

2320 086

13

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: BGB §§ 460, 494; HGB § 377

Rechtssatz: Bestellt ein Kaufmann eine Ware auf Grund einer Probeflieferung, die ihm zur uneingeschränkten Prüfung der Brauchbarkeit zugesandt ist, ohne erkennbare Mängel zu beanstanden, so gilt die der Probe entsprechende Hauptlieferung als genehmigt.

Aktenzeichen : VIII ZR 35/56

Urteil des BGH vom 27. November 1956

OIG Düsseldorf

VIII. ZR. 35/56

Verkündet am 27. November 1956
Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm L. [REDACTED] in [REDACTED].
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsbeklag-
ten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma M. [REDACTED] & Co. in H. [REDACTED].
S. [REDACTED]weg [REDACTED]
Alleininhaber Kaufmann Willi K. [REDACTED] in H. [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1956
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann
sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spie-
ler und Dr. Mezger . . .

für Recht erkannt :

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 23. Juni
1955 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte hatte im Jahre 1953 von der Stadt Düsseldorf den Auftrag erhalten, für den Neubau des Rathauses den Fußbodenbelag zu liefern und zu legen. Er war darauf mit der Klägerin, die Plastik-Fußbodenbelag vertreibt, in Verbindung getreten. Zwischen dem Beklagten, dem Vertreter der Klägerin Kaufmann S. [REDACTED] und dem Inhaber der Klägerin Kaufmann K. [REDACTED] fanden mehrfach Verhandlungen statt, darunter eine in Essen-Rellinghausen und eine in Düsseldorf. Ende Oktober und Anfang November 1953 lieferte die Klägerin dem Beklagten kleine Proben der Plastik-Fußbödenbeläge, die nach Darstellung des Beklagten nicht befriedigt haben sollen. Am 13. November 1953 erfolgte eine weitere Verhandlung zwischen den Parteien in Hamburg. Hierbei wünschte der Beklagte den Vertragsabschluß auf Grund von Bedingungen, die er in einem Schreiben unter dem 11. November 1953 verfaßt hatte. Sie lauten u.a.:

. . . Im übrigen unterwirft sich die Fa. M. [REDACTED] & Co sowie Herr S. [REDACTED] als Leiter der Geschäftsstelle in Essen-Rellinghausen den Vertragsbedingungen und der Verordnungsordnung der Stadt Düsseldorf sowie den Vorschriften der VOB der Firma L. [REDACTED] gegenüber, weil diese die vorgenannten Bedingungen der Stadt Düsseldorf gegenüber auch eingehen mußte. . . .

Die Klägerin bestätigte mit Schreiben vom 16. November 1953 die Bestellung. Es heißt in diesem Schreiben:

. . . Wir werden alles daran setzen, um Sie sowie Ihre Auftraggeberin, die Stadt Düsseldorf, durch gewissenhafte Fertigung und pünktliche Lieferung zufriedenzustellen, müssen jedoch ausdrücklich bemerken, daß wir die uns von Ihnen übergebenen Lieferungsbedingungen nicht anerkannt haben, sondern einzig und allein unsere Verkaufs- und Lieferungsbedingungen für das Geschäft maßgebend sind. . . .



Auf dieses Schreiben erwiderte der Beklagte mir Schreiben vom 21. November 1953, das auszugsweise wie folgt lautet:

. . . Ich bestehe nach wie vor auf den Forderungen, die in meinem Schreiben vom 12.11.1953 (gemeint ist das Schreiben vom 11. November 1953) ausdrücklich gestellt sind. Es geht nicht an, daß Sie dieselben so ohne weiteres a/akta legen wollen mit der Begründung, wir müßten uns nach Ihren Verkaufs- und Lieferungsbedingungen richten. Bei Akzeptierung Ihrer vorangezogenen Bedingungen wäre ich ohne jedwede Einrede Ihnen ausgeliefert. Also das heißt, ich muß alle Gefahrenmomente, die aus schlechter Lieferung Ihrerseits entstehen und auftreten, voll und ganz übernehmen. . . .

Lieber verzichte ich auf den Auftrag! . . .

Die Stärke muß in jedem Falle mindestens 1,5 mm sein. Sie haben zugesagt, die Ware noch etwas stärker als 1,5 mm auswalzen zu lassen. Außerdem soll die bestellte Ware blasenfrei sein. Sie sagten, durch Einbau eines Vorgalenders wäre dies ohne weiteres möglich und sicher. . . .

Die Klägerin entgegnete darauf mit Schreiben vom 28. November 1953, in dem es u.a. heißt :

Von der Reise zurück, kommen wir heute dazu, auf Ihr Schreiben vom 21. d.M. zu antworten. Wir können uns mit dem Inhalt desselben leider nicht einverstanden erklären, da wir Geschäfte jeder Art nur auf Grund unserer Verkaufs- und Lieferungsbedingungen zu tätigen in der Lage sind. Wie wir Ihnen bereits gelegentlich Ihres letzten Hierseins persönlich mitteilten, vermögen wir die in Ihrem Schreiben vom 11. d.M. niedergelegten Bedingungen nicht anzuerkennen. . . . Es ist für uns selbstverständlich, daß wir übernommene Aufträge mustergetreu und termingerecht ausführen. . . .

Als wir am 27. d.M. von dem Inhalt Ihres Schreibens Kenntnis erhielten, haben wir die Fertigung des für sie bestimmten Materials abgestoppt. 775 qm sind bereits fertig und lagern in Hamburg. Wir sind gern bereit, Ihnen davon ein größeres Ausfallmuster zu übersenden, stellen Ihnen aber auch andererseits anheim, das Material in Hamburg in Augenschein zu nehmen.

Wie uns mitgeteilt wurde, fällt das Material sehr gut aus. Wir hoffen daher, daß es auch Ihre und die Zustimmung der Stadt Düsseldorf finden wird und bitten Sie höfl., uns baldmöglichst Ihre Entscheidung bekanntzugeben.

Der Beklagte rief das in Aussicht gestellte Muster ab. Nachdem er am 1. Dezember 1953 eine Rolle von 20 m erhalten hatte, bestellte er fernmündlich einen Teil des erforderlichen Bodenbelags. Die Klägerin übersandte ihm mit Rechnung vom 5. Dezember 1953 57 Rollen Plastik-Läufer in einer Länge von 825 m und einer Fläche von 1.072,5 qm zum Preise von 6.788,63 DM. Nach Erhalt dieser Sendung gab der Beklagte mit Schreiben vom 9. Dezember 1953 eine weitere Bestellung von insgesamt 2010 qm auf. Im Bestellschreiben heißt es u.a. :

. . . Vorstehende Mengen sind offiziell bei Ihnen bestellt und wird prompte Erledigung und einwandfreie Ware erwartet. Vor allen Dingen ist auf Stärke besonderes Gewicht zu legen. Schwächere Ware und Ware mit Blasen wird nicht abgenommen und Ihnen zur Verfügung gestellt. Ich bitte um gleichlautende Bestätigung.

Die Klägerin beanstandete mit Schreiben vom 12. Dezember 1953 die vom Beklagten eingesetzten Preise und fügte hinzu:

. . . Gleichzeitig müssen wir Sie darauf aufmerksam machen, daß im Plastik-Läufer B kleine Blasen nicht zu vermeiden sind und wir Ihnen blasenfreies Material bisher noch nicht zusagen können. . . .

Die zweite Bestellung wurde nur zum Teil ausgeführt. Die Klägerin übersandte dem Beklagten am 16. Dezember 1953 210 m Belag mit einer Fläche von 273 qm zum Preise von 1.706,25 DM. Diesen Bodenbelag hat der Beklagte nach der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin verlegt.

Inzwischen hatte die Stadt Düsseldorf die zuerst gelieferten Läufer mit der Begründung beanstandet, daß der Plastik-Fußbodenbelag Blasen enthalte. Der Beklagte stellte dem Vertreter Schüssler die Ware am 15. oder 16. Dezember 1953 zur Verfügung.

Die Klägerin verlangt Zahlung des Kaufpreises für beide Lieferungen. Sie hat im ersten Rechtszuge einen Teilbetrag von 2.000 DM geltend gemacht und hat im zweiten Rechtszuge den Klageanspruch auf 8.494,88 DM nebst Zinsen erhöht.

Der Beklagte ist der Auffassung, er sei zur Zahlung des Kaufpreises nicht verpflichtet, da der gelieferte Plastikbelag mit Mängeln behaftet gewesen sei. Er trägt vor, der Belag habe Blasen aufgewiesen, vereinbart sei dagegen Lieferung blasenfreien Belags gewesen, auch habe die Klägerin ihm Blasenfreiheit zugesichert. Sie habe ihn ferner arglistig über die Beschaffenheit des Plastik-Bodenbelags getäuscht. Widerklagend hat der Beklagte die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 1.276 DM nebst Zinsen begehrt, da ihm infolge der Lieferung mangelhafter Ware Mehrkosten und Auslagen in dieser Höhe entstanden seien.

Die Klägerin bestreitet, daß sie Blasenfreiheit zugesichert oder den Beklagten getäuscht habe, und ist der Meinung, daß sie den Bodenbelag nur in der Beschaffenheit verkauft habe, wie sie das übersandte Muster aufgewiesen habe. Sie hält im übrigen die Mängelrüge für verspätet und vertritt die Auffassung, daß nach ihren Verkaufs- und Lieferungsbedingungen Schadensersatzansprüche und sonstige Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und hat auf die Widerklage den Schadensersatzanspruch des Beklagten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Zahlung von 8.494,88 DM nebst Zinsen verurteilt und hat die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückweisung der Berufung. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Erste Lieferung von 1072,5 qm Bodenbelag.

1) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es könne dahingestellt bleiben, ob die Blasen in dem von der Klägerin gelieferten Fußbodenbelag einen erheblichen Fehler im Sinne der Gewährleistungsvorschriften darstellten, da die Klägerin jedenfalls für diesen Fehler nach § 460 Satz 2 BGB nicht hafte. Der Kaufabschluß sei Anfang Dezember 1953 durch die fernmündliche Bestellung des Beklagten und die Annahme seitens der Klägerin zustande gekommen. Da der Beklagte sich vor der Bestellung eine Rolle Bodenbelag als Ausfallmuster habe übersenden lassen, habe er bei Anwendung nur geringer Sorgfalt durch oberflächliche Prüfung der Rolle die vorhandenen Blasen feststellen können. Die Blasen seien ihm daher nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Die Klägerin habe auch nicht etwa verbindlich zugesichert, blasenfreien Belag zu liefern, vielmehr sei die erkennbare Beschaffenheit des dem Beklagten gelieferten Musters zum Gegenstand des Vertrages gemacht worden. Die im Laufe der früheren Besprechungen abgegebenen Erklärungen der Klägerin über die Beschaffenheit der Ware seien durch die Übersendung des Musters und die daraufhin erfolgte Bestellung überholt gewesen.

Vergeblich bekämpft die Revision den Standpunkt des Berufungsgerichts, das im Ergebnis zu der Annahme gelangt ist, der Beklagte müsse Mängel des gelieferten Bodenbelags entsprechend der erkennbaren Beschaffenheit der Probeflieferung hinnehmen und sich so ansehen lassen, als habe er die Probe untersucht und die erkennbaren Mängel vor Vertragsschluß gekannt. Die Auffassung, der Vertrag zwischen den Parteien sei erst durch die fernmündliche Verhandlung, die nach Übersendung der Rolle stattgefunden hat, zustande gekommen, wird von der Revision nicht angegriffen. Sie läßt auch keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Berufungsgericht stellt weiter fest, die Klägerin habe unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 28. November 1953 dem Beklagten die aus dem für ihn gefertigten und bestimmten Material entnommene Rolle übersandt, um ihm die Beschaffenheit der zu liefernden Waren vor Augen zu führen. Auch für den Beklagten sei der Ausfall des angeforderten Musters wegen der Beschaffenheit von entscheidender Wichtigkeit gewesen. Diese Ausführungen liegen auf dem der Beurteilung des Revisionsgerichts entzogenen Gebiet der Tatsachenfeststellung. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die übersandte Rolle nach dem Willen der Parteien nur als Muster für Farbe und Stärke des Materials habe dienen sollen, kann nicht durchgreifen. Denn diese Darstellung des Beklagten widerspricht der tatrichterlichen Feststellung; gegen diese Feststellung sind zulässige Angriffe nicht erhoben.

Das Berufungsgericht legt sodann den nach Übersendung des Musters geschlossenen Kaufvertrag dahin aus, daß die erkennbare Beschaffenheit dieses Musters als vereinbarte Beschaffenheit des zu liefernden Bodenbelags zu gelten hat.

Diese Auslegung wird von der Revision vergeblich bekämpft. Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, wesentliches Vorbringen des Beklagten außer acht gelassen oder die erhobenen Beweise nicht erschöpfend gewürdigt. Die Revision trägt vor, der Klägerin sei aus den Verhandlungen des Beklagten mit der Stadt Düsseldorf, denen sie beigewohnt habe, bekannt gewesen, daß die Stadt Düsseldorf völlige Blasenfreiheit verlangt habe. Der Inhaber der Klägerin K[REDACTED] habe ferner dem Beklagten bei den Vorbesprechungen in Essen-Rellinghausen und Düsseldorf ausdrücklich zugesichert, daß bei der Fabrikation des Bodenbelags durch Einbau eines Vorkalanders völlige Blasenfreiheit erzielt werden werde. Die Klägerin habe nach alledem gewußt, daß blasenhaltiges Material für die vom Beklagten beabsichtigte Verlegung des Bodenbelags im Düsseldorfer Rathaus unbrauchbar sei. Der Brief der Klägerin habe deshalb nur dahin verstanden werden können, daß blasenfreies Material hergestellt werde. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Vorbringen eingehend auseinandergesetzt. Es nimmt an, der Inhaber der Klägerin habe tatsächlich bei mündlichen Besprechungen mit dem Beklagten erklärt, es würden blasenfreie Plastik-Läufer geliefert. Es hat auch erörtert, daß der Inhaber der Klägerin erklärt hat, nach Überholung der Maschine werde blasenfreies Material geliefert werden, läßt aber dahingestellt, ob sich diese Erklärung bereits auf die in Frage stehende Bestellung des Beklagten bezogen habe. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, durch die Übersendung der als Muster dienenden Rolle und die daraufhin erfolgte Bestellung des Beklagten seien die im Laufe der früheren Besprechungen gegebenen Erklärungen überholt gewesen. Damit bringt es zum Ausdruck, die Klägerin habe mit ihrem Schreiben vom 28. November 1953 und der Übersendung des Musters zu erkennen

gegeben, sie wolle nur noch dafür einstehen, daß die Ware, sofern der Beklagte eine Bestellung aufgabe, die Beschaffenheit habe, die das Muster aufweise, und der Beklagte habe bei der Annahme des Angebots diesen Willen der Klägerin auch erkennen müssen. Damit hat das Berufungsgericht gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß außer der Abrede, die Ware müsse mustergetreu sein, nicht noch eine Zusicherung über weitere Eigenschaften getroffen worden sei. Diese Auslegung der Willenserklärungen der Parteien ist möglich und verstößt nicht gegen gesetzliche Auslegungsregeln. Sie widerspricht auch nicht, wie die Revision meint, dem Wortlaut der von den Parteien gewechselten Schreiben vom 21. und 28. November 1953. Der Beklagte hatte im Schreiben vom 21. November 1953 zwar verlangt, die bestellte Ware solle blasenfrei sein. Die Klägerin hatte aber mit dem Schreiben vom 28. November 1953 ausdrücklich erklärt, sie könne sich mit dem Schreiben des Beklagten vom 21. November 1953 nicht einverstanden erklären, und hatte dem Beklagten die Übersendung eines Ausfallmusters oder die Besichtigung des angefertigten Materials vorgeschlagen. Wenn das Berufungsgericht aus diesem Schreiben vom 28. November 1953 schließt, die Klägerin habe der im Schreiben des Beklagten vom 21. November 1953 geforderten Blasenfreiheit und der vom Beklagten begehrten Haftungsübernahme nicht zugestimmt, so steht das mit dem Wortlaut dieser Schreiben im Einklang und ist denkgesetzlich auch dann möglich, wenn die Klägerin bei früheren Verhandlungen erklärt hatte, daß das Material blasenfrei sein werde. Die Klägerin muß auch nicht notwendig, wie die Revision meint, der Überzeugung gewesen sein, daß sie dem Beklagten Ware anbiete, die für den von den Parteien vorgesehenen Zweck, nämlich Verlegung als Bodenbelag im Düsseldorfer Rathaus, unbrauchbar sei. Denn da der Beklagte mitgeteilt hatte, das Material

werde sofort nach Anlieferung vom Hochbauamt Düsseldorf nachgeprüft werden und da die Klägerin sich bereit erklärt hatte, vor Vertragsschluß ein Ausfallmuster zu übersenden, kann in diesem Verhalten der Klägerin ohne Rechtsverstoß die Erklärung erblickt werden, der Beklagte möge sich der Zustimmung der Stadt Düsseldorf zur Verwendung des aus dem Muster ersichtlichen Materials vergewissern, zumal die Klägerin ausdrücklich erklärt hat, sie hoffe, daß das Material die Zustimmung der Stadt Düsseldorf finden werde. Wenn der Beklagte seinerseits auf die Übersendung der Proberolle und das Schreiben der Klägerin vom 28. November 1953 hin die Bestellung aufgab, so durfte das Berufungsgericht darin die Erklärung finden, er sei mit der Beschaffenheit des angefertigten Bodenbelags einverstanden. Das Berufungsgericht führt mit Recht aus, daß der Ausfall des angeforderten Musters für den Beklagten, gerade weil er auf Blasenfreiheit Wert gelegt hätte, von entscheidender Wichtigkeit hätte sein müssen. Es geht deshalb ohne Rechtsirrtum davon aus, daß die Klägerin annehmen durfte, der Beklagte werde die übersandte Rolle auf ihre Beschaffenheit prüfen und, wenn er mit der Beschaffenheit nicht einverstanden sei, sie beanstanden. Daß die Blasenbildung auf den ersten Blick erkennbar gewesen ist, hat der Beklagte im Berufungsrechtszug mit Schriftsatz vom 7. Mai 1953 selbst vorgetragen. Das Berufungsgericht ist deshalb mit Recht der Auffassung, daß die Klägerin die rügelose Bestellung als Einverständnis mit ihrem Angebot habe ansehen dürfen, das sich auf eine der Beschaffenheit der Probeflieferung entsprechende Ware bezog. Indem der Beklagte auf Grund der Probeflieferung bestellte, ohne die erkennbaren Blasen zu pügen, billigte er die Beschaffenheit der Hauptlieferung von entsprechender Güte. Das ist zwar in § 494 BGB nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus dem Wesen eines

eines Kaufs nach Probe in Verbindung mit den Grundsätzen der §§ 460 BGB, 377 HGB (vgl BGB RGRK, 10. Aufl. § 494 Anm 3; HGB RGRK, 2. Aufl., Vorbem vor § 373 Anm 55 a; Staudinger, 11. Aufl., § 494 Rand Nr 8; vgl auch RGZ 95, 45). Von diesem Standpunkt aus war das Berufungsgericht nicht gehalten, weitere Beweise darüber zu erheben, ob die Klägerin vor dem fernmündlichen Vertragsschluß Zusicherungen über Blasenfreiheit abgegeben hatte. Es konnte daher von der beantragten Vernehmung der Vertreter der Stadt Düsseldorf und des Zeugen Schüssler absehen. Ebensowenig brauchte es darauf hinzuwirken, daß eine Parteivernehmung beantragt werde.

Auch die Rüge der Revision mit dem Hinweis, daß eine Billigung der Ware nach § 378 HGB ausgeschlossen gewesen sei und daß das Berufungsgericht verkannt habe, die gelieferte Ware sei eine andere als die bedungene Ware gewesen, findet in den Tatsachen keine Stütze.

2) Der Beklagte macht indessen mit der Revision noch geltend, die Klägerin habe ihm arglistig vorgespiegelt, daß der Bodenbelag blasenfrei sei und habe ihm die Blasenbildung, die das hergestellte Material aufgewiesen habe, arglistig verschwiegen. Dieses Vorbringen des Beklagten könnte auch dann erheblich sein, wenn der Beklagte an sich die Mängel des gelieferten Bodenbelags entsprechend den erkennbaren Mängeln der übersandten Probelieferung hinnehmen muß. Die Klägerin hätte nämlich trotz Übersendung des Musters einen etwa bestehenden Irrtum des Beklagten über die Beschaffenheit der gekauften Ware bei dem fernmündlichen Abschluß des Kaufvertrags aufrecht erhalten, wenn sie sich bewußt gewesen wäre, daß ihre früheren - möglicherweise unrichtigen - Erklärungen über die Beschaffenheit des Bodenbelags noch ursächlich für den Vertragsschluß sein könnten, wenn sie also die Vorstellung gehabt hätte, daß der Beklagte sich im Vertrauen auf

etwaige frühere Angaben über Blasenfreiheit davon abhalten lassen werde, die als Muster übersandte Rolle auf Blasenfreiheit zu prüfen. Die Ausnutzung eines Irrtums des Beklagten über die Beschaffenheit des Bodenbelags hätte dann allerdings arglistig sein können.

Das Berufungsgericht stellt fest, es sei nicht erwiesen, daß die Klägerin damit gerechnet habe, der Beklagte werde die Rolle nicht auf Blasenfreiheit prüfen, und führt dazu aus, angesichts der Tatsache, daß die Klägerin den Beklagten zur Besichtigung der Ware eingeladen und ihm vor seiner Bestellung ein größeres Ausfallmuster angeboten und übersandt habe, lägen für eine solche Annahme keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Diese Feststellung greift die Revision vergeblich an. Der Senat vermag die Beweismwürdigung nur daraufhin zu prüfen, ob das Berufungsgericht wesentliches Vorbringen, insbesondere Beweisankritte, unberücksichtigt gelassen und das Beweisergebnis ganz oder teilweise nicht gewürdigt hat. Die Revision trägt hierzu vor, der Inhaber der Klägerin habe gewußt, daß im Herstellungsverfahren keine Änderung eingetreten sei und daß die Klägerin blasenfreie Ware nicht habe liefern können. Trotzdem habe die Klägerin dem Beklagten im Schreiben vom 28. November 1953 mitgeteilt, das Material falle sehr gut aus. Diese Mitteilung habe der Beklagte auf Blasenfreiheit beziehen müssen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hätte die Klägerin die Hoffnung haben können, der Beklagte werde von einer sorgfältigen Untersuchung des Musters absehen und sich auf eine Prüfung der Stärke beschränken. Das strenge Beharren der Klägerin auf ihre Lieferungsbedingungen stelle sich als Versuch dar, den Beklagten zur Bezahlung einer Ware zu nötigen, von der die Klägerin gewußt habe, daß der Beklagte sie nicht verwenden könne.

Bei der Beweiswürdigung hat das Berufungsgericht indessen nicht übersehen, daß die Klägerin vor Abschluß des Vertrages Erklärungen abgegeben hat, die möglicherweise unrichtig waren, und daß die Beschaffenheit der übersandten Proberolle nicht den früheren Angaben entsprochen haben mag. Es hat vielmehr, wenn auch in anderem Zusammenhang, gerade ausgeführt, die Darstellung des Beklagten, das Muster habe nur der Nachprüfung der Stärke und Farbe dienen sollen, sei als widerlegt anzusehen. Die als Muster dienende Rolle sei nach der Bekundung des Zeugen Schüssler auch hinsichtlich der Blasenfreiheit maßgeblich gewesen. Etwas anderes sei auch aus dem Schreiben der Klägerin vom 28. November 1953 nicht zu ersehen. Sie habe in diesem Schreiben nur betont, daß sie mustergetreu liefere und daß das Material sehr gut ausfalle. Die früher gegebenen Erklärungen seien überholt gewesen. Das Berufungsgericht hat also dem Vorbringen des Beklagten Beachtung geschenkt. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, welche Anforderungen an das Material die Stadt Düsseldorf gestellt habe, erledigt sich ebenfalls durch das vom Berufungsgericht verwertete Schreiben der Klägerin vom 28. November 1953, in dem die Klägerin ihrer Hoffnung Ausdruck gibt, daß das Material die Zustimmung der Stadt Düsseldorf finden werde, und den Beklagten bittet, seine Entscheidung bekannt zu geben. Unter diesem Gesichtspunkt scheidet im übrigen auch ein Verschulden der Klägerin beim Vertragsschluß aus. Es ist weiter kein Grund ersichtlich, der das Berufungsgericht genötigt hätte, aus dem Umstand, daß die Klägerin darauf beharrte, ihre Lieferungsbedingungen zum Vertragsgegenstand zu machen, auf einen Täuschungswillen zu schließen. Damit ist in für das Revisionsgericht bindender Weise festgestellt, daß der Inhaber der Klägerin nicht den Willen gehabt hat, den Beklagten darüber zu täuschen, daß die als Muster übersandte Rolle Blasen enthalte.

3) Auf das Vorbringen der Revision, daß die Mängelrüge rechtzeitig erfolgt sei und daß der in den Lieferungsbedingungen der Klägerin enthaltene Ausschluß der Gewährleistung entfalle, braucht danach nicht mehr eingegangen zu werden.

II.

Zweite Lieferung von 273 qm Bodenbelag.

1) Auch bei dem Abschluß des zweiten Vertrages ist nach Auffassung des Berufungsgerichts dem Beklagten das Vorhandensein von Blasen infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Dieser Vertragsschluß sei, so führt das Berufungsgericht aus, spätestens dadurch zustande gekommen, daß der Beklagte den gelieferten Bodenbelag angenommen und verlegt habe. Daß Blasenfreiheit nicht zugesichert und Fehler nicht arglistig verschwiegen worden seien, folge bei diesem zweiten Abschluß zusätzlich noch aus der Tatsache, daß der Beklagte diese Ware erst nach Empfang der gleichartigen ersten Lieferung bestellt habe, und aus dem Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1953, in dem sie ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß sie Plastik-Läufer B noch nicht fehlerfrei liefern könne.

Die Revision richtet dieselben Angriffe, die sie gegen die Verurteilung zur Zahlung des Kaufpreises für die erste Lieferung vorbringt, auch gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur zweiten Lieferung. Sie trägt weiter vor, einer besonderen Rüge der zweiten Lieferung habe es nicht bedurft, da es sich um Waren der gleichen Herstellungsart wie der ersten Lieferung gehandelt habe und für die Klägerin erkennbar gewesen sei, daß die Rüge der ersten Sendung auch für die zweite gegolten habe.

Die Revision kann keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht läßt sich zwar nicht darüber aus, ob nach seiner Auffassung die erkennbare Beschaffenheit der Mustersendung auch zum Inhalt der zweiten Bestellung gemacht ist. Das Berufungsgericht geht indessen ersichtlich davon aus, daß der Beklagte der Klägerin mit dem Bestellschreiben vom 9. Dezember 1953 ein neues Angebot auf Abnahme weiterer Ware gemacht habe. Dieses Schreiben enthält allerdings die ausdrückliche Erklärung, Ware mit Blasen werde nicht abgenommen. Die Klägerin hat aber mit Schreiben vom 12. Dezember 1953 erwidert und dabei erklärt, im Plastik-Läufer B seien kleine Blasen nicht zu vermeiden, sie habe blasenfreies Material bisher noch nicht zusagen können. Das Berufungsgericht sieht, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, in diesem Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1953 die Ablehnung des Angebots des Beklagten und ein neues Angebot der Klägerin, das der Beklagte durch Entgegennahme und Verlegung des Bodenbelags angenommen habe. Gegen diese Auslegung, die möglich ist und keinen Denkfehler erkennen läßt, wendet sich die Revision auch nicht. Unter diesen Umständen hätten aber die Parteien einen Kaufvertrag mit der Maßgabe geschlossen, daß der Bodenbelag entsprechend dem Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1953 kleine, bei dem damaligen Stand der Fabrikation unvermeidbare Blasen enthalten durfte, ohne daß jedoch das früher übersandte Muster Inhalt des Vertrages gewesen zu sein brauchte. Ein Mangel, der zu Gewährleistungsansprüchen berechtigt hätte, könnte also höchstens vorliegen, wenn die Blasen das im Schreiben vom 12. Dezember 1953 genannte Maß überstiegen hätten. Eine Feststellung, in welchem Umfang der gelieferte Bodenbelag Blasen enthielt, hat das Berufungsgericht zwar nicht getroffen. Eine solche Feststellung

war indessen entbehrlich, da die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts die Entscheidung tragen. Selbst wenn nämlich die zweite Lieferung mit einem Fehler behaftet gewesen wäre, den der Beklagte nicht hätte hinzunehmen brauchen, so wäre jedenfalls, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei annimmt, dieser Mangel dem Beklagten bei Vertragsschluß infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Der Beklagte wußte, daß die zweite Lieferung aus demselben Fabrikationsgang stammte, aus dem die von ihm beanstandete erste Lieferung herrührte. Er war durch das Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1953 darauf hingewiesen worden, daß sie blasenfreie Ware der Sorte B nicht liefern könne. Das alles nötigte den Beklagten, die ihm übersandte zweite Lieferung, ehe er das Vertragsangebot der Klägerin annahm, zu prüfen und sich von ihrer Beschaffenheit zu überzeugen, Tat er es nicht, so konnte das Berufungsgericht darin mit Recht eine besonders schwere Vernachlässigung der im kaufmännischen Verkehr erforderlichen Sorgfalt sehen.

2) Soweit die Revision etwa die Rügen, mit denen sie die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der ersten Lieferung angreift, auch gegen die Ausführungen zur zweiten Lieferung richten will, bleibt ihr ebenfalls der Erfolg versagt. Wenn das Berufungsgericht ausführt, der Beklagte könne aus den für die erste Lieferung geltenden Gründen auch gegen die zweite Kaufpreisforderung keine Einwendungen erheben, so hat es ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß die Klägerin eine Zusicherung, die zweite Lieferung sei blasenfrei, nicht abgegeben habe. Mit Recht hat das Berufungsgericht hervorgehoben, daß die Klägerin im Schreiben vom 12. Dezember 1953 ausdrücklich darauf

hingewiesen hatte, sie könne die Plastik-Läufer B noch nicht blasenfrei liefern. Auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe dem Beklagten einen Fehler nicht arglistig verschwiegen, sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Das Berufungsgericht bringt erkennbar zum Ausdruck, daß die Klägerin damit gerechnet habe, der Beklagte werde vor der neuen Bestellung das bisher übersandte Material auf seine Beschaffenheit prüfen. Diese Feststellung liegt auf dem der Nachprüfung des Berufungsgerichts entzogenen Gebiet der tatsächlichen Würdigung. Daß das Berufungsgericht die zwischen den Parteien gewechselten Schreiben vom 9. und 12. Dezember 1953 nicht ausreichend berücksichtigt, sonstiges Vorbringen der Parteien außer acht gelassen oder aus dem Schriftwechsel denkgesetzlich nicht mögliche Schlüsse gezogen hätte, ist nicht ersichtlich.

Unter diesen Umständen bedarf es einer Entscheidung darüber, ob der Beklagte die zweite Lieferung fristgerecht gerügt hat, nicht mehr.

Die Revision des Beklagten muß danach zurückgewiesen werden. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels fallen dem Beklagten zur Last (§ 97 ZPO).

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Mezger