

VII ZK 20/59

Verkündet

am 18. Februar 1960

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

2202 086

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich August Sch[REDACTED] Söhne, Feinpapierfabrik  
Scho[REDACTED] in D[REDACTED], Rhld.,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Granit-Werke K[REDACTED] & Sche[REDACTED] GmbH in Schw[REDACTED]-  
[REDACTED]/S[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. K[REDACTED],  
ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 18. Februar 1960 unter Mitwirkung der  
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Kietschel, Dr. Heimann-Trosien,  
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des  
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom  
28. November 1958 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Unter dem 19. September 1955 machte die Beklagte der Klägerin für deren Papierfabrik ein Angebot über die Lieferung von 4 Walzen "aus Gefreaser Granit" unter Beifügung eines Gesteinsmusters zum Preise von 1.414 DM je Stück. Darauf bestellte die Klägerin am 1. Oktober 1955

"4 Walzen nach beiliegender Zeichnung aus Gefreaser Granit, sonst wie angeboten."

Die Beklagte bestätigte die Bestellung am 3. Oktober 1955 unter Bezugnahme auf ihre Verkaufsbedingungen. Ende März bis Mitte April 1956 lieferte sie die Walzen. Die Klägerin bezahlte sie kurz darauf, baute sie aber erst Mitte Juni 1956 in eine Papiermaschine ein und nahm diese dann in Betrieb.

Unter dem 25. Juli 1956 rügte die Klägerin, der Stein der Walzen sei porös und breche aus. Die Beklagte lehnte die Mängelrüge ab. In der Zeit zwischen dem 6. und 10. August 1956 fand ein Telefongespräch zwischen dem Mitinhaber der Klägerin Dr. K. [REDACTED] und dem Geschäftsführer der Beklagten Dr. K. [REDACTED] statt, dessen Inhalt streitig ist. Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe sich stillschweigend bereit erklärt, die Kosten für das Nachschleifen der Walzen bei einer dritten Firma zu übernehmen. Dagegen hat die Beklagte angeführt, sie habe der Klägerin lediglich angeboten, die Walzen in ihrem, der Beklagten, Betrieb nachzuschleifen; das habe die Klägerin jedoch abgelehnt.

In der Zeit vom 12. August bis 2. September 1956 ließ die Klägerin die Walzen bei der Firma W. [REDACTED] in D. [REDACTED] nachschleifen und forderte von der Beklagten die Erstattung der dadurch entstandenen Kosten. Das lehnte die Beklagte ab.

1957 bis 1958 bekamen die Walzen Längsrisse und wurden von der Klägerin gegen andere ausgewechselt.

Mit der am 28. Dezember 1956 bei Gericht eingereichten Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz aus § 635 BGB und aus positiver Vertragsverletzung. Sie hat zuletzt den Antrag gestellt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 10.720,57 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Die Klägerin hat ausgeführt: Die Beklagte habe Porenfreiheit des Steins zugesichert, auch das übersandte Muster sei porenfrei. Die gelieferten Walzen entsprächen aber nicht diesem Erfordernis; das habe die Beklagte arglistig verschwiegen. Infolge der Poren sei die Oberfläche der Walzen ausgebrochen und das durch die Walze laufende Papier beschädigt worden.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat geltend gemacht: Die Walzen seien vertretbare Sachen, daher seien die Kaufvorschriften anwendbar. Sie habe die Walzen Mustergerecht geliefert. Porenfreiheit habe sie nicht zugesichert, erst recht nicht das Vorhandensein von Poren arglistig verschwiegen. Sie beruft sich auf ihre Verkaufsbedingungen. Sie hält die Mängelrüge der Klägerin für verspätet, den Klageanspruch für verjährt und auch wegen Weiterbenutzung der Walzen durch die Klägerin für verwirkt.

Die Klägerin hat erwidert, die Verjährung sei durch Anerkenntnis der Beklagten unterbrochen und außerdem nach § 639 BGB gehemmt. Weiterbenutzt habe sie die Walzen nur, um den Schaden möglichst gering zu halten.



Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus:

Die Walzen seien unvertretbare Sachen, es seien daher die Vorschriften über den Werkvertrag anzuwenden. Die Walzen entsprächen nicht dem der Klägerin seinerzeit übersandten Gesteinsmuster. Etwaige Ansprüche der Klägerin daraus seien aber verjährt. Hier gelte die 6-monatige Verjährungsfrist des § 638 BGB, auch soweit die Klägerin sich auf positive Vertragsverletzung stütze, da sie einen dem Werk unmittelbar anhaftenden Mangel geltend mache.

Daß die Beklagte arglistig gehandelt habe, sei nicht dargetan. Es sei zunächst nicht bewiesen, daß die Beklagte das Abweichen der Beschaffenheit der Walzen vom Muster gekannt oder damit gerechnet habe. Es sei ihr auch nicht zu widerlegen, daß sie geglaubt habe, Walzen aus Gefreeser Granit seien zur Papierherstellung geeignet. Ihr Angebot sei nur dahin zu verstehen gewesen, daß sie Gefreeser Granit habe liefern wollen. Ob dieser Stein den betrieblichen Erfordernissen der Klägerin genüge, habe diese selbst zu prüfen gehabt. Porenfreiheit und besondere Eignung für die Herstellung von Feinpapier habe die Beklagte nicht zugesichert.

Die Walzen seien spätestens am 16. April 1956 abgenommen worden. Damit habe die Verjährung zu laufen begonnen. Aus der Sachdarstellung der Klägerin über das Telefongespräch im August 1956 ergebe sich kein Anerkenntnis der Beklagten, das die Verjährung unterbrochen hätte. Eine Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB komme allenfalls in Betracht für die Zeit vom 6. August 1956 (frühester Zeitpunkt des Ferngesprächs der Parteien) bis zum 26. August 1956 (Tag des Zugangs des jede Nachbesserung ablehnenden Schreibens der Beklagten vom 24. August 1956 bei der Klägerin). Auch wenn man diesen Zeitraum abrechne, sei die Klage erst nach Ablauf der Verjährungsfrist eingereicht.

Ein vertraglicher Anspruch auf Erstattung der Abschleifkosten, welcher der kurzen Verjährung nicht unterliege, sei aus der Sachdarstellung der Klägerin über das Telefongespräch nicht zu entnehmen.

## II.

1) a) Die Revision macht geltend: Die Beklagte habe aus dem Schreiben der Klägerin vom 14. September 1955 ersehen, daß diese auf porenfreien Granit Wert legte. Die Beklagte habe gewußt, daß Gefreiser Granit nicht porenfrei sei, wie sich aus Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 21. Januar 1957 ergebe. Sie habe trotzdem ein Angebot gemacht, bei dem die Klägerin weder aus dem Angebotsschreiben noch aus der mitübersandten Gesteinsprobe hätte erkennen können, daß der Gefreiser Granit porig sei. Bei Berücksichtigung dieser Umstände hätte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen müssen, die Beklagte habe die Porigkeit des Gefreiser Granits arglistig verschwiegen.

b) Die Rüge ist nicht begründet.

aa) Aus der von der Revision angeführten Stelle des Schriftsatzes vom 21. Januar 1957 läßt sich nicht entnehmen, die Beklagte sei sich im Zeitpunkt der Abnahme des Werks durch die Klägerin dessen bewußt gewesen oder habe damit gerechnet, daß der Stein in einer den beabsichtigten Verwendungszweck beeinträchtigenden Weise porig sei. Die Beklagte hat dort nur ausgeführt, Granit sei ein Naturstein und werde aus einer Mischung von Gneis, Glimmer und Feldspat gebildet, wie jedem Kinde bekannt sei; er sei also keine homogene Masse wie etwa eine Stahlwalze, sondern eben ein Naturprodukt.

Die Beklagte hat an anderer Stelle (Seite 2 der Berufungsbeantwortung vom 30. Oktober 1958) ausgeführt, einen 100 %ig porenfreien Naturstein gebe es überhaupt nicht. Ist das aber der Fall, so konnte die Beklagte den von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 14. September 1955 verwendeten Ausdruck "porenfreier Granit" verständigerweise nur dahin auffassen, daß der Stein nicht mit solchen Poren behaftet sein durfte, die sich nach ihrer Art und Zahl für die Papierfabrikation der Klägerin schädlich auswirken konnten. Denn anderenfalls würde die Klägerin die Zusicherung einer unmöglichen Eigenschaft gefordert haben.

Durfte die Beklagte aber das Schreiben der Klägerin vom 14. September 1955 in der vorstehend erläuterten Weise verstehen, so liegt keine Arglist der Beklagten darin, daß sie - ohne die Klägerin näher aufzuklären - in ihrem Angebotschreiben die Worte "porenfreier Granit" vermieden und durch die Bezeichnung "Gefreiser Granit" ersetzt hat. Das gilt umso mehr, als die Beklagte gleichzeitig eine Gesteinsprobe übersandte und ferner damit rechnen konnte, daß die Klägerin über die Brauchbarkeit von Gefreiser Granit für ihre betrieblichen Zwecke im Bilde sein würde.

bb) Es ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weiter nicht bewiesen, daß die Beklagte bewußt eine Gesteinsprobe als Muster übersandt hätte, die besser war als der später von ihr zu Walzen verarbeitete Stein.

cc) Das Angebotsschreiben der Beklagten vom 19. September 1955 enthält keine ausdrückliche Zusicherung der Porenfreiheit. Die Revision meint, der Zusammenhang dieses Schreibens mit dem vorangegangenen Schreiben der Klägerin vom 14. September 1955 zwinge zu dem Schluß, daß das Angebot der Beklagten stillschweigend die Zusicherung der Porenfreiheit mit enthalte.

Das Berufungsgericht hat jedoch das Angebotsschreiben der Beklagten dahin ausgelegt, daß die Beklagte eine Porenfreiheit nicht zugesichert habe. Diese Auslegung des Schreibens vom 19. September 1955, einer Individualerklärung, ist möglich und daher für das Revisionsgericht bindend.

dd) Im übrigen würde auch dann, wenn man mit der Revision davon ausgehen wollte, daß das Angebot der Beklagten nach seinem objektiven Erklärungsinhalt eine Zusicherung der Porenfreiheit mit enthielte, damit allein eine Arglist der Beklagten noch nicht dargetan sein. Zum Nachweis einer Arglist der Beklagten würde vielmehr weiter gehören, daß diese sich einer etwaigen dahingehenden objektiven Tragweite ihres Angebots subjektiv bewußt gewesen ist. In dieser Beziehung schließen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus, daß die Beklagte ihr Angebot nur dahin aufgefaßt hat und nur mit dem Inhalt abgeben wollte, sie sichere Übereinstimmung mit dem übersandten Gesteinsmuster, nicht aber Porenfreiheit schlechthin zu.

ee) Unter diesen Umständen liegt kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht ein arglistiges Verschweigen der Beklagten nicht als erwiesen angesehen hat.

2) a) Die Revision trägt hilfsweise vor: Zu Unrecht sei das Berufungsgericht bei der Berechnung der Verjährungsfrist vom 16. April 1956 als Zeitpunkt der Abnahme ausgegangen. Die Walzen hätten erst nach ihrem Einbau in die Papiermaschinen und nach deren Probelauf abgenommen werden können und seien demgemäß auch erst am 25. Juli 1956 abgenommen worden. Deshalb sei bei Klageeinreichung die 6-monatige Verjährungsfrist des § 638 BGB noch nicht verstrichen gewesen.

Auch diese Rüge geht fehl.

b) Zwar setzt Abnahme nicht nur die bloße Hinnahme des Werks voraus, sondern erfordert außerdem, daß der Besteller dieses Werk als in der Hauptsache dem Vertrage entsprechend anerkennt; andererseits erfordert Abnahme aber keine Prüfung des Werks auf Mängel und kein Anerkenntnis des Werks als mängelfrei (RGZ 107, 339, 343; 110, 404, 406 f; Entscheidung des Senats vom 7. November 1957 - VII ZR 26/57 -).

c) Im vorliegenden Falle hat die Klägerin die Walzen nicht nur in Empfang genommen, sondern sie hat kurz nach Eingang der beiden letzten Walzen am 16. April 1956 alle 4 Walzen ohne irgendwelche Vorbehalte bezahlt. Bei dieser Sachlage sind die Walzen spätestens mit ihrer Bezahlung abgenommen worden, auch wenn man - mit der Revision und gegen das Berufungsgericht - in ihrer Entgegennahme allein noch keine Abnahme erblicken wollte.

Daß die 6-monatige Verjährungsfrist hier noch gewahrt wäre, wenn man den Lauf der Frist vom Zeitpunkt der Bezahlung der Walzen ab rechnet, behauptet die Revision selbst nicht.

### III.

- 1) Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung kommen hier nicht in Betracht.

Zwar können unter Umständen Forderungen aus positiver Vertragsverletzung auch neben Gewährleistungsansprüchen bestehen. Das gilt aber nicht für Ansprüche, die bereits in den Gewährleistungsansprüchen ihre Rechtfertigung finden. Für diese gilt die kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB (RGZ 161, 330 ff). Die Abgrenzung zwischen Ansprüchen aus Gewährleistung und solchen aus positiver Vertragsverletzung richtet sich danach, ob der Schuldner dem Gläubiger einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht hat. Ist dies nicht der Fall und ist der Anspruch - wie hier - nur in einem dem Werk unmittelbar anhaftenden Mangel begründet, so entfällt die Haftung aus positiver Vertragsverletzung (Urteil des Senats vom 30. April 1959 - VII ZR 109/58 -; BGHZ 23, 288; RGZ 161, 330, 337 f).

- 2) In der Revisionsverhandlung hat die Klägerin Ansprüche aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo) herzuleiten versucht. Ein solcher Anspruch versagt hier schon deswegen, weil die Verhandlungen zwischen den Parteien zu einem Vertragsschluß geführt haben.

IV.

Auch sonst sind materielle Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht erkennbar. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Vogt Finke