

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 77/73

URTEIL

Verkündet am
25. Oktober 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] S [REDACTED] GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer Jean L [REDACTED], D [REDACTED], G [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Erhard H [REDACTED], M [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) - 13. Zivilsenat in Darmstadt - vom 21. Februar 1973 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin lieferte im März 1970 dem Beklagten für dessen Lackiererei eine Anlage zur Kunststoffpulverrückgewinnung und -aufbereitung zum Preise von 28.860 DM. Diese Anlage paßte in ihren Abmessungen nicht zu dem im Betrieb des Beklagten vorhandenen Durchlaufofen, in dem der auf die Werkstücke aufgesprühte Lack eingebrannt wird. Die Parteien vereinbarten deshalb im April 1970, daß die Klägerin die von ihr gelieferte Anlage an den Durchlaufofen durch Höherverlegung der Kette, die dem Transport der Werkstücke durch den Ofen dient, anpassen sollte. Nach der Anpassung sollte der Beklagte die Anlage als "richtig geliefert abnehmen".

Als die Kette am 13. Juni 1970 verlegt werden sollte, kamen Bedenken auf, daß dadurch der Abkühlweg der Werkstücke zu kurz werden könnte. Die Parteien erörterten deshalb, auch den Kettenweg zu verlängern.

Zur Veränderung der Kette kam es jedoch nicht. Vielmehr verlangte die Klägerin mit Rechnung vom 23. Juni 1970 die Bezahlung der Anlage. Der Beklagte lehnte das mit Schreiben vom 28. Juni 1970 ab und verlangte Rücknahme der Anlage mit dem Hinweis, die Anlage entspreche nicht den Abmessungen, sei für den Fertigungsablauf in seinem Betrieb zu klein und habe deshalb nicht aufgestellt werden können. Dem widersprach die Klägerin mit Schreiben vom 8. Juli 1970 sowie 24. August 1970 und forderte Bezahlung ihrer Rechnung. Der Beklagte zahlte nicht.

Die Klägerin hat 30.780,30 DM nebst Zinsen eingeklagt. Davon entfallen 28.860 DM auf die gelieferte Anlage. Den Anspruch über die weiteren 1.920,30 DM hat das Landgericht durch Teilerkenntnis-Urteil zugesprochen.

Die Klägerin hat vorgetragen, der Beklagte verhindere arglistig die vereinbarte Anpassung der Anlage und verweigere damit grundlos deren Abnahme. Er sei daher zur Bezahlung der Anlage ohne Rücksicht auf deren noch ausstehende Anpassung und Abnahme verpflichtet.

Der Beklagte hat demgegenüber ausgeführt, er habe, nachdem im Juni 1970 Bedenken gegen die Verlegung der Kette aufgetaucht wären, die Möglichkeit einer Anpassung weiter prüfen wollen. Die Klägerin habe aber keinen Vertreter geschickt. Inzwischen sei er zu der Auffassung gelangt, daß die Kette bei den Gegebenheiten in seinem Betrieb nicht



verlegt werden könne. Gleichwohl lehne er einen Anpassungsversuch der Klägerin nicht grundsätzlich ab.

Das Landgericht hat durch Schluß-Urteil der Klage stattgegeben unter Abweisung eines Teils der Zinsforderung und abzüglich des durch Teilanerkennnis-Urteil zugesprochenen Betrages. Das Oberlandesgericht hat die Klage, soweit sie auf Zahlung von 28.860 DM nebst Zinsen gerichtet ist, abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Schluß-Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, der Vertrag der Parteien sei Werklieferungsvertrag, der eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstand habe. Da die Klägerin kein abnahmefähiges Werk hergestellt habe, könne sie gemäß § 641 BGB grundsätzlich auch noch keine Vergütung verlangen.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision auch nicht beanstandet.

II.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe die Vertragserfüllung nicht grundlos und endgültig abgelehnt oder seine ihm obliegende Mitwirkung endgültig verweigert. Damit fehle es hier an den Voraussetzungen, nach denen der Unternehmer die Vergütung schon vor Fertigstellung des Werkes fordern kann (BGHZ 50, 175).

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Auf Grund der Zeugenaussage des Verkaufsleiters der Klägerin B██████ stellt das Berufungsgericht fest, die Kette sei am 13. Juni 1970 deshalb nicht höher gelegt worden, weil der Beklagte Bedenken gehabt habe, der Abkühlweg der Werkstücke könne hierdurch zu kurz werden. B██████ habe die Bedenken geteilt und mit dem Beklagten vereinbart daß die Kette auch noch verlängert werden solle, und zwar auf Kosten des Beklagten. Diese Arbeiten hätten etwa 8 bis 14 Tage später ausgeführt werden sollen.

Darin kann entgegen der Ansicht der Revision weder eine Erfüllungsablehnung noch eine Verweigerung der Mitwirkung durch den Beklagten gesehen werden. Ebensowenig kann von einem treuwidrigen Verhalten des Beklagten die Rede sei durch das ihm in entsprechender Anwendung des § 162 BGB in Verbindung mit § 242 BGB die Berufung auf die fehlende Fertigstellung des Werkes versagt wäre.

2. Eine grundlose und endgültige Erfüllungsablehnung sieht das Berufungsgericht auch nicht in dem Schreiben des Beklagten vom 28. Juni 1970, durch das er die Bezahlung der ihm am 23. Juni 1970 in Rechnung gestellten Anlage able und deren Rücknahme verlangte, weil sie nicht den Abmessung entspreche und für seinen Betrieb zu klein sei. Dieses Schreiben hält das Berufungsgericht für eine verständliche Reaktion des Beklagten auf das unberechtigte Zahlungsverlangen der Klägerin vom 23. Juni 1970. Die Parteien hätten dieses Schreiben nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung aufgefaßt. Das ergebe sich daraus, daß sie noch in der Folgezeit über die Anpassung der Anlage verhandelt hätten. Angesichts der technischen Schwierigkeiten der Anpassung sei es Aufgab

der Klägerin gewesen, dem Beklagten darzulegen, wie die Kette höhergelegt werden solle und was er zur Montage und Anpassung beitragen müsse. Das habe sie nicht getan.

Die Revision meint, der Beklagte habe sich durch sein Schreiben vom 28. Juni 1970 als derart unzuverlässig erwiesen, daß der Klägerin die weitere Vorleistung nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Damit wendet sich die Revision jedoch in unzulässiger Weise gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt.

Auch aus der Vereinbarung vom 13. Juni 1970, dem Zahlungsverlangen der Klägerin vom 23. Juni 1970 und den nachfolgenden Verhandlungen über die Anpassung der Anlage, brauchte das Berufungsgericht nicht die von der Revision gewünschten Schlüsse zu ziehen. Sie übersieht, daß nach der von ihr erwähnten Aussage des Verkaufsleiters B. die Kettenveränderung weiter habe aufgeschoben werden sollen, bis auch die Einzelheiten über den noch zusätzlich in Aussicht genommenen Einbau einer Pulverautomatik geklärt gewesen seien. Wenn der Beklagte dann auch, wie die Klägerin behauptet hat, nicht zu der deswegen für Anfang August 1970 vorgesehenen Besprechung nach D. gekommen ist, so brauchte das Berufungsgericht darin doch noch nicht eine endgültige Erfüllungsverweigerung zu sehen.

3. Fehlt die Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagte die für die Montage der Anlage erforderlichen Vorarbeiten (u.a. Verbreiterung der Tür, Anbringung einer Schaltanlage) nicht ausgeführt habe. Es weist vielmehr ohne Rechtsirrtum darauf hin, daß angesichts der technischen Schwierigkeiten, die Anlage anzupassen,

die Klägerin dem Beklagten zunächst genau hätte darlegen müssen, wie die Kette verlegt werden solle und was er dabei zu tun habe. Daran fehle es.

4. Das Berufungsgericht sieht schließlich die Prozeß-erklärung des Beklagten nicht als widerlegt an, daß er zwischen - inzwischen - eine Anpassung der Anlage bei den Gegebenheiten seines Betriebes nicht für möglich halte, dennoch einen Anpassungsversuch der Klägerin nicht grundsätzlich ablehne. Die Revision meint, dies sei nur ein "bloßes Lippenbekenntnis" des Beklagten. Auch damit wendet sie sich in unzulässiger Weise gegen die tatrichterliche und rechtsfehlerfreie Würdigung des Berufungsgerichts.

Insgesamt verkennt die Revision den Sinn der im April 1970 getroffenen Abrede über das Anpassen der Anlage durch Höherlegen der Kette. Sie kann vernünftigerweise nicht bedeuten, daß die Klägerin die Kette höherlegen soll gleichviel, ob die Anlage im Betrieb des Beklagten funktionsfähig wurde oder nicht. Nur dann, wenn dadurch die Anlage Ofen des Beklagten angepaßt wurde, war das Verlegen der Kette sinnvoll. Deshalb mußte die Klägerin den technischen Bedarf des Beklagten Rechnung tragen und in technisch überprüfbarer Weise darlegen, wie sie die Anpassung im einzelnen durchzuführen beabsichtige.

5. Soweit Verfahrensrügen der Revision vorstehend nicht erörtert sind, hat der Senat sie geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

62

6. Nach alledem ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt		Erbel		Schmidt
	Meise		Recken	

1-

2,
3-

1 den

ce
en
er

;