

Az: VIII ZR 300/96
Vorhergehendes Az:
Gericht: BGH
Datum: 25.06.1997

Tatbestand:

Die Klägerin, die mit in Südkorea hergestelltem Stahl handelt, lieferte an die Beklagte mit dem Geschäftssitz in der Schweiz auf deren Bestellungen vom 7. Februar 1992, von der Klägerin bestätigt am 10. März 1992, insgesamt 125,81 t rostfreien Walzdraht, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Lieferung im Juli oder September 1992 erfolgt ist. Von dem Kaufpreis von insgesamt 366.174,51 DM steht noch ein Restbetrag von 63.180 DM offen. Mit auf den 5. November 1992 und 6. April 1993 datierten "Ausschußmeldungen" hat die Beklagte angezeigt, daß sie bestimmte, im einzelnen angegebene Mengen des gelieferten Rohmaterials nicht habe verarbeiten können und sie die Ausschußmengen der Klägerin zur Verfügung stelle. Gleichzeitig fragte sie an, was mit diesem Material und dem sich "eventuell" noch auf ihrem Lager befindlichen "Vormaterial" geschehen solle. Mit Schreiben vom 2. Dezember 1992 und 27. Januar 1993 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß sie bei berechtigten Reklamationen den Warenwert gutschreiben und, wenn sich in den Vorräten der Beklagten wiederum Ausschüsse zeigen sollten, bei berechtigten Reklamationen auch dafür geradestehen werde. Beide Parteien haben über die Eignung des Rohmaterials Gutachten eingeholt, die allerdings zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind.

Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung des Restkaufpreises nebst Zinsen in Anspruch. Nachdem die Beklagte im Verlauf des Rechtsstreits in erster Instanz Ende 1995 das noch vorhandene Rohmaterial verarbeitet hatte, hat sie mit Schriftsatz vom 6. November 1995 die Aufhebung des Vertrages lediglich wegen der dort angegebenen Ausschußmengen weiterverfolgt. Hilfsweise hat sie mit Schadensersatzansprüchen von 4.800 DM, 2.850,50 sfr und 75.578,53 DM die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat unter Klageabweisung im übrigen die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 50.580 DM nebst Zinsen verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.
Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte könne sich gegenüber der Restkaufpreisforderung weder auf die von ihr erklärte teilweise Vertragsaufhebung noch auf eine Minderungseinrede berufen. Soweit die Beklagte unter Berücksichtigung der

teilweise zu ihren Gunsten ergangenen Entscheidung des Landgerichts die Einrede der Vertragsaufhebung hinsichtlich eines Teilbetrages von 22.611,76 DM (35.211,76 DM abzüglich vom Landgericht zuerkannter 12.600 DM) weiter verfolge, sei diese Erklärung unbeachtlich, wenn sie sich auf eine Ausschußmenge von 12,478 t beziehe, die bei der Verarbeitung der Ende 1995 noch vorhandenen Rohware von 38-39 t angefallen sei. Die Beklagte müsse sich insoweit entgegenhalten lassen, daß sie weder der ihr nach Art. 38, 39 CISG obliegenden Untersuchungs- und Rügepflicht nachgekommen sei noch innerhalb einer angemessenen Frist im Sinne des Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG die Vertragsaufhebung erklärt habe. Soweit die Klägerin mit Schreiben vom 2. Dezember 1992 und 27. Januar 1993 sinngemäß erklärt habe, sie werde auch bei weiteren berechtigten Reklamationen der Beklagten "dafür geradestehen", seien diese Bereitschaftserklärungen dahin auszulegen, daß die Klägerin nicht zeitlich unbeschränkt haften, sondern nur für solche Mängel habe eintreten wollen, die von der Beklagten im Zuge der anlaufenden Produktion festgestellt worden wären. Diese Voraussetzung sei jedoch hinsichtlich der bei der Weiterverarbeitung Ende 1995 angeblich aufgetretenen Mängel nicht erfüllt. Derartige Gewährleistungsansprüche seien außerdem nach § 477 BGB verjährt.

Das Landgericht sei im übrigen zu Recht davon ausgegangen, daß die Beklagte in ihren Reklamationsschreiben vom 5. November 1992 und 6. April 1993 hinsichtlich der von ihr im einzelnen angegebenen Ausschußmengen rechtzeitig die Vertragsaufhebung erklärt habe, die sie allerdings im Berufungsverfahren nur noch wegen einer Menge von 7,978 t weiterverfolge. Es könne offenbleiben, ob diese Menge mangelhaft gewesen sei und ob das Landgericht zu Recht eine weitere Beweisaufnahme abgelehnt habe. Entscheidend sei, daß dem Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden könne, ob die vorgenannten Ausschußmengen mit den in den Reklamationsschreiben angegebenen teilweise identisch oder aber ob sie ausschließlich bei der Bearbeitung Ende 1995 angefallen seien.

Die von der Beklagten im Wege der Hilfsaufrechnung geltend gemachten Schadensersatzansprüche bestünden nicht. Hinsichtlich des Betrages von 4.800 DM - angeblich durch die Verarbeitung des Materials entstandener Mehrwert - könne nicht davon ausgegangen werden, daß sich die nach Ansicht der Beklagten von der Klägerin zurückzunehmende Ausschußware von rund 12 t durch die Verarbeitung bedingt in einem besseren Zustand als vorher befinde. Darüber hinaus habe die Beklagte diese Schadensposition nicht substantiiert dargelegt. Die Beklagte könne ferner für das zweifache Nachschleifen als entgangenen Gewinn einen Schadensersatzbetrag von 75.578,53 DM nicht verlangen, da sie jedenfalls gegen ihre Schadensminderungspflicht (Art. 77 CISG) verstoßen habe. Auch ein Kostenerstattungsanspruch für das Umstellen der Schleifmaschine in Höhe von 2.850 sfr scheide deshalb aus.

II.

Diese Ausführungen können einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang standhalten.

1.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht auf der Grundlage des hier anzuwendenden UN-Kaufrechts die Befugnis der Beklagten verneint, sich gegenüber der im Berufungsverfahren noch im Streit stehenden Restkaufpreisforderung von 50.580 DM

auf eine Vertragsaufhebung wegen eines Teilbetrages von jetzt noch 22.611,76 DM zu berufen (Art. 81 Abs. 1 Satz 1, 49 Abs. 1 lit. a i.V. mit Art. 51 Abs. 1 CISG).

a)

Die Beklagte hat mit ihren Ausschußmeldungen vom 5. November 1992 und 6. April 1993 jeweils für bestimmte Mengen die Fehlerhaftigkeit des gelieferten Materials gerügt und dabei mit im wesentlichen gleichlautender Formulierung erklärt, sie könne die genannte Ausschußmenge nicht verwenden und stelle sie der Klägerin zur Verfügung. Daß mit dem Hinweis: "Das Material hat Splitter", bzw. "das Material ist gespalten und hat Splitter" der Fehler ausreichend genau beschrieben worden ist (Art. 39 Abs. 1 CISG), nimmt ersichtlich auch das Berufungsgericht an.

b)

Ob die Beklagte dabei ihrer Obliegenheit nachgekommen ist, die Ware innerhalb der Frist des Art. 38 CISG zu untersuchen und die Mängelrüge innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem die Vertragswidrigkeit der Ware festgestellt worden ist oder hätte festgestellt werden können (Art. 39 Abs. 1 CISG), zu erheben, kann offenbleiben. Denn die Klägerin hat mit Schreiben vom 27. November 1992 die Materialbeanstandungen der Beklagten entgegengenommen und deren Weiterleitung an ihr Werk in Korea angezeigt; mit Schreiben vom 2. Dezember 1992 und 27. Januar 1993 hat sie weiter erklärt, sie werde, falls sich in den Vorräten der Beklagten wieder Ausschüsse zeigten und die Reklamationen berechtigt seien, "auch dafür geradestehen und ordentlich abwickeln". Damit hat die Klägerin nicht nur hinsichtlich der Mängelrügen vom 5. November 1992 deren Rechtzeitigkeit anerkannt, sondern auch für spätere Beanstandungen auf den Einwand der nicht rechtzeitigen Rügeerhebung verzichtet, wie dies bereits das Landgericht angenommen hatte. Ein solcher Verzicht ist grundsätzlich auch nach dem UN-Kaufrecht möglich (*Schwenzer in v. Caemmerer/Schlechtriem*, CISG, 2. Aufl., Art. 39 Rdnr. 33; *Staudinger/Magnus*, Art. 39 CISG Rdnr. 18; zu § 377 HGB vgl. Senatsurteil vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 149/90 = WM 1991, 1636 unter II 1 c aa = BGHR HGB § 377 Verspätungseinwand 1).

Soweit das Berufungsgericht die vorgenannten Schreiben der Klägerin dahin auslegt, daß diese nicht zeitlich unbeschränkt haften, sondern nur für solche Mängel der Rohware habe eintreten wollen, die von der Beklagten im Zuge der angelaufenen Produktion festgestellt worden wären, ist diese Auslegung, wie die Revision im Ergebnis zu Recht rügt, nicht rechtsfehlerfrei, so daß sie für das Revisionsgericht keine Bindungswirkung entfaltet. Eine derartige Einschränkung wird weder vom Wortlaut der Erklärungen der Klägerin getragen noch findet sie eine Stütze im Vortrag der Parteien. Der Zusammenhang dieser Erklärungen mit der Antwort auf die Frage der Beklagten, was mit den Beständen zu geschehen hätte, spricht sogar dagegen. Der Inhalt der Schreiben ist daher, wie das Revisionsgericht aufgrund eigener Auslegung feststellen kann, nur so zu verstehen, daß die Klägerin für gleichartige Mängel ihrer Lieferung eintreten will, die sich erst bei der künftigen Verarbeitung der Ware zeigen. Davon, daß sich die Verarbeitung des gesamten Walzdrahtes über einen längeren Zeitraum hinziehen würde, mußte die Klägerin angesichts des Umfangs der Lieferung ausgehen. Im übrigen beruhte die eingetretene erhebliche Verzögerung darauf, daß das Landgericht in dem Rechtsstreit über die Restforderung der Klägerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens hinsichtlich der behaupteten Mangelhaftigkeit des Walzdrahtes angeordnet hatte; damit schied eine Weiterverarbeitung des Rohmaterials durch die Beklagte jedenfalls bis auf weiteres aus. Wenn die Beklagte sich sodann Ende

1995 zur Bearbeitung des angelieferten und noch nicht verarbeiteten Materials entschloß und sich anschließend auf einen noch verbliebenen Ausschuß berief, hat sie hierdurch die ursprünglich gerügten Mängel nach ihrem Umfang konkretisiert. Dann aber hat sie hinsichtlich sämtlicher von ihr gerügter Mängel ihr Recht nicht verloren, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen.

c)

Da die Beklagte in ihren Mängelrügen ausgeführt hat, sie könne die Ausschußmengen nicht verwenden und stelle sie der Klägerin zur Verfügung, wodurch sie zugleich rechtzeitig insoweit die Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 Abs. 1 lit. a, 51 Abs. 1 CISG erklärt hat, kommt es auf die Frage, ob die Vertragsaufhebung mit Schriftsatz vom 6. November 1995 noch rechtzeitig erklärt worden ist, nicht mehr an.

d)

Das Berufungsgericht durfte daher die Frage der Mangelhaftigkeit der restlichen Rohware von 7,978 t, für welche die Beklagte die Vertragsaufhebung noch weiterverfolgt, nicht mit der Begründung offen lassen, dem Vortrag der Beklagten könne nicht entnommen werden, ob die genannten Ausschußmengen teilweise mit den in den Reklamationsschreiben angegebenen Mengen identisch oder aber ob sie ausschließlich bei der Bearbeitung Ende 1995 angefallen seien.

Soweit den Ausführungen des Oberlandesgerichts die Erwägung zugrunde liegt, daß der Beklagten wegen der allein bei der Bearbeitung Ende 1995 angefallenen Ausschußmengen Ansprüche deshalb nicht zustehen, weil sie nicht die Voraussetzungen der Art. 38, 39 und 49 Abs. 1 lit. a CISG erfüllt hat, ist dies unbeachtlich. Wie ausgeführt (vgl. oben zu II 1 b und c), kann die Beklagte ihre Rechte auch noch für diejenigen Mängel geltend machen, die sich erst bei der Bearbeitung Ende 1995 gezeigt haben. Im übrigen spricht, wie die Revision zutreffend aufzeigt, sogar vieles dafür, daß die jetzt noch beanstandeten Mengen mit den vorprozessual gerügten Mengen identisch sind.

e)

Die Vertragsaufhebung ist auch nicht nach Art. 82 Abs. 1 CISG dadurch ausgeschlossen, daß die Beklagte die Ware nach Verarbeitung nicht in dem Zustande zurückgeben kann, in dem sie sie erhalten hat. Die Beklagte hat vorgetragen, zur Feststellung, welcher Anteil des gelieferten Rohmaterials noch mangelhaft sei, habe sie das gesamte Rohmaterial verarbeiten müssen; auch die Klägerin hat erklärt, die von der Beklagten behaupteten Mängel hätten sich in vollem Umfang erst im Zuge der Weiterverarbeitung der Ware gezeigt. Danach ist die Ware infolge der zur Untersuchung erforderlichen Verarbeitung nach Art. 38 CISG verändert worden. Bleibt dem Käufer aber sein Recht zur Vertragsaufhebung sogar dann erhalten, wenn die Ware durch die Untersuchung untergegangen oder verschlechtert worden ist (Art. 82 Abs. 2 lit. b CISG), muß dies erst recht gelten, wenn - wie die Beklagte behauptet hat - die Ware durch die Verarbeitung verbessert worden ist. Daß die Veränderung der Ware erst nach der Aufhebungserklärung der Beklagten erfolgt ist, ändert an der zuvor eingetretenen Vertragsaufhebung nichts mehr (vgl. *Staudinger/Magnus* Art. 82 Rdnr. 14).

f)

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Gewährleistungsansprüche der Beklagten auch nicht verjährt. Da die Beklagte bereits mit ihren Mängelanzeigen vom 5.

November 1992 und 6. April 1993 wirksam die Vertragsaufhebung erklärt hat, ist sie gemäß Art. 81 Abs. 1 Satz 1 CISG insoweit von ihrer Zahlungspflicht befreit worden (*Leser in v. Caemmerer/Schlechtriem*, Art. 81 Rdnr. 8; *Staudinger/Magnus* Art. 81 Rdnr. 5), so daß sie die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann.

2.

Das Berufungsgericht durfte daher nicht offenlassen, ob die streitgegenständlichen Restmengen trotz mehrfachen Nachschleifens nicht verkäuflich sind und unbrauchbaren Ausschuß darstellen, sondern hätte den hierzu angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis erheben müssen. Dieses Recht hat die Beklagte auch nicht dadurch verloren, daß sie den im ersten Rechtszug durch Beschluß vom 9. Dezember 1994 für eine ergänzende Begutachtung angeforderten Kostenvorschuß nicht eingezahlt, sondern Ende 1995 das restliche Rohmaterial selbst verarbeitet hat. Die Nichtzahlung des für die Zeugen- und Sachverständigenladung geforderten Auslagenvorschusses führt - vorbehaltlich einer hier nicht erfolgten Nichtzulassung des Angriffs- oder Verteidigungsmittels gemäß § 528 Abs. 2 ZPO - nicht zu einem Ausschluß des Beweismittels (Senatsurteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 = NJW 1982, 2559 unter 2 b; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 55. Aufl., § 379 Rdnr. 7 f; *Zöller/Greger*, 20. Aufl., § 379 Rdnr. 8). Die Verarbeitung des gelieferten Rohmaterials durch die Beklagte stellt sich auch nicht, wie die Klägerin im zweiten Rechtszug gemeint hat, als Beweisvereitelung dar. Hierunter wird ein Verhalten verstanden, durch das eine Partei dem beweisbelasteten Gegner die Beweisführung schuldhaft unmöglich macht oder erschwert, indem sie vorhandene Beweismittel vernichtet, vorenthält oder ihre Benutzung erschwert oder indem sie zumindest fahrlässig die Aufklärung eines bereits eingetretenen Schadensereignisses unterläßt, um dadurch die Entstehung eines Beweismittels zu verhindern, obwohl die spätere Notwendigkeit einer Beweisführung dem Aufklärungspflichtigen bereits erkennbar sein mußte (BGH, Urteil vom 15. November 1984 - IX ZR 157/83 = NJW 1986, 59 unter II 2 b; *Thomas/Putzo*, ZPO, 20. Aufl., § 286 Rdnr. 17; *MünchKomm-ZPO/Prütting*, § 286 Rdnr. 75 ff).

Durch die Verarbeitung des Rohmaterials hat die Beklagte jedoch nicht die Beweisführung der Klägerin, sondern allenfalls die eigene erschwert; denn sie ist für die Mangelhaftigkeit des gelieferten Materials beweispflichtig. Dadurch, daß nunmehr die Einholung eines Sachverständigengutachtens bezüglich des unverarbeiteten Materials ausscheidet und die Beklagte sich für die behauptete Mangelhaftigkeit der Rohware auf die Vernehmung eines Angestellten ihres Betriebes stützen kann, müssen der Klägerin keine prozessualen Nachteile entstehen. Ein etwaiges eigenes Interesse des Zeugen an einem für die Beklagte günstigen Ausgang des Rechtsstreits hat das Gericht im Rahmen seiner Beweismittelwürdigung zu berücksichtigen. Im übrigen hat die Beklagte darüber hinaus Sachverständigenbeweis für ihre Behauptung angeboten, die streitigen Restmengen bildeten trotz mehrfachen Nachschleifens unbrauchbaren Ausschuß der Rohware.

III.

Da der Entscheidung des Berufungsgerichts über den einheitlichen Restkaufpreisanspruch der Klägerin in Höhe eines Teilbetrages von 22.611,76 DM nicht gefolgt werden kann, hat der Senat das Berufungsurteil insgesamt aufgehoben (vgl. *MünchKomm-ZPO/Walchshöfer*, § 564 Rdn. 3 f). Die Sache war zur weiteren Aufklärung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit dieses eine Entscheidung über die von der Beklagten erklärte Aufrechnung zu treffen haben wird,

weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß er die Auffassung des Berufungsgerichts teilt, wonach die Aufrechnung nicht durchgreift.

1.

Die Beklagte rechnet einmal gegenüber der Klageforderung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 4.800 DM auf, den sie daraus ableitet, daß das von der Klägerin zurückzunehmende Material sich durch die Verarbeitung in einem besseren Zustand befinde als vorher. Es kann offenbleiben, ob ein solcher Anspruch als grundsätzlich ersatzfähige Aufwendung zur Feststellung des Schadens (*Stoll* inv. *Caemmerer/Schlechtriem*, Art. 74 Rdnr. 19) gerechtfertigt sein kann. Da die Beklagte bei ihrer Forderungsberechnung ohne weitere Begründung einen Mehrwert von 400 DM je Tonne behauptet und hieraus einen Betrag von 4.800 DM errechnet hat, fehlt es, worauf die Klägerin bereits in erster Instanz hingewiesen hatte, für eine solche Wertsteigerung jedenfalls an einem substantiierten Tatsachenvortrag.

2.

Rechtsfehlerfrei sind auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Beklagten in Höhe von 75.578,53 DM für das zweifache Nachschleifen und in Höhe von 2.850 sfr für die Umstellung der Schleifmaschine verneint hat. Diese Kosten der Mängelbeseitigung waren in Anbetracht ihrer Höhe im Verhältnis der noch offenstehenden Kaufpreisforderung nicht mehr vernünftig, so daß sie vom Verkäufer gemäß Art. 74 CISG nicht zu übernehmen sind; ersatzfähig sind lediglich angemessene Aufwendungen zur Feststellung des Schadens sowie zu seiner Abwendung oder Minderung (*Stoll* in v. *Caemmerer/Schlechtriem*, aaO; siehe auch *Staudinger/Magnus*, Art. 77 Rdnr. 15, 20). Angesichts der Höhe der von vornherein zu erwartenden Kosten war es, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, der Beklagten vielmehr zuzumuten, nach Aufhebung des Vertrages die Ware zurückzugeben und ihrerseits Schadensersatzansprüche geltend zu machen (Art. 45 Abs. 1 lit. b, 74 CISG).