

68. 1. Kennt der Besteller den Mangel im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB. schon, wenn er nur den äußeren Fehler kennt, oder erst, wenn er weiß, daß durch diesen Fehler der Wert oder die vertragsmäßige Tauglichkeit des Werkes aufgehoben oder gemindert wird?

2. Kann ein Vertragssteil auch ohne Beseitigung seiner eigenen Vertragswidrigkeit die Wirkungen ernstlicher Weigerung der Erfüllung durch den Vertragsgegner für sich beanspruchen, wenn dieser kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungswigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der andere Teil wieder vertrags-treu geworden sein würde?

BGB. § 640 Abs. 2, § 325.

VII. Zivilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1935 i. S. Rh. Gmbh.
(Rl.) w. D. A. AG. (Bekl.) VII 135/35.

I. Landgericht Wiesbaden.

II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Zwischen den Parteien kam durch Schreiben der Beklagten vom 23. November und der Klägerin vom 29. November 1928 ein Lieferungsvertrag über eine von der Klägerin zu liefernde automatische Asphaltplattenpresse zustande. Die Vergütung betrug 24000 RM. zahlbar zu $\frac{1}{6}$ 3 Monate nach Bestellung, zu $\frac{1}{6}$ bei Ablieferung, zu $\frac{1}{6}$ nach Beendigung der Montage, zu $\frac{1}{6}$ 6 Wochen später, zu $\frac{1}{6}$ weitere 4 Wochen später. Die Klägerin übernahm für eine bestimmte Leistung die Gewähr. Hinsichtlich dieser und der Nachbesserung waren besondere Vereinbarungen getroffen.

Die Presse wurde vom 8. Oktober bis 2. November 1929 von einem Monteur der Klägerin aufgestellt. In der Folgezeit kam es nicht zu einem ordnungsmäßigen Arbeiten der Presse; nachdem am 20. Januar 1930 der Preßtisch gebrochen war, stand die Presse bis zur Lieferung des neuen Tisches Anfang Mai 1930 außer Betrieb. Am 14. Mai arbeitete die Presse wieder. Ob es an diesem Tage zu einer „Abnahme“ kam, ist streitig. Die Klägerin forderte, nachdem die Beklagte die beiden ersten Raten von je 4800 RM. bezahlt hatte, Zahlung der drei weiteren Raten bis zum 10. Juni 1930. Die Beklagte verweigerte die Zahlung, weil die Presse noch an mehreren Fehlern leide, welche die Klägerin beseitigen

müsse. Nachdem die Presse seit Mitte Mai 1930 in Betrieb gewesen war, ging am 3. September 1930 der Preßzylinder erneut zu Bruch. Die Parteien haben in dem weiteren Schriftwechsel darüber gestritten, worin die Nachbesserungspflicht der Klägerin bestehe, ob insbesondere eine automatische Sicherung eingebaut werden müsse und ob die Klägerin die Nachbesserung vor Zahlung der Restvergütung leisten müsse. Schließlich erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 13. November 1930, daß sie Rücknahme der Presse und Rückzahlung der angezahlten Beträge verlange.

Die Klägerin beansprucht mit der Klage Zahlung der Restvergütung, die Beklagte mit einer Widerklage Rückzahlung von 9800 RM. Das Landgericht hat nach dem Klageantrag verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab und verurteilte auf die Widerklage die Klägerin zur Zahlung von 9800 RM. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Revision macht geltend, die Beklagte habe die Maschine durch deren lange Indienststellung mit dem Mangel einer automatischen Sicherung tatsächlich abgenommen, ohne sich gemäß § 640 Abs. 2 BGB. Rechte wegen deren Nichtanbringung vorzubehalten; sie könne deshalb nachträglich eine solche Ergänzung des Wertes nicht beanspruchen. Diese Rüge ist unbegründet; denn auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte die Presse im Mai 1930 abgenommen habe; es stellt aber fest, daß die Beklagte die Mängel nicht gekannt habe, weil sie weder gemußt habe, daß die Gefahr des Zylinderbruchs fortbestand, noch sich ein Bild darüber habe machen können, ob die Leistung von 500 Platten in der Stunde dauernd zu erzielen sei. Hierin ist kein Rechtsverstoß zu finden. Denn ein Mangel im Sinne des § 640 BGB. liegt dann vor, wenn das Werk nicht den Anforderungen des § 633 Abs. 1 BGB. entspricht, also die zugesicherten Eigenschaften nicht hat oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Einen solchen Mangel kennt der Besteller aber nicht schon dann, wenn er nur die äußeren Fehler kennt, im vorliegenden Fall also insbesondere das Fehlen der automatischen Sicherung, sondern erst dann, wenn er weiß, daß durch diesen Fehler der Wert oder die vertragmäßige

Tauglichkeit des Werkes aufgehoben oder gemindert wird; denn nur dann kennt er die Fehler in der aus § 633 BGB. sich ergebenden rechtlichen Bedeutung (vgl. RG-Urt. vom 11. Juni 1905 II 643/04, abgedr. bei Gruchot Bd. 50 S. 368). Daß aber die Beklagte diese Kenntnis im Mai 1930 nicht hatte, stellt der Berufungsrichter tatsächlich fest.

Die Revision meint weiter, die Erörterung der Anbringung einer automatischen Sicherung sei erst nachträglich durch das Gutachten des Sachverständigen in den Prozeß eingeführt worden. Nach dem Schriftwechsel sei die Klägerin im unklaren gewesen, welche Änderungen oder Ergänzungen die Beklagte verlange; jedenfalls könne das erst im Prozeß abgegebene Gutachten nicht zur Begründung des Rücktritts verwertet werden. Außerdem könne in den Briefen keine Verweigerung der erforderlichen Nachbesserung gesehen werden, da sich die Klägerin bereit erklärt habe, im Rahmen der übernommenen Gewähr alles vorzunehmen, was zur Herstellung der Maschine erforderlich sei. — Bei der Frage, ob die Klägerin die Nachbesserung endgültig verweigert hat, handelt es sich zunächst um tatsächliche Erwägungen und Feststellungen. Der Berufungsrichter konnte insbesondere in dem Briefe der Beklagten vom 10. Oktober 1930 das Verlangen nach Anbringung einer automatischen Sicherung und in den Schreiben der Klägerin vom 20. und 30. Oktober die endgültige, vom Zahlungsverzug unabhängige Ablehnung dieser Forderung sehen, ohne dadurch gegen gesetzliche Auslegungsregeln oder gegen das Erfordernis der Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr zu verstoßen. Der Berufungsrichter sagt nicht, auf Grund welcher gesetzlichen Vorschrift sich nach seiner Meinung die Berechtigung der Beklagten ergeben soll, sich vom Vertrag loszusagen. Offenbar hat er aber die Rechtsgrundsätze über die positive Vertragsverletzung im Auge. Eine solche sieht er ohne Rechtsverstoß darin, daß sich die Klägerin, wie er tatsächlich feststellt, ernstlich und endgültig geweigert hat, die erforderliche Nachbesserung — Anbringung einer automatischen Sicherung — vorzunehmen. Er sagt zwar nicht ausdrücklich, daß die Erfüllungswigerung der Klägerin auch von ihr zu vertreten ist, daß ihr also hierbei ein Verschulden zur Last fällt. Wenn aber, wie er feststellt, die Anbringung der automatischen Sicherung unbedingt notwendig war, so liegt eine Fahrlässigkeit der Klägerin als Maschinenfabrik darin, daß sie, auch nachdem der Bruch des Eisens wegen dieses Mangels

eingetreten war, diesen Mangel nicht erkannt hat. Jedenfalls wäre es ihre Sache gewesen, Umstände darzutun, die diese Fahrlässigkeit ausschließen würden; das hat sie nicht getan. Der Umstand, daß ihr damals das erst im Rechtsstreit erstattete Gutachten noch nicht bekannt war, reicht dazu nicht aus. Die positive Vertragsverletzung gibt nach § 325 BGB. der Beklagten an sich ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage. Nun war aber, wie der Berufungsrichter zutreffend annimmt, die Beklagte schon vor dieser von der Klägerin begangenen positiven Vertragsverletzung in Schuldnerberzug gekommen, da sie die fälligen Restzahlungen nicht geleistet hatte. Das hatte an sich zur Folge, daß sie kein Recht zum Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung hatte; denn ein solches steht nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts dem anderen Teile nur dann zu, wenn er selbst den Vertrag genau erfüllt hat und vertragstreu ist (RGZ. Bd. 120 S. 193 [196], Bd. 109 S. 54, Bd. 67 S. 313 [319]). Der Senat hat noch kürzlich in seiner Entscheidung vom 6. Dezember 1935 VII 104/35 diesen Rechtsgrundsatz wiederum ausgesprochen. Die Beklagte hätte hiernach, bevor sie wirksam zurücktreten konnte, grundsätzlich zunächst die Folgen ihrer eigenen Vertragsverletzung beseitigen, d. h. die fälligen Restzahlungen leisten müssen. Gleichwohl war sie nach den hier vorliegenden Umständen dieser Pflicht enthoben. Denn wie in RGZ. Bd. 67 S. 313 [319] ausgeführt ist, kann der eine Vertragsteil auch ohne Beseitigung seiner eigenen Vertragswidrigkeit die Wirkungen ernstlicher Weigerung der Erfüllung dann für sich beanspruchen, wenn der andere Teil kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeiten gutgemacht habe. Es wäre zwecklos, dem einen Teil die Erfüllung seiner Leistung auch dann noch zur Pflicht zu machen, wenn schon feststeht, daß sich der andere Teil auch nach einer solchen Erfüllung unberechtigt weigern werde, den Vertrag zu erfüllen, und der eine Teil deshalb sofort Rückgewähr seiner Leistung verlangen könnte. Eine solche Erfüllungsweigerung hat aber der Berufungsrichter tatsächlich mit den Worten festgestellt, die Klägerin habe den Einbau der Sicherung nicht nur für die Zeit des bestehenden Zahlungsberzuges, sondern unabhängig hiervon und endgültig verweigert.