

**63. Kann der Besteller eines Werkes noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung aus mangelhafter Beschaffenheit des Werkes verlangen, nachdem in einem Vorprozesse die Werklohnklage des Unternehmers auf die vom Besteller erhobene Wandelungseinrede hin rechtskräftig abgewiesen worden ist?**

BGB. §§ 347, 465, 467, 634, 635, 994.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 14. Mai 1935 i. S. B. (Rl.) to. Firma  
L. (Bef.). VII 354/34.

I. Landgericht Paderborn.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Beklagte hatte durch Vertrag vom 15. April 1929 die Erd-, Maurer- und Zementarbeiten beim Bau einer Mineralwasser- und Eisfabrik nebst Kraftwagenhalle für den Kläger übernommen. Dieser hatte ihr an Werklohn 7000 RM. gezahlt. Die Beklagte hatte nach Vollenbung des Baues ihre Gesamtforderung auf 12733,46 RM. berechnet und mit Klage von dem nunmehrigen Kläger den Rest verlangt. Der Kläger hatte jener Klage gegenüber die Einrede der Wandelung erhoben, indem er Mängel der Gebäude rügte, die er

auf mangelhafte Leistungen der damaligen Beklagten zurückführte. Auf Grund dieser Einrede war jene Klage rechtskräftig abgewiesen worden.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt der Kläger als Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hilfsweise auch aus dem Rechtsgrund der Wandelung, in erster Reihe die Beseitigung der angeblich für ihn wertlosen Gebäude und Zahlung von 29 279,42 RM., nämlich 7000 RM. als Rückgewähr des bezahlten Werklohns, den Rest als Ersatz von Verwendungen, die er auf das von der Beklagten gelieferte, für ihn unbrauchbare Werk durch Zahlungen an die übrigen an dem Bau beteiligten Unternehmer gemacht habe. Die Beklagte hat die behaupteten Mängel und die Unbrauchbarkeit des Werkes für den Kläger bestritten und u. a. weiter eingewendet, dieser könne Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht mehr verlangen, weil er ein ihm allenfalls zustehendes Wahlrecht durch erfolgreiche Ausübung der Wandelung im Vorprozeß verbraucht habe. Aber auch auf das Wandelungsbegehren könne er seine Ansprüche nicht stützen, weil bei der Unmöglichkeit einer Rückgewähr in Natur nur der Ausgleich der beiderseits empfangenen Leistungen in Frage kommen könne; dieser aber ergebe, daß der Wert der Werkleistung der Beklagten, der dem Kläger verbleibe, mehr betrage als die Leistungen des Klägers an die Beklagte.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts beruht im wesentlichen auf der Erwägung, der Kläger habe das ihm nach §§ 634, 635 BGB. zustehende Wahlrecht, Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, durch die erfolgreiche Erhebung der Wandelungseinrede im Vorprozeß verbraucht; es müsse nunmehr bei der Wandelung verbleiben. Schadensersatzansprüche ständen dem Kläger daneben nur zu, soweit die Voraussetzungen des § 276 oder der §§ 823 flg. BGB. gegeben seien. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung sei nicht hinreichend mit Anführungen belegt, jedenfalls nicht dargetan. Aus § 276 BGB. könne der Kläger Schadensersatzansprüche nur herleiten, soweit sie nicht den Ersatz desjenigen Schadens zum Gegenstand hätten, für den unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzverlangens wegen Nichterfüllung Ersatz hätte ver-

langt werden können; denn insoweit schließe der Verbrauch des Wahlrechts diesen Anspruch aus. Im vorliegenden Falle komme aber kein Schaden in Frage, der nicht Gegenstand eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hätte sein können. Der Kläger könne also nur Wandelung verlangen. Sein Wandelungsbegehren sei auch begründet; das wird im einzelnen dargelegt. Aber die Wandelung könne nicht vollzogen werden. Denn abgesehen von anderen Gründen, welche die Rückgewähr in Natur unmöglich machten, bestehe das zurückzugewährende Wert zum größeren Teile aus dem Ergebnis der Arbeitsleistungen der übrigen Unternehmer und (vgl. §§ 946 flg. BGB.) den Leistungen von sonstigen Lieferanten. Das Bauwerk stehe auf einem stark belasteten Grundstücke des Klägers. Deshalb müsse er sich in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung den Wert anrechnen lassen, den die von der Beklagten gelieferten Sachen und die von ihr geleistete Arbeit für ihn noch hätten. Dieser Wert betrage nach dem Gutachten des Sachverständigen nach Abzug der noch erforderlichen Ausbesserungskosten 8172,69 RM. Der dem Kläger verbleibende Wert sei also größer als der der Beklagten verbleibende (7000 RM.). Der Kläger habe also nichts zu fordern.

Die Frage, ob durch die vom Käufer (Besteller) gegen die Kaufpreis- (Werklohn-) Klage des Verkäufers (Unternehmers) erfolgreich geltend gemachte Einrede der Wandelung diese vollzogen ist (§ 465 BGB.), ob unabhängig davon der Käufer in solchem Falle das Wahlrecht verloren hat oder ob ihm dieses Recht verbleibt, ist lebhaft umstritten (vgl. RMKomm. z. BGB. § 465 Anm. 2; Pland BGB. § 478 Anm. 2a, § 465 Anm. 3 Abs. 2; Staudinger BGB. § 478 Anm. IIc; Dertmann BGB. § 478 Bem. 1, Bem. 5b, § 462 Bem. 3b, § 465 Anm. 2d; Warneher BGB. § 465 Anm. IV; Staub-Heinichen BGB. § 377 Anm. 59, 60; Neumann BGB. § 465 Anm. 6; Soergel BGB. § 465 Bem. 4; Goldmann-Vilienthal BGB. I § 135 Ziff. 4c; Matthiaß in DZB. 1902 S. 208; Nissen in JW. 1902 S. 569; Haymann bei Gruch. Bd. 46 S. 544; Flechtheim ebenda, Bd. 44 S. 65 flg. (zu III S. 78 flg.); Stölzle in JW. 1931 S. 3471 Anm. zu 1 [S. 3473 zu B]; Schaper in Fherings Jahrb. Bd. 52 S. 233; Eccius bei Gruch. Bd. 43 S. 325, 330, 331; Windscheid-Ripp Lehrbuch d. Pandektenrechts 9. Aufl. 2. Bd. § 395 [S. 703/704]; Dernburg Bürgerl. Recht 2. Bd. 2. Abt. § 191).

Das Reichsgericht hat die Frage in R. G. B. Bd. 69 S. 385 (388) offen gelassen, und auch seither ist sie von ihm, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden worden. Sie braucht auch im vorliegenden Falle nicht in ihrer Allgemeinheit und grundsätzlich entschieden zu werden. Vielmehr ist auf die Besonderheit abzustellen, die sich im Streitfalle daraus ergibt, daß die Wandelung nicht in Natur vollzogen werden kann, daß sie vielmehr ersetzt werden muß durch den Ausgleich dessen, was der Unternehmer und was der Besteller geleistet haben. Dieser Ausgleich braucht sich nicht, wie das Berufungsgericht meint, auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu beschränken. Denn wenn auch die Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen in Natur aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen nicht möglich ist, so wird dadurch die Anwendung der für die Wandelung geltenden Grundsätze auf den vorzunehmenden Ausgleich der beiderseitigen Leistungen nicht gehindert. Auf die Wandelung finden aber nach § 467 BGB. (mit § 634 Abs. 4 BGB.) die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, also auch § 347 Satz 2 a. a. O. Anwendung. Damit sind auch die Vorschriften des § 994 BGB. für anwendbar erklärt. Die Aufwendungen, die der Kläger durch Zahlungen an die übrigen Unternehmer für deren Lieferungen und Arbeitsleistungen gemacht hat, sind aber insoweit notwendige Verwendungen des Klägers auf das von der Beklagten gelieferte Werk, als durch sie deren Leistungen erst das Werk ergeben konnten, dessen Wert für den Kläger der Sachverständige berechnet und, ihm folgend, das Berufungsgericht festgestellt hat. Den Ersatz solcher Verwendungen kann aber der Kläger nach den bezeichneten Vorschriften fordern, freilich nur soweit, als sie in jener Beziehung zum Werke der Beklagten stehen. Wenn in einem solchen Falle, in dem die Rückgabe des Werkes durch den Besteller auch bei erfolgter Wandelung nicht möglich ist, diese Rückgewähr ersetzt werden muß durch den vorstehend umschriebenen Ausgleich der beiderseitigen Leistungen, dann löst sich der Besteller, der nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, nicht von der Grundlage, auf der er im Vorprozeß obgesiegt hat. Vielmehr bleibt diese Grundlage im wesentlichen dieselbe. Sein Verlangen, den Werkvertrag rückgängig zu machen, hat sich von selbst in das Verlangen umgewandelt, einen Ausgleich der von beiden Seiten bewirkten Leistungen herbeizuführen; dieses Verlangen aber ist nicht mehr wesentlich verschieden von dem-

jenigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB.). Die nähere Prüfung ergibt vielmehr, daß sich in einem solchen Falle dieser Schadensersatzanspruch weitgehend mit dem Wandelungsanspruch deckt, wie er im Vorstehenden bereits erläutert worden ist. Denn hier wie dort bildet einen Hauptgegenstand des Anspruchsinhalts die auch vom Berufungsrichter bei der Erörterung des Wandelungsanspruchs behandelte Frage, ob der Anspruch im Einzelfalle bis zum vollen Erfüllungsinteresse gehe, weil die Annahme des mangelhaften Werkes für den Besteller kein Interesse habe, oder ob er sich den Wert des gelieferten Werkes, der ihm verbleibt, anrechnen lassen müsse. Bei einer so weitgehenden Übereinstimmung des Anspruchsinhalts rechtfertigt sich keinesfalls die Auffassung, daß durch die im Vorprozeß vom Besteller mit dem Erfolg der Klagabweisung geltend gemachte Einrede der Wandelung sein Recht, nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ausgeschlossen sei. Das gilt sowohl für den Fall, daß man (mit dem RGKomm., dem Erläuterungswerk von Staudinger a. a. O. und mit anderen) die Wandelung durch die erfolgreiche Erhebung jener Einrede — ungeachtet der aus § 322 B.P.O. sich gegen diese Annahme ergebenden Bedenken — für vollzogen erachten wollte, als auch für den Fall, daß man (mit Pland a. a. O. und anderen) auch ohne die Annahme des Vollzugs der Wandelung eine Bindung des Käufers (Bestellers) an die im Vorprozeß mit Erfolg erklärte Wandelung annimmt, gleichviel, ob man diese Bindung aus der Annahme eines fortwirkenden Angebots herleitet oder als Wirkung der Einrede der allgemeinen Arglist ansieht. Denn in jedem Falle muß die Bindung des Käufers (Bestellers) unter den Gesichtspunkt von Treu und Glauben gestellt werden. Sie kann sich immer nur herleiten aus der Unzulässigkeit eines Widerspruchs des nunmehrigen Begehrens des Käufers (Bestellers) mit der Haltung, die er im Vorprozeß eingenommen und die ihm dort zum Erfolg verholfen hat. Liegt jedoch ein solcher Widerspruch nicht vor, dann entfällt die Bindung. So liegt der Fall aber hier, wo eine Rückgewähr des Werkes durch den Besteller nicht in Frage kommt, so daß auch sein Wandelungsbegehren lediglich das Verlangen nach einem Ausgleich der beiderseitigen Leistungen zum Gegenstand haben kann. Dann berühren sich Wandelungsansprüche und Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung inhaltlich weitgehend, und es ist somit für den Ausschluß des Wahlrechts des

Bestellers weder aus dem Grunde Raum, weil die Wandelung bereits vollzogen sei, noch aus dem Grunde, weil jedenfalls der Besteller an sein früher mit Erfolg geltend gemachtes Wandelungsbegehren gebunden bleibe. Das muß um so mehr gelten, als ja auch die Anhänger der Lehre, daß die Wandelung schon mit der erfolgreich erhobenen Einrede im Vorprozeß vollzogen sei, sich damit abfinden, daß der Käufer (Besteller) die Voraussetzungen der Berechtigung seines Wandelungsbegehrens neuerdings nachweisen muß, wenn er über jene Einrede hinaus nunmehr seinerseits Rückgewähr der von ihm geleisteten Kaufpreis- (Wertlohn-) Zahlung verlangt (RGZ. Bd. 69 S. 385). Davon ist auch der Berufungsrichter mit Recht ausgegangen. Muß und kann der Käufer (Besteller) sonach sein Wandelungsbegehren im zweiten Rechtsstreit auf eine neue Grundlage stellen, ohne daß ihm der frühere Erfolg seiner Wandelungseinrede dabei zustatten käme und ohne daß er an die frühere Begründung gebunden wäre, so kann dem Besteller der Übergang zum Verlangen aus § 635 BGB. jedenfalls dann nicht verwehrt werden, wenn auch das begründete Wandelungsbegehren nur zum Ausgleich der beiderseitigen Leistungen führen könnte.

Es steht daher nichts im Wege, daß der Kläger Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB.) geltend macht. Aus diesem Grunde unterliegt das Urteil der Aufhebung und der Zurückverweisung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung. Es genügt deshalb, noch kurz darauf hinzuweisen, daß das Urteil auch dann nicht hätte bestehen bleiben können, wenn der Kläger mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht zugelassen gewesen wäre. Denn das Berufungsgericht hat die rechtliche Wirkung der Wandelung verkannt, wie oben bereits dargelegt worden ist. Dies gilt insbesondere für die Aufwendungen, deren Ersatz der Kläger verlangt; denn der Berufungsrichter hat nicht beachtet, daß sich der Wert, den die Leistungen der Beklagten für den Kläger haben, nicht schlechthin trennen läßt von den Aufwendungen, die er machen mußte, damit jene Leistungen diesen Wert haben könnten. Inwieweit diese unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Wandelung angestellten Erwägungen für die Beurteilung der Ansprüche des Klägers aus Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwertbar sind, wird die erneute mündliche Verhandlung ergeben . . .