

*Handwritten:* 063 8

Für das Nachschlagewerk!  
Nicht für die amtliche Sammlung!

---

Gesetz: BGB §§ 459 Abs 2, 463.

Rechtssatz: Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache kann auch derart vereinbart werden, daß der Käufer die Eigenschaften festlegt und der Verkäufer dem zustimmt und die Kaufsache mit jenen Eigenschaften liefert.

Aktenzeichen: I ZR 37/52

Urteil des BGH vom 20. Januar 1953 OLG Hamm (Westf.)

8

I. ZR. 37/52

Verkündet  
am 20. Januar 1953  
Grunau, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma August G [REDACTED], Werkzeugfabrik, O [REDACTED],  
Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die V [REDACTED] GmbH, H [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED],  
vertreten durch den Geschäftsführer Karl Busch in Hagen,  
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 6. Januar 1953 unter Mitwirkung  
der Bundesrichter Professor Dr. Lindenmaier, Schmidt,  
Dr. Birnbach, Dr. Bock und Dr. Benkard

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des  
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm in  
Westfalen vom 10. Dezember 1951 wird auf Kosten  
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschafter 14 Firmen sind, die Eisenwaren und namentlich Geräte für Landwirtschaft und Gartenbau fertigen. Das Stammkapital beträgt 20 000 DM und ist unter den 14 Gesellschaftern in verschiedenen Stammeinlagen von 200 DM bis zu 2 400 DM verteilt. Die Beklagte besitzt Stammanteile von 1 600 DM. Organe der Gesellschaft sind die Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführer. Der Zweck der Gesellschaft ist der Ausfuhrhandel mit Afrikaspaten aller Art sowie die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der angeschlossenen Gesellschafter. Die Gesellschaft ist nicht auf Erzielung von Gewinn gerichtet. Der Gesellschaftsvertrag legt fest, daß der Geschäftsführer die Pflicht hat, bei den Gesellschaftern nach Maßgabe ihrer Beteiligungsverhältnisse am Stammkapital einzukaufen, wobei die Beklagte mit 8 % beteiligt ist. Der Verkauf der gesamten Produktion der Gesellschafter in Afrikaspaten erfolgt ausschließlich durch die Gesellschaft, daher sind die Gesellschafter verpflichtet, alle bei ihnen eingehenden Anfragen und Aufträge für Afrikaspaten unmittelbar im Original der Gesellschaft zur Bearbeitung zu überweisen; Lieferungen der Gesellschafter untereinander sind ausgenommen. Über- und Unterschreitungen des Beteiligungsverhältnisses einzelner Gesellschafter im Laufe eines Geschäftsjahres werden auf das künftige Geschäftsjahr übertragen. Der Geschäftsführer ist berechtigt, nach pflichtmäßigem Ermessen die Bestellung, die er an einen der Gesellschafter gegeben hat, zurückzuziehen, falls der Gesellschafter die ihm aufgebene Lieferung nicht fristgemäß ausführen kann. Die Gesellschaft bezahlt den Gesell-



schaftern die gelieferten Waren nach Maßgabe der bei ihr eingehenden Zahlungen der Abnehmer abzüglich einer Unkostenabgabe, die an die Gesellschaft fließt und von der Gesellschafterversammlung festgesetzt wird. Jeder Gesellschafter ist der Gesellschaft gegenüber zur vertragsmässigen Lieferung übernommener Bestellungen verpflichtet. Falls die Gesellschaft mit einem Abnehmer aus einem Lieferungsvertrag in einen Rechtsstreit gerät, hat sie dem für die betreffende Lieferung verantwortlichen Gesellschafter den Streit zu verkünden. Diese Bestimmungen finden sich in den §§ 8 bis 14 des Gesellschaftsvertrages. Die Beklagte war bis zum 31. Dezember 1950 Gesellschafterin der Klägerin, sie schied auf Grund eigener Kündigung aus der Gesellschaft aus.

Am 19. Januar 1949 bestellte die Firma N.V. T [REDACTED] O [REDACTED] (nachfolgend als TOM bezeichnet) für ihre Zweigniederlassung T [REDACTED] O [REDACTED] Trading Company Ltd. in M [REDACTED] /Brit.Ostafrika bei der Klägerin 23 000 Stück geschmiedeter Kovenda Spaten Nr 112 mit Stachelstiel. Die Beschaffenheit der Spaten war im Bestellbrief genau festgelegt, auch das Gewicht. Der Kaufpreis betrug je 100 Stück 10.7.6. Auf Grund dieses Auftrages bestellte die Klägerin am 5. Februar 1949 bei der Beklagten 13 000 Kovenda Spaten in 260 Kisten zu je 50 Stück. Sie wiederholte die genaue Beschreibung, die die TOM ihr aufgegeben hatte und betonte im Begleitschreiben vom gleichen Tage, daß der Auftrag genau nach den angegebenen Maßen ausgeführt werden müsse, die Beklagte solle sich auch mit den Firmen B [REDACTED] und H [REDACTED], gleichfalls Gesellschaftern der Klägerin, in Verbindung setzen und die Form der Spaten sowie deren Verpackung genauestens mit denjenigen dieser Firmen abstimmen. Im Auftrags-

schreiben war angegeben, die Lieferung solle über Daressalaam nach Mwanza in britisch Ostafrika (Kenia) befördert werden. Die Klägerin hatte der Beklagten weiter aufgegeben, ihr Referenzmuster aus der laufenden Fertigung zu übersenden. Sie betonte, daß die Spaten in erstklassiger Ausführung und ganz schöner Abarbeitung geliefert werden mußten, alle Spaten mußten die gleichen Abmessungen haben, fehlerhafte dürften nicht verpackt werden. Die Beklagte bestätigte die Übernahme der Lieferung am 12. März 1949 und übersandte der Klägerin gleichzeitig zwei Musterstücke. Diese stammten nicht aus der laufenden Produktion der Beklagten, sondern waren besonders nach den aufgegebenen Maßen angefertigt. Die Klägerin bestätigte am 17. März 1949 den Eingang der Muster. Am 26. März 1949 lieferte die Beklagte 12 950 Spaten in 259 Kisten nach Hamburg zur Verladung. Am 30. März 1949 übersandte sie der Klägerin ihre Rechnung über DM 31905,63. Am 6. April 1949 wurden die Spaten in Hamburg mit anderen Sendungen gleicher Art auf den Dampfer nach Antwerpen verladen, wo sie am 25. Mai 1949 nach Afrika umgeladen wurden. Im Juli 1949 zahlte die TOM die Lieferung an die Klägerin, diese überwies der Beklagten den ihr zukommenden Betrag. Am 3. August 1949 kamen die Spaten in Daressalaam an und wurden von dort auf dem Landwege nach Mwanza befördert, wo sie am 1. September 1949 eintrafen. Schon in Daressalaam war festgestellt worden, daß einzelne der Kisten zerbrochen waren, teilweise derart, daß die Nummer nicht mehr sichtbar war.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die von der Beklagten gelieferten Spaten nicht die vorgeschriebenen Maße hatten, sie waren durchweg größer als sich aus

der der Bestellung beigelegten Zeichnung ergab; die Beklagte hatte sie aus älteren Werkzeugen ausgestanzt, die größere Maße aufwiesen. Am 14. September 1949 erhob die TOM Mängelrüge, die die Klägerin zunächst ablehnte. Die TOM gab alsdann die Fehler der gelieferten Spaten genau an und bezeichnete die Kisten, in denen sie verpackt waren. 480 Spaten hatten gespaltene Blätter und waren unverkäuflich, fast alle Spaten hatten eine unregelmässige Form und waren größer als bestellt, so daß 11 520 Spaten nur zu geringerem Preis verkäuflich sein würden. Die TOM bezifferte ihren Gesamtverlust auf 12 228.00 Shs = 7 190,06 DM bei einem Kurs von 11,76 DM je ~~Stück~~. Bei einer Besprechung des Geschäftsführers der Klägerin mit den Vertretern der TOM in Enschede erkannte die Klägerin den Schaden der TOM an. Am 7. Juni 1951 vereinbarte sie mit der TOM zum Ausgleich des Schadens die Lieferung von Ersatzstücken, die sie der Gesellschafterin, Firma H [REDACTED], in Auftrag gab. Die Ersatzlieferung von 5 500 Spaten zahlte die Klägerin ihrer Gesellschafterin H [REDACTED] mit DM 6 884,77, und zwar am 7. Oktober 1951. Vorher hatte die Klägerin am 2. Mai 1950 die Beklagte aufgefordert, ihre Ersatzpflicht für die mangelhafte Lieferung anzuerkennen. Im Schreiben vom 23. Mai 1950 gab die Beklagte zu, eine größere Form der Spaten, abweichend von dem Muster, geliefert zu haben. Ohne Ermächtigung und ohne Wissen der Klägerin schrieb die Beklagte am 27. Mai 1950 unmittelbar an die TOM unter vertraulich und mit der Bitte, von dem Inhalt des Schreibens die Klägerin nicht zu unterrichten. Sie erkannte gegenüber der TOM die Mangelhaftigkeit der Lieferung an, versicherte für die Zukunft wieder einwandfrei liefern zu können, und machte der TOM den Vor-

schlag, diese solle ihre Mängelrüge gegenüber der Klägerin zurückziehen; zum Ausgleich wolle die Beklagte der TOM zu billigeren Preisen Ware liefern, so daß dadurch die TOM den Ersatz ihres Schadens finden werde. Diesen Vorschlag der Beklagten lehnte die TOM ab und machte der Klägerin von dem Schreiben der Beklagten Mitteilung. Die Klägerin machte sich gegenüber der Beklagten die Mängelrügen der TOM zu eigen und forderte von der Beklagten Ersatz wegen der mangelhaften Lieferung, behauptete auch, von der Beklagten arglistig getäuscht zu sein. Eine Mahnung des Anwalts der Klägerin vom 30. Januar 1951 mit Fristsetzung bis 10. Februar 1951 ließ die Beklagte unbeachtet. Die Klägerin erhob darauf Klage auf Zahlung von 7 190,06 DM nebst 5 % Zinsen seit 11. Februar 1951 als dem Tage des Verzugs der Beklagten. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie brachte vor, das Anerkenntnis der Klägerin gegenüber der TOM binde sie nicht. Sie bestritt, daß die unbrauchbaren 480 Spaten aus ihrer Lieferung stammten, beanstandete auch die angegebene Zahl. Den Größenunterschied der Spaten, den sie nicht leugnete, hielt sie für keinen Sachmangel, weil dadurch die Brauchbarkeit der Spaten nicht nur nicht beeinträchtigt, sondern deren Wert sogar erhöht werde. Die Abweichung der Maße halte sich überdies innerhalb der handelsüblichen Toleranz von 2,5 bis 5 %. Endlich beanstandete sie die Mängelrüge als verspätet und wandte Verjährung des Anspruches ein. Die Klägerin trat dem Vorbringen der Beklagten entgegen, diese habe nach Muster die Lieferung auszuführen gehabt und nicht davon abweichen dürfen. Die Untersuchung der Spaten sei sofort nach Eintreffen in Mwanza erfolgt, daraufhin sei die Mängelrüge erhoben worden, die rechtzeitig erfolgt sei. Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt.

Auf die von der Beklagten eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht in Hamm am 10. Dezember 1951 ein Teilurteil gefällt, wodurch es die Beklagte zur Zahlung von 6 884,77 DM verurteilt nebst 5 % Zinsen seit 7. Oktober 1951. Den in der Urteilsformel des Landgerichts enthaltenen Verwendungszweck der von der Beklagten zu zahlenden Urteilssumme hat das Berufungsgericht aus der Urteilsformel gestrichen. Die Beklagte hat Revision eingelegt mit dem Antrage, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach den Anträgen der Beklagten aus der Vorinstanz zu erkennen. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht beurteilt das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten, soweit es die Lieferung der 13 000 Spaten zum Gegenstand hat, zutreffend als Werklieferungsvertrag. Es nimmt an, die Größe und sonstige Beschaffenheit der zu liefernden Spaten sei von der Beklagten zugesichert gewesen, daher habe die Beklagte genau mustergetreu liefern müssen. Es habe sich dabei um vertretbare Sachen gehandelt. Es stellt fest, daß den gelieferten Spaten zur Zeit des Übergangs der Gefahr auf die Klägerin die zugesicherten Eigenschaften gefehlt hätten, da sie unstreitig nicht dem Muster entsprechend ausgeführt gewesen seien. Jedes Abweichen von den zugesicherten Eigenschaften mache die Ware vertragswidrig, ohne daß von Bedeutung sei, ob der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit der Spaten zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch zum mindesten nicht unerheblich andere. Die Beklagte hafte danach gemäß § 480 BGB

auf Ersatz des durch die Mängel entstandenen Schadens.

Diese Würdigung des Vertragsverhältnisses und des Verhaltens der Beklagten läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Insbesondere gibt die Tatsache, daß die Parteien auch durch einen Gesellschaftsvertrag verbunden waren, zu abweichender Herleitung des Klaganspruchs keine Veranlassung. Dazu ist im einzelnen zu bemerken:

2. Die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien beruhte einmal, wie ausgeführt, auf einem Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 BGB. Sie erschöpft sich aber nicht darin, sondern diesem Werklieferungsvertrag liegt das Vertragsverhältnis zugrunde, das zwischen den Parteien durch den Gesellschaftsvertrag geschaffen ist. Die Verpflichtungen, die den Gesellschaftern in Bezug auf Lieferungen in diesem Gesellschaftsvertrag auferlegt sind, sind als solche zulässige Sonderpflichten. Sie bestehen darin, daß die Gesellschafter ihre ganze Erzeugung an Afrikaspaten für die Gesellschaft bereithalten und auf deren Bestellung ihr liefern sollten. Die Gesellschaft ist alleinige Verkaufsstelle von Afrikaspaten und tritt nach aussen als alleiniger Lieferer hervor. Deshalb haben die Gesellschafter alle Aufträge, die bei ihnen einlaufen, der Gesellschaft zu überweisen, die die Ausführung nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen unter die einzelnen Gesellschafter nach den Quoten auf deren Beteiligung am Gesellschaftskapital vergibt. Die Lieferung an die Abnehmer erfolgt wiederum nur durch die Klägerin. Im Rahmen dieses Gesellschaftsverhältnisses ist die Verpflichtung der Gesellschafter festgesetzt worden, die ihnen von der Gesellschaft übertragenen Lieferungen genau nach den Weisungen der Gesellschaft auszuführen

(§ 13 des Gesellschaftsvertrages), damit diese die ihr von den Auslandskunden bestellten Waren vertragsgemäß zu liefern vermag. Die Betonung dieser Verpflichtung ergibt sich aus dem von der Gesellschaft verfolgten Zweck des Ausfuhrhandels (§ 2 der Satzung) und der daraus sich ergebenden Forderung, einwandfreie Lieferung zu sichern.

Gleichwohl darf nicht verkannt werden, daß die Gesellschaft sich zur Beschaffung der Spaten, deren sie zur Erfüllung der von ihr mit Dritten eingegangenen Lieferungsgeschäfte bedurfte, des Abschlusses selbständiger Einzellieferungsverträge mit ihren Gesellschaftern bediente. Das ist auch in § 13 der Satzung vorgesehen, der von der "vertragsmäßigen Lieferung übernommener Bestellungen" spricht. Auch die hier zur Erörterung stehende Bestellung ist, wie die vorgelegte unstreitige Korrespondenz zeigt, in dieser Weise durchgeführt worden. Für die aus einer Lieferung sich ergebenden Rechtsbeziehungen der Parteien ist daher in erster Linie der Einzellieferungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem liefernden Gesellschafter maßgebend. Das hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt, das aus ihm wie bereits ausgeführt, den den Klagsanspruch tragenden Rechtsgrund entnommen hat. Nicht verkannt werden darf jedoch auch, daß der Einzellieferungsvertrag zur Effektuierung des Gesellschaftsvertrages dient, und daß deshalb bei der Abwicklung des Einzellieferungsvertrages die gesellschaftliche Bindung einen weitgehenden Einfluß ausübte. Auf diese Einflußnahme wird im Nachfolgenden im einzelnen zurückzukommen sein.

3. Die Darlegungen des Berufungsgerichts, daß der Klägerin aus § 480 BGB ein Anspruch aus Schadensersatz

wegen Nichterfüllung zustehe, sind aus rechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

a) Nach den Verhandlungen der Parteien hat die Klägerin die Beschaffenheit der von der Beklagten zu liefernden Spaten genau vorgeschrieben auf der Grundlage der Bestellung der TOM bei der Klägerin. Die Skizze, die die TOM der Klägerin übermittelt hatte, hat diese mit den daraus sich ergebenden genauen Abmessungen der Beklagten weitergegeben, auch sonst hat die Klägerin die genaue Beschaffenheit der Spaten größenmässig und unter Anführung der Einzelheiten der Eigenschaften im Bestellschreiben vom 5. Februar 1949 niedergelegt. Die Beklagte hat sich im Bestätigungsschreiben vom 12. März 1949 mit der gesamten Bestellung einverstanden erklärt und zu den Bedingungen des Schreibens vom 5. Februar 1949 die Lieferung der 13 000 Spaten übernommen. Damit hatte die Beklagte auch zugesagt, daß die von ihr zu fertigenden Spaten genau den Abmessungen und der Beschaffenheit entsprechen sollten, die sich aus dem Bestellschreiben vom 5. Februar 1949 ergaben. Hierin ist rechtlich die Zusicherung der Eigenschaften zu finden, die die fertigen Erzeugnisse aufweisen sollten. Die Besonderheit des Tatbestandes liegt darin, daß nicht, wie im allgemeinen, der Unternehmer und Verkäufer die Eigenschaften der Ware festgelegt hat, sondern hier umgekehrt der Besteller und Käufer, die Klägerin, die Eigenschaften festlegte und daraufhin die Beklagte die Bestellung annahm. Durch widerspruchsslose Hinnahme des Auftragsschreibens, spätestens durch Wiederholung der Bedingung der Mustermässigkeit auf der Faktura (RGZ 95, 116) hat die Beklagte indessen die Bestellungsanforderungen als Zusicherung übernommen. Eine Toleranz kann

- das verkennt die Revision - selbst wenn sie im allgemeinen handelsüblich sein sollte, gegenüber der bis ins einzelne spezialisierten und zugesicherten Abmessung und Beschaffenheit nicht zum Zuge kommen.

b) Nun behauptet die Beklagte, die Mängel seien verspätet gerügt worden. Schon in Hamburg habe die Untersuchung der Ware erfolgen müssen. Soweit es sich um die Rügepflicht der Klägerin gegenüber der Beklagten handelt, greift zunächst die Klausel des Lieferungsvertrages ein, gemäß welcher die Reklamation durch den Drittbefehlshaber als gegen den Lieferanten gerichtet zu behandeln ist. Ohne Rechtsverstoß legt das Berufungsurteil dieser Klausel den Sinn bei, daß rechtzeitige Reklamation des Drittbefehlshabers genügen soll. Die Rechtswirksamkeit dieser Klausel bekämpft die Revision ohne Erfolg. Die Bestimmung des § 13 der Satzung ist in keiner Weise geeignet, dem Geschäftsführer die Befugnis zu nehmen, die Einzellieferungsverträge der Gesellschafter als Organ der Gesellschaft zweckmäßig zu gestalten. Die in § 11 des Gesellschaftsvertrages getroffene Regelung gilt nur für nicht fristgemäße Lieferung eines Gesellschafters, nicht aber einmal für die Fälle des § 13 des Gesellschaftsvertrages und demgemäß auch nicht für die Einzellieferungsverträge. Die Vereinbarung im Vertrag zwischen den Parteien, daß der Hersteller für Beanstandungen der Ware genau so zu haften habe, als sei die Reklamation gegen ihn selbst erfolgt, bedurfte daher keineswegs der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Klägerin, sondern hielt sich im Rahmen der Befugnisse des Geschäftsführers.

Damit ergibt sich aber die weitere Frage, ob die Abnehmerin der Klägerin rechtzeitig gerügt hat und ob bei

Verneinung dieser Frage die Beklagte in Anbetracht des vorliegenden Sachverhalts hieraus Rechte ableiten kann.

Nach der vom Berufungsurteil der Reklamationsklausel gegebenen Auslegung hat sie den weiteren Sinn, daß der Hersteller für die Beanstandung seiner Lieferung einzustehen habe, wenn der Klägerin im Verhältnis zu ihrem Abnehmer nicht zugemutet werden könne, sich auf die Verspätung der Mängelrüge zu berufen. Nach den Ausführungen des Berufungsurteils ist hier auch der Fall einzureihen, daß die Klägerin den Anspruch der Drittbefliegenden in Rücksicht auf das Gesellschaftsinteresse anerkannt hat.

Es mag dahingestellt bleiben, ob der Wortlaut der Klausel als solcher eine so weitgehende Auslegung rechtfertigt. Im Ergebnis ist dem angefochtenen Urteil jedenfalls beizutreten.

Zunächst ist nach dem vorgetragenen unstreitigen Sachverhalt und dem vorgelegten Schriftwechsel davon auszugehen, daß Ablieferungsort der Ware im Sinne des § 377 HGB Mwanza war. Die Ware war von der Klägerin in verstärkter seemäßiger Verpackung mit ersichtlichem Bestimmungsort Mwanza und fob zu liefern (d.h. - lt. Incoterms Nr 5 A Baumbach-Duden HGB 9. Aufl S 722 - an Bord des zur Verschiffung bestimmten Seeschiffes). Bei dieser besonderen Sachlage muß angenommen werden, daß die Parteien dieses Kaufvertrages stillschweigend darüber einig waren, der Ablieferungsort der Ware solle erst der Bestimmungsort Mwanza sein. Daher hatte die Untersuchung der gelieferten Ware auch erst in Mwanza zu erfolgen. Entsprechendes ist in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wiederholt anerkannt (vgl RGZ 57, 11; 59, 124; 102, 291; RG in LZ 1907, 289<sup>7</sup>). Ort der Ablieferung der Spaten i.S. des § 377 HGB

war somit Mwanza. Die Mängelrügepflicht begann deshalb in dem dem ordnungsmässigen Geschäftsgang nach dem Tag des Zeitpunkts des Eintreffens in Mwanza (1. September 1949) entsprechenden Zeitpunkt.

Auf Grund der Untersuchung der Zweigniederlassung der TOM in Mwanza hat die TOM selbst bei der Klägerin am 14. September 1949 die Mängelrüge erhoben, die zunächst so unbestimmt und allgemein war, daß die Klägerin sie ablehnte. Die TOM hat indes, wie der Berufungsrichter feststellt, sodann die Mängel im einzelnen genau angegeben und hierauf ihre Rüge erneut gestützt (Schreiben der TOM an die Klägerin vom 8. November 1949 und 9. Januar 1950, ferner vom 7. März 1950). Auf Grund dieser ins einzelne gehenden Mängelrüge hat die Klägerin die Fehler der gelieferten Spaten der TOM gegenüber zugegeben. Im Einklang damit hat die Beklagte selbst in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 23. Mai 1950, an die TOM vom 27. Mai 1950 sowie vom 22. Juni 1950 an den Rechtsanwalt der Klägerin zugestanden, daß die Blätter der Spaten größer waren, als bestellt, und weiter zugegeben, daß sie auf noch vorhandenen Werkzeugen mit größeren Maßen ausgestanzt worden seien. Die Beklagte hat weiter im genannten Schreiben vom 23. Juni 1950 der Klägerin gegenüber die Möglichkeit eingeräumt, daß Fehlstücke nicht rechtzeitig ausgesondert wurden und solche Fehlstücke in die Lieferung sich eingeschlichen haben könnten. Damit steht fest, daß die Beklagte vertragswidrig geliefert und die besondere Vorschrift der Klägerin, diesen ersten Auslandsauftrag mit großer Sorgfalt zu behandeln, nicht beachtet hat. Ob die Klägerin bei den Verhandlungen über Mängelersatz ihre Rechtsstellung, die sich aus einer etwaigen Verspätung ergibt, ohne Rücksicht ver-

folgt hat und nicht vielmehr, was die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge angeht, Entgegenkommen bewiesen hat, kann dahingestellt bleiben. Die Beklagte kann sich darauf zunächst schon deshalb nicht nach Treu und Glauben berufen, weil sie diese Art der Verhandlung widerspruchslos geduldet, ja sich selbst mit ihrem Schreiben vom 27. Mai 1950 im Wege selbständiger Schadensersatzübernahme gegenüber der Zweitbelieferin in diese Verhandlungen einzuschalten versucht hat. Hinzu kommt aber, daß sie in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin gehalten war, deren Vorgehen bei der Schadensdeckung gut zu heißen, soweit es durch das Gesellschaftsinteresse geboten war. Daß das der Fall gewesen sei, hat das Berufungsgericht einwandfrei ausgeführt.

4. Schon in den Protokollen zum Entwurf des HGB ist gesagt, daß im Einzelfalle die Untersuchung der Ware hinausgeschoben werden kann und sodann auch der Lauf der Verjährungsfrist sich entsprechend hinausschiebt (siehe den Abdruck bei Staudinger-Ostler BGB 10. Aufl § 477 Anm 24). Entsprechendes wie für die Frage rechtzeitiger Rüge muß daher auch für ein Hinausschieben der Einrede der Verjährung und deren Ausschluß im Verhältnis zwischen den Parteien gelten. Da die Klägerin zwecks Wahrung der Interessen ihrer sämtlichen Gesellschafter berechtigt war, den Streitfall mit der TOM in Güte beizulegen und darüber mit der TOM zu verhandeln, mußte auch die Beklagte während der Dauer dieser Verhandlungen ihre eigenen Rechte in der Schwebe lassen. Infolgedessen muß nach Treu und Glauben gefolgert werden, daß die Beklagte sich auch im Verhältnis zur Klägerin auf Verjährung nicht berufen kann, solange

nicht die Klägerin mit der TOM zu einer Beendigung der Verhandlungen, sei es im Sinne völligen Abbruchs, sei es zu einer Einigung, gekommen war. Das war bis zur Klagerhebung (Februar 1951) nicht der Fall. Diese Einigung datiert vielmehr erst vom 7. Juni 1951.

5. Die Beklagte erhebt weiter den Einwand, die Klägerin habe mit der TOM einen Vergleich geschlossen, durch den sie der TOM 5500 Spaten als Ersatzlieferung zugesagt habe. Damit habe die Klägerin die Rechte der Beklagten verletzt. Die Beklagte brauche dies Abkommen nicht gegen sich gelten zu lassen. Auch hier muß Entsprechendes wie bei der Verjährung gelten. Die Klägerin war bestrebt, ohne gerichtliche Austragung des Streites, bei dem die deutsche Seite durch das Verhalten der Beklagten von vornherein im Nachteil war, mit der TOM zu einem kaufmännischem Anstand und kaufmännischem Entgegenkommen entsprechenden Abkommen zu gelangen. Diesem Bestreben durfte sich die Beklagte nicht entgegenstellen und konnte daher nicht von der Klägerin fordern, nach strengem Recht vorzugehen und alle denkbaren Rechtsbehelfe gegen die TOM vorzubringen. Vielmehr muß es die Beklagte auf Grund ihrer fortwirkenden Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag hinnehmen, daß auch im Innenverhältnis der Prozeßparteien die Klägerin im Wege von Verhandlungen mit der TOM den Fall beilegte.

6. Die Beklagte bringt weiter vor, die Klägerin habe die der TOM zugesicherte Ersatzlieferung bei der Beklagten herstellen lassen sollen, während die Klägerin diese Ersatzlieferung bei der Firma H. [REDACTED] habe fertigen lassen. Nach Lage der hier maßgebenden Tatsachen ist das Ver-

langen der Beklagten unbegründet. Durch ihr gesellschaftsvertragswidriges Verhalten hatte die Beklagte das Vertrauen, das die Klägerin in sie setzte, verletzt. Vollends hat sie dies Vertrauen zerstört dadurch, daß sie am 27. Mai 1950 versuchte, unter Umgehung der Klägerin und der anderen Gesellschafter mit der TOM unmittelbar in Geschäftsverbindung zu treten und zu Preisen, die unter denen der Klägerin lagen, an die TOM Lieferungen zu bewirken. Die Klägerin hat hiervon erfahren, weil die TOM sich auf den Vorschlag der Beklagten nicht einließ, sondern die Klägerin von dem Schritt der Beklagten (Schreiben vom 7.11.1950) unterrichtete. Die Beklagte hat sich damit einer so schweren Verletzung ihrer Verpflichtungen schuldig gemacht, daß der Klägerin nicht angesonnen werden konnte, die Ersatzlieferung bei der Beklagten herstellen zu lassen.

7. Der Berufungsrichter billigt der Klägerin den Ersatz desjenigen Schadens zu, der ihr selbst entstanden ist. Es steht fest, daß die Klägerin für die Lieferung der 5500 Spaten als Ersatz für die mangelhaften Spaten der Beklagten an die Firma H. [REDACTED] 6.884,77 DM gezahlt hat. Der Berufungsrichter läßt bei Verurteilung zu dieser Summe die Frage beiseite, welcher Schaden der TOM entstanden sei. Die Festlegung der Zinspflicht vom 7. Oktober 1951 an bekräftigt diese Auffassung; denn für den Beginn des Zinslaufs legt der Berufungsrichter den Tag zugrunde, an dem die Klägerin jene 5500 Spaten an die Firma H. [REDACTED] bezahlt hat. Auch insoweit liegen die Angriffe der Revision neben der Sache und verkennen die Kernfrage dieses Rechtsstreits. Das Urteil stellt fest, daß auch die 480 Spaten mit gespaltenem Blatt aus der Lieferung der

Beklagten stammten, somit alle von der TOM gerügten Mängel von der Beklagten zu vertreten seien.

Ob neben dem Schaden, den das Berufungsgericht der Klägerin zugesprochen hat, noch weitergehende Ersatzansprüche der TOM bestehen, wird der Berufungsrichter im Schlußurteil zu prüfen haben. Dies könnte zweifelhaft sein, wenn durch das Abkommen zwischen der Klägerin mit der TOM deren Gesamtforderung abgegolten sein sollte.

8. Hiernach war die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Die Kosten des Rechtsmittels fallen der Beklagten zur Last (ZPO § 97).

Lindenmaier

Schmidt

Birnbach

Bock

Benkard