

CISG-online 2754	
Jurisdiction	Germany
Tribunal	Oberlandesgericht Koblenz (Court of Appeal Koblenz)
Date of the decision	05 February 2014
Case no./docket no.	2 U 108/13
Case name	<i>Natural stone tiles case</i>

### Gründe:

Die in Italien ansässige Klägerin macht gegen die Beklagte, soweit in der Berufung noch im Streit, eine Restentgeltforderung aus der Lieferung von Natursteinfliesen in Höhe von 13.179,31 € zuzüglich Zinsen geltend. 1

Die Beklagte verweigert die Zahlung unter Berufung auf ein ihr nach ihrer Meinung zustehendes Leistungsverweigerungsrecht. Sie hat vorgetragen, die Fliesen seien mangelhaft. Die Fliesen hätten keine exakt auf 1 cm kalibrierte Stärke aufgewiesen, sondern Stärken bis 1,4 cm. Außerdem wiesen die Fliesen – als solches unstreitig – keine Fasen auf, sondern seien scharfkantig. Insoweit hat die Beklagte zunächst unter Sachverständigenbeweisangebot vorgetragen, derartige Fliesen müssten grundsätzlich kalibriert werden; bei deren Herstellung würden zudem automatisch Fasen mitproduziert. Die klägerische Behauptung, wonach die Fasen (immer) extra bestellt werden müssten, sei unzutreffend. 2

Nach Vorlage des Erstgutachtens des gerichtlichen Sachverständigen [...] hat die Beklagte vorgetragen, sie habe bei der Bestellung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Fliesen kalibriert und leicht gefast sein sollten. Dabei hat sie wiederholt auf die Auftragsbestätigung vom 30.9.2010 hingewiesen. Mit Schriftsatz vom 28.9.2012 hat sie zudem ein auf den 1.10.2010 datierendes Schreiben vorgelegt, nach dem neben dem Plattenformat auch eine Kalibrierung sowie eine leichte Fassung der Kanten zu beachten sein sollten. 3

Die Klägerin hat den Erhalt dieses Schreibens bestritten. Sie hat vorgetragen, das von ihr gelieferte Material sei einwandfrei. Sie hat beanstandet, die Mängelrüge sei unsubstantiiert gewesen. 4

Die Beklagte hat ca. 80% der gelieferten Fliesen in einer Musterfläche verbaut und nach dem Ende der Bemusterung entsorgt. 5

Das Landgericht hat der Klage in der Hauptsache im Umfang der weiteren Rechtshängigkeit vollumfänglich stattgegeben und sie lediglich wegen eines Teils der Zinsforderung abgewiesen. 6

Dabei hat die Kammer zur Begründung ausgeführt, es könne dahinstehen, ob die Fliesen mangelhaft seien, wenngleich sie zu dieser Annahme neige.

Aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls sei die Beklagte an der Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB gehindert. Zwar sei deren Anwendungsbereich grundsätzlich auch nach Gefahrübergang noch eröffnet. Voraussetzung hierfür sei aber, dass der Mangel noch behebbar sei und der Erfüllungsanspruch weiter bestehe. Hieran fehle es vorliegend. Die Klägerin habe – unstrittig – etwa 4/5 der gelieferten Fliesen in der Musterfläche verbaut und das Material nach Abschluss der Bemusterung entsorgt. Vor diesem Hintergrund seien die behaupteten Mängel nicht mehr behebbar, die Verweigerung der Kaufpreiszahlung mithin nicht berechtigt. Dasselbe folge aus Treu und Glauben nach dem Grundsatz des Verbots des «venire contra factum proprium».

7

Wegen der weiteren Einzelheiten einschließlich der Antragstellung und der weiteren tatsächlichen Feststellungen der Kammer nimmt der Senat insgesamt Bezug auf das angegriffene landgerichtliche Urteil.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit der sie ihr Ziel der Klageabweisung insgesamt weiter verfolgt.

8

Zur Begründung nimmt sie Bezug auf ihr gesamtes erstinstanzliches Vorbringen nebst dortigem Beweisanerbieten. Sie hält weiter an ihrer Auffassung fest, wonach die gelieferten Fliesen mangelhaft gewesen seien. Aus der Tatsache, dass 20% der Fliesen nachweisbar mangelhaft gewesen seien, ist ihrer Meinung nach der Rückschluss möglich, dass auch die verarbeitete Menge mangelhaft gewesen sei. Hierfür spreche bereits der Anscheinsbeweis. Dementsprechend sei sie weiterhin zur Ausübung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages berechtigt. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass jedenfalls 1/5 der gelieferten Fliesen noch vorhanden sein.

9

Es sei nicht ersichtlich, wieso diese Teilmengen nicht von der Klägerin zurückgenommen und im Wege der Nachlieferung Mängelbeseitigung geschaffen werden könne. Die Klägerin sei ihrer Nachlieferungspflicht bis heute nicht nachgekommen.

10

Selbst der Umstand, dass die Fliesen verbaut worden seien, führe nicht zur Unmöglichkeit der Nachlieferung. Die Pflicht des Käufers, die mangelhafte Ware an den Verkäufer zurückzugeben, komme allenfalls auf entsprechendes Verlangen des Verkäufers in Betracht. Derartige Ansprüche habe die Klägerin aber bis heute nicht geltend gemacht. Die Beklagte ist darüber hinaus der Auffassung, dass selbst dann, wenn die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht eingreifen sollte, ihr jedenfalls ein Minderungsrecht zustehe, weil nachweislich zumindest 1/5 der Lieferung mangelhaft sei. Daneben ergebe sich gemäß § 438 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 BGB ein von § 320 BGB unabhängiges Recht, die Kaufpreiszahlung insoweit zu verweigern, als der Käufer dazu aufgrund des Rücktritts oder der Minderung befugt sein würde. Diese Einrede hätte sie bereits in erster Instanz erhoben, wenn das Landgericht trotz anders lautender Hinweise im Rahmen der letzten mündlichen Verhandlung nicht überraschend der Klage stattgegeben hätte.

11

Die Klägerin ist dem insgesamt unter Aufrechterhaltung ihres erstinstanzlichen Rechts- und Tatsachenstandpunkts entgegen getreten und trägt auf Zurückweisung der Berufung an.

12

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten und zur Akte gelangten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

13

Der Senat beabsichtigt nach Beratung, die Berufung der Beklagten gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Der Senat ist nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg bietet, der Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist. Das Landgericht hat der Klage im tenorierten Umfang zu Recht stattgegeben.

Soweit die Berufung umfangreiche rechtliche Ausführungen dazu macht, inwieweit die Beklagte sich auch nach Gefahrübergang weiterhin auf die Einrede nach § 320 BGB berufen kann und ob ihr darüber hinaus ein hiervon unabhängiges Zurückbehaltungsrecht nach § 438 BGB zusteht, kann dies insgesamt dahinstehen.

14

Zu Grunde liegt hier ein Kaufvertrag über Waren zwischen Parteien, die ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben, die jeweils Vertragsstaaten nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG, Art. 1, 3) sind. Maßgebliche Rechtsgrundlage sind daher die Regelungen des CISG, da die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben, Art. 6 CISG.

15

Das CISG enthält – anders als das BGB – keine Norm, welche einer Partei ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht bei einer Vertragsverletzung der Gegenseite einräumt (*Müller-Chen* in Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 45 Rn. 22 m.w.N.).

16

Soweit in Art. 71 CISG die Verschlechterungseinrede geregelt ist, ist das sich daraus ergebende Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich beschränkt auf Fälle vor der Fälligkeit. Der Gläubiger hat daher bei bereits erhaltener, mangelhafter Leistung hiernach keine Möglichkeit, die eigene Gegenleistung zu verweigern (*Fountoulakis* in Schlechtriem/Schwenzer, a.a.O., Art. 71 Rn. 9 m.w.N.).

17

Soweit teilweise in den nationalen Rechtsprechungen darüber hinaus ein weitergehendes Zurückbehaltungsrecht entwickelt worden ist, bedarf es vorliegend keiner Entscheidung, ob dem grundsätzlich zu folgen ist. Voraussetzung eines solchen weitergehenden Zurückhaltungsrechts *extra legem* ist nämlich, dass es sich um eine in wesentlichen Teilen mangelhafte Leistung handelt, etwa, wenn bei gelieferten Maschinen zahlreiche Mängel auftauchen (wie vor).

18

Dies ist vorliegend nach dem Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme nicht der Fall.

19

Dabei hat der Senat, anders als das Landgericht, bereits erhebliche Zweifel, ob hier von einer Mangelhaftigkeit der Lieferung ausgegangen werden kann, die die Wesentlichkeitsschwelle überschreitet. Der Sachverständige hat die Behauptung der Beklagtenseite nicht bestätigt, wo nach die Fliesen automatisch kalibriert und mit Fasen hätten versehen sein müssen. Erst nach dem entsprechenden Ergebnis aus dem Erstgutachten hat die Beklagte ihren Vortrag dahin-

20

gehend modifiziert, Fasen und Kalibrierung seien von ihr extra bestellt gewesen. Die Klägerseite hat mit Schriftsatz vom 11.10.2012 substantiiert bestritten, das Schreiben vom 1.10.2010 erhalten zu haben. Sie hat unter Bezugnahme auf den entsprechenden Fax-Aufdruck im Einzelnen dargelegt, lediglich die Auftragsbestätigung selbst (diese jedoch 2-fach) erhalten zu haben. Dem ist die Beklagte nicht mehr entgegen getreten. Auch der ursprüngliche Vortrag der Beklagten legt nahe, dass sie selbst jedenfalls zunächst nicht von einer entsprechenden besonderen Vereinbarung der Parteien ausgegangen ist, andernfalls es des angebotenen und auch erhobenen Sachverständigenbeweises zu dieser Frage nicht bedurft hätte.

Bezüglich der Stärke der Fliesen hat der Sachverständige in seinem Erstgutachten festgestellt, dass die Fliesen unter Beachtung der zulässigen Toleranzen als gleichmäßig dick zu betrachten sind. Wenn die Beklagte davon ausgeht, sämtliche noch vorhandene Fliesen seien zu dick und daher mangelhaft, gilt dies nur unter der Prämisse, dass kalibrierte Fliesen geschuldet waren.

21

Hiervon kann aber, wie dargelegt, nicht ausgegangen werden. Ob die unzulässige Abweichung einzelner Fliesen die Annahme rechtfertigen könnte, die Lieferung sei insgesamt mangelhaft, kann ebenfalls dahin stehen. Die Beklagte erkennt selbst, dass eine solchen Mangelhaftigkeit allein für die noch für die Begutachtung durch den Sachverständigen verfügbaren Restbestände nachzuweisen wäre. Da die Beweisaufnahme gerade nicht ergeben hat, dass diese Restbestände durchweg mangelhaft waren, ist auch der Rückschluss aufgrund eines vermeintlichen Anscheinsbeweises nicht gerechtfertigt, wonach dann auch die in der Musterfläche eingebaute Ware insgesamt hätte mangelhaft sein müssen. Zudem hat die Beklagte diese Ware bestimmungsgemäß als Musterfläche (für den Auftrag einer Versicherung) verbaut und diese nach dem Ende der Bemusterung entsorgt. Der vertraglich vorgesehene Gebrauch war ihr mit hin möglich.

22

Damit ist davon auszugehen, dass die Ware auch zum vertragsgemäß vorausgesetzten Gebrauch tatsächlich geeignet war. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um eine in wesentlichen Teilen mangelhafte Leistung der Klägerin gehandelt haben sollte.

23

Dies kann letztlich jedoch auch insgesamt dahinstehen.

24

Sofern die Ware tatsächlich mangelhaft gewesen sein sollte, hätte es der Beklagten als Käuferin obliegen, die Vertragswidrigkeit nach Maßgabe des Art. 39 CISG zu rügen. Danach verliert der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet (Art. 39 Abs. 1 CISG).

25

Ob dabei die Mail vom 15.10.2010 in zeitlicher Hinsicht ausreichend ist, kann dahinstehen. Sie reicht jedenfalls, worauf die Klägerseite bereits erstinstanzlich hingewiesen hat, inhaltlich in keiner Weise aus. Die Rüge muss die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnen. Mit diesem Erfordernis soll der Verkäufer in die Lage versetzt werden, sich ein Bild über die Vertragswidrigkeit zu machen und die erforderlichen Schritte zu ergreifen (*Schwenzer* in *Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., Art. 39 Rn. 6 m.w.N.). Dürfen auch die Anforderungen an die Spezifizierung nicht überspannt werden, wird man vom Käufer jedenfalls verlangen können und müssen, dass er zunächst angibt, welche Qualitätsabweichungen er rügt. Zur

26

Substantiierung der Mängelanzeige gehört gerade auch, dass der Käufer angibt, in welchem Umfang die gelieferte Ware von der Vertragswidrigkeit betroffen ist (vgl. insgesamt *Schwenzer*, a.a.O., Rn. 6 ff. m.w.N.). Lediglich allgemeine Beanstandungen sind nicht ausreichend (*MüKo/Gruber*, BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 39 CISG Rn. 12 m.w.N.).

Soweit die E-Mail vom 15.10.2010 konkret das Fehlen von Fasen rügt, liegt hierin kein Mangel (s.o.). Im Übrigen zeigt auch die dortige Formulierung, wonach die Beklagte nach Erkundigungen bei anderen Fliesenlieferanten erfahren haben will, dass nach den Richtlinien Fasen anzu- bringen seien, erneut deutlich, dass die Beklagte selbst davon ausging, Fasen nicht gesondert beauftragt zu haben. **27**

Die Rüge der unterschiedlichen Stärke der Fliesen verbleibt jedoch gänzlich unsubstantiiert. Der vermeintliche Mangel wird weder qualitativ noch quantitativ in einer Art. 39 CISG genü- genden Art und Weise dargelegt. Die Klägerin wird als Verkäuferin hierdurch nicht hinreichend über Art und Ausmaß der Vertragswidrigkeit informiert (vgl. *Gruber*, a.a.O.). **28**

Damit hat die Beklagtenseite jedoch insgesamt das Recht verloren, sich auf eine Vertragswid- rigkeit der Ware zu berufen. Die Ware gilt als genehmigt. Der Käufer verliert damit sämtliche Rechtsbehelfe, die ihm nach Art. 45 CISG zustehen. Auch Rechtsbehelfe, die dem Käufer nach nationalem Deliktsrecht oder Irrtumsrecht zustehen könnten, bleiben ausgeschlossen. Bei Minderlieferung, Lieferung von Waren minderer Qualität oder eines geringwertigen *aliud* muss der Käufer deshalb den vereinbarten Kaufpreis bezahlen, ohne, dass ihm irgendwelche Einreden zustünden oder er mit Gegenansprüchen aufrechnen könnte (*Schwenzer*, a.a.O., Rn. 30 m.w.N.). **29**

Ansprüche auf Ersatzlieferung und Nachlieferung wären überdies auch bei unterstellter hin- reichender Rüge nach Art. 39 CISG ausgeschlossen, da die Beklagte diese nicht zusammen mit der Mängelrüge oder binnen angemessener Frist geltend gemacht hat, Art. 46 Abs. 2, 3 CISG. Die erst in der Berufung erfolgte Fristsetzung ist in jedem Fall verspätet. **30**

Schließlich hat die Beklagte durch ihr Verhalten auch Umstände geschaffen, die es ihr nach Treu und Glauben verwehren, die Kaufpreiszahlung zu verweigern. Insoweit kann auf die zu- treffenden Ausführungen in den Gründen der angegriffenen Entscheidung verwiesen werden. **31**

Das Prinzip des guten Glaubens findet nach dem dortigen Art. 7 Abs. 1 auch im CISG Anwendung. Insbesondere das Verbot missbräuchlicher Rechtsausübung und des «venire contra factum proprium» sind auch im internationalen Kaufrecht anerkannte Rechtsgrundsätze (vgl. *Ferrari* in *Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., Art. 7 Rn. 60 m.w.N.). **32**

Da die Berufung aus den aufgezeigten Gründen offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme des Rechtsmittels nahe. Im Falle der Be- rufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG). **33**

Es ist beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 13.179,31 € festzusetzen. **34**