

II. ZR. 43/54

Verkündet

am 28. Februar 1955

Jodas, 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 Philipp Adam R [REDACTED], Landesprodukte,  
H [REDACTED], Post L [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma Johann S t [REDACTED], Kessel- und Apparate-  
bau, M [REDACTED]-N [REDACTED]. Rh [REDACTED] str. [REDACTED]/[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1955 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Fischer, Artl und Dr. Winkelmann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 25. November 1953 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, der einen Schrott- und Eisenhandel betreibt, verkaufte im Juli 1951 2.500 kg Stahlrohre, die er im Juni 1951 als neue Ila-Siederohre für 1.500 DM von der Firma Eisen und Stahl, Handels- und Verwertungs-GmbH gekauft hatte, an die Klägerin, ein Apparate- und Kesselbauunternehmen, zum Preise von 2.500 DM. Die Klägerin hat den Kaufpreis bezahlt. Sie verwandte einen erheblichen Teil dieser Stahlrohre zum Bau eines Dampfkessels, den ihr die Firma Sch[REDACTED] in Auftrag gegeben hatte. Die Bestellerin gab den Kessel der Klägerin zurück, weil sich Undichtigkeiten an den Rohren herausstellten, die durch Nachbesserungen nicht behoben werden konnten. Die Klägerin war hiermit einverstanden. Der Rest der Rohre liegt noch bei der Klägerin.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß die Beanstandungen an dem Kessel seitens der Bestellerin auf die schlechte Beschaffenheit der von dem Beklagten gelieferten Rohre zurückzuführen sei. Der Beklagte habe ihr mit Schreiben vom 28. Juni 1951 "neue nahtlose Flußstahlrohre, Durchmesser außen 83 mm, Wandstärke 4 mm" angeboten, sie habe das Angebot in Bestätigung eines Telefongesprächs vom 10. Juli 1951 durch Schreiben vom gleichen Tage angenommen. Inhalts dieses Schreibens habe sie "nahtlose Siederohre, 41 Stangen á 6 m Länge, äußerer Durchmesser 83 mm, 4 mm Wandstärke" zum Preise von 1,-- DM je kg bestellt. Sie habe mit Rücksicht auf den von dem Beklagten geforderten Preis, der über dem üblichen Preis dieser Ware gelegen habe, und wegen der Bezeichnung der Rohre in dem Angebot als "neue nahtlose Flußstahlrohre" angenommen und auch annehmen können, daß die Rohre die handelsübliche einwandfreie Qualität haben würden, insbesondere rißlos und dicht seien und einem Druck von mindestens 50 atü standhalten würden. Die äußere Beschaffenheit der Rohre, die ihr im Juli 1951 geliefert worden seien, habe auch keinen Zweifel an ihrer einwand-

-3-

freien Beschaffenheit erweckt. Erst nach dem Einbau der Rohre in den von der Firma Sch[REDACTED] bestellten Kessel habe sich gezeigt, daß die Rohre zum Einbau in einen Kessel völlig ungeeignet gewesen seien. Die ihr von dem Beklagten gelieferten Rohre seien daher für sie unbrauchbar. Der Beklagte habe ihr für den hierdurch erwachsenen Schaden einzustehen, da die Rohre nicht die zugesicherte Eigenschaft gehabt hätten. Der Beklagte habe ihr auch die Fehlerhaftigkeit der Ware arglistig verschwiegen. Sie verlangt Erstattung der zur Herstellung des Kessels aufgewandten Kosten an Material und Arbeitslöhnen, für die sie infolge des von der Firma Sch[REDACTED] erfolgten Rücktritts von dieser Firma eine Vergütung nicht erhalten könne, sowie Rückerstattung des von ihr an den Beklagten bezahlten Kaufpreises. Sie hat beantragt, den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises von 2.500 DM und des ihr erwachsenen Schadens von 6.932,81 DM, den sie im Schriftsatz vom 15. April 1952 substantiiert hat, nebst Zinsen zu verurteilen. Die noch bei ihr vorhandenen Stahlrohre hat sie dem Beklagten zur Verfügung gestellt.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten, er hat geltend gemacht, die Klägerin habe die Rohre nach vorheriger Besichtigung gekauft; im Laufe des Prozesses hat er vorgetragen, er habe mit Schreiben vom 1. Juli 1951 die Klägerin darauf hingewiesen, daß es sich um "IIa Siederohre" handle. Die Klägerin habe gewußt, daß die Rohre minderer Qualität gewesen seien. Sie sei daher verpflichtet gewesen, die Rohre vor dem Einbau in einen Kessel auf ihre Verwendbarkeit hierzu zu prüfen. Im übrigen sei die Beschaffenheit der Rohre nicht ursächlich für den der Klägerin nach ihrer Behauptung entstandenen Schaden. Dieser sei vielmehr auf Überheizen des Kessels und Undichtigkeit an den Walzstellen zurückzuführen.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet. Die hiergegen



von dem Beklagten eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision gebeten hat.

#### Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Diesen Vertrag hat es dahin ausgelegt, daß er die Lieferung "neuer nahtloser Flußstahlrohre" zum Inhalt gehabt habe. Wenn auch die Klägerin in dem Bestätigungsschreiben vom 10. Juli 1951 den Ausdruck "nahtlose Siederohre" gebraucht habe, so sei durch das Gutachten des Sachverständigen K. festgestellt, daß beide Bezeichnungen handelsüblich nur für Rohre erster Qualität verwendet werden, die insbesondere bestimmten Anforderungen hinsichtlich ihrer Druckfestigkeit entsprechen. Die Parteien hätten sich somit auf die Lieferung nahtloser Flußstahlrohre ohne jeden einschränkenden Qualitätshinweis geeinigt. Der Beklagte habe, so führt das Berufungsurteil weiter aus, unstreitig Siederohre der Qualität IIa geliefert, die minderer Qualität gewesen seien. Hierzu sei er nicht berechtigt gewesen. Er habe nicht den Beweis erbracht, daß an Stelle des von der Klägerin angenommenen Angebots des Beklagten auf Lieferung "neuer nahtloser Flußstahlrohre" vom 27. Juni 1951 durch das Schreiben des Beklagten vom 1. Juli 1951, in welchem er die Klägerin darauf hingewiesen haben will, daß es sich um IIa Siederohre handle, der Kaufvertrag eine Abänderung dahin erfahren habe, daß die Lieferung dieser minderen Qualität Vertragsinhalt geworden sei.

Das Berufungsgericht sieht in Anlehnung an die eingeholten gutachtlichen Äußerungen in der Bezeichnung der Rohre als "neue nahtlose Flußstahlrohre" die Zusicherung einer Eigenschaft. So bezeichnete Rohre seien Stahlrohre I. Qualität,

die nach dem Gutachten des Sachverständigen K. den für sie geltenden DIN-Bestimmungen entsprechen müßten, als welche der Technische Überwachungsverein M., der sich gleichfalls gutachtlich geäußert hat, bestimmte Anforderungen hinsichtlich der Toleranz, des Probedrucks, der Aufweitung usw bezeichnet. Diese an solche Röhren gestellten Anforderungen setzen nach dem Gutachten der Sachverständigen eine gewisse Reinheit des Werkstoffs voraus und machen sie dadurch für "Druck" geeignet, während Rohre der Qualität II oder IIa infolge zu großer Härte, Porosität und Unreinheit des Werkstoffs für Innen- oder Außendruck nicht geeignet seien. Solche Rohre werden, wie der Sachverständige K. ausgeführt hat, im allgemeinen als Ausschußrohre bezeichnet. Es entspreche daher den im Handel bestehenden Gepflogenheiten, solche Rohre zweiter Wahl nur unter einem entsprechenden Hinweis zu liefern, während bei Lieferung von Rohren unter der Bezeichnung "nahtloser Flußstahlrohre" angenommen werden müsse und sich der Käufer darauf verlassen könne, daß es sich um erste und nicht um Ausschußqualität handle. In der Bezeichnung "neue nahtlose Flußstahlrohre" liege somit die Zusicherung, daß solche Rohre den für sie aufgestellten DIN-Vorschriften genügen. Die Klägerin sei, da ihr Rohre II. Wahl an Stelle der von ihr bestellten I. Qualität geliefert wurden, gemäß §§ 459, 463 BGB berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Diesen Ausführungen ist insoweit zuzustimmen.

Mit Unrecht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht aus dem Umstande, daß die Klägerin ein Unternehmen betreibe, das sich mit der Herstellung von Kesseln befasse, das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft im Sinne des § 459 BGB deswegen angenommen habe, weil die Klägerin beabsichtigt habe, die Rohre zum Einbau in einen Kessel zu ver-

wenden. Es ist zwar richtig, daß das Berufungsgericht keine Feststellung darüber getroffen hat, daß der Beklagte gewußt habe, zu welchem Zweck die Klägerin die Rohre habe verwenden wollen; der Inhaber der Klägerin hat selbst bei seiner Anhörung bestätigt, daß der Beklagte seinen (des Klägers) Betrieb nicht näher gekannt habe. Hierauf kommt es jedoch nicht an. § 459 Abs 2 BGB stellt den Grundsatz auf, daß für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften der Verkäufer auch ohne die Voraussetzung des Abs 1 einzustehen habe, es also gleichgültig sei, ob dadurch der Gebrauch beeinflusst werde (Soergel 1952 BGB zu § 459 BGB II 1). Durch den Vertragsabschluß hatte sich der Beklagte zur Lieferung von "neuen Flußstahlrohren", unter welchen nach Handelsbrauch nur Rohre I. Qualität, die den für sie aufgestellten DIN-Vorschriften entsprechen, zu verstehen sind, verpflichtet. Er mußte also Rohre liefern, die wegen ihrer erstklassigen Beschaffenheit für jeden Zweck, insbesondere auch zum Einbau in einen Kessel, bei dem sie einen erheblichen Druck aushalten mußten, geeignet waren. Der Beklagte hat auch die Qualitätsunterschiede gekannt. Er hat bei seiner Anhörung erklärt, daß er sich im klaren gewesen sei, daß es Qualitätsrohre (Klasse I) und gewöhnliche Siederohre der Qualität II und IIa gebe, er wisse, daß es sich bei der Klasse II und IIa um Ausschußrohre handle. Er mußte also damit rechnen, daß die Klägerin die Rohre zu einem Zweck verwenden wollte, der die höchstmöglichen Anforderungen bezüglich ihrer Qualität an sie stellte und größte Druckfestigkeit voraussetzte, der Ausschußrohre mit größter Wahrscheinlichkeit nicht gewachsen waren.

Der Anspruch der Klägerin entfällt auch nicht aus dem Grunde, wie die Revision meint, weil die Klägerin ihrer Mängelanzeigepflicht aus § 377 HGB nicht genügt habe. Dies ist nicht richtig. In dem Schreiben der Klägerin vom 25. Oktober

1951 an den Beklagten ist eine Mängelanzeige im Sinne des § 377 HGB zu erblicken. Ob allerdings diese Anzeige rechtzeitig erfolgt ist, steht dahin. Die Klägerin brauchte sie nicht unverzüglich nach Erhalt der Rohre zu machen, denn es handelt sich um einen verdeckten Mangel, den die Klägerin nicht sofort erkennen konnte. Der Sachverständige K., dem sich das Berufungsgericht auch insoweit angeschlossen hat, hat ausgeführt, daß die äußere Beschaffenheit der Rohre nicht immer einen Rückschluß auf ihre Qualität zulasse. Der Mangel hat sich erst herausgestellt, nachdem die Rohre in den Kessel eingebaut und dieser in Betrieb genommen war. Erst als der Mangel entdeckt war, hätte die Mängelanzeige unverzüglich erfolgen müssen (§ 377 Abs 3 HGB). Welcher genaue Zeitpunkt hierfür in Betracht kommt, läßt sich aus dem Vortrag der Parteien nicht feststellen. Aber selbst wenn man unterstellt, daß die Klägerin nicht rechtzeitig gerügt hat, muß dieses Vorbringen der Revision als eine neue in den beiden Vorinstanzen nicht vorgetragene Tatsache bewertet werden, die in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung mehr finden kann. Die in § 377 HGB geforderte unverzügliche Anzeige eines Mangels bei einem Kauf, der für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, was im vorliegenden Rechtsstreit unstreitig der Fall ist, gehört nicht zur Klagebegründung, sondern ist ein Einwand des in Anspruch genommenen Verkäufers, dem es überlassen bleiben muß, ihn geltend zu machen oder nicht.

Auch der weitere Angriff der Revision, daß die Gewährleistungspflicht des Beklagten und damit der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz entfallen sei, weil die Klägerin die Rohre "wie besichtigt" gekauft habe (§ 460 BGB), ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat die Beweisaufnahme dahin gewürdigt, daß der Beklagte nicht den Beweis erbracht habe, daß diese Klausel Vertragsinhalt geworden sei; es hat weiter nicht für bewiesen erachtet, daß ein Vertreter der Klägerin



ergibt sich, daß sich kurze Zeit nach Inbetriebstellung des Kessels erhebliche Undichtigkeiten an den Rohrwalzstellen zeigten. Es enthält jedoch nichts darüber, welche Ursache diese eingetretenen Undichtigkeiten hatten. Der Beklagte hatte in dem Schriftsatz vom 20. November 1952 vorgetragen, daß nach dem Prüfungsbericht des Technischen Überwachungsvereins in M [REDACTED] die Undichtigkeit der Rohre auf Überbeanspruchung der Rohre und Konstruktionsmängel der Anlage zurückzuführen sei. Im Schriftsatz vom 19. Februar 1953 hat er hierfür weiteren Beweis angetreten. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht diese Beweise nicht erhoben und eine Feststellung über die Ursache, die zur Undichtigkeit der Rohre geführt habe, nicht getroffen habe. In dem Aktenvermerk des Technischen Überwachungsvereins vom 15. Januar 1952 befindet sich die Bemerkung, daß die Teilnehmer an der Besprechung, bei welcher die Ursache für die starken Undichtigkeiten der Rohrwalzstellen, die sich kurz nach Inbetriebstellung des Kessels zeigten, geklärt werden sollte, der Auffassung waren, die Undichtigkeiten könnten durch Überhitzung infolge zu hoher Belastung eingetreten sein. Würde dies tatsächlich die Ursache dafür sein, daß die Rohre undicht geworden seien, so würde die Schadensersatzpflicht des Beklagten insoweit entfallen, als die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche sich auf den Bau und Einbau des Kessels bei der Firma Sch [REDACTED], auf seine Montage und Demontage als auch auf Ersatz der Kosten für das Auswechseln und das Nachwalzen der Rohre beziehen. Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht des Beklagten ist insoweit der Nachweis, daß der Schaden auf die Mangelhaftigkeit der Rohre zurückzuführen ist und der von der Klägerin geltend gemachte Schaden nicht in anderen von dem Beklagten nicht zu vertretenden Umständen seine Ursache hat. Ein Beweis hierüber ist bisher nicht erhoben. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht ein Zwischenurteil

über den Grund nicht erlassen, ohne die von dem Beklagten angebotenen Beweise zu erheben, da nach herrschender Rechtsprechung ein Grundurteil nur ergehen darf, wenn ein hinreichender Anhaltspunkt dafür gegeben ist, daß hinsichtlich jedes Teilanspruchs ein erstattungsfähiger Schaden entstanden ist (RGZ 158, 34 [367]). Dies ist aber nicht der Fall, solange nicht feststeht, daß die Ursache dafür, daß die Rohre undicht wurden, in ihrer mangelhaften Qualität zu erblicken ist.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird klären müssen, ob den Beklagten eine Schadensersatzpflicht dafür trifft, daß die Rohre kurz nach Inbetriebnahme des Kessels aus dem Grunde schadhaft geworden sind, weil der Kessel seitens der Firma Sch. überheizt wurde. Ist dies der Fall, so wird es weiter untersuchen müssen, ob Rohre I. Qualität eine derartige Überheizung und den damit verbundenen Dampfdruck ausgehalten haben würden, oder ob auch sie bei einem solchen Überdruck undicht geworden wären. Ist das letztere der Fall, so ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Undichtigkeit der Rohre nicht durch ihre schlechte Qualität verursacht worden ist und daß daher die Schadensersatzpflicht des Beklagten gegebenenfalls insoweit entfällt, als die Klägerin Schadensersatz für Bau, Ein- und Ausbau des Kessels bei der Firma Sch. und für das Nachwalzen der Rohre verlangt. Zunächst wird das Berufungsgericht jedoch prüfen müssen, ob, wie aus dem Vortrage der Klägerin entnommen werden könnte, die Parteien sich bei Abschluß des Vertrages einer Überschreitung der Höchstpreise schuldig gemacht haben. Sollte das Berufungsgericht dies feststellen, so wird es die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen ziehen müssen.

Da somit der Rechtsstreit der weiteren Klärung bedarf, so war wegen seines ungewissen Ausgangs auch die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Canter

Dr. Selowsky

Dr. Fischer

Artl

Dr. Winkelmann