

98. 1. Unter welchen Voraussetzungen ist nach § 633 Abs. 2 BGB. der Besteller darauf beschränkt, statt Neuherstellung eines mangelfreien Werkes die Beseitigung des Mangels zu verlangen?
2. Was ist in § 640 BGB. unter Abnahme des Werkes zu verstehen?

3. Ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels gegenüber dem auf Neuherstellung im Sinne der §§ 527, 268, 529 Abs. 2 ZPO. als ein rechtlich anders gearteter Anspruch oder als eine bloße Beschränkung des Klageanspruchs anzusehen?

VI. Zivilsenat. Ur. v. 9. Juli 1923 i. S. Pr. (Rl.) w. P. (Wkl.).
VI 1324/22.

I. Landgericht I Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Mit der Klage wird die Lieferung eines am 2. Oktober 1919 bestellten kunstgeschnitzten Bücherschranks verlangt. Die Klage wurde in den Vorinstanzen abgewiesen, die Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils.

Gründe:

Der Klagantrag geht dahin, zu liefern sei ein kunstgeschnitzter Bücherschrank, Nußbaumholz, Türen innen mahagonipoliert mit Intarsien, sonst innen Eiche, genau entsprechend dem von der Beklagten dem E. B. gelieferten, antike Verzierung genau der B.'schen Lieferung entsprechend.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ein Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 BGB. vorliege, und zwar über eine nicht vertretbare Sache (§ 91 BGB.). Zutreffend stellt das Berufungsgericht hierbei darauf ab, daß die Beklagte vertraglich die Verpflichtung zur Herstellung und zur Lieferung eines von ihr hergestellten Stückes übernommen habe. Im übrigen legt eine Auslegung vor, die keinen Verstoß gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln erkennen läßt. Auch die Anwendung des § 91 BGB. ergibt keinen solchen.

Die Beklagte hat einen Schrank hergestellt und geliefert; nach Ansicht des Klägers ist er aber nicht vertragsgemäß ausgeführt. Den Klagantrag legt das Berufungsgericht dahin aus, daß damit die Lieferung eines neuen Schrankes begehrt sei. Dieser Anspruch wäre nach Ansicht des Berufungsgerichts rechtsgrundsätzlich zweifellos dann zuzulassen, wenn der im Streit stehende Schrank nach seiner Ausführung gegenüber den darüber getroffenen Vertragsfestsetzungen eine völlig andere Sache (aliud) darstellen würde. Auf Grund der gepflogenen Beweisaufnahme nimmt das Berufungsgericht an, daß dem nicht so sei. Insofern bewegt sich das Berufungsgericht auf dem Gebiet rein tatsächlicher Erwägungen, die keinen Rechtsverstoß erkennen lassen; auch die Revision hat keinen solchen darzutun vermocht. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger gemäß §§ 651, 633 Abs. 2 BGB. nur die Beseitigung der vorhandenen Mängel, nicht aber die Neuherstellung der Werke verlangen könne.

1. Was zunächst die hierüber ausgeführten rechtsgrundsätzlichen

Erwägungen des Berufungsgerichts anlangt, so sind sie für zutreffend zu erachten. Kein Bedenken gegen ihr Ergebnis ergibt der Umstand, daß unter den in § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 angeführten Vorschriften aus dem Rechte des Kaufes der § 480 nicht aufgeführt ist, die Aufzählung vielmehr mit § 479 endet. Dies erklärt sich daraus, daß gerade im Zusammenhang mit dieser Aufzählung von der Herstellung einer nicht vertretbaren Sache die Rede ist: damit schied § 480, der vom Kaufe einer der Gattung nach bestimmten Sache und nur hiervon handelt, von selbst aus. Bezüglich tatsächlicher Mängel der hergestellten Sache greifen die §§ 633 bis 635, 637 bis 640 ein; es handelt sich insgesamt um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. In tatsächlicher Beziehung hat das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen J. festgestellt, daß der Schrank eine Reihe von Abweichungen gegenüber dem an B. gelieferten Schrank aufweise, daß diese aber sich bequem beseitigen lassen mit Ausnahme des einen Umstandes, daß der dem Kläger gelieferte, 1,70 cm breite Schrank etwa 6 cm weniger breit ist als der an B. gelieferte, was sich nach dem Gutachten überhaupt nicht beseitigen lasse. In rechtlicher Hinsicht ist zu bemerken:

Nach § 633 BGB. ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesehenen Gebrauch aufheben oder mindern. Gegenüber der Lieferung eines dem nicht genügenden Wertes macht der Besteller den Anspruch auf Vertragserfüllung geltend, wenn er die Unzulänglichkeit des Wertes beanstandet und vertragsmäßige Beschaffenheit verlangt. Die Bestimmung des § 633 Abs. 2: „Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen“, ist rechtsgrundsätzlich zunächst lediglich auf diese Vertragserfüllung gerichtet. Praktisch selbstverständlich ist es, daß diese Beseitigung von Mängeln durch Neuherstellung eines nunmehr mangelfreien Wertes bewirkt wird. Rechtlich an und für sich zweifelhaft aber kann erscheinen, ob die Mängelbeseitigung durch Neuherstellung des Wertes erfolgen muß, wenn der Besteller solches verlangt, also nur ein niemals ausgebeffertes Werk haben und gelten lassen will. Nach einer bereits mehrfach in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum grundsätzlichen Ausdruck gelangten, auch im Schrifttum¹ nahezu einhellig geteilten Rechtsansicht ist nun der Vorschrift des § 633 Abs. 2 Satz 1 die Einschränkung zu entnehmen, es könne danach im Falle der Lieferung eines mangelhaften Wertes nur die

¹ Außer den Komm. zu § 633 f. bes. Lotmar, Arbeitsvertrag II S. 670 zu und in Anm. 1—3; Emerich, Kauf- u. Werkvertrag S. 73. D. G.

Mängelbeseitigung, nicht die Neuherstellung des Werkes verlangt werden, gegebenenfalls mit den weiteren in §§ 634, 635 bezeichneten und geregelten Rechtsfolgen. Soweit die Beschränkung des § 633 Abs. 2 Satz 1 reicht, soll die Neuherstellung des Werkes nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Unternehmers sein (vgl. bes. RÖZ. Bd. 57 S. 275, Bd. 95 S. 329, Warn. 1916 Nr. 305). Diese Einschränkung ist einerseits auf eine gewisse Schonung des Unternehmers, namentlich des verschuldenfreien, gerichtet und entspricht andererseits der Erfahrung, daß der Besteller vielfach kein Interesse hat, mehr als Beseitigung des Mangels zu verlangen, und daß nicht selten ein Vertragswille dahin wird unterstellt werden können, die Lieferungsspflicht solle im gegebenen Falle auf die erste fertige Sache beschränkt sein. Daß jene Einschränkung vom Gesetz gewollt ist, wird auch durch den Zusammenhang der übrigen Vorschriften bestätigt, wofür besonders § 633 Abs. 2 Satz 2 und § 634 Abs. 2 hervorgehoben seien. Wenn der Unternehmer nach der ersten dieser beiden Vorschriften die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands verweigern darf, dann muß er erst recht die Neuherstellung verweigern dürfen, die bei vorhandener Möglichkeit, die Mängel zu beseitigen, zumeist als unverhältnismäßiger Aufwand erscheinen wird. Und wenn in § 634 Abs. 2 aus der Unmöglichkeit, die Mängel zu beseitigen, nur soviel gefolgert wird, daß keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt zu werden braucht, so bestätigt dies, daß auch im Falle der Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung nicht ohne weiteres Neuherstellung verlangt werden kann. Wo zu endlich noch darauf hingewiesen sei, daß in allen weiteren in diesem Zusammenhang stehenden Vorschriften des Gesetzes von der Neuherstellung des Werkes keine Rede ist. Daß namentlich die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung gegebenenfalls kein Recht auf Neuherstellung ergibt, ist auch schon in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Urt. v. 17. März 1908 VII 288/07) ausgesprochen worden.¹ Endlich kann die Neuherstellung auch nicht etwa im Wege des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung (§ 249 BGB.) verlangt werden; dieser kann, wo er zu fordern ist, in aller Regel nicht zur Erfüllung führen.

Es ist nun aber, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennet, ein Erfüllungsanspruch auf Neuherstellung nur dem mit Mängeln behafteten Werke gegenüber, dagegen nicht schlechthin ausgeschlossen. So ist er grundsätzlich gegeben, wenn das vom Unternehmer gelieferte Werk sich gegenüber den Vertragsfestsetzungen als etwas völlig anderes (aliud) darstellt; ob dies auch (mit dem Urt. v. 22. Mai 1917 VII 68/17) auf alle Fälle auszudehnen ist, wo ein durch Schuld des

¹ U. A. Rümelin, Dienstvertrag u. Werkvertrag S. 78 ff.; vgl. auch Dertmann BGB. § 633 Erl. 2 h. D. E.

Unternehmers unbrauchbares und nicht betriebsfähiges Werk geliefert ist, kann hier dahinstehen, da ein derartiger Fall nicht in Rede steht. Es bedarf mithin der näheren Bestimmung, von wann ab an Stelle eines auf Neuherstellung erstreckbaren vollen Erfüllungsanspruchs der nur noch auf Mängelbeseitigung, eventuell Minderung, Wandelung, Schadensersatz beschränkte Anspruch tritt.¹ Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist anzunehmen, daß die Beschränkung auf die Mängelbeseitigung nicht eintritt, solange die Erfüllungspflicht nicht wenigstens in der Hauptsache erfüllt ist, also feststeht, daß die Arbeitstätigkeit in der Richtung auf das Endziel der Vertragserfüllung entfaltet ist und zu einem dem Vertragswillen entsprechenden Erfolg geführt hat. Es ist daher grundsätzlich zu fordern, daß die Leistung tatsächlich hingegenommen und hingenommen ist, außerdem aber der Besteller zu erkennen gegeben hat, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne (R. v. RG. § 640 Erf. 1). Damit tritt eine konkrete Erfüllungsleistung in die Erscheinung und an Stelle des darauf gerichteten Erfüllungsanspruchs der dem Werk- und dem Werklieferungsvertrag eigentümliche Anspruch auf Beseitigung von Mängeln.

Dieser Zeitpunkt wird in § 640 BGB. als Abnahme bezeichnet. Daß die Abnahme keine Anerkennung der Leistung als Erfüllung schlechthin bedeutet, hat das Reichsgericht bereits in dem Urteil vom 17. Dezember 1909 III 590/08 mit Recht ausgesprochen². sonst würden ja die Ansprüche des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Wertes, auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, falls nicht die Anerkennung wegen Irrtums angefochten werden kann, ausgeschlossen sein, während sie zweifellos trotz der Abnahme zulässig sind und der mit der Abnahme des Wertes beginnenden Verjährung unterliegen (§ 638 BGB., JW. 1907 S. 331). Die Abnahme kann mithin auch mit einer Mängelrüge verbunden sein, wie es hier nach der Darstellung des Beklagten geschehen zu sein scheint. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand darf als unstreitig angesehen werden, daß der streitige Schrank als die Leistung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Werklieferungsvertrag gegeben und genommen worden ist; nur seine Ausführung war wegen Fehlens zuversicherter Eigenschaften beanstandet. Damit war die Einschränkung der Bestelleransprüche auf die Mängelbeseitigung gegeben; das konkrete Werk als Vertragsleistung war hergestellt, geliefert und hingenommen, seine Neuherstellung war nach Sachlage nicht mehr Pflicht, sondern höchstens Recht des Unternehmers.

¹ Hierüber bes. Petri, ArchZivPr. Bd. 109 S. 203. D. E.

² Vgl. auch Aldier, ArchZivPr. Bd. 109 S. 341 fig., 346. D. E.

Diese Beurteilung steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere auch schon mit der Entsch. RGZ. Bb. 57 S. 275, VII 507/03, woselbst in dem nicht abgedruckten Teile der Begründung ausgeführt und darauf abgestellt wird, daß die Beklagte (Unternehmer) geliefert gehabt habe, wenn auch mangelhaft, während der Tatbestand der Abnahme im Sinne des § 640 BGB. dahingestellt bleibt. Nach dem Sinne, in dem die Rechtsprechung späterhin den Begriff der Abnahme entwickelt hat (R. v. RGZ. § 640 Erl. 2), ergibt sich auch für die Entscheidung VII 507/03 der leitende Gedanke, daß von geschetzener Abnahme an der Unternehmer wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften oder wegen Fehler im Sinne des § 633 Abs. 1 zur Neuherstellung des Werkes nicht mehr genötigt werden kann, sondern nur Beseitigung der Mängel, eventuell Preis-minderung, Wandelung oder Schadensersatz schuldet.

2. War hiernach zu diesem rechtsgrundfählichen Teile der Urteilsbegründung dem Berufungsgericht beizutreten, so war das Urteil doch aufzuheben wegen der vom Berufungsgericht gegebenen Erlebigung der Frage, ob in dem Klagebegehren auf Lieferung des in der Klage näher bezeichneten Schrankes auch die Erhebung des Mängelbeseitigungsanspruchs oder aber nur das Verlangen der Neuherstellung gefunden werden könne.

Der erste Richter hatte die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß damit die Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes verlangt sei, worauf gesetzlich kein Anspruch bestehe. Darauf hatte der Kläger mit der vorgelegten Berufungsbegründung geantwortet: Es sei gar nicht auf Herstellung eines neuen Werkes, sondern lediglich auf Lieferung geklagt, was der Vorberrichter übersehen habe. Es sei Tatfrage und bleibe der Beurteilung des Sachverständigen überlassen, ob die angebotenen Möbel nicht geändert werden könnten, um die vertragsmäßige Beschaffenheit zu erlangen; seien Änderungen möglich, so würde sich der Anspruch des Klägers nur als ein Mängelbeseitigungsanspruch darstellen, der schon nach den Vorschriften über Gewährleistung begründet wäre. Hierauf hatte die Beklagte erwidert, Klageantrag und Begründung zeigten klar, daß es dem Kläger nur um Lieferung neuer Stücke zu tun sei; der Neueinführung eines Mängelbeseitigungsanspruchs werde widersprochen und unzulässige Klageänderung gerügt. Das Berufungsgericht hat über diesen prozessualen Einwand nach § 527 oder § 529 Abs. 2 ZPO. nicht befunden, sondern nur ausgesprochen, die Klage ergebe unzweifelhaft, daß der Kläger die Lieferung eines neuen Schrankes begehre. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Auslegung der Klage ist als Auslegung einer Prozeßerklärung in der Revisionsinstanz frei nachprüfbar. Die bereits wiedergegebene Erklärung der Berufungsbegründung stellt sich als eine authentische Erläuterung

des Klagenanspruchs bar, aus der mindestens soviel zu entnehmen ist, daß der Kläger, wenn und soweit die Mängel nach dem Urteil des Sachverständigen durch Nachbesserung zu beseitigen sind, hiermit zufrieden ist. Es ist nicht abzusehen, warum trotz dieser Erklärung die Klage ausschließlich auf Neuherstellung des Schrankes gerichtet sein soll, zumal das Klagebegehren, wie es gefaßt ist, auch nach der verkehrsgewöhnlichen Ausdrucksweise ein Mängelbeseitigungsverlangen mit umfassen kann. Dessen Geltendmachung stehen die Vorschriften der §§ 527 und 529 Abs. 2 BPD. dann nicht entgegen, wenn es sich bei dem Mängelbeseitigungsanspruch gegenüber dem Neulieferungsbegehren nur um ein weniger, nicht um einen seinem rechtlichen Wesen nach anders gearteten Anspruch handelt. Mit Recht hat die Revision diese Auffassung vertreten. Es besteht kein durchgreifendes Bedenken dagegen, insoweit eine Beschränkung des Klageantrags im Sinne des § 268 Nr. 2 BPD. anzunehmen. Das Mängelbeseitigungsbegehren bedeutet gegenüber einem solchen der Neuherstellung ein teilweises Nachgeben, beiden gemeinsam ist das Ziel, das Werk in vertragsmäßigem Zustand herzustellen. Nach alledem liegt weder eine Klageänderung noch ein neuer Anspruch vor, dessen Erhebung an die Einwilligung des Gegners gebunden wäre. . . .

Das Urteil war hiernach aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der erneuten Berufungsverhandlung wird nunmehr zunächst zu dem Ergebnis der Begutachtung bezüglich des Schrankes sachlich Stellung zu nehmen sein. Dabei kann sich eine Änderung des Antrags als geboten erweisen, auf die das Berufungsgericht gemäß § 139 BPD. hinzuweisen hätte. Ergibt sich nach dem Gutachten, wie das Berufungsgericht bisher anzunehmen scheint, daß die festgestellten Vertragswidrigkeiten mit Ausnahme der Schrankbreite durch Nachbesserungen zu beseitigen sind, so wird bezüglich dieses letzteren Mangels zu entscheiden sein, ob und welcher der Rechtsbehelfe der Preisreduzierung, der Wandelung und des Schadensersatzes sich nach Sachlage dem Kläger dienlich erweisen kann. Ein Anspruch auf Neuherstellung erscheint nach dem bisher festgestellten Sach- und Streitstand nicht gegeben.