

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

ZPO §§ 33, 259

Zur Zulässigkeit einer Hilfs-Widerklage, mit der der Besteller wegen Mängeln der ihm gelieferten Ware die Verurteilung des Lieferers zur Rückzahlung der mit der Klage geforderten Vergütung deshalb fordert, weil nach den Lieferungsbedingungen vereinbarte Zahlungen des Bestellers ohne Rücksicht auf ihm zustehende Gewährleistungsansprüche zu erfolgen haben.

BGH, Urt.v. 16. Dezember 1964 - VIII ZR 47/63 - OLG Hamm
LG Siegen

Verkündet
am 16. Dezember 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 Herbert Sch[REDACTED], Röhrengroßhandel, in
H[REDACTED]-W[REDACTED], W[REDACTED] M[REDACTED]/[REDACTED],
Inhaber Kaufmann Herbert Schl[REDACTED] in H[REDACTED]-V[REDACTED]
[REDACTED], La[REDACTED] [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma P[REDACTED] & Co., Kommanditgesellschaft, in We[REDACTED]
S[REDACTED], vertreten durch den Fabrikanten Carl Hi[REDACTED]
in Si[REDACTED], Ho[REDACTED] Weg [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 19. De-
zember 1962 wird insoweit zurückgewiesen, als sie
sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Zah-
lung der Klagesumme richtet.

Im übrigen (einschließlich der Kostenentschei-
dung) wird das vorbezeichnete Urteil auf die Revi-
sion der Beklagten aufgehoben. Die Sache wird zur

- la -

anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die
Widerklage an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die bisher entstandenen Kosten des Rechtsstreits
werden zur Hälfte der Beklagten auferlegt. Im ü-
brigen bleibt die Kostenentscheidung dem Berufungs-
gericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt den Restbetrag der vereinbarten Vergütung für gelieferte 1600 m Edelstahlrohre, die auf Bestellung der Beklagten bei der Klägerin hergestellt worden sind. Die Lieferung war fob Bremen vereinbart und wurde dann fob Hamburg umgestellt. Die Klägerin lieferte die Ware in zwei Partien an die von der Beklagten benannte Speditionsfirma, die Allgemeine Land- und Seetransportgesellschaft Hermann L. in H. (ALS) in Kisten verpackt. Die Ware war für einen Kunden der Beklagten in Finnland bestimmt. Die erste Partie, 250 Stück = 625 m zum Preise von 5 373,44 DM, wurde von der Klägerin am 27. Dezember 1960 an die ALS versandt. Die zweite Partie, 390 Stück = 975 m zum Preise von 8 382,56 DM folgte am 9. Januar 1961. Nach Ziff. 11 der Lieferungsbedingungen der Klägerin, die Bestandteil des Liefervertrages sind, haben Zahlungen des Bestellers unabhängig von etwaigen Mängelrügen unter Ausschluß eines jeden Rechts der Zurückbehaltung oder Aufrechnung am Verfalltage in bar ohne Abzug zu erfolgen.

Mit Schreiben an die Klägerin vom 30. Januar 1961 teilte die Beklagte mit, ihr Kunde in Finnland habe die erste Teillieferung von 600 m fernschriftlich beanstandet; angeblich sei fast kein Rohr richtig geschweißt. Mit Schreiben vom 3. Februar 1961 ergänzte die Beklagte die Rüge unter Hinweis auf ein ihr aus der ersten Teillieferung zugegangenes Muster. Der Kunde beanstandete speziell die Schweißnaht und sei der Meinung, daß die Schweißung teilweise mit der Hand durchgeführt worden sei. Außerdem seien die Rohre oval und nicht rund. Die Lieferung entspreche in keinem Fall den vereinbarten Toleranzen. Die Klägerin antwortete nach Empfang des ihr übersandten Musterstückes der gelieferten Rohre mit Schreiben vom 14. Februar 1961, anhand des Muster-

stückes sei nicht zu leugnen, daß wohl einige Rohre etwas oval verformt sein dürften. Sie bestreite aber, daß die gesamte Partie so ausgefallen sei. Hinzu komme, daß alle Rohrenden rund aufgedornt seien, so daß irgendwelche Zusammenbau- oder Einbauschwierigkeiten nicht bestünden. Auch sei ein Teil der Rohre nachgeschweißt worden, doch seien diese Stellen sauber abgeschliffen und das gesamte Rohr auf Dichtigkeit geprüft worden. Je nach Verwendungszweck könne man also hier eigentlich nur von einem Schönheitsfehler sprechen, denn die normale Verwendbarkeit werde durch die leichte Deformierung kaum oder gar nicht beeinträchtigt. Dennoch sei sie bestrebt, die Angelegenheit auf freundschaftlicher Basis zu regeln. Nach Lage der Sache würde sie daher empfehlen, daß der Kunde in Finnland versuchen sollte, so viele Rohre wie nur eben möglich zu verarbeiten und nur den tatsächlich nicht verwendbaren Teil gegebenenfalls zum Nacharbeiten zurückzusenden. Im Schreiben vom 3. März 1961 bat die Klägerin unter Hinweis auf ihre Zahlungsbedingungen um Ausgleich des Kontos. Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 17. März 1961, die Mutmaßung der Klägerin, daß nur einige Rohre oval verformt sein könnten, treffe nicht zu. Die ganze Partie (gemeint war die erste Partie) sei für den Kunden unbrauchbar. Er sei nicht gewillt, die Partie zu übernehmen, und stelle sie der Klägerin zur Verfügung. Im Verlauf der weiteren Korrespondenz bemerkte die Klägerin im Schreiben vom 17. April 1961, daß von der letzten Partie im Zusammenhang mit einer Reklamation bisher keine Rede gewesen sei. Schließlich teilte die Beklagte der Klägerin mit, der Kunde in Finnland habe 807 m Rohre aussortiert, die er als unbrauchbar zurückgeben wolle. Der Rest von 793 m sei teilweise einwandfrei, teilweise von dem Kunden nachgeschweißt und mit einem Kostenaufwand von 385,90 DM in einen brauchbaren Zustand versetzt worden. Unter Abzug dieser Nachbearbeitungskosten zahlte die Beklagte im April 1961 den Preis für 793 m Rohre mit

6 431,92 DM. Mit Schreiben vom 13. September 1961 teilte sie der Klägerin mit, die beanstandeten 807 m Rohre seien inzwischen auf ihrem Lager in H[REDACTED]-W[REDACTED] eingetroffen. Die Klägerin lehnte nunmehr jeden Gewährleistungsanspruch der Beklagten ab und forderte mit der Klage Zahlung von 7 324,08 DM nebst 8 % Zinsen von 13 756 DM seit dem 1. März 1961 bis zum 26. April 1961 sowie vom Klagebetrag seit diesem Tag.

Die Beklagte ist dem Klagebegehren entgegengetreten und hat für den Fall ihrer Verurteilung im Wege der Widerklage beantragt, die Klägerin zur Zahlung der im Klageantrage genannten Beträge an die Beklagte zu verurteilen.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrage zur Zahlung verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage und verfolgt hilfsweise die Widerklage weiter. Diese hat sie in der Revisionsverhandlung durch weitere Hilfsanträge ergänzt: die Klägerin zur Rückzahlung der im Klageantrag genannten Beträge zu verurteilen, welche die Beklagte aufgrund der Verurteilung an die Klägerin gezahlt hat, ferner hilfsweise die entsprechende Verpflichtung der Klägerin festzustellen. Demgegenüber rügt die Klägerin Klageänderung und beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Oberlandesgericht ist der Auffassung, der Klage sei ohne Rücksicht auf die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche der Beklagten stattzugeben. Denn nach Ziff. 11 der Lieferungsbedingungen der Klägerin, die un-

streitig Bestandteil des Werklieferungsvertrages zwischen den Parteien sind, sei die Einwendung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber der Klageforderung ausgeschlossen. Die Revision wendet sich gegen die Anwendung dieser Klausel mit der Rüge, die Klägerin habe bestehende Mängel der Ware arglistig verschwiegen. Die Beklagte habe in der Berufungsbeurteilung durch Vorlage eines Prüfungszeugnisses des Hamburger Werkstoffprüfamtes unter Beweis gestellt, daß die als maschinell geschweißt bestellten Rohre mit der Hand und oben- und unten ungenügend nachgeschweißt seien. Auch habe die Beklagte weiter vorgetragen, daß das Nachschweißen der Geschäftsleitung der Klägerin nicht verborgen geblieben sein könne und daß die Klägerin im Schreiben vom 14. Februar 1961 das Nachschweißen selbst zugegeben habe. Dieses Vorbringen habe das Berufungsgericht nicht einwandfrei beschieden.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob ein arglistiges Verschweigen von Mängeln eine Berufung der Klägerin auf Ziff. 11 ihrer Lieferungsbedingungen oder sogar auf ihre ganzen Lieferungsbedingungen ausschließen könnte. Ein solches arglistiges Verschweigen sei dem Vorbringen der Beklagten über das Verhalten der Klägerin nicht zu entnehmen. Arglistig sei die Absicht, den Kläger zu täuschen. Die Beklagte verkenne selbst nicht, daß das Verschweigen von Mängeln allein nicht genüge, sondern daß noch besondere arglistige Veranstaltungen hinzutreten müßten, wenn ein arglistiges Verschweigen vorliegen soll. Solche arglistigen Veranstaltungen der Klägerin ließen sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht feststellen. Nichts spreche dafür, daß die Klägerin auf etwas anderes ausgegangen sei, als auf Anbahnung einer dauernden Geschäftsverbindung mit der Beklagten, deren Geschäftsbeziehungen eine Ausweitung des Auslandsabsatzes versprochen. Völlig unvereinbar damit und nicht etwa nach Lage der Sache zu vermuten wäre es, wenn die Klägerin darauf ausgegangen sein sollte, be-

wußt schlechte Ware heimlich in eine Auslandslieferung einzuschmuggeln. Der Sachlage und dem Vorbringen der Beklagten selbst sei nicht zu entnehmen, daß mehr vorgelegen habe, als allenfalls eine Nachlässigkeit der für die Produktion und den Versand verantwortlichen Angestellten der Klägerin. Ein arglistiges Verhalten der Klägerin sei nicht festzustellen.

Der Revision ist zunächst darin beizutreten, daß nach § 476 BGB der auf den Gattungskauf nach § 480 Abs. 1 BGB und den Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen nach § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Anwendung findet, eine Beschränkung von Gewährleistungsansprüchen dann nicht gilt, wenn der Verkäufer (Unternehmer) Mängel des Liefergegenstandes (im Zeitpunkt der Vertragserfüllung) arglistig verschwiegen hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem Inhalt der vereinbarten Lieferbedingungen überhaupt auch für diesen Fall die Geltendmachung von Mängelansprüchen gegenüber dem Vergütungsanspruch des Bestellers ausgeschlossen sein soll. Ebensowenig braucht entschieden zu werden, ob ein so weitgehender Ausschluß von Aufrechnung und Zurückbehaltung in den Allgemeinen Lieferungsbedingungen gegenüber der Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe Mängel der Ware bei der Lieferung arglistig verschwiegen, anerkannt werden könnte. Darauf kommt es deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht kein Vorwurf trifft, wenn es das tatsächliche Vorbringen der Beklagten nicht als ausreichend erachtet hat, um ein solches arglistiges Verschweigen darzutun. Es hat bei der Würdigung des Vorbringens der Beklagten auch nicht das Schreiben vom 14. Februar 1961 übersehen. Die Klägerin hatte sich verpflichtet, "maschinell argonarc längsnahtgeschweißte Edelstahlrohre" zu liefern. Wenn sie in dem Schreiben an die Beklagte vom 14. Februar 1961 auf Schreiben der Beklagten erwiderte, daß ein Teil der Rohre nachgeschweißt worden sei, so brauchte das Berufungsgericht dieser

Erklärung noch nicht zu entnehmen, daß die Klägerin damit eine Abweichung der nachgeschweißten Rohre von der vertragsmäßigen Beschaffenheit oder sogar ein bewußtes Verschweigen von Mängeln bei der Vertragserfüllung zugestanden habe. Das von der Beklagten vorgelegte Prüfzeugnis des Werkstoffprüfamtes der Hansestadt Hamburg vom 6. April 1962, auf das sich die Revision bezieht, behandelt als Gegenstand der Prüfung ein Stück Rohr. Es wird in der Beurteilung wegen der aufgezeigten Mängel als ungeeignet für den Kesselbau bezeichnet. Aus den dabei hervorgehobenen Mängeln - insbesondere der Feststellung, die Wurzel der Schweißnaht sei zum Teil unvollständig durchgeschweißt -, brauchte das Berufungsgericht ebenfalls nicht zu folgern, daß dieser Fehler von der Beklagten bewußt verschwiegen worden sei. Außerdem läßt sich aus dieser Beweisunterlage auch nicht entnehmen, ob und in welchem Umfange auch bei den anderen Rohren, die von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden sind, ein solcher Mangel vorhanden war, und von der Klägerin als solcher erkannt werden mußte. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Verwendungszweck der Rohre unstreitig nicht Vertragsinhalt war. Die Klägerin hat zudem in ihrem Schreiben vom 14. Februar 1961 darauf hingewiesen, daß nach ihrer Auffassung das Nachschweißen eines Teiles der Rohre keinen Mangel darstelle. Unter diesen Umständen wäre es Sache der Beklagten gewesen, durch entsprechenden Sachvortrag unter Beweis zu stellen, daß sich aus der Beschaffenheit der 807 m Rohre auf ein arglistiges Verschweigen vorhandener Mängel schließen lasse. Dies ist nicht geschehen. Aus dem Nachschweißen von Rohren allein brauchte das Berufungsgericht nicht zu dem Schluß zu gelangen, daß die Klägerin der Beklagten einen Mangel der Ware bewußt verschwiegen habe.

Die Revision führt in diesem Zusammenhang aus, die Klägerin habe die Ware ausgerechnet zwischen Weihnachten und Neujahr zur Versendung gebracht und damit zu einer Zeit, in der die Lust und Möglichkeit zu eingehenden Unter-

suchungen beschränkt gewesen sei. Außerdem habe die Beklagte vorgetragen, daß die Klägerin die zweite Lieferung ohne Voranzeige abgesandt und damit die Nachprüfung erschwert habe. Auch diesem Vorbringen der Beklagten brauchte das Berufungsgericht nicht ein bewußtes Verschweigen von Mängeln der Ware zu entnehmen.

Zusammenfassend ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß die Klage im Hinblick auf die Vertragsklausel zu Ziff. 11 der Allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin begründet ist.

II. Mit der hilfsweise erhobenen Widerklage erstrebt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Wandlung und Minderung in erster Linie die Verurteilung der Klägerin zur Rückzahlung der Beträge, die ihr aufgrund der Klage zugesprochen werden. Als einer Leistungsklage steht diesem Verlangen schon entgegen, daß die Beklagte das, was sie aufgrund ihrer Verurteilung an die Klägerin leisten muß, nur zurückfordern kann, wenn sie es tatsächlich geleistet hat. Die Beklagte hat jedoch nicht behauptet, bereits Zahlung geleistet zu haben. Ob in der ursprünglichen Hilfswiderklage auch das Begehren enthalten ist, die Klägerin zur Rückzahlung der Klagebeträge zu verurteilen, die die Beklagte aufgrund der Verurteilung gezahlt hat, kann dahingestellt bleiben. Denn die Beklagte hat jedenfalls durch ihren in der Revisionsverhandlung gestellten weiteren Hilfsantrag klargestellt, daß sie auch dieses Verlangen verfolgt. Dieser Antrag ist auf Verurteilung der Klägerin zu einer künftigen Leistung gerichtet, weil davon auszugehen ist, daß die Beklagte noch keine Zahlung auf die Klageforderung geleistet hat.

1. Gegen die Zulässigkeit dieses Begehrens im Wege der Hilfswiderklage bestehen keine Bedenken.

a) Die Rüge der Klägerin, es liege eine unzulässige Änderung der ursprünglichen Widerklage vor, ist unbegründet. Denn der beanstandete Hilfsantrag stellt sich nur als Beschränkung oder Erläuterung des bereits in den Vorinstanzen gestellten Widerklageantrages dar.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Hilfs-Widerklage jedenfalls dann zulässig, wenn der Hauptantrag des Beklagten auf Abweisung der Klage und sein Hilfsantrag auf Verurteilung des Klägers nach der Widerklage in einem wirklichen Eventualverhältnis stehen, wenn also der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch nur begründet sein kann, sofern auch das Klagebegehren begründet ist (BGHZ 21, 13). In dieser Entscheidung führt der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aus, daß es sich bei der Eventualwiderklage nicht um eine eigentliche Klage (wie bei der Widerklage), sondern wie bei dem hilfsweise geltend gemachten Klageanspruch um ein in einem bereits anhängigen Verfahren gestelltes Verlangen handle, bei dem der Hilfsanspruch zwar sogleich rechtshängig werde, doch die Rechtshängigkeit wieder entfalle, wenn die Entscheidung über den Hauptanspruch es zu keiner Entscheidung über den Hilfsanspruch mehr kommen lasse. Entsprechendes müsse daher auch für die hilfsweise erhobene Widerklage gelten. Diesen rechtlichen Erwägungen ist der erkennende Senat in dem Urteil vom 10. Juli 1961 - VIII ZR 64/60 - LM ZPO § 33 Nr. 5 = NJW 1961, 1862 = MDR 1961, 1932 für den Fall beigetreten, daß der Beklagte mit der Hilfswiderklage eine Forderung geltend macht, die er in erster Linie gegen die Klageforderung zur Aufrechnung gestellt hat. Dabei ergab sich in jenem Streitfall das Eventualverhältnis zwischen der Klageforderung und der Widerklageforderung aus dem Streit über die Zulässigkeit der Aufrechnung. In dem hier zu entscheidenden Falle setzt der Anspruch der Beklagten allerdings auch noch voraus, daß sie Beträge an die Klägerin gezahlt hat, deren Rückforderung mit der Widerklage begehrt wird.

Diese Besonderheit macht jedoch die Eventualwiderklage nicht unzulässig.

c) Nach § 259 ZPO kann Klage auf künftige Leistung dann erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Diese Voraussetzung ist hier gegeben, weil die Klägerin den Anspruch der Beklagten auf Minderung und im übrigen auf Wandlung ernstlich bestreitet (BGHZ 5, 342, 344). Der Anspruch auf Rückzahlung erst noch zu zahlender Beträge stellt sich seinem Wesen nach als bedingter Anspruch dar, der dem Grunde nach schon vor Zahlung des Kaufpreises an die Klägerin entstanden ist. Solche Ansprüche fallen auch unter § 259 ZPO, vorausgesetzt, daß die Verpflichtung zur künftigen Leistung - abgesehen von einer in das Urteil aufzunehmenden Bedingung - in ihrem Bestande gewiss ist (RGZ 168, 321, 325; BGH Urt.v. 31. Mai 1960 - VIII ZR 208/59 - S. 7). Als solche Bedingung für die Verurteilung der Klägerin zur künftigen Leistung ist hier der Nachweis entsprechender Zahlungen auf die Klageforderung anzusehen. Danach kann ohne weiteres bestimmt und festgestellt werden, welche Beträge die Klägerin im Falle ihrer Verurteilung an die Beklagte zurückzuzahlen hat. Der Senat trägt keine Bedenken, jedenfalls bei einem Sachverhalt, wie er hier zu beurteilen ist, die Widerklage auf künftige (bedingte) Leistung nach § 259 ZPO zuzulassen. Hierfür spricht auch ein Bedürfnis einer wirtschaftlichen Prozeßführung, weil die Einwendungen gegen die Klageforderung und die Widerklageforderung aus demselben Sachverhalt hergeleitet werden und die Ansprüche in einem besonders engen Zusammenhang stehen.

2. Für die sachliche Entscheidung über die Hilfswiderklage sind die folgenden Bestimmungen der vereinbarten Allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin von Bedeutung:

4. Qualität und Abnahme: Waren mit besonderen Gütevorschriften müssen auf unserem Werk abgenommen werden, mit Verlassen unserer Fabrik gelten sie als bestimmungsgemäß geliefert, einerlei, ob eine Prüfung stattgefunden hat oder nicht. Für solche Waren bezw. für Gegenstände, die einer besonderen Abnahme unterworfen werden, bleibt Preisvereinbarung vorbehalten. Wenn Waren unmittelbar an Dritte gesandt werden, gilt die Lieferung, sofern eine Abnahme auf unserem Werk nicht erfolgte, als bedingungsgemäß ausgeführt.

... (Abs. 2)

Sonderanfertigungen geschehen nach fachmännischen Grundsätzen, jedoch ohne jegliche Garantie, also auf Gefahr des Bestellers, und sind auf alle Fälle zum berechneten Preise abzunehmen.

10. Mängelrügen: Einwendungen gegen Menge, Gewicht und Qualität der Ware werden in jedem Falle nur dann berücksichtigt, wenn sie vom Besteller innerhalb der im Handelsgesetzbuch für Qualitätsrügen gesetzten Frist, spätestens aber innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Waren, schriftlich zu unserer Kenntnis gebracht werden. ... Bei berechtigten Beanstandungen des Gewichtes, der Menge und Qualität der Ware liefern wir kostenlos Ersatz ab Werk für die fehlenden und minderwertigen Stücke. Jeder weitere Schadensersatz - oder Minderungsanspruch, insbesondere die Geltendmachung eines etwaigen Verzugsschadens, sowie das Recht des Bestellers, vom Vertrage zurückzutreten, ist ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Gewährleistungsansprüchen der Beklagten stehe entgegen, daß die Lieferung nach der Bestimmung Ziff. 4 Abs. 1 Satz 3 als bedingungsgemäß ausgeführt gelte, weil die Waren ohne Abnahme im Werk unmittelbar an Dritte gesandt worden seien. Wenn nicht bereits der Verschiffungsspediteur der Beklagten, so sei doch jedenfalls der finnische Kunde der Beklagten "Dritter" im Sinne dieser Bestimmung. Ihre Anwendung sei nicht damit ausgeschlossen, daß die Parteien Lieferung "fob Bremen, in Kisten verpackt" und damit seemäßige Verpackung vereinbart haben. Allerdings könnte diese Klausel bedeuten, daß die Wirkungen einer solchen fingierten Abnahme auf einen später-

ren Zeitpunkt als die Absendung vom Werk der Klägerin verlegt werden sollten. Bei vernünftiger Auslegung dessen, was sie erkennbar gewollt und die Beklagte ihr eingeräumt habe, könne eine Einschränkung der Bestimmung der Ziff. 4 Abs. 1 Satz 3 der Lieferungsbedingungen nur dahin angenommen werden, daß die fob Bremen (Hamburg) zu liefernden Rohre statt auf dem Werksgelände der Klägerin spätestens beim Verschiffungsspediteur der Beklagten vor der Verschiffung abzunehmen waren, so daß sie bei Unterlassen der Abnahme mit der Einschiffung als abgenommen gelten. Daraus folgert das Berufungsgericht, daß die gelieferten Rohre spätestens in diesem Zeitpunkt als genehmigt galten. Für die Beklagte enthalte eine derartige Auslegung des von den Parteien stillschweigend Gewollten nichts Unzumutbares. Da die Beklagte einen Röhrengroßhandel betreibe, seien bei ihr technische Branchenkenntnisse vorauszusetzen, welche sie in die Lage setzten, ohne Schwierigkeiten durch Öffnung einzelner Kisten Stichproben vorzunehmen. Zwar mache die Beklagte auch geltend, es habe sich um sog. verdeckte Mängel gehandelt. Sie beanstande, die Rohre seien völlig oval und undicht gewesen. Das seien jedoch Mängel, die bei einer fachmännischen Vornahme von Stichproben nicht hätten übersehen werden können. Daß die behaupteten Mängel arglistig verschwiegen worden seien, sei nicht dargetan.

Die Revision will die Ziffer 4 der Lieferbedingungen anders verstanden wissen. Sie macht geltend, es möge vielleicht offen erkennbar gewesen sein, daß Rohre mit der Hand nachgeschweißt waren, daraus habe sich aber noch nichts über die Verwendbarkeit der Rohre überhaupt ergeben. Ein versteckter Mangel sei auch darin zu sehen, daß die Rohre nicht den vereinbarten Toleranzen entsprachen, wie die Klägerin mit Schreiben vom 3. Februar 1961 gerügt habe. Dieser Mangel sei erst bei der Verarbeitung festzustellen gewesen. Erst die Prüfung des Werkstoffprüfamtes

vom 6. April 1962 habe dann im einzelnen die Beschaffenheit und Mangelhaftigkeit der Rohre ergeben. Das Berufungsgericht habe auch weiteren Prozeßstoff über die einzelnen Mängel der Rohre nicht berücksichtigt, welche die Beklagte zudem unter Sachverständigenbeweis gestellt habe. Diese Rügen der Revision sind zum Teil gerechtfertigt.

Nach ihrem Wortlaut bezieht sich die Bestimmung der Ziff. 4 Abs. 1 Satz 3 LB auf den Fall, daß Waren unmittelbar von dem Werk an Dritte gesandt werden. Die Klägerin hat die Ware jedoch an den ihr von der Beklagten benannten Spediteur gesandt. Dies spricht dafür, daß der Verschiffungsspediteur, auch wenn er die Ware für Rechnung der Klägerin an Bord gebracht hat, sie doch zugleich für die Beklagte in Empfang genommen hat, so daß diese berechtigt und in der Lage war, die Ware vor der Versendung an ihren Kunden zu überprüfen. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte aber nur solche Mängel geltend machen, die sie bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung entdeckte. Unterließ sie überhaupt eine Untersuchung und deshalb eine Anzeige von Mängeln, so würde die Ware bei Anwendung des § 377 Abs. 2 HGB insoweit nicht als genehmigt gelten, als es sich um einen Mangel handelt, der bei einer der Beklagten zumutbaren Untersuchung (durch Stichproben) nicht erkennbar war. Das Berufungsgericht nimmt nun allerdings an, daß es sich hier nur um erkennbare Mängel handele, die also bei einer Untersuchung durch die Beklagte vor Verschiffung der Ware hätten entdeckt werden können. Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß das Berufungsgericht diese Frage nicht einwandfrei behandelt hat. Das Berufungsgericht beschränkt sich auf die Bemerkung, die Beklagte beanstande, die Rohre seien völlig oval und undicht gewesen, diese Mängel wären bei einer fachmännischen Vornahme von Stichproben nicht zu übersehen gewesen. Bei dieser Erwägung geht das Beru-

fungsgericht ersichtlich davon aus, daß alle oder eine sehr große Anzahl von Stahlrohren (der ersten Partie) diese Mängel gehabt haben sollen. Es ist jedoch zu beachten, daß die Beklagte von 1600 m Stahlrohren nur 807 m der Klägerin zur Verfügung gestellt hat und es keineswegs feststeht, aus welchen der beiden Lieferungen die beanstandeten Stahlrohre stammen. Danach muß als möglich unterstellt werden, daß bei beiden Lieferungen nur ein Teil der Rohre undicht war. Ob bloße Stichproben zur Aufdeckung dieses Fehlers geführt hätten, kann nur nach der Beschaffenheit der Rohre beurteilt werden. Darüber hat das Berufungsgericht jedoch keine Feststellungen getroffen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß sich dieser Mangel bei der der Beklagten nach Lage der Sache zuzumutenden Untersuchung noch nicht herausgestellt hätte. Die Beklagte hat zudem in dem Schriftsatz vom 23. November 1962 unter Sachverständigenbeweis gestellt, daß es sich um versteckte Mängel gehandelt habe, die bei einer normalen Abnahme nicht erkennbar seien, und daß die Mängel eine unzureichende Festigkeit der Rohre zur Folge gehabt hätten. Dieses Beweisangebot durfte nicht übergangen werden. Schon aus diesem Grunde muß das Berufungsurteil hinsichtlich der Widerklageforderung aufgehoben werden. Es bedarf daher keines weiteren Eingehens auf die Rügen der Revision, auch noch weitere Mängel der Rohre wären bei einer Untersuchung der Ware durch Stichproben im Verschiffungshafen nicht erkennbar gewesen.

Bei der Frage, welche Fehler überhaupt von Bedeutung sein können, wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, welche Eigenschaften die Rohre haben mußten, um vertragsgemäß zu sein. Dabei wird insbesondere klarzustellen sein, ob sich die vereinbarten Toleranzen auf den Durchmesser der Rohre oder deren Wandstärke beziehen, ob die Rohre auch insoweit Mängel aufwiesen und ob diese durch eine handelsübliche Untersuchung erkennbar waren. Soweit die Revision geltend macht, die Beklagte habe unter Beweis ge-

stellt, daß die Rohre für den Kesselbau nicht geeignet waren, würde in jedem Fall zu prüfen sein, ob sie nach dem Vertragszweck für diese Verwendung geeignet sein mußten.

3. Die Revision bittet ferner um Nachprüfung, ob die Klägerin schon mit ihrem Schreiben vom 14. Februar 1961 die Mangelhaftigkeit ihrer Lieferungen anerkannt habe. Mit der Empfehlung der Klägerin an die Beklagte, der Kunde in Finnland möge so viele Rohre wie möglich verarbeiten und die nicht verwendbaren Teile zum Nacharbeiten zurücksenden, habe die Klägerin auf die Einhaltung der Rügefrist verzichtet und eine Nachbesserung zugesagt. Auch in ihrem Schreiben vom 22. Mai 1961 sei die Klägerin von der Mangelhaftigkeit der Rohre ausgegangen und habe eine Nachbesserung an Ort und Stelle auf ihre Kosten vorgeschlagen, um die kostspielige Rücksendung der Ware zu vermeiden. Zu diesem Verhalten habe sich die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 21. Juni 1961 in Widerspruch gesetzt, indem sie erklärte, sie könne nunmehr die Reklamation überhaupt nicht anerkennen.

Das Berufungsgericht ist diesem Standpunkt der Beklagten nicht gefolgt. Die Klägerin habe mit ihrem Eingehen auf die Reklamation im Briefwechsel nicht mehr zu erkennen gegeben, als daß es ihr aus kaufmännischen Gründen an einer allseits befriedigenden gütlichen Regelung gelegen gewesen sei. Damit habe sie aber nicht auf irgendwelche Rechte für den Fall verzichtet, daß eine gütliche Lösung nicht gefunden werde. Diese Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. In ihr liegt kein Rechtsverstoß. Der Beklagten bleibt es aber unbenommen, dem Berufungsgericht die von der Revision in diesem Zusammenhang geltend gemachten Gesichtspunkte vorzutragen und sie für eine erneute Würdigung des Verhaltens der Klägerin auch unter dem Gesichtspunkt von Treu

und Glauben zur Geltung zu bringen. Unter diesem Gesichtspunkt könnte das Verhalten der Klägerin, wenn auch nicht als Verzicht auf ihr damals erwachsene Einwendungen, so doch mindestens insoweit von Bedeutung sein, als in Frage steht, ob die Beklagte auch noch im einzelnen Mängel der zweiten Partie unverzüglich rügen mußte oder ob sie einer solchen Rüge im Hinblick auf die Empfehlungen der Klägerin enthoben war.

III. Zusammenfassend ergibt sich: Die Revision der Beklagten ist insoweit unbegründet, als das Berufungsgericht der Klage entsprochen hat. Insoweit ist das Rechtsmittel zurückzuweisen. Dagegen ist auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als es die Abweisung der Hilfswiderklage bestätigt hat.

Entsprechend der Verurteilung der Beklagten hat diese die Hälfte der bisher entstandenen Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Entscheidung über die übrigen Kosten hängt von der Entscheidung über die Widerklage ab und ist daher von dem Berufungsgericht zu treffen.

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Mormann