

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 97/77

URTEIL

Verkündet am
14. Juni 1978
Mückenhäusen
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma 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. Halmut S [REDACTED], P [REDACTED]
in M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

Streithelferin:

Firma T [REDACTED] Gesellschaft für Straßenbau mbH,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer,
W [REDACTED]straße [REDACTED] in S [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma R [REDACTED] & S [REDACTED] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer
Diplom-Kaufmann Konrad T [REDACTED], H [REDACTED]platz [REDACTED] in M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen, Hoffmann, Merz und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Februar 1977 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, die mit Baustoffen handelt und u.a. Lichtkuppeln der niederländischen Firma P [REDACTED] vertreibt, lieferte für eine neu errichtete Montagehalle der Beklagten in D [REDACTED] die dafür benötigten Lichtkuppeln. Bestellung und Lieferung erfolgten auf der Grundlage einer Ausschreibung, welche die Beklagte durch die AG für I [REDACTED] (A [REDACTED]) durchführen ließ.

- 3 -

Darin war der Leistungsumfang für die Klägerin u.a. wie folgt umschrieben: Lieferung der zweischaligen Lichtkuppeln aus Acrylglas frei Baustelle ohne Montage; die Kuppel darf "an keiner Stelle gebohrt sein". Bezüglich der Aufsatzkränze heißt es: Sie sollen aus Polyester-Kunststoff bestehen, wetterfest versiegelt sein, und die Befestigungslöcher sind "werkseitig zu bohren".

Auf das Angebot der Klägerin, insgesamt 269 Lichtkuppeln mit Aufsatzkränzen zum Gesamtpreis von 175 617,94 DM zu liefern, erteilte die Beklagte mit Schreiben vom 12. September 1971 einen entsprechenden Auftrag und nahm dabei auf ihre rückseitig abgedruckten Einkaufsbedingungen Bezug, die unter Ziff. VII die Beklagte bei der Erhebung von Mängelrügen wegen erkennbarer oder verborgener Fehler von der Einhaltung gesetzlicher Fristen gänzlich freistellen. Mit Schreiben vom 19. November 1971 bestätigte die Klägerin den Auftrag und erkannte den Vorrang der Einkaufsbedingungen der Beklagten gegenüber ihren eigenen, dem Schreiben beigefügten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen ausdrücklich an, die nur ergänzend gelten sollten.

Nach Erhalt größerer Anzahlungen lieferte die Klägerin die Kuppeln und Kränze in den Monaten Juni bis August 1972 und erteilte am 22. November 1972 Schlußrechnung. Die A[REDACTED] sandte jedoch namens der Beklagten mit Schreiben vom 30. November 1972 diese Schlußrechnung mit dem Hinweis zurück, die gelieferten Lichtkuppeln könnten "aufgrund der schon aufgetretenen und noch zu erwartenden Beschädigungen" nicht abgenommen werden.



Die Beklagte hatte die Kuppeln durch die Firma T [REDACTED] GmbH (Streithelferin) montieren lassen. Bei der Montage wurden zunächst die Aufsatzkränze auf dem Dach befestigt, dann unter Verwendung der Kuppeln als Schablonen Löcher in die Aufsatzkränze gebohrt und schließlich mittels durchgezogener Schrauben die Kuppeln befestigt. Schon bald jedoch hatten sich bei einer großen Anzahl von Kuppeln von den Bohrlöchern weg Haarrisse gebildet, die sich ausbreiteten und die schließlich zur Beschädigung und Vernichtung sehr vieler Kuppeln führten.

Die Klägerin sieht den Grund für die aufgetretenen Schäden ausschließlich in einer falschen Montage der Kuppeln durch die Streithelferin, die durch Schrägbohren die Kuppeln beschädigt habe, statt beim Auftreten erster Schwierigkeiten die Montage sofort einzustellen. Die Klägerin hat deshalb mit der Klage unter Berechnung von Verzugszinsen Zahlung des restlichen Kaufpreises verlangt, den sie - unter Berücksichtigung einer von der Beklagten erst während des jetzigen Prozesses versehentlich an sie geleisteten weiteren Teilzahlung - mit nunmehr 30 085,79 DM errechnet.

Die Beklagte behauptet demgegenüber, es lägen Fertigungsmängel sowie Konstruktionsmängel vor, wofür die Klägerin einzustehen habe. Unter ersterem versteht die Beklagte die Maßungenauigkeiten zwischen Kuppel und Aufsatzkranz, unter letzterem die konstruktive Ausbildung der Kuppelbefestigung als solche.

Die Beklagte hat nicht nur die Zahlung des Restkaufpreises abgelehnt sondern widerklagend auch die geleisteten Zahlungen von 152 634,73 DM (nebst Zinsen) zurückgefordert und die Feststellung beantragt, daß die Klägerin für die entstandenen Schäden aufzukommen habe, insbesondere für die Kosten der Demontage der alten und für die Montage neuer Lichtkuppeln, für etwaige Mehraufwendungen bei Erwerb dieser neuen Kuppeln und für Schäden in ihren Fabrikhallen und an dort aufgestelltem Gerät infolge eindringenden Wassers.

Während das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben hat, hat das Berufungsgericht voll gegen die Beklagte erkannt. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung; diesem Antrag schließt sich auch die Streithelferin der Beklagten an.

Entscheidungsgründe

Die Feststellungen und Wertungen des Berufungsgerichts beruhen zu einem Teil auf rechtlich nicht einwandfreier Grundlage. Die angefochtene Entscheidung kann deshalb keinen Bestand haben.

I. Dem Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung, zwischen den Parteien liege ein Kaufvertrag - nicht ein Werk- oder Werklieferungsvertrag - vor, ist zuzustimmen.

II. Das Berufungsgericht trifft keine klaren Feststellungen zu der Frage, Kuppeln von welcher Beschaffenheit die Klägerin nach den zugrunde liegenden Abmachungen zu liefern hatte. Unstreitig waren die Kuppeln schon bei ihrer Anlieferung mit Löchern versehen, in die Buchsen lose eingeklebt waren, die dann bei der späteren Montage der Kuppeln teilweise beschädigt wurden. Diese Löcher waren nach der schriftlichen und mündlichen Bekundung des vom Gericht bestellten Gutachters Prof. Dr. W. [REDACTED] von der Vorlieferantin der Klägerin, der Firma P. [REDACTED], durch Bohren angebracht worden (vgl. schriftliches Gutachten vom 16. Juli 1976 S. 16 ff sowie mündliche Anhörung im Termin vom 5. Oktober 1976). Die Tatsache, daß die Kuppeln bei ihrer Anlieferung überhaupt schon Lochungen aufwiesen und daß Hülsen in die Löcher eingeklebt waren, wurde, was unstreitig ist, bei der Anlieferung der Kuppeln von der Beklagten nicht beanstandet, erschien somit auch der Beklagten vertragsgemäß.

Angesichts dieser Sachlage und dieses Parteiverhaltens bei der Anlieferung der Kuppeln hätte das Berufungsgericht sich, wie die Revision zutreffend rügt, mit der klaren Bekundung des gerichtlichen Sachverständigen (vgl. insbesondere Gutachten S. 16 ff) auseinanderzusetzen müssen, es seien hier Kuppeln geliefert

worden, die nicht etwa schon wegen des Vorhandenseins von Lochungen als solchen, sondern wegen der Art, in der die Lochungen angebracht worden waren, mit den Merkmalen der Ausschreibung in wesentlichen Punkten nicht übereinstimmten; denn nach der Ausschreibung durften die Kuppeln "an keiner Stelle gebohrt sein". Dies legt die Annahme nahe, daß die Kuppeln im Hinblick auf ihre spätere Montierung schon bei der Anlieferung zwar Lochungen am Rande aufweisen, diese indes schon beim Gießvorgang und nicht etwa durch späteres Bohren angebracht werden sollten, da im letztgenannten Falle möglicherweise Rißbildungen bei der späteren Montage zu besorgen waren. Trifft diese Annahme zu, dann waren in der Tat die Kuppeln nicht vertragsgemäß, und die aus der Herstellungsweise der Lochungen (Bohrung) resultierende Gefahr wurde dann durch die in die Lochungen eingeklebten Hülzen nicht etwa behoben sondern nur verdeckt.

Mit diesen und noch weiteren Ausführungen des Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten, die sämtlich die Frage der Vertragsgemäßheit des Liefergegenstandes betreffen, hätte das Berufungsgericht sich schon deshalb auseinandersetzen müssen, weil für die von ihm behandelte und zu Lasten der Beklagten entschiedene Frage, ob und wann die Beklagte die Kuppeln beanstanden mußte und ob und wann sie mit der Montage beginnen durfte, ohne ihre Gewährleistungsansprüche gemäß § 464 BGB zu verlieren, von erheblicher Bedeutung war, ob die Kuppeln offene oder verdeckte Mängel aufwiesen.

Zwar ist die vertragliche Freistellung der Beklagten von der Einhaltung jeglicher Mängelrüge-

fristen, wie sie in Ziff. VII ihrer unstreitig zum Vertragsinhalt erhobenen Einkaufsbedingungen vereinbart war, auch als Freistellung von der kaufmännischen Untersuchungs- und Mängelanzeigepflicht nach §§ 377 ff HGB zu verstehen. Andererseits hindert das nicht, daß der Käufer sich seiner Gewährleistungsansprüche dadurch begibt, daß er in Kenntnis des Mangels seine Rechte bei der Annahme der Kaufsache sich nicht vorbehält (§ 464 BGB). Hier hätte es, weil, wie dargelegt, ein verdeckter Mangel in Betracht kommt, einer Feststellung des Berufungsgerichtes bedurft, wann mit der Montage der Kuppeln begonnen wurde, wann die ersten Haarrisse festgestellt wurden und ob etwa auch noch nach Feststellung der ersten Haarrisse die weitere Montage fortgesetzt wurde. Überdies hatte die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 16. Februar 1976 (S. 7) unter Beweisantritt behauptet, A [REDACTED] habe in ihrem Auftrage sofort nach dem Auftreten der ersten Haarrisse diesen Mangel gegenüber der Klägerin wie auch gegenüber P [REDACTED] gerügt. Dieser Beweis ist, wie die Revision ausdrücklich rügt, nicht erhoben worden. Trifft der Vortrag der Beklagten zu, so ist, selbst wenn nach dieser Beanstandung die Montage fortgesetzt wurde, für eine Anwendung des § 464 BGB kein Raum. Überdies war die Streithelferin der Klägerin gegenüber weder Vertreterin der Beklagten noch deren Erfüllungsgehilfin hinsichtlich der Käuferpflichten.

III. Hilfsweise nimmt das Berufungsgericht an, die Beklagte habe auf die Geltendmachung von Mängeln stillschweigend verzichtet, weil sie in Kenntnis der Maßungenauigkeiten von Kuppeln und Aufsatzkränzen die Lieferung angenommen und mit der Montage begonnen habe. Auch insoweit kommt es jedoch entscheidend auf die Erkennbarkeit des Mangels, den Zeitpunkt der tatsächlichen Entdeckung und den Beginn der Montage an, wozu, wie ausgeführt, verfahrensrechtlich fehlerhaft, keine ausreichenden Feststellungen getroffen worden sind. Das Verhalten der Streithelferin kann, wie oben schon ausgeführt, der Beklagten nicht zugerechnet werden.

Einen stillschweigenden Verzicht der Beklagten auf ihre Gewährleistungsansprüche begründet das Berufungsgericht "insbesondere" damit, daß die Beklagte "in Kenntnis des Mangels" rund 140 000 DM in Raten "vorbehaltlos" an die Klägerin überwiesen habe. Diese Feststellung beruht jedoch, wie die Revision mit Recht rügt, auf fehlerhafter Grundlage. Nach eigenem Vortrag der Klägerin (Klageschrift S. 3) hatte die Beklagte schon in den Monaten Februar bis Juni 1972 auf die Kuppeln à-conto-Zahlungen in Höhe von 109 900 DM geleistet, dann im Juli 1972 weitere Zahlungen von 39 300 und 4 417,19 DM. Im Zeitpunkt der erstgenannten Zahlung waren die Kuppeln noch nicht angeliefert, und selbst im Zeitpunkt der beiden letztgenannten Zahlungen kann mit der Montage der Kuppeln schwerlich schon begonnen gewesen sein. Waren aber der Beklagten, als sie die à-conto-Zahlungen leistete, die Kuppeln und ihre Mängel noch nicht bekannt, so kann sie auch nicht stillschweigend auf die Geltendmachung von Mängeln verzichtet haben.

IV. Verfahrenswidrig und von der Revision auch gerügt hat das Berufungsgericht den unstreitigen Umstand nicht gewürdigt, daß bei dem Auftreten der ersten Haarrisse die P[REDACTED] sich zur sofortigen Ersatzlieferung von 70 Kuppeln bereiterklärte, diese Ersatzkuppeln auch anlieferte und durch einen anderen Subunternehmer - nicht durch die Streithelferin der Beklagten - montieren ließ, daß gleichwohl aber in der Folgezeit auch bei diesen nachgelieferten Kuppeln gleiche Schäden wie bei den ursprünglich gelieferten auftraten. Auch dieser Gesichtspunkt könnte geeignet sein, die Anwendung des § 464 BGB oder die Annahme eines Gewährleistungsverzichts in Frage zu stellen, möglicherweise auch unter dem Gesichtspunkt, daß die Klägerin ihrerseits durch die Ersatzlieferung das Vorhandensein eines Mangels anerkannte.

V. Das Berufungsgericht hat S. 37 f. seines Urteils erörtert, ob der Beklagten wegen der aufgetretenen Folgeschäden Schadensersatzansprüche unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zustehen könnten. Dabei hat das Berufungsgericht erkannt, daß aus der Schlechtlieferung der Kaufsache hergeleitete Schadensersatzansprüche der Beklagten - anders als Gewährleistungsansprüche nach den §§ 459 ff. BGB - ein Verschulden der Klägerin an der Schlechtlieferung voraussetzen. Unrichtig ist jedoch die in diesem Zusammenhang vertretene Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin treffe schon deshalb kein Verschulden, weil für sie "im Hinblick auf den Spezialfirmencharakter der Firma P[REDACTED] keine Untersuchungs- und Rügepflicht bestanden" habe; da die Klä-

gerin von der Firma P [REDACTED] schon wiederholt solche Lieferungen unbeanstandet erhalten habe, habe sie auch im vorliegenden Falle davon ausgehen können, daß "die Lieferung in Ordnung gehe".

Diese Beurteilung ist rechtlich fehlsam, denn es gibt keinen Rechtsgrundsatz des Inhalts, der "Spezialfirmencharakter" des Vorlieferanten oder die befriedigende Abwicklung von Geschäften mit ihm in der Vergangenheit entbinde den Käufer von der Verpflichtung, die Ware zu untersuchen.

Mit der Frage, ob eine Schadenersatzpflicht wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften in Betracht kommt, hat das Berufungsgericht sich überhaupt nicht auseinandergesetzt.

VI. Aus den vorgenannten Gründen war Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung geboten. Im erneuten Berufungsverfahren wird die Beklagte Gelegenheit haben, ihren übrigen Sachvortrag aus der Revisionsinstanz dem Berufungsgericht zu unterbreiten. Dem Senat erschien es angebracht, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Erst im erneuten Berufungsverfahren ist auch über die Kosten der Revision zu befinden, denn die Entscheidung hierüber hängt vom Ausgang des Rechtsstreits ab.

Braxmaier

Claßen

Hoffmann

Merz

Dr. Brunotte