

61. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Bestellers gegenüber abgetretenen fälligen Teilwerklohnforderungen des Unternehmers aus demselben Werkvertragsverhältnisse.

BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2, §§ 404, 406, 636 Abs. 1 Satz 2.

III. Zivilsenat. Urt. v. 11. November 1913 i. S. F. (Rl.) w. E. (Bekl.). Rep. III. 270/13.

I. Landgericht Schneidemühl.

II. Oberlandesgericht Posen.

Der Bauunternehmer G. hatte durch Vertrag vom 23. Oktober 1908 für den Beklagten den Neubau eines Wohnhauses übernommen. Er stellte einen Teil der Bauarbeiten fertig, verzögerte aber die Vollenbung. Der Beklagte setzte ihm für Wiederaufnahme der Arbeiten eine Nachfrist bis 5. April 1909 unter der Androhung, daß bei Nichteinhaltung die Annahme der Leistung abgelehnt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden würde. Als G. die Frist hatte verstreichen lassen, wies ihn der Beklagte vom Bau und ließ diesen anderweit herstellen. Von der auf seine Teilleistung entfallenden Teilvergütung hatte G. am 7. Februar 1909 an den Kläger, dem er für die zum Bau gelieferten Steine 4441,10 M schuldete, einen gleich hohen Betrag abgetreten, den der Kläger jetzt einfordert. Der Beklagte mußte für die Beendigung des Baues bedeutend mehr aufwenden, als er nach dem Vertrag an G. zu zahlen gehabt haben würde. Er verlangt dem Klagenanspruche gegenüber Ersatz dieses Schadens, der die auf G. für seine Teilleistung ent-

fallende Teilvergütung übersteigt. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht machte die Entscheidung des Rechtsstreits von einem Teile des Beklagten über eine hier nicht in Betracht kommende Klagebegründung abhängig. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen.

#### Gründe:

„Der Kläger macht eine Werklohnforderung aus dem abgetretenen Rechte des Unternehmers geltend, gegen den wegen seines Verzugs dem Beklagten als Besteller ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Werkvertrags erwachsen ist (§§ 326, 636 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Das Oberlandesgericht läßt es dahingestellt, ob nach § 406 BGB. die Meinung des Klägers richtig ist, dieser Anspruch sei erst nach dem Verzuge des Unternehmers, also erst nach erlangter Kenntnis von der Abtretung entstanden, könne daher nicht aufgerechnet werden, oder ob die Schadensersatzforderung nicht schon mit Abschluß des Bauvertrags entstanden und vor Fälligkeit der eingeklagten Forderung fällig geworden ist. Denn es handle sich überhaupt nicht um eine Aufrechnung. Der Beklagte habe zwar, da er die vor dem Verzuge bewirkte Teilleistung des Unternehmers behalten habe, nur in Ansehung des Restes Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können, aber um diesen Schadensersatz vermindere sich ohne weiteres seine Zahlungspflicht. Er habe also gegen den Unternehmer eine Einrede gehabt, die ihm nach § 404 BGB. auch gegen den Kläger zustehe, da diese Veränderung des Schulverhältnisses auf Grund des § 326 BGB. in dem ursprünglichen Vertrage beruhe. Die Revision bezeichnet diese Ausführung als rechtsirrig. Es stehe ganz im Ermessen des Beklagten, ob er gegen die Werklohnforderung des Unternehmers eine ihm etwa — wenn auch aus demselben Vertragsverhältnis — zustehende Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung geltend machen wolle oder nicht. Es handle sich also um Aufrechnung. Nach § 406 BGB. sei daher zu prüfen, wann der Beklagte diese Schadensersatzforderung erworben habe, und das sei jedenfalls nicht vor Eintritt des Verzugs im April 1909 geschehen, während der Beklagte von der Abtretung schon wenige Tage nach dem 7. Februar 1909 Kenntnis erhalten habe. Die Schadensersatzforderung sei demnach auch später als die Klageforderung und nach erlangter Kenntnis von der Abtretung

fällig geworden. Dieser Angriff kann nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

Dem Unternehmer lag nach dem Werkvertrage die einheitliche Leistung der Herstellung des Baues ob, dem Besteller als Gegenleistung die Bezahlung der vereinbarten Vergütung. Mag nun auch bedungen worden sein, daß je nach dem Fortschreiten der Unternehmerleistung Teile der Vergütung fällig sein sollten, so ergibt sich doch aus der Eigenart des gegenseitigen Vertrags bei einer Treu und Glauben berücksichtigenden Vertragsauslegung, daß die Vergütungsteilforderungen nicht selbständig, nach Bestehen und Betrag endgültig festgelegt, daß sie vielmehr von der weiteren Entwicklung des Rechtsverhältnisses abhängig waren. Daß der Unternehmer für den fertiggestellten Teil seiner einheitlichen Leistung den darauf entfallenden Werklohn ungeschmälert verlangt, während er dem Besteller wegen schuldhaften Verhaltens, insbesondere wegen Verzugs, aus demselben Vertragsverhältnis Schadensersatz zu leisten verpflichtet ist, widerspricht dem Wesen und der in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung festgestellten Bedeutung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach der vom Reichsgerichte ständig vertretenen Auffassung tritt, wenn der Besteller wegen Verzugs (§§ 636 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 2 BGB.) des Unternehmers Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile ein Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Ersatz des Schadens, der dem Besteller dadurch entsteht, daß infolge des Verzugs der Vertrag nicht so, wie vereinbart, erfüllt wird. Der Schaden ist nicht für sich zu ermitteln und gegen den Werklohn oder den fälligen Werklohnanteil aufzurechnen. Vielmehr hat der ersatzpflichtige Unternehmer aus dem Vertrag überhaupt nichts mehr, auch nicht den fälligen Teillohn zu fordern. Dieser behält nur die Bedeutung eines die Höhe der Ersatzforderung beeinflussenden Rechnungsbetrags (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 50 S. 255 [266], Bd. 58 S. 173 [177], Bd. 61 S. 352, Bd. 66 S. 61 [69]; Warnepet 1913 Nr. 278). Werden Werklohnanteil und Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung aus demselben Werkvertrag einander gegenübergestellt, so handelt es sich nicht um Aufrechnung nach §§ 387 flg. BGB., sondern um eine Abrechnung, d. h. um die Ermittlung des rechnerischen Ergebnisses.

In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts in der gemeinrechtlichen Sache Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 62 S. 55 auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 157, 242) ausgesprochen hat, „daß sich der Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn um den Schadensersatz, den der Besteller mit Recht von ihm verlangen könne, ohne weiteres verringere“. Die Ausführung des jetzt angefochtenen Urteils stimmt mit diesem Ausspruch überein.

Der Besteller kann gegen die Teillohnforderung einwenden, daß die hier dargelegte Änderung des Schuldverhältnisses durch den Verzug des Unternehmers eingetreten sei. Daß dieser durch Abtretung des Teilwerklohnanspruchs ihm die Möglichkeit sollte nehmen können, dem Ansprüche jene Einwendung entgegenzusetzen und sich so wegen seines Schadensersatzanspruchs an dem fälligen Teillohne schadlos zu halten, ist mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar, läuft aber auch dem § 404 BGB. zuwider, wonach der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Begründet im Sinne des § 404 aber war die Schadensersatzforderung des Beklagten oder seine Einwendung aus § 326 BGB. schon am Tage der Abtretung (7. Februar 1909). Denn sie hatte ihren Grund in dem gegenseitigen Schuldverhältnis, wie solches bei der Abtretung bestand, mögen auch die „Tatsachen, infolge deren der in dem Schuldverhältnis liegende Rechtsgrund der Einwendung wirksam wurde“, erst nach der Abtretung eingetreten sein (Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 117; Planck, Erl. 1 zu 404; Dertmann, Anm. 1 zu § 404; Schollmeyer, Anm. 1 zu § 404 BGB.; Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 77 S. 158; Gruchot Bd. 55 S. 639; Dertmann, Anm. 4b zu § 320 BGB.; Urteile des Reichsgerichts Rep. V. 426/05, II. 357/08 und II. 22/11). Beim gegenseitigen Vertrag insbesondere muß der neue Gläubiger sich alle solche Einwendungen entgegenhalten lassen, die sich, wie die hier geltend gemachte, erst aus der späteren Entwicklung des Rechtsverhältnisses ergeben (vgl. die Urteile im „Recht“ 1909 Nr. 3323, bei Warneryer 1909 Nr. 347; Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 72 S. 215). Der abgetretene Anspruch geht mit seinen Vorzugs- und Nebenrechten, aber auch mit seinen Schwächen auf den neuen Gläubiger über. So kann denn auch hier der Beklagte

dem Kläger seinen Schadensersatzanspruch mit der geschilderten Wirkung entgegensetzen; denn seine Einwendung liegt ihrem Rechtsgrunde nach in dem Schuldverhältnis, wie es zur Zeit der Abtretung schon bestand.

Da es sich nicht um Aufrechnung handelt, kommt § 406 BGB. überhaupt nicht zur Anwendung. Das Berufungsgericht hat deshalb die Frage, wann der Beklagte von der Abtretung Kenntnis erlangt hat und wann der Schadensersatzanspruch fällig geworden ist, mit Recht unerörtert gelassen. Ob, wenn die Einwendung als Aufrechnung angesehen werden müßte, der § 406 nicht dennoch außer Anwendung zu bleiben hätte, sei es weil eine Aufrechnung mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrags schlechthin unverträglich sein würde, sei es, weil insbesondere der Schadensersatzanspruch im gegebenen Falle kein neu erworbenes Recht ist, kann auf sich beruhen (Simonson bei Gruchot Bd. 50 S. 244 flg.; Mpr. d. OLG. Bd. 12 S. 47; Staudinger, Anm. 2 zu § 406; anderseits Eccius bei Gruchot Bd. 50 S. 251 flg.; Vertmann, Anm. 2 zu § 406 BGB.).“