

41

VII ZR 22/59

Verkündet
am 7. März 1960
Woitscheck,
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 [REDACTED], Fabrik chem. Rohstoffe GmbH., vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED],

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

gegen

die Firma [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED],

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. März 1960 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 12. Dezember 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1957 ließ die Beklagte in ihrem Werk von der Klägerin einen Ölbrenner zu einem großen Erhitzerkessel (Verdampfer) einer Destillieranlage für Phtalsäure einmauern. Die Klägerin hatte die Konstruktionszeichnung zu fertigen, gemäß dieser Zeichnung die Brennmischkammer und den Erhitzerunterteil zu mauern sowie die Träger in der Länge der Kesselhöhe zu isolieren. Die Beklagte stellte den Kessel, den Brenner, den Ventilator, die Eisenkonstruktion zur Brennmischkammer und die Außenziegelsteine für den Erhitzerunterteil. Das übrige Material hatte die Klägerin zu liefern.

Nachdem die Parteien vor Erteilung des Auftrags mehrfach mündlich und fernmündlich verhandelt hatten, schrieb die Klägerin der Beklagten am 21. Oktober 1957 u.a.:

"Sie haben den Wunsch geäußert, wir möchten Ihnen Gewähr geben dafür, daß ... das Rauchgas wenigstens 12 % CO₂ aufweist.

Diese Förderung können wir ja nicht ohne weiteres erfüllen. ...

Wenn Sie ein Werturteil über die Destillieranlage nach der Fertigstellung und Inbetriebsetzung bekommen wollen, dann bieten wir Sie, die Wärmestelle des Vereins Deutscher Eisenhüttenleute hinzuzuziehen. ...

Unter den obwaltenden Verhältnissen können wir Ihnen eine mit Zahlen fixierte Gewährleistung nicht geben, nachdem wir ja auf wesentliche Punkte der Anlage ohne Einfluß geblieben sind."

Die Beklagte schrieb demgegenüber in ihrem Bestellschreiben vom selben Tage an die Klägerin:

"Gemäss der mit Ihnen am 17.10.57 geführten telefonischen Unterredung übernehmen Sie die Garantie, dass die Umluft nach kurzem Anlauf wenigstens 12 % CO₂ enthält.

- 3 -

Sie sind damit einverstanden, dass die Abnahme des Ofens durch die Wärmetechnische Prüfstelle des Vereins Deutscher Eisenhütten-Leute erfolgt, deren Urteil auch für Sie bindend ist."

Mit Schreiben vom 22. Oktober 1957 bestätigte die Klägerin den Auftrag der Beklagten. In diesem Schreiben heißt es:

"Was Ihre Gewährleistungsansprüche angeht, so verweisen wir auf unser ausführliches Schreiben vom 21.10.57."

Am 23. Oktober 1957 antwortete die Beklagte auf das Schreiben der Klägerin vom 21. Oktober 1957 u.a. wie folgt:

"Selbstverständlich sind wir damit einverstanden, daß Ihre Gewährleistung unter dem Vorbehalt erfolgt, dass die von uns beigestellten Geräte und Einrichtungen wie Brenner und Ventilator und Reinigungstüren in Ordnung sind. ... Ihre Garantie für den CO₂-Anteil bezieht sich also zunächst auf Ihre Bauteile. ... Bei evtl. Meinungsverschiedenheiten soll das Gutachten der Warmstellung (richtig: "Wärmestelle") des Vereins Deutscher Eisenhüttenleute für beide Teile verbindlich sein. ..."

Am 25. Oktober 1955 schrieb die Beklagte der Klägerin:

"Mit Ihrer Auftragsbestätigung vom 22.10. gehen wir nicht einig. ... Bezüglich der Gewährleistungsansprüche beziehen wir uns auf unser vorgestriges Schreiben. Die Anerkennung des darin geschilderten Standpunktes ist ebenfalls Voraussetzung für unseren Auftrag."

Hierauf antwortete die Klägerin nicht. Sie führte im Oktober und November 1957 die ihr aufgetragenen Arbeiten und erteilte der Beklagten 2 Rechnungen über insgesamt 7.675,-- DM.



Die Beklagte nahm die Destillieranlage Anfang Dezember 1957 in Betrieb und benutzte sie bis Ende Februar 1958 laufend, bezahlte aber die Rechnungen der Klägerin nicht.

Auf wiederholte Mahnungen der Klägerin schrieb die Beklagte dieser am 3. Januar 1958:

"Der Betrag Ihrer Rechnungen steht Ihnen selbstverständlich zur Verfügung, sobald Sie uns den Nachweis für die einwandfreie Funktion der Feuerung insbesondere bezüglich des CO_2 -Gehaltes erbracht haben.... Der Ordnung halber verweisen wir auf die von Ihnen übernommene Garantie bezüglich des CO_2 -Gehaltes."

Mit Schreiben vom 4. Januar 1958 antwortete die Klägerin, sie sei vertraglich nicht verpflichtet, der Beklagten die 12 % CO_2 -Gehalt im Rauchgas nachzuweisen.

Anfang Februar 1958 erhob die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit Klage auf Bezahlung ihrer Rechnungen und beantragte gleichzeitig im Beweissicherungsverfahren die Einholung eines Sachverständigengutachtens darüber, ob die Umluft des Destillierkessels wenigstens 12 % CO_2 enthalte, wenn nicht, ob das nicht auf den von der Beklagten gelieferten Materialien oder den von der Beklagten selbst geleisteten Einmauerungsarbeiten oder auf etwaigen Fehlern von Zeichnungen der Beklagten beruhe.

In der Nacht vom 26. zum 27. Februar 1958 wurde die Destillieranlage der Beklagten durch eine Öldampfexplosion beschädigt.

Der im Beweissicherungsverfahren benannte Sachverständige erklärte, er könne das gewünschte Gutachten vorerst nicht erstatten.

Die Klägerin hat den Antrag gestellt,

die Beklagte zur Zahlung von 7.675 DM
nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie meint, die Klageforderung sei nicht fällig, da sie
das Werk bisher nicht abgenommen habe.

Sie hat behauptet, das Werk der Klägerin sei mangelhaft,
insbesondere sei die Brennmischkammer abweichend von der
Zeichnung zu hoch angebracht, sodaß der Kessel die Öffnung
zwischen Brennmischkammer und Erhitzerunterteil größtenteils
versperre; die Klägerin habe arglistig verschwiegen, daß
ihr Werk von den Zeichnungen abweiche. Infolge der Mängel
werde der von der Klägerin zugesicherte CO₂-Gehalt der Um-
luft von 12 % nicht erreicht. Auch die Explosion von Ende
Februar 1958 sei auf Fehler des Werks der Klägerin zurückzu-
führen. Sie (Beklagte) habe die Anlage nur weiter benutzt,
um den Schaden möglichst gering zu halten.

Die Beklagte hat die Einrede des nicht erfüllten Ver-
trages erhoben, hat ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer
Nachbesserungsansprüche geltend gemacht und hat hilfsweise
mit Schadensersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung
aufgerechnet.

Die Klägerin hat demgegenüber vorgetragen: Ihr Werk
sei mängelfrei. Von den Zeichnungen habe sie abweichen müs-
sen, da die Beklagte einen größeren Kessel aufgestellt habe
als ursprünglich vorgesehen gewesen und in den Zeichnungen
zugrunde gelegt worden sei. Die Beklagte habe darauf

den, daß Brennmischkammer und Kessel so verwendet würden, wie die Beklagte sie bei Beginn der Arbeiten der Klägerin bereits montiert gehabt habe.

Etwaige Mängel der Gesamtanlage beruhten nicht auf Mängeln ihrer Arbeit. Die Beklagte habe das Werk der Klägerin abgenommen. Sie habe etwaige Mängel nicht rechtzeitig gerügt. Sie könne sich durch Berufung auf Mängel ihrer Zahlungspflicht nicht entziehen, weil sie Zahlung zu festen Terminen versprochen habe und daher vorleistungspflichtig sei. Die Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, etwaige Mängel durch die Prüfstelle des Vereins Deutscher Eisenhüttenleute (im folgenden: "Prüfstelle") feststellen zu lassen. Da das nicht geschehen sei, könne sie sich auf Mängel nicht berufen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht sieht in dem Verträge der Parteien keinen Werklieferungsvertrag, sondern einen Werkvertrag. Das ist rechtlich bedenkenfrei, wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe das Werk der Klägerin durch längere Benutzung abgenommen.

Die Revision meint dagegen, es liege keine Abnahme vor, da die Beklagte in ihren Schreiben vom 11. Dezember 1957 und

3. Januar 1958 deutlich zu erkennen gegeben habe, daß sie zu einer grundsätzlichen Anerkennung der Vertragsmäßigkeit des Werks nicht bereit sei.

Die Rüge geht fehl. Die Abnahme eines Werks erfordert außer der körperlichen Hinnahme die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Bestellers, daß er die Leistung als in der Hauptsache dem Vertrage entsprechend anerkenne. (Entscheidung des Senats vom 7. November 1957 - VII ZR 26/57 RGZ 107, 339, 343; Denecke in BGB RGRK 11. Aufl. § 640 Ann. 1; Hiedel bei Staudinger, BGB 11. Aufl. § 640, Randn. 3). Diese Anerkennung liegt hier darin, daß die Beklagte fast 3 Monate lang die Anlage nicht nur zur Erprobung, sondern in ihrer laufenden Fertigung benutzt hat. Ihr Schreiben vom 3. Januar 1958 enthält keine Ablehnung der Abnahme. Ihr in der Revisionsbegründung erwähntes Schreiben vom 11. Dezember 1957 befindet sich nicht bei den Akten.

Sie kann sich nicht darauf berufen, sie habe mit der Anlage nur produziert, um einen durch Mängel des Werks bedingten Fertigungsausfall möglichst niedrig zu halten. Das schließt die Abnahme nicht aus. § 254 Abs. 2 BGB kann auch nur bei Schadensersatzansprüchen der Beklagten gegen die Klägerin in Betracht. Daß sie damals bereits mit solchen Ansprüchen gerechnet hätte, ist aus ihrem damaligen Verhalten nicht ersichtlich.

3) Das Berufungsgericht führt aus: Die Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, das Werk durch die Prüfstelle abnehmen und abschließend prüfen zu lassen. Sie habe zwar trotz dieser Verpflichtung das Werk ohne Zuziehung der Prüfstelle wirksam abnehmen können. Ihr Recht zur Mängelrüge sei auch nicht infolge dieser Verpflichtung auf die Prüf-

stelle übergegangen (S. 9 unten BU). Da sie aber gegen die vorgenannte Vertragspflicht verstoßen habe, sei ihr die Berufung auf etwaige Mängel des Werks jetzt in gleicher Weise verwehrt wie bei einem Werklieferungsvertrag nach Versäumung rechtzeitiger Mängelrüge (§§ 377, 381 HGB). Die Klägerin habe das Abweichen des Werks von der Zeichnung auch nicht arglistig verschwiegen.

Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an.

a) Aus dem Schriftwechsel, insbesondere den Schreiben der Beklagten vom 21. und 23. Oktober 1957 konnte das Berufungsgericht nicht ohne Verstoß gegen die §§ 133 BGB, 286 ZPO entnehmen, die Beklagte sei gegenüber der Klägerin vertraglich verpflichtet gewesen, schon bei der Abnahme des Werks die Prüfstelle hinzuzuziehen. Der Schriftwechsel läßt vielmehr allein den Schluß zu, daß zwar etwaige Mängel für beide Parteien verbindlich durch die Prüfstelle festgestellt werden sollten, daß es aber dem Ermessen der Beklagten überlassen blieb, ob sie die Prüfstelle schon bei der Abnahme zuzog oder das Werk erst später durch sie prüfen ließ. Dafür spricht zunächst der Wortlaut der beiden vorgenannten Schreiben der Beklagten (vgl. insbesondere die Wendungen "Sie sind damit einverstanden" und "bei evtl. Meinungsverschiedenheiten"). Dafür spricht weiter, daß die Klägerin in ihrer Auftragsbestätigung die Zuziehung der Prüfstelle überhaupt nicht erwähnt hat. Dafür spricht endlich auch die Interessenlage. Durch Abnahme des Werks ging die Beweislast für Mängel auf die Beklagte über; deshalb lag es in erster Linie im Interesse der Beklagten, die Prüfstelle schon bei der Abnahme zuzuziehen.

b) Da der Schriftwechsel hiernach nur die Auslegung zuläßt, daß es im Ermessen der Beklagten stand, ob sie die

Prüfstelle schon bei der Abnahme zuziehen wollte, so ist auch die Annahme des Berufungsgerichts nicht möglich, der Beklagten sei wegen der Nichtzuziehung der Prüfstelle zur Abnahme - abgesehen von einem arglistigen Handeln der Klägerin nach dem erklärten Vertragswillen der Parteien jegliche spätere Berufung auf Mängel des Werks abgeschnitten. Dieser Schluß wird insbesondere nicht dadurch gerechtfertigt, daß das Gutachten der Prüfstelle nach den zum Vertragsinhalt gewordenen Schreiben der Beklagten vom 21. und 23. Oktober 1957 für beide Parteien verbindlich sein sollte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, nach dem Willen der Parteien sei die Beklagte nur dann berechtigt gewesen, sich auf Mängel des Werks zu berufen, wenn die Prüfstelle bei der Abnahme Mängel festgestellt habe, nicht aber später, findet in den tatsächlichen Feststellungen keine Stütze. Daraus läßt sich weder folgern, daß die Beklagte verpflichtet gewesen sei, das Werk schon bei der Abnahme durch die Prüfstelle abschließend untersuchen zu lassen, noch daß sie sämtliche Mängel spätestens bei der Abnahme hätte rügen müssen.

c) Die Klägerin bedurfte zu ihrem Schutz auch keiner derart weittragenden Abrede, wie das Berufungsgericht sie annimmt. Abgesehen davon, daß durch die Abnahme des Werkes die Beweislast für Mängel ohnehin auf die Beklagte übergegangen ist, würde, auch wenn keine Abnahme vorläge, es nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB beweismäßig zu Lasten der Beklagten gehen, wenn sie durch vertragswidrige Nichtzuziehung der Prüfstelle den Beweis für die Mangelfreiheit des Werkes erschwert oder unmöglich gemacht hätte.

d) Darauf, ob die Klägerin der Beklagten das Abweichen ihres Werks von der Zeichnung arglistig verschwiegen hat, was die Klägerin bestreitet, kommt es unter diesen Umständen nicht entscheidend an.

e) Daß die Beklagte bei der Abnahme die Mängel des Werks nicht gekannt und daher ihre Gewährleistungsansprüche aus den §§ 633, 634 BGB nicht nach § 640 Abs. 2 BGB verloren hat, unterstellt das Berufungsgericht.

4) Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe durch ihr Verhalten im Beweissicherungsverfahren die Feststellung des Zustandes der Anlage im Zeitpunkt der Abnahme wenn nicht unmöglich gemacht so doch wesentlich erschwert.

Möglicherweise erklärt sich das Verhalten der Beklagten im Beweissicherungsverfahren daraus, daß nach den Vereinbarungen der Parteien die Prüfstelle über behauptete Mängel für beide Teile verbindlich befinden sollte, während im Beweissicherungsverfahren ein anderer Gutachter mit der Prüfung beauftragt war.

Jedenfalls stellt das Berufungsgericht nicht fest, daß etwaige Mängel des Werks der Klägerin jetzt nicht mehr bewiesen werden könnten. Es ist daher für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß dieser Beweis noch möglich ist. Dann aber geht es nach dem oben Gesagten nicht an, daß das Berufungsgericht der Beklagten die Möglichkeit des Nachweises etwaiger Mängel von vornherein abschneidet.

5) a) Nach dem zum Vertragsinhalt gewordenen Schreiben der Beklagten vom 23. Oktober 1957 sollte im Streitfall das Gutachten der Prüfstelle für beide Teile verbindlich sein. Ob das bedeutet, daß die Beklagte den Nachweis von Mängeln des Werks nur durch ein solches Gutachten führen kann, oder ob die Parteien in den Beweismitteln frei sind, solange keine von ihnen ein Gutachten der Prüfstelle angefordert hat, kann hier auf sich beruhen. Denn auch wenn die erstgenannte Auslegung zutreffen sollte, ist doch bisher nicht festgestellt,

daß ein Gutachten der Prüfstelle nicht mehr eingeholt werden könnte und der Beklagten aus diesem Grunde die Beweisführung nicht möglich wäre.

b) Darüber hinaus müßte geprüft werden, ob die Parteien eine etwaige Abrede, daß Mängel nur durch ein Gutachten der Prüfstelle nachgewiesen werden könnten, inzwischen aufgegeben haben.

Dafür könnte sprechen, daß beide Parteien im vorliegenden Prozeß für die Frage der Mangelhaftigkeit des Werks Sachverständigenbeweis ohne jede Einschränkung angetreten haben (S. 7 des Schriftsatzes der Beklagten vom 2. Juli 1958; S. 8 des Schriftsatzes der Klägerin vom 13. November 1958). Das legt die Annahme nahe, daß beide Parteien jetzt übereinstimmend des Willens sind, über die behaupteten Mängel selbst gegebenenfalls nicht mehr die Prüfstelle verbindlich entscheiden, sondern der vom Gericht zu bestimmende Sachverständige und zwar ohne verbindliche Wirkung für die Parteien.

6) Aus vorstehenden Erwägungen ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Gelingt der Beklagten der Beweis, daß das Werk der Klägerin mangelhaft ist, so kann sie, bis zu der der Klägerin obliegenden Nachbesserung, der Klage auf Zahlung des Werklohns die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) entgegensetzen. Durch die Abnahme des Werks ist ihr diese Einrede nicht abgeschnitten (BGHZ 26, 337, 340).

Das Berufungsgericht müßte gegebenenfalls auch prüfen, ob der Beklagten aus nachgewiesenen Mängeln des Werks

41
densersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung bis zur Höhe der Klageforderung zustehen, mit denen sie die Aufrechnung erklärt hat.

Dr. Winkelmann Rietschel Erbel Dr. Vogt Finke