

73. Kann darin, daß der Unternehmer im Prozesse das Vorhandensein der vom Besteller gerügten Mängel des verbundenen Werkes bestritten, eine die Fristsetzung erübrigende Weigerung im Sinne des § 634 Abs. 2 B.G.B. gefunden werden?

VII. Zivilsenat. Ur. v. 16. November 1906 i. S. Graf B. (Bekl.)  
w. G. (Kl.). Rep. VII. 49/06.

I. Landgericht Schnelldemüßl.

II. Oberlandesgericht Posen.

Der Kläger forderte aus einem im Jahre 1901 über die Anlage einer Bade- und Klosettanlage auf Schloß D. mit dessen Eigentümer, dem Beklagten, geschlossenen Werkvertrage die Restvergütung mit 3652,40 M und Zinsen. Der Beklagte wendete u. a. ein, daß die Anlage Mängel zeige, vor deren Abstellung er nicht zu zahlen brauche. Beide Instanzen verwarfen diesen Einwand. Der Revision des Beklagten ist in diesem Punkte stattgegeben.

## Aus den Gründen:

. . . „Begründet ist . . . der Angriff der Revision, der sich auf die vom Beklagten geltend gemachten Mängel des Werkes bezieht. In Betracht kommen einmal die Benutzung eines schon vorhandenen Brunnens statt der Anlegung eines neuen und sodann die Herstellung der Zuflußleitung auf dem Boden des Schlosses. Der erste Richter hatte wegen des Brunnens angenommen, daß der Beklagte die Benutzung des alten angeordnet habe, und im übrigen erwoogen, daß der Beklagte gar nicht ein Zufrieren der Leitung behauptet habe. In zweiter Instanz war teils neu, teils wiederholt vorgebracht: Kläger habe dem abweichenden Vorschlage des Beklagten gegenüber die Benutzung des alten Brunnens für praktischer erklärt; die Anlage, wie sie vorliege, versage zeitweilig, im Sommer wegen nicht genügenden Wassers, im Winter wegen Zufrierens der Leitungsröhren. Auf dieses Vorbringen und auf die angeblich zweckwidrige Leitung geht der Berufungsrichter nicht weiter ein. In Ansehung des Brunnens pflichtet er dem ersten Richter darin bei, daß der Beklagte sich mit der Verwendung des alten Brunnens einverstanden erklärt habe. Hierbei ist zunächst nicht berücksichtigt, was der Beklagte in zweiter Instanz zu diesem Punkt angeführt hatte. Ferner reicht aber, auch davon abgesehen, die Begründung nicht aus, um die Verantwortung des Klägers für die aus der Verwendung des vorhandenen Brunnens angeblich entstandenen Schäden zu beseitigen. Unbedenklich ist freilich, daß der Beklagte die Beschaffenheit des Wassers besser kennen mußte, als der Kläger. Aber ob es quantitativ für die geplante Anlage zureichen würde, konnte nur der Kläger, als sachverständiger Unternehmer, beurteilen. Fehler nach dieser Richtung hat er auch dann zu vertreten, wenn der Beklagte der Benutzung des Brunnens zugestimmt haben sollte. Anders wäre es nur, sofern er den Beklagten auf die Unzulänglichkeit der alten Wasseranlage aufmerksam gemacht, und dieser trotzdem auf der Ausführung des Werkes bestanden und damit die Gefahr übernommen hätte. Dies ist aber nicht festgestellt. Die bisher berührten Gründe des Berufungsurteils genügen somit nicht, um die Verwerfung der auf die Mängel des Werkes gestützten Einrede der Preisminderung zu rechtfertigen. Es kommt also darauf an, ob der ferner vom Berufungsrichter angeführte Grund, der sich auf § 634 B.G.B. stützt, durchschlägt. Der Be-

zufungsrichter verwirft die Einrede, weil der Beklagte keine Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt habe. Es ist richtig, daß in Abs. 1 des § 634 B.G.B. der Preisminderungsanspruch von dem fruchtlosen Ablauf einer von dem Besteller dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels zu setzenden angemessenen Frist abhängig gemacht worden ist. Allein der Abs. 2 läßt Ausnahmen zu; insbesondere bedarf es der Bestimmung einer Frist nicht, wenn die Beseitigung des Mangels von dem Unternehmer verweigert wird. Läßt dessen ablehnendes Verhalten gegenüber dem Begehren des Bestellers, das fehlerhafte Werk auszubessern, zweifelsfrei erkennen, daß die Setzung einer Frist doch erfolglos bleiben würde, so erscheint diese als nutzlose Formalität und erübrigt sich deshalb. Nun weist die Revision mit Recht darauf hin, daß der Kläger, wie der Berufungsrichter selbst anführt, das Vorhandensein der Mängel bestritten habe, und daß hiernach zu prüfen gewesen sei, ob nicht der § 634 Abs. 2 B.G.B. zur Anwendung komme. Daß in dem Bestreiten der die Nachbesserungspflicht begründenden Tatsachen die Erklärung des Unternehmers gefunden werden kann, er lehne unter allen Umständen eine nähere Prüfung der Sache und die weitere Entwicklung einer das Werk betreffenden Tätigkeit ab, er lasse sich auf nichts ein, ist unbedenklich. Ob die verneinende Einlassung des Klägers in diesem Sinne ausgelegt werden darf, ist jedoch Tatfrage und daher in dieser Instanz nicht zu erörtern. Daß anscheinend erst im Laufe des Prozesses der Beklagte mit dem Verlangen der Preisminderung unter Berufung auf das Gutachten des Ingenieurs B. hervorgetreten ist, hat auf die materielle Beurteilung der Sache keinen Einfluß. Es genügt, wenn der Kläger die Beseitigung der Mängel auch erst während des Rechtsstreits verweigert hat.“ . . .