

2005 010
BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 26/69

URTEIL

Verkündet am
5. Mai 1969
Horn,
Justizhaupt-
sekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Georg M. [REDACTED] in K., R.-
str. [REDACTED] als Verwalter im Konkursverfahren über das Ver-
mögen der Firma N. [REDACTED] Lack- und Farbenfabrik GmbH in
Kr. [REDACTED], Krs. Re. [REDACTED], E. [REDACTED] Chaussee [REDACTED]
vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. S. [REDACTED] in Kr. [REDACTED]
[REDACTED], E. [REDACTED] Chaussee [REDACTED],

Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Fritz L. [REDACTED] in E. [REDACTED],
J. [REDACTED] stieg [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 28. Oktober 1964 wird mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

Es wird festgestellt, daß der Widerspruch des Revisionsklägers gegen die Forderung des Revisionsbeklagten, eingetragen unter II Nr. 15 der Tabelle im Konkursverfahren der Gemeinschuldnerin, unbegründet ist.

Der Revisionskläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat im Jahre 1958 in den Werkhallen und dem Büro der früheren Beklagten N[REDACTED] GmbH mit Ölfeuerung versehene Warmluft- und Warmwasserheizungen eingebaut und hierfür insgesamt 20.793,62 DM berechnet. Einen Teil seiner Werklohnforderung in Höhe von 8.130 DM hatte er an einen Lieferanten abgetreten. Zur Zahlung des darüber

- 3 -

hinausgehenden Betrags von 12.663,62 DM nebst Zinsen ist die frühere Beklagte rechtskräftig verurteilt (BGH VII ZR 137/62 vom 19. März 1964).

Im anhängigen Rechtsstreit macht der Kläger die ihm von dem Lieferanten zurückübertragene Teilforderung über 8.130 DM nebst Zinsen geltend. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht die Berufung der ursprünglichen Beklagten zurückgewiesen. Diese hat Revision eingelegt.

Danach ist über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Konkursverwalter hat die unter II Nr. 15 der Tabelle eingetragene Klageforderung im Prüfungstermin bestritten. Der Kläger hat das unterbrochene Verfahren (§ 240 ZPO) gegen den Konkursverwalter aufgenommen. Dieser erstrebt mit der Revision die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen und festzustellen, daß der Widerspruch des Konkursverwalters gegen seine unter II Nr. 15 der Tabelle im Konkursverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin eingetragene Forderung unbegründet ist.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger hat über seine im Konkursverfahren angemeldete Forderung das für vorläufig vollstreckbar erklärte angefochtene Urteil erlangt. Der Revisionskläger muß deshalb seinen Widerspruch gegen die Forderung nach § 146 Abs. 6 KO verfolgen. Das hat im anhängigen Prozeß durch Aufnahme



des Rechtsstreits (§ 146 Abs. 3 KO) zu erfolgen (BGH WM 61, 1355), was auch in der Revisionsinstanz zulässig ist (BGH LM Nr. 5 zu § 146 KO). Zwar spricht § 146 Abs. 6 KO von der Verfolgung des Widerspruchs durch den Widersprechenden, jedoch darf auch der Gläubiger und Inhaber des Titels den Rechtsstreit aufnehmen (BGH LM Nr. 1 zu § 146 KO; VII ZR 15/65 vom 22. April 1965). Die Aufnahme durch den Kläger ist demnach zulässig. In die prozessuale Stellung der Gemeinschuldnerin als Revisionskläger ist der Konkursverwalter eingetreten.

II.

Im Zusammenhang mit der Prüfung, ob die eingeklagte - von der früheren Beklagten nach Grund und Höhe nicht bestrittene - rostliche Werklohnforderung fällig ist, gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die frühere Beklagte die Heizungsanlage abgenommen habe (BU S. 15). Hierzu stellt es an Hand des Schriftwechsels der Parteien aus den ersten Monaten des Jahres 1959 fest, die ursprüngliche Beklagte habe die Anlage seit Anfang 1959 mindestens für einige Zeit, und zwar nicht nur probeweise in Betrieb genommen. Vor allem habe sie in der Folgezeit in erheblichem Umfang durch Dritte daran Ausbesserungsarbeiten vornehmen lassen (Rechnungen der Firma I. [REDACTED] vom 15. November 1959 über 550 DM und der Firma Hübner vom 24. März 1960 über 1.838,09 DM).

Diese von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen rechtfertigen die Ansicht des Berufungsgerichts, die ehemalige Beklagte habe die Heizungsanlagen abgenommen, d.h. sie als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechend anerkannt. Daß sie Mängel aufwies und die frühere Beklagte den Kläger aufgefordert hat, diese

zu beheben, steht der erfolgten Abnahme nicht entgegen (§ 640 Abs. 2 BGB). Vor allem aus der Tatsache, daß die Gemeinschuldnerin andere Unternehmer die Anlage ändern ließ, konnte das Berufungsgericht auf den Willen ihres Geschäftsführers schließen, die Leistung des Klägers der Hauptsache nach als vertragsmäßige Erfüllung gelten zu lassen, weil er anderenfalls die Anlage unverändert dem Kläger hätte zur Verfügung stellen müssen. Jedenfalls liegt in dieser Erwägung eine tatrichterliche Wertung seines Verhaltens, die aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden kann. Die späteren Erklärungen der Gemeinschuldnerin in ihren im Rechtsstreit eingereichten Schriftsätzen, sie habe die Heizungsanlage nicht abgenommen, stehen dem vom Berufungsgericht gewonnenen Ergebnis nicht entgegen.

III.

Trotz erfolgter Abnahme könnte der Gemeinschuldnerin, solange sie noch einen durch die Abnahme nicht berührten Nachbesserungsanspruch hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 Abs. 1 BGB zustehen (BGHZ 26, 337, 340; VII ZR 204/60 vom 10. Mai 1962; VII ZR 184/61 vom 4. Februar 1963; VII ZR 10/62 vom 24. Juni 1963).

1. Das Berufungsgericht ist jedoch der Ansicht, daß die Gemeinschuldnerin von dem Kläger keine Nachbesserung der Heizungsanlagen mehr verlangen kann. Dieses Rechts habe sie sich dadurch begeben, daß sie das Angebot des Klägers vom 3. September 1959, in der von diesem für richtig gehaltenen Weise die gerügten Mängel zu beheben, abgelehnt und von ihm die Nachbesserung in der

Art verlangt habe, wie sie der Sachverständige Ziegler in seinem im Beweissicherungsverfahren erstatteten Gutachten vorgeschlagen habe. Ein Werkbesteller habe, so führt es aus, nach § 633 Abs. 2 BGB nur schlechthin das Recht, die Beseitigung von Mängeln und die Herstellung des vertragsmäßigen Zustands zu verlangen; hierfür dem Unternehmer im einzelnen Weisungen zu erteilen, sei er nicht berechtigt.

a) Da die frühere Beklagte den Kläger zu Unrecht gehindert habe, die Anlagen so nachzubessern, wie dieser es für richtig hielt, könne sie nicht mehr gemäß § 320 BGB die Zahlung des Werklohns verweigern.

b) Sie habe sich auch jeglicher Gewährleistungsansprüche begeben. Durch ihr zu Unrecht an bestimmte Weisungen geknüpftes Nachbesserungsverlangen und die damit verbundene unwirksame Fristsetzung habe sie den Kläger nicht in Verzug gesetzt. Deshalb könne sie zur Beseitigung von Mängeln aufgewendete Beträge nicht nach § 633 Abs. 3 BGB vom Kläger ersetzt verlangen. Ebensowenig könne sie mangels einer wirksamen Fristsetzung nach § 634 BGB mindern. Aus dem gleichen Grunde stünden ihr auch keine Schadensersatzansprüche nach § 635 BGB zu; zudem wäre eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen, soweit diese bereits im Vorprozeß zur Aufrechnung gestellt waren, durch die Bestimmung des § 322 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

2. Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Der Ansicht des Berufungsgerichts, der Besteller habe nach § 633 Abs. 2 BGB nur schlechthin das Recht, die Beseitigung von Mängeln zu verlangen, ohne berechtigt zu sein, hinsichtlich der Art der Nachbesserung dem Unternehmer einzelne Weisungen zu erteilen, ist grundsätzlich beizupflichten. Im Einzelfall kann zwar der Unternehmer nach dem Vertrag oder im Hinblick auf eine nach Treu und Glauben gebotene Berücksichtigung von Belangen des Bestellers verpflichtet sein, von diesem erteilte Weisungen bei der Nachbesserung zu beachten. Auch einen sachverständigen Rat wird er nicht übergehen dürfen. In der Regel aber ist es seiner Fachkunde überlassen, wie er an seinem Werk sich zeigende Mängel beheben will, denn er trägt das Risiko einer erfolglosen Nachbesserung, da sich grundsätzlich der Besteller auf eine nochmalige Nachbesserung nicht einzulassen braucht (BGH VII ZR 272/56 vom 10. Januar 1957). Deshalb hat der Besteller grundsätzlich keinen Anspruch darauf, daß der Unternehmer Mängel in bestimmter Weise nachbessert (BGH VII ZR 137/62 vom 19. März 1964). Anders kann es sein, wenn der Besteller sich in solchem Falle bereit erklärt, den Unternehmer aus seiner weiteren Haftung für den Mangel zu entlassen. Das hat die frühere Beklagte aber nicht getan (vgl. das erste Revisionsurteil IV, 1).

b) Erweist sich allerdings, daß die vom Unternehmer vorgesehene Nachbesserung untauglich war, so kann dieser sich nicht darauf berufen, er habe die Art und Weise der Nachbesserung bestimmen und, weil der Besteller diese abgelehnt habe, seinerseits die Nachbesserung ablehnen dürfen. Im Rechtsstreit muß jedoch der Besteller beweisen, daß mit den vom Unternehmer vorgesehenen Maßnahmen die Mängel nicht zu beheben waren.

Hieran hat es die Beklagte fehlen lassen.

aa) Die Revision weist unter I, 2 b kein Beweiserbieten der früheren Beklagten für eine Behauptung nach, daß die vom Kläger in Aussicht genommene Nachbesserung absolut untauglich und eine Abhilfe, wenn überhaupt, nur auf dem von dem Sachverständigen Ziegler vorgeschlagenen Weg möglich gewesen sei. Die Revision kann auch nicht vortragen, daß die Gemeinschuldnerin die in den erstinstanzlichen Schriftsätzen vom 4. Dezember 1961 und 13. Juli 1962 enthaltenen Beweisanträge im Berufungsverfahren wiederholt habe. Schon deshalb kann die Revision sie nicht als übergangen rügen (BGHZ 35, 103, 106); ob sie schlüssig waren, kann somit dahinstehen.

bb) Das in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der früheren Beklagten vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Ziegler besagt nicht, daß die vom Kläger vorgesehene Nachbesserung, die die ursprüngliche Beklagte nicht zugelassen hat, untauglich war. Es enthält nur Verbesserungsvorschläge.

cc) Anscheinend vermißt die Revision selbst ein ausdrückliches Beweiserbieten der ehemaligen Beklagten dafür, daß die vom Kläger vorgesehenen Nachbesserungsarbeiten, wie sie es darstellt, absolut untauglich waren. Nach ihrer Behauptung soll jedoch die Gemeinschuldnerin in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ihr "Vorbringen ausdrücklich in diesem Sinne erläutern" haben. Den Tatbestand des angefochtenen Urteils dahin berichtigen zu lassen, habe sie keine Möglichkeit gehabt, weil die hierfür in § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO gesetzte, mit der Verkündung des Urteils be-

ginnende Ausschlußfrist von 3 Monaten bei der Erteilung der vollständigen Urteilsausfertigung bereits verstrichen gewesen sei. Hierin sieht die Revision einen Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 320, 551 Ziff. 7 ZPO.

Diese Rüge hat keinen Erfolg.

Gelangt ein Berufungsurteil - was vorliegend geschehen ist - erst so spät zu den Akten, daß der Revisionskläger im Hinblick auf § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO nicht mehr den Tatbestand berichtigen lassen kann, so ist nicht der absolute Revisionsgrund des § 551 Ziff. 7 ZPO gegeben. Das Urteil kann vielmehr nur dann aufgehoben werden, wenn eine behauptete Unrichtigkeit des Tatbestands zu einer anderen Entscheidung geführt haben würde (BGHZ 32, 17, 25 ff).

Die Revision macht geltend, die Gemeinschuldnerin habe sich in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht das überreichte Gutachten des Sachverständigen Ziegler vom 11. Oktober 1964 zu eigen gemacht und beantragt, diesen darüber zu hören. Darin hätte jedoch kein schlüssiger Beweisantrag gelegen, der dem Berufungsgericht Anlaß gegeben hätte, ihm stattzugeben. Das vorgelegte Gutachten enthält Verbesserungsvorschläge, besagt aber nichts darüber, daß die vom Kläger vorgesehenen Nachbesserungsversuche von vornherein untauglich gewesen seien.

IV.

Dem in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der Gemeinschuldnerin geäußerten

Verlangen, der Kläger möge jetzt noch versuchen, die Mängel zu beseitigen, stehe, so führt das Berufungsgericht aus, § 634 Abs. 1, letzter Halbsatz BGB entgegen; auch wäre es nach seiner Ansicht nicht mit Treu und Glauben zu vereinbaren, wenn die Gemeinschuldnerin nach Ablauf von 5 Jahren noch Nachbesserung verlangen könnte, nachdem sie inzwischen durch Dritte erhebliche Änderungen an den Heizungsanlagen habe vornehmen lassen.

Die Revision hält dem entgegen, die Gemeinschuldnerin habe unter Beweis gestellt, daß die von ihr beauftragte Firma H. die Nachbesserungsarbeiten nicht zu Ende geführt habe.

Warum es hierauf ankommen soll, ist nicht ersichtlich. Die Gemeinschuldnerin hat, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ausgeführt hat (vgl. oben II), ihren Nachbesserungsanspruch dadurch verloren, daß sie den Kläger nicht die von ihm vorgesehenen Arbeiten zur Behebung der Mängel ausführen ließ. Ob § 634 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB zu dem gleichen Ergebnis führt, braucht nicht entschieden zu werden.

V.

Daraus, daß der Kläger im Bürogebäude ein den Flur überquerendes Heizungsrohr unter statt über der Decke verlegt hat, kann die frühere Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts keine Ansprüche herleiten.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Ehefrau des Geschäftsführers der früheren Be-

klagten nicht darüber vernommen, daß ihr Ehemann gewünscht habe, das Rohr sollte oberhalb der Decke verlegt werden.

Das Berufungsgericht hat die Zeugin u.a. deshalb nicht vernommen, weil die ehemalige Beklagte dem Kläger keine Gelegenheit gegeben habe, beanstandete Mängel zu beheben. Diese Begründung trägt die Entscheidung zu diesem Punkt.

VI.

Die ursprüngliche Beklagte hat gegenüber dem eingeklagten restlichen Teil der Werklohnforderung u.a. einen Gegenanspruch auf Ersatz von Verzögerungsschaden in Höhe von 1.500 DM zur Aufrechnung gestellt. Sie leitet ihn daraus her, daß der Kläger ihr nicht rechtzeitig Skizzen zur Verfügung gestellt habe, an Hand deren sie in ihrer eigenen, später aufgegebenen Schlosserei die Warmluftkanäle hätte billiger herstellen können.

1. Diesen Anspruch hat die frühere Beklagte in Höhe von 1.000 DM bereits gegenüber der im ersten Rechtsstreit geltend gemachten Teilforderung erfolglos zur Aufrechnung gestellt. Der im anhängigen Rechtsstreit eingeklagten restlichen Werklohnforderung kann sie ihn deshalb nach § 322 Abs. 2 ZPO nur noch in Höhe von 500 DM entgegensetzen.

2. Insoweit hat sich das Berufungsgericht die Erwägung im ersten Revisionsurteil zu eigen gemacht, daß die ehemalige Beklagte einen Schaden nicht dargelegt habe; es liege keineswegs auf der Hand, daß sich die Herstellung der Kanäle in ihrer eigenen Schlosserei billiger gestellt haben würde. Auch im anhängigen Rechtsstreit habe sie hierzu nichts vorgetragen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag der Gemeinschuldnerin im Schriftsatz vom 2. Februar 1963 (S. 9) übergangen. Dort ist jedoch nur ganz allgemein für Mehraufwendungen von 1.500 DM auf ein Sachverständigengutachten verwiesen. Dieses hätte das Berufungsgericht jedoch erst einzuholen brauchen, wenn die Gemeinschuldnerin die Minderkosten, die ihr bei einer Selbstanfertigung entstanden wären, näher dargelegt hätte; daran hat sie es fehlen lassen.

VII.

Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Gemeinschuldnerin erkennen läßt, ist die Revision nach § 97 ZPO auf Kosten des Revisionsklägers als unbegründet zurückzuweisen mit der Feststellung, daß der Widerspruch des Revisionsklägers gegen die in der Tabelle eingetragene Forderung des Klägers unbegründet ist.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Bundesrichter Hubert Meyer
hat seinen Urlaub angetreten und kann deshalb nicht unterschreiben.

Schmidt

Glanzmann