfänger sagen, daß entweder eine

¹⁷ a.A. freilich *DüringerHachenburg-Hoeniger*, HGB § 378 Anm. 6 am Ende; *Staudinger-Ostler*, BGB (10. Aufl.) § 480 Anm. 48; vgl. auch RG JW 1923, 44 Nr. 2; 1924, 1149 Nr. 14.

¹⁸ Denkschrift (1896) S. 226, Denkschrift (1897) S. 243.

¹⁹ So insbesondere *Schlegelberger*, *Düringer-Hachenburg-Hoeniger*, *Baumbach*, *Heymann-Kötter*, am oben Note 6 genannten Ort.

Verwechslung vorliegt²⁰ oder daß der Lieferant, weil er das Versprochene nicht liefern kann, um seinen Kunden zu versorgen, ein anderes Angebot macht, über das man sich nun verständigen muß. Es sind das Fälle, in denen es sich im Grunde, wie die Denkschrift bemerkt, um die Zusendung unbestellter Ware handelt. Der Empfänger kann nicht annehmen, daß der Verkäufer damit den ursprünglichen Kontrakt habe erfüllen wollen. Er hat deshalb keinen Anlaß, zur Untersuchung der Ware zu schreiten, dieselbe zu beanstanden und sich Beweise für ihre Beschaffenheit zu sichern. In solchen Fällen kann der Empfänger eine Rüge als entbehrlich ansehen, wie es das Reichsgericht als Voraussetzung für das Eingreifen der Ausnahme formuliert hat²¹. Und der Verkäufer kann nicht annehmen, daß der Empfänger das Übersandte als Erfüllung betrachten werde. Der Verkäufer muß sich sagen, daß über die von ihm gemachte Lieferung nur ein neuer Kontrakt geschlossen werden kann. Insofern ist die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen zu betrachten, wie es das Gesetz denkbar unglücklich ausdrückt.

In der Rechtsprechung ist die Bestimmung allerdings zuweilen anders ausgelegt worden. Sie wurde vereinzelt benutzt, um neben dem Fall der Arglist des Verkäufers (§ 377 Abs. 5 HGB) ein weiteres Ventil zu schaffen und dem Käufer in krassen Fällen trotz Versäumung rechtzeitiger Rüge helfen zu können. Es ist das wohl ein ähnlicher Gedanke, wie er in den skandinavischen Kaufgesetzen (§ 53) verwirklicht ist. Hier soll der Käufer seine Mängelrechte durch Versäumung der Rüge nicht verlieren, wenn ihm das zu besonderem Schaden gereichen würde. Voraussetzung ist hier freilich grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers, und *Almén*^{21a} hält auch so noch diese Norm für eine bedenkliche Prozeßquelle. Es ist natürlich auf Grund der Wiedergabe der Sachverhalte nicht sicher zu sagen, ob derartige Gesichtspunkte wirklich eine Rolle gespielt haben. Immerhin gibt es eine Anzahl von Entscheidungen, in denen eine solche Annahme doch nahe liegt²². Und wenn das Reichsgericht beim

²⁰ Vgl. RGZ 84, 355; hier lieferte die Verkäuferin statt des bestellten Aluminiumchlorats versehentlich Chloraluminium, was eine für die Zwecke der Käuferin (Spitzen-Appretur) unbrauchbare, zur Vertragserfüllung überhaupt ungeeignete Ware war. Die Käuferin konnte Schadenersatzansprüche geltend machen, ohne gerügt zu haben.

²¹ Vgl. RGZ 98, 159; 99, 39.

^{21a} *Almén-Neubecker*, Das skandinavische Kaufrecht II (1922) S. 181 f.

²² So wurden trotz unterbliebener Rüge dem Käufer Ersatzrechte mit Hilfe von § 378 Halbs. 2 HGB zugebilligt in RG Warn. 1913 Nr. 279 (Futterrübensamen der mit $\frac{2}{3}$ Zuckerrübensamen vermischt und damit zur Aussaat ungeeignet war); RG JW 1917, 710 Nr. 6 (Ziegenfelle statt Kalbfelle zur Herstellung von Tornistern);

Kauf von 1000 engl. Pfund an der Börse dem Käufer, der eine falsche Hundertpfundnote erhielt, trotz Unterbleibens rechtzeitiger Reklamation mit § 378 Halbs. 2 HGB hilft, weil eine gefälschte Banknote ein völliges aliud sei²³, so ist ein solcher Gedankengang offenbar. Es schließt sich dann der Gedanke an, daß schwere Fehler die Sache zu einem aliud machen, um in krassen Fällen die Rügepflicht beiseite zu schieben. Faßt man die Ausnahme des § 378 Halbs. 2 so, dann ist in der Tat nicht einzusehen, warum nicht auch schwerwiegende Qualitätsmängel „genehmigungsunfähig“ sein sollen²⁴. Aber dies ist doch wohl ein Irrweg. Soll wirklich etwa unter Briefmarkenhändlern Untersuchungs- und Rügepflicht entfallen, weil gefälschte Marken ein wertloses Stück Papier und damit ein genehmigungsunfähiges aliud seien? Eine der Funktionen

Hamburg OLG 22, 49 (unpatentierter statt patentierter Dichtungsringe); KG OLG 41, 235 (Wasser mit etwas Weingeist und Benzoldehyd statt garantiert chemisch reinen Bittermandelöls) und neuerdings OLG Hamburg BB 50, 603 (irreführend als „echte Seekrebssuppe“ bezeichnete, im Sinne des Lebensmittelgesetzes verfälschte Ware, die unter ihrer Bezeichnung nicht in den Verkehr gebracht werden durfte).

²³ RG JW 1923, 176 Nr. 6; vgl. auch RGZ 108, 279 und 108, 316 sowie RGR-Komm. z. HGB (Heinichen) Anm. 7 vor § 373; *Staudinger-Ostler*, § 437 Anm. 40–43. Die Gerichte hatten sich in der späteren Inflationszeit mehrfach mit Ansprüchen aus der Hingabe gefälschter ausländischer Banknoten zu befassen. Bei der rapiden Entwertung der Mark war es außerordentlich wichtig, ob der Verkäufer solcher Devisen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmängelhaftung ohne Rüge- (§ 377 HGB) und kurze Verjährungsfrist (§ 477 BGB) auf das Erfüllungsinteresse haftete, wenn sich später herausstellte, daß unter den gelieferten Noten Fälschungen waren. Anders als etwa bei Wechslen greifen m.E. bei Geldstücken und Banknoten, welche Tauschmittel, also Sachen mit Kaufkraft, aber keine Verkörperung von Rechten sind, die Grundsätze der Sachmängelhaftung ein. Wie RGZ 108, 280 mit Recht hervorhebt, entspricht dies dem Zweck der verschiedenen Regelung bei Sach- und Rechtsmängeln. Das Gesetz berücksichtige, daß es sich in dem einen Fall um körperliche, sichtbare und der alsbaldigen Untersuchung zugängliche Gegenstände handle, in dem anderen aber um Rechte, deren Bestand nur durch eingehende, unter Umständen sehr zeitraubende Nachforschungen festgestellt werden könne. Der Reisende, der Devisen am Schalter einwechselt, Reisebüros und Wechselstuben, die abendlich ihre Bestände ausländischer Noten bei einer Bank in Mark umwechseln, haften also, da es sich um Spezieskauf handelt, bei gefälschten Noten nur auf Rückzahlung des Einwechslungsbetrages, tragen aber nicht das Kursrisiko. Anders liegt es dagegen, wenn ausländische Devisen (gattungsmäßig) an der Börse oder bei einer Bank gekauft werden. Hier hat der Käufer bei Lieferung falscher Noten Anspruch auf Ersatzlieferung oder Schadenersatz, der freilich der kurzen Verjährung des § 477 BGB unterliegt und unter Kaufleuten von alsbaldiger Nachprüfung und Reklamation (§ 377 HGB) abhängig ist. Abweichend: *Herold*, Bank A 24, 338.

²⁴ Vgl. *Baumbach-Duden*, § 378 Anm. 2 B.