

Verkündet am 27. Mai 1964
Klett, 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 K i [REDACTED] - Kaugummi - Company mit beschränkter
Haftung in K [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer F [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Ir. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Margot E [REDACTED], Kunststoffherzeugnisse, in
D [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaberin Frau Margot E [REDACTED],

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 27. Mai 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Köln vom
9. Juli 1962 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Februar 1954 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 300 000 noch herzustellende "Bömbchen aus Spritzguß", die als Kinderspielzeug anderen Artikeln beigelegt werden sollten. Durch ein eingelegtes Zündplättchen sollte beim Aufschlag des Bömbchens ein Knall entstehen. Hierfür sollten den Bömbchen zur mehrfachen Verwendung eine größere Anzahl Zündplättchen beigelegt werden. Die Klägerin lieferte an die Beklagte in der Zeit vom 27. Februar 1954 bis 27. März 1954 in mehreren Partien insgesamt etwa 150 000 Bömbchen. Der Kaufpreis hierfür ist bezahlt. Nach Mängelrüge lehnte die Beklagte es ab, weitere Ware abzunehmen und verlangte Wandlung des Liefervertrages. Die Klägerin beanspruchte den Kaufpreis für 75 000 bereits fertiggestellte Bömbchen in Höhe von 3 375 DM und Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns für noch nicht fertiggestellte 75 000 Stück.

Aus anderen Geschäftsbeziehungen hatte die Klägerin von der Beklagten für Warenlieferungen und Frachtauslagen 868,65 DM zu fordern. Diesem Betrage gegenüber rechnete die Beklagte mit Ansprüchen auf Rückzahlung des Kaufpreises für gelieferte Bömbchen im Wege des Wandlungsbegehrens auf. Das Landgericht hat der Klägerin durch Teil- und Vorbehaltsurteil 868,65 DM nebst Zinsen unter Vorbehalt der Entscheidung über die erklärte Aufrechnung zugesprochen.

Die Klägerin hat in diesem Rechtsstreit außerdem eine Vergütung in Höhe von 1 372,10 DM für Umpacken gelieferter Bömbchen sowie Schadensersatz in Höhe von 1 119 DM für die noch nicht hergestellten Bömbchen ge-

- 3 -

fordert, dagegen den Betrag von 3 375 LM für bereits hergestellte, noch nicht ausgelieferte Bömbchen nicht eingeklagt. Demgemäß hat die Klägerin beantragt, das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos zu erklären und die Beklagte zur Zahlung weiterer 2 491,10 LM nebst 9 % Zinsen seit dem 13. Juli 1954 zu verurteilen.

Die Beklagte hat widerklagend beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 5 881,35 DM Zug um Zug gegen Herausgabe von 150 000 Kinderspielzeugen "bombe aus Spritzguß" zu verurteilen sowie festzustellen, daß der Klägerin kein weiterer Anspruch gegen die Beklagte zustehe.

Die Beklagte hat auch gegenüber der Forderung von 1 372,10 DM, die jetzt im übrigen unstreitig ist, mit der Forderung auf Rückgewähr gezahlten Kaufpreises für gelieferte Bömbchen aufgerechnet.

Das Landgericht hat im Schlußurteil das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin weitere 2 491,10 DM nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat in seinem ersten Berufungsurteil vom 19. Dezember 1957 auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Es hat ferner auf die Widerklage unter Abweisung des weitergehenden Zahlungsanspruchs der Beklagten die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 616,75 LM Zug um Zug gegen Herausgabe von 63 500 Kinderspielzeugen "Bombe aus Spritzguß" zu zahlen, und ferner festgestellt, daß der Klägerin ein weiterer Anspruch gegen die Beklagte nicht zustehe. Dieses Urteil hat nur die Klägerin angefochten. Auf ihre Revision hat der erkennende Senat das Berufungsurteil insoweit aufgehoben, als das



Hinweise: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Druckbeispiel aus dem Internet veröffentlicht.

Berufungsgericht zum Nachteil der Klägerin entschieden hatte. Wegen der weiteren Einzelheiten des Rechtsstreits wird auf das erste Revisionsurteil in dieser Sache vom 3. Februar 1959 - VIII ZR 14/58 - MDR 1959, 386 = Betrieb 1959, 517 Bezug genommen.

In dem erneuten Berufungsverfahren hat die Klägerin sich weiterhin darauf gestützt, daß die Beklagte die Bömbchen nach Billigung von Mustern bestellt habe.

Das Oberlandesgericht hat nunmehr die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, soweit dies nicht bereits durch das erste Berufungsurteil geschehen war.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Außerdem verfolgt sie ihre Widerklage in Höhe des ihr im ersten Berufungsurteil zugesprochenen Betrages und hinsichtlich ihres Feststellungsbegehrens weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Zahlungsansprüche der Klägerin in Höhe von 868,65 LM und 1 372,10 LM werden von der Beklagten nur im Wege der Aufrechnung mit dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für gelieferte Bömbchen bekämpft. Dem Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 1 119 LM für noch nicht fertiggestellte Bömbchen hält die Beklagte ebenfalls die Wandlungseinrede entgegen. Die negative Feststellungswiderklage der Beklagten richtet sich dagegen, daß die Klägerin sich eines Anspruches in Höhe von 3 375 LM für bereits hergestellte Bömbchen berühmt hat, deren Abnahme die Beklagte verweigert. Insoweit geht es ebenfalls darum, ob das Wandlungsbegehren der Beklagten berechtigt

ist. Die noch im Streit befindliche Forderung der Beklagten auf Rückzahlung von ihr gezahlten Kaufpreises bezieht sich auf 63 500 Bömbchen, die der Beklagten laut Rechnung vom 27. März 1954 zum Preise von 2 857,50 LM geliefert worden sind. Die Beklagte will diese Partie rechtzeitig am 30. März 1954 gerügt haben. Die Forderung wird von der Beklagten in Höhe von 2 240,75 LM aufrechnungsweise und in Höhe des Restbetrages von 616,75 LM mit der Widerklage (im Rahmen des ersten Berufungsurteils) geltend gemacht. Im Streit ist sonach die Wandlungseinrede der Beklagten nur noch hinsichtlich der letzten von ihr bezahlten Lieferung und die Verpflichtung der Beklagten zur weiteren Erfüllung des Liefervertrages.

Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung zugrunde, daß die Beklagte im ersten Rechtszug die entsprechende Behauptung der Klägerin zugestanden habe, die Beklagte habe 300 000 Bömbchen nach Muster gekauft, die gelieferten Bömbchen hätten äußerlich dem Muster entsprochen. Der Vortrag der Beklagten im ersten Rechtszuge lasse auch keine Zweifel daran zu, daß sie ferner zugestanden habe, die Muster gebilligt zu haben. Zwar habe die Beklagte ihren Vortrag zu diesen Punkten im zweiten Rechtszuge geändert. Dieses neue Vorbringen sei aber gegenüber dem Zugeständnis der Beklagten im ersten Rechtszuge rechtlich unbeachtlich. Das Berufungsgericht stellt sodann fest, daß die Lieferungen der Klägerin dem gebilligten Muster in den wesentlichen Punkten entsprochen haben. Die gelieferten Bömbchen seien aus dem gleichen Material wie die Muster hergestellt worden und wiesen die gleiche Konstruktion wie diese auf. Allerdings funktionierten die Bömbchen nach den Feststellungen des Sachverständigen

Laeis nicht einwandfrei. Dies sei sowohl auf das verwendete Material (Polystyrol) als auch auf die Konstruktion zurückzuführen. Das Berufungsgericht meint jedoch, die Klägerin habe für die Mängel der gelieferten Bömbchen deshalb nicht einzustehen, weil die Mängel an den Mustern erkennbar gewesen seien.

Über die Art der Mängel führt das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Feststellungen des Sachverständigen näher aus: "Von Polystyrol kann keine absolute Unzerbrechlichkeit erwartet werden. Lieser Kunststoff hält einen Fall aus 1 m Höhe nicht ohne weiteres aus. Aus der seitlichen Angußstelle ergibt sich sodann notwendigerweise eine Zusammenflußnaht an der gegenüberliegenden Stelle. Im Verlauf einer solchen Bindenaht sind Spritzgußartikel niemals so stabil wie quer zum Fluß oder Strukturverlauf. Wenn daher ein Teil der Bömbchen in der Bindenaht platzt, so ist das eine natürliche Folge der gewählten Konstruktion. Schließlich hat auch der in den Bömbchen befindliche Eisenstift nicht die genügende Führung und ist das Gewicht der Bömbchen im Kopfteil zu gering". Anschließend übernimmt das Berufungsgericht die Ausführungen des Sachverständigen Laeis, daß die "Ausfallmuster" die Fehler der Konstruktion nicht verdecken konnten, selbst wenn sie aus einem widerstandsfähigeren Material gespritzt worden wären. Es führt dann weiter aus, folge man dem Gutachten des Sachverständigen L■■■■, an dessen Zuverlässigkeit zu zweifeln kein Anlaß bestehe, so sei davon auszugehen, daß die Mängel, welche die Beklagte an den gelieferten Bömbchen rüge, bereits an den vorgelegten und gebilligten Mustern erkennbar gewesen seien. Diese ließen ersehen, daß das

verwendete Material für den beabsichtigten Zweck nicht unbedingt widerstandsfähig genug war und daß vor allem die Konstruktion der Bömbchen ein einwandfreies Funktionieren des Spielzeugs nicht gewährleistete. Im übrigen ergebe sich auch aus dem eigenen Vortrag der Beklagten, daß ihr die Mängel an Hand der Muster nicht verborgen geblieben seien. Denn nach ihrem Vortrag sollen bei sämtlichen Lieferungen vorgenommene Proben ergeben haben, daß von zehn Bömbchen jeweils bis zu sieben Stück beim ersten Fallenlassen zerplatzt seien. Da alle Bömbchen, auch die vorgelegten Muster aus demselben Material mit der gleichen Form hergestellt worden seien, spreche alles dafür, daß bereits die mit den Mustern vorgenommenen Proben ein gleiches Ergebnis hatten. Demgemäß habe die Beklagte noch in ihrem Schriftsatz vom 20. April 1956 vorgetragen, daß sämtliche vorgelegten Muster der Klägerin mangelhaft gewesen seien.

II. Die Revision erhebt verfahrensrechtliche und sachlich-rechtliche Rügen gegen das Berufungsurteil. Sie macht sich dabei den späteren Sachvortrag der Beklagten zu eigen, der von ihrer Einlassung im ersten Rechtszuge abweicht.

1. Die Klägerin hatte vorgetragen, sie habe der Beklagten Mitte Februar 1954 ungefähr 12 bis 15 Muster vorgelegt. Diese seien in den Büroräumen der Beklagten von deren Geschäftsführer Fleischhauer und anderen Personen (J. ■■■■, C. ■■■■, Frau W. ■■■■) direkt ausprobiert und für gut befunden worden. Auf Grund dieser Muster habe die Beklagte sofort einen mündlichen Auftrag zur Lieferung von 300 000 Bömbchen erteilt. Die Beklagte hat daraufhin im Schriftsatz vom 30. März 1955 ausgeführt, es sei zutreffend, daß sie nach Muster gekauft habe; wie sich

aber aus ihrem bisherigen Vorbringen ergebe, seien die Lieferungen nicht mustergerecht gewesen, da sie mangelhaft waren. Es sei doch wohl selbstverständlich, wenn das Muster einwandfrei sei, dürften später die gelieferten Waren keine Risse und Sprünge aufweisen, so daß sie unbrauchbar seien. Diesen Vortrag hat die Beklagte in einem späteren Schriftsatz durch den rechtlichen Hinweis ergänzt, daß die gelieferten Bömbchen äußerlich dem Muster entsprachen, schließe nicht aus, daß sie Fehler hatten, die den Wert oder die Tauglichkeit zu den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhoben. Auf Grund dieses Sachvortrages, den die Beklagte, wie den Feststellungen des Landgerichts zu entnehmen ist, dann auch in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben muß, stellte das Landgericht fest, die Beklagte gebe zu, daß sie nach Muster gekauft habe, sie sei jedoch der Auffassung, daß die Tatsache, daß die gelieferten Bömbchen äußerlich dem Muster entsprachen, es nicht ausschließe, daß die Bömbchen Fehler hatten, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu den nach dem Vertrag beabsichtigten Gebrauch aufhoben. Das Landgericht hat danach als unstrittig bezeichnet, daß die Beklagte Muster erhalten habe und daß sie auf Grund dieser Muster die Bömbchen bei der Klägerin bestellt habe.

Nach diesen Feststellungen und dem schriftsätzlichen Vorbringen der Beklagten im ersten Rechtszuge ist davon auszugehen, daß die Klägerin ihr Gelegenheit gegeben hatte, die vorgelegten Muster auszuprobieren. Die Einlassung der Beklagten kann auch nur dahin verstanden werden, daß sie keinen Anlaß gefunden hatte, die Muster zu beanstanden. Völlig im Gegensatz hierzu hat die Beklagte dann aber im zweiten Rechtszuge behauptet, sie

habe den Auftrag auf Lieferung von 300 000 Bömbchen lediglich auf Grund der Zusicherung des Ehemannes der Inhaberin der Klägerin E. erteilt, er sei in der Lage, ein ihm vorher gegebenes amerikanisches Bömbchen in gleichwertiger Art herzustellen. Vor der Bestellung habe niemals ein einwandfreies Muster vorgelegen. Die vorgelegten Bömbchen hätten nicht einwandfrei funktioniert. Trotzdem sei dann aber die Bestellung erteilt worden auf Grund der Zusicherung des E., es fehlten nur noch Kleinigkeiten, es würde eine einwandfreie Ware geliefert werden. Während also die Beklagte im ersten Rechtszuge behauptet hatte, die gelieferte Ware weiche von der Qualität ihr vorgelegter Muster ab, hat sie im zweiten Rechtszuge die Maßgeblichkeit der Probestücke als Muster bestritten und einen Auftrag anderen Inhalts behauptet, wonach aufgetretene Mängel der Muster behoben werden sollten. Nach Lage der Sache ist das spätere Vorbringen der Beklagten mit ihrer Einlassung im ersten Rechtszuge nicht zu vereinbaren.

Die Revision rügt demgegenüber vergeblich, das Berufungsgericht habe nicht zu der Feststellung gelangen dürfen, daß die Beklagte nach Muster bestellt habe. Ein Kauf nach Probe (§ 494 BGB) liegt zwar nicht vor, wenn das vorgelegte Muster wesentlich nur zur Orientierung des Käufers über die ihm angebotene Ware dienen sollte oder gedient hat. Andererseits ist es bei einem Kauf nach Probe rechtlich zulässig, daß der Verkäufer neben den Eigenschaften der Probe noch andere bestimmte Eigenschaften der zu liefernden Ware zusichert. Hier liegt aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die sich darauf stützen, was die Beklagte im ersten Rechts-

zuge zugestanden hat, weder der erste noch der zweite Fall vor. Diese Feststellungen sind rechtlich bedenkenfrei. Danach kann die Revision nicht mit der Rüge durchdringen, die von der Klägerin vorgelegten Bömbchen seien noch unfertig gewesen und hätten lediglich zur Information gedient. Soweit die Revision bemängelt, das Berufungsgericht hätte auch die Behauptung der Beklagten berücksichtigen müssen, die Klägerin habe vor Auftragserteilung von Kleinigkeiten gesprochen, die an den ihm vorgelegten Bömbchen noch gefehlt hätten, und die Behebung dieser Schwierigkeiten zugesichert sowie ferner, daß sie ebenso funktionieren würden wie die amerikanische "Bombe", steht dieser Rüge entgegen, daß der entsprechende Sachvortrag der Beklagten im zweiten Rechtszuge deshalb nicht berücksichtigt werden kann, weil er mit dem rechtlich einwandfrei als Zugeständnis gewerteten Vorbringen der Beklagten im ersten Rechtszuge in unvereinbarem Widerspruch steht. Denn danach muß der Entscheidung zugrunde gelegt werden, daß die vorgelegten Muster von der Beklagten überprüft und gebilligt worden sind und keine wesentlichen Mängel gezeigt haben. Da hier nur das eine oder andere richtig sein kann, brauchte das Berufungsgericht auf die behaupteten Zusicherungen deshalb nicht einzugehen, weil es das neue Vorbringen, soweit es mit dem Zugeständnis der Beklagten im ersten Rechtszug im Widerspruch stand, nicht zu berücksichtigen brauchte.

Die Ansicht der Revision, eine verfahrensgerechte Erwägung des Berufungsgerichts hätte zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß keine Bestellung nach Muster im Sinne des § 494 BGB erfolgt sei, ist auch durch die weiteren Ausführungen der Revision nicht gerechtfertigt. Das Ge-

ständnis im Sinne von § 288 ZPO muß allerdings eine Tatsache betreffen. Die Behauptung, daß eine Ware auf Grund vorgelegter Muster bestellt worden sei, bezieht sich aber auf Tatsachen und zwar auf die Vorlage des Musters und die daraufhin erteilte Bestellung, also die Abgabe einer Willenserklärung. Solche Tatsachen können Gegenstand eines gerichtlichen Geständnisses sein. Mit dem rechtlichen Hinweis der Beklagten in dem Schriftsatz vom 13. Oktober 1955, bei einem Kauf nach Muster könne ein nach § 459 BGB erheblicher Fehler vorliegen, sollte ersichtlich nicht in Frage gestellt werden, daß hier eine Bestellung nach Muster erfolgt sei. Diese Ausführungen der Beklagten setzen vielmehr eine solche Bestellung voraus und stehen daher auch nicht im Widerspruch zu den Ausführungen im Schriftsatz vom 30. März 1955, es sei zutreffend, daß die Beklagte nach Muster gekauft habe. Demnach hat das Berufungsgericht verfahrensrechtlich einwandfrei ein gerichtliches Geständnis im Sinne von § 288 ZPO angenommen, wie es das Landgericht festgestellt hat. Ein solches Geständnis konnte gemäß § 290 ZPO rechtswirksam nur widerrufen werden, wenn die Beklagte dafür Beweis erbrachte, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlaßt worden sei. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Beklagte habe nicht einmal behauptet, daß das Geständnis aus einem Irrtum veranlaßt worden sei. Diese Feststellung ist verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Infolgedessen behält das gerichtliche Geständnis gemäß § 532 ZPO seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Es ist daher der Entscheidung des Berufungsgerichts mit Recht zugrundegelegt worden.

2. Die Entscheidung über das Wandlungsverlangen der Beklagten und die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung hängt somit davon ab, ob die von dem Berufungsgericht festgestellten Mängel der gelieferten Bömbchen schon bei den dem Auftrag zugrundeliegenden Mustern für die Beklagte erkennbar waren.

Bei einem Kauf nach Probe sind gemäß § 494 BGB die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen. Der Verkäufer hat danach grundsätzlich für die Eigenschaften der Probe Gewähr zu leisten, die nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als wesentlich zu gelten haben. Andererseits muß aber der Käufer, der vor Abschluß des Vertrages Muster erhalten hat, sich darüber schlüssig werden, ob Ware dieser Art seinen Zwecken genügt oder nicht. Er darf deshalb bei einer Bestellung nach Muster nicht solche Mängel rügen, die bei gehöriger Untersuchung von ihm schon vor der Bestellung entdeckt werden konnten und für ihn erkennbar waren (vgl. BGH Urt.v. 27. November 1956 - VIII ZR 35/56 - LM BGB § 494 Nr. 2 = BB 1957, 58; Urt.v. 18. März 1964 - VIII ZR 281/62 S. 15 -). Diese Voraussetzung ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für den Mangel gegeben, der darin bestehen soll, daß die Bömbchen nach ihrer Konstruktion und der Art des verwendeten Kunststoffs zerbrechlich waren und nicht schlechthin einen Fall aus 1 m aushielten. Die Beklagte hat nun allerdings behauptet und unter Beweis gestellt, daß die gelieferten und auch die bereits fertiggestellten, aber noch nicht gelieferten Bömbchen, die unstreitig aus einer einheitlichen Produktion stammen, zu einem großen Teil, mindestens zu 30 % beim ersten

Gebrauch oder bei einem der nächsten Versuche zerplatzen und hat dies auf die Unzulänglichkeit des Herstellungsmaterials zurückgeführt. Das könnte die Annahme nahelegen, daß die Probe-Bömbchen von besserer Beschaffenheit waren als der Teil, den die Beklagte als mangelhaft bezeichnet hat. Eine solche Sachlage ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ausgeschlossen. Denn danach soll bei allen Bömbchen wegen der Konstruktion und des Materials die Möglichkeit bestehen, daß sie schon beim ersten bestimmungsgemäßen Gebrauch oder bei einem der nächsten Versuche unbenutzbar werden. Dennoch stellt sich auch bei dieser Sachlage noch die Frage, ob die Beklagte schon durch Übergabe von 12 bis 15 Bömbchen vor der Bestellung die Möglichkeit erhalten hat, die geringe Haltbarkeit der Bömbchen festzustellen. Der Senat hat bereits in seinem ersten Revisionsurteil auf die Möglichkeit hingewiesen, daß die vor der Bestellung vorgelegten Muster die behauptete Zerbrechlichkeit nicht gehabt haben könnten. Auch dies wird aber von dem Berufungsgericht mit der Begründung ausgeschlossen, daß nach der Äußerung des Sachverständigen und auch dem späteren Sachvortrag der Beklagten die Mängel schon bei den vorgelegten Mustern erkennbar gewesen sein müssen. Die Klägerin hatte sich allerdings diese Behauptung nicht zu eigen gemacht. Ihr Sachvortrag im ersten Rechtszuge ist vielmehr dahin zu verstehen, daß die vorgelegten und von der Beklagten erprobten Muster funktioniert haben und deshalb von ihr gebilligt worden seien. Die Klägerin hat auch im zweiten Rechtszuge daran festgehalten, daß dies bei den gelieferten Bömbchen der Fall gewesen sei, und hat die Behauptung der Beklagten über ihre Zerbrechlichkeit in dem unter Beweis

gestellten Umfange als unrichtig bezeichnet. Es ist jedoch kein Rechtsfehler darin zu sehen, wenn das Berufungsgericht dessen ungeachtet den Äußerungen des Sachverständigen L. entnommen hat, die geringe Haltbarkeit der Bömbchen müsse schon bei den Mustern erkennbar gewesen sein. Diese Annahme ist mit dem Sachvortrag der Klägerin vereinbar. Denn er läßt die Möglichkeit offen, daß die Muster von der Beklagten vor der Bestellung nicht sorgfältig genug auf ihre Haltbarkeit geprüft worden sind.

Die Rüge der Revision, es fehle in dem Berufungsurteil an einer ausreichenden Begründung für die Erkennbarkeit von Mängeln der Muster, ist nicht gerechtfertigt. Entgegen der Auffassung der Revision enthält das Gutachten des Sachverständigen L. in seinem Nachtrag vom 15. März 1960 hierüber zwar nur eine kurze Bemerkung, wonach die Bömbchen als "Ausfallmuster - selbst wenn sie aus einem "besseren" Material gespritzt worden wären - die Fehler der Konstruktion nicht verdecken" konnten. Das Berufungsgericht durfte aber dieser Ausführung des Sachverständigen entnehmen, daß die Mängel bereits an den vorgelegten Mustern erkennbar gewesen sein müssen. Dem steht nicht entgegen, daß der Sachverständige sich nach dem Beweisbeschuß vom 28. September 1959 nicht zu dieser Frage, sondern zu anderen Fragen äußern sollte, die er nicht sämtlich beantwortet hat.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang weiter, die Mängel seien zwar dem Sachverständigen erkennbar gewesen, weil er sie im einzelnen feststellt. Entscheidend sei jedoch, ob sie der Beklagten ohne besondere Sach-

kenntnisse auf dem Gebiet der Kunststoffverarbeitung erkennbar waren. Diese Rüge greift indes nicht durch. Denn den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß der Fehler der mangelnden Haltbarkeit schon bei sorgfältiger Überprüfung der Muster durch mehrfachen Gebrauch möglich gewesen sein muß, ohne daß es dazu der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedurft hätte. Wenn es in diesem Zusammenhang gegen die Beklagte auch wertet, daß nach ihrem späteren Vorbringen sich schon bei den Mustern Mängel gezeigt haben, so ist dies ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Vergeblich macht die Revision auch geltend, beim Kauf nach Probe habe der Kläger immer dann Gewähr zu leisten, wenn die Ware völlig unverwertbar sei. Eine solche Auffassung ist der Entscheidung des erkennenden Senats vom 30. September 1958 - VIII ZR 129/57 - LM Nr. 6 zu § 459 Abs. 1 BGB, auf die sich die Revision bezieht, nicht zu entnehmen. In dem dort entschiedenen Falle handelte es sich um einen Mangel, der in der Probe nicht vorhanden war. In Fällen der Erkennbarkeit eines Mangels aus der Probe sind dem Käufer Gewährleistungsansprüche auch dann zu versagen, wenn die Ware wegen des Mangels für den Vertragszweck überhaupt nicht verwertbar ist.

Die in den vorstehenden Ausführungen nicht ausdrücklich erwähnten verfahrensrechtlichen Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil bedürfen keiner Erörterung im einzelnen. Sie sind dadurch gegenstandslos, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Bestellung nach Probe oder Mustern vorliegt und daß der gerügte Mangel bei diesen bereits für die Beklagte erkennbar war.

3. Dem Berufungsgericht ist somit im Ergebnis darin beizutreten, daß die Beklagte aus den geltend gemachten Mängeln kein Recht zur Wandlung des Lieferungsvertrages herleiten kann. Daraus ergibt sich, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung der Beklagten auf Rückzahlung des Kaufpreises für die letzte Lieferung nicht gerechtfertigt ist. Die Beklagte war zur weiteren Erfüllung des Vertrages verpflichtet. Deshalb ist auch die Forderung der Klägerin auf Schadensersatz in Höhe von 1 119 DM anzuerkennen. Gegen die zugesprochenen Zinsen sind von der Revision auch der Höhe nach keine Rügen vorgebracht worden. Die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche der Beklagten sind unbegründet. Demnach war ihre Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Messner