



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 150/00

Verkündet am:
25. Juni 2002
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 12. Juli 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 6. Februar 1997 einen Vertrag über die Lieferung von 4300 Stück Unterlagsbrettern aus Lärchenschnittholz für die Fertigung von Betonsteinen. In der Bestellung der Beklagten waren die gewünsch-

ten

Eigenschaften der Bretter wie folgt angegeben:

"Langsam gewachsen, Holzklasse 1/3, alle Einzelhölzer gleichmäßig breit und 4seitig gehobelt, alle losen und ausfallenden Äste werden ausgedübelt.

Die Fertigungsflächen sind geschlossen, Fehlstellen dauerhaft ausgebessert.

Die Außenseiten (Stirnseiten) mit C-Profilen kraftschlüssig verpreßt und vernietet ..."

Die Klägerin bestätigte den Auftrag über

"Unterlagsbretter aus Lärche-Brettware der Gtcl. I/III, Durchfalläste ausgedübelt, ... Oberflächen beidseitig gehobelt und imprägniert ..."

und mit Schreiben vom 11. März 1997 sämtliche von der Beklagten gestellten Anforderungen an die Bretter.

Nachdem die Klägerin in der Zeit vom 17. bis 24. April 1997 Unterlagsbretter an die Beklagte geliefert hatte, beanstandete diese mit Schreiben vom 24. April 1997 Mängel; ca. 80 % der Bretter seien mit Fehlstellen, unbehandelten trockenen Ästen und Weichholzfasern aus Kernholz belastet. Die Klägerin nahm die Bretter zur Nachbearbeitung zurück und lieferte vom 13. bis 27. Juni 1997 erneut Unterlagsbretter an, deren Abnahme die Beklagte ebenfalls ablehnte, da die Nachbesserung fehlgeschlagen sei. Die Klägerin widersprach dem und kündigte an, die Sache ihren Rechtsanwälten zu übergeben.

Die Beklagte gab zunächst einen Teil der Bretter an die Klägerin zurück. Eine weitere Rückgabe machte sie davon abhängig, daß die Klägerin einer Wandlung des Vertrages zustimme.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Herausgabe von 2533 Unterlagsbrettern aus Lärchenschnittholz in Anspruch genommen. Die Beklagte hat widerklagend die Zustimmung der Klägerin zur Wandlung, Zug um Zug gegen Herausgabe der Bretter, begehrt.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die im übrigen erfolglose Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht auch die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Widerklageantrag weiter. Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen; ihre gegen die Abweisung der Klage gerichtete Anschlußrevision hat der Senat nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht hat die Widerklage für unbegründet gehalten, weil die Beklagte nicht bewiesen habe, daß die von der Klägerin gelieferten Bretter im entscheidenden Zeitpunkt einen Fehler aufgewiesen hätten. Dabei hat es offengelassen, ob es insoweit auf den Zeitpunkt der Lieferung der

Bretter im Juni 1997 oder - was aufgrund der Rechtsnatur des zwischen den Parteien geschlossenen Werklieferungsvertrages über unvertretbare Sachen näher liege - mangels Abnahme i.S.d. § 640 BGB auf den Zeitpunkt der Ablehnung einer Nachbesserung und Wandlungserklärung durch die Beklagte - also spätestens den 4. Juli 1997 - ankomme. Die Feststellungen des im selbständigen Beweisverfahren beauftragten Sachverständigen S. könnten zwar belegen, daß die gelieferten Bretter fehlerhaft seien. In Anbetracht der Darlegungen des vom Berufungsgericht gehörten Sachverständigen Sch. könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß der vom Sachverständigen S. am 5. Dezember 1997 festgestellte Zustand der Bretter erst nach deren Anlieferung aufgrund unsachgemäßer Lagerung und Nichtingebrauchnahme durch die Beklagte eingetreten sei.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe angebotenen Zeugenbeweis dafür übergangen, daß die Bretter bereits bei Anlieferung fehlerhaft gewesen seien. Zudem habe der Sachverständige S. Fehler festgestellt, die nicht durch unsachgemäße Lagerung verursacht sein könnten. Die beantragte Anhörung des Sachverständigen S. habe das Berufungsgericht nicht ablehnen dürfen.

3. Die Berechtigung dieser Rügen kann dahinstehen. Das Berufungsgericht hat die Verteilung der Gefahrtragung beim Werkvertrag nicht hinreichend beachtet und insbesondere nicht ausreichend bedacht, daß der Unternehmer grundsätzlich ein bei Abnahme fehlerfreies Werk schuldet. Damit kann die Abweisung der Widerklage mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

a) Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, daß die Parteien einen Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen geschlossen haben, da der Vertrag auf die Herstellung und Lieferung von Brettern gerichtet gewesen sei, die speziell nach den Vorstellungen der Beklagte anzufertigen waren.

b) Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß einerseits die Beklagte die Bretter nicht abgenommen hat, andererseits die Klägerin der verlangten Wandlung nicht zugestimmt hat, was gleichfalls revisionsrechtlicher Nachprüfung standhält.

c) Die Beklagte kann daher nach § 634 Abs. 1 BGB in der nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB auf das Schuldverhältnis anwendbaren, bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (im folgenden: a.F.) grundsätzlich Wandlung verlangen, wenn die Bretter nicht die zugesicherten Eigenschaften aufweisen oder mit Fehlern behaftet sind, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, und - sofern nicht entbehrlich - die weiteren Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 BGB a.F. (Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) vorliegen.

Zu letzterem hat das Berufungsgericht keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen; einen Werkmangel hat es jedenfalls nicht verneint.

Im Berufungsurteil wird vielmehr ausgeführt, daß die Befunde des gerichtlichen Sachverständigen S. im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich insofern geeignet sein könnten, Fehler der Bretter zu belegen, als der Sachverständige angegeben habe, daß das verwendete Holz nicht der Güte

I/III entspreche, die Äste in den Hölzern nur zu einem geringen Teil und dann auch nur sehr gering ausgedübelt oder befestigt und zum Teil verfault bzw. abgestorben seien, die Fertigungsflächen nicht komplett geschlossen und Fehlstellen in der Holzoberfläche nicht dauerhaft ausgebessert seien. Soweit das Berufungsgericht es jedenfalls für möglich hält, daß diese Fehler erst nach Anlieferung entstanden sind, kommt es auf diesen Umstand als solchen nicht an. Die Fehlerfreiheit muß im Zeitpunkt der - bislang fehlenden - Abnahme gegeben sein. Das Wandlungsrecht entfiele zwar, wenn die Bretter bei Lieferung und der Aufforderung der Klägerin an die Beklagte zur Abnahme fehlerfrei waren; auf eine nach diesem Zeitpunkt eingetretene Verschlechterung könnte sich die Beklagte ebenso wie auf fehlende Abnahme nicht berufen, wenn sie diese grundlos verweigert hätte, was insbesondere bei der Lieferung fehlerfreier Ware der Fall gewesen wäre. Da der Unternehmer bis zur Abnahme die Beweislast für die Fehlerfreiheit des Werks trägt (Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1974; v. 24.11.1998 - X ZR 21/96, NJW-RR 1999, 347, 349; BGH, Urt. v. 10.10.1996 - VII ZR 250/94, NJW 1997, 259), hätte diese jedoch festgestellt werden müssen. Das Berufungsgericht hält indessen eine Verschlechterung der Ware durch unsachgemäße Lagerung zwar für möglich und verweist darauf, daß der gerichtliche Sachverständige Sch. sogar angenommen habe, daß die von ihm festgestellten Risse und Fugen im Holz mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erst durch die wechselnden klimatischen Verhältnisse bei der Lagerung in der Zeit nach Juni/Juli 1997 entstanden seien. Entsprechende Feststellungen hat es hingegen nicht getroffen.

II. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist jedenfalls nicht auszuschließen, daß dem nach alledem dem

Grunde nach denkbaren geltend gemachten Wandlungsanspruch der Beklagten durchgreifende Bedenken auch im übrigen nicht entgegenstehen.

1. Durch § 5 Nr. 6 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin wird ein solcher Anspruch nicht gehindert. Nach dieser Regelung sollen sich allerdings die Ansprüche des Käufers bei fehlerhafter Lieferung auf das Recht zur Nachlieferung fehlerfreier Ware in angemessener Frist beschränken. Diese - vom Landgericht im übrigen zu Recht für nach § 9 AGBG (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) unwirksam gehaltene (BGHZ 93, 29, 62; BGH, Urt. v. 2.2.1994 - VIII ZR 262/92, NJW 1994, 1004) - Klausel ist indessen schon nicht Vertragsbestandteil geworden, weil die Beklagte ihrerseits unter Bezugnahme auf ihre Einkaufsbedingungen bestellt hat, die auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche verweisen (BGHZ 61, 282, 287 f.; BGH, Urt. v. 22.3.1995 - VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671, 1672).

2. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Beklagte ihre Rügeobliegenheit nach §§ 381 Abs. 2, 377 Abs. 1 HGB verletzt hat. Nach seinen Feststellungen lieferte die Klägerin in der Zeit von Donnerstag, dem 17. April 1997, bis zum 24. April 1997 Bretter an die Beklagte, die mit Schreiben vom 24. April 1997 anzeigte, daß die Lieferungen mangelhaft seien. Nachdem die Klägerin die Bretter wieder abgeholt und nachgebessert hatte, lieferte sie in der Zeit vom 13. bis 27. Juni 1997 erneut Bretter aus. Die Beklagte erklärte unter dem 27. Juni 1997, daß die Nachbesserung keinen Erfolg gehabt habe. Danach ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß die Beklagte rechtzeitig gerügt hat.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist jedenfalls eine über zwei Wochen nach Entdeckung des Mangels erhobene Mängelrüge nicht mehr unverzüglich erfolgt (BGHZ 93, 338, 348). Die Vorschrift des § 377 HGB ist im Interesse der im Handelsverkehr unerläßlichen schnellen Abwicklung der Handelsgeschäfte streng auszulegen (BGH, Urt. v. 17.9.1954 - I ZR 62/53, NJW 1954, 1841). Das bedeutet, daß die Anzeige eines erkannten Mangels alsbald zu erfolgen hat, sofern ihr keine entschuldbaren (§ 121 BGB) Hindernisse entgegenstehen. Bei der Teillieferung vom 24. April 1997 ist das unzweifelhaft geschehen. Hinsichtlich der davor im Abstand von wenigen Tagen erfolgten Teillieferungen ist zu berücksichtigen, daß zwar auch bei Teil- und Sukzessivlieferungen grundsätzlich jede einzelne Lieferung gerügt werden muß (BGHZ 101, 337, 339). Teillieferungen in diesem Sinne liegen jedoch grundsätzlich nur vor, wenn die Zusendung der einzelnen Posten als selbständige Akte der Vertragserfüllung vom Verkäufer gewollt und dem Käufer so erkennbar gemacht sind (Staub/Brüggemann, Großkomm. HGB, 4. Aufl., § 377 Rdn. 119). Bei einer einheitlichen Lieferung, die der Verkäufer aus Gründen der Verpackung oder der zur Verfügung stehenden Transportmittel in kurzen Abständen nacheinander zum Abgang bringt, darf das Ende der Lieferung abgewartet werden. Anders kann es wiederum liegen, wenn die Einzelsendungen zeitlich erheblich auseinander liegen (Staub/Brüggemann, aaO). Wie insoweit der Sachverhalt zu werten ist, muß der tatrichterlichen Beurteilung überlassen bleiben.

Nach Nachbesserung und erneuter Lieferung mußte die Beklagte erneut unverzüglich rügen (BGHZ 143, 307, 313). Das hat sie wiederum am Tage der letzten Teillieferung getan. Für die Beurteilung gilt daher insoweit nichts anderes als für die Erstlieferungen.

3. Das Berufungsgericht hat ferner offengelassen, ob es einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedurft habe. Nach seinen tatsächlichen Feststellungen ist das zu verneinen:

Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 27. Juni 1997 erklärt hatte, die Nacharbeit habe keinen Erfolg gehabt, alle weiteren Lieferungen wiesen die gleichen, bereits bei der ersten Beanstandung vorgetragenen Mängel auf, was sie zwingt, die Abnahme der Unterlagsbretter zu verweigern, antwortete die Klägerin, sie habe die Nachbesserung ordnungsgemäß vorgenommen, und kündigte an, die Sache ihren Rechtsanwälten zu übergeben; leider müßten sich die Parteien jetzt gerichtlich auseinandersetzen. Danach hat die Klägerin eine weitere Bearbeitung der Bretter oder eine Neulieferung ernsthaft und endgültig abgelehnt, was die Beklagte - sofern die Bretter fehlerhaft waren - berechtigte, vom Vertrag Abstand zu nehmen, ohne der Klägerin zuvor eine Frist zur Erfüllung des Vertrages mit der Erklärung zu setzen, daß sie die Beseitigung des Mangels nach Ablauf der Frist ablehne (vgl. BGHZ 105, 103, 105; Sen.Urt. v. 28.3.1995 - X ZR 71/93, NJW-RR 1995, 939, 940). Das gleiche ergibt sich aus dem Umstand, daß die Klägerin im ersten Rechtszug jeden Mangel der Bretter in Abrede gestellt hat, und ebenso daraus, daß sie im Berufungsrechtszug zwar zunächst vorgebracht hat, es gehe ihr bei ihrem Herausgabeverlangen nicht nur um eine sachgerechte Lagerung des Holzes, sondern auch darum, die Kaufsache einer abermaligen intensiven Überprüfung zu unterziehen und ihr Nachbesserungsrecht in Anspruch zu nehmen, dann jedoch die Verantwortung für den von dem Sachverständigen Sch. festgestellten Zustand der Bretter von sich gewiesen hat.

4. Mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts kann ein Wandlungsanspruch der Beklagten auch nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, daß sie eine wesentliche Verschlechterung der Bretter verschuldet hätte (§§ 651 Abs. 1 Satz 2, 467, 351 BGB a.F.).

III. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zunächst zu prüfen haben, ob die Fehlerhaftigkeit der gelieferten Bretter allein darauf zurückzuführen ist, daß sie von der Beklagten nicht sachgerecht gelagert worden sind. In diesem Fall könnte bereits ein Mangel des Werks zu verneinen sein. (vgl. BGH, Urt. v. 30.6.1977 - VII ZR 325/74, BauR 1977, 420, 421; Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., § 633 Rdn. 1a; Soergel, in: MünchKomm BGB, 3. Aufl., § 633 Rdn. 57 f.; Soergel/Teichmann, BGB, 12. Aufl., Vor § 633 Rdn. 26).

Im Zusammenhang mit der Prüfung eines Werkmangels werden gegebenenfalls auch zum Beweis oder Gegenbeweis des Zustands der Bretter bei Anlieferung angebotene Zeugen zu hören sein. Das Berufungsgericht wird ferner die von der Revision angeführten Widersprüche zwischen den Befunden der Sachverständigen S. und Sch. zu klären haben.

Sollte ein Werkmangel nicht auszuschließen sein, wird zu prüfen sein, ob durch nicht fachgerechte Lagerung jedenfalls eine *weitere*, wesentliche Verschlechterung der Bretter bewirkt worden ist, die die begehrte Wandlung des Werklieferungsvertrages ausschließt. In diesem Fall hätte die Beklagte zu beweisen, daß die Verschlechterung von ihr nicht verschuldet ist (BGH, Urt. v. 23.10.1974 - VIII ZR 143/73, NJW 1975, 44).

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Richter am BGH Asendorf
ist urlaubsbedingt ortsab-
wesend und daher verhindert
zu unterschreiben

Melullis