

V e r k ü n d e t
am 13. Oktober 1959
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2359 034

5
-65

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

In dem Rechtsstreit

der Ke [REDACTED] I [REDACTED]-Be [REDACTED] Kom.Ges. Paul G [REDACTED] in
B [REDACTED]-Ch [REDACTED], Ber [REDACTED] Straße [REDACTED]/[REDACTED], vertreten
durch ihre Gesellschafter Senator Paul Ga [REDACTED] und Dr.Ing.
Horst G [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm Bey [REDACTED], Maschinen- und Apparatebau,
Inhaber Wilhelm Bey [REDACTED] in B [REDACTED]-Sp [REDACTED], Cha [REDACTED] -
straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivil-
senats des Kammergerichts in Berlin vom 14. Juli 1958
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf eine Bestellung der Rosenthal-Isolatoren Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RIG) stellte die Beklagte im Jahre 1954 mit Gas zu heizende Tunnelöfen her. Zum Einbau in diese Öfen bestellte sie bei der Klägerin neuartige Gas-schieber, welche diese nach einer unter Gebrauchsmuster-schutz stehenden Konstruktion des Dipl.-Ing. Walter Re [REDACTED] anfertigen sollte. Dieser Bestellung waren Besprechungen eines leitenden Angestellten der Beklagten mit Re [REDACTED] vorausge-gangen. Nachdem die Beklagte mehrmals Änderungen hinsicht-lich der Art und der Fertigung der Schieber verlangt hatte, lautete die endgültige Bestellung auf Lieferung von

156 Schnellschusschiebern NW 200 je 135,- DM,
24 Absperr-Regulierschiebern NW 300 192,- DM,
2 Drosselklappen je 132,- DM.

Da die Beklagte größten Wert auf eine möglichst rasche Be-lieferung legte, leistete sie selbst für die Klägerin in ihrem Betriebe bestimmte Maschinenarbeiten, welche sie der Klägerin mit dem Betrage von 2486,75 DM berechnete.

Die Lieferung der Schieber an die Beklagte ging so vor sich, daß der Ingenieur der Beklagten K [REDACTED] die jeweils fertigen Stücke abnahm und deren Versendung nach E [REDACTED] veranlaßte, wo sie in die für die RIG bestimmten Brennöfen eingebaut wurden. In zeitlicher Reihenfolge wurden auf diese Weise Schieber von der sog. Nennweite (NW) 200 und 300 geliefert:

31.10.1954	20	Schieber	NW	200
5.11.1954	16	"	"	200
9.11.1954	8	"	"	300
11.11.1954	25	"	"	200
13.11.1954	8	"	"	300
18.11.1954	2	"	"	300
	25	"	"	200
22.11.1954	6	"	"	300
25.11.1954	50	"	"	200

- 3 -

Von diesen Stücken ließ die Beklagte 20 Schieber NW 200 zur Abänderung zurückgehen. Sie wurden am 1. Dezember 1954 nach Erledigung der Änderung zurückgeliefert.

Am 29. November 1954 teilte die Beklagte der Klägerin mit, die Schieber NW 300 seien nach einer Erklärung der RIG undicht und sie, die Beklagte, mache die Klägerin für alle sich hieraus ergebenden Schäden verantwortlich. Die Beklagte bestätigte diese Mitteilung nochmals durch ein weiteres Schreiben vom 30. November 1954. Die Klägerin erkannte in ihrem Schreiben vom 1. Dezember 1954 diese Beanstandung nicht an. Sie wies darauf hin, daß der Ingenieur K. sich bei der Abnahme jeweils auf eine Funktionsprüfung beschränkt und daß er es zu Unrecht unterlassen habe, die Schieber auch auf ihre Dichtigkeit zu untersuchen. Am 21. Dezember 1954 stellte die Beklagte die Schieber NW 300 endgültig zur Verfügung und teilte der Klägerin mit, die RIG behalte sich vor, auch die Schieber NW 200 zurückzugeben, weil diese ihr in der Technik nicht zusagten und weil auch diese Schieber gasdurchlässig seien. Am 28. Dezember 1954 rügte alsdann die Beklagte die Undichtigkeit auch der Schieber NW 200 und kündigte an, sie der Klägerin zur Verfügung zu stellen.

Die Beklagte hatte bereits während der Anfertigung der Schieber auf den Werklohn 15 700 DM an die Klägerin bezahlt, welche die Klägerin auf den Betrag ihrer Rechnung vom 30. November 1954 in Höhe von 23 232 DM angerechnet hat, so daß hiervon nur noch ein Betrag von 7532 DM offensteht, den sie mit der Klage gefordert hat. Über diesen Betrag hinaus hat sie jedoch noch 18 240 DM als Vergütung für Umänderungsarbeiten begehrt. Insgesamt hat die Klägerin mit der Klage 25 772 DM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte hat die Zahlung des ersten Rechnungsbetrages mit der Begründung verweigert, daß sie zur Wandlung berechtigt sei, und hat



auf ihre Mängelrügen verwiesen. Im übrigen hat sie die Er-
teilung von Umänderungsaufträgen bestritten und deshalb auch
die Zahlung des Betrages von 18 240 DM verweigert. Sie hat
Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Klägerin zur Zahlung
von 25 984,08 DM nebst Zinsen zu verurteilen, eines Betrages,
der sich aus folgenden Einzelposten zusammensetzt:

1) Rückzahlung der geleisteten Zahlungen mit	15 700,-- DM
2) Erstattung einer gemäß einer Abtretung der Klägerin auf ihre Werklohnforderung an eine Firma Scheu geleisteten Zahlung in Höhe von	2 609,10 DM
3) Den Gegenwert ihrer Rechnung vom 26.11.1954 für die Arbeiten, die ihr Werk Bo [REDACTED] für die Klägerin geleistet habe, mit . . .	2 486,75 DM
4) Durch den Bezug der benötigten Schieber von einem anderen Werk ihr entstandene Mehrkosten mit	4 688,23 DM
5) Rückzahlung eines der Klägerin von dem Werk Bo [REDACTED] am 2.3.1955 gegebenen Vorschusses mit	500,-- DM
zusammen	25 984,08 DM

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, daß die Mängelrügen
der Beklagten verspätet und ihre einzelnen Lieferungen damit
genehmigt seien. Die einzelnen Posten der Widerklage hat
sie bestritten.

Das Landgericht hat durch ein erstes Teilurteil die
Beklagte zur Zahlung von 4922,90 DM nebst Zinsen und auf die
Widerklage hin die Klägerin zur Zahlung von 828,70 DM nebst
Zinsen verurteilt, einer Summe, die einen Teilbetrag des
Posten 3) der Widerklage darstellt, im übrigen aber die Wider-
klage abgewiesen. Durch ein zweites Teilurteil hat das Land-
gericht alsdann ^{auch} den Rest des ersten Teiles der Klageforde-
rung von 7532 DM, nämlich den Betrag von 2609,10 DM zuge-
sprochen. Die gegen beide Teilurteile von der Beklagten ein-
gelegten Berufungen hat die Beklagte im Laufe des zweiten

Rechtszuges hinsichtlich der Widerklage auf den Betrag von 20 388,23 DM beschränkt (Summe aus Posten 1) und 4)). Das Kammergericht hat die Berufung^{en} zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt die Beklagte ihren eingeschränkten Widerklageanspruch und den Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Rest des ersten Teiles des auf Werklohn gestützten Klageanspruches in vollem Umfange zugesprochen. Das Wandlungsbegehren der Beklagten hat es für unbegründet erachtet, weil die Mängelrügen nicht unverzüglich im Sinne des § 377 HGB erstattet worden seien. Ohne Rechtsirrtum ist es dabei davon ausgegangen, daß es nicht darauf ankommen könne, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag auf die Herstellung von vertretbaren oder auf die Fertigung von unvertretbaren Sachen gerichtet gewesen sei, da auch im letzteren Falle gemäß § 381 HGB die Vorschriften des § 377 HGB über die Erstattung einer unverzüglichen Mängelanzeige Anwendung zu finden haben. Keine Bedenken bestehen auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Anwendung des § 377 HGB nicht etwa deshalb ausgeschlossen sei, weil eine von der Bestellung offensichtlich abweichende Lieferung erfolgt wäre. Diesen Fall hat das Berufungsgericht mit zutreffenden Gründen ausgeschlossen (§ 378 HGB). Es hat mit Recht darauf abgestellt, ob eine dem § 377 HGB entsprechende unverzügliche Mängelrüge vorliegt, eine Voraussetzung, die es ohne Rechtsirrtum verneint hat.

Das Berufungsgericht ist dabei von der Feststellung

ausgegangen, daß die Mängelanzeige hinsichtlich der Schieber NW 300 erstmals am 29. November 1954 und die Mängelrüge hinsichtlich der Schieber NW 200 erstmals am 28. Dezember 1954 erhoben worden sind. Die Mängelanzeige hinsichtlich der Schieber NW 300 erfolgte, so hat das Berufungsgericht angenommen, eine Woche nach dem Eintreffen der letzten Teillieferung vom 22. November 1954, während die Anzeige hinsichtlich der Schieber NW 200 sogar vier Wochen nach der letzten Teillieferung der umgeänderten 20 Schieber dieser Sorte erstattet wurde. Kein Rechtsfehler ist darin zu erblicken, daß das Berufungsgericht angenommen hat, an den Lieferungstagen sei auch die Ablieferung der Schieber im Sinne des § 377 HGB erfolgt. Denn der leitende Angestellte K [REDACTED] der Beklagten hat an diesen Tagen die jeweils fertiggestellten Stücke in Empfang genommen und ihre sofortige Verladung auf Lastwagen der Beklagten veranlaßt. Auf diese Weise sind aber die gelieferten Werkstücke aus der Verfügungsgewalt der Klägerin ausgeschieden und in diejenige der Beklagten übergegangen. Deshalb begann auch von den genannten Zeitpunkten ab die Frist zu laufen, die der Beklagten zuzubilligen war, um ihre Mängelanzeigen noch als unverzüglich gelten zu lassen. Diesem Ergebnis kann die Revision nicht entgegenhalten, die Klägerin habe ihre stillschweigende Zustimmung dazu gegeben, daß die Untersuchung erst an dem Orte vorzunehmen gewesen sei, nämlich in Erkersreuth, wohin der Ingenieur K [REDACTED] die Schieber auf den Lastwagen der Beklagten jeweils verbringen ließ, damit sie dort in die Öfen eingebaut werden konnten. Denn selbst wenn man mit der Revision annehmen wollte, die Klägerin habe die Absicht der Beklagten, die Schieber unmittelbar nach Erkersreuth zu verbringen, erkannt und wenn man hieraus auf eine stillschweigende Zustimmung der Klägerin schließen wollte, daß die Untersuchung erst in Erkersreuth zu erfolgen brauche, so könnte die Revision auch aus einer solchen Vereinbarung nichts zu ihren Gunsten herleiten. Denn in diesem Falle hätte

die Beklagte dafür Sorge tragen müssen, daß die Untersuchung sofort bei der Ankunft der Schieber in Erkersreuth vorgenommen wurde. Daß diese Möglichkeit auch außerhalb des Werkes der Beklagten bestand, hat das Berufungsgericht eindeutig festgestellt. Es hat hierzu ausgeführt, alle von der Beklagten vorgetragenen Mängel, welche die Gasundichtigkeit und die Funktionsunfähigkeit hervorgerufen haben sollen, seien solche gewesen, die auch ohne Inbetriebnahme der Schieber im Rahmen der Gesamtanlage festzustellen gewesen seien. Denn daß die Bohrung des Gehäuses des Schiebers im Durchmesser größer als der Durchmesser des in dieses Gehäuse eingefügten eigentlichen Schiebers gewesen sei, so daß sich ein Spielraum von mindestens 2 mm ergeben habe, oder weiter, daß der Schlitz in den Stahlrohrstücken der Schieber gegenüber den Konstruktionszeichnungen um 90 Grad verschoben gewesen sei, habe bereits vor dem Einbau der Schieber ebenso gut festgestellt werden können, wie es nach dem Wiederausbau möglich gewesen sei.

Mit Recht hat das Berufungsgericht die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeigen für die beiden Schieberarten NW 300 und NW 200 getrennt untersucht. Die Anzeige vom 28. Dezember 1954 über die Undichtigkeit der Schieber NW 200, von denen die letzten am 1. Dezember 1954 (nach Umänderung) abgeliefert worden waren, ist bei einer dazwischen liegenden Frist von vier Wochen auf alle Fälle nicht mehr als unverzüglich anzusehen. Wegen dieser Schieber hat sich die Revision daher auch auf den allgemeinen Hinweis beschränkt, daß eine Nachprüfung der Dichtigkeit überhaupt nicht tunlich gewesen sei, eine Rüge, die noch zu erörtern sein wird.

Hinsichtlich der Schieber NW 300 hat es das Berufungsgericht nicht allein darauf abgestellt, daß die Frist vom 22. November 1954 bis zum Eintreffen der ersten Mängelanzeige

Vom 29. November 1954 dem Erfordernis der Unverzüglichkeit nicht genügt habe. Es hat vielmehr, und zwar frei von Rechtsirrtum, dem Umstand Rechnung getragen, daß am 22. November 1954 die letzten sechs von vierundzwanzig bestellten Schiebern abgeliefert wurden. In tatsächlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht hierzu festgestellt, daß am 9. November 1954 acht, am 13. November wiederum acht, am 18. November zwei und schließlich am 22. November 1954 sechs Schieber der Nennweite 300 geliefert wurden. Diese Teillieferungen geschahen, wie das Berufungsgericht hervorhebt, auf ausdrücklichen Wunsch der Beklagten, welche die Einzelstücke sofort nach ihrer Fertigstellung in die Öfen einbauen wollte. Es ist daher kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht den Einzellieferungen Selbständigkeit zuerkannt und angenommen hat, daß jeder einzelne Schieber sofort nach seiner Ablieferung auf seine Tauglichkeit untersucht werden konnte und auch mußte. Das entspricht den in der Rechtsprechung für Teillieferungen entwickelten Grundsätzen, wonach die Untersuchung nur dann bis zum Eintreffen der letzten Lieferung zurückgestellt werden darf, wenn die Teillieferung erkennbar nicht zum Gebrauch geeignet und die Schlußlieferung abgewartet werden muß, damit dann das Ganze abschließend geprüft werden kann (RGZ 138, 331, 338). Wie bereits erörtert, war die Beklagte ohne Schwierigkeit in der Lage, die einzelnen Schieber auf ihre Dichtigkeit zu untersuchen. Sie war, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, hierzu umsomehr verpflichtet, weil sie bereits bei einer Teillieferung von Schiebern der Nennweite 200 auf Grund einer Wasserprobe Undichtigkeit festgestellt hatte und weil sie dadurch, daß sie die Klägerin auf Mängel der Fertigung hinwies, verhindern konnte, daß diese zu ihrem Schaden in der Fertigung mangelhafter Stücke fortfuhr. Wußte die Klägerin aber, worauf es bei einer Untersuchung der Schieber ankam und bestand für sie die Verpflichtung, jedes abgelieferte Stück gesondert zu untersuchen, so ist es auch nicht als ein Rechtsfehler anzusehen, wenn das Berufungsgericht die Rüge vom 29. November 1954 auch hinsichtlich der

Schlußlieferung vom 22. November 1954 als verspätet angesehen hat. Bei dieser Sachlage kann die Frage unerörtert bleiben, ob nicht etwa schon die Unterlassung einer rechtzeitigen Rüge hinsichtlich der ersten Teillieferung eine Genehmigung der späteren Lieferungen zur Folge hatte (vergl. Warn Rspr. 1919 Nr. 154).

Das Berufungsgericht trifft auch nicht der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 286 ZPO, wenn es den Ingenieur K. nicht zu der Behauptung der Beklagten gehört hat, die Beklagte habe die Teillieferung, welche auf die zur Umänderung zurückgegebenen Stücke gefolgt sei, mit Wasser auf ihre Dichtigkeit untersucht und dieses Mal keinen Fehler entdeckt. Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen der Beklagten als richtig unterstellt und eingehend dargelegt, eine oberflächliche Wasserprobe habe nicht genügt, um eine wirkliche Gewähr dafür zu haben, daß keine Undichtigkeit bestehe. Nachdem die Beklagte im Anschluß an die Lieferung vom 30. Oktober 1954 - so hat es ausgeführt - nach einer sogenannten Wasserprobe festgestellt habe, daß das Wasser bei ganz geschlossenem Schieber von dem einen Ansatzstutzen in den anderen lief, habe sie die Erkenntnis gewonnen, daß Umänderungen notwendig seien, die sie auch mit der Klägerin besprochen habe. Dieser Umstand aber hätte ihr, um festzustellen, ob die vorgeschlagenen Konstruktionsänderungen ausgeführt waren und ob nunmehr eine vollkommene Dichtigkeit der Schieber erreicht worden war, Veranlassung zu einer genauen Prüfung geben müssen. Da die Beklagte ein großes Unternehmen darstelle, das über einen Stab von besonders erfahrenen Ingenieuren verfüge, sei es ihr ohne Schwierigkeit möglich gewesen, bei Öffnung und Prüfung auch nur eines Schiebers die nachträglich festgestellten offenkundigen Fabrikationsfehler zu erkennen. Diese auf tatsächlichem Gebiete liegenden Erwägungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Es ist daher davon auszugehen, daß die Undichtigkeit der Schieber nicht etwa als ein heimlicher Mangel zu gelten hat, den die Beklagte bei einer ihr zuzumutenden Prüfung nicht sofort hätte aufdecken können.

Der Revision kann auch nicht in ihrer Ansicht gefolgt werden, die vor dem 24. November 1954 gelegentlich ausgesprochene Bemerkung des Ingenieurs K., er habe starke Zweifel, ob die Schieber dicht seien, müsse als Mängelanzeige aufgefaßt werden. Diese Bemerkung entbehrt der nötigen Bestimmtheit. Die Klägerin konnte aus ihr nicht einmal entnehmen, daß die Schieber in Wirklichkeit undicht seien. Noch weniger läßt die Äußerung erkennen, daß die Beklagte die Werkstücke als ordnungsmäßige Erfüllung ablehne. Nicht entscheidend ist zwar für die Frage, ob dieser Bemerkung die Bedeutung einer Mängelanzeige zukommt, der Umstand, daß sie erkennen ließ, eine Untersuchung der Schieber habe noch nicht stattgefunden. Denn die Mängelrüge im Sinne des § 377 HGB setzt eine Untersuchung der Ware nicht voraus. Der Käufer kann seine Kenntnis auch aus anderer Quelle bezogen haben. Eine Mängelrüge kann dann schon angenommen werden, wenn der Käufer die Mängel nur vermutet oder sogar seine Behauptung aufs Geratewohl aufstellt, wenn sie nur bestimmt gefaßt ist und die Mängel auch tatsächlich vorliegen (HGB RGRK, 1. Aufl. § 377 Anm. 12). Die Äußerung bloßer Zweifel darüber, ob die Kaufsache fehlerlos sei, kann aber vor allem deshalb nicht als Mängelanzeige gewertet werden, weil der Verkäufer zu der Ansicht gelangen muß, der Käufer wolle nicht etwa von seinen Gewährleistungsansprüchen Gebrauch machen, sondern behalte sich das für den Fall vor, daß seine Zweifel nach einer Untersuchung der Sache bestätigt würden. Ist aber aus den Umständen zu erkennen, daß der Käufer mit seiner Erklärung keine Mängelansprüche geltend machen will, so kann eine solche Erklärung auch nicht als Mängelanzeige angesehen werden.

(vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 12. Dezember 1958
- VIII ZR 175/57 = NJW 1959, 575).

Zu Unrecht beruft sich die Révision auf ein Vorbringen der Beklagten, daß für Gasschieber nach Handelsbrauch eine Verpflichtung zur sofortigen Nachprüfung überhaupt nicht bestehe, weil eine erfolgreiche Untersuchung erst nach dem Einbau in den Ofen und nach dessen Inbetriebnahme erfolgen könne. Die Rüge, daß das Berufungsgericht an einem Beweis-erbioten der Beklagten, das Gutachten der Technischen Universität in Berlin und der zuständigen Industrie- und Handelskammer einzuholen, vorbeigegangen sei, ist nicht begründet. Der Revision ist zuzugeben, daß sich Art und Umfang der Untersuchungspflicht in der Regel nach der im Geschäftszweig des Käufers herrschenden Übung bemißt (RGZ 96, 175, 176; JW 1936, 805). Das Berufungsgericht trifft indes nicht der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 286 ZPO. Es hat eingehend ausgeführt, aus welchen Gründen im gegebenen Falle eine Nachprüfung an Hand einer Untersuchung der Schieber möglich gewesen wäre, und hat insbesondere darauf hingewiesen, daß schon die Öffnung und Untersuchung auch nur eines Werkstückes genügt hätte, den Mangel der Undichtigkeit zu entdecken. Der Beweisantrag, daß erst mit dem Einbau der Schieber in die Brennöfen eine Untersuchung möglich gewesen wäre, erweist sich auch im Hinblick auf den vom Berufungsgericht gewürdigten Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 21. Mai 1958 als unschlüssig. Dort hat die Beklagte ausgeführt, sie habe, nachdem sich die Schieber nach der Inbetriebnahme der Ofenanlage als undicht erwiesen hätten, einen beliebigen der in Borsigwalde liegenden unbrauchbaren Schieber der Nennweite 200 herausgegriffen, auseinander genommen und untersucht und dabei Fertigungsfehler festgestellt, die ohne weiteres eine Erklärung für die Undichtigkeit gegeben hätten. Es ist nicht einzusehen, warum die Beklagte diese Stichprobe, die nach ihrem eigenen Vorbringen zur Feststellung der Undichtig-

keit geführt hätte, nicht auch vor dem Einbau der Schieber hätte durchführen können.

Zu Unrecht macht die Revision geltend, daß die Schieber erst in dem Zeitpunkt als geliefert zu gelten hätten, in welchem sie betriebsfähig montiert gewesen seien. Daß die Ablieferung, auf die es im Rahmen des § 377 HGB ankommt, schon früher erfolgt war, ist bereits erörtert worden. Auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Wien in BB 1954, 1009 kann sich die Ansicht der Revision nicht stützen. Der in dieser Entscheidung herausgestellte Grundsatz, eine Maschine gelte erst mit dem Zeitpunkt als abgeliefert, in welchem sie betriebsfähig montiert sei, bezieht sich auf einen völlig anders liegenden Fall (vgl. die in der Entscheidung zitierte Stelle bei Geßler/Hefermehl/Hildebrandt/Schröder HGB 2. Aufl. § 377 Anm. 41 und die dort angeführte Entscheidung RG JW 1908, 431).

Ebensowenig kann der Revision in ihrer Ansicht gefolgt werden, daß bei der Herstellung und Lieferung von Maschinenteilen eine Untersuchungspflicht des Bestellers ganz allgemein entfalle. Auf ein entsprechendes Beweiserbieten der Beklagten durch Sachverständigengutachten, dessen Übergehung die Revision rügt, konnte es nicht ankommen. Das durch den Hinweis auf eine Auskunft der Technischen Universität und der Industrie- und Handelskammer in Berlin unter Beweis gestellte Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 28. April 1958, bei der Bestellung und Lieferung von Maschinenelementen bestehe überhaupt keine handelsrechtliche Untersuchungspflicht, ist so allgemein gehalten, daß es keine Berücksichtigung verdient. Einen solchen Handelsbrauch kann es nicht geben. Hiervon abgesehen wäre aber auch, wie das Reichsgericht bereits ausgesprochen hat, ein Handelsbrauch, der von jeder Untersuchung befreien wollte, als ein Mißbrauch anzusehen und unbeachtlich (RGZ 125, 76, 79). Wenn die Revision

in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, der Beweis-
antrag sei dahin zu verstehen gewesen, es bestehe keine Unter-
suchungspflicht für den konkreten Fall, daß Gasschieber zum
Einbau in einen Brennofen geliefert würden, so konnte das
Berufungsgericht aus dem Vorbringen der Beklagten einen solchen
Sinn nicht herauslesen. Es ist daher kein Verfahrensverstoß
des Berufungsgerichts festzustellen.

Ohne Erfolg bleibt nach alledem auch die Rüge, das Be-
rufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten aus dem Schrift-
satz vom 28. April 1958 übergangen, die Klägerin sei noch
am selben Tage, an dem in Selb das Versagen der Schieber
festgestellt worden sei, telefonisch und mündlich in Kenntnis
gesetzt worden (Zeuge K [REDACTED]; Schreiben der Beklagten
vom 23. und 29. November und 3. Dezember 1954). Daß eine un-
verzügliche Mängelrüge etwa mündlich oder fernmündlich erfolgt
sei, konnte indes das Berufungsgericht diesem Vorbringen
nicht entnehmen. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 23.
November 1954 ergibt sich hierfür nichts. Aus dem Schreiben
vom 29. November 1954 ist zu ersehen, daß der telefonische
Anruf der RIG, der den Anstoß zu einer fernmündlichen Rüge bei
der Klägerin gegeben habe, am selben Tage erfolgt sein soll,
so daß der Zeitpunkt der angeblichen fernmündlichen Rüge
mit dem der schriftlichen Mängelrüge vom 29. November 1954
zusammenfallen würde. Aus dem Schreiben vom 28. Dezember 1954
der Beklagten an die Klägerin ist zu entnehmen, daß die
Mitteilung der RIG über die Undichtigkeit der Schieber NW 200
erst am 23. Dezember 1954 erfolgte. Wenn daher auch im An-
schluß hieran eine sofortige fernmündliche Mängelanzeige
bei der Klägerin erstattet worden sein sollte, so wäre diese
ebenso verspätet gewesen wie die schriftliche Anzeige vom
28. Dezember 1954. Bei dieser Sachlage ist es daher kein
Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht den Zeugen K [REDACTED]-
[REDACTED] über das Vorbringen der Beklagten nicht vernommen

hat, das für die angeblichen mündlichen Rügen keine bestimmten Daten enthält.

II. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch die Ansicht vertreten, es habe nicht schon darin, daß die Klägerin die Dichtigkeit nicht selbst geprüft hat, ein arglistiges Verhalten gelegen, das ihr das Recht nehme, sich auf § 377 HGB zu berufen. Zu Unrecht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht hätte hierzu die angebotene Auskunft der Technischen Universität in Berlin oder ein Sachverständigengutachten einholen müssen. Sie verkennt, daß eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, deren Beantwortung nicht allein davon abhängt, ob, wie die Beklagte behauptet hat, die Klägerin schon nach den DIN Vorschriften zu einer Nachprüfung verpflichtet gewesen wäre. Die Feststellung eines arglistigen Verhaltens erfordert, daß subjektive Umstände hinzutreten, nämlich die Absicht, den Vertragsgegner zu täuschen. Diese Absicht setzt Wissen, mindestens aber Verdacht des Verkäufers voraus, daß der Fehler bestehe, daß der Käufer ihn nicht erkenne, und daß letzterer ihn bei Kenntnis beanstanden würde (Baumbach/Duden, HGB 13. Aufl. §§ 377, 378 Anm. 1 F). Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß verneint.

Keinen Erfolg kann die Revision schließlich mit dem Hinweis haben, die Beklagte sei, was das Berufungsgericht nicht berücksichtigt habe, von dem Ingenieur Re [REDACTED] vor Vertragsschluß durch die Vorspiegelung, die Schieber seien bereits in den IG-Farbwerken erprobt gewesen, arglistig getäuscht worden. Der Revision ist zuzugeben, daß die Vorspiegelung einer Eigenschaft im Rahmen des § 377 Abs. 5 HGB dem arglistigen Verschweigen eines Fehlers unter Umständen gleichgesetzt werden darf.

Das Berufungsgericht trifft jedoch nicht der Vorwurf eines Verfahrensverstosses. Denn wie unter III im einzelnen dargelegt wird, war das Vorbringen der Beklagten zu diesem Punkte zu wenig substantiiert, um berücksichtigt werden zu können.

III. Das Berufungsgericht ist somit ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte den restlichen, sich auf die ursprüngliche Bestellung (und nicht auf die Umarbeiten) beziehenden Werklohn, zu dessen Bezahlung sie das Landgericht durch die beiden Teilurteile in Höhe von insgesamt 7532,06 DM verurteilt hat, schuldet. Auch die Möglichkeit einer Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch, den die Beklagte aus der angeblichen Täuschung des Dipl.-Ing. Re[REDACTED] herleiten will, hat das Berufungsgericht zu Recht verneint. Der hiergegen erhobene Revisionsangriff, der Schadensersatzanspruch dürfe nicht an der Fiktion einer Genehmigung des § 377 HGB scheitern, wie das Berufungsgericht angenommen hat, bleibt ohne Erfolg. Zur Begründung des Schadensersatzanspruches hat sich die Beklagte auf ihren Vortrag über eine arglistige Täuschung des Dipl.-Ing. Re[REDACTED] bezogen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Erwägung des Berufungsgerichts zutrifft, daß dem Anspruch im Hinblick auf die Fiktion einer Genehmigung der Ware gemäß § 377 Abs. 2 HGB der Boden entzogen ist - diese Ansicht ist schon im Hinblick auf § 377 Abs. 5 HGB nicht bedenkenfrei - . Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kommt jedoch nur die Bedeutung einer Hilferwägung zu. Denn das Berufungsgericht hat dem Vortrag der Beklagten schon deshalb keine Bedeutung beigemessen, weil dieser angebliche Anspruch nach Grund und Höhe nicht ausreichend substantiiert worden sei. Seine Erwägung, daß sich die Beklagte auf alle Fälle die Fiktion einer Genehmigung der angeblich fehlerhaften Lieferungen auch im Rahmen eines Schadensersatzanspruches

entgegen halten lassen müsse, hat es nur zur Begründung seiner Ansicht hinzugefügt, daß keine Veranlassung bestanden habe, die Beklagte zur Ergänzung ihres Vortrages aufzufordern. Die Verletzung des § 139 ZPO wird jedoch von der Revision nicht gerügt. Daß das Berufungsgericht aber in dem Vortrag der Beklagten keine ausreichend substantiierte Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gefunden hat, stellt keinen Rechtsfehler dar. In der Berufungsbegründung der Beklagten wird auf die Darstellung des Schriftsatzes vom 6. Mai 1957 Bezug genommen und ausgeführt, daß das Berufungsgericht die dort benannten Zeugen nicht vernommen, sich vielmehr mit einer Würdigung des von der Beklagten eingereichten Schriftwechsels und ihrer Aktennotizen begnügt habe. Es wird hinzugefügt, daß nicht in den Angaben von Re[REDACTED] über die angebliche Patentanmeldung, sondern in seinem Hinweis auf eine bereits erfolgte Erprobung der Schieber bei den IG-Farbwerken die arglistige Täuschung gesehen werde. Die Darstellung der Beklagten, daß Re[REDACTED] solche Angaben bereits vor Vertragsschluß gemacht habe, finden jedoch keine Stütze in der von der Beklagten vorgelegten Aktennotiz vom 22. Dezember 1954 (Bl. 73 der Beiakten). Dort heißt es wörtlich:

"Herr C[REDACTED] fragte im übrigen noch, ob denn überhaupt schon einmal diese Kolbenschieber anderswo in Gebrauch gewesen sind und sich bewährt haben. Herr Re[REDACTED] gab zur Antwort, er könne Anwendungsfälle nachweisen, so wären z.B. diese Schieber bei den IG-Farbwerken in I[REDACTED] in Gebrauch."

Diese durch die Aktennotiz wiedergegebene Verhandlung mit dem Dipl.-Ing. Re[REDACTED], der von Seiten der Beklagten die im Schriftsatz vom 6. Mai 1957 benannten Zeugen Oberingenieur C[REDACTED] und Dr. R[REDACTED] beigewohnt haben, fand lange nach Vertragsschluß statt. Schon im Hinblick auf die Fassung dieser Aktennotiz, nach welcher alles dafür spricht, daß die Frage nach einer anderweitigen Erprobung der Schieber an diesem

Verhandlungstage zum mindesten von den anwesenden Vertretern der Beklagten erstmals erörtert wurde, wäre es Pflicht der Beklagten gewesen, wenn sie dieselben Angestellten als Zeugen dafür benennt, im einzelnen darzutun, bei welchen Gelegenheiten die Frage schon vor Vertragsschluß angeschnitten worden und wie mit einer solchen Darstellung die Fassung der Aktennotiz in Übereinstimmung zu bringen sei. Da das nicht geschehen ist, die Beklagte sich vielmehr auf allgemeine Wendungen beschränkte, kann die Nichtberücksichtigung ihres Vortrages keinen Rechtsverstoß des Berufungsgerichts begründen.

IV. Steht somit der Beklagten kein Anspruch auf Wandlung des Vertrages zu, so erweist sich auch die Widerklage zu Position I auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung als unbegründet. Auch den darüber hinaus im zweiten Rechtszuge anhängig gewordenen Teil der Widerklage (Position IV), den Schadensersatzanspruch über 4688,23 DM, hat das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum abgewiesen. Auch diesen Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten, die ihr durch anderweite Beschaffung von brauchbaren Schiebern entstanden seien, hat die Beklagte damit begründet, sie sei durch die vorstehend unter Abschnitt III erörterte arglistige Täuschung zum Abschluß des Vertrages veranlaßt worden. Da der Schadensersatzanspruch somit an dieselben bereits erörterten Voraussetzungen geknüpft ist, gelten insofern die obigen Erwägungen. Den sachlich-rechtlichen Erörterungen des Berufungsgerichts kann hier, im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zu dem zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchsbetrag betrachtet, auch nur die Bedeutung einer Hilferwägung zukommen. Demnach gehen die Revisionsangriffe, das Berufungsgericht hätte auch diesen Schadensersatzanspruch nicht an der Fiktion einer Genehmigung der fehlerhaften Lieferungen scheitern lassen dürfen, ins Leere. Es kann daher insbesondere auch nicht darauf ankommen, ob, wie die Revision meint, die Berufung

auf § 377 Abs. 2 HGB im Hinblick auf das angeblich arglistige Verhalten des Dipl.-Ing. Re[REDACTED] sich als eine mißbräuchliche Rechtsausübung der Beklagten darstellt.

V. Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner