

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 479

Zwar kann der Käufer auch bei rechtzeitiger Mängelanzeige mit verjährten Schadensersatzansprüchen nur gegen den Kaufpreisanspruch aus demselben Kaufgeschäft aufrechnen (BGHZ 88, 130; BGH WM 1981, 169); ist eine Mehrheit von Sachen geliefert, so ist er aber nicht darauf beschränkt, nur gegen denjenigen Kaufpreisteil aufrechnen zu können, der sich auf die beanstandete Ware bezieht.

BGB § 494

Zur Frage, wann bei einem Kauf nach Probe die Maßgeblichkeit der Probe auf einzelne Eigenschaften beschränkt sein kann.

BGH, Urt. v. 7. Oktober 1987 - VIII ZR 255/86 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

55

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 255/86

URTEIL

Verkündet am:
7. Oktober 1987
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Willy A [REDACTED], O [REDACTED]-H [REDACTED]-Straße [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Sch [REDACTED], L [REDACTED] GmbH & Co., vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin E [REDACTED] V [REDACTED] GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführer Ernst-Otto E [REDACTED],
Bernd-Otto E [REDACTED] und Hans-Dieter E [REDACTED], La [REDACTED] Weg [REDACTED],
M [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

WI

55

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1987 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. Juni 1986 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin handelt mit ungeschärten Garnen. Die Beklagte betreibt eine Kettwirkerei. Sie lässt Garne zunächst schären und verarbeitet sie sodann zu textiler Meterware, die sie anschließend durch Waschen, Färben und Appretieren ausrüsten lässt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 15. April 1982 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 550 kg - die Menge wurde kurz darauf auf 1.633,4 kg erhöht - Garn der Bezeichnung "Polyester texturiert set DTEX 167 F 326 matt" der Qualität I a. Das Garn wurde am 19. April 1982 an den Lohnschärer Re [REDACTED] ausgeliefert. An demselben Tage bestellte die Beklagte bei der Klägerin weitere 1.600 kg Garn derselben Art, das am 21. April 1982 an Re [REDACTED] ausgeliefert wurde. Noch am 21. April 1982 orderte die Beklagte weitere 26 to Garn und im Mai 1982 10 to. Die letzteren beiden Posten, um die die Parteien streiten, lieferte die Klägerin auf Weisung der Beklagten zwischen dem 22. April und dem 15. Juni 1982 in mehreren Partien zum größten Teil an den Schärer Re [REDACTED], im übrigen an den Schärer Ha [REDACTED] aus. Nach der Bearbeitung des Garns in den Schärbetrieben und dem Wirken im Betrieb der Beklagten übergab diese das Wirkgut ab dem 1. Juni 1982 in mehreren Partien der Firma Li [REDACTED] zum Ausrüsten. Dieser Bearbeitungsvorgang dauert etwa 3 1/2 Wochen. Am 28. Juni 1982 teilte die Firma Li [REDACTED] der Beklagten mit, die Ware weise Farbstreifigkeiten auf. Hiervon unterrichtete die Beklagte am selben Tage die Klägerin. Der bei der Klägerin beschäftigte Zeuge Vö [REDACTED] sowie der Inhaber der Beklagten mit seinem Sohn besichtigten die Ware am darauffolgenden Tage bei der Firma Li [REDACTED]. Sie waren sich einig, daß das Endprodukt wegen Farbstreifigkeit mangelhaft sei; über die Ursache des Mangels bestand keine Einigkeit. Die Arbeiten der Firma Li [REDACTED] ließ die Beklagte stoppen. Sie war nicht in der Lage, ihren im Dezember 1981 mit der norwegischen Firma Hu [REDACTED] Tr [REDACTED] A/S geschlossenen Vertrag über die Lieferung von 150.000 m Wirkware innerhalb der ihr gesetzten Frist zu erfüllen.

Mit Fernschreiben vom 8. Juli 1982 forderte die Klägerin die Beklagte unter Hinweis auf ihre Verkaufs- und Lieferbedingungen auf, die zwischen dem 3. und 15. Juni 1982 in Rechnung gestellten Lieferungen bis spätestens zum 12. Juli 1982 zu bezahlen. Dabei wies sie darauf hin, daß die Reklamationsursache noch ungeklärt sei, nahm Bezug auf eine Absprache der Parteien, Belegmaterial an eine Textilfachhochschule zur Begutachtung einzusenden, und erklärte, sie wolle die Reklamation mit der Beklagten besprechen, sobald der Untersuchungsbericht vorliege. Die Beklagte bezahlte nicht.

Gegenüber der Klage, mit der die Klägerin unter Berücksichtigung von Gutschriften eine Kaufpreisforderung von 106.471,63 DM geltend macht, hat sich die Beklagte darauf berufen, die Farbstreifigkeiten beruhten darauf, daß die von der Klägerin gelieferten Garne statt der vereinbarten Qualität I a nur zweiter Qualität entsprochen hätten. Mit den daraus abgeleiteten Schadensersatzansprüchen hat sie gegenüber der Klageforderung aufgerechnet und widerklagend Zahlung von zuletzt noch 128.495,12 DM verlangt; hilfsweise erhebt sie die Wandelungseinrede. Die Klägerin hat behauptet, ausschließlich Garn der Qualität I a geliefert zu haben; sie ist der Meinung, jedenfalls habe die Beklagte die angeblichen Mängel nicht rechtzeitig gerügt, und beruft sich weiter auf Verjährung etwaiger Ansprüche der Beklagten.

Das Landgericht hat die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 14.996,02 DM verurteilt und die Klage sowie die weitergehende Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten der Klage in voller Höhe stattgegeben

und die Widerklage insgesamt abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hat der erkennende Senat nur insoweit angenommen, als das Berufungsgericht die Klageforderung zugesprochen hat; soweit die Widerklage abgewiesen worden ist, hat er die Annahme abgelehnt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gemäß § 463 BGB bestehe nicht, weil die Klägerin nicht zugesichert habe, daß das Garn zur Stückfärbung geeignet sei. In der Bezeichnung des Garnes als zur Qualitätsstufe I a gehörend liege keine Eigenschaftszusicherung. Zwar verstehe es sich nach den Ausführungen des vom Gericht gehörten Sachverständigen von selbst, daß Garne der Qualität I a zur Stückfärbung geeignet sein müßten. Daraus folge aber nur, daß bei Fehlen dieser Eigenschaft das Garn mangelhaft sei, nicht dagegen, daß die Angabe der Qualitätsstufe zugleich eine Zusicherung des Vorhandenseins dieser Eigenschaft bedeute. Eine Zusicherung ergebe sich auch nicht daraus, daß die Beklagte die zuerst gelieferten beiden Mengen von jeweils etwa 1.600 kg bestellt habe, um die Geeignetheit des Garns für ihre Zwecke zu erproben. Denn bei einem Kauf nach Probe gemäß § 494 BGB könnten die Eigenschaften der Probe nur dann als zugesichert gelten, wenn der Käufer das Vorhandensein der Eigenschaft, wegen deren Fehlens er Schadensersatzansprüche geltend

machte, an der Probe überprüft habe oder zumindest habe überprüfen können. Beides sei hier nicht der Fall gewesen.

Auch ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung stehe der Beklagten nicht zu. Er komme nur insoweit in Betracht, als die Klägerin der Beklagten teilweise Garn in Kartons mit der Aufschrift "Qualität II a" geliefert habe. Hinsichtlich dieser Garne habe die Beklagte etwaige Ansprüche verloren, weil sie die nach § 377 HGB erforderliche unverzügliche Mängelanzeige nicht bewiesen habe.

Die Beklagte könne der Klagforderung auch nicht gemäß § 478 BGB ein Recht zur Wandelung entgegenhalten. Hinsichtlich des an den Zeugen Re. [REDACTED] ausgelieferten Garns ergebe sich dies aus der Vorschrift des § 377 HGB. Soweit der Schärer Ha. [REDACTED] Garn erhalten habe, sei von der Beklagten nicht bewiesen worden, daß die aufgetretene Farbstreifigkeit auf einer mangelhaften Beschaffenheit dieses Garns beruhe.

Die später als sechs Monate nach der letzten Teillieferung am 15. Juni 1982 bei Gericht eingereichte Widerklage müsse schon deshalb erfolglos bleiben, weil die Ansprüche der Beklagten verjährt seien (§ 477 BGB). Eine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährungsfrist sei nicht erfolgt. Die Abrede der Parteien, ein Gutachten über die Ursache der Farbstreifigkeiten einzuholen, könne nicht als Schiedsgutachtenvertrag gewertet werden. Hierin liege auch kein Stillhalteabkommen (pactum de non petendo) mit der Folge, daß der Lauf der Verjährungsfrist gemäß § 202 Abs. 1 BGB gehemmt sei.

II. Wegen der nur teilweisen Annahme der Revision ist allein noch über die Berechtigung der Klageforderung zu entscheiden. Insoweit halten die Ausführungen des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand.

1. Die Beklagte kann der nach Entstehung und Höhe nunmehr unstreitigen Klageforderung die von ihr geltend gemachten eigenen Ansprüche entgegenhalten, obwohl diese verjährt sind.

a) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, etwaige Ansprüche der Beklagten auf Wandelung der Kaufverträge (§ 462 BGB) oder auf Schadensersatz (gemäß §§ 463, 480 BGB oder aus positiver Vertragsverletzung) seien verjährt. Die Revision wendet demgegenüber lediglich ein, bis zu der von den Parteien vereinbarten Einholung des Gutachtens hätte einer Leistungsklage der Beklagten der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengestanden, weil sich aus der getroffenen Vereinbarung der Wille der Parteien ergebe, daß die Klägerin zur vorübergehenden Verweigerung der Schadensersatzansprüche berechtigt sein solle. Das Berufungsgericht ist indessen zutreffend davon ausgegangen, daß ein Stillhalteabkommen als Fall des § 202 Abs. 1 BGB den vertraglichen Parteiwillen voraussetzt, für den Schuldner - hier die Klägerin - zumindest vorübergehend ein Leistungsverweigerungsrecht zu begründen (Senatsurteil vom 21. Februar 1983 - VIII ZR 4/82 = WM 1983, 533 unter II 3 b). Die Feststellung eines derartigen - von der Beklagten nachzuweisenden - Willens

unterliegt der tatrichterlichen Beurteilung. Das Berufungsgericht hat aus der im Fernschreiben der Klägerin vom 8. Juli 1982 bestätigten Vereinbarung über die Einholung eines Gutachtens einen solchen Willen nicht entnehmen können. Dem setzt die Beklagte nur in revisionsrechtlich unbeachtlicher Weise ihre abweichende Würdigung dieser Individualabrede entgegen, ohne einen Verstoß des Berufungsgerichts gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften aufzeigen zu können.

b) Gleichwohl eröffnet die Vorschrift des § 478 BGB - wie das Berufungsgericht ebenfalls richtig gesehen hat - der Beklagten die Möglichkeit, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als sie aufgrund der Wandelung dazu berechtigt sein würde. Denn sie hat den Mangel der Klägerin in unverjährter Zeit angezeigt. Dies macht allerdings eine Prüfung der Schadensersatzansprüche aus § 463 BGB und positiver Vertragsverletzung nicht entbehrlich. Die Beklagte be- ruft sich nämlich gegenüber dem Kaufpreisanspruch für die Lieferung von 26 to (Vertrag vom 21. April 1982) und 10 to Garn (Vertrag vom Mai 1982) auf Mängel nur hinsichtlich eines - aus beiden Verträgen stammenden - Teils von 8.393,50 kg Garn. Nach der Regel des § 469 Satz 1 BGB - die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift des § 469 Satz 2 BGB sind von dem Berufungsgericht nicht festgestellt und werden von der Beklagten auch nicht einmal behauptet - könnte sie die Wandelungseinrede daher auch nur berechtigen, einen dem mangelhaften Anteil der Garne entsprechenden Teil des Kaufpreises zurückzuhalten. Demgegenüber ist die Beklagte gemäß

den §§ 390 Satz 2, 479 Satz 1 BGB befugt, mit Schadensersatzansprüchen - ihr Bestehen vorausgesetzt - gegenüber dem ganzen Kaufpreisanspruch aus den beiden Verträgen vom 21. April und vom Mai 1982 aufzurechnen, soweit die Höhe ihrer Ansprüche die Forderungen der Klägerin erreicht. Nach der Rechtsprechung des Senats kann zwar ein Käufer mit verjährten Schadensersatzansprüchen grundsätzlich nur gegen den Kaufpreisanspruch aus demselben Geschäft aufrechnen (BGHZ 88, 130, 143; Urteil vom 26. November 1980 - VIII ZR 261/79 = WM 1981, 169 unter II 2 d; zu einem Ausnahmefall vgl. Senatsurteil vom 22. Februar 1961 - VIII ZR 176/59 = NJW 1961, 1254 unter III 2). Diese Beschränkung geht jedoch nicht so weit, daß der Käufer auch nach § 479 BGB nur gegen denjenigen Kaufpreisteil aus demselben Kaufvertrag aufrechnen dürfte, der sich auf die beanstandete Ware bezieht. Dies ließe sich weder dem Wortlaut des § 478 Abs. 1 Satz 1 BGB, auf den die Vorschrift des § 479 Satz 1 BGB verweist, entnehmen noch mit Entstehungsgeschichte und Zweck dieser Bestimmungen (dazu RGZ 56, 166, 171 ff.) vereinbaren; denn § 479 BGB will verhindern, daß der Verkäufer seine Forderung verwirklicht, ohne seine Schuld aus demselben Vertrag zu bezahlen (z.B. Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 3. Aufl., S. 122).

2. Hinsichtlich der an den Zeugen Re[REDACTED] ausgelieferten Garne meint das Berufungsgericht, die Beklagte habe wegen einer Verletzung ihrer Rügepflicht gemäß § 377 HGB das Recht zur Wandelung und Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung verloren. Gegen diese Auffassung, die auch auf einen Schadensersatzanspruch wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften Auswirkungen hätte (BGHZ 93, 338, 344), wendet sich die Revision zu Recht.

a) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Aussage des Zeugen Re[REDACTED] lasse sich nicht entnehmen, daß er die Klägerin unverzüglich auf die Beschriftung eines Teils der ihm gelieferten Kartons ("Qualität II" bzw. "Kvalita II a") hingewiesen habe. Zu dieser Würdigung hätte das Berufungsgericht nur nach erneuter Vernehmung des allein im ersten Rechtszug gehörten Zeugen Re[REDACTED] gelangen dürfen (§ 398 ZPO). Zwar trifft es zu, daß eine Bekundung des Zeugen Re[REDACTED] über den Zeitpunkt seines Gesprächs mit dem Zeugen Vö[REDACTED], in dem er diesen auf die Beschriftung von etwa 210 Kartons hingewiesen haben will, nicht protokolliert ist. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muß das Berufungsgericht einen in erster Instanz vernommenen Zeugen aber nicht nur dann erneut hören, wenn es seine Glaubwürdigkeit anders als der Erstrichter beurteilen will, sondern auch dann, wenn es die protokollierte Aussage eines Zeugen anders verstehen will als der Richter der Vorinstanz (BGH, Urteil vom 14. Oktober 1981 - IVa ZR 152/80 = NJW 1982, 1052 unter II m.Nachw.). Nicht anders ist es, wenn ein bestimmter Umstand sich nicht ausdrücklich aus dem Vernehmungsprotokoll ergibt, der Erstrichter aber offenbar davon ausgeht, daß der Zeuge hierüber Bekundungen gemacht hat. Auch hier gilt, daß Vorhalte und Rückfragen des vernehmenden Richters und die Antworten und Reaktionen des Zeugen hierauf erfahrungsgemäß nicht immer in die Niederschrift aufgenommen werden und so dem Berufungsgericht verborgen bleiben können, das deshalb die Aussagekraft der Bekundung nur begrenzt würdigen kann (BGH, Urteil vom 7. Juli 1981 - VI ZR 48/80 = NJW 1982, 108 unter II 1 a m.Nachw.). Das Landgericht hatte die Aussage des Zeugen

Re [REDACTED] offensichtlich so verstanden, daß die Rüge rechtzeitig erfolgt sei. Denn es begründet seine Auffassung, daß die Klägerin sich nicht auf eine v e r s p ä t e t e Mängelrüge berufen könne, gerade mit den Bekundungen dieses Zeugen.

Was das Berufungsgericht im übrigen gegen die Aussage des Zeugen Re [REDACTED] anführt, machte dessen nochmalige Vernehmung nicht entbehrlich. Der Zeuge Vö [REDACTED] hatte zwar ein Gespräch mit Re [REDACTED] in Abrede gestellt; ihm aber hatte das Landgericht nicht Glauben schenken wollen. Die Aussage des Zeugen Au [REDACTED] hat das Landgericht in diesem Zusammenhang zwar nicht erwähnt, sich durch sie im Ergebnis aber ebenfalls nicht davon abhalten lassen, dem Zeugen Re [REDACTED] zu folgen. Im übrigen verwertet das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Au [REDACTED] unvollständig: Er hatte nicht nur bekundet, Re [REDACTED] habe Kartons mit der Aufschrift "Qualität II a" (erst) beim Aufräumen seines Lagers gefunden, sondern auch ausgesagt, Re [REDACTED] habe ihm erklärt, er habe sich wegen dieser Bezeichnung bei der Klägerin erkundigt; die Aussagen beider Zeugen widersprachen sich daher nicht. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts auf den eigenen Vortrag der Beklagten in der Klageerwiderung ist in diesem Zusammenhang unbehelflich. Dort hatte die Beklagte zwar behauptet, Re [REDACTED] habe sich "ohne Kenntnis dieser Besonderheit" (der Aufschrift "Kvalita II a") und wegen der schlechten Verarbeitbarkeit der Garne an Völlmar gewendet. Es spricht indessen nichts gegen die Annahme, daß sich die Beklagte - wovon auch das Landgericht ausgegangen sein muß - die Aussage Re [REDACTED] und - in der Berufungsinstanz - die erstinstanzliche Beweiswürdigung zu eigen gemacht hat.

b) Im übrigen weist die Revision zutreffend daraufhin, daß von einer - der Beklagten möglicherweise zuzurechnenden - Rügeversäumnis Re [REDACTED] unmittelbar nur die letzte gelieferte Partie Garn von etwa 4 to betroffen sein kann. Der Zeuge hatte nämlich ausdrücklich bekundet, auf der Verpackung der vorangegangenen Partien sei stets "erste Qualität" angegeben gewesen. Dafür, daß die Beklagte wegen der unterbliebenen Rüge der letzten Partie auch ihre Gewährleistungsrechte hinsichtlich der früheren Lieferungen an Re [REDACTED] verloren haben soll, läßt das Berufungsurteil eine Begründung vermissen.

3. Da somit weder der Ablauf der Verjährungsfrist noch - nach den bisherigen Feststellungen - eine Rügeversäumnis die Beklagte hindert, der Kaufpreisforderung ihre Schadensersatzansprüche und die Wandelungseinrede entgegenzuhalten, kommt es auf die Voraussetzungen dieser Rechte an.

a) Eine E i g e n s c h a f t s z u s i c h e r u n g im Sinne der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB hat das Berufungsgericht verneint.

aa) Dies hält den Angriffen der Revision stand, soweit das Berufungsgericht die Vorschrift des § 494 BGB nicht angewendet hat. Ob das Vorliegen einer Probe bei dem Vertragsabschluß eine Zusicherung bezüglich der Eigenschaften der Probe enthält, ist Auslegungsfrage (z.B. Münchener Kommentar-H.P. Westermann, BGB, § 494 Rdn. 4). Ob und welche Zusicherung abgegeben werden soll, entscheidet sich nach dem Zweck, der mit der Vorlegung der Probe und der Bezugnahme auf sie verfolgt wird (z.B. Palandt/Putzo, BGB, 46. Aufl., § 494

Anm. 2 b). So kann die Maßgeblichkeit des Musters und damit die Zusicherungshaftung auf einzelne Eigenschaften der Probe beschränkt werden (Münchener Kommentar-H.P. Westermann aaO Rdn. 6). Die Feststellung des Berufungsgerichts, wegen der kurzen Zeitspanne zwischen Probekauf und den beiden größeren Bestellungen sei beiden Parteien klar gewesen, daß ein Färbeversuch noch nicht durchgeführt werden konnte, greift die Revision nicht an. Wenn das Berufungsgericht hieraus den - naheliegenden - Schluß gezogen hat, die Bezugnahme auf die Probe habe nicht deren Färbereigenschaften umfaßt, so hielt sich diese Würdigung im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens bei der Auslegung der Parteivereinbarung.

Ohne Erfolg macht die Revision auch geltend, daß die Klägerin das probeweise gelieferte Garn unter der Qualitätsbezeichnung "I a" - mithin "zur Stückfärbung geeignet" - geliefert habe und daß die spätere Lieferung auch dieser Beschreibung der Probe habe entsprechen müssen. Auch insoweit gilt, daß eine Auslegung des Vertrages ergeben muß, welche Eigenschaften der Probe bei der Bestellung in Bezug genommen worden sind, und daß die Feststellung des Berufungsgerichts, dies sei nicht die gar nicht getestete Färbereigenschaft gewesen, Rechtsfehler nicht erkennen läßt.

bb) Bei der Frage, ob in der Bezeichnung der Qualitätsstufe "I a" die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 463 BGB zu sehen ist, geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die für die Annahme einer Zusicherung erforderliche Übernahme der Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft sowie das Einstehenwollen für alle Folgen des

Fehlens dieser Eigenschaft mit einer Warenbezeichnung, die in der Regel nur den Kaufgegenstand vertraglich festlegt, oder mit einer bloßen Bezugnahme auf industrielle Normen noch nicht verbunden sein muß (Senatsurteile vom 2. Juni 1980 - VIII ZR 78/79 = WM 1980, 1035 unter II 1 a und vom 25. Februar 1981 - VIII ZR 35/80 = WM 1981, 558 unter II 1 a, jeweils m.Nachw.). Es müssen besondere Umstände hinzukommen, die die Annahme rechtfertigen, der Verkäufer wolle für die Einhaltung dieser Normen auch ohne Verschulden eintreten. Die Kenntnis des Verkäufers von dem Verwendungszweck der Sache kann, muß aber nicht für eine stillschweigende Zusicherung sprechen (Senatsurteil vom 11. Januar 1974 - VIII ZR 137/73 = WM 1974, 1204 unter II 1 c aa m.Nachw.). Die Würdigung der hierfür maßgeblichen Umstände des Einzelfalles obliegt in erster Linie dem Tatrichter (Senatsurteil vom 2. Juni 1980 aaO).

α) Daß dem Berufungsgericht ein Rechtsfehler unterlaufen ist, wenn es allein aus der von der Klägerin eingeräumten Kenntnis, daß die Beklagte das Garn zum Wirken benötigte, die Übernahme einer Garantenhaftung nicht entnommen hat, vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Aus den von ihr bezeichneten Stellen in den Schriftsätzen der Parteien ergibt sich insbesondere nicht der Vortrag, die Beklagte habe gegenüber der Klägerin klargestellt, daß die Eignung der Garne zur Stückfärbung für sie von entscheidender Bedeutung sei.

β) Eine stillschweigende Zusicherung kann sich aber auch aus einem Handelsbrauch ergeben (Senatsurteil vom 16. Juni 1971 - VIII ZR 69/70 = WM 1971, 1121 unter III 1).

Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Fu[REDACTED] hat die Bezeichnung "Qualität I a" nach dem branchenüblichen Sprachgebrauch die Eignung der Garne zur Stückfärbung zum Inhalt; allgemein garantierten die Chemiefaserhersteller einen einwandfreien färberischen Ausfall ihrer "I a-Qualitäten" bei sachgerechter Behandlung während aller Fertigungsstufen. Ob diesen Ausführungen das Bestehen eines Handelsbrauchs zu entnehmen ist, hat das Berufungsgericht nicht geprüft und bedarf auch keiner abschließenden Entscheidung. Zweifel hieran könnten deshalb bestehen, weil der Sachverständige nach einem Handelsbrauch nicht befragt worden ist und unklar bleibt, ob ihm die Voraussetzungen einer Eigenschaftszusicherung, vor allem ihre Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung, hinlänglich bekannt waren. Jedenfalls aber rügt die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht nicht der entsprechenden Tatsachenbehauptung der Beklagten nachgegangen ist. Diese hatte unter Wiederholung des zitierten Teils des Sachverständigen-gutachtens vorgetragen:

"Diese Ausführungen des Sachverständigen sind eindeutig. Aus der Sicht des Käufers besteht die aufgrund Handelsbrauchs geschützte Erwartungshaltung.
B e w e i s : Sachverständigengutachten
Beim Verkauf von Garnen der Qualität I a ist die Eignung zur Stückfärbung zugesichert."

Dieser Vortrag läßt sich ungezwungen nicht anders als die unter Beweis gestellte Behauptung verstehen, es bestehe ein Handelsbrauch des Inhalts, daß bei der Annahme einer Bestellung von Garn der Qualität I a die Eignung zur Stückfärbung zugesichert sei. Angesichts der Ausführungen des Sachverständigen ist das Bestehen eines derartigen Handelsbrauchs auch nicht von vornherein so unwahrscheinlich, daß das Beweismittel als völlig untauglich bezeichnet werden müßte. Das

Berufungsgericht hätte das Beweisangebot daher nicht übergehen dürfen (§ 286 ZPO).

b) Soweit das Berufungsgericht das Bestehen einer **W a n d e l u n g s e i n r e d e** der Beklagten hinsichtlich der an Re[REDACTED] ausgelieferten Garne mit der Begründung verneint hat, die Mängelrüge sei verspätet gewesen, beanstandet die Revision dies zu Recht (dazu oben II 2). Eine abschließende Entscheidung hierüber ist dem Senat nicht möglich (§ 565 Abs. 3 ZPO). Zum einen hat das Berufungsgericht die Rechtzeitigkeit einer Mängelanzeige durch Re[REDACTED] zu klären. Zum anderen fehlt es bisher an Feststellungen darüber, ob das von der Klägerin gelieferte Material das Auftreten der Farbstreifigkeiten verursacht hat.

Keinen Rechtsfehler lassen demgegenüber die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dem an den Schärer Ha[REDACTED] ausgelieferten Garn erkennen. Gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht die keineswegs fernliegende Möglichkeit ausgeräumt, daß die Farbstreifigkeit auf unsachgemäßes Vorgehen beim Schären zurückzuführen sei, wendet sich die Revision nicht. Sie rügt allein, das Berufungsgericht habe die Frage zu klären unterlassen, ob die Klägerin auch an diesen Schärer Ware zweiter Qualität statt der vertragsgemäßen Qualitätsstufe I a geliefert habe. Damit kann sie keinen Erfolg haben. Es ist zwar richtig, daß die Beklagte unter Beweisantritt behauptet hatte, ihr sei II a-Qualität geliefert worden. Erörtert wurde dieser Umstand aber immer nur hinsichtlich zweier Auswirkungen dieser Minderqualität: der Verursachung von Farbstreifigkeiten, mit der sich das Berufungsgericht befaßt hat, und der schlechten Verarbeitbarkeit des Garns auf den Schärmaschinen infolge von Knoten

und ungleicher Stärke. Hinsichtlich dieser letzteren Eigenschaft hatte die Beklagte indessen mehrfach erklärt, sie wolle daraus in diesem Rechtsstreit keine Rechte herleiten. Andere negative Abweichungen der gelieferten Ware von der Qualität I a hat die Beklagte substantiiert nicht behauptet.

c) Auf einen Anspruch der Beklagten aus p o s i -
t i v e r V e r t r a g s v e r l e t z u n g kommt es im
jetzigen Verfahrensstadium nicht an. Die vom Berufungsgericht
gegebene Begründung trägt seine Ansicht, die Beklagte sei
dieses Anspruchs wegen Rügeversäumnis verlustig gegangen,
- wie ausgeführt (oben II 2) - nicht. Wenn eine aus einem
Handelsbrauch folgende stillschweigende Zusicherung nicht
festzustellen ist (dazu oben II 3 a bb β), einem auf eine
andere Grundlage gestützten Schadensersatzanspruch der Be-
klagten andererseits nicht deren Rügeversäumnis entgegen-
steht, so wird das Berufungsgericht Gelegenheit zur erneuten
Prüfung haben, ob ein Anspruch aus positiver Vertragsverlet-
zung unter dem Gesichtspunkt der Schlechtlieferung in Be-
tracht kommt und worauf sich ein solcher Anspruch richtet.

III. Nach allem war das Berufungsurteil aufzuheben, soweit mit ihm der Klage stattgegeben worden ist, und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch