

76  
Für das Nachschlagewerk!

Für die amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO §§ 302, 304

Rechtssatz: Bei Aufrechnung des Beklagten mit rechtlich zusammenhängenden (konnexen) Gegenforderungen kann die Klageforderung auch ohne Erledigung der Gegenforderungen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden, wenn sie jedenfalls zu einem Betrage anzuerkennen ist, der die zur Aufrechnung gestellten Forderungen übersteigt.

Der abweichenden Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Auffassung des BGH in NJW 1953, 1589 wird nicht beigetreten.

Aktenzeichen: II ZR 242/52

Urt. v. 11. November 1953

OLG Nürnberg  
LG Nürnberg/Fürth

Verkündet am 11. November 1953  
Jodas, Just. Angestellter, als  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

I n d e m R e c h t s s t r e i t

1. der Firma Friedrich S. [REDACTED] & Sohn OHG, Altmaterialhandlung in F. [REDACTED]/B. [REDACTED], M. [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführer Friedrich und Adam S. [REDACTED],
2. des Kaufmanns Friedrich S. [REDACTED],
3. des Kaufmanns Adam S. [REDACTED], ebenfalls in F. [REDACTED], M. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Vinzenz L. [REDACTED], Backofen und Maschinenfabrik in F. [REDACTED]/B. [REDACTED], K. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1953 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Artl

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 16. September 1952 wird mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

Die Berufung der Beklagten gegen das Zwischenurteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts in Nürnberg/Fürth vom 11. Oktober 1951 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Backofen- und Maschinenfabrik. Sie errichtete im September 1950 bei dem Bäckermeister E. in F. einen Elektro-Backofen. Zur Herstellung von Speichersteinen, die in den Backofen zur Wärmespeicherung eingelegt wurden, verwandte die Klägerin Eisenschrott und Gußschrott, den sie in die Betonbalcken einbetten ließ. Solchen Schrott hatte die Klägerin von der Beklagten OHG als Schrottgroßhändlerin in mehreren Teillieferungen bezogen. In der Nacht vom 8. auf den 9. September 1950 wurde der Backofen, nachdem er etwa vier Tage geheizt worden war, noch vor der Abnahme seitens des Bestellers durch eine Explosion erheblich beschädigt. Infolgedessen ließ die Klägerin den Ofen bis zum Fundament abbrechen. Er wurde von ihr neu aufgebaut. Bei der Untersuchung wurde der Zünderteil einer 10,5 cm Flakgranate, bestehend aus dem Zündergewinde und der zerissenen Zündladungsbuchse aufgefunden. Eine Untersuchung der nicht zerstörten Steine ergab, daß in einem derselben der Geschoßboden eines 7,5 - 8 cm Geschosses vorhanden war. In diesem Geschossteil war nach den festgestellten Verbrennungsspuren noch Sprengstoff enthalten gewesen, der jedoch ohne Zerknall verbrannt war.

Die Klägerin führt die Explosion darauf zurück, daß der Zünder, der noch eine Zündladung enthalten haben müsse, sich in dem von der Beklagten gelieferten Schrott befunden habe und mit diesem einbetoniert worden sei. Sie verlangt von der OHG

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile  
(mobile App)

Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

und deren beiden Gesellschaftern Ersatz des ihr durch die Explosion entstandenen Schadens, den sie unter Vorbehalt weiterer Ansprüche in der mit der Klageschrift eingereichten Aufstellung auf insgesamt 20.015,69 DM beziffert hat. Hier- von hat sie einen Teilbetrag von 13.000 DM nebst 5% Zinsen seit dem 1. Dezember 1950 eingeklagt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die erst- beklagte OHG habe arglistig gehandelt, sie hätte die Klägerin auf die durch ihre Lieferungen ent- stehende Gefahr hinweisen müssen. Die Beklagte hafte aber auch wegen positiver Vertragsverlet- zung; sie hätte den gelieferten Schrott auf das Vorhandensein von Explosivstoffen untersuchen müssen. Tatsächlich habe sie das nicht getan, vielmehr den Schrott ohne Prüfung von ihren Lie- feranten (Kleinhändlern) zu der Klägerin gebracht. Dies sei für einen Fall, wo sie von der Firma M- [REDACTED] bezogen habe, erwiesen. Die Beklag- ten zu 2) und 3) hafteten als Gesamtschuldner nach § 128 HGB.

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt. Sie haben in Abrede gestellt, daß die Explosion durch einen Zünder einer Flakgranate ent- standen sei, und bestritten, daß dieser von der Be- klagten mitgeliefert worden sei. Die Beklagten haben ferner eingewandt, die Klägerin habe den Schrott wie besichtigt gekauft, damit sei eine Gewähr- leistungspflicht der Beklagten abbedungen. Außer- dem habe die Klägerin es versäumt, die Schrott- lieferungen zu untersuchen und rechtzeitig Mängel- rüge gemäß § 377 HGB zu erheben. Damit entfalle jede Haftung der Beklagten, auch eine solche wegen

etwaigen Verschuldens. Sie treffe aber kein Verschulden. Sie liefere seit Jahren entschärfte Zünder und nicht verschlossene Granatteile als Schrott. Es sei nicht ihre Pflicht gewesen, den Schrott daraufhin zu untersuchen, ob er den Bedürfnissen der Klägerin entspreche. Die Prüfung, ob sich das Schrottmaterial für Wärmespeicherung eigne, habe die Klägerin vorzunehmen gehabt. Die Arbeiter der Beklagten hätten den Schrott auf Sprengpulver nachgeprüft und seien ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen. Mindestens falle der Klägerin ein so schweres eigenes Verschulden zur Last, daß hierdurch ein Schadensersatz ausgeschlossen werde. Die Klägerin hätte viel leichter als die Beklagte die Möglichkeit gehabt, ein Explosionsgeschloß im Schrott festzustellen; denn bei der Herstellung der Speichersteine hätte jedes einzelne Stück in die Hand genommen werden müssen.

Die Beklagten haben ferner Einwände gegen die Höhe der berechneten Schadensersatzforderung erhoben und vorsorglich mit Ansprüchen auf Zahlung des Kaufpreises für ihre Schrottlieferungen vor und nach der Explosion in Höhe von 2.661,68 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Schadensersatzpflicht der Beklagten ebenfalls grundsätzlich bejaht. Es hat Bedenken gegen die Zulässigkeit des Grundurteils geäußert, weil das Landgericht nicht durch Grundurteil hätte entscheiden dürfen, ohne daß die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche nach Grund und Betrag erledigt gewesen wären. Es hat jedoch den Rechtsstreit zur Durchführung des Betragsverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen und diesem die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens überlassen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage, hilfsweise die Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### Entscheidungsgründe :

I. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Beschädigung des von der Klägerin hergestellten Ofens durch einen Explosivkörper erfolgt ist und daß als verursachender Explosionskörper nur der als Restteil vorgefundene Granatzünder in Frage kommt. Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie wendet sich zunächst gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Zünder in dem von der Beklagten gelieferten Schrott enthalten gewesen sei; und bekämpft die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die Beklagten schuldhaft gehandelt hätten. Hierzu macht die Revision geltend, die Beklagten hätten keine Vorstellung davon gehabt, wie die Klägerin den Schrott verwenden würde,

insbesondere nicht davon, daß der Schrott in Betonbalken eingebaut werde, wodurch erst infolge der dichten Abschließung mit dem umgebenden Beton eine besondere Gefährlichkeit solcher Zündkörper bei außerordentlicher Erhitzung hervorgerufen worden sei. Die Klägerin hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, daß der Schrott auf die denkbar gefährlichste Weise verarbeitet würde. Eine Fahrlässigkeit sei auch dann zu verneinen, wenn der Zünder bei der Beklagten gefunden sowie beachtet worden wäre, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme den Zündern von außen die Gefährlichkeit nicht habe angesehen werden können. Die Revision macht geltend, daß eine Haftung der Beklagten jedenfalls wegen unterbliebener Mängelanzeige gemäß § 377 HGB entfalle, das Berufungsgericht habe rechtsirrig angenommen, daß es sich hier nicht um einen Qualitätsmangel handele. Schließlich bemängelt die Revision, daß das Berufungsgericht die Frage des mitwirkenden Verschuldens ohne nähere Prüfung dem Betragsverfahren überlassen habe.

II. Die Angriffe der Revision können nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils führen.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der die Explosion verursachende Zünder-  
teil von der Beklagten mitgeliefert sein müsse,  
ist nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht stellt rechtlich einwandfrei auf Grund der Aussage des Zeugen Wahl vom 19. Mai 1952 fest, daß zur Herstellung des Ofens nur Schrott der Beklagten verwendet worden sei. Die Möglichkeit, daß der Geschosßkörper auch auf andere Weise als durch eine Lieferung zu der Klägerin gelangt sein könnte, hält das Berufungsgericht für so unwahrscheinlich, daß es sie ausschließt. Die Beklagten haben auf die Möglichkeit hingewiesen, daß ein Arbeiter der Klägerin den Geschossteil besessen und ihn zu dem lagernden Schrott im Hofe der Klägerin geworfen haben könnte, weil er ihn unter Verkenennung seiner Gefährlichkeit für die Zwecke der Klägerin geeignet gehalten habe, oder daß Kinder oder andere Personen aus irgendeinem Grund den Zündkörper von der Straße aus zu dem Schrotthaufen geworfen haben könnten. Das Berufungsgericht hat erwogen, daß ein Werfen von der Straße aus allerdings möglich gewesen wäre, weil der Schrotthaufen nur 6-8 m vom Straßenzaun entfernt im eingezäunten Hof der Klägerin gelegen habe. Es kommt aber zu dem Schluß, daß die von den Beklagten vorgetragenen Möglichkeiten so unwahrscheinlich seien, daß das Gericht sich für befugt halte, sie auszuschließen. Das von der Beklagten für möglich angesehene Verhalten unbekannter Personen würde, so führt das Berufungsurteil aus, auf so abwegigen Gedankengängen beruhen, daß damit nicht gerechnet zu werden brauche. Es würde eine vorgefaßte Planung voraussetzen; denn zufällig werde niemand den verhält-

nismäßig schweren Zünder mit sich herumtragen. Es müßte sich also jemand überlegt haben, einen Zünder, den er im Besitz hätte, zu der Lagerstelle der Klägerin zu tragen und dort wegzwerfen. Eine solche Planung, die dem Besitzer des Zünders keinerlei Vorteil bringen könnte, würde aber jeder Lebenserfahrung widersprechen. Andererseits sei es aber nicht abwegig, sondern sehr naheliegend, daß der Zünder in der Lieferung enthalten gewesen sei, wenn man die besonderen Umstände in Betracht ziehe. Der Zünder habe innerhalb der gelieferten größeren Metallmenge leicht übersehen werden können. Daß tatsächlich auch solche Versehen vorgekommen seien, bewaise der Umstand, daß auch noch ein weiterer Geschossteil, nämlich ein Geschosßboden in dem gelieferten Schrott vorhanden gewesen sei. Daß in dem an die Beklagte von deren Lieferanten gelieferten Schrott nicht selten Explosivkörper vorhanden gewesen seien, gebe diese selbst zu. Es sei dies verständlich, weil Schrott heutzutage häufig aus früherem Heeresgut zusammengesetzt sei. Die Beklagte habe sich genötigt gesehen, ihre Arbeiter zu besonderer Achtsamkeit wegen etwaiger Explosivkörper zu ermahnen, Warnungen in Plakatform anzubringen und eigene Vorrichtungen wegen aufgefundenener Explosivkörper zu treffen. Es liege jedoch auf der Hand, daß durch eine Unachtsamkeit trotzdem eine solche Weitergabe erfolgen könne, denn Unachtsamkeiten könnten immer leicht vorkommen, das bewaise die Lebenserfahrung zur Genüge.

Der Sachverständige Mu. wisse aus seiner eigenen Praxis, daß bei metallverarbeitenden Werken Unglücksfälle durch unachtsam geliefertes Schrottmaterial vorgekommen seien, in welchem sich Explosivkörper befunden hätten. Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit der von der Beklagten angegebenen Möglichkeiten stehe also eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Annahme der Klägerin gegenüber. Die freie Beweiswürdigung (§286 ZPO) gestatte aber dem Richter aus festgestellten Tatsachen vermöge der Lebenserfahrung Schlüsse zu ziehen, auch für die Unrichtigkeit gewisser Parteibehauptungen. Der festgestellte Sachverhalt könne den Richter im Wege der Schlußfolgerung zu der Überzeugung führen, daß ein Vorgang sich so abgespielt habe, wie er von einer Partei behauptet worden sei. Ein streng mathematischer Beweis könne nicht gefordert werden, sondern nur eine für das praktische Leben brauchbare Gewißheit, die dem Zweifel Schweigen gebiete, ohne ihn ganz auszuschließen (Stein-Jonas ZPO § 286 Anm I).

Dagegen macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe die Lebenserfahrung anwenden müssen, daß es eine Vielzahl von Anlässen, geplanten und zufälligen, gebe, die das Eingreifen Dritter mehr als wahrscheinlich machten. Die Lage des Schrotthaufens habe geradezu herausgefordert, daß sich dritte Personen gefährlicher Schrottgegenstände dadurch entledigten, daß sie diese dem lagernden Schrott hinzuwarfen. Andernfalls hätten sie viel zu große Mühe und gegebenenfalls Kosten mit der

Beseitigung der Gefahr gehabt. Sie hätten sie durch einen Sachverständigen untersuchen und gegebenenfalls entschärfen lassen und sie dann anderweit wegbringen müssen. Auch Jugendliche würden leicht versucht gewesen sein, einen von ihnen auf Trümmergelände gefundenen Zünder auf den Haufen zu werfen, auf dem die Klägerin ihr Material gelagert habe. Die Zwischenzeit zwischen Lieferung und Entnahme des Schrotts von dem Haufen zur Verarbeitung sei nicht aufgeklärt. Selbst wenn man die vom Berufungsgericht angenommene Lebenserfahrung unterstelle, so sei der Berufungsrichter doch zu einem prima-facie-Beweis gelangt. Diesen Anscheinsbeweis hätte der Berufungsrichter durch die Möglichkeit eines anderen Ablaufs aber ausschalten müssen. Es könne unterstellt werden, daß bei Schrottlieferungen sich Zünder befinden können. Allerdings habe die Beklagte alle Vorkehrungen getroffen gehabt, um derartige Versehen auszuschließen. Das verkenne das Berufungsgericht nicht, so daß von einer naheliegenden Gefährdung durch die Beklagte kaum gesprochen werden könnte. Der Anscheinsbeweis werde jedenfalls durch die Tatsache wieder aus der Welt geschafft, daß der Schrott auf dem Hof bei der Klägerin offen und nur 6-8 m von dem Straßenzaun entfernt gelagert habe. Schon die Möglichkeit, daß dritte Personen gefährliche Zünder zu dem gelieferten Schrott hinzuwarfen, entkräfte den Anscheinsbeweis, so daß es auf

Erwägungen, daß diese Art der Entledigung von Sprengkörpern als die bequemste außergewöhnlich naheliege, gar nicht mehr ankomme. Die Entscheidung des Berufungsgerichts gründe sich auf eine viel zu geringe Wahrscheinlichkeit, als daß sie als an Sicherheit grenzende aufgefaßt werden könnte.

Diese Ausführungen sind nicht geeignet, die von der Revision angegriffene Feststellung zu erschüttern.

Da fest steht, daß die Beschädigung des Backofens durch Explosion eines in einen Betonstein eingebetteten Granatzünders verursacht worden ist, und zur Herstellung der Betonsteine nur Schrott aus Lieferungen der Beklagten Verwendung gefunden hat, so ist nach der Erfahrung des Lebens anzunehmen, daß bei regelmäßigem Ablauf der Dinge auch der Granatzünder von der Beklagten mitgeliefert worden ist. Dieser Beweis des ersten Anscheins kann zwar durch den Nachweis der ernststen Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs entkräftet werden mit der Folge, daß die beweispflichtige Partei wieder den vollen Beweis ihrer Behauptungen schuldig ist (BGHZ 6, 169; 8, 239 [240]). Einen solchen atypischen Geschehensablauf haben die Beklagten jedoch nicht dargetan. Hierfür genügte nicht, daß die Beklagten allgemein die Möglichkeit vor Augen stellten, daß andere Personen

den Zündkörper auf den Schrotthaufen geworfen haben könnten, ohne konkrete Tatsachen nachzuweisen, aus denen auf die ernste Möglichkeit eines solchen Geschehensablaufes zu schließen wäre. Das Berufungsgericht hat ohne erkennbaren Rechtsfehler die von den Beklagten vorgebrachten Möglichkeiten für so unwahrscheinlich erachtet, daß es sich für befugt hielt, sie auszuschließen. Danach ist auch eine ernste Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes verneint. Infolgedessen ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Granatzünder von den Beklagten mitgeliefert worden ist.

Es kann der Revision auch nicht darin gefolgt werden, daß die Klägerin durch die Art der Lagerung des gelieferten Schrotts schuldhaft bewirkt habe, daß niemand mehr sagen könne, daß der Schrotthaufen ausschließlich Material der Beklagten enthalten habe, und daß die Klägerin durch diese Handlungsweise ein Beweismittel vernichtet habe, wofür sie einstehen müsse. Die Fälle, in denen aus der Vernichtung eines Beweismittels Folgerungen gegen die beweispflichtige Partei gezogen werden können oder müssen, sind anderer Art. Es bestand für die Klägerin keine vertragliche Verpflichtung gegenüber der Beklagten den Schrott so zu lagern, daß ihm keinesfalls ein fremder Gegenstand zugeführt werden könne, noch kann angenommen werden, daß die Klägerin durch die festgestellte Lagerung wi-

der Treu und Glauben verstoßen und dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zuwider der Beklagten eine Beweismöglichkeit abgeschnitten habe.

2. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Sprengstofffreiheit der Lieferung auch ohne besondere Abmachung Inhalt des Kaufvertrages war, wird von der Revision nicht in Frage gestellt.

Das Berufungsgericht geht auch rechtsirrtumsfrei davon aus, daß die Beklagte zu 1 die Pflicht gehabt habe, die Ware vor der Lieferung zu prüfen. Die Beklagten beanspruchen nicht, daß sie eine Überprüfung des Schrotts nach gefährlichen Zündern hätten unterlassen oder auch nur eine geringe Sorgfalt hätten anwenden können.

Die schuldhafte Verletzung einer solchen Prüfungspflicht begründet grundsätzlich eine Haftung der Beklagten für den hierdurch entstandenen Schaden nach § 276 BGB. Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt bei der Überprüfung des Schrotts richtet sich nach der Höhe der Gefahr. Das Berufungsgericht hält es für richtig, in dieser Hinsicht die größten Anforderungen an einen Schrottlieferanten zu stellen, der sich, wie das Berufungsurteil ausführt, dazu als Sortieranstalt bezeichne, wie dies die

Beklagte tue. Dabei hat es die Gefährlichkeit der Schrottlieferungen als solche und den möglichen Verwendungszweck berücksichtigt. Es hat ausgeführt, daß es für die Beklagten hätte klar sein müssen, daß Explosivkörper bei jeder Art ihrer Verwendung Gefahr mit sich bringen könnten. Auch wenn die Beklagte keine genaue Vorstellung davon gehabt hätte, wie die Klägerin den Schrott verwende, insbesondere davon, daß sie ihn einbetonierte, hätte sie sich doch sagen müssen, daß die gelieferte Ware als Herstellungsmaterial für Backöfen zu dienen habe. Damit sei für die Beklagte die Möglichkeit gegeben gewesen, daran zu denken, daß ihr Schrott einer Erhitzung ausgesetzt werde und diese einen Explosivkörper zur Entzündung bringen könnte. Es bedurfte bei diesem Sachverhalt keiner weiteren Feststellung darüber, welche Sorgfalt von Schrottgroßhändlern üblicherweise bei der Sortierung von an Käufer abzugebenden Schrott angewendet wird. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, welche Maßnahmen üblicherweise von dem Schrottgroßhandel getroffen werden, um Explosivkörper aus den Schrottmengen auszuscheiden, und was die Schrottgroßhändler zu diesem Zwecke für erforderlich halten, sondern darauf, was auch unter Berücksichtigung des einzelnen Abnehmers nach den Tatumständen erforderlich war. Den Beklagten ist bekannt gewesen, daß die Klägerin den Schrott für die Herstellung von Backöfen verwendet. Schon dies verpflichtete sie

als Sortieranstalt, ohne Rücksicht auf ihre Kenntnis von der besonderen Art des Einbetonierens und der Herstellung der Speichersteine, zu sorgfältigster Überprüfung des Schrotts vor der Auslieferung. Hierfür kommt es nicht darauf an, daß ein geschlossener Zünder, wie die Beklagten geltend gemacht haben, überhaupt nicht ersehen lasse, ob sich in ihm noch eine Ladung befinde. Mit dem Berufungsgericht ist als Sprengstück auch ein solches anzusehen, das sprengverdächtig ist.

Gegenüber den Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch der Hinweis der Revision unbeachtlich, Schrottlieferungen seien Massenerlieferungen. An ihre Qualitäten könnten nur entsprechende Maßstäbe gelegt werden. Wer die allerletzte Sorgfalt angewendet wissen wolle, müsse das ausdrücklich vereinbaren. Er werde dafür einen gesonderten wirtschaftlich sicher nicht mehr tragbaren Preis zahlen müssen. Auch dies brauchte das Berufungsgericht nicht durch einen Sachverständigenbeweis näher aufzuklären, wie die Revision im Rahmen des § 139 ZPO rügt. Wenn die Beklagte aus Gründen der Kosten eine geringere Sorgfalt aufwenden wollte, als erforderlich ist, um die auch für sie erkennbaren Gefahren auszuschalten, so hätte sie die Klägerin hierüber aufklären müssen. Es war aber nicht Sache der Klägerin, über die von der Beklagten anzuwendende Sorgfalt bei der Überprüfung des Schrotts eine besondere Vereinbarung zu treffen.

Es bedurfte keiner Feststellung im einzelnen, wer innerhalb des Betriebes der Beklagten für die Mitlieferung des Zünders verantwortlich war. Es genügt, daß das Berufungsurteil feststellt, daß das Sprengstück bei sorgfältiger Überprüfung hätte erkannt werden können und daß ein Übersehen des Sprengkörpers ein Verschulden darstelle ohne Rücksicht darauf, ob es menschlich verständlich sei. Einer Aufklärung darüber, in welcher Weise die Schrottlieferungen von den Arbeitern der Beklagten überprüft worden sind, bedurfte es ebenfalls nicht, zumal die Revision nicht rügt, daß das Berufungsgericht Beweisbeiträge der Beklagten zu dieser Frage übergangen hätte.

Hiernach ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken gegen die Feststellung, daß die Beklagte zu 1) durch Mitlieferung des Sprengkörpers den Vertrag schuldhaft verletzt habe.

3. Soweit die Beklagten sich darauf berufen, daß die Klägerin eine rechtzeitige Mängelrüge nach § 377 HGB unterlassen habe, ist dem das Berufungsgericht mit der Begründung nicht gefolgt, diese Vorschrift komme schon deshalb nicht zur Anwendung, weil es sich bei dem Vorhandensein des Zünders in der Schrottlieferung nicht um einen Qualitätsmangel, sondern um eine Vertragswidrigkeit anderer Art handele.

Das Landgericht hatte angenommen, eine Pflicht der Klägerin, Schrott zu untersuchen, habe angesichts der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes nicht bestanden. Die Klägerin habe nach Erkenntnis des Mangels diesen gerügt. Damit sei der Vorschrift des § 377 Abs 3 HGB Genüge getan.

Die Revision macht geltend, daß hier ein Mangel der Ware anzunehmen sei. Das Vorhandensein von entzündbaren Explosivstoffen in dem gelieferten Zünderteil müsse mindestens als Mangel dieses Teils der Lieferung angesehen werden, mit dem der Explosivstoff unmittelbar verbunden gewesen sei.

Auch für den auf vertragliches Verschulden gestützten Schadensersatzanspruch des Käufers ist Voraussetzung, daß die Mangelhaftigkeit der Kaufsache gerügt wird (vgl RGZ 125, 76 /787; Baumbach-Duden HGB 10. Aufl, Anm 2 E zu §§ 377, 378; Heinichen, RGRK zum HGB 1943, Anm 100 zu § 377; Hildebrandt in Gessler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder, HGB, 1953 Anm 53 zu § 377). Dies gilt jedoch nicht bei Verletzung einer Prüfungspflicht, die mit der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht unmittelbar zusammenhängt (vgl RGZ 129, 280 /2837). Die Entscheidung des RG in DR 1941 S 638, auf die die Revisionsbeantwortung verweist, spricht aus, daß ein Schadensersatzanspruch auf schuldhafte Vertragserfüllung

auch neben der Gewährleistungspflicht und unabhängig von ihr sich insoweit stützen lasse, als mittelbare Folgen der mangelhaften Erfüllung in Frage stünden, behandelt aber nicht die besondere Frage, ob dieser Schadensersatzanspruch bei Versäumung der Rügepflicht aus § 377 HGB entfällt.

Der Senat tritt dem Berufungsgericht darin bei, daß das Vorhandensein eines explosiven Granatzünders in dem von der Beklagten zu 1) gelieferten Schrott nicht als Mangel der Schrottlieferung im Sinne des § 377 HGB anzusehen ist. Die Mitlieferung eines solchen Granatzünders stellt eine so wesentliche Abweichung von dem Gegenstand des Gattungskaufes dar, daß in ihr nicht mehr eine Schrottlieferung, sondern die Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware erblickt werden muß. Nun ist zwar die Rügepflicht des § 377 HGB durch die Vorschrift des § 378 HGB auch auf den Fall ausgedehnt, daß eine andere als die bedungene Ware geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Auf diese Vorschrift können jedoch die Beklagten sich deshalb nicht berufen, weil sie nach dem Verwendungszweck es als ausgeschlossen ansehen mußten, daß die Klägerin die Mitlieferung eines explosiven Granatzünders genehmigen würde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte die Ware als bestellungsgemäß angesehen hat, entscheidend ist vielmehr das ob-

jektiv vorhandene Maß der Abweichung, wobei die Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Verwendungszweck Berücksichtigung zu finden haben (RG JW 1926, 2905<sup>10</sup>).

#### 4. Das Berufungsurteil hat die Frage des

mitwirkenden Verschuldens dem Betribsverfah-

ren überlassen. Diese Möglichkeit besteht

dann nicht, wenn das mitwirkende Verschulden

zu einer Beteiligung der Schadenshaftung führen kann (BGHZ 1, 34). Das hat das Berufungsgericht,

wie die Revision einräumt, nicht verkannt. Die

Revision meint aber, der Berufungsrichter habe

bei seinen Erwägungen, daß die Mitschuld der

Klägerin die auch vom Vorderrurteil nur als ge-

ring bezeichnete Sorgfaltverletzung der Beklag-

ten nicht völlig ausschalten könne, eine entspre-

chende Prüfung überhaupt nicht vor genommen. Er

habe sich nicht mit der Ansicht begnügen dürfen,

es könne keine Rede davon sein, daß die Klägerin

den Schaden allein oder überwiegend dadurch verur-

sacht habe, daß sie angeblich die Ware nicht ge-

prüft und den Zünder nicht entdeckt habe. Schon

im letzteren Falle, so meint die Revision, könnte

wegen der Gegenforderungen der Beklagten und ihrer

Aufrechnung ein noch übrig bleibender Schaden aus-

scheiden, die Mitschuld also im Grundurteil zu be-

achten sein. Im Rahmen des § 286 ZPO hätte der

Berufungsrichter dabei das Vorbringen der Kläge-

ren berücksichtigen müssen, daß bei dem Einbeto-

nieren des Schrotts im Betrieb der Klägerin größere Stücke mit der Hand verlegt, während kleinere Stücke mit der Schaufel eingebracht wurden. Die Leute der Klägerin hätten dabei nur auf die von der Klägerin erworbene Schrottmenge, die einem speziellen Zweck dienen sollte, zu achten brauchen und ihre Aufmerksamkeit auf jedes einzelne der eingebrachten Stücke richten können. Die Klägerin habe auch zugestanden, daß sie für die Einbringung des Schrotts in die Betonbalken nicht geschulte Hilfskräfte verwendet habe, die auch in keiner Weise darüber belehrt worden seien, daß sich in dem Schrott unter Umständen noch sprengstoffhaltige Teile befinden könnten. Sie habe sich auch darüber im klaren sein müssen, daß ein in den Betonbalken eingebrachtes sprengstoffhaltiges Stück mit Rücksicht auf die mangelnde Ausdehnungsmöglichkeit erhebliche Schadensauswirkungen haben müßte. Es wäre also für die Klägerin ein leichtes gewesen, durch entsprechende Anordnungen den Unfall zu verhüten. Sie habe aber in dieser Hinsicht nichts getan.

Das Berufungsgericht hat allerdings diese Umstände bei der Frage des mitwirkenden Verschuldens nicht im einzelnen erörtert. Sie sind aber in dem Tatbestand des Berufungsurteils (vgl. II, c) im wesentlichen erwähnt, und es kann daher angenommen werden, daß das Berufungsgericht diese Umstände voll berücksichtigt hat, als es zu dem Schluß kam, daß auch bei einem etwaigen

Mitverschulden der noch zu ersetzende Schaden höher sei als die noch zu behandelnde Gegenforderung von 2.661,68 DM. Nach der hiernach zweifelsfrei erkennbaren Meinung des Tatrichters kann das mitwirkende Verschulden nur zu einer Minderung, nicht einer Beseitigung der Schadenshaftung führen. Die Prüfung des mitwirkenden Verschuldens konnte deshalb dem Betragsverfahren vorbehalten bleiben.

III. Hiernach bestehen keine durchgreifenden Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht sachlich zu dem gleichen Ergebnis gelangt ist wie der Erstrichter. Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit zur Durchführung des Betragsverfahrens an das Landgericht zurückverwiesen. Es hat im Gegensatz zu seinen Ausführungen, daß das Grundurteil des Landgerichts nicht hätte ergehen dürfen, ohne daß die Einwendung der Aufrechnung nach Grund und Betrag erledigt wurde und deshalb das Grundurteil nicht bestehen bleiben könne, dann doch von der Aufhebung des Grundurteils abgesehen, weil das Urteil sachlich nicht zu beanstanden sei und das Verfahren vor der ersten Instanz seinen Fortgang nehme. Wäre der Ansicht des Berufungsgerichts zu folgen, daß das Grundurteil unzulässig sei, so hätte es aufgehoben werden müssen. Tatsächlich hat das Oberlandesgericht jedoch die Aufhebung des erstrichterlichen Urteils ausdrücklich abgelehnt und im Urteilspruch die Sache in das Betragsverfahren zurückverwiesen. Das bedeutet, daß die Berufung der Beklagten ohne Erfolg und das landgerichtliche Urteil bestehen geblieben ist.

Hierin liegt der Sache nach die Zurückweisung der Berufung, mag dies auch in der Urteilsformel nicht gesagt sein.

Die Revision hat hinsichtlich der Zulässigkeit des Grundurteils einen verfahrensrechtlichen Verstoß nicht gerügt. In eine Prüfung der Frage, ob die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs prozessual überhaupt zulässig war, kann das Revisionsgericht grundsätzlich nur eintreten, wenn eine entsprechende Revisionsrüge erhoben ist (§ 559 ZPO; vgl. RGZ 75, 16 [79]; BGH Urt. des VI. Zivilsenats vom 24.6.1953 in VI ZR 319/52 S. 11). Das kann jedoch nur dann gelten, wenn in einem verfahrensrechtlichen Verstoß nicht zugleich ein Verstoß gegen sachliches Recht zu erblicken ist (vgl. RG JW 1908, S. 245 Nr. 18). Bei der Frage, ob die zur Aufrechnung gestellte Forderung im Grundverfahren hätte erledigt werden müssen, handelt es sich zugleich um die Frage einer Verletzung sachlichrechtlicher Vorschriften, insbesondere des § 389 BGB. Deshalb war sie von dem Revisionsgericht auch ohne ausdrückliche Rüge zu prüfen.

Der Senat vermag sich der Auffassung, daß die getroffene Entscheidung über den Grund des Anspruchs unzulässig sei, nicht anzuschließen.

Das Reichsgericht hat allerdings wiederholt ausgesprochen, daß ein Urteil nach § 304 ZPO nur erlassen werden dürfe, wenn der gegenüber dem Klagsanspruch erhobene Einwand der Aufrechnung erledigt sei (RG JW 1904, 39; Warn Rspr 1916 Nr 223; RGLZ 1916, 1295; JW 1917, 815<sup>8</sup>; RGZ 123, 6; Warn Rspr 1938 Nr 81; RGZ 170, 281 /283/; weitere Nachweise bei Stein-Jonas-Schönke, ZPO Kom 17. Aufl Fußnote 29 zu § 304). Es hat nur bei Aufrechnungen mit Forderungen, die mit der in der Klage geltendgemachten Forderungen nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen, ein Grundurteil unter Vorbehalt der Aufrechnung (§ 302 ZPO) für zulässig erklärt, es dagegen für prozeßordnungswidrig angesehen, wenn die Gegenforderung mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhang stand. Dies hat das RG auch für den Fall angenommen, daß der Einwand, falls er begründet wäre, den Klagsanspruch nur teilweise beseitigen würde (RGZ 123, 6; RG Warn Rspr 1938 Nr 81). Ein solcher Fall ist hier zu entscheiden. Zum mindesten für einen Teil der Gegenforderungen ist, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, anzunehmen, daß er mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhang steht, nämlich soweit die Schadensersatzforderung und die Gegenforderung der Beklagten in demselben Rechtsverhältnis wurzeln, also auf den gleichen Kaufvertrag gestützt werden.

Die Ansicht des Reichsgerichts hat in Literatur und Rechtsprechung Widerspruch gefunden (vgl. Oertmann, Die Aufrechnung im Deutschen Zivilprozeßrecht 1916, S. 205/206, Baumbach-Lauterbach, ZPO, 21. Aufl., § 304 Anm. 3B; OLG Breslau, Recht 1904, 388 Nr. 1737; OLG Colmar, Recht 1909 Nr. 3121; OLG Karlsruhe, Bad. Rspr. 1912, 26; LG Braunschweig, MDR 1952, 626). Die herrschende Lehre und Praxis gehen davon aus, daß die Klageforderung wegen der Aufrechnung auch ihrem Grunde nach in Frage gestellt sei. Die Aufrechnung bewirke, daß der Klaganspruch in der entsprechenden Höhe als erloschen gelte, insoweit also gar nicht bestehe. Deshalb lasse sich eine genaue Prüfung der Klageforderung und der Gegenforderung selbst dann nicht umgehen, wenn schon feststehe, daß der Klaganspruch auch nach Abzug der Gegenforderung jedenfalls noch in irgendwelcher Höhe bestehe. Denn, soweit die Aufrechnung durchgreife, bestehe der Klaganspruch eben nicht und müsse endgültig abgewiesen werden (so insbesondere RGZ 123, 6 77). Der Gesichtspunkt, daß der Aufrechnungseinwand auch zum Grund des Anspruchs gehöre, kann nach Ansicht des Senats der Zulässigkeit des Grundurteils nicht entscheidend entgegenstehen. Denn er schließt jedenfalls nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein Grundurteil dann nicht aus, wenn nicht in rechtlichem Zusammenhang mit der Klageforderung stehende Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt worden sind. Für diesen Fall wird die Zulässigkeit eines Grundurteils unter dem Vorbehalt der Auf-

rechnung in Anwendung des § 302 ZPO für zulässig angesehen (RG JW 1904, 39 Nr 6; RGZ 61, 409 /413; RGHRR 1940 Nr 415; RGZ 170, 281 /283; Baumbach-Lauterbach ZPO 21. Aufl § 302 Anm 2 b ; a.M.: Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 302 Anm II 2 mit Fußnote Nr 5, § 304 Anm I 2 b mit der Begründung, daß § 302 eine Verurteilung, d.h. ein Endurteil voraussetze, Sydow-Busch ZPO 22. Aufl § 302 Anm 3). Mit Recht wird ein solches Grundurteil zugelassen, weil sogar die Klageforderung dem Betrage nach, wenn dieser zur Entscheidung reif wäre, unter dem Vorbehalt der Aufrechnung zuerkannt werden könnte. Auch in diesen Fällen gehört die Aufrechnungsforderung an sich zum Grund des Anspruchs. Es wäre verfehlt, aus § 302 ZPO zu folgern, daß ein Grundurteil ohne Erledigung der Aufrechnungsforderung nur erlassen werden dürfe, wenn die mit der in der Klage geltend gemachte Forderung mit der Aufrechnungsforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht. Denn diese Einschränkung ist in § 302 ZPO nur für die Entscheidung über den Betrag der Klageforderung getroffen. Der ihr zugrunde liegende Schutzgedanke zugunsten des Beklagten bedarf bei einem Grundurteil keiner entsprechenden Verwirklichung. Hieraus ergibt sich, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf einer formalen Betrachtungsweise beruht, deren Beibehaltung durch keine prozeßrechtliche Vor-

schrift geboten ist. Gegen sie spricht aber vor allem, daß kein ins Gewicht fallender Grund ersichtlich ist, die Zulässigkeit des Grundurteils danach zu beurteilen, ob eine in rechtlichem Zusammenhang stehende (konnexe) Gegenforderung oder eine andere Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt worden ist. Auch in diesem Falle besteht für die Parteien oft ein beachtliches Interesse an dem Erlaß eines Grundurteils. Es entspricht deshalb einem Gebot prozeßwirtschaftlichen Verfahrens, das Grundurteil auch im letztgenannten Falle zuzulassen. Der Senat entscheidet sich daher jedenfalls für den vorliegenden Fall, in dem tatsächlich festgestellt ist, daß die Klageforderung zu einem Betrage anzuerkennen ist, der die zur Aufrechnung gestellte konnexe Gegenforderung übersteigt, für die Zulässigkeit des Grundurteils (ebenso Baumbach-Lauterbach ZPO § 304 Anm 3 b; OLG Colmar aaO).

Der IV.Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung vom 9.Juli 1953 - IV ZR 12/53 - (NJW 1953, 1589) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG in RGZ 123, 6 und RGZ 170/281 ausgesprochen, daß im Verfahren über den Grund eine genaue Prüfung der Klageforderung und der Gegenforderung selbst dann vorgenommen werden müsse, wenn schon feststehe, dass der Klaganspruch auch nach Abzug der Gegenforderung jedenfalls in irgendwelcher Höhe

bestehe. Zu einem weiteren Verfahren nach § 136 Abs 2 GVG besteht jedoch kein Anlaß, weil die abweichende Rechtsansicht des IV. Zivilsenats nicht zur wesentlichen Grundlage seiner Entscheidung gehört, der Ausspruch vielmehr im Rahmen eines Hinweises für das Berufungsgericht erfolgt und daher als beiläufige Bemerkung anzusehen ist, ohne daß die Entscheidung selbst auf diesem Ausspruche beruhte (vgl RGZ 26, 431).

Die Zulässigkeit des Grundurteils wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Vorbehalt der Aufrechnung nicht in der Urteilsformel enthalten, sondern nur in den Gründen ausgesprochen ist. Zwar wird bei einer nach § 302 ZPO ergehenden Verurteilung verlangt, daß der Vorbehalt der Aufrechnung in der Urteilsformel zum Ausdruck gebracht wird (vgl RGZ 47, 365). Ob dieses Erfordernis mit RG JW 1904 S 39 Nr 6 auch bei einem Grundurteil aufzustellen wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden, da es sich insoweit lediglich um einen verfahrensrechtlichen Verstoß handelt würde, gegen den die Beklagten eine Rüge nicht erhoben haben. Gegen die Notwendigkeit einer Aufnahme des Vorbehalts in die Urteilsformel spricht für den vorliegenden Fall, daß es sich nicht um eine Verurteilung nach § 302 ZPO handelt.

IV. Zusammenfassend ergeben sich somit gegen das Grundurteil des Landgerichts keine durchgreifenden Bedenken. Es ist nach dem in der Begründung des Berufungsurteils erklärten Willen und nach der Urteilsformel des Berufungsgerichts nicht aufgehoben worden. Demzufolge war die Revision mit der zur Klarstellung der Tragweite des Berufungsurteils zweckmäßigen Maßgabe zurückzuweisen, daß auch die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen wird.

Die Entscheidung über die Kosten der Berufung ist im Berufungsurteil dem Schlußurteil des Landgerichts vorbehalten worden. Dies ist im Falle der Bestätigung einer Vorabentscheidung über den Grund des Klageanspruchs zulässig (RGZ 121, 78; RGHR 1933 Nr 956).

Die Kosten der Revision waren gemäß  
§ 97 ZPO den Beklagten aufzuerlegen, wobei  
auszusprechen war, daß sie hierfür als Ge-  
samtschuldner haften.

Dr. Canter

Dr. Drost

Dr. Haideringer

Dr. Fischer

Artl