

10

Nachschlagewerk:* ja
BGHZ: nein

*zu I 1 der Entscheidungsgründe

BGB § 463

Die Tatsache, daß aufgrund einer Ausschreibung und eines damit übereinstimmenden Angebots ein Kaufvertrag geschlossen wird, besagt - wenn nicht besondere Umstände hinzutreten - nicht, daß die in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften als zugesichert anzusehen sind.

BGH, Urt. v. 29. Oktober 1980 - VIII ZR 148/79 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 148/79

URTEIL

Verkündet am
29. Oktober 1980
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma R [REDACTED] & S [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Dipl.Kaufmann Konrad T [REDACTED], H [REDACTED] platz 5 in M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die B [REDACTED] M [REDACTED] W [REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch die Vorstände Eberhard von K [REDACTED], Hans K [REDACTED], Dr. Erich H [REDACTED], Dr. Ing. Karlheinz R [REDACTED], Hans-Erdmann S [REDACTED] und Dr. Helmut S [REDACTED], P [REDACTED] 130 in M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streitgehilfin:

T [REDACTED] Gesellschaft für Straßenbau mbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer Heinz H [REDACTED], Dr. Ing. Rolf D [REDACTED], Dr. Ing. Gerhard H [REDACTED] und Dipl. Ing. Friedhelm K [REDACTED], W [REDACTED] straße 10 in S [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

10

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1980
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die
Richter Dr. Hiddemann, Wolf, Dr. Skibbe und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts München vom 30. März 1979
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als zum Nachteil der Klägerin erkannt
worden ist.

Die Widerklage wird insoweit abgewiesen,
als die Klägerin zur Zahlung eines
152 634,73 DM nebst Zinsen übersteigen-
den Betrags verurteilt worden ist.

Im übrigen wird die Sache zur anderwei-
ten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Die Klägerin wird verurteilt, an die Be-
klagte 74 484,68 DM nebst 7,5 % Zinsen
aus 45 579,79 DM seit 14. März 1977, aus
28 666,01 DM seit 2. Mai 1977 und aus
238,88 DM seit 27. Mai 1977 zu zahlen.
3. Der Beklagten werden 1/3 der Kosten des
vorliegenden Revisionsverfahrens aufer-
legt. Die Streithelferin hat 1/3 der im



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vorliegenden Revisionsverfahren durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen. Im übrigen wird die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufvertrag über Lichtkuppeln für einen Fabrikneubau (Presswerk) der verklagten Aktiengesellschaft. Die Klägerin, die mit Baustoffen handelt, verlangt den restlichen Kaufpreis für die von ihr gelieferten Lichtkuppeln, die Beklagte macht im Wege der Widerklage Schadensersatzansprüche, hilfsweise Wandelung oder Minderung u.a. mit der Begründung geltend, daß den Lichtkuppeln zugesicherte Eigenschaften gefehlt hätten; ihr Schaden bestehe in den nutzlos aufgewendeten Kaufpreiszahlungen, dem Aufwand für den Ersatz der unbrauchbaren Lichtkuppeln und den Mehrkosten der Ersatzlieferung. Die Sache befindet sich zum zweiten Male im Revisionsrechtszug. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf das Senatsurteil vom 14. Juni 1978 - VIII ZR 97/77 (WM 1978, 1094) verwiesen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 30 085,79 DM zu verurteilen. Die Beklagte hat zuletzt Verurteilung der Klägerin zur

Zahlung von 256 588,45 DM beantragt. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, das Oberlandesgericht im ersten Berufungsurteil umgekehrt entschieden. Dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Im zweiten Berufungsurteil ist die Klage wieder abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 237 791,30 DM nebst Zinsen stattgegeben worden. Hiergegen wendet sich die Revision der Klägerin, deren Zurückweisung die Beklagte und deren Streithelferin beantragen. Die Beklagte stellt außerdem erstmals den Antrag, die Klägerin nach § 717 ZPO zur Erstattung von 74 484,68 DM zu verurteilen, die sie an diese zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Berufungsurteil gezahlt habe.

Entscheidungsgründe

I. Zur Revision

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit dem ersten Revisionsurteil davon aus, daß die Parteien hinsichtlich der Lieferung der Lichtkuppeln einen Kaufvertrag abgeschlossen haben. Seine Auffassung, daß der Beklagten ein Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB zustehe, der den Kaufpreisanspruch entfallen lasse und die Klägerin zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens verpflichte, hält jedoch der rechtlichen Prüfung nicht stand.

10

a) Für die Frage, ob und welche Eigenschaften der Lichtkuppeln die Klägerin im Sinne von § 463 BGB zugesichert hat, greift das Berufungsgericht auf die Ausschreibung für das Presswerk zurück, mit der die Beklagte die Aktiengesellschaft für I [REDACTED] (A [REDACTED]) beauftragt hatte. Dort wird der Leistungsgegenstand (Lichtkuppeln aus Acrylglas, ohne Montage) u.a. dahin spezifiziert, daß die Kuppel an keiner Stelle gebohrt sein darf und ein spannungsfreier Einbau mit Bewegungselementen möglich sein muß. Das Berufungsgericht hält diese Eigenschaften für zugesichert. Das folgert es daraus, daß - wie unstreitig - die Ausschreibung Grundlage der Vertragsbeziehungen der Parteien gewesen sei. Hierzu führt es im einzelnen aus: In Bezug auf die Ausschreibung habe die Klägerin ihr Lieferungsangebot vom 1. Oktober 1971 abgegeben. Im Bestellschreiben der Beklagten vom 12. November 1971 sei ebenso wie im Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 19. November 1971 wiederum hierauf durch den gleichlautenden Vermerk Bezug genommen worden: "Weitere technische Ausführung, wie im Angebot beschrieben."

Mit diesen Ausführungen konnte das Berufungsgericht begründen, daß sich die Parteien auf eine bestimmte, nämlich die in der Ausschreibung spezifizierte, Beschaffenheit der Lichtkuppeln geeinigt haben. Sie ergeben jedoch ebensowenig wie der übrige Prozeßstoff Anhaltspunkte für eine Zusicherung, also die Erklärung des Verkäufers, daß er für die vertragsmäßige Beschaffenheit auch ohne Verschulden - im Sinne einer Garantenhaftung - eintreten werde. Eine ausdrückliche Zusicherung hat die Beklagte nicht abgegeben, wie keiner weiteren Begründung bedarf. Es liegt aber auch kein Fall

einer stillschweigenden oder durch schlüssiges Verhalten eingegangenen Zusicherung vor. Hierfür kommt es entscheidend darauf an, wie der Käufer die Äußerungen des Verkäufers unter Berücksichtigung seines sonstigen Verhaltens und der Umstände, die zum Vertragsschluß geführt haben, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auffassen durfte (BGHZ 59, 158, 160 = WM 1972, 969; Senatsurteil vom 11. November 1974 - VIII ZR 137/73 = WM 1974, 1204, sowie das zum Abdruck in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vorgesehene Senatsurteil vom 2. Juni 1980 - VIII ZR 78/79 = WM 1980, 1035 unter II 1 a). Irgendwelche konkreten Umstände, die für eine Zusicherung sprechen, z.B. Verkehrsübung, besonderes Vertrauen des Käufers oder besondere Bedeutung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache (vgl. die Übersicht der Fallgruppen bei Semler, NJW 1976, 406 unter II), legt das Berufungsgericht seinen Erwägungen nicht zugrunde. Sie lassen sich auch aus dem Prozeßstoff nicht ergänzen. Von Belang könnte hier allenfalls der Inhalt der Ausschreibung sein, in der u.a. sehr bestimmt vorgeschrieben wird: "... die Kuppel darf an keiner Stelle gebohrt sein", "... ein spannungsfreier Einbau mit Bewegungselementen muß möglich sein, eine Sturmsicherung mit mindestens 250 kg Haltekraft pro Element ist zu gewährleisten, die Kuppelschalen sind luftdicht zu verschweißen, ...". Das allein kann aber ohne eine entsprechende Reaktion im Verhalten des Bieters (Verkäufer), an der es hier fehlt, nicht die Annahme begründen, der Verkäufer habe die vorgeschriebene Beschaffenheit zugesichert. Der Tatsache, daß aufgrund einer Ausschreibung und eines damit übereinstimmenden Angebots ein Kaufvertrag geschlossen wird, läßt sich - wenn

keine besonderen Umstände hinzutreten - auch nicht generell entnehmen, daß die in der Ausschreibung geforderten Eigenschaften als zugesichert anzusehen sind. Schon gar nicht kann nach den Umständen des Falles angenommen werden, daß die Klägerin eine über die gewährleistungsrechtliche Zusicherung noch hinausgehende Garantiehafung hat begründen wollen (vgl. Senatsurteil vom 19. Januar 1977 - VIII ZR 319/75, WM 1977, 365).

b) Soweit die Beklagte Schadensersatz verlangt, ist die Widerklage in Höhe von 85 146,57 DM nach dem zuvor Ausgeführten abweisungsreif. Die Beklagte hat sich zwar auch auf positive Vertragsverletzung gestützt. Diese Anspruchsgrundlage scheidet jedoch schon deshalb aus, weil - wie auch das Berufungsgericht nicht verkennet - die geltend gemachten Schadensposten sämtlich Nichterfüllungsschäden betreffen, für die das Gesetz in §§ 459 ff BGB eine abschließende Regelung enthält (vgl. Senatsurteil vom 2. Juni 1980 aaO unter II 1 b). Sonstige Grundlagen für einen Schadensersatzanspruch sind nicht ersichtlich.

2. Soweit die Klägerin Zahlung des Restkaufpreises und die Beklagte mit der Widerklage Rückgewähr von Kaufpreiszahlungen verlangt, ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif. Zwar steht der Beklagten - wie zu 1 ausgeführt - kein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin zu. Die Beklagte hat jedoch hilfsweise Wandelung des Kaufvertrages geltend gemacht. Dringt sie hiermit ohne Einschränkung durch, schuldet sie den eingeklagten Restkaufpreis nicht mehr und hat Anspruch auf Rückgewähr des schon gezahlten Kaufpreises von 152 634,73 DM.

a) Die Voraussetzungen für die Wandelung sind schlüssig vorgetragen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Lichtkuppeln wegen der Bohrungen fehlerhaft waren. Denn nach den ohne Rechtsverstoß getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wiesen sie jedenfalls den ihre Tauglichkeit beeinträchtigenden Mangel auf, daß ein spannungsfreier Einbau mit Bewegungselementen konstruktiv nicht vorgesehen bzw. gewährleistet war. Hierauf hat der Sachverständige u.a. die an den Kuppeln aufgetretenen Schäden in Form umfangreicher Rissebildungen zurückgeführt.

b) Der für die Revisionsinstanz maßgebende Prozeßstoff läßt keine abschließende Beurteilung zu, ob die Beklagte das Recht auf Wandelung verloren hat.

aa) Allerdings ergeben sich aus §§ 460, 464 BGB keine Bedenken. Das stellt auch die Revision nicht in Frage, soweit es um die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Beklagten selbst von den Fehlern der Lichtkuppeln geht. Aber auch wenn man zugrunde legen wollte, daß Agiplan die Bohrungen bekannt oder - § 460 BGB - infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt waren und dies der Beklagten zuzurechnen ist, bleibt es bei dem konstruktiven Mangel, daß ein spannungsfreier Einbau mit Bewegungselementen nicht möglich war. In Bezug hierauf hat die Klägerin nicht einmal behauptet, daß Agiplan den Mangel gekannt oder grob fahrlässig übersehen hat.

Ferner kann die Klägerin aus § 377 HGB nichts für ihren Standpunkt herleiten, daß der Beklagten keine Gewährleistungsansprüche zustehen. Denn jedenfalls der

konstruktive Mangel der Lichtkuppeln war verdeckt. Hier greift Ziff. VII der Einkaufsbedingungen der Beklagten ein, wonach ihr Recht, Mängelrügen zu erheben, nicht von der Einhaltung bestimmter Fristen abhängig ist; ob diese Vorschrift auch anzuerkennen ist, soweit sie erkennbare Mängel einbezieht, braucht hier nicht vertieft zu werden.

bb) Der Wandelung steht aber möglicherweise § 351 BGB entgegen, weil ein erheblicher Teil der Kuppeln bei der Montage beschädigt und unbrauchbar geworden ist; unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Sachverhalt bisher nicht geprüft. Auf die Wandelung ist nach § 467 BGB u.a. § 351 BGB anzuwenden. Das bedeutet, daß die Wandelung ausgeschlossen ist, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstands verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstands, das von dem Berechtigten nach § 278 BGB zu vertretende Verschulden eines anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich. In Betracht kommt hier ein Verschulden von A. mit deren Eigenschaft als Erfüllungsgehilfin sich das erste Revisionsurteil nicht zu beschäftigen brauchte; dort ging es vielmehr - was das Berufungsgericht nicht richtig gesehen hat - um die Montagefirma (Streithelferin der Beklagten). Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 20. Mai 1974 (Streitverkündung) selber vorgetragen, daß die Planung des Gesamtbauwerks und die örtliche Bauaufsicht in Händen von A. lagen. Aus dem Prozeßstoff ergibt sich weiter, daß A. in die Vertragsverhandlungen

mit der Klägerin eingeschaltet war und die Beklagte rechtsgeschäftlich vertrat. So hat nach dem Schriftsatz der Beklagten vom 16. Februar 1976 Agiplan das Auftreten von Rissen schon während der Montage gerügt und im weiteren Verlauf namens der Beklagten die Abnahme der Leistung der Klägerin abgelehnt. War jedoch Agiplan auch im Verhältnis zur Klägerin derart nachhaltig an der Verwirklichung des Bauvorhabens beteiligt, dann liegt es nahe, sie als Erfüllungsgehilfin der Beklagten hinsichtlich ihrer Käuferpflichten anzusehen. Es kann schuldhaft im Sinne der nach § 351 BGB vom Käufer im eigenen Interesse zu beachtenden Sorgfalt (vgl. BGB-RGRK/Ballhaus § 351 Rdn. 8) gewesen sein, daß Agiplan - wie der Sachverständige Prof. Weller in seiner Stellungnahme vom 9. Februar 1979 ausführt (S. 4 unter 3.2) - die Montage nicht nach Auftreten der ersten Schwierigkeiten hat unterbrechen lassen, um so zu verhindern, daß eine größere Zahl von Lichtkuppeln durch Fortsetzung der Montage beschädigt wurde.

Die Frage, ob A [REDACTED] Erfüllungsgehilfin hinsichtlich der Käuferpflichten der Beklagten war, bedarf noch abschließender tatrichterlicher Prüfung. Hierbei wird auch folgendes zu beachten sein: Die Beklagte trägt die Beweislast dafür, daß sie oder ihren Erfüllungsgehilfen kein Verschulden an der Verschlechterung der Kaufsache trifft (vgl. Senatsurteil vom 23. Oktober 1974 - VIII ZR 143/73, NJW 1975, 44 = LM BGB § 351 Nr. 5).

Nach alledem ist der Rechtsstreit hinsichtlich der Klage und eines Teilbetrags von 152 634,73 DM (nebst Zinsen) der Widerklage zurückzuverweisen.

3. Da die Beklagte mit einem Teilbetrag der Widerklage von 85 146,57 DM endgültig unterlegen ist, werden ihr die Kosten des vorliegenden Revisionsverfahrens mit der hiernach auf sie entfallenden Quote von mindestens $\frac{1}{3}$ auferlegt. Die Streithelferin der Beklagten hat dementsprechend nach § 101 ZPO zumindest $\frac{1}{3}$ der im vorliegenden Revisionsverfahren durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen. Im übrigen wird die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht übertragen.

II. Zum Erstattungsantrag nach § 717 ZPO

Die Beklagte hat Zwischenantrag gestellt, die Klägerin zur Rückzahlung von Beträgen zu verurteilen, welche sie (Beklagte) nach einem Mahnschreiben vom 7. März 1977 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Berufungsurteil geleistet habe. Dabei handelt es sich unstreitig um folgende Zahlungen:

14. März 1977 Hauptsache nebst Zinsen	45 579,79 DM
2. Mai 1977 festgesetzte Kosten	28 666,01 DM
27. Mai 1977 Zinsen für die festgesetzten Kosten	238,88 DM,

insgesamt 74 484,68 DM. Sie verlangt demgemäß die Verurteilung der Klägerin in Höhe dieses Betrages nebst 7,5 % Zinsen seit dem jeweiligen Zahlungstag.

Der Antrag, gegen den sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung nicht mehr gewendet hat, kann noch in der Revisionsinstanz gestellt werden, ohne daß es hierzu einer Anschlußrevision bedarf. Für die

Zulässigkeit des Antrags ist auch ohne Belang, daß die Beklagte ihn schon im zweiten Berufungsverfahren hätte stellen können. Der Anspruch ist nach § 717 Abs. 3 ZPO begründet. Denn das der Klage stattgebende und die Beklagte in die Kosten verurteilende Berufungsurteil vom 15. Februar 1977, auf das die Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung insgesamt 74 484,68 DM gezahlt hat, ist durch das erste Revisionsurteil aufgehoben worden. Hierbei spielt für den Erstattungsanspruch keine Rolle, daß seinerzeit nicht endgültig entschieden, sondern die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen worden ist (vgl. BGH Urteil vom 30. Oktober 1961 - VII ZR 218/60, WM 1962, 143, 145 unter VI; Beschluß vom 4. Mai 1972 - III ZR 218/68, LM ZPO § 91 a Nr. 32 = MDR 1972, 765), und ebensowenig, daß mit der vorliegenden Entscheidung auch das zweite Berufungsurteil aufgehoben und - soweit hier von Belang - die Sache hinsichtlich der Klage und der Kostenentscheidung wiederum zurückverwiesen wird.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte