

## Allgemeine Verkaufsbedingungen

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Friedrich Westphalen

8. Auflage 2016. Buch. VII, 265 S. Mit Freischaltcode zum Download der Vertragsmuster. Kartoniert

ISBN 978 3 406 69433 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil > Allgemeine Geschäftsbedingungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

- unsere Haftung auf Ersatz des vorhersehbaren, typischerweise eintretenden Schadens begrenzt.
- (7) Die Haftung wegen schuldhafter Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit bleibt unberührt; dies gilt auch für die zwingende Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz.
- (8) Soweit nicht vorstehend etwas Abweichendes geregelt, ist die Haftung ausgeschlossen.
- (9) Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt 24 Monate, gerechnet ab Gefahrenübergang. Dies gilt nicht, soweit es sich um den Verkauf einer Sache handelt, die üblicherweise für ein Bauwerk verwendet wird und den jeweiligen Mangel verursacht hat.
- (10) Die Verjährungsfrist im Fall eines Lieferregresses nach den §§ 478, 479 BGB bleibt unberührt; sie beträgt fünf Jahre, gerechnet ab Ablieferung der mangelhaften Sache.

Erläuterungen

- |  |   |
|--|---|
| 1. Mängeluntersuchung – Mängelrüge – § 377 HGB                     | 18. Mangel – Schadensersatz statt der Leistung  |
| 2. Mängeluntersuchung – Mängelrüge – Art. 38, 39 CISG              | 19. Schadensersatz – Verletzung von Nebenpflichten  |
| 3. Klauselgestaltungen – Mängelrüge                                | 20. Beweislast  |
| 4. Mängelansprüche – allgemein                                     | 21. Schadensersatz – strengere Haftung – Garantieübernahme – Beschaffenheitsgarantie      |
| 5. Beschaffenheitsvereinbarung – subjektiver und objektiver Fehler | 22. Haftungsfreizeichnungsklausel (3) – Mängelhaftung                                     |
| 6. Montage – Montageanleitung                                      | 23. Haftungsfreizeichnung – Verletzung von vorvertraglichen Pflichten oder Nebenpflichten |
| 7. Falsch- und Zuweniglieferung                                    | 24. Ersatz vergeblicher Aufwendungen  |
| 8. Rechtsmangel  | 25. Haftungsbegrenzungsklauseln – Wirksamkeitsgrenzen                                     |
| 9. Nacherfüllung – Mangelbeseitigung                               | 26. Empfehlung (3) – Klauselgestaltung  |
| 10. Nacherfüllung – Ersatzlieferung                                | 27. Rechtsmangel  |
| 11. Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Kosten                   | 28. Berücksichtigung der Bestimmungen des CISG  |
| 12. Ersatzlieferung – Rückabwicklung                               | 29. Allgemeine Verjährung von Mängelansprüchen/Rechten                                    |
| 13. Nacherfüllung (1) – Klauselgestaltung                          | 30. Allgemeine Verjährung – konkurrierende Ansprüche                                      |
| 14. Selbstvornahme   | 31. Haltbarkeitsgarantie  |
| 15. Rücktritt – Minderung  | 32. Lieferregress   |
| 16. Klauselgestaltung (2) – Fehlschlagen der Nacherfüllung         |   |
| 17. Schadensersatz als Folge eines Mangels – Fahrlässigkeit        |   |

1. Mängeluntersuchung – Mängelrüge – § 377 HGB

Etwaige Mängelansprüche, die dem Kunden gegenüber dem Verkäufer zu stehen, sind im kaufmännischen Verkehr davon abhängig, dass der Kunde seinerseits die strikten Rügepflichten der § 377 HGB erfüllt.

a) Voraussetzung für das Eingreifen des § 377 HGB ist die Feststellung, dass der Kauf einer Ware für beide Seiten ein **Handelsgeschäft** im Sinn der §§ 343, 344 HGB ist.<sup>1</sup> Unter dieser Voraussetzung ist der Kunde verpflichtet, die Kaufsache „unverzüglich“ nach der „Ablieferung“<sup>2</sup> auf etwaige Mängel zu untersuchen.

aa) Unter dem Begriff der „**Ablieferung**“ ist die einseitige Handlung des Verkäufers zu verstehen, bei der der Kunde die Möglichkeit erlangt, sich den Gewahrsam an der Kaufsache zu verschaffen.<sup>3</sup> Eine derartige Ablieferung der Kaufsache begründet für den Kunden die Obliegenheit, eine unverzügliche Untersuchung vorzunehmen. Die Übergabe von Traditionspapieren reicht nicht aus.<sup>4</sup> Bei Vereinbarung einer **Holschuld** kommt es ebenfalls entscheidend darauf an, dass der Käufer die tatsächliche Verfügungsmacht über die abzuholende Ware erreicht hat.<sup>5</sup> Nichts anderes gilt, wenn im Sinn des § 269 BGB eine **Bringschuld** vereinbart worden ist; auch hier kommt es auf die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsmacht durch den Käufer an.<sup>6</sup>

bb) Liegt der Fall eines **Versedungskaufs** nach § 447 BGB vor, dann ist scharf danach zu unterscheiden: Der Übergang der Gefahr – Übergabe der Ware an die Transportperson – ist nicht identisch mit dem Begriff der Ablieferung nach § 377 HGB.<sup>7</sup> Wenn etwa Öl „fob“ verkauft wird, dann ist die Untersuchung am Abladehafen, nicht aber erst am Bestimmungshafen geschuldet.<sup>8</sup> Denn bereits dort ist eine Untersuchung dem Käufer zuzumuten.

cc) Ist zwischen den Parteien ein **Streckengeschäft** vereinbart,<sup>9</sup> weil die Ware auf Weisung des Käufers unmittelbar an den Abnehmer gesandt werden soll, dann kommt es im Blick auf die „Ablieferung“ der Ware darauf an, dass diese dem Abnehmer zur Verfügung gestellt worden ist. Falls aber die Vereinbarung dahin geht, dass die Ware erst an den Käufer, sodann von diesem an den Abnehmer gesandt werden soll, dann ist sowohl der Käufer als auch der Abnehmer zur Untersuchung der Ware, aber auch zu einer unverzüglichen Rüge im Fall eines Mangels verpflichtet.

dd) Wo der Käufer die Ware im Sinn des § 377 Abs. 1 HGB untersucht, ist grundsätzlich seine eigene Entscheidung.<sup>10</sup> Denn das Gesetz will nur sicherstellen, dass der Käufer für eine ordnungsgemäße Untersuchung die Zeit in Anspruch nehmen kann und darf, die – bezogen auf den Ablieferungs-ort – als „unverzüglich“ zu qualifizieren ist. Die Erfüllung dieser Obliegen-

---

1. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 1.  
2. BGH NJW 2000, 1415, 1416; BGH NJW 1985, 1333, 1334.  
3. BGH NJW 1985, 1333, 1334; Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 20.  
4. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 23.  
5. BGH NJW 1995, 3381.  
6. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 41.  
7. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 34.  
8. BGH NJW 1973, 189.  
9. Hierzu Oetker/Koch, HGB, § 377 Rdnr. 68; Wagner, in Röhrich/Graf von Westphalen/ Haas, HGB, § 377 Rdnr. 19f.; Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 23.  
10. MünchKomm/Grünwald, HGB, § 377 Rdnr. 93; Oetker/Koch, HGB, § 377 Rdnr. 70.

heit ist sodann Voraussetzung für eine nach § 377 Abs. 1 HGB „unverzüglich“ abzusendende **Mängelrüge**.

ee) Handelt es sich um einen **Sukzessivliefervertrag**, dann ist die Untersuchung grundsätzlich für jede Einzellieferung vorzunehmen, weil diese ja auch Gegenstand einer Gewährleistungshaftung des Verkäufers ist.<sup>11</sup>

ff) Auch bei der Lieferung von **komplexen Maschinen** oder auch von **Software** – außerhalb eines Werkvertrages – kommt es nicht darauf an, dass erst ein Probelauf durchgeführt worden ist, um die Ordnungsgemäßheit der Vertragserfüllung festzustellen. Vielmehr entscheidet nach der Rechtsprechung des BGH auch in diesen Fällen stets die Erlangung der reinen Sachherrschaft, um die Beginn der Untersuchungsobliegenheit des Käufers festzulegen.<sup>12</sup> Das ist zwar hart, aber es bleibt den Parteien ja unbenommen, für diese Konstellationen angemessene, abweichende individualvertragliche Gestaltungen zu vereinbaren.<sup>13</sup>

b) In § 377 Abs. 1 HGB stellt der Gesetzgeber auf den „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ ab; darin verwirklicht sich ein kaufmännischer Standard, der für **Inhalt und Umfang der kaufmännischen Untersuchungspflicht** Maß gibt. Bereits eine vermeidbare Nachlässigkeit und eine dadurch bedingte Verzögerung der – unverzüglich durchzuführenden – Untersuchung ist geeignet, zum Verlust des Rügerechts zu führen.<sup>14</sup> Denn diese ist dann nicht mehr als „unverzüglich“ zu bezeichnen. Doch ist sogleich zu betonen, dass es im Rahmen von § 377 Abs. 1 HGB entscheidend nicht auf die Untersuchung, sondern darauf ankommt, dass der Käufer die Rüge rechtzeitig in Bezug auf einen Sachmangel – offen oder verdeckt – erteilt.<sup>15</sup>

aa) Die nach § 377 Abs. 1 HGB geschuldete Untersuchung des Käufers bezieht sich darauf, ob die gelieferte Ware einen **Sachmangel** im Sinn des § 434 BGB (Soll-Beschaffenheit/Ist-Beschaffenheit) aufweist. Erfasst werden also: Qualitätsmängel, Falschlieferungen, Zuwenig- und Zuviellieferungen oder auch Montagefehler im Sinn von § 434 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BGB,<sup>16</sup> nicht jedoch auf werkvertraglich einzuordnende Montagepflichten. Nicht erfasst werden hingegen Ansprüche wegen der Verletzung einer Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB,<sup>17</sup> etwaige Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsabschluss<sup>18</sup> sowie Ansprüche aus Delikt.<sup>19</sup> Denn es handelt sich nicht um Fälle eines Sachmangels.

cc) Der Gesetzgeber umschreibt die vom Käufer durchzuführende Untersuchung in zweierlei Hinsicht: Zum einen geht es darum, dass sich die Untersuchung nach dem Merkmal der „**Unverzüglichkeit**“ (§ 121 BGB) richtet

---

11. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 51.

12. BGH NJW 2000, 1415, 1416 f.

13. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 54.

14. RGZ 63, 256, 258; RGZ 106, 359, 360; RGRK-HGB/Brüggemann, § 377 Rdnr. 77.

15. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 55.

16. MünchKomm/Grünwald, HGB, § 377 Rdnr. 53 ff.; Oetker/Koch, HGB, § 377 Rdnr. 20 ff.; Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 239 ff.

17. BGH NJW 1976, 1353 – geladene Batterien (Verpackungsmangel)

18. MünchKomm/Grünwald, HGB, § 377 Rdnr. 99 ff.

19. BGH NJW 1988, 52; MünchKomm/Grünwald, HGB, § 377 Rdnr. 113.

und dass sie sich zum anderen an dem Kriterium des „**ordnungsgemäßen Geschäftsgangs**“ ausrichten muss. Allerdings wird dieses wiederum durch das Merkmal der „**Tunlichkeit**“ beschränkt. Diese beiden Merkmale sind **objektiv** zu bestimmen,<sup>20</sup> wobei jedoch die besonderen Umstände des Einzelfalls maßgebend sind, so zum Beispiel, ob die zu untersuchende Ware einem raschen Verderb ausgesetzt ist.<sup>21</sup> Stets ist eine genaue Untersuchung der Ware auf Fehler/Mängel gefordert; diese ist mit fachmännischer Sorgfalt – objektiver Standard – durchzuführen.<sup>22</sup> Verfügt der Käufer selbst nicht über die erforderliche Sachkunde, dann kann es geboten sein, dass er einen Dritten als Sachverständigen hinzuzieht.<sup>23</sup> Bei der Interpretation des Tatbestandselements der „**Tunlichkeit**“ regieren Kriterien der Zumutbarkeit: Die wirtschaftliche Vertretbarkeit des erforderlichen Zeit- und Kostenaufwands, der Grad der zu fordernden Fachkenntnis des Kunden im Hinblick auf den besonderen Verwendungszweck der Kaufsache<sup>24</sup> gibt Maß. Letzten Endes ist stets Zielpunkt der nach § 377 HGB gebotenen Untersuchung, diese in einem solchen Umfang und in solcher Art vorzunehmen, wie es erforderlich ist, um das Vorhandensein von Mängeln festzustellen.<sup>25</sup>

dd) Die Art und Weise der geschuldeten Untersuchung bestimmt sich auch – Merkmal der „**Tunlichkeit**“ – nach den damit verbundenen Kosten, dem Zeitaufwand, den vorhandenen – erforderlichen – technischen Kenntnissen, den notwendigen Vorbereitungen, einschließlich der Zuziehung Dritter und dem Risiko etwaiger **Folgeschäden**.<sup>26</sup> Regelmäßig ist in diesem Zusammenhang ausreichend, wenn der Kunde **Stichproben** zieht; dabei ist allerdings Voraussetzung, dass diese in angemessener Zahl und in ausreichender Streuung – repräsentativ – durchgeführt werden.<sup>27</sup> Ist es – zum Zweck der Feststellung eines Mangels – notwendig, die Ware umzugestalten, zu zerstören oder auch (teilweise) zu verbrauchen, so ändern diese Umstände nichts an der geschuldeten Untersuchung.<sup>28</sup> Der sofortige Einbau von gelieferten Bierfilterplatten in eine Filteranlage oder die Simulation der Produktion ist allerdings nicht erforderlich, sofern eine sofortige sachkundige Untersuchung durch Augenschein ausreicht festzustellen, ob die Platten nach ihrer äußeren Beschaffenheit mängelfrei sind.<sup>29</sup> Dabei ist stets von entscheidender Bedeutung, dass der Kunde verpflichtet ist, die Untersuchung mit **fachmännischer Sorgfalt** durchzuführen. Besitzt er diese nicht, so ist er gehalten, einen Sachverständigen hinzuzuziehen.<sup>30</sup>

---

20. BGH NJW 1977, 1150, 1151.

21. OLG München NJW 1955, 1560.

22. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 76.

23. BGH NJW 1975, 2011, 2012.

24. BGH NJW 1977, 1150, 1151.

25. BGH LM Nr. 13 zu § 377 HGB; BGH LM Nr. 19 zu § 377 HGB.

26. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 24.

27. OLG München NJW 1955, 1560; BGH BB 1977, 1019; Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 25.

28. OLG Oldenburg NJW 1998, 388.

29. KG NJW-RR 1986, 1162.

30. BGH NJW 1975, 2011, 2012; RGRK-HGB/Brüggemann, § 377 Rdnr. 87.

ee) Bei lang **anhaltenden Geschäftsverbindungen** kann es sein, dass der Verkäufer bei Änderung seines Produkts verpflichtet ist (§ 241 Abs. 2 BGB), den Käufer darauf ausdrücklich hinzuweisen.<sup>31</sup> Unterlässt er dies, macht er sich schadensersatzpflichtig, denn der Käufer durfte ja darauf vertrauen, dass die Produkte – ohne Umstellung des Produktionsprozesses – weiter in der gleichen Zusammensetzung geliefert werden und folglich auch seine Untersuchungsspflicht darauf einrichten.

ff) Wenn der Verkäufer die Beschaffenheit der zu liefernden Sache **garantiert**,<sup>32</sup> dann kommt es darauf an, wie denn dieses Versprechen auszulegen ist (§§ 133, 157 BGB). Nach der Rechtsprechung entspricht in der Regel die Rechtsfigur der Garantieerklärung derjenigen der früheren Eigenschaftszusicherung.<sup>33</sup> Das besagt: Die Auslegung muss – beleuchtet aus der Perspektive des redlichen Käufers ergeben, dass der Verkäufer – ohne Rücksicht auf ein Verschulden – bereit war, für das Vorhandensein einer bestimmten Beschaffenheit der Ware einzustehen, sofern die darin liegende Bereitschaft auch zu erkennen gab, dass er für die Folgen des Fehlens einer solchen Beschaffenheit auf der Ebene einer Schadensersatzhaftung geradestehen will.<sup>34</sup> Diese Figur ist dann als **unselbständige Garantie** einzuordnen; sie verstärkt nämlich nur die ohnehin über § 437 Nr. 3 BGB bestehende Haftung auf Schadensersatz.<sup>35</sup> In diesen Fällen bleibt es selbstverständlich bei der vom Käufer zu erfüllenden Rügeobliegenheit im Sinn des § 377 Abs. 1 HGB. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Auslegung des „Garantieversprechens“ des Verkäufers den Schluss rechtfertigt, dass er einen **selbständigen Garantievertrag** abschließen wollte.<sup>36</sup> Diese Rechtsfigur setzt voraus,<sup>37</sup> dass der Verkäufer ohne Rücksicht auf ein Verschulden die Verpflichtung übernimmt, den Käufer schadlos zu halten, wenn sich das betreffende Risiko realisiert.<sup>38</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, dann entfällt die Rügeobliegenheit nach § 377 Abs. 1 HGB. Denn ein solche vertragliche Haftungspflicht des Verkäufers ist nicht auf einen Sachmangel bezogen.

c) **Ziel und Zweck** der Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des § 377 Abs. 1 HGB ist es stets: Der Verkäufer soll nach Möglichkeit davor bewahrt werden, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung der Kaufsache etwachen, dann nur noch schwer feststellbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen.<sup>39</sup> Er soll in die Lage versetzt werden, berechtigten Beanstandungen rasch nachzugehen und so auch einen Rechtsstreit zu vermeiden.<sup>40</sup> Ein weiterer Zweck besteht darin, den Käufer daran zu hindern,

---

31. BGH NJW 1996, 1537, 1539; kritisch Müller ZIP 2002, 11178, 1180 ff.

32. BGH NJW 2007, 1346, 1348; BGH NJW 1998, 2207.

33. BGHZ 50, 200, 204 – Kleber.

34. BGH NJW 2007, 1346, 1348.

35. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 443 Rdnr. 9.

36. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 268 ff.

37. BGH NJW 1999, 1542.

38. BGH NJW 1985, 2941, 2942.

39. BGH LM Nr. 13 zu § 377 HGB; BGHZ 66, 208, 213; BGH NJW 1984, 1964, 1966.

40. BGH NJW-RR 1998, 680, 681.

später andere, nicht gerügte Gründe für die Beanstandung nachzuschieben.<sup>41</sup>

d) Das Gesetz unterscheidet in § 377 HGB zwischen einem „**offenen**“ und einem „**versteckten**“ Mangel.<sup>42</sup> Dabei entscheidet eine ordnungsgemäße Untersuchung darüber, ob es sich im Einzelfall um einen „offenen“ Mangel handelt,<sup>43</sup> weil eben dieser im Rahmen einer solchen Untersuchung auch entdeckt werden kann. Trifft dies nicht zu, dann handelt es sich um einen „versteckten“ Mangel. Dabei ist die Rechtsprechung eindeutig: Der Käufer, der – aus welchen Gründen auch immer – keine Stichproben genommen hat, also auf die Durchführung einer ordnungsgemäßen Untersuchung verzichtet hat, kann nicht einwenden, dass auch eine nach § 377 Abs. 1 HGB gebotene Untersuchung den konkreten Mangel nicht entdeckt hätte, so dass es sich im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB um einen versteckten Mangel handelt.<sup>44</sup>

e) Die Rügepflicht des § 377 Abs. 1 HGB **beginnt** in dem Zeitpunkt, in dem sich ein Mangel „gezeigt“ hat, d.h., wenn er zur Gewissheit des Kunden feststeht.<sup>45</sup> Das bedeutet gleichzeitig, dass der Mangel der Sache dem Kunden ohne Fahrlässigkeit erkennbar sein muss.<sup>46</sup> Mit bloßen Vermutungen braucht sich der Verkäufer nicht zufrieden zu geben, weil der Verdacht eines Mangels lediglich zu weiteren Untersuchungen verpflichtet.<sup>47</sup> Nur wenn der Mangel bei einer ordnungsgemäßen – und an den Kriterien der „Tunlichkeit“ ausgerichteten – Untersuchung gemäß § 377 Abs. 1 HGB nicht entdeckt wurde, handelt es sich um einen „**versteckten**“ Mangel im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB.<sup>48</sup> Dieser wiederum ist unverzüglich anzuzeigen.<sup>49</sup>

f) Die nach § 377 HGB zu beachtende **Rügefrist** ist durch das Merkmal „unverzüglich“ umschrieben. Dieses Erfordernis ist im Interesse der Schnelligkeit des Handelsverkehrs eng auszulegen.<sup>50</sup> Jede vermeidbare Nachlässigkeit schadet.<sup>51</sup> Nach Entdeckung des Mangels sind daher nur wenige Tage – **maximal 3 Arbeitstage** – als noch „unverzüglich“ zu bewerten.

g) Die Rüge muss so **präzise** sein, dass der Verkäufer aus ihrem Text nach Art und Umfang entnehmen kann, welcher Mangel für welche konkrete Zulieferung gerügt wird.<sup>52</sup> Der Kunde ist jedoch nicht verpflichtet, exakt anzugeben, welche Rechte er geltend machen will, aber er muss doch erklären, dass er aus der Beanstandung Ansprüche ableitet oder sich solche vorbehält.<sup>53</sup> Liegen mehrere Mängel vor, dann ist jeder einzelne zu

---

41. BGH WM 1970, 1400.

42. MünchKomm/Grünwald, HGB, § 377 Rdnr. 59 ff.

43. BGH WM 1970, 1400; Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 163.

44. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 164 – unter Berufung auf eine Entscheidung des RG SeuffA 87, 55.

45. RGRK-HGB/Brüggemann, § 377 Rdnr. 105.

46. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 26.

47. BGH LM Nr. 19 zu § 377 HGB.

48. BGH LM Nr. 6 zu § 377 HGB.

49. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 27.

50. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 23.

51. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 23.

52. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 30.

53. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 30.

rügen.<sup>54</sup> Handelt es sich um eine **Manko-Lieferung**, dann ist der Käufer verpflichtet, dieses Manko so anzugeben, dass der Verkäufer in der Lage ist, die erforderliche Nachlieferung vorzunehmen.<sup>55</sup>

h) Für die **Rechtzeitigkeit der Rüge** kommt es entscheidend darauf an, dass sie rechtzeitig abgesandt worden ist, was aus § 377 Abs. 4 HGB folgt. Verzögerungen gehen also zu Lasten des Kunden. Doch entbindet § 377 Abs. 4 HGB den Kunden nicht von dem Zugangserfordernis des § 130 BGB. Daher liegt die Beweislast für den Zugang der rechtzeitig abgesandten Mängelrüge beim Kunden.<sup>56</sup>

i) Die **rechtliche Folge einer versäumten – rechtzeitigen – Rüge** ergibt sich unmittelbar aus § 377 Abs. 2 HGB: Mangels rechtzeitiger Rüge des Mangels „gilt die Ware als genehmigt“. Dies gilt auch im Rahmen von § 377 Abs. 3 HGB, sofern sich die – nicht rechtzeitige – Rüge auf einen „versteckten“ Mangel bezieht, d. h. auf einen solchen, der bei einer ordnungsgemäßen Wareneingangskontrolle nicht erkannt werden konnte. Demzufolge verliert der Kunde die Rechte, die er sonst wegen des Fehlers hätte, also primär die Rechte aus den §§ 437 ff. BGB, sofern ein Kaufvertrag zugrunde liegt; Schadensersatzansprüche gemäß § 241 Abs. 2 BGB werden von der Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB bzw. von § 377 Abs. 3 HGB insoweit erfasst, als es sich um Ansprüche handelt, die auf einem Mangel/Fehler der Sache beruhen.<sup>57</sup>

aa) **Nicht ausgeschlossen** gemäß § 377 Abs. 2 HGB bzw. gemäß § 377 Abs. 3 HGB sind jedoch Ansprüche des Kunden aus einer Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB, die sich auf das Vertragsverhältnis insgesamt auswirken.<sup>58</sup> Dies ist besonders dann praktisch, wenn es sich um die Verletzung einer **Nebenpflicht** gemäß § 241 Abs. 2 BGB handelt, welche die Mängelansprüche des Kunden gemäß §§ 434 ff. BGB nicht betrifft.<sup>59</sup> Auch Ansprüche wegen **Eigentumsverletzung** gemäß § 823 Abs. 1 BGB fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 377 HGB.<sup>60</sup> Dies ist z. B. auch dann zu bejahen, wenn der Verkäufer seine Nebenpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB dadurch verletzt, dass er die zu versendenden Batterien falsch verpackt hat.<sup>61</sup> Gleiches gilt dann, wenn der Verkäufer seine Nebenpflicht verletzt, die Ware ordnungsgemäß zu verwiegen,<sup>62</sup> oder wenn der Verkäufer im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen die Ware verändert, ohne den Kunden darauf hinzuweisen und wenn die Ware dann infolge der geänderten Beschaffenheit einen

---

54. BGH NJW-RR 1998, 680, 682.

55. Müller, in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 377 Rdnr. 207.

56. BGH NJW 1988, 1190; a. M. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 29, wonach der Kunde berechtigt sein soll, die verloren gegangene Anzeige unverzüglich nachzuholen, so dass dann insoweit wieder § 377 Abs. 4 HGB gilt.

57. BGH NJW 1996, 1537, 1538; BGH NJW 1989, 2532; Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 4.

58. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 4; RGRK-HGB/Brüggemann, § 377 Rdnr. 155.

59. BGH NJW 1996, 1537, 1538.

60. BGH NJW 1988, 52, 55.

61. BGHZ 66, 208, 213.

62. BGH ZIP 1991, 1574, 1577.

Mangel aufweist.<sup>63</sup> In all diesen Fällen bestehen Ansprüche auf Grund einer Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB.

bb) Obwohl das Unterlassen der Rüge in diesen Fällen nicht nach § 377 HGB sanktioniert wird, so ist doch der **Mitverschuldenseinwand** dem Kunden gemäß § 254 BGB entgegenzuhalten. Dies setzt freilich voraus, dass die Überprüfungs- und Untersuchungspflicht dahin zu verstehen ist, dass sie gleichzeitig der Schadensabwendung dient.<sup>64</sup> Es erfolgt also eine Verteilung der Schadensersatzhaftung nach Mitverschuldens- und Mitverursachungsanteilen im Sinn von § 254 BGB. Sobald aber der Kunde aktuelle Kenntnis von dem aufgetretenen Mangel hat, ist für den dann aus einer Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB resultierenden Schadensersatzanspruch § 377 Abs. 3 HGB entsprechend anzuwenden.<sup>65</sup>

## 2. Mängeluntersuchung – Mängelrüge – Art. 38, 39 CISG

Sofern zwischen den Parteien die **Bestimmungen des CISG** als anwendbar vereinbart worden sind (S. 257 ff.), dann gilt zunächst die Norm des Art. 38 CISG.<sup>66</sup>

a) Die Art und Weise der geschuldeten Untersuchung bestimmt sich nach **objektiven Maßstäben**.<sup>67</sup> Dabei muss es sich stets um eine solche Untersuchungsmethode handeln, die geeignet ist, dem Käufer – und damit auch dem Verkäufer – Aufschluss darüber zu geben, ob die gelieferte Ware mangelfrei ist.<sup>68</sup> Auch im Rahmen von Art. 38 CISG wird es regelmäßig darauf ankommen, dass der Käufer in ausreichend repräsentativer Weise Stichproben zieht, um sich von der Mangelfreiheit der Ware zu überzeugen.<sup>69</sup>

b) Diese Norm befasst sich mit der vom Käufer geschuldeten Untersuchung der gelieferten Ware. Sie bestimmt in Abs. 1, dass diese in einer so kurzen Frist durchgeführt werden muss, wie dies nach den Umständen erlaubt ist. Erkennbar handelt es sich hier um eine **flexible Frist**.<sup>70</sup> Sie beginnt dann, wenn die zu untersuchende Ware am vereinbarten Lieferort abgeliefert worden ist.<sup>71</sup> Als Faustregel wird eine Frist von **einer Woche** vor-

---

63. BGH NJW 1996, 1537.

64. Hierzu BGH ZIP 1991, 1574, 1577.

65. BGH NJW 1996, 1537.

66. Hierzu im Einzelnen Salger, in Witz/Salger/Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht, 2016, Art. 38 Rdnr. 1 ff.; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2013, Art. 38 Rdnr. 3 ff.

67. Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2013, Art. 38 Rdnr. 13.

68. Salger, in Witz/Salger/Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht, 2016, Art. 38 Rdnr. 8 ff.

69. OLG Köln BeckRS 2007, 09094.

70. Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2013, Art. 38 Rdnr. 15.

71. Salger, in Witz/Salger/Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht, 2016, Art. 38 Rdnr. 7; Schwenger, in Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2013, Art. 38 Rdnr. 18.