

54. 1. Ist bei einem Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache die Abnahmepflicht eine Hauptverpflichtung des Bestellers?

2. Zum Rücktrittsrecht des Unternehmers bei unberechtigter Abnahmeverweigerung oder sonstiger positiver Vertragsverletzung des Bestellers in Ansehung der Abnahmepflicht.

BGB. §§ 326, 640, 651.

II. *Sitzungen* a. t. Ur. v. 26. August 1943 i. S. Mech.
 Weberei A. GmbH. (Wefl.) w. F.G. Farbenindustrie
 AG. (R.L.). II 39/43.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
 II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte, eine Weberei für Pußtücher, übernimmt in ihrem Betrieb auch die Reinigung von Olpußtüchern ihrer Kunden. Sie bestellte bei der Klägerin laut deren Angebot vom 17. März 1938 und Auftragsbestätigung vom 22. April 1938 eine aus zwei Waschmaschinen nebst Zubehör bestehende Reinigungsanlage, die mit einem chemischen Reinigungsmittel der Klägerin, Wordin, arbeitet, das nach Benutzung durch Destillation wieder gewonnen und neu verwendet wird. Der Kaufpreis betrug 36 600 RM. Dem Betrage wurden die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Klägerin zugrunde gelegt, die u. a. vorsehen, daß diese Gewähr für sachgemäße Bauart und Ausführung sowie für Verwendung guten Materials in der Weise übernimmt, daß sie alle vorzeitig auftretenden, durch sie verschuldeten Fehler und Mängel unter Ausschluß jeder anderen Verbindlichkeit ab Lieferwerk kostenlos beseitigt. Die Anlage wurde im Herbst 1938 geliefert.

Anlagen dieser Art waren, wovon beide Parteien ausgingen, für die Reinigung von Olpußtüchern noch nicht erprobt. Bei der Benutzung der gelieferten Anlage stellten sich alsbald Schwierigkeiten heraus. Insbesondere wurden die in den Pußtüchern enthaltenen kurzen Fasern (sog. Flusen) von dem Wordin mitgeführt; sie führten zu Verstopfungen und Verkrustungen (sog. Flusenplage); diese hemmten die volle Ausnutzung der Anlage und mußten von Zeit zu Zeit durch Reinigungsarbeiten beseitigt werden, welche Unterbrechungen des Betriebes, Gefährdung der

Apparate und starke Verdunstung von Asfordin zur Folge hatten. Zur Beseitigung dieser Uebelstände wirkten beide Parteien zusammen.

Laut Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 12. August 1939 vereinbarten die Parteien nach längeren Auseinandersetzungen schließlich folgende Regelung der „schwebenden Fragen“:

1. Wir betrachten Ihre Mehraufwendungen für Arbeitslöhne, den Gewinnausfall und den Verlust an ausreichenden Amortisationsmöglichkeiten, bedingt durch die Minderleistung der Anlagen, als einen Teil der Versuchskosten. Infolgedessen beteiligen wir uns an diesen Kosten mit einer einmaligen Vergütung von 10 000 RM.

2. Wir werden weiter mit Ihnen zur Vervollkommnung der Maschinen zusammenarbeiten. Zu diesem Zweck sind durch Änderungen und Ergänzungen der Apparatur Sonderaufwendungen notwendig, die sich, soweit wir die Verhältnisse bisher übersehen können, auf etwa 3000 RM. pro Anlage stellen werden. Sollte diese Summe nicht überschritten werden, so übernehmen wir die Kosten. Falls die erforderlichen Ergänzungsapparaturen teurer werden, so werden wir Ihnen zur gegebenen Zeit die in Frage kommenden Kosten nennen. Es steht Ihnen dann frei, zu entscheiden, ob Sie die zusätzlichen Kosten übernehmen oder die Maschinen zurückgeben wollen.

Zur Erfüllung der zu 2. genannten Verpflichtung waren ursprünglich wesentliche Änderungen an den Behältern in Aussicht genommen. Die Klägerin brachte dann aber im Einverständnis mit der Beklagten, zunächst versuchsweise, im Herbst 1939 unter verhältnismäßig geringen Aufwendungen drehbare Flusenfängerkörbe an, mit denen auch gute Erfolge erzielt wurden. Die Beklagte erklärte dies jedoch nach Erprobung nicht für genügend und vertrat in längeren und wiederholten Ausführungen den Standpunkt, daß damit die Uebelstände, zu deren Beseitigung das Abkommen vom 12. August 1939 geschlossen worden sei, insbesondere die Flusenplage, nicht beseitigt seien. Nebenher rügte sie, wie sie dies schon kurz vor dem Abkommen vom 12. August 1939 getan hatte, daß sich in Behältern, die mit Sgelit, einem Kunstharz — anstatt, wie ursprünglich im Kostenanschlage vorgesehen, mit Blei — ausgekleidet waren, dieser Be-

lag löse. Die Klägerin erklärte sich zur Auswechslung der mit Zigelit ausgekleideten Behälter gegen solche mit Bleiauskleidung bereit, verlangte aber zuvor, da dieser Mangel mit der Leistungsfähigkeit der Anlage nichts zu tun habe, die Entscheidung der Beklagten darüber, ob sie die Anlage übernehmen oder zurückgeben wolle. Die Beklagte beharrte demgegenüber auf ihrem Standpunkte, daß die Flusenplage noch bestehe und daß deshalb zunächst diese behoben werden müsse. Daraufhin trat die Klägerin durch Schreiben vom 2. April 1940 vom Lieferungsvertrage zurück und forderte die Rückgabe der noch in ihrem Eigentum stehenden Anlage. Die Beklagte hat diese nicht zurückgegeben, sondern weiter in Benutzung.

Die Klägerin hat auf Grund des Verhaltens der Beklagten Klage erhoben, mit der sie in erster Linie Rückgabe der Anlage, hilfsweise Zahlung des Kaufpreises von 36 600 RM. nebst Zinsen verlangt hat. Die Vorberichterichte haben die Beklagte nach dem Hauptantrage verurteilt, und zwar das Berufungsgericht nach Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Besehung der Flusenplage. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Wie die Beklagte selbst in ihren Schriftsätzen an Hand des unstreitigen Briefwechsels der Parteien eingehend und zutreffend dargelegt hat, handelt es sich um einen echten Werklieferungsvertrag, d. h. um einen Vertrag auf Lieferung einer erst herzustellenden nicht vertretbaren Sache, so daß auf ihn an Stelle bestimmter Vorschriften über den Kaufvertrag die entsprechenden Vorschriften über den Werkvertrag anzuwenden sind (§ 651 BGB.). Wenn auch die von der Beklagten bestellte Anlage in ihren wesentlichen Teilen den Asfordinwaschmaschinen entsprach, wie sie von der Klägerin gattungsmäßig hergestellt und geliefert wurden, so stellte sie doch insofern eine Neuerung dar, als es bisher an Erfahrungen in der Verwendung derartiger Maschinen für die Reinigung öl- und fettverschmutzter Putztücher fehlte. Deshalb hatte es die Klägerin übernommen, die „weitere Konstruktionstechnische Entwicklung der Maschine“ mit Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse der Beklagten und nach Maßgabe einer besonderen Rentabilitätsberechnung durchzuführen, sowie

nicht nur die Aufstellung der Anlage in einem von der Beklagten besonders hierfür zu errichtenden Gebäude zu besorgen, sondern ihr auch bei der Erprobung behilflich zu sein und ihr hierbei die Dienste ihrer technischen Stellen zur Verfügung zu stellen. Dem entspricht es auch, daß die Klägerin es als ihre selbstverständliche Pflicht betrachtete, Änderungen am Apparat selbst oder in der ganzen Anordnung zu treffen, als sich bei den Versuchen mit der gelieferten Anlage Schwierigkeiten herausstellten, die nicht etwa auf Mängeln der Anlage als solcher, sondern auf dem besonderen Verwendungszweck der Beklagten beruhten, um die Anlage den in ihrem Betriebe vorliegenden besonderen Verhältnissen anzupassen. Dem entspricht es vor allem auch, daß die Parteien übereinstimmend die Anlage nicht bereits mit der Lieferung und Aufstellung als abgenommen betrachteten, wie es bei einem Kaufvertrage der Fall sein würde, sondern die Abnahme, d. h. neben der körperlichen Hinnahtme auch die Anerkennung vertragsmäßiger Herstellung, wie sie beim Werkvertrage gemäß § 640 BGB. erforderlich ist, bis zuletzt als eine noch offene Frage behandelten.

Handelt es sich hiernach um einen echten Werklieferungsvertrag, so findet auf ihn gemäß § 651 BGB. für die Abnahmepflicht des Bestellers nicht die Vorschrift des § 433 Abs. 2 BGB., die nur eine tatsächliche Hinnahtme des Kaufgegenstandes erfordert, sondern die des § 640 BGB. Anwendung, wonach der Besteller außerdem verpflichtet ist, das vertragsmäßig hergestellte Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung anzuerkennen (vgl. RGZ. Bd. 107 S. 343, Bd. 110 S. 407). Von der vollzogenen Abnahme in diesem Sinne hängen, soweit in dieser Hinsicht nichts Besonderes vereinbart ist, auch weitere Rechtsfolgen, wie z. B. der Beginn der Verjährung (§ 638 BGB.), der Gefahrübergang (§§ 644, 645 BGB.) und die Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB.) ab. Diese Abnahmeverpflichtung des Bestellers stellt beim Werkvertrag ebenso wie beim echten Werklieferungsvertrag — im Gegensatz zum Kaufvertrage — wegen ihrer weitergehenden Bedeutung in aller Regel eine Hauptverpflichtung des Bestellers dar, so daß der Unternehmer, wenn der Besteller mit ihrer Erfüllung in Verzug gerät oder sich in Ansehung ihrer durch Erfüllungsverweigerung einer positiven Vertragsverletzung schuldig macht, zur Geltend-

machung der Rechte aus § 326 BGB. befugt ist (vgl. *Planck BGB. Bem. 2e* zu § 640; *Staudinger BGB.*, 9. Aufl., *Erl. III* ffg. zu § 640, S. 983; *Heinichen im RGR. Komm. z. BGB. Bem. 14* zu § 381). Daß die Abnahmeverpflichtung neben der Zahlungspflicht auch im vorliegenden Falle zu den Hauptverpflichtungen der Beklagten gehörte, kann keinem Zweifel unterliegen. Deshalb kommt es entscheidend darauf an, ob die Beklagte die Erfüllung ihrer Abnahmepflicht (und damit zugleich auch ihrer Zahlungspflicht) unberechtigterweise verweigert oder doch sich sonst in Absehung ihrer Abnahmepflicht einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hat und ob die Klägerin demzufolge mit Recht von ihrem sich hieraus in entsprechender Anwendung des § 326 BGB. ergebenden Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hat. Diese Frage ist auf Grund des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts zu bejahen.

Grundsätzlich ist freilich der Besteller eines Werks berechtigt, die Abnahme (und auch die Zahlung) zu verweigern, solange dieses mit einem, wenn auch nur unerheblichen Mangel behaftet ist (vgl. *RG. in JW.* 1907 S. 744 Nr. 13; *RG. in DZB.* 1909 Sp. 433). Der Unternehmer ist also mit der Herstellung des Werks vorleistungspflichtig. Diese Vorleistungspflicht erlischt jedoch, wenn der andere Teil bestimmt und endgültig erklärt, daß er selbst nach Vornahme gewisser dem Unternehmer noch obliegenden Nachbesserungen die ihm obliegenden Leistungen (Abnahme und Zahlung) nicht bewirken werde (vgl. *RGR. Komm. z. BGB. Bem. 4* zu § 320); das gleiche gilt, wenn er deren Bewirkung bestimmt und endgültig von Nachbesserungen abhängig macht, die er nicht verlangen kann. Wenn infolge einer solchen positiven Vertragsverletzung des Bestellers dem Unternehmer ein Festhalten am Vertrage nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, ist er außerdem, vorausgesetzt, daß er selbst vertragstreu ist (vgl. *RGZ.* Bd. 149 S. 404), in entsprechender Anwendung des § 326 BGB. berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten und die Rückgabe des bereits gelieferten Gegenstandes zu verlangen. So liegt der Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier.

Bei der Ingebrauchnahme der von der Klägerin gelieferten Anlage hatten sich, wie der unstreitige Briefwechsel der Parteien ergibt, verschiedene Mängel herausgestellt, infolge deren sie den

berechtigten Anforderungen der Beklagten nicht entsprach und die Klägerin sich zu mehrfachen Nachbesserungen veranlaßt gesehen hatte. Als besonders störend erwies sich jedoch die Flusenplage, zu deren Behebung die Parteien gemeinsam zunächst vergeblich mitgewirkt hatten. Zur einstweiligen Beilegung der sich hieraus ergebenden Streitigkeiten schlossen die Parteien das Abkommen vom 12. August 1939, in dem u. a. zur Vervollkommnung der Maschinen im Zusammenarbeiten der Parteien „Änderungen und Ergänzungen der Apparatur“ in Aussicht genommen waren. Über ein zur Behebung der Flusenplage geeignetes technisches Mittel war man sich damals noch nicht im Klaren; man rechnete aber mit grundlegenden und verhältnismäßig kostspieligen Änderungen an den Asordin-Behältern. Im Herbst 1939 einigte man sich jedoch dahin, es zunächst einmal mit drehbaren Flusenfangerkörben zu versuchen, mit denen, wie die Beklagte selbst anerkannte, tatsächlich auch gute Erfolge erzielt wurden. Nach Durchführung dieser verhältnismäßig geringe Kosten verursachenden Maßnahme machte die Beklagte aber geltend, daß die Flusenfrage noch immer ungelöst sei, da die Behälter und Rohrleitungen nach wie vor über das übliche Maß hinaus mit Flusen verstopft und verschmutzt würden; sie verlangte deshalb die im Abkommen vom 12. August 1939 ursprünglich in Aussicht genommenen Änderungen und Ergänzungen der Apparatur, d. h. grundlegende Änderungen an den Asordinbehältern, indem sie die „geringfügige und billige Arbeit“ an den Waschmaschinen als völlig unzureichend hinstellte. Die Klägerin andererseits sah ihre Aufgabe, die sie in dem Abkommen vom 12. August 1939 übernommen hatte, als vollständig erfüllt, insbesondere die Flusenplage als behoben an; obwohl sie anerkannte, daß die wegen Loslösung des Sgellitbelags erforderliche Auswechslung der mit Sgellit verklebten Behälter gegen solche mit Bleiauskleidung noch ausstand, glaubte sie doch, der Beklagten nunmehr die Entscheidung über die Abnahme der Maschinen zumuten zu können, weil deren Leistungen von diesem Austausch nicht abhängig seien. Die Beklagte lehnte jedoch jedes Entgegenkommen ab, indem sie auf dem Standpunkte verharrte, daß die Flusenplage weiter bestehe und deshalb die verlangten grundlegenden Änderungen erforderlich seien. Da die Beklagte somit aus diesen Gründen die von der Klägerin geforderte Erklärung über die Abnahme- und Zah-

lungsbereitschaft hartnäckig verweigerte, entschloß sich die Klägerin schließlich, vom Vertrage zurückzutreten und die Rückgabe der Maschinen zu verlangen.

Das Berufungsgericht stellt seine Entscheidung mit Recht darauf ab, ob die Flusenplage damals tatsächlich behoben war und ob die Beklagte deshalb zu Unrecht weitere grundlegende Änderungen an der Anlage zur Behebung der Flusenplage verlangt hat. Ist dies der Fall, dann hat die Beklagte sich einer positiven Vertragsverletzung in Ansehung ihrer Abnahmepflicht (und damit zugleich auch ihrer Zahlungspflicht) schuldig gemacht, wenn sie trotzdem auf ihrem Standpunkt verharrte, daß der Hauptmangel, nämlich die Flusenplage, welche beiden Parteien die größten Schwierigkeiten bereitete — der Klägerin bei ihren Bemühungen, die Beklagte zufriedenzustellen, und der Beklagten in ihrem Bestreben, eine wirtschaftlich brauchbare Anlage zu erhalten, — nach wie vor fortbestehe und weitere erhebliche Nachbesserungen erfordere, und wenn sie von diesen Nachbesserungen ihre Abnahme abhängig machte. Der Briefwechsel der Parteien läßt ebenso wie ihre Stellungnahme im Rechtsstreit einwandfrei erkennen, daß die Verhandlungen sich hauptsächlich um die Flusenfrage drehten, die erst einer technischen Lösung bedurfte. Als weitere noch ausstehende Nachbesserung wurde von der Beklagten damals nur noch die Auswechslung der igelittierten Behälter gegen solche mit Bleiauskleidung verlangt; hierzu hatte sich die Klägerin auch ausdrücklich erboten. Diese Nachbesserung war der Klägerin aber — wie das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei ausführt —, insbesondere auch angesichts der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Bleibesorgung, nicht zuzumuten, solange sie infolge des Verhaltens der Beklagten damit rechnen mußte, daß diese die Anlage aus anderen (ungerechtfertigten) Gründen doch nicht abnehmen werde. Unter diesen Umständen war, falls die Flusenplage wirklich behoben war und die Beklagte dies zu Unrecht bestritt, die Stellungnahme der Klägerin durchaus gerechtfertigt. Ein weiteres Festhalten am Vertrage war ihr nach Treu und Glauben nicht zuzumuten. Dies gilt um so mehr, als die Beklagte schon vorher wiederholt ihre Unzufriedenheit mit den Leistungen der Klägerin in unnötig scharfer und verletzender Weise zum Ausdruck gebracht hatte, obwohl diese sich ersichtlich nach Kräften um die Behebung der Anstände bemüht

und stets weitgehendes Entgegenkommen gezeigt hatte. Allerdings könnte nach ständiger Rechtsprechung die Klägerin aus einer Vertragsverletzung des anderen Teils ein Rücktrittsrecht nicht herleiten, wenn sie selbst vertragsuntreu gewesen wäre (vgl. RGZ. Bd. 149 S. 404); für die Annahme einer Vertragsuntreue der Klägerin selbst ist aber, wenn man die Berechtigung ihres Standpunktes in der Flusenfrage voraussetzt, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Anhalt gegeben.

Hiernach hängt die Entscheidung allein noch davon ab, ob die Feststellung des Berufungsgerichts, die Flusenplage sei damals tatsächlich behoben gewesen, rechtlich einwandfrei getroffen worden ist. Dies ist der Fall. (Wird näher ausgeführt.)