

13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 95/71

URTEIL

Verkündet am

7. Februar 1973

S c h e i b l ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der B [REDACTED] G [REDACTED] & Co. Abwicklungs-
Kommanditgesellschaft i.L., vertreten durch ihren
Liquidator, Kaufmann Hans Josef A [REDACTED] in B [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die B [REDACTED] B [REDACTED] und P [REDACTED]
A k t i e n g e s e l l s c h a f t in H [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], diese vertreten durch ihre Vorstands-
mitglieder, den Kaufmann Heinrich S [REDACTED], als Vor-
sitzender des Vorstandes, den Kaufmann Albert H [REDACTED]-
[REDACTED], als stellvertretender Vorsitzender des Vor-
standes, beide geschäftsansässig in H [REDACTED],
Steinstr. 7,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Dr. Gelhaar, Claßen, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 19. Januar 1971 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, eine Mineralölgesellschaft, beabsichtigte im Jahre 1966, ihre Tankstellen mit Schmier- und Wartungsplänen für die gebräuchlichen Kraftfahrzeugmodelle auszustatten. Die Pläne - normalerweise in Gestelle eingehängt, aber herausnehmbar - sollten dem Tankstellenpersonal die Wagenpflege mit Erzeugnissen der Klägerin erleichtern. Mit Schreiben vom 11. Januar 1966 bat die Klägerin die Beklagte - ein jetzt in Liquidation befindliches Unternehmen des Druckgewerbes - um ein Angebot für die Lieferung von 3 000 Schmier- und Wartungsplänen; die aus PVC-Folie herzustellenden Blätter sollten nach Angaben der Klägerin bedruckt und anschließend so veredelt werden,

- 3 -

daß sie "benzin- und wasserabstoßend" waren. Nachdem beide Parteien gemeinsam die in Betracht kommenden Materialien geprüft hatten, machte die Beklagte am 7. Juni 1966 der Klägerin ein entsprechendes Angebot und fügte hinzu:

"Druckmuster, von denen Sie sich überzeugen konnten, daß die Ausführung benzin- und ölfest ist und somit Ihren Ansprüchen gerecht wird, konnten wir Ihnen bereits übersenden."

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dieses Angebot und ihre Einkaufsbedingungen erteilte die Klägerin der Beklagten am 20. Juni 1966 einen Auftrag für die Lieferung von 3 300 Satz "BP - Schmier- und Wartungsplänen" zum Preise von je 55 DM. Die Beklagte erklärte sich am 30. Juni 1966 mit den Bedingungen dieses Angebots vorbehaltlos einverstanden. Die Einkaufsbedingungen der Klägerin, die - wie im Revisionsrechtszug nicht mehr umstritten - für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien maßgebend sind, bestimmen zur Gewährleistung (Garantie) unter Nr. 5 folgendes:

"Der Auftragnehmer übernimmt für die Dauer eines Jahres vom Tage der Inbetriebnahme an die Garantie, welche sich auf den gesamten Lieferungsumfang einschließlich eventueller Zulieferungen erstreckt. Alle Mängel, die in dieser Zeit z.B. infolge mangelhafter Konstruktion, fehlerhaften Materials, unsachgemäßer Ausführung oder unzureichender Leistung auftreten, werden vom Auftragnehmer unverzüglich kostenlos durch Verbesserung bzw. Austausch des Liefergegenstandes oder von Teilen beseitigt."

Nachdem nach Vertragsabschluß das zu verwendende Material hinsichtlich seiner W a s s e r festig-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

13

keit im gegenseitigen Einvernehmen noch verbessert worden war, lieferte die Beklagte die Pläne am 6./7. April 1967 an die Klägerin aus, die sie ihrerseits an die Tankstellen weiterleitete. Am 10./11. Oktober 1967 rügte die Klägerin erstmalig, daß sich an einzelnen Plänen Zersetzungerscheinungen gezeigt hätten, und verlangte in der Folgezeit von der Beklagten fehlerfreie Ersatzlieferung, zumindest aber Verlängerung der Garantiefrist. Die Beklagte verwies demgegenüber auf die von ihr eingeleitete Untersuchung und bat - letztmalig am 3. April 1968 - die Klägerin, sich bis zum Vorliegen des Untersuchungsergebnisses zu gedulden.

Mit ihrer am 8. April 1968 eingereichten Klage verlangte die Klägerin in erster Linie Ersatzlieferung dergestalt, daß das gesamte Material "absolut benzin- und wasserabstoßend" sein müsse. Die Beklagte bestritt, mangelhaft geliefert zu haben; etwaige Schäden an den Plänen seien auf unsachgemäße Behandlung in den Tankstellen zurückzuführen. Außerdem berief sie sich auf Verletzung der Rügepflicht und Verjährung. Das Landgericht wies die Klage ab. Im Berufungsrechtszug wurde die Beklagte - dem geänderten Klageantrag entsprechend - Zug um Zug gegen Rückgabe der alten Pläne zur Ersatzlieferung von 3 300 Stück BP-Schmier- und Wartungsplänen mit der Maßgabe verurteilt, daß das gesamte Material, ohne Schaden zu nehmen, auch längere Zeit Wasser, Benzin oder Öl ausgesetzt werden könne. Außerdem stellte das Berufungsgericht eine Verpflichtung der Beklagten zur Schadensersatzleistung fest. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß die Beklagte zur Lieferung von b e n z i n -, ö l - und w a s s e r f e s t e n Schmier- und Wartungsplänen verpflichtet gewesen sei. Diesen nach dem Vertrag vorausgesetzten und überdies ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften habe die Lieferung nicht in vollem Umfang entsprochen. Nach dem Gutachten der Bundesanstalt für Materialprüfung vom 4. September 1970 sei vielmehr davon auszugehen, daß das für die Pläne verwendete Material nicht geeignet gewesen sei, einer l ä n g e r e n Einwirkung insbesondere von Normal- und Superkraftstoff - etwa durch Lagerung in den genannten Flüssigkeiten - zu widerstehen, ohne schadhaft und unansehnlich zu werden. Da die Klägerin diese Mängel unverzüglich nach entsprechender Beanstandung durch ihre Tankstellen und damit rechtzeitig gerügt habe und ihre Gewährleistungsansprüche angesichts des Verhaltens der Beklagten nach der Beanstandung auch nicht verjährt seien, könne die Klägerin im Hinblick auf Nr. 5 ihrer Einkaufsbedingungen fehlerfreie Ersatzlieferung und unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung Ersatz der ihr entstandenen Mangelfolgeschäden verlangen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Zutreffend geht allerdings das Berufungsgericht davon aus, daß es sich bei dem durch Auftragschreiben

der Klägerin vom 20. Juni 1966 und vorbehaltlose Auftragsbestätigung der Beklagten vom 30. Juni 1966 zustande gekommenen Vertrag um einen W e r k l i e f e r - u n g s v e r t r a g ü b e r n i c h t v e r t r e t - b a r e Sachen (§ 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB) handelt. Für die Frage, ob das vom Unternehmer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herzustellende Werk als vertretbare oder nicht vertretbare Sache anzusehen ist, kommt es nach ständiger Rechtsprechung insbesondere auch des erkennenden Senats darauf an, ob die Sache gegenüber anderen der gleichen Art ausgeprägter Individualisierungsmerkmale entbehrt und damit ohne weiteres austauschbar ist, oder ob die Sache nur auf die Betriebsverhältnisse des Bestellers ausgerichtet ist, seinen Wünschen angepaßt wurde und damit vom Unternehmer anderweit schwer oder gar nicht abgesetzt werden kann (BGH Urteil vom 29. September 1966 - VII ZR 160/64 = LM BGB § 651 Nr. 6 = NJW 1966, 2307 sowie Senatsurteil vom 30. Juni 1971 - VIII ZR 39/70 = NJW 1971, 1793 = WM 1971, 1014, jeweils mit weiteren Nachweisen). Letzteres war hier, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler feststellt, der Fall. Die Revision verkennt bei ihrer gegenteiligen Ansicht, daß die Pläne nicht nur nach den ausdrücklichen Angaben und Zeichnungen der Klägerin für deren besondere Bedürfnisse herzustellen waren, sondern teilweise auch ausdrücklich den Aufdruck "BP-Schmier- und Wartungspläne" enthielten und schon deswegen von der Beklagten außerhalb des Geschäftsbereichs der Klägerin und ihrer Tankstellen nicht abgesetzt werden konnten.

2. Auch die weitere, auf das Auftragsschreiben der Beklagten vom 7. Juni 1966 gestützte Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich im Rahmen des Werklieferungsvertrages zur Herstellung b e n z i n - u n d ö l f e s t e r Pläne verpflichtet und überdies diese Eigenschaften ausdrücklich zugesichert (§ 651 Abs. 1 Satz 2 iVm § 633 Abs. 1 BGB), läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Es handelt sich insoweit um die Auslegung von Individual-erklärungen, die dem Tatrichter vorbehalten ist und im Revisionsrechtszug nur beschränkt nachgeprüft werden kann. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung ist möglich und nach Ansicht des Senats im Hinblick auf den der Beklagten bekannten Verwendungszweck der Pläne - sie sollten in den Wasch- und Pflegehallen der Tankstellen Verwendung finden, wo sie leicht mit Öl und Benzin in Berührung kommen konnten - auch naheliegend. Daß in dem Auftragsschreiben der Klägerin vom 20. Juni 1966 diese Qualitätsanforderungen nicht nochmals ausdrücklich erwähnt waren, ist schon deswegen unschädlich, weil das Auftragsschreiben ausdrücklich auf das Angebot vom 7. Juni 1966 und dessen Inhalt Bezug nahm. Soweit sich schließlich die Revision darauf beruft, daß ursprünglich auch die Klägerin lediglich eine benzin- und wasser a b s t o ß e n d e Qualität verlangt hatte und schon nach der Lebenserfahrung nicht anzunehmen sei, die Beklagte habe mehr als von ihr verlangt zugesichert, verkennt sie, daß bei Vertragsabschluß mehr als fünf Monate seit der ersten Anfrage vom 11. Januar 1966 vergangen waren, beide Parteien inzwischen gemeinsam die in Betracht kommenden Materialien geprüft hatten und es

zumindest nicht ausgeschlossen erscheint, daß auch die Klägerin nunmehr eine höhere Widerstandsfähigkeit des zu liefernden Materials wünschte.

3. Die erstmalig im Revisionsrechtszug geäußerte Ansicht der Beklagten, es habe sich bei dem Werklieferungsvertrag um eine *L i e f e r u n g n a c h P r o b e* (§ 651 Abs. 1 Satz 2 iVm § 494 BGB) gehandelt, so daß sie lediglich zu einer mustergemäßen Leistung verpflichtet gewesen sei, geht fehl. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob überhaupt die besonderen Voraussetzungen einer Lieferung nach Probe vorlagen, oder ob nicht vielmehr - wofür vieles spricht - die der Klägerin vor Vertragsabschluß zugeleiteten Muster lediglich ihrer Orientierung über den Vertragsgegenstand dienen sollten (vgl. dazu Ballerstedt bei Soergel/Siebert, 10. Aufl. § 494 Anm. 2; Senatsurteil vom 16. Februar 1966 - VIII ZR 104/64 = Betr. 1966, 415 mit weiteren Nachweisen). Denn jedenfalls hatte die Beklagte hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Benzin- und Ölfestigkeit als besondere Eigenschaft ausdrücklich zugesichert. Daß eine derartige zusätzliche Zusicherung auch beim Kauf/Werkvertrag nach Probe möglich und zulässig ist, entspricht einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. Ballerstedt aaO Rdn 8; Senatsurteil vom 7. August 1959 - VIII ZR 113/58 = Betr. 1959, 1083). Für eine derartige Zusicherung aber hatte die Beklagte einzustehen, ohne sich der Klägerin gegenüber auf eine etwaige probegemäße Lieferung berufen zu können.

4. Auch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe alsbald, nachdem sie von ihren Tankstellen auf die aufgetretenen Mängel hingewiesen worden war, und damit gemäß § 381 Abs. 2 in Verbindung mit § 377 Abs. 3 HGB rechtzeitig gerügt, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Wie der Senat im Urteil vom 14. Oktober 1970 - VIII ZR 156/68 = LM HGB § 377 Nr. 13 = WM 1970, 1400 = BGH Warn 1970, 511 im einzelnen dargelegt hat, hängt die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Kaufmann, sofern keine besondere Abrede getroffen ist, im Rahmen seiner Untersuchungs- und Rügepflicht gehalten ist, zur Feststellung etwaiger Mängel auch chemische Analysen und sonstige laboratoriumsmäßige Untersuchungen durchzuführen, von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgebend ist, ob einem ordentlichen Kaufmann im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs und unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Verkäufers/Herstellers eine derartige Untersuchung zur Erhaltung seiner Gewährleistungsansprüche zugemutet werden kann. Dabei sind insbesondere Schwierigkeit, Gebräuchlichkeit und Kosten einer derartigen Untersuchung einerseits und die dem Verkäufer drohenden Nachteile - insbesondere etwaige hohe Mangelfolgeschäden bei alsbaldiger werterhöhender Weiterverarbeitung durch den Käufer/Besteller - andererseits gegeneinander abzuwägen. Im vorliegenden Fall waren nennenswerte Mangelfolgeschäden - abgesehen von Porto und sonstigen Verwendungskosten - nicht zu erwarten. Andererseits setzte die laboratoriumsmäßige Untersuchung, wie die Arbeitsmethode der Bundesanstalt

für Materialprüfung gezeigt hat, deswegen besondere Sachkenntnis voraus, weil die in der Praxis vorkommende Einwirkung von Kraftstoffen auf die Folien zu Versuchszwecken zeitraffermäßig zusammengefaßt und durch besondere Bearbeitungsmethoden (Einwirkung unter weitgehendem Luftabschluß, sog. Wechselbeanspruchung) ersetzt werden mußte. Wenn bei dieser Sachlage und im Hinblick darauf, daß die Beklagte ausdrücklich eine einjährige Garantie für die Mängelfreiheit übernommen hatte, das Berufungsgericht eine Untersuchung durch die Klägerin im Laboratorium nicht für erforderlich erachtete, so läßt das keinen Rechtsfehler erkennen. Auf die weitere Frage, ob die Beklagte nicht auch durch das fortgesetzte rügelose Eingehen auf die Bemängelungen seitens der Klägerin auf ihren Verspätungseinwand verzichtet hat, kommt es mithin nicht an.

5. Zu Unrecht meint die Revision, die 6-monatige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB sei bei Klageerhebung bereits verstrichen gewesen. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler feststellt, begann die Verjährungsfrist im Hinblick auf die in Nr. 5 der Einkaufsbedingungen normierte "Garantie" erst mit der Erkennbarkeit der streitigen Mängel (vgl. dazu Senatsurteil vom 31. Januar 1962 - VIII ZR 207/60 = Betr. 1962, 367). Unstreitig hatte die Beklagte alsbald nach der ersten Rüge durch die Klägerin die beanstandeten Pläne untersuchen lassen und sich in der Zeit vom 13. Oktober bis 29. Dezember 1967 und vom 8. Januar 1968 bis zur Klageerhebung auf die noch nicht abgeschlossene Untersuchung berufen. Es kann

hier auf sich beruhen, ob § 639 Abs. 2 BGB - wie die Revision meint - dann keine unmittelbare oder entsprechende Anwendung finden kann, wenn, wie hier, eine Nachbesserung (§ 633 Abs. 2 BGB) aus tatsächlichen Gründen ausscheidet und der Besteller auf einen ihm in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugebilligten Anspruch auf Nachlieferung beschränkt ist. Denn jedenfalls würde die Beklagte, nachdem sie die Klägerin immer wieder bis zum Vorliegen des Untersuchungsergebnisses vertröstet hatte, rechtsmißbräuchlich handeln, wenn sie sich auf Verjährung berufen würde.

6. Schließlich sind, entgegen der Ansicht der Revision, auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die auf positive Vertragsverletzung gestützten Schadensersatzansprüche der Klägerin durch Nr. 5 der von ihr selbst aufgestellten Einkaufsbedingungen stillschweigend ausgeschlossen wären.

III. Erweisen sich somit die Angriffe der Revision im wesentlichen als unbegründet, so kann doch das Berufungsurteil aus folgenden Erwägungen keinen Bestand haben:

Das Berufungsgericht legt die Zusicherung einer Benzin- und Ölfestigkeit durch die Beklagte dahin aus, daß die Folie geeignet sein müsse, auch auf längere Zeit den Einwirkungen dieser Flüssigkeiten - etwa durch unbeabsichtigtes Eintauchen in Rückstände oder durch Auflegen von benzingetränkten Lappen - folgenlos zu widerstehen, - ein Erfordernis, dem das

Material nach dem Gutachten der Bundesanstalt für Materialprüfung nicht in vollem Umfang entsprach. Eine derart weitgehende Auslegung der Haftungsübernahme durch die Beklagte ist zwar rechtlich möglich. Sie ist jedoch nicht zwingend und führt, was auch das Berufungsgericht ersichtlich nicht verkennt (BU S. 25 oben), zu einer sehr weitgehenden Haftung der Beklagten auch für extreme Materialbelastungen.

Wollte bei dieser Sach- und Rechtslage das Berufungsgericht den Zusicherungen durch die Beklagte eine derart weitgehende Bedeutung zumessen, so bedurfte es einer sorgfältigen Aufklärung und Abwägung der Umstände, unter denen die Beklagte diese Zusicherung abgegeben hat. Diesem Erfordernis trägt das Berufungsurteil nicht in vollem Umfang Rechnung. Die Beklagte hatte in ihrem Angebot vom 7. Juni 1966 im Zusammenhang mit der umstrittenen Zusicherung darauf hingewiesen, daß die Klägerin sich bereits anhand der übersandten Durckmuster von der Ausführung der Pläne und dem Umstand, daß diese ihren Ansprüchen gerecht wurden, habe überzeugen können. Damit nahm die Beklagte ersichtlich auf die kurz zuvor stattgefundenen Erörterungen und insbesondere die gemeinsame Überprüfung des Materials durch beide Parteien Bezug. Insoweit hatte aber die Beklagte im Schriftsatz vom 27. Januar 1969 (GA Bl. 69 ff, 71 f und 81) behauptet und durch Benennung der Zeugen Sc■■■■, S■■■■, Sch■■■■, C■■■■ und L■■■■ unter Beweis gestellt, ihr früherer persönlich haftender Gesellschafter Sc■■■■ habe kurz vor Vertragsschluß im Büro der Klägerin an dem später gelieferten

Material Reibversuche derart vorgenommen, daß die Probe mit einem benzin- oder ölgetränkten Lappen wiederholt fest und intensiv abgerieben wurde. Mit dem Ergebnis dieser Reibversuche sei die Klägerin zufrieden gewesen und habe in diesem Zusammenhang lediglich gefordert, daß die Farbe der Pläne sich weder auflöse noch undeutlich werde. Geht man zugunsten der Beklagten von der Richtigkeit dieses Vorbringens aus, so könnte sich daraus u.U. ergeben, daß die Beklagte ihre wenige Tage später abgegebene Zusicherung der "Benzin- und Ölfestigkeit" nur in diesem begrenzten Umfang verstanden wissen wollte, und daß auch die Klägerin ihr bei vernünftiger Betrachtung keine weitergehende Haftungsübernahme beimessen konnte. Dafür könnte nicht zuletzt auch der Umstand sprechen, daß die Klägerin noch im ersten Rechtszug lediglich eine Ersatzlieferung aus - wenn auch "absolut" - benzin a b s t o ß e n d e m Material verlangt hatte.

Bei dieser Sachlage und der Bedeutung, die dem Umfang der Zusicherung für die Entscheidung des Rechtsstreits zukommt, wäre das Berufungsgericht gemäß § 286 ZPO gehalten gewesen, den Beweisanträgen der Beklagten nachzugehen. Da das angefochtene Urteil auf diesem Rechtsfehler beruhen kann, konnte es keinen Bestand haben.

IV. Da somit der Rechtsstreit in diesem Punkt noch der weiteren Aufklärung bedarf, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann