

BUNDESGERICHTSHOF

071

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 235/68

URTEIL

Verkündet am
8. Oktober 1970
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Fratelli M [REDACTED],
Bigiotterie Metallo e Argento, W [REDACTED]/Italien,
Via A. V [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Firma Arno G [REDACTED], Mü [REDACTED], Baron-Mü [REDACTED]-Weg [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 7. November 1968 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage wegen des 3.380 DM übersteigenden Betrages nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Metallwaren für Modebedarfsartikel her; die Beklagte errichtet Anlagen zur Metalloberflächenbehandlung. Auf Grund von schriftlichen Angeboten, die der Inhaber der Beklagten am 13. Juni 1960 nach einem Besuch bei der Klägerin in Vicenza unterbreitete, bestellte die Klägerin

- 3 -

1 Perchloraethylen-Trocknungsapparat zum Preis von	3.380 DM
1 Automaten zur Anodisierung von Alu- miniumbändern zum Preis von	19.500 DM
1 Ultraschallreinigungsanlage zum Preis von	15.680 DM .

Den Verträgen lagen die allgemeinen Lieferungsbedingungen für Erzeugnisse und Leistungen der Elektroindustrie zu Grunde.

Der Trocknungsapparat traf Anfang November 1960 bei der Klägerin ein, die beiden anderen Geräte Mitte Juni 1961. Im Herbst 1961 fanden in Anwesenheit des Inhabers der Beklagten Arbeitsproben an den der Klägerin gelieferten Anlagen statt, über deren Ergebnis die Parteien streiten. Der Inhaber der Beklagten war im Februar und im April 1962 jeweils mit Monteuren erneut im Betrieb der Klägerin, um Arbeiten an den Maschinen auszuführen. Seit deren Aufstellung entwickelte sich zwischen den Parteien ein lebhafter Schriftwechsel. Schließlich stellte die Klägerin mit Schreiben vom 28. Juni 1962 der Beklagten die von ihr gelieferten Anlagen zur Verfügung, da sie mit Mängeln behaftet seien, deren Beseitigung der Beklagten trotz mehrfacher Versuche nicht gelungen sei.

Im vorliegenden Verfahren verlangt die Klägerin die von ihr auf die vereinbarte Vergütung geleistete Anzahlung von 24.890 DM zurück.



Die Beklagte bestreitet, daß die von ihr gelieferten Geräte fehlerhaft seien; sie entsprächen vielmehr durchweg den von ihr abgegebenen Angeboten. Im übrigen sei die Klägerin nach den dem abgeschlossenen Geschäft zugrunde liegenden allgemeinen Lieferungsbedingungen mit allen Mängelansprüchen ausgeschlossen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihr bisheriges Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht wendet auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien deutsches Recht an und behandelt die getroffenen Vereinbarungen als Werklieferungsverträge.

Die bezüglich des schon im November 1960 gelieferten Trocknungsapparats am 2. Mai 1962 erhobene Mängelrüge hält es für verspätet. Die Klägerin habe aber auch nicht vortragen können, daß sie der Beklagten die nach den zum Vertragsinhalt gewordenen allgemeinen Lieferungsbedingungen der Elektroindustrie erforderliche angemessene Nachfrist zur Mängelbeseitigung an allen Anlagen gesetzt habe. Das Schreiben der Klägerin vom 28. November 1961 habe nur eine Aufforderung zum Besuch des Inhabers der Beklagten enthalten und das in-

nerhalb von 8 Tagen, also in einem viel zu kurz bemessenen Zeitraum. Sonst sei keine weitere Fristsetzung erfolgt.

Im übrigen entspreche nach dem im ersten Rechtszug eingeholten Gutachten des Sachverständigen L. der Trocknungsapparat dem von der Beklagten unterbreiteten Angebot. Dasselbe müsse von der Ultraschallreinigungsanlage angenommen werden. Hier komme allenfalls eine Verletzung der Beratungspflicht durch die Beklagte in Frage, weil es unmöglich sei, Flusen, die sich bei der vorherigen Polierung von Handtaschenbügeln festgeklemmt hätten, zu entfernen. Insofern ergäben sich aber für ein schuldhaftes Verhalten des Inhabers der Beklagten aus dem Vorbringen der Klägerin keine Anhaltspunkte.

II.

Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg, soweit sie den Anodisierungsautomaten und die Ultraschallreinigungsanlage betreffen.

1. Die Anwendung deutschen Rechts und die Behandlung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach den Grundsätzen des Werklieferungsvertrages beanstandet die Revision nicht.

2. Sie zweifelt auch nicht an, daß die "Allgemeinen Lieferungsbedingungen für Erzeugnisse und Leistungen der Elektroindustrie" Inhalt der von den Parteien ge-

schlossenen Verträge geworden sind. Diese Lieferungsbedingungen enthalten - soweit sie hier interessieren - über die Mängelhaftung folgende Bestimmungen:

"IX. Für Mängel der Lieferung, zu denen auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zählt, haftet der Lieferer unter Ausschluß weiterer Ansprüche wie folgt:

1. Alle diejenigen Teile sind nach Wahl des Lieferers unentgeltlich auszubessern oder neu zu liefern, die innerhalb von 12 Monaten - ohne Rücksicht auf Betriebsdauer - vom Tage des Gefahrüberganges an gerechnet, nachweisbar infolge eines vor dem Gefahrübergang liegenden Umstandes, insbesondere wegen fehlerhafter Bauart, schlechter Baustoffe oder mangelhafter Ausführung unbrauchbar werden oder deren Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigt wurde. Die Feststellung solcher Mängel muß dem Lieferer unverzüglich schriftlich gemeldet werden.
3. Zur Vornahme aller dem Lieferer notwendig erscheinenden Änderungen sowie zur Lieferung von Ersatzmaschinen oder Ersatzteilen hat der Besteller dem Lieferer die angemessene Zeit und Gelegenheit zu gewähren. Verweigert er diese, so ist der Lieferer von der Mängelhaftung befreit.
4. Wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist verstreichen läßt, ohne den Mangel zu beheben, so kann der Besteller das Recht der Minderung geltend machen. Kommt zwischen Besteller und Lieferer eine Einigung über das Ausmaß der Minderung nicht zustande, so kann der Besteller auch Wandlung verlangen. Die Wandlung kann vom Besteller nur erklärt werden, wenn sein Interesse an der Lieferung durch den Mangel wesentlich beeinträchtigt oder vernichtet wird."

Zutreffend entnimmt das Berufungsgericht diesen Bestimmungen eine Beschränkung der Mängelhaftung des Unternehmers zunächst auf die Nachbesserung der gelieferten Gegenstände und bei Verletzung der Mängelbeseitigungspflicht auf Minderung oder Wandlung. Schadensersatzansprüche jeglicher Art sollen ausgeschlossen sein.

Gegen eine solche Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Das hat der Senat bereits mehrfach in Fällen entschieden, in denen alle Schadensersatzansprüche des Bestellers, einschließlich der aus der Verletzung der Nachbesserungspflicht, durch ein Rücktrittsrecht des Bestellers ersetzt worden sind (BGHZ 48, 264, 267; NJW 1963, 1148). Dasselbe muß gelten, wenn - wie hier - ein Wandlungsrecht zugebilligt wird, das sich in seinen Auswirkungen vom Rücktrittsrecht praktisch nicht unterscheidet (vgl. § 467 BGB). Der Verletzung der Nachbesserungspflicht durch den Unternehmer ist der Fall gleichzusetzen, daß ein Mangel gar nicht behebbar ist (BGH aaO). Besondere Umstände, die Anlaß geben könnten, die Berufung des Beklagten auf seine Haftungsbeschränkung als gegen Treu und Glauben verstoßend anzusehen, sind nicht ersichtlich.

Die Klägerin kann also allenfalls wandeln. Der von ihr im vorliegenden Verfahren allein geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der von ihr bereits geleisteten Vergütung läßt sich aber gerade auf Wandlung stützen. Das Berufungsgericht behandelt die Klageforderung auch dementsprechend.

3. Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe es versäumt, die nach den angeführten Bestimmungen der allgemeinen Lieferungsbedingungen erforderlichen formellen Voraussetzungen für eine Mängelhaftung der Beklagten zu schaffen, nicht frei von Rechtsirrtum ist.

a) Das gilt zunächst schon für die Feststellung des Berufungsgerichts, die von der Klägerin bezüglich des Trocknungsapparates erhobene Mängelrüge sei verspätet. Doch kann das auf sich beruhen, da die Revision in diesem Punkt aus anderen (unter III 1 noch darzulegenden) Gründen erfolglos bleiben muß.

b) Aber auch soweit das Berufungsgericht annimmt, die Klägerin habe der Beklagten die nach den allgemeinen Lieferungsbedingungen vorgesehene angemessene Nachfrist zur Mängelbehebung nicht gesetzt, kann ihm nicht gefolgt werden.

Die Aufforderung der Klägerin vom 28. November 1961, der Inhaber der Beklagten solle sie besuchen, "die Apparate instand zu funktionieren zu setzen", ist schon ihrem Wortlaut nach nur als eine Aufforderung zur Nachbesserung zu verstehen. An einem Besuch des Inhabers der Beklagten zu anderen Zwecken hatte die Klägerin keinerlei Interesse. Die Beklagte hat das auch so aufgefaßt, wie ihre Antwort vom 5. Dezember 1961 zeigt.

War die gesetzte Frist zu kurz bemessen, wie das Berufungsgericht meint, so war die Fristsetzung keineswegs wirkungslos. Vielmehr begann ohne weiteres eine

angemessene Frist zu laufen, wie in der Rechtsprechung seit langem anerkannt ist (RGZ 106, 89, 90; RG HRR 1932, 1436).

Entscheidend ist aber, worauf die Revision zutreffend hinweist, daß die Beklagte der Aufforderung der Klägerin, die gelieferten Anlagen zu überprüfen, tatsächlich nachgekommen ist. Unstreitig war im Februar und im April 1962 der Inhaber der Beklagten (mit Monteuren) jeweils mehrere Tage im Betrieb der Klägerin in Vicenza. Das Ergebnis des letzten Besuches hat er in seinem Brief vom 17. April 1962 niedergelegt. Darin ging er sachlich auf die Mängelrügen der Klägerin ein, stellte fest, daß alle Anlagen einwandfrei arbeiten, und machte lediglich Vorschläge zu weiteren Verbesserungen der Arbeitsergebnisse. Die Klägerin blieb jedoch bei ihren Rügen und faßte sie noch einmal in ihrem Antwortbrief vom 2. Mai 1962 zusammen. Die Beklagte reagierte darauf unter dem 28. Mai 1962 nicht etwa mit der Bereitschaft oder der Ankündigung, nunmehr alle von der Klägerin erhobenen Beanstandungen beseitigen zu wollen, sondern wieder nur mit Vorschlägen, die Ultraschallreinigungsanlage gegen ein anderes Gerät austauschen und zum Trockner zusätzliche Apparate liefern zu wollen.

Eine weitere Fristsetzung zur Nachbesserung wäre bei dieser Sachlage eine leere Förmlichkeit gewesen, die von der Klägerin nicht verlangt werden konnte. Die von der Beklagten eingenommene Haltung, die wesentlich davon bestimmt war, daß die gelieferten Geräte mangelfrei seien, kommt einer endgültigen Verweigerung der

Erfüllung ihrer Nachbesserungspflicht gleich, die eine weitere Nachfrist entbehrlich machte (vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 326 (Dc) BGB; RGZ 129, 143, 145 jeweils zu dem ähnlich liegenden Fall des § 326 BGB). Außerdem hat die Klägerin vorgetragen, daß die von ihr behaupteten Mängel gar nicht mehr behoben werden können. Alsdann kann aber eine Fristsetzung zur (unmöglichen) Mängelbeseitigung ebenfalls nicht gefordert werden (BGH NJW 1962, 1499).

III.

Mit der Begründung, die Klägerin habe es versäumt, die formalen Voraussetzungen für die Mängelhaftung der Beklagten zu schaffen, kann das angefochtene Urteil daher nicht aufrecht erhalten werden. Aus anderen Gründen stellt es sich jedoch lediglich als richtig dar (§ 563 ZPO), soweit der Trocknungsapparat in Frage steht. Im übrigen fehlt es an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen, die dem Revisionsgericht eine abschließende Entscheidung ermöglichen würden.

Nach den Darlegungen unter Ziffer II kommt es für den Erfolg der Klage in erster Linie darauf an, ob und in welchem Umfang die von der Beklagten gelieferten Anlagen tatsächlich mangelhaft waren. Treffen die dahingehenden Behauptungen der Klägerin zu, steht ihr das in Ziffer IX 4 der allgemeinen Lieferungsbedingungen eingeräumte Wandlungsrecht zu, da sich die Parteien über eine Minderung nicht geeinigt haben.

1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Trocknungsapparat dem von der Beklagten unterbreiteten Angebot entspreche, ist jedoch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das hat der vom Landgericht zugezogene Sachverständige eindeutig bestätigt. Bei der Trocknung zurückbleibende Flecken sind nach seinem Gutachten auf mangelhafte Spülung der zu trocknenden Gegenstände zurückzuführen. Ein Spülgerät sollte die Beklagte aber nicht liefern. Wenn es daran fehlte, so hat sich das die Klägerin selbst zuzuschreiben. Das schriftliche Angebot der Beklagten ließ insofern keine Zweifel offen. Zu dem von der Revision vermißten Hinweis nach § 139 ZPO bestand kein Anlaß: Auch wenn der Trocknungsapparat für die Klägerin nur in Verbindung mit einem wirksamen Spülgerät verwendbar war, ändert das nichts daran, daß die von der Beklagten gelieferte Trockenanlage ihrem Angebot entsprach und damit mangelfrei war. Dieses Gerät muß die Klägerin behalten und kann deshalb auch die dafür vereinbarte Vergütung von 3.380 DM nicht zurückfordern. In diesem Umfange ist die Abweisung der Klage gerechtfertigt.

2. Was die Anodisierungsanlage angeht, hält dagegen das Berufungsgericht selbst noch eine weitere Aufklärung der Ursachen für die aufgetretenen Funktionsstörungen für erforderlich. Um das zu ermöglichen, muß das Berufungsurteil auf jeden Fall aufgehoben werden.

3. Aber auch die nicht näher begründete Darlegung des Berufungsgerichts, von dem Ultraschallreinigungsgerät müsse angenommen werden, daß es dem Angebot der Beklagten ebenfalls entspreche, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Diese Feststellung steht in Widerspruch zu dem Gutachten des Sachverständigen L■■■■■, auf das sich das Berufungsgericht selbst bezieht, wie die Revision mit Recht einwendet. Der Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 6. Januar 1967 (S. 3) ausgeführt, daß sich mit der vorhandenen Filteranlage Polierfett nicht aus dem Perchloraethylen entfernen läßt, und daß damit auf die Dauer ein befriedigender Reinigungseffekt nicht zu erzielen ist. Es ist nicht ersichtlich, daß der Gutachter bei seiner mündlichen Anhörung durch das Landgericht, von diesen seinen Darlegungen abgerückt wäre. Er hat nach der Niederschrift vom 23. Oktober 1967 (S. 4) außerdem die endgültige Beurteilung über die Funktionsfähigkeit des von der Beklagten gelieferten Reinigungsgeräts von der Durchführung weiterer Versuche abhängig gemacht.

Schließlich kommt die vom Sachverständigen bestätigte Unmöglichkeit, an den Handtaschenbügeln bei der Polierung zurückbleibende "Flusen" zu entfernen, nicht lediglich als Folge der Verletzung der Beratungspflicht der Beklagten in Betracht, wie das Berufungsgericht meint. Dieser Umstand kann durchaus einen Mangel der gelieferten Anlage darstellen, nämlich wenn er deren Tauglichkeit gerade zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt. Der Inhaber der Beklagten hat aber nach seinem eigenen Vortrag seine Angebote abgegeben, nachdem er im Betrieb der Klägerin war, also doch wohl über die besonderen Bedürfnisse der Klägerin informiert worden ist. Das hat das Berufungsgericht überhaupt nicht in Betracht gezogen.

Seine bisherigen Darlegungen reichen somit nicht aus, um seine nach § 286 ZPO erforderliche Überzeugung von der Mängelfreiheit der von der Beklagten gelieferten Ultraschallreinigungsanlage begründen zu können.

b) Darauf, ob dieses Gerät mangelhaft war oder nicht, käme es nur dann nicht an, wenn die Klägerin nach den vereinbarten Lieferungsbedingungen oder allgemein nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die von der Beklagten in ihren Schreiben vom 17. April und 28. Mai 1962 insoweit angebotene Ersatzanlage den Umständen nach auf keinen Fall hätte ablehnen dürfen. Auch dazu fehlt es jedoch an den notwendigen tatrichterlichen Feststellungen. Denn das Ersatzangebot der Beklagten war keineswegs eindeutig sondern bedarf der Auslegung. Es ließ weder klar erkennen, ob es sich dabei um ein dem bestellten gleichartiges und gleichwertiges Gerät handelte, noch, ob und in welchem Umfang sich für die Klägerin aus der Ersatzlieferung weitere Zahlungsverpflichtungen oder zusätzliche Aufwendungen ergaben. Davon hängt aber ab, ob der Klägerin die Annahme des Ersatzangebots zugemutet werden konnte.

Auch insofern die Ultraschallreinigungsanlage in Frage steht, kann das angefochtene Urteil deshalb keinen Bestand haben.

IV.

Es muß vielmehr auf die Revision unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels in dem aus dem

Tenor ersichtlichen Umfang aufgehoben werden. Die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die nach den Darlegungen unter Ziff. III 2 und 3 erforderlichen Feststellungen zu treffen haben wird. Der Senat hat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO) Gebrauch gemacht.

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt

Girisch