

## Zwangsvollstreckung aus einem Urteil mit Zug-um-Zug-Vorbehalt – Annahmeverzug

**Beauftragt der Gläubiger einen Gerichtsvollzieher mit einer Zwangsvollstreckung, die von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt, so muss der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Gegenleistung tatsächlich so anbieten, wie sie zu bewirken ist (§ 756 I ZPO i. V. mit § 294 BGB). Ein solches den Verzug der Annahme begründendes Angebot liegt nicht vor, wenn der Gerichtsvollzieher in seinem Protokoll über die Zwangsvollstreckung ausdrücklich feststellt, dass eine dem Schuldner zu übergebende und zu übereignende Sache diesem im vorgefundenen Zustand nicht angeboten werden konnte.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.06.2018 – [I-21 U 8/18](#)

**Sachverhalt:** Die Klägerin bestellte im August 2007 bei der Beklagten insgesamt 100.000 Klemmschrauben M 14 x 1 LH zum Preis von 48,90 € netto je 100 Stück. In der Auftragsbestätigung der Beklagten heißt es unter anderem, dass bei Sonderanfertigungen materialbedingte Mengentoleranzen von ±15 % als handelsüblich akzeptiert gälten. In der Folgezeit lieferte die Beklagte der Klägerin insgesamt 43.681 Schrauben, und die Klägerin zahlte die ihr hierfür in Rechnung gestellten Beträge. Mit Schreiben vom 29.06.2009 stellte die Beklagte weitere 61.319 Schrauben fällig und abholbereit. Zu einer Lieferung oder Abholung dieser Schrauben kam es in der Folgezeit nicht.

Die Beklagte nahm die Klägerin daraufhin vor dem LG Wuppertal auf Zahlung von 41.804,08 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Lieferung von 71.319 Schrauben, in Anspruch. Das Landgericht gab der Klage mit Urteil vom 15.05.2012 statt. Auf die Berufung der Klägerin änderte das OLG Düsseldorf das Urteil des Landgerichts dahin ab, dass die Klägerin 48,90 € (nebst Zinsen) je 100 Stück Klemmschrauben an die Beklagte zu zahlen hat, Zug um Zug gegen Lieferung von 41.319 bis 71.319 Schrauben (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2012 – [I-22 U 126/12](#)) . Das Urteil ist seit Januar 2013 rechtskräftig.

Die Beklagte bot der Klägerin zum Zwecke der Vollstreckung eines Betrags von 55.947,11 € am 11.06.2013 Schrauben an. Der vom 06.06.2013 datierende Lieferschein wies eine Lieferung von 71.319 Klemmschrauben in 133 Kartons auf zwei Europaletten mit einem Gewicht von 798 kg aus. Die Klägerin lehnte die Annahme der Schrauben unter Hinweis auf deren Mangelhaftigkeit ab.

Weil die Kartons teilweise feucht geworden waren, verpackte die Beklagte die Schrauben im Anschluss an den Anlieferungsversuch zum Teil neu. Sie beauftragte sodann den Obergerichtsvollzieher *H* mit der Vollstreckung. Dafür lieferte sie die Schrauben am 15.08.2013 nochmals bei der Klägerin an. *H* vermerkte in seinem Vollstreckungsprotokoll vom 15.08.2013:

„Die stichprobenartige Überprüfung der anzubietenden Ware hat folgendes Ergebnis gebracht:

- a) die Beschriftungen der Kartons waren nicht urteilskonform – siehe Fotos,
- b) die Schrauben waren nicht lehrenhaltig,
- c) die Schrauben waren verdreht bzw. oxidiert,
- d) nach grober Schätzung wurde auch eine Stückzahldifferenz festgestellt. Es können keinesfalls die auf dem Lieferschein angeführte Menge in den angelieferten Kartons sein.

Abschließend wurde daher festgestellt, dass die Ware in dem vorgefundenen Zustand nicht im Wege der Zug-um-Zug-Leistung angeboten werden konnte.“

Die Klägerin wies die Schrauben, von denen einige bei beiden Anlieferungsversuchen Verunreinigungen/Verfärbungen/Anhaftungen aufwiesen, unter Hinweis auf deren Mangelhaftigkeit zurück.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.08.2013 setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist bis zum 20.09.2013 zur Lieferung von mindestens 41.319 und höchstens 71.319 mangelfreien, insbesondere rostfreien und lehrenhaltigen Schrauben. Nachdem die Beklagte innerhalb der Frist nicht reagiert hatte, erklärte die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 24.09.2013 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Beklagte teilte mit Anwaltsschreiben vom 02.10.2013 mit, dass sie den Gerichtsvollzieher zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung aufgefordert habe.

Mit ihrer Vollstreckungsabwehrklage hat die Klägerin erreichen wollen, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 30.11.2012 – I-22 U 126/12 – für unzulässig erklärt wird.

Sie hat behauptet, die Beklagte habe ihr bei beiden Anlieferungsversuchen nicht die im Lieferschein angegebene Menge an Schrauben angeboten. Die Mindestmenge von circa 41.000 Schrauben – so hat die Klägerin zunächst behauptet – sei nicht annähernd erreicht gewesen. Später hat die Klägerin behauptet, es seien allenfalls circa 50.000 Schrauben antransportiert worden. Weiter hat die Klägerin geltend gemacht, dass die ihr angebotenen Schrauben entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht lehrenhaltig gewesen seien. Nur lehrenhaltige Schrauben entsprächen dem Stand der Technik; jedenfalls bei – wie hier – sicherheitsrelevanten Sonderschrauben reiche eine Mutterngängigkeit nicht aus. Ein beträchtlicher Teil der angebotenen Schrauben sei zudem oxidiert und verdreckt gewesen. Die Verrostungen beruhten entweder auf einer fehlerhaften Produktion oder auf einer nicht ordnungsgemäßen, insbesondere nicht trockenen Lagerung durch die Beklagte. Die Schrauben seien für die besonders sicherheitsempfindliche *automotive industry* bestimmt gewesen, die nur Produkte abnehme, die auch optisch in einem einwandfreien Zustand seien. Dies habe die Beklagte gewusst.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe der Klägerin bei beiden Anlieferungsversuchen wie angekündigt 71.319 Schrauben angeboten. Diese seien lehrenhaltig gewesen, obwohl die Lehrenhaltigkeit nicht vertraglich vereinbart gewesen sei. Sie – die Beklagte – habe nur mutterngängige Schrauben geschuldet, und jedenfalls die Mutterngängigkeit sei gegeben gewesen. Außerdem sei bereits nach dem Vortrag der Klägerin nur eine geringe Anzahl der Schrauben von Verunreinigungen betroffen gewesen; es habe daher nur ein unwesentlicher Mangel vorgelegen, der zudem durch einfaches Reinigen der Schrauben ohne Weiteres hätte beseitigt werden können. Etwaige Oxidierungen oder Verunreinigungen – so hat die Beklagte geltend gemacht – fielen zudem in den Verantwortungsbereich der Klägerin, da diese sich seit dem 29.06.2009 und daher auch im Zeitraum der Verschlechterung im Annahmeverzug befunden habe. Sie – die Beklagte – selbst habe die Schrauben jederzeit trocken gelagert.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 16.06.2017 stattgegeben.

Es hat ausgeführt, die Vollstreckungsabwehrklage nach [§ 767 ZPO](#) sei der statthafte Rechtsbehelf zur Geltendmachung einer rechtsvernichtenden Einwendung gegenüber dem titulierten Anspruch und als solcher begründet. Infolge des wirksam mit Schreiben vom 24.09.2013 erklärten Rücktritts sei der titulierte Zahlungsanspruch der Beklagten erloschen und der Klägerin stehe eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch zu.

Die Beklagte habe die fällige Verbindlichkeit zur Lieferung von 41.319 bis 71.319 Klemmschrauben M 14 x 1 LH bis zum Ablauf der von der Klägerin gesetzten Frist nicht erfüllt. Sie habe der Klägerin die Leistung auch nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, denn die Angebote vom 11.06. und vom 15.08.2013 seien keine ordnungsgemäßen tatsächlichen Angebote i. S. von [§ 294 BGB](#) gewesen. Ein ordnungsgemäßes Angebot i. S. von [§ 294 BGB](#) liege nur vor, wenn die geschuldete Leistung (sach-)mangelfrei und in der geschuldeten Menge angeboten werde. Die Beklagte habe die geschuldete Leistung weder sachmangelfrei noch in der geschuldeten Menge angeboten. Die angebotenen Schrauben seien zumindest teilweise mangelhaft gewesen, da sie Verunreinigungen aufgewiesen hätten. Dabei könne die Abwesenheit von äußeren Fehlern wie Verschmutzungen auch ohne dahin gehende Beschaffenheits- oder Verwendungszweckvereinbarung als üblich i. S. von [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) erwartet werden. Selbst wenn die Verunreinigungen, wie von Beklagtenseite behauptet, durch eine einfache Reinigung hätten entfernt werden können, könne es jedenfalls bei einer Lieferung von mehr als 70.000 Einzelteilen nicht der Klägerin obliegen, die zu reinigenden Einzelteile auszusortieren und einzeln einer solchen Reinigung zu unterziehen. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach dem gesamten Inhalt der Verhandlungen sowie dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht davon auszugehen sei, dass lediglich einige wenige Schrauben von den Verunreinigungen betroffen gewesen seien. So zeigten insbesondere die bei den beiden Anlieferungsversuchen gefertigten Lichtbilder Kartons mit einer größeren Anzahl verunreinigter Schrauben. Auch unter Zugrundelegung der Feststellungen des Sachverständigen sei nicht von einer „unerheblichen Erscheinung“ auszugehen, da danach immerhin sehr viele der circa 7.650 Schrauben in 17 der 171 präsentierten Kartons Ablagerungen der Kartonage aufwiesen.

Im Ergebnis nicht von Bedeutung sei in diesem Zusammenhang die Frage, ob sich die Klägerin in dem Zeitraum der Durchfeuchtung der Kartons in Annahmeverzug befunden habe. Denn die Beklagte habe weder dargelegt noch bewiesen, dass die Durchfeuchtung nicht auf einem grob fahrlässigen Verhalten ihrerseits beruhte (vgl. [§ 300 I BGB](#)). Die Kammer halte es nicht für plausibel, dass die Beklagte die Kartons – wie von ihr behauptet – trocken gelagert und sodann entsprechend den Angaben des Zeugen *E* trocken in Folie eingeschweißt und angeliefert habe. In diesem Fall verbliebe kein Zeitraum, in dem die Durchfeuchtung hätte eintreten können.

Die Beklagte habe zudem nicht nachgewiesen, dass sie zumindest mutterngängige Schrauben angeboten habe. Sie könne sich nicht auf das Ergebnis des Sachverständigengutachtens berufen, da nicht festgestellt werden könne, ob der Sachverständige die der Klägerin angebotenen oder andere bei der Beklagten gelagerte Schrauben untersucht habe. Nach den Angaben des Geschäftsführers der Beklagten in der mündlichen Verhandlung am 12.05.2017 seien weitere Kartons aus dem Lager auf die dem Sachverständigen präsentierten Paletten „oben drauf“ gestellt und dem Sachverständigen damit 85.900 Schrauben in 171 Kartons zur Untersuchung dargeboten worden, obwohl die Beklagte nach ihren eigenen Angaben nur 71.319 Schrauben in 133 bzw. 136 Kartons angeboten haben will. Auf eine etwaig über die Mutterngängigkeit hinaus geschuldete Lehrenhaltigkeit der Schrauben komme es damit nicht mehr entscheidend an.

Die Beklagte könne ferner nicht nachweisen, dass sie bei den Anlieferungsversuchen die in dem Lieferschein angegebene Menge von 71.319 Schrauben angeboten habe. Nach dem Urteil des OLG Düsseldorf sei zwar (lediglich) eine Lieferung von 41.319 bis 71.319 Schrauben geschuldet gewesen; nachdem die Beklagte jedoch beabsichtigt habe, entsprechend des von ihr ausgestellten Lieferscheins die Lieferung von 71.319 Schrauben abzurechnen, stelle auch nur das Angebot einer Lieferung von 71.319 Schrauben ein ordnungsgemäßes Angebot dar. Aufgrund des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme sei die Kammer davon überzeugt, dass die Beklagte bei beiden Anlieferungsversuchen deutlich weniger als 71.319 Schrauben angeboten habe.

Mit ihrer dagegen gerichteten Berufung hat die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Sie ist der Ansicht, die Klägerin sei bereits nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten. Nachdem der Vertrag bereits seit Jahren weitenteils ordnungsgemäß erfüllt worden sei, habe die Klägerin nicht wirksam von dem gesamten Vertrag zurücktreten können. Ein Interessenwegfall i. S. des [§ 323 V 1 BGB](#) sei weder gegeben noch von der Klägerin dargelegt worden. Damit gehe die Erklärung der Klägerin vom 24.09.2013 ins Leere, wobei offensichtlich auch die Klägerin selbst nicht die Rückabwicklung des gesamten Vertrags gewollt habe.

Es sei auch kein Rücktrittsgrund gegeben. Die Angebote vom 11.06. und 15.08.2013 stellten jeweils vertragsgemäße Angebote dar, da sie – die Beklagte – die geschuldete Leistung in beiden Fällen sachmangelfrei und in der geschuldeten Menge angeboten habe. Die angebotenen Schrauben wiesen insbesondere keine Verunreinigungen oder sonstige Erscheinungen auf; zudem könnten solche ohne entsprechende Beschaffenheits- oder Verwendungszweckvereinbarung nicht als Mangel i. S. von [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) gelten. Dass die Schrauben fehlerfrei seien, habe auch die durchgeführte Beweisaufnahme ergeben, da der seitens des Sachverständigen festgestellte rein optische Mangel in Form von Verfärbungen ausdrücklich nicht zu einer Beeinträchtigung der Funktionstüchtigkeit führe und in Bezug auf die Gesamtmenge des Loses unerheblich sei. Die rechtlich nicht relevanten Erscheinungen an einzelnen Schrauben hätte die Klägerin zudem ohne Weiteres in zumutbarer Weise selbst beseitigen können. Soweit das Landgericht seine Annahme, es seien Schrauben in größerer Anzahl verunreinigt gewesen, allein auf die von der Klägerin bei Anlieferung gefertigten Lichtbilder stützen wolle, sei dies bereits keine Grundlage, die eine Beurteilung i. S. von [§ 286 ZPO](#) erlaube.

Ferner habe sie – die Beklagte – die allenfalls rein optischen und rechtlich nicht relevanten Erscheinungen nicht i. S. von [§ 300 I BGB](#) zu vertreten. Die Klägerin habe sich seit dem 29.09.2009 im Annahmeverzug befunden, da sie die Abnahme der schon damals vertragsgerecht angebotenen Ware zu Unrecht abgelehnt habe. Außerdem sei die Klägerin vorleistungspflichtig; sie hätte mithin zunächst ihre Zahlung leisten müssen, bevor sie anschließend ihren Annahmeverzug durch die tatsächliche Annahme der Ware hätte beenden können.

Soweit die Erscheinungen an den Schrauben von einer Durchfeuchtung der Kartons herrühren sollten, stamme diese Durchfeuchtung jedenfalls nicht aus ihrer – der Beklagten – Sphäre. Die Schrauben seien zu allen Zeiten ordnungsgemäß und trocken gelagert worden; jedenfalls sei ausgeschlossen, dass irgendwelche unüblichen Erscheinungen an den Schrauben außerhalb des Zeitraums des Annahmeverzugs der Klägerin eingetreten seien.

Die Beklagte behauptet weiter, wie dem Sachverständigengutachten zu entnehmen sei, seien die angebotenen Schrauben auch mutterngängig gewesen. Insoweit spiele keine Rolle, ob der Sachverständige nur die angebotenen Schrauben oder auch andere Schrauben begutachtet habe. Denn die Begutachtung habe ergeben, dass alle untersuchten Schrauben mutterngängig und in ihrer Funktion und Verwendbarkeit nicht beeinträchtigt seien.

Schließlich meint die Beklagte, dass auch ein Angebot von weniger Schrauben als im Lieferschein angegeben (71.319 Schrauben) jedenfalls dann ein ordnungsgemäßes Angebot sei, wenn mindestens 41.319 Schrauben angeboten würden. Denn der Lieferschein begründe weder eine eigene, noch modifiziere er eine bereits bestehende Lieferverpflichtung. Nachdem die Klägerin letztlich zugestanden habe, dass sie – die Beklagte – circa 50.000 Schrauben antransportiert habe, könne eine Mindermenge nicht festgestellt werden. Bei den streitigen Anlieferungen handele es sich um teilbare Leistungen, welche bei einer mangelhaften Teilquantität nicht insgesamt nach [§ 266 BGB](#) zurückgewiesen werden könnten.

Die Beklagte hat für den Fall, dass ihre Berufung Erfolg hat, widerklagend die Feststellung begehrt, dass die Klägerin mit der Annahme von Schrauben in Verzug ist.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte habe den Nachweis, dass die von ihr angelieferten Schrauben mutterngängig gewesen seien, nicht erbracht. Der Sachverständige habe gerade nicht festgestellt, dass alle Schrauben mutterngängig gewesen seien. Gerade die Tatsache, dass die Beklagte dem Sachverständigen weit mehr Schrauben präsentiert habe, als ihr – der Klägerin – damals angeliefert worden seien, verhindere den konkreten Rückschluss aus der stichprobenartigen Überprüfung des Sachverständigen auf den tatsächlichen Zustand der angelieferten Schrauben. Das gelte umso mehr, als der Sachverständige die Stichproben ausschließlich aus den Kartons entnommen habe, die von der Beklagten „oben drauf“ gestellt worden seien, wobei es sich gerade um die „zusätzlichen Schraubemengen“ gehandelt habe.

Sie – die Klägerin – sei im Übrigen immer annahmebereit gewesen. Allerdings habe sich immer wieder gezeigt, dass die Beklagte nicht in der Lage gewesen sei, die von ihr abgerufenen Mengen zu liefern. Ferner sei zu keinem Zeitpunkt Vorkasse vereinbart worden; jedenfalls gelte die Abrede „Vorkasse“ nicht für die hier in Rede stehende (Rest-)Lieferung, da die Beklagte Zahlung nur Zug um Zug gegen Lieferung der Schrauben verlangen könne.

Die Berufung war erfolglos.

**Aus den Gründen:** B. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Weder hat die Beklagte einen Rechtsfehler des angefochtenen Urteils i. S. des [§ 546 ZPO](#) dargetan, der sich zu ihren Ungunsten ausgewirkt hat, noch rechtfertigen die vom Senat gemäß [§ 529 I ZPO](#) seiner Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen eine vom Landgericht abweichende Beurteilung der Sach- und Rechtslage zugunsten der Beklagten. Das Landgericht hat der Klage aus den zutreffenden Erwägungen stattgegeben.

I. Die von der Klägerin erhobene Vollstreckungsabwehrklage i. S. von [§ 767 ZPO](#) ist begründet. Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass die Klägerin nach Rechtskraft des Urteils wirksam nach [§ 323 I BGB](#) von dem Vertrag mit der Beklagten zurückgetreten ist, sodass ihr eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den durch das Urteil des OLG Düsseldorf (I-[22 U 126/12](#)) titulierten Anspruch der Beklagten zusteht.

1. Die Beklagte hat die fällige Verbindlichkeit zur Lieferung von 41.319 bis 71.319 Klemmschrauben M 14 x 1 LH bis zum Ablauf der von der Klägerin gesetzten Nachfrist nicht vertragsgemäß erfüllt.

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin die geschuldeten Schrauben bei den beiden Anlieferungsversuchen am 11.06. und am 15.08.2013 nicht vertragsgemäß angeboten hat. An diese Feststellungen ist der Senat nach [§ 529 I Nr. 1 ZPO](#) gebunden, da das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen hat, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Derartige Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der diesbezüglichen Feststellungen hat der Senat nicht, sodass keine Veranlassung besteht, von dem landgerichtlichen Beweisergebnis abzuweichen, bzw. eine eigene Tatsachenfeststellung vorzunehmen.

a) Soweit die Beklagte sich darauf beruft, sie habe der Klägerin am 15.08.2013 die Schrauben vertragsgemäß angeboten, wurde bereits kein tatsächliches Angebot unterbreitet. Beauftragt der Gläubiger einen Gerichtsvollzieher mit einer Zwangsvollstreckung, die von einer Zug-um-Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt ([§ 756 ZPO](#)), muss die Gegenleistung dem Schuldner durch den Gerichtsvollzieher tatsächlich so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist ([§ 294 BGB](#); vgl. Zöller/*Stöber*, ZPO, 32. Aufl. [2018], § 756 Rn. 6; MünchKomm-ZPO/*Heßler*, 5. Aufl. [2016], § 756 Rn. 11).

Unabhängig davon, ob die Schrauben mangelhaft waren, wurden der Klägerin die Schrauben am 15.08.2013 nicht tatsächlich angeboten. Der Zeuge *H* hat als beauftragter Gerichtsvollzieher in seinem Protokoll über die Zwangsvollstreckung ... ausdrücklich vermerkt: „Abschließend wurde daher festgestellt, dass die Ware in dem vorgefundenen Zustand nicht im Wege der Zug-um-Zug-Leistung angeboten werden konnte.“ (Hervorhebung durch die Verfasser).



Bei dem nach [§ 762 ZPO](#) über die Vollstreckungshandlung zu erstellenden Protokoll des Gerichtsvollziehers handelt es sich um eine öffentliche Urkunde, der Beweiskraft nach [§§ 415, 418 ZPO](#) zukommt (Zöller/*Seibel*, ZPO, 32. Aufl. [2018], § 762 Rn. 9). Damit begründet das Protokoll vollen Beweis hinsichtlich der in ihm bezeugten Tatsachen. Dass der Gerichtsvollzieher die Ware nicht angeboten hat, wurde seitens der Beklagten auch nicht bestritten. Damit gab es am 15.08.2018 kein Angebot der Beklagten an die Klägerin.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Entscheidung des BGH vom 07.07.2005 ([I ZB 7/05](#), juris Rn. 10) berufen, wonach der Gerichtsvollzieher den Einwand des Vollstreckungsschuldners, die Zug um Zug als Gegenleistung bezeichnete Sache sei mit einem Mangel behaftet, nicht zu beachten habe. Denn es geht hier nicht um die Beachtung eines Einwands des Vollstreckungsschuldners, sondern der Gerichtsvollzieher hat aufgrund der von ihm persönlich getätigten Feststellungen vor Ort von einem Angebot abgesehen.

Ergänzend gelten für den Anlieferungsversuch vom 15.08.2013 die folgenden unter b ausgeführten Erwägungen der Mangelhaftigkeit der angebotenen Schrauben, da bei beiden Anlieferungsversuchen unstreitig dieselben Schrauben angeboten wurden.

b) Soweit die Beklagte sich auf ihr Angebot vom 11.06.2013 beruft, konnte die Beklagte nicht zur Überzeugung des Senats darlegen und beweisen, dass sie die Ware mangelfrei und damit vertragsgemäß angeboten hat.

aa) Der Senat geht mit der Kammer davon aus, dass die angebotenen Schrauben aufgrund der Verunreinigungen/Anhaftungen als sachmangelbehaftet anzusehen sind. Der Einwand der Beklagten, das Landgericht habe bereits fehlerhaft festgestellt, dass die angebotenen Schrauben aufgrund der Verschmutzungen/Verfärbungen sachmangelbehaftet gewesen seien, vermag nicht durchzugreifen.

Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass auch ohne dahin gehende Beschaffenheits- oder Verwendungszweckvereinbarung die Abwesenheit von äußeren Fehlern wie Verschmutzungen/Anhaftungen als übliche Beschaffenheit i. S. der [§ 651 Satz 1, § 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) von dem Besteller vorausgesetzt werden kann. Auch wenn diese Ablagerungen nach Aussage des Sachverständigen mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Kartonage infolge einer unsachgemäßen Lagerung stammen und letztlich keine Beeinträchtigung der Funktion darstellen, sind diese Verschmutzungen/Anhaftungen, die dem Betrachter als Rost- und Korrosionsfolgen erscheinen, nicht hinzunehmen. Zum einen ist der Besteller nicht gehalten, die mangelhaft erscheinende Ware zunächst entgegenzunehmen, um sodann im Rahmen einer aufwendigen Sachverständigenbegutachtung, wie sie hier in dem vorliegenden Rechtsstreit vorgenommen wurde, feststellen zu lassen, ob und um welche Art von Mangel (Korrosion, Rost, Anhaftungen von Karton) es sich handelt. Zum anderen wollte die Klägerin die Schrauben weitervertreiben, die aufgrund ihres Erscheinungsbilds minderwertig und mangelhaft erscheinen (vgl. Lichtbilder in dem Gutachten vom 07.01.2015 ...). Auch den von der Beklagten mit Schriftsatz vom 11.05.2018 ... vorgelegten Lichtbildern vermag der Senat kein anderweitiges, „besseres“ Erscheinungsbild zu entnehmen. Zudem hat der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 31.01.2014 ausdrücklich erklärt, „dass er nicht bestreite, dass die auf den Fotos zur Klageschrift erkennbaren Schrauben den Zustand wiedergeben, wie er sich zum Zeitpunkt der Anlieferung darstellte.“

Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich hier um zeichnungsgebundene sicherheitsempfindliche Sonderschrauben in Form von selbstsichernden Klemmschrauben mit Links- und Feingewinde handelt, die einem erhöhten Sicherheitsstandard verpflichtet sind. Unabhängig davon, ob die Beklagte wusste, dass diese Schrauben an die *automotive industry* weitervertrieben werden sollten, wird von derartigen Schrauben auch in optischer Hinsicht ein dem Sicherheitsgedanken geschuldetes einwandfreies Erscheinungsbild erwartet. Der Behauptung der Klägerin, dass es sich um derartige Sicherheitsschrauben handelte, ist die Beklagte nicht qualifiziert entgegengetreten. Sie hat lediglich pauschal bestritten, dass es sich bei den Schrauben um ein sicherheitsrelevantes Teil handele. Insoweit hätte es ihr als Fachbetrieb für die Herstellung von „Spezialschrauben und Drehteilen“ obliegen, die Behauptung unter Darlegung der Einzelheiten, um welche Art von Schrauben es sich denn handelte, wenn nicht um Sicherheitsschrauben, substantiiert zu bestreiten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die Beklagte in ihrer Klageschrift in dem Verfahren I-22 U 126/12 – OLG Düsseldorf – damit rühmt, dass sie seit 1975 Präzisionsteile in alle Wirtschaftszweige – ob nun Bergbau, Automobilzulieferer, Bundeswehr, chemische Industrie oder Anlagen- und Maschinenbau – liefert. Es ist auch dem E-Mail-Verkehr der Parteien zu entnehmen, dass die Parteien vor der Produktion der Schrauben über einen längeren Zeitraum hinweg über die konkreten Maße und Ausführungsformen der Schrauben diskutiert haben und mehrfach Muster angefertigt werden mussten (vgl. Anlagen K 12 und K 13). Damit erscheint auch die Behauptung der Beklagten, sie habe nicht gewusst, für welchen Zweck die Schrauben benötigt worden seien, nicht plausibel.

bb) Von der Mangelhaftigkeit der Schrauben ist auch dann auszugehen, wenn die Verunreinigungen/Anhaftungen, wie von Beklagtenseite behauptet, durch einfache Reinigung hätten entfernt werden können. Denn bei einer Lieferung von mehr als 50.000 oder – wie von der Beklagten behauptet – 70.000 Einzelteilen obliegt es nicht der Klägerin als Bestellerin, die zu reinigenden Einzelteile auszusortieren und diese sodann einzeln einer Reinigung zu unterziehen. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil davon auszugehen ist, dass die Reinigung der einzelnen Rillen des Schraubengewindes nicht maschinell, sondern nur mittels filigranen Werkzeugs und mit erheblichem Zeitaufwand vorgenommen werden kann. Entsprechend hat der Sachverständige Dr.-Ing. M in seinem Gutachten ausgeführt, dass die Ablagerungen „abgeschabt“ werden könnten. Selbst wenn die Anhaftungen – wie von der Beklagten behauptet – maschinell in einem galvanischen Bad beseitigt werden könnten, wäre es Aufgabe der Beklagten, die betroffenen Schrauben herauszusuchen und eine entsprechende rückstandslose Reinigung sowie entsprechende Trocknung vorzunehmen.

cc) Bei den vorliegenden Verschmutzungen/Anhaftungen handelt es sich auch nicht um einen nur unwesentlichen Mangel. Das Landgericht hat vor dem Hintergrund der Gesamtumstände, der vorgelegten Lichtbilder sowie dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme rechtsfehlerfrei festgestellt, dass nicht lediglich vereinzelte Schrauben von den Verunreinigungen betroffen waren. Bereits den bei den Anlieferungsversuchen gefertigten Lichtbildern sind mehrere Kartons mit einer größeren – nicht unerheblichen – Anzahl verunreinigter Schrauben zu entnehmen. Diese Feststellungen werden auch durch die Ausführungen des Sachverständigen bestätigt, der ausgeführt hat, dass sich in der „Gruppe A“ (ca. 7.650 Schrauben in 17 Kartons) „sehr viele, augenscheinlich ‚korrodierte‘ Teile“ befanden“ (S. 5 des Gutachtens). Soweit die Beklagte tatsächlich – wie von ihr behauptet – die Höchstmenge von 71.319 Schrauben angeliefert hätte, entspräche der Anteil bereits mehr als 10 %. Soweit sie lediglich die von der Klägerin behauptete Menge von 50.000 Schrauben angeliefert hat, wäre es ein Anteil von mehr als 15 %. Damit kann hier nicht von einer unwesentlichen Menge gesprochen werden.

Soweit der Sachverständige in seiner Zusammenfassung auf Seite 10 seines Gutachtens vom 07.01.2015 zu dem Ergebnis kommt, in Bezug auf die Gesamtmenge dieses Loses sei diese Erscheinung unerheblich, ist zum einen zu berücksichtigen, dass dem Sachverständigen unstreitig weitaus mehr Schrauben und Kartons zur Begutachtung bereit gestellt wurden, als der Klägerin angeboten worden waren, sodass der Sachverständige die verhältnismäßige Menge der verunreinigten Schrauben nicht zutreffend beurteilen konnte. Zudem handelt es sich bei der Frage, ob eine „unerheblichen Menge“ vorliegt, um eine Rechtsfrage, die vom Gericht zu beantworten ist.

Entgegen der Ansicht der Beklagten war die Klägerin aufgrund der Verunreinigungen/Anhaftungen auch dazu berechtigt, die gesamte Lieferung zurückweisen, auch wenn es sich um eine grundsätzlich teilbare Lieferung handelte. Denn bereits aufgrund der gefertigten Lichtbilder erscheint es der Klägerin nicht zumutbar, sich die einzelnen nicht mangelbehafteten Schrauben aus der Gesamtlieferung herauszusuchen. Ferner war die Klägerin auch nicht dazu verpflichtet, zunächst alle Kartons zu öffnen und daraufhin zu untersuchen, ob sich in allen Kartons mangelhafte Schrauben befanden, um dann die einzelnen Kartons herauszusuchen und anzunehmen, in denen keine mangelhaften Schrauben zu finden waren. Vielmehr wäre es Aufgabe der Beklagten gewesen, die Kartons mit den verunreinigten Schrauben auszusortieren und der Klägerin nur die Kartons mit den einwandfreien Schrauben anzubieten.

dd) Die Beklagte hat die Mangelhaftigkeit zu vertreten. Auch hier sind die Feststellungen des Landgerichts zugrunde zu legen, wonach die Beklagte weder dargelegt noch bewiesen hat, dass die Ablagerungen/Anhaftungen an den Schrauben nicht auf einem grob fahrlässigen Verhalten ihrerseits beruhen ([§ 300 I BGB](#)).

Grundsätzlich obliegt dem Schuldner nach [§ 280 I 2 BGB](#) die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dabei kommt es auf den zu vertretenden Verschuldensgrad nicht an. Besteht eine Haftungsmilderung, genügt der Nachweis, dass er den Grad an Sorgfalt beachtet hat, für den er einzustehen hat. Demnach hat der Schuldner im Rahmen des Annahmeverzugs diejenigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass der Untergang oder die Verschlechterung der Leistung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht (MünchKomm-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. [2016], § 300 Rn. 4; BeckOK-BGB/*Unberath*, Stand: 01.03.2011 [45. Edition], § 300 Rn. 4; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 77. Aufl. [2018], § 300 Rn. 2 und § 280 Rn. 34 ff., 40).

Es oblag mithin der Beklagten, Tatsachen vorzutragen, aus denen nachvollziehbar darauf geschlossen werden kann, dass die Verschlechterung jedenfalls nicht auf einem grob fahrlässigen Verhalten ihrerseits beruhte. Dies ist der Beklagten auch im Berufungsverfahren nicht gelungen, nachdem sie hierauf bereits in dem erstinstanzlichen Urteil hingewiesen wurde.

Die Schrauben befanden sich die ganze Zeit über unstreitig in der Sphäre der Beklagten. Diese hatte die Schrauben ausweislich ihres Schreibens vom 29.06.2009 „abholbereit“ gestellt. Mithin oblag es der Beklagten im Rahmen ihrer Darlegungslast, konkrete Tatsachen vorzutragen, die den Rückschluss zulassen, sie treffe hinsichtlich der Aufbewahrung und Lagerung der Schrauben kein grob fahrlässiges Verhalten.

Der Sachverständigen *M* hat in seinem Gutachten vom 07.01.2015 (S. 10) festgestellt, dass die Verunreinigungen/Anhaftungen auf einer unsachgemäßen Lagerung der Schrauben beruhen. Insoweit verweist der Sachverständige darauf, dass die Schrauben der „Gruppe A“ nicht in Kunststoffbeuteln verpackt waren. Die Beklagte hat in ihren Schriftsätzen vom 09.12.2013 und vom 14.02.2014 eingeräumt, dass Folge der langen Lagerung Verfärbungen und Oxidationen sein können. In ihrem Schriftsatz vom 11.05.2018 hat die Beklagte darauf abgestellt, dass speziell nur die Schrauben von den Verunreinigungen/Anhaftungen betroffen seien, die nicht zusätzlich in Kunststoffbeuteln verpackt worden seien. Dem Vorbringen der Beklagten ist damit nicht zu entnehmen, wann und wo und durch welche Umstände die Verschlechterung eingetreten sein soll. Allein feststellbar ist, dass diese während der Lagerung bei der Beklagten eingetreten ist. Sie hat keine Tatsachen dargetan, aufgrund derer nachvollziehbar angenommen werden könnte, dass sie nicht grob fahrlässig gehandelt hat während der Lagerungszeit. Ihr pauschaler Vortrag, die Kartons seien zu jeder Zeit trocken gelagert worden, vermag sie nicht zu entlasten. Es wäre insoweit erforderlich und von ihr als Fachfirma zu erwarten gewesen, im Einzelnen darzulegen, wie derartige Schrauben grundsätzlich richtig zu lagern sind und unter Beachtung welcher Vorgaben die Beklagte die Lagerung der Schrauben veranlasst hat. Dass grundsätzlich auch eine längere Lagerung ohne eintretende Verunreinigungen/Ablagerungen möglich ist, zeigen die Schrauben, die in den Plastikbeuteln verpackt waren. Insbesondere hat die Beklagte insoweit nicht zu erklären vermocht, warum nicht alle Schrauben in Plastikbeuteln in den Kartons aufbewahrt wurden, wenn dies scheinbar einer ordnungsgemäßen Lagerung entsprach.

2. Entgegen der Ansicht der Beklagten war die Klägerin aufgrund des Urteils nicht dazu verpflichtet, ihre Zahlung im Voraus zu leisten, denn in dem Urteil wurde lediglich eine Verurteilung Zug um Zug ausgesprochen.

3. Die Klägerin hat der Beklagten mit Anwaltsschriftsatz vom 21.08.2013 erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt. Sodann hat sie ihren Rücktritt wirksam gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 24.09.2013 erklärt.

Dabei hat sich die Rücktrittserklärung zweifelsfrei nur auf die in dem Urteil tenorierte Teilverpflichtung zur Lieferung der restlichen Schrauben in einer Anzahl von 41.319 bis 71.319 bezogen. Bereits die Nachfristsetzung mit Lieferungsaufforderung vom 21.08.2013 bezog sich ausdrücklich nur auf die Lieferung von „mindestens 41.319 und höchstens 71.319 Klemmschrauben M 14 x 1 LH“, auf welche die Klägerin in ihrer Rücktrittserklärung Bezug genommen hat. Dass auch ein Teilrücktritt im Hinblick auf eine Teilleistung entgegen der Ansicht der Beklagten möglich ist, ergibt sich bereits aus [§ 323 V 1 BGB](#). Denn dieser besagt, dass der Gläubiger bei einer Teilleistung nur dann von dem ganzen Vertrag zurücktreten kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Rücktritt hinsichtlich der Teilleistung jedenfalls zulässig ist (vgl. hierzu auch Münchener-Kommentar/Ernst, a.a.O., § 323 Rn. 3). Letztlich steht hier auch nur die Vollstreckungsabwehrklage hinsichtlich eines Titels, der sich ebenfalls nur über diese Teilleistungsverpflichtung verhält, in Streit.

Dass der Klägerin die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag auch aus anderen Gründen gelegen gekommen sein mag, spielt entgegen der Ansicht der Beklagten für den vorliegenden Rechtsstreit keine Rolle. Allein entscheidend ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht nach [§ 323 I BGB](#) vorlagen.

II. Über die Eventualwiderklage, die die Beklagte mit ihrer Berufungsbegründung erhoben hat, war nicht zu entscheiden, da die innerprozessuale Bedingung – Erfolg ihrer Berufung – unter welcher sie die Widerklage erhoben hat, nicht eingetreten ist. ...

#### **Probleme beim Autokauf?**

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**