

Nachschlagewerk: ja zum zweiten Leitsatz und zu I 2 der Gründe
BGHZ: ja zum ersten Leitsatz und zu I 1 der Gründe

ZPO § 528 Abs. 2

Ist der Rechtsstreit ohne die Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens entscheidungsreif, so führt dessen Zulassung auch dann zu einer Verzögerung, wenn zwar alle insoweit angetretenen Beweise in der ersten Berufungsverhandlung erhoben werden könnten, im Fall der Beweisführung aber andere unter Beweis gestellte Behauptungen entscheidungserheblich würden und für die Erhebung dieser Folgebeweise neuer Termin anberaumt werden müßte.

BGB §§ 480, 465; HGB § 377

Ist die vom Käufer gewählte Nachlieferung wiederum mangelhaft, kann er auf die anderen Gewährleistungsansprüche zurückgreifen. Er muß allerdings, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, auch die erneut aufgetretenen Mängel gemäß § 377 HGB rügen.

BGH, Urt. v. 10. Januar 1983 - VIII ZR 244/81 - OLG Frankfurt/M.
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 244/81

URTEIL

Verkündet am
10. Januar 1983
S c h n u r r,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

H [REDACTED] & V [REDACTED] Design GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Christian H [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED] in D [REDACTED]-G [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Deutsche M [REDACTED] Vertriebs GmbH i. L., E [REDACTED], vertreten durch den Liquidator Rechtsanwalt B [REDACTED] in E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1983 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Merz, Dr. Skibbe, Treier und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Juli 1981 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die verklagte Gesellschaft, die auf dem Gebiet des Messebaus tätig ist, kaufte von der Klägerin gemäß Auftragsbestätigung und Rechnung vom 15. August 1979 verschiedene Profile, Profilsäulen und Profilschlösser für den Aufbau von Ständen auf der Messe in Hannover, die vom 2. bis 11. Oktober 1979



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stattfand. Die Klägerin sicherte der Beklagten eine absolute Standfestigkeit und Haltbarkeit der Profalzargen und -schlösser zu. Den Kaufpreis von 52.357,-- DM hat die Beklagte bezahlt.

Sie begann am 4. September 1979 mit dem Aufbau der Messestände. Bei den Arbeiten kam es immer wieder vor, daß Schloßverbindungen abplatzten oder sonst nicht hielten. Am

12. September 1979 sackte eine Deckenkonstruktion mit einer Größe von 4 x 5 m ab. Auf die Rüge der Beklagten wechselten mehrere Leute der Klägerin vom 15. bis 17. September 1979 fast alle Schlösser aus und bauten die Decke wieder auf.

Wegen der geschilderten Schwierigkeiten hatte bis zu diesem Zeitpunkt die Errichtung der Messestände durch die Beklagte eine Woche länger als vorgesehen gedauert.

Am 18., 25. und 26. September 1979 bestellte und erhielt die Beklagte von der Klägerin weitere Aufbauteile. Der Kaufpreis für diese Lieferungen mit 18.414,30 DM ist noch offen und Gegenstand der Klage.

Vom 27. bis 30. September 1979 hängte die Beklagte in die aus den Bauteilen hergestellten Gerüste Dekorationen, Lampen und die elektrische Installation ein. Hierbei lösten sich erneut Zargen und fielen herunter. Mit Schreiben vom 29. Oktober 1979 teilte die Beklagte der Klägerin u.a. mit, daß auch die neuen Schlösser nicht das gehalten hätten, was die Klägerin ver-

sprochen habe. Bis zum Ablauf der Messe seien ständig zwei Leute in Hannover gewesen, um gebrochene oder aufgesprungene Schlösser auszutauschen.

Die Klägerin macht den Kaufpreis von 18.414,30 DM nebst Zinsen geltend. Die Beklagte leugnet den Kaufpreisanspruch, soweit er 1.561,31 DM übersteigt, und beruft sich darauf, daß der anteilige Liefergegenstand mangelhaft sei. In Höhe von 1.561,31 DM rechnet sie mit Schadensersatzansprüchen auf, die sie daraus herleitet, daß die gemäß Rechnung vom 15. August 1979 gelieferten Teile der Zusicherung nicht entsprochen hätten. Sie beziffert den Anspruch auf 33.396,85 DM wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags und auf 10.080,-- DM wegen zusätzlichen Personalaufwands, zusammen 43.476,85 DM. Den 1.561,31 DM übersteigenden Teil macht sie im Weg der Widerklage geltend. Sie hat zuletzt beantragt, die Klage abzuweisen, und widerklagend, die Klägerin zur Zahlung von 41.915,54 DM nebst Zinsen zu verurteilen; hilfsweise zur Zahlung von 33.396,85 DM Zug um Zug gegen Herausgabe von gelieferten Montageteilen.

Das Landgericht hat der Klage in der Hauptsache voll stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte den Antrag auf Klagabweisung und aus der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I. Zur Klage

Die Klageforderung mit 18.414,30 DM ist rechnerisch unstreitig. Die Beklagte macht demgegenüber u.a. geltend, daß sich die Forderung wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften der Ware um 16.852,99 DM ermäßige (unten 1.). Sie hat insoweit ursprünglich die Wandelung erklärt und in der Berufungsinstanz unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (§ 463 BGB) die Zahlung des Kaufpreises verweigert. Wegen der verbleibenden 1.561,31 DM rechnet sie mit einem entsprechenden Teilbetrag aus Schadensersatzansprüchen auf, die sie darauf stützt, daß das gemäß Rechnung vom 18. August 1979 gelieferte Material nicht der Zusicherung entsprochen habe (unten 2.).

1.) Das Berufungsgericht hat die schlüssig vorgebrachte Einwendung gegen den Kaufpreisanspruch mit der Begründung zurückgewiesen, daß die gelieferte Ware gemäß § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt gelte, denn die Beklagte habe den von ihr behaupteten Mangel nicht unverzüglich der Klägerin angezeigt; § 377 Abs. 5 HGB (arglistiges Verschweigen des Mangels) greife nicht ein.

2

Hierbei geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die im Schreiben der Beklagten vom 29. Oktober 1979 enthaltene Mängelrüge nicht rechtzeitig war; denn die behaupteten Mängel sind nach seiner nicht angegriffenen Feststellung spätestens am 30. September 1979 erkennbar gewesen. Die Beklagte, die insoweit auch die Beweis- und Darlegungslast trifft, hat aber in der Berufungsbegründung unter Beweisantritt (Zeugnis Vest und Merkel) vorgetragen, daß Mängel jeweils sofort fernmündlich durch Herrn Habernoll gerügt worden seien. Sie präziserte ihren Vortrag im Schriftsatz vom 7. April 1981 dahin, daß ihr Geschäftsführer am 28. September 1979 dem Geschäftsführer der Klägerin telefonisch mitgeteilt habe, es würden laufend Profilzargen abspringen.

Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht nach §§ 528 Abs. 2; 527, 519, 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Das hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits.

a) Soweit das Berufungsgericht sich auf § 527 ZPO stützt, kann ihm nicht darin gefolgt werden, daß das Vorbringen in der Berufungsbegründung entgegen § 519 ZPO unsubstantiiert gewesen sei. Im Zusammenhang mit der Darstellung des zeitlichen Ablaufs der Schwierigkeiten beim Aufbau der Messestände schloß das Vorbringen - entsprechend der späteren Präzisierung im

Schriftsatz vom 7. April 1981 - auch ein, daß die Beklagte Ende September 1979 telefonisch Mängelrüge erhoben habe. Demgemäß kommt es für die Anwendung von § 527 ZPO nicht mehr darauf an, ob die Zulassung des Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte und ob ein Entschuldigungsgrund vorliegt (§ 296 Abs. 1 ZPO).

b) Für die Anwendung von § 528 Abs. 2 ZPO geht das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler davon aus, daß das Vorbringen zur telefonisch erklärten Mängelrüge im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht worden sei und seine Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte.

aa) Der Annahme einer Verzögerung, über deren Eintritt das Berufungsgericht nach seiner freien Überzeugung entscheiden konnte, steht nicht der Umstand entgegen, daß die im Verhandlungstermin vom 11. Juni 1981 anwesenden Zeugen Vest und Merkel hätten vernommen werden können. Zwar wäre ihre Vernehmung ohne Verzögerung möglich gewesen, und das Berufungsgericht hätte sich mangels weiterer Beweisanträge zu diesem Thema insoweit auch schon seine Überzeugung bilden können. Es hat aber in Einklang mit § 528 Abs. 2 ZPO nicht allein auf die Erledigung der Beweiserhebung zu dem verspäteten Vorbringen abgestellt, sondern berücksichtigt, daß im Fall der Beweisführung andere unter Beweis gestellte Behauptungen entscheidungserheblich

würden, nämlich zu Konstruktionsmängeln an den Schlössern und zum erhöhten Personalaufwand der Beklagten wegen der Schwierigkeiten beim Aufbau der Messestände.

§ 528 Abs. 2 ZPO macht - wie § 528 Abs. 1 und § 296 Abs. 1 ZPO - die Zulassung verspäteten Vorbringens u.a. davon abhängig, daß sie die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde. Danach reicht es für die Zulassung nicht aus, daß sich das Berufungsgericht - wie hier - seine Überzeugung von der Richtigkeit des verspäteten Vorbringens schon in der ersten Verhandlung bilden könnte, wenn im Fall der Beweisführung weiterer Prozeßstoff berücksichtigt werden müßte, dessen abschließende Beurteilung im ersten Verhandlungstermin nicht möglich wäre. Das entspricht auch dem Ziel der Verfahrenskonzentration, dessen Durchsetzung die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens dienen.

Die gegen diese Erwägungen von der Revision vorgebrachten Bedenken sind nicht stichhaltig. Weder führt die Berücksichtigung der Notwendigkeit, Folgebeweise zu erheben, zu einer nicht sachgerechten Differenzierung, je nachdem ob Folgebeweise erhoben werden müssen oder nicht, noch steht sie in Widerspruch zu dem Grundsatz, daß für die Frage der Verzögerung kein hypothetischer Maßstab zugrunde gelegt werden darf (BGHZ 75, 138, 141; 76, 133, 135; BGH, Urt. v. 17. April 1980 - VII ZR 114/79, LM ZPO § 296 Nr. 6 = NJW 1980, 1960). Die

Verspätung bleibt zwar ohne Sanktion, wenn bei Zulassung des verspäteten Vorbringens nach der in diesem Zeitpunkt gegebenen Verfahrenslage der Rechtsstreit nicht länger dauern würde als bei Zurückweisung dieses Vorbringens. Das ist aber keine willkürliche Besserstellung, sondern entspricht der sachgerechten Regelung des Gesetzes, das nicht die Verspätung als solche für die Zurückweisung des Vorbringens genügen läßt, sondern verlangt, daß die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Ob letzteres der Fall ist, erfordert zwar auch eine hypothetische Beurteilung des weiteren Prozeßverlaufs. Doch im Unterschied zu der Vielzahl von Einflußfaktoren, die u.U. für die Beurteilung berücksichtigt werden müßten, ob der Rechtsstreit insgesamt bei Zulassung des Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung, beschränkt sich die vom Berufungsgericht vorzunehmende Prognose auf den an einen ganz bestimmten Zeitpunkt anknüpfenden Vergleich der Verfahrenslage bei Zulassung und bei Zurückweisung des Vorbringens (vgl. auch BGHZ 83, 310).

bb) Der Zurückweisung des verspäteten Vorbringens würde allerdings entgegenstehen, wenn das Berufungsgericht die Verspätung durch zumutbare vorbereitende Maßnahmen hätte ausgleichen können (um einen solchen Fall ging es bei der Entscheidung des BGH vom 3. Oktober 1963 - VII ZR 202/62, LM ZPO § 529 Nr. 21 = NJW 1964, 107). Das ist für den vorliegenden Fall zumindest insoweit zu verneinen, als es um die Einholung

eines Sachverständigengutachtens über die angeblichen Konstruktionsmängel der Schlösser geht. Sie hätte nach § 358 a ZPO einen Gerichtsbeschluß erfordert, dessen Erlaß angesichts der unbewiesenen Behauptung, der Mangel sei rechtzeitig gerügt worden, auch im Interesse der Prozeßförderung nicht geboten war. Die Revision greift auch ohne Erfolg die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Vortrag über die Mängel der Kaufsache sei noch beweisbedürftig gewesen; dem Prozeßstoff kann nicht entnommen werden, daß das Berufungsgericht unter Rechtsverstoß zu dieser Auffassung gelangt ist. Da das angefochtene Urteil aber aus anderen Gründen (unten cc) keinen Bestand haben kann, wird die Beklagte Gelegenheit haben, auf ihre Ansicht zurückzukommen, die behaupteten Mängel seien in Wirklichkeit nicht mehr streitig.

cc) Eine weitere - kumulativ neben der Verzögerung geforderte - Voraussetzung für den Ausschluß mit dem verspäteten Vorbringen ist nach § 528 Abs. 2 ZPO jedoch, daß die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte (vgl. BGH, Urt. v. 22. September 1980 - II ZR 239/79, NJW 1981, 287). Das angefochtene Urteil ergibt indessen nicht mit hinreichender Sicherheit, daß sich das Berufungsgericht dieser strengen Voraussetzung bewußt gewesen ist. Es führt zwar aus, daß für die Beklagte eine besondere Veranlassung bestanden habe, die telefonische Rüge zu behaupten und unter Beweis zu stellen, weil die Klägerin sich gerade darauf berufen habe, daß keine

unverzögliche Rüge erfolgt sei. Zudem glaubt es einem erst am 2. Februar 1981 in Kopie zu den Akten gelangten Schriftsatz der Beklagten vom 1. April 1980 entnehmen zu können, daß der Richter erster Instanz gleichfalls auf diesen Punkt hingewiesen habe. Im Unterschied zu seinem ausdrücklichen Eingehen auf das dort geforderte Merkmal der fehlenden Entschuldigung bei der Zurückweisung nach §§ 527, 519, 296 Abs. 1 ZPO spricht es jedoch die engere Voraussetzung (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 41. Aufl., Anm. 3 C b zu § 528) der groben Nachlässigkeit bei der Zurückweisung nach § 528 Abs. 2 ZPO nicht ausdrücklich an. Andererseits behandelt es bei der auf § 528 Abs. 2 ZPO gestützten Zurückweisung eines i.ü. hier nicht mehr interessierenden Vorbringens wiederum die Frage, ob die Verspätung genügend entschuldigt war. Die hierdurch insgesamt begründeten Zweifel daran, daß das Berufungsgericht das Erfordernis der groben Nachlässigkeit bei der Zurückweisung nach § 528 Abs. 2 ZPO gesehen und deren Vorliegen aufgrund der tatsächlichen Umstände bejaht hat, vermag der erkennende Senat im Hinblick auf die einschneidenden Folgen des Ausschlusses mit dem verspäteten Vorbringen nicht zu überwinden, zumal die vom Berufungsgericht herausgestellten Umstände nicht zwingend für grobe Nachlässigkeit sprechen. Eine eigene abschließende Entscheidung dazu, ob das verspätete Vorbringen auf grober Nachlässigkeit der Beklagten beruht, ist dem Senat nicht möglich.

2.) In Höhe von 1.561,31 DM greift die Beklagte die Kaufpreisforderung nicht an; sie rechnet jedoch mit einem entsprechenden Teilbetrag aus angeblichen Schadensersatzansprüchen gegen die Klägerin auf. Hierzu hat sie geltend gemacht, wegen Mängeln der gemäß Rechnung vom 15. August 1979 über 52.357,-- DM gelieferten und bezahlten Montageteile könne sie, wie in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 29. November 1979 im einzelnen berechnet, DM 33.396,85 DM als Schadensersatz verlangen. Außerdem behauptet sie, wegen dieser Mängel seien ihr 10.800,-- DM an zusätzlichen Personalkosten entstanden.

Das Berufungsgericht meint, einem Schadensersatzanspruch der Beklagten stehe schon entgegen, daß sie sich mit der Klägerin auf eine Nachlieferung mangelfreier Materialien (§ 480 Abs. 1 BGB) geeinigt habe. Hierbei verkennt es im Grundsatz nicht, daß bei mangelhafter Nachlieferung der Käufer regelmäßig auf die anderen Gewährleistungsansprüche zurückgreifen kann (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 42. Aufl. § 480 Anm. 2 c; Bruggemann in Großkomm. HGB, § 377 Anm. 94). Die Beklagte behauptet auch, daß die nachgelieferten Teile wiederum mangelhaft gewesen seien. Auf diese Mängel kann sie sich aber nach Ansicht der Vorinstanz deshalb nicht berufen, weil es auch insoweit an der unverzüglichen Rüge nach § 377 HGB fehle. Daran ist richtig, daß die ursprünglich rechtzeitige Mängelrüge den Käufer nicht davon entbindet, Mängel der Nachlieferung erneut zu

rügen (vgl. nicht veröffentlichtes Senatsurteil vom 16. April 1975 - VIII ZR 227/73, S. 8, 10 des Umdrucks, für den Fall der vereinbarten Nachbesserung; s. auch OLG Stuttgart SeuffArch Bd. 81, 51; Bruggemann aaO Anm. 52). Aus dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten zur telefonischen Mängelrüge am 28. September 1979 ergibt sich aber, daß auch die nachgelieferten Montageteile als wiederum mangelhaft gerügt worden seien. Da die Zurückweisung des Vortrags der Beklagten zur telefonischen Mängelrüge keinen Bestand hat, ist das angefochtene Urteil auch insoweit aufzuheben, als es die Aufrechnung nicht durchgreifen läßt.

Für die erneute Berufungsverhandlung wird folgendes zu beachten sein: Das Berufungsgericht differenziert bei der Prüfung, ob die Beklagte zusätzlichen Personalaufwand als Schaden geltend machen kann, zwischen der Zeit bis 17. September 1979 (Verzögerung beim Aufbau der Messestände) und der Zeit vom 2. bis 11. Oktober 1979 (Bereitstellung eines zweiten Mannes). Es verneint einen Schadensersatzanspruch wegen des verzögerten Aufbaus ausdrücklich damit, daß die Parteien sich auf eine Nachlieferung mangelfreier Materialien geeinigt hatten (§ 480 Abs. 1 BGB). Mit der Einigung über die Nachlieferung habe das Wahlrecht der Beklagten geendet, Wandlung, Minderung, Lieferung einer mangelfreien Sache oder Schadensersatz zu verlangen. Sollte das Berufungsgericht hierbei von der Ansicht ausgegangen sein, daß die Beklagte auf keinen Fall noch

Schadensersatz für erhöhten Personalaufwand in der Zeit bis zum 17. September 1979 verlangen könne, so wäre dem nicht ohne weiteres zu folgen. Vielmehr wird die Einigung über die Nachlieferung nur ausnahmsweise einen Verzicht des Käufers auf bereits entstandene Schadensersatzansprüche aus §§ 480 Abs. 2, 463 BGB auch für den Fall enthalten, daß die Nachlieferung fehlschlägt.

II. Zur Widerklage

Mit der Widerklage macht die Beklagte den angeblichen Schadensersatzanspruch wegen Mängeln der gemäß Rechnung vom 15. August 1979 gelieferten Montageteile geltend (s. oben I 2), soweit er nicht zur Aufrechnung verwendet worden ist ($33.396,85 + 10.080,-- \cdot 1.561,31 = 41.915,54$ DM). Aus den bereits dargelegten Gründen hat das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen verspäteter Mängelrüge abgelehnt. Da dies - wie ausgeführt - auf rechtsfehlerhafter Zurückweisung des Vortrags der Beklagten beruht, sie habe die Mängel bereits am 28. September 1979 gerügt, unterliegt auch die Abweisung der Widerklage der Aufhebung.

Die Sache ist zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht die noch erforderlichen Feststellungen trifft. Ihm ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Merz

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Paulusch