

Verkündet
am 12. Februar 1959
Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kapitäns Johannes D [REDACTED], R [REDACTED]-Bü [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Reederei S [REDACTED] & B [REDACTED], H [REDACTED], Rö [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1959 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr,
Dr. Haager und Liesecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 18. Juli 1957 aufgehoben. Die Sache
wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vorbehaltsurteil des Landgerichts im Wechselprozeß vom 15. Juni 1951 ist der Beklagte zur Zahlung von 25 000 DM nebst Zinsen und Wechselunkosten verurteilt worden. Die Wechselforderungen der Klägerin beruhen auf dem Verkauf des MS "L [REDACTED]". Aus dem Kaufvertrag hat der Beklagte Minderungs- und Schadensersatzansprüche in Höhe von zuletzt 72 615,37 DM geltend gemacht. In Höhe von 25 000 DM hat er das Bestehen der Klageforderung bestritten und gegen sie aufgerechnet, den verbleibenden Betrag von 47 615,37 DM hat er nebst anderen Ansprüchen im Nachverfahren im Wege der Widerklage geltend gemacht. Den Forderungen und Gegenforderungen liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin hatte den im Jahre 1911 aus Stahl gebauten Dampfer "L [REDACTED]" (ex "E [REDACTED]") vor dem letzten Kriege erworben. Im Jahre 1947 war nach einer Klassenuntersuchung des Schiffes durch den Germanischen Lloyd die Klasse für 4 Jahre verlängert worden. Die Klägerin schloß am 30./31. Dezember 1949 mit der Schiffswerft D. W. Kr [REDACTED] Sohn, El [REDACTED], einen Vertrag über den Umbau des Schiffes zum Motorschiff. In der zum Bestandteil des Vertrages gemachten Baubeschreibung (Bauvorschrift) vom 30. Dezember 1949 war u. a. vorgesehen, daß das Schiff nach dem Generalplan für die Klasse G. L. + 100 A/4 K (E) unter Zugrundelegung der einschlägigen Bestimmungen der Seeberufsgenossenschaft ... umgebaut werden sollte. Das Schiff sollte für alle im normalen Betrieb vorkommenden Betriebszustände gute Stabilitäts- und Trimmeigenschaften haben, insbesondere auch für lange Ballastfahrten über See. Sämtliche Bilgen, Ballasttanks und Vorpiek sollten konserviert, der Laderaum entrostet und zweimal mit gutem Schutz-

- 3 -

anstrich versehen werden. Nach den Eintragungen des später dem Beklagten übergebenen Schiffstagebuchs soll, nachdem bis auf die Bodenwrangen alles aus dem Schiff herausgenommen worden war, die Raumentrostung auf He [REDACTED] in der Zeit vom 13. April bis zum 20. Mai 1950 durchgeführt worden sein. Der Umbau auf der Werft hat unter der Aufsicht des Germanischen Lloyd stattgefunden.

Am 15. August 1950 verkaufte die Klägerin dem Beklagten das umgebaute Schiff. Nach dem Vertrag betrug der Kaufpreis 240 225 DM. Für die bis zum 1. April 1951 zu leistenden Zahlungen hat der Beklagte die den Gegenstand der Klage bildenden Wechsel über 25 000 DM akzeptiert. Im Kaufvertrag war u. a. bestimmt:

Nr. 2. "Das Schiff ist so verkauft und wird so geliefert, wie es von Ihnen bei der Werft von D. W. Kr [REDACTED] Sohn, El [REDACTED], besichtigt worden ist ... Das Schiff wird so geliefert, wie es nach dem Umbauvertrag zwischen der Firma D. W. Kr [REDACTED] Sohn gemäß Bauvorschrift vom 30.12.1949 ... zu liefern ist ..."

Nr. 4. "Ein Aufrechnungsrecht ist ausgeschlossen."

Nr. 7. "Alle zur Zeit der Übergabe des Schiffes vorhandenen Mängel an der Sache und dem Recht gehen zu Ihren Lasten. Eine Gewährleistung unsererseits für Sach- und Rechtsmängel ist ausgeschlossen."

Das Schiff erhielt im Zusammenhang mit den Umbauarbeiten die höchste Klasse des Germanischen Lloyd für die Dauer von 4 Jahren. Am 22. August 1950 fand die Probefahrt statt. Das Schiff wurde dem Beklagten übergeben.

Am 23./24. November 1950 erlitt das in Ballast fahrende MS "I [REDACTED]" auf der Reise von G [REDACTED] nach T [REDACTED] im Kanal schwere Bodenschäden und mußte P [REDACTED] als Nothafen an-



laufen. Die Schiffswerft V [REDACTED] Ltd in P [REDACTED] führte vom 24. November 1950 bis zum 13. Februar 1951 die Bodenreparaturen am Schiff durch.

Nach dem Spruch des Seeamts F [REDACTED] vom 9. Juli 1951 ist der Unfall darauf zurückzuführen, das Teile des Mittelschiffs und der Bodenwrangen stark verrostet waren und bei dem Stampfen und Arbeiten des Ballastschiffes in der groben See bei Gegenwindstärke 5 der Beanspruchung nicht mehr standgehalten haben.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klageabweisungs- und seines Widerklageantrages vorgetragen:

Das ihm verkaufte Schiff habe schwere Mängel aufgewiesen. Entgegen den ihm im Kaufvertrag und auch mündlich gegebenen Zusicherungen habe das Schiff nicht den Anforderungen des Garmenischen Lloyd und der Seeberufsgenossenschaft entsprochen, da viele Eisenteile der Bodenkonstruktion infolge Korrosion nicht die erforderlichen Mindeststärken besessen hätten. Diese Mängel seien ihm arglistig verschwiegen worden. Bei der ersten Besichtigung des Schiffes auf der Werft seien die stark verrosteten Teile bereits durch einen frischen Zementanstrich verdeckt gewesen, so daß er die Verrostungen nicht habe feststellen können. Dagegen seien sowohl der Werft wie den Inspektoren der Klägerin, die den Umbau beaufsichtigten, die Mängel bekannt gewesen. Die Klägerin habe Interesse daran gehabt, die Umbaukosten niedrig zu halten, da sie sich schon im Frühjahr 1950 mit Verkaufsabsichten getragen habe; denn das Schiff sei ihm bereits im März 1950 über die Firma Carl Re [REDACTED] zum Verkauf angeboten worden. Auf die Mängel sei die Havarie Ende November 1950

zurückzuführen. Sein Schaden, zu dessen Ersatz die Klägerin verpflichtet sei, setze sich aus dem Betrag der Rechnung der englischen Schiffswerft zur Beseitigung :
der Bodenschäden von 49 522,57 DM,
den entstandenen Besichtigungs- und
sonstigen Kosten von 3 000,-- "
und dem Verdienstaussfall von 20 092,80 "
72 615,37 DM

zusammen. Weder das Aufrechnungsverbot noch der vereinbarte Ausschluß der Gewährleistung könne ihm entgegengehalten werden.

Die Klägerin beruft sich auf das vereinbarte Aufrechnungsverbot und den Gewährleistungsausschluß. Sie bestreitet die Zusicherung bestimmter Eigenschaften und eine arglistige Verschweigung von Mängeln. Als sie den Umbauvertrag geschlossen habe, habe sie noch die Absicht gehabt, das Schiff im Rahmen der eigenen Flotte zu bereedern. Die Firma Carl Re[REDACTED] habe zu dem angegebenen Zeitpunkt keinen Verkaufsauftrag gehabt. Die Werft habe keinen Anlaß gehabt, den erst 3 Jahre alten Zementaufstrich zu entfernen, um den Zustand der darunter liegenden Flächen festzustellen. Der Beklagte habe nicht davon ausgehen können, daß die Bodenkonstruktion auf ihre Stärke geprüft worden sei. Die Havarie-schäden seien dadurch entstanden, daß man mit dem alten Schiff, dem ein neuer verhältnismäßig starker Motor eingebaut gewesen sei, nur unter Ballast gegen die See angefahren sei.

Das Landgericht hat durch Teilurteil das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt und den Widerklageantrag, soweit darüber jetzt zu entscheiden ist, abgewiesen. Die Be-

rufung des Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine bisherigen Anträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gekommen, daß das MS "I [REDACTED]" bei Vertragsschluß und bei der Übergabe mit Fehlern behaftet gewesen sei, die den Wert oder die Tauglichkeit für den gewöhnlichen Gebrauch und den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch gemindert hätten (§ 459 Abs. 1 BGB). Das Landgericht, dessen Feststellungen im angefochtenen Urteil übernommen sind, hat festgestellt: Sehr wichtige Konstruktionsteile des Bodens (Bodenwrangen und Mittelkielschwein) seien durch Verrostung stark geschwächt, zum Teil vollständig zerstört gewesen. Die vorgeschriebenen Sollstärken seien bei den vom Boden abstehenden Teilen dieser Bodenstücke teilweise bei weitem nicht mehr vorhanden gewesen. Die abstehenden Schenkel der Gegenspantwinkel der Bodenwrangen hätten statt 6,5 mm teilweise nur noch 2 mm Stärke und weniger gehabt; die Mittelkielschwein-Zwischenplatten hätten zum Teil weniger als die Hälfte der Sollstärke gehabt. An einzelnen Stellen habe die Korrosion die Eisenteile vollständig zerstört. Das Schiff sei bei der Übergabe an den Beklagten nicht seetüchtig gewesen. Die Mängel hätten zu den schweren Bodenschäden vom 23./24. November 1950 geführt. Daß dabei ein nautisch fehlerhaftes Verhalten des Schiffsführers mitgewirkt habe, ist

nicht festgestellt.

II. Das Berufungsgericht ist der Auffassung des Beklagten, daß ihm durch Nr. 2 des Kaufvertrages oder durch die Übergabe des Schiffstagebuches bestimmte Eigenschaften, insbesondere die völlige Entrostung des Schiffsbodens, zugesichert worden seien (§ 459 Abs. 2 BGB), nicht gefolgt. Zwar ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß der Umbauvertrag und die Baubeschreibung zum Vertragsinhalt des Kaufvertrages geworden seien. Auch könne, wie im angefochtenen Urteil ausgeführt ist, davon ausgegangen werden, daß die Parteien bei Vertragsschluß die Eigenschaften, die das Schiff nach den Klassenbestimmungen des Germanischen Lloyds haben mußte, als vorhanden vorausgesetzt hätten. Die gemeinsame Vorstellung der Parteien über die Eigenschaften des Schiffes reiche aber nicht aus, um eine Zusicherung dieser Eigenschaften anzunehmen. In der Übergabe des Schiffstagebuches, das Eintragungen über die Durchführung der Entrostungsarbeiten in der Zeit vom 14. April bis zum 20. Mai enthalte, liege keine Zusicherung, da eine solche nur angenommen werden könne, wenn die Erklärung in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben und als vertragsmäßige entgegengenommen werde; das treffe hier nicht zu, weil die Erklärung erst nach dem Vertragsschluß und ohne erkennbaren Verpflichtungswillen der Klägerin durch die bloße Übergabe des Schiffstagebuches erfolgt sei.

Die Revision bekämpft diese Auffassung. Sie meint, Erklärungen über Sacheigenschaften, die von beiden Seiten abgegeben würden, stellten sich immer als Zusicherung der Eigenschaft dar. Zwar liege eine vertraglich nur vorausgesetzte Eigenschaft dann vor, wenn eine beiderseitige Geschäft

grundlage in Frage stehe, wenn nämlich beide Teile einen bestimmten Gebrauch der Kaufsache voraussetzten, ohne daß diese Vertragsbestimmung zum Vertragsinhalt erhoben werde. Hier aber sei vereinbart worden, daß das Schiff so geliefert werden sollte, wie es nach dem Umbauvertrag und der Bauvorschrift zu liefern sei. Dadurch sei die Lieferpflicht der Klägerin bestimmt und die Eigenschaften, die das Schiff nach den Bauvorschriften hätte haben müssen, seien vertraglich zugesichert.

Die Revision muß im Ergebnis Erfolg haben. Allerdings gelten vertragsmäßig nur vorausgesetzte Eigenschaften noch nicht als zugesichert (RGZ 54, 219, 223; 114, 239, 241; 161, 330, 336 f). Verpflichtet sich aber der Verkäufer, dafür einzustehen, daß die Sache bestimmte Eigenschaften besitzt, so sind diese Eigenschaften zugesichert (§ 459 Abs. 2) mit der Folge, daß der Käufer statt der Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn die Eigenschaften der Sache bereits zur Zeit des Kaufabschlusses fehlten (§ 463). Voraussetzung ist also, daß die Erklärung vom Käufer als vertragsmäßige verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde, daß also der Verkäufer die Erklärung über die Eigenschaften mit dem Verpflichtungswillen, für das Vorhandensein der Eigenschaften einzustehen, abgibt; die Erklärung des Verkäufers über die Eigenschaften muß zum Vertragsinhalt gemacht, sie muß Vertragsbedingung geworden sein. Dabei ist es gleichgültig, ob die vertragsmäßige Festlegung einer solchen Eigenschaft vom Verkäufer oder vom Käufer ausgeht (BGH LM BGB § 463 Nr. 2).

Im vorliegenden Fall hat die Verkäuferin (Klägerin) an den Käufer (Beklagten) am 15. August 1950 ein Schreiben gerichtet, das mit den Worten beginnt: "Wir schließen heute folgenden Kaufvertrag", und mit der Bitte schließt, zum Zeichen des Einverständnisses mit diesem Vertrag die beiliegende Kopie zu unterschreiben. Der Beklagte hat am gleichen Tag seine Einverständniserklärung unterschrieben. Das von der Klägerin abgegebene Vertragsangebot war also vom Beklagten unverändert angenommen worden. Nachdem in Nr. 2 des Vertrages zunächst bestimmt ist, daß das Schiff "so verkauft und geliefert" wird, wie es von dem Beklagten bei der Werft besichtigt worden ist, heißt es weiter: "Das Schiff wird so geliefert, wie es nach dem Umbauvertrag ... gemäß Bauvorschrift vom 30.12.1949 ... zu liefern ist ...". Nach dieser Bauvorschrift ist das Schiff für die Klasse G. L. + 100 A/4 K (E) unter Zugrundelegung der Bestimmungen der Berufsgenossenschaft umzubauen, wobei noch ausdrücklich vorgesehen war, daß der Laderaum zu entrostet ist. Die Klassifikationsvorschriften des Germanischen Lloyd enthalten bestimmte Mindeststärken der Bodenkonstruktionsteile. Nach den Unfallverhütungsvorschriften der Seeberufsgenossenschaft muß das Schiff in seetüchtigem Zustand sein; solange die Baulichkeiten Mängel aufweisen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit der Versicherten bedeuten, sind sie der Benutzung zu entziehen. Es war daher das Schiff in seetüchtigem Zustand, insbesondere mit den vorgesehenen Mindeststärken der Bodenteile, zu liefern. Dies setzte voraus, daß das Schiff auf seine Seetüchtigkeit, insbesondere also auch die Bodenteile auf ihre Beschaffenheit und Stärke, geprüft wurden. Dem kann nicht entgegeng gehalten werden, daß die Klasse des Schiffes, die im Jahre 1947 auf die Dauer von 4 Jahren erneuert worden war, im Zeitpunkt des Umbaues noch nicht abgelaufen war. Denn

das Schiff mußte infolge des Umbaues zum Motorschiff eine neue, auf 4 Jahre, also bis zum Jahre 1954 laufende Klasse erhalten. Da nach den Klassifikationsvorschriften des Germanischen Lloyd Maschinenanlagen von Motorschiffen nur klassifiziert werden, wenn auch die Schiffe, in die sie eingebaut werden, Klasse erhalten, so mußte bei den Umbauarbeiten geprüft werden, ob auch für das Schiff die Voraussetzungen für die Klasse gegeben waren. Abgesehen davon ergab sich diese Prüfungspflicht auch aus dem Hinweis auf die Vorschriften der Seeberufsgenossenschaft, die verlangen, daß das Schiff bei Antritt jeder Reise in seetüchtigem Zustand sein muß. In richtiger Erkenntnis dieser Sachlage ist in die Bauvorschrift überdies ausdrücklich die Entrostung des Bodenraumes aufgenommen worden. Daß die Entrostung das Kielschwein und die Bodenwrangen umfassen mußte, ergab sich ohne weiteres aus der Verpflichtung, das Schiff in seetüchtigen Zustand zu versetzen. Dazu kommt, daß es auch nicht zweifelhaft sein kann, daß die Entrostung des Laderaums die Bodenteile umfaßte, da es sich um ein Schiff ohne Doppelboden handelte, das lediglich ein Holzgarnier auf den Bodenwrangen enthielt (Gutachten Fo [REDACTED] vom 20. Mai 1953). Dementsprechend wurde, wie unstreitig, bis zu den Bodenwrangen alles aus dem Schiff herausgenommen. Die Bodenteile mußten daher auf ihre Beschaffenheit geprüft werden, und es bedeutete eine grobe Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn, wie sich aus den festgestellten Mängeln und aus der Aussage des Schiffsbauobermeisters H [REDACTED] bei der Werft ergibt, die Eisenteile mit einem neuen Zementanstrich versehen wurden, ohne daß eine solche Prüfung ordnungsgemäß vorausgegangen war. Wie schwer die für diese Prüfung verantwortlichen Beauftragten der Werft und der Klägerin gefehlt haben, geht aus der gutachtlichen Äußerung des Sachverständigen Dr. Fo [REDACTED]

(ähnlich das Seeamt) hervor, daß das Schiff auf Grund seines geschwächten Bodens in einem durchaus seeuntüchtigen und existenzgefährdeten Zustand gewesen sei, wie es ja vor dem Untergang überhaupt nur durch die Nähe des angelaufenen Nothafens bewahrt worden sei. Die den Anforderungen nicht entsprechenden Teile mußten in einen einwandfreien Zustand versetzt, gegebenenfalls durch neue ersetzt werden. Hierzu war die Werft nach dem Umbauvertrag verpflichtet; sie durfte keinesfalls das Schiff mit derartigen Mängeln zur Probefahrt stellen und dem Beklagten als in angeblich seetüchtigem Zustand befindlich übergeben. Eine ganz andere Frage ist, ob die Werft für die Erneuerung von Bodenteilen, mit der die Vertragsparteien etwa ursprünglich nicht gerechnet haben, eine zusätzliche Vergütung hätte verlangen können (vgl. § 650 BGB). Auch wenn dies zu bejahen wäre und wenn man außerdem annehmen wollte, daß der im Umbauvertrag vorgesehene Preis nicht nur eine bloße Berechnungsgrundlage des Verkäufers für die Höhe des Kaufpreises, sondern von den Kaufvertragsparteien zur Bedingung für die Festsetzung des Kaufpreises erhoben wurde, so würde dies den Verkäufer nur zur Anfechtung des Kaufvertrages berechtigt haben.

War hiernach die Werft verpflichtet, das Schiff in seetüchtigem Zustand zu liefern, so war auch die Klägerin verpflichtet, ("das Schiff wird so geliefert ... , wie es nach dem Umbauvertrag ... zu liefern ist"), das Schiff mit den Eigenschaften zu liefern, die Voraussetzung für die Seetüchtigkeit sind. Daher bietet, was das Berufungsgericht verkannt hat, schon der Wortlaut des Vertrages keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Parteien das Vorhandensein dieser Eigenschaften nur vorausgesetzt und einen seetüchtigen Zustand des Schiffes lediglich in ihre gemeinsame Vorstel-

lung aufgenommen hätten. Es ist aber auch nicht ersichtlich, daß die Erklärung nach Sachlage einen von dem Wortlaut abweichenden Sinn haben konnte. Bei dem Verkauf eines Schiffes mag es zwar häufig vorkommen, daß die Parteien die Seetüchtigkeit des Schiffes lediglich voraussetzen, ohne daß der Verkäufer hierfür einzustehen hätte, ja daß nicht einmal eine gemeinsame Vorstellung der Vertragsparteien in dieser Richtung vorhanden ist. Hier aber hat sich der Verkäufer verpflichtet, ein der höchsten Klasse des Germanischen Lloyd und den Vorschriften der Seeberufsgenossenschaft entsprechendes Schiff zu liefern. Das Berufungsgericht hat keinen Gesichtspunkt aufgezeigt, aus dem sich ergeben könnte, daß im vorliegenden Fall trotz des eindeutigen Wortlauts und Sinnes der Erklärung die Seetüchtigkeit des Schiffes nicht Vertragsinhalt geworden sein sollte. Für eine solche Zusicherung spricht auch die Vereinbarung, daß das Schiff gute Stabilitätseigenschaften, insbesondere auch für lange Ballastfahrten über See haben soll. Auch hieraus wird auf den Verpflichtungswillen der Klägerin zu schließen sein, ein Schiff zu liefern, dessen Bodenkonstruktion beim Stampfen des in Ballast fahrenden Schiffes der Beanspruchung standhalten kann; denn noch so gute Stabilitätseigenschaften sind nutzlos, wenn der Boden des Schiffes den Anforderungen der Seetüchtigkeit nicht entspricht. Der bisher festgestellte Sachverhalt drängt zu der Auffassung, daß die Seetüchtigkeit des Schiffes sogar ein ganz wesentlicher Inhalt der Vertragsbestimmungen selbst ist. Etwas anderes würde sich auch nicht ergeben, wenn, wie die Revisionsbeantwortung meint, die Klägerin kein Risiko eingehen wollte, das sie ihrerseits durch den Vertrag mit der Werft nicht abgedeckt hat. Hätte die Klägerin sich dahin verpflicht-

tet, das Schiff so zu liefern, wie es von der Werft geliefert wird, so könnte möglicherweise im Wege der Auslegung die Annahme einer Zusicherung der Seetüchtigkeit, auf die aus der Verweisung auf den Umbauvertrag und die Bauvorschriften geschlossen werden kann, entfallen. Mit der gewählten Ausdrucksweise läßt sich aber die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten die Seetüchtigkeit des Schiffes nur vorausgesetzt, ohne daß die Klägerin eine selbständige eigene Verpflichtung zur Lieferung des Schiffes in seetüchtigem Zustand übernommen habe, nicht vereinbaren. Hiernach war das Urteil aufzuheben. Sollte das Berufungsgericht nach neuerlicher Prüfung zu der Auffassung kommen, daß die Seetüchtigkeit des Schiffes zugesichert war, so mag auf folgendes hingewiesen werden:

Dem Schiff fehlte bereits zur Zeit des Kaufabschlusses (15. August 1950) die Seetüchtigkeit. Die Arbeiten am Schiffsboden waren zu dieser Zeit unstreitig abgeschlossen. Es handelte sich also nicht um die Zusicherung einer Eigenschaft, die dem Schiff noch nicht "anhäftete", sondern erst in der Zukunft herbeigeführt werden sollte (vgl. RGZ 52, 429, 431; 148, 286, 295). Im übrigen würde, auch wenn die Umbauarbeiten im Zeitpunkt des Kaufabschlusses noch nicht beendet gewesen wären, die Vorschrift des § 463 hinsichtlich der Zusicherung entsprechend anzuwenden sein, da es sich bei dem Versprechen des Verkäufers, das Schiff in seetüchtigem Zustand zu liefern, nicht um eine von einem Dritten herbeizuführende, sondern um eine vom Verkäufer zu erfüllende Bedingung handelt (RGGruch. 67, 311; vgl. auch den Fall BGHZ LM § 463 Nr. 2).

Da der Anspruch aus § 463 ein Gewährleistungsanspruch ist, setzt er ein Verschulden des Verkäufers nicht voraus.

Die Tragweite des Ausschlusses der Gewährleistung in Nr. 7 des Kaufvertrages wird vom Berufungsgericht ebenfalls zu prüfen sein. In der Regel wird sich ein Haftungsausschluß nicht auf zugesicherte Eigenschaften beziehen. Freizeichnungsklauseln sind regelmäßig eng auszulegen (vgl. BGHZ 22, 90, 96; 24, 39, 45; BGH NJW 58, 1628; 59, 38), da sie dem Käufer Rechte entziehen, die ihm nach dem Gesetz zustehen. Dies gilt umsomehr, wenn der Vertrag von dem sich Freizeichnenden entworfen ist. Wenn der Verkäufer sich verpflichtet, ein seetüchtiges Schiff zu liefern, so kann er nicht gleichzeitig sich von der Haftung für Mängel, die der Seetüchtigkeit entgegenstehen, freizeichnen, weil hierdurch seine auf die Seetüchtigkeit gerichtete Verpflichtung ihrem wesentlichen Inhalt nach gegenstandslos würde. Dazu kommt, daß sich die Ausschlußklausel im Zweifel nicht auf Sachmängel bezieht, die nicht erkannt werden können (RG JW 1937, 2591). Wenn die Eigenschaft der Seetüchtigkeit einen Kernpunkt der Verpflichtung der Klägerin bildete, hätte sie ihre dahingehende Zusicherung nur dadurch ihres rechtlichen Charakters entkleiden können, daß sie dem Beklagten gegenüber klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht hätte, daß sie gerade für diese Zusicherung nicht einstehen wolle (vgl. RG JW 1938, 1595). Da die Klägerin nicht einmal eine Nachbesserungspflicht übernommen hat, würde der Beklagte trotz der, wie hier unterstellt, von der Klägerin übernommenen Verpflichtung rechtlos sein, ein Ergebnis, das bei der Bedeutung der gegebenen Zusicherungen mit Treu und Glauben nicht vereinbar wäre.

Auf die Frage, ob der Haftungsausschluß wegen arglistiger Verschweigung der Mängel durch den Verkäufer nichtig ist (§ 476), kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; sie

könnte aber wegen des Aufrechnungsverbotcs von Bedeutung sein. Das Berufungsgericht hat die Frage verneint. Trotz Bedenken hat es nicht feststellen können, daß eine Arglist der Klägerin oder ihrer Erfüllungsgehilfen, insbesondere des Inspektors der Klägerin, Ba■■■■, eindeutig vom Beklagten bewiesen worden sei. Bei der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob der Inspektor Ba■■■■ von den Leuten der Werft auf die verrosteten Teile hingewiesen wurde (vgl. seine Aussage GA 243) und ob auf seinen bedingten Vorsatz daraus geschlossen werden könnte, daß er trotz des Hinweises nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat.

Der Beklagte kann bei Fehlen der zugesicherten Eigenschaften entweder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (RGZ 93, 158, 163), nicht aber, soweit die Klageforderung in Frage steht, mindern und, soweit es sich um seine Widerklage handelt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie er das getan hat. Wohl aber kann er den einen Anspruch in erster Linie, den anderen hilfsweise geltend machen, wobei auf den etwa hilfsweise erhobenen Schadensersatzanspruch nicht schon deshalb eingegangen werden darf, weil unter dem Gesichtspunkt der Minderung nicht der volle beanspruchte Betrag zugesprochen werden kann (RGZ 87, 237 ff). Macht er den Minderungsanspruch geltend, so kann er damit die Klage ganz oder teilweise (je nach der Höhe seines Minderungsanspruches, die noch nicht Gegenstand der Verhandlung war) zu Fall bringen; jedoch ist dann seine Widerklage unbegründet. Verlangt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Klage, falls nicht eine Arglist der Klägerin festgestellt wird, begründet, da dann eine Aufrechnung gegen den Kaufpreisanspruch nach Nr. 4

des Kaufvertrages wirksam ausgeschlossen ist; aber seine Widerklage ist dem Grunde nach gerechtfertigt, jedoch dem Betrage nach noch zu prüfen. Der Beklagte wird in der neuen Verhandlung Gelegenheit haben, den einen oder anderen Anspruch als Hauptanspruch geltend zu machen, solange nicht durch Einigung oder rechtskräftige Zubilligung die Rechte des Beklagten auf einen dieser Ansprüche sich beschränken (Soergel BGB 8. Aufl. § 465 Anm. 5).

Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Nörr Dr. Haager Liesecke