

VIII ZR 152/57

2321 047

Verkündet
am 4. November 1958
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes
In dem Rechtsstreit

der Firma Gerhardt G., Chemisch-technischer
Großhandel in K., A.
Straße

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin und Revisionsklägerin.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma M., Mineralöl-Handelsgesellschaft,
E. S. in H., G.

Beklagte, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagte und Revisionsbeklagte.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Dr. Spieler, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 5. Juli 1957 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Inhaber der Klägerin, die eine chemisch-technische Großhandlung betreibt, nahm im Mai 1954 an der Vorführung eines in Schweden hergestellten Brizo-Ölbrenners teil, die sein geschäftliches Interesse weckte und ihn veranlaßte, mit dem Vertreter der Herstellerfirma, dem Zeugen K., in Verbindung zu treten. Da die Klägerin selbst Schwierigkeiten hatte, die Alleinvertriebsrechte im Bundesgebiet zu erwerben, der Zeuge K. aber der Beklagten, die inzwischen diese Rechte erworben hatte, das Interesse der Klägerin mitteilte, kamen nun die Parteien in geschäftliche Verhandlungen, deren Ziel darin bestand, daß die Beklagte der Klägerin ihrerseits den Alleinvertrieb für das Land Bayern einräumen sollte. Die Beklagte machte einen Vertragsschluß hierüber davon abhängig, daß die Klägerin ihr zunächst einen Festauftrag über 50 Brenner erteilen würde. Hierzu gab die Klägerin am 22. August 1954 folgende telegrafische Erklärung ab: "50 Brenner einverstanden vorbehaltlich Klärung offener Fragen." Daraufhin lud die Beklagte den Inhaber der Klägerin zu einem Besuch der St. Ericmesse in Stockholm ein, um dort den Brizo-Brenner des näheren zu besichtigen und die Verbindung mit der Herstellerfirma, der Firma T.-S. in Stockholm, aufzunehmen. Am Tage vor der Reise nach Stockholm, dem 28. August 1954, trafen die Inhaber der Parteien in Hamburg zusammen, wo sie die bisherigen vertraglichen Abmachungen schriftlich niederlegten. Danach sollten der Klägerin die Alleinvertriebsrechte des Brizo-Brenners für ein bestimmtes, im einzelnen noch näher festzulegendes Gebiet eingeräumt werden. Der Preis für einen Brenner sollte 245,60 DM betragen. Abschließend heißt es in der Niederschrift vom 28. August 1954: "Dieses Schriftstück ist als

- 3 -

Vorvereinbarung zu betrachten, die endgültige Vereinbarung folgt in Kürze." Die Besichtigung des Brenners in Stockholm fiel zur Zufriedenheit der Parteien aus. Von dem Inhaber der Firma T-S erfuhren sie Einzelheiten über Montage und Wartung des Brenners. Insbesondere wurden sie darüber unterrichtet, daß der Brenner in Schweden mit einem besonders leichten Heizöl, dem Schweden-Öl Nr. 2, betrieben wurde. Der Inhaber der Klägerin machte sich über alles Notizen und ließ sich auch Ausarbeitungen aushändigen. Nach ihrer Rückkehr nach Hamburg kam es zum endgültigen Vertragsschluß zwischen den Parteien, den die Beklagte durch Schreiben vom 1. September 1954 wie folgt bestätigte:

"Der Ordnung halber bestätigen wir Ihnen die heute stattgefundene Unterredung. Wir sind grundsätzlich übereingekommen, daß Sie den Alleinvertrieb der Brizobrenner vorläufig für Bayern haben. Über die Möglichkeit einer Ausweitung des Gebietes bis nach Stuttgart wollen wir in Kürze nach der ersten Lieferung verhandeln. Wir hoffen, daß im gegenseitigen Interesse eine angenehme Geschäftsverbindung auf lange Sicht hiermit ihren Anfang genommen hat"

Mit Schreiben vom 5. September 1954 dankte der Inhaber der Klägerin für die gastfreundliche Aufnahme in Hamburg und die Einladung nach Schweden und sprach auch seinerseits die Überzeugung aus, daß "ein solider Grundstock für eine reibungslose Zusammenarbeit gelegt sei". Am 3. September 1954 teilte die Beklagte der Klägerin mit es sei ihr gelungen, die "Esso" für den Brenner zu interessieren. Die Esso habe zugesagt, ihr Heizöl "Leicht" für den Brennerbetrieb einzusetzen. Die Klägerin zeigte sich in ihrem Schreiben vom 8. September 1954 hierüber erfreut



und erklärte, ihr habe eine gleiche Lösung vorgeschwebt. Der Schriftwechsel der Parteien der folgenden Tage und Wochen bezog sich im wesentlichen darauf, die erforderlichen Montage- und Bedienungsvorschriften zu beschaffen. Die Klägerin beklagte dabei insbesondere den Umstand, daß der Zeuge K. in dieser Hinsicht nur unvollkommene Übersetzungen aus dem Schwedischen geliefert habe. Im Schreiben vom 24. September 1954 bedauerte die Klägerin, daß die Beklagte die von ihr gestellten Fragen nicht im einzelnen beantwortet habe; sie fügte aber hinzu, daß ihr immerhin doch ein Bild über Zweifelsfragen vermittelt worden sei, und wies die Beklagte darauf hin, daß gerade in Bayern die Öllieferung am meisten zurückliege. Beide Parteien arbeiteten Prospekte und Betriebsanleitungsvorschriften aus, in denen hervorgehoben wird, daß zur Bedienung dünnflüssige Heizöle herangezogen werden müssen. In ihrem Schreiben vom 24. September und 1. Oktober 1954 wies die Klägerin insbesondere darauf hin, daß sie darauf dringen müsse, bald einmal die ersten Brenner zu erhalten, damit sie den Behörden und Kunden vorgeführt werden könnten. Am 20. Oktober 1954 teilte die Beklagte der Klägerin mit, der Heizungsmonteur H. der Firma M. in Hamburg-Garstedt, einer Geschäftsfreundin, halte sich z.Zt. in Stockholm auf, um sich dort 8 Tage lang mit der Montage des Brizobrenners zu befassen und die notwendigen Erfahrungen zu sammeln. H. wolle sich auch Aufzeichnungen über eine Montageanleitung machen. Nachdem die Klägerin die Mitteilung erhalten hatte, daß die ersten 30 Brenner, die sie Anfang September 1954 bestellt hatte, auf See seien, zahlte sie den angeforderten Kaufpreis von 7.368,-- DM an die Beklagte. Zu den auf Anfordern übersandten Wartungs- und Bedienungsvorschriften der Beklagten bemerkte sie im Schreiben vom 3. November 1954, diese Vorschriften seien so schlecht, wie man sie nicht hätte erwarten können, und enthielten nichts wei-

ter als eine Abschrift des "fahrigten Gestammels" des Zeugen K. .

Am 19. November 1954 trafen die angekündigten 30 Ölbrenner aus Schweden bei der Klägerin ein. Am gleichen Tage schrieb die Klägerin der Beklagten wie folgt:

"Ich habe einen Karton geöffnet, um eine Stichprobe zu machen, daß der Brenner unbeschädigt ist. und alles in Ordnung befunden. Ist es notwendig, daß alle 30 Brenner darauf untersucht werden? Ich möchte nur ungern alle Kartons aufreißen, um sie im Originalverschluß meinen Kunden zustellen zu können. Es wäre aber nicht ausgeschlossen, daß vielleicht hier und da ein Schaden durch Transport vorgekommen sein könnte. Bitte teilen Sie mir mit, wie wir das bei dieser Lieferung und allen anderen halten wollen, damit keine Unstimmigkeiten entstehen".

Am 2. Dezember 1954 übersandte die Beklagte eine von der Klägerin dringend angeforderte Montageskizze und eine Anzahl von Prospekten. Am 17. Dezember 1954 antwortete der Inhaber der Klägerin, daß er in den letzten Wochen erkrankt sei und wegen seines Zustandes vor Ende des Jahres nichts unternehmen könne. Die Montagezeichnung bezeichnet er als primitiv, aber immerhin aufschlußreich, auch bedauert er das Fehlen einer Zeichnung, aus der er hätte ersehen können, wie das Schwimmerventil "etwas nachgebogen werden soll". Er habe, so heißt es in dem Schreiben weiter, von seinem Bruder erfahren, daß "es mit dem Brenner stellenweise nicht ganz glatt gegangen sei, und daß die Schwimmerventile nicht ganz zufriedenstellend arbeiteten, so daß ein Ersatz durch andere Schwimmerventile notwendig würde". Nun solle endlich kurz vor Weihnachten die Montage der ersten drei

Brenner in Kronach steigen, die bisher nicht möglich gewesen sei, weil die Installationsfirmen in Kronach mit Arbeit überlastet gewesen seien. Von dem befriedigenden Ergebnis dieser Montagen und dem einwandfreien Funktionieren des Brenners hingen allein in Kronach weitere 15 Aufträge ab, da man einen Ölbrenner erst einmal gesehen haben wolle, ehe man den Auftrag erteile.

In ihren Schreiben vom 23. Dezember 1954 und 4. Januar 1955 berichtete die Beklagte von Neuerungen, die in der Zwischenzeit am Schwimmer und an der Regulierung des Brenners vorgenommen worden seien, und kündigte die Übersendung von 30 neuen Schwimmern an, die Anfang Januar 1955 bei der Klägerin eintrafen.

Am 13. Januar 1955 fand die erste Montage eines Brenners statt. Noch am gleichen Tage berichtete die Klägerin der Beklagten hierüber wie folgt: Man habe von der Esso bezogenes dünnflüssiges mineralisches Heizöl benutzt. Nach vorschriftsmäßiger Zündung habe der Brenner fürchterlich gequalmt und nur eine kleine Flamme abgegeben. Erst bei Verwendung eines anderen Öles habe der Brenner, jedoch mit zu kleiner Flamme, gebrannt. Der neue Schwimmer habe nicht funktioniert, vielmehr die Ölzufuhr abgesperrt und dadurch ein fortwährendes Anstecken des Ofens erforderlich gemacht. Im Anschluß an diese Beanstandung suchte der Inhaber der Klägerin die Beklagte in der Zeit vom 20. bis 22. Januar 1955 zu Besprechungen und Vorführungen auf, die im wesentlichen, was die Besichtigung des im Betriebe der Firma M. arbeitenden Brenners angeht, wie sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 26. Januar 1955 ergibt, befriedigend verliefen. Am 24. Februar 1955 telegrafierte die Klägerin

der Beklagten, daß der Brenner dauergestört sei und bat, den Zeugen H. [REDACTED] von der Firma M. [REDACTED] zu schicken. Am 28. Februar 1955 kündigte die Beklagte das Eintreffen des Zeugen H. [REDACTED] für den 1. März 1955 an und fügte hinzu, die Klägerin könne daraus ersehen, daß sie, die Beklagte, alles tue, um ihr zu helfen. Nachdem die Klägerin mit der Hilfe H. [REDACTED] versucht hatte, den Brenner in Ordnung zu bringen, schrieb sie am 3. März 1955, daß die Versuche gescheitert seien und daß sich nach 20stündigem Brennen, wie schon früher auch jetzt wieder eine Verkokung und Verrußung eingestellt habe, so daß auf Anraten H. [REDACTED] der Brenner habe außer Betrieb gesetzt und demontiert werden müssen. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Ich muß Ihnen aber schon heute mitteilen, daß ich Ihnen sämtliche Brenner zur Verfügung stellen und Sie voll und ganz in Regreß für alle Folgen nehmen muß, wenn es Ihnen nicht gelingt, in Kürze den Brenner so zu vervollkommen, daß er wirklich das ist, als was sie ihn propagiert haben und als was ich ihn gekauft habe, nämlich als einen Volksölbrenner, der sozusagen "idiotensicher" funktionieren wird..... Zum Schluß wiederhole ich, daß ich die Flinte immer noch nicht ins Korn werfe, von Ihnen aber eine radikale Beseitigung der offensichtlichen Schwächen des Brenners in aller Kürze verlange, damit sich zuguterletzt doch noch alles zum Guten wendet."

Am 14. März 1955 reichte die Klägerin diesem Schreiben noch eine ausführliche Stellungnahme nach, die in der Feststellung auslief, die nicht zu beseitigenden Störungen seien wohl hauptsächlich auf den fehlerhaften Schwimmer zurückzuführen, der nicht richtig habe funktionieren können, weil er nicht durchhänge, sondern aufliege.

Etwa in die gleiche Zeit fallen die ersten Beanstandungen, die der Klägerin von ihren Abnehmern zugehen (Schreiben vom 21. Februar, 17. März und 24. März 1955 der Firmen W [REDACTED], V [REDACTED] und K [REDACTED]) und die ebenfalls dahin gingen, daß der Brenner nach 20- bis 30stündigem Betrieb stark verkoke. Die Beklagte lehnte zwar die Rücknahme der Brenner ab, schrieb aber am 29. April 1955 an die schwedische Herstellerfirma T [REDACTED]-S [REDACTED], sie sei im Laufe der Zeit zu der Auffassung gelangt, daß es sich bei dem Brenner um eine Fehlkonstruktion handele. In dem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom gleichen Tage heißt es wörtlich:

"Wir nehmen Bezug auf unsere verschiedenen Korrespondenzen mit Ihnen wegen der Ölbrenner und würden Ihnen empfehlen, die Ölbrenner weitmöglichst zur Verwendung in Werkstätten zu verkaufen, da in denselben die kleine Wartung leicht bewältigt werden kann. Nach den verschiedenen Erprobungen sind die von Ihnen angegebenen und aufgetretenen Schwierigkeiten nur durch die Art des Heizöls entstanden. Bedauerlicherweise ist in der Bundesrepublik nicht das in Schweden verwendete Heizöl vorhanden. Wie in Fachkreisen bekannt ist, wird an Heizöl ja gearbeitet, so daß vielleicht doch in absehbarer Zeit auch hier das entsprechende Heizöl greifbar werden wird.
....."

In der Klageschrift hat die Klägerin den Antrag gestellt, die Beklagte zur Rückzahlung des Kaufpreises für 5 Ölbrenner im Betrage von 1.228,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen, und zwar Zug um Zug gegen Rückgabe der Brenner.

Das Landgericht hat nach diesem Antrag erkannt. Nachdem die Beklagte Berufung eingelegt hatte, hat die Klägerin im Wege der Anschlußberufung die Klage erweitert und die Verurteilung zur Zahlung von insgesamt 7.368,-- DM

nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe von 30 Brennern verlangt. Das Oberlandesgericht hat die Anschlußberufung zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten hin die Klage im Umfange des ursprünglichen Antrages abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch in voller Höhe weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat den Wandlungsanspruch der Klägerin für unbegründet erachtet. Es hat in erster Linie die Auffassung vertreten, die Klägerin habe im Hinblick darauf, daß sie Mängel der ihr bereits am 19. November 1954 übersandten Brenner erst am 13. Januar 1955 gerügt habe, die Mängelanzeige nicht nach Maßgabe ihrer Verpflichtung aus § 377 Abs. 1 HGB abgesandt und müsse sich daher gefallen lassen, daß die Beklagte die Ware als genehmigt betrachte. Weiterhin hat es die näheren Umstände bei der Entwicklung der Vertragsbeziehungen der Parteien, insbesondere hinsichtlich ihres gemeinsamen Besuches in Stockholm und der dortigen Teilnahme an der Vorführung des Brizo-Brenners dahin gewürdigt, daß die Klägerin Gelegenheit gehabt habe, die später aufgetretenen Schwierigkeiten in der Arbeitsweise des Brenners kennen zu lernen. Es hält den der Beklagten obliegenden Nachweis, daß die Klägerin nur aus grober Fahrlässigkeit nicht schon damals auf die Schwierig-

keiten aufmerksam wurde, für erbracht und vertritt die Auffassung, daß die Beklagte gemäß § 460 BGB schon aus diesem Grunde etwaige Mängel der gelieferten Brenner nicht zu vertreten habe. Dabei meint das Berufungsgericht, die Klägerin habe bewußt und gewollt ein gewisses Importrisiko in der Zuversicht übernommen, daß sich der Import und die Propagierung des schwedischen Volksölbrenners zu einem ertragreichen Geschäft entwickeln werde.

II.

Zur Stützung seiner Ansicht, daß die Mängelrüge verspätet sei, hat das Berufungsgericht im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Es lasse sich nicht feststellen, daß sich die Beklagte dadurch, daß sie auf das Schreiben der Klägerin vom 19. November 1954 geschwiegen habe (worin diese um Weisung bat, wie sie sich bei der äußerlichen Untersuchung der 30 Brenner verhalten solle), mit der Verlängerung der Rügefrist einverstanden erklärt habe. Im übrigen hätten weder Besonderheiten der Verkäuferpflichten noch der Kaufsache dazu genötigt, der Klägerin eine so lange Frist bis zum 13. Januar 1955 einzuräumen. Selbst wenn man der Klägerin zugute halte, daß sie nach dem 19. November 1954 nochmals Bedienungsvorschriften und eine Montageskizze angefordert habe, so seien diese Wünsche doch Anfang Dezember 1954 erfüllt gewesen und damit von diesem Zeitpunkte an jeder Grund weggefallen, noch weiter mit der Montage und Erprobung des Brenners zu warten. Die Ende Dezember/Anfang Januar erfolgte Übersendung der neuen Schwimmer ändere an dieser Würdigung nichts. Im Gegenteil müsse aus diesem Umstande entnommen werden, daß die Beklagte nunmehr das Geschäft erst recht als endgültig betrachtet und nur noch angenommen

habe, die Bemühungen der Klägerin um den Absatz des Brenners zu unterstützen.

1.) Mit Recht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe die Rechtsbeziehungen der Parteien nicht erschöpfend gewürdigt. Sie beruft sich auf den Hinweis des angefochtenen Urteils, daß die Parteien unstreitig auf Grundlage der am 28. August 1954 schriftlich festgelegten "Vereinbarung" und des Briefes der Beklagten vom 1. September 1954 handelseinig geworden seien. Dazu rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht die streitigen Beziehungen der Parteien nur unter dem Gesichtspunkt eines für sich allein stehenden Kaufgeschäftes und nicht unter dem zwischen den Parteien begründeten Generalvertreterverhältnisses beurteilt habe. Zwar hat das Berufungsgericht den genauen Zeitpunkt der Bestellung der 30 Brenner nicht ermittelt, sondern ausgeführt, der Abschluß sei "um den 1. September 1954" zustande gekommen. Diese nur ungefähre Zeitbestimmung läßt die Möglichkeit offen, daß der Kauf kurz vor dem oben erwähnten Abkommen der Parteien getätigt sein kann. Aber auch wenn dies zutreffen sollte, würde der innere Zusammenhang des Kaufs mit der Vertretungsvereinbarung der Parteien, deren Abschluß unmittelbar bevorstand, gegeben sein, wie aus der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts zu entnehmen ist.

Die Revision will nun aus diesen Gesamtbeziehungen der Parteien herleiten, die Klägerin sei der Beklagten nicht gemäß § 377 HGB zur Mängelanzeige verpflichtet gewesen, vielmehr habe es gemäß § 91 Abs. 2 HGB genügt, wenn ihr, der Klägerin, gegenüber ihre Abnehmer eine solche Anzeige angebracht hätten. In diesem Punkte kann der

Revision allerdings nicht gefolgt werden. Dem Vorbringen beider Parteien ist nicht zu entnehmen, daß der Klägerin die Stellung eines Handelsvertreters im Sinne der §§ 84 ff HGB zukommen sollte. Eine solche Beurteilung würde sowohl dem unstreitigen Parteivortrag sowie den ergänzenden Feststellungen des Berufungsgerichts widersprechen. Die Ausdrücke "Generalvertreter", "Generalagent", "Vertreter" sind rechtlich mehrdeutig. Der hier gegebene Sachverhalt läßt nur die Beurteilung zu, daß die Klägerin die Stellung eines Eigenhändlers mit einem Alleinvertriebsrecht in einem bestimmten Bezirk erhalten hatte, wie der erkennende Senat in ähnlichen Fällen wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z.B. die Urteile vom 2. April 1957 - VIII ZR 60/56 -, NJW 1957, 1026 und vom 29. April 1958 - VIII ZR 189/57 -, NJW 1958, 1138). Wenn auch auf ein solches Rechtsverhältnis einzelne Vorschriften des Rechtes des Handelsvertreters entsprechend anzuwenden sind, z.B. bei Verletzung des Alleinverkaufsrechts (vgl. aaO), so ändert das nichts daran, daß der einzelne Warenbezug nach Kaufrecht zu beurteilen ist. Auf § 91 Abs. 2 HGB kann sich daher die Klägerin nicht berufen.

2.) a) Das Berufungsgericht hätte aber bei seinen Erwägungen, ob die Klägerin zur Erhaltung ihrer Rechte verpflichtet war, die Brenner oder doch wenigstens einen derselben unverzüglich zu untersuchen, der Besonderheit des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses Rechnung tragen müssen. Denn die Eigenart eines solchen Vertrages, der einem Eigenhändler den Alleinvertrieb der Ware in einem bestimmten Bezirke überträgt, besteht ja gerade darin, daß in Ausführung dieses Ausschließlichkeitsvertrages gesonderte Kaufverträge abgeschlossen werden, für deren Beurteilung die vertraglichen Abmachungen des umfassenden Vertrages von erheblicher Bedeutung sein können.

Für beide Parteien handelte es sich um die Einführung eines neuen Artikels in Deutschland, über dessen Brauchbarkeit auch die Beklagte noch nicht genügend unterrichtet war. Die besonderen Umstände des Falles deuten auf eine gemeinsame Interessenlage der Parteien mit entsprechenden gegenseitigen Verpflichtungen. Diesen Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Gerade diese Betrachtungsweise kann aber bei den hier vorliegenden besonderen Umständen für die Auslegung der Verpflichtung der Klägerin im Rahmen des § 377 Abs. 1 HGB von besonderer Bedeutung sein. Die Beurteilung dieses Punktes im angefochtenen Urteil kann daher die Abweisung der Klage nicht tragen. Das Berufungsgericht hätte das Verhalten und insbesondere den Schriftwechsel der Parteien daraufhin prüfen sollen, inwieweit das durch den Ausschließlichkeitsvertrag begründete Gemeinschaftsverhältnis der Parteien besondere Pflichten und Rechte auch hinsichtlich der Untersuchung und Rüge etwaiger Mängel der Ware begründet hat. Auch das Verhalten der Parteien vor Abschluß des Vertrages, so die gemeinsame Reise nach Schweden, der sich daran anschließende Gedankenaustausch, wäre für eine Auslegung heranzuziehen gewesen, ebenso wie das Verhalten nach Abschluß des Alleinvertriebsvertrages und nach Eintreffen der 30 Brenner, also die gemeinsame Prüfung der Öllage durch die Parteien, die gemeinsame Ausarbeitung der Prospekte und schließlich auch der Umstand, daß die Beklagte noch nach der Lieferung der Brenner erläuternde Vorschriften und Skizzen sowie noch neugefertigte Schwimmer übersandt hat. Insbesondere wäre auch zu prüfen gewesen, inwieweit sich aus dem Vertragsverhältnis Pflichten der Beklagten ergaben, die Klägerin mit Rat und Tat zu unterstützen, damit nicht zuletzt im Hinblick auf die unsichere Öllage ein Erfolg erreicht würde, und ob sich gegebenenfalls hieraus etwa Anhaltspunkte für die Art und Weise der

Untersuchungs- und Rügepflicht der Klägerin ergeben.

b) Auch soweit das Berufungsgericht darauf abgestellt hat, daß die Eigenart der Kaufsache nicht zur Einräumung einer längeren Rügefrist nötige, bestehen rechtliche Bedenken. Es hat nicht berücksichtigt, daß es sich um zum Weiterverkauf bestimmte Geräte handelte, deren Tauglichkeit namentlich im Hinblick auf die Schwierigkeiten, das richtige Leichtöl zu erhalten, nur im Rahmen einer längeren Erprobung festgestellt werden konnte. Die aber, wenn sie von der Klägerin selbst vorgenommen wurde, dazu führen mußte, dem Brenner den Neuwert zu nehmen, ihn also zum Weiterverkauf untauglich zu machen. Deshalb hätte das Berufungsgericht das Vertragsverhältnis der Parteien auch daraufhin untersuchen und auslegen müssen, ob die Klägerin überhaupt verpflichtet war, die Brenner selbst zu untersuchen und zu rügen, oder ob dies nicht etwa unter der Voraussetzung der Veräußerung im ordentlichen Geschäftsgange dem Einzelerwerber überlassen werden durfte (vgl. RG in Recht 1923 Nr. 684). Dabei kann berücksichtigt werden, daß sich die Rügen der Abnehmer in der Tat ja eingestellt haben, wie die Schreiben der Firmen W. [REDACTED], V. [REDACTED] und K. [REDACTED] beweisen, und daß auf alle Fälle etwaige Beanstandungen ihre zeitliche Grenze in den Verjährungsvorschriften des § 477 BGB finden mußten. In diesem Zusammenhang kann auch von Bedeutung sein, daß die Klägerin in ihren Schreiben vom 24. September und 1. Oktober 1954 zu erkennen gab, daß sie die angekündigten Brenner deshalb dringend benötige, weil sie diese ihren Interessenten vorführen wollte. Deshalb ist es auch nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin mit ihrer Ankündigung im Schreiben vom 17. Dezember 1954, daß sie beabsichtige, noch Ende des Jahres eine Montage der Brenner vorzunehmen, auch nur eine

Montage zu Vorführungszwecken ins Auge gefaßt hatte, und daß die Beklagte dies nicht anders verstanden hat. Das Berufungsgericht hätte daher auch die weiteren unstreitigen Umstände zu berücksichtigen und auf ihre rechtliche Bedeutung zu prüfen gehabt, daß die Beklagte nämlich sich nach der Beanstandung des Brenners bereit fand, die Klägerin zu beraten und ihr den Monteur H. zu vermitteln, damit eine Abhilfe versucht würde, und daß die Beklagte schließlich mit der Einwendung, die Mängelrüge der Klägerin sei verspätet, erst im zweiten Rechtszuge hervorgetreten ist. Wenn es auch zweifelhaft ist, ob sich diese Umstände für die Annahme heranziehen lassen, daß die Beklagte auf diese Einwendung verzichtet habe (vgl. BGH LM HGB § 377 Nr. 1; RG WarnRspr 1929 Nr. 97; RG LZ 1917, 795 Nr. 16, 1911, 58 Nr. 4), so könnten sie doch im Rahmen der Gesamtwürdigung als Anzeichen dafür Bedeutung haben, wie die Beklagte selbst die gegenseitigen Verpflichtungen beurteilt hat.

III.

Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß eine Gewährleistung der Beklagten für etwaige Mängel des Brenners auszuscheiden habe, weil die Klägerin hierfür das Risiko zu tragen habe, auf alle Fälle aber die Voraussetzungen des § 460 BGB zu bejahen seien, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die Klägerin sei schon in dem für den Vertragsschluß maßgebenden Zeitpunkte über Konstruktion, Funktion, Speisung und Wartung des Brenners so eingehend unterrichtet gewesen, daß ihr bekannt gewesen sei, oder nur infolge grober Fahrlässigkeit habe entgehen können, daß sie nicht etwa nur

eine zu unmittelbarem Gebrauch bestimmte Sache kaufte, sondern einen aus technischen Überlegungen entwickelten Apparat, dem nach bestimmter Bedienungsvorschrift Leistungen hätten entommen werden sollen. Dem Inhaber der Klägerin habe nicht entgehen können, daß der Brenner mit Umsicht und technischem Geschick zu bedienen sei und seine Einführung unter neuen Verhältnissen nicht ohne Risiko vor sich gehe. In der Zuversicht, daß sich diese Einführung zu einem ertragreichen Geschäft entwickeln werde, sei die Klägerin auch gewillt gewesen, ein Risiko auf sich zu nehmen. Außerdem, so führt das Berufungsgericht weiter aus, müsse der Inhaber der Klägerin gegen sich gelten lassen, was er in Stockholm über das, was er von dem Brenner ohnedies schon gewußt habe, noch erfahren oder grob fahrlässig verkannt habe.

Auch diese Betrachtungsweise des Berufungsgerichts erweist sich als zu eng, da sie insbesondere das Gemeinschaftsverhältnis der Parteien, wie es durch den Ausschließlichkeitsvertrag begründet worden ist, nicht in Betracht zieht. Da somit auch in diesem Punkte die Gründe des angefochtenen Urteils die Abweisung der Klage nicht rechtfertigen, muß dieses aufgehoben werden, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, diese Prüfung und je nach ihrem Ergebnis die zu § 377 HGB nachzuholen. Unter Berücksichtigung des auf Dauer berechneten Vertragsverhältnisses der Parteien und im Hinblick auf alle bereits unter I aufgezeigten unstreitigen Umstände werden daher die vertraglichen Beziehungen der Parteien erneut darauf zu untersuchen sein, ob es tatsächlich ihrem Willen entsprach, daß die Klägerin, ohne von der Beklagten Gewährleistung verlangen zu können, das gesamte Risiko der einzelnen ins

Auge gefaßten Kaufgeschäfte tragen sollte. Das Berufungsgericht wird dabei auch berücksichtigen müssen, daß die Fehlerhaftigkeit des Brenners auch darin bestehen kann, daß das Gerät nur deshalb nicht ordnungsgemäß arbeitete, weil in Deutschland das hierfür erforderliche Leichtöl aus wirtschaftlichen Gründen nicht erreichbar war. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch für diesen Fall den Begriff des Mangels bejaht, weil die im Vertrage vorausgesetzte Tauglichkeit im Rahmen der neuen Verhältnisse gefehlt haben würde. Es wird daher einer besonderen Untersuchung aller Umstände und Verhältnisse bedürfen, um die Frage zu beurteilen, ob die Klägerin auch mit diesem Risiko zu belasten sei. Soweit Konstruktionsfehler in Betracht zu ziehen sind, ist auch die weitere Begründung des Berufungsgerichts, der Inhaber der Klägerin habe in Stockholm Gelegenheit gehabt, die Arbeitsweise des Brenners kennen zu lernen, so daß er entweder alle Fehler habe erkennen oder nur aus grober Fahrlässigkeit habe übersehen können, nicht frei von Bedenken. Vor allem hat das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen nicht berücksichtigt, daß sich die Unbrauchbarkeit des Brenners bei den Versuchen in Kronach erst nach einem zwanzigstündigen Brennen gezeigt hat, und daß es an jeglicher Feststellung fehlt, daß sich in Stockholm irgendwelche Mängel gezeigt hätten oder daß man dort überhaupt Versuche unternommen hätte, die sich über einen entsprechend langen Zeitraum ausgedehnt hätten. Nach alledem wird das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung eine nochmalige Würdigung dieser Fragen unter Berücksichtigung der aufgezeigten Gesichtspunkte vorzunehmen haben.

IV.

Das Berufungsgericht hat auch Zweifel geäußert, ob überhaupt ein Mangel im Sinne des § 459 BGB an den Brennern als nachgewiesen angesehen werden könne. Es hat aber die Auffassung vertreten, daß bereits die angeführten Gesichtspunkte unter II und III durchgreifen und daß es daher nicht darauf ankomme, Feststellungen hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit der Brenner zu treffen. Das Berufungsgericht wird daher, falls es nicht wieder zur Bejahung einer der beiden oder beider vorerörterter Fragen gelangt, nunmehr auch den Sachverhalt und insbesondere die Beweisaufnahme darauf würdigen müssen, ob ein Fehler im Sinne des § 459 BGB als nachgewiesen anzunehmen ist. Es bestehen, wie bereits erörtert, keine Bedenken dagegen, daß es davon ausgeht, auch dann sei ein solcher Fehler anzunehmen, wenn nur die damals in Deutschland herrschende Öllage die Störungen in der Arbeitsweise des Brenners verursacht hat. In rechtlich zutreffender Weise hat das Berufungsgericht dazu ausgeführt, ein die Gewährleistung bedingender Mangel würde auch vorliegen, wenn der Brenner unter unbeeinflussbar gegebenen Umständen nicht zu dem Gebrauch eingesetzt werden könnte, der vertraglich vorausgesetzt gewesen ist. Das bezieht sich auf den zweiten Fall des § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB und betrifft die Tauglichkeit für die Verwendung in Deutschland unter Benutzung des damals nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zur Verfügung stehenden Öls. Falls die bisher erhobenen Beweise nicht ausreichen sollten, daß sich das Berufungsgericht eine Überzeugung bilden kann, wird es auch zu erwägen haben, ob es nicht angezeigt ist, ein weiteres Gutachten darüber einzuholen, ob das Gerät etwa mit dem jetzt zur Verfügung stehenden angeblich geeigneteren Leichtöl be-

friedigend arbeitet. Bejahendenfalls könnten daraus Be-
weisanzeichen für die Ursache früherer Störungen ge-
wonnen werden.

V.

Nach alledem war die Sache unter Aufhebung des an-
gefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem
auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu
übertragen war.

Dr. Großmann

Dr. Mezger

Dr. Spieler

Dr. Messner

Dr. Dorsche!