

IBRRS 2015, 2905

Entscheidung im Volltext

Kaufrecht

Ware nicht untersucht: Verdeckter Mangel gilt nicht als genehmigt!

OLG München

Urteil

vom 24.09.2015

23 U 417/15

HGB § 377 Abs 1, 3

1. Ein verdeckter Mangel im Sinne des § 377 Abs. 3 HGB liegt auch dann vor, wenn - obwohl geboten - keine Stichproben der gelieferten Waren genommen werden, aber auch bei der Entnahme einer Stichprobe der Mangel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht entdeckt worden wäre.)*

2. Die Mängelrüge nach § 377 Abs. 1 und Abs. 3 HGB bedarf keiner bestimmten Form. Soweit § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche eine schriftliche Mängelrüge fordert, liegt darin eine zulässige Verschärfung der Anforderungen an die Wirksamkeit der Mängelrüge im Interesse der Sicherheit und Klarheit im kaufmännischen Verkehr.)*

OLG München, Urteil vom 24.09.2015 - 23 U 417/15

vorhergehend:

LG Ingolstadt, 12.12.2014 - 1 HKO 86/12

Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 12.12.2014, Az. 1 HK O 86/12, wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Ingolstadt ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus diesen Urteilen vollstreckbaren Betrages, wenn nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung des Restkaufpreises für die Lieferung von Buche-Multiplexplatten.

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin am 03.05.2011 Buche-Multiplexplatten. Mit Schreiben vom 20.05.2011 (Anlage A 1) bestätigte die Klägerin die Bestellung der Beklagten.

Zudem bestellte die Beklagte die Lieferung von weiteren 17 Buche-Multiplexplatten bei der Klägerin.

Die Buche-Multiplexplatten der ersten Bestellung wurden von der Klägerin am 20.07.2011 und am 25.07.2011 direkt an den Endkunden der Beklagten, die Firma E. Küchen Studio in M., geliefert. Hierfür stellte die Klägerin der Beklagten eine Rechnung vom 26.07.2011 über 114.720,45 Euro brutto. Die weiteren 17 Buche-Multiplexplatten wurden am 27.10.2011 geliefert. Die Beklagte forderte hierfür mit Rechnung vom 31.10.2011 (Anlage A 5) 3.826,34 Euro brutto.

Auf die Rechnung vom 26.07.2011 zahlte die Beklagte vorprozessual 38.240,00 Euro. Weitere Zahlungen leistete sie vor Klageerhebung nicht.

Mit Schreiben vom 16.08.2011 (Anlage B 4) beanstandete die Beklagte gegenüber der Klägerin, an einigen Platten sei der Belag rau und klebrig und es seien Schlieren zu sehen, die Farbe der Platten sei heller, Fußabdrücke seien sofort zu sehen und nicht mehr einfach zu entfernen. Die Multiplex-Platten waren zu diesem Zeitpunkt zumindest teilweise bereits beim Endkunden der Beklagten in M. verlegt. Am 22.09.2011 fand eine gemeinsame Besichtigung der Platten in M. mit Vertretern der Klägerin und der Beklagten statt. Hierüber wurde vom Zeugen W., damals einem Mitarbeiter der Beklagten, das als Anlage B 6 vorgelegte Protokoll gefertigt.

Die Klägerin behauptet, die Platten seien bei Lieferung mangelfrei gewesen. Jedenfalls habe die Beklagte die Platten nicht ordnungsgemäß untersucht und die Mängel nicht rechtzeitig gerügt, da es sich um offenkundige Mängel handle. Zudem ist die Klägerin der Ansicht, außer § 377 HGB sei § 12 der Tegernseer Gebräuche einschlägig.

Während des laufenden Verfahrens in erster Instanz hat die Beklagte weitere 35.219,16 Euro an die Klägerin gezahlt; in dieser Höhe haben die Parteien das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 45.087,63 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 80.306,79 Euro in der Zeit von 16.11.2011 bis 07.05.2014 und aus 45.219,16 Euro seit dem 08.05.2014 zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.680,10 Euro vorgerichtliche, anrechenbare Rechtsanwaltsgebühren zu bezahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die von der Klägerin gelieferten Platten hätten Mängel aufgewiesen. Ein Teil der Platten sei heller als bestellt. Der Belag sei teilweise rau und klebrig gewesen. Fußabdrücke seien sofort zu sehen gewesen und nicht mehr zu entfernen. Nut und Feder hätten zu viel Spiel, so dass sich die angrenzenden Platten zueinander verschieben könnten. Teilweise habe die Fase gefehlt oder sei auf der falschen Seite gewesen.

Bei Anlieferung der Platten beim Endkunden sei eine visuelle stichprobenartige Besichtigung durchgeführt worden. Die Mängel seien dabei nicht festgestellt worden. Mithin handle es sich um versteckte Mängel, die Mängelrüge sei mithin rechtzeitig.

Außerdem habe die Klägerin bei der gemeinsamen Besichtigung am 22.09.2011 in M. zugesagt, eine Nachbesserung durchzuführen. Die Klägerin könne sich daher nicht auf die Genehmigungsfiktion des § 377 HGB berufen. Die Tegernseer Gebräuche seien schon nicht wirksam einbezogen.

Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen nach § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Auf etwaige Mängel

der Platten könne sich die Beklagte nach § 377 Abs. 2 HGB und § 12 Nr. 2 der Tegernseer Gebräuche nicht mehr berufen. Es fehle bereits an einer ordnungsgemäßen und unverzüglichen Untersuchung der Platten. Der raue und klebrige Belag, die Farbabweichungen und Schlieren seien durch bloßen Augenschein bzw. Betasten erkennbar. Dass Fußabdrücke sofort zu sehen seien, hänge ebenfalls mit dem fehlerhaften Belag zusammen. Die zu große Toleranz von Nut und Feder hätte durch Nachmessen erkannt werden können. Nach den Angaben der vom Landgericht vernommenen Zeugen Z. und W. habe nur eine Sichtkontrolle und mithin keine ordnungsgemäße Untersuchung stattgefunden. Ein Verzicht der Klägerin auf die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB sei nicht festzustellen. Außerdem sei der Vortrag zu den Mangelbeseitigungskosten unsubstantiiert.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Die Mängel seien von der Beklagten rechtzeitig gerügt worden. Das Landgericht habe Vortrag der Beklagten übergangen. Zudem habe die Beklagte Sachverständigengutachten dazu angeboten, dass die Mängel erst bei Verlegung sichtbar waren. Das Landgericht überspanne letztlich die Anforderungen an die Untersuchung der Platten und verkenne, dass die Klägerin die Mängelbeseitigung zugesagt habe, sich mithin nicht auf eine etwa verspätete Rüge berufen könne. Hinsichtlich der Mangelbeseitigungskosten habe das Landgericht ebenfalls Vortrag der Beklagten übergangen.

Die Beklagte rechnet mit einem Aufwand für die Schadensbeseitigung in Höhe von 37.788,66 Euro gegen die Kaufpreisforderung der Klägerin auf und beantragt:

Das Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 12.12.2014 wird unter Ziff I und Ziff. II abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 09.07.2015 (Bl. 259 ff d.A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung verbleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere entgegen der Ansicht der Klägerin fristgerecht nach § 520 Abs. 2 ZPO begründet. Die Berufungsbegründungsfrist für das am 30.12.2014 der Beklagten zugestellte Urteil des Landgerichts Ingolstadt wurde mit Verfügung vom 27.02.2015 (Bl. 233 d.A.) bis 27.03.2015 verlängert. Die Berufungsbegründung ist am 27.03.2015 per Fax eingegangen (Bl. 234 d.A.).

2. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist der Streitgegenstand hinreichend bestimmt, § 253 Abs. 2 ZPO. Die Klägerin macht - nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung in erster Instanz - noch einen Restkaufpreisanspruch in Höhe von 45.087,63 Euro aus der Rechnung vom 26.07.2011 für die am 20.07.2011 und am 25.07.2011 gelieferten Multiplexplatten geltend. Auf den entsprechenden Hinweis des Senats vom 20.05.2015 (Bl. 243 d.A.), dass die "Teilzahlung Rechnungen" über 35.219,16 Euro als vollständige Bezahlung der Rechnung vom 31.10.2011 und Teilzahlung der Rechnung vom 26.07.2011 zu verstehen sei, haben die Parteien keine Einwände erhoben. Mithin verbleibt nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien über die bezahlten 35.219,16 Euro nur noch der Restkaufpreisanspruch aus der Rechnung vom 26.07.2011 als Streitgegenstand.

3. Der Klägerin steht der vom Landgericht ausgerichtete Zahlungsanspruch in Höhe von 45.087,63 Euro aus § 433 Abs. 2 BGB zu. Das Bestehen der Restkaufpreisforderung in dieser Höhe ist - abgesehen von der Frage der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln - zwischen den Parteien unstrittig.

Die Kaufpreisforderung ist nicht nach § 389 BGB durch die Aufrechnung der Beklagten erloschen. Der Beklagten steht kein Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3, § 440, § 280 Abs. 1, § 281 BGB wegen Lieferung mangelhafter Buche-Multiplexplatten zu. Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die Platten, wie von der Beklagten behauptet, bei Lieferung mangelhaft waren.

3.1 Soweit die Beklagte behauptet, die Platten seien zum Teil heller gewesen als bestellt, gelten die Platten mangels rechtzeitiger Rüge nach § 377 Abs. 2 HGB als genehmigt. Der Kauf war für beide Parteien ein Handelsgeschäft i.S. § 377 Abs. 1 HGB. § 7 (1) der AGB der Klägerin (Anlage A 9) verweisen für Mängelrügen beim beiderseitigen Handelsgeschäft auf § 377, § 378 HGB. Auf die Frage, ob die klägerischen AGB überhaupt wirksam einbezogen wurden - was das Landgericht verneint hat - kommt es somit nicht an.

3.1.1. Die Farbabweichungen wurden unstrittig erstmals mit Schreiben vom 16.08.2011 (Anlage B 4) gerügt. Da die Platten bereits am 20.07.2011 und am 25.07.2011 geliefert wurden, fehlt es an einer unverzüglichen Rüge i.S. des § 377 Abs. 1 HGB. Sowohl die probeweise Verlegung (dazu noch unten Ziff. 3.1.2) als auch die anschließende Rüge hätten innerhalb weniger Tage nach Anlieferung erfolgen können und müssen (vgl. Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 377 Rz. 23 und 35).

3.1.2. Die Farbabweichungen stellen keinen verdeckten Mangel i.S. des § 377 Abs. 3 HGB dar, sondern waren bei ordnungsgemäßer Untersuchung erkennbar. Dabei geht der Senat von dem eigenen Vortrag der Beklagten (u.a. Schriftsatz vom 21.06.2012, S. 2, Bl. 53 d.A. sowie Berufungsbegründung S. 3, Bl. 236 d.A.) aus, die Farbabweichungen seien nur ersichtlich gewesen, wenn eine mangelhafte Platte neben einer anderen Platte liege, die keine Farbabweichung aufweise.

Unstrittig fand keine Probeverlegung der am 20.07.2011 und der am 25.07.2011 gelieferten Multiplexplatten statt. Auch die Beklagte behauptet nur, es habe eine visuelle Stichprobeweise Untersuchung stattgefunden, dabei seien die Mängel nicht festgestellt worden. Entgegen der Ansicht der Beklagten war für eine ordnungsgemäße Untersuchung i.S. des § 377 Abs. 1 HGB aber eine probeweise Verlegung von stichprobeweise gezogenen Platten nötig:

Im Interesse des Verkäufers, der durch die Rügepflicht davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung etwaigen, dann infolge Zeitablaufs nur noch schwer feststellbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen, sind an die Prüfungs- und Untersuchungspflicht nicht unerhebliche Anforderungen zu stellen. So kann unter Umständen sogar die Beiziehung eines Sachverständigen bei mangelnder Sachkunde des Käufers erforderlich (Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 377 Rz. 28) und, wenn die Mangelfreiheit nur durch Probeverarbeitung feststellbar ist, auch eine solche durchzuführen sein (OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.05.1993, 17 U 223/92). Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass der Verkäufer, aus dessen Einflussbereich der Mangel kommt, durch zu weitgehende Anforderungen an eine alsbaldige Untersuchung in die Lage versetzt wird, das aus seinen eigenen fehlerhaften Leistungen herrührende Risiko auf dem Weg über die Mängelrüge auf den Käufer abzuwälzen. Daher dürfen die Anforderungen auch nicht überspannt werden. Anhaltspunkte für die Grenzen der Zumutbarkeit bilden vor allem der für eine Überprüfung erforderliche Kosten- und Zeitaufwand sowie die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten einer Prüfung (BGH, Urteil 20.04.1977, VIII ZR 141/75; BGH NJW 1977, S. 1150; Hopt in Baumbach/Hopt, a.a.O., § 377 Rz. 25).

Nach diesen Maßstäben war der Beklagten eine probeweise Verlegung von mehreren, stichprobeweise gezogenen Multiplexplatten unmittelbar nach der Anlieferung zumutbar. Eine derartige Probeverlegung war ohne nennenswerten Kostenaufwand und mit überschaubarem Zeitaufwand möglich. Eine Beschädigung der gekauften Platten durch die Verlegung stand nicht zu befürchten. Nicht zuletzt zeigt das als Anlage B 6 vorgelegte Protokoll vom 22.09.2011, dass eine probeweise Verlegung unproblematisch möglich ist. Bei dem gemeinsamen Besichtigungstermin in Melle am 22.09.2011 haben Vertreter der Klägerin und der Beklagten zur Prüfung etwaiger Mängel Platten probeweise verlegt und dann betreten.

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass nicht alle, sondern nur ein Teil der Platten mangelhaft waren und daher bei einer gezogenen Stichprobe möglicherweise nur mangelfreie Platten geprüft worden wären. Zwar liegt ein verdeckter Mangel i.S. § 377 Abs. 3 HGB auch dann vor, wenn - obwohl geboten - keine Stichproben genommen wurden, aber auch bei der Entnahme mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Mangel nicht entdeckt worden wäre (Grunewald in Münchener Kommentar HGB, 3. Aufl., § 377 Rz. 77; Müller in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 377 Rz. 164). Vorliegend trägt die Beklagte aber selbst vor, 30 % der Platten seien fehlerhaft gewesen. Dass bei einer derartigen Fehlerquote Stichproben ausschließlich mit mangelfreien Platten gezogen worden wären, ist unwahrscheinlich. Insbesondere hätte sich die Beklagten nicht auf eine Stichprobe von zwei Platten - der insgesamt rund 950 auf Paletten gelieferten Bodenplatten (Schriftsatz der Beklagten vom 29.04.2013, S. 6, Bl. 91

d.A.) - beschränken dürfen, sondern zumindest Stichproben von jeder Palette ziehen müssen.

3.1.3. Die Mängelrüge ist ferner nach § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche (vorgelegt als Anlage A 11) verfristet.

3.1.3.1 Die Tegernseer Gebräuche stellen Handelsbräuche i.S. des § 346 HGB dar (Hopt in Baumbach/Hopt, a.a.O., § 346 Rz. 15; BGH, Urteil vom 23.04.1986, IV a ZR 209/84) und gelten daher kraft der gesetzlichen Verweisung in § 346 HGB (BGH, a.a.O., Tz. 21). Es handelt sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Partei der anderen stellt. Die in I der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (Anlage B 2) enthaltene Abwehrklausel richtet sich nur gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen der anderen Partei, vermag aber die Geltung der Tegernseer Gebräuche nicht auszuschließen. Ob die AGB der Beklagten überhaupt in den Vertrag einbezogen wurden, bedarf mithin keiner Entscheidung.

3.1.3.2 Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die streitgegenständlichen Buche-Multiplexplatten als "Holzwerkstoffe" i.S. der Präambel der Tegernseer Gebräuche anzusehen sind. Gegen diese Feststellungen des Landgerichts wendet sich die Beklagte in der Berufung nicht. Ob es sich bei den Buche-Multiplexplatten tatsächlich um "Holzwerkstoffe" handelt, die in § 26 der Tegernseer Gebräuche definiert sind als "Spanplatten, Faserplatten, Sperrholz", kann aber ohnehin dahinstehen. Jedenfalls sind die Buche-Multiplexplatten "andere Holzhalbwaren", für die die Tegernseer Gebräuche ausweislich der Präambel ebenfalls gelten.

3.1.3.3 Die Tegernseer Gebräuche gelten unabhängig von Kenntnis und Unterwerfungswillen der Parteien und auch gegenüber Kaufleuten, die erstmals einschlägig tätig werden (Hopt in Baumbach/Hopt, a.a.O., § 346 Rz. 8).

3.1.3.4 Nach § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche sind Mängelrügen unverzüglich nach gegebener Möglichkeit zur Besichtigung und Prüfung des Holzes, spätestens aber innerhalb von 14 Kalendertagen vom Eingangstag der Ware beim Käufer oder dessen Beauftragten an gerechnet, schriftlich zu erheben. Die erstmals mit Schreiben vom 16.08.2011 erhobene Mängelrüge für die am 20.07.2011 und am 25.07.2011 gelieferten Platten ist mithin verfristet.

3.2 Der von der Beklagten behauptete Mangel, bei einem Teil der Platten sei der Belag rau und klebrig und an diversen Stellen seien Schlieren zu sehen, wurde ebenfalls nicht rechtzeitig nach § 377 Abs. 1 HGB und § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche gerügt, so dass die Ware auch insoweit als genehmigt gilt.

Der Mangel wurde erstmals mit Schreiben vom 16.08.2011 (Anlage B 4) gerügt, obwohl die Platten bereits am 20. und 25.07.2011 geliefert worden waren. Insoweit handelt es sich ebenfalls nicht um einen versteckten Mangel i.S. des § 377 Abs. 3 HGB. Die Beklagte trägt vor, die Abweichungen im Belag seien nicht bei visueller Prüfung feststellbar, sondern erst, wenn mangelhafte neben mangelfreie Platten gelegt würden (Schriftsatz vom 21.06.2012, S. 2, Bl. 53 d.A., Berufungsbegründung S. 3, Bl. 236 d.A.). Mithin wäre dieser Mangel aber im Rahmen einer Probeverlegung, die erforderlich war (siehe schon oben Ziff. 3.1.2), erkennbar gewesen. Dass nicht alle, sondern nur 30 % der Platten nach dem Vortrag der Beklagten mangelhaft waren, führt zu keinem anderen Ergebnis (siehe oben Ziff. 3.1.2).

3.3 Der weitere vom Beklagten behauptete Mangel, Fußabdrücke seien auf den Platten sofort erkennbar und ließen sich nicht mehr entfernen, gilt ebenfalls mangels rechtzeitiger Rüge nach § 377 Abs. 1 HGB, § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche als genehmigt, § 377 Abs. 2 HGB.

Dieser Mangel wurde erstmals mit Schreiben vom 16.08.2011 (Anlage B 4) gerügt, obwohl die Platten am 20. und 25.07.2011 geliefert worden waren. Ein versteckter Mangel i.S. § 377 Abs. 3 HGB liegt ebenfalls nicht vor: Wie ausgeführt (s. oben Ziff. 3.1.2), war für eine ordnungsgemäße Untersuchung nötig, stichprobeweise gezogene Platten probeweise zu verlegen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Buche-Multiplexplatten unstreitig auf dem Fußboden im Rahmen einer Fertigungsanlage ausgelegt werden sollten und somit gewisse Belastungen auszuhalten hatten. Mithin war für eine ordnungsgemäße Untersuchung nicht nur die probeweise Verlegung, sondern jedenfalls auch das probeweise Begehen dieser Platten erforderlich. Dies war der Beklagten ohne Weiteres zumutbar, da damit weder ein zusätzlicher Kosten- noch Zeitaufwand verbunden ist. So haben Vertreter der Parteien im Rahmen des gemeinsamen Besichtigungstermins in Melle am 22.09.2011 unstreitig einige Platten probeweise verlegt und eine "Begehung" durchgeführt (vgl. das als Anlage B 6 vorgelegte Protokoll).

Der Senat geht nach dem Vortrag der Beklagten davon aus, dass bei einem Betreten der probeweise verlegten Platten der Mangel erkennbar gewesen wäre. Dafür spricht bereits, dass Ursache hierfür nach Angaben der Beklagten der mangelhaft aufgebrauchte und nur inselweise getrocknete Lack war. Dementsprechend hat die Beklagte in der Mängelrüge vom 16.08.2011 (Anlage B 4) selbst ausgeführt "Fußabdrücke sind sofort zu sehen und nicht mehr einfach zu entfernen". In der Klageerwiderung (S. 5, Bl. 20 d.A.) trägt die Beklagte ebenfalls vor, der Lack sei fehlerhaft aufgebracht gewesen, so dass Fußabdrücke erkennbar gewesen seien. Dies sei "erst erkennbar, wenn Personen diese Multiplexplatten begehen". Dass die Fußabdrücke sich noch nicht bei einem probeweisen Betreten des mangelhaften Lacks, sondern erst nach vollständiger Verlegung aller Platten in der Fläche - ohne weitere Veränderung des Lacks - gezeigt hätten, erscheint fernliegend und behauptet die Beklagte selbst nicht. Im Schriftsatz vom 21.06.2012 (S. 3, Bl. 54 d.A., ebenso Berufungsbegründung S. 3, Bl. 236 d.A.) trägt die Beklagte vor, die "Abdrücke auf den Platten", die "bei ca. 30 % der Platten der aufgetreten sind, konnten erst festgestellt werden, nachdem die Platten auf der Fläche verlegt wurden". Ähnlich hat der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vom 09.07.2015 (Protokoll S. 2, Bl. 260 d.A.) behauptet, der Mangel beruhe darauf, dass der Lack nur inselweise ausgetrocknet gewesen sei. Nach Angaben seiner Mandantin sei die Problematik mit den Fußabdrücken nicht sofort erkennbar gewesen. Indessen kann als wahr unterstellt werden, dass der Mangel für die Mitarbeiter der Beklagten, die tatsächlich keine Probeverlegung durchgeführt hatten, aus diesem Grund erst nach der Verlegung in der Fläche und Betreten durch den Endabnehmer feststellbar war.

Sollte der Vortrag der Beklagten darauf abzielen, dass gerade nicht alle Platten mangelhaft waren und bei einer Stichprobe möglicherweise nur mangelfreie Platten verlegt worden wären, ist dies aus rechtlichen Gründen nicht entscheidend (siehe schon oben Ziff. 3.1.2).

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens, wie von der Beklagten beantragt, war mithin nicht erforderlich.

3.4 Der von der Beklagten behauptete Mangel, Nut und Feder hätten einen zu großen Spielraum, kann nach § 377 Abs. 3 HGB, § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche nicht mehr geltend gemacht werden. Auch insoweit gelten die Platten als genehmigt. Zugunsten der Beklagten unterstellt der Senat, dass es sich hierbei um einen verdeckten Mangel i.S. des § 377 Abs. 3 HGB handelt, der bei einer probeweisen Verlegung und Begehung nicht erkennbar gewesen wäre.

Gemäß § 377 Abs. 3 HGB ist ein derartiger Mangel unverzüglich nach der Entdeckung zu rügen. Auf den Hinweis des Senats, es fehle genauer Vortrag dazu, wann der Mangel entdeckt und wann er erstmals gerügt worden sei (Verfügung vom 20.05.2015, S. 2, Bl. 243 d.A.) hat die Beklagte vorgetragen (Schriftsatz vom 17.06.2015, S. 2, 3, Bl. 256 f d.A.): Der Mangel sei Ende August/Anfang September 2011 entdeckt worden, sei sofort nach der Entdeckung mündlich gerügt und Gegenstand der ersten Besprechung vor Ort am 01.09.2011 gewesen. Am 12.09.2011 habe die Beklagte Lichtbilder bezüglich der Nut- und Federverbindung versendet und darauf hingewiesen, dass die Funktion nicht gegeben sei.

Die schriftliche Rüge vom 12.09.2011 ist nicht mehr unverzüglich i.S. des § 377 Abs. 3 HGB. Da es nach Entdeckung des Mangels nur noch um die Mitteilung an den Verkäufer geht, kann und muss diese im Rahmen der geschäftlichen Korrespondenz eines ordentlichen Kaufmanns ohne weitere Verzögerung erfolgen (BGH, Urteil vom 10.01.2006, X ZR 58/03, ibr-online), regelmäßig innerhalb von 1 - 2 Tagen (Müller in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O., § 377 Rz. 154 m.w.N). Vorliegend hatte die Beklagte nach ihrem Vortrag spätestens am 01.09.2011 Kenntnis des Mangels; die schriftliche Mitteilung vom 12.09.2011 genügt den Anforderungen des § 377 Abs. 3 HGB somit nicht.

Die - von der Klägerin bestrittene - mündliche Rüge am 01.09.2011 könnte zwar noch rechtzeitig erfolgt sein. Grundsätzlich kann die Mängelrüge nach § 377 Abs. 1 und Abs. 3 HGB auch formfrei erfolgen (Hopt in Baumbach/Hopt, a.a.O., § 377 Rz. 43; Grunewald in Münchener Kommentar HGB, a.a.O., § 377 Rz. 75). Indessen fordert § 12 Ziff. 2 der Tegernseer Gebräuche eine schriftliche Mängelrüge. Hierin liegt eine zulässige Verschärfung der Anforderungen an die Wirksamkeit der Mängelrüge im Interesse der Sicherheit und Klarheit im kaufmännischen Verkehr. Bedenken gegen diese Verschärfung bestehen nicht, zumal für die Mängelrüge nach § 377 HGB Schriftform sogar in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vorgesehen werden kann (Grunewald in Münchener Kommentar HGB, a.a.O., § 377 Rz. 126).

Auf diese Problematik hat der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 09.07.2015 (Protokoll S. 3, Bl. 261 d.A.) hingewiesen, ohne dass die Beklagte weiter vorgetragen hätte.

Der Erholung des beantragten Sachverständigengutachtens bedurfte es daher auch insoweit nicht.

3.5 Soweit die Beklagte als weiteren Mangel geltend macht, die Fase habe sich zum Teil auf der falschen Seite befunden, gelten die Platten ebenfalls als genehmigt nach § 377 Abs. 2 HGB. Insoweit fehlt jeglicher Vortrag der Beklagten, wann sie diesen Fehler entdeckt und dass sie diesen Mangel überhaupt gerügt hat. In der als Anlage B 4 vorgelegten Mängelrüge vom 16.08.2011 wird die falsche Fase nicht erwähnt.

Nur ergänzend sei darauf verwiesen, dass es bezüglich dieses behaupteten Mangels auch an der für einen Schadensersatzanspruch der Beklagten nach § 440, § 280 Abs. 1, § 281 BGB erforderlichen Nachfristsetzung zur Mängelbeseitigung fehlt. Das von der Beklagten als Anlage B 5 vorgelegte Schreiben beinhaltet zwar eine Nachfristsetzung zur Mängelbeseitigung. Die falsche Fase ist darin als Mangel aber nicht erwähnt.

3.6 Entgegen der Ansicht der Beklagten verstößt die Berufung der Klägerin auf die Genehmigungsfiktion nach § 377 Abs. 2, Abs. 3 HGB nicht gegen § 242 BGB. Ein Verzicht der Klägerin auf die Rechtsfolgen aus § 377 Abs. 2 und Abs. 3 HGB hat die Beklagte nicht nachgewiesen:

3.6.1 Grundsätzlich kann der Verkäufer jederzeit auf die Rechtsfolgen nach § 377 Abs. 2 und Abs. 3 HGB - auch stillschweigend - verzichten. Ein solcher Verzicht kann etwa angenommen werden, wenn der Verkäufer vorbehaltlos Nachbesserung versprochen oder den Einwand der verspäteten Mängelrüge nicht erhoben hat. In der bloßen Aufnahme von Verhandlungen über die vom Käufer gerügten Mängel ist in der Regel aber noch kein derartiger Verzicht zu sehen, da darin auch der Wunsch des Verkäufers liegen kann, zunächst eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits zu versuchen. Eine andere Beurteilung würde zudem im Handelsverkehr dazu führen, dass jede Verhandlungsbereitschaft - auch aus Kulanzgründen - für den Verkäufer die Gefahr mit sich brächte, den Verspätungseinwand zu verlieren (BGH, Urteil vom 19.06.1991, VIII ZR 149/90; OLG München, Urteil vom 07.02.2013, 23 U 4160/12).

3.6.2 Vorliegend hat die Beklagte ihre - von der Klägerin bestrittene - Behauptung, der Geschäftsführer der Klägerin habe jedenfalls am 22.09.2011 die Mängel anerkannt und Nachbesserung versprochen und damit auf den Verspätungseinwand verzichtet, nicht nachgewiesen. Der von der Beklagten angebotene Zeuge Thomas Z. konnte hierzu aus eigener Wahrnehmung nichts aussagen (Protokoll vom 06.05.2014, S. 5, Bl. 148 d.A.). Der Zeuge W. (Protokoll vom 06.05.2014, S. 7 f, Bl. 150 f d.A.) gab zwar an, am 07.09.2011 sei eine Mail von Herrn Wa. gekommen, dass die Mängel beseitigt würden. Auf Vorhalt der Mail vom 07.09.2011 hat der Zeuge allerdings eingeräumt, dass darin verschiedene Einschränkungen enthalten seien. Weiter hat der Zeuge angegeben, am Ende des Besichtigungstermins vom 22.09.2011 habe Herr Wa. zugesagt, dass er mit dem Lieferanten eine Lösung ausarbeiten und die Beklagte dann benachrichtigen werde.

Aus dieser Zeugenaussage lässt sich weder eine uneingeschränkte Zusage der Klägerin, die Mängel zu beseitigen, noch ein Verzicht auf den Verspätungseinwand ableiten. Insbesondere hat die Klägerin in der Mail vom 07.09.2011 (Anlage zum Protokoll vom 06.05.2014, Bl. 154 d.A.) betont, die Klägerin werde "berechtigte" Mängel selbstverständlich korrigieren, hat aber bezüglich des Versatzes bei der Nut- und Feder-Verbindung die Reklamation abgelehnt. Des Weiteren führt die Klägerin in der E-Mail an, sie müsse darauf hinweisen, dass offensichtliche Mängel, in diesem Fall die Unregelmäßigkeit der Oberfläche, sofort hätten beanstandet werden müssen, man müsse sich bewusst sein, dass man sich "im Kulanzbereich" bewege. Damit erklärte die Klägerin hinreichend deutlich, dass sie gerade nicht auf den Verspätungseinwand verzichten wollte, sondern lediglich aus Kulanzgründen um eine einvernehmliche Lösung mit der Beklagten bemüht war. Dass die Klägerin im Rahmen des Besichtigungstermins vom 22.09.2011 hiervon abgerückt wäre und nunmehr uneingeschränkt Nachbesserung zugesagt hätte, lässt sich weder dem als Anlage B 6 vorgelegten Protokoll noch der Aussage des Zeugen W. entnehmen.

3.6.3 Entgegen der Ansicht der Beklagten lässt sich aus dem Vortrag der Klägerin in dem früheren Rechtsstreit mit ihrem eigenen Lieferanten, der Firma C. T. S.p.A (OLG München, 23 U 1081/13) nichts anderes ableiten. Zum einen vermag der Vortrag der Klägerin in einem anderen Verfahren den Nachweis eines tatsächlichen Verzichts auf den Verspätungseinwand im hiesigen Verfahren nicht zu ersetzen. Zum anderen verweist die Beklagte (Schriftsatz vom 27.03.2015, S. 5, Bl. 238 d.A.) auf die Berufungsbegründung der hiesigen Klägerin (D.-H.-K. Handels GmbH) und dortigen Beklagten im Verfahren 23 U 1081/13, S. 13 unter Ziff. 3. Dort behauptet die D.-H.-K. Handels GmbH aber, die Klagepartei habe mitgeteilt, sie sei von der Intensität der Mängel beeindruckt und bereit, das Problem zu lösen. Die Klagepartei im dortigen Verfahren war die C. T. S.p.A.

3.7 Auf die Höhe der Mangelbeseitigungskosten kommt es nicht mehr an, da bereits dem Grunde nach kein Schadensersatzanspruch der Beklagten besteht.

4. Die Klägerin kann Verzinsung der Klageforderung und Rechtsanwaltskosten fordern. Auf die Ausführungen des Landgerichts unter II Ziff. 5 und 6 der Entscheidungsgründe (Urteil S. 14) wird Bezug genommen.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Eine Abänderung der Kostenentscheidung erster Instanz war auch bezüglich der damaligen Streithelferin nicht veranlasst. Die vormalige Streithelferin, die C. T. S.p.A, trägt die Kosten ihrer Nebenintervention in erster Instanz entsprechend § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO selbst. Die C. T. S.p.A war dem Rechtsstreit in erster Instanz auf Seiten der Klägerin beigetreten, hat mit Schriftsatz vom 12.11.2013 (Bl. 125 d.A.) den Beitritt aber zurückgenommen. Die Rücknahme des Beitritts durch den Nebeninterventienten ist auch ohne Zustimmung der Parteien möglich; für die Kosten der Nebenintervention gilt § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO entsprechend (Vollkommer in Zöller, ZPO, 30. Aufl, § 66 Rz. 18; Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 36. Aufl, § 66 Rz. 12).

6. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10 Satz 1 und Satz 2, § 711 ZPO.

7. Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt.