# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 112/02

Verkündet am:
1. Februar 2005
Weschenfelder
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB a.F. §§ 209 Abs. 1, 633; BGB §§ 204 Abs. 1, 637 Abs. 3

Die verjährungsunterbrechende Wirkung der Vorschußklage gegen den Werkunternehmer erfaßt auch spätere Erhöhungen der Forderung, sofern sie denselben Mangel betreffen. Das gilt unabhängig davon, ob der Erhöhungsbetrag von vornherein in die Vorschußforderung hätte einbezogen werden können oder ob sich zwischenzeitliche Kostensteigerungen ergaben oder neue Erkenntnisse zu einem größeren Schadensumfang führen (Fortführung von BGH, Urt. v. 10.11.1988 - VII ZR 140/87, NJW-RR 1989, 208; BGHZ 66, 138, 141, 142; 149, 272, 274).

ZPO § 539 a.F.

Die pauschale Erwägung, es sei nicht Aufgabe des Berufungsgerichts, erstinstanzlich nicht geschaffene Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten, kann eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Gericht des ersten Rechtszugs gemäß § 539 ZPO nicht begründen.

BGH, Urt. v. 1. Februar 2005 - X ZR 112/02 - OLG Koblenz
LG Bad Kreuznach

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Scharen, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 18. April 2002 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Aufgrund eines Angebots vom 12. September 1994 erstellte und lieferte die Beklagte der Klägerin eine Palettendurchlaufregalanlage. In dieser Anlage

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

laufen die in die Regalanlage eingesetzten Holzpaletten mit Getränkekisten selbständig nach, wenn die vorderste Palette aus der Regalanlage entnommen wird. Dies wird dadurch bewirkt, daß die Paletten auf stählernen, dicht nebeneinander liegenden Laufrollen stehen, die insgesamt ein leichtes Gefälle von 3 bis 4 % haben. Um den Gleichlauf der Paletten zu gewährleisten, sind Bremsrollen eingebaut, die in einem Abstand von 1.248 mm von unten jeweils gegen zwei benachbarte Laufrollen angepreßt werden.

Nach Auftreten von Störungen beim Betrieb forderte die Klägerin von der Beklagten seit dem 6. November 1998 die Auswechslung aller 1.260 Bremsrollen mit der Behauptung, sie seien zu gering dimensioniert. Dabei stützte sie sich auf ein im Beweissicherungsverfahren erstattetes Gutachten des Wirtschaftsingenieurs B. . Die Beklagte war nur zum Austausch von 122 Bremsrollen bereit, die nach ihren Angaben aus einer mangelhaften Zulieferung stammten.

Mit Klage vom 13. Januar 2000 hat die Klägerin zunächst die Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 106.920,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 6. November 1998 für den Austausch aller Bremsrollen verlangt. Mit Schriftsatz vom 22. August 2000 hat sie die Klage um 6.906,06 DM nebst Zinsen für das zum Austausch der Bremsrollen notwendige und bis dahin in der Klageforderung nicht berücksichtigte Aus- und Wiedereinlagern von Paletten erweitert.

Das Landgericht hat der Klage mit der Maßgabe stattgegeben, daß der Zinsanspruch erst ab Zustellung der Klageschrift bzw. der Klageerweiterung begründet sei. Mit ihrer Berufung hat die Beklagte vollständige Abweisung der

Klage beantragt und hinsichtlich der Klageerweiterung die Verjährungseinrede erhoben. Nach der mittlerweile durchgeführten Instandsetzung der Regalanlage durch ein drittes Unternehmen hat die Klägerin im Wege der Anschlußberufung Zahlung von 130.863,13 DM zuzüglich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz der Deutschen Bundesbank gemäß dem Diskontüberleitungsgesetz ab der Klageerhebung gefordert.

Das Berufungsgericht hat das angefochtene Urteil auf die Rechtsmittel der Parteien teilweise abgeändert, die Klage in Höhe eines Teilbetrags von 5.517,03 € (10.790,37 DM) nebst darauf verlangter Zinsen wegen Verjährung abgewiesen, im übrigen das Verfahren aufgehoben und insoweit die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen sowie die weitergehende Anschlußberufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

## Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

I. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Klage wegen Verjährung abgewiesen, soweit sie sich auf Kosten von 10.790,37 DM für das notwendige Aus- und Wiedereinlagern von Paletten bezieht. Denn die am

15. Januar 2000 eingegangene Klage hat die Verjährung auch insoweit gemäß § 209 Abs. 1 BGB a.F. unterbrochen.

1. Mit der Klage ist ein Kostenvorschuß für den Austausch der nach klägerischem Vortrag fehlerhaften Bremsrollen als Aufwendungsersatz zur Mängelbeseitigung begehrt worden. Dieser Vorschuß wurde unter Nennung bestimmter Positionen vorläufig beziffert, wobei die Geltendmachung weiterer Kosten ausdrücklich vorbehalten blieb (vgl. GA 5). Im Schriftsatz vom 22. August 2000 hat die Klägerin dann als weitere Schadensposition den Vorschuß auch für das Aus- und Wiedereinlagern der Paletten begehrt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Wirkung der Vorschußklage nicht auf den eingeklagten Vorschußbetrag beschränkt. Das ergibt sich daraus, daß der Vorschuß den Ersatzanspruch nicht endgültig fixiert, sondern abzurechnen ist. Die Unterbrechungswirkung der Vorschußklage deckt daher, ähnlich einem unbezifferten Leistungsantrag, auch spätere Erhöhungen, sofern sie nur denselben Mangel betreffen. Dies gilt unabhängig davon, worauf die Erhöhung zurückzuführen ist (BGH, Urt. v. 10.11.1988 - VII ZR 140/87, NJW-RR 1989, 208; BGHZ 66, 138, 141, 142; 149, 272, 274). Infolgedessen ist unerheblich, ob der Erhöhungsbetrag von vornherein in die Vorschußforderung hätte einbezogen werden können oder ob sich zwischenzeitliche Kostensteigerungen ergaben oder neue Erkenntnisse zu einem größeren Schadensumfang führen. Solange der Vorschuß nur neu beziffert wird, ist die Verjährungsunterbrechung mit seiner ursprünglichen gerichtlichen Geltendmachung insgesamt eingetreten.

Ob das auch dann gilt, wenn die Auslegung des Klagebegehrens ergibt, daß entsprechend einer Teilklage mit dem Vorschuß nicht der Aufwand für die gesamte, sondern nur für eine teilweise Mängelbeseitigung geltend gemacht wird, bedarf hier keiner Entscheidung. In einem solchen Fall mag sich die verjährungsunterbrechende Wirkung nur auf den eingeklagten Teil der Schäden erstrecken (vgl. BGHZ 66, 142). Hier liegt es jedoch anders. Die Klägerin hat einen Vorschuß für den insgesamt zum Austausch der Bremsrollen erforderlichen Aufwand begehrt, nicht nur für einen Teil dieses Aufwands.

2. Da somit die kurze Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 1. Altern. BGB a.F. auch hinsichtlich der Klageerweiterung gewahrt wurde, kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Regalanlage um ein "Bauwerk" im Sinne dieser Vorschrift handelt.

II. Zu Recht rügt die Revision ferner die von dem Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht wegen unzureichender Beweisaufnahme.

1. Das Berufungsgericht hat den Kern des Streits der Parteien, das Vorliegen eines Werkmangels, nicht als in erster Instanz verläßlich geklärt angesehen. Nach seiner Auffassung ist aus den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht notwendigerweise zu schlußfolgern gewesen, daß die an den Bremsrollen aufgetretenen Schäden auf ihre zu schwache Auslegung zurückgingen. Auch sei ungeklärt geblieben, in welchem Umfang die Rollen ausgewechselt werden mußten. Insbesondere sei der von dem Sachverständigen angesprochene Einfluß der teils mangelhaften Paletten auf den Ausfall der Bremsrollen ebensowenig hinreichend klar geworden wie die Bedeutung des

von dem Sachverständigen als zu gering bemängelten Abstands der Bremsrollen. Im Ergebnis hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des von der Beklagten in der Berufungsinstanz vorgelegten Privatgutachtens die Einholung eines neuen Sachverständigengutachtens für unverzichtbar und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht für angezeigt gehalten. Eine eigene Sachentscheidung erschien ihm untunlich, da es nicht Aufgabe der Berufungsinstanz sei, erstinstanzlich nicht geschaffene Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten.

2. Auch diese Ausführungen sind von Rechtsfehlern beeinflußt.

a) Als Ausnahme von der dem Berufungsgericht in § 537 ZPO a.F. aufgegebenen Verpflichtung zu eigener Sachentscheidung ist § 539 ZPO a.F. eng auszulegen (BGH, Urt. v. 03.04.2000 - II ZR 194/98, NJW 2000, 2099, m.w.N.), wobei die Entscheidung zwischen der Zurückverweisung nach § 539 ZPO a.F. und der eigenen Sachentscheidung gemäß § 540 ZPO a.F. im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts steht. Dabei ist der mit einer Zurückverweisung verbundene zusätzliche Zeit- und Kostenaufwand gegen den Verlust einer Tatsacheninstanz abzuwägen (BGH, Urt. v. 15.03.2000 - VIII ZR 31/99, NJW 2000, 2024). Diese Frage ist mit den Parteien zu erörtern (vgl. Gummer/Heßler in Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 538 Rdn. 7). Die für die Ermessensausübung maßgeblichen Erwägungen sind in den Entscheidungsgründen des Berufungsgerichts mitzuteilen. Dafür reicht es zwar regelmäßig aus, wenn die Begründung erkennen läßt, daß der Berufungsrichter die Alternative zwischen § 539 ZPO a.F. und § 540 ZPO a.F. gesehen und erwogen hat (BGH, Urt. v. 04.07.1969 - V ZR 199/68, NJW 1969, 1669). Die den Berufungsrichter leiten-

den Gründe müssen sich aber als sachlich gerechtfertigt erweisen. Dieser Anforderung wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

Das Berufungsgericht hat eine eigene Sachentscheidung für untunlich gehalten, da es nicht seine Aufgabe sei, erstinstanzlich nicht geschaffene Entscheidungsgrundlagen zu erarbeiten. Diese pauschale Erwägung verkennt die bis zu der Reform der Zivilprozeßordnung im Jahre 2001 bestehende Funktion des Berufungsgerichts als vollwertige Tatsacheninstanz (vgl. Gummer in Zöller, ZPO, 22. Aufl., § 540 Rdn. 5, wo die abweichende Ansicht der Vorauflage aufgegeben wurde) und das regelmäßig gewichtige Interesse der Parteien an einer abschließenden Entscheidung ihres Streits innerhalb zumutbarer Zeit. Sie vermag eine Zurückverweisung daher nicht zu begründen. Anders kann es liegen, wenn in der Berufungsinstanz eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme stattfinden müßte (vgl. jetzt § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Dazu reicht es aber nicht schon, daß zu bestimmten Fragen eine ergänzende Sachaufklärung erforderlich ist, deren Umfang und Komplexität wie im vorliegenden Fall im Rahmen des im Zivilprozeß zu Erwartenden bleibt.

Mit der Zurückverweisung an das Landgericht hat das Berufungsgericht mithin das ihm zukommende Ermessen überschritten.

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bleibt zudem schon offen, ob es für die Entscheidung des Rechtsstreits überhaupt auf die von ihm vermißte Aufklärung ankommt. Die vom Berufungsgericht für aufklärungsbedürftig gehaltenen Tatsachen beziehen sich auf die Funktionsfähigkeit der Regalanlage im Betrieb der Klägerin und die Ursachen dabei auftretender Störungen. Keine Bedeutung will das Berufungsgericht dagegen dem Umstand zu-

messen, ob die Regalanlage, die unstreitig mit Bremsrollen für ein Palettengewicht von 1.000 kg geliefert wurde, nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien für Paletten mit einem Gewicht von maximal 1.200 kg ausgelegt sein sollte. Damit verkennt es den werkvertraglichen Fehlerbegriff. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Feststellung, ein Werk sei fehlerhaft i.S. des § 633 Abs. 1 BGB a.F., das Ergebnis eines Vergleichs des zum Vertragsgegenstand gemachten Werks mit dem zur Erfüllung des Vertrags tatsächlich gelieferten. Maßgeblich ist danach auch ein etwa vertraglich vorausgesetzter besonderer Zustand eines Werks (Sen.Urt. v. 20.10.1992 - X ZR 107/90, NJW-RR 1993, 309). Wäre die Auslegung auf ein Palettengewicht von 1.200 kg vertraglich vereinbart worden, so wäre die Beklagte schon deshalb zum Austausch der nur schwächer belastbaren Bremsrollen gegen für dieses Gewicht geeignete Bremsrollen verpflichtet. Die notwendigen Feststellungen zum vereinbarten Palettengewicht hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen. Vielmehr hat es diese Frage zu Unrecht dahinstehen lassen, weil es nach seiner Auffassung darauf nicht ankam.

c) Die von dem Berufungsgericht gerügten, nur für den Fall der fehlenden Vereinbarung über ein Gewicht von 1.200 kg gegebenenfalls relevanten Aufklärungsmängel liegen zudem teilweise nicht vor. In erster Instanz ist nicht ungeklärt geblieben, in welchem Umfang Bremsrollen ausgewechselt werden mußten. Vielmehr hat das Landgericht unter Würdigung des ihm vorliegenden Sachverständigengutachtens eine Mangelhaftigkeit und damit die Notwendigkeit des Austauschs aller Rollen angenommen. Das Landgericht hat dem Sachverständigengutachten ferner entnommen, der Abstand der Bremsrollen sei zu groß, so daß nicht mehr jede Palette zu jedem Zeitpunkt ihres Laufs Kontakt zu einer Bremsrolle habe; dies führe zu ständiger Überlastung der

Bremsrollen und infolgedessen zu deren Beschädigung. Sofern das Berufungsgericht eine Vereinbarung der Parteien über eine Eignung der Anlage für ein Palettengewicht von 1.200 kg nicht hätte feststellen können, wäre es allerdings auf den Einfluß der teils mangelhaften Paletten auf den Ausfall der Bremsrollen, auf die Frage, in welchem Umfang beim tatsächlichen Betrieb der Anlage mit solchen beschädigten Paletten zu rechnen ist, sowie darauf angekommen, ob und gegebenenfalls wie dem mit einer stärkeren Auslegung der Bremsrollen begegnet werden kann. Dazu hatte das Landgericht keine Feststellungen getroffen. Das Berufungsgericht hätte sie aber ohne weiteres selbst nachholen können.

d) Zutreffend führt die Revision schließlich aus, daß ein wesentlicher Verfahrensmangel, der eine Zurückverweisung nach § 539 ZPO a.F. rechtfertigte, nicht mit erstmaligem Parteivortrag in der Berufungsinstanz begründet werden darf. Denn die Anforderungen an das Verfahren in erster Instanz können sich nur aus dem Prozeßstoff ergeben, der dem Erstrichter bekannt war. Auf das in zweiter Instanz vorgelegte Privatgutachten konnte das Berufungsgericht eine Zurückverweisung also nicht stützen.

III. Die Klägerin hat in der Anschlußberufung ihren Zinsanspruch auf 5 % Zinsen über dem Basiszins der Deutschen Bundesbank gemäß Diskontüberleitungsgesetz erhöht. Dieser Zinssatz kommt nur zur Anwendung, soweit er sich auf nach dem 1. Mai 2000 fällig gewordene Teile der Klageforderung bezieht (Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB). Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Der Senat vermag daher durch eigene Sachentscheidung auch nicht festzustellen, ob die Zurückweisung der Anschlußberufung jedenfalls wegen eines Teils des Zinsanspruchs Bestand hat. Deshalb ist auch

hinsichtlich der vom Berufungsgericht zurückgewiesenen weitergehenden Anschlußberufung eine vollständige Zurückverweisung an das Berufungsgericht geboten.

IV. Das Berufungsurteil ist daher in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird dabei zunächst aufzuklären haben, ob die Parteien eine Auslegung der Regalanlage für ein Palettengewicht von 1.200 kg vereinbart hatten. Nur wenn dies nicht der Fall war, käme es für die Mangelhaftigkeit des Werks auf Funktionsstörungen beim Betrieb der Anlage und deren Ursache an. Die insoweit gegebenenfalls noch erforderlichen Aufklärungen wird das Berufungsgericht selbst vorzunehmen haben.

Melullis Scharen Mühlens

Meier-Beck Kirchhoff