

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu III. der Entscheidungsgründe

BGHR: ja

BGB § 276 Hb; HGB § 377

- a) Unterläßt es der Verkäufer, der im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung zur Verarbeitung durch den Käufer Ware liefert, diesen auf die geänderte, wenngleich nicht mangelhafte, Beschaffenheit der Ware hinzuweisen, kann darin eine positive Vertragsverletzung liegen. Hieraus folgende Schadensersatzansprüche des Käufers sind nicht davon abhängig, daß er die geänderte Beschaffenheit unverzüglich rügt.
- b) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn Nichterweislichkeit hinsichtlich der Frage besteht, ob die Ware infolge der geänderten Beschaffenheit mangelhaft war.

BGH, Urt. v. 31. Mai 1989 - VIII ZR 140/ 88 - OLG Bamberg
LG Schweinfurt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 140/88

URTEIL

Verkündet am:
31. Mai 1989
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma H[REDACTED]-Pack GmbH Verpackungstechnik, gesetzlich
vertreten durch den Geschäftsführer Heribert Wa[REDACTED],
He[REDACTED] Straße in Sch[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Wellpappen- und Papierfabrik A[REDACTED], Zweigniederlassung der
Papierwerke Ha[REDACTED] KGaA, diese vertreten durch die per-
sönlich haftende Gesellschafterin Ha[REDACTED] Verwaltungs-GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Dr. Walter Ha[REDACTED],
M[REDACTED]weg [REDACTED] in A[REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

WI

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 2. März 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin lieferte der Beklagten über längere Zeit Wellpappe einer bestimmten Qualität. Diese Ware bestand aus drei Schichten: der Außendecke, der Feinwelle und der Innendecke. Die von der Beklagten bezogene Pappe sollte vereinbarungsgemäß eine Testliner-Innendecke im Gewicht von 190 g/qm haben. Ab Oktober 1984 verwendete die Klägerin jedoch eine andere Testliner-Innendecke mit einem geringeren Gewicht, nach ihrer Behauptung von 170 g/qm. Gleichwohl erhielten ihre durch Bestellungen der Beklagten vom 4. Februar



bis 19. April 1985 veranlaßten Auftragsbestätigungen die unrichtige Angabe des früheren Testliner-Gewichts. Für Wellpappeplatten mit niedrigerem Gewicht stellte die Klägerin der Beklagten vom 6. Februar bis 30. April 1985 insgesamt 126.319,08 DM in Rechnung.

Die Beklagte, die Verpackungen für die Industrie herstellt, hat die gelieferte Wellpappe verarbeitet. Nachdem Kunden Bestellungen annulliert hatten und ein geringeres Flächengewicht festgestellt worden war, rügte sie mit Fernschreiben vom 30. April 1985, daß ihr bereits seit Monaten Ware mit einer Testliner-Innendecke von nur 160 g geliefert worden sei; dies habe sie auch bei der am selben Tag eingegangenen Lieferung festgestellt.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin Zahlung des noch offenen Rechnungsbetrags von 126.319,08 DM nebst Zinsen und beantragt Feststellung, daß der Beklagten die von ihr geltend gemachten Gegenansprüche nicht zustehen.

Die Beklagte stützt ihren Klageabweisungsantrag darauf, daß die gelieferte Wellpappe nicht vertragsgemäß gewesen sei. Die vertragswidrige Gewichtsermäßigung um 12 % rechtfertige einen entsprechenden Nachlaß auf den Preis der von Oktober 1984 bis April 1985 gekauften Ware; bei einem Umsatz von 225.998,55 DM ergebe sich ein Betrag von 27.119,83 DM. Außerdem stünden ihr Schadensersatzansprüche zu:

Aufgrund des Mangels seien ihr Aufträge über etwa 40.000 DM entzogen worden und dadurch ein Gewinn von 4.000 DM entgangen. Sie habe für diese Aufträge bereits Stanzwerkzeuge fertigen lassen, was - nutzlose - Unkosten von 2.411 DM verursacht habe. In der Zeit vom 9. Januar bis 13. Februar 1985 seien ihr weitere Aufträge entgangen, für die bereits Vorkosten von 5.600 DM entstanden gewesen seien. Die für diese Aufträge bestimmte Wellpappe habe sie dann zwar zur Erfüllung anderer Bestellungen verwenden können. Dabei seien jedoch Verschnitt- und Zuschneidekosten von 4.000 DM angefallen. Wegen von der Firma S. entzogener Aufträge für ein ganzes Jahr habe sie einen weiteren Gewinnverlust von 48.000 DM erlitten. Ein zusätzlicher Schaden über 20.000 DM sei ihr dadurch entstanden, daß sie mit der mangelhaften Wellpappe mindestens 100 Muster-Verpackungen gefertigt habe, ohne daß es zu entsprechenden Bestellungen gekommen sei. Mit der Gesamtforderung von 111.130,83 DM (darin ist der Betrag von 27.119,83 DM enthalten) zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt also von 126.689,15 DM, rechne sie gegen die Klageforderung auf.

Darüber hinaus rechne sie hilfsweise mit einem weiteren Schadensersatzanspruch in Höhe von 108.098,79 DM auf. Dieser ergebe sich daraus, daß sie wegen der mangelhaften Lieferungen gegenüber ihrem Hauptkunden eine an sich gebotene Preiserhöhung nicht habe durchsetzen können.

Das Landgericht hat der Klage - mit Ausnahme eines geringen Teils der Zinsforderung - antragsgemäß stattgegeben, das Oberlandesgericht die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die

Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält den nach Grund und Höhe unbestrittenen Klageanspruch als Kaufpreisforderung nach § 433 Abs. 2 BGB für begründet. Die dagegen geltend gemachten Gewährleistungsansprüche stünden der Beklagten nicht zu. Das ergebe sich für die bis zum 29. März 1985 erfolgten Lieferungen schon daraus, daß die Beklagte keine rechtzeitige Mängelrüge erhoben habe. Hingegen sei die Lieferung vom 30. April 1985 noch mit Schreiben vom selben Tag beanstandet worden. Bezüglich der vorausgegangenen Lieferungen könne offenbleiben, ob die Gewichtsdivergenz von 20 bis 30 g/qm von einem Fachmann mit den Fingern erfüllt werden könne und ob die Beklagte die Herabsetzung des Gewichts bei der ihr möglichen und zumutbaren Prüfung auf andere Weise - etwa durch Nachwiegen auf einer Briefwaage - hätte feststellen können. Jedenfalls habe sie ihre Ansprüche dadurch verloren, daß sie das herabgesetzte Gewicht nicht unverzüglich nach Bekanntwerden gerügt habe (§ 377 Abs. 3 HGB). Wie die Zeugin Grosch bekundet habe, habe der Hauptkunde der Beklagten bereits ab Ende 1984 die gelieferten Verpackungen beanstandet. Mit Schreiben vom 27. Februar und 5. März 1985 seien ferner erteilte Bestellungen unter Hinweis auf Laboruntersuchungen annulliert worden. Zwar sei aus diesen Beanstandungen jeweils nicht deren Grund zu entnehmen gewesen. Bei dem sich daraus ergebenden Verdacht eines Mangels wäre die Beklagte jedoch gehalten gewesen, sich auf dem schnellsten

Weg über mögliche Fehler und ihre Ursachen Gewißheit zu verschaffen; nach Ablauf der hierfür zuzubilligenden Frist habe der Mangel als von der Beklagten entdeckt zu gelten. Darüber hinaus sei der Beklagten mit Schreiben vom 21. März 1985 der Erstmusterprüfbericht vom 13. März 1985 übersandt worden, der klar und deutlich ein zu niedriges Flächengewicht feststelle. Jedenfalls mit Zugang dieses Schreibens sei der Beklagten der gerügte Mangel bekannt gewesen und hätte unverzüglich angezeigt werden müssen. Daß der bis zum Rügeschreiben der Beklagten vom 30. April 1985 verstrichene Zeitraum von fast einem Monat auch unter Berücksichtigung der Osterfeiertage zu lang gewesen sei, bedürfe keiner weiteren Begründung. Ohne Erfolg berufe sich die Beklagte darauf, daß der Verstoß gegen die Rügeobliegenheit des § 377 HGB nicht zum Verlust deliktischer Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB führe. Im vorliegenden Fall sei keines der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt worden. Die Beklagte mache lediglich Vermögensschäden geltend; für die Annahme einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb fehle es an der erforderlichen Unmittelbarkeit.

Davon abgesehen - so meint das Berufungsgericht weiter - habe die Beklagte auch das Vorliegen eines Mangels nicht bewiesen. Dieser Beweis habe ihr unter dem Gesichtspunkt der Beweislast und der Beweisvereitelung obgelegen. Der vom Gericht bestellte Sachverständige, an dessen Sachkunde kein Zweifel bestehe, habe ausgeführt, bei der gelieferten Wellpappe habe es sich nicht um eine mindere, sondern eine andere Qualität gehandelt. Das Gewicht des Papiers müsse nicht ein entscheidender Faktor für die Stabilität der Ware sein. Vielmehr könne eine andere Zusammensetzung trotz

niedrigeren Gewichts zu einer Verbesserung der Qualität führen. Ohne Vorliegen prüfbarer Muster könne er die Frage nicht beantworten, ob die gelieferte Wellpappe gegenüber der Bestellung in ihrer Tauglichkeit eingeschränkt gewesen sei.

Schadensersatzansprüche gemäß § 463 BGB scheiden nach Ansicht des Berufungsgerichts deshalb aus, weil - was zu Lasten der Beklagten gehe - nicht festgestellt werden könne, daß der gelieferten Wellpappe eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe. Zwar habe die Wellpappe nach dem Inhalt der Auftragsbestätigungen der Klägerin eine Innendecke im Gewicht von 190 g/qm haben sollen, während die gelieferte Ware mit einem Testliner von allenfalls 170 g/qm versehen gewesen sei. Nicht jede bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen abgegebene Erklärung sei aber als Zusicherung einer Eigenschaft zu werten; insbesondere genüge nicht schon jede ernsthafte Angabe des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache. Allerdings habe die Klägerin hier in den Auftragsbestätigungen eine "Sonderqualität Feinwelle", also eine bestimmte Güte der Mittelschicht der Wellpappe genannt, die wohl als Zusicherung verstanden werden müsse. Daß die Klägerin aber darüber hinaus auch für alle sonstigen Angaben über die Beschaffenheit der weiteren Komponenten hätte einstehen wollen, könne weder dem Text der Auftragsbestätigungen entnommen werden noch seien dafür sonstige Anhaltspunkte dargetan worden oder ersichtlich. Schließlich hält das Berufungsgericht auch nicht für erwiesen, daß die behaupteten Schäden wegen widerrufener oder nicht erteilter Bestellungen und nicht durchzusetzender Preissteigerungen auf die Änderung des Testliner-Gewichts zurückzuführen seien. Auch insoweit würden die überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen

gelten, daß ohne vorliegende Muster nicht geprüft werden könne, ob die Gewichtsreduzierung die Stabilität der Wellpappe herabgesetzt hat.

II. 1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler Gewährleistungsansprüche der Beklagten verneint.

Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche entfallen sowohl dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 459, 462, 463 BGB nicht bewiesen sind, als auch bei nicht rechtzeitiger Rüge (vgl. den Aufriß der betroffenen Rechte bei Brüggemann in Staub, Großkomm. HGB, 4. Aufl., 1983, § 377 Rdn. 150). Beweisfälligkeit nimmt das Berufungsgericht für die - nicht abgenommene - rechtzeitig beanstandete Lieferung vom 30. April 1985 an; für die vorausgegangenen Lieferungen geht es von verspäteter Rüge aus.

a) Nach der Annahme der Kaufsache trägt der Käufer die Beweislast für das Vorliegen eines Fehlers (vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, § 459 BGB, Rdn. 8). Die Überzeugung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den Beweis nicht erbracht habe, ist nicht von Rechtsfehlern beeinflusst. Es entnimmt dem Gutachten und der Aussage des vom Gericht bestellten Sachverständigen Dihsmaier, daß das unstreitig reduzierte Gewicht der Wellpappe nicht zu einer schlechteren Qualität führen müsse. Das erlaubte ihm die Würdigung, der Beklagten sei der Beweis eines Mangels, also einer dem Käufer ungünstigen Abweichung (vgl. MünchKomm-H.P. Westermann, BGB, 2. Aufl., § 459 Rdn. 8, 11), nicht gelungen. Was die Revision demgegenüber ausführt, vermag keinen Würdigungs- oder Verfahrensfehler aufzuzeigen. Die von ihr

dem Gutachten entnommenen Passagen lassen die abschließende Würdigung durch das Berufungsgericht weder als widersprüchlich noch ergänzungsbedürftig erscheinen. Entgegen der Ansicht der Revision geht es auch nicht darum, ob nur "eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit" der Ware im Sinne von § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht kam, wofür den Verkäufer die Beweislast trifft (vgl. Baumgärtel aaO § 459 BGB Rdn. 13). Vielmehr hat das Berufungsgericht schon als nicht bewiesen angesehen, daß der Wert oder die Tauglichkeit der Ware zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch überhaupt gemindert war (§ 459 Abs. 1 Satz 1 BGB).

b) In bezug auf die Lieferung vom 30. April 1985 will das Berufungsgericht ersichtlich der Möglichkeit Rechnung tragen, daß die Beklagte die von ihr am selben Tag beanstandete Ware nicht angenommen hat und daher die Beweislast für die Fehlerfreiheit im Regelfall noch bei der Klägerin als Verkäuferin gelegen hätte. Esbürdet jedoch der Beklagten den Nachteil der nicht überwindbaren Beweisschwierigkeiten auf, weil sie durch Weiterverarbeitung und -verkauf der Wellpappe eine sachkundige Untersuchung unmöglich gemacht habe, obwohl ihr angesichts der erhobenen Beanstandungen zuzumuten gewesen wäre, wenigstens einen Teil der Wellpappe als Muster zurückzubehalten. Gegen diese Heranziehung des Gesichtspunkts der Beweisvereitelung (vgl. Zöllner/Stephan, ZPO, 15. Aufl., Rdn. 21 vor § 284, Rdn. 14 zu § 286) wendet sich die Revision ohne Erfolg mit Verfahrensrügen, § 286 ZPO. Sie meint, auch die Klägerin hätte Muster von den beanstandeten Zuschnitten zurückbehalten können. Außerdem habe die Beklagte die von ihr zurückbehaltenen Muster der

Forschungsstelle des Verbands der Wellpappenindustrie e.V. zur Verfügung gestellt. Das ändert nichts daran, daß es - soweit sie daraus Rechte herleiten will - Sache der Beklagten war, Proben von dem beanstandeten Material aufzuheben (vgl. auch Baumgärtel aaO § 459 BGB Rdn. 11). Die Revision verkennt überdies, daß nach dem Schreiben der Forschungsstelle vom 30. Oktober 1986, auf das sie sich bezieht, das dorthin übersandte Material erst etwa im April 1986 vernichtet worden ist; bereits am 29. Juli 1985 war der Beklagten aber der Mahnbescheid zugestellt worden, so daß es für sie nahegelegen hätte, sich jedenfalls ab diesem Zeitpunkt Beweismaterial für die angeblichen Mängel der Wellpappe zu sichern.

c) Auch soweit es Ersatzansprüche aus § 463 BGB verneint hat, ist das Berufungsgericht zutreffend von der Beweislast der Beklagten für die behauptete Zusicherung ausgegangen. Seine Erwägung, es sei "wohl" eine bestimmte Güte der Mittelschicht ("Sonderqualität Feinwelle") der Wellpappe als zugesichert anzusehen, indessen folge weder aus dem Text der Auftragsbestätigungen noch aus sonstigen Anhaltspunkten, daß die Klägerin darüber hinaus für alle sonstigen Angaben über die Beschaffenheit der weiteren Bestandteile hätte einstehen wollen, läßt keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen. Die Rüge der Revision, es bedeute eine willkürliche Trennung, nur hinsichtlich der mittleren Wellpappen-Lage eine Zusicherung anzunehmen, greift gegenüber der möglichen tatrichterlichen Würdigung nicht durch.

2. Unbeschadet der Frage, inwieweit es darauf für die Gewährleistungsansprüche überhaupt ankommt, lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur nicht rechtzeitig erhobenen Mängelrüge (§ 377 HGB) keinen Rechtsfehler erkennen. Jedenfalls seine Annahme, seit Zugang des Schreibens ihres Kunden vom 21. März 1985 mit dem Erstmusterprüfbericht vom 13. März 1985 sei der Beklagten das niedrigere Flächengewicht bekannt gewesen, ergibt einen klaren zeitlichen Anknüpfungspunkt. Der angebliche Mangel war nunmehr entdeckt und die Beklagte mußte ihrer Obliegenheit zur unverzüglichen Anzeige nachkommen (§ 377 Abs. 3 HGB). Die erst am 30. April 1985 erfolgte Rüge war nicht mehr rechtzeitig, was keiner weiteren Begründung bedarf und auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen wird. Die von der Revision ins Auge gefaßte Möglichkeit, daß es sich bei der beanstandeten Wellpappe um ein nicht genehmigungsfähiges aliud gehandelt habe (§ 378 HGB), führt sie nicht aus; der unstreitige und festgestellte Sachverhalt gibt dafür nichts her.

Die Versäumung der Rüge steht - wie schon erwähnt - Ansprüchen aus Sachmängelhaftung entgegen. Sie hat andererseits nicht den Verlust deliktischer Ansprüche wegen einer durch die Schlechtlieferung verursachten Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter des Käufers zur Folge (BGHZ 101, 337). Deliktische Ansprüche hat das Berufungsgericht indessen zutreffend verneint; dagegen wendet sich auch die Revision nicht.

III. Das Berufungsgericht hat jedoch den ihm unterbreiteten Sachverhalt materiell-rechtlich nicht unter allen

ernsthaft in Betracht kommenden Gesichtspunkten geprüft. Es hat auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Dort heißt es (Bl. 3 unten, 4 oben): "Mit Fernschreiben vom 30.4.1985 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß die von ihr gelieferte Qualität nicht mehr mit der Auftragsbestätigung übereinstimme, denn sie liefere "bereits seit Monaten" statt wie bestätigt 190 g Testliner Innendecke nur 160 g Testliner Innendecke, was sie bei der Anlieferung vom 29.4.1985 festgestellt habe. Die Klägerin teilte hierauf, sich dabei für die Nichtunterrichtung entschuldigend, der Beklagten mit, daß sie im Oktober 1984 generell ihre Qualitäten zur Erhöhung des Berstdruckes verbessern mußte, so daß sie bessere Testliner-Qualitäten einsetzte und daß trotz der Verringerung des Gewichtes damit eine bessere Qualität gegeben sei."

Darin, daß die Klägerin der Beklagten mehrere Monate lang Wellpappe lieferte, die - ohne nachweislich mangelhaft zu sein (s.o.) - nicht der vereinbarten Spezifikation entsprach, die Beklagte von der Produktumstellung aber nicht informierte, kann eine zum Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung liegen (unten 1). Daraus folgende Schadensersatzansprüche würden nicht voraussetzen, daß die Beklagte die abweichende Beschaffenheit im Sinne von § 377 HGB rechtzeitig gerügt hat (unten 2).

1. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß die gelieferte Wellpappe trotz der geänderten Zusammensetzung weder mangelhaft war noch ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlte. Der Verkäufer ist jedoch - zumal im Rahmen der hier anzunehmenden laufenden Geschäftsverbindung - nicht

nur verpflichtet, einwandfreie Ware zu liefern, sondern muß auch die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Nebenpflichten beachten (vgl. allgemein MünchKomm-Emmerich, BGB, 2. Aufl., Rdn. 103 vor § 275). Zu ihnen kann die Pflicht gehören, den Käufer über Änderungen der Produktbeschaffenheit unabhängig davon in Kenntnis zu setzen, ob die Änderung zur Mangelhaftigkeit führt. Es kann z.B. beim Käufer, der die Ware verarbeitet, eine Umstellung von Maschinen erforderlich sein oder - was in dieser Sache naheliegt - eine Information der Kunden des Käufers, um zu verhindern, daß diese die gelieferten Erzeugnisse wegen der Veränderung des Materials beanstanden. Die von der Beklagten geltend gemachten Aufrechnungspositionen können - mit Ausnahme der geltend gemachten Minderung in Höhe von 27.119,83 DM - Schäden betreffen, die auf einer Verletzung der Informationspflicht durch die Klägerin beruhen (Bereich der sog. Mangelfolgeschäden, vgl. BGHZ 77, 215, 218 f; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 3. Aufl., S. 164 ff). Dem steht nicht die Würdigung des Berufungsgerichts entgegen, es sei nicht bewiesen, daß die behaupteten Schäden wegen widerrufener oder nicht erteilter Bestellungen und nicht durchzusetzender Preissteigerungen auf die Änderung des Testliner-Gewichts zurückzuführen seien. Die Begründung im Berufungsurteil, es müßten auch insoweit die überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen gelten, daß ohne vorliegende Muster nicht geprüft werden könne, ob die Gewichtsreduzierung die Stabilität der Wellpappe herabgesetzt habe, besagt nichts darüber, ob jedenfalls die Belieferung der Beklagten mit geändertem Material, ohne sie davon zu informieren, die behaupteten Schäden verursacht hat.

Eine abschließende Entscheidung im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüche ist dem erkennenden Senat auch nicht teilweise möglich, weil es insoweit an den notwendigen tatrichterlichen Feststellungen fehlt. Die in Betracht kommenden Ansprüche übersteigen - bei Einbeziehung der hilfsweise zur Aufrechnung gestellten angeblichen Forderung von 108.098,79 DM - die Klageforderung, so daß beim gegenwärtigen Prozeßstand auch der Feststellungs-Ausspruch nicht aufrechterhalten werden kann, wonach der Beklagten gegen die Klägerin kein Anspruch zusteht.

2. Das angefochtene Urteil kann auch mit anderer Begründung nicht gehalten werden.

Anerkanntermaßen führt eine nicht rechtzeitige Rüge gemäß § 377 HGB unter Umständen auch zum Verlust von Schadensersatzansprüchen wegen positiver Vertragsverletzung. Es muß sich dabei jedoch um Schadensersatzansprüche handeln, die auf einem Mangel der Sache oder auf einer Falschlieferung beruhen, sich mithin als Gewährleistungsansprüche im weiteren Sinne darstellen (BGHZ 66, 208, 213 = LM HGB § 377 Nr. 17 m. Anm. Hiddemann; dazu Hönn BB 1978, 685, 687 f; vgl. auch Reinicke/Tiedtke aaO S. 206 unten, 207). Das ist hier nicht nachweislich der Fall. Dies geht zu Lasten des Verkäufers. Die Klägerin kann auf Gewährleistung schon deshalb nicht in Anspruch genommen werden, weil die Beklagte hinsichtlich der Voraussetzungen der Gewährleistung die Beweislast trägt und beweisfällig geblieben ist. Der mit § 377 HGB - auch - verfolgte Schutz des Verkäufers (vgl. BGHZ 101, 337, 345; s. auch Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 295) geht anderer-

seits nicht so weit, die Genehmigungsfiktion auf Verdacht eingreifen zu lassen. Daher kann der Verkäufer Ansprüchen des Käufers, die zwar mit der Beschaffenheit der Ware zusammenhängen, aber unabhängig von einem Mangel bestehen, nicht entgegenhalten, möglicherweise handele es sich bei der geänderten Beschaffenheit doch um einen Sachmangel, der nur nicht bewiesen sei. Allerdings hat der erkennende Senat ausgesprochen (BGHZ 88, 130 = LM BGB § 477 Nr. 39 m.Anm. Paulusch), daß der Schadensersatzanspruch des Käufers aus der schuldhaften Verletzung einer dem Verkäufer obliegenden Aufklärungs- oder Beratungspflicht über eine Eigenschaft des Kaufgegenstands, die keinen Mangel darstellt, jedenfalls dann in der kurzen Frist des § 477 Abs. 1 BGB verjähre, wenn von der Eigenschaft die Verwendungsfähigkeit der Kaufsache für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck abhängt. Hieraus lassen sich aber keine Gründe dafür herleiten, die Rügelast aus § 377 HGB auf Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu erstrecken, die auf unterlassene Aufklärung über die - nicht mangelhafte - geänderte Beschaffenheit der Ware gestützt werden. Die erweiternde Anwendung von § 477 BGB entspricht der Ausdehnung der Verkäuferhaftung über die klassische Gewährleistung hinaus und läßt sich systemgerecht verwirklichen. Die Ausdehnung der in § 377 HGB geregelten Rügeobliegenheit auf andere Eigenschaften als diejenigen, die einen Fehler darstellen oder Gegenstand einer Zusicherung sind, würde im Hinblick auf die rasch und scharf eingreifenden Wirkungen des § 377 HGB den Käufer unzumutbar belasten. Außerdem ist auch kein Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Anwendung von § 377 HGB ersichtlich, der die Anzeige des Mangels verlangt. In den hier interessierenden Fällen geht es typischerweise nicht um Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Beschaffenheit der Ware.

Das gilt für das unstreitig geringere Gewicht ebenso wie für die neutrale Ausstattung der Ware in dem vom Reichsgericht entschiedenen Sachverhalt RGZ 130, 379. Dort war infolge eines Versehens von Arbeitnehmern der Klägerin eine Anzahl Nähmaschinen mit ihrem Firmenschild geliefert worden, obwohl die Parteien neutrale Ausstattung vereinbart hatten. Das Reichsgericht hebt hervor, daß die gesetzlichen Rügevorschriften im Interesse des Verkäufers gegeben seien, der möglichst bald wissen solle, ob er das Geschäft als abgewickelt betrachten dürfe. Habe aber ein Verkäufer gegen eine im Vertrag mitvereinbarte Pflicht verstoßen, etwas geheimzuhalten, so könne die zeitliche Grenze, bis zu welcher der Käufer - nicht dies melden, sondern - seinen Schadensersatzanspruch erheben muß, nur nach den Verjährungsregeln und nach § 254 BGB bestimmt werden. Warum dann, wenn zufällig die Geheimhaltungspflicht durch ein an der Ware selbst angebrachtes Zeichen verletzt worden sei, unverzüglich nach deren Ablieferung oder nach Entdeckung des Zeichens eine Meldung erstattet werden müßte, leuchte nicht ein. Auf der anderen Seite habe der Käufer ein dringendes Interesse daran, die Ware und ihre Verpackung alsbald auf vertragswidrige Zeichen zu prüfen, ohne daß ihm jedoch die Mängelrügevorschriften einen Anhalt für den Zeitpunkt der Prüfung böten. Alles das bewaise, so wird in dem Urteil zusammengefaßt, daß § 377 HGB keine Rolle spielen könne. Das gilt auch hier. Zu erwägen wäre überdies der Gedanke, daß bei der häufigen Belieferung mit mangelhafter Ware § 377 HGB darum nicht anzuwenden sei, weil die positive Vertragsverletzung sich nicht in dem Mangel der einzelnen Schlechtlieferung erschöpfe, sondern den die einzelnen Lieferungen als Ganzes über- und umgreifenden Vertrag - den Vertragsorganismus, die

Basis des Vertrauens des Käufers - tangiere (so Brüggemann in Staub, Großkomm. HGB, 4. Aufl., § 377 Rdn. 155). Ob dem zu folgen wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil die gelieferte Wellpappe nicht nachweislich mangelhaft war.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen, die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Hübsch