

VII ZR 204/60

Verkündet
am 10. Mai 1962
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

der Firma R[REDACTED] & Co., Alleininhaber Karl R[REDACTED], in N[REDACTED],
Nu[REDACTED]straße [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Holzindustrie V[REDACTED]/Opf., H.u.G. W[REDACTED], Inhaber
Gerhard W[REDACTED], V[REDACTED]Opf.,

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. Februar 1962 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Ur-
teil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Nürnberg vom 7. Juli 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat auf Grund Auftrags vom 13. September 1956 in den Holzverarbeitungsbetrieb der Beklagten eine Niederdruckheizungsanlage und eine Spritzkabinenabsaugvorrichtung eingebaut. Auf die vereinbarte Gesamtvergütung von 35.444 DM hat die Beklagte 5.000 DM angezahlt.

Gegenüber dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Zahlung weiterer 33.800 DM nebst Zinsen hat die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben und Schadensersatzansprüche zur Aufrechnung gestellt. Hierzu hat sie vorgetragen:

Die Klägerin habe der Vereinbarung zuwider den Lambion-Kessel mit links- statt rechtsseitiger Vorfeuerung geliefert. Das Kesselfundament sei um 0,28 m zu hoch angelegt; infolgedessen könne der neue Lambion-Kessel nicht im Rahmen der alten Anlage mit 0,5 atü Druck betrieben werden. Die Heizungsanlage erzeuge bei niedriger Außentemperatur nicht die im Innern, namentlich zum Trocknen des Lacks an den Möbeln erforderliche Wärme. Die Klägerin habe auch die Anlage verspätet hergestellt, wodurch ihr, der Beklagten, erheblicher Schaden entstanden sei.

Die Klägerin hat die Behauptungen der Beklagten bestritten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht erachtet den Beweis dafür, daß die Klägerin sich verpflichtet hätte, den Lambion-Kessel mit rechtsseitiger Vorfeuerung zu liefern, nicht für erbracht. Es hält auch nicht für erwiesen, daß dieser Kessel zusammen mit den beiden vorhanden gewesenen Stadler-Kesseln mit 0,5 atü sollte gefahren werden.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Klägerin die Anlage verspätet fertiggestellt hat und daraus der Beklagten ein Schaden entstanden ist, desgleichen, ob die Heizkörper die zugesagte Wärme abgeben.

Die Beklagte kann jedoch nach Ansicht des Berufungsgerichts die weitere Zahlung deshalb verweigern, weil die Klägerin den Lambion-Kessel nicht, wie vereinbart, so aufgestellt und eingerichtet habe, daß er für sich allein mit 0,5 atü gefahren werden könne.

2. Die Verpflichtung der Klägerin, den Lambion-Kessel zum Alleinbetrieb mit 0,5 atü einzurichten, entnimmt das Berufungsgericht deren Angebot vom 10. Juli 1956.

Zwar sei, so führt es aus, in Pos. 1 des Angebots von einem Dampfkessel "für einen Betriebsdruck bis 0,5 atü" die Rede. Das bedeute aber nur, daß der Kessel diese Leistung zu erzielen vermöge; der tatsächlich erreichte Druck hänge von den örtlichen Verhältnissen, insbesondere von der Anlage der Standrohre und etwaiger Rückspeiseanlagen ab. In Pos. 2 sei jedoch eine "kompl. Sicherheitsstandrohrereinrichtung für 0,5 atü Betriebsdruck" angeboten. Das



könne nur bedeuten, der Lambionkessel habe so aufgestellt werden sollen, daß er mit 0,5 atü gefahren werden könne; andernfalls wäre die Angabe des Betriebsdrucks von 0,5 atü bei den Standrohren nicht erklärlich. Die Klägerin habe jedenfalls nicht dargelegt, daß ebenso wie beim Kessel die Sicherheitsstandrohre für einen bestimmten Betriebsdruck gebaut und hiernach bezeichnet würden. Dies sei auch unwahrscheinlich. Zwar würden auch die Sicherheitsstandrohre einem gewissen Druck ausgesetzt. Es sei aber nicht anzunehmen, daß verschiedene Rohrstärken benötigt würden, je nachdem ob man in der Heizungsanlage einen Druck von 0,35 oder 0,5 atü erzielen wolle. Die Beklagte habe deshalb der Pos. 2 entnehmen dürfen, die Klägerin werde den Lambion-Kessel so aufstellen und einrichten, daß er für sich allein mit 0,5 atü Druck gefahren werden könne.

3. Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an.

a) Das Berufungsgericht glaubt, aus dem in Pos 2 des Angebots der Klägerin vom 10. Juli 1956 angegebenen Betriebsdruck der Sicherheitsstandrohreinrichtung von 0,5 atü ergebe sich zwingend, daß der Kessel nach dem Vertrag für sich allein einen Druck von 0,5 atü habe erzeugen sollen. Es entnimmt also der angegebenen Eigenschaft des Zubehörs nicht nur, welche Leistung der Kessel erbringen sollte, sondern auch die unstreitig nicht ausdrücklich getroffene Vereinbarung der Parteien, der Lambion-Kessel solle ohne die beiden schon vorhanden gewesenen Stadtler-Kessel die für den Betrieb erforderliche Wärme erzeugen können.

Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß diese Vertragsauslegung des Berufungsgerichts auf einer Folgerung beruht, die eingehende technische Kenntnisse voraussetzt. Die Gutachten des Sachverständigen Knaf enthalten jedoch nichts, was die Auffassung des Berufungsgerichts zu stützen geeignet wäre.

b) Die Folgerung des Berufungsgerichts setzt voraus, daß eine Sicherheitsstandrohrreinrichtung nur für den angegebenen Druck geeignet ist, nicht jedoch auch für eine - darunter liegende - Druckspanne. Trifft dies nicht zu, gibt vielmehr die Betriebsdruckangabe einer Sicherheitsstandrohrreinrichtung so wie bei einem Dampfkessel nur die maximale Leistung an, und ist das Standrohr demnach auch für die Drucke bis zu der angegebenen Höhe geeignet, so wird die Folgerung des Berufungsgerichts durch seine Begründung nicht getragen.

c) Die Beklagte hat selbst nicht aus dem Wortlaut der Pos. 2 des Angebots gefolgert, daß der Lambion-Kessel für sich allein betrieben einen Druck von 0,5 atü entwickeln sollte. Sie hat das Leistungsverweigerungsrecht in erster Linie aus der linksseitig angebrachten Vorfeuerung hergeleitet. Nur beiläufig hat sie in ihren Schriftsätzen vom 22. Mai 1957 (S. 7), 12. November 1959 (S. 3 R) und 8. April 1960 (S. 2) davon gesprochen, der Lambion-Kessel würde, wenn er 0,5 atü Druck erreichte, in der warmen Zeit imstande sein, allein, also ohne die beiden Stadtler-Kessel, die erforderliche Wärme zu erzeugen. Daß diese Leistung vereinbart worden sei, hat sie nicht behauptet. Im übrigen hat sie immer wieder vorgetragen, der Lambion-Kessel habe "im Rahmen der Gesamtanlage" mit einem Druck von 0,5 atü arbeiten sollen (Schriftsätze vom 22. Mai 1957 (S. 7), 15. November 1958 (S. 4, 4R), 12. November 1959 (S. 3 3R, 4 5R) und 8. Februar 1960 (S. 3, 5)).

Darin lag, entgegen der von der Beklagten in der Revisionsverhandlung vertretenen Ansicht, auch nicht die Behauptung eingeschlossen, der Lambion-Kessel müsse für sich allein 0,5 atü erreichen. Die vom Berufungsgericht angenommene Vereinbarung betrifft nicht eine geringere, sondern eine ihrer Art nach andere Leistung.

d) Gemäß Beschluß vom 10. Dezember 1959 hat das Berufungsgericht Beweis darüber erhoben, ob der Beklagten zugesichert worden sei, daß der neue Kessel zusammen mit der vorhandenen Anlage bis zu einem Druck von 0,5 atü arbeiten könne. Darüber, daß der neue Kessel für sich allein mit einer Leistung von 0,5 atü habe arbeiten sollen, enthält der Beschluß nichts. Das hat die Beklagte nicht beanstandet. Auch die Urteile des Landgerichts und des Berufungsgerichts ergeben nicht, daß die Beklagte eine dahingehende Behauptung aufgestellt hätte.

Die Revision rügt deshalb mit Recht, das Berufungsgericht hätte, bevor es aus Pos. 2 des Angebots auf die vereinbarte Leistung des Kessels schloß, der Klägerin Gelegenheit geben müssen, darzutun, daß aus der Betriebsdruckangabe der Sicherheitsstandrohrreinrichtung nicht unbedingt auf eine vereinbarte Leistung des Kessels geschlossen werden müsse (§ 139 ZPO).

e) Wieso die vom Berufungsgericht angeführten Aussagen der Zeugen S. [REDACTED] und Hauenstein seine Vertragsauslegung stützen sollen, ist nicht ersichtlich. In ihnen ist jedenfalls nicht davon die Rede, daß der neue Kessel allein habe 0,5 atü leisten sollen.

f) Das Berufungsgericht meint, auch die Aussage des Sachverständigen Knaf, daß der neue Kessel bei 0,5 atü

Leistung 415.000 kcal und nicht wie bei 0,3 atü nur 330.000 kcal erzeugen würde, spreche für seine Auslegung; 415.000 kcal würden in wärmeren Zeiten für die Fabrikationsanlage ausreichen und es der Beklagten ermöglichen, nur den Lambion-Kessel zu heizen.

Dabei ist nicht beachtet, daß nach Pos. 1 des Angebots der Klägerin der Lambion-Kessel eine Leistung von 330.000 kcal besitzen sollte. Daß insoweit später eine vom Angebot abweichende Vereinbarung getroffen worden sei, ist nicht behauptet worden.

4) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei nach dem Vertrag verpflichtet gewesen, den Lambion-Kessel so aufzustellen und einzurichten, daß er für sich allein mit 0,5 atü gefahren werden könne, kann aus vorstehenden Gründen keinen Bestand haben. Da das angefochtene Urteil auf dieser Feststellung beruht, ist es aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

II.

Das Berufungsgericht ist aus tatsächlichen Gründen zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte die Anlage noch nicht abgenommen hat. Was die Revision hiergegen vorbringt, läuft auf eine andere Würdigung der gegebenen Umstände hinaus. Damit kann sie in dieser Instanz nicht gehört werden. Der Klägerin steht es jedoch frei, im neuen Berufungsverfahren ihre abweichende Ansicht vorzutragen.

Sollte das Berufungsgericht abermals feststellen, daß die Anlage nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht und die Beklagte sie noch nicht abgenommen hat, so führt das wieder zur Klageabweisung, nicht nur, wie die Revision meint, zur Verurteilung Zug um Zug. Denn der Unternehmer hat das mangelfreie Werk nicht Zug um Zug gegen Zahlung des Werklohns zu erstellen, sondern er ist insoweit vorleistungspflichtig (641 Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. BGH VII ZR 63/59 vom 14. April 1960). Solange er die Vorleistung nicht erbracht hat, braucht der Besteller nicht abzunehmen, und solange er die Abnahme mit Recht verweigert, ist der Anspruch auf den Werklohn nicht fällig.

Sollte dagegen die erneute Verhandlung zu dem Ergebnis führen, daß die Beklagte die Anlage bereits abgenommen hat, aber noch die Beseitigung eines Mangels verlangen kann, führt das ihr gegenüber dem Vergütungsanspruch der Klägerin auch dann noch zustehende Leistungsverweigerungsrecht nur zur Verurteilung Zug um Zug (vgl. auch BGHZ 26, 337, 339).

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer