

I ZR 97/54

verkündet
am 27. Januar 1956
Zug. Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Transportunternehmens Kurt S [REDACTED],
S [REDACTED], W [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ernst W [REDACTED], D [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1956 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde, Dr. Krüger-Nieland,
Dr. Nastelski, Dr. Weiß und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das am 12. Juni
1953 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Düsseldorf aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, einen Austauschmotor
in den dem Kläger gehörigen H [REDACTED]-Lastkraftwagen
einzubauen.

Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kaufte am 17. Februar 1949 von der Firma Spedition und Kraftverkehr O.E. H. [REDACTED] & Co. KG. in W. [REDACTED] einen H. [REDACTED]-Lastkraftwagen, Fahrgestell Nr 16802 zum Preise von 18.000 DM. Der Motor dieses Wagens sollte ein sog. Austauschmotor, d.h. ein gebrauchter, generalüberholter Motor sein, der keine Brüche oder Risse aufweisen darf. Im Zusammenhang mit einem Kurbelwellenbruch am 30. September 1949 stellte sich heraus, daß der Motorblock gerissen war und auch andere Teile schadhaft waren.

Der Kläger nahm daraufhin die Firma H. [REDACTED] in Anspruch, die den Motor im November 1948 von der Beklagten als "Austauschmotor" erworben hatte und die deshalb ihrerseits bei der Beklagten Rückgriff nehmen wollte.

Am 4. Januar 1950 wurde zwischen den drei Beteiligten ein Vergleich geschlossen, in dem es u.a. heißt:

- "1. Herr Sch. [REDACTED] schafft den Wagen möglichst umgehend zur Firma W. [REDACTED], D. [REDACTED]. Die Firma W. [REDACTED] verpflichtet sich, einen Austauschmotor einzubauen und zwar wenn möglich bis Ende Januar 1950. Herr W. [REDACTED] persönlich wird alles tun, um diesen Termin einzuhalten.
6. Damit sind alle Ansprüche sämtlicher Parteien gegeneinander erledigt".

Die Beklagte kam ihrer Verpflichtung nicht nach, weil sich herausstellte, daß die Firma H. [REDACTED] keinen Motorblock liefern konnte, und ein solcher nach der Behauptung der Beklagten auch sonst nicht zu haben war. Im März 1950 setzte sie nach einer Besprechung ihres Betriebsleiters mit dem Kläger, deren Inhalt streitig ist, den Motor instand und ließ den Motorblock schweißen.

Sie machte die Herausgabe des Fahrzeugs an den Kläger davon abhängig, daß er sich wegen aller Ansprüche als befriedigt erkläre, was dieser ablehnte. Im Termin vom 11. Oktober 1951 erklärte sie sich bedingungslos zur Herausgabe des Fahrzeugs bereit und stellte es dem Kläger ab 20. Oktober 1951 zur Verfügung.

Der Kläger nimmt mit der Klage die Beklagte auf Lieferung eines Austauschmotors und auf Feststellung der Ersatzpflicht für den Verzugsschaden in Anspruch. Er hat beantragt:

1. die Beklagte zu verurteilen, einen Austauschmotor in den dem Kläger gehörigen H [REDACTED] Lkw einzubauen;
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist und noch entsteht, daß die Beklagte mit der Erfüllung der unter Ziff. 1 genannten Verpflichtung in Verzug geraten ist.

Am 14. Dezember 1950 erging Versäumnisurteil nach diesen Anträgen. Die Beklagte hat rechtzeitig Einspruch eingelegt und beantragt, unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, sie habe mit der Herrichtung des Motors und dem Schweißen der schadhaften Teile ihre Verpflichtungen erfüllt. Sie hat behauptet, der Kläger habe sich bei der Besprechung mit ihrem Betriebsleiter H [REDACTED] im März 1950 damit einverstanden erklärt, daß statt des Einbaus eines anderen Motorblocks der vorhandene instandgesetzt werde.

Der Kläger hat behauptet, ein Motorblock sei jederzeit zu beschaffen gewesen. Bei der Besprechung im März 1950 habe er sich mit der Schweißung des Motorblocks



nur als vorläufiger Maßnahme zur Verhinderung weiterer Verdienstaussfälle einverstanden erklärt. Er hat beantragt, das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.

In dem am 25. Oktober 1951 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Verpflichtung der Beklagten festgestellt, dem Kläger den durch die Verzögerung der Herausgabe des Fahrzeugs seit dem 14. April 1950 entstandenen Schaden zu ersetzen und die Klage im übrigen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt und beantragt, nach ihren früheren Anträgen zu erkennen. Das Oberlandesgericht hat das angefochtene Urteil abgeändert und unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage abgewiesen.

Dagegen wendet sich die Revision des Klägers, mit der er die Klageanträge weiter verfolgt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Beklagte ihre Verpflichtungen gegenüber dem Kläger erfüllt habe. Es geht zutreffend davon aus, daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien erst durch den Vergleich vom 4. Januar 1950 hergestellt wurden, in dem sich die Beklagte verpflichtet hat, einen Austauschmotor in das Fahrzeug des Klägers einzubauen. Die Beklagte hatte danach, wie auch das Berufungsgericht annimmt, das Fahrzeug schlechthin mit einem generalüberholten, in allen Teilen bruch- und rißfreien Motor zu versehen. Nach der Fassung des Vergleichs blieb es ihr dabei überlassen,

wie sie dieser Verpflichtung nachkommen wollte. Sie konnte entweder einen anderen gebrauchten Motor in das Fahrzeug des Klägers einbauen. Sie konnte aber auch, da ein Austauschmotor nur generalüberholt und in allen Teilen einwandfrei zu sein braucht, einen Motor unter Verwendung der noch brauchbaren Teile des vorhandenen Motors zusammenzustellen. Dabei konnte sie die erforderlichen Ersatzteile einem anderen Motor entnehmen, sie konnte sie aber auch, soweit sie solche nicht vorrätig hatte, einzeln beschaffen. Nach der Fassung des Vergleichs hatte sie jedenfalls, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, - allein aber auch schlechthin, unabhängig von der Art der Durchführung - das Fahrzeug des Klägers mit einem Motor auszustatten, der in allen Teilen den Anforderungen entsprach, die an einen Austauschmotor zu stellen sind.

Aus den Vorstellungen der Beteiligten bei Abschluß des Vergleichs läßt sich eine Einschränkung dieser Verpflichtung auf eine bestimmte Art der Ausführung der übernommenen Verpflichtung nicht ableiten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben sich die Parteien die Erfüllung des Vergleichs so gedacht, daß lediglich die schadhaften Teile des vorhandenen Motors, insbesondere der Motorblock, ersetzt und demgemäß, da die Beklagte keinen Motorblock auf Lager hatte, ein anderer Motorblock beschafft werden sollte. Das Berufungsgericht folgert daraus, die Beklagte sei nicht etwa verpflichtet gewesen, einen anderen Motor zu erwerben; sie sei lediglich gehalten gewesen, einen anderen Motorblock zu besorgen. Diese rechtliche Beurteilung ist unbedenklich, soweit das Berufungsgericht die Beklagte für berechtigt hält, nur die schadhaften Teile zu ersetzen. Eine dahin gehende Auslegung des Vergleichs ist, wenn der Wortlaut Zweifel lassen sollte, ohne weiteres möglich. Nicht frei

von Rechtsirrtum ist dagegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte sei nach den den Vertragschluß begleitenden Umständen nur in dem begrenzten Sinne verpflichtet, daß sie in keinem Falle mehr zu tun brauchte, als einige Einzelteile zu beschaffen und gegen die nicht mehr brauchbaren Teile des Motors des Klägers auszuwechseln. Für eine Auslegung des Vergleichs in diesem Sinne ist nach dem eindeutigen Wortlaut, der die Erfüllung des Vertrages nicht auf eine bestimmte Art der Durchführung beschränkt, kein Raum. An dem klaren Wortlaut des Vergleichs findet aber jede Auslegung ihre Grenze (RGZ 158, 119 [124]). Die Auffassung des Berufungsgerichts ließe sich daher sachlich nur rechtfertigen, wenn die Vergleichsurkunde, die die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich hat (RGZ 68, 15), die Vereinbarung der Beteiligten nicht richtig wiedergäbe und die Beteiligten die Verpflichtung der Beklagten entgegen dem Wortlaut des Vergleichs auf die erwähnte eine der mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten des Einbaus eines Austauschmotors hätten beschränken wollen. Das hat aber weder das Berufungsgericht festgestellt, noch die Beklagte selbst behauptet.

II. Für die Frage, ob die Erfüllung des Vergleichs von Anfang an unmöglich war (§ 306 BGB), kommt es danach entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf an, ob Anfang 1950 ein Motorblock beschafft werden konnte, sondern allein darauf, ob das Fahrzeug des Klägers mit einem bruch- und rißfreien Motor versehen werden konnte. Dabei ist es auch gleichgültig, ob dem Kläger ein solcher Motor oder die für die vertragsmäßige Herrichtung des vorhandenen Motors erforderlichen Teile zur Verfügung standen. Denn die Bestimmung des § 306 BGB, nach der ein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, nichtig ist, betrifft nach ständiger Rechtsprechung nur die ursprüngliche sachliche Unmöglichkeit, nicht das ur-

sprüngliche persönliche Unvermögen des Schuldners. Für seine Leistungsfähigkeit hat der Schuldner einzustehen (RGZ 69, 355 357; 80, 247 250). Die Vorschrift des § 306 BGB würde deshalb nur eingreifen, wenn ein Motor des fraglichen Typs oder Ersatzteile für die Auswechslung der schadhaften Teile des Motors des Klägers überhaupt nicht mehr vorhanden gewesen wären. Ein Motor dieser Art stand aber, wie zwischen den Parteien unstreitig ist und wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, seinerzeit bei der Firma P [REDACTED] in P [REDACTED] zum Verkauf. Die Erfüllung des Vergleichs war deshalb zumindest in der Weise möglich, daß die Beklagte diesen Motor erwarb und ihn entweder in das Fahrzeug einbaute oder diesem Motor die für die Herrichtung des Motors des Klägers erforderlichen Teile entnahm. Das verkennt auch das Berufungsgericht nicht. Es nimmt jedoch an, der Ankauf dieses Motors hätte an die Beklagte über-obligationsmäßige Anforderungen gestellt und sei für sie wirtschaftlich nicht tragbar gewesen. Das ist indes für die Frage, ob der Vergleich nach § 306 BGB nichtig ist, rechtlich belanglos. Wirtschaftliche Belastungen, die das bei Vertragsschluß vorgestellte Maß weit übersteigen, sind zwar früher vielfach unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Unmöglichkeit der eigentlichen Unmöglichkeit im Sinne der §§ 306, 275 ff, 323 ff BGB gleichgestellt worden. Tatsächlich geht es dabei jedoch, wie der Senat im Urteil vom 16. Januar 1953 (BB 1953, 217 218) im Anschluß an Siebert (Soergel, Komm z BGB 1952, Anm D I 2 zu § 242 BGB) ausgeführt hat, um die Frage der Zumutbarkeit der Erfüllung, die mit Rücksicht auf die widerstrebenden Interessen der Vertragsparteien vom Standpunkt ausgleichender Gerechtigkeit nur aus § 242 BGB gelöst werden kann. Die Rechtsfolgen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit der Erfüllung bestimmen sich daher aus § 242 BGB. Die Vorschrift des § 306 BGB kann insoweit keine Anwendung

finden. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Vergleich sei gemäß § 306 BGB nichtig, ist deshalb rechtlich nicht haltbar.

Rechtlichen Bedenken unterliegt auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Vergleich sei jedenfalls nach § 779 BGB unwirksam, weil sich die Vorstellung, es könne ein passender Motorblock beschafft werden, als unrichtig erwiesen habe. Die Regelung des § 779 BGB bezieht sich nur auf den Fall, daß die Parteien einen Sachverhalt zugrunde gelegt haben, bei dessen Kenntnis der Streit der Parteien, der durch den Vergleich beseitigt werden sollte, nicht entstanden wäre. Darum handelt es sich hier nicht. Der Streit der Parteien ging um die Gewährleistungsansprüche des Klägers gegen die Firma H. [REDACTED] und die Regressansprüche dieser Firma gegen die Beklagte. Für diesen Streit war die Möglichkeit der Beschaffung eines Motorblocks ohne Bedeutung. Sie berührte nur die Frage der Erfüllung des Vergleichs. In einem solchen Falle kann nicht § 779 BGB herangezogen werden. (BGH vom 21. Februar 1952 - IV ZR 103/51 - LM Nr 2 zu § 779), es können nur die allgemeinen Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen, die auch auf Vergleiche Anwendung finden (BGH aaO; RGZ 152, 403; 153, 356 [358]).

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei von der Erfüllung des Vergleichs frei geworden, ließe sich danach nur rechtfertigen, wenn der Beklagten die Erfüllung des Vertrages wegen Überschreitens der Opfergrenze oder wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage nicht mehr zumutbar war. Unter beiden rechtlichen Gesichtspunkten handelt es sich um die nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beantwortende Frage, ob von der Beklagten die Erfüllung durch Ankauf eines Motors erwartet werden konnte, als sich herausstellte, daß die Beschaffung eines Motorblocks, wie das Berufungsgericht fest-

stellt, objektiv unmöglich war. Die Voraussetzungen sind nur insofern verschieden, als es für die Prüfung der Zumutbarkeit unter dem Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage nicht allgemein darauf ankommt, ob für einen Schuldner, der einen Vergleich der vorliegenden Art abschließt, eine unangemessene Belastung bedeutet, wenn er den Vertrag erfüllen müßte, sondern darauf, ob die Erfüllung noch tragbar erscheint, wenn die besonderen, Vertragsgrundlage gewordenen Vorstellungen bei Vertrags-schluß nicht gegeben sind.

Geht man mit dem Berufungsgericht davon aus, die Annahme der Parteien, es könne ein passender Motorblock beschafft und der Vergleich durch den Einbau der noch brauchbaren Motorteile in diesen Block erfüllt werden, sei nicht bloßer Beweggrund der Beklagten geblieben, sondern von beiden Parteien oder zumindest von der Beklagten in Kenntnis und ohne Beanstandung des Klägers Grundlage des Vergleichs geworden, so bedeutete es demgegenüber allerdings eine wesentlich stärkere wirtschaftliche Belastung der Beklagten, wenn sie, um den Vergleich zu erfüllen, statt eines Motorblocks einen ganzen Motor erwerben mußte; denn der Motor, den die Firma P. [REDACTED] angeboten hatte, kostete nach dem unstreitigen Parteivortrag 6.800 DM, während ein Motorblock nach dem Vorbringen der Parteien um 1.200 bis 1.900 DM zu beschaffen war. Bei der Prüfung, ob der Beklagte die Mehraufwendungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zuzumuten waren, müssen alle Umstände des Falles herangezogen werden, insbesondere Art und Entstehung der Verpflichtung (RG JW 1937, 2036; RGZ 153, 354 [359]; RG DJ 1938, 1561 [1562]). Es kann deshalb nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagte dem Kläger gegenüber die Verpflichtung zur Lieferung eines Austauschmotors übernommen hat, um Gewähr-

leistungs- bzw. Schadensersatzansprüche der Vorlieferanten des Klägers, der Firma H [REDACTED], von sich abzuwehren. Diese Ansprüche der Firma H [REDACTED] beruhten aber gerade darauf, daß die Beklagte dieser Firma entgegen ihrer Zusicherung keinen Austauschmotor geliefert hatte. Wäre es nicht zu dem Vergleich gekommen, so hätte die Beklagte die Firma H [REDACTED], falls sich deren Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung als berechtigt erwiesen hätten, grundsätzlich wirtschaftlich so stellen müssen, wie sie bei Lieferung eines einwandfreien Austauschmotors gestanden hätte, ihr also unter Umständen auch die Kosten für die Beschaffung eines anderen Motors ersetzen müssen. Unter diesen Umständen konnten der Beklagten größere Anstrengungen zugemutet werden, als bei anderer Sachlage zu erwarten gewesen wären. Das Berufungsgericht hat aber auch nicht hinreichend beachtet, daß an dem Motor des Klägers neben dem Motorblock unstreitig auch noch andere Teile defekt waren und ersetzt werden mußten. Der Preisunterschied zwischen einem Motorblock und einem vollständigen Motor entsprach daher nicht in vollem Umfange der Mehrbelastung der Beklagten bei dem Einkauf eines anderen Motors. Ihr hätte in diesem Falle im übrigen entweder der Motor des Klägers zur Verfügung gestanden oder sie hätte die Teile des zu erwerbenden Motors, die sie nicht zur Herrichtung des Motors des Klägers benötigte, anderweit verwenden können, was die Mehrkosten bei dem Mangel an Ersatzteilen für den fraglichen Motorblock möglicherweise zu einem nicht unerheblichen Teil ausgeglichen hätte. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die Mehrkosten auf diese Weise ganz oder weitgehend gedeckt werden konnten. War das der Fall, so war der Beklagten der Ankauf des Motors schon aus diesem Grund zuzumuten, blieb aber noch ein erheblicher Preisunterschied, so konnte die Beklagte vom Kläger eine angemessene Beteiligung an den Mehrkosten verlangen, aber auch dann noch nicht die Erfüllung des Vergleichs ganz

ablehnen. Das Fehlen der Geschäftsgrundlage hat nach ständiger Rechtsprechung nicht stets und ohne weiteres die Auflösung des Vertrages zur Folge. Es kann auch lediglich zu einer Anpassung des Vertrages an die veränderte Sachlage führen, wenn so eine den Interessen beider Parteien gerechtwerdende Lösung gefunden werden kann (RGZ 153, 356 359; JW 1937, 2036; RGRK 10. Aufl Anm 6 zu § 242; BGH NJW 1951, 836 837; Betriebsberater 1953, 217 218; Urteil vom 14. Juli 1953 - V ZR 72/52 - LM Nr 18 zu § 242 Bb). Dabei kann im Einzelfall auch die Aufrechterhaltung des Vertrages unter Zubilligung eines Ausgleichsanspruchs in Betracht kommen (BGH vom 14. Juli 1953 aaO). In einer solchen Gestaltung hätte hier ein gerechter Interessenausgleich gelegen, wenn der Ankauf des seinerzeit angebotenen Motors die Beklagte im wirtschaftlichen Ergebnis unangemessen belastet hätte. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob der Kläger von sich aus eine Beteiligung an den Mehrkosten hätte anbieten oder ob es Sache der Beklagten gewesen wäre, eine solche zu verlangen; denn zu der Zeit, als diese Frage unter den Parteien hätte erörtert werden können, stand die Beklagte bereits auf dem Standpunkt, daß sie ihrer Verpflichtung durch Schweißen des Motorblocks nachgekommen sei. Eine bloße Schweißung der schadhaften Teile, zu der die Beklagte bereit war, und in der das Berufungsgericht eine angemessene Lösung sieht, wäre den Belangen des Klägers nicht hinreichend gerecht geworden.

Die Beklagte ist danach auch nicht wegen des Fehlens der Geschäftsgrundlage von ihrer Verpflichtung zum Einbau eines Austauschmotors befreit worden, selbst wenn zu ihren Gunsten unterstellt wird, die Annahme der Beklagten, es könne ein Motorblock beschafft werden, sei nicht bloßer Beweggrund geblieben, sondern mit Wissen

und Billigung des Klägers Grundlage des Vergleichs geworden. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Frage, ob die Feststellungen des Berufungsgerichts diese Annahme rechtfertigen. Es können auch die Angriffe der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beschaffung eines Motorblocks sei objektiv unmöglich gewesen, auf sich beruhen.

III. Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klage weiter damit begründet, die Parteien hätten die aus dem Vergleich entstandenen Rechtsbeziehungen im Hinblick auf die Schwierigkeiten, einen Motorblock zu beschaffen, durch Vertrag vom März 1950 auf eine neue Grundlage gestellt. Es sieht auf Grund der Aussagen der Zeugen H. und Ha., zweier Angestellten der Beklagten, als erwiesen an, der Kläger habe sich dem für die Beklagte vertretungsberechtigten Zeugen H. gegenüber vorbehaltlos damit einverstanden erklärt, daß der Motorblock geschweißt wurde. Damit, so meint das Berufungsgericht, habe die Beklagte auch aus diesem Grunde nur noch die Schweißung des Motors geschuldet.

Diese rechtliche Würdigung der Erklärung des Klägers gegenüber dem Zeugen H. ist ersichtlich davon beeinflusst, daß das Berufungsgericht davon ausging, die Beklagte sei von der Erfüllung des Vergleichs entweder ganz frei geworden oder habe allenfalls noch den Motor überholen und die schadhaften Teile schweißen müssen. Bei einer solchen Rechtslage hätte die Vereinbarung nur eine Bestätigung oder erneute vertragliche Festlegung der durch den Vergleich begründeten Verpflichtung bedeutet. Die Beklagte schuldete jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nach wie vor den Einbau eines Austauschmotors. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten ihre Rechts-

beziehungen aus dem Vergleich neu geordnet, könnte unter diesen Umständen nur als zutreffend anerkannt werden, wenn der Erklärung des Klägers, er sei mit der Schweißung des Motorblocks einverstanden, entnommen werden könnte, er wolle damit auf seine weitergehenden Ansprüche aus dem Vergleich verzichten. Eine so weitgehende Bedeutung kann der Erklärung des Klägers jedoch aus Rechtsgründen nicht beigelegt werden. Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß ein Verzicht nicht zu vermuten ist (RGZ 118, 63 [56]). Eine vorbehaltlose Einverständniserklärung des Klägers mit dem Schweißen des Motorblocks kann daher noch nicht als Verzicht auf weitergehende Ansprüche gewertet werden. Es müßten dafür noch besondere Umstände hinzukommen. Irgendwelche weiteren Anhaltspunkte sind jedoch vom Berufungsgericht nicht festgestellt, von der Beklagten auch nicht behauptet worden. Alle festgestellten Umstände sprechen vielmehr gegen die Annahme eines Verzichts. Die Verhandlung über den Abschluß des Vergleichs und alle nachfolgenden Erörterungen über seine Erfüllung waren auf seiten des Klägers durch dessen Anwalt und auf seiten der Beklagten durch deren Inhaber geführt worden und entweder schriftlich erfolgt oder schriftlich niedergelegt worden. Es liegt deshalb fern, daß der Kläger bei einer gelegentlichen mündlichen Besprechung mit einem Angestellten der Beklagten eine so weittragende, ihn einseitig belastende Änderung des Vergleichs hätte vereinbaren wollen. Die Folgerungen, die das Berufungsgericht aus der von ihm als bewiesen angesehenen Vereinbarung zieht, sind daher rechtlich nicht haltbar. Es bedarf deshalb keines Eingehens auf die gegen die Feststellungen gerichteten Angriffe der Revision. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob sich aus der vom Berufungsgericht festgestellten Vereinbarung andere Rechtsfolgen ergeben können; denn sie könnten, wenn die Vereinbarung bezweckte,

dem Kläger die Benutzung des Fahrzeuges zu ermöglichen, zwar für den Feststellungsanspruch von Bedeutung sein, sie berühren jedoch die Einbauverpflichtung der Beklagten nicht.

Der auf Erfüllung des Vergleichs gerichtete Klageantrag zu 1) erweist sich damit als begründet. Da un-
streitig seit Juni 1951 wieder Motorblocks hergestellt werden, kann die geschuldete Leistung jetzt ohne weiteres dadurch erbracht werden, daß lediglich ein anderer Motorblock in den Motor des Klägers eingebaut wird und die sonst noch schadhaften Teile ersetzt werden. Das angefochtene Urteil mußte daher insoweit aufgehoben und das Versäumnisurteil vom 14. Dezember 1950 wiederhergestellt werden. Es bedurfte dabei keiner besonderen Hervorhebung, daß der Kläger den reparierten Motor zur Verfügung stellen muß, da er der Beklagten nach dem Urteilsausspruch das gesamte Fahrzeug zur Erfüllung ihrer Verpflichtung überlassen muß.

IV. Da die Beklagte dem Kläger nach Maßgabe des Vergleichs verpflichtet geblieben ist, ist dem angefochtenen Urteil auch insoweit die Grundlage entzogen, als es den Feststellungsanspruch mit der Begründung abgewiesen hat, die Beklagte könne wegen Nichtigkeit des Vergleichs nicht mit der Erfüllung der Einbauverpflichtung in Verzug geraten sein.

Im Hinblick auf die vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellte Befugnis der Beklagten, ihre Verbindlichkeit in erster Linie durch Einbau der noch brauchbaren Teile des vorhandenen Motors in einen anderen einwandfreien Motorblock nachzukommen, ist zwar die Verzögerung, die bis März 1950 dadurch eingetreten ist, daß die Beklagte sich zunächst um die Beschaffung eines anderen Motorblocks bemüht hat, nicht von der Beklagten

zu vertreten (§ 285 BGB). Nachdem sich jedoch - nach ihrem eigenen Vorbringen spätestens Anfang März 1950 - herausgestellt hatte, daß ein brauchbarer Motorblock nicht aufzutreiben war, hätte sie nunmehr einen vollständigen Motor erwerben müssen. Da sie das unterließ, ist sie jedenfalls mit dem Schreiben des Klägers vom 11. März 1950, in dem sie befristet aufgefordert wurde, den Motor bis zum 18. März 1950 einzubauen, in Verzug gekommen (§ 284 BGB). Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Anspruchs auf Ersatz des Verzugsschadens, der zumindest in einem zeitweisen Verdienstaussfall des Klägers liegt, sind daher gegeben.

Es fehlt jedoch noch an hinreichenden Feststellungen, die eine Prüfung zuließen, ob dem Kläger an der Entstehung des Schadens ein mitwirkendes Verschulden trifft (§ 254 BGB). Ein mitwirkendes Verschulden kommt nach dem Vorbringen der Parteien vor allem in der Richtung in Betracht, daß es der Kläger im Sinne des § 254 BGB schuldhaft unterlassen haben könnte, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (§ 254 Abs 2 Satz 1 BGB). In dieser Hinsicht bedarf es vor allem der Feststellung, ob und seit wann der Kläger in der Lage war, das Fahrzeug zu benutzen, nachdem es ihm nach der Reparatur des Motors vorbehaltlos zur Verfügung gestellt war. Gegebenenfalls bedarf es auch noch der Prüfung, ob ihm die Benutzung des Fahrzeuges bei Berücksichtigung aller Umstände, auch im Hinblick auf etwaige Beweisschwierigkeiten, zugemutet werden konnte. Insoweit werden die Parteien ihr tatsächliches Vorbringen noch ergänzen müssen. Der Rechtsstreit ist daher hinsichtlich des Feststellungsantrages noch nicht zur Entscheidung reif (RG Warn 1918 Nr 187; RG JW 1931, 3356 mit Anm von Kisch; RGZ 144, 220 [222]). Das angefochtene Urteil mußte daher, soweit es den Feststellungs-

anspruch abgewiesen hat, aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das auch zu prüfen haben wird, ob der Kläger nicht genötigt ist, seinen Antrag auf Leistung umzustellen.

Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Wilde BR Dr. Krüger-Nieland
 ist durch Krankheit an
 der Unterschriftsleistung
 verhindert.

Nastelski

Wilde

Weiss

Nörr