

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am:
3. März 1998
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle
X ZR 14/95

in dem Rechtsstreit

-

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Scharen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 13. Januar 1995 verkündete Urteil des 22. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Düsseldorf wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

-

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte die C.
GmbH in H. mit der Herstellung
und Installation einer Anlage zur Rückgewinnung von
Kohlenwasserstoffen aus der Abluft der Benzintanks in ihrem
Tanklager in M. . Die Anlage wurde am 2. Oktober 1991
der Klägerin übergeben. Diese zahlte die vereinbarte
Vergütung von 320.000,-- DM.

In der Folgezeit kam es wiederholt zu Störungen beim
Betrieb der Anlage, über deren Ursachen die Parteien
streiten. Die Beklagte führte bis Ende Oktober 1992
Arbeiten an der Anlage durch. Danach lehnte sie weitere mit
dem Hinweis auf Ablauf der vereinbarten Garantiefrist ab.
Am 9. September 1992 beantragte die Klägerin beim
Landgericht Lübeck ein Beweissicherungsverfahren über
behauptete Mängel der Anlage und deren Ursache (8 OH 2/92).
Der Sachverständige B. kam in seinem Gutachten vom
25. Juni 1993 zu dem Ergebnis, daß die Anlage nicht
funktionsgerecht nachgebessert werden könne. Mit
Anwaltsschreiben vom 3. August 1993 erklärte die Klägerin
die Wandelung und forderte die Beklagte zur Demontage der
Anlage auf. Diese lehnte unter dem 5. August 1993 ab. Die
Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung von
320.000,-- DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe einer
C. -F. -Anlage sowie Feststellung, daß die
Beklagte bezüglich dieser Anlage im Annahmeverzug ist.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat
behauptet, die Anlage laufe seit Oktober 1992 einwandfrei.
Nach dem 22. Oktober 1992 habe sich der Motorschutzschalter
nicht mehr ausgelöst. Im übrigen hat sie sich auf



Verjährung etwaiger Gewährleistungsansprüche berufen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte mit Ausnahme eines Zinsanteils keinen Erfolg. Mit der Revision erstrebt die Beklagte Klageabweisung. Sie rügt Verletzung formellen und materiellen Rechts.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Parteien einen Werkvertrag geschlossen haben über die Herstellung, Lieferung und den Einbau einer C. -F. -Anlage, die entsprechend den Anforderungen der TA Luft die in der Abluft des Tanklagers der Klägerin enthaltenen Benzindämpfe wieder verflüssigen und in die Tanks zurückleiten sollte, daß die Beklagte die Anlage geliefert, daß die Klägerin die Anlage am 2. Oktober 1991 abgenommen und die vereinbarte Vergütung gezahlt hat. Dagegen erinnert die Revision nichts.

II. Das Berufungsgericht hat den Wandelungsanspruch der Klägerin wegen Mängeln der Anlage aus § 634 BGB als begründet angesehen.

1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die gelieferte Anlage mangelhaft ist.

Der Unternehmer hat die Herstellung eines mangelfreien, zweckgerechten Werks zu gewährleisten. Das Werk ist so herzustellen, daß es die zugesicherten

Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werks zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 1 BGB).

Entspricht die Leistung des Unternehmers nicht diesen Anforderungen, so ist sie mangelhaft. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die gelieferte F.

-Anlage nach Übergabe am 2. Oktober 1991 störanfällig war und daß sie auch nach den am 22. Oktober 1992 abgeschlossenen Nachbesserungsarbeiten der Beklagten im Dauerbetrieb nicht im wesentlichen störungsfrei betrieben werden konnte. Sie entsprach nicht den vertraglichen Anforderungen. Die Beklagte hatte eine ohne Störungen funktionierende Anlage zu liefern. Dies ist nicht geschehen. Auf die Ursachen der beim Betrieb der Anlage aufgetretenen Störungen kommt es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht an, wenn diese nicht in den Verantwortungsbereich der Klägerin fallen. Dies hat das Berufungsgericht verneint.

2. a) Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe einen die Wandelung rechtfertigenden Mangel der Anlage in deren Störanfälligkeit gesehen, ohne ausreichende Feststellungen zu den Ursachen der Mängel aufgrund eines weiteren Sachverständigengutachtens zu treffen. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob und inwieweit die gelieferte Anlage in ihrer Grundkonzeption und in dem Zusammenwirken ihrer Einzelteile den Anforderungen entspricht, die nach dem Stand der Technik zur Zeit der Abnahme an sie zu stellen waren. Es hat ausdrücklich den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen B. hierzu kein streitentscheidendes Gewicht beigemessen und diese nicht

verwertet. Deshalb brauchte es die Mängelursachen nicht durch Einholung eines weiteren Gutachtens aufzuklären.

b) Die Revision kann auch nicht mit Erfolg rügen, das Berufungsgericht habe zum Nachteil der Beklagten die Beweislast verkannt. Das Berufungsgericht habe zwar unterstellt, daß die Beklagte die im Schreiben vom 2. Juli 1992 angekündigten Nachbesserungsarbeiten durchgeführt habe. Die Beklagte habe aber behauptet, daß seit Ausführung dieser letzten, mit der Klägerin abgestimmten Arbeiten im Oktober 1992 die Anlage einwandfrei gelaufen sei und die Klägerin unmittelbar nach Abschluß der Arbeiten keine Beanstandungen mehr erhoben habe. Es sei deshalb Sache der Klägerin gewesen, darzulegen und zu beweisen, daß spätere Störungen beim Betrieb auf Mängeln der Anlage beruhten, für welche die Beklagte einzustehen habe. Die Schreiberprotokolle für die Zeit vom 1. Januar bis 25. April 1993 reichten hierzu nicht aus, weil sich diesen die Ursache der Störungen nicht entnehmen lasse. Das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten nicht dahin gewürdigt, daß Störungen vor dem 22. Oktober 1992 durch Bedienungsfehler der Klägerin verursacht worden seien.

Auch diese Rügen greifen nicht durch.

aa) Vor Abnahme des Werks durch den Besteller hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen, daß seine Werkleistung fehlerfrei ist (BGHZ 61, 42, 47). Hat der Besteller die Leistung abgenommen (§ 640 BGB), trifft ihn die Verpflichtung, den Beweis dafür zu führen, daß die vom Unternehmer erbrachte Leistung mit Mängeln behaftet ist (BGHZ 48, 310; BGHZ 61, 42, 46; Sen.Urt. v. 16.11.1993 - X ZR 7/92, NJW 1994, 942, 943 m.w.N.). Der Besteller

erklärt durch die Abnahme, daß er das angebotene Werk als im wesentlichen vertragsgemäß billige. Macht er nach Abnahme geltend, dies treffe nicht zu, weil das Werk mangelhaft sei, muß er die Mangelhaftigkeit darlegen und beweisen. Steht hingegen fest, daß das von dem Unternehmer hergestellte Werk bei der Abnahme mangelhaft war, und hat der Werkunternehmer Nachbesserungsversuche unternommen, um den vertragsgemäßen Zustand des Werks herzustellen, so muß er, wenn er den Werklohn beanspruchen will, darlegen und notfalls beweisen, daß seine Nachbesserungen zur (fristgerechten) Beseitigung des Mangels geführt haben. Denn im Zivilrecht gilt als Beweislastprinzip im allgemeinen der Grundsatz, daß jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes vortragen und beweisen muß (vgl. BGH, Urt. v. 14.01.1991 - II ZR 190/89, NJW 1991, 1052, 1053 m.w.N.).

bb) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision ohne Rechtsfehler angewandt.

Es hat den Vortrag der Beklagten, die Anlage laufe seit Ausführung der letzten mit der Klägerin abgestimmten und im Oktober 1992 ausgeführten Arbeiten einwandfrei, zutreffend als Eingeständnis dahin gewertet, daß die Anlage nach der Übernahme im Oktober 1991 bis zu diesem Zeitpunkt nicht störungsfrei betrieben werden konnte und daß sie deshalb mangelhaft war. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, daß die Beklagte die im Schreiben der K.

GmbH vom 2. Juli 1992 an die Klägerin angekündigten Maßnahmen, mit denen die bis dahin aufgetretenen zahlreichen Störungen beseitigt werden sollten, durchgeführt hat. Das Berufungsgericht hat sodann

jedoch ausgeführt, durch diese Arbeiten sei die vorher aufgetretene und von der Beklagten eingeräumte Störanfälligkeit der Anlage nicht abgestellt worden. Es lasse sich nämlich nicht feststellen, daß die Anlage nach dem 22. Oktober 1992 oder jedenfalls nach dem vom Sachverständigen behobenen Störfall am 22. Dezember 1992 störungsfrei gelaufen sei. Die Klägerin habe die Behauptung der Beklagten, die Anlage sei nach dem 22. Oktober 1992 störungsfrei gelaufen, unter anderem unter Bezugnahme auf die Auswertung der Schreiberprotokolle für die Zeit vom 1. Januar bis 25. April 1993 bestritten. Zu diesen Störfällen habe sich die Beklagte nicht substantiiert geäußert, sondern lediglich in Abrede gestellt, daß der Motorschutzschalter sich nach Oktober 1992 noch ausgelöst habe, und behauptet, ihr läge die Auswertung der Schreiberprotokolle für die Zeit vom 16. Juli 1992 bis zum 22. Mai 1993 nicht vor. Auch in der Berufungsbegründung habe die Beklagte diese Stellungnahme nicht nachgeholt, obwohl ihre Prozeßbevollmächtigten Einsicht in die Gerichtsakten genommen hätten und nach Kenntnis von dem Inhalt der Auswertung erkennbar gewesen sei, daß der frühere Hinweis auf die vermeintliche Unsubstantiiiertheit der von der Klägerin behaupteten, seit dem 1. Januar 1993 aufgetretenen Störfälle fehlging.

War nach diesen Feststellungen des Berufungsgerichts die Anlage bei Abnahme noch mangelhaft und hat die Beklagte bis Ende Oktober 1992 Maßnahmen ergriffen, um die Störanfälligkeit zu beheben, so hatte die Beklagte darzulegen und zu beweisen, daß sie durch Nachbesserungsarbeiten die Mängel beseitigt hat. Dies ist nicht geschehen.

cc) Die Revision kann auch nicht mit Erfolg einwenden, die Schreiberprotokolle reichten als Beleg für Störungen nicht aus, weil sich hieraus die Ursachen der Störungen nicht ergäben; die Klägerin habe auch schon vor dem 22. Oktober 1992 der Beklagten durch Bedienungsfehler bedingte Störungen angelastet, so daß nicht davon ausgegangen werden könne, daß die Verantwortung hierfür bei der Beklagten gelegen habe. Das Berufungsgericht hat der Auswertung der Schreiberprotokolle lediglich entnommen, daß auch nach dem 22. Oktober 1992 Störungen beim Betrieb der Anlage aufgetreten sind. Ob die Beklagte für diese Störungen verantwortlich war oder es sich zum Teil auch um durch Bedienungsfehler der Klägerin bedingte Stillstände handelte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dazu bestand für das Berufungsgericht mangels eines substantiierten Vortrages der Beklagten auch keine Veranlassung.

3. Das Berufungsgericht hat den Wandelungsanspruch nicht daran scheitern lassen, daß die Klägerin der Beklagten keine Frist zur Mängelbeseitigung unter Ablehnungsandrohung gemäß § 634 Abs. 1 BGB gesetzt hat. Auch dies greift die Revision ohne Erfolg an.

a) Der Bestimmung einer Frist bedarf es nach § 634 Abs. 2 BGB nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder wenn sie vom Unternehmer verweigert wird oder wenn für die sofortige Geltendmachung der Wandelung ein besonderes Interesse des Gläubigers besteht. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung die Fristsetzung auch dann für entbehrlich gehalten, wenn wiederholte Nachbesserung desselben Mangels nicht zumutbar ist oder wenn die Vertragsverletzung der einen Partei ein für die

Vertragsabwicklung notwendiges gegenseitiges Vertrauen nachhaltig zerstört hat, so daß eine Fortsetzung des Vertrages für den anderen Teil selbst dann unzumutbar ist, wenn die Vertragsverletzung innerhalb einer angemessenen Nachfrist behoben würde (vgl. BGH, Urt. v. 05.11.1980 - VII ZR 232/79, NJW 1981, 679, 680; Sen.Urt. v. 12.01.1993 - X ZR 63/91, WM 1993, 623).

b) Das Berufungsgericht hat die Fristsetzung für entbehrlich gehalten, weil weitere Nachbesserungsversuche der Beklagten für die Klägerin nicht mehr zumutbar seien. Es hat festgestellt, daß die Klägerin der Beklagten vor der Wandelungserklärung über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben und die Beklagte auf die erneute Störungsmeldung vom 22./23. Januar 1993 unter Berufung auf den Ablauf der Garantiezeit die Behebung der Störung von der Erteilung eines entgeltlichen Auftrages abhängig gemacht hat. Darüber hinaus habe die Beklagte nach Abschluß des Beweissicherungsverfahrens ihre Verantwortung für die Störungen der Anlage von sich gewiesen. Diese tatrichterlichen Feststellungen tragen die Annahme des Berufungsgerichts, eine Nachfristsetzung sei wegen Unzumutbarkeit entbehrlich. Sie sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

c) Die Revision kann nicht mit Erfolg einwenden, die Unzumutbarkeit könne nicht mit der Kritik der Beklagten an dem Sachverständigengutachten begründet werden; dessen Gutachten sei mangelhaft und seine Schlußfolgerungen unbegründet. Das bloße Bestreiten von Mängeln durch den Werkunternehmer stelle keine die Nachfrist entbehrlich machende Erfüllungsverweigerung dar.

Die Revision erkennt die untergeordnete Bedeutung dieses Arguments für die Begründung der Unzumutbarkeit. Das Berufungsgericht hat die Unzumutbarkeit weiterer Nachbesserungsversuche aus den zahlreichen vergeblichen Versuchen der Beklagten, die Störanfälligkeit der Anlage zu beseitigen, abgeleitet. Die Begründung läßt deutlich werden ("zumal ..."), daß nach Auffassung des Berufungsgerichts das Verhalten der Beklagten nach Abschluß des Beweissicherungsverfahrens, ihre Verantwortung für die Störanfälligkeit der Anlage von sich zu weisen, die Unzumutbarkeit weiterer Nachbesserung zusätzlich unterstreicht.

4. Das Berufungsgericht hat die Verjährungseinrede der Beklagten gegen den Wandelungsanspruch der Klägerin nicht durchdringen lassen. Es hat ausgeführt, die Abnahme der Anlage sei frühestens am 2. Oktober 1991 erfolgt und die an diesem Tage in Lauf gesetzte gesetzliche Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB sei am 7. Oktober 1991 gemäß § 639 Abs. 2 BGB gehemmt worden, als die Beklagte ein Versagen der Anlage geprüft und Maßnahmen zur Mängelbeseitigung ergriffen habe, ohne dabei die Ursachen der Störungen festzustellen. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, die eingetretene Hemmung sei nicht vor Januar 1993 beendet worden; zu diesem Zeitpunkt sei bereits mit Wirkung vom 9. September 1992 die Verjährung gemäß den §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB durch den selbständigen Beweisantrag der Klägerin in dem Verfahren 8 OH 2/92 des Landgerichts Lübeck unterbrochen worden.

a) Die Revision hält die Annahme des Berufungsgerichts für verfahrensfehlerhaft, die Hemmung der Verjährung sei nicht vor Januar 1993 geendet. Das Berufungsgericht habe

nicht berücksichtigt, daß eine gleichartige Störung der Anlage wie am 7. Oktober 1991 nach der Aufstellung der Beklagten erst wieder am 24. März 1992 aufgetreten und von dieser durch Einbau eines Druckschalters behoben worden sei. Unter dem 4. und 5. November 1991 sowie 16. Januar, 21. Februar und 31. März 1992 seien zwar Störungen im Steuerschrank aufgeführt; diese hätten sich aber nicht auf die Funktionsfähigkeit der Kälteanlage bezogen; vielmehr hätten diese Störungen auf Überspannungen beruht, die im Bereich der Klägerin gelegen hätten. Als Störfälle anerkannt habe die Beklagte die Ereignisse am 5. April 1992 und am 1. August 1992. Die Hemmung der Verjährung habe deshalb jeweils geendet, wenn die Beklagte der Klägerin gegenüber die Störung für behoben erklärt habe.

Auch diese Rüge greift nicht. Nach § 639 Abs. 2 BGB ist die Verjährungsfrist gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung des Mangels verweigert. Das Berufungsgericht hat solche Mitteilungen und Erklärungen der Beklagten nicht festgestellt. Die Revision hat nicht aufzeigen können, daß die Beklagte in den Vorinstanzen in dem Zeitraum vom 7. Oktober 1991 bis zum 9. September 1992 (Unterbrechung durch den Beweissicherungsantrag) eine die Hemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB beendende Erklärung behauptet hat.

b) Die Revision kann auch nicht damit durchdringen, das Berufungsgericht habe den Sachverhalt weiter aufklären und die Parteien zur Ergänzung ihres Vorbringens auffordern müssen. Auf entsprechenden Hinweis gemäß § 139 ZPO hätte die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen, daß sie nach

Behebung der Störung am 7. Oktober 1991 sowie nach den anderen Reparaturen, die in ihren Verantwortungsbereich fielen, jeweils der Klägerin gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt habe.

Die Revision hat damit die Rüge nicht ausreichend ausgeführt. Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum muß derjenige, der die Verletzung des § 139 ZPO durch das Berufungsgericht rügt, im einzelnen angeben, was er auf einen entsprechenden Hinweis vorgebracht hätte. Der zunächst unterbliebene Vortrag muß vollständig nachgeholt und über die Rüge aus § 139 ZPO schlüssig gemacht werden (u.a. BGH, Urt. v. 08.10.1987 - VII ZR 45/87, BGHZ ZPO § 139 - Verfahrensrüge 1 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 56. Aufl., § 139 Rdn. 102). Die Revision hat zwar eine Erklärung der Mängelbeseitigung gegenüber der Klägerin nach Behebung der Störung vom 7. Oktober 1991 behauptet, nicht aber substantiiert bei anderen Störungen, die ebenfalls Anlaß zu Nachbesserungen waren. Insbesondere hat sie nicht in einer der Nachprüfung zugänglichen Weise unter Angaben von Zeitpunkt, Inhalt und Form ihrer Erklärungen sowie der Erklärungsempfänger auf Seiten der Klägerin vorgetragen, daß die Hemmung nach Behebung der Störung am 7. Oktober 1991 beendet worden ist, bevor auf neue Störmeldungen der Klägerin am 4. und 5. November 1991 die Beklagte wiederum in gleicher Weise, zumindest aber durch Prüfung von weiteren Mängeln erneut tätig geworden ist.

III. Die Revision der Beklagten ist daher auf ihre Kosten (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

-

Broß

Scharen