

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB §§ 91, 476, 634, 635

- a) Sachen einer Serienanfertigung, die als Handelsware an beliebige Abnehmer veräußert werden sollen, sind vertretbare Sachen auch dann, wenn sie nach den Angaben des Bestellers, insbesondere nach einem Muster angefertigt werden.
- b) Haben die Parteien eines Kaufvertrages die Gewährleistung ausschließlich auf einen Nachbesserungsanspruch beschränkt, so kann der Käufer in entsprechender Anwendung der §§ 634, 635 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen verschuldeter Mängel nur geltend machen, wenn er dem Verkäufer fruchtlos eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt hat.

BGH, Urt. v. 30. Juni 1971 - VIII ZR 39/70 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 39/70

URTEIL

Verkündet am
30. Juni 1971
Scheibl,
Justizhauptsekre

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M [REDACTED] G m b H & C o . K G ,
gesetzlich vertreten durch ihre persönlich haften-
de Gesellschafterin, Firma M [REDACTED] GmbH, diese wie-
derum vertreten durch den Geschäftsführer Kaufmann
Werner B [REDACTED] in Ma [REDACTED] bei F [REDACTED],
Fr [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma S [REDACTED], Handels- und
Erzeugungsunternehmen in L [REDACTED] (Jugoslawien),
Be [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den
Generaldirektor P [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

NS

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 4. Februar 1970 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein jugoslawisches Unternehmen, das sich mit der Ausfuhr von Möbeln befaßt, stand mit der Beklagten, einem Möbelgroßhandelsunternehmen, seit 1962 in Geschäftsverbindung. Die Parteien schlossen am 5. März 1964 einen Vertrag, der auszugsweise wie folgt lautet:



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



"...

V e r e i n b a r u n g

über Möbellieferungen bzw. Verkauf und Ankauf von Möbeln aller Art getroffen.

1. Der Käufer gibt dem Verkäufer Möbelmodelle, die jeweils dem derzeitigen Geschmack der Bundesrepublik, sowie deren angrenzenden Ländern entsprechen, zur Herstellung bei zuverlässigen jugoslawischen Möbelfabriken. Insbesondere wird auf gute Qualität Wert gelegt. Die Preise müssen von den Möbelfabriken von Fall zu Fall äusserst kalkuliert werden, damit die Voraussetzung gegeben ist, die Möbel in den vorerwähnten Ländern abzusetzen.
2. Der Verkäufer übernimmt gegenüber dem Käufer die Gewähr, dass die vom Käufer gebrachten Möbelmodelle aller Art ausschließlich von den in Frage kommenden Möbelfabriken für ihn gefertigt werden. Für den jugoslawischen Markt werden jedoch diese Möbel vom Verkäufer exklusiv vertrieben. Dasselbe gilt kraft dieser Vereinbarung auch für den Verkauf der Möbel auf Märkten anderer Länder, die nicht in Punkt 1 dieser Vereinbarung angegeben sind.
3. Der Verkäufer übernimmt die Überwachung der Ausfertigung in den Möbelfabriken. Dies ist so zu verstehen, daß der Produzent die Ware genau auf Grund des Originalmusters bzw. laut Auftragspezifikation herstellen muß. Wird dagegen verstoßen, ist hierfür der Verkäufer gegenüber dem Käufer verantwortlich. Von seiten des Käufers muß die Reklamation dokumentiert werden. Bei schwerwiegenden Fällen, wo

keine Einigung erzielt werden konnte, ist ein amtlich bestätigter Sachverständiger für Möbelwaren hinzuzuziehen.

4. Die Ware wird vom Käufer in eigener Rechnung übernommen, zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ist vereinbart, daß die Rechnungen nach Eingang der Lieferungen /Rechnungsdatum/ innerhalb 5 Monate zahlbar sind.

Die Ware wird vom Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Sollte der Käufer Ware seinen Kunden unter Gewährung eines Zahlungszieles verkaufen, so geschieht das ebenfalls unter Eigentumsvorbehalt des Käufers, wie dies in seinen "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" festgesetzt ist.

Wenn der Käufer gegenüber dem Verkäufer sich schuldig in Zahlungsverzug befindet, hat der Verkäufer das Recht über sämtliche unbezahlte Waren zu verfügen, desweiteren die offenen Rechnungen einzuziehen. Hierfür stehen die Geschäftsbücher des Käufers dem Verkäufer zur Verfügung.

Der Käufer wird sich bemühen, das ihm eingeräumte Zahlungsziel von 5 Monaten zu verkürzen.

5. Diese Vereinbarung bleibt in Kraft bis zum 1.3.1965, wobei jedoch gedacht ist, daß die geschäftliche Verbindung zwischen dem Käufer und Verkäufer in beiderseitigem Einverständnis aufrechterhalten und aufgebaut wird.

Seit Beginn der Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien bis Oktober 1965 hat die Klägerin der Beklagten nach und nach Möbel im Gesamtwert von rd. 1 950 000 DM geliefert. Ein Teil dieser Lieferungen wies Mängel auf, deren Art und Umfang zwischen den Parteien streitig ist. Am 26. und 27. April 1965 haben zwei Angestellte der Klägerin bei der Beklagten dort lagernde Möbel durchgesehen. Auf Grund der Besichtigung hat die Klägerin zwei Waggon Möbel im Wert von 43 322,36 DM zurückgenommen.

Auch über die Zahlungsweise fanden Verhandlungen zwischen den Parteien statt. Die Klägerin bemühte sich mit Schreiben vom 14. Januar 1965, eine Verkürzung des vereinbarten Zahlungszieles auf 120 Tage zu erreichen. Im Schreiben vom 6. März 1965 erklärte die Beklagte, sie bitte die Banken zu verständigen, daß das Zahlungsziel 150 Tage dato Wareneingang weiterhin Gültigkeit habe. Mit Schreiben vom 7. April 1965 teilte die Beklagte mit, sie werde sich bemühen, bis 31. August 1965 das von der Klägerin gewünschte Zahlungsziel von 120 Tagen einhalten zu können.

Mit Schreiben vom 24. Mai 1965 erklärte die Klägerin, der Betrag der fälligen Rechnungen, soweit sie älter als 150 Tage seien, belaufe sich auf 321 167,20 DM. Sie sehe sich gezwungen, der Beklagten zur Zahlung eine Frist bis 25. Juni 1965 zu setzen. Sofern die fälligen Rechnungen

einschließlich des Januar 1965 nicht bis zu diesem Termin bezahlt seien, werde sie gezwungen sein, jede weitere Lieferung einzustellen. Das tat sie auch im Oktober 1965.

Die im Jahre 1965 von der Klägerin gelieferten Möbel im Wert von 505 812,12 DM hat die Beklagte nicht bezahlt. Mit der Klage macht die Klägerin den Kaufpreis geltend. Unter Abzug des Preises der im April 1965 und während des Rechtsstreits zurückgenommenen Möbel hat die Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung des ersten Rechtszuges die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 352 578,98 DM begehrt.

Die Beklagte rechnet mit Schadensersatzansprüchen auf, die sie daraus herleitet, daß die Klägerin mangelhafte Ware geliefert und sich mit Lieferungen im Verzuge befunden habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 317 988,53 DM stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Der Betrag von 317 988,53 DM wird nach der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsgerichts von der Beklagten an sich nicht bestritten. Sie rechnet im Berufungsrechtszuge noch mit folgenden Forderungen auf:

Die Beklagte habe trotz Lieferungszusagen häufig die Möbeleinrichtungen nicht komplett geliefert (B der Aufstellung). Dadurch sei ein Schaden von insgesamt 10 991,16 DM entstanden.

Durch den Rücktransport mangelhafter Möbel seien Unkosten von insgesamt 3 686,77 DM entstanden (C); über den vom Landgericht zugebilligten 2 700 DM wird ein Restbetrag von 986,77 DM verlangt.

Infolge Rückgabe der zwei Waggon mangelhafter Möbel sei ein Verdienstausschlag von 37 295,50 DM entstanden (D).

Durch den Rücktransport dieser Waggon seien Auslagen von 4 102,15 DM entstanden (E). Über den vom Landgericht zugebilligten Betrag von 2 856 DM und den von der Klägerin anerkannten Betrag von 1 009,80 DM hinaus macht die Beklagte den Rest mit 236,35 DM geltend.

Nach der Weigerung der Klägerin weiter Möbel zu liefern, sei die auf dem Lager der Beklagten noch vorhandene Ware unverkäuflich geworden (G). Daraus sei ein Schaden von 120 000 DM entstanden.

Möbelteile, die die Beklagte beschafft habe, seien, weil die von der Klägerin gelie-

ferten Möbel mangelhaft gewesen seien, nicht mehr verwendbar gewesen (H). Der Schaden betrage 17 362,15 DM.

Ein für die Jahre 1965 bis 1967 von der Beklagten gedruckter Katalog sei infolge der Lieferungsverweigerung der Klägerin nicht mehr verwendbar gewesen (M). Der Schaden betrage 4 809,35 DM.

Die Klägerin habe insgesamt 700 Zimmereinrichtungen nicht geliefert (N). Der Verdienstausschlag betrage 157 495 DM.

Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht weist den Aufrechnungseinwand der Beklagten zurück. Es sieht den Vertrag vom 5. März 1964 als Werklieferungsver-

trag an, d.h. als einen Vertrag über Herstellung und Lieferung nicht vertretbarer Sachen. Es erörtert nicht, ob die von der Klägerin gelieferten Möbel die behaupteten Mängel aufgewiesen haben und ob die Beklagte die angeblichen Mängel rechtzeitig gerügt hat. Schadensersatzansprüche wegen Mängel oder wegen positiver Vertragsverletzung sind nach Meinung des Berufungsgerichts nicht gegeben, weil nach dem auf dem Werklieferungsvertrag anzuwendenden § 635 BGB die Beklagte Schadensersatz statt Wandlung oder Minderung nur verlangen könne, wenn sie der Klägerin nach § 634 BGB zur Beseitigung der Mängel eine angemessene Frist bestimmt habe. Das sei aber unstreitig nicht geschehen. Da die Beklagte somit zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, jedoch mit erheblichen Beträgen im Rückstande gewesen sei, so könne sie auch keine Schadensersatzansprüche daraus herleiten, daß die Klägerin nicht fristgerecht geliefert habe. Die Klägerin habe wegen des Zahlungsverzuges der Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen und den Vertrag im Herbst 1965 aufkündigen können.

II. 1. Nach Werkvertragsrecht kann allerdings der Besteller einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 634 BGB geltend machen, also nach dessen Absatz 1 erst nach fruchtlosem Ablauf einer Nachbesserungsfrist. Das Recht des Werkvertrages fände hier nach § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB aber nur Anwendung,

wenn der Vertrag vom 5. März 1964 einen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen bildete. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Möbel, die die Klägerin durch jugoslawische Möbelfabriken herstellen lassen und der Beklagten liefern sollte, Sachen darstellten, die nicht vertretbar seien, greift indessen die Revision mit Erfolg an.

Nach § 91 BGB sind vertretbar solche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Entscheidend ist danach, ob diese Sachen, weil sie gegenüber anderen der gleichen Art ausgeprägter Individualisierungsmerkmale entbehren, ohne weiteres austauschbar sind. Unter dem Blickpunkt der Veräußerungsgeschäfte sind daher umgekehrt nicht vertretbar solche Sachen, die nur auf die Betriebsverhältnisse des Bestellers ausgerichtet und seinen Wünschen angepaßt sind, und die deshalb für den Unternehmer anderweit schwer oder gar nicht abzusetzen sind (BGH Urteil vom 9. Februar 1960 - VIII ZR 53/59 - insoweit nicht veröffentlicht; Urteil vom 29. September 1966 - VII ZR 160/64 - LM BGB § 651 Nr. 6 = BGHWarn 1966 Nr. 181; RGRK 11. Aufl. § 651 Anm. 3; Brüggemann in HGB Großkommentar § 381 Anm. 52). Dementsprechend ist es allgemeine Meinung, daß Sachen einer Serienanfertigung zu den vertretbaren Sachen gehören. Zu den vertretbaren Sachen gehören deshalb auch die von der Klägerin gelieferten Möbel. In der Vorvereinbarung vom 7. Juni 1962 heißt es ausdrücklich, die Beklagte vergebe

zur Serienherstellung ein Schlafzimmermodell lt. Zeichnung und Spezifikation. Der Vorvertrag vom 26. Juli 1962 geht dahin, die Beklagte erteile einen Auftrag über 200 komplette Schlafzimmergarnituren. Nach der endgültigen Vereinbarung vom 5. März 1964 sollten die Möbel dem Geschmack der Bundesrepublik und der an sie angrenzenden Länder entsprechen. Dem Preise nach mußten die Voraussetzungen gegeben sein, die Möbel in diesen Ländern abzusetzen. Auf dem jugoslawischen Markt durften die Möbel von der Klägerin vertrieben werden. Die einzelnen Möbelgarnituren waren also ohne weiteres austauschbar. Die Begründung, die das Berufungsgericht für seine abweichende Auffassung gibt, ist nicht haltbar. Es meint einmal, der Beklagten sei es auf eine vertragstreue Herstellung der für ein in allen Einzelheiten entworfenen Warenprogramm bestimmten Möbel angekommen. Auch vertretbare Sachen können nach besonderen Wünschen des Bestellers angefertigt werden. Ist eine Menge gleichartiger Gegenstände herzustellen und zu liefern, die wie jede Handelsware an beliebige Personen verkauft werden sollen, so liegt ein Vertrag über vertretbare Sachen auch dann vor, wenn die Gegenstände nach den Angaben des Bestellers, insbesondere nach einem Muster anzufertigen sind (RGRK 11. Aufl. § 651 Anm. 3). Entscheidend ist, daß die einzelnen Sachen keine individuelle Prägung haben, sondern untereinander austauschbar sind. Ferner meint das Berufungsgericht, die von der Beklagten behauptete Vereinbarung, daß die

Klägerin verpflichtet gewesen sei, für mangelhafte Ware mangelfreie nachzuliefern, spreche für einen Werklieferungsvertrag (gemeint ist offenbar ein Lieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen). Denn diese Nachlieferungspflicht entspreche der gesetzlichen Regelung des § 633 BGB. Aus der Vereinbarung einer Nachbesserungs- oder Nachlieferungspflicht kann indessen nichts hergeleitet werden. Auch in Kaufverträgen werden nicht selten die Gewährleistungsansprüche des Käufers auf Nachbesserung und Mängelbeseitigung beschränkt. Die Auffassung des Berufungsgerichts widerspricht auch dem Grundgedanken, von dem die Vorschrift des § 651 BGB beherrscht wird. Die Herstellung und Lieferung austauschbarer Gegenstände stellen ihrem Wesen nach einen Verkauf dieser Gegenstände dar. Die Herstellung einer Sache, die allein den Bedürfnissen des Bestellers zu dienen vermag, ist dagegen als eine der werkvertraglichen Verpflichtung angenäherte wertschöpferische Tätigkeit anzusehen (Ballerstedt bei Sorgel/Siebert, § 651 Anm. 1). Die hier in Frage stehende Lieferung von hundert in allen Ländern der Welt absetzbaren Möbelgarnituren kann sachgerecht nur dem Kaufrecht zugeordnet werden.

2. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, daß die Beklagte der Klägerin eine Frist zur Nachbesserung nicht hätte zu setzen brauchen. Ist in einem Kaufvertrage durch besondere Vereinbarung dem Käufer die Nachbesserung als einziger Gewährleistungsanspruch eingeräumt worden, so sind die

werkvertraglichen Vorschriften über Mangelbeseitigung auf die Nachbesserungsansprüche des Käufers entsprechend anzuwenden (vgl. Stötter, Betrieb 1969, 647, 648; OLG Karlsruhe Betrieb 1968, 2168; s. auch Brüggemann in Großkommentar HGB, 3. Aufl. § 377 Anm. 52 S. 435). Ist der Käufer nämlich kraft besonderer Abrede mit seinen Gewährleistungsansprüchen auf eine Nachbesserung beschränkt, so ist in dieser Beziehung der Kaufvertrag der gesetzlichen Gestaltung des Werkvertrages angenähert; denn auch bei dem Werkvertrage kann der Besteller zunächst nur die Nachbesserung verlangen (§ 693 Abs. 2 Satz 1 BGB). Verlangt der Käufer, dem lediglich ein Nachbesserungsanspruch zusteht, Schadensersatz wegen Mängeln mit der Begründung, daß der Verkäufer für sie aus Verschulden einzustehen habe, so erscheint es gerechtfertigt, dem Käufer einen Schadensersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen zu gewähren, unter denen auch ein Besteller nach § 635 BGB Schadensersatz beanspruchen könnte. Der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB setzt aber, wie schon erwähnt ist, voraus, daß der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt hat. Die Fristsetzung soll den Unternehmer vor "schikanöser" Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, namentlich bei Mängeln geringeren Grades und solchen, die sich leicht beheben lassen, schützen (Ballerstedt bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 634 Anm. 1). Die gleichen Erwägungen treffen für den Verkäufer zu, der zur Nachbesserung verpflichtet ist. Ob im vorliegenden Fall

die Beklagte auf einen Nachbesserungsanspruch als einzigen Gewährleistungsanspruch beschränkt gewesen ist, ist nicht festgestellt. Sollte es darauf ankommen, so wird das Berufungsgericht, an das die Sache ohnehin zurückverwiesen werden muß, die Vereinbarungen der Parteien in dieser Hinsicht prüfen müssen.

3. Ist der Vertrag der Parteien nach Kaufvertragsrecht zu beurteilen, so kann, wie die Revision mit Recht geltend macht, ein Schadensersatzanspruch der Beklagten, abgesehen von der Gewährleistung für verschuldete Mängel, auch unter dem Gesichtspunkt der Zusicherung von Eigenschaften begründet sein. Nach Nr. 1 der Vereinbarung vom 5. März 1964 hatte die Beklagte der Klägerin Möbelmodelle zu geben und die Klägerin hatte sich zur Überwachung verpflichtet, daß die Möbelfabriken die Ware genau auf Grund des Originalmusters bzw. lt. Auftragspezifikation herstellten. Bei einem Verstoß sollte die Klägerin der Beklagten gegenüber verantwortlich sein. Diese Vereinbarung legt, wie die Revision zutreffend ausführt, die Auslegung nahe, daß es sich um einen Kauf nach Muster handelt (§ 494 BGB). Diese Vorschrift ist auch bei einem Lieferungskauf des § 651 BGB über vertretbare Sachen anwendbar. Handelt es sich aber um einen Kauf nach Muster, so gelten die Eigenschaften des Musters als zugesichert. Das Landgericht, das sich mit dieser Vertragsbestimmung befaßt hat, meint zwar, die Zusi-

cherung habe sich nicht auf die Freiheit von Mängeln bei der Herstellung bezogen, versprochen sei lediglich, daß die hergestellte Ware dem Originalmuster entspreche und daß das verlangte Material verwendet werde. Richtig ist, daß die Vereinbarung der Mustermäßigkeit der Auslegung bedarf. Bei einem Kauf nach Muster ist zu ermitteln, ob die Probenmäßigkeit sich auf die Ware im ganzen erstrecken soll, d.h. auf alle ihre Eigenschaften, also auch darauf, daß sie frei von Herstellungsmängeln sei, oder nur auf bestimmte einzelne Eigenschaften (Würdinger/Röhrich, Großkommentar HGB, Anm. 113 vor § 373 HGB). Das Berufungsgericht hat den Streit der Parteien unter diesen Gesichtspunkten nicht geprüft. Die Sache war daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Gegebenenfalls wird es auch auf den von der Revision als übergangen gerügten Vortrag der Beklagten einzugehen haben, die Klägerin habe sich durch Schlechtlieferung einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht und sei ihrer vereinbarten Verpflichtung zur Nachlieferung einwandfreier Möbel anstelle mangelhafter nicht nachgekommen. Dabei könnte zu prüfen sein, ob etwa aus einer schuldhaften Verletzung der Nachlieferungspflicht Schadensersatzansprüche entstanden sind. Bei der Erörterung aller dieser Ansprüche wird es schließlich darauf ankommen, ob die Beklagte ihrer Rügepflicht nach § 377 HGB und der "Dokumentierung" nach Nr. 3 des Vertrages vom 5. März 1964 nachgekommen ist.

4. Solange nicht feststeht, ob der Beklagten Ansprüche gegen die Klägerin, mit denen sie gegen die Kaufpreisansprüche der Klägerin aufrechnen kann, zustehen oder ob der Klägerin zum mindesten wegen Ansprüchen auf Nachlieferung mangelfreier Ware die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht, kann auch eine Entscheidung darüber, ob die Klägerin zu Recht sich vom Verträge gelöst hat, nicht getroffen werden. Es kann daher auch nicht zum Teil über die Klageforderung erkannt werden.

III. Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird, da sie von dem Ausgang des Rechtsstreits abhängt, dem Berufungsgericht übertragen.

Dr. Haidinger Dr. Mezger Dr. Messner

Braxmaier Dr. Hiddemann