

55. Steht dem Unternehmer bei einem Werkvertrage, wenn bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist, und dieser die Vornahme der Handlung weigert, gegen den Besteller nach unbenutztem Ablauf einer ihm unter Berufung auf § 326 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. gesetzten Frist auf Grund des Satzes 2 daselbst ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu?

VII. Zivilsenat. Ur. v. 30. Dezember 1902 i. S. Seilbahn-Akt.-  
Ges. zu E. U. (Rl.) w. R. (Bekl.). Rep. VII. 341/02.

I. Landgericht Offenburg.

II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Aus den Gründen:

„Die auf Zahlung von 62500 *M* nebst Zinsen gerichtete Klage ist auf folgendes gestützt. Die Klägerin verpflichtete sich in einem mit dem Leiter des beklaglichen Bergwerks Ingenieur F. geschlossenen Vertrage, für die Beklagte eine Seilbahn zu liefern. Diese war auf dem Grundstück der Beklagten von der Klägerin aufzustellen und zu montieren, wobei der Beklagten die Herstellung der Maurerarbeiten und andere Leistungen oblagen. Die Klägerin, der von der Beklagten mitgeteilt ist, daß sie, da F. ohne die genügende Legitimation gehandelt, den Vertrag als für sich verbindlich nicht ansehe, setzte, nachdem sie die Seilbahn, soweit das ohne die Mitwirkung der Beklagten möglich, hergestellt, der Beklagten durch Schreiben vom 29. Juni 1901 unter Berufung darauf, daß dieselbe mit der von ihr zu bewirkenden Leistung in Verzug sei, eine vierzehntägige Frist zur Nachholung, mit der Erklärung, daß sie, die Klägerin, die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Dabei ist auf § 326 Abs. 1 B.G.B. Bezug genommen. Da die Beklagte bei ihrer früheren Erklärung stehen blieb, wird mit der Klage Schadensersatz nach der angezogenen Bestimmung gefordert. Dieser setzt sich zusammen aus dem Selbstkostenaufwand für die behufs Herstellung der Seilbahn gemachten Arbeiten, dem entgangenen Fabrikationsgewinn und der Entschädigung für den gleichfalls nicht gezogenen Gewinn aus dem Transportvertrage, sowie dem Anteil an der sechsjährigen Transportersparnis. Das Landgericht wies, nachdem in Rücksicht auf die nach der Behauptung der Beklagten mangelnde Bevollmächtigung des F. zum Vertragsabschluß Beweis erhoben worden, die Klage, da diese Legitimation nicht dargetan, ab. Mit der Berufung ist von der Klägerin geltend gemacht, der Anspruch stütze sich zunächst auf § 326 B.G.B., und zwar mit Rücksicht auf den vorliegenden Leistungsverzug der Beklagten, eventuell auf §§ 642. 643. 645 daselbst. Diefershalb werde fürsorglich der Schlußantrag dahin gestellt, den Anspruch der Klägerin auf Ersatz des ihr durch den Annahmeverzug der

Beklagten erwachsenen Schadens dem Grunde nach festzustellen. Die Beklagte hat hierin eine unzulässige Klageänderung erblickt.

Von dem Berufungsgericht ist die Klage gleichfalls abgewiesen. Es ist dahingestellt gelassen, ob der Vertrag für die Beklagte verbindlich sei, und ausgeführt: es könne der § 326 nicht zur Anwendung kommen, da der behauptete Leistungsverzug nicht vorliege. Solcher würde erst entstanden sein, wenn die Beklagte das völlig fertiggestellte Werk nicht abgenommen habe. In Rücksicht aber auf die der Beklagten obliegende Leistung der Zahlung des Werklohns in den festgesetzten Terminen sei weder eine Aufforderung noch Setzung einer Nachfrist erfolgt. Aber auch der § 642 greife nicht Platz. Die hier für den Fall, daß der Besteller durch Unterlassung einer ihm zur Herstellung des Werkes obliegenden Handlung, vorliegend also der Gestattung der Aufstellung und Montierung der Seilbahn, in Annahmeverzug gerate, statuierte Entschädigung werde dafür gewährt, daß der Unternehmer während der Dauer des Verzugs seine Arbeitskraft oder sein Geschäftskapital anderweit nicht verwerten könne. In dieser Richtung seien Behauptungen nicht aufgestellt. Nun habe zwar die Klägerin bei Vorliegen des Sachverhalts des § 642 auch eine Entschädigung in dem im § 645 Abs. 1 bestimmten Umfange beanspruchen können. Dies habe jedoch eine nach § 643 erfolgte Kündigung des Vertrages zur Voraussetzung gehabt. Desfalls sei hier aber nichts geltend gemacht, vielmehr nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 gefordert.

Die Revision rügt zunächst die Nichtanwendung des § 326 mit der Behauptung, daß regelmäßig bei gegenseitigen Verträgen der Annahmeverzug den Erfüllungsverzug in sich schließe. Dies müsse hier umsomehr angenommen werden, als einmal die Beklagte die Erfüllung des ganzen Vertrages verweigert habe, und ferner die erste Anzahlung auf den Vertrag am 1. Juli 1901, dem Tage, an welchem die Beklagte den die Fristsetzung enthaltenden Brief der Klägerin erhalten habe, zu leisten gewesen sei.

Der Angriff ist hinfällig. Eine aus § 326 hergeleitete Schadensersatzforderung, welche sich gegen den Besteller eines Werkes richtet und sich, wie hier, darauf stützt, daß demselben ein Verzug in der Annahme des Werkes zur Last fällt, hat zur Voraussetzung, daß es sich um ein fertiggestelltes Werk handelt. Ob hiervon eine

Ausnahme zu machen, wenn, wie gegenwärtig, der Annahmeverzug ein Werk betrifft, zu dessen Fertigstellung der Besteller selbst mitwirken muß, und letzterer solches unterläßt, dieses Unterlassen aber ein verschuldetes ist,

vgl. Kuhlenbeck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch Wein. 2 zu § 642, kann dahingestellt bleiben, da in dieser Richtung die Klage nicht begründet ist. Das Gesetz hat in Rücksicht auf den Annahmeverzug des Bestellers bei nicht vollendetem Werke in den §§ 642. 643 und 645 besondere Bestimmungen getroffen und damit gezeigt, daß für diesen Fall die Anwendung des § 326 ausgeschlossen sein soll. Hieran wird durch die von der Revision hervorgehobenen Umstände nichts geändert.“ . . .