

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

- - - - -

Gesetz: BGB § 635

Rechtssatz: Wer aus § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen kann, kann verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Er kann also die Übernahme des Werkes ablehnen und die Zahlung jeglicher Vergütung verweigern. Dieses Recht des Bestellers hängt nicht davon ab, daß er nachweist, das Behalten des mangelhaften Werkes habe für ihn kein Interesse. Bei geringfügigen Mängeln kann der Besteller allerdings gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er diesen Anspruch wegen völliger Nichterfüllung des Vertrages geltend macht.

Aktenzeichen: VII ZR 130/57 LG Göttingen
Urteil des BGH vom 5. Mai 1958 - OLG Celle

VII ZR 130/57

Verkündet

am 5. Mai 1958

Woitscheck,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der V[REDACTED] K[REDACTED] e.G.m.b.H. in K[REDACTED] S[REDACTED]straße
vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Steinbruchbesitzer und Tiefbauunternehmer Carl E[REDACTED]
in I[REDACTED] über O[REDACTED]

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. April 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 21. Juni 1957 aufgehoben, soweit die Klägerin
mit dem Antrage auf Zahlung eines Betrages von
1.050 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 23. Dezember 1953
abgewiesen ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin macht eine ihr von der Firma Philipp L. in K. abgetretene Forderung geltend.

Der Beklagte beauftragte diese Firma L. im April 1953, für seinen Steinbruch eine Drahtseilbahn gegen eine Vergütung von 12.000 DM herzustellen. Hierauf zahlte er 8.000 DM und stellte über die restlichen 4.000 DM ein Akkreditiv bei der Klägerin. Am 20. November 1953 wurde die Seilbahn zum ersten Male probeweise in Betrieb gesetzt. Der Beklagte erklärte der Firma L., er verlange Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil die Bahn erhebliche Mängel habe. Er weigerte sich, das Akkreditiv freizugeben und eine von der Firma L. mit Schreiben vom 23. November 1953 gestellte Nachforderung von 4.621 DM zu bezahlen.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrage,

den Beklagten zu verurteilen:

- 1) einzuwilligen, daß die Klägerin über das bei ihr gestellte Akkreditiv in Höhe von 4.000 DM verfügen kann,
- 2) an die Klägerin 4.621 DM nebst 8 % Zinsen von 8.621 DM seit dem 23.12.1953 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrage,

die Klägerin zu verurteilen, den Beklagten aus allen Verpflichtungen aus dem bei ihr zugunsten von Philipp L. gestellten Akkreditiv zu entlassen.



Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt und beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und der Klage stattzugeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils auf die Berufung der Klägerin nach dem Klageantrag zu erkennen und die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin den Antrag gestellt, das angefochtene Urteil abzuändern und der Klage stattzugeben. Obschon dieser Antrag die Widerklage, der das Landgericht stattgegeben hatte, nicht erwähnt, hat das Berufungsgericht den Berufungsantrag dahin ausgelegt, daß die Klägerin auch ihre Verurteilung auf die Widerklage angreife. Das ist nach Lage des Falles rechtlich unbedenklich. Das Berufungsgericht hat demgemäß auch über die Widerklage entschieden; es sagt nämlich S. 19 des Urteils, die Widerklage sei gerechtfertigt. Damit ist der Streit über die Widerklage, obschon diese im Berufungsantrag nicht ausdrücklich genannt war, auch Gegenstand der Ent-

scheidung des Revisionsgerichts, weil die Revision das Berufungsurteil in vollem Umfang angreift und ausdrücklich Entscheidung auch über die Widerklage begehrt.

II. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB zu, weil die Firma L. ein mangelhaftes Werk geliefert, die Mängel zu vertreten und sie trotz Fristsetzung nicht beseitigt habe. Die Seilbahn habe vor allem nicht genügend Gefälle und könne deshalb nicht, wie vertraglich vorgesehen, als Pendelbahn in der Weise betrieben werden, daß das Gewicht des beladenen Wagens den leeren Wagen ohne weiteren Antrieb hochziehe. Vielmehr sei ein solcher Pendelbetrieb nur möglich, wenn durch riesige Ausschachtungen das Gefälle verstärkt werde. Sonst sei die Bahn nur bei elektrischem Antrieb betriebsfähig, wie ihn die Firma L. nachdem der Pendelbetrieb sich als undurchführbar gezeigt habe, eingerichtet habe; aber auch bei elektrischem Antrieb seien zur Betriebsfähigkeit noch umfangreiche Ausschachtungen nötig.

Daß solche Erdbewegungen erforderlich seien, um die Bahn betriebsfähig zu machen, beruhe auf falscher Planung der Firma L. die das tatsächlich vorhandene geringe Gefälle nicht berücksichtigt habe. Ausschachtungen dieses Ausmaßes habe der Beklagte, der nach dem Vertrag zur Herstellung der Fundamente und auch zu gewissen Erdarbeiten verpflichtet gewesen sei, nicht vorzunehmen und mit ihrer Notwendigkeit nicht zu rechnen brauchen. Neben der Unmöglichkeit, die Bahn ohne große Ausschachtungen zu betreiben, lägen noch andere Fehler der Anlage vor.

Nach § 635 BGB sei der Beklagte nicht darauf angewiesen, die Bahn zu behalten und nur Ersatz des durch die Män-

gel entstandenen Schadens zu verlangen. Vielmehr könne er Schadensersatz wegen völliger Nichterfüllung des Vertrages verlangen, d. h. die Leistung der Firma L [REDACTED] ablehnen und Rückzahlung der auf den Werklohn geleisteten Beträge beanspruchen. Dieses Recht würde dem Beklagten allerdings bei geringfügigen Mängeln nicht zustehen; die Mängel seien aber erheblich, nach der Schätzung des Sachverständigen Prof. Collorio erfordere ihre Beseitigung rund 5.000 DM.

III. Die Revision kann keinen Erfolg haben, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 635 BGB bejaht und deshalb den Beklagten für berechtigt hält, die Zahlung des restlichen Werklohns zu verweigern sowie den bereits gezahlten Teil der Vergütung zurückzufordern.

1) Die Revision macht geltend, der Beklagte habe nicht in der nach § 634 BGB gebotenen Weise eine Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt. Sie zählt die Mängel auf, die der Anwalt des Beklagten mit Schreiben vom 11. Februar 1954 beanstandet und zu deren Behebung er eine Frist von einem Monat gesetzt hat, und verweist darauf, daß sie sich nicht oder doch nur zu einem geringen Teil mit den Mängeln deckten, die der Sachverständige Behrens in seinem Gutachten nenne.

Diese Rüge ist unbegründet.

Das im zweiten Rechtszuge erstattete Gutachten des Prof. Collorio führt weitere, im Gutachten Behrens nicht genannte Mängel auf. Diese entsprechen zum Teil den Mängeln, welche im Schreiben des Anwalts des Beklagten vom 11. Februar 1954 gerügt worden waren. Das gilt von der Un-

zulänglichkeit der Bremseinrichtung und der ungenügenden Sicherung der Entladestation (vgl. Nr. 3, 7 und 8 des Schreibens des Anwalts des Beklagten vom 11.2.1954 mit Nr. 5, 1 des Gutachtens Collorio vom 22.11.1956 und den Anlagen 3, 4 [Nr. 4] und 7 [Nr. 3] zu diesem Gutachten).

Es kann aber für die Ordnungsmäßigkeit der Fristsetzung nach § 634 BGB nicht entscheidend darauf ankommen, ob der Beklagte jeden einzelnen Mangel zutreffend bezeichnet hat. Im Schreiben vom 11. Februar 1954 hat sein Anwalt die Herstellung einer betriebsfähigen Bahn verlangt und darauf hingewiesen, daß die Aufzählung der einzeln angeführten Mängel nicht abschließend sei und der Beklagte sich seine Rechte wegen etwaiger weiterer Mängel vorbehalte, die sich noch bei Inbetriebnahme der Bahn zeigen würden. Es war nach Lage des Falles nicht Sache des Beklagten, die Ursache aufzuzeigen, aus der die Bahn nicht betriebsfähig war. Diese war für ihn auch kaum zu erkennen. Es muß für die Aufforderung zur Mängelbeseitigung und die Fristsetzung nach § 634 BGB genügen, daß er die Herstellung einer betriebsfähigen Seilbahn verlangte. Wie die Betriebsfähigkeit herbeizuführen war und welche Mängel zur Erreichung dieses Zieles zu beseitigen waren, mußte die Firma L. als Fachfirma wissen.

2) Die Revision wendet sich in umfangreichen Ausführungen dagegen, daß das Berufungsgericht die Notwendigkeit erheblicher Ausschachtungen als einen von der Firma L. zu vertretenden Mangel der Bahn wertet.

Soweit die Revision geltend macht, die zur Herstellung des notwendigen Gefälles erforderliche Ausschachtung sei nach dem Vertrag Sache des Beklagten gewesen, greift sie die gegenteilige Feststellung an, die das Berufungs-

gericht auf Grund tatsächlicher Würdigung des Schriftwechsels, der Beweisaufnahme und der Interessenlage getroffen hat. Die gegen diese für das Revisionsgericht grundsätzlich verbindlichen tatsächlichen Feststellungen aus § 286 ZPO erhobenen Rügen sind unbegründet. Sie beanstanden im wesentlichen, daß das Berufungsgericht nicht ermittelt hat, welche Kosten die noch erforderlichen Ausschachtungen verursachen würden. Darin liegt jedoch kein Verfahrensverstoß. Im Rahmen der Untersuchung, ob und wie weit der Beklagte nach dem Inhalt des Vertrages Ausschachtungen übernommen hatte, durfte das Berufungsgericht sich vielmehr damit begnügen, auf Grund der Bekundungen der Sachverständigen festzustellen, daß ungewöhnlich umfangreiche Ausschachtungen erforderlich gewesen wären, um das notwendige Gefälle zu erreichen. Der Sachverständige Collorio hat bekundet, es müsse noch ein Riesenloch ausgeschachtet werden; auch nach der Meinung des Sachverständigen Behrens sind Ausschachtungen von erheblichem Umfang nötig. Im Hinblick auf diese Aussagen der Sachverständigen war das Berufungsgericht auch nicht gehalten, die von der Klägerin für den von ihr behaupteten geringen Kostenaufwand benannten Zeugen zu vernehmen.

Die Revision hält es aber auch für überhaupt verfehlt, daß das Berufungsgericht die Notwendigkeit erheblicher Ausschachtungen als Mangel des Werkes ansieht. Allenfalls könne der Firma L. [REDACTED] vorgeworfen werden, daß sie den Beklagten nicht über die Notwendigkeit der Ausschachtungen aufgeklärt habe. Diese Unterlassung stelle höchstens eine positive Vertragsverletzung dar, bewirke aber keinen Mangel des Werkes, aus dem ein Anspruch nach § 635 BGB hergeleitet werden könne. Auch darin kann der Revision nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht sieht die Bahn als mangelhaft an, weil sie in ihrem jetzigen Zustand

nicht, wie vorgesehen, als Pendelbahn betriebsfähig ist. Das beruht nach der Feststellung des Berufungsgerichts u.a. darauf, daß die Firma L. die Bahn fehlerhaft geplant und diese deshalb ohne erhebliche Ausschachtungen, die vorzunehmen nicht Sache des Beklagten ist, kein genügendes Gefälle hat. Es ist durchaus zutreffend, darin einen dem Werk anhaftenden Mangel zu sehen.

3) Schon wegen dieses Mangels, der von der Firma L. zu vertreten ist, sind die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 635 BGB gegeben. Auf die weiteren Mängel, für die das Berufungsgericht im wesentlichen auf die Gutachten der beiden Sachverständigen verweist, und die Angriffe, die die Revision auch insoweit erhebt, braucht nicht mehr eingegangen zu werden.

4) Die Revision meint, der Beklagte habe das ungenügende Gefälle mitverschuldet, weil er der Firma L. eine Skizze vorgelegt habe, die die Geländebeziehungen unzutreffend wiedergebe. Das Berufungsgericht hat jedoch ein Mitverschulden ohne Rechtsfehler verneint. Es stellt ausdrücklich fest, die Firma L. habe die Geländebeziehungen gekannt und gewußt, daß die vom Beklagten übergebene Zeichnung nicht geländegerecht gewesen sei.

5) Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach § 635 BGB sind danach gegeben.

Fraglich ist aber, welchen Umfang der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB hat. Das Berufungsgericht geht im Anschluß an die von ihm angeführten Entscheidungen davon aus, daß der Beklagte zwischen zwei Arten der Berechnung wählen könne. Entweder könne er die Bahn in ihrem mangelhaften Zustand be-

halten und daneben den durch die Mängel verursachten Schaden geltend machen. Er könne aber statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages überhaupt verlangen und (mindestens) beanspruchen, daß die Bahn zurückgenommen und die geleistete Anzahlung erstattet werde.

Ob der Besteller bei Lieferung eines Werkes, das einen vom Unternehmer zu vertretenden Mangel aufweist, ohne weiteres diesen weitergehenden zweiten Anspruch geltend machen kann oder ob nicht vielmehr der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Sinne des § 635 BGB grundsätzlich nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger, d.h. mangelhafter Erfüllung ist, ist sehr streitig.

Der Streit über den Umfang des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht ebenso wie bei § 635 BGB auch bei den entsprechenden Vorschriften des Kaufrechts über das Recht des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Lieferung einer Kaufsache, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder deren Fehler arglistig verschwiegen worden ist (§§ 463, 480 Abs. 2 BGB).

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung RGZ 52, 352 für einen Fall des § 480 Abs. 2 BGB entschieden, daß der dort geregelte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung den Käufer unbedingt berechtigt, den Kaufvertrag in seiner Gesamtheit als unerfüllt zu betrachten und nachträgliche Erfüllung seitens des Verkäufers abzulehnen. Es beruft sich darauf, daß der Ausdruck "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" im Bürgerlichen Gesetzbuch, namentlich in den Vorschriften der §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325, 326 in diesem weitgehenden Sinne gebraucht sei. Deshalb sei anzunehmen, daß der Gesetzgeber auch in §§ 480, 463 BGB Schadensersatz wegen völliger Nichterfüllung des Vertrages meine; sonst würde er dort statt der Bezeichnung "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" den Ausdruck "Schadensersatz

wegen Mangelhaftigkeit" gewählt haben. Die Entscheidung RGZ 53, 89 folgt dieser Auffassung, gestattet es jedoch dem Käufer, bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft den Schaden nach seiner Wahl entweder so zu berechnen, als ob überhaupt nicht erfüllt worden wäre, oder auf der Grundlage, daß die zugesicherte Eigenschaft fehlt; je nach der gewählten Berechnungsart soll er die Leistung des Verkäufers zurückweisen und einen etwa gezahlten Kaufpreis zurückverlangen oder aber die mangelhafte Sache behalten und nur den Schaden, der sich aus dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft ergibt, verlangen können. Bei der Anerkennung dieses Wahlrechts ist das Reichsgericht in seiner späteren Rechtsprechung im wesentlichen geblieben (RGZ 90, 332, 334; JW 1931, 3270; Warn 1937 Nr. 85; zweifelnd JW 1946, 672).

Diese Rechtsprechung hat im Schrifttum Widerspruch gefunden. Die Gegenmeinung räumt dem Käufer das Recht, die mangelhafte Leistung zurückzuweisen und den schon gezahlten Kaufpreis zurückzufordern, entsprechend der Regelung bei verspäteter oder nur teilweiser Erfüllung in den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 BGB nur unter der Voraussetzung ein, daß für ihn kein Interesse daran besteht, die mangelhafte Sache zu behalten und nur den aus dem Mangel folgenden Schaden zu beanspruchen (so Planck, 4. Aufl. § 463 Anm. 4; Thüringer-Hachenburg, 3. Aufl. V. Bd. 1. Hälfte, Anm. 230 a; Schollmeyer, JherJb Bd. 49 S. 98 Fußnote 1; Oertmann 5. Aufl. § 463 Anm. 5 a; Wolff JherJb Bd. 56, S. 55 und 77 ff; Staudinger 11. Aufl. § 463 Anm. 19; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl. Bd. 2 S. 48; dagegen folgen der Auffassung des Reichsgerichts u.a. Palandt § 463 Anm. 4; Heck, Grundriß des Schuldrechts S. 273, 274; Schlegelberger HGB 3. Aufl. § 377 Anm. 26; Staub-Heinichen § 377 Anm. 8; BGR § 463 Anm. 4; Soergel § 463 Anm. 5).

Auch für den Anspruch aus § 635 BGB hat das Reichsgericht grundsätzlich anerkannt, daß der Besteller das mangelhafte Werk zurückweisen könne und der Unternehmer dann keinerlei Anspruch auf Werklohn habe (RGZ 58, 173, 176; Recht 1920, Nr. 381; JW 1926, 985). Demgegenüber betont auch hier ein großer Teil des Schrifttums, dem Besteller könne dieses Recht nur unter der Voraussetzung gewährt werden, daß das Behalten des mangelhaften Werkes für ihn kein Interesse habe (Planck § 635 Anm. 3 a; Oertmann § 635 Anm. 2 b; Staudinger 10. Aufl. § 635 Anm. 5, 6; Enneccerus-Lehmann 14. Bearbeitung § 151 II 2 d; Soergel § 635 Anm. 4; Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag S. 167 Fußnote 37; ebenso OLG Braunschweig Recht 1906 Nr. 2095).

Der erkennende Senat sieht keinen Anlaß, von der Rechtsprechung des Reichsgerichts abzugehen. Es mag auf sich beruhen, ob die Begründung, die das Reichsgericht in der den Ausgangspunkt seiner Rechtsprechung bildenden Entscheidung RGZ 52, 352 aus dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches herleitet, zwingend ist. Es braucht auch nicht erörtert zu werden, welchen Umfang der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in den §§ 463, 480 Abs. 2 BGB hat und ob die Frage, was Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet, für die §§ 463, 480 Abs. 2 und 635 BGB übereinstimmend zu beantworten ist. Für den Anspruch aus § 635 BGB jedenfalls entspricht die Auffassung des Reichsgerichts der gegebenen Interessenlage und beschwert den Unternehmer nicht unbillig, wie im Schrifttum zuweilen geltend gemacht wird (vgl. z.B. Oertmann § 635 Anm. 2 b).

Gegenüber den Einwendungen des Schrifttums ist darauf hinzuweisen, daß der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB nur unter Voraussetzungen gewährt wird, die dem

Unternehmer, obschon er nicht vertragsgemäß geleistet hat, schon einen weitgehenden Schutz gewähren. Grundsätzlich kann der Anspruch erst geltend gemacht werden, nachdem der Unternehmer unter Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels aufgefordert worden ist und die gesetzte Frist ungenutzt gelassen hat (§ 634 Abs. 1, ^{BGB;} RGZ 56, 81). Ferner trifft ihn die Haftung aus § 635 BGB nur, wenn er den Mangel zu vertreten hat, d.h. ihn verschuldet oder garantiert hat, daß das Werk ihn nicht aufweisen werde (RGZ 58, 173, 180; vgl. RGZ 165, 41, 46 f).

Dagegen, den Besteller auf den Schadensersatzanspruch wegen Mangelhaftigkeit zu beschränken, spricht folgendes: Er braucht das mangelhafte Werk nicht zu behalten und die Vergütung nicht zu zahlen, wenn er nach § 634 BGB Wandlung verlangt. Dieses Recht hat er schon, wenn das Werk nur objektiv mangelhaft ist und ein Verschulden des Unternehmers nicht vorliegt; ein besonderes Interesse an der Wandlung braucht er nicht nachzuweisen. Macht nun der Besteller das an weiterreichende Voraussetzungen geknüpfte und auch als weitergehend gedachte Recht auf Schadensersatz nach § 635 BGB geltend, so kann ihm nicht wohl versagt werden, seinen Schaden so zu berechnen, daß er auch auf diesem Wege ohne den Nachweis eines besonderen Interesses davon freikommt, das mangelhafte Werk zu behalten und die Vergütung zu zahlen. Man kann dagegen nicht einwenden, dieses Ziel könne er durch die Wahl des Wandelungsrechts erreichen. Denn er kann noch weiteren Schaden erlitten haben, dessen Ersatz er bei Wandlung nicht erlangen, sondern nur über § 635 BGB erreichen kann.

Es muß also dem Besteller, wenn das Werk einen Mangel aufweist, den der Unternehmer zu vertreten hat, das Recht

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages gewährt werden, ohne daß von ihm der Nachweis zu fordern ist, daß das Behalten des mangelhaften Werks für ihn kein Interesse habe.

Es wird im Schrifttum noch eingewandt, nach der Auffassung des Reichsgerichts berechtige jeder noch so kleine Mangel dazu, unter Ablehnung des Werks das volle Erfüllungsinteresse zu fordern. Das sei ein "unglaublich hartes Ergebnis, das zur Versagung der immerhin mildereren Wandlung bei unerheblichen Mängeln auffällig schlecht passen würde" (Oertmann aaO).

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß die Wandelung auch bei unverschuldetem Mangel möglich ist; es kann nicht als unbillig gelten, daß bei Verschulden des Unternehmers aus § 635 BGB die weitergehende Haftung gefolgert wird. Es kann sodann nicht zugegeben werden, daß die vom Reichsgericht vertretene Auffassung dazu nötige, den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages bei jedem, noch so geringfügigen Mangel zu gewähren. Allerdings schließt das Gesetz diesen Anspruch nicht wie bei der Wandlung (§ 634 Abs. 3 BGB) aus, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert. Das hindert aber nicht, den Schadensersatzanspruch wegen völliger Nichterfüllung ausnahmsweise zu versagen, wenn der Mangel so geringfügig ist, daß der Besteller gegen Treu und Glauben handeln würde, wenn er aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes Rücknahme des Werkes und Befreiung von der Vergütungspflicht verlangte. Auch der Anspruch aus § 635 BGB ist wie jeder Anspruch in seiner Geltendmachung durch den § 242 BGB eingeschränkt, mag auch eine besondere Vorschrift entsprechend derjenigen des § 634 Abs. 3 BGB für den Anspruch des § 635 BGB nicht

bestehen. Dem trägt im vorliegenden Fall das Berufungsgericht Rechnung, indem es sagt, die Mängel des Werkes dürften nicht so geringfügig sein, daß die Ablehnung der Übernahme des Werkes einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde.

Es führt aber dann unter Erörterung der von den Sachverständigen festgestellten Mängel aus, diese seien so erheblich, daß der Beklagte die Übernahme der Seilbahnanlage ohne Verstoß gegen Treu und Glauben verweigern könne. Diese Begründung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

V. Die Revision macht geltend, der Beklagte könne den weitergehenden Schadensersatzanspruch wegen völliger Nichterfüllung auch deshalb nicht erheben, weil er die Bahn in Benutzung genommen habe.

Das Berufungsgericht erörtert diese Frage und verneint sie. Es knüpft dabei an die Rechtsprechung an, die unter gewissen Umständen einen Verlust des Wandelungsrechts durch Weiterbenutzung der Sache angenommen hat (vgl. RG Warn. 1931 Nr. 19; RGZ 145, 79, 83; BGH in LM Nr. 2 zu § 351 BGB), und meint, entsprechend könne der Verlust des Rechts auf Zurückweisung der Sache im Rahmen des Schadensersatzanspruchs vertreten werden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob insoweit der Anspruch aus § 635 BGB ebenso zu behandeln ist wie das Wandelungsrecht; es besteht, wie auch dem Berufungsgericht nicht entgangen ist (vgl. S. 19 d.UA), ein Unterschied insofern, als bei dem Schadensersatzanspruch eine Minderung des Schadens durch Benutzung des mangelhaften Werkes ins Gewicht fallen kann (vgl. § 254 Abs. 2 BGB).

Jedenfalls ist das Berufungsgericht bei Anwendung der in der Rechtsprechung für die Wandelung entwickelten Grundsätze ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagte den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages nicht verloren habe. Es sei nämlich, so führt das Berufungsgericht aus, nicht erwiesen, daß er die Bahn regelmäßig in einer Weise benutzt habe, die auf den Willen schließen lasse, die Anlage als Erfüllung zu behalten. Die von den Zeugen bekundeten Fahrten könnten vielmehr gelegentliche Probefahrten gewesen sein.

Hiergegen wendet die Revision ein, das Berufungsgericht hätte den Verlust des Schadensersatzanspruchs wegen völliger Nichterfüllung nur verneinen dürfen, wenn es positiv festgestellt hätte, daß es sich nur um Probefahrten gehandelt habe.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Nach der oben angeführten Rechtsprechung ist allerdings eine "einigermaßen dauernde" Benutzung der mangelhaften Sache nach Erklärung der Wandelung mit dem Wandlungsbegehren nicht vereinbar und macht seine Ausübung unzulässig. Das gilt aber nicht von jedem Gebrauch. Bleibt zweifelhaft, ob es sich um eine andauernde oder nur um eine probeweise Benutzung handelt, so muß das zu Lasten des Verkäufers oder Werkunternehmers gehen. Denn seine Sache ist es, bei Zweifeln darzutun, daß die Ausübung des an sich gegebenen Rechts der Wandelung - oder in vorliegendem Fall die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs - aus besonderen Gründen unzulässig ist. Wenn das Berufungsgericht daher aus der Beweisaufnahme nicht die Überzeugung hat gewinnen können, daß eine andauernde Benutzung vorgelegen habe, durfte und mußte es einen Rechtsverlust verneinen.

VI. Die Revision bittet noch um Nachprüfung, ob der Beklagte den jetzt geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen völliger Nichterfüllung nicht schon dadurch verloren hat, daß er zunächst Schadensersatz auf der Grundlage des Behaltens der Anlage forderte. Es kann indessen einem Besteller, dem der weitergehende Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages zusteht, grundsätzlich nicht zum Rechtsnachteil gereichen, daß er zunächst zum Ausdruck gebracht hat, er wolle das Werk behalten und nur Schadensersatz wegen Mangelhaftigkeit verlangen. Ein solches Zurückgreifen auf den von vornherein gegebenen, weitergehenden Anspruch zu verbieten, besteht ein Grund nur in besonderen Ausnahmefällen. So hat das Reichsgericht (Warn 1937 Nr. 85) es dem nach § 463 BGB schadensersatzberechtigten Käufer, der zunächst erklärt hatte, er wolle das gekaufte Grundstück behalten, versagt, Schadensersatz wegen völliger Nichterfüllung zu beanspruchen, nachdem das Grundstück zur Zwangsversteigerung gekommen und der Käufer damit zur Rückgabe außerstande war. Ein solcher oder ähnlicher Ausnahmefall liegt hier aber nicht vor.

VII. Von dem Betrag von 4.621 DM, den die Klägerin über den Pauschalpreis von 12.000 DM hinaus wegen zusätzlicher Arbeiten beansprucht, hat das Berufungsgericht nur 1.190,40 DM als berechtigt angesehen. Dieser Betrag von 1.190,40 DM ist, wie das Berufungsgericht ausführt, durch die Aufrechnung des Beklagten mit seinem Anspruch auf Rückzahlung des von ihm angezahlten Betrages getilgt.

Die Revision wendet sich mit mehreren Rügen dagegen, daß das Berufungsgericht die "Nachrechnung" vom 23. November 1953 nicht in voller Höhe des Rechnungsbetrages von 4.621 DM als berechtigt ansieht. Die Rügen greifen

nicht durch mit Ausnahme derjenigen, welche sich auf den Posten 3 der Nachrechnung (1.050 DM) bezieht.

1)a) Das Berufungsgericht hält die Forderung der Klägerin teilweise deshalb für unbegründet, weil sie Aufwendungen betrifft, die dadurch notwendig wurden, daß die Bahn infolge des Planungsfehlers der Firma L. nicht genügend Gefälle hatte, um als Pendelbahn betrieben zu werden. Insoweit müssen die Angriffe der Revision nach dem unter III 2) Ausgeführten erfolglos bleiben. Damit steht fest, daß das Berufungsgericht die Posten 4-7 der Nachrechnung vom 23. November 1953 mit Recht anerkannt hat.

b) Von Posten 1 der Nachrechnung über 423 DM hat das Berufungsgericht nur 184,50 DM zugebilligt. Der nicht zuerkannte Teil dieses Rechnungspostens war als Vergütung für Wartezeit des Monteurs E. beansprucht worden. Der Sachverständige Behrens hat dazu in seinem Gutachten ausgeführt, eine Vergütung für solche Wartezeiten sei nicht üblich; das Berufungsgericht ist ihm gefolgt.

Demgegenüber behauptet die Revision, die Klägerin habe im Schriftsatz vom 8. Dezember 1954 Beweis dafür angetreten, daß E. habe warten müssen, weil der Beklagte nicht die erforderlichen Leute gestellt habe; sie rügt, daß der Beweis nicht erhoben worden ist. Die Rüge ist unbegründet, weil der angeführte Schriftsatz das von der Revision behauptete Beweisangebot nicht enthält; es ist dort nur gesagt, die Wartezeit sei nötig geworden "aus dem Verhalten des Beklagten". Auf diese unbestimmte Angabe brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen.

Hinsichtlich des Postens 1 rügt die Revision noch, das Berufungsgericht habe die Zeugen nicht vernommen,

welche die Klägerin für die schlechte Arbeit des Beklagten an dem Fundament benannt hatte. Die Rüge ist gegenstandslos; das Berufungsgericht geht von der mangelhaften Arbeit des Beklagten aus und hält deshalb den Posten 1 der Nachrechnung grundsätzlich für begründet; es macht nur einen Abzug, weil die Wartezeit des Monteurs E. [REDACTED] zu Unrecht berechnet worden ist.

c) Bei ihrer den Posten 8 (405 DM) betreffenden Rüge, das Berufungsgericht habe keinen Beweis darüber erhoben, daß der Beklagte die Gleise habe verlegen müssen, übersieht die Revision wiederum, daß das Berufungsgericht von dieser Verpflichtung des Beklagten ausgeht und den Posten 8 grundsätzlich für berechtigt hält. Es macht nur einen Abzug von 60 DM. Das geschieht zu Recht, weil der Posten einen Teil der elektrischen Anlage betrifft und ohne den Planungsfehler der Firma I. [REDACTED] nicht hätte aufgewandt werden müssen.

Der Hinweis der Revision, das Berufungsgericht habe den durch die elektrische Anlage eingetretenen Mehrwert berücksichtigen müssen, geht fehl, weil der Beklagte nach der von ihm gewählten Schadensberechnung die Bahn nicht zu behalten braucht und nicht behalten will.

2) Dagegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Posten 3 in Höhe von 1.050 DM aberkannt hat, den Angriffen der Revision nicht stand.

Der Posten wird beansprucht für eine Abspannung der Entladestation, die nach Behauptung der Klägerin wegen der unzulänglichen Fundamentarbeit des Beklagten erforderlich war.

Das Berufungsgericht führt an, nach den Gutachten der beiden Sachverständigen sei die Abspannung nicht notwendig gewesen. Es trifft allerdings zu, daß der Sachverständige Collorio bekundet hat, bei der Entladestation liege ein Konstruktionsfehler vor, der nicht auf unzureichende Fundamente oder eine unzureichende Verspannung zurückgeführt werden könne (S. 5 d.U.). Auch der Sachverständige Behrens hat angegeben, er habe nicht feststellen können, daß die Abspannung wegen unzureichender Ausführungen der Fundamente der Entladestation notwendig geworden sei (S. 23 seines Gutachtens vom 10. November 1954).

Wie der Sachverständige Behrens einräumt, hätten aber weitere Ermittlungen noch ergeben können, daß die Abspannung doch durch ein Verschulden des Beklagten notwendig geworden ist. Unter Bezugnahme auf diese Ausführungen des Sachverständigen hatte die Klägerin Beweis dafür angetreten, daß das vom Beklagten hergestellte Fundament nicht ordnungsgemäß war und sich bewegte, wenn die Bahn betrieben wurde. Die Revision rügt mit Recht (§ 286 ZPO), daß das Berufungsgericht die hierfür benannten Zeugen He [REDACTED] und Li [REDACTED] nicht vernommen hat. Es ist möglich, daß trotz der bisherigen Angaben der Sachverständigen die Notwendigkeit der Abspannung anders zu beurteilen ist, wenn die Zeugen die Behauptung der Klägerin bestätigen.

VIII. Danach muß das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben werden, soweit es die Klägerin mit dem Betrage von 1.050 DM abweist. Im übrigen hat es mit Recht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Glanzmann Scheffler Rietschel Erbel Meyer