

87. Wie gestaltet sich beim Werkvertrag die Haftbarkeit des Unternehmers für Mängel des hergestellten Werkes, wenn dieses nur den Teil einer Anlage bildet, zu der der Besteller einen anderen Teil hergestellt hat, und auch dieser Teil Mängel aufweist, die für die Unbrauchbarkeit des Ganzen von mitwirkender Bedeutung gewesen sind?
B.G.B. §§ 634, 635, 320, 322, 254.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 9. Oktober 1908 i. S. K. (Kl.) w. H. (Bekl.).
Rep. VII. 120/08.

- I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hatte für die Aktiengesellschaft F. & G. die Ausführung der Bedachung eines Fabrikgebäudes nach seinem System übernommen. Die hierzu erforderliche Bandeisenerunterlage stellte er selbst her. Die Aufbringung der Betonschicht („Zementhautbedachung“) übertrug er der Klägerin. Diese hat die Arbeit auch ausgeführt. Nach der Fertigstellung hat sich das Zementdach zwischen den Fellen durchgebogen. Der Beklagte, nach dessen Behauptung dies eine Folge vertragswidriger Ausführung des Werkes durch die Klägerin war, hat nach erfolglos an dieselbe gerichteter Aufforderung zur Beseitigung des Mangels die Betonschicht herunterreißen und eine neue Zementhautbedachung durch einen anderen Unternehmer herstellen lassen. Die Klägerin behauptete, sie habe das ihr übertragene Werk vertragsmäßig hergestellt; das Durchbiegen des Daches sei lediglich eine Folge der Mangelhaftigkeit der vom Beklagten ausgeführten Bandeiseneinlage. Mit der Klage wurde Zahlung der dem Betrage nach nicht streitigen Vergütung von 3905,56 M nebst Zinsen gefordert. Der Beklagte widersprach dieser Forderung und verlangte, unter der Behauptung, daß ihm infolge des von der Klägerin zu vertretenden Mangels ihres Werkes ein Mehraufwand von 2378,69 M erwachsen sei, widerklagend Zahlung dieser Summe nebst Zinsen. Das Landgericht hat den Beklagten nach Klageantrag verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab, erklärte den Anspruch der Widerklage zu $\frac{1}{3}$ dem Grunde nach für gerechtfertigt

und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung über die Höhe des Widerklagenspruchs an das Gericht erster Instanz zurück. Auf die Revision der Klägerin wurde das Berufungsurteil aufgehoben, soweit es zum Nachteile der Klägerin ergangen war.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die Klage wegen Vertragswidrigkeit des von der Klägerin hergestellten Werkes abgewiesen. Die Vertragswidrigkeit wird in dem der Abmachung nicht entsprechenden Mischungsverhältnissen zwischen Sand und Zement und in dem die Erhärtung des Betons beeinträchtigenden Umstände, daß der verwendete Sand eisenhaltigen Ton enthielt, gefunden. Wegen dieser Mängel wird die Abnahmepflicht des Beklagten verneint (§ 640 B.G.B.).

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß die von der Klägerin herzustellende Betonschicht nicht ein zu einer selbständigen wirtschaftlichen Funktion berufenes Werk bilden sollte, sondern dazu bestimmt war, mit der vom Beklagten fertig aufzubringenden Eiseneinlage verbunden zu werden und zusammen mit dieser das Dach zu bilden. Nur im Hinblick auf diese Bestimmung kann deshalb beurteilt werden, ob die Betonschicht vertragsmäßig und tauglich war oder nicht. Auf diesem Standpunkte stehen auch die Parteien selbst; denn der Beklagte macht jene Mängel darum geltend, weil sie die alleinigen Ursachen des tatsächlich eingetretenen Mißerfolges (der Durchbiegung des Daches) seien, wie umgekehrt die Klägerin diesen Mißerfolg ausschließlich der Mangelhaftigkeit der vom Beklagten aufgebrauchten Eiseneinlage zuschreibt. Wäre die Betonschicht trotz nicht genauer Innehaltung des zugesicherten Mischungsverhältnisses und trotz Tonhaltigkeit des Sandes dennoch geeignet gewesen, in Verbindung mit einer gehörigen Eiseneinlage ein brauchbares Dach zu bilden, so hätte jener Mängel wegen vielleicht Minderung der vereinbarten Vergütung in Betracht kommen können; dagegen wäre es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, in einem solchen Falle die Abnahme und damit die Zahlung überhaupt zu verweigern.

Schon hiernach muß es Bedenken erregen, daß der Berufungsrichter, obwohl er bei Beurteilung der Widerklage zu dem Ergebnisse kommt, daß die Durchbiegung des Daches nicht ausschließlich auf jenen Mängeln der Betonschicht, sondern auch, und sogar in höherem

Maße, auf der Fehlerhaftigkeit der Eiseneinlage beruhe, dennoch in Ansehung der Klage die Nachteile des Mißerfolges allein der Klägerin aufbürdet.

Über auch vom Standpunkte des § 320 B.G.B. erscheint die Abweisung der Klage nach den bisherigen Feststellungen nicht begründet. Nach dieser Vorschrift ist, wenn ein Teil nicht in solcher Art geleistet hat, wie er zu leisten verpflichtet war, der andere Teil berechtigt, die ihm obliegende Leistung bis zur vertragsmäßigen Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Für diese verzögerliche Einrede (und also auch für eine Anwendung des § 322 B.G.B.) ist aber naturgemäß kein Raum mehr, wenn der Besteller nach Ablauf der gemäß § 634 B.G.B. gesetzten Nachbesserungsfrist die Beseitigung des Mangels ablehnt und das Werk überhaupt zurückweist. Dies hat der Beklagte getan, indem er die von der Klägerin hergestellte Betonschicht herunterreißen und durch eine andere ersetzen ließ. In einem Falle solcher Art muß der Besteller seine Einreden derart gestalten, daß eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses möglich wird. Dies hat das Reichsgericht bereits in dem Urteile vom 27. Mai 1904 (Entsch. in Zivilf. Bd. 58 S. 174) dargelegt. In dem damals entschiedenen Falle wurde gleichwohl die vom Berufungsgericht auf § 320 B.G.B. gegründete Abweisung der Klage des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung aufrechterhalten. Nach den damaligen Feststellungen kam aber ein vom Besteller zu vertretender mitwirkender Umstand nicht in Frage; die objektive Mangelhaftigkeit des Werkes stand fest, und es fragte sich nur, ob der auch damals, wie im gegenwärtigen Streitfalle, vom verklagten Besteller mittels Widerklage erhobene Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung begründet war oder nicht. Das Reichsgericht führte aus, daß, wenn der Schadensersatzanspruch sich als unbegründet herausstelle, weil der die Mangelhaftigkeit des Werkes bewirkende Umstand vom Unternehmer nicht zu vertreten sei (§ 635 B.G.B.), diese Mangelhaftigkeit doch immer objektiv bestehen bleibe, und daß alsdann die neben dem Schadensersatzansprüche jedenfalls kundgegebene endgültige Zurückweisung des Werkes den Anspruch auf die Vergütung ausschließe. Für den Fall aber, daß der Schadensersatzanspruch nach § 635 sich als begründet herausstelle, legte das Reichsgericht dar, daß zwar nicht (wie bei der Wandelung) der Vertrag als solcher rechtlich aufgehoben werde, daß

aber gleichwohl nicht der durch die Nichterfüllung der geschuldeten Leistung entstandene Schaden für sich zu ermitteln, und sein Betrag sowie der der vereinbarten Vergütung bis zu gleicher Höhe gegeneinander aufzurechnen seien, daß vielmehr die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung die beiderseitigen Leistungen unmittelbar berühre, und hierbei dem Betrage der vereinbarten Vergütung nur die Bedeutung eines Faktors für die Höhe der dem Gegner zustehenden Ersatzforderung beizumehne. Mit anderen Worten hat das Reichsgericht in einem früheren Urteile vom 11. April 1902 (Entsch. in Zivilf. Bd. 50 S. 255) diesem Gedanken den Ausdruck gegeben, daß durch die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches das gesamte Vertragsverhältnis sich auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadenersatze konzentriere. An dieser Auffassung ist festzuhalten, und daraus ergibt sich schon die Unzulässigkeit der die Grundlage der angefochtenen Entscheidung bildenden Sonderung der Beurteilung der Klage von der der Widerklage. Die Folgerung aber, zu der das erstgenannte der beiden reichsgerichtlichen Urteile gelangt, daß der schadenersatzpflichtige Unternehmer keinesfalls noch eine Zahlung fordern könne, sondern daß er in dem für ihn denkbar günstigsten Falle nicht seinerseits zu einer Zahlung zu verurteilen sei, entsprach lediglich den schon hervorgehobenen Umständen des damaligen Falles. Eine andere Beurteilung muß in diesem Punkte eintreten, wenn, wie hier das Berufungsgericht annimmt, zu der in dem einleitend erwähnten Sinne zu verstehenden Mangelhaftigkeit des Werkes ein vom verklagten Besteller zu vertretender Umstand mitgewirkt hat. In solchem Falle muß gegen den Besteller, und zwar, wie sich aus dem früher Gesagten ergibt, bezüglich der beiderseitigen Leistungen, nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, nur bezüglich des gesondert zu beurteilenden Widerklagenanspruchs, die allgemeine Regel des § 254 B.G.B. Platz greifen, und das Ergebnis kann unter Umständen das sein, daß der Unternehmer die Vergütung, ganz oder zum Teil, doch zu erhalten hat.“ . . .