

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:                   nein

---

WG Art. 17; BGB §§ 273, 274, 320, 322

Greift ein Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrecht aus dem Grundgeschäft auch gegenüber der Wechselforderung durch, was aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen ist, dann ist der Wechselschuldner zur Zahlung der Wechselsumme Zug um Zug gegen die vom Wechselgläubiger zu erbringende Gegenleistung zu verurteilen (Bestätigung von BGHZ 57, 292).

BGH, Urt. v. 9. Februar 1976 - II ZR 162/74 - OLG Celle  
LG Stade

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 162/74

URTEIL

Verkündet am  
9. Februar 1976  
[REDACTED],  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Hypnosetherapeuten Wolfgang Sch[REDACTED], [REDACTED],  
T[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und  
Dr. [REDACTED] -

gegen

die Cu[REDACTED] Bootswerft, Inhaber Wilhelm M[REDACTED],  
Bootsbaumeister, Cu[REDACTED], Ka[REDACTED]-Weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und  
[REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 1976 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Kellermann, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 8. Juli 1974 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

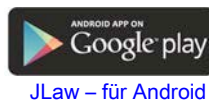
Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin von zwei Wechseln über 37.000 und 21.000 DM, die am 24. Oktober und 20. November 1972 ausgestellt wurden und am 24. Januar und 20. Februar 1973 fällig waren. Die an eigene Order lautenden Wechsel sind von der Klägerin ausgestellt, auf den Beklagten gezogen und von diesem aus folgendem Grund akzeptiert worden:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Der Beklagte kaufte 1971 für 30.000 DM den gebrauchten Motorkutter "E", um ihn in eine Motorjacht umbauen zu lassen. Mit dem Umbau beauftragte er die Klägerin. Die Parteien einigten sich für die in einem "1. Teilangebot" der Klägerin vom 13. März 1972 aufgeführten Arbeiten auf eine Vergütung von 124.000 DM. Bei Übernahme des Schiffes am 12. August 1972 unterzeichnete der Beklagte eine Aufstellung der Klägerin vom 11. August 1972, in der er anerkannte, die darin aufgeführten "außervertraglichen Arbeiten, die nach Lohn und Material gesondert" abgerechnet werden sollten, in Auftrag gegeben zu haben. In einer dem Beklagten am 6. September 1972 übergebenen "Rechnungsaufstellung" berechnete die Klägerin die Vergütung für diese Extraarbeiten mit 107.911,50 DM. Insgesamt beziffert sie ihren Werklohnanspruch mit 256.935,03 DM. Die Parteien hatten Vorschußzahlungen des Beklagten auf den Werklohn der Klägerin vereinbart. Nachdem der Beklagte schon 112.000 DM bezahlt hatte, übergab er der Klägerin am 24. Juli und 12. August 1972 zwei Dreimonatsakzepte über 45.000 und 25.000 DM. Bei Fälligkeit zahlte der Beklagte 8.000 bzw. 4.000 DM und akzeptierte im übrigen die Klagewechsel als Prolongationspapiere, die mangels Zahlung zu Protest gingen.

Die Klägerin hat über die gesamte Wechselsumme von 58.000 DM nebst 6 % Zinsen und einen Betrag von 489,61 DM für Protestkosten, Auslagen und Entschädigung im Wechselprozeß ein Vorbehaltsurteil gegen den Beklagten erstritten. Dieser hat im Nachverfahren beantragt, das Vorbehaltsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, weil er

Werkmängelansprüche gegen die Klägerin habe. In diesem Zusammenhang ist folgendes unstreitig: Auf der ersten Fahrt nach Übernahme des Schiffes durch den Beklagten von Cuxhaven nach Heiligenhafen zeigten sich Mängel. In den anschließenden Verhandlungen der Parteien erklärte sich die Klägerin bereit, die von ihr anerkannten Fehler zu beheben und dazu das Schiff auf ihre Kosten nach Cuxhaven zurückzubringen. Kurz nach Antritt der Rückreise am 4. November 1972 trat am Schiffsmotor ein Schaden auf, der die von der Klägerin gestellte Schiffsmannschaft veranlaßte, das Schiff nach Heiligenhafen zurückschleppen zu lassen. Dort wurde der Motor auf Veranlassung des Beklagten ausgebaut und zerlegt; die Kurbelwelle befindet sich heute noch bei der Reparaturfirma in Hamburg. Der Beklagte meint, die Klägerin müsse ihm wegen zahlreicher, in der "Reklamationsliste" des von dem Beklagten beauftragten Sachverständigen Ab [REDACTED] vom 24. August 1972 im einzelnen aufgeführter Mängel Schadensersatz leisten. Zwar habe sich die Klägerin bereit erklärt, die Mängel zu beheben. Die Nachbesserung sei aber durch ihr Verhalten unmöglich geworden. Da der Ausfall des Motors auf falschem Einbau durch die Klägerin beruhe, habe diese es zu vertreten, daß das Schiff nicht nach Cuxhaven überführt werden könne. Überdies habe sich die Klägerin als unzuverlässig erwiesen, so daß dem Beklagten die Beseitigung der Mängel durch die Klägerin nicht mehr zugemutet werden könne. Der - schriftsätzlich näher dargelegte (GA 103/104) - Schaden betrage 241.000 DM. Damit rechne er gegen etwaige Forderungen der Klägerin auf.

Die Klägerin hat ihre Verantwortlichkeit für den Schaden am Schiffsmotor und für den größten Teil der vom Sachverständigen Ab[REDACTED] festgestellten Mängel bestritten.

Das Landgericht hat das Vorbehaltsurteil unter Wegfall des Vorbehalts aufrechterhalten. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag über den Umbau des Motorkutters sei wirksam, der Klägerin stehe daraus ein Vergütungsanspruch von 124.000 DM und mindestens weiteren 90.000 DM für Extraarbeiten zu, werden von der Revision nicht angegriffen und lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen. Sie sind damit der weiteren Prüfung zugrunde zu legen.

2. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß dem Beklagten keine aufrechenbaren Ansprüche zustehen. Für einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB fehle es an der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Dies sei nicht entbehrlich gewesen, denn der Beklagte habe nicht dargelegt, daß der Klägerin die Behebung der Mängel nicht möglich sei. Die Klägerin habe die Mängelbeseitigung nicht verweigert und dem Beklagten sei es zumutbar,

die Fehler durch die Klägerin beheben zu lassen. Dem Beklagten stehe wegen etwaiger Mängel nur ein Anspruch auf Nachbesserung zu. Ein darauf gestütztes Zurückbehaltungsrecht greife gegenüber den vom Grundgeschäft unabhängigen Wechselforderungen nicht durch. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, dem Beklagten stehe kein aufrechenbarer Zahlungsanspruch gegen die Klägerin zu.

a) Nach §§ 634 Abs. 1, 635 BGB kann der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst verlangen, nachdem er dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung eines Mangels mit der Erklärung bestimmt hatte, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Daran fehlt es nach der Feststellung des Berufungsgerichts. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen (§ 286 ZPO), daß die vom Sachverständigen Ab[REDACTED] dem Kläger im Auftrage des Beklagten überreichte "Reklamationsliste" vom 24. August 1972 dieses Erfordernis enthalte. Ihr ist dabei entgangen, daß die dort gesetzte Frist zur Beseitigung der Mängel bis 30. November 1972 nicht mit der Erklärung verbunden war, daß der Beklagte die Beseitigung der Mängel nach dem Ablaufe der Frist ablehne.

b) Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen, unter denen nach § 634 Abs. 2 BGB die Bestimmung einer Frist entbehrlich ist, nicht für gegeben erachtet und ausgeführt, der Beklagte könne nicht geltend machen, daß ihm die Behebung der Mängel durch die Klägerin nicht zuzumuten sei. Insoweit müsse er sich die Vereinbarung über die Überführung des Schiffes und die Beseitigung der Fehler durch die Klägerin und den Umstand, daß er der Klägerin die Klagewechsel noch nach Kenntnis der Mängelliste des Sachverständigen Ab[REDACTED] und sogar noch nach Kenntnis des Motorschadens übergeben habe, entgegenhalten lassen. Diese tatrichterliche Würdigung greift die Revision vergeblich an. Ihrer Ansicht, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß sich aus der Mängelliste die Unzuverlässigkeit der Klägerin ergebe, daß die Klägerin den Beklagten hinsichtlich der Arbeitsstunden für die Zusatzarbeiten habe vorsätzlich übervorteilen wollen und schließlich, daß die Klägerin den Motorschaden verschuldet und damit für die fehlgeschlagene Nachbesserung verantwortlich sei, kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat, wie sich aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, alle diese Umstände erkannt und berücksichtigt, aber die Unzumutbarkeit dennoch verneint, weil der Beklagte trotz Kenntnis der Mängel mit deren Behebung durch die Klägerin einverstanden war. Wenn die Revision dem entgegenhält, das Berufungsgericht hätte bei sachgerechter Würdigung zum gegenteiligen Ergebnis kommen müssen, dann setzt sie unzulässigerweise ihre eigene Wertung gegen die tatrichterliche Würdigung.

c) Die Revision meint, dem Beklagten stehe auch dann ein gegen die Wechselforderung aufrechenbarer Gegenanspruch zu, wenn er ursprünglich nur einen Anspruch auf Nachbesserung gemäß § 633 BGB gehabt hätte. Der Besteller eines Werkes brauche sich nicht auf die Nachbesserung verweisen zu lassen, wenn ihm dies wegen Unzuverlässigkeit des Unternehmers nicht zuzumuten sei. Er sei in diesem Falle vielmehr berechtigt, den Mangel selbst beheben zu lassen. Dafür stehe ihm ein Anspruch auf Vorschuß zu, mit dem er gegen die Werklohnforderung aufrechnen könne. Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch seien aus doppeltem Grund gegeben: Dem Beklagten sei die Nachbesserung durch die Klägerin wegen deren Unzuverlässigkeit nicht zuzumuten; zum anderen habe die Klägerin die Mängel innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht beseitigt und sei daher mit ihrer Nachbesserungspflicht im Verzuge. In diesem Falle könne der Beklagte gemäß § 633 Abs. 3 BGB die Mängel selbst beheben und dafür Vorschuß fordern. Damit läßt sich indes ein Zahlungsanspruch gegen die Klägerin nicht begründen. Soweit er auf die Unzumutbarkeit der Nachbesserung durch die Klägerin gestützt wird, steht ihm die gegenteilige und - wie vorstehend ausgeführt - revisionsrechtlich nicht angreifbare Wertung des Berufungsgerichts entgegen. Einen aus dem Gesichtspunkt des Verzuges hergeleiteten Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses hat der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht geltend gemacht (vgl. GA 115), deshalb kann dieses Vorbringen in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden.

4. Dagegen kann dem Berufungsgericht nicht in seiner Ansicht gefolgt werden, einem Wechselschuldner sei es schlechthin verwehrt, im Nachverfahren ein aus dem Grundgeschäft hergeleitetes Zurückbehaltungs- oder Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der Wechselforderung geltend zu machen. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, dessen Ansicht sich der erkennende Senat insoweit anschließt, hat in Übereinstimmung mit einer im neueren Schrifttum vertretenen Auffassung bereits entschieden, daß die Selbständigkeit der Wechselforderung nicht dazu zwingt, das Vorbringen des Wechselschuldners, der Wechselgläubiger sei seiner aus dem Grundgeschäft sich ergebenden Verpflichtung nicht nachgekommen, unbeachtet zu lassen. Eine Vertragspartei darf auch als Wechselgläubiger nicht mehr Rechte für sich aus dem Wechsel in Anspruch nehmen, als ihr aus dem Grundgeschäft zustehen. Der Wechselschuldner, der dem Gläubiger im Grundgeschäft ein Zurückbehaltungsrecht oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten kann, kann daher seine Einrede auch gegenüber der Wechselklage seines Vertragspartners zur Geltung bringen, es sei denn, daß sich aus den Umständen der Wechselbegebung etwas anderes ergibt (BGHZ 57, 292, 300 m. w. N.; neuerdings Baumbach/Hefermehl, Wechsel- und Scheckgesetz 11. Aufl. WG Art. 17 Anm. 67 und Bulla, DB 1975, 191). Infolgedessen durfte das Berufungsgericht nicht offenlassen, ob und in welchem Umfange dem Beklagten ein Anspruch auf Beseitigung von Mängeln an den Schiffsumbauten zusteht und ob der Beklagte bis zur Nachbesserung die Zahlung des noch ausstehenden Werklohns verweigern darf. Wäre dies anzunehmen, würde sich die weitere Frage

stellen, ob sich das Leistungsverweigerungsrecht nach den besonderen Umständen des Falles auch gegenüber den Wechselansprüchen durchsetzen muß oder Gründe vorhanden sind, die dies ausschließen - wenn etwa der Beklagte schlüssig darauf verzichtet haben sollte, solche Einreden zu erheben. Wenn solche Gründe nicht bestehen sollten, darf der Beklagte nicht uneingeschränkt zur Zahlung der Wechselsumme verurteilt werden. Die Einrede führt vielmehr dazu, daß der Wechselschuldner verurteilt wird, die Wechselsumme Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel durch die Klägerin zu bezahlen. Die Abweisung der Klage schlechthin kommt dagegen nicht in Betracht, denn der Wechselgläubiger darf, wenn er aus dem Wechsel vorgeht, nicht schlechter gestellt sein, als wenn er die Forderung aus dem Grundgeschäft geltend macht.

Da das Berufungsgericht diese Fragen - von seinem Standpunkt aus zu Recht - nicht erörtert hat, muß das angefochtene Urteil in vollem Umfange aufgehoben werden. Zwar ist nur der Teil des Berufungsurteils, der die von der Klägerin Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung betrifft, rechtsfehlerhaft, nicht dagegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Wechselsumme an sich. Dennoch ist das Urteil auch insoweit aufzuheben. Blicke die Verurteilung des Beklagten bestehen, so hätte die Klägerin einen unbeschränkt vollstreckbaren Titel, auf den sie möglicherweise keinen Anspruch hat (vgl. BGH, Urt. v. 30. 9. 66 - V ZR 140/65, LM ZPO § 565 Abs. 1 Nr. 7).

Der Rechtsstreit muß an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, weil weitere tatsächliche Feststellungen und tatrichterliche Würdigungen notwendig sind.

Stempel    Dr. Schulze    Dr. Kellermann    Bundschuh    Dr. Skibbe