

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 377

Zur Frage, welche Anforderungen an die Bestimmtheit
einer Mängelrüge zu stellen sind.

BGH, Urt. v. 21. Juni 1978 - VIII ZR 91/77 - OLG Hamm
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 91/77

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
21. Juni 1978
Mückenhäusen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Rudolf V[REDACTED], Bauunternehmung,
Am K[REDACTED] in D[REDACTED]/H[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma G[REDACTED] Heinrich S[REDACTED],
E[REDACTED]straße [REDACTED] in G[REDACTED]-B[REDACTED]-R[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

33

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. Februar 1977 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien sind Kaufleute. Im Jahre 1974 bemühte sich die Beklagte, die u. a. Sportanlagen herstellt, bei der Stadt W [REDACTED] um die Vergabe der Arbeiten für den Bau eines neuen Sportplatzes. In der Ausschreibung war eine Tragschicht aus Schlacke mit einer Korngröße von 20/40 mm und einer Stärke von 15 cm, darüber eine 5 cm starke Zwischenschicht aus Feinschlacke (5/15 mm) sowie eine 4 cm starke Spielfelddeckschicht vorgeschrieben, - sämtliche Schichten standfest verdichtet. Wegen des zur Verarbeitung benötigten Materials wandte sich die Beklagte an die Klägerin, eine Fachfirma für den Deckenaufbau bei Sportplätzen. Diese machte der Beklagten ein entsprechendes Angebot, aus dem sich u. a. ergab, daß für die Tragschicht bei 15 cm Dicke ca. 165 kg je Quadratmeter, für die Zwischenschicht bei einer Dicke von



6 cm ca. 85 kg je Quadratmeter und für die 4 cm dicke Spielfelddeckschicht ca. 70 kg je Quadratmeter benötigt wurden. Die Beklagte legte diese Angaben über die Er- giebigkeit des Materials ihrer Kalkulation zugrunde, erstellte danach ihr Angebot, erhielt von der Stadt Wiesloch den Auftrag und bezog von der Klägerin das be- nötigte Material. Die Anlieferungen auf den Sportplatz erfolgten in der Zeit vom 6. November bis zum 6. Dezem- ber 1974, wobei das Material jeweils alsbald von der Be- klagten - bei der Spielfelddeckschicht unter Einschal- tung eines Subunternehmers - verarbeitet wurde. Von den insgesamt von der Klägerin in Rechnung gestellten 98 749,24 DM stehen noch zwei Rechnungen über zusammen 16 010,45 DM offen.

Den zwischen den Parteien geschlossenen Kaufver- trägen lagen die Geschäftsbedingungen der Klägerin zu- grunde, die u. a. folgendes bestimmen:

V. Lieferung und Abnahme

1. Lieferungsmöglichkeit bleibt vorbehalten. Lieferfristen werden möglichst eingehalten, sind für uns jedoch nicht verbindlich....
2. Im Falle verschuldeter Nichteinhaltung eines zugesagten Liefertermins steht dem Käufer nur ein Rücktrittsrecht, nicht aber ein Anspruch auf Schadensersatz zu....
4. Beanstandungen sind bei Empfang der Ware geltend zu machen....

VI. Gewährleistung

1. Unsere Gewährleistung beschränkt sich bei gelieferter mangelhafter Ware auf die Nachlieferung mangelfreier Ware. Alle weiteren Gewährleistungsansprüche, insbesondere der Anspruch auf Schadensersatz sind ausgeschlossen....

VII. Zahlung

1. ... Aufrechnung und Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten durch den Käufer sind in jedem Falle ausgeschlossen.

Die Beklagte hat die Bezahlung der beiden streitigen Rechnungen mit der Begründung abgelehnt, ihr ständen Schadensersatzansprüche in zumindest gleicher Höhe deswegen zu, weil die Ergiebigkeit des verarbeiteten Materials, die sie zur Grundlage ihrer Kalkulation gemacht habe, geringer gewesen sei, als die Klägerin ihr zugesichert habe; deshalb habe sie wesentlich mehr Material verbrauchen müssen, so daß ihr kalkulierter Gewinn entsprechend geringer gewesen sei. Hilfsweise rechnet sie mit Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Anlieferung des Materials für die Spielfelddeckschicht in Höhe von 5 806,75 DM auf; die Klägerin habe nicht, wie vereinbart, das Material alsbald nach Abruf geliefert, sondern die Anlieferung unberechtigt von der vorherigen Bezahlung früherer Rechnungen abhängig gemacht; aus diesem Grunde hätten sowohl eigene Leute als auch Arbeitskräfte des Subunternehmers längere Zeit nicht sinnvoll eingesetzt werden können.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 16 010,45 DM nebst Zinsen verurteilt. Ihre Berufung hatte - abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs - keinen Erfolg. Mit ihrer zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

1. Zur Aufrechnung geeignete Schadensersatzansprüche wegen zu geringer Ergiebigkeit des gelieferten Materials stehen der Beklagten, auch wenn dieses Material nicht der Zusicherung durch die Klägerin entsprochen haben sollte, schon deswegen nicht zu, weil die Beklagte diesen Mangel nicht ordnungsgemäß gerügt und damit die Ware als vertragsgemäß genehmigt hat (§ 377 Abs. 3 HGB).

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß es sich bei der Ergiebigkeit des Materials um eine Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB handelte, die Gegenstand einer Zusicherung sein konnte. Denn die Frage, welche in Gewicht auszudrückende Menge benötigt wird, um bei "standfester Verdichtung" eine bestimmte Stärke der Sportplatzdecke in ihren einzelnen Schichten zu erreichen, betrifft die Eignung des Materials für den vertragsgemäß vorausgesetzten Gebrauch (RGZ 117, 315). Die Beklagte hat unstreitig diese Angaben ihrer Kalkulation gegenüber der Stadt W [REDACTED] als Bauherrin zugrunde gelegt und nach ihrem ebenfalls unwidersprochenen Vorbringen das Material gerade deswegen von der Klägerin bezogen, weil es ihr hinsichtlich der Ergiebigkeit besonders günstig erschien, d. h. die insgesamt benötigte Menge geringer war als bei dem von anderen Firmen angebotenen Material.

b) Es kann ferner mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen werden, daß die Klägerin mit ihrem auf An-

frage der Beklagten erstellten Angebot eine bestimmte Ergiebigkeit des Materials, wenn auch mit einer gewissen Toleranz, als Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB zugesichert hat. Eine solche Würdigung der Erklärung der Klägerin hielte sich noch im Rahmen der Grundsätze, die der Senat in seinem Urteil vom 5. Juli 1972 (BGHZ 59, 158, 160) für derartige, von einem Fachmann abgegebene Erklärungen über die Brauchbarkeit für eine bestimmte, vom Käufer beabsichtigte Verwendung aufgestellt hat. Daß die Angaben der Klägerin gewisse Abweichungen von dem genannten Wert im Rahmen einer Marge beinhalteten, würde dabei der Annahme einer Eigenschaftszusicherung nicht entgegen stehen (Senatsurteil vom 25. Juni 1975 - VIII ZR 244/73 = WM 1975, 895, 897 = NJW 1975, 1693, 1695).

c) Nur wenn man von einer solchen Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB ausgeht, würden im übrigen der Beklagten gegebenenfalls Schadensersatzansprüche (§§ 463, 480 Abs. 2 BGB) zustehen, die nicht von der formularmäßigen Freizeichnungsklausel in Nr. VI Satz 1 der Geschäftsbedingungen der Klägerin erfaßt würden (BGHZ 50, 200; Senatsurteile vom 25. Juni 1975 aaO und vom 19. Januar 1977 - VIII ZR 319/75 = WM 1977, 365, 366; vgl. dazu jetzt auch § 11 Nr. 11 AGBG für den nichtkaufmännischen Handelsverkehr). Mit ihrer im Revisionsverfahren vertretenen Ansicht, neben den Gewährleistungsansprüchen im engeren Sinn - und damit möglicherweise unberührt von der Obliegenheit zur rechtzeitigen Mängelrüge (§§ 377 f HGB) - stehe ihr wegen der schuldhaft falschen Beratung ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß zu, verkennt die Beklagte, daß sich diese Beratung gerade auf eine Sacheigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB bezog und nach

gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, von der abzuweichen kein Anlaß besteht, angesichts der abschließenden gewährleistungsrechtlichen Regelung (§§ 459 ff BGB) für die Haftung wegen fahrlässig falscher Angaben über Eigenschaften der Kaufsache unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß kein Raum ist (BGHZ 60, 319; Senatsurteil vom 12. Mai 1976 - VIII ZR 33/74 = WM 1976, 740; BGH Urteil vom 19. März 1976 - V ZR 146/74 = WM 1976, 791, 792). Ihre in den Vorinstanzen aufgestellte Behauptung, die Klägerin habe die angegebene Ergiebigkeit arglistig vorgespiegelt, hat die Beklagte im Revisionsrechtszug nicht mehr aufrechterhalten.

d) Gleichwohl hat die Beklagte die sich aus einer etwaigen Mangelhaftigkeit des Materials ergebenden Schadensersatzansprüche deswegen verloren, weil sie diesen Mangel nicht ordnungsgemäß gerügt und damit die Ware als vertragsgemäß genehmigt hat (§ 377 HGB). Dabei kann zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, daß es sich um einen sogen. verdeckten Mangel (§ 377 Abs. 3 HGB) gehandelt hat, der nicht bereits bei Anlieferung, sondern bei ordnungsgemäßigem Geschäftsgang erst nach Verarbeitung aller drei Schichten und dem anschließenden, mit der Gesamtlieferungsmenge in Vergleich zu setzenden Aufmaß festgestellt werden konnte, und daß demgemäß die in Nr. V 4 der Geschäftsbedingungen bestimmte Pflicht zur alsbaldigen Beanstandung bei Empfang der Ware hier eine spätere Erhebung der Mängelrüge nicht ausschloß, - sei es daß diese Formularbedingung bei sinnvoller Auslegung verdeckte Mängel überhaupt nicht erfaßte, sei es daß sie deswegen unwirksam war, weil sie die Beklagte andern-

falls rechtlos stellen würde (Senatsurteil vom 19. Januar 1977 aaO S. 366; vgl. dazu auch § 11 Nr. 10 Buchst. e AGBG). Auch wenn man zugunsten der Beklagten von einer solchen Sach- und Rechtslage ausgeht, so hat sie doch jedenfalls, als ihr dies nach Verarbeitung und Aufmaß möglich war, den behaupteten Mangel der unzureichenden Ergiebigkeit nicht ordnungsgemäß gerügt.

aa) Unstreitig hat die Beklagte erstmalig in ihrem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 5. Dezember 1974 im Anschluß an die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Anlieferung des Materials ausgeführt, sie komme "auf den Gewichtsunterschied zwischen dem gelieferten und dem angebotenen Material bei dieser Gelegenheit auf Verlangen des Bauherrn gleichfalls zurück". Als die Klägerin mit Schreiben vom 14. Januar 1975 erwiderte, sie könne den von der Beklagten angeschnittenen Punkt "Gewichtsunterschied" nicht gelten lassen, dazu müsse die Beklagte nähere Angaben machen, kündigte die Beklagte unter dem 16. Januar 1975 nach längeren Ausführungen über die angebliche Verzögerung der dritten Lieferung an, sie komme "auf den Punkt Gewichtsunterschied darüber hinaus noch zurück". Daß die Beklagte vor Mitte Januar 1975, obschon zu diesem Zeitpunkt das Auftragen aller drei Schichten längst abgeschlossen war, weitere Erklärungen oder ergänzende Erläuterungen zu der Frage der Ergiebigkeit abgegeben hätte, behauptet sie selbst nicht; auch die Revision stellt lediglich darauf ab, daß die Rüge am 5. Dezember 1974 nach ihrer Ansicht rechtzeitig und ordnungsgemäß gewesen sei.

bb) Damit hat aber die Beklagte ihrer Obliegenheit zur Rüge (§ 377 Abs. 3 HGB) nicht genügt. Es erscheint

schon sehr zweifelhaft, ob mit dem Schreiben der Beklagten vom 5. Dezember 1974 - für die Klägerin hinreichend deutlich erkennbar - gerade eine Abweichung zwischen der zugesicherten und der tatsächlichen Ergiebigkeit des gelieferten Materials gerügt werden sollte. Der Hinweis, die Rüge erfolge auf Verlangen des Bauherrn, war jedenfalls mit der Sachdarstellung der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit kaum vereinbar, ein Schaden sei ihr infolge ihrer eigenen unrichtigen Kalkulation und mithin dadurch entstanden, daß ihre tatsächliche Forderung gegenüber der Stadt W[REDACTED] keinen ausreichenden Gewinn mehr für sie enthalten habe; denn die Stadt Wiesloch, die den Auftrag an die Beklagte zu deren Angebotspreis vergeben hatte, wurde durch den von der Beklagten nicht inkalkulierten Mehrverbrauch an Material gar nicht berührt.

cc) Jedenfalls aber waren sowohl die Rüge vom 5. Dezember 1974 als auch diejenige vom 16. Januar 1975 zu unbestimmt. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit einer Mängelrüge zu stellen sind, läßt sich nicht allgemein, sondern nur vom jeweiligen Einzelfall her beantworten. Sicherlich braucht der Käufer, will er nicht seiner Gewährleistungsansprüche verlustig gehen, nicht eine in alle Einzelheiten gehende, genaue und fachlich richtig bezeichnete Rüge zu erheben. Es genügt vielmehr, wenn ihr der Verkäufer aus seiner Sicht, ohne daß es auf die Verständnismöglichkeit eines außenstehenden Dritten ankäme, entnehmen kann, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Käufer mit der gelieferten Ware - als nicht vertragsgemäß - nicht einverstanden ist (ROHG 5, 261, 262; RGZ 47, 12, 14; Schlegelberger/Hefermehl HGB 4. Aufl. § 377 Rdn. 55; Brüggenmann in Großkommentar HGB 3. Aufl.

§ 377 Anm. 22 ff; Baumbach/Duden HGB 22. Aufl. §§ 377, 378 Anm. 6 C). Maßgebende Richtschnur ist dabei der Sinn der dem Käufer vom Gesetzgeber auferlegten Obliegenheit zur Mängelrüge. Der Verkäufer soll angesichts der Beweisnot, in die er mit zunehmendem Zeitablauf zu geraten droht, in die Lage versetzt werden, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen, gegebenenfalls Beweise sicherzustellen und zudem zu prüfen, ob er - insbesondere wenn die gesetzlichen Gewährleistungsrechte zugunsten eines Nachlieferungs- oder Nachbesserungsrechts abbedungen sind - den als sicher oder möglicherweise berechtigt erkannten Beanstandungen nachkommen und damit einen etwaigen Rechtsstreit vermeiden will. Gleichzeitig soll er gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer geschützt werden (vgl. dazu Senatsurteil vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 = WM 1970, 1400 = LM HGB § 377 Nr. 13). Dazu gehört bei Beanstandungen, die - wie hier - eine Abweichung der gelieferten Ware von einer Norm zum Inhalt haben, auch das ungefähre Ausmaß der Abweichung, - und zwar insbesondere dann, wenn die versprochene Qualität von der Natur der Sache her oder ausdrücklich eine bestimmte Marge beinhaltet und der Verkäufer als Fachmann daher ein berechtigtes Interesse an der Prüfung hat, ob die behauptete Abweichung sich noch innerhalb der handelsüblichen Grenzen hält. Hat der Kaufvertrag mehrere selbständige Lieferungen unterschiedlicher Art und Qualität zum Inhalt, so muß die Rüge erkennen lassen, auf welche sie sich beziehen soll (RG LZ 1925, 654).

dd) Von alledem kann bei den summarischen Beanstandungen in den Schreiben vom 5. Dezember 1974 und

16. Januar 1975 keine Rede sein. Die Klägerin konnte ihnen nicht einmal im Ansatz entnehmen, wie weit angeblich die tatsächliche Ergiebigkeit von der zugesicherten abwich, ob sich die Abweichung mithin noch im Rahmen einer handelsüblichen Toleranz hielt und welche der drei unterschiedlichen Lieferungen beanstandet werden sollte. Die Rügen waren für die Klägerin schlechthin wertlos, weil sie sie nicht in die Lage versetzten, alsbald geeignete Schritte zur Wahrung ihrer Rechte zu ergreifen. Dabei hätte die Beklagte zu einer Spezifizierung jedenfalls in ihrem Schreiben vom 16. Januar 1975 um so mehr Anlaß gehabt, als zu diesem Zeitpunkt die Bauarbeiten längst abgeschlossen waren und die Klägerin sie ausdrücklich zu einer Erläuterung aufgefordert hatte. Mit beiden Schreiben ist die Beklagte daher ihrer Obliegenheit nach § 377 Abs. 3 HGB nicht nachgekommen, so daß die gelieferte Ware als genehmigt gilt. Auf die weitere Frage, ob die Beklagte trotz des in Nr. VII 1 Satz 3 der Geschäftsbedingungen enthaltenen Aufrechnungsausschlusses mit etwaigen Schadensersatzansprüchen hätte aufrechnen können, kommt es mithin nicht an.

2. Soweit das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen verspäteter Lieferung mit der Begründung verneint hat, die Beklagte habe schon die Vereinbarung einer Lieferfrist nicht dargetan, ganz abgesehen davon, daß nach Nr. V der Geschäftsbedingungen Schadensersatzansprüche ausgeschlossen seien, greift

die Revision das Urteil nicht an. Es läßt insoweit auch keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen. Die Revision war daher - mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO - zurückzuweisen.

Braxmaier Claßen Dr. Hiddemann Treier Dr. Brunotte