

VII ZR 63/57

2345 005

Verkündet am 25. November 1957
Jodas, Justizangestellter
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 Ziegelei Sch[REDACTED]-Rh[REDACTED], F. G[REDACTED] & Co., KG,
Be[REDACTED] bei B[REDACTED],

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

gegen

die Firma D[REDACTED]-Gl[REDACTED] & P[REDACTED], GmbH, in E[REDACTED] R[REDACTED], G[REDACTED]-
[REDACTED]str. [REDACTED],

vertreten durch ihren Geschäftsführer Franz Ba[REDACTED] in E[REDACTED]-
Br[REDACTED], H[REDACTED] Bu[REDACTED],

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 25. November 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Winkelmann, Erbel und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm/Westf. vom 8. November 1956 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 Mai 1953 bestellte die Beklagte für ihren Kiesgrubenbetrieb bei der Firma D. AG in Po. eine Schrappieranlage. Im Juni 1953 gab sie der Firma Gl. und P. in E. eine Kiesaufbereitungsanlage, bestehend aus einem stationären und einem tragbaren Transportband, Vibratoren, Siebböden und vier aus Holz gebauten Silos in Auftrag. Die Silos sollten als Vorratsbehälter für den geförderten und nach Grösse gesiebten Kies sowie zum Beladen von Lastkraftwagen dienen, die zu diesem Zweck unter die Silos fahren. Im Oktober 1953 schlossen sich die beiden Lieferfirmen zusammen. Die neue Gesellschaft, die Klägerin, verlangt von der Beklagten die Bezahlung der Kiesaufbereitungsanlage.

Sofort nach der Aufstellung der Silos beanstandete die Beklagte, dass die Höhe und Breite der Durchfahrten nicht ausreiche, um grössere Lastzüge darunter zu beladen. Darauf liess die Klägerin durch ihre Vorlieferantin, die Holzrohr- und Silobaugesellschaft in Brannenburg, an den Silos verschiedene Nachbesserungsarbeiten vornehmen. Am 20. Juli 1954 verhandelten die Parteien sowie ein Vertreter der Holzrohr- und Silobaugesellschaft in Bonn wegen der Mängel der Silos und des der Beklagten hieraus entstandenen Schadens. Auf Grund dieser Besprechung hat die Klägerin im September 1954 der Beklagten 7 000 DM auf ihre Forderung gutgeschrieben. In der Folgezeit liess sich die Klägerin am 6. Januar 1955 von der Beklagten über die Restforderung ein Wechselakzept geben, das sie später durch die Hinnahme von Einzelakzepten prolongierte. Die Beklagte löste die Wechsel nicht ein. Am 14. April 1955 erwirkte die Klägerin gegen die Beklagte einen Zahlungsbefehl über 38 938,88 DM. Danach gab die Beklagte aber-

mals der Klägerin über den eingeklagten Betrag Wechsel und Schecks. Auf diese zahlte die Beklagte insgesamt 9 000 DM. Ein Wechsel über 3 000 DM ging zu Protest. Den Wechsel über die Restsumme von 27 282,80 DM löste vereinbarungsgemäss die Klägerin ein.

Mit ihrer Klage erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 30 519,39 DM nebst Zinsen. Sie hat behauptet, nach Durchführung der Nachbesserungsarbeiten an den Silos habe die Kiesaufbereitungsanlage keine Mängel mehr gezeigt. Hiervon sei man bei der Bonner Besprechung am 20. Juli 1954 ausgegangen. Die Beklagte habe gegen die Herabsetzung ihrer Schuld um 7 000 DM ihre Schadensersatzansprüche und andere Ansprüche für abgefunden erklärt. Zwar hätten sich die Vertreter der Beklagten bei der Besprechung die Genehmigung ihrer Mitgesellschafterin Dr. Gö[REDACTED] vorbehalten. Die Beklagte habe aber dann die Gutschrift über 7 000 DM angenommen und auch später keine Mängel mehr gerügt. Bei einer Verhandlung im November 1954 habe sie vorbehaltlos versprochen, über den ganzen Betrag einen Wechsel auszustellen, und vor dem ersten gerichtlichen Verhandlungstermin unter Hinweis auf ihre wiederholten Zahlungsversprechen gebeten, die Klage zurückzunehmen. Einen Tag später, am 21. Mai 1955, habe sie über den ganzen Restbetrag Wechsel und Schecks gegeben und damit die Klageforderung vorbehaltlos anerkannt. Ausserdem schlössen, so meint die Klägerin weiter, ihre Geschäftsbedingungen, die durch wiederholtes Übersenden der Auftragsbestätigungen Vertragsinhalt geworden seien, jeden Minderungs- und Schadensersatzanspruch der Beklagten aus.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie



hat darauf hingewiesen, dass die Klägerin nicht nur zur Lieferung, sondern auch zur standsicheren Aufstellung der Anlage verpflichtet gewesen sei. Die Abänderungsversuche an der nicht vertragsgerecht gelieferten Anlage hätten die Standfestigkeit der Silos beeinträchtigt. Deshalb habe das Bauaufsichtsamt es abgelehnt, die Anlage abzunehmen, und zunächst die Benutzung der Silos ganz untersagt. Um ihr nicht die Existenz zu nehmen, habe es später eine Zeitlang gestattet, einen Silo als Durchlauf zum Beladen der Wagen, jedoch nicht als Vorratsbehälter zu verwenden. Infolgedessen habe sie bereits übernommene Lieferaufträge nicht ausführen können. Hierdurch seien ihr, wie sie im einzelnen darlegt, 27 000 DM Verdienstausschlag entstanden. Darüber hinaus hätten ihre Kunden das Vertrauen zu ihr verloren, und darin liege ihr grösster Schaden. Mit ihren Schadensersatzansprüchen rechne sie auf. Durch die Gutschrift über 7 000 DM habe die Klägerin lediglich die Ausfälle wegen verspäteter Inbetriebnahme sowie wegen der ersten Stilllegung der Anlage abgegolten. Bei der Bonner Verhandlung vom 20. Juli 1954 habe sie, die Beklagte, ihre Schäden noch gar nicht übersehen können. Die Wechsel habe sie auf Drängen der Klägerin akzeptiert, jedoch habe die Klägerin auf ihre, der Beklagten, Vorbehalte hin versprochen, die beanstandeten Mängel der Anlage zu beheben. Die späteren Wechsel habe sie aus Rücksicht auf ihr geschäftliches Ansehen akzeptiert, um zu vermeiden, dass die ersten Wechsel zu Protest gingen. Die Geschäftsbedingungen der Klägerin seien nicht Vertragsinhalt geworden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin hinsichtlich der Mängelrügen der Beklagten die Einrede der Verjährung erhoben. Spätestens bei der Bonner Besprechung vom 20. Juli 1954

seien sämtliche Nachbesserungsarbeiten an der Anlage abgeschlossen gewesen. Bis zum 20. Januar 1955 habe die Beklagte keine Mängel mehr gerügt.

Die Beklagte hat darauf hingewiesen, dass das zuständige Gewerbeaufsichtsamt mit Verfügung vom 6. September 1956 die endgültige Stilllegung der Anlage angeordnet und das Landesverwaltungsgericht in Köln es in seinem Beschluss vom 5. Oktober 1956 abgelehnt hat, die sofortige Vollziehung der Verfügung vom 6. September 1950 auszusetzen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiter die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob sich die Beklagte bei der Bonner Besprechung vom 20. Juli 1954 gegen einen Forderungsnachlass von 7 000 DM wegen aller aus den Mängeln der Anlage sich ergebenden Ansprüche für abgefunden erklärt hat. Auf die von ihr behaupteten Mängel, so meint das Berufungsgericht, könne sich die Beklagte schon deshalb nicht mehr berufen, weil der Einwand der Klägerin durchgreife, dass etwaige Mängelrügen verjährt seien. Es hält für erwiesen, dass sich die Beklagte in der Zeit vom 20. Juli 1954 bis einschliesslich 21. Mai 1955, dem Tage der ersten gerichtlichen Verhandlung in dieser Sache, also während eines mehr als sechsmonatigen Zeitraumes, nicht mehr auf Mängel der Anlage berufen, sondern vorbehaltlos Zahlungen geleistet habe.

Unerheblich sei, ob sich die vertraglichen Beziehungen der Parteien als Kauf- oder Werkvertrag darstellten. Die Siloanlage sei kein Bauwerk, und deshalb gelte sowohl nach § 477 BGB als auch nach § 638 BGB eine sechsmonatige Verjährungsfrist. Gegenansprüche wegen schlechter oder nicht vertragsgemässer Beschaffenheit der Siloanlage könne die Beklagte somit nicht mehr geltend machen.

1.) Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten schon deshalb einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil es nicht berücksichtigt hat, dass die Beklagte Höhe und Breite der Durchfahrt der von der Klägerin gelieferten und montierten Siloanlage sowie deren Standfestigkeit vor dem 20. Juli 1954 wiederholt beanstandet hat. Das ergibt sich u.a. aus dem Schreiben der Silobaugesellschaft vom 21. November 1953 an die Beklagte, aus dem Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 21. Dezember 1953 sowie aus den Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 12. und 14. Januar und 27. April 1954. Da die Klägerin nicht nur zur Lieferung der Siloanlage verpflichtet war, sondern diese auch standsicher aufzustellen hatte, gelten zumindest für diesen Teil der vertraglichen Beziehungen die Vorschriften des Werkvertragsrechts. Die Pflicht der Klägerin, für eine standsichere Aufstellung der Silos zu sorgen, gewann noch an Bedeutung, als durch die nachträgliche Erweiterung der Silodurchfahrten die Standsicherheit der Silos beeinträchtigt wurde. Die rechtliche Beurteilung der Mängelrügen, die die Beklagte der Klageforderung entgegensetzt, richtet sich daher nach den §§ 638, 639 in Verbindung mit den §§ 478, 479 BGB. Daraus folgt, dass die Beklagte, da sie die Mängel der Siloanlage alsbald nach deren Aufstellung gerügt hatte, unabhängig von einer etwaigen Verjährung der Ansprüche auf Wandlung, Minderung

(§ 478 BGB) oder Schadensersatz (§ 479 BGB) eine dauernde Einrede gegenüber dem Zahlungsverlangen der Klägerin erlangt hat.

Dass die Parteien, wie das Berufungsgericht feststellt, bei der Bonner Besprechung am 20. Juli 1954 die Siloanlage auf Grund der bis dahin vorgenommenen Nachbesserungen für einwandfrei hielten und die Beklagte danach bis zum 21. Mai 1955 keine Beanstandungen mehr erhoben hat, ändert hieran nichts. Die einmal erstattete Mängelanzeige erhält der Beklagten die Einrede. Hat der Unternehmer, wie hier, auf Verlangen des Bestellers Versuche unternommen, Mängel des Werkes zu beseitigen, so ist es zur Erhaltung der Rechte aus den §§ 478, 479 BGB nicht, wie das Oberlandesgericht anscheinend meint, erforderlich, dass der Besteller nach Beendigung dieser Versuche nochmals fristgemäss eine Mängelrüge erhebt. Das ist aus § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB zu folgern, wonach die Verjährung für sämtliche Gewährleistungsansprüche des Bestellers einschliesslich des Mängelbeseitigungsanspruchs einheitlich mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt.

Der Mangel, auf den sich die Beklagte im Rechtsstreit gegenüber dem Klaganspruch beruft, ist derselbe, wie der rechtzeitig angezeigte, nämlich die durch die nachträglichen Erweiterungen der Durchfahrten bedingte mangelnde Standsicherheit der Siloanlage. Schon in ihrem Brief vom 12. Januar 1954 hatte die Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen, dass grössere Lastzüge nicht beladen werden könnten, dass selbst mittelgrosse Fahrzeuge die Stützbalken der Silos erheblich beschädigten. Ihrem Einschreibebrief vom 14. Januar 1954 hatte sie eine Fotokopie der Verfügung des Gewerbeaufsichtsamtes vom 9. Ja-

nuar 1954 beigelegt. Diese enthielt die Feststellung, die anfahrenen Lastzüge hätten die tragenden hölzernen Stützen der Silos so beschädigt, dass Einsturzgefahr bestehe, und infolge der nachträglich vorgenommenen Versetzung und Veränderung der tragenden Stützen und deren mangelhafter Verankerung seien die statische Sicherheit des Bauwerks nicht mehr gewährleistet und die Einsturzgefahr noch grösser geworden. Wenn sich die Beklagte nunmehr gegenüber der Klage auf das Schreiben der Steinbruchs-Berufsgenossenschaft vom 30. Dezember 1955, die Ordnungsverfügung der Stadt Beuel vom 6. September 1956 und den Beschluss des Landesverwaltungsgerichts vom 5. Oktober 1956 beruft, in denen die Siloanlage als einsturzgefährdet bezeichnet ist, so macht sie damit den Mangel geltend, der unmittelbar aus den von ihr von Anfang an gerügten zu schmalen und zu niedrigen Durchfahrten unter den Silos herrührt.

2.) Ob die von der Revision angegriffene Ansicht des Berufungsgerichts, die Siloanlage sei kein Bauwerk im Sinne des § 638 BGB und es gelte deshalb nicht die fünfjährige Verjährungsfrist, zutrifft, braucht demnach nicht entschieden zu werden. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Klägerin, was das Berufungsgericht nicht geprüft hat, "Arbeiten an einem Grundstück" im Sinne des § 638 BGB vorgenommen hat, in welchem Falle die einjährige Verjährungsfrist eingreifen würde.

3.) Nicht haltbar ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch ihre wiederholten vorbehaltlosen Wechselhingaben, insbesondere durch die widerspruchslosen Zahlungen am 21. Mai 1955 das Recht, sich auf Mängel zu berufen, verwirkt. Es verstösst nicht gegen Treu und Glauben, wenn sich die Beklagte der Klage gegenüber auf

die erneute polizeiliche Beanstandung der Anlage beruft, die durch deren ursprünglichen, von der Beklagten rechtzeitig gerügten Mangel bedingt ist.

4.) Greift somit der Gegeneinwand der Verjährung gegenüber der Aufrechnung der Beklagten nicht durch, und ist auch das Recht der Beklagten, sich weiterhin auf die Mängel der Anlage zu berufen, nicht verwirkt, so wird die vom Berufungsgericht noch nicht geprüfte Frage erheblich, ob die Parteien die Geltung der Lieferungsbedingungen der Klägerin vereinbart haben und ob und inwieweit durch sie die Gegenrechte der Beklagten ausgeschlossen sind. Das angefochtene Urteil muss daher aufgehoben werden.

Ergibt jene Prüfung keinen Ausschluss der Gegenrechte der Beklagten, so kommt es weiter darauf an, ob sich die Beklagte, wie die Klägerin behauptet, in der Bonner Besprechung vom 20. Juli 1954 gegen den Forderungsnachlass von 7 000 DM für alle Mängel der Kiesaufbereitungsanlage abgefunden erklärt hat. Ferner wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob die Beklagte dadurch, dass sie der Klägerin wiederholt Wechsel und Schecks über den gesamten noch offen stehenden Betrag, und zwar auch noch nach der Zustellung des Zahlungsbefehls übergeben hat, die Klageforderung ganz oder teilweise anerkannt hat. Auch ein nicht selbständiges (§ 781 BGB), sondern nur bestätigendes Schuldanerkenntnis nimmt dem Schuldner grundsätzlich das Recht, sich auf Einwendungen zu beru-

fen, die ihm zur Zeit des Anerkenntnisses bekannt waren
(RG in Warn 1932, 147; Urteil des Senats vom 13.6.1957
- VII ZR 300/56 -).

Das angefochtene Urteil war somit aufzuheben und die
Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
zuverweisen.

Glanzmann	Heimann-Trosien	Dr. Winkelmann
Erbel		Meyer