

45. 1. Ist bei dem Werkvertrage der Besteller, welcher das Werk wegen behaupteter Mängel desselben endgültig ablehnt, berechtigt, der Klage auf Zahlung des Preises gegenüber die Einrede des nicht erfüllten Werkvertrages vorzuschützen?
2. Wesen des Schadensersatzanspruchs wegen Mängel des Werkes.
3. Findet dieser Anspruch schon darin eine Grundlage, daß der Unternehmer einer an ihn gerichteten Aufforderung, die Mängel zu beseitigen, nicht Folge geleistet hat?
- B.G.B. §§ 320. 633. 634. 635.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 27. Mai 1904 i. S. S. & W. Konkursverw. (Kl.) w. B. (Bekl.). Rep. VII. 3/04.

- I. Landgericht Hanau, Kammer für Handelsachen.
II. Oberlandesgericht Kassel.

Am 10. März 1900 schlossen die Handlung S. & W., technisches Bureau und Maschinenfabrik in B., (die ursprüngliche Klägerin) einerseits und die Handlung W. B., Erste Deutsche Gelatinefabrik in S., andererseits einen Vertrag folgenden Inhalts:

„Die Firma S. & W. liefert der Firma Erste Deutsche Gelatinefabrik eine Kanaltrocknungsanlage für Gelatine laut Kostenanschlag vom 17. Februar 1900 zum Preise von 17000 *M.*, fix und fertig in Betrieb gesetzt, und übernimmt für die Ausführung derselben, sowie tadelloses Funktionieren und tadelloses Trocknen innerhalb 8 Stunden volle Garantie. Nach nachgewiesenem Erfolge zahlt Herr B. nach 4 Wochen 8500 *M.* bar und nach weiteren 6 Monaten den Rest von 8500 *M.* ebenfalls in bar — — —.“

Nachdem die Trockenanlage hergestellt war, bemängelte die Beklagte ihre Vertragsmäßigkeit, indem sie behauptete, die Trockenzeit belaufe sich nicht auf nur 8, sondern auf mindestens 14 Stunden, auch sei die erzielte Gelatine mangelhaft. Außerdem behauptete die Beklagte noch eine Reihe besonderer Mängel. Sie richtete in dieser Veranlassung wiederholte Ersuchen um Nachbesserung an die Unternehmerin. Diese bestritt das Vorhandensein der Mängel und behauptete ihrerseits, daß die Anlage gut funktioniere. Sie erhob Klage auf Zahlung der ersten Hälfte der vereinbarten Vergütung. Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen und, indem sie Widerklage erhob, festzustellen, daß sie der Klägerin aus dem Vertrage vom 10. März 1900 nichts schulde, und die Klägerin zur Leistung von Schadensersatz in bestimmter Höhe zu verurteilen.

In dem Rechtsstreite zeigten sich die oben genannten Fragen als für die Entscheidung erheblich. Zu denselben ist vom Reichsgericht ausgeführt in den, auch den weiteren Sachverhalt, soweit hier erforderlich, ergebenden,

Gründen:

„Den vom Kläger zu führenden Beweis, daß das Werk in vertragsmäßiger Beschaffenheit geliefert worden, hält der Berufungsrichter für

nicht erbracht, steht vielmehr, in Übereinstimmung mit dem ersten Richter, als feststehend an, daß das Werk dem Erfordernisse, frische Gelatine binnen 8 Stunden zu trocknen, nicht genügt. Er betrachtet ferner den Einwand des Klägers, die Beklagte habe durch eine den Vertragsabreden entgegen bewirkte Veränderung des Bauplanes die Leistungsfähigkeit des Werkes im ganzen beeinträchtigt, für widerlegt und bemerkt namentlich, nach dem Gutachten der Sachverständigen sei durch die von der Beklagten allerdings einseitig vorgenommene Tieserlegung des Fußbodens das ungünstige Ergebnis nicht herbeigeführt. Von dieser tatsächlichen Grundlage aus gelangt der Berufungsrichter zu der Annahme, daß die Beklagte nicht bloß das Recht gehabt habe, Beseitigung des Mangels, wie sie getan, zu verlangen und hierfür eine angemessene Frist zu setzen, sondern daß sie auch mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 B.G.B. die Zahlung des Werklohnes habe einhalten dürfen . . . Demgemäß erachtet er die in erster Instanz erkannte Abweisung der Klage für gerechtfertigt und weist die Berufung des Klägers in diesem Punkte zurück.

Die Revision glaubt, in den angegebenen Erwägungen eine unrichtige Anwendung des § 320 B.G.B. finden zu müssen, und zwar verweist sie auf den Brief des Vertreters der Beklagten, Justizrats A., vom 24. April 1901, in welchem es heißt, daß Herr B. der Firma G. & W. hiermit zum letzten Male eine Frist von zwei Wochen setze, innerhalb welcher sie die Mängel abzustellen und die Anlage so herzustellen habe, daß sie in garantierter Art funktioniere, sowie daß, wenn die Firma dieser Aufforderung nicht nachkomme, Herr B. es ablehnen werde, daß sie weitere Versuche mit der Anlage mache oder Änderungen an derselben vornehme. Kläger führt aus, daß, nachdem die Beklagte die vertragsmäßige Herstellung der Anlage abgelehnt habe, die Zahlung nicht mehr wegen mangelnder Vorleistung verweigert werden könne, sondern daß ein solches Verfahren gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Allerdings findet der hier angegriffene Teil der Entscheidung in den Erwägungen des Berufungsrichters eine Grundlage nicht. Mag auch der Umstand, daß die Beklagte für den Fall des unbenutzten Ablaufs der vierzehntägigen Frist die Abstellung der Mängel durch die Unternehmerin im voraus abgelehnt hat, und daß der genannte Fall eingetreten ist, für sich allein noch nicht genügen, um der Be-

klagen den Einwand des nicht erfüllten Vertrags zu entziehen, so liegt doch tatsächlich ein mehreres vor; denn die Beklagte hat im Prozesse unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß sie jetzt nicht nur keine Nachbesserung von seiten der Unternehmerin, sondern daß sie eine solche überhaupt nicht will, vielmehr die Leistung in ihrer Totalität zurückweist und Wiederentfernung des Werkes erwartet. Ein Kontrahent aber, welcher die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach den §§ 320, 273 B.G.B. seine Leistung bis dahin, daß die Gegenleistung bewirkt sei, verweigern; er ist nicht zu einem Einwande berechtigt, der seine rechtliche Grundlage darin findet, daß ein Schuldner aus einem Gegenseitigkeitsvertrage so lange nicht gegen seinen Willen zur Leistung angehalten werden soll, als nicht die ihm geschuldete und von ihm verlangte Gegenleistung ihm gewährt wird. Bei Ablehnung der Gegenleistung ist der ablehnende Kontrahent darauf angewiesen, seinen Einreden eine derartige Gestalt zu geben, daß auf Grund derselben eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse stattfinden kann.

Trotzdem muß der Angriff des Klägers im Ergebnisse deshalb erfolglos bleiben, weil schon aus der gegenwärtigen Sachlage folgt, daß er für die Konkursmasse aus dem Vertrage einen Anspruch auf Zahlung nicht mehr erheben kann. Zwei Möglichkeiten liegen vor.

Entweder der Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erweist sich als begründet. Zwar steht dies jetzt noch nicht fest, da die den Anspruch betreffende bedingte Entscheidung aus weiter unten zu entwickelnden Gründen der Aufhebung unterliegt; aber es hat nicht zugleich Abweisung des Anspruchs der Beklagten stattzufinden, sondern die Sache ist zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen, es bleibt also die Möglichkeit der erneuten Erlassung einer mit der angefochtenen gleichen Entscheidung bestehen. Ergibt sich demnächst, daß der Ersatzanspruch begründet, und daß er auch nicht durch eine Übereinkunft im voraus beseitigt ist, so kann Kläger Bezahlung des Werklohns zu keinem Teile verlangen. Die entgegengesetzte Ansicht des Klägers und Revisionsklägers, nach welcher er einen etwaigen Überschuß des Lohns über den Schaden verlangen könnte, verkennt das Wesen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 635 B.G.B., mindestens für den hier gegebenen Fall, daß dem Besteller das Be-

halten des Werks wegen Unbrauchbarkeit desselben nicht angefochten werden kann. Nicht darin besteht der Inhalt des genannten Anspruchs, daß der durch die Nichterfüllung der geschuldeten Leistung entstandene Schaden für sich zu ermitteln, und daß sein Betrag sowie der des Werklohns bis zur gleichen Höhe gegeneinander aufzurechnen oder miteinander auszugleichen wären, mit der Konsequenz, daß, wenn der Betrag des Schadens den des Werklohns nicht erreicht, der Mehrbetrag des Werklohns dem Schadenersatzpflichtigen Unternehmer herauszuzahlen wäre; sondern durch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs wegen Nichterfüllung werden im Falle der Begründetheit desselben die beiderseitigen Leistungen unmittelbar berührt; der Berechtigte hat Ersatz dafür zu verlangen, daß er die ihm geschuldete Leistung nicht in ihrer vollen vertragsmäßigen Beschaffenheit gegen die ihm obliegende Gegenleistung erhalten hat. Der Vertrag wird nicht rechtlich aufgehoben; aber der ersatzpflichtige Kontrahent kann aus demselben nichts fordern; vielmehr bleibt dem bedungenen Betrage des Werklohns nur die Bedeutung, daß dieser einen Faktor für die Höhe der dem Gegner zustehenden Ersatzforderung bildet; der für den Ersatzverpflichteten denkbar günstigste Fall besteht also darin, daß er nicht seinerseits zu einer Zahlung zu verurteilt ist. Übrigens ist den Erwägungen des Berufungsrichters auch die, wenngleich nicht ausdrückliche, Feststellung zu entnehmen, daß der der Beklagten durch die Nichtleistung, wenn man diese für sich allein betrachtet, entstandene Schaden die Höhe des Werklohns nicht nur erreicht, sondern sie übersteigt. — Über die Bedeutung des Ausdruckes „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“ im § 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 50 S. 255. 262 flg.

Die fernere Möglichkeit besteht darin, daß der Ersatzanspruch zwar an sich begründet ist, aber daß die Vereinbarung, laut deren die Unternehmerin nur zur Zurücknahme der Anlage, nicht zum Schadenersatz verpflichtet sein sollte, dargetan wird, oder aber daß der erstere Anspruch sich als von vornherein unbegründet erweist. Auch in diesen beiden Fällen ist es ausgeschlossen, daß Kläger für die Konkursmasse noch einen Anspruch auf Zahlung mit Erfolg erheben kann. Scheitert die an sich begründete Ersatzforderung der Beklagten an dem Abschluß der Vereinbarung, so kommt der Klageanspruch gerade infolge dieser Vereinbarung in Wegfall; denn ihr

Inhalt besteht gerade darin, daß schon bei objektiver Vertragswidrigkeit der Anlage Beklagte zwar nicht Schadenersatz begehren kann, die klägerische Partei aber, indem sie die Anlage zurückzunehmen hat, ihres Rechts auf den Preis verlustig wird. Ist aber der Ersatzanspruch an sich unbegründet, so hat dies seine Ursache darin, daß der § 635 B.G.B. deshalb außer Anwendung bleibt, weil die Unternehmerin den die Mängel des Werkes bewirkenden Umstand nicht zu vertreten hat. Alsdann bleibt jedoch der Mangel objektiv bestehen, und die aus ihm als solchem sich ergebenden Folgen müssen in Kraft treten, sofern die Beklagte sich nicht des Rechts auf sie durch ihr Verhalten beraubt hat; dies aber ist nicht der Fall. Wenn in dem Briefe vom 24. April 1901 der Bevollmächtigte der Beklagten bei eventueller Ablehnung der Nachbesserung der Mängel in Aussicht stellte, Beklagte werde sich ihrerseits bemühen, die Anlage so gebrauchsfähig wie möglich herzurichten, so war dies nicht bindend und verpflichtete die Beklagte nicht, das Werk zu behalten, sondern sie konnte jedenfalls dann, wenn die Beseitigung der Mängel sich überhaupt als untüchtig zeigte oder unverhältnismäßig hohe Kosten erwarten ließ, unter Abstandnahme von Nachbesserungsversuchen das Werk definitiv zurückweisen, und eben dies hat sie getan. Wenn sie auch in erster Linie Schadenersatz fordert, so hat sie doch genügend zu erkennen gegeben, daß sie unter keinen Umständen das Werk behalten, insbesondere nicht Wertminderung oder Ersatz wegen bloß mangelhafter Leistung begehren will; hierin liegt aber eine eventuelle Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung), die auch zur Abweisung der Klage führt. Eine Geltendmachung der mehreren nach den §§ 634, 635 B.G.B. zulässigen Ansprüche im Eventualitätsverhältnis verbietet das Gesetz nicht. . . .

Der Frage, ob die Mangelhaftigkeit der Anlage auf einem Verschulden der Unternehmerin oder ihrer Leute beruht, sowie ob der Vertrag im Sinne einer Garantie mit Entschädigungspflicht im Falle des Nichterfolgs auszulegen sei, ist der Berufsrichtiger nicht näher getreten, indem er die Voraussetzungen des § 635 B.G.B. schon wegen eines seiner Annahme nach der Unternehmerin zur Last fallenden Verzuges für gegeben erachtet. Er führt folgendes aus.

Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, im Gegensatz zu dem wegen bloß verzögerter Erfüllung, siehe nach § 635

B.G.B. voraus, daß der Mangel des Werkes auf einem Umstande beruhe, welchen der Unternehmer zu vertreten habe. Es erhebe sich die Frage, ob der Umstand, daß eine zugesicherte Eigenschaft des Werkes fehle, und der Unternehmer dieserhalb in Verzug gesetzt sei, ausreiche, um den Besteller zum Schadenersatz zu berechtigen, oder ob der Ausdruck: „welchen der Unternehmer zu vertreten hat“, ein mehreres bedeute, nämlich ein Verschulden seiner selbst oder seiner Beute, oder eine Garantie in dem Sinne, daß im Falle der Nichtherstellung des Werkes mit der zugesicherten Eigenschaft der Unternehmer wegen Nichterfüllung entschädigungspflichtig sein solle. Der § 635 könne nun nicht in dem letzteren Sinne ausgelegt werden. Nach § 634 Abs. 4 seien im allgemeinen bei Verzug des Unternehmers die Bestimmungen über den Kauf in Anwendung zu bringen; die Analogie des § 463 ergebe, daß schon Verzug in der Lieferung mit der zugesicherten Eigenschaft den Anspruch des Käufers auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung begründe. Der § 635 enthalte keine Einschränkung dieses Grundsatzes für den Werkvertrag, sondern eine Erstreckung.

Demgegenüber führt die Revision des Klägers aus, der § 635 B.G.B. enthalte keine Erstreckung, sondern eine Einschränkung der Schadenersatzpflicht des Unternehmers gegenüber der im § 463 B.G.B. für den Verkäufer bestimmten Haftung, und zwar dahin, daß die Schadenersatzpflicht des Unternehmers nur eintrete, wenn derselben ein Verschulden treffe, oder wenn die Zusicherung als ein Garantieverprechen aufzufassen sei.

Im Resultate stellt der Angriff sich als begründet dar. Bedenken erregt schon die Annahme des Verzuges in der vom Berufungsrichter gewollten Art. Zwar war die Unternehmerin zur Beseitigung der Mängel des Werkes aufgefordert; aber mit dem unbenutzten Ablauf der zweiwöchigen Frist verlangte die Beklagte von ihr die Beseitigung nicht mehr und konnte sie nach § 634 Abs. 1. Schlusssatz nicht mehr verlangen; auch steht völlig dahin, ob das Werk nicht bloß in einem die Ablehnung rechtfertigenden Grade mangelhaft, sondern ob es nicht sogar hergestalt im Plane verfehlt war, daß die Beseitigung der Mängel geradezu eine Unmöglichkeit darstellte. Geht man aber selbst von der Annahme eines Verzuges aus, so liegt dieser doch, was der Berufungsrichter nicht genügend beachtet, nur im Bereiche der an

§ 633 Abs. 2 sich ergebenden Pflicht zur Beseitigung der Mängel; ein Verzug auf diesem Gebiete aber begründet nicht ohne weiteres einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Vertragsverpflichtung in ihrer Totalität (vgl. auch § 286 B.G.B.), und gerade einen solchen Anspruch sieht der Berufungsrichter als begründet an. Der vom Berufungsrichter herangezogene Abs. 4 des § 634 kommt nicht in Betracht; er handelt nicht vom Verzuge und seinen Folgen, sondern bestimmt nur, daß, wenn nach den Absf. 1 und 2 des genannten Paragraphen Wandelung oder Minderung stattfindet, die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467, 469—475 entsprechende Anwendung finden. Auch der vom Berufungsrichter weiter berücksichtigte § 463 enthält keine Vorschriften über den Verzug, und sein wirklicher Inhalt gestattet keine analoge Anwendung auf den Werkvertrag, sondern die Folgen der Mängel eines Werkes sind in den §§ 633 ff. selbständig bestimmt. Den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung regelt der § 635 B.G.B. Nach der hier getroffenen Bestimmung greift der Anspruch dann Platz, wenn der Mangel des Werkes auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, und dies trifft dann zu, wenn der vorhandene Mangel durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit herbeigeführt ist (§ 276 B.G.B.), oder aber der Unternehmer die fehlende Eigenschaft des Werkes nicht bloß im Sinne eines Versprechens derselben zugesichert, sondern für ihre Gewährung einzustehen sich verpflichtet hat. Da tatsächliche Feststellungen nach der Richtung hin, ob die Voraussetzungen des § 635 B.G.B. im angegebenen Sinne vorliegen, nicht getroffen sind, so war zum Zweck ihrer Herbeiführung die Sache in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen. Dabei ist zu bemerken, daß nach einer die Frage der Garantieübernahme streifenden Bemerkung des Berufungsrichters es den Anschein gewinnt, als hielte derselbe eine auf das Einstehen für den Erfolg gerichtete Vereinbarung nicht für ausreichend, sondern betrachtete als unerlässlich, daß die Rechtsform einer bedingten Schadenersatzverpflichtung in den Willen der Kontrahenten aufgenommen ist; dies aber liegt außerhalb der Erfordernisse eines die Anwendbarkeit des § 635 B.G.B. begründenden Vertrages.“ . . .