

Für das Nachschlagewerk und die amtliche Sammlung.

Gesetz: BGB 222, 478, 479, 631, 639
 UmstG § 18 Abs 1 Nr 2

Rechtssatz: 1.) Fern bei einem Werkvertrag sich die Sache in unmittelbarem Besitz des Bestellers befindet und die geschuldete Leistung sich wirtschaftlich aus mehreren Abschnitten zusammensetzt, von denen die Vollerfüllung des einen die Voraussetzung für den Beginn des nächsten darstellt, ist die Leistung i n s o w e i t bewirkt, als einer oder mehrere solcher Abschnitte fertiggestellt sind. Jedoch sind derartige selbständige wirtschaftliche Abschnitte nicht immer Voraussetzung für ein "Bewirken" der Leistung. Die Leistung ist auch i n s o w e i t bewirkt, als der bereits erzielte Arbeitserfolg im Rahmen der Herstellung des Werkes eine wirtschaftliche oder technische Bedeutung hat, wie z.B. ein technisch vor Herstellung des Gesamtwerkes erforderlicher, wenn auch misslungener Versuch, dessen Erfahrungen der Unternehmer im Interesse des Gesamtwerkes auszunutzen in der Lage ist.

2.) Die Einrede der Verjährung kann im Revisionsrechtszug nicht mehr nachgeholt werden.

Trotz Eintritts der Verjährung kann bei rechtzeitiger Mängelrüge die Zahlung des Kaufpreises verweigert und die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen der Mängel erklärt werden.

✓ Aktenzeichen: III ZR 205/50

Urteil vom 1. März 1951

OLG Hamm

Verkündet

am 1. März 1951

gez. Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofes.

Im Namen des Volkes

In Sachen

der Firma H. [REDACTED] A.G. Bergbauverwaltung in
E. [REDACTED],

vertreten durch den Vorstand Bergwerksdirektor
Dr. jur. Hans B. [REDACTED] und Bergwerksdirektor Berg.
assessor a.D. H. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisions-
klägerin,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma P. [REDACTED] & P. [REDACTED] K.G. in H. [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftenden Gesell-
schafter,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

wegen Forderung

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auf
die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 1951 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Schelb und der
Bundesrichter Dr. Delbrück, Prof. Dr. Meiß, Dr. Pagen-
darm und Dr. Tasche

für Recht erkannt:

- 2 -

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 16. Januar 1950 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung -auch über die Kosten des Revisionsverfahrens- an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

T a t b e s t a n d .

Am 14. April 1948 erteilte die Beklagte der Klägerin den Auftrag, einen Drehstrommotor zu überholen und instand zu setzen. Die Zahlung des der Höhe nach nicht näher vereinbarten Preises sollte bis zum 20. des der Fertigstellung folgenden Monats erfolgen. Der Motor war unter Tage in der Wasserhaltung eines Schachtes der Beklagten eingebaut und sollte an Ort und Stelle ausgebessert werden. Die Klägerin begann sofort mit den Arbeiten und beendete sie am 8. August 1948. Sie berechnete als Vergütung 18.930,23 DM und zwar rund 8.500.- DM für vorauslagte Materialien und 10.216,77 DM für gezahlten Arbeitslohn. Die Beklagte zahlte 10.000.- DM und verweigerte die Restzahlung mit der Begründung, die Arbeiten seien zum grössten Teil und die Materialbeschaffung sei völlig vor dem Stichtag der Währungsreform erfolgt; insoweit brauche sie die in Reichsmerk entstandenen Kosten nach § 18 Abs 1 Ziffer 2 UG nur im Verhältnis 10 : 1 in DM zu zahlen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Die Klägerin erwirkte wegen eines Teilbetrages von 1.000.- DM vor dem Amtsgericht in Essen -16 C 72/49- und dem Landgericht in Essen -17 S 2/49- obsiegende Urteile.

Sie behauptet, durch die im beiderseitigen Einvernehmen der Parteien durchgeführte Teilklage habe über die gesamte Forderung entschieden werden sollen. Sie stützt ihre Klage wegen des streitigen Restbetrages von 7.930,23 DM in erster Linie auf diese Vereinbarung, wonach die Entscheidung des Vorprozesses auch insoweit Geltung haben sollte. Sie ist weiter der Auffassung, dass ihre Leistung erst nach dem Stichtag der Währungsreform bewirkt und daher ihre Forderung gemäss § 18 Abs 1 Ziffer 2 UmstG voll in DM umzustellen sei.

Die Beklagte bestreitet, eine Vereinbarung über eine auch für den Rest verbindliche Wirkung des Vorprozessurteils getroffen zu haben. Sie behauptet, die Arbeiten seien vor der Währungsreform bereits zum grössten Teil ausgeführt worden; sie sieht die Leistungen der Klägerin insoweit als vor dem Stichtag der Währungsreform bewirkt an und hält in diesem Umfang eine Umstellung der Forderung der Klägerin nur in Höhe von 10 : 1 von Reichsmark in Deutsche Mark für gerechtfertigt. Schliesslich macht die Beklagte geltend, die Maschine sei zum Teil mangelhaft ausgebessert worden; die Klägerin weigere sich, trotz der - unstreitig erstmals in der Verhandlung vor dem Amtsgericht in Essen vom 23. Februar 1949 erfolgten - Mängelrüge Nachbesserung vorzunehmen.

Die Klägerin bestreitet, dass die Wiederherstellung mangelhaft ausgeführt worden sei.

Das Landgericht hat der Klage auf Grund der vereinbarten Bindung an die Entscheidung des Vorprozesses und gemäß § 18 Abs 1 Satz 2 UmstG stattgegeben. Die Minderungsansprüche lehnt es ab, weil es an näheren Angaben über die gerügten Mängel fehle. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Es legt die Vereinbarung der Parteien bezgl. des Vorprozesses allerdings dahin aus, die Führung des Prozesses solle die freundschaftliche Fortführung der bisherigen guten Geschäftsverbindung der Parteien nicht beeinträchtigen; die dort ergehende Entscheidung solle jedoch keine bindende Wirkung hinsichtlich des jetzt eingeklagten Restes haben. Im übrigen schliesst sich das Oberlandesgericht der auch vom Landgericht vertretenen Erfüllungstheorie an und führt weiter aus, die Mängelrüge der Beklagten könne wegen Verjährung nicht geltend gemacht werden; auch sei der Mangel entgegen §§ 381, 377 HGB nicht unverzüglich gerügt; ferner habe der Motor bei der Abnahme unstreitig einwandfrei gearbeitet.

Gegen das Urteil hat die Beklagte Revision mit dem Antrage auf Klagabweisung eingelegt. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision rügt Verletzung des § 18 Abs 1 Ziff 2 UmstG und als Folge davon eine unzureichende Aufklärung und Würdigung des massgeblichen Sachverhalts (Verletzung der §§ 139, 286, 287 ZPO). Im einzelnen macht sie geltend: Nach

richtiger in OGHZ 3, 308 vertretener Ansicht sei alles als Teilerfüllung anzusehen, was schon vor der Währungsreform in Richtung auf die Fertigstellung des zu reparierenden Gegenstandes dergestalt geschehen sei, dass es auch bei Übernahme der Reparatur durch einen anderen Unternehmer seinen Wert als Teilerfolg behalten hätte. Das Berufungsgericht hätte deshalb durch Befragen der Parteien aufklären müssen, ob ein Bewirken in diesem Sinne vorgelegen habe. Dann würde die Beklagte vorgetragen haben: Bei den Ausbesserungsarbeiten sei die Wicklung des Ankers auseinandergenommen, nachgerichtet, gereinigt, neuisoliert, wieder in den Anker eingebaut und schliesslich mit Isolierlack überzogen worden. Alsdann seien Bandagen aus Stahldraht auf den Anker aufgebracht und verlötet worden, um ein Herausschleudern der Wicklungsstäbe aus dem Anker während des Betriebes zu vermeiden. Diese Arbeiten seien bis zum 10. Juni 1948 ausgeführt worden. Der fertiggestellte Anker habe aber in den Stator nicht "eingefahren" werden können, weil die Bandagen zu dick aufgebracht gewesen seien. Die Bandagen hätten wieder abgerissen und neu aufgebracht und verlötet werden müssen. Die Arbeiten nach dem 10. Juni 1948 und nach der Währungsreform hätten allein der Behebung dieses Schadens gedient. Die zur Beseitigung dieses Mangels, also alle nach dem 10. Juni 1948 entstandenen Kosten, gingen zu Lasten der Klägerin. Die zu bezahlende Leistung sei also vor dem Stichtag der Währungsreform bewirkt. Ausserdem habe die Klägerin durch ihr Verschulden die spätere Fertigstellung der Arbeit verursacht; ein Währungsvorteil dürfe ihr daraus aber nicht erwachsen.

I.

Auf diese Revisionsrügen hätte dann nicht näher eingegangen zu werden brauchen, wenn die Vorprozessentscheidung, durch die die Beklagte wegen des dort eingeklagten Teilbetrages von 1.000 DM zu einer Umwertung im Verhältnis 1:1 verurteilt worden ist, auch für den hier streitigen Restbetrag der Forderung kraft der von der Klägerin behaupteten Vereinbarung bindend wäre.

Das Berufungsgericht legt diese Vereinbarung jedoch dahin aus, dass die Entscheidung des Vorprozesses auf die streitige Restforderung keine Rückwirkung haben sollte. An die Auslegung dieses nicht typischen Vertrages seitens des Berufungsgerichts ist das Revisionsgericht gebunden.

Auf diese Vereinbarung der Parteien kann die Klage daher nicht mit Erfolg gestützt werden.

II.

Mit rechtlich nicht zu beanstandender Begründung sieht das Berufungsgericht den Vertrag als einen Werkvertrag im Sinne des § 651 BGB an und schliesst das Vorliegen eines Werklieferungsvertrages aus, da das zur Instandsetzung benötigte Material lediglich Zutat nach § 651 Abs 2 BGB ist.

Soweit die Beklagte glaubt, die Mehrkosten für das angeblich doppelte Aufbringen der Bandagen müsse die Klägerin von der Rechnung absetzen und selbst tragen, weil sie das anfänglich zu dicke Auftragen der Bandagen und damit die Unmöglichkeit des Einfahrens des Ankers in den Stator zu vertreten habe, stützt sie sich auf neue Tatsachen; diese können im Revisionsrechtszug jedoch nicht beachtet werden. Nach dem bisherigen Vortrag beider Parteien bestand insoweit auch keine Fragepflicht gemäss § 139 ZPO; vielmehr werden diese Umstände von der Beklagten völlig überraschend und ohne Zu-

sammenhang mit dem bisherigen Vorbringen jetzt neu vorzutragen. Es liegt also auch keine Verletzung des § 139 ZPO vor. Das Verlangen auf Herabsetzung der Rechnungsbeträge kann daher im Revisionsrechtszug nicht mit Erfolg geltend gemacht werden.

Das Gleiche gilt, soweit die Beklagte aus diesem angeblichen Verschulden der Klägerin und aus der deshalb erst nach dem Stichtag der Währungsreform erfolgten Fertigstellung der Arbeiten einen Verzug der Klägerin herleiten will. Es ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum zwar anerkannt, dass in Fällen des Lieferungsverzuges über den Währungsstichtag hinaus der säumige Sachschuldner - jedenfalls dem Grundsatz nach - von dem Sachgläubiger den Gegenwert für die Sachleistung nicht in Höhe des vollen RM-Betrages, sondern nur in Höhe des im Verhältnis 10:1 umgestellten Betrages verlangen kann (OGHZ 2. 360; Harmening - Duden, Währungsgesetz, UmstG § 18 Anm 10 mit weiteren Nachweisen; I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs v. 28. Nov. 1950 - I ZR 16/50 -). Aber auch insoweit handelt es sich um im Revisionsrechtszug unbeachtliches neues Tatsachenvorbringen; die Vorinstanzen hatten auch in dieser Richtung keinen Anlass, den Sachverhalt durch Fragen weiter aufzuklären; ein Verstoss gegen § 139 ZPO liegt daher auch insoweit nicht vor.

Bei dieser Sachlage kommt es also - ohne Rücksicht auf die von der Beklagten behauptete nicht ordnungsmässige Ausführung des Ausbesserungsvertrages - allein darauf an, ob die Ansprüche der Klägerin bei ordnungsmässiger Ausführung des Vertrages im Verhältnis 1:1 oder 10:1 von Reichsmark in Deutsche Mark umzustellen sind.

III.

Nach § 18 Abs 1 Ziff 2 UmstG kann die Klägerin die Umstellung der auf dem Werkvertrag beruhenden Reichsmarkverbindlichkeit fordern, "wenn und soweit die Gegenleistung vor dem 21. Juni 1948 noch nicht bewirkt war". Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt also davon ab, was bei dem vorliegenden Vertrage unter dem "Bewirken der Gegenleistung" zu verstehen ist und ob diese Gegenleistung auch dann "soweit bewirkt" werden kann, wenn sie sich nach natürlichen und rechtlichen Grundsätzen nicht als eine Summe von Einzelleistungen, sondern als eine Einheit darstellt.

Das Berufungsgericht hat zu diesen Fragen ausgeführt:

Der mit dem Vertrag bezweckte Erfolg sei die Wiederherstellung der Betriebsfähigkeit des Motors. Von Teilleistungen und der Bewirkung solcher könne ebensowenig die Rede sein, wie man von der Herstellung einer teilweisen Betriebsfähigkeit des Motors sprechen könne. Auch eine Aufteilung der Herstellung der Betriebsfähigkeit des Motors in einzelne Teilleistungen sei unmöglich. Solange die Maschine nicht einwandfrei laufe, sei eine Bewirkung auch nicht teilweise erfolgt. Die Leistung "Wiederherstellung der Betriebsfähigkeit" sei demnach erst nach dem Fällungstichtag bewirkt. Der Werklohn sei daher 1:1 umzustellen.

Der Senat hat zur Umwertung von Werklohnforderungen aus Werkverträgen in seinem zur Veröffentlichung in der Amtlichen Entscheidungssammlung vorgesehenen Urteil vom 1. März 1951 - III ZR 202/50 - grundsätzlich Stellung genommen. Danach sind zunächst die rechtlichen und wirt-

schaftlichen Verschiedenheiten zwischen Kauf- und Werkverträgen zu beachten. Während beim Kauf (§ 433 Abs 1 BGB) und beim Werklieferungsvertrag (§ 651 Abs 1 BGB) der Verkäufer oder Unternehmer verpflichtet ist, die verkaufte oder hergestellte Sache dem Käufer oder Besteller zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, beschränkt sich beim Werkvertrag die Hauptverpflichtung des Unternehmers auf die Herstellung des Werkes (§ 631 Abs 1 BGB). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der einheitliche Rechtsbegriff des Werkvertrages eine Fülle wirtschaftlich ganz verschiedener Möglichkeiten umfasst. Wird auf diesen Rechtsbegriff ein auf rein wirtschaftlichen Erwägungen beruhendes Gesetz wie das Umstellungsgesetz angewendet, so muss es von vornherein unmöglich sein, zu einer einheitlichen Betrachtungsweise für alle denkbaren Fälle des Werkvertrages zu gelangen. Es muss vielmehr für jede Art von Werkverträgen auf Grund des von den Vertragspartnern jeweils erstrebten wirtschaftlichen Zieles untersucht werden, wann ein "Bewirken" der ganzen oder eines Teiles der Leistung eintritt. Dabei ist das Bewirken der Leistung nach zwei Richtungen negativ abzugrenzen: Die Entscheidung, wann ein Bewirken vorliegt, kann weder ganz noch teilweise davon abhängig gemacht werden, was der Unternehmer aufgewendet hat. Andererseits kann es nicht als entscheidend angesehen werden, bis zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer noch die tatsächliche Möglichkeit hat, auf das Werk einzuwirken.

Bei der Betrachtung im Rahmen dieser Leitsätze unterscheidet sich der vorliegende Fall von einer grossen Anzahl anderer Werkverträge dadurch, dass das Werk in der Reparatur oder Veränderung einer Sache besteht, die nicht nur im Eigentum, sondern auch im unmittelbaren Besitz des Bestellers ist und bleibt. Hier besteht die Werkleistung ausschliesslich in der Durchführung der übernommenen Arbeiten. Sind diese abgeschlossen, befindet sich also die bearbeitete Sache in dem Zustande, in den sie versetzt werden sollte, so ist damit die Leistung vollständig bewirkt. Sind die Arbeiten begonnen, so ist die Leistung insoweit bewirkt, als der bisher erzielte Arbeitserfolg im Rahmen der Herstellung des Werkes eine wirtschaftliche oder technische Bedeutung hat. Entscheidend ist also die Möglichkeit einer wirtschaftlichen Zerlegbarkeit der nach dem Werkvertrag geschuldeten Leistung; eine Werkleistung im Sinne des § 18 Abs 1 Nr 2 UmstG kann also auch dann teilweise ("soweit") bewirkt sein, wenn die Leistung rechtlich nicht teilbar ist. Diese rechtlich unteilbare Werkleistung kann sich wirtschaftlich aus mehreren Abschnitten zusammensetzen, von denen die Vollendung des einen die Voraussetzung für den Beginn des nächsten ist. Mit der Fertigstellung eines solchen Abschnittes ist die Werkleistung insoweit jedenfalls dann "bewirkt", wenn sich die Sache in unmittelbaren Besitz des Bestellers befindet. Derartige bis zu einem gewissen Grad selbständige wirtschaftliche Abschnitte sind jedoch bei Werkverträgen der hier vorliegenden Art nicht immer Voraussetzung für ein "Bewirken" der Leistung. Es genügt, wenn der bereits

erzielte Arbeitserfolg im Rahmen der Herstellung des Werkes eine wirtschaftliche oder technische Bedeutung hat. Wenn diese Wirkung eingetreten ist, kann im Einzelfall sehr zweifelhaft sein und kann nur anhand der durch den jeweiligen Werkvertrag erstrebten wirtschaftlichen Leistung entschieden werden.

Auf den vorliegenden Fall angewandt, ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Revision vorgetragenen Tatumstände, die das Berufungsgericht wegen Verkennung des Begriffs des Bewirkens nicht herangezogen hat und die deshalb im Revisionsrechtszug zunächst zu Gunsten der Beklagten als richtig unterstellt werden müssen: Die Verpflichtung zur Generalüberholung des eingebauten Motors bezweckt, wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt, die durch Arbeitsleistung zu erreichende Herstellung der Betriebsfähigkeit des Motors. Nach der Darstellung der Beklagten sind dazu die verschiedensten Arbeiten erforderlich. Vor allem ergeben sich drei grosse Arbeitsabschnitte: Auseinandernehmen des Motors, Arbeiten am herausgenommenen Anker und das Wiedereinbringen des Ankers in den Stator. Aber auch die Arbeiten am Anker zerfallen wieder in verschiedene Teile: Abnehmen der Wicklung vom Anker, Überarbeiten der abgenommenen Teile, Wiedereinbauen dieser Teile in den Anker und schliesslich das Aufbringen der Bandagen auf den Anker. Jeder dieser Bearbeitungsabschnitte setzt die Vollendung des vorhergehenden Abschnittes voraus. Diese Unterteil-

lungen können bei einem so umfangreichen Werk wie der Überholung des Motors einer Wasserüberholungspumpe in einem Bergbaubetrieb, die monatelange Tätigkeit erfordert, wirtschaftlich als wesentliche Teile der Gesamtleistung angesehen werden. Mit der Fertigstellung eines jeden solchen Abschnittes ist die Werkleistung "insoweit bewirkt". Daher erscheint es berechtigt, die Leistung mindestens bis einschliesslich zum Wiedereinbau der Teile in den Anker im Zeitpunkt des Währungsstichtages als bewirkt anzusehen.

Schon wegen dieser Rechtsfolgen des Verkennens des Begriffs des Bewirkens ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Bezüglich des Aufbringens der Bandagen kann allerdings von einem Bewirken dieses Arbeitsabschnittes insofern nicht gesprochen werden, als dieser Arbeitsabschnitt vor dem Währungsstichtag nicht zur Vollendung geführt worden ist, weil nach dem Vortrag der Beklagten die Bandagen so dick aufgebracht waren, dass der Anker in den Stator nicht eingeführt werden konnte; sie mussten vielmehr wieder entfernt und neu aufgebracht werden; diese Arbeiten scheinen dann nach dem Währungsstichtag erfolgt zu sein. Es wäre aber denkbar, dass trotz des anfänglich zu dicken Aufbringens der Bandagen und der dadurch bedingten Notwendigkeit ihrer Wiederentfernung auch diese Arbeiten, die in ihren ersten Ergebnissen nicht unmittelbar verwendet werden konnten, für die Herstellung des Arbeitserfolges

im Rahmen des Werkvertrages eine wirtschaftliche oder technische Bedeutung haben. Wäre z.B. das Aufbringen der Bandagen in der Regel eine Leistung, die erst der Versuchsarbeiten bedurfte, hätte es sich also bei der von der Beklagten erwähnten Aufbringung zu dicker Bandagen um einen technisch zur Herstellung des Gesamtwerkes erforderlichen Versuch gehandelt, so würde auch dieser - allerdings misslungene - Versuch wirtschaftliche und technische Bedeutung für das Gesamtwerk haben; er brauchte in dieser Form nicht wiederholt zu werden und würde deshalb die Klägerin in den Stand gesetzt haben, die Erfahrungen, die bei diesem misslungenen Versuch gesammelt wurden, im Interesse des Gesamtwerkes auszunutzen. Auch darin würde dann ein Bewirken der geschuldeten Leistung liegen. Ob und wie weit diese Voraussetzungen gegeben sind, ist Tatfrage und bedarf weiterer Aufklärung in der Tatsacheninstanz.

Soweit die Klägerin infolge nicht sachgemässer Arbeiten (zu dickes Aufbringen der Bandagen) Ansprüche wegen dafür aufgewendeter Löhne und Materialien nach den Bestimmungen über Werkverträge nicht geltend machen könnte, taucht die Frage des "Bewirkens" überhaupt nicht auf. Soweit aber die Klägerin Ansprüche wegen dieser Arbeiten hätte, jedoch infolge dieser zunächst nicht sachgemäss ausgeführten Arbeiten an den Bandagen veranlasst hat, dass die restlichen Arbeiten statt vor dem Mährungsstichtag erst nach demselben ausgeführt worden sind, wird zu prüfen sein, ob insoweit ein Verzug der Klägerin vorliegt.

Wegen der Rechtsfolgen eines solchen Verzugs auf die Höhe des Umstellungsanspruches wird auf die Ausführungen zu II dieses Urteils verwiesen. Zwar konnten die Ausführungen der Beklagten über einen angeblichen Verzug nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im Revisionsrechtszug führen, wie oben zu II ausgeführt wurde; aber bei der Erneuerung der Tatsachenvorhandlung stehen der Berücksichtigung dieser Tatsachen nicht mehr die Vorschriften wie im Revisionsrechtszug entgegen, sondern können in diesem Zusammenhang - wenn andere Gründe einem Eingehen auf die neu vorgebrachten Tatsachen nicht entgegenstehen - berücksichtigt werden.

Irrig ist dagegen die im Verfahren gelegentlich von der Beklagten vertretene Ansicht, sie brauche den Anschaffungspreis für die gesamten Materialien nur im Verhältnis 10:1 umzuwerten, weil die Klägerin sie sämtlich bereits vor dem Währungsstichtag angeschafft habe. Soweit diese Materialien im Zeitpunkt des Währungsstichtages noch nicht verarbeitet waren, ist ein Arbeitserfolg im Rahmen der Herstellung des Werkes, der eine wirtschaftliche oder technische Bedeutung hat, nicht eingetreten. Da insoweit ein "Bewirken" nicht vorliegt, steht der Unternehmer, der vor der Währungsreform seine Werkleistung vorbereitet, in dem er Material beschafft, aber die Leistung nicht "bewirkt" hat, für das Umstellungsrecht ebenso wie ein Verkäufer, der die Ware angeschafft oder hergestellt, aber noch nicht geliefert hat.

In welchem Umfang die Werklohnforderung im Verhältnis 10:1 oder 1:1 umzustellen ist, hängt daher von den weiteren Ermittlungen der Tatsacheninstanz darüber ab, wie weit der Arbeitserfolg (Vollendung von Teilabschnitten; Vornahme erforderlicher, allerdings misslungener Versuche) im Rahmen der Herstellung des Werkes bereits eine wirtschaftliche oder technische Bedeutung hat.

Es wird in vielen Fällen erhebliche Schwierigkeiten machen, denjenigen Teil des Werklohnes zu bestimmen, der dieser bewirkten Teilleistung entspricht. Die dem Vertrage zugrunde liegenden Kalkulationen, die Aufwendungen des Unternehmers für Löhne und Materialien oder das Verhältnis der Zeit können hierfür Anhaltspunkte geben. Auch wenn feststeht, dass am Führungsstichtag ein bestimmter Bruchteil der Arbeiten "fertig" oder "ausgeführt" war, so braucht daraus nicht für jeden derartigen Fall die Folgerung hergeleitet zu werden, dass ein entsprechender Bruchteil der gesamten Werkleistung vor dem Führungsstichtag bewirkt ist und dass ihm ein gleicher Bruchteil des in einer Summe vereinbarten Werklohnes entspricht. Weitere Richtlinien können bei den noch völlig ungeklärten tatsächlichen Verhältnissen zurzeit noch nicht gegeben werden.

IV.

Das Urteil ist von der Revision ausdrücklich in vollem Umfange angefochten. Da im wesentlichen Verletzung materiellen Rechts gerügt wird, muss das Urteil in seiner gesamten materiell-rechtlichen Begründung und nicht nur, soweit Verletzungen gerügt sind, im Revisionsrechtszug

geprüft werden. Diese Prüfung ergibt: Das angefochtene Urteil schliesst die Beklagte mit Ansprüchen aus Minderung wegen angeblicher Reparaturfehler deshalb aus, weil diese Ansprüche gemäss § 638 BGB verjährt seien. Weder aus den Urteilen der beiden Vorinstanzen noch aus dem dort in Bezug genommenen Akteninhalt ergibt sich, dass die Klägerin sich gegenüber derartigen Ansprüchen auf Verjährung berufen hat; die Verjährung bedarf aber gemäss § 222 BGB der Geltendmachung als Einrede und kann nicht, ohne dass die Leistung als verjährt verweigert wird, von Amts wegen berücksichtigt werden. Diese Erklärung über die Verjährungseinrede muss von der Klägerin, soweit sie nicht schon aussserhalb des Prozesses erfolgt ist, in Prozess abgegeben werden (Stcin-Jonas Aufl 17 vor § 128 Anm III 2). An der Feststellung einer solchen Erklärung fehlt es im angefochtenen Urteil. Wenn im Schriftsatz der Klägerin vom 24. Februar 1949 (Bl 12 R der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Vorprozessakten 16 C 72/49 AG Essen) davon die Rede ist, es sei merkwürdig, dass gerade 6 Monate nach erfolgter Aushändigung des Motors an die Beklagte plötzlich Mängel festgestellt wurden, so kann darin selbst bei weitgehender Auslegung eine Geltendmachung der Verjährung nicht erblickt werden. Das ist um so weniger zulässig, als die Klägerin in der Folgezeit die Mängel immer bestritten und noch im Schriftsatz vom 29. Dezember 1949 (S 5 Bl 49 d.A.) Beweis für ein ordnungsmässiges Arbeiten des Motors angetreten hat, also offenbar keine Verjährung geltend machen wollte. Diese bürgerlich-rechtliche Verjährungsein-

rede kann im Revisionsrechtszug nicht mehr nachgeholt werden, da sie einen Teil des Tatbestandes bildet (Stein-Jonas Aufl 17 § 561 Anm II 3; RG in JW 1898, 192).

Im übrigen waren die Ansprüche am 23. Februar 1949, als sie erstmalig geltend gemacht wurden, aber auch überhaupt nicht verjährt. Regelmässig begann die Verjährungsfrist zwar am 6. August 1948, dem Tage der Vollen dung des Werkes, zu laufen (§ 546 BGB), da eine Übergabe des Motors nach seiner Beschaffenheit ausgeschlossen war. Die 6-Monatsfrist des § 638 BGB lief daher über den 1. Januar 1949 hinaus. Solche Fristen verjähren aber nach § 2 der VO über die Beendigung der Hemmung von Verjährungs- und ähnlichen Fristen vom 13. Januar 1949 (GVBl. BZ 1949, 19) in der Fassung der Verordnung vom 24. August 1949 (GVBl. BZ 1949, 367) nicht vor dem 1. Juli 1949. Die Ansprüche wegen der Mängelrügen waren also entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts am 23. Februar 1949, als die Mängelrüge zuerst geltend gemacht wurde, nicht verjährt. Ob sie inzwischen verjährt sind, ist gleichgültig. Gemäss §§ 639, 478 BGB durfte die Beklagte, wenn sie die Mängel vor Eintritt der Verjährung angezeigt hatte, trotz Eintritts der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als sie auf Grund der Minderung dazu berechtigt war; auch konnte sie unter den gleichen Voraussetzungen trotz Eintritts der Verjährung Ansprüche auf Schadensersatz zur Aufrechnung stellen (§ 479 BGB). Da aber die Beklagte die Mängel am 23. Februar 1949, also in nicht rechtsverjährter Zeit, angezeigt hat, sind diese Voraussetzungen erfüllt, so dass

Ihr von der Klägerin die Einrede der Verjährung nicht entgegengehalten worden kann, wenn sie wegen der Mängel diese Ansprüche gegenüber der Klageforderung geltend machen würde.

Das Berufungsgericht meint weiter, nach §§ 377, 381 HGB könne die Beklagte die Mängel nicht geltend machen, weil die Mängelrüge nicht "unverzüglich" erhoben sei. § 377 HGB bezieht sich jedoch zunächst auf den Handelskauf und gemäss § 381 HGB auch auf Werklieferungsverträge. Das Berufungsgericht hat aber eingehend ausgeführt, dass es sich hier nicht um einen Werklieferungsvertrag, sondern um einen Werkvertrag handelt. Unmittelbar kann § 377 HGB also nicht angewandt werden. Es könnte höchstens in einzelnen Beziehungen eine entsprechende Anwendung der Grundsätze des Handelskaufs und damit auch der in § 377 HGB geforderten "unverzüglichen" Rügepflicht denkbar sein (Staub HGB Aufl 14 § 381 Anm 18 und § 377 Anm 195/8). Das Berufungsgericht fügt dem Satz, die Mängelrüge sei nicht unverzüglich erhoben worden, hinzu, der Motor habe bei Abnahme und Begutachtung zunächst einwandfrei bis zu seiner späteren Stilllegung als Reservemotor gearbeitet. Diese Feststellung legt die Vermutung nahe, das Berufungsgericht habe bei der rechtlichen Würdigung verkannt, dass bei verborgenen Mängeln nicht sofort nach der Ablieferung bzw. Fertigstellung, sondern unverzüglich nach der Entdeckung des Mangels dieser anzuzeigen ist, z.B. wenn der Mangel sich erst allmählich beim Gebrauch zeigt (Staub HGB Aufl 14 § 377 Anm 51). Die mangelnden Feststellungen des Berufungsgerichtes lassen auch insoweit eine erschöpfende Sachprüfung nicht zu.

Einer besonderen Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels (§ 634 Abs 1 BGB), bedurfte es entgegen der vom Amtsgericht im Vorprozess vertretenen Ansicht nicht, da nach dem Vortrag der Beklagten im Revisionsrechtszug die Klägerin die Beseitigung der Mängel ausdrücklich verweigert hat (§ 634 Abs 2 BGB).

Die Möglichkeit der Herleitung von Rechten aus der Mängelrüge könnte also für die Beklagte entgegen den Ausführungen des Berufungsurteils rechtlich sehr wohl bestanden haben.

Es wäre daher Sache des Berufungsgerichts gewesen, zu prüfen, ob die Beklagte von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, insbesondere ob sie tatsächlich Rechte aus Mängelrügen geltend gemacht hat. Ohne weiteres ergibt sich das nämlich aus dem angefochtenen Urteil und den dort in Bezug genommenen Schriftsätzen der Parteien nicht. Daraus ist vielmehr zu entnehmen:

Die angeblichen Mängel sind erstmalig im Vorprozess im Termin vom 23. Februar 1949 geltend gemacht worden. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 24. Februar 1949 (Bl 12 der Vorprozessakten) behauptet, der Motor sei in betriebs-tüchtigem Zustande abgegeben worden und laufe. Alsdann ist von der Beklagten im Vorprozess hinsichtlich der Mängelrüge nichts weiter vorgebracht worden, obgleich das amtsgerichtliche Urteil bemängelt hat, die Beklagte habe nicht angegeben, worin die von ihr gerügte Mangelhaftigkeit der Arbeiten bestehen solle. Die Beklagte hat trotz dieses Hinweises im landgerichtlichen Urteil im Vorprozess und auch

im ersten Rechtszuge des vorliegenden Rechtsstreites keinerlei weitere Angaben zur Mängelrüge gemacht, sondern sich erst in der Berufungsschrift des vorliegenden Verfahrens vom 12. November 1949 (Bl 37 d.A.), allerdings ohne nähere Angaben über die Art der aufgetretenen Mängel und insbesondere ohne Geltendmachung bestimmter Ansprüche auf die angeblichen Mängel berufen. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 29. Dezember 1949 (Bl 49 d.A.) das Vorliegen von Mängeln erneut bestritten. Auch dazu hat die Beklagte wiederum geschwiegen und hat erst jetzt in der Revisionschrift, allerdings nur ganz allgemein, die Mängel erwähnt. Nach diesem Sachverhalt liegt die Annahme nahe, daß die Beklagte Ansprüche aus den Mängeln im vorliegenden Prozess weder geltend gemacht noch näher begründet hat. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung dieser Ausführungen die verabsäumte Prüfung über die Geltendmachung von Ansprüchen aus Mängelrügen nachzuholen und gegebenenfalls die Begründetheit dieser Ansprüche zu prüfen haben.

Da in der Hauptsache noch nicht entschieden werden konnte, bleibt die Entscheidung über die Kosten dem Berufungsurteil vorbehalten.

gez. Schelb gez. Dr. Delbrück gez. Meiss

gez. Dr. Pagendarm gez. Dr. Tasche