

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 50/76

URTEIL

Verkündet am
10. März 1977
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Günter A. [REDACTED] u. Hedwig A. [REDACTED] geb. F. [REDACTED],
M. [REDACTED]-K. [REDACTED], Haus Nr. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

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

gegen

die Kommanditgesellschaft Firma Paul S. [REDACTED], Maschinen-
fabrik, M. [REDACTED], Postfach [REDACTED], vertreten durch ihren per-
sönlich haftenden Gesellschafter Paul S. [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 9. Februar 1976 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin lieferte aufgrund Vertrages mit den Beklagten vom 11./17. Februar 1972 für deren Hotel-pension in M[REDACTED]-K[REDACTED] einen Kleingüteraufzug und montierte ihn im März 1972 in dem bereits vorhandenen Aufzugsschacht. Die Beklagten zahlten auf die Vergütung von insgesamt 8.813,40 DM zwei der vereinbarten Teilbeträge von je 2.620,-- DM im Februar und Mai 1972. Den Rest, der gemäß Nr. 14.3 des Vertrages "nach beendeter Montage, spätestens jedoch vier Wochen nach erfolgter Lieferung" fällig sein sollte, zahlten sie nicht. Seit Januar 1973 benutzen sie den Aufzug.

- 3 -

Die Klägerin hat die restliche Vergütung von 3.573,40 DM nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagten lehnen Zahlung ab, weil die Klägerin die Aufzugsanlage nicht vertragsgemäß hergestellt habe. Die Brüstung (für Ladefläche des Aufzugs) sei im obersten Geschoß nicht 80 cm hoch, sondern nur 40 cm. Das Triebwerk sei im obersten Geschoß, in dem ihre Wohnung liege, und nicht im Dachgeschoß (Schachtkopf) untergebracht. Das führe zu unzumutbarer Lärmbelästigung und dazu, daß im Wohnzimmer eine unansehnliche feuerhemmende Metalltür zum Aufzugsschacht eingesetzt werden müsse. Auch sei die vom TÜV als nicht ausreichend beanstandete Öffnung zum Schacht (Triebwerksraum) nicht mehr zu ändern. Sie verlangen deswegen Minderung der Gesamtvergütung um die Hälfte. Dem stehe Nr. 3.7 der dem Vertrag zugrundeliegenden Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen (im folgenden AVLB) der Klägerin nicht entgegen, weil hierdurch nur die Aufrechnung und Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten gegenüber dem Werklohnanspruch ausgeschlossen seien, nicht aber deren Minderung.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Beklagten haben dagegen Berufung eingelegt und hilfsweise Widerklage auf Zahlung von 3.573,40 DM erhoben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung - unter Abweisung einer Zinsmehrforderung - zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klagabweisung weiter.



Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 3.573,40 DM restlichen Werklohn gemäß §§ 651, 631 BGB für begründet. Es ist der Ansicht, den Beklagten sei es verwehrt, sich gegenüber diesem Anspruch auf Minderung wegen der behaupteten Werkmängel zu berufen. Nr. 3.7 AVLB sei dahin auszulegen, daß die vereinbarten Zahlungen ohne Rücksicht auf Einwendungen der Beklagten, insbesondere auch auf solche, die zur Minderung berechtigten, geleistet werden müssen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Dem Berufungsgericht ist jedoch im Ergebnis zuzustimmen, daß die Klageforderung begründet ist.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht von der Fälligkeit des restlichen Werklohns aus, nachdem die Montage im März 1972 beendet war. Das entspricht der Zahlungsvereinbarung in Nr. 14.3 des Vertrages, durch die die Parteien § 641 BGB wirksam abbedungen haben. Die Revision übersieht diese Vereinbarung, wenn sie meint, der restliche Werklohn sei mangels Abnahme des Werkes nicht fällig. Außerdem verkennt sie hierbei, daß die Beklagten im Mai 1972, nachdem der Aufzug bereits im März 1972 eingebaut und das Werk damit hergestellt war, den zweiten Teilbetrag von 2.620,-- DM auf die Vergütung zahlten und vor allem seit Januar 1973 den Aufzug bestimmungsgemäß benutzen, ohne sich insoweit in einer Zwangslage zu befinden. Damit haben sie aber die Billigung der Lieferung und Montage des Aufzugs als eine in der Hauptsache vertragsgemäße Lei-

stung zum Ausdruck gebracht (vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1971 - VII ZR 173/69 = Schäfer/Finnern Z 4.01 Bl. 65; Glanzmann in RGRK 12. Aufl. § 640 BGB Rn. 8).

2. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Klägerin den Werkvertrag nicht erfüllt habe und den Beklagten deshalb die Einrede des nichterfüllten Vertrages zustehe (§ 320 BGB). Die Beklagten haben die Einrede jedenfalls im Berufungsrechtszug nicht erhoben. Ausweislich des Berufungsurteils haben sie sich in erster Linie auf Minderung des Werklohns berufen und hilfsweise Widerklage auf Zahlung erhoben. Das entspricht auch der von ihnen vertretenen Ansicht, durch Nr. 3.7 AVLB seien zwar die Aufrechnung und Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten gegenüber dem Werklohnanspruch ausgeschlossen, nicht aber dessen Herabsetzung (Minderung). Im übrigen stünde diese Einrede im Widerspruch zu dem Vorbringen der Beklagten, die von ihnen gerügten Fehler der Anlage könnten nicht beseitigt werden. Eine "zu bewirkende Gegenleistung" (§ 320 BGB) liegt nicht vor, wenn sie unmöglich ist. Damit ist ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB bereits nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht gegeben.

3. Auf Nr. 3.7 AVLB kommt es nicht an. Denn durch Nr. 8.42 AVLB ist Minderung ausgeschlossen. Diese Vertragsbestimmung lautet:

"Der Besteller hat seinerseits unter Ausschluß weitergehender Ansprüche ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer die Nachbesserung einer mangelhaften Lieferung nicht bewirken kann oder nach Eintritt des Verzuges nicht innerhalb einer angemessenen Nachfrist bewirkt."

Weiter heißt es in Nr. 9.4 AVLB:

"Der Besteller kann zurücktreten, wenn der Lieferer eine ihm gestellte Nachfrist für die Behebung oder Besserung eines von ihm zu vertretenden, anerkannten oder nachgewiesenen Mangels im Sinne der Lieferbedingungen fruchtlos hat verstreichen lassen."

Danach hat die Klägerin ihre Haftung unzweifelhaft zunächst auf die Nachbesserung von Mängeln beschränkt und für den Fall der Erfolglosigkeit der Nachbesserung dem Besteller nur ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Diese Art der Haftungsbeschränkung ist zulässig, wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. u. a. BGHZ 54, 236). Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß davon abzuweichen. Danach ist auch der Anspruch auf Minderung (§ 634 BGB) ausgeschlossen.

II. Das Berufungsgericht hat die Widerklage gemäß § 529 Abs. 4 ZPO - als nicht sachdienlich - nicht zugelassen.

Auch dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

Aus dem zu oben I 3 Dargelegten ergibt sich, daß die Widerklage unbegründet ist, weil den Beklagten bei Unmöglichkeit der Nachbesserung weder ein Minderungsrecht noch ein Schadensersatzanspruch zusteht, sondern nur das Rücktrittsrecht. Daß das Berufungsgericht die Widerklage nicht als unbegründet, sondern nur als unzulässig abgewiesen hat, beschwert die Beklagte nicht.

III. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge
aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Obenhaus