

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 36/68

URTEIL

Verkündet am

22. Januar 1970,
Jodas,
Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Gottlob S. [REDACTED] KG,
Su [REDACTED] Krs. Schwäbisch Hall, vertreten durch den per-
sönlich haftenden Gesellschafter Helmut S. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt, Holzhändler und Sägewerksbesitzer
Helmut H. [REDACTED], N. [REDACTED] Krs. He [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h. c. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das den Parteien am 30. Januar 1968 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 1. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1959 trat der Beklagte in Verhandlungen zur Klägerin wegen einer von ihm erfundenen Anlage zum Verladen von Zuckerrüben aus landwirtschaftlichen Fahrzeugen in Eisenbahnwaggons. Zu diesem Zweck sollten die Fahrzeuge in eine Holzkonstruktion einfahren, dort mittels Seilzügen angehoben, ausgekippt und die Rüben über eine Rutsche in die Waggons befördert werden.

Die 1. Anlage, für welche die Klägerin die Holzkonstruktion gefertigt hatte, erwies sich im Juli 1960 als

- 3 -

nicht brauchbar. Die Parteien vereinbarten, sie durch eine neue zu ersetzen.

Am 14. August 1961 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag, der bis Ende 1963, mindestens bis zur Abnahme von 10 Anlagen gelten und danach zum Jahresschluß mit Sechsmonatsfrist kündbar sein sollte. Nach diesem Vertrag sollte die Rüben-Verladeeinrichtung auf Rechnung des Beklagten vertrieben werden. Dieser verpflichtete sich, während der Laufzeit des Vertrages die zur Anlage gehörende Holzkonstruktion, einschließlich Schalung und der mit der Holzkonstruktion unmittelbar im Zusammenhang stehenden Eisenteile, wie Schrauben, Dübel usw., ausschließlich bei der Klägerin zu beziehen. Der von ihm an die Klägerin zu zahlende Preis von 6.250 DM je Stück sollte fällig werden, wenn er von seinem Abnehmer Zahlung erhalten hätte, spätestens aber 90 Tage nach Lieferung durch die Klägerin. Er erkannte an, daß der Klägerin bis dahin durch Entwicklungsarbeiten Kosten von 15.149 DM entstanden waren. Diesen Betrag sollte er aus den Verkaufserlösen der ersten und weiterer Anlagen tilgen.

Anfang September 1961 war die 2. Anlage, für welche die Klägerin ebenfalls die Holzkonstruktion gefertigt hatte, im wesentlichen vollendet und wurde auf dem Werksgelände der Klägerin erprobt. Anschließend wurde sie auf Weisung des Beklagten auf das Gelände der Bundesbahn in Schwäbisch Hall-Hessental verbracht und dort aufgestellt.

Bei den folgenden Versuchen ergaben sich Schwierigkeiten, zu deren Beseitigung der Beklagte wiederholt Änderungen vornahm. Es gelang ihm jedoch nicht, die Anlage einsatzfähig zu machen.



Im September 1962 forderte die Bundesbahn, daß die Anlage vor der Inbetriebnahme durch den Technischen Überwachungsverein (TÜV) geprüft und genehmigt werden müsse. Das konnte nicht geschehen, weil keine statische Berechnung vorhanden war. Der Beklagte machte dafür die Klägerin verantwortlich. Mit Schreiben vom 4. Dezember 1962 forderte er deswegen von der Klägerin Schadensersatz, verweigerte die Bezahlung der Holzkonstruktion und teilte der Klägerin mit, "daß Sie für mich unter diesen Umständen nicht mehr bauen brauchen". Später (1964) wurde die Anlage auf Verlangen der Bundesbahn abgebrochen.

Mit der am 27. Dezember 1963 zugestellten Klage hat die Klägerin vom Beklagten Zahlung des im Vertrage vom 14. August 1961 anerkannten Betrages von 15.149 DM gefordert, zuzüglich Vergütungen für spätere Leistungen in Höhe von 1.921,89 DM, 218,25 DM und 128,45 DM (vgl. die Rechnungen der Klägerin vom 15. Januar 1963, 20. September 1962 und 21. Juli 1962), insgesamt 17.289,59 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat eingewandt, er brauche nichts zu zahlen, weil das Werk der Klägerin unbrauchbar sei. Hilfsweise hat er mit einem die Klageforderung übersteigenden Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung aufgerechnet (S. 8 der Klagebeantwortung), den er u.a. daraus herleitet, daß die Klägerin ihm keine statische Berechnung übergeben hat.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der

Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Klägerin auf Grund Werkvertrags dem Beklagten gegenüber verpflichtet war, auf der Grundlage einer von ihr beizubringenden statischen Berechnung die Holzkonstruktion für die Anlage zu fertigen und zu liefern. Dabei mußte der Boden der Holzkonstruktion durch Seilzüge in verschiedenen Richtungen bewegbar sein. Weiter mußte die Holzkonstruktion für die vorgesehenen Lasten tragfähig sein und die durch die vorgesehene Benutzungsart entstehenden Beanspruchungen aufnehmen können.

Das wird von keiner der Parteien angegriffen.

2.) Das Berufungsgericht folgert aus dem Vertrag der Parteien vom 14. August 1961, daß in dem vom Beklagten anerkannten Betrag von 15.149 DM für Entwicklungsarbeiten die Kosten der ersten Anlage ohne Rücksicht auf die Ursache ihrer Unbrauchbarkeit einbegriffen sind.

Auch dagegen wenden sich die Parteien nicht.

3.) Das Berufungsgericht führt schließlich aus, der Beklagte habe das 2. Werk der Klägerin (die 2. Holzkonstruktion) abgenommen, zwar nicht schon durch den Abtransport nach Hessental, wohl aber durch die anschließend

von ihm an der Anlage vorgenommenen wesentlichen Veränderungen.

a) Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Revisionsklägerin erkennen.

b) Der Revisionsbeklagte macht dagegen geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht eine Abnahme des Werks der Klägerin bejaht. Er bezieht sich dabei auf seinen Vortrag in der Berufungsinstanz. Hierauf braucht jedoch nicht eingegangen zu werden. Denn da, wie noch auszuführen, das Berufungsurteil aus anderen Gründen aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, hat dieses Gelegenheit, diesen Punkt noch einmal zu prüfen.

II.

Das Berufungsgericht meint, der Werklohnanspruch der Klägerin sei entstanden und, wegen der Kündigung des Vertrages vom 14. August 1961 durch den Beklagten (vgl. dessen Schreiben vom 4. Dezember 1962), auch fällig geworden.

Die Revision wendet sich zwar nicht gegen diese ihr günstige Auffassung des Berufungsgerichts, gegen sie bestehen aber aus materiell-rechtlichen Gründen Bedenken.

1. Unstreitig war die zweite Anlage in ihrem Endzustand unbrauchbar (S. 5 BU). Ob die dafür von der Klägerin gefertigte zweite Holzkonstruktion schon von Anfang

an, etwa wegen des Unterbleibens einer statischen Berechnung, unbrauchbar war oder erst durch die vom Beklagten nachträglich vorgenommenen Veränderungen unbrauchbar geworden ist, darüber streiten die Parteien. Feststellungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt fehlen. Es ist nicht auszuschließen, daß die Klägerin möglicherweise eine unbrauchbare zweite Holzkonstruktion geliefert hat, die nicht nachbesserungsfähig war (Fehlkonstruktion). Es ist weiter nicht auszuschließen, daß die Holzkonstruktion möglicherweise so fehlerhaft war, daß dem Beklagten eine Nachbesserung durch die Klägerin nicht zuzumuten war.

In solchen Fällen durfte der Beklagte alsbald (ohne vorherige Fristsetzung zur Mängelbeseitigung) die Rechte aus §§ 634, 635 (Wandlung, Minderung, Schadensersatz) geltend machen. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt hat er die Zahlung des Werklohns verweigert und Schadensersatz verlangt. Es kommt daher eine Umgestaltung des Werkvertrages der Parteien nach § 634 oder § 635 BGB in Betracht, welche den Werklohnanspruch der Klägerin vernichtet haben könnte. Feststellungen des Berufungsgerichts hierzu fehlen.

2. Der Hinweis der Revision auf § 638 BGB geht fehl, weil die Klägerin gegenüber den Gewährleistungsansprüchen des Beklagten, dem Berufungsurteil zufolge, die Einrede der Verjährung nicht erhoben hat. Im übrigen würde dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Beklagten (über den Eintritt der Verjährung hinaus) gegenüber dem Werklohnanspruch der Klägerin die Mängelinreden aus §§ 639, 478 BGB erhalten geblieben sein könnten. Denn das Berufungsgericht läßt

ausdrücklich offen, ob der Beklagte etwaige Mängel der Holzkonstruktion fristgerecht geltend gemacht hat.

3. Nach alledem tragen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts seine Auffassung nicht, der Werklohnanspruch der Klägerin (Klageforderung) sei fällig geworden. Andererseits läßt sich aber auch ohne weitere tatrichterliche Aufklärung nicht feststellen, der Werklohnanspruch sei dadurch entfallen, daß der Beklagte gewandelt (§ 634 BGB) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB) gefordert habe. Deswegen kommt auch eine Aufrechterhaltung des Berufungsurteils mit anderer Begründung hier nicht in Betracht (§ 563 ZPO).

III.

Das Berufungsgericht begründet die Abweisung der Klage damit, daß der Werklohnanspruch der Klägerin infolge Aufrechnung des Beklagten mit einer Schadensersatzforderung aus positiver Vertragsverletzung untergegangen sei. Die positive Vertragsverletzung der Klägerin sieht das Berufungsgericht darin, daß die Klägerin keine statische Berechnung der Holzkonstruktion aufgestellt und dem Beklagten übergeben habe, was Voraussetzung für eine Prüfung und Zulassung der Anlage durch den TÜV und die Deutsche Bundesbahn gewesen sei. Infolge der Nichtzulassung der Anlage habe der Beklagte sie Interessenten nicht vorführen und sie nicht verkaufen können. Sie sei also "unnützerweise mit der Werklohnforderung der Klägerin belastet worden".

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision zutreffend rügt.

1. Soweit es sich darum handelt, daß die Klägerin ihr Werk auf Grund einer von ihr zu beschaffenden statischen Berechnung herzustellen hatte, handelt es sich nicht um positive Vertragsverletzung, sondern um einen Mangel am Werk, der sich in seinen Rechtsfolgen nach den §§ 633-635 BGB beurteilt (darüber oben zu II).

2. Eine positive Vertragsverletzung der Klägerin könnte nur insoweit in Betracht kommen, als sie es unterlassen hat, dem Beklagten eine statische Berechnung der Holzkonstruktion (als Unterlage für die Prüfung beim TÜV) zu übergeben ("mitzuliefern"). Davon geht ~~auch das~~ Berufungsgericht aus.

a) Durch diese etwaige Vertragsverletzung ist dem Beklagten aber kein Schaden entstanden. Denn da die Gesamtanlage unstreitig nicht funktionsfähig war (S. 5 BU), hätte der Beklagte auch mit einer ihm von der Klägerin nachträglich beschafften und übergebenen statischen Berechnung die Zulassung der Anlage nicht erreichen können.

b) Im übrigen ist nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht auszuschließen, daß - wie die Klägerin behauptet hat - die Funktionsunfähigkeit der Gesamtanlage möglicherweise ihre Ursache überhaupt nicht in der ursprünglichen Gestaltung der zweiten Holzkonstruktion hatte, für welche die Klägerin die Verantwortung trägt sondern in nachträglichen Änderungen der Holzkonstruktion

durch den Beklagten oder in dem Bewegungsmechanismus (Seilzuganlage), der vom Beklagten selbst zu beschaffen und einzubauen war.

c) Auch das, was das Berufungsgericht sonst noch in diesem Zusammenhang ausführt, erweckt Bedenken:

aa) Es meint, es sei nicht einzusehen, warum die Klägerin nicht eine statische Berechnung ohne Berücksichtigung der später vom Beklagten vorgenommenen Änderungen hätte erstellen können.

Dabei übersieht es, daß eine statische Berechnung über einen früheren, im Zeitpunkt der Prüfung durch den TÜV gar nicht mehr vorhandenen Zustand der Holzkonstruktion als Prüfungsunterlage für den TÜV schwerlich brauchbar war.

bb) Das Berufungsgericht meint, wenn die Klägerin sogleich eine statische Berechnung mitgeliefert hätte, so wäre es mit hoher Wahrscheinlichkeit zu den vom Beklagten vorgenommenen Änderungen nicht gekommen.

Woraus das Berufungsgericht diese von ihm nicht näher begründete Ansicht herleitet, ist nicht erkennbar. Anscheinend will es sagen, wenn die Klägerin ihre Holzkonstruktion sogleich nach statischer Berechnung erstellt hätte, wären Änderungen an der Holzkonstruktion nicht erforderlich gewesen. Das sind jedoch Erwägungen, die nicht in den Zusammenhang der "positiven Vertragsverletzung" gehören, sondern zur Frage etwaiger "Mängel des

Werks" der Klägerin (oben zu II). Im übrigen ist bisher auch nicht auszuschließen, daß der vom Beklagten entwickelte Bewegungsapparat (Seilzugmechanismus) möglicherweise fehlerhaft war und sich daraus die Notwendigkeit von Änderungen an der Holzkonstruktion ergab.

cc) Warum die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, sich nicht darauf berufen könnte, daß der Beklagte später Abänderungen vorgenommen hat, die möglicherweise die Abnahme ausgeschlossen hätten, ist unerfindlich.

dd) Schließlich verkennt das Berufungsgericht auch die Beweislast, wenn es meint, die Klägerin hätte beweisen müssen, daß die sofortige und vertragsmäßige Erfüllung ihrer Verpflichtung (zur Übergabe einer statischen Berechnung an den Beklagten) zu keinem anderen Ablauf geführt hätte.

Wer Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung fordert, muß beweisen, daß ihm durch sie Schaden entstanden ist.

Im übrigen kommt es hier auf die Beweislast deswegen nicht an, weil, wie oben zu III 2 a ausgeführt, wegen der Unbrauchbarkeit der Anlage feststeht, daß auch bei Lieferung einer statischen Berechnung durch die Klägerin an den Beklagten eine Zulassung der Anlage beim TÜV nicht zu erreichen gewesen wäre. Somit hat die angebliche positive Vertragsverletzung der Klägerin dem Beklagten keinen Schaden verursacht.

IV.

Nach alledem kann das Berufungsurteil aus den oben zu II und III erörterten Gründen keinen Bestand haben.

Das Berufungsgericht wird nunmehr zu klären haben, ob die Funktionsunfähigkeit der Gesamtanlage auf einem von der Klägerin zu vertretendem Mangel ihres Werks (der Holzkonstruktion) beruht oder nicht. Ist das erstere der Fall, so kommt, vorbehaltlich der Einrede der Verjährung, ein Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auch des entgangenen Gewinns, gemäß § 635 BGB in Betracht. War dagegen das Werk der Klägerin mangelfrei, so scheiden Gewährleistungsansprüche des Beklagten aus; sie könnten in solchem Fall auch nicht auf das Fehlen der statischen Berechnung gestützt werden. Dann kommt allerdings der vom Berufungsgericht bejahte Anspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen "Nichtlieferung der statischen Berechnung" in Betracht.

Das Berufungsurteil kann aber auch nicht mit der wahlweisen Begründung aufrechterhalten werden, daß die Klage entweder aus § 635 BGB (bei Fehlerhaftigkeit des Werks der Klägerin) oder aus positiver Vertragsverletzung (bei Fehlerfreiheit des Werks der Klägerin) begründet sei. Denn nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Unbrauchbarkeit der Gesamtanlage in dem vom Beklagten herzustellenden Teil (Seilzugkonstruktion und Bewegungsapparat) lag, für dessen Brauchbarkeit nicht die Klägerin, sondern der Beklagte einzustehen hat. Läge aber die Verantwortlichkeit für die Unbrauchbarkeit der Gesamtanlage

im Verantwortungsbereich des Beklagten, so wäre der Schaden, den der Beklagte von der Klägerin wegen positiver Vertragsverletzung ersetzt verlangt, nicht dadurch verursacht, daß diese dem Beklagten keine statische Berechnung "geliefert" hat, wie bereits oben ausgeführt ist (III 2 a und b).

Da die Sache somit weiterer Aufklärung bedarf, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht. Er überträgt dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt