
Datum: 19.02.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 144/01
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0219.24U144.01.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 23 O 69/01

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 22.06.2001 verkündete Urteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 74.580,10 EUR nebst 7,25 % Zinsen seit dem 27.02.2001 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

- Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe eines Betrages von 145.866,00 DM (74.580,10 EUR), den sie auf Grund des rechtskräftigen Teil- und Grundurteils des OLG Bremen vom 30.11.2000 (Az. 2 U 68/95) an den Stahlbauer I gezahlt hat. 2
- Der Stahlbauer I bestellte am 3.12.1992 bei der Klägerin eine Absauganlage nebst Schweißtischzubehör zu einem Nettopreis von 76.500,00 DM. Die Klägerin bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 8.12.1992. Sie beauftragte die Beklagte mit der Herstellung und Lieferung dieser Anlage. Den Auftrag zur Montage der Absauganlage in seinem Betrieb erhielt die Beklagte unmittelbar vom Stahlbauer I. Den zu der Absauganlage passenden Brennschneidetisch baute I nach von der Beklagten gefertigten Zeichnungen selbst. 3
- Die Montage der Absauganlage im Betrieb des Stahlbauers I wurde am 19.05.1993 abgeschlossen. Am 19. oder 20.05.1993 trat I seinen Urlaub an. Unmittelbar nach Urlaubsrückkehr rügte er mit Schreiben vom 4.06.1993 gegenüber der Klägerin die fehlende Funktionsfähigkeit der Absauganlage und führte eine Reihe von Mängeln an, deren sofortige Beseitigung er verlangte (Bl. 110 f. GA). Die Klägerin leitete die Mängelrügen unter dem 7.06.1993 an die Beklagte weiter und forderte diese zur umgehenden Beseitigung der aufgeführten Mängel auf (Bl. 112 f. GA). Weiter heißt es in dem Schreiben vom 7.06.1993: 4
- "Der guten Ordnung halber teilen wir Ihnen mit, daß eine Bezahlung Ihrer o.g. Rechnung gemäß Absprache erst nach Abnahme der Anlage durch den Kunden erfolgen kann." 5
- Mit Schreiben vom 24.06.1993 (Bl. 114 GA) wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass mehrere Nachbesserungsversuche in den vergangenen zwei Wochen überwiegend nicht zum gewünschten Erfolg geführt hätten. Sie bat um Mitteilung, wie und wann die Beklagte die weiterhin auftretenden Mängel beseitigen könne. Die Beklagte reagierte hierauf mit Schreiben vom 8.07.1993 (Bl. 115 GA), in dem sie der Klägerin mitteilte, dass die noch bestehenden Mängel an der Anlage am Vortag von ihren Service-Mitarbeitern "zur vollen Zufriedenheit des Kunden" beseitigt worden seien. 6
- Mit Telefax vom 12.07.1993 (Bl. 116 GA) rügte I gegenüber der Klägerin einen Defekt an der Sicherung des Steuertrafos und bat um schnelle Beseitigung der Störung. Mit einem weiteren an die Klägerin gerichteten Telefax vom 15.07.1993 (Bl. 117 GA) beanstandete I die fehlende Funktionsfähigkeit der Absaugung. Die Maschine gehe ständig auf Störung. Der Rechner teile mit, dass das Magnetventil 0003 nicht öffne und verweise auf die Bedienungsanleitung. Eine Bedienungsanleitung liege aber nicht vor. Er forderte umgehende Mängelbeseitigung und wies die Klägerin darauf hin, dass die Abnahme erst nach 40stündiger mängelfreier Laufzeit erfolgen könne. Die Klägerin leitete dieses Schreiben mit Telefax vom 15.07.1993 an die Beklagte weiter und forderte diese auf, dem Kunden umgehend eine Bedienungsanleitung zu übersenden und die Störung zu beheben. 7
- Nachdem der Stahlbauer I unter dem 29.07./03.08.1993 mit der X Leasing GmbH einen Leasingvertrag über die von der Beklagten hergestellte Anlage geschlossen hatte, überwies die Leasinggeberin die vereinbarte Vergütung an die Klägerin. 8
- Am 13.08.1993 suchte der Mitarbeiter der Klägerin C den Betrieb des Stahlbauers I auf. Dieser bemängelte, dass die Anlage nicht richtig sauge. Die Rückstände aus dem dafür vorgesehenen Behälter verschwänden innerhalb der Absauganlage. Die Umgebung der Absauganlage und des Schweißtisches sei sehr verstaubt. Diese Rügen teilte C dem 9

- Mitarbeiter der Beklagten U am 16.08.1993 mit und fertigte unter dem 17.08.1993 eine Aktennotiz über den Besuch bei I und das Telefonat mit U. Mit Schreiben vom 18.08.1993 (Bl. 119 f. GA) übersandte die Klägerin der Beklagten eine Abschrift der Aktennotiz und forderte sie zur Mängelbeseitigung auf.
- Mit Schreiben vom 24.08.1993 (Bl. 121 GA) wandte sich die Beklagte an I. Sie wies darauf hin, dass die eingehende Überprüfung der Anlage durch einen Service-Techniker am 19.08.1993 einwandfrei ergeben habe, dass diese voll funktionstüchtig sei. Sie kündigte an, die erbrachte Serviceleistung in Rechnung zu stellen. 10
- Mit Schreiben vom 25.08.1993 (Bl. 122 f. GA) berichtete die Klägerin von ihren Feststellungen anlässlich eines Besuchs im Betrieb des Stahlbauers I. Sie beanstandete erhebliche Verschmutzungen im Bereich des Schweißtisches. Dagegen sammelten sich in der Filteranlage verhältnismäßig wenige Abluftpartikel an. Beim Autogen-schweißen sei ein Absaugeffekt nicht erkennbar gewesen. Außerdem laufe der Zusatzkompressor nahezu ständig. Sie äußerte die Vermutung, dass die Anlage nicht korrekt arbeite oder zumindest nicht ausreichend absauge. 11
- Am 7.09.1993 wechselten Monteure der Beklagten defekte Magnetschaltventile aus. Danach zeigte sich, dass der Schweißrauch nicht ausreichend abgesaugt wurde, wenn zwei Klappen gleichzeitig geöffnet waren. Dies teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 14.09.1993 mit (Bl. 124 GA). 12
- Mit Telefax vom 15.10.1993 kündigte die Beklagte an, am 25.10.1993 ein neues Ventilatorteil mit einer stärkeren Absaugleistung einzubauen (Bl. 127 GA). Mit einem an I gerichteten Telefax vom 25.10.1993 versprach sie, den Umbau der Filteranlage definitiv am 2.11.1993 durchzuführen (Bl. 128 GA). 13
- Mit Einschreiben vom 26.10.1993 (Bl. 129 GA) erinnerte die Klägerin an ihre Beanstandung vom 14.09.1993, wonach die gelieferte Anlage nicht ordnungsgemäß arbeite, da die Saugleistung offensichtlich zu gering dimensioniert worden sei. Sie setzte der Beklagten eine Nachfrist zum 2.11.1993. Weiter heißt es in dem Schreiben: 14
- "Sollten Sie bis zu diesem Termin die von Ihnen gelieferte Anlage nicht in einen ordnungsgemäß betriebsbereiten Zustand gebracht haben, machen wir Ihnen gegenüber den uns entstehenden Schaden geltend. Ausdrücklich behalten wir uns zusätzlich vor, evtl. von unserem Recht auf Wandelung Gebrauch zu machen." 15
- Unter dem 3.11.1993 kündigte die Beklagte dem Stahlbauer I an, den Umbau der Absauganlage am 9.11.1993 abzunehmen und Luftmessungen durchzuführen (Bl. 130 GA). 16
- Mit Telefax vom 10.11.1993 (Bl. 131 GA) beanstandete die Klägerin gegenüber der Beklagten, dass diese die Messungen in Abwesenheit eines ihrer Mitarbeiter vorgenommen habe. Sie verlangte, dass ihr der ordnungsgemäße Zustand der Anlage anhand von Messungen vor Ort nachgewiesen werde und setzte der Beklagten eine Nachfrist zum 12.11.1993. Mit Telefax vom 12.11.1993 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass die von Herrn U gemessenen Werte nach den Feststellungen des Kunden I nicht ausreichten (Bl. 133 GA). 17
- Mit Schreiben vom 12.11.1993 (Bl. 132 GA) rügte I gegenüber der Klägerin, dass die Absauganlage seit der Installation nicht funktionsfähig sei. Er setzte der Klägerin eine letzte Frist zur Herstellung der Funktionsfähigkeit der Anlage bis zum 30.11.1993. Nach Ablauf der 18

Frist trete er vom Kaufvertrag zurück und bitte um Demontage der Anlage und Rückzahlung des Rechnungsbetrages. Darüber hinaus kündigte er die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die sofortige Inanspruchnahme der Bürgschaft an.

Mit Schreiben vom 16.11.1993 (Bl. 134 GA) wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass diese die mit Schreiben vom 26.10.1993 gesetzte Nachfrist nicht eingehalten habe und der Kunde Schadensersatz verlange, den sie auch der Beklagten gegenüber geltend mache. Weiter führte sie aus: 19

"Darüberhinaus setzen wir eine letzte Frist bis 30.11.1993. Nach Ablauf dieses Termins treten wir vom Kaufvertrag zurück und bitten um Demontage der Anlage sowie Rückzahlung des Rechnungsbetrages." 20

Außerdem kündigte sie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die sofortige Inanspruchnahme der Bürgschaft an. 21

Am 29.11.1993 führte die Beklagte im Betrieb des Stahlbauers I Reststaubmessungen durch. Das hierüber erstellte Protokoll sandte sie unter dem 20.12.1993 an I. Wegen des Ergebnisses der Messungen wird auf Bl. 141 ff. der beigezogenen Akte 2 U 68/95 OLG Bremen Bezug genommen. 22

Mit Telefax vom 20.12.1993 (Bl. 135 GA) wies I die Klägerin erneut darauf hin, dass die Anlage nicht funktionsfähig sei. Alle im Schreiben vom 12.11.1993 mitgeteilten Maßnahmen träten jetzt in Kraft. 23

Mit Schreiben vom 21.12.1993 (Bl. 136 f. GA) verweigerte die Klägerin ihre Zustimmung zur Auflösung der Kaufvertrages. Sie wies darauf hin, dass nach Aussage der Beklagten die Messungen vom 29.11.1993 eine ausreichende Absaugleistung ergeben hätten. Zwei weitere festgestellte Mängel (Pfeifgeräusch bei Abschalten der Absauganlage, Störungsanzeige beim Abschalten der Schneideanlage) rechtfertigten keine Wandelung. Mit Schreiben vom 22.12.1993 (Bl. 138 GA) forderte sie die Beklagte zur Beseitigung dieser Mängel auf. 24

I teilte der Klägerin mit Telefax vom 28.12.1993 (Bl. 139 GA) mit, dass die zahl-reichen Nachbesserungsversuche der Beklagten nicht zum Erfolg geführt hätten. Beim Brennen mit der Absauganlage entstehe fast soviel Staub wie beim Brennen ohne Absauganlage. Er kündigte an, die Anlage im Januar 1994 durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen. 25

Mit Telefax vom 10.01.1994 (Bl. 140 GA) zeigte I den völligen Ausfall der Anlage an und bat um umgehende Reparatur (Bl. 140). Die Klägerin leitete diese Beanstandung an die Beklagte weiter. 26

Mit Telefax vom 18.01.1994 (Bl. 142 GA) schlug die Klägerin die Begutachtung der Anlage durch den Sachverständigen I2 aus C vor und bat die Beklagte um schrift-liche Mitteilung, ob sie diesen Sachverständigen als neutrale Instanz akzeptiere und das Prüfungsergebnis als bindend ansehen werde. 27

Mit Schreiben vom 17.02.1994 teilte I der Klägerin den aktuellen Mängelstand mit und verlangte wiederum Mängelbeseitigung. Die Klägerin leitete diese Beanstandung unter dem 21.02.1994 an die Beklagte weiter (Bl. 143 GA). Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 22.02.1994 (Bl. 144 GA) an, dass einer ihrer Servicetechniker in der 9. KW bei I vorsprechen werde. 28

Der von I beauftragte Sachverständige I2 kam in seinem Gutachten vom 24.02.1994 zu dem Ergebnis, dass die eingebaute Absauganlage für automatische Zweikammer-Absaugung mit Filter und Abscheider um etwa 60 % zu klein bemessen worden sei. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 38 ff. der beigezogenen Akte 2 U 68/95 OLG Bremen verwiesen.

Unter dem 15.04.1994 erstellte die Norddeutsche Metall-Berufsgenossenschaft einen Bericht 30 über die Messung luftfremder Stoffe am Arbeitsplatz. Auf der Grundlage eines Analyseberichts vom 11.03.1994 kam sie zu dem Ergebnis, dass der allgemeine Staubgrenzwert von 6 mg/cbm sowohl im Arbeitsbereich der Brennschneidemaschine als auch in der Montagehalle überschritten sei. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 48 ff. der beigezogenen Akte 2 U 68/95 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 26.04.1994 (Bl. 146 f. GA) rügte I erneut die mangelnde 31 Funktionsfähigkeit der Anlage und verwies auf die Gutachten des Dipl.-Ing. I2 und der Berufsgenossenschaft. Er setzte der Klägerin eine letzte Frist zum 3.05.1994 für einen Vorschlag zur Nachbesserung, der von dem Gutachter geprüft werden solle.

Ebenfalls unter dem 26.04.1994 (Bl. 148 f. GA) übersandte die Klägerin der Beklagten die 32 gutachterlichen Stellungnahmen zur Funktionstüchtigkeit der Anlage und setzte ihr ebenfalls eine letzte Frist zum 3.05.1994 für einen Nachbesserungsvorschlag. Nach Prüfung und Anerkennung des Vorschlags durch den Gutachter müsse die Ausführung innerhalb von 3 Wochen erfolgt sein. Darüber hinaus machte sie die bisher durch die Staubentwicklung entstandenen Kosten geltend. Sie kündigte an, nach Ablauf der Frist einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer Interessen zu beauftragen.

Die Beklagte reagierte mit Schreiben vom 2.05.1994. Darin führte sie u.a. aus: 33

"Mit Ihrem Schreiben vom 26.04.1994 können wir uns in keiner Weise einverstanden 34 erklären und weisen Ihre Ansprüche aufs entschiedenste zurück. ...

Im Nachhinein kam es zu wiederholten "Reklamationen" durch die Firma F, die sich 35 allesamt als völlig unbegründet darstellten. Daraufhin wurden unsererseits entsprechende Messungen vorgenommen, die eindeutig belegten, daß die Ihnen gelieferten Anlagen und Bauteile die zuge-sicherten Eigenschaften haben. Die Meßprotokolle wurden Ihnen und auch der Firma I zur Verfügung gestellt. In der Folgezeit kam es wiederholt zu "Scheinreklamationen" der Firma I, die nach unserem heutigen Kenntnisstand die einzige Begründung darin haben, zum einen eine mögliche Kaufpreisminderung herbeizuführen und zum anderen die noch immer ausstehende Zahlung von Rechnungen hinauszuzögern.

Die uns nunmehr mit Ihrem Schreiben vom 26.04.1994 vorgelegten Gutachten entbehren 36 jeglicher Grundlage, ..."

Die Klägerin leitete dieses Schreiben am 4.05.1994 an I weiter. Mit Anwaltsschreiben vom 37 25.05.1994 lehnte dieser im Hinblick auf die Ausführungen der Beklagten in dem überreichten Schreiben die weitere Erfüllung des Vertrages ab und machte Schadensersatzansprüche geltend. Mit der am 20.09.1994 zugestellten Klage verlangte I von der Klägerin Schadensersatz in Höhe von 237.975,00 DM. Mit ihrem am 28.09.1994 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 4.10.1994 zugestellten Schriftsatz verkündete die Klägerin der Beklagten den Streit. Diese trat dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 26.10.1994 auf Seiten der Klägerin bei.

Mit Urteil vom 28.06.1995 wies das LG Bremen die Klage mit der Begründung ab, der geltend gemachte Anspruch sei nach § 638 BGB verjährt. I legte gegen das Urteil Berufung ein. Das OLG Bremen holte ein schriftliches Gutachten und mehrere ergänzende Stellungnahmen des Sachverständigen H ein und vernahm mehrere Mitarbeiter der beteiligten Unternehmen als Zeugen. Mit Teil- und Grundurteil vom 30.11.2000 verurteilte das OLG Bremen die Klägerin zur Rückzahlung der geleisteten Vergütung in Höhe von 87.975,00 DM nebst Zinsen an I. Darüber hinaus erklärte es den geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen der Lieferung und des Einbaus der Absauganlage dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Der Anspruch ergebe sich aus § 635 BGB. Bei dem geschlossenen Vertrag über die Lieferung der Absauganlage handele es sich um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache. Die Absauganlage sei mangelhaft. Der Luftstrom der installierten Anlage sei zu gering, wenn zwei Kammern mit insgesamt vier Sektionen abgesaugt werden müssten. Der gleichzeitige Betrieb von vier Sektionen sei nicht unwahrscheinlich. Da der Brennschlitten nicht wie ursprünglich geplant 538 mm lang sei, sondern eine 720 mm lange Kontaktfläche habe, komme es zur Überschneidung einzelner Sektionen in 41 % aller Brennvorfälle. Daher könne der Wechsel von einer Brennsektion zur nächsten so lange dauern, dass über einen längeren Zeitraum hinweg, möglicherweise sogar während des gesamten Brennvorgangs, zwei Kammern mit vier Sektionen geöffnet seien. Die Klägerin habe den Mangel zu vertreten, da der Steuerschlitten entweder von ihr oder ihrer Erfüllungsgehilfin, der Firma L GmbH, geliefert und eingebaut worden sei. Das Schreiben des Stahlbauers I vom 12.11.1993 enthalte eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Der Schadensersatzanspruch sei nicht verjährt. Die Verjährungsfrist sei mangels ausdrücklicher oder konkludenter Abnahme des Werks noch nicht in Lauf gesetzt worden. Wegen der dauernden Fehlerhaftigkeit der Anlage sei I auch nicht zur Abnahme verpflichtet.

Das Teil- und Grundurteil des OLG Bremen vom 30.11.2000 ist rechtskräftig. Mit Schriftsatz vom 26.03.2001 teilte I mit, dass die (jetzige) Klägerin am 15.01.2001 auf die Haupt- und Zinsforderung einen Betrag von 145.866,00 DM gezahlt habe. Mit Schriftsatz vom 12.04.2001 führte die Beklagte aus, die Hauptforderung zuzüglich Zinsen sei unstreitig gezahlt worden. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 651 f., 655 der beigezogenen Akte 2 U 68/95 OLG Bremen Bezug genommen.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei entbehrlich, weil die Durchführung des Vertrages im Hinblick auf das rechtskräftige Urteil des OLG Bremen für sie ohne Interesse sei. Eine Abnahme des Werks habe nicht stattgefunden und könne insbesondere nicht darin gesehen werden, dass sie im Vorprozess mit Rücksicht auf die Darlegungen der Beklagten die Mangelfreiheit des Werks behauptet habe.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 145.866,00 DM nebst 9,26 % Zinsen seit Zustellung des Mahnbescheids zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Klage sei unschlüssig, weil die Klägerin ihr zu keinem Zeitpunkt eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Mängelbeseitigungsfrist gesetzt habe. Die Bindungswirkung des Urteils des OLG Bremen, das eine Fristsetzung im Verhältnis zu I für erforderlich gehalten habe, führe dazu, dass eine Fristsetzung mit

Ablehnungsandrohung auch im Verhältnis zwischen den Parteien erforderlich sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Schreiben vom 25.08.1993 enthalte keine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, sondern die bloße Bitte um Prüfung der gerügten Mängel. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei auch nicht entbehrlich gewesen. Ein besonderes Interesse an der sofortigen Geltendmachung von Schadensersatz habe die Klägerin bis zu ihrer Verurteilung zum Schadensersatz nicht gehabt. Es sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Beklagte auf das Fehlen der Fristsetzung berufe. 47

Die Klägerin hat gegen das Urteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese rechtzeitig begründet. 48

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und vertritt die Ansicht, ihre an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 26.10.1993 und vom 16.11.1993 enthielten eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne von §§ 326 I, 634 I BGB. Darüber hinaus sei eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vorliegend aus zwei Gründen entbehrlich gewesen. 49

Schon aufgrund der Vielzahl vergeblicher Mangelbeseitigungsversuche und des Unvermögens der Beklagten, die Mangelursache zu finden und zu beseitigen, sei ihr Interesse an der Mangelbeseitigung durch die Beklagte entfallen. Das gelte vor allem auch deshalb, weil der Beklagten bekannt gewesen sei, dass sie - die Klägerin - von ihrem Auftraggeber zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden sei. 50

Ferner habe die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 2.05.1994 die ernsthafte und endgültige Weigerung zum Ausdruck gebracht, die Anlage nachzubessern und in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen. 51

Bei dem geltend gemachten Schaden handele es sich um einen Verzugsschaden. Sie habe den Betrag nur deshalb an I zahlen müssen, weil die Beklagte ihrer Nachbesserungsverpflichtung nicht nachgekommen sei. 52

Die Klägerin beantragt, 53

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 145.866,00 DM nebst 9,26 % Zinsen seit dem 27.02.2001 zu zahlen. 54

Die Beklagte beantragt, 55

die Berufung zurückzuweisen. 56

Die Beklagte beruft sich auf Verjährung. Es gelte die sechsmonatige Verjährungsfrist nach § 638 I 1 BGB, da die Absauganlage eine bewegliche Sache sei. Die Abnahme sei mit der Fertigstellung der Installation am 19.05.1993 erfolgt. Die Klägerin habe die Anlage ihrem Kunden berechnet, der auch gezahlt habe. Mögliche Hemmungen der Verjährung durch die erfolgten Nachbesserungen änderten nichts daran, dass in der Folgezeit mehr als sechs Monate verstrichen seien, ohne dass die Klägerin etwas zur rechtzeitigen Verjährungsunterbrechung unternommen habe. 57

Darüber hinaus macht die Beklagte geltend, es fehle an der erforderlichen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Die Schreiben vom 26.10. und 16.11.1993 seien widersprüchlich. Unabhängig davon könne sich die Klägerin nicht auf diese Schreiben berufen, weil sie der Auflösung des Vertrages mit I mit Schreiben vom 20.12.1993 widersprochen habe und in der 58

Folgezeit weder I noch die Klägerin bei ihren angekündigten Erklärungen geblieben seien. Das Schreiben vom 26.04.1994 enthalte keine Ablehnungsandrohung.

Sie - die Beklagte - habe die Nachbesserung auch nicht ausdrücklich verweigert. Die Zurückweisung von Ansprüchen im Schreiben vom 2.05.1994 beziehe sich nur auf die geltend gemachten Geldforderungen. Eine Erfüllungsverweigerung liege nicht vor, wenn die Weigerung damit begründet werde, die erbrachte Leistung sei ordnungsgemäß. Angesichts der widersprüchlichen Ergebnisse des Sachverständigen H in Rechtsstreit vor dem OLG Bremen habe sie sich auf den Standpunkt stellen dürfen, ihr Werk sei nicht mangelhaft. Ihre Nachbesserungsversuche seien auch nicht unbrauchbar gewesen.

Die Beklagte bestreitet die Zahlung an I mit Nichtwissen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die beigezogene Akte 2 U 68/95 OLG Bremen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig und bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsforderung begründet.

I.

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 74.580,10 EUR (= 145.866,00 DM) aus § 326 I 2 BGB a.F.

1.

Die Anwendung des § 326 I BGB a.F. ist durch das werkvertragliche Gewährleistungsrecht nicht ausgeschlossen.

a)

Die Parteien haben einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache geschlossen, auf den nach § 651 I 2, 2.Hs BGB a.F. Werkvertragsrecht Anwendung findet. Die zu liefernde Absauganlage stellt eine Sonderanfertigung für den Betrieb des Stahlbauers I dar. Sie musste insbesondere den Ausmaßen des Brennschneidetisches angepasst und hinsichtlich ihrer Saugleistung so konzipiert werden, dass unter den gegebenen räumlichen Verhältnissen in dem Stahlbaubetrieb I die einzuhaltenden Grenzwerte für luftfremde Stoffe nicht überschritten würden.

b)

Bis zur Abnahme des Werks schließen die Gewährleistungsansprüche aus §§ 634, 635 BGB die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 326 I 2 BGB a.F. nicht aus, selbst wenn der Unternehmer dem Besteller das Werk zur Verfügung gestellt hat (BGH NJW 1999, 2046, 2047; Palandt-Sprau, BGB, 61.Aufl., vor § 633 Rz. 17; Werner/Pastor, Rz. 1810).

Die Klägerin hat das Werk der Beklagten weder ausdrücklich noch konkludent abgenommen. Eine ausdrückliche Abnahme ihres Werks wird von der Beklagten selbst nicht behauptet. Eine kokludente Abnahme setzt ein Verhalten des Bestellers voraus, aus dem der Unternehmer nach Treu und Glauben schließen darf, der Besteller billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß (Palandt-Sprau, BGB, 61. Aufl., § 640 Rz. 3). Ein solches

Verhalten hat die Klägerin zu keinem Zeitpunkt gezeigt.

- aa) 73
- Eine konkludente Abnahme kann nicht darin gesehen werden, dass die Klägerin die Absauganlage ihrem Kunden unter dem 18.05.1993 in Rechnung gestellt hat. Zu diesem Zeitpunkt war die Installation noch nicht abgeschlossen, so dass die Klägerin keine Möglichkeit hatte, sich von der Funktionsfähigkeit der Anlage zu überzeugen. 74
- bb) 75
- Die Klägerin hat die Absauganlage auch nicht dadurch stillschweigend abgenommen, dass sie die der Beklagten geschuldete Vergütung bezahlte. Die vollständige und ohne ausdrücklichen Vorbehalt erfolgte Zahlung des Werklohns stellt zwar grundsätzlich eine konkludente Abnahme des Werks dar. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die sonstigen Umstände erkennen lassen, dass der Besteller das Werk ungeachtet der geleisteten Zahlung nicht einmal als im Grundsatz vertragsgemäße Leistung billigt. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Besteller schwere Mängel rügt (vgl. OLG Köln BauR 1992, 514, 515). Das ist vorliegend der Fall. 76
- Das OLG Bremen hat in seinem Teil- und Grundurteil vom 30.11.2000 festgestellt, dass die Absauganlage einen Konstruktionsfehler aufwies, der einen fehlerfreien Betrieb von vornherein nicht zuließ. Der Luftstrom der installierten Anlage ist zu gering, wenn zwei Kammern mit insgesamt vier Sektionen abgesaugt werden müssen. Der gleichzeitige Betrieb von vier Sektionen ist aber nicht unwahrscheinlich. Da der von der Beklagten montierte Brennschlitten nicht wie ursprünglich geplant 538 mm lang ist, sondern eine 720 mm lange Kontaktfläche hat, kommt es zur Überschneidung einzelner Sektionen in 41 % aller Brennvorfälle. Daher kann der Wechsel von einer Brennsektion zur nächsten so lange dauern, dass über einen längeren Zeitraum hinweg, möglicherweise sogar während des gesamten Brennvorgangs, zwei Kammern mit vier Sektionen geöffnet sind. Diese Feststellungen werden von den Parteien - unabhängig von der Interventionswirkung der Entscheidung des OLG Bremen - nicht angegriffen. 77
- Der Stahlbauer I, der erst nach seiner Urlaubsrückkehr am 4.06.1993 die Möglichkeit hatte, den Betrieb der Absauganlage zu prüfen, bemängelte von Beginn an die fehlende Funktionsfähigkeit der Anlage. Die Klägerin wies die Beklagte bereits mit Schreiben vom 7.06.1993 darauf hin, dass die Rechnung der Beklagten erst nach der Abnahme des Werks durch I erfolgen könne. In der Folgezeit leitete die Klägerin die ihr übersandten Mängelrügen stets an die Beklagte weiter. Auf Grund des Telefaxes vom 15.07.1993 wusste die Beklagte, dass I die Abnahme der Anlage gegenüber der Klägerin von einem 40stündigen mangelfreien Betrieb abhängig machte. Ein störungsfreier Betrieb war aber auf Grund des Konstruktionsmangels nicht möglich. Dementsprechend rügte die Klägerin in der Folgezeit mit Schreiben vom 18.08.1993, 25.08.1993, 14.09.1993, 26.10.1993 und 16.11.1993 wiederholt die nur unzureichende Saugleistung der Anlage. Vor diesem Hintergrund konnte die Beklagte die zwischenzeitliche Zahlung des Werklohns nicht als Billigung ihres Werks als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung auffassen. 78
2. 79
- Die Beklagte befand sich mit ihrer Verpflichtung, ein mangelfreies Werk herzustellen, in Verzug. Spätestens mit Schreiben vom 26.10.1993 mahnte die Klägerin an, den in der offensichtlich zu gering dimensionierten Saugleistung der Anlage zu sehenden Mangel bis 80

zum 2.11.1993 zu beheben und die Anlage in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen. Das ist der Beklagten nicht gelungen, da sie die konstruktionsbedingte Ursache für die unzureichende Saugleistung nicht erkannt hat.

Die Beklagte hat den Mangel auch zu vertreten, da sie unstreitig entgegen ihrer ursprünglichen Planung einen Brennschlitten mit einer Kontaktfläche von 720 mm eingebaut hat.

3.

Das Schreiben der Klägerin vom 16.11.1993 enthält eine hinreichende Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne von § 326 I 1 BGB a.F. Es kann dahinstehen, ob die Parteien das Vertragsverhältnis nach Ablauf der mit diesem Schreiben gesetzten Frist einvernehmlich fortgesetzt haben, so dass sich das Erfüllungsverhältnis nicht in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt hat (vgl. BGH NJW 1999, 2046, 2047). Denn eine erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung war jedenfalls deshalb entbehrlich, weil die Beklagte die Vertragserfüllung mit Schreiben vom 2.05.1994 ernsthaft und endgültig verweigert hat.

An die Annahme einer Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen. Es muss deutlich sein, dass sich der Schuldner über das auf die vertragliche Leistung gerichtete Erfüllungsverlangen des Gläubigers klar ist und die zum Ausdruck gebrachte Weigerung als sein letztes Wort aufzufassen ist (BGH NJW 1986, 661). Das trifft auf das Schreiben vom 2.05.1994 zu. Die Beklagte hat in diesem Schreiben die mit Schreiben vom 26.04.1994 geltend gemachten Ansprüche "aufs entschiedenste" zurückgewiesen. Sie hat darüber hinaus ungeachtet der ihr vorgelegten Gutachten auch die Mangelhaftigkeit ihres Werks bestritten. Dabei hat sie die Auffassung vertreten, die bisherigen Reklamationen hätten sich als unbegründet erwiesen. Die "Scheinreklamationen" des Kunden der Klägerin dienten nur dem Zweck, eine Kaufpreisminderung zu erreichen. Damit brachte die Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie die Gutachten, die die mangelnde Saugleistung der Anlage bestätigten, nicht einmal zum Anlass für eine weitere Überprüfung der Anlage nehmen und sich auf weitere Nachbesserungsverlangen der Klägerin nicht mehr einlassen werde. Eine weitere Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung wäre daher eine bloße Förmerei gewesen.

4.

Die Klägerin kann Ersatz des positiven Interesses verlangen. Ihr Schaden besteht in der Differenz zwischen der Vermögenslage, die im Falle der ordnungsgemäßen Erfüllung eingetreten wäre, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage. Bei ordnungsgemäßer Herstellung der Absauganlage wäre die Klägerin nicht zur Rückzahlung der Vergütung nebst Zinsen verurteilt worden. Den auf Grund ihrer Verurteilung an I gezahlten Betrag kann sie von der Beklagten ersetzt verlangen. Soweit die Beklagte mit Nichtwissen bestreitet, dass die Klägerin am 15.01.2001 145.866,00 DM an I gezahlt hat, ist ihr Vorbringen unerheblich. In dem beim OLG Bremen anhängigen Rechtsstreit hat sie mit Schriftsatz vom 12.04.2001 selbst unstreitig gestellt, dass dieser Betrag gezahlt worden sei.

5.

Der Anspruch ist nicht verjährt. Für den Anspruch aus § 326 I 2 BGB a.F. gilt nicht die kurze Verjährungsfrist nach § 638 I 1 BGB (BGH NJW 1999, 2046, 2048).

81

82

83

84

85

86

87

88

89

II.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 I, 284 II BGB a.F. Mit der vorgelegten Bankbescheinigung der Sparkasse Bremen vom 14.11.2001 hat die Klägerin jedoch nur eine Zinsbelastung in Höhe von 7,25 % p.a. belegt. 90

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 II, 708 Nr. 10, 711 ZPO. § 97 II ZPO war nicht anzuwenden, da sich der maßgebliche Schriftverkehr zwischen den Parteien bereits aus dem Tatbestand des als Anlage zur Klageschrift überreichten Urteils des OLG Bremen vom 30.11.2000 ergab. 91