

57. Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages. Beweislast bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen.

III. Civilsenat. Urt. v. 11. Juni 1881 i. S. H. u. M. (R.) w. S.  
(Befl.) Rep. III. 368/80.

I. Landgericht Hanau.

II. Oberlandesgericht Kassel.

Die Kläger sind von der Beklagten mit dem Umbau eines Seitengebäudes beauftragt. Sie klagen den ihnen einbehaltenen Rest des verabredeten Preises ein. Die Beklagte hält sich wegen Fehler und Mängel der Arbeiten zur Retention berechtigt. Der Appell.-Richter verwirft die Einrede als nicht genügend tatsächlich begründet. Auf die von der Klägerin gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist das zweite Erkenntnis vernichtet, und die Sache zur Beweisaufnahme in die Instanz zurückverwiesen aus folgenden den Sachverhalt näher ergebenden

## Gründen:

„Die Beschwerde, welche Verletzung der Grundsätze über die Beweislast rügt, muß für begründet erachtet werden.

Der Appellationsrichter sagt im Eingange seines Urteils:

Nachdem die Kläger ihrerseits im ganzen ihren vertragsmäßigen Verpflichtungen nachgekommen sind, kann die Beklagte ihre Gegenleistung wegen einzelner Mängel der Bauarbeiten nur zu einem den Mängeln entsprechenden Betrage retinieren.

Er geht also davon aus, daß die Kläger im wesentlichen erfüllt haben, und daß die Beklagte die Erfüllung angenommen hat. Nach weiterer Feststellung am Schlusse des zweiten Urteils ist durch die Annahme eine Billigung des Werkes weder ausdrücklich noch stillschweigend erfolgt.

Mit Recht erwägt der Appellationsrichter, daß bei solcher Sachlage die Beklagte nicht befugt sei, ihre Gegenleistung vollständig zurückzuhalten. Das ist auch nicht geschehen. Auf die klägerische Forderung von zusammen M. 1606,20 sind M. 675 bezahlt. Der Rest von M. 931,20 bildet den Gegenstand des jetzigen Streites. Beklagte hält diesen Betrag zurück, weil die Ergänzung fehlender Arbeiten, und die Beseitigung von Mängeln der ausgeführten Arbeiten einen Aufwand von 600 bis 650 M. erfordern.

Die Differenz zwischen dieser Summe und dem retinierten Betrage erscheint nicht so erheblich, daß das Verfahren der Beklagten als ein kontraktwidriges — doloses — bezeichnet werden kann. Sie ist deshalb unter Voraussetzung der Richtigkeit ihrer Behauptungen an sich zur Retention der M. 921,20 berechtigt.

Der Appellationsrichter nimmt dann weiter an, daß die Beklagte ihre Angaben, auf welche sie den Retentionsseinwand stützt, zu beweisen habe. Er verwirft insbesondere alle diejenigen Positionen, bei welchen Beklagte nicht speciell gesagt hat, was zur Ergänzung oder besseren Ausführung der Arbeiten notwendig ist, und wie hoch sich die desfallsigen Kosten belaufen. Mit Recht macht die Richtigkeitsbeschwerde geltend, daß hiermit die Grundsätze von der Verteilung der Beweislast verletzt werden.

Wer aus einem zweiseitigen Vertrage auf Erfüllung klagt, muß beim Bestreiten des Gegners beweisen, daß er seinerseits erfüllt hat. Auch wenn man dieses Bestreiten als Einrede auffaßt, so wird dadurch die Beweisspflichtigkeit des Klägers nicht berührt. Daß hier in der

Annahme keine Billigung des Werkes gelegen hat, ist bereits erwähnt. Es mußte deshalb der Appellationsrichter davon ausgehen, daß die Beklagte die Fehler und Mängel der Arbeit nur ausreichend bestimmt zu bezeichnen brauchte, und daß, soweit dies geschehen ist, der Beweis der vollständigen und vertragsmäßigen Erfüllung die Kläger trifft. Wenn der Appellationsrichter dem zuwider die Einrede der Retention ganz gleich der Einrede der Kompensation behandelt, so verstößt er gegen die Rechtsgrundsätze über Verteilung der Beweislast, und seine Entscheidung unterliegt deshalb der Vernichtung.“