

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 4/92

Verkündet am:
8. November 1994
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Hajo F. [REDACTED], Fr. [REDACTED]straße [REDACTED], A [REDACTED] -
[REDACTED], als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der AP
Präzisionswerkzeugfabrik GmbH & Co. KG Maschinenfabrik,
D [REDACTED]straße [REDACTED], A [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Joachim K. [REDACTED], Konstruktionsbüro, Cr [REDACTED] Straße [REDACTED],
C [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1994 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 28. Oktober 1991 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Verwalter im Konkurs über das Vermögen der AP
Präzisionswerkzeugfabrik GmbH & Co. KG, ehemals M
Präzisions-Werkzeugfabrik GmbH & Co. KG (Gemeinschuldnerin), verlangt von dem Beklagten Schadensersatz wegen mangelhafter Konstruktionszeichnungen für zwei Mehrspindelkopf-Wechselmagazine, welche die Gemeinschuldnerin der B Heiztechnik GmbH liefern sollte.

Auf sein Angebot vom 8. September 1987 erteilte die Gemeinschuldnerin dem Beklagten mit Schreiben vom 28. September 1987 den Auftrag zur Herstellung der Konstruktionszeichnungen. In diesem heißt es unter anderem:

"... Garantie/Haftung:

Sie übernehmen bis 18 Monate nach Auslieferung unserer Maschine die Gewährleistungshaftung für die Einhaltung der Leistungsdaten Ihres Konstruktionsanteils. ... Wir bitten Sie, diesen Auftrag ordnungsgemäß schriftlich gegenzubestätigen."

Mit Schreiben vom 20. Oktober 1987 nahm der Beklagte den Auftrag ohne die Garantiebestimmung an. Insoweit verwies er auf Punkt 3 seiner beigelegten Ingenieur-Vertrags-Bedingungen und bat die Gemeinschuldnerin um Einverständnis bis zum 26. Oktober 1987. Im Juni 1988 lieferte der Beklagte die Konstruktionszeichnungen, nach denen die Gemeinschuldnerin die Maschine baute. Dabei zeigten sich nach deren Auffassung Konstruktionsmängel. Der Beklagte erstellte Änderungszeich-



nungen. Im September 1989 wurde die Anlage der B[REDACTED] Heiztechnik GmbH ausgeliefert. Diese rügte umfangreiche Mängel. Die Gemeinschuldnerin beanstandete die Konstruktionszeichnungen und verlangte wiederholt, zuletzt am 19. Dezember 1989, unter Fristsetzung ohne Erfolg Nachbesserung.

Die Gemeinschuldnerin hat ihren Schadensersatzanspruch unter Abzug des dem Beklagten unstreitig zustehenden Honorars von 65.166,-- DM auf 200.978,17 DM beziffert. Der Beklagte hat Verjährung der Gewährleistungsansprüche geltend gemacht.

Die Gemeinschuldnerin hat die Auffassung vertreten, der Vertrag sei zu ihren Bedingungen geschlossen worden. Nach ihrer Garantiebestimmung sei die Frist für die Gewährleistung des Beklagten noch nicht abgelaufen. Sie hat weiter Mangelhaftigkeit der Konstruktionszeichnungen behauptet, was zur Funktionsunfähigkeit der danach gebauten Maschine geführt habe. Der Beklagte sei während der Bauausführung über die auftretenden Mängel ständig informiert worden und habe seine Pläne bis zum 19. Dezember 1989, wenn auch ohne Erfolg, nachzubessern versucht.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Er ist der Ansicht, seine Gewährleistungsbedingungen seien maßgeblicher Vertragsinhalt, weshalb etwaige Gewährleistungsansprüche verjährt seien. Er hat die Fehlerhaftigkeit der Konstruktionszeichnungen, seine Beteiligung an Nachbesserungsarbeiten und die Höhe des geltend gemachten Schadens bestritten.

Das Landgericht hat klageabweisendes Versäumnisurteil gegen die Gemeinschuldnerin erlassen und dieses durch Endurteil mit der Begründung aufrechterhalten, der Schadenersatzanspruch sei verjährt. Die Berufung der Gemeinschuldnerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision rügt der Kläger, der als Konkursverwalter den Rechtsstreit aufgenommen hat, Verletzung formalen und materiellen Rechts. Er beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Coburg vom 11. Dezember 1990 sowie des Versäumnisurteils vom 9. Oktober 1990 den Beklagten zu verurteilen, an ihn 200.978,17 DM nebst 10 % Zinsen darauf seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

hilfsweise die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

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

I. Das Berufungsgericht hat unter Bezug auf die Ausführungen des Landgerichts einen Schadensersatzanspruch der Gemeinschuldnerin aus Werkvertrag nach § 635 BGB wegen Verjährung gemäß §§ 638, 222 BGB verneint. Es hat angenommen, daß die Vertragspartner keine verbindliche Absprache über die Gewährleistungsfrist getroffen haben. Die Gemeinschuldnerin habe nach ihrem nicht bestrittenen Vortrag den Beklagten fernmündlich davon in Kenntnis gesetzt, daß sie die im Schreiben vom 20. Oktober 1987 gewünschten Gewährleistungsfristen nicht annehme, so daß auch die Bedingungen des Beklagten nicht Vertragsinhalt geworden seien. Damit griffen die gesetzlichen Regeln ein, wonach Verjährung eingetreten sei. Daran ändere nichts das ergänzende Vorbringen der Gemeinschuldnerin im Schriftsatz vom 7. Dezember 1990. Hiermit sei die Gemeinschuldnerin auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen, weil die Zurückweisung durch das Landgericht wegen grober Nachlässigkeit zu Recht erfolgt sei. Die Gemeinschuldnerin habe die Verspätung ihres Sachvortrags nicht ausreichend entschuldigt. Die Verjährung sei spätestens am 5. August 1989 eingetreten. Eine Hemmung der Verjährung gemäß § 639 BGB habe die Gemeinschuldnerin nicht vorgetragen, insbesondere sei ihre zunächst unsubstantiierte Behauptung, daß der Beklagte ständig auf Mängel hingewiesen worden sei und diese beseitigt habe, erst mit Schriftsatz vom 7. Dezember 1990 konkretisiert worden; mit diesem Vorbringen sei die Gemeinschuldnerin jedoch ausgeschlossen.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß die Parteien einen Werkvertrag gemäß § 631 BGB über die Herstellung von Konstruktionszeichnungen für zwei Mehrspindelkopf-Wechselmagazine geschlossen haben. Es hat auch zutreffend ausgeführt, daß mangels abweichender Vereinbarungen der Parteien die gesetzlichen Verjährungsregeln eingreifen, wonach die Ansprüche des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie auf Schadensersatz nach § 638 Abs. 1 BGB binnen sechs Monaten verjähren und der Unternehmer gemäß § 222 Abs. 1 BGB nach der Vollendung der Verjährung die Leistung verweigern kann.

Das Berufungsgericht hat allerdings nicht geprüft, ob und wann die Gemeinschuldnerin die Konstruktionszeichnungen gemäß § 640 BGB abgenommen und damit den Lauf der Verjährungsfrist in Gang gesetzt hat (§ 638 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch das Landgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Nach dessen Auffassung begann die Gewährleistungsfrist mit der Auslieferung des zweiten Teils der Konstruktionspläne am 21. Juni 1988; später gelieferte Zeichnungen hätten nur Nacharbeiten, nicht aber die Konstruktion der Maschine als solche betroffen. Dabei hat das Landgericht nicht beachtet, daß Voraussetzung des § 640 BGB nicht die Lieferung des Werkes durch den Unternehmer, sondern die Entgegennahme des Bestellers mit der Erklärung ist, er anerkenne das Werk als die vertragsgemäße Leistung (BGH, Urt. v. 18. September 1967 - VII ZR 88/65, BGHZ 48, 257, 262; BGH, Urt. v. 30. Juni 1983 - VII ZR 185/81, WM 1983, 1104, 1105). Ob die Gemeinschuldnerin durch Entgegennahme der Zeichnungen eine solche zumindest stillschweigende Billigung des Werkes erklärt hat, erscheint aufgrund der Ausführungen des Landgerichts schon

deshalb mehr als zweifelhaft, weil nach den von den Parteien vorgelegten Urkunden, deren Inhalt nicht bestritten ist und die das Landgericht bei seinen Erwägungen nicht - erkennbar - berücksichtigt hat, die Gemeinschuldnerin bereits mit Schreiben vom 13. Juni 1988, also vor Auslieferung des zweiten Zeichnungsteils, Mängelrügen erhoben und der Beklagte unter dem 23. Juni 1988 der Gemeinschuldnerin bestätigt hat, daß sämtliche Zusammenstellungen und Bedienungsanleitungen noch ausstehen. Voraussetzung der Abnahme eines Werkes ist dessen Vervollendung. Einer Werkabnahme steht zwar nicht entgegen, daß noch kleinere und für die Gebrauchsfähigkeit des Werkes unbedeutende Restarbeiten ausstehen. Die noch ausstehenden Leistungen müssen aber von solch untergeordneter Bedeutung sein, daß das Werk bei natürlicher Betrachtung als Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung angesehen werden kann. Nur unter diesen Voraussetzungen kann angenommen werden, daß der Besteller das Werk als im wesentlichen vertragsgerecht billigt, was Kernstück der Abnahme auch im Fall einer stillschweigenden Werkabnahme ist (vgl. Sen.Urt. v. 3. November 1992 - X ZR 83/90, BGHR § 640 Abs. 1 - Werkvollendung 1). Hatte der Beklagte aber bei Übergabe der Zeichnungen am 21. Juni 1988 noch nicht die volle vertragsgemäße Leistung erbracht, so ist schon aus diesem Grunde die Vervollendung des Werks zweifelhaft. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht hierzu Feststellungen treffen müssen, nachdem das Landgericht die Voraussetzungen der Abnahme nach § 640 BGB ersichtlich verkannt hatte.

Da somit nicht feststeht, wann die Verjährung begonnen hat, kann schon aus diesem Grunde das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

2. Das Berufungsgericht ist ferner der streitigen und unter Zeugenbeweis gestellten Behauptung der Gemeinschuldnerin nicht nachgegangen, der Beklagte habe anlässlich der Angebotsbesprechung am 14. September 1987 eine Garantiefrist von 12 Monaten nach Inbetriebnahme der nach den vertragsgegenständlichen Konstruktionszeichnungen gebauten Maschine akzeptiert; die Maschine sei bislang nicht abgenommen. Insoweit sind seine Ausführungen nicht frei von Rechtsfehlern. Mit Erfolg beanstandet die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts, dieses Vorbringen der Gemeinschuldnerin sei nach § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen, weil das Landgericht diesen Sachvortrag zu Recht nach § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen habe.

a) Nach § 528 Abs. 3 ZPO ist eine Partei in der Berufungsinstanz nur mit solchen Angriffs- und Verteidigungsmitteln ausgeschlossen, die im ersten Rechtszug zu Recht als verspätet zurückgewiesen worden sind. Das Berufungsgericht hat alle Voraussetzungen des vom Landgericht herangezogenen Zurückweisungsgrundes zu prüfen. Da es sich um objektiv festzustellende Umstände handelt, ist die Überprüfung aus der Sicht des Rechtsmittelgerichts vorzunehmen, so daß auch nachträglich bekannt werdende Tatsachen zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Urt. v. 24. April 1985 - VIII ZR 95/84, BGHZ 94, 195, 212 f.).

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen nur geprüft, ob die Gemeinschuldnerin wegen ihres vom Landgericht als verspätet angesehenen Sachvortrags im Schriftsatz vom 7. Dezember 1990 genügend entschuldigt ist. Dies hat es zutreffend verneint. Der Umstand, daß das Landgericht mit der Ladung

zum Termin keine Schriftsatzäußerungsfrist gesetzt hat, und die Annahme, daß die Anreise zum Landgericht am Terminstag infolge Glatteises zumindest mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre, können keine Entschuldigung dafür darstellen, daß der Schriftsatz vom 7. Dezember 1990 nur vier Tage vor dem Verhandlungstermin am 11. Dezember 1990 beim Landgericht eingegangen ist. Wegen der weiteren Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht lediglich auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen.

Als verspätet hat das Landgericht die im Schriftsatz vom 7. Dezember 1990 enthaltene Behauptung angesehen, der Beklagte habe am 14. September 1987 Einverständnis mit einer Garantiefrist von 12 Monaten nach Inbetriebnahme der Maschine erklärt. Nur diese Behauptung war Gegenstand der Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO. Diese hat das Landgericht damit begründet, die Zulassung des Angriffsvorbringens würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. Der Beklagte habe das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung bestritten, so daß die Vernehmung des von der Gemeinschuldnerin angebotenen Zeugen in einem neuen Termin erforderlich gewesen wäre. Der Beklagte habe auch keine Gelegenheit gehabt, sich vor dem Termin am 11. Dezember 1990 zu diesem Vorbringen der Gemeinschuldnerin zu äußern. Das Gericht habe deshalb den Zeugen auch nicht laden können. Die Verspätung beruhe auf grober Nachlässigkeit der Gemeinschuldnerin. Der Beklagte habe bereits mit Schriftsatz vom 18. Mai 1990 die Einrede der Verjährung erhoben. Seitdem habe die Gemeinschuldnerin gewußt, daß zur Frage der Gewährleistungsfrist substantiierter Sachvortrag und ausreichender Beweisantritt erforderlich

gewesen sei. Die gesamte Prozeßführung der Gemeinschuldnerin sei auch im übrigen durch ausgesprochene Sorglosigkeit gekennzeichnet.

b) Die Revision macht mit Recht geltend, das Landgericht habe den im Schriftsatz vom 7. Dezember 1990 enthaltenen Sachvortrag nicht gemäß § 296 Abs. 2 ZPO zurückweisen dürfen. Diese Vorschrift setzt voraus, daß Angriffs- und Verteidigungsmittel entweder entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig schriftsätzlich mitgeteilt worden sind. Ob das Landgericht einen Verstoß gegen § 282 Abs. 1 ZPO oder gegen Abs. 2 der Vorschrift angenommen hat, ist aus seinem Urteil nicht zu entnehmen. Auch das Berufungsgericht hat sich dazu nicht ausgesprochen. Beides wäre fehlerhaft gewesen.

Ein Verstoß gegen § 282 Abs. 1 ZPO liegt schon deshalb nicht vor, weil in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 9. Oktober 1990 zur Sache nicht verhandelt worden ist und in der zweiten am 11. Dezember 1990 die Gemeinschuldnerin den im Schriftsatz vom 7. Dezember 1990 mitgeteilten Vortrag geltend gemacht hat. Eine Verletzung des § 282 Abs. 2 ZPO kommt deshalb nicht in Betracht, weil sich der Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 1990 zu dem Vortrag der Gemeinschuldnerin durch Bestreiten geäußert hat und unerfindlich ist, welche Erkundigungen der Anwalt des Beklagten noch einzuholen gehabt hätte, um seiner Substantiierungs- und Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO zu genügen. Zu der Frage, welche Absprachen die Vertragspartner am 14. September 1987 anläßlich der Besprechung des Angebo-

tes des Beklagten getroffen hatten, hatte der Anwalt des Beklagten bereits die erforderlichen Informationen erhalten und diese im Schriftsatz vom 2. November 1990 verwertet.

Soweit das Landgericht die Zurückweisung des Sachvortrags gemäß § 296 Abs. 2 ZPO damit begründet, das Gericht habe wegen des verspäteten Sachvortrags der Gemeinschuldnerin den von dieser benannten Zeugen nicht zur mündlichen Verhandlung laden können, verkennt es die Voraussetzungen des § 282 Abs. 2 ZPO. Die Vorschrift verlangt nicht, daß neues Vorbringen so rechtzeitig schriftsätzlich anzukündigen sei, daß das Gericht noch vorbereitende Maßnahmen nach § 273 ZPO treffen kann. Zweck der Vorschrift ist es, dem Gegner eine sachgemäße mündliche Verhandlung zu ermöglichen, nicht aber dem Richter eine möglichst frühzeitige Kenntnis von dem beabsichtigten mündlichen Parteivortrag zu verschaffen und ihm dadurch die Möglichkeit zu vorbereitenden Maßnahmen zu geben (vgl. BGH, Urt. v. 28. September 1988 - IVa ZR 88/87, NJW 1989, 716, 717; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 282 Rdn. 27). Will das Gericht sicherstellen, daß die Schriftsätze der Parteien so frühzeitig eingehen, daß eine Ladung von Zeugen und andere vorbereitende Maßnahmen angeordnet werden können, so muß es gemäß §§ 273 Abs. 2 Nr. 1, 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 und 4, 276 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, 277 ZPO Fristen setzen.

III. Da das angefochtene Urteil somit keinen Bestand hat, kommt es auf die weiteren Rügen der Revision nicht mehr an.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zunächst, gegebenenfalls durch Beweisaufnahme, zu klären haben, welche Absprachen die Vertragspartner hinsichtlich der Gewährleistungsfristen am 14. September 1987 getroffen haben. Sollte es sich erweisen, daß die Parteien die Garantiefrist der Gemeinschuldnerin oder die Fristen des Beklagten verbindlich vereinbart haben, so wird das Berufungsgericht auf der jeweiligen Grundlage zu prüfen haben, ob die Schadensersatzforderung der Gemeinschuldnerin verjährt ist. Sollte eine bestimmte Parteiabsprache nicht erweislich sein, so ist die Verjährung nach § 638 BGB unter Berücksichtigung der oben genannten Grundsätze zu prüfen. Dabei wird das Berufungsgericht aufklären müssen, warum es statt der gesetzlichen Verjährungsfrist von sechs Monaten von einer Jahresfrist ausgehen will. Sollte danach Verjährung nicht eingetreten sein, wird sich das Berufungsgericht mit dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch in der Sache zu befassen haben.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Greiner