

I ZR 96/53

Verkündet
am 14. Mai 1954

Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Erich V [REDACTED], Aggregatebau, W [REDACTED]
K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED] M [REDACTED] - C [REDACTED] C [REDACTED],
Ida. "S [REDACTED]", I [REDACTED], R [REDACTED] d [REDACTED] M [REDACTED], Portugal,

Klägerin und Revisionsbeklagte, .

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Birnbach, Dr. Bock, Dr. Nastelski,
Dr. Christoph und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 26. März 1953 wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die den Bau von Aggregaten betreibt, bot mit Schreiben vom 13. Januar 1950 unter Zugrundelegung der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen des Zentralverbandes der deutschen elektrotechnischen Industrie der Klägerin die Lieferung eines Diesel-Drehstrom-Aggregats 50 kVA, fabrikneu, in Exportausführung unter genauer Beschreibung und Angabe der erforderlichen technischen Daten an. In einem Begleitschreiben vom gleichen Tage hob sie die Fabrikneuheit der angebotenen Aggregate durch Unterstreichen dieses Wortes besonders hervor. Die Klägerin bestellte daraufhin ein entsprechendes Aggregat für ihre Baustelle in Landana (Afrika) mit Schreiben vom 15. Juni 1950 unter Bezugnahme auf das vorbezeichnete Angebot der Beklagten und die mit Herrn O. in Mannheim geführten Verhandlungen. Diesen Auftrag bestätigte die Beklagte mit Schreiben vom 22. Juni 1950. In ihrem Erwidierungsschreiben vom 8. Juli 1950 erklärte sich die Klägerin unter Bezugnahme auf ihre Bestellung damit einverstanden, daß der Motor mit elektrischer Anlaßvorrichtung anstatt mit Preßluftanlassung geliefert werde.

Die Abnahme des Aggregats erfolgte vereinbarungsgemäß im September 1950 durch den von der Klägerin beauftragten Ingenieur R [REDACTED]. Anschließend wurde das Gerät nach Landana versandt, dort aufgebaut und in Betrieb genommen. Den Kaufpreis von 14.484,- DM hat die Klägerin bezahlt.

Kurz nach der Inbetriebnahme des Aggregats ergaben sich Mängel in der Funktion. Da sich derartige Betriebsstörungen in der Folgezeit häuften, erhob die Klägerin der Beklagten gegenüber im Schreiben vom 24. Januar 1951 Mängelrüge, weil sich herausgestellt habe, daß der Dieselmotor aus dem Jahr 1939 stamme. Sie verlangte zunächst Liefere-

zung eines neuen Motors und kündigte Schadensersatzansprüche an. Die Beklagte wies die Forderung der Klägerin zurück. Schließlich teilte die Klägerin der Beklagten in einem Schreiben vom 19. April 1951 mit, sie habe sich genötigt gesehen, ein neues Diesel-Aggregat zu kaufen, dessen Verschiffung in den nächsten Tagen erfolge. Nach Eintreffen dieses Aggregats stelle sie der Beklagten das streitige Aggregat zur Verfügung und werde Schadensersatz verlangen.

Mit der Klage verlangt die Klägerin Schadensersatz mit der Begründung, die Beklagte habe entgegen der auf Lieferung eines neuen Aggregats lautenden Parteivereinbarung ein aus alten Teilen zusammengesetztes Aggregat geliefert. Die bereits kurz nach Inbetriebnahme des Aggregats eintretenden Betriebsstörungen seien auf die Verwendung alten Materials beim gelieferten Gerät zurückzuführen. Die Klägerin hat die Rückzahlung des Kaufpreises von 14.484,- DM nebst Zinsen und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz allen durch die schlechte Lieferung entstandenen Schadens gefordert.

Die Beklagte beantragt Klageabweisung, hilfsweise Verurteilung Zug um Zug gegen Rückgabe des Aggregats. Sie behauptet, die Klägerin habe von der ursprünglich in Aussicht genommenen Lieferung eines fabrikneuen Aggregats Abstand genommen wegen Lieferschwierigkeiten der Lieferfirma, der "K[REDACTED]-H[REDACTED]-D[REDACTED]-AG". Daher enthalte weder das Bestellschreiben der Klägerin noch das Bestätigungsschreiben der Beklagten den Zusatz "fabrikneu". Weiter hat die Beklagte geltend gemacht, die Mängel des Aggregats seien allein auf unsachgemäße Behandlung seitens der Klägerin, nicht aber auf mangelhafte Verpackung oder Verwendung alten



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Materials zurückzuführen. Der Motor sei nicht alt gewesen, sondern aus ungebrauchten Teilen der Reparaturwerkstatt der K[REDACTED]-H[REDACTED]-D[REDACTED]-Werke zusammengebaut worden. Lediglich das Gestell für den Motor stamme aus dem Jahre 1939. Das sei aber von untergeordneter Bedeutung für die Gesamtbeschaffenheit des Gerätes gewesen. Überdies habe der Ingenieur R[REDACTED] das Gerät bei der Abnahme genau geprüft und unbeanstandet abgenommen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme dem Klageantrage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag. hilfsweise ihre Verurteilung Zug um Zug gegen Rückgabe des Aggregats weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht auf Grund des Schriftwechsels der Parteien in Verbindung mit der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme davon aus, daß die Beklagte zur Lieferung eines fabrikneuen Aggregats verpflichtet war. Es führt insoweit aus, dieser Annahme stehe nicht entgegen, daß im Auftragsschreiben der Klägerin vom 15. Juni 1950 und dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 22. Juni 1950 im Gegensatz zu dem schriftlichen Angebot der Beklagten der Zusatz "fabrikneu" nicht enthalten sei. Die Weglassung dieses Wortes in den Schreiben sei nicht darauf zurückzuführen, daß etwa die Parteien in der Zwischenzeit einig geworden seien, von dem Kauf eines fabrik-

neuen Aggregats abzusehen. Die Klägerin nehme in ihrem Auftragsschreiben ausdrücklich Bezug auf das Angebot der Beklagten und auf die "mit Herrn O. in Mannheim geführten Verhandlungen". Damit könne nur der Zeuge O. gemeint sein. Dieser habe die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe in der Zeit zwischen Angebot und Auftrag von der Forderung auf Lieferung eines fabrikneuen Aggregats Abstand genommen, nicht bestätigt, vielmehr glaubhaft ausgesagt, daß bei den Besprechungen zwischen ihm und dem Inhaber der Beklagten immer nur von fabrikneuen Geräten die Rede gewesen sei. Die Beklagte habe ihn weder auf Lieferschwierigkeiten hingewiesen noch habe er die Auswahl der einzubauenden Teile der Beklagten überlassen. Der Inhaber der Beklagten habe vielmehr, nachdem der Zeuge auf die Notwendigkeit einer fabrikneuen Anlage hingewiesen habe, erklärt, er sei zur Lieferung eines solchen Geräts in der Lage, er habe zu den maßgebenden Werken gute Beziehungen und immer neue Maschinen an der Hand, er könne jederzeit neue Maschinen bekommen. Diese Erklärungen enthielten mehr als ein allgemeines Versprechen ohne greifbaren Inhalt. Weiter hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Motor des Aggregats im Jahre 1939 gebaut und im Jahre 1950 generalüberholt worden sei, wobei Teile des Motors durch neue ersetzt worden seien, und daß der Drehstromerzeuger im Juli 1946 gebaut und im August 1946 ausgeliefert worden sei. Bei dieser Sachlage ist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem vom Landgericht angehörten Sachverständigen der Auffassung, daß dieses Aggregat, selbst wenn der zusammengebaute Motor in der Ausführung einem neuwertigen Motor entspreche und der Generator bis zum Einbau in das streitige Aggregat nicht gebraucht worden sei, nicht als fabrikneu anzusehen sei.

Ferner nimmt das Berufungsgericht an, daß die Beklagte der Klägerin arglistig vorgespiegelt habe, das gelieferte Aggregat sei fabrikneu.

Auf Grund dieses Sachverhalts hält das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch nach § 480 Abs 2 BGB für begründet.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts lassen einen entscheidungserheblichen Rechtsirrtum nicht erkennen. Zunächst ist ihm darin beizutreten, daß das Rechtsverhältnis der Parteien nach den Grundsätzen des Kaufs - nicht nach denen des Werkvertrages, wie die Revision meint - zu beurteilen ist. Bei dem gelieferten Aggregat handelte es sich um eine erst herzustellende Maschine bekannter, gewöhnlicher Art und üblicher Beschaffenheit, die keine auf die Betriebsverhältnisse der Klägerin abgestellte besondere Ausgestaltung wesentlicher Art erfahren hatte. Eine solche Maschine ist als vertretbare Sache im Sinne des § 651 BGB anzusehen (RG Komm BGB 10. Aufl Anm 3 aaO mit Rechtsprechungsnachweis). Auf einen derartigen Werklieferungsvertrag finden nach der genannten Bestimmung die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Damit erledigen sich die von der Revision von ihrem irrigen Ausgangspunkt aus erhobenen Rügen der Verletzung der §§ 633, 640 BGB, die darin erblickt würden, daß das Berufungsgericht keine Feststellungen darüber getroffen habe, ob das Fehlen der angeblich zugesicherten Eigenschaft den Wert und die Tauglichkeit des Geräts zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebe oder mindere, ferner die Rüge, das Berufungsgericht habe die Abnahme des Aggregats durch Rudolph nicht als Erfüllungsannahme im Sinne des § 640 BGB seitens der Klägerin gewürdigt. Auf die von der Revision in Anspruch

genommene Annahme des Geräts als Erfüllung wird in anderem Zusammenhange zurückzukommen sein.

Die Revision bemängelt weiter, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 157 BGB und § 286 ZPO bei der Vertragsauslegung hinsichtlich des Inhalts des Auftrages die diesem zugrunde liegenden Lieferungsbedingungen der Elektroindustrie nicht berücksichtigt, nach deren Ziffer I über den Umfang der Lieferpflicht die schriftliche Auftragsbestätigung des Lieferers oder, falls eine solche nicht erfolgt ist, der schriftliche Auftrag des Bestellers maßgebend ist und nach deren Ziffer VII 5 nur solche Eigenschaften als zugesichert gelten, die ausdrücklich als zugesichert angegeben oder als solche unzweideutig erkennbar sind. Das Berufungsgericht hat zwar zu diesen Ziffern der von ihm in anderem Zusammenhange erörterten Lieferbedingungen nicht ausdrücklich Stellung genommen. Aus dem Zusammenhalt der Urteilsgründe ist aber zu entnehmen, daß es auch diese Bestimmungen der Lieferungsbedingungen bei der Frage der Beschaffenheit des zu liefernden Aggregats mitberücksichtigt, ihre Anwendung aber abgelehnt hat. Darin tritt ein Rechtsirrtum nicht zu Tage. Die Klägerin hat in ihrem Bestellschreiben vom 15. Juni 1950 ausdrücklich auf das Angebot der Beklagten, in dem die Fabrikneuheit des zu liefernden Aggregats besonders hervorgehoben war, Bezug genommen. Diese Bestellung ist von der Beklagten dann mit Schreiben vom 22. Juni 1950 nur mit einer Abänderung hinsichtlich der Anlaßvorrichtung bestätigt worden, womit sich die Klägerin in ihrem Erwidierungsschreiben vom 8. Juli 1950 einverstanden erklärt hat. Bei dieser Sachlage ist die fabriktneue Ausführung des zu liefernden Geräts als von der Beklagten schriftlich bestätigte zugesicherte Eigenschaft anzusehen, auch wenn sie in der Bestätigung nicht ausdrücklich wiederholt wurde. Die vom Berufungsgericht aus der Be-

weisaufnahme gezogene Folgerung, daß die Beklagte zur Lieferung eines fabrikneuen Aggregats an die Klägerin verpflichtet war, kann daher durch den Hinweis auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht erschüttert werden.

Zu Unrecht rügt die Revision weiter eine Verkenningung des Begriffs der Fabrikneuheit seitens des Berufungsgerichts. Als fabrikneu kann nach allgemeiner Verkehrsanschauung nur eine Maschine neuester Fertigung gelten, bei deren Zusammensetzung völlig neue Teile verwendet worden sind. Diese Voraussetzungen sind bei dem streitigen Aggregat nicht gegeben, denn nach den eigenen Angaben der Beklagten war das Gehäuse des Motors alt, stammte aus dem Jahre 1939, während der Drehstromerzeuger im Juli 1946 gebaut war und im August desselben Jahres die Fabrik verlassen hatte. Für die Frage der Fabrikneuheit des streitigen Aggregats ist es also bedeutungslos, ob der Motor, wie die Beklagte vorgetragen hat, im übrigen aus neuen Teilen zusammengesetzt gewesen ist und es sich bei dem Generator nach Material und Bauart um einen den gegenwärtig von AEG gebauten Generatoren gleichwertigen handelt. Dadurch erledigen sich auch die von der Revision aus der Nichtberücksichtigung dieses Vorbringens der Beklagten und ihrer entsprechenden Beweisangebote erhobenen Verfahrensrügen aus § 286 ZPO.

Fehl geht auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe keine ausreichende Feststellung darüber getroffen, daß das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft der Fabrikneuheit arglistig verschwiegen worden sei. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wußte die Beklagte, daß es der Klägerin allein auf ein fabrikneues Gerät ankam. Das war die Grundlage der gesamten Vertragsverhandlungen

zwischen den Parteien und ist, wie bereits oben erörtert, auch schriftlich zum Ausdruck gekommen. Die Beklagte hätte daher, so führt das Berufungsgericht weiter aus, bei der Lieferung auf die wirkliche Beschaffenheit des gelieferten Aggregats hinweisen müssen, stattdessen habe sie bewußt die Beklagte durch ihr Schweigen in dem Glauben gelassen, es handle sich um ein fabrikneues Gerät. Durch dieses Verhalten habe die Beklagte die ihr obliegende Offenbarungspflicht wissentlich verletzt. Das Berufungsgericht hat also die Arglist der Beklagten in der bewußten Täuschung der Klägerin gesehen, und zwar darüber, daß das gelieferte Aggregat nicht fabrikneu war. Das genügt für die Feststellung des arglistigen Verschweigens eines Fehlers im Sinne des § 480 BGB.

Diese Feststellung kann von der Revision nicht damit entkräftet werden, das Berufungsgericht habe der Beklagten nicht widerlegt, daß sie das Aggregat für fabrikneuwertig gehalten habe. Denn erstens wußte die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, daß sie ein fabrikneues und nicht neuwertiges Gerät zu liefern hatte, und zweitens ergibt der eigene Vortrag der Beklagten über die angeblich bewußte Auslassung des Wortes "neuwertig" in der Bestätigung, daß sie selbst jedenfalls den bei D. H. bestellten Motor nicht als fabrikneu ansah. Für die Haftung der Beklagten für Arglist bei Lieferung ist die im Auftrage der Klägerin erfolgte Abnahme des Aggregats durch den Zeugen Rudolph unerheblich, da dieser nach der einwandfreien Feststellung des Berufungsgerichts die fehlende Fabrikneuheit des Geräts nicht erkannt hat, also von einem etwaigen aus der Kenntnis dieses Zeugen von dem Mangel des gelieferten Geräts herzuleitenden stillschweigenden Verzicht der Klägerin auf Gewährleistungsansprüche nicht die Rede sein kann.

Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß die Klägerin das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft des Aggregats rechtzeitig gerügt habe, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Insoweit führt das Berufungsgericht zutreffend aus, daß die in den Lieferungsbedingungen festgesetzte unverzügliche Rügepflicht und sonstigen Fristbestimmungen zwar beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften Geltung haben sollten, dies aber nicht in den Fällen gelten könne, in denen die arglistige Täuschung des Verkäufers beanstandet werde. Insoweit hat die Revision Angriffe auch nicht erhoben.

Der Klägerin steht somit ein Schadensersatzanspruch nach § 480 Abs 2 BGB zu. Dem steht nicht entgegen, daß die Klägerin, wie die Revision geltend macht, nach ihrer Klagebehauptung den Lieferungsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten hat. Ein Gattungskauf kann zwar wegen arglistiger Täuschung beim Kaufabschluß angefochten werden und könnte bei erfolgreicher Anfechtung keine vertragliche Schadensersatzpflicht mehr ergeben. Dafür, daß die Klägerin durch eine solche Täuschung seitens der Beklagten zum Abschluß des Lieferungsvertrages bestimmt worden ist, ist jedoch kein Anhalt gegeben. Die etwa bereits bei Kaufabschluß bei der Beklagten vorhanden gewesene bloße Absicht, den streitigen Vertrag nicht gehörig zu erfüllen, ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein Anfechtungsgrund. Derartige Umstände sind nicht dargetan. Eine arglistige Täuschung der Klägerin kann bei der gegebenen Sachlage daher nur bei der Lieferung in Betracht kommen. Insoweit stehen ihr jedoch nur die Rechte aus § 480 Abs 2 BGB zu. Die tatsächlich erklärte Anfechtung des Vertrages ist daher unbeachtlich (RGRKomm Anm 5 aaO).

Die Erklärung der Klägerin im Schreiben vom 19. April 1951, daß sie das streitige Aggregat der Beklagten zur Verfügung stelle, beschränkt die Klägerin nicht auf die Geltendmachung eines Rücktritts vom Vertrage. Die Klägerin hat auch in diesem Schreiben, wie schon früher, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Mit der Zurverfügungstellung brachte sie nur zum Ausdruck, daß sie das gelieferte Aggregat nicht als Vertragserfüllung ansehe und der Beklagten überlasse, darüber nach ihrem Belieben zu verfügen. Zugleich ist darin die Ablehnung jeder weiteren Vertragserfüllung ausgesprochen.

Zu Unrecht bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe der Klägerin nicht den vollen Kaufpreis zusprechen dürfen, sondern auf diesen die von der Klägerin durch die Inbetriebnahme des streitigen Aggregats gezogenen Nutzungen anrechnen müssen. Die Klägerin hat Anspruch auf Ersatz des vollen positiven Erfüllungsinteresses, d.h. sie kann verlangen, von der Beklagten so gestellt zu werden, wie sie bei ordnungsmäßiger Erfüllung des Vertrages gestanden hätte. Dazu gehört, daß die Beklagte der Klägerin nicht nur die Aufwendungen für ein fabrikneues Aggregat, sondern auch alle Aufwendungen für die Deckung ihres Arbeitsbedarfes seit Fälligkeit der Werklieferungsverpflichtung bis zur Ingebrauchnahme des anderweit bezogenen Gerätes zu ersetzen hat. Lediglich die tatsächlich aus dem bestandenen Gerät gezogenen Nutzungen sind auf diesen Gesamtanspruch anzurechnen.

Bei diesem Umfange des Schadensersatzanspruches war das Berufungsgericht nicht gehindert, der Klägerin einen Teil des Ersatzes in Höhe des gezahlten Kaufpreises bereits zuzusprechen und die weitere Auseinandersetzung der Parteien

dem künftigen Prozeß auf Grund der festgestellten Schadensersatzpflicht der Beklagten zu überlassen. Denn einerseits hatte die Beklagte selbst mit Schriftsatz vom 17. Dezember 1951 vorgetragen, daß der damalige Listenpreis einer entsprechenden neuen Anlage sich auf 25 430.-- DM belaufe, mithin über 10 000 DM höher lag als der Kaufpreis der beanstandeten Anlage, andererseits lag es auf der Hand, daß die Klägerin in Afrika ihren Arbeitsbedarf kaum billiger hätte decken können als durch vorläufigen Gebrauch der von der Beklagten übersandten und an der Arbeitsstelle zur Verfügung stehenden Anlage. Wenn danach überhaupt Ausgleichsansprüche der Beklagten noch in Frage kommen sollten, so ist in jedem Falle die Differenz der Kaufpreise so erheblich, daß das Berufungsgericht einen Schaden der Klägerin mindestens in Höhe ihres Leistungsanspruches als belegt und eine den Feststellungsantrag rechtfertigende Wahrscheinlichkeit weiteren Schadens als gegeben ansehen durfte.

Schließlich beanstandet die Revision die Ablehnung des von der Beklagten hilfsweise gestellten Antrages auf Verurteilung nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Geräts. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, diesem Antrage könne nicht stattgegeben werden, da eine solche Verurteilung bei Schadensersatzansprüchen aus § 480 Abs 2 BGB nicht vorgesehen sei. Demgegenüber meint die Revision, die Verpflichtung der Klägerin zur Zug-um-Zug-Leistung folge bereits aus § 249 BGB. Ob diese Auffassung zutrifft, kann hier dahingestellt bleiben. Die Klägerin hat mit ihrem Antrag auf Zurückweisung der Berufung und auch der Revision zu erkennen gegeben, daß sie vor Befriedigung ihrer Schadensersatzansprüche eine Rückgabe des Geräts ablehne. Sie macht somit eine vorübergehende Zurückbehaltung des Geräts zur Sicherung ihrer gesamten Schadensersatzansprüche geltend. Ein solches Recht ist ihr mit Rücksicht auf das oben-

erörterte Verhalten der Beklagten bei Lieferung und in Anbetracht der Höhe des geltend gemachten Schadens auch zuzubilligen (RGZ 134, 83 907). Schon aus diesem Grunde kam daher eine Zug-um-Zug-Verurteilung vorliegend nicht in Frage.

Sollte der Antrag der Beklagten auf Rückgabe des Geräts im übrigen dahin zu verstehen sein, daß die Klägerin das Gerät an die Beklagte zurückzusenden habe, so könnte auch dem nicht zugestimmt werden, denn die Rücksendung des Geräts ist eine von der Beklagten selbst vorzunehmende und von ihr zu vertretende Folge ihrer vertragswidrigen Lieferung.

Nach alledem war die Revision der Beklagten als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Birnbach

Bock

Nastelski

Christoph

Nörr