

88. Kann sich der Unternehmer eines Werks gegenüber der Klage des Bestellers, mit der die Rückzahlung einer auf den Werklohn geleisteten Anzahlung verlangt wird, auf die kurze Verjährung des § 638 B.G.B. berufen, wenn er vorher mit einer Klage auf einen Teil des Werklohns vermöge der vom Besteller erhobenen Wandlungseinrede rechtskräftig abgewiesen worden ist?

B.G.B. §§ 462, 465, 477, 634, 638, 639.

III. Zivilsenat. Ur. v. 30. Oktober 1908 i. S. B. (R.) w. Sch. (Wettl.).  
Rep. III 594/07.

- I. Landgericht Chemnitz.
- II. Oberlandesgericht Dresden.

Die Frage wurde bejaht aus folgenden  
Gründen:

„Durch Vertrag vom 11. September 1900 übernahm der Beklagte den Bau eines Wohnhauses für den Kläger. Er hat von ihm auf den Werklohn 5045 *M* gezahlt erhalten. Nach Vollendung des Hauses berechnete er seine Gesamtforderung auf 7318,92 *M* und erhob im Jahre 1902 Klage auf Zahlung des Restes. Der Kläger machte der damaligen Klage gegenüber die Wandlungseinrede geltend, indem er verschiedene Mängel des Hauses rügte, insbesondere daß der Keller nicht die vertragsmäßig zugesicherte Höhe habe. Er ertritt in der Berufungsinstanz ein obliegendes Urteil: die Klage wurde am 7. November 1906 auf Grund der Wandlungseinrede abgewiesen. Das Urteil wurde rechtskräftig. Mit der gegenwärtigen, im Februar 1907 erhobenen Klage verlangte der Kläger vom Beklagten die Rückzahlung der auf den Werklohn geleisteten Anzahlung in Höhe von 5000 *M* nebst Zinsen, indem er sich in erster Linie darauf berief, daß in dem Urteile des Vorprozesses sein Recht, Wandlung zu verlangen, rechtskräftig festgestellt, die Wandlung vollzogen sei, und hilfsweise von neuem solche geltend machte. Der Beklagte hat der Klage die Einrede der Verjährung des Wandlungsanspruchs entgegengesetzt, da das Haus bereits im Jahre 1901 abgenommen, die Klage aber erst im Februar 1907 erhoben sei.

Die Vorinstanzen haben die Klage auf Grund der Verjährungseinrede abgewiesen. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die

Wandlung eines Werkvertrags nach § 634 Abs. 4 und § 465 B.G.B. dann vollzogen sei, wenn sich der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers mit ihr einverstanden erklärt habe, oder zu dieser Erklärung rechtskräftig verurteilt sei. Ein Einverständnis der Parteien über die Wandlung des Vertrags vom 11. September 1900 komme nicht in Frage, und das Urteil im Vorprozesse habe rechtskräftig nur über die Klage, nicht aber über die Wandlungseinrede entschieden, weil es nach § 322 B.P.O. der Rechtskraft hinsichtlich dieser Einrede nicht fähig sei; eine Verurteilung des damaligen Klägers zur Wandlung enthalte es nicht. Danach könne der Kläger jetzt seinen Anspruch nicht auf eine vollzogene Wandlung stützen; der mit der Klage erneut geltend gemachte Wandlungsanspruch sei aber nach § 638 B.G.B. verjährt, da zwischen der Abnahme des Hauses und der Klagerhebung ein längerer Zeitraum als 5 Jahre liege.

Diese Ausführungen bekämpft die Revision mit der Darlegung, daß die Wandlung dadurch vollzogen sei, daß der Kläger im Vorprozesse das Recht auf Wandlung gerichtlich geltend gemacht habe, und der Beklagte (damalige Kläger) auf Grund dieser Einrede mit seinem Anspruche rechtskräftig abgewiesen sei. Das im Vorprozesse ergangene bedingte Urteil spreche in den Gründen ausdrücklich aus, daß der damalige Kläger im Falle der Eidesleistung „zu der begehrten Wandlung zu verurteilen sein werde.“ Wollte man in solchen Fällen die Wandlung nicht als vollzogen ansehen, so würden sich unabsehbare Schwierigkeiten, namentlich auch in bezug auf die Rechte des Verkäufers (Unternehmers) ergeben. Das Berufungsurteil verstoße also gegen die §§ 638, 639, 634, 465 B.G.B.

Der Angriff der Revision ist nicht begründet.

Wenn in der Rechtslehre vielfach die Meinung vertreten wird, daß die kurze Verjährung nur für den Anspruch auf Wandlung, nicht aber für die Ansprüche aus der vollzogenen Wandlung Maß greife, so wird dabei notwendig vorausgesetzt, daß die hier gemeinte „Vollziehung“ der Wandlung einen Rechtsvorgang darstellt, der den Ansprüchen der Vertragsteile eine neue, von der Berechtigung zur Wandlung und ihrer Feststellung unabhängige Grundlage gibt. Denn solange der Käufer (oder der Besteller eines Werks) einen Anspruch verfolgt, dessen Grundlage die Mangelhaftigkeit der Sache (des Werks) bildet, zu dessen Begründung also die Darlegung der Mängel

gehört, solange macht er einen Anspruch auf Wandlung geltend, der nach den Zwecken, die das Gesetz mit der kurzen Verjährung erreichen will, dieser unterworfen sein muß. Denn die kurze Verjährung beruht auf dem Gedanken, daß es nach Verlauf längerer Zeit erfahrungsmäßig kaum ausführbar ist, Mängel zu ermitteln und zuverlässig festzustellen, und daß es für den Verkehr eine kaum erträgliche Hemmung bedeutet, wenn nach längerer Zeit der Bestand derartiger Verträge durch Zurückgreifen auf solche Mängel in Frage gestellt werden kann (Motive zum ersten Entwurfe des B.G.B. Bd. 2 S. 238, 486; Protokolle der 2. Kommission Bd. 1 S. 676, Bd. 2 S. 311). Sollen also „Ansprüche aus der vollzogenen Wandlung“ nicht dieser kurzen, sondern der regelmäßigen Verjährung unterliegen, so können nur Ansprüche gemeint sein, die von der Berechtigung zur Wandlung und ihrer Darlegung im Prozesse unabhängig sind.

Durch welche rechtlichen Vorgänge eine Wandlungsvollziehung mit dieser Wirkung herbeigeführt wird, ist Gegenstand lebhaften Streits. Einigkeit herrscht nur darüber, daß diese Wirkung durch einen besonderen darauf gerichteten Vertrag über die Wandlung herbeigeführt werden kann. Schon das wird nicht allgemein zugegeben, daß auch die in § 465 B.G.B. bezeichnete Einigung zwischen Verkäufer und Käufer über die Wandlung diese Wirkung enthalte und den Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises der kurzen Verjährung entricke (Eccius, in Gruchot's Beiträgen Bd. 51 S. 529 flg.). Vollends zerplittert sind die Meinungen darüber, ob und mit welcher Tragweite durch das auf die Wandlungsklage oder auf die Wandlungseinrede ergehende, dem Käufer günstige Urteil die Wandlung „vollzogen“ wird. Der Meinung<sup>1</sup>, daß dem auf Grund der Wandlungseinrede die Kaufpreisklage abweisenden Urteile die vollziehende Wirkung überhaupt abgehe, weil durch die Entscheidung über die Wandlungseinrede Rechtskraft über den Wandlungsanspruch nicht erzeugt werde, ist das Berufungsgericht gefolgt. Auf der anderen Seite sucht man die Vollziehung der Wandlung durch ein solches Urteil in verschiedener Weise zu begründen. Soweit dabei jedoch der Begriff der Vollziehung in einem engeren Sinne

<sup>1</sup> Bland, B.G.B. Bem. zu § 478; Neumann, B.G.B. § 465 Bem. 6; Flechtheim, in Gruch. Beitr. Bd. 44 S. 65; Langheneken, Anspruch auf Einrede S. 285; Thiele, in Arch. f. d. ziv. Praxis Bd. 98 S. 418. D. E.

verstanden, und mit ihr nur die Wirkung verbunden wird, daß der Käufer das Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung verliere, und daß aus der in der Klageabweisung liegenden tatsächlichen Wiederherstellung des früheren Zustands zu seinen Gunsten ohne weiteres auch zu seinen Lasten die Pflicht der Wiederherstellung erwachse<sup>2</sup>, sind diese Versuche für den vorliegenden Fall nicht zu verwerten. Denn hier handelt es sich nicht um die Frage, ob der Käufer (Besteller) das Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung verloren hat, und auch nicht darum, ob er auch seinerseits zur Rückgabe der ihm gemachten Leistung verpflichtet ist, sondern um die Frage, ob durch die Abweisung eines Teils der Kaufpreis- (Werklohn-)forderung, die mit der Wandlungseinrede erzielt wurde, dem Käufer (Besteller) selbständig und unabhängig von der Berechtigung zur Wandlung der Anspruch auf Rückzahlung seiner Anzahlung erwachsen ist. Diese Wirkung könnte man vielleicht dem bezeichneten Urteile dann, aber auch nur dann beilegen, wenn man in ihm nicht nur die Überkennung des Klageanspruches, sondern zugleich — wie es in der Tat gelehrt wird<sup>3</sup> —, die Verurteilung des Klägers ausgesprochen findet, daß er sich mit dem Wandlungsverlangen einverstanden erklären müsse. Für die Möglichkeit und Zulässigkeit einer solchen stillschweigenden Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung fehlt es aber an jeder Grundlage im Rechte. Zur Abgabe einer Willenserklärung kann der Schuldner nur ausdrücklich verurteilt werden.

Aus den Regeln über die Rechtskraft des Urteils ergibt sich sonach, daß der Käufer (Besteller), will er nach Abweisung eines Teils des Kaufpreis- (Werklohn-)anspruches einen anderen Teil mit der Einrede der Wandlung aus dem Felde schlagen oder, will er selbst klagend eine Anzahlung zurückverlangen, zur Begründung immer wieder auf die Mangelhaftigkeit der Sache (des Werks) zurückkommen und die Berechtigung seines Wandlungsverlangens dartun muß, da

<sup>2</sup> So mit verschiedener Begründung: Staub, *H.G.B.* § 377 Anm. 62; Eccius, in *Gruch. Beitr.* Bd. 43 S. 325; Dernburg, *Bürgerl. Recht* Bd. 2 § 191 I; v. Staubinger-Kober, *H.G.B.* § 478 Anm. II c; Matthias, in der *Deutschen Juristen-Zeitung* 1902 S. 208; Windscheid-Kipp, *Pandekten* Bd. 2 S. 704. Vgl. Schaper, in *Jhr. Jahrb.* Bd. 82 S. 272 fg.

<sup>3</sup> Goldmann-Silienthal, *Bürg. Recht* Bd. 1 § 185 Biff. 4c. D. C.

dessen Anerkennung im Vorprozesse nur als Entscheidungsgrund vorkommt und als solcher nicht in Rechtskraft erwächst. Demnach handelt es sich auch im vorliegenden Falle bei der Klage des Klägers auf Rückzahlung der Anzahlung noch immer um einen Anspruch auf Wandlung (vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 58 S. 423 ff.), der nach den §§ 638, 639, 634, 477, 462 B.G.B. der kurzen Verjährung unterliegt. Die von der Revision hervorgehobenen Schwierigkeiten in bezug auf die endgültige Auseinandersetzung der Vertragsanteile haben, wenn sie bestehen, ihren Grund nicht in der kurzen Verjährung, sondern in der Verjährung überhaupt, beweisen also nichts gegen jene." . . .