

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

HGB § 346 D, Ea

Die widerspruchslose Hinnahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens schließt nicht die Möglichkeit des Nachweises aus, daß auch noch andere, in dem Bestätigungsschreiben nicht enthaltene Vereinbarungen mündlich getroffen worden sind.

BGH, Urt. v. 22. Januar 1964 - VIII ZR 111/63 - OLG Düsseldorf
IG Düsseldorf

Verkündet am 22. Januar 1964
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Firma Hassan L [REDACTED] & Co. (offene Handelsgesellschaft in H [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],
2. des Kaufmanns Hassan L [REDACTED] in H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
3. des Kaufmanns Mehdi L [REDACTED] in H [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma T [REDACTED] - Export Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch ihre Geschäftsführer A [REDACTED] und K [REDACTED], in D [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Januar 1963 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1, eine offene Handelsgesellschaft mit dem Sitz in Hamburg, schloß unter Mitwirkung ihres Kunden, einer Handelsfirma in Persien, am 20. Februar 1957 mit der Beklagten einen Vertrag, wonach diese 500 to Eisen-Träger aus Formstahl in den Profilen INP 10-30 cm zum Preise von 135 US Dollar pro Tonne fob Nordseehafen an die Firma der Kaufleute H. [REDACTED] und I. [REDACTED] Dastmaltchian zu liefern hatte. Diese Firma war bei dem Vertragsschluß durch einen Mitinhaber vertreten. Eine Niederschrift über den Vertrag wurde von allen drei Beteiligten am 20. Februar 1957 unterzeichnet. Nach Darstellung der Klägerin wurde beim Abschluß dieses Vertrages ausdrücklich vereinbart, daß die Beklagte neues deutsches Material unmittelbar vom Walzwerk liefern werde. Die Bezahlung der Ware sollte nach Ankunft und Löschung des Dampfers im persischen Seehafen erfolgen.

Nachdem die Frage der Verschiffung der Ware geklärt war, übersandte die Beklagte der Klägerin eine formelle Auftragsbestätigung vom 29. März 1957, in der sie sich auf den am 20. Februar 1957 abgeschlossenen Liefervertrag bezog und den Vertrag unter Zugrundelegung der "beigefügten Allgemeinen Verkaufsbedingungen" bestätigte. In diesem Schreiben heißt es zu dem Stichwort Material u.a.: "mit Toleranzen nach DIN, in Längen von 10-14 m". Die Lieferung sollte zu dem vereinbarten Preise fob Antwerpen rechtzeitig zum Dampfer TYR am 26. April 1957 ab Antwerpen vorgenommen werden. Die Beklagte verpflichtete sich, zusammen mit ihrer Rechnung eine Spezifikationsliste unter Angabe der Stabzahl der einzelnen Profile sowie der genauen Länge jedes Stabes, die bei der Gewichtserrechnung zugrunde gelegt wurde, einzusenden. Die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Beklagten enthalten unter der Überschrift "Abschluß" unter anderem folgende Klausel:



"Abschlüsse und Vereinbarungen sowie nachträgliche Änderungen werden erst durch unsere schriftliche Bestätigung für uns verbindlich."

Die Beklagte bezog die Träger von verschiedenen deutschen Eisenhandelsfirmen. Bei der Verschiffung der Ware in Antwerpen entstanden Schwierigkeiten, weil mehrere Träger die vereinbarte Höchstlänge überschritten. Deshalb mußten 121 Stück Formeisen in Antwerpen zurückgelassen werden. Die der Speditionsfirma übersandten Spezifikationslisten (sog. Packliste) waren unvollständig und zum Teil unrichtig.

Mit Schreiben vom 7. Juni 1957 bemängelte die Klägerin, die laut Packliste der Beklagten gelieferten - in dem Schreiben näher bezeichneten - Partien enthielten nicht die genaue Spezifikation mit den Längen der einzelnen Profile. Die Beklagte übersandte darauf der Klägerin mit Schreiben vom 11. Juni 1957 die noch "fehlenden Spezifikationen", wie sie vom Lieferanten aufgegeben worden seien. Unter dem 31. Juli 1957 teilte die Klägerin der Beklagten mit, ihr Kunde habe ihr geschrieben, die Packlisten, die er erhalten habe, seien nicht vollständig. Infolgedessen habe er die Ware, die inzwischen im persischen Hafen Khorramsshar ausgeladen worden war, nicht ausfindig machen können. Mit Schreiben an die Beklagte vom 23. September 1957 gab die Klägerin eine Mitteilung ihres Kunden weiter, daß die 500 to Formstahl größtenteils in schlechten, verrostetem Zustand in dem Bestimmungshafen eingetroffen seien. Ihr Kunde vermute, daß es sich eventuell nicht um einwandfreie Ware, sondern um einen länger liegen gebliebenen Lagerposten handle, also um Ware, die durch lange Lagerzeit verrostet sei. In dem Schreiben der Klägerin heißt es:

"Uns ist die ganze Angelegenheit einfach unverständlich, da wir ganz genau wissen, daß unsere Lieferanten direkt ab Fabrik kaufen. Wir möchten Sie daher

bitten, uns zu bestätigen, daß Sie die Ware direkt ab Werk (einwandfreies neues, gewalztes Eisen aus 1. Hand) geliefert haben. Zu Ihrer Orientierung möchten wir Ihnen mitteilen, daß die iranische Regierung verrostetes Eisen als Alteisen (Schrotteisen) bezeichnet und solches nicht einführen läßt."

Die Beklagte antwortete mit Telegramm vom 25. September 1957, sie bestätige Lieferung deutschen Materials. Der Kunde der Klägerin beanstandete jedoch weiterhin, daß die Ware nicht in einem einwandfreien Zustand geliefert worden sei, und verlangte eine Bestätigung der Beklagten, daß diese Ware keine alte Lagerpartie sei, sondern direkt aus erster Hand von der Fabrik geliefert worden sei. Deshalb verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 9. Oktober 1957 die bereits mit Schreiben vom 23. September 1957 erbetene Bestätigung der Beklagten, daß diese Ware keine alte Lagerpartie, sondern direkt aus erster Hand von der Fabrik geliefert worden sei. Ohne diese Bestätigung, die von der Industrie- und Handelskammer beglaubigt sein müsse, gebe die Iranische Zollbehörde die Ware nicht zur Einfuhr und Verzollung frei. Ihr Kunde habe an Hand der Packlisten auch festgestellt, daß bei mehreren Partien der gelieferten Ware das Einzelprofilgewicht nicht mit dem Gewicht laut DIN 1025 Blatt 2 mit 4 % Toleranz übereinstimme. Er habe auch deswegen die ganze Lieferung beanstandet.

Nach weiterem Schriftwechsel teilte die Klägerin der Beklagten schließlich mit Schreiben vom 28. April 1958 mit, inzwischen seien laut Mitteilung der persischen Speditionsfirma Y██████ in Khorramshar insgesamt 1276 Stück der Lieferung aus dem iranischen Zollager übernommen und an den Kunden nach Teheran gesandt worden. Diese Träger hätten jedoch laut Angabe der Firma Y██████ ein Gewicht von 404 535 kg, während die im Gegensatz zu den Rechnungen der Beklagten ein Gewicht von 441 489 kg hätten haben müssen. Der Kunde habe in dem Schreiben vom 26. April 1958

die Ware der Klägerin zur Verfügung gestellt. Deshalb sehe sie sich gezwungen, die im Lager ihres Kunden in Teheran befindliche Ware auch der Beklagten zur Verfügung zu stellen. Nach weiterer Korrespondenz stellte die Klägerin der Beklagten anheim, die Ware durch einen Vertreter oder beauftragten Handelsmakler abzunehmen und sie zum Tagespreis zu verkaufen. Hierzu habe der Kunde der Klägerin eine Nachfrist bis zum 7. Juli 1958 gesetzt, die der Beklagten weitergegeben werde.

Nachdem die Frist ungenützt verstrichen war, verlangte die Klägerin zu 1, die vereinbarungsgemäß den ihr von der Beklagten in Rechnung gestellten Kaufpreis entrichtet hatte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diesen Anspruch hat sie mit der am 27. April 1959 eingereichten und am 8. Mai 1959 zugestellten Klage in Höhe eines Teilbetrages von 100 000 DM nebst Zinsen eingeklagt. Mit einem weiteren Teil ihres Schadensersatzanspruches rechnete die Klägerin gegen eine Forderung der Beklagten auf, welche diese in einem Parallelprozeß gegen die Klägerin und deren beiden Gesellschafter geltend gemacht hatte. Das Landgericht hat beide Rechtsstreite miteinander verbunden. Darauf sind beide Gesellschafter, die Kläger zu 2 und 3, der Klage auch als Mitkläger der Klägerin beigetreten. Die Kläger haben sodann beantragt, den Klagebetrag nebst Zinsen an sie zu zahlen.

Die Kläger haben zur weiteren Begründung ihres Anspruchs vorgetragen und unter Beweis gestellt, bei den Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien sei es klar zum Ausdruck gekommen, daß es sich bei dem Vertragsgegenstand um Material handle, das unmittelbar aus der Produktion eines Walzwerkes stammte. Die Beklagte habe jedoch kein Material geliefert, das frisch vom Walzwerk

übernommen worden sei. Dies habe sie bei der Lieferung arglistig verschwiegen. Die Beklagte habe bereits in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 18. März 1957 - entsprechend den mündlichen Vertragsverhandlungen - erklärt: "Wie Ihnen bekannt ist, müssen wir das Material sofort nach Walzung beim Werk übernehmen und bezahlen." Die Klägerin habe auch deshalb bei der Lieferung der Eisenträger erwarten können, daß ihr Formstahl, frisch vom Walzwerk geliefert werde, nicht jedoch Lagerware, welche die Beklagte, wie erst ihrer Darstellung in diesem Prozeß zu entnehmen sei, von anderen Handelsfirmen bezogen habe. Im Eisenexport sei es nicht üblich, Lagerware zu liefern. Nach den getroffenen Vereinbarungen habe die Beklagte auch nicht davon ausgehen dürfen, daß die Klägerin mit einer Lagerware einverstanden sein würde, die sogar nicht einmal deutschen Ursprungs gewesen sei. Die Ware sei unter diesen Umständen der Beklagten zu Recht zur Verfügung gestellt worden. Wenn ihre Beschaffenheit nicht früher gerügt worden sei, so sei dies damit zu erklären, daß die Packlisten der Beklagten nicht einwandfrei gewesen seien. Die Schwierigkeiten bei der Prüfung und Feststellung von Mängeln beruhten deshalb auf diesem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten. Überdies komme es auf die Unverzüglichkeit der Rüge deshalb nicht an, weil der Beklagten eine arglistige Täuschung über die Beschaffenheit der gelieferten Ware zur Last falle. Bei der Verbringung der Ware nach Teheran und dem dort vorgenommenen Verkauf der vorher der Beklagten zur Verfügung gestellten Ware seien deren Interessen gewahrt worden. Da die Beklagte höhere Gewichte in Rechnung gestellt habe, als sie vereinbarungsgemäß bei Anwendung der DIN-Vorschriften hätte liefern dürfen, sei der vertraglich vereinbarte Kaufpreis überzahlt worden. Außer-

dem sei der Klägerin infolge von Übergewicht der gelieferten Ware ein entsprechender Aufwand an Zoll und dadurch ein Schaden entstanden, den die Beklagte ebenfalls zu ersetzen habe.

Die Beklagte ist den Ansprüchen der Kläger entgegen getreten. Sie hat bestritten, daß neues deutsches Material Vertragsgegenstand sei. Davon sei weder in der Niederschrift über den Vertrag vom 20. Februar 1957 noch in ihrer Auftragsbestätigung vom 29. März 1957, die maßgebend sei, die Rede. Die Bezeichnung INP-Träger 10-30 bedeute Normalträger mit den handelsüblichen Profilen. Die Abkürzung INP sei eine internationale Bezeichnung, die nicht auf deutschen Formstahl beschränkt sei. Auch der Hinweis auf die DIN-Gewichte in der Klausel über die Gewichtsermittlung besage nicht, daß nur neues und deutsches Material hätte geliefert werden dürfen. Die Klägerin habe nicht unverzüglich gerügt, Gewährleistungsansprüche wären zudem verjährt. Überdies habe die Klägerin auf Schadensersatzansprüche aus dem Trägergeschäft verzichtet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Kläger zu Zahlungen auf Grund der Widerklage der Beklagten verurteilt.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Kläger insoweit zurückgewiesen, als ihre Klage in Höhe von 60 000 DM abgewiesen worden war. Dagegen richtet sich die Revision der Kläger, mit der sie den vom Berufungsgericht abgewiesenen Teil der Klageforderung weiterverfolgen, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Kläger verlangen in erster Linie Schadensersatz mit der Begründung, daß die auf Grund des Vertrages zwischen der Klägerin zu 1 und der Beklagten gelieferten Eisenträger nicht vertragsgemäß gewesen seien. Ihnen hätten zugesicherte Eigenschaften gefehlt. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist ein auf Sachmängel gestützter Schadensersatzanspruch, der nicht auf einem arglistigen Verhalten der Beklagten beruht, verjährt (§ 477 BGB). Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Klage ist erst Ende April 1959 eingereicht worden, also mehr als sechs Monate nach der Lieferung erhoben. Der Schadensersatzanspruch ist daher unter dem Gesichtspunkt des behaupteten Verschweigens der von der Klägerin zu 1 geltend gemachten Mängel zu prüfen. Hierfür kommt es zunächst darauf an, welchen Inhalt der am 20. Februar 1957 schriftlich abgeschlossene Lieferungsvertrag hinsichtlich des Vertragsgegenstandes hatte.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß dieser Vertrag nicht sämtliche wesentlichen Punkte enthalten habe, über die eine Einigung erzielt werden sollte. So hätten anschließend noch Verhandlungen zwischen den Parteien über eine an die Klägerin zu zahlende Provision stattgefunden. Der schriftliche Vertrag vom 20. Februar 1957 habe auch keine Bestimmung über die Länge der einzelnen Träger und über die Lieferzeit enthalten, ebenso wenig über die Art und Weise der Bezahlung. Demgemäß hätten über diese Fragen anschließend noch Verhandlungen stattgefunden, die in der Auftragsbestätigung vom 29. März 1957 ihren schriftlichen Ausdruck gefunden hätten. Die darin enthaltenen Einzelbestimmungen über die Spezifikation, über die Zulässigkeit von Toleranzen,

über die Lieferung unverzollt und unverpackt gemäß den internationalen Regeln Incoterms 1953 für FOB-Geschäfte, über die Gewichtsermittlung und über die Ausführungsvergütungen seien ebenfalls nicht Gegenstand der inhaltlich nur kurzen und nicht vollständigen Vereinbarung vom 20. Februar 1957 gewesen. Wenn die Beklagte diese im schriftlichen Vertrage nicht geregelten Punkte und ferner die "allgemeinen Verkaufsbedingungen" in die Auftragsbestätigung aufgenommen und hierdurch der Klägerin zu erkennen gegeben habe, daß sie den Vertrag zu diesen Bedingungen durchführen wolle, so hätte die Klägerin nach Treu und Glauben widersprechen müssen, wenn sie etwas anderes gelten lassen wollte. Da sie dies nicht getan habe, sei die Auftragsbestätigung vom 29. März 1957 Vertragsinhalt geworden. Diese enthalte ebenso wie der schriftliche Vertrag vom 20. Februar 1957 keine Zusicherung, daß es sich um werksfrische Träger deutscher Herkunft handeln müsse. Es komme daher nicht auf die Behauptung der Kläger an, bei der Besprechung vom 20. Februar 1957 sei eine entsprechende mündliche Vereinbarung getroffen worden; denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, so sei doch für den Vertragsinhalt die spätere Auftragsbestätigung entscheidend, die im Gegensatz zu dem schriftlichen Vertrag vom 20. Februar 1957 vollständig sei und hierüber keine Bestimmung enthalte. Eine solche Zusicherung sei daher nicht bindend vereinbart worden. Auch der in dem Schreiben der Beklagten vom 18. März 1957 enthaltene Satz "wie Ihnen bekannt ist, müssen wir das Material sofort nach Bezahlung beim Werk übernehmen" enthalte keine Zusicherung, es werde werksfrisches Material geliefert werden.

Die Revision wendet sich gegen diese Begründung des Berufungsurteils mit einer Reihe von Rügen. Dem Berufungsgericht ist jedoch im Ergebnis aus Rechtsgründen beizutreten.

Die Niederschrift über die Vereinbarung vom 20. Februar 1957 hat, wie das Berufungsgericht ersichtlich nicht verkennt, nicht die Vermutung der Vollständigkeit für sich. Deshalb kann diese Vereinbarung auch durch mündliche Besprechungen inhaltlich näher bestimmt oder ergänzt worden sein. Wurde der Klägerin, wie zu unterstellen ist, mündlich zugesichert, daß werksfrische (walzfrische) Stahlträger geliefert werden, so kommt es darauf an, ob eine solche am 20. Februar 1957 mündlich getroffene Vereinbarung wirksam geblieben ist, oder ob sie durch widerspruchslose Hinnahme des Bestätigungsschreibens vom 29. März 1957 unverbindlich geworden ist.

Ein Bestätigungsschreiben im Rechtssinne hat die Vermutung für sich, daß in ihm die mündlichen Vereinbarungen der Parteien vollständig und richtig wiedergegeben sind. Die widerspruchslose Hinnahme eines von den mündlichen Vereinbarungen abweichenden Bestätigungsschreibens durch den anderen Vertragsteil vermag sogar zur Änderung des Vertragsinhalts im Sinne des Bestätigungsschreibens zu führen. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß keine Vereinbarung zu berücksichtigen sei, die in dem Bestätigungsschreiben nicht enthalten ist, aber nach dem Willen der Vertragsparteien die im Bestätigungsschreiben niedergelegten Vereinbarungen ergänzen sollte. Ob dies der Fall ist, muß nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Die Begründung des Berufungsgerichts ist daher insoweit rechtlich nicht einwandfrei, als ihr die Auffassung zu entnehmen ist,

auf die mündliche Zusicherung komme es deshalb nicht an, weil die Auftragsbestätigung vom 29. März 1957 vollständig sei und über die behauptete Zusicherung keine Bestimmung enthalte. Denn auch eine vollständig erscheinende Auftragsbestätigung im Rechtssinne kann unter Umständen nach dem Vertragswillen ihre Ergänzung durch mündlich getroffene Vereinbarungen finden.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich aber aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 563 ZPO). Da die Klägerin der Auftragsbestätigung vom 29. März 1957 nicht widersprochen hat, wurden auch die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Beklagten, auf die in der Auftragsbestätigung Bezug genommen ist, Vertragsinhalt. Nach diesen Bedingungen sollen aber Vereinbarungen für die Beklagte erst durch deren schriftliche Bestätigung verbindlich werden. Die Klausel besagt, daß Vereinbarungen, die eine solche Bestätigung nicht finden, keine Geltung für das Vertragsverhältnis haben sollen. Das kann nur bedeuten, daß auch Vereinbarungen, die vor einer Einführung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten in den Vertrag wirksam getroffen sein sollten, nicht Vertragsinhalt bleiben sollen, weil dieser allein durch eine schriftliche Bestätigung inhaltlich bestimmt sein soll. Nach dieser Klausel ist es somit ausgeschlossen, daß eine vorher mündlich gegebene Zusicherung, es werde werksfrisches deutsches Material geliefert werden, auch Vertragsinhalt des nach Maßgabe der Auftragsbestätigung zu beurteilenden Lieferungsvertrages ist.

Eine schriftliche Bestätigung der hier unterstellten Zusicherung ist in dem Schreiben an die Klägerin vom 18. März 1957 nicht zu sehen. Das Berufungsgericht legt

dieses Schreiben dahin aus, daß es keine Zusicherung, es werde werksfrisches Material geliefert werden, enthalte. Dies entnimmt das Berufungsgericht aus der Fassung des angeführten Satzes "wie Ihnen bekannt ist, müssen wir das Material sofort nach Bezahlung beim Werk übernehmen" und dem Zusammenhang dieser Erklärung. Der Hinweis habe den Zweck gehabt, darzutun, daß die Beklagte das Material sofort bezahlen müsse und daher nicht auf ihre Kosten auf Lager nehmen könne, nicht aber, der Klägerin die Zusicherung einer Lieferung von werksfrischem Material zu geben. Diese Auslegung ist möglich und auch aus keinem sonstigen Grunde rechtlich zu beanstanden. Sie ist ersichtlich auch dahin gemeint, daß die Erklärung der Beklagten keine Bestätigung einer mündlich vereinbarten Zusicherung über die Beschaffenheit des Materials enthalte. Das Revisionsgericht muß deshalb diese Auslegung des Schreibens seiner Entscheidung zugrundelegen.

Auch die Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 24. März und 26. März 1958, auf die sich die Revision bezieht, enthalten keine schriftliche Bestätigung der behaupteten mündlichen Zusicherung im Sinne der angeführten Schriftlichkeitsklausel. Die Beklagte versicherte zwar in dem Schreiben vom 24. März, sie habe Material geliefert, das ausschließlich deutscher Herkunft sei. In dem Schreiben vom 26. März erklärte die Beklagte ferner, sie verwahre sich dagegen, daß die gelieferten Träger nicht deutschen Ursprungs seien, und übersendte gleichzeitig der Klägerin eine Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer in Düsseldorf vom 5. Dezember 1957, die besagt, daß die Träger von deutschen Herstellerwerken geliefert worden seien. Auch

diese Erklärungen hatten aber, wie sich aus dem Zweck dieser Schreiben ergibt, nicht die Bedeutung, hiermit entsprechende vertragliche Zusicherungen zu bestätigen. Sie könnten daher nur als Anzeichen dafür gewertet werden, daß eine solche Zusicherung mündlich gegeben worden war. Das ist aber deshalb ohne Bedeutung, weil es nach den Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Beklagten, die Vertragsinhalt geworden sind, auf nur mündliche Vereinbarungen, die von der Beklagten nicht bestätigt worden sind, für den Vertragsinhalt nicht ankommen soll.

Es ist auch im Hinblick auf diese Schreiben kein Verstoß gegen Treu und Glauben darin zu sehen, wenn die Beklagte in dem Rechtsstreit geltend macht, eine solche Zusicherung sei nicht Vertragsinhalt geworden. Ebensowenig ist entgegen der Auffassung der Revision ein Denkfehler darin zu finden, wenn das Berufungsgerecht, wie die Revision ausführt, unterstellt hat, die Klägerin habe in den Erklärungen der Beklagten vom 24. und 26. März 1958 nicht eine Bestätigung der Zusicherung der genannten Eigenschaften sehen müssen.

Auf die erörterte Klausel der Allgemeinen Verkaufsbedingungen kann sich die Beklagte auch dann berufen, wenn die Bedingungen der Auftragsbestätigung vom 29. März 1957 nicht beigelegt haben, was die Klägerin behauptet hat. Denn dieser Umstand würde nicht hindern, daß die Allgemeinen Verkaufsbedingungen durch widerspruchslöse Entgegennahme der Auftragsbestätigung Vertragsinhalt geworden sind (BGHZ 7, 187, 190; BGH Urt. v. 18. März 1956 - I ZR 162/54 - S. 5). Aus der Tatsache, daß die Beklagte in der Auftragsbestätigung ausdrücklich darauf hinwies, für das Geschäft sollten ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, ersah die Klägerin, daß die

Beklagte diese Bedingungen zum Vertragsinhalt machen wollte. Sie mußte sich, wenn die Bedingungen nicht beilagen, weiter sagen, daß die Beklagte ihre Beifügung versehentlich unterlassen habe. Es oblag daher nach Treu und Glauben und den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs der Klägerin, wenn sie sich den Bedingungen nicht unbeschoren unterwerfen wollte, entweder vorsorglich unverzüglich zu widersprechen oder sich nach dem Inhalt der Bedingungen zu erkundigen. Da sie dies unterlassen hat, konnte die Beklagte daraus schließen, daß die Klägerin sich den Bedingungen unterwerfen wolle. Die Klausel über den Vorbehalt schriftlicher Bestätigung für die Verbindlichkeit von Vereinbarungen ist auch nicht so ungewöhnlich, daß die Klägerin mit einem solchen Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht hätte rechnen müssen.

Die Revision macht ferner vergeblich geltend, die Klägerin habe mit Schriftsatz vom 4. Januar 1963 Beweis durch Vorlage eines Schreibens der Klägerin an die Beklagte vom 3. Dezember 1955 dafür angeboten, es sei ausdrücklich vereinbart worden, daß die Parteien nicht auf Grund der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten Geschäfte tätigen würden. Mit dieser Rüge verbindet die Revision eine Rüge aus § 156 ZPO, das Berufungsgericht hätte die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen, um es der Klägerin zu ermöglichen, dieses Vorbringen noch zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung zu machen. Die Rüge ist schon deshalb ungegründet, weil dem angeführten Schreiben nicht entnommen werden kann, daß die behauptete Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen worden sei.

Aus diesen Gründen muß dem Berufungsgericht im Ergebnis darin beigetreten werden, daß die Beklagte nicht kraft Zusicherung verpflichtet war, der Klägerin werksfrische Träger deutscher Herkunft zu liefern.

2. Ist aber eine solche Zusicherung nicht Vertragsinhalt, so fehlt es nach den insoweit einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts an einem Beweise dafür, daß die Beklagte der Klägerin eine vertragswidrige Beschaffenheit der gelieferten Ware bei der Ablieferung verschwiegen habe. Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Beklagte sei mangels einer dahingehenden Vertragsabrede nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin anzugeben, daß sie die Träger bei anderen Großhandelsfirmen eingekauft hatte und daß die Träger etwa im Ausland hergestellt waren, was das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang unterstellt. Denn diese Umstände seien grundsätzlich für die Verwendbarkeit der normalen Stahlträger der verkauften Gattung gleichgültig, wie sich überzeugend aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Treichel ergebe. Auch die Tatsache, daß die Beklagte zunächst unrichtige Packlisten übersandt hatte, ergebe nicht, daß irgendwelche Fehler der Träger verschleiert werden sollten. Das Berufungsgericht verneint mit diesen Erwägungen ersichtlich auch die arglistige Täuschung über einen Mangel, der abgesehen von einer vertraglichen Zusicherung der Klägerin das Recht hätte geben können, die Ware unter dem Gesichtspunkt der Wandlung zur Verfügung zu stellen. Auch insoweit enthält das Berufungsurteil keinen Rechtsfehler. Auch dieser Gewährleistungsanspruch wäre verjährt, wenn der Beklagten kein arglistiges Verschweigen eines Mangels vorzuwerfen ist.

Die Revision macht zwar geltend, die Beklagte sei vertraglich in jedem Falle verpflichtet gewesen, werksfrische Träger deutscher Herkunft zu liefern. Eine solche Verpflichtung ist jedoch nach der Darlegung des Berufungsgerichts dann nicht gegeben, wenn die Beklagte nicht durch eine Vereinbarung hierüber zu einer solchen Leistung verpflichtet war.

Es ist entgegen der Auffassung der Revision ferner kein Rechtsfehler darin zu sehen, daß das Berufungsgericht aus der Übersendung zunächst unrichtiger Packlisten keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür entnommen hat, daß die Beklagte hiermit eine vertragswidrige Beschaffenheit der gelieferten Ware habe verschweigen wollen. Bei dieser Rüge geht die Revision davon aus, daß die Beklagte verpflichtet gewesen sei, werksfrisches deutsches Material zu liefern, was jedoch nach den vorstehenden Ausführungen nicht anzunehmen ist.

Den Ausführungen des Berufungsgerichts, die Klägerin habe keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergebe, daß die als Mängel bezeichneten Umstände von der Beklagten beim Vertragsschluß oder bei der Lieferung arglistig verschwiegen worden seien, hält die Revision entgegen, die Klägerin habe in der Berufungsbegründung vom 19. April 1962 S. 10 unter Beweis gestellt (durch Bezugnahme auf ein einzuholendes Gutachten und Benennung von Se [REDACTED] und H [REDACTED] als Zeugen), daß die Ausstellung der falschen Packlisten erfolgt sei, um die Klägerin irre zu führen. Das Berufungsgericht habe § 286 ZPO verletzt, weil es diesen Sachvortrag nicht beachtet habe. Auch diese Rüge greift nicht durch. Denn das von der Klägerin aaO unter Beweis gestellte Vorbringen bezieht sich ebenfalls auf die behauptete Verpflichtung der Beklagten, walzfrisches deutsches Material zu liefern. War aber eine solche Verpflichtung der Beklagten nicht Vertragsinhalt, so kann

es auf die Beweisangebote der Klägerin, die sich nur auf ein arglistiges Verschweigen solcher Mängel beziehen, nicht ankommen. Welche sonstigen Mängel die Beklagte verschwiegen haben soll, ist von der Revision nicht dargelegt worden.

Demnach ist dem Berufungsgericht auch darin beizutreten, daß die Klägerin keine Tatsachen vorgetragen und Beweise über ein arglistiges Verschweigen von Mängeln der Ware angeboten hat.

II. Die Revision rügt schließlich noch, das Berufungsgericht habe zu Unrecht auch einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung verneint, der darauf gestützt worden sei, daß die Beklagte zunächst unrichtige Packlisten übersandt hatte. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß der Klägerin hieraus kein Schaden entstanden sei. Denn als die Ware in Iran angekommen sei, seien der Klägerin bereits berichtigte Packlisten zur Verfügung gestellt worden. Der Kunde der Klägerin habe zwar im Juli 1957 zunächst mitgeteilt, daß er das Material wegen Unvollständigkeit der Packlisten nicht habe ausfindig machen können. Dann habe er jedoch die gelieferten Träger im September 1957 nach seinem Vorbringen gefunden.

Die Revision meint, das Berufungsgericht übersehe dabei, daß die Ware infolge der unrichtigen Packlisten inzwischen Verrostungen ausgesetzt gewesen sei. Das habe sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 31. Juli 1957 ergeben, welches das Berufungsgericht unter Verletzung von § 286 ZPO übergangen habe. Die Rüge scheitert schon daran, daß von der Klägerin mit der Klage kein Schaden wegen Verrostens der Ware in der vorstehend erörterten Zeit gefordert ist. Es fehlt auch an jeder näheren Darlegung, daß in dieser kurzen Zeit wegen des Lagerns der Ware ein Schaden entstanden sei.

III. Hat hiernach das Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis rechtlich zutreffend den abgewiesenen Teilanspruch der Klägerin verneint, so kann auch die Revision ihrer Mitgesellschafter, der Kläger zu 2 und 3, zu keinem Erfolge führen. Das Rechtsmittel der Kläger war daher als unbegründet zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Haidinger	Artl	Bundesrichter Dr.Dorschel ist beurlaubt und daher ver- hindert zu un- terschreiben Dr.Haidinger	Dr.Messner	Mormann
--------------	------	---	------------	---------