

II ZR 129/52

33

V e r k ü n d e t  
am 12. November 1952  
Jodas, Just. Ang.  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Fahrzeugbauers Wilhelm H [REDACTED] in E [REDACTED],  
H [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Wilhelm B [REDACTED], Getreidehandlung in  
B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat  
[REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 5. November 1952 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter  
Dr. Selowsky, Dr. Fischer, Artl und Dr. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das  
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts  
in Hamm/Westf. vom 14. Februar 1952 aufgehoben.  
Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Ent-  
scheidung, auch über die Kosten der Revision,  
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die einen Getreidehandel betreibt, bestellte bei dem Beklagten, einem Fahrzeugbauer, Ende 1949 einen Anhänger mit einem Ladegewicht von 5 to zum Preise von 2.500 DM. Der Beklagte lieferte den Anhänger im Dezember 1949 oder um die Jahreswende 49/50, aber ohne Anhängerbrief und erhielt dafür den vereinbarten Werklohn. Nach einiger Zeit beanstandete die Klägerin, daß die eingebauten Federn nicht für ein Ladegewicht von 5 to ausreichten. Der Beklagte wechselte im Februar 1950 die Federn gegen stärkere aus. Im Mai 1950 wurde der Anhänger, der von der Klägerin ohne Anmeldung und Zulassung in Gebrauch genommen war, zu dem auch bis dahin überhaupt kein Anhängerbrief existierte, von einer Polizeistreife angehalten. Daraufhin meldete die Klägerin das Fahrzeug an. Die technische Prüfungsstelle für den Kraftfahrzeugverkehr in Hannover, Dienststelle Osnabrück, ließ den Wagen Anfang 1950 nur für eine Nutzlast von 3.600 kg zu. Die Klägerin stellte daraufhin den Anhänger dem Beklagten wieder zur Verfügung. Der Beklagte lehnte die Zurücknahme und die Lieferung eines anderen Anhängers ab. Die Klägerin setzte ihm hierzu eine Frist bis 15. Juli 1950 und erklärte für den Fall des ergebnislosen Ablaufs der Frist ihren Rücktritt vom Vertrag.

Die Klägerin hat mit der am 28. August 1950 zugestellten Klage beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 2.500 DM zu verurteilen. Die Klägerin behauptet, der Anhänger besitze nicht die vertraglich zugesicherte Ladefähigkeit, und zwar auch nicht nach der vom Beklagten vorgenommenen Auswechslung der Federn. Eine Anmeldung zur Versteuerung sei zunächst nicht vorgenommen worden, weil die Klägerin nach den Angaben des Beklagten angenommen habe, ein derartiger Anhänger sei steuerfrei und bedürfe keiner Zulassung. Erst bei der Zu-

lassung habe sich herausgestellt, daß der Wagen nicht die für eine Nutzlast von 5 to erforderlichen Eigenschaften habe, sondern nur die für eine Nutzlast von 3.600 kg.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er wendet zunächst Verjährung des Wandlungsanspruchs gemäß § 638 BGB ein. Der Beklagte hat ferner geltend gemacht, der Anhänger sei entsprechend der Bestellung der Klägerin als sogenannter Langsamläufer hergestellt worden. Für einen derartigen Langsamläufer beständen Zulassungsbedingungen, die anders seien als die für einen sogenannten Schnelläufer, d.h. einen Anhänger, der von einem Fahrzeug mit mehr als 20 stkm gefahren werde. Diesen Anforderungen habe der Anhänger entsprochen. Der abweichende Standpunkt der Zulassungsstelle sei irrig.

Das Landgericht hat die Klage auf Grund der Verjährungseinrede abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin nur noch Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung der 2.500 DM Zug um Zug gegen Rückgabe des Anhängers begehrt. Der Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung beantragt.

Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz weiter vorgebracht, daß die Klägerin, falls ihre Wandlung berechtigt sei, für die Benutzung des Anhängers eine angemessene Miete zahlen müsse, die von dem etwaigen Rückforderungsanspruch abzusetzen sei. Der Beklagte betont erneut die objektive Zulässigkeit des Wagens und macht der Klägerin den Vorwurf, daß sie durch unrichtige Angaben bei der Zulassungsstelle, insbesondere dadurch, daß sie nicht erwähnt habe, daß der Anhänger nur als Langsamläufer verwendet werden sollte, die Nichtzulassung selbst verursacht habe.

Nach Beweisaufnahme hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten antragsgemäß zur Rückzahlung Zug um Zug verurteilt.



Mit der Revision verfolgt der Beklagte weiterhin sein Begehren auf Zurückweisung der Klage; die Klägerin beantragt in erster Linie, die Revision als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise bittet sie um deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist vom Berufungsgericht ausdrücklich zugelassen worden, weil die Rechtslage grundsätzliche Bedeutung habe. Hiergegen wendet sich die Revisionsbeantwortung der Revisionsbeklagten. Sie hält die Revision für unzulässig, da die Klagesache keine grundsätzliche Bedeutung habe, was sich insbesondere daraus ergebe, daß die Revisionsbegründung lediglich prozessuale Angriffe und die Bekämpfung der Einrede der Verjährung erhoben habe.

Zu Unrecht beruft sich die Revision des Beklagten auf die Entscheidung BGHZ 2, 396. Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung steht, vom Fall einer Abweichung von einer Entscheidung des Revisionsgerichts abgesehen, im freien Ermessen des Berufungsgerichts. Das Berufungsgericht hat sich im vorliegenden Fall mit rechtlichen Fragen auseinandergesetzt. Wenn es diese Fragen für so bedeutsam ansah, daß es die Möglichkeit einer Entscheidung durch das Revisionsgericht zulassen wollte, so handelte es damit in dem ihm zustehenden Ermessensbereich. Damit ist die Zulässigkeit der Revision gegeben.

II. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß zwischen den Parteien ein Werklieferungsvertrag zustande gekommen ist. Dieser Werklieferungsvertrag richtet sich auf die Lieferung einer unvertretbaren Sache. Es trifft auch zu, wenn das Berufungsgericht auf Grund der von ihm

festgestellten Tatsachen davon ausgeht, daß der gelieferte Anhänger Eigenschaften aufweist, die seine Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch erheblich mindern.

Nach den Behauptungen der Klägerin ist die Tauglichkeit des Anhängers dadurch gemindert oder sogar aufgehoben, daß er bei Lieferung nicht zugelassen war und außerdem nicht die für eine Zulassung erforderlichen Eigenschaften aufwies. Schon die Nichtzulassung stellt sich als ein erheblicher Sachmangel dar, der die Tauglichkeit für den vorausgesetzten Gebrauch zum wenigsten zeitweilig gänzlich aufhebt. Es kommt deshalb auf die Frage der Zulassungseignung in diesem Zusammenhang nicht an.

Ein Kraftwagen oder ein für einen Kraftwagen bestimmter Anhänger bedarf der Betriebserlaubnis, wenn er überhaupt auf der Straße benutzt, d.h. für den vorgesehenen Gebrauch verwendet werden soll. Wird daher ein derartiges Fahrzeug geliefert, sei es einem Käufer, sei es einem Besteller, so ist im allgemeinen von dem Lieferanten dafür zu sorgen, daß der Wagen die Betriebserlaubnis hat. Eine Lieferung ohne diese bedeutet für den Käufer oder Besteller, daß er ein Fahrzeug erhält, das er nicht verwenden kann. Die Betriebserlaubnis ist für das Fahrzeug genau so notwendig wie irgend ein Maschinenteil, ohne den es nicht fahrbereit ist. Schon hieraus ergibt sich, daß zivilrechtlich, d.h. nach dem Inhalt des vorausgegangenen Kauf- oder Werkvertrages im allgemeinen, wenn nicht ausnahmsweise etwas anderes vereinbart ist, der Lieferant ein Fahrzeug beschaffen muß, das bereits die Betriebserlaubnis besitzt. Dies stimmt mit der Verpflichtung des Herstellers eines Kraftfahrzeuges oder Anhängers gemäß §§ 20, 21 StVZO überein, wonach der Hersteller die Betriebserlaubnis zu besorgen hat. Damit

steht nicht im Gegensatz die Bestimmung des § 23, wonach der Eigentümer (nicht der Hersteller) die Zulassung und, wenn noch keine Betriebserlaubnis erteilt ist, diese zugleich zu beantragen hat. Der Zulassungsantrag betrifft eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Eigentümers, die nicht nur die Betriebserlaubnis, sondern auch steuerliche und versicherungsmäßige Vorbedingungen sowie die Beschaffung des Nummernschildes zur Voraussetzung hat. Für den Normalfall ist die Betriebserlaubnis als solche gemäß §§ 20, 21 bereits erteilt. Durch die bedingte Verpflichtung des Eigentümers, die Betriebserlaubnis zu beantragen, wenn diese noch nicht vorliegt, ist die Verpflichtung des Herstellers nicht ausgeräumt. § 23 gibt insoweit dem Eigentümer nur die Möglichkeit, auch von sich aus einen Antrag zu stellen, wenn dies aus besonderen Gründen einmal erforderlich oder zweckmässig sein sollte. Aber selbst dieses Antragsrecht des Eigentümers kann nur unter Mitwirkung des Herstellers ausgeübt werden, da mit dem Antrag der Kraftfahrzeug- oder Anhängerbrief vorgelegt werden muß. Dieser Brief enthält jedoch technische Einzelheiten bezüglich des Fahrzeuges, die dem Hersteller ohne weiteres, dem Eigentümer aber oft nicht bekannt sind, und die zu kennen er im einzelnen auch nicht verpflichtet ist.

Die grundsätzliche (vertragliche und öffentlichrechtliche) Verpflichtung des Herstellers, die Betriebszulassung zu bewirken, wird auch nicht dadurch ausgeräumt, daß der Besteller, der das Fahrzeug ohne Betriebszulassung erhalten hat, versucht, diese gemäß § 23 zu erhalten. In einem solchen Falle handelt es sich um ein Entgegenkommen des Bestellers, das gegebenenfalls für diesen zweckmässig ist, weil er hoffen darf, schneller an die Betriebserlaubnis zu kommen. Es ist ihm dagegen nicht zuzumuten, wenn sich her-

ausstellt, daß der Betriebserlaubnis und damit der Zulassung Hindernisse entgegenstehen, sich gegebenenfalls in einem Beschwerdeverfahren dafür einzusetzen, daß derartige Hindernisse überwunden werden. Da das Antragsrecht und die Antragspflicht des Herstellers aus § 21 fortbestehen, ist der Hersteller nicht behindert, seinerseits die erforderlichen Schritte zu unternehmen. Unterläßt er das, so vernachlässigt er erneut eine Pflicht, die ihm an sich schon vor der Ablieferung des Fahrzeuges oblag. Da der Eigentümer zudem sein eigenes Antragsrecht aus § 23 ausgeübt hat, kann es nicht zur Erörterung stehen, ob er etwa ein Geschäft des Herstellers gemäß § 21 für diesen geführt hat und ob daraus irgend welche Verantwortlichkeiten für ihn entstehen. Es ist vielmehr so, daß es sich, sofern nicht ganz besondere Vereinbarungen vorliegen, für die im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte festgestellt sind, um eine vertragliche Verpflichtung des Herstellers handelt, den Anhänger mit Betriebserlaubnis und dem diese dokumentierenden Kraftfahrzeugbrief zu liefern. Der Beklagte hat sonach das Werk so hergestellt, daß es mit einem Fehler behaftet ist, der die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch mindert und zeitweise, d.h. bis zur Erteilung der Betriebserlaubnis aufhebt. Es handelt sich dabei um eine Minderung der Tauglichkeit, die nicht nur geringfügig ist, sondern zum wenigsten für eine Zeit, deren Ablauf nicht zu übersehen ist und deren Abwarten dem Besteller nicht zugemutet werden kann, die Gebrauchsfähigkeit des Anhängers völlig aufhebt.

Der Beklagte hat es ausdrücklich abgelehnt, diesen Mangel zu beheben. Die Klägerin hat ihm eine Frist gesetzt, die er hat verstreichen lassen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob gegebenenfalls diese Fristsetzung in erster

Linie auf anderweite Mängel gestützt war, die nach Ansicht der Klägerin die Zulassung behinderten. Vernünftigerweise muß eine derartige Fristsetzung so ausgelegt werden, daß die Klägerin binnen der Frist verlangt, daß der Anhänger zugelassen werde und damit die Voraussetzung erfüllt, daß er für den vorgesehenen Gebrauch tauglich sei. Ob diese Zulassung durch Änderungen am Anhänger oder durch erneute Vorstellung bei der Zulassungsstelle oder auch durch eine Beschwerde erreicht wird, ist für den Besteller gleichgültig. Seine Fristsetzung läuft darauf hinaus, daß er binnen der Frist einen zugelassenen Anhänger haben will. Das hat der Beklagte nicht nur nicht getan, sondern ausdrücklich abgelehnt.

Damit ist, wie das Berufungsgericht zutreffenderweise ausgeführt hat, das Wandlungsrecht der Klägerin entstanden. Infolgedessen kommt es nicht darauf an, ob der Anhänger objektiv die Eigenschaften besitzt, auf Grund deren eine Betriebszulassung zu erfolgen hat. Das hätte der Beklagte vor der Ablieferung des Wagens durch einen Antrag gemäß § 21 StVZO klären müssen. Infolgedessen hat das Berufungsgericht mit Recht davon abgesehen, Beweise darüber zu erheben, ob der Anhänger objektiv zur Zulassung geeignet war.

III. Da der Beklagte gegenüber dem Wandlungsbegehren der Klägerin die Verjährungseinrede geltend gemacht hat, kommt es darauf an, ob das einmal entstandene Wandlungsrecht noch einredefrei besteht. Der Lauf der Wandlungsfrist gemäß § 638 BGB beginnt mit der Abnahme des Wagens gemäß § 640 BGB. Es ist also festzustellen, ob und gegebenenfalls wann eine Abnahme erfolgt ist, durch die die Verjährungsfrist in Lauf gesetzt worden ist. Die Erwägungen des Berufungsgerichts über den Zeitpunkt der Abnahme sind jedoch nicht frei von

Rechtsirrtum. Insoweit ist die Revision begründet.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß eine Abnahme im Sinn des § 640 BGB ein Angebot des vertragsmässig hergestellten Werkes voraussetze und daß demgemäß eine Abnahme überhaupt nicht erfolgen könne, solange das vertragsmässig hergestellte Werk noch nicht angeboten sei. Die Klägerin habe daher wegen des vorliegenden Mangels den Anhänger überhaupt nicht abzunehmen brauchen. Des weiteren habe die Klägerin die Mängelrüge wegen der fehlenden Zulassung vor dem 13. Juni 1950 gar nicht aussprechen können, weil sich dieser Mangel erst durch die Entscheidung der Zulassungsstelle herausgestellt habe. Infolgedessen sei die Frist des § 638 BGB bei Erhebung der Klage noch nicht abgelaufen gewesen.

Diese Ausführungen sind nicht haltbar. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 107, 343; 110, 404; 165, 45) ist unter Abnahme im Sinn des § 640 BGB nicht wie beim Kauf (§ 433 Abs 2 BGB) lediglich die körperliche Hinnahme der angebotenen Leistung zu verstehen. Das entscheidende Merkmal für die Abnahme im Sinne des § 640 BGB liegt vielmehr darin, daß der Besteller das Werk als eine in der Hauptsache vertragsmässige Erfüllung anerkenne und demgemäß als solche gelten lassen wolle. Diese Anerkennung wird häufig mit der körperlichen Hinnahme des Werkes verbunden sein, muß aber nicht mit ihr verbunden sein; sie kann ihr nachfolgen oder sie kann ohne körperliche Hinnahme ausgesprochen werden, wenn nämlich der Besteller auch während der Ausführung des Werkes im unmittelbaren Besitz der Sache geblieben war und deshalb eine körperliche Hinnahme ausgeschlossen ist (RGZ 110, 407). Die für die Abnahme im Sinn des § 640 BGB erforderliche Anerkennung kann ausdrücklich oder auch stillschweigend

(durch schlüssiges Verhalten) erklärt werden, insbesondere kann eine solche Anerkennung unter Umständen in der Bezahlung des Werkes bei der körperlichen Hinnahme erblickt werden (KG OLGE 34, 39). Dabei ist es keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer Anerkennung, wie offenbar das Berufungsgericht anzunehmen scheint, daß das Werk tatsächlich vertragsmässig hergestellt ist und keine Mängel aufweist. Die Vorschrift des § 638 Abs 1 Satz 2 BGB, die die Verjährung des Wandlungs- und Minderungsanspruchs regelt und sie mit der Abnahme des Werkes beginnen läßt, setzt geradezu die Möglichkeit voraus, daß das Werk mangelhaft ist und gleichwohl von dem Besteller abgenommen, d.h. als eine in der Hauptsache vertragsmässige Leistung anerkannt worden ist. Auch ist es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht erforderlich, daß dem Besteller bei der Abnahme des Werkes ein etwaiger Mangel des Werkes bekannt war; auch ohne eine solche Kenntnis beginnt mit der Abnahme des Werkes die kurze Verjährungsfrist des § 638 Abs 1 BGB für den Wandlungs- und Minderungsanspruch des Bestellers.

Hieraus folgt, daß die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Verjährung des Wandlungsanspruchs der Klägerin unter keinen Umständen abgelaufen sei, weil der gelieferte Anhänger mangelhaft gewesen und weil der Klägerin dieser Mangel erst durch die Entscheidung der Zulassungsstelle bekannt geworden sei, unzutreffend ist. Es kommt vielmehr für die Frage der Verjährung darauf an, wann der Anhänger der Klägerin geliefert worden ist und ob die Klägerin zu diesem Zeitpunkt durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung den Anhänger gemäß § 640 BGB abgenommen hat. Hierzu fehlen noch die erforderlichen Feststellungen, da die Frage nach dem etwaigen Vorliegen einer Abnahme nur

an Hand der tatsächlichen Vorgänge des jeweils in Betracht kommenden Einzelfalls beantwortet werden kann. Das Berufungsurteil unterliegt daher aus diesem Grunde der Aufhebung.

Bei der Beurteilung der Frage, ob und wann die Klägerin den Anhänger abgenommen hat, wird das Berufungsgericht alle Umstände berücksichtigen müssen, unter denen die Klägerin den Anhänger entgegengenommen hat. Wie bereits hervorgehoben, ist in der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohnes ein wichtiges Anzeichen dafür zu erblicken, daß die Klägerin den Anhänger als eine in der Hauptsache vertragsmäßige Leistung entgegengenommen hat, da anderenfalls für die sofortige Zahlung im allgemeinen nach der Lebenserfahrung kein begründeter Anlaß bestanden haben würde. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß es bei einem Anhänger der vorliegenden Art im allgemeinen üblich ist, vor der Abnahme eine Erprobung vorzunehmen, weil erst diese dem Besteller die Möglichkeit zu einer sachgemässen Beurteilung in der Richtung gibt, ob er die entgegengenommene Leistung als eine vertragsmäßige Leistung anerkennen könne. Dabei ist der vorläufige probeweise Gebrauch nicht schon als eine Abnahme im Sinn des § 640 BGB zu betrachten (RG VI 433/05 vom 30. April 1906). Auch ist es möglich, daß in einem Fall der vorliegenden Art bei der Lieferung des Anhängers ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen über einen zunächst nur probeweisen Gebrauch des Anhängers getroffen worden sind. Das würde bedeuten, daß bis zum Ablauf der Probezeit eine Abnahme noch nicht ausgesprochen worden ist. Andererseits ist aber nach dem Ablauf einer etwaigen Probezeit, in der sich keine Mängel herausgestellt haben, in dem weiteren Verhalten der Klägerin unter Umständen eine Abnahme im Sinn des § 640 BGB zu erblicken.

Wenn das Berufungsgericht auf Grund von Tatsachenfeststellungen in der Lage ist, zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wann die Klägerin den Anhänger als in der Hauptsache vertragsmäßige Lieferung anerkannt hat, wenn also das Berufungsgericht den Beginn des Fristablaufs gemäß § 638 BGB festgestellt hat, wird noch weiter festzustellen sein, ob der Lauf der Verjährung zeitweise gehemmt war, ob er unterbrochen worden ist und ob gegebenenfalls der Beklagte durch sein Verhalten sich des Rechts begeben hat, die Verjährungseinrede geltend zu machen. Von diesen Feststellungen wird es abhängen, ob dem an sich entstandenen Wandlungsanspruch der Klägerin die Verjährungseinrede entgegensteht.

Die Entscheidung bezüglich der Kosten der Revision war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Canter | Dr. Selowsky | Dr. Fischer

Artl | Dr.K.E. Meyer