

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 284, 286, 433, 480

Der Verkäufer einer Gattungssache gerät in Verzug, wenn der Käufer mangelhafte Ware zurückweist und Nachlieferung verlangt.

BGH, Urt. v. 22. Mai 1985 - VIII ZR 140/84 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 140/84

URTEIL

Verkündet am
22. Mai 1985
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma V [REDACTED] Heinrich H [REDACTED] GmbH & Co., vertreten durch
die Firma H [REDACTED]-Betriebsgesellschaft mbH, diese vertreten
durch die Geschäftsführer Dieter B [REDACTED], Winfried L [REDACTED],
Richard K [REDACTED] und Karl-Heinz A [REDACTED], W [REDACTED]straße 15 in
K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma S [REDACTED] Sportartikel GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Helmut K [REDACTED], S [REDACTED]straße 40 in T [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

9

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Zülch

beschlossen:

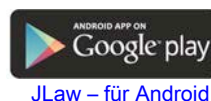
Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 10. April 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 3.277,26 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Die Klägerin ist ein Versandhandelsunternehmen, die Beklagte vertreibt vorwiegend in Italien hergestellte Schuhe. Am 15. Januar 1981 bestellte die Klägerin aufgrund eines vorgelegten Musters bei der Beklagten 300 Paar Wanderschuhe. Die Beklagte lieferte die Schuhe am 16. März 1981 und die Klägerin bezahlte den Rechnungsbetrag (abzüglich 3 % Skonto) von 17.443,04 DM. Aufgrund einer Stichprobenuntersuchung beanstandete sie schriftlich und telefonisch bei der Beklagten verschiedene Mängel. Die Beklagte nahm die Sendung zurück und schickte am 8. April 1981 eine Ersatzlieferung, die die Klägerin am 13. April 1981 erneut als mangelhaft beanstandete und der Beklagten unter Fristsetzung bis 27. April 1981 zurückschickte. Ende April oder Anfang Mai 1981 einigten sich die Parteien auf eine erneute Nachlieferung, die neu produziert und der Klägerin zu einem Mehrpreis von 4 DM pro Paar am 10. Mai 1981 zur Verfügung stehen sollte. Außerdem erteilte die Klägerin der Beklagten zwei weitere Aufträge über 605 Paar Schuhe.

Die Ersatzlieferung ging am 19. Mai 1981 bei der Klägerin ein. Bei der Eingangskontrolle wurden wiederum Mängel festgestellt. Am 27. Mai 1981 schrieb die Klägerin der Beklagten unter anderem:

"Nachdem Ihre Lieferung über 300 Paar Da.- + He.-Wanderschuhe, ... nunmehr zum 3. Male in nicht einwandfreier Qualität erfolgt ist, stornieren wir hiermit alle unsere noch laufenden Aufträge. ..."

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung von
37.774,80 DM nebst Zinsen und zwar

Rückzahlung des Kaufpreises von	17.443,04 DM,
entgangenen Gewinn in Höhe von	15.624,-- DM,
Ersatz der Kosten	
für "Vertröstungen" der Kunden, die wegen der wiederholten als mangelhaft zurückgewiesenen Lieferungen der Beklagten nicht rechtzeitig beliefert werden konnten, in Höhe von	3.277,26 DM,
für "Kundenabsagen" nach Scheitern der Vertragsdurchführung	400,50 DM
sowie für die aufgrund der gescheiterten Lieferversuche der Beklagten erforderlich gewordene Änderung des bereits fertiggestellten Versandkataloges 8/81 von	1.030,-- DM

Schadensersatzforderung insgesamt:	37.774,80 DM.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht führt aus: Etwaige Mängel der Lieferung vom 19. Mai 1981 gälten gemäß § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt, weil sie von der Klägerin nicht ordnungsgemäß gerügt worden seien. Zwar habe sich die Klägerin in Nr. 10 ihrer auf der Rückseite des auch von der Beklagten unterschriebenen Bestellformulars abgedruckten Allgemeinen Einkaufsbedingungen von ihrer Untersuchungs- und Rügelast gemäß §§ 377, 378 HGB in vollem Umfang freigezeichnet, diese Klausel halte aber einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand. Die im Schreiben der Klägerin vom 27. Mai 1981 enthaltene Mängelrüge sei möglicherweise verspätet, jedenfalls aber mangels hinreichender Bestimmtheit zur Wahrung der Gewährleistungsansprüche ungeeignet; daß die Klägerin schon vor dem 27. Mai 1981 eine telefonische Mängelrüge erhoben habe, sei nicht bewiesen. Ein arglistiges Verschweigen der Mängel durch die Beklagte gemäß § 377 Abs. 5 HGB liege nicht vor. Die als Verzugsschaden geltend gemachten Kosten für "Vertröstungen" und "Absagen" der Kunden in Höhe von 3.677,76 DM seien hinsichtlich des nach Ansicht des Berufungsgerichts allein in Betracht kommenden Zeitraumes vom 10. bis 19. Mai 1981 nicht hinreichend spezifiziert worden.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben nur zum geringen Teil, nämlich hinsichtlich eines Betrages von 3.277,26 DM (Kosten für "Vertröstungen" der Kunden) Erfolg.

I. Die Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises, auf Ersatz entgangenen Gewinns, der Kosten für "Kundenabsagen" sowie der Änderung des Verkaufskataloges:

Mit diesen Ansprüchen begehrt die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages vom 15. Januar 1981 mit der Begründung, die am 19. Mai 1981 eingegangene Ersatzlieferung der Beklagten, auf die sich die Parteien anstelle der vorangegangenen, von der Klägerin als mangelhaft zurückgewiesenen Schuhlieferungen geeinigt hatten, habe wiederum nicht den Bestellmustern entsprochen, sei damit erneut mangelhaft und für den Weiterverkauf ungeeignet gewesen.

1. Grundlage für diese Ansprüche sind die §§ 494, 480 Abs. 2, 463 BGB. Als "Eigenschaft" der Schuhe, deren Fehlen die Schadensersatzpflicht der Beklagten begründen könnte, kommt nur die von der Klägerin als nicht ordnungsgemäß und nicht mustergetreu beanstandete Beschaffenheit der Schuhe, insbesondere deren Verarbeitung, nicht dagegen der Umstand in Betracht, daß sie angeblich nicht aus einer "neuen" Produktionsserie stammten. Ob bei Schuhen, die nach Muster neu angefertigt werden sollen, die Herkunft aus einer bestimmten Produktionsserie überhaupt eine "Eigenschaft" sein kann, bedarf keiner Entscheidung, denn dem Vorbringen der Klägerin ist nicht zu entnehmen, daß die Beklagte über die Eigenschaften des Musters hinaus die Herkunft aus einer "neuen" Produktionsserie zugesichert (§§ 459 Abs. 2,

463 BGB) hat. Anlaß und Zweck der Vereinbarung über die Neuproduktion der Ersatzlieferung war nach dem Vortrag der Klägerin, erneute Mängel bei der Ersatzlieferung möglichst auszuschließen. Bei dieser Sachlage kann mangels besonderer Anhaltspunkte nicht angenommen werden, daß die Beklagte für die Herkunft der Anfang Mai 1981 nachzuliefernden Schuhe aus einer bestimmten ("neuen") Produktionsserie als besondere Vertragspflicht - unabhängig von der Mustergerechtigkeit der Schuhe - hätte eintreten wollen.

Aus § 463 BGB könnte der Klageanspruch jedenfalls insoweit hergeleitet werden, als die Klägerin im Wege des sogenannten großen Schadensersatzes Rückzahlung des Kaufpreises (vgl. insoweit BGB-RGRK/Mezger, § 463 Rdn. 14; Erman/H. Weitnauer vor § 459 Rdn. 45 a; Streck JZ 1979, 398, 399 vor Nr. 5 - jeweils m.Nachw.) und Ersatz entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) begehrt. Ob das gleiche auch für die Ansprüche auf Ersatz der Kosten für "Kundenabsagen" und die Katalogänderung gilt, oder ob es sich bei den Kosten dieser durch die angebliche erneute Mangelhaftigkeit der Ersatzlieferung veranlaßten Aufwendungen der Klägerin um Mangelfolgeschäden handelt, die nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zu ersetzen wären, kann dahinstehen, wenn die Auffassung des Berufungsgerichts zutreffend ist, daß die Klägerin die angeblichen Mängel der Lieferung vom 19. Mai 1981 nicht ordnungsgemäß gerügt hat und die Ware daher nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gilt. Denn die Unterlassung einer nach § 377 Abs. 1 HGB gebotenen Mängelrüge hat zur Folge,

daß die Ware als in jeder Hinsicht vertragsgemäß anzusehen ist, der Käufer also aus ihrer Mangelhaftigkeit keinerlei Rechte, mithin auch keine Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, herleiten kann (Senatsurteil BGHZ 66, 208, 212 unter II 2 b).

2. Daß es sich bei der Lieferung vom 19. Mai 1981 um eine anstelle vorangegangener, von der Klägerin als mangelhaft zurückgewiesener Lieferungen vereinbarte Nachlieferung (§ 480 Abs. 1 BGB) handelte, entband die Klägerin nicht von ihrer Rügeobliegenheit. Auch wenn schon die vorangegangenen Lieferungen mangelhaft gewesen und diese Mängel von der Klägerin rechtzeitig gerügt worden sein sollten, war die Klägerin gehalten, die angeblichen Mängel der Nachlieferung, aus denen sie ihre hier behandelten Ansprüche herleitet, wiederum ordnungsgemäß zu rügen (Senatsurteil vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 244/81 = WM 1983, 339, 341).

3. Ohne Bedeutung in diesem Zusammenhang ist ferner, daß es sich vorliegend um einen Kauf nach Muster (§ 494 BGB) gehandelt hat. Auch in einem derartigen Fall, in dem die Eigenschaften des Musters als zugesichert gelten (§ 459 Abs. 2 BGB), obliegt es dem Käufer, etwaige Abweichungen vom Muster bei Entgegennahme der Lieferung zu rügen (vgl. Senatsurteile vom 27. April 1977 - VIII ZR 141/75 = LM HGB § 377 Nr. 19 = WM 1977, 821 und vom 30. Januar 1985 - VIII ZR 238/83 = WM 1985, 518, 520).

4. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, einer Mängelrüge der Klägerin hätte es deswegen nicht bedurft, weil es sich bei der am 19. Mai 1981 bei der Klägerin eingetroffenen Ware um eine offensichtlich nicht genehmigungsfähige Falschlieferung (§ 378 2. Halbs. HGB) gehandelt habe. Bei dieser Lieferung, die vereinbarungsgemäß aus einer Neuproduktion stammen sollte, habe es sich nach der unter Beweis gestellten Behauptung der Klägerin in Wahrheit um nachgearbeitete ("nachgefinishte") Schuhe aus einer früheren Produktion gehandelt.

Zweifelhaft ist bereits, ob, wenn die Behauptung der Klägerin richtig ist, überhaupt eine Falschlieferung in Betracht kommt. Voraussetzung dafür wäre, daß die erbrachte Leistung von der geschuldeten gegenständlich verschieden war (Senatsurteil vom 16. Mai 1984 - VIII ZR 40/83 = WM 1984, 1059, 1060). Die Beklagte hatte von Anfang an neu produzierte Schuhe mit bestimmten, aufgrund eines Musters festgelegten Eigenschaften zu liefern; daran änderte sich auch durch die Vereinbarung über die Nachlieferung nichts. Sie hat am 19. Mai 1981 auch tatsächlich neu produzierte, nach dem Muster angefertigte Schuhe geliefert. Ob die zusätzliche Vereinbarung, die Nachlieferung solle aus einer "Neuproduktion" (gemeint sein kann nur: aus einer anderen und späteren Produktionsserie als die bisher gelieferten Schuhe) stammen, die für die geschuldete Lieferung maßgebliche Gattung derart eingrenzen konnte, daß eine Artabweichung vorläge, wenn die gelieferten Schuhe nicht aus einer "neuen", sondern einer

früheren Produktion gestammt hätten, erscheint fraglich. Abschließend braucht dies indessen nicht entschieden zu werden, denn die Rüge scheitert jedenfalls daran, daß die - unterstellte - Artabweichung nicht "offensichtlich" war. Die Vorschrift des § 378 HGB ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. Urteil vom 20. April 1977 - VIII ZR 141/75 = LM HGB § 377 Nr. 19 = WM 1977, 821) als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Unter diesem Blickwinkel fehlt es sowohl im Vortrag der Klägerin als auch sonst an jedem Anhaltspunkt dafür, daß die am 19. Mai 1981 gelieferten - nach dem Muster neu angefertigten - Schuhe allein deswegen, weil sie angeblich aus einer früheren und nicht einer "neuen" Produktionsserie stammten, derart krass von der geschuldeten Gattung abwichen, daß eine Genehmigung vernünftigerweise als schlechthin ausgeschlossen erscheinen konnte. Auch die Revision vermag keine hierfür sprechenden Gesichtspunkte aufzuzeigen. Die Vereinbarung über die "Neuproduktion" der Ersatzlieferung wurde, wie bereits ausgeführt, getroffen, um erneute Mängel bei der Ersatzlieferung möglichst auszuschließen. Es spricht daher im Gegenteil nach den Umständen alles dafür, daß die am 19. Mai 1981 gelieferten Schuhe, hätten sie dem Muster entsprochen und wären sie auch sonst mängelfrei gewesen, von der Klägerin genehmigt worden wären, einerlei ob es sich um "neu" oder schon früher produzierte Schuhe gehandelt hätte.

5. Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, einer Mängelrüge habe es gemäß § 377 Abs. 5 HGB deswegen nicht bedurft, weil die Beklagte der Klägerin arglistig vorgespiegelt habe, die am 19. Mai 1981 angelieferten Schuhe stammten aus einer "neuen" Produktionsserie. Dieser Angriff geht schon deswegen fehl, weil die Beklagte, wie bereits unter I 1 dargelegt, die Herkunft der Schuhe aus einer bestimmten Produktionsserie nicht zugesichert (§§ 459 Abs. 2, 463 BGB) hat. Ist daher der Umstand allein, daß die Schuhe nach der Behauptung der Klägerin aus einer früheren Produktion stammten, schon nicht zur Begründung von Gewährleistungsansprüchen geeignet, so kommt es nicht mehr darauf an, ob dieser Umstand ordnungsgemäß gerügt wurde oder ob die Rüge wegen angeblicher Arglist der Beklagten entbehrlich war. Erst recht ist unerheblich, ob die Klägerin ein arglistiges Verhalten der Beklagten überhaupt hinreichend dargelegt hat.

6. Auch Nr. 10 der zum Vertragsinhalt gewordenen Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin enthob diese nicht der Notwendigkeit, die Mängel der Ersatzlieferung zur Erhaltung ihrer Gewährleistungsansprüche unverzüglich zu rügen. Die Klausel lautet in ihrem hier maßgeblichen Teil:

"Durch Bezahlung der Rechnung wird kein Anerkenntnis erklärt, daß die Ware bestellt, vollständig oder mängelfrei ist, und auf Rechte aus verspäteten Lieferungen nicht verzichtet. In Abänderung der §§ 377, 378 HGB ist H. (die Klägerin) zur Untersuchung der Ware und Öffnung der Verpackungen nicht verpflichtet.

Alle Qualitätsmängel, Mengen- und Maßdifferenzen gelten als versteckte Mängel und verpflichten den Lieferanten zur Gewährleistung, auch wenn Mängel erst durch die Endabnehmer festgestellt werden. ..."

Das Berufungsgericht nimmt zwar an, die Klägerin habe sich hierdurch von jeglicher Untersuchungs- und Rügelast freigezeichnet (BU 8), diese Auslegung ist aber mit dem Wortlaut und Sinn der Klausel unvereinbar. Ausdrücklich ist in der Klausel nur vom Ausschluß der Untersuchungs- nicht auch der Rügelast die Rede. Dementsprechend heißt es im zweiten Satz der Klausel, daß die §§ 377, 378 HGB "abgeändert" nicht dagegen ausgeschlossen werden. Daß sich die Klägerin von der Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge auch dann freizeichnen wollte, wenn sie - wie im vorliegenden Fall - die Mängel erkannt hat, kommt im Wortlaut der Klausel an keiner Stelle zum Ausdruck. Dies ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem letzten Satz der Klausel, wonach alle Qualitätsmängel usw. als versteckte Mängel gelten. Auch sogenannte verdeckte Mängel müssen, um den Verlust der Gewährleistungsansprüche zu vermeiden, unverzüglich gerügt werden, nachdem sie entdeckt worden sind (§ 377 Abs. 3 HGB). Dafür, daß die Klägerin sich auch dann von der Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge freizeichnen wollte, fehlt auch ein einleuch-

tender Grund. Nach ihrer eigenen Darstellung in der Berufungs- und Revisionsbegründung soll durch die Klausel den Besonderheiten des Versandhandels Rechnung getragen werden; im Unternehmen der Klägerin, das Tausende von Artikeln anbiete, gingen täglich umfangreiche und vielfältige Lieferungen ein, so daß eine rechtzeitige und ausreichende Untersuchung nicht oder doch nicht in jedem Falle möglich sei. Diese Umstände mögen - was hier nicht zu entscheiden ist - eine Einschränkung der Untersuchungslast rechtfertigen, für einen Ausschluß der Rügelast auch in den Fällen, in denen die Ware untersucht und als mangelhaft erkannt worden ist, bieten sie keinen einleuchtenden Anlaß. Die Klausel wird daher - wie in der Revisionsbegründung klargestellt ist - auch von der Klägerin selbst dahingehend aufgefaßt, daß lediglich die Untersuchungs-, nicht hingegen - bei erkannten Mängeln - auch die Rügelast abbedungen werden soll.

Da die Klausel somit schon ihrem Inhalt nach die Klägerin nicht von ihrer Obliegenheit entband, die erkannten Mängel der Ersatzlieferung unverzüglich zu rügen, kommt es nicht darauf an, ob sie der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhält.

7. Die mit Schreiben vom 27. Mai 1981 erhobene Mängelrüge hat das Berufungsgericht als zu unbestimmt und daher zur Wahrung der Rechte der Klägerin ungeeignet angesehen. Auch diese Annahme bekämpft die Revision ohne Erfolg.

Die Mängelrüge muß, wie der Senat im Urteil vom 21. Juni 1978 (VIII ZR 91/77 = LM HGB § 377 Nr. 21 = WM 1978, 1052, 1053) im einzelnen dargelegt hat, den Verkäufer in die Lage versetzen, aus seiner Sicht und Kenntnis der Dinge zu erkennen, in welchen Punkten und in welchem Umfang der Käufer die gelieferte Ware als nicht vertragsgemäß beanstandet. Ferner soll sie dem Verkäufer ermöglichen, die Beanstandungen zu prüfen und gegebenenfalls abzustellen, und ihn gleichzeitig gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer schützen. Aus diesen Gründen muß die Mängelrüge Art und Umfang der Beanstandungen zumindest in allgemeiner Form benennen. Diesen Mindestanforderungen einer ordnungsgemäßen Mängelrüge genügt das Schreiben der Klägerin vom 27. Mai 1981, in dem es lediglich heißt, die Lieferung sei "nunmehr zum 3. Mal in nicht einwandfreier Qualität erfolgt ...", in keiner Weise. Sie läßt, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, insbesondere nicht erkennen, ob es sich um dieselben Mängel wie bei den ersten beiden Lieferungen handelte oder nicht. An der fehlenden Bestimmtheit der Mängelrüge ändert entgegen der Ansicht der Revision auch der Umstand nichts, daß die Lieferung vereinbarungsgemäß aus einer "neuen" Produktion stammen sollte. Auch wenn dies, wie die Klägerin behauptet, nicht der Fall gewesen sein sollte, war das aus der Formulierung der Mängelrüge für die Beklagte nicht erkennbar.

Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht mit Recht dahinstehen lassen, ob die mit Schreiben vom 27. Mai 1981 erfolgte Rüge "unverzüglich" (§ 377 Abs. 1 und 3 HGB) erfolgt ist, was angesichts der weiteren Feststellung, daß die Klägerin die Mängel "sofort" nach der Anlieferung der Ware am 19. Mai 1981 entdeckt hat, zweifelhaft erscheint.

8. Das Berufungsgericht hat sich ferner aufgrund der erhobenen Beweise nicht davon überzeugen können, daß die Klägerin die Mängel bereits vor dem 27. Mai 1981 telefonisch bei der Beklagten gerügt hat. Es setzt sich dabei eingehend mit den Aussagen der vernommenen Zeugen und den sonstigen Indizien auseinander und berücksichtigt alle entscheidungserheblichen Umstände; die Einzel- sowie die Gesamtwürdigung des Berufungsgerichts ist jedenfalls vertretbar. Insgesamt lassen diese auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Ausführungen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Angriffe der Revision laufen darauf hinaus, in unzulässiger Weise die eigene Beweismwürdigung anstelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen.

9. Mangels einer ordnungsgemäßen Mängelrüge kann somit die Klägerin aus der angeblichen Fehlerhaftigkeit der Lieferung vom 19. Mai 1981 keine Schadensersatzansprüche herleiten (§ 377 Abs. 2 HGB).

II. Die Revision beanstandet indessen mit Recht, daß das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht der Klägerin auch den Anspruch auf Ersatz der Kosten für "Kundenvertröstungen" aberkannt hat. Die hierfür nach der Behauptung der Klägerin entstandenen Kosten von 3.277,26 DM haben ihre Ursache nicht, wie die unter I behandelten Ansprüche, in der Mangelhaftigkeit der Ersatzlieferung vom 19. Mai 1981, sondern darin, daß die vorangegangenen Lieferungen der Beklagten von der Klägerin als mangelhaft zurückgewiesen wurden und die Klägerin daher außerstande war, die zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden und in der Folgezeit eingehenden Kundenbestellungen alsbald zu erfüllen. Als Grundlage des Anspruches auf Ersatz der für die "Vertröstungen" der Kunden entstandenen Kosten kommt, wie das Berufungsgericht an sich richtig gesehen hat, § 286 BGB in Betracht. Daß das Berufungsgericht in diesen Anspruch auch die Kosten für die Kunden *a b s a g e n* (400,50 DM) miteinbezogen hat - vgl. dazu zuvor unter I -, beruht offenbar auf einem Versehen.

1. § 480 Abs. 1 BGB gewährt dem Käufer einer Gattungssache außer der Wandelung und der Minderung auch einen Anspruch auf Nachlieferung einer fehlerfreien Sache. Ist die gelieferte Sache mangelhaft, so handelt es sich um einen untauglichen Erfüllungsversuch des Verkäufers, den der Käufer zurückweisen kann. Der Nachlieferungsanspruch ist der nach wie vor bestehende Erfüllungsanspruch des Käufers (Senatsurteile vom 10. Janu-

ar 1958 - VIII ZR 412/56 = LM BGB § 480 Nr. 2 = NJW 1958, 418 = MDR 1958, 232 m.zust.Anm. Hefermehl MDR 1958, 916 und vom 26. Oktober 1960 - VIII ZR 150/59 = LM BGB § 480 Nr. 3 = NJW 1961, 117). Daraus folgt, daß der Verkäufer in Leistungsverzug gerät, wenn er mangelhafte Ware liefert und der Käufer diese Ware zu Recht zurückweist und Nachlieferung verlangt, d.h. auf vertragsgemäßer Erfüllung besteht; in dem Nachlieferungsverlangen liegt die Mahnung im Sinne von § 284 BGB (RG JW 1904, 198 = Recht 1904 Nr. 1026; JW 1905, 17 = SeuffA 60 Nr. 185 S. 348; RGZ 123, 212, 215; Oertmann, § 480 Anm. 2 a, b und e sowie 3 eß; Planck, 4. Aufl., § 480 Anm. 1 c; Soergel/Siebert/Ballerstedt, § 480 Anm. 1; Staudinger/Honsell, § 480 Rdn. 8 a.E.; Erman/H. Weitnauer, § 480 Rdn. 6; BGB-RGRK/Mezger, § 480 Rdn. 1; Larenz aaO, Streck JZ 1979, 398, 400; vgl. auch Senatsurteil vom 10. Juni 1970 - VIII ZR 225/68 = NJW 1970, 1502 = WM 1970, 958).

2. Ein Anspruch der Klägerin aus § 286 Abs. 1 BGB, der auch bei gegenseitigen Verträgen neben § 326 BGB gilt, kommt nach dem festgestellten Sachverhalt in Betracht. Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Mängelrüge hinsichtlich der Lieferung vom 19. Mai 1981 würde den Bestand dieses Anspruchs nicht berühren. Durch die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB werden - wie unter I 1 ausgeführt - nur Ansprüche aus der Fehlerhaftigkeit der Ersatzlieferung vom 19. Mai 1981, nicht aber Ansprüche aus der verspäteten Erfüllung der bereits zum 16. März 1981, dem

Zeitpunkt der ersten, von der Klägerin als mangelhaft zurückgewiesenen Lieferung, geschuldeten Leistung berührt, um die es hier geht.

3. Dieser Anspruch ist entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch nicht auf die in dem Zeitraum zwischen dem 10. und 19. Mai 1981 entstandenen Kosten beschränkt. Daß die Parteien, worauf das Berufungsgericht abhebt, unstreitig als Zeitpunkt für die letzte Ersatzlieferung den 10. Mai 1981 vereinbarten, gibt für die Annahme des Berufungsgerichts nichts her. Soweit aufgrund der früheren, möglicherweise als fehlgeschlagene Erfüllungsversuche zu beurteilenden, von der Klägerin zurückgewiesenen Lieferungen der Beklagten ein Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens entstanden ist, tritt er neben den fortbestehenden Erfüllungsanspruch der Klägerin (vgl. RGZ 123, 212, 215; Staudinger/Honsell, § 480 Rdn. 8 a.E.; MünchKomm/H.P. Westermann, § 480 Rdn. 6 a.E.; Streck JZ 1979, 398, 400). Insoweit kann in dem hier in Betracht kommenden Fall der mangelhaften, weil nicht vertragsgemäßen Lieferung des Verkäufers und deren Zurückweisung durch den Käufer nichts anderes gelten, als wenn der Verkäufer überhaupt nicht geliefert hätte (vgl. dazu BGHZ 88, 46, 49; Palandt/Heinrichs, § 286 Anm. 2 a, § 326 Anm. 2 b und 8; Erman/Battes, § 286 Rdn. 1).

Anders könnte es nur sein, wenn in der Vereinbarung der Nachlieferung zum 10. Mai 1981 gleichzeitig ein Verzicht der

Klägerin (§ 397 BGB) auf etwaige Ansprüche auf Ersatz des bereits entstandenen und noch entstehenden Verzögerungsschadens zu sehen wäre. Ein derartiger Verzicht wird nur in Ausnahmefällen und bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte in Betracht kommen (vgl. Senatsurteil vom 10. Januar 1983 - VIII ZR 244/81 = WM 1983, 339, 341 vor II). Im vorliegenden Falle steht einer derartigen Annahme die im Tatbestand des Landgerichtsurteils, auf den das Berufungsgericht Bezug nimmt, erwähnte Korrespondenz zwischen den Parteien, insbesondere das Schreiben der Klägerin vom 13. April 1981 entgegen, worin die Klägerin der Beklagten ankündigte, sie mit den ihr bisher entstandenen Kosten zu belasten.

Da somit die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne Ersatz des Verspätungsschadens allenfalls für die Zeit ab 10. Mai 1981 verlangen, von Rechtsirrtum beeinflusst ist, kann auch die Aberkennung des Verzögerungsschadens, die das Berufungsgericht damit begründet, daß die Klägerin ihren Schaden nicht hinsichtlich des allein in Betracht kommenden Zeitraums vom 10. bis 19. Mai 1981 aufgeschlüsselt habe, keinen Bestand haben.

4. Eine Entscheidung in der Sache ist dem erkennenden Senat nicht möglich, da es hierzu noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, insbesondere dazu, ob die vorangegangenen Lieferungen - was die Beklagte bestreitet - tatsächlich mangel-

haft waren, ob die Mängel ordnungsgemäß und rechtzeitig gerügt wurden, ob es sich bei den Aufwendungen für die "Vertröstungen" der Kunden um Maßnahmen handelte, die die Klägerin nach den Umständen als erforderlich ansehen durfte, um ein "Abspringen" der Kunden zu verhindern (vgl. BGHZ 66, 182, 192; BAG Urteil vom 7. Mai 1976 - 3 AZR 323/75 = JZ 1976, 721; BGH Urteil vom 6. April 1979 - I ZR 94/77 = NJW 1979, 2197), und zur Höhe des geltend gemachten Schadens. Der Rechtsstreit war daher im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch