

am 24. Juni 1963

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

2188 026

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Ernst J. [REDACTED], Fabrik chemischer Rohstoffe GmbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Ernst J. [REDACTED], D. [REDACTED]
[REDACTED]-R. [REDACTED], O. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Feuerungsbau W. V. [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Wilhelm V. [REDACTED], D. [REDACTED]-O. [REDACTED],
D. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 24. Juni 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Hubert Meyer,
Dr. Vogt und Dr. Finko

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 22. Dezember 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an den
6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1957 ließ die Beklagte von der Klägerin (nach einer von dieser gefertigten Zeichnung) die Brennmischkammer und den Erhitzerunterteil einer Destillieranlage mauern sowie Isolierarbeiten daran ausführen. Kessel, Brenner, Ventilator, Eisenkonstruktion zur Brennmischkammer und Außenziegelsteine für den Erhitzerunterteil stellte die Beklagte. Das übrige Material lieferte die Klägerin.

Die Klägerin hat auf Zahlung des Werklohns von 7.676 DM nebst Zinsen geklagt.

Die Beklagte hat sich auf Mängel des Werkes berufen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Das erste Berufungsurteil ist aufgehoben und die Sache zurückverwiesen worden (Urteil des Senats vom 7. März 1960 - VII ZR 22/59 -, auf dessen Tatbestand wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird).

In seinem zweiten Urteil hat das Berufungsgericht wiederum zu Gunsten der Klägerin entschieden. Hiergegen richtet sich die neuerliche Revision der Beklagten, mit welcher sie das Ziel der Klagabweisung weiter verfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Unstreitig hat die Klägerin den Erhitzerunterteil gegenüber der Brennmischkammer tiefer gelegt, als in ihrer Konstruktionszeichnung vorgesehen war. Das war deswegen erforderlich, weil die Beklagte als Destillierkessel einen gebrauchten Laugekessel zu verwenden wünschte, der größer war und einen

stärker gewölbten Boden hatte, als die Beklagte der Klägerin vorher angegeben hatte. Die dadurch bedingten Änderungen der Ausführung gegenüber der Zeichnung hat die Klägerin mit der Beklagten besprochen. Ob sie dabei auch auf etwaige mit den Änderungen verbundene Nachteile hingewiesen hat, stellt das Berufungsgericht nicht fest.

Es unterstellt, die Änderung der Konstruktion könne dazu geführt haben, daß die Brennerflamme auf den Kesselboden aufschlug. Es ist mit dem Sachverständigen Herfort der Überzeugung, daß das nicht zu einer Zerstörung oder Beschädigung des Kesselbodens geführt habe. Es hat sich aber nicht mit der Auffassung des Sachverständigen auseinandergesetzt, die von der Klägerin ausgeführte Konstruktion sei deswegen ungünstig, d.h. also fehlerhaft, weil sie die Abfuhr der Abgase behinderte, zu Wärmeverlusten führte und möglicherweise eine Verfestigung (Vercrackung) des Destilliermaterials hätte verursachen können.

Das Berufungsgericht meint, das Tieferlegen des Erhitzerunterteils gehe deswegen nicht zu Lasten der Klägerin, weil dieser angesichts des Wunsches der Beklagten, einen größeren Kessel einzubauen, nichts anderes übrig geblieben sei.

Mit Recht rügt die Revision, daß diese Würdigung des Berufungsgerichts nicht erschöpfend ist.

1) Der Werkunternehmer darf vom Besteller gelieferte Teile oder Materialien nicht unbesehen verwenden und vom Besteller geäußerte Wünsche zur Ausführung des Werks nicht ohne Weiteres erfüllen. Er ist vielmehr verpflichtet zu prüfen, ob die Verwendung der vom Besteller gestellten Teile und Materialien und ob die Berücksichtigung bestimmter Bestellerwünsche nicht



Unveränderte Teile der Rechtsprechung sind als Urteile nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

zu einer Fehlerhaftigkeit des Werks oder zu sonstigen Nachteilen führen. In solchem Falle ist er verpflichtet, den Besteller auf die drohenden nachteiligen Folgen hinzuweisen, unter Umständen sogar, die gewünschte Ausführung abzulehnen. Unterläßt er das, so kann er sich seiner Gewährleistung für dadurch bedingte Mängel des Werks nicht mit dem Hinweis entziehen, die Mängel beruhten auf den Materialien oder den Wünschen des Bestellers (vgl. die Entscheidungen des Senats VII ZR 197/59 vom 28. Februar 1961 = BB 1961, 430; VII ZR 260/60 vom 14. Juni 1962 = BB 1962, 903; LM Nr. 3 zu § 633 BGB). In solchen Fällen kommen auch Schadensersatzansprüche des Bestellers gegen den Unternehmer wegen schuldhafter Verletzung einer Aufklärungspflicht in Betracht.

2) Sollte die Klägerin hier ihre Hinweispflicht verletzt haben, so könnte das allerdings im vorliegenden Fall gegenüber ihrer Werklohnforderung die (von der Beklagten in erster Linie vorgebrachte) Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht rechtfertigen. Denn unstreitig hat die Beklagte den Kessel vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz durch Abschneiden des Kesselbodens verkürzt und damit die vom Sachverständigen Herfort angeführten Nachteile der früheren Konstruktion beseitigt. Für eine Nachbesserung durch die Klägerin, bis zu deren Erfüllung die Beklagte die genannte Einrede erheben könnte (vgl. BGHZ 26, 337), ist somit kein Raum mehr.

Wohl aber kommen noch eine Minderung des Werklohns sowie Gegenansprüche der Beklagten aus § 633 Abs. 3 BGB oder auf Schadensersatz in Betracht, mit denen die Beklagte aufgerechnet hat.

3) Die Klägerin beruft sich auf das Schreiben der Beklagten vom 23. Oktober 1957. Dort hatte die Beklagte sich damit einverstanden erklärt, daß die Klägerin für Mängel der von der Beklagten hergestellten Geräte und Einrichtungen nicht haften sollte.

Darum handelt es sich hier jedoch nicht. Die Beklagte beruft sich nicht darauf, daß der von ihr eingebaute Kessel als solcher mangelhaft gewesen sei. Sie beanstandet vielmehr, daß die räumliche Zuordnung zwischen den von der Klägerin gebauten Teilen (Brennmischkammer und Erhitzerunterteil) zu dem von der Beklagten gestellten Kessel unzweckmäßig und damit fehlerhaft gewesen sei. Insoweit liegt kein vertraglicher Haftungsschluß vor.

4) Das Berufungsurteil kann schon aus den vorstehenden Gründen keinen Bestand haben. Zu den weiteren Verfahrensrügen der Revision braucht daher nur noch folgendes bemerkt zu werden:

a) Über die Öldampfexplosion vom 26./27. Februar 1958 führt das Berufungsgericht aus, daß sie nicht durch eine zu kleine Explosionsklappe verursacht sei.

Es ist zuzugeben, daß damit der Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt ist. Auch wenn die Explosion auf einem Bedienungsfehler beruhen sollte, was der Sachverständige für wahrscheinlich hält, so könnte die Klägerin doch dann dafür verantwortlich sein, wenn dieser Bedienungsfehler auf Verletzung einer der Klägerin obliegenden Pflicht beruhen sollte, die Beklagte in den richtigen Gebrauch der Anlage einzuweisen. Über das Bestehen einer solchen Pflicht ist allerdings bisher nichts festgestellt.

b) Das Berufungsgericht hält den CO_2 -Gehalt der Abgase für nicht zu gering. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Allerdings hat der Sachverständige seine Feststellungen über den CO_2 -Gehalt erst nach dem Umbau der Anlage durch die Beklagte getroffen. Die Revision meint deswegen, die Fest-

stellungen des Sachverständigen ermöglichten keinen Rückschluß auf den CO₂-Gehalt beim ursprünglichen Zustand der Anlage.

Der Sachverständige hat aber ausgeführt, der CO₂-Gehalt sei primär von der Güte der Verbrennung des Ölbrenners abhängig und könne durch Maßnahmen der Feuerraumausbildung nicht erhöht werden. Damit hat er zum Ausdruck gebracht, daß die Gestaltung der von der Klägerin gebauten Teile keinen Einfluß auf die Höhe des CO₂-Gehalts gehabt hat.

c) Der Schriftwechsel ergibt, daß die Klägerin es abgelehnt hatte, beim "Einfahren" der Anlage mitzuwirken, bevor nicht die Beklagte die Werklohnrechnungen bezahlt und eine zusätzliche Vergütung für die genannte Mitwirkung versprochen hatte.

Es fehlen aber bisher Feststellungen des Berufungsgerichts, daß eine so weitgehende Mitwirkung der Klägerin bei der Ingebrauchnahme der Anlage überhaupt zu ihren Vertragspflichten gehört hätte.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrags scheidet in diesem Zusammenhang schon deswegen aus, weil die Beklagte durch den langjährigen Gebrauch der Anlage inzwischen über ihre Handhabung genau Bescheid weiß.

d) Die sonstigen Revisionsrügen sind unbegründet. Näher braucht auf sie nicht mehr eingegangen zu werden:

5) Die Sache bedarf weiterer Aufklärung. Sie ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat dabei von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu prüfen haben, ob und inwieweit die Beklagte ihren etwaigen Schaden nach § 254 BGB selbst tragen muß.

Dr. Winkelmann Rietschel Meyer Dr. Vogt Finke