Ermittlung der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung durch Berücksichtigung der Gesamtumstände

Bei der Prüfung, ob die Parteien nach dem Vertrag eine bestimmte Verwendung der Kaufsache vorausgesetzt haben, sind nicht nur der Vertragsinhalt, sondern auch die Gesamtumstände zu berücksichtigen (Bestätigung und Fortführung von Senat, Urt. v. 26.04.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 16 m. w. Nachw.).

BGH, Urteil vom 06.12.2017 – VIII ZR 219/16

Sachverhalt: Die Beklagte, eine Herstellerin von Farben und Lacken, und die Klägerin, eine Herstellerin von Additiven, die in andere Werkstoffe eingebracht werden und dort antimikrobiell wirken sollen, schlossen im Oktober 2008 einen „Kooperationsvertrag“ (im Folgenden: Vertrag). Dieser sieht vor, dass auf der Basis der besonders beständigen Innenraumfarbe *K* der Beklagten in Kombination mit „antimikrobiell wirkenden“ Additiven der Klägerin – hier dem Additiv *S* (im Folgenden: Additiv) –, „die diese Eigenschaften auch nach der Verarbeitung des Werkstoffes in definierter Weise behalten“, „eine antimikrobiell wirksame Farbe für hygienisch sehr anspruchsvolle Anwendungsbereiche“ entwickelt, produziert und vertrieben werden soll (Ziffer 1.1).

Nach Ziffer 4.1 des Vertrags überträgt die Klägerin der Beklagten den Alleinvertrieb der aus den Produkten der Parteien herzustellenden oben genannten „antimikrobiell wirkenden Innenraumfarbe“, wobei die Beklagte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu kaufen und zu verkaufen hat (Ziffer 4.2). Gemäß Ziffer 9 des Vertrags ist die Beklagte zur Abnahme folgender Mindestmengen des Additivs verpflichtet: 30 kg sofort, weitere 70 kg bis zum 31.12.2008 sowie 400 kg bis zum 31.12.2009 – davon jeweils 100 kg bis zum Ende eines jeden Quartals. Dementsprechend betrug die abzunehmende Mindestmenge auch in den Folgejahren 2010 und 2011 – unstreitig – 400 kg.

Als Preis für das von der Klägerin zu liefernde Additiv vereinbarten die Parteien einen Betrag von 350 € pro Kilogramm (Ziffer 10.1 i. V. mit Anlage E des Vertrags). Nach Ziffer 13.1 beträgt die Vertragsdauer zunächst zwei Jahre und verlängert sich der Vertrag um zwei weitere Jahre, wenn nicht spätestens zwei Monate vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt wird.

Vor Abschluss des Vertrags hatte die Klägerin der Beklagten ndash; unstreitig – einen Produktprospekt und ein technisches Merkblatt übergeben. In dem Produktprospekt heißt es unter anderem:

> „*SteriOne GmbH & Co. KG* [= die Klägerin] entwickelt und vertreibt sehr wirksame und industrietaugliche antibakterielle Additive. […] Unser Unternehmen greift auf internationale Patente und mehr als 15 Jahre Entwicklungsarbeit zurück, die ihre Wurzeln in der Medizin hat. Dabei entstand eine Familie höchst wirksamer antibakterieller Additive – die *S*. Diese stehen heute zur Verfügung, um nahezu jeden Gegenstand dauerhaft von Bakterien, Pilzen und sonstigen Schädlingen zu befreien. […]
>
> *S* sind […] nanoskalige Moleküle, die durch ihren Aufbau und Reaktivität Bakterien und Schädlinge vernichten. Die permanent gebildeten Ionen der *S* sind für Bakterien von vernichtender Wirkung, für den Menschen aber ungefährlich. Als Additiv werden *S* in Lacke, Kunststoffgemische, Fasern und andere Werkstoffe eingebracht. Die antibakterielle Wirkung der Additive bleibt in dem neuen Materialgemisch erhalten und die Produktoberfläche dadurch dauerhaft antimikrobiell. Je nach Dosierung der Additive ist die Wirkung intensiver oder schwächer. Die Wirkung bleibt über viele Jahre erhalten.
>
> […]
>
> Die Nutzung des Begriffs ‚antibakteriell' ist grundsätzlich frei. Dies wird von vielen Herstellern ausgenutzt. Um sicherzustellen, dass es sich tatsächlich um die unvergleichliche Qualität und Wirkung der *S* handelt, haben wir ein eigenes Gütesiegel entwickelt. […] Dabei werden folgende Qualitätsmerkmale garantiert:
>
> 1. Wirksamkeitsdauer mindestens 10 Jahre.
>
> 2. Beseitigung von mehr als 1 Mio. Keimen pro Stunde.
>
> 3. Einsatz eines durch [die Klägerin] betreuten Qualitätssicherungssystems.
>
> Jedes Partnerunternehmen, das *S* bei der Produktion einsetzt und die genannten Kriterien erfüllt, darf dieses Gütesiegel verwenden."

In dem oben genannten technischen Merkblatt der Klägerin heißt es unter anderem:

> „[…] Beispielsrechnung
>
> […] Diese Berechnungen zeigen, dass die Masse auch innerhalb von Jahrzehnten bei maximal denkbarer Ionenabgabe kaum reduziert wird. Umgekehrt bleiben genügend weitere Atome übrig, um weitere Jahrzehnte Ionen zu bilden und die Funktion der antibakteriellen Wirkung zu erfüllen.

> Weitere Einflüsse auf die Wirkungsdauer
>
> 1. Verteilung der *S* im Prüfkörper
>
> […] Das bedeutet, dass an der für die Hygienebetrachtung relevanten Oberfläche des Körpers immer ausreichend Ionen vorhanden sein werden.
>
> 2. Ausfällen der Partikel aus dem Träger
>
> […] *S* sind komplex konstruierte Moleküle, die die Nanomaterialien in Partikel deutlich größeren Volumens binden und so die Wanderung der Additive im Träger vollständig vermeiden. Dadurch ist eine Verfügbarkeit der Ionenbildung über viele Jahre gewährleistet. […]“

Die Beklagte nahm im Jahr 2008 nur 10 kg, im Jahr 2009 nur 30 kg und im Jahr 2010 nur 40 kg des Additivs ab. Seit dem Jahr 2011 stellte sie die Abnahme gänzlich ein. Sie beruft sich darauf, das von der Klägerin gelieferte Additiv erfülle nicht die vertraglich vereinbarten Anforderungen, sodass sie den Verkauf der von ihr im Jahr 2009 unter Verwendung dieses Additivs hergestellten Farbe *F* habe einstellen müssen. Das Additiv der Beklagten habe – vor allem in trockenen Räumen – keine antimikrobielle Langzeitwirksamkeit, sondern wirke ausweislich eines von der Klägerin durchgeführten Labortests lediglich 18 Stunden lang und weise auch nach Labortests, die von der Beklagten in Auftrag gegeben worden seien, weder eine antimikrobielle Langzeitwirkung noch eine effektivere Abtötung von Mikrobakterien als durch marktherkömmliche Additive auf. Ein von der Beklagten mithilfe eines Krankenhausbetreibers durchgeführter Praxistest habe bestätigt, dass eine mit den Additiven der Klägerin versehene Farbe keine effektivere Wirkung bei der Eliminierung von Krankenhauskeimen aufweise als herkömmliche Latex-Wandfarbe ohne jegliche Zusatzstoffe.

Die Klägerin verlangte mit Rechnung vom 22.12.2011 von der Beklagten die Zahlung von 516.000 € netto für die im Zeitraum 2008–2011 – unstreitig – nicht abgenommenen Mindestmengen des Additivs, insgesamt 1.220 kg. Die Beklagte lehnte die Zahlung mit Schreiben vom 09.01.2012 ab.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten für die vorbezeichneten nicht abgenommenen Mindestmengen des Additivs die Zahlung eines – der Höhe nach unstreitigen – Betrags von 508.130 € brutto nebst Zinsen, Zug um Zug gegen die Lieferung von 1.220 kg des Additivs. Außerdem begehrt sie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Das Landgericht hat zunächst die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage beschlossen, ob das streitgegenständliche Additiv bei Mischung mit der im Vertrag genannten Farbe der Beklagten eine Innenraumfarbe mit antibakterieller Langzeitwirkung für hygienisch sehr anspruchsvolle Anwendungsbereiche bilde. Es hat sodann den Beweisbeschluss aufgehoben und der Klage – bis auf einen geringfügigen Teil der Zinsforderung – stattgegeben. Das Kammergericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf deren Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [10] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen ausgeführt:

[11] Die Klage sei aus § 433 II BGB i. V. mit Ziffer 9 und Anlage E des Vertrags der Parteien begründet. Die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung und Abnahme der im Vertrag vorgesehenen Mindestmengen bestehe für den hier streitgegenständlichen Zeitraum von Oktober 2008 bis einschließlich des Jahres 2011 fort. Der Vertrag habe sich mangels Kündigung jedenfalls bis 2012 verlängert. Aus den vorliegenden Unterlagen könne am ehesten in dem Schreiben der Beklagten vom 09.01.2012 die schlüssig erklärte Vertragskündigung entnommen werden. Für den Zeitraum davor sei weder eine Rücktrittserklärung der Beklagten noch eine auch nur schlüssig erklärte einvernehmliche Vertragsaufhebung ersichtlich.

[12] Die Mindestabnahme sei weder aus im Vertrag selbst angelegten Gründen noch wegen der Umstände bei Vertragsschluss ausgeschlossen. Die im Vertrag enthaltenen Sanktionen für den Fall einer Unterschreitung der vereinbarten Mindestabnahmemenge – Erlöschen des Alleinvertriebsrechts bei einer Unterschreitung von mehr als fünf Prozent und Kündigungsrecht bei einer Unterschreitung von mehr als zehn Prozent – zeigten die wesentliche Bedeutung der Abnahmeverpflichtung. Sinn und Zweck einer derartigen Sanktion könne es nicht sein, zugleich eine Resterfüllung der Abnahmeverpflichtung aufzuheben.

[13] Nach §§ 133, 157 BGB könne auch nicht angenommen werden, dass die Abnahmeverpflichtung einen Erfolg des Vertrags voraussetze, vielmehr sei die Abnahmepflicht allein zeitbezogen. Ihr Äquivalent sei nicht eine erfolgreiche Vertragsdurchführung, sondern das Alleinvertriebs- und Gewinnrecht der Beklagten an dem aus der eigenen Farbe und den Additiven der Klägerin zusammengefügten Produkt. Die Abnahmepflicht hätte demnach zwar entfallen können, wenn es gar nicht zu einem im Ansatz marktfähigen Produkt gekommen wäre. Das sei aber nicht der Fall. Die Beklagte sei jedenfalls 2009/2010 mit der Farbe *F* am Markt aufgetreten.

[14] Die Beklagte könne ihrer vertraglichen Kaufpreisverpflichtung auch nicht Pflichtverletzungen der Klägerin entgegenhalten, die für sie eine Erfüllung der Mindestabnahmeverpflichtung unzumutbar machten. Weder eine Wirkungslosigkeit des Additivs noch ein Unterlassen von notwendigen Mitwirkungshandlungen der Klägerin könne festgestellt werden. Das Additiv habe jedenfalls zur Herstellung eines verkaufsfähigen Produkts verwendet werden können. Auch sei das Additiv, wie sich aus dem von der Klägerin vorgelegte Bestimmungsgutachten des Instituts *G* ergebe, weder für sich noch in der Innenfarbe *F* antimikrobiell wirkungslos. Die Beklagte habe nicht deutlich gemacht, welche Prüfgesichtspunkte, Prüfungsmethoden oder Prüfungsbewertungen diesem Ergebnis entgegenstehen sollten. Sie konzentriere sich vielmehr auf die Behauptung, das Additiv habe in Verbindung mit der Innenfarbe in der Anwendung keine langfristige, langjährige antibakterielle Wirkung, jedenfalls sei diese von der Klägerin nicht nachgewiesen.

[15] Es könne offenbleiben, ob dies zutreffe. Eine Beweisaufnahme zu dieser Frage sei auch abseits der von der Beklagten bereits nicht geklärten Problematik, was eigentlich „langfristig“ bzw. „langjährig“ bedeuten solle, nicht veranlasst. Denn die von der Beklagten vermisste langfristige, langjährige Wirkung sei nicht Gegenstand des schriftlichen Vertrags der Parteien. Sie könne deshalb kein Maßstab für die Beurteilung einer bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit der bei Mindestabnahme zu liefernden Additive sein. In dem schriftlichen Vertrag einschließlich der Anlagen sei von dem jetzt von der Beklagten als entscheidend angeführten Langzeitfaktor in einer auch nur ansatzweise bestimmten Art nicht die Rede. Aus dem Vertrag heraus erweise sich auch aus dieser Sicht die Annahme des Landgerichts als richtig, dass die Beklagte das Entwicklungsrisiko zu tragen habe.

[16] In Übereinstimmung mit dem Landgericht könne auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin sonstigen eigenen Vertragspflichten, insbesondere Mitwirkungshandlungen, nicht nachgekommen sei. Schon wegen der exakten Zeitbestimmungen bei den Abnahmeverpflichtungen sei ein Zusammenhang mit den übrigen Vorstellungen der Parteien über den Ablauf der Vertragsbeziehung nicht herzustellen.

[17] Durchgreifende Gegenrechte der Beklagten gegen die Zahlungspflicht und Abnahmeverpflichtung könnten auch dann nicht festgestellt werden, wenn zugunsten der Beklagten unterstellt werde, dass der Produktprospekt und das technische Merkblatt der Klägerin über den Vertragswortlaut hinaus Vertragsbestandteil geworden seien. Denn die Wirkungsbeschreibung des Prospekts sei im Ganzen nur als eine werbende Anpreisung in zeitlich ganz unbestimmter Form aufzufassen. Erst bei dem im Prospekt genannten Gütesiegel werde es hinsichtlich der Tatsachen konkreter, indem eine Wirksamkeitsdauer von mindestens zehn Jahren und die Beseitigung von mehr als einer Million Keimen pro Stunde aufgeführt werde. Dieses Siegel setze nach dem Text jedoch unmissverständlich voraus, dass die genannten konkreten Kriterien bei dem Hersteller des Endprodukts erfüllt würden. Langzeitwirkung und Keimbeseitigung hingen also letztlich von der Zusammensetzung dort ab und würden damit gerade nicht unabhängig vom Endprodukt bereits im Bereich des Einsatzstoffs der Klägerin als eine quasi von vornherein und immer bestehende unverlierbare Eigenheit garantiert. Eine Verwendung des Siegels sei im Übrigen nicht vereinbart.

[18] Dem technischen Merkblatt der Klägerin könne eine verbindliche Beschreibung einer generellen Langzeitwirkung nach Verarbeitung ebenfalls nicht entnommen werden. Es handele sich vielmehr bei den darin enthaltenen Angaben zur antibakteriellen Wirkung lediglich um eine unverbindliche Werbeanpreisung.

[19] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können der von der Klägerin gegen die Beklagte geltend gemachte Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von 508.130 € (§ 433 II BGB) nebst Zinsen, Zug um Zug gegen die Lieferung der in den Jahren 2008 bis 2011 nicht abgenommenen Mindestmengen von insgesamt 1.220 kg des streitgegenständlichen Additivs, sowie der Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten nicht bejaht werden. Das Berufungsgericht hat – wie auch das Landgericht – bereits im Ausgangspunkt rechtsfehlerhaft angenommen, die Beklagte könne dem Kaufpreisanspruch der Klägerin schon deshalb nicht die von ihr behauptete Mangelhaftigkeit des Additivs entgegenhalten, weil das Additiv in der Farbmischung jedenfalls nicht gänzlich wirkungslos und eine langjährige antimikrobielle Wirkung der Farbmischung nicht Gegenstand des schriftlichen Vertrags der Parteien sei, sondern vielmehr allein die Beklagte das Risiko einer solchen Wirkung zu tragen habe.

[20] Hierdurch hat sich das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft den Blick dafür verschlossen, dass die von den Parteien nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) des Additivs gerade darin bestand, durch dessen Beimischung in eine besonders beständige Farbe der Beklagten dauerhaft, jedenfalls aber langjährig eine antimikrobielle Wirkung für hygienisch sehr anspruchsvolle Anwendungsbereiche zu entfalten. Da das Additiv nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachvortrag der Beklagten diesen Anforderungen nicht entspricht, hätte das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, vor einer Entscheidung über die Klageansprüche zunächst Beweis hierüber – insbesondere durch Einholung eines Sachverständigengutachtens – erheben müssen.

[21] 1. Ohne Rechtsfehler und von den Parteien im Revisionsverfahren insoweit auch nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch nach den gesetzlichen Bestimmungen über den Kaufvertrag (§§ 433 ff. BGB) beurteilt.

[22] Bei dem Vertrag der Parteien handelt es sich, wovon auch das Berufungsgericht – unausgesprochen – ausgegangen ist, ungeachtet der von den Parteien gewählten Bezeichnung als „Kooperationsvertrag“ um einen (einheitlichen) Kaufvertrag gemäß § 433 BGB in Gestalt eines sogenannten (echten) Sukzessivlieferungsvertrags (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 01.12.1971 – VIII ZR 143/70, NJW 1972, 246 [unter II 2]; Urt. v. 06.10.1976 – VIII ZR 66/75, NJW 1977, 35 [unter III 1]; Urt. v. 28.03.1979 – VIII ZR 15/78, WM 1979, 674 [unter II 2]; Urt. v. 26.10.1994 – VIII ZR 150/93, NJW-RR 1995, 240 [unter II 2 b aa (3)]; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 76. Aufl., vor § 311 Rn. 27 ff.; MünchKomm-BGB/*Gaier,* 7. Aufl., § 314 Rn. 8) über das streitgegenständliche Additiv der Klägerin, ergänzt im Wesentlichen um ein Alleinvertriebsrecht der Beklagten und Nebenpflichten der Parteien bei der Vermarktung der von der Beklagten unter Verwendung des Additivs herzustellenden Farbmischung. Gegen diese auf einer insoweit rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Vertragsauslegung (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 06.02.1985 – VIII ZR 15/84, NJW 1986, 124 [unter 2]; Urt. v. 12.07.1995 – VIII ZR 219/94, NJW-RR 1995, 1327 [unter II-I 1] m. w. Nachw. [jeweils zum Sukzessivlieferungsvertrag]) beruhende rechtliche Einordnung des Vertrags wenden sich die Parteien im Revisionsverfahren nicht.

[23] Durch einen solchen Sukzessivlieferungsvertrag werden unmittelbar Ansprüche auf Lieferung der abzunehmenden Teilmengen und auf deren Bezahlung begründet (Senat, Urt. v. 04.12.1996 – VII-I ZR 360/95, NJW 1997, 933 [unter II A 2 a]). Die Klägerin musste daher nicht zunächst auf den Abschluss von Kaufverträgen über die jeweils quartalsweise vereinbarte Mindestmenge klagen (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 12.07.1995 – VIII ZR 219/94, NJW-RR 1995, 1327 [unter III 3]), sondern konnte die Beklagte unmittelbar auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Lieferung der nicht abgenommenen Mindestmengen des Additivs in Anspruch nehmen. Sowohl die der Klage zugrunde liegende Berechnung dieser Mindestmengen als auch die Berechnung des hierfür zu zahlenden Preises sind nach den von der Revision insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zwischen den Parteien unstreitig.

[24] 2. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerhaft verkannt, dass nach dem – revisionsrechtlich mangels näherer Feststellungen des Berufungsgerichts zu unterstellenden – Sachvortrag der Beklagten das Additiv der Klägerin für die von den Parteien vertraglich vorausgesetzte Verwendung nicht geeignet und deshalb gemäß § 434 I 2 Nr. 1 BGB mangelhaft ist, weshalb die Beklagte weitere Mengen dieses Additivs nicht abnehmen und bezahlen musste (§ 320 I 1 BGB, § 273 I BGB) und dementsprechend auch nicht in Annahmeverzug geraten ist (§ 293 BGB). Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen zur antimikrobiellen Wirksamkeit des Additivs, insbesondere zu einer dauerhaften, zumindest aber langjährigen antimikrobiellen Wirkung der unter Beimischung des Additivs hergestellten Farbe getroffen und insbesondere nicht den hierzu beantragten Sachverständigenbeweis erhoben hat.

[25] a) Es kann dahinstehen, ob die Parteien hinsichtlich der vorbezeichneten Wirkung des Additivs eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB getroffen haben, was das Berufungsgericht nicht geprüft hat und woran strenge Anforderungen zu stellen sind, da nach neuem Schuldrecht eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht mehr „im Zweifel“, sondern nur noch in eindeutigen Fällen in Betracht kommt (vgl. nur Senat, Urt. v. 15.06.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 16; Urt. v. 27.09.2017 – VIII ZR 271/16, ZIP 2017, 2153 Rn. 18; Urt. v. 18.10.2017 – VIII ZR 32/16, juris Rn. 16; jeweils m. w. Nachw.). Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung macht auch die Revision nicht geltend. Sie rügt vielmehr, das Berufungsgericht habe verkannt, dass es sich bei den oben wiedergegebenen Angaben in dem Produktprospekt der Klägerin, namentlich bei der dauerhaften, jedenfalls aber langjährigen antimikrobiellen Wirkung, um Eigenschaften handele, die gemäß § 434 I 3 BGB zu der Beschaffenheit der Sache nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB gehörten (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 27.09.2017 – VIII ZR 271/16, ZIP 2017, 2153 Rn. 24).

[26] b) Das von der Klägerin zu liefernde Additiv ist unabhängig hiervon aber bereits deshalb nicht frei von Sachmängeln, weil die Parteien gemäß § 434 I 2 Nr. 1 BGB (vgl. hierzu im Einzelnen Senat, Urt. v. 26.04.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 16 m. w. Nachw.) vertraglich eine Verwendung in der Weise vorausgesetzt haben, dass das Additiv zu einer Farbe der Beklagten hinzugefügt und die so entstandene Mischung in hygienisch sehr anspruchsvollen Anwendungsbereichen, insbesondere als Wandanstrich in entsprechenden Räumen, mit einer dauerhaften, zumindest aber langjährigen antimikrobiellen Wirkung verwendet werden sollte, das Additiv diese Anforderung jedoch nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortag der Beklagten nicht erfüllt. Dieser Sachvortrag der Beklagten ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch ausreichend substanziiert. Eine Partei genügt bei einem von ihr – wie hier – zur Rechtsverteidigung gehaltenen Sachvortrag ihren Substanziierungspflichten, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das von der anderen Seite geltend gemachte Recht als nicht bestehend erscheinen zu lassen (vgl. hierzu im Einzelnen Senat, Beschl. v. 21.10.2014 – VIII ZR 34/14, NZM 2015, 492 Rn. 20 f. m. w. Nachw.). Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen der Beklagten ohne jeden Zweifel.

[27] aa) Allerdings kann die Auslegung einer Individualvereinbarung – wie hier des Vertrags der Parteien einschließlich des diesem zugrunde liegenden Produktprospekts und des technischen Merkblatts – durch den Tatrichter vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungsstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr.; Senat, Urt. v. 03.12.2014 – VIII ZR 224/13, NZM 2015, 79 Rn. 37 m. w. Nachw.; Urt. v. 10.06.2015 – VIII ZR 99/14, NJW 2015, 2324 Rn. 13; Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, NZM 2016, 673 Rn. 16 m. w. Nachw.; Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rn. 35). Derartige Rechtsfehler fallen dem Berufungsgericht hier jedoch zur Last.

[28] bb) Das Berufungsgericht hat weder den Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung vollständig ausgeschöpft noch alle Umstände des Streitfalls berücksichtigt. Zudem hat es den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung verletzt.

[29] (1) Bei der Auslegung der Vereinbarung der Parteien ist das Berufungsgericht zwar im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass nach den anerkannten Grundsätzen für die Auslegung einer Individualvereinbarung der Wortlaut der Vereinbarung den Ausgangspunkt einer nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Auslegung bildet, gleichzeitig hierbei aber auch gilt, dass ein übereinstimmender Parteiwille dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation vorgeht, selbst wenn er im Inhalt der Erklärung keinen oder nur einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat (vgl. nur Senat, Beschl. v. 11.11.2014 – VIII ZR 302/13, NJW 2015, 409 Rn. 11 m. w. Nachw.). Insoweit hat das Berufungsgericht noch zutreffend zum Zwecke der Ermittlung des übereinstimmenden Parteiwillens neben dem schriftlichen Vertrag auch den Produktprospekt und das technische Merkblatt der Klägerin herangezogen.

[30] Es hat jedoch bei der Würdigung sämtlicher vorbezeichneter Schriftstücke deren Inhalt nicht vollständig ausgeschöpft. Zudem hat das Berufungsgericht bei dieser Würdigung die weiteren anerkannten Auslegungsgrundsätze verletzt, dass bei der Auslegung zusätzlich auch die Gesamtumstände (s. nur BGH, Beschl. v. 30.04.2014 – XII ZR 124/12, juris Rn. 17; Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, NZM 2016, 673 Rn. 21 m. w. Nachw.) und der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck (vgl. Senat, Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, NZM 2016, 673 Rn. 21) zu berücksichtigen sind und eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung vorzunehmen ist (vgl. nur BGH, Urt. v. 22.02.2012 – VIII ZR 34/11, WM 2012, 2061 Rn. 25; Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, NZM 2016, 673 Rn. 22; Urt. v. 07.03.2017 – EnZR 56/15, juris Rn. 17; jeweils m. w. Nachw.).

[31] Damit ist der Senat an das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts nicht gebunden und kann, da weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, die Auslegung selbst vornehmen (vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2012 – VIII ZR 34/11, WM 2012, 2061 Rn. 25; Urt. v. 13.04.2016 – VIII ZR 198/15, NZM 2016, 673 Rn. 22).

[32] (2) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts spricht bereits der Wortlaut des Vertrags dafür, dass die vertraglich vorausgesetzte Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) sich nicht – wie das Berufungsgericht rechtsirrig angenommen hat – darauf beschränkt, dass das Additiv für sich genommen und in der Farbe der Beklagten antimikrobiell nicht gänzlich wirkungslos ist, sondern vielmehr darin besteht, eine dauerhafte, zumindest aber langjährige antimikrobielle Wirkung in der Farbe der Beklagten zu erzielen. Die in der Beschreibung des Vertragsgegenstands (Ziffer 1.1) enthaltene Angabe, wonach auf der Basis einer „besonders beständigen“ Innenraumfarbe der Beklagten in Kombination mit „antimikrobiell wirkenden“ Additiven der Klägerin, die „diese Eigenschaften auch nach der Verarbeitung des Werkstoffes in definierter Weise behalten“, „eine antimikrobiell wirksame Farbe für hygienisch sehr anspruchsvolle Anwendungsbereiche“ entwickelt, produziert und vertrieben werden soll, kann – auch ohne eine konkrete Zeitangabe – nicht anders als dahin verstanden werden, dass eine an der normalen Lebensdauer eines mit einer solchen Innenraumfarbe durchgeführten Wandanstrichs ausgerichtete – mithin eine zumindest langjährige – antimikrobielle Wirkungsdauer erzielt werden sollte.

[33] (3) Diese vertraglich vorausgesetzte Verwendung wird durch die im Rahmen der Auslegung des Vertrags zu berücksichtigenden Gesamtumstände bekräftigt, namentlich durch den Inhalt des Produktprospekts und des technischen Merkblatts der Klägerin. Entgegen der von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung wären diese Unterlagen selbst dann zu berücksichtigen, wenn sie – wie die Revisionserwiderung meint – nicht Vertragsgegenstand geworden sein sollten. Denn im Rahmen des § 434 I 2 Nr. 1 BGB sind nicht nur der Vertragsinhalt, sondern alle Umstände zu berücksichtigen, die eine mögliche nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung erhellen können.

[34] In beiden vorbezeichneten Unterlagen, die die Klägerin der Beklagten vor Abschluss des Vertrags unstreitig übergeben hatte, wird die auch nach Einbringung des Additivs in ein Materialgemisch über viele Jahre hinweg bzw. sogar dauerhaft vorhandene antimikrobielle Wirkung hervorgehoben. Bei diesen Angaben, die Teil einer detaillierten Beschreibung der Wirkungsweise der Additive der Klägerin sind, handelt es sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht lediglich um werbende Anpreisungen in unverbindlicher Form (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 25.05.1983 – VIII ZR 55/82, BGHZ 87, 302, 305 f.; Urt. v. 13.06.2007 – VIII ZR 236/06, NJW 2007, 3057 Rn. 17), sondern um Tatsachenangaben, auf die die Beklagte als Käuferin – unabhängig davon, ob die Parteien die Verwendung des in dem Produktprospekt der Klägerin zusätzlich genannten Gütesiegels vereinbart haben – vertrauen durfte und die bei objektiver Betrachtung in den übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien in Gestalt der von ihnen vertraglich vorausgesetzten Verwendung eingeflossen sind.

[35] (4) Die diese Gesichtspunkte außer Acht lassende Deutung des Berufungsgerichts verstößt gegen den Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung. Das Berufungsgericht hat mit der Annahme, die Verpflichtung der Beklagten zur Abnahme der im Vertrag vereinbarten Mindestmengen sei allein zeitbezogen und hänge von keinen weiteren Voraussetzungen ab, sofern nur das Additiv nicht völlig wirkungslos sei und mit diesem Additiv ein im Ansatz marktfähiges Produkt habe hergestellt werden können, einseitig nur die Interessenlage der Klägerin berücksichtigt, die Interessenlage der Beklagten hingegen aus dem Blick verloren. Denn bei objektiver Betrachtung ist kein vernünftiger Grund dafür zu erkennen, warum die Beklagte sich zur Abnahme einer nicht unbeträchtlichen Mindestmenge des streitgegenständlichen Additivs gegen Zahlung eines erheblichen Geldbetrags unabhängig davon verpflichtet haben sollte, ob dieses Additiv bei Vermischung mit einer Innenraumfarbe über einen längeren Zeitraum und nicht nur – wie nach der Behauptung der Beklagten der Fall – kurzzeitig eine antimikrobielle Wirkung hat.

[36] Eine solche, von den Vorinstanzen rechtsfehlerhaft angenommene alleinige Risikotragung der Beklagten kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht mit dem Argument als interessengerecht angesehen werden, das Äquivalent für die Mindestabnahmeverpflichtung der Beklagten sei die Übertragung des Alleinvertriebsrechts und nicht der Erfolg des Vertrags. Zwar hat der Senat in einer älteren Entscheidung zu einem Händler-Vertriebsvertrag im Zusammenhang mit der Bestimmung des Vertragstyps ausgeführt, bei händlervertragstypischer Auslegung stelle die Übernahme einer Mindestbezugsverpflichtung in der Regel die Gegenleistung des Händlers für das ihm vom Hersteller übertragene Alleinvertriebsrecht dar (Senat, Urt. v. 12.07.1995 – VIII ZR 219/94, NJW-RR 1995, 1327 [unter III 2]). Diese Überlegungen lassen sich auf die hier vorliegende Fallgestaltung jedoch schon deshalb nicht übertragen, weil es sich bei dem Vertrag der Parteien nicht um einen Händlervertrag handelt und die Beklagte aus dem gelieferten Additiv zunächst selbst ein Produkt herstellen muss, dessen Wirkungsweise und wirtschaftlichen Erfolg sie bei Vertragsabschluss mit der Klägerin noch nicht sicher beurteilen konnte. Das der Beklagten übertragene Alleinvertriebsrecht ist wertlos, wenn – wie hier zu unterstellen ist – das von der Klägerin gelieferte Produkt nicht die vereinbarte Wirksamkeit entfaltet.

[37] cc) Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vortrag der Beklagten eignet sich das Additiv, dessen Abnahme und Bezahlung die Klägerin von ihr verlangt, nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, in einer Innenraumfarbe der Beklagten eine dauerhafte, zumindest aber langjährige antimikrobielle Wirkung zu erzeugen. Nach dem Vortrag der Beklagten entfaltet das Additiv der Beklagten vielmehr – vor allem in trockenen Räumen – keine antimikrobielle Langzeitwirksamkeit, sondern wirkt lediglich 18 Stunden lang und bewirkt auch nicht eine effektivere Abtötung von Mikrobakterien als durch marktherkömmliche Additive, vielmehr hat eine mit den Additiven der Klägerin versehene Farbe nach der Darstellung der Beklagten keine effektivere Wirkung bei der Eliminierung von Krankenhauskeimen als eine herkömmliche Latex-Wandfarbe ohne jegliche Zusatzstoffe.

[38] Das Berufungsgericht hätte deshalb Beweis, insbesondere durch Einholung des von der Klägerin angebotenen Sachverständigengutachtens, über die im Streit stehende Frage erheben müssen, ob das Additiv sich für die oben genannte nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Dies wird nachzuholen sein. Dabei wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass die Eignung einer Sache für eine bestimmte – nach dem Vertrag vorausgesetzte – Verwendung nicht erst dann zu verneinen ist, wenn die Tauglichkeit der Kaufsache zu diesem Gebrauch ganz aufgehoben ist, sondern bereits dann, wenn sie lediglich gemindert ist (Senat, Urt. v. 26.04.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 16, 18 m. w. Nachw.).

[39] c) Bei Vorliegen des – hier zu unterstellenden – Sachmangels nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB muss die Beklagte die mit der Klage geltend gemachte Restmenge des Additivs (derzeit) weder abnehmen noch bezahlen (§ 433 II BGB).

[40] aa) Dabei kann dahinstehen, ob dies bereits daraus folgt, dass die Beklagte, wie die Revision – anders als die Beklagte noch in den Tatsacheninstanzen – geltend macht, mit ihrem Schreiben vom 09.01.2012, spätestens aber mit der Klageerwiderung konkludent wegen des Sachmangels den Rücktritt vom Vertrag erklärt hätte. Das Berufungsgericht hat hierzu – mit Ausnahme der Bemerkung, aus den vorliegenden Unterlagen könne „ehestens“ dem vorstehend genannten Schreiben der Beklagten „die schlüssig erklärte Vertragskündigung“ entnommen werden – keine Feststellungen getroffen. Ebenso hat es, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, Feststellungen dazu für entbehrlich gehalten, ob die Beklagte der Klägerin vor einer möglichen Erklärung des Rücktritts (erfolglos) eine nach §§ 437 Nr. 2 Fall 1, 323 I BGB grundsätzlich erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat oder ob hierauf ausnahmsweise nach den Bestimmungen in § 323 II BGB und § 440 BGB verzichtet werden durfte (vgl. Senat, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 17). In diesem Zusammenhang hatte das Berufungsgericht – das schon keine Feststellungen zum Vorliegen des oben genannten Sachmangels getroffen hat – bisher auch keinen Anlass zu prüfen, ob es sich gegebenenfalls um einen nicht behebbaren Mangel handelt und es deshalb eines Nacherfüllungsverlangens nicht bedurfte (vgl. Senat, Urt. v. 15.06.2016 – VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874 Rn. 19).

[41] bb) Da das Additiv, dessen Abnahme und Bezahlung die Klägerin erstrebt, nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt im Hinblick auf die im Vertrag vorgesehene Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) nicht frei von Sachmängeln ist (§ 433 I 2 BGB), ist die Beklagte gemäß § 320 I 1 BGB berechtigt, den vereinbarten Kaufpreis insgesamt bis zur mangelfreien Lieferung einzubehalten und die Abnahme des mangelhaften Additivs (§ 433 II BGB) gemäß § 273 I BGB zu verweigern.

[42] (1) Nach § 320 I 1 BGB kann im Rahmen eines – hier vorliegenden – gegenseitigen Vertrags jede Vertragspartei, sofern sie nicht zur Vorleistung verpflichtet ist, die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Dieses Leistungsverweigerungsrecht, das die Beklagte, wie den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen ist, zumindest stillschweigend geltend gemacht hat, indem sie unter Berufung auf die Mangelhaftigkeit des Additivs die Abnahme weiterer Lieferungen abgelehnt hat, besteht bis zur Lieferung eines mangelfreien Additivs und erfasst die gesamte Forderung (vgl. Senat, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 211/15, NJW 2017, 1100 Rn. 17).

[43] Nach § 433 I 2 BGB ist die Klägerin verpflichtet, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Zahlung des vereinbarten Kaufpreises für die vereinbarten, von der Beklagten noch nicht abgenommenen Mindestmengen kann die Klägerin mithin nur Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Additivs in einem mangelfreien Zustand verlangen (vgl. Senat, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 211/15, NJW 2017, 1100 Rn. 17). Das im Vertrag der Parteien genannte und von der Klägerin zur Lieferung angebotene Additiv ist jedoch nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht mangelfrei. Da das Berufungsgericht bisher – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen zur Behebbarkeit des Mangels getroffen hat, ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass der Klägerin eine Erfüllung des Kaufvertrags jedoch weiterhin möglich ist.

[44] (2) Die Beklagte ist im Rahmen des von ihr geltend gemachten Leistungsverweigerungsrechts auch berechtigt, gemäß § 273 I BGB die von der Klägerin geforderte Abnahme der von ihr angebotenen (weiteren) Mindestmengen des Additivs wegen dessen Mangelhaftigkeit zu verweigern (vgl. hierzu im Einzelnen Senat, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 211/15, NJW 2017, 1100 Rn. 29 ff).

[45] III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die nicht entscheidungsreife Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 I 2 ZPO Gebrauch.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.