

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 71/93

Verkündet am:
28. März 1995
Meyer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Julius D[REDACTED], Schiffswerft GmbH & Co. KG, vertreten durch
die Komplementär-GmbH, Schiffswerft D[REDACTED] GmbH, diese
vertreten durch ihre Geschäftsführer Ingenieur Günther
D[REDACTED] und Dipl.-Ing. Jens D[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED],
M[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
F. [REDACTED] -

gegen

Walter S[REDACTED], Metall- und Kunststofftechnik GmbH, vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Walter S[REDACTED], R[REDACTED]-
D[REDACTED]-Straße [REDACTED], O[REDACTED]-S[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 1995 durch die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. Mai 1993 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Schiffswerft. Sie hatte von der Reederei N- F- den Auftrag erhalten, einen Frischwasser- und einen Fäkalientank in ein Fahrgastschiff der Reederei einzubauen. Am 13. Juli 1990 bestellte sie deshalb bei der Beklagten, einem kunststoff- und metallverarbeitenden Unternehmen, zwei Kunststofftanks, die nach von der Klägerin gefertigten Skizzen herzustellen waren. Am 31. Oktober 1990 holte die Klägerin die Tanks bei der Beklagten ab und lagerte sie zunächst auf ihrem Werftgelände. In der zweiten Novemberhälfte 1990 schob die Klägerin die Tanks in die zu diesem Zeitpunkt offene Flanke des Schiffes ein, die Anschlüsse an das Leitungssystem wurden zunächst noch nicht vorgenommen. Am 1. und 2. Februar 1991 führten Mitarbeiter der Beklagten im Auftrag der Klägerin Änderungsarbeiten an den beiden Tanks durch. Sie wiesen die Klägerin darauf hin, daß als Auflage für die Tanks jeweils ein zusätzlicher Träger in der Mitte erforderlich sei; diese zusätzlichen Träger brachte die Klägerin daraufhin an.

Nach Herstellung der Anschlüsse führte die Klägerin am 20. Februar 1991 eine Probefüllung des Frischwassertanks durch, bei der nach ihrer Darstellung mehrere Leckagen auftraten. Die Klägerin zeigte dies der Beklagten an, die daraufhin am 22. Februar 1991 an dem Tank Nachlaminierungsarbeiten durchführen ließ. Eine am 21. Februar 1991 von der Klägerin durchgeführte Probefüllung des Fäkalientanks zeigte keine Leckstelle.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 25. Februar 1991 befüllte die Klägerin den Frischwassertank erneut und stellte, wie sie vorträgt, wiederum mehrere Lecks fest. Sie zeigte dies der Beklagten an, die noch am gleichen Tage erneut Nachlaminierungsarbeiten vornehmen ließ.

Am 26. Februar 1991 lief das Fahrgastschiff erstmals aus. In den folgenden Tagen traten an beiden Tanks nach Befüllung Lecks auf. Mit Schreiben vom 4. März 1991 teilte die Klägerin dies der Beklagten mit und führte aus, die Tanks seien für die vorgesehenen Zwecke unbrauchbar und würden der Beklagten wieder zur Verfügung gestellt. Die für die Tanks geleistete Zahlung forderte die Klägerin zurück.

Die Beklagte lehnte eine Rücknahme der Tanks mit Schreiben vom 12. März 1991 ab. Etwaige Leckagen seien nicht auf von ihr zu vertretende Mängel, sondern auf unsachgemäßes Befüllen durch die Klägerin zurückzuführen.

Die Klägerin entfernte die Tanks aus dem Schiff und ersetzte sie durch andere Behälter.

Mit der Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Die Tanks hätten nach der Befüllung mehrere Leckstellen aufgewiesen, die auf Material- und Verarbeitungsfehler zurückzuführen seien. Der Beklagten sei es trotz zweier Versuche nicht gelungen, diese Mängel zu beseitigen. Ihren Schaden hat die Klägerin mit den Kosten von neuen Konstruktionszeichnungen, der Fertigung von neuen Tanks, dem Verbringen des Schiffs auf Helling, dem Abpumpen und der Entsorgung des Fäkalientanks, den Kosten des Ausbaus

der Tanks und der Beschichtung der neuen Tanks inklusive Mehrwertsteuer berechnet. Hilfsweise hat sie ihren Schaden in Höhe der Ersatzansprüche der Reederei bemessen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 60.898,80 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 20. April 1991 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der von der Beklagten gelieferten Tanks.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat Konstruktions- und Materialfehler sowie eine fehlerhafte Verarbeitung bestritten und behauptet, vor der Ablieferung der Tanks eine Füll- und Druckprobe vorgenommen zu haben, bei der kein Leck aufgetreten sei. Die Klägerin habe ihre, der Beklagten, Einbauhinweise nicht beachtet und die Tanks nicht vorschriftsmäßig montiert; dadurch seien die nach dem Einbau aufgetretenen Lecks verursacht worden. Im übrigen habe die Klägerin die Tanks vorbehaltlos abgenommen und ihre kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht verletzt.

Über die Frage, worauf die aufgetretenen Leckstellen zurückzuführen seien, ist ein Beweissicherungsgutachten erstattet worden, in dem ausgeführt ist, die Lecks seien wahrscheinlich auf Herstellungsmängel in Form von mehreren klei-

nen Löchern bzw. Hohlstellen in den Tankinnenseiten zurückzuführen. Kunststofftanks mit Rißbildung oder mit Löchern könnten grundsätzlich ausgebessert werden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die von der Klägerin dagegen eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht beurteilt das Vertragsverhältnis der Parteien als Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen, auf den Werkvertragsrecht anzuwenden sei. Dies wird von den Parteien nicht in Frage gestellt und läßt einen Rechtsfehler auch nicht erkennen.

2. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe sich nach der Inempfangnahme der Tanks am 23. Oktober 1990 zunächst mit einer äußeren Untersuchung begnügen dürfen, die keine sichtbaren Mängel ergeben habe. Nachdem die Tanks in das Schiff eingebaut und an das Leitungssystem angeschlossen

gewesen seien, habe die Klägerin unverzüglich eine Dichtigkeitsprüfung durchgeführt und, nachdem diese Prüfung Leckagen gezeigt habe, der Beklagten umgehend die Mängel angezeigt. Damit habe sich die Klägerin ihre Gewährleistungsrechte erhalten (§§ 377 Abs. 1 u. 3, 381 Abs. 2 HGB). Auch diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

3. a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stünden Gewährleistungsansprüche deshalb nicht zu, weil sie die Beklagte nicht unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mängelbeseitigung aufgefordert habe. Nachdem im Anschluß an das zweimalige Nachlaminieren der Tanks durch die Beklagte Ende Februar/Anfang März 1991 am Frischwassertank erneut und am Fäkalientank erstmals Lecks aufgetreten seien, habe die Klägerin die Beklagte nicht unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert, sondern mit ihrem Schreiben vom 4. März 1991 erklärt, sie wolle das Geschäft rückgängig machen. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei nicht entbehrlich gewesen. Gemäß § 634 Abs. 2 BGB bedürfe es einer Fristsetzung nur dann nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich sei oder von dem Unternehmer verweigert werde oder wenn die sofortige Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt werde. Keine dieser Voraussetzungen liege vor.

Eine Behebung der Leckagen sei möglich gewesen, und die Beklagte habe eine Mängelbeseitigung auch nicht verweigert. Nachdem die Klägerin ihr am 20. und 25. Februar 1991 die aufgetretenen Leckagen angezeigt habe, habe die Beklagte unverzüglich am 22. bzw. am 25. Februar 1991 Nachlaminierungs-

arbeiten vorgenommen. Die Klägerin habe daher keinen Anlaß zu der Annahme gehabt, die Beklagte werde zu einer weiteren Nachbesserung nicht bereit sein, als Ende Februar/Anfang März 1991 erneute Lecks aufgetreten seien. Es sei nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagte ihren Rechtsstandpunkt, zur Nachbesserung nicht verpflichtet zu sein, schon vor ihrem Schreiben vom 12. März 1991 zum Ausdruck gebracht habe. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, hätte die Klägerin daraus nicht ohne weiteres folgern dürfen, daß die Beklagte zu einer erneuten Nachbesserung auf keinen Fall bereit sein würde.

b) Die Revision erhebt zu Recht keine Rüge gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die Beklagte nicht gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mängelbeseitigung aufgefordert, als ihr von der Reederei N- F- mitgeteilt wurde, an beiden Tanks seien alsbald nach dem ersten Auslaufen des Schiffs Lecks aufgetreten. Das diesbezügliche Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 4. März 1991 enthält hierüber nichts.

c) Die Revision rügt, es sei rechts- und verfahrensfehlerhaft, daß das Berufungsgericht eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung nicht für entbehrlich gehalten habe, denn die Beklagte habe die Behebung der Leckagen eindeutig und endgültig verweigert.

Es könne unterstellt werden, daß die Beklagte vor ihrem Schreiben vom 12. März 1991 eine Mängelbeseitigung nicht verweigert habe und daß die Klägerin die Beklagte deshalb

bis zum Zugang dieses Schreibens am 13. März 1991 unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Mängelbeseitigung habe auffordern müssen, wenn sie Minderung, Wandelung oder Schadensersatz verlangen wollte. Nachdem die Klägerin das Schreiben der Beklagten vom 12. März 1991 erhalten habe, sei dies jedoch nicht mehr nötig gewesen. In diesem Schreiben heißt es:

"Sehr geehrter Herr D. [REDACTED],

Ihr Schreiben vom 4. März 1991 haben wir erhalten. Den von Ihnen darin erhobenen Vorwurf, die von uns gelieferten Tanks würden nicht den geforderten Ansprüchen gerecht, weisen wir als unbegründet zurück. Die Tanks waren vor Auslieferung im einzelnen überprüft und einer Druckprobe unterzogen worden. Sie waren in einem einwandfreien, vertragsgerechten Zustand ausgeliefert und abgenommen worden.

Eine Rücknahme der Tanks lehnen wir ab. Von irgendwelchen Problemen im Hinblick auf den Fäkalientank ist uns nichts bekannt. Wir gehen davon aus, daß sich die vermeintlichen Beanstandungen der Reederei ausschließlich auf den Frischwassertank beziehen. Etwaige Leckagen an diesem Tank beruhen jedoch nicht auf von uns zu vertretenden Mängeln, sondern vielmehr einzig und allein darauf, daß durch unsachgemäßes Befüllen Überdrücke entstehen, die Ihre Vorgaben bis zum 10-fachen übersteigen. Sie werden sicherlich Verständnis dafür zeigen, daß wir für derartige Umstände nicht zur Verantwortung gezogen werden können. Soweit wir in der Vergangenheit an dem

Frischwassertank Abdichtungsarbeiten ausgeführt haben, geschah dies ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aus bloßer Kulanz.

Es ist für uns nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen von Ihnen der Ausgleich unserer Rechnung vom 31. Januar 1991 verweigert wird. Es handelt sich um nachträglich in Auftrag gegebene Arbeiten, die vertragsgerecht ausgeführt und vorbehaltlos abgenommen worden sind. Wir haben Sie daher aufzufordern, den Rechnungsbetrag von 10.802,64 DM bis spätestens zum

21. März 1991

an uns zu überweisen. Nach ergebnislosem Fristablauf wären wir leider gehalten, weitere Maßnahmen zur Durchsetzung unserer Ansprüche zu ergreifen. ..."

Die Revision macht geltend, diesem Schreiben sei eindeutig zu entnehmen, daß die Beklagte die Nachbesserung verweigere, so daß die Klägerin nach dem Zugang dieses Schreibens am 13. März 1991 nicht mehr gehalten gewesen sei, eine Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung zu setzen, um ihre Gewährleistungsrechte zu wahren.

Die Rüge der Revision hat Erfolg.

Durch die Nachfristsetzung unter Ablehnungsandrohung soll der Schuldner noch einmal in nachhaltiger Form zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung angehalten und ihm klargemacht werden, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Be-

seitigung des Mangels durch ihn abgelehnt werde. Er soll sich entscheiden, ob er die Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung auf sich nehmen oder durch Tätigwerden innerhalb der Frist von sich abwenden will. Da die Fristsetzung den Unternehmer zur Mängelbeseitigung anhalten und ihm sein Risiko vor Augen führen soll, ist sie wegen offensichtlicher Zwecklosigkeit dann entbehrlich, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert. Insoweit sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine endgültige Weigerung liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen, und es damit ausgeschlossen erscheint, daß er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen ließe (vgl. BGHZ 104, 6, 13). Das ist bei strikter Verweigerung der geschuldeten Nachbesserung der Fall (vgl. RGZ 149, 401, 403; Emmerich in MünchKomm. z. BGB, 3. Aufl. Rdn. 276 vor § 275), wobei es keine Rolle spielt, aus welchen Gründen die Mängelbeseitigung verweigert wird, und es auch bedeutungslos ist, ob die Weigerung zu Recht oder zu Unrecht erfolgt (vgl. Thomas in Palandt, BGB, 54. Aufl. § 634 Rdn. 4; Soergel in MünchKomm. z. BGB, 2. Aufl. § 634 Rdn. 15). Auch im nachhaltigen Bestreiten eines Mangels, selbst noch im Prozeß, kann eine Ablehnung des Nachbesserungsverlangens gesehen werden (vgl. BGH NJW 1983, 1731, 1732 r. Sp.).

In dem vorstehend wiedergegebenen Schreiben vom 12. März 1991 hat die Beklagte bekundet, sie lehne eine Nachbesserung ab, da die Tanks vor der Auslieferung von ihr im einzelnen überprüft, einer Druckprobe unterzogen und im einwandfreien, vertragsgerechten Zustand ausgeführt worden seien. Diese Er-

klärung war nicht nur eindeutig, sondern auch ernstlich und endgültig. Denn die Beklagte hat angedroht, sie werde Maßnahmen zur Durchsetzung ihres Zahlungsanspruchs ergreifen, d.h. Klage erheben, wenn der noch offene Rechnungsteilbetrag für "die vertragsgerecht ausgeführte" Arbeit nicht bis zum 21. März 1991 gezahlt sei. Auch im Rechtsstreit hat die Beklagte daran festgehalten, sie habe ihre vertraglich geschuldete Leistung mangelfrei erbracht. Bei dieser Sachlage wäre eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach dem 13. März 1991 eine bloße Förmerei gewesen. Sie war daher entbehrlich.

II. Da der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif ist, sondern noch weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird festzustellen haben, ob von der Beklagten zu vertretende Mängel vorliegen und wenn ja, werden Feststellungen zur Schadenshöhe zu treffen sein, die ebenfalls bestritten ist.

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Melullis

Greiner