

Verkündet am 9. Dezember 1963
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

der Firma Heinrich L [REDACTED] & Co., Hackenfabrik, vertreten
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Kaufmann Ri-
chard L [REDACTED], in Mü [REDACTED]-G [REDACTED]/O [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma K [REDACTED] & H [REDACTED] Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in R [REDACTED], D [REDACTED]-Sch [REDACTED]-Straße [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer Kurt H [REDACTED] in R [REDACTED]-
[REDACTED]-Le [REDACTED], Schi [REDACTED]straße [REDACTED] und Hans Rü [REDACTED] in R [REDACTED]-
[REDACTED], Ma [REDACTED]-Lu [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. Dezember 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und
Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 20. Juli 1962 wird auf Kosten der Klä-
gerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Hacken her, die Beklagte betreibt ein Exportgeschäft. Die Beklagte hatte der Klägerin Aufträge zur Lieferung von Stahlhacken, welche die Beklagte an ihre Abnehmerin, die Firma Ho [REDACTED]-S [REDACTED] Tr [REDACTED] Co. in B [REDACTED], weiterliefern wollte, in Aussicht gestellt. Darauf fertigte die Klägerin für die Beklagte zunächst als Muster eine Hacke an, die einer von der englischen Firma "The Ch [REDACTED] T [REDACTED] Co., Ltd" hergestellten damals bereits in Thailand eingeführten Hacke entsprechen sollte. Die Ch [REDACTED]-Hacken trugen ein Schutzzeichen dieser Firma, das ein Krokodil darstellte. Auf Grund der als Muster gelieferten Hacke bestellte die Beklagte im November 1957 bei der Klägerin 200 Dutzend S [REDACTED]-Stahlhacken, Ia Stahlqualität, geschmiedet, Gewicht 3 lbs zum Preise von 250,--DM per 100 Stück, die mit einer einen Engel darstellenden Marke versehen sein sollten. Gleichzeitig bestellte die Beklagte bei der Klägerin weitere 2250 dtzd Stahlhacken entsprechender Qualität, die mit einer Marke "Globus und Krokodil" versehen sein sollten. Diese Hacken sollten zu je 750 dtzd mit einem Gewicht von 3, 3 1/2 und 4 lbs zu Preisen von 250,--DM, 267,--DM und 294,--DM für 100 Stück geliefert werden. Für beide Aufträge wurde vereinbart, daß die Beklagte die fertiggestellte Ware vor der Lieferung besichtigen und "abnehmen" sollte. Die Krokodil-Hacken sollten in zwei Partien geliefert werden.

Die Hacken mit der Engel-Marke wurden im Dezember 1959 von der Klägerin an die Abnehmerin der Beklagten nach Bangkok versendet. Die Klägerin hat den Kaufpreis für diese Hacken erhalten.

Am 18. Januar 1959 ließ die Beklagte Hacken der ersten Partie mit dem Krokodil-Zeichen bei der Klägerin durch ihren Angestellten Se [REDACTED] in Begleitung des Reisenden Dudek besichtigen. Die Hacken für die erste Partie waren noch nicht restlos fertiggestellt. Die dem Auftrag zugrundeliegende Musterhacke lag nicht vor, da die Beklagte sie nach Bangkok weitergeleitet hatte. Die Vertreter der Beklagten beanstandeten den Schliff einiger Hacken der 4 lbs-Ausstattung und die Anbringung aufgeklebter Etiketten. Die Klägerin versprach Nachbesserung. Sie sandte die erste Partie am 24. Januar 1958 nach Bangkok. Am 27. Januar 1958 schrieb die Beklagte an die Klägerin unter Bezugnahme auf die Besichtigung der Hacken, die Klägerin habe versprochen, die bestellten Hacken zu überarbeiten und gerügte Mängel abzustellen. Etwaige Reklamationen, die aus einer nicht auftragsgemäßen Lieferung entstehen könnten, müßten zu Lasten der Klägerin gehen. Diese antwortete mit Schreiben vom 29. Januar 1958, bekanntlich sei von den 4 lbs-Hacken nur ein ganz geringer Teil geschliffen gewesen. Sie habe die Partie genauestens durchgesehen und die nicht scharf genug geschliffenen Hacken, ca. 25 Stück, aussortiert und nachschleifen lassen. Abschließend versicherte die Klägerin in dem Schreiben, die gesamte Partie sei in einem völlig einwandfreien Zustand ausgeliefert worden.

Die Restpartie sollte laut Mitteilung der Klägerin vom 15. Februar 1958 anschließend "in Produktion gehen". Am 17. Februar 1958 ließ die Beklagte die Fabrikation der Hacken stoppen, da ihre Abnehmerin mit den inzwischen in Bangkok eingetroffenen 200 dtzd Hacken mit der Engel-Marke nicht zufrieden sei.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Mit Schreiben vom 24. Februar 1958 gab die Beklagte die ihr auf Grund eines Vergleichs mit der Musterhacke mitgeteilten Beanstandungen an die Klägerin weiter. Danach wurde insbesondere beanstandet: Der Schliff, die Qualität des Lackes, die Beschaffenheit der D-Augen, die Wölbung des Blattes, die Breite der Hacken.

Die Abnehmerin in Bangkok bemängelte auch die erste Partie Krokodil-Hacken. Diese Bemängelung will die Beklagte der Klägerin unverzüglich zunächst fernmündlich mitgeteilt haben. Mit Schreiben vom 28. März 1958 bezog sich die Beklagte auf ein am 24. März 1958 mit der Klägerin geführtes Telefongespräch und berichtete über einen Vergleich zwischen dem den Bestellungen zugrundeliegenden Muster und einigen von der Klägerin gelieferten Hacken mit der Engel-Marke. Danach entsprächen die gelieferten Hacken nicht dem Muster. Die Beklagte erläuterte in diesem Schreiben die Mängel, insbesondere hinsichtlich des Schliffs, Lackes, D-Auges, der Wölbung und der Breite. Sie bemerkte dabei, die Wölbung der Hacken sei für die erste Partie Krokodil-Hacken bisher nicht beanstandet worden. Der Restauftrag sollte nunmehr unter Vermeidung der beanstandeten Mängel vorbehaltlich einer Klärung hinsichtlich der Wölbung der Hacken durchgeführt werden. Mit Schreiben vom 9. April 1958 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie werde die Abwälzung mit der starken Wölbung vornehmen, wie sie die der Beklagten (mit Schreiben vom 29. März 1958) als Muster übersandten zwei Hacken aufwiesen. Wegen der Wölbung führten die Parteien weitere mündliche und schriftliche Verhandlungen, wobei die Beklagte zum Ausdruck brachte, ihre Abnehmerin habe nicht die üblichen deutschen S-Hacken gekauft, sondern etwas Besonderes, um gegen die Ch-Ware ankämpfen zu können. Die Klä-

gerin bestätigte der Beklagten mit Schreiben vom 7. Mai 1958, sie habe zugesagt, bei der zweiten Partie die bei der ersten Sendung gerügten Mängel abzustellen. Nach weiteren Besprechungen und schriftlichen Erörterungen kam es zur Fertigstellung der zweiten Partie. Diese wurde Ende Mai 1958 von einem Geschäftsführer der Klägerin und zwei Vertretern der Ho[REDACTED]-S[REDACTED]-Tr[REDACTED] Co., Schw[REDACTED] (A[REDACTED]) und Hou[REDACTED] (B[REDACTED]), besichtigt. Dabei wurde festgestellt, daß die besichtigte Ware besser ausgefallen sei als die erste Teillieferung Krokodil-Hacken. Eine Abnahme der Ware erfolgte nicht. Die Beklagte bemängelte mit Schreiben vom 3. Juni 1958, daß sie nicht mustergetreu sei und auch nicht die gute Verarbeitung habe wie die Ausfallmuster, die ihr vorher übermittelt worden waren. Mit Schreiben vom 9. Juni 1958 verlangte die Beklagte nach Verhandlungen mit ihrer Abnehmerin in Bangkok einen Freisnachlaß von 6468 DM für die erste Partie, wobei die Beklagte auch beanstandete, daß die hergestellten Hacken nicht hart genug seien und außerdem die Gewichte der einzelnen Hacken nicht übereinstimmten. Die Klägerin nahm mit Schreiben vom 13. Juni 1958 zu diesen Bemängelungen Stellung und forderte die Beklagte auf, nunmehr die Rechnung vom 16. Mai 1958 über die zweite Partie bis zum 18. Juni 1958 zu begleichen. Nach weiterem Schriftwechsel erklärte sich die Beklagte mit Schreiben vom 14. Juli 1958 bereit, die zweite Partie unter der Voraussetzung abzurufen, daß die Klägerin vorher den geforderten Minderungsbetrag für die erste Partie begleiche und einen Nachlaß in Höhe von 4312 DM auf den Preis für die zweite Partie anerkenne. Darüber kam keine Einigung zustande.

Die Klägerin versandte jedoch die restlichen Krokodil-Hacken an eine ihr von der Beklagten benannte Firma in Amsterdam.

Die Klägerin hat ihre Restforderung in Höhe von 12 438,86 DM nebst 8 % Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat hierauf am 18. Dezember 1958 1007,35 DM gezahlt. Sie hat eingewendet, die Klägerin sei verpflichtet, ihr einen Betrag von 1135,51 DM als vereinbarten Preisnachlaß (Skonto) gutzuschreiben. Dem restlichen Klagebetrag stünden Minderungsansprüche wegen Mängel der ersten und zweiten Partie Krokodil-Hacken entgegen.

Die Klägerin hat erwidert, Minderungsansprüche für die erste Partie seien schon deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte die Ware vor der Verseidung abgenommen habe. Sie habe überdies nicht spezifiziert genug, jedenfalls aber verspätet gerügt. Auch für die zweite Partie könne die Beklagte keine Minderung verlangen, weil sie nicht rechtzeitig gerügt habe. Außerdem hat die Klägerin die behaupteten Mängel dem Umfange nach bestritten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klägerin 8577,86 DM nebst Zinsen abzüglich des Betrages von 1007,35 DM zugesprochen. Es hat das Minderungsverlangen der Beklagten für die erste Partie nicht für gerechtfertigt erachtet. Die weitergehende Klageforderung hat es im Schlußurteil abgewiesen.

Die Beklagte hat das Teilurteil, die Klägerin das Schlußurteil angefochten. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin und die Berufung der Beklagten in Höhe eines Betrages von 1135,31 DM zurückgewiesen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die abgewiesenen Ansprüche von 6435 DM und 3861 DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die allgemeinen Verkaufs-Bedingungen der Klägerin Vertragsbestandteil geworden sind. Es ist aber zu unterstellen, daß diese Bedingungen anzuwenden sind. Sie enthalten die Bestimmung, daß mit erfolgter Abnahme die Ware als bedingungsgemäß geliefert gelte und Reklamationen nur sofort nach Empfang der Ware berücksichtigt werden könnten.

1. Hinsichtlich der ersten Partie Krokodil-Hacken geht der Streit der Parteien in erster Reihe darum, ob die Beklagte diese Partie bei der Besichtigung am 18. Januar 1958 durch Se [REDACTED] und Du [REDACTED] "abgenommen" und sie damit gebilligt hat. Das Berufungsgericht verneint eine solche Abnahme im Sinne der Geschäftsbedingungen der Klägerin und der besonderen Vereinbarung, die hierüber in dem Schriftwechsel zwischen den Parteien getroffen worden war. Dagegen wendet sich die Revision. Ihre Beanstandungen des Berufungsurteils sind indes unbegründet.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war bei der Besichtigung am 18. Januar 1958 nur eine unvollkommene Überprüfung der damals für die erste Partie hergestellten und vorgesehenen Hacken möglich. Das Berufungsgericht untersucht rechtlich zutreffend, ob unter diesen Umständen nach dem übereinstimmenden Parteivillen am 18. Januar 1958 die "Abnahme" durch die Beklagte voll-

zogen worden ist, obwohl sich Mängel im Schliff zeigten, die Partie nicht restlos fertiggestellt war und die Musterhacke nicht vorlag. Es würdigt dazu die Aussagen der Zeugen Se [REDACTED] und Du [REDACTED], die eine vorbehaltlose "Abnahme" der Partie nicht erkennen ließen und durch den zwischen den Parteien über die Besichtigung geführten Schriftwechsel bestätigt wurden. Dabei legt es das Schreiben vom 27. Januar 1958 dahin aus, die Beklagte habe darin einen Vorbehalt für jegliche Art von Beanstandungen erklärt. Die Klägerin, so führt das Berufungsgericht aus, habe das Schreiben auch in diesem Sinne verstanden. Dies entnimmt das Berufungsgericht der Erwiderung der Klägerin vom 29. Januar 1958. Deren Zusicherung, die Beklagte dürfe versichert sein, daß die gesamte Partie in einem völlig einwandfreien Zustande ausgeliefert worden sei, habe sich nicht nur auf die bereits gerügten Mängel, sondern erkennbar auch auf jede sonstige vom Vertrage abweichende Beschaffenheit der Hacken, insbesondere deren fehlende Mustertreue, bezogen.

Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang bemerkt, die Umstände der Besichtigung vom 18. Januar 1958 ließen schon nach der Lebenserfahrung eine Abnahmebereitschaft der Beklagten im damaligen Zeitpunkte recht zweifelhaft erscheinen, so hat das Berufungsgericht damit erkennbar nur zum Ausdruck bringen wollen, daß ein vorsichtig handelnder Kaufmann unter solchen Umständen kaum eine Ware "abnehmen" werde. Diese Erwägung ist entgegen der Auffassung der Revision rechtlich nicht zu beanstanden. Mag es sich hier auch um die Beurteilung eines individuellen Verhaltens eines Bestellers von für ihn herzustellender Ware handeln,

so war das Berufungsgericht dennoch nicht gehindert, die angeführte Erwägung bei seiner Würdigung zu berücksichtigen.

Die Revision wendet sich auch zu Unrecht dagegen, daß das Berufungsgericht die Bekundungen des Zeugen Se- über die Besichtigung für glaubwürdig hält. Sie verweist auf Ausführungen im Berufungsurteil S.18, mit denen das Berufungsgericht die Frage der ordnungsgemäßen Mängelrüge erörtert und unterstellt hat, daß Seeler gegenüber dem im ersten Rechtszuge als Zeuge vernommenen Handelsvertreter Willi M. geäußert hat, es hätten sich Absatzschwierigkeiten infolge Eingreifens der durch die Ausstattung der Krokodil-Hacken betroffenen Firma Ch- ergeben. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern hieraus Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit der Bekundungen des Zeugen Seeler zur Frage der "Abnahme" der ersten Partie hergeleitet werden könnten. Denn nach Auffassung des Berufungsgerichts wird die Aussage des Zeugen Se- wesentlich durch unstreitige Umstände bei der Besichtigung und den nachfolgenden Schriftwechsel zwischen den Parteien unterstützt. § 286 ZPO ist somit nicht verletzt.

Ebenso unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den bereits im ersten Rechtszuge als Zeugen vernommenen Angestellten Tra- der Klägerin über weiteres Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 5. Februar 1962 S.6 vernehmen müssen. Dort hatte die Klägerin vorgetragen und durch Benennung dieses Zeugen unter Beweis gestellt, am 18. Januar 1958 hätte eine Abnahme der Ware erfolgen können. Damals hätten die 3 und 3 1/2 lbs-Hacken fertig lackiert, jedoch wegen der Abnahme noch nicht verpackt in der Lackiererei der Kläge-

rin gestanden. Von den 4500 Stück 4 lbs-Hacken, welche mit der ersten Teillieferung später zur Auslieferung gekommen seien, hätten sich höchstens noch 500 Stück in der Schleiferei befunden. Auch diese Hacken seien be-
sichtigt worden. Hinsichtlich der Lackierung, die einheitlich maschinell vorgenommen worden sei, habe auf Grund des Ausfalls der 3 und 3 1/2 lbs-Hacken eine Nachprüfung für die gesamte Lieferung vorgenommen werden können. Das Berufungsgericht hat dieses Beweisangebot ersichtlich für unerheblich gehalten und angenommen, hierdurch könne kein Beweis für die behauptete "Abnahme" der ersten Partie erbracht werden. Dies ist im Hinblick auf die von dem Berufungsgericht festgestellten Umstände kein Rechtsfehler.

2. Es kommt für diese Partie somit darauf an, ob die Beklagte die Mängel ordnungsgemäß und rechtzeitig gerügt hat. Nach § 377 HGB war die Beklagte verpflichtet, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung zu rügen. Nach den Lieferungsbedingungen der Klägerin, deren Geltung als Bestandteil des Lieferungsvertrages von dem Berufungsgericht auch in diesem Zusammenhang unterstellt wird, können Reklamationen nur sofort nach Empfang der Ware berücksichtigt werden. Es ist nicht ersichtlich, daß hierdurch für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge strengere Voraussetzungen aufgestellt sind, als sie sich aus der gesetzlichen Regelung ergeben.

Das Berufungsgericht führt aus, der Schliff der 4 lbs-Hacken sei in der Verhandlung vom 18. Januar 1958 gerügt worden. Diese Rüge löse auf jeden Fall ein Minderungsrecht aus, falls die Klägerin ihrem Nachbesserungsversprechen nicht in genügender Form nachgekommen sei. Dagegen erhebt die Revision keine Angriffe.

Ferner ist das Berufungsgericht der Auffassung, die Beklagte habe die erste Partie bei der Klägerin zunächst mündlich vor dem 28. März 1958 gerügt. Eine frühere Rüge sei der Beklagten unter Berücksichtigung dessen, daß die Untersuchung der Ware nach übereinstimmendem Parteivortrag erst in Bangkok vorgenommen werden sollte, nicht möglich gewesen. Dies ergebe sich auch aus der Tatsache, daß die Rüge für die Hacken mit der Engel-Marke einen annähernd gleichlangen Zeitraum in Anspruch genommen habe und diese Rüge auch von der Klägerin nicht als verspätet bezeichnet worden sei (BU S.17). Die Klägerin ist, worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, in ihrem Schreiben an die Beklagte vom 7. Mai 1958 auf die Bemänglung der ersten Partie Krokodil-Hacken eingegangen. Dort heißt es, sie habe der Beklagten ihre volle Unterstützung zugesagt und sich verpflichtet, die bei der ersten Partie gerügten Mängel zu beseitigen. Das Berufungsgericht hält danach die Aussage des Zeugen Se [REDACTED] für glaubhaft, die Reklamation der Lieferung von 200 dtzd Hacken mit der Engel-Marke sei auf die erste Partie Krokodil-Hacken ausgedehnt worden, die aus dem gleichen Material mit dem gleichen Arbeitsvorgang wie die zunächst beanstandete Lieferung von 200 dtzd Engel-Hacken stammte. Weiter verwertet das Berufungsgericht die Schreiben der Beklagten vom 19. Mai, 9. und 18. Juni 1958, die ebenfalls Reklamationen der ersten Partie Krokodil-Hacken enthielten, und das eigene Verhalten der Klägerin, die sich auf Verhandlungen über eine mangelhafte Ausführung des Auftrages und dabei auch auf Beanstandungen der ersten Partie eingelassen habe (BU S.14).

Die Revision macht geltend, die Rechtzeitigkeit der Rüge sei unzureichend festgestellt. Die Beklagte hätte dazu vortragen müssen, wann die Ware in Bangkok angekom-

men und weshalb nicht sofort gerügt worden sei. Auch mit dieser Bemängelung kann die Revision keinen Erfolg haben.

Es trifft zwar zu, daß das Berufungsurteil keine Feststellung darüber enthält, wann die erste Partie Krokodil-Hacken, die von der Klägerin am 24. Januar 1958 abgesandt wurde, in Bangkok angekommen ist. Wie das Berufungsgericht annimmt, ist diese Partie in einem Ferngespräch gerügt worden, das am 24. März 1958 zwischen der Beklagten und der Klägerin geführt worden ist. Daß die Beklagte dabei die ihr mitgeteilten Bemängelungen ihres Abnehmers weitergegeben hat, stellt das Berufungsgericht auf Grund der Aussagen des Zeugen Se [REDACTED] fest. Wenn es in dem Sachvortrag der Parteien keinen Anhaltspunkt dafür gefunden hat, daß der Abnehmer der Beklagten die Partie nicht unverzüglich gerügt habe, so ist das unter den von dem Berufungsgericht gewürdigten Umständen rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision geht bei ihrem Vortrag, den sie in der mündlichen Verhandlung näher erläutert hat, davon aus, daß die erste Partie nicht schon mündlich am 24. März 1958, sondern erstmalig erst im Mai 1958 gerügt worden sei. Das ist jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht der Fall.

Sind somit die Angriffe der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagten sei eine frühere Rüge nicht möglich gewesen, sie habe vielmehr unverzüglich gerügt, nicht begründet, so kann dahingestellt bleiben, ob sich die Klägerin in dieser Hinsicht auch entgegenhalten lassen muß, daß sie sich auf Verhandlungen über die Beanstandungen der ersten Partie eingelassen hat. Unerheblich ist auch in diesem Zusammenhang, ob Seeler sich dem Vertreter M [REDACTED] gegenüber dahin geäußert hat, die Beklagte habe Schwierigkeiten mit der englischen Firma Ch [REDACTED] T [REDACTED] Co.

5. Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß die erste Partie minderwertig war, und deshalb eine Ermäßigung des Kaufpreises um den geltend gemachten Minderungsbetrag für gerechtfertigt, der 16 % der vereinbarten Vergütung entspreche. Das Berufungsgericht stützt sich hierbei auf Feststellungen im Gutachten des Sachverständigen Wolff vom 10. Oktober 1960, dem 5 Hacken aus der ersten Partie vorgelegen haben, und Aussagen der Zeugen Du■■■■, Se■■■■ und Mo■■■■, der damals bei der Firma Ho■■■■-S■■■■-Tr■■■■ Co. in B■■■■ beschäftigt war und auch über Stichproben aus der ersten Partie berichtet hat. Diese Aussagen ständen in Übereinstimmung zu den Feststellungen des Sachverständigen und insbesondere auch zu der Mängelaufzählung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 7. Mai 1958 (BU S.20/21).

Die Revision greift die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe des von der Beklagten für die erste Partie abgezogenen Betrages vergeblich an.

Rechtlich ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine genaue Ermittlung der Stückzahl der fehlerhaften Hacken nicht für erforderlich gehalten hat. Denn es durfte schon auf Grund der Zeugenbekundungen in Verbindung mit dem Gutachten des Sachverständigen W■■■■ zu der Feststellung gelangen, daß die Hacken der ersten Partie zu einem erheblichen Teil Mängel aufwiesen, die zugleich auch einen Minderwert der ganzen Partie herbeiführten. Die Beklagte war unter den hier vorliegenden Umständen nicht verpflichtet, eine Sortierung der ersten Partie vornehmen zu lassen, um auf diesem Wege den Umfang der Mängel genau festzustellen. Das Berufungsgericht durfte vielmehr aus den Zeugenaussagen und dem Sachverständigengutachten Schlüsse auf ein durchschnitt-

liches Ausmaß vorhandener Mängel bei dieser Partie gemäß § 286 ZPO ziehen. Zur Feststellung des sich daraus ergebenden Minderwerts der gesamten Partie dürfte es eine Schätzung nach § 287 ZPO vornehmen. Es kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob die Beklagte zur Kürzung des Kaufpreises für die erste Partie unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes berechtigt ist, weil die Klägerin die erste Partie der Hacken nicht mustergetreu geliefert hatte, so daß ihnen zugesicherte Eigenschaften fehlten (§§ 494, 480 Abs.2 BGB). Hierauf deutet hin, daß die Beklagte zur Begründung ihrer Weigerung, den vollen Kaufpreis zu zahlen, ausdrücklich geltend gemacht hat, die Klägerin müsse sie wegen der von den Abnehmern der Beklagten vorgenommenen Abzüge schadlos halten (Schriftsatz vom 3. Dezember 1958 S.5). Bei dieser rechtlichen Würdigung ist die Vorschrift des § 287 Abs.1 ZPO unmittelbar anwendbar.

Nichts anderes gilt entgegen der Ansicht der Revision aber auch dann, wenn die Beklagte zu dem Abzug der 6435 DM im Wege der Minderung des Kaufpreises berechtigt gewesen ist, wie das Berufungsgericht offenbar angenommen hat. In diesem Falle greift die Vorschrift des § 287 Abs.2 ZPO ein, deren Voraussetzungen hier nach der Sachlage gegeben sind und die nach Sinn und Wortlaut der Bestimmung nicht nur auf Schadensersatzansprüche, sondern auch auf Ansprüche anderer Art anzuwenden ist (vgl. RGZ 137,83,88; BGH Urt. v. 14. November 1955 - II ZR 129/54 -).

Die Klägerin hatte bemängelt, daß die Beklagte oder ihr Abnehmer es unterlassen habe, einen sogenannten Survey Report einzuholen, wie dies einer allgemeinen Übung bei der Ankunft von Waren an dem asiatischen

Bestimmungsort entspräche. Das Fehlen eines Survey Reports lege den Schluß nahe, daß die Reklamation nicht auf Mängeln der Ware, sondern anderen Schwierigkeiten beruhten. Es sei auch ein Anzeichen dafür, daß irgendwelche zu Lasten der Klägerin gehende Mängel in Bangkok nicht festgestellt werden konnten. Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte den behaupteten Handelsbrauch, den die Klägerin unter Beweis gestellt hatte, feststellen müssen. Das ist nicht richtig. Da das Berufungsgericht die Mangelhaftigkeit der Ware festgestellt hat, brauchte es keinen der Beklagten nachteiligen Schluß daraus zu ziehen, daß ein Survey Report über die Beschaffenheit der Partie nicht beigebracht worden ist. Die Klägerin hat nicht behauptet, daß nach Handelsbrauch die Geltendmachung von Mängelansprüchen von einer vorherigen Feststellung der Mängel im Wege eines sogenannten Survey Reports abhängig sei. Die Rüge, das Berufungsgericht habe insoweit § 286 ZPO und § 346 HGB verletzt, ist daher unbegründet.

Die Klägerin hatte im Schriftsatz vom 5. Februar 1962 S.17 vorgetragen, bei der Besichtigung der ersten Partie am 18. Januar 1958 sei auch die Härte der Hacken untersucht worden und zwar mit einem sogenannten Well-Test-Härte-Prüfer. Die Revision weist darauf hin, hierfür sei schon im Schriftsatz vom 7. Dezember 1960 Tra[REDACTED] als Zeuge benannt worden. Die Nichterhebung dieses Beweises ist kein Verfahrensfehler. Denn da sich nach diesem Vorbringen die Prüfung der Hacken nur auf mehrere wahllos aus der Lieferung herausgegriffene Stücke bezogen hat, so kann durch das Ergebnis dieser Prüfung nicht auch die Feststellung des Berufungsgerichts entkräftet werden, daß die gelieferten Hacken nicht

sämtlich den an sie hinsichtlich der Härte zu stellenden Anforderungen genügt hätten und daher auch inso- weit mangelhaft gewesen seien.

Die Beklagte hat ferner in dem Schriftsatz vom 5. Februar 1962 S.18 geltend gemacht, sie habe Hacken aus der gleichen Produktion, aus der die Lieferungen an die Beklagte stammten, auch an andere von ihr be- nannte Abnehmer von S██-Hacken geliefert, ohne daß Beanstandungen erhoben worden seien. Hierfür hat sich die Klägerin auf einzuholende Auskünfte der Firmen be- zogen.

Die Revision rügt vergeblich, daß diese Auskünfte nicht eingeholt worden sind. Abgesehen davon, daß in der Bezugnahme auf bloße Auskünfte der benannten Firmen kein zulässiges Beweisangebot zu sehen ist, kommt es auf diese Behauptungen schon deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß sich auf die Fest- stellung der Beschaffenheit der an die Beklagte gelie- ferten Hacken beschränkt hat. Da es hierbei auch auf den Vergleich mit der dem Auftrag zugrunde gelegten Musterhacke ankam und nach den getöffenen Feststellun- gen die Produktion nicht gleichmäßig ausgefallen war, durfte das Berufungsgericht es für unerheblich erach- ten, ob die an die benannten Firmen gelieferten Hacken ebenfalls minderwertig waren. Außerdem hat die Kläge- rin keinen Beweis dafür angetreten, daß die an diese Firmen gelieferten Hacken - abgesehen von dem Walzver- fahren - in derselben Weise hergestellt worden waren wie die Krokodil-Hacken für die Beklagte.

Sämtliche Rügen der Revision hinsichtlich der ersten Partie sind hiernach unbegründet.

II. Die zweite Partie ist unstreitig nicht abgenommen worden. Insoweit hatte die Klägerin jedoch bestritten, daß die Ware ordnungsgemäß gerügt worden sei. Die Revision führt aus, die Rechtzeitigkeit der Rüge hätte anders dargetan und belegt werden müssen.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Restpartie am 29. Mai 1958 gelegentlich einer Besprechung zwischen der Klägerin und Vertretern der Beklagten sowie der Firma Ho[REDACTED]-S[REDACTED]-Tr[REDACTED] Co., also der Abnehmerin der Beklagten, bemängelt worden sei. Damals sei festgestellt worden, daß diese Partie zwar besser ausgefallen sei als die erste, daß aber auch die zweite Partie nicht dem Muster entsprochen, sondern qualitätmäßig nur zwischen der deutschen Durchschnittsware und dem "Ch[REDACTED]-Muster" gelegen habe. Daher sei beschlossen worden, zunächst lediglich zwei Kisten der restlichen Hacken nach Bangkok zu versenden, um auf diese Weise das weitere Verhalten des Abnehmers der Beklagten zu ermitteln. Am 3. Juni 1958 habe die Beklagte das wesentliche Ergebnis der Besichtigung nochmals schriftlich zusammengefaßt und hierbei insbesondere ausgeführt, daß die ausdrückliche Garantie der Klägerin, jede Hacke entspreche nach Verarbeitung und Aussehen 100%ig dem Ausfallmuster, nicht zutreffend gewesen sei. Nach weiterer Würdigung über den Ablauf der Angelegenheit, wonach die Beklagte auf Grund der bereits ausgesprochenen Mängelrügen noch vor Ablieferung der Ware für die zweite Partie einen Nachlaß von 4312 DM verlangt hatte, kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, es habe bereits vor Ablieferung dieser Partie zwischen den Parteien darüber Klarheit geherrscht, daß die Beklagte sie nicht als ordnungsmäßige Vertragserfüllung anerkenne und daher Abzüge wegen Minderwerts

vornehmen werde. Das Berufungsgericht hält es nicht für erforderlich, näher zu untersuchen, welcher Art von Mängeln bei der Besichtigung im einzelnen zur Sprache gekommen sind. Denn ein erheblicher Teil der Beanstandungen sei der Klägerin bereits aus den früheren mit der Beklagten geführten Verhandlungen, welche die Mängel der vorausgegangenen Lieferungen betrafen, bekannt gewesen. Im übrigen sei ihr auch bei den Besichtigungen vom 28. und 29. Mai 1958 mangelnde Mustertreue der Hacken vorgehalten worden. Diese Bemängelung habe sowohl die Eigenschaften des verwendeten Materials als auch die Ausführung und das Aussehen der Hacken umfaßt. Die erwiesenen Mängel bezögen sich ersichtlich hierauf.

Nach diesen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Klägerin darüber im Unklaren gelassen worden sei, welche Mängel der Restpartie beanstandet wurden. Die Revision hat demgegenüber nicht aufzuzeigen vermocht, daß das Berufungsgericht den Minderwert der zweiten Partie aus Mängeln hergeleitet habe, die der Klägerin gegenüber nicht schon vor Absendung der Ware zur Sprache gebracht und daher von ihr gerügt worden waren. Unter diesen Umständen brauchte die Beklagte die gelieferte Ware nicht auch noch nach der Ablieferung unter Angabe von Einzelheiten der Beanstandungen unverzüglich/^{zu}rügen. Denn es ist nicht behauptet worden, daß diese Ware noch nach der Besichtigung von Ende Mai 1958 von der Klägerin nachgebessert worden sei.

Auch in diesem Zusammenhang ist es unerheblich, daß in Bangkok kein Survey Report eingeholt worden ist. Insoweit und wegen der weiteren Bedenken der Revision hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Ware gilt dasselbe, was in Bezug auf die erste Partie gesagt ist.

Die Feststellung der dem geschätzten Minderwert zugrunde gelegten Mängel ist auch aus sonstigen Gründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat sich dabei nicht, wie die Revision rügt, in unzulässiger Weise über das Gutachten des Sachverständigen Wolff vom 10. Oktober 1960 hinweggesetzt. Allerdings hat der Sachverständige, wie das Berufungsgericht nicht übersehen hat, sich dahin geäußert, die von ihm untersuchten Hacken der Restpartie ließen trotz geringer Abweichungen vom Muster eine Reklamation nicht gerechtfertigt erscheinen. Das Landgericht hatte jedoch über die Beschaffenheit der zweiten Partie weiteren Beweis erhoben und darüber auch den Kaufmann Mo[REDACTED] als Zeugen vernommen, der nach seiner Aussage vom 15. März 1961 in Bangkok Leiter der Werkzeugabteilung bei der Ho[REDACTED]-S[REDACTED]-Tr[REDACTED] Co. war, als die zweite Partie der Hacken dort eintraf. Auch Dudek und der ebenfalls als Zeuge vernommene Direktor der Ho[REDACTED]-S[REDACTED]-Tr[REDACTED] Co. Companjen haben die Hacken in Bangkok besichtigt und geschildert, welche Mängel die Restpartie aufgewiesen hat. Auf Grund dieser Zeugenaussagen hat das Berufungsgericht hinsichtlich dieser Partie die Mangelhaftigkeit in Anwendung des § 286 ZPO festgestellt und die Höhe des "Minderwerts" gemäß § 287 ZPO geschützt. Daß es hierfür nicht sachkundig gewesen sei, wie die Revision meint, ist nicht ersichtlich. Daß die Restpartie besser ausgefallen ist als die erste Partie, ist von dem Berufungsgericht berücksichtigt worden, denn es hat bei der Restpartie nur einen Abzug von etwa 11 % der vereinbarten Vergütung anerkannt.

Die Revision wendet sich insoweit auch vergeblich gegen einzelne Ausführungen im Berufungsurteil.

Wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist (BU S.23),, die zweite Partie habe nicht dem Muster entsprochen, sondern qualitätsmäßig nur zwischen der deutschen Durchschnittsware und dem Ch[REDACTED]-Muster gelegen, so ist darin kein Rechtsfehler zu sehen. Denn die Klägerin hatte selbst in ihrem Schreiben vom 30. Mai 1958 an die Beklagte erwähnt, man sei abschließend zu der Meinung gelangt, daß die damals bei ihr noch lagernden Hacken qualitätsmäßig zwischen der deutschen Durchschnittsware und der Ch[REDACTED]-Ware liege. Die dem Vertrag zugrunde gelegte Musterhacke sollte aber der Ch[REDACTED]-Hacke entsprechen. Deshalb durfte das Berufungsgericht nach dem Sachvortrag der Parteien davon ausgehen, daß das Muster eine bessere Qualität aufwies als die Durchschnittsware. Die Behauptung der Revision, es sei das Gegenteil richtig, findet in dem Vorbringen der Klägerin in den Tatsachenrechtszügen keine Stütze. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge aus § 139 ZPO ist unbegründet, weil zu der von der Revision vermißten Frage nach Lage der Sache kein Anlaß gegeben war.

Schließlich beanstandet die Revision jedenfalls im Ergebnis zu Unrecht, es fehle an einer Minderungsabrechnung, wie sie § 472 BGB verlange. Wenn das Berufungsgericht, wie die Revision meint, der Berechnung der "Minderungsbeträge" den Ausfall zu Grunde gelegt hat, den die Beklagte erlitten habe, und damit einen der Beklagten entstandenen Schaden zuerkannt hat, so ist das für die getroffene Entscheidung rechtlich ohne Bedeutung. Denn die Beklagte stützt ihre Ersatzansprüche darauf, daß nicht nach Muster geliefert sei. Die Eigenschaften des Musters sind nach § 494 BGB als zugesichert anzusehen. Infolgedessen kann die Beklagte

nach § 480 Abs.2 BGB statt der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die ihr zuerkannten Minderungsbeträge sind ihr jedenfalls unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zuzubilligen.

III. Da das Berufungsurteil den Angriffen der Revision standhält, mußte das Rechtsmittel der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen werden. Sie hat die Kosten des Revisionsverfahrens nach § 97 ZPO zu tragen.

Dr.Gelhaar Artl Dr.Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner