

I ZR 150/52

04770

Verkündet am 26. Januar 1954
Grunau, Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Robert K [REDACTED], S [REDACTED], T [REDACTED] str. ●,

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma August I [REDACTED], Stahl- und Hammerwerk, R [REDACTED]
H [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. Januar 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Wilde, Dr. Birnbach, Dr. Bock, Dr. Chri-
stoph und Dr. Weiß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf
vom 19. Juni 1952 aufgehoben und die Sache zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt eine Scherenfabrik. Mit Schreiben vom 3. Juli 1948 teilte ihr die Klägerin, die ein Handelsunternehmen ist, mit, daß an Stelle eines noch unerledigten Auftrags an Scherenstahl

je 2 1/2 - 3 t Flachstahl in Stäben 0,60 % C
Sondergüte, Naturamaterial im Lohnwalzverfahren hergestellt.

Abm.: 17 x 7 1/2, 18 x 8, 18 x 8 1/2, 19 x 9 mm
% kg DM 57,85 effektiv mit Fracht ab Remscheid

geliefert werden können. Nachdem die Beklagte daraufhin zunächst eine Teilmenge bestellt hatte, erteilte sie dann weitere Bestellungen auf dieses Material, auch für Flachstahl in Abmessungen 13 x 6,5 mm und 12 x 5 mm. Die Belieferung erfolgte gemäß Rechnungen vom 17., 19., 26. und 30. August 1948. Darin ist die Ware als Flachstahl in Sondergüte oder Scherenstahl in Sondergüte bezeichnet.

Mit Schreiben vom 10. September 1948 reklamierte die Beklagte, daß bei dem Material der Abmessungen 18 x 8 mm nicht härgbares gewöhnliches Eisen mitgeliefert worden sei. Die Beklagte erklärte sich mit dieser Beanstandung im Schreiben vom 16. September 1948 einverstanden und versprach Ersatz, den sie als geringfügig bezeichnete.

Am 2. Oktober 1948 erfolgte seitens der Klägerin ein weiteres schriftliches Angebot über Flachstahl für Scheren mit 0,6 % C über folgende Posten:

2,5 t 14 x 6 mm

4,5 t 16 x 6 mm,

- 3 -

wovon einige Probestangen zum Zwecke der Materialprüfung übersandt wurden. Die Beklagte gab dann nach vorgenommener Qualitätsprüfung mit Schreiben vom 7. Oktober 1948 Auftrag zur Lieferung des Postens 14 x 6 mm. Diese Lieferung erfolgte dann gemäß Rechnung vom 30. Oktober 1948.

In dem vorbezeichneten Bestellschreiben vom 7. Oktober 1948 erklärte die Beklagte eingangs:

"Wir sandten Ihnen mit gleicher Post per Päckchen 2 Scherenbecken. Wie Sie ersehen, ist dieses Material - Dimension 18 x 8 mm - derart hart, daß uns in der Fabrikation enorme Verteuerungen erwachsen. Nicht nur allein daß die Säume bei 3000 Becke verschlissen sind und neu angefertigt werden müssen, während bei einem guten Material die Säume 12000 Stück Becke aushalten, müssen sämtliche Scheren gegläht und in Öl gehärtet werden. Hoffentlich ist der Ausfall nicht derart hoch, daß die Verteuerung entsprechend zu groß wird. Wir werden Ihnen später Bericht erstatten."

Am 25. November 1948 bestellte die Beklagte schriftlich auf Grund eines Angebots der Klägerin vom 23. November 1948 weiteren Flachstahl in Abmessungen 16 x 6 mm und 19 x 10 mm mit dem Hinzufügen, Zahlung könne allerdings erst nach Gutbefund erfolgen. Hinsichtlich dieser Lieferungen, die gemäß Rechnungen vom 2. und 8. Dezember 1948 erfolgten, erhob die Beklagte im Schreiben vom 9. Dezember 1948 folgende Beanstandung:

"Sie lieferten vor einigen Tagen die Dimension 19 x 10 mm an. Wir mußten leider feststellen, daß dieses Material bereits von einer anderen Schlägerei in Arbeit genommen worden ist, da eine Anzahl kleiner Stücke mit beilagen. Wir wollen nicht hoffen, daß es sich um ein Material handelt, welches Ihnen von einer Solinger Schlägerei zur Verfügung gestellt wurde. Wir werden in Kürze Gelegenheit haben, das Material zu verarbeiten, und hoffen, daß es sich für unsere Zwecke eignet. Über das Resultat geben wir Ihnen sofort Nachricht."



Darauf erwiderte die Klägerin im Schreiben vom folgenden Tage:

"Der Ihnen vor einigen Tagen zugestellte Sonderstahl 19 x 10 mm war ursprünglich für eine Remscheider Firma bestimmt, die Zangen herstellt. Die Festigkeit des Materials ist indessen für diesen Zweck nicht geeignet. Aus diesem Grunde erfolgte die anderweitige Verwertung. Im übrigen handelt es sich um eine Qualität, die Ihnen aus meinen bisherigen Lieferungen bekannt ist und ohne Zweifel für Ihre Zwecke Verwendung finden kann.-"

Anlässlich der Übersendung eines Verrechnungsschecks als Teilzahlung - solche Teilzahlungen hat die Beklagte seit September 1948 mehrfach geleistet - teilte sie der Klägerin im Schreiben vom 20. Dezember 1948 mit,

sie hätten bisher noch keine Gelegenheit gehabt, die Dimension 12 x 5 mm in Arbeit zu nehmen, da sie von diesem Material von früher her noch genügend auf Lager hätten und dieses erst verarbeiten müßten. Sie würden ihr aber sofort Mitteilung machen, inwieweit sich ihr Material für die Zwecke der Beklagten eigne, sobald sie solches in Angriff nehmen.

In einem Einschreibebrief vom 12. Januar 1949 machte die Beklagte der Klägerin dann die Mitteilung, es hätten sich bei der Weiterverarbeitung der verschiedenen Abmessungen des von der Klägerin angelieferten Materials derartige Schwierigkeiten in der Fabrikation ergeben, daß es wohl keinen Zweck mehr habe, das Material weiter zu verarbeiten. Weiter hat sie darin um den Besuch eines Herrn der Klägerin zur Besprechung mit dem Hinzufügen, die Arbeiter der Beklagten weigerten sich, das Material zu verarbeiten. Sie hätten fortlaufend nur mit enormen Schwierigkeiten zu kämpfen, was auf die Dauer unerträglich sei. Das Material eigne sich eben nicht für Scheren. Sie hätten versucht, es

zu verarbeiten, da sie die schweren Dimensionen dringend benötigten, aber letzten Endes gehe es nicht an, daß die Unkosten in der Fabrikation Formen annähmen, die die Fabrikation beträchtlich beeinflussten. Mit Schreiben vom 3. März 1949 mahnte die Beklagte an Beantwortung ihres letzten Schreibens und drängte auf schnellste Erledigung dieser Angelegenheit. Außerdem lehnte sie die Weiterverarbeitung des Materials ab und stellte es der Klägerin restlos zur Verfügung, sofern diese nicht in aller Kürze einen annehmbaren Vorschlag bezüglich des Preises mache. Daraufhin erschien der Mitinhaber der Klägerin, B. [REDACTED], bei der Beklagten, die sich über das Ergebnis dieses Besuches bei ihr im Schreiben vom 10. März 1949 dahin äußerte, Brockermann habe bei dieser Gelegenheit selbst feststellen können, daß das Material sich für die Zwecke der Beklagten nicht eigne. Anschließend gibt die Beklagte eine Aufstellung über die bisher von ihr nicht verarbeiteten Abmessungen, wie folgt,

3.671 kg	Scherenstahl	12 x 5 mm
1.500 kg	Dto.	17 x 7 1/2 mm
500 kg	Dto.	13 x 6 1/2 mm
2.800 kg	Dto.	16 x 6 mm
2.500 kg	Dto.	18 x 8 1/2 mm
2.210 kg	Dto.	19 x 10 mm

Dieses Schreiben schließt mit der Bitte an die Klägerin um reifliche Überlegung einer an die Beklagte für das bereits verarbeitete und das vorbezeichnete Material zu leistenden Vergütung und der Androhung, im Falle ungeeigneten Vorschlags den Stahl ihr zur Verfügung zu stellen.

Im Schreiben vom 17. März 1949 lehnte die Klägerin die Anerkennung einer Regreßpflicht ab, da sie bestellungsgemäß geliefert habe, erklärte sich aber zu einem angemessenen Nachlaß bereit. Am 21. März 1949 bemängelte die Be-

klagte nochmals schriftlich die Ungeeignetheit des ihr gelieferten Materials für ihre Zwecke. Anschließend heißt es in diesem Schreiben:

"Es ist eine unstreitbare Tatsache, daß das Material für unsere Zwecke total nicht geeignet ist, was zu jeder Zeit durch Analyse festgestellt werden kann, Wir haben s.Zt. das Material hier gehalten, weil wir für große Scheren keinen Stahl zur Verfügung hatten und große Aufträge der Erledigung harreten. Bei der jeweiligen Verarbeitung der Dimensionen haben wir sowohl Herrn A. als auch Ihnen von den enormen Schwierigkeiten Kenntnis gegeben. Zwischenzeitlich hat die Verteuerung bei der Herstellung derartige Formen angenommen, daß wir das Material nicht mehr verarbeitet haben. Verkaufte Rohware wurde uns von Seiten der Kundschaft kurzerhand retourniert."

Die Klägerin bot nunmehr der Beklagten im Schreiben vom 25. März 1949 eine Ermäßigung der von ihr auf 8.772,59 DM errechneten Restschuld der Beklagten auf 6.000,- DM an, wobei sie ausdrücklich eine Anerkennung der seitens der Beklagten erhobenen Beanstandungen ablehnte. Die Beklagte wiederholte mit Schreiben vom 26. März 1949 erneut ihre Beanstandungen, wobei sie besonders hervorhob, es habe sich bei der Verarbeitung der Abmessungen 17 x 7 1/2 herausgestellt, daß anstatt Stahl Eisen geliefert sei, und forderte die sofortige Abholung des noch nicht verarbeiteten Materials. In einem Brief vom 1. April 1949 betonte die Beklagte nochmals, daß sie das Material nicht verarbeiten werde, und verlangte auf das bereits verarbeitete Material einen Nachlaß von 33 1/3 %. Auf dieses Schreiben antwortete die Klägerin nicht.

Die Beklagte hat von den insgesamt für 18.456,31 DM gelieferten ca 29 t Stahl etwa 27 t verarbeitet. Die Klägerin verlangt mit der Klage Zahlung des Restbetrages nebst Zinsen für diese Lieferungen, den sie auf 8.300,- DM er-

mäßigt hat mit Rücksicht auf die bei einzelnen Lieferungen hin und wieder versehentlich beigegebenen Eisenstäbe.

Die Beklagte, die um Klageabweisung gebeten hat, hat geltend gemacht, die Verarbeitung des seitens der Klägerin gelieferten Stahls zu Scheren sei wegen seiner Mangelhaftigkeit nur mit sehr erhöhten Kosten möglich gewesen. Daher habe sie Ansprüche auf Minderung und Schadensersatz wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften. Außerdem habe die Klägerin die Mangelhaftigkeit des gelieferten Materials arglistig verschwiegen.

Das Landgericht hat die Beklagte zunächst durch Teilurteil vom 16. Oktober 1951 zur Zahlung von 2.620,49 DM nebst Zinsen und sodann durch Schluß-Urteil vom 22. Januar 1952 zur Zahlung des Restbetrages verurteilt.

Die dagegen eingelegten Berufungen der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob es sich bei den Eigenschaften des von der Klägerin gelieferten Stahls um einen Mangel im Rechtssinn gehandelt und ob die Klägerin die Eignung dieses Stahls für die Herstellung von Scheren zugesichert habe. Es verneint die von der Beklagten eingewendeten Ansprüche auf Minderung und Schadensersatz mit der Erwägung, daß die Beklagte das gelieferte Ma-

terial genehmigt habe. Eine solche Genehmigung entnimmt das Berufungsgericht, wobei es offenbar § 464 BGB im Auge hat, insbesondere dem Umstande, daß die Beklagte von der gelieferten Gesamtmenge von ca 29 t Stahl etwa 27 t verarbeitet hat. Auch die Tatsache, daß die Beklagte bei den einzelnen Lieferungen sich etwaige Gewährleistungsansprüche nicht vorbehalten habe, spricht nach Ansicht des Berufungsgerichts für eine derartige Genehmigung. Es hält außerdem den gelieferten Stahl nach § 377 HGB infolge verspäteter Mängelrüge für genehmigt.

Gegenüber diesen Darlegungen erhebt die Revision sachlich-rechtliche und verfahrensrechtliche Rügen, denen der Erfolg nicht zu versagen war.

Zunächst sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit es in dem dargelegten Verhalten der Beklagten eine Genehmigung der Ware im Sinne des § 464 BGB erblickt, nicht frei von Rechtsirrtum. In der nachträglichen Verarbeitung und Veräußerung einer als mangelhaft zur Verfügung gestellten Ware kann zwar eine die Gewährleistungsansprüche ausschließende Genehmigung der Ware liegen. Doch ist dies, wie die Revision mit Recht geltend macht, keineswegs immer der Fall. Bei Prüfung dieser Frage kommt es vielmehr nach der Rechtsprechung (vgl RGRK BGB 10. Aufl Anm 2 zu § 464 BGB, insbesondere die dort angeführte Entscheidung RGZ 98, 231 [233]) auf die konkreten Umstände, auf das Gesamtverhalten des Käufers an. Nach dieser Richtung hat das Berufungsgericht es an jeder näheren Darlegung fehlen lassen. Es fehlt somit an einer ausreichenden Feststellung für die Annahme einer seitens der Beklagten erfolgten Genehmigung des streitigen Stahls, soweit das Berufungsgericht eine solche Genehmigung in der Weiterverarbeitung und Veräußerung des Stahls durch die Beklagte erblickt. Bei Prüfung

dieser Frage durfte nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagte nach dem zu den Akten überreichten Briefwechsel der Parteien seit dem 10. September 1948 bis in den April 1949 hinein laufend Beanstandungen erhoben und ausdrücklich Ersatzansprüche geltendgemacht und die Klägerin einige Beanstandungen auch anerkannt hat. Das Berufungsgericht hat dabei auch außer acht gelassen, daß die Beklagte nach dem unstreitig gebliebenen Vorbringen ihres Schriftsatzes vom 6. September 1951 in Verbindung mit der ebenfalls nicht bestrittenen Abschrift ihres Schreibens an die Klägerin vom 10. März 1949 13 t Stahl erst verarbeitet hat, nachdem sich ein Vertreter der Klägerin bei der Beklagten von der Berechtigung der von dieser erhobenen Beanstandungen überzeugt hatte und die Klägerin sich zunächst auch grundsätzlich zu einem Entgegenkommen bei der Preisbemessung bereit gezeigt hatte, dann aber die weitere Korrespondenz in dieser Frage abgebrochen hatte. Dieses Vorbringen der Beklagten durfte bei Entscheidung der Genehmigungsfrage ebenfalls nicht unbeachtet bleiben, da bei der behaupteten Sachlage in der nach dem Scheitern der Ausgleichsverhandlungen der Parteien von der Beklagten vorgenommenen Weiterverarbeitung des Stahls und dessen Weiterverkauf höchstens ein Verzicht auf das Wandlungsrecht, nicht aber auch ein Verzicht auf alle sonstigen Gewährleistungsansprüche gesehen werden kann. Gegen die Annahme eines Verzichts der Beklagten auf sämtliche Gewährleistungsansprüche spricht insbesondere ihr Schreiben vom 21. März 1949, worin sie die Erwartung eines sofortigen Preisnachlasses seitens der Klägerin ausgesprochen hat. In der Nichtberücksichtigung des vorerörterten Vorbringens der Beklagten erblickt die Revision mit Recht einen verfahrensrechtlichen Verstoß gegen § 286 ZPO.

Von der Revision wird weiter mit Recht gerügt, daß das Berufungsgericht aus der Tatsache, daß die Beklagte bei den einzelnen Anlieferungen keine Vorbehalte gemacht habe, auf eine Genehmigung des Stahls seitens der Beklagten geschlossen habe. Es handelte sich entgegen der Annahme des Berufungsgerichts, wie sich aus den überreichten Rechnungen und aus dem eigenen Schriftsatz der Klägerin vom 19. November 1951 ergibt, jedesmal um andere Abmessungen aus neuen Auswalzungen, die auch von der Klägerin verschieden bezeichnet wurden, teils als Flachstahl in Sondergüte, teils als Sonderstahl. Auch der Umstand, daß die Klägerin der Beklagten von einigen Angeboten zunächst Proben lieferte, spricht dafür, daß die Beklagte nicht stets denselben Stahl nachbezogen hatte, sondern jedesmal eine andere Qualität, deren etwaige Mängel sie bei der Anlieferung gar nicht kennen konnte. Nur bei Annahme einer mangelhaften Sache trotz Kenntnis der Mängel greift die Verzichtsvormutung des § 464 BGB Platz und bedurfte es zur Erhaltung der Gewährleistungsansprüche des Käufers eines Vorbehalts. Auch insoweit beruht daher die angefochtene Entscheidung in der Frage der Genehmigung auf unzureichender Feststellung und Nichtberücksichtigung wesentlichen Parteivorbringens.

Zur Begründung des Ausschlusses der Gewährleistungsansprüche der Beklagten nach § 377 HGB führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte habe bei jeder Lieferung die einzelnen Abmessungen unverzüglich auf ihre Eignung zur Scherenherstellung untersuchen und etwaige Beanstandungen unverzüglich der Klägerin anzeigen müssen. Sie habe aber mit Schreiben vom 12. Januar 1949 erstmalig mitgeteilt, daß sich das gelieferte Material für die Scherenherstellung nicht eigne. Da die letzte Lieferung gemäß Rechnung vom 8. Dezember 1948 erfolgt sei, so sei diese Rüge für

sämtliche Lieferungen verspätet. Die Mitteilungen der Beklagten in ihren Schreiben vom 9. und 20. Dezember 1948, sie werde das Material in Kürze verarbeiten und hoffe, daß es sich eigne, sei keine wirksame Mängelrüge und habe die Beklagte nicht von ihrer Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung entbinden können. Eine solche sofortige Untersuchung sei auch möglich gewesen, wie aus dem die Proben 14 x 6 und 16 x 6 mm betreffenden Schreiben der Beklagten vom 7. Oktober 1948 hervorgehe. Eine Vernehmung des von der Beklagten als Zeugen benannten Vertreters der Klägerin, Ann, über die Behauptung der Beklagten, daß sie bei jeder Lieferung dem A. gegenüber gerügt habe, hat das Berufungsgericht abgelehnt, da diese angeblichen Rügen nicht in der erforderlichen Weise näherdargelegt seien. Bei diesen Rügen könne es sich auch keineswegs um ernsthafte Beanstandungen gehandelt haben, sonst hätten, wie das Berufungsgericht weiter ausführt, sie zweifellos ihren Niederschlag in der Korrespondenz der Parteien gefunden. Aber selbst wenn der Zeuge Ann diese Beanstandungen der Beklagten bestätigen sollte, so würde der Senat angesichts der laufenden Abnahme und Verarbeitung des Materials seitens der Beklagten und der Parteikorrespondenz nicht davon überzeugt sein, daß die Beklagte ernsthaft und damit wirksam gerügt habe.

Soweit das Berufungsgericht in diesen Ausführungen bemerkt, die Beklagte habe die Pflicht zu sofortiger Untersuchung der Ware gehabt, ist dies insofern mißverständlich, als § 377 HGB dem Käufer keine Untersuchungspflicht in dem Sinne auferlegt, daß deren Verletzung wie eine Genehmigung der Ware wirke. Die Bedeutung der Untersuchung der Ware liegt nur darin, daß die für die ordnungsmäßige Untersuchung erforderliche Frist maßgebend für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist (Senatsurteil vom 18. März 1952 -

I ZR 77/51). Indessen kommt es hierauf nicht weiter an. Es muß aber die verfahrensrechtliche Revisionsrüge gemäß § 286 ZPO, die die Revision aus der Nichtvernehmung des Zeugen Ann herleitet, durchgreifen. Die Mängelrüge aus § 377 HGB bedarf nicht der schriftlichen Form. Zutreffend macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe ohne Anhörung des Zeugen A gar nicht abschließend beurteilen können, ob eine etwaige Rüge der Beklagten ernstlich gewesen sei oder nicht. Wie sich aus der Korrespondenz der Parteien ergibt, erfolgten die Lieferungen an die Beklagte durch den als Zeugen benannten Vertreter A. Etwaige Beanstandungen der Beklagten diesem Zeugen gegenüber muß die Klägerin gegen sich gelten lassen, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob dieser Zeuge als Fernreisender i.S. des § 55 HGB oder als Handelsvertreter alten oder neuen Rechts anzusehen ist (§ 55 II, § 86 II alter Fassung, § 91 II neuer Fassung HGB). Außerdem ist in der Berufungsbegründung vom 28. März 1952 seitens der Beklagten Beweis dafür angetreten, daß dieser Zeuge die ihm gegenüber vorgebrachten Bemängelungen an die Klägerin weitergeleitet hat. Das Beweisvorbringen der Beklagten, daß sie diesem Zeugen gegenüber jede Lieferung sogleich gerügt habe (Berufungsbegründung vom 28. März 1952) ist in tatsächlicher Hinsicht auch als ausreichend dargelegt anzusehen. In der Nichtvernehmung des Zeugen A liegt zudem, mindestens, soweit es sich um die Frage der Ernstlichkeit der Rügen handelt, eine gegen § 286 ZPO verstoßende unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung (BGH in JW 1951, 481). Ohne Anhörung des Zeugen A konnte das Berufungsgericht nicht beurteilen, ob die Aussage dieses Zeugen es von der Ernstlichkeit der Rügen überzeugen würde oder nicht. Bei Prüfung der Rechtzeitigkeit der Mängelrügen der Beklagten hätte das Berufungsgericht auch prüfen müssen, ob nicht in den Schreiben der Beklagten vom 25. November, 9. und 20. Dezember 1948 in Verbindung mit dem Schweigen der Klä-

gerin auf diese Schreiben eine stillschweigende Verlängerung der Rügefrist erblickt werden könnte.

Schließlich beanstandet die Revision die Begründung des Berufungsgerichts, mit der dieses den Einwand der Beklagten, die Klägerin habe ihr den Mangel arglistig verschwiegen (§ 377 Abs 5 HGB), zurückgewiesen hat. Auch diese Rüge mußte durchgreifen. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, eine solche Arglist der Klägerin sei in keiner Weise dargetan. Selbst wenn zwei andere Firmen den Stahl als für ihren Zweck ungeeignet bezeichnet und dessen Abnahme abgelehnt haben sollten, so sei nicht schon darin, daß die Klägerin den Stahl daraufhin der Beklagten angeboten habe, ein arglistiges Verhalten zu sehen. Die Klägerin konnte davon ausgehen, daß sich die Beklagte an Hand der technischen Daten des Angebots und mittels Probeverarbeitungen selbst davon überzeugen werde, ob der Stahl für den vorgesehenen Zweck geeignet sei. Der Arglisteinwand der Beklagten ist schlüssig. Zwar ist das Verhalten eines Verkäufers nicht schon deswegen als arglistig anzusehen, wenn er die Mangelhaftigkeit der Ware erkannte und die Ware trotzdem verkauft oder liefert, er ist auch nicht ohne weiteres gehalten, dem Käufer zu offenbaren, daß die Ware schon vorher von einem anderen mit Recht zur Verfügung gestellt worden ist (RGRK z HGB Anm 148 a zu § 377). Im vorliegenden Falle lag der Klägerin insoweit aber eine Offenbarungspflicht nach Treu und Glauben ob, da die Beklagte die Klägerin in diesem Punkte ausdrücklich in ihrem Schreiben vom 9. Dezember 1948 um Aufklärung gebeten und die Klägerin auch auf diese Anfrage eingegangen war, nach Angabe der Beklagten aber wahrheitswidrig. Es kommt nicht darauf an, ob das betreffende arglistige Verhalten des Verkäufers zur Zeit des Kaufabschlusses oder später stattfand und die Unterlassung der rechtzeitigen Mängelrüge tatsäch-

lich verursacht hat (RGZ 55, 210 [215], 91, 420 [423]). Der Verkäufer muß aber wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet haben, der Mangel werde dem Käufer infolge seines Schweigens unbekannt bleiben und anderenfalls von ihm beanstandet werden (RG in JW 1938, 320 ¹²). Das Berufungsgericht verneint ein solches Bewußtsein auf Seiten der Klägerin im vorliegenden Falle, da diese davon habe ausgehen können, und - wie aus dem Zusammenhalt der Urteilsgründe zu entnehmen ist - auch davon ausgegangen sei, die Beklagte werde sich an Hand der technischen Daten und Probeverarbeitungen von der Geeignetheit des Stahls ein Bild machen. Diese Feststellung bemängelt die Revision mit Recht als auf einem Verfahrensverstoß gegen § 286 BGB beruhend, weil das Berufungsgericht bei Prüfung des Arglisteinwandes wesentlichen Prozeßstoff unberücksichtigt gelassen hat. Nach der vorgelegten Parteikorrespondenz hat die Klägerin der Beklagten lediglich den angeblichen C-Gehalt des Stahls mitgeteilt, nicht aber den Gehalt an anderen Bestandteilen, der nach dem Vorbringen der Beklagten für die Qualität des Scherenstahls ebenso wesentlich wie der C-Gehalt ist und wofür sie in der Berufungsbegründung vom 28. März 1952 Beweis angetreten hat. Dieses Beweisanerbieten durfte nicht übergangen werden, da von der Aufklärung dieser Beweisfrage die Beantwortung der Frage der Ursächlichkeit des angeblichen arglistigen Verhaltens der Klägerin im vorliegenden Fall abhängt.

Mit Rücksicht auf die vorstehend gekennzeichneten Rechtsirrtümer des Berufungsgerichts konnte das angefochte-

ne Urteil nicht aufrecht erhalten bleiben und war eine neue Sachverhandlung geboten. Sollte sich dabei ergeben, daß die Rügefrist gewahrt ist und auch eine Genehmigung der Ware nicht vorliegt, so wird das Berufungsgericht entscheiden müssen, ob die Ware tatsächlich mangelhaft war.

Wilde	Birnbach	Bock
Christoph	Weiss	