

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

2211 079

BGB §§ 252, 276 H, HB, 635, 638

- a) In der kurzen Frist des § 638 BGB verjähren Ansprüche auf Ersatz desjenigen Schadens, der dem Werk unmittelbar anhaftet, weil es infolge eines Mangels unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist, ferner Ansprüche auf Ersatz des dem Gläubiger deswegen entgangenen Gewinns (§ 252 BGB).
- b) Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung eines Werkvertrags verjähren nicht nach § 638 BGB, sondern nach § 195 BGB in 30 Jahren. Dafür kommen diejenigen Nachteile in Betracht, die dem Besteller als weitere Folge des Mangels, also außerhalb des Werkes und des infolge des Mangels entgangenen Gewinns, erwachsen sind. Ein Schaden aus positiver Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Besteller seinem Abnehmer Reklamegebühren erstatten muß, die dieser entrichtet hat, ohne - wegen der Mangelhaftigkeit der gelieferten Reklamefiguren - die ihm zur Verfügung stehenden Reklameflächen nutzen zu können.

BGH, Urt. v. 27. April 1961 - VII ZR 9/60 - Kammergericht
LG Berlin

VII ZR 9/60

Verkündet
am 27. April 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Jenny B. [REDACTED] geb. L. [REDACTED], B. [REDACTED],
H. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Feinmechaniker Wenzel W. [REDACTED], B. [REDACTED], B. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. März 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 22. September
1959 wird zurückgewiesen, soweit ihre Klage wegen
eines Befreiungsanspruchs in Höhe von 4.005 DM nebst
4 % Zinsen seit dem 17. Januar 1957 abgewiesen ist.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und in
diesem Umfange die Sache zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag der Parteien vom 14. Juli 1955 verpflichtete sich der Beklagte, für die Klägerin gegen eine Anzahlung von 100 DM die Anlage einer beweglichen Bildreklame für Fahrzeuge und Schaufenster zu bauen. Der Beklagte und ein Herr V. versprachen, hierüber Stillschweigen zu wahren. Die Klägerin sollte das Modell erhalten und verpflichtete sich, dem Beklagten und V. "alle mit diesen Modellen verbundenen Lieferungsverträge" zu geben.

Am 31. Juli 1955 verpflichtete sich die Klägerin, "sämtliche Arbeiten, sei es für fahrende und Schaufensterreklame", nur an den Beklagten und einen Herrn H. zu vergeben und "für die Beschaffung der Modelle komplett" 250 DM zu zahlen.

Am 14. Januar 1956 schloß die Klägerin im Beisein des Beklagten mit dem Kaufmann Ba., Alleininhaber des Schuhhauses S., einen Vertrag, wonach die Klägerin diesem zum Stückpreis von 65 DM 77 "Vorrichtungen (Wackelkontakte)" für Werbefiguren (sog. "Spatzen") zu liefern hatte, die an Straßenbahnwagen angebracht werden sollten. Durch die Wackelvorrichtung, die im wesentlichen aus zwei Blattfedern bestand, garieten beim Fahren der Straßenbahnen Köpfe und Beine der Figuren in Bewegung und erweckten den Eindruck voranlaufender kopfnickender Vögel.

Die Wackelfiguren ließ die Klägerin durch den Beklagten gegen eine Vergütung von 20 DM je Stück herstellen.



Die 77 "Wackelspatzen" wurden in der Zeit vom 19. Januar bis etwa Mitte Februar 1956 an den Dächern von Straßenbahnwagen der Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) angebracht, und zwar auf Grund eines Werbevertrages zwischen Ba[REDACTED] und den BVG. Im März 1956 verlängerte Bartsch diesen Werbevertrag um ein Jahr bis zum 10. März 1957.

In der Zeit von Ende März bis November 1956 wurden nacheinander sämtliche "Wackelspatzen" unbrauchbar, weil die Blattfedern infolge der Fahrerschütterungen brachen.

In einem Rechtsstreit des Kaufmanns Ba[REDACTED] gegen die jetzige Klägerin wurde diese rechtskräftig verurteilt, Schadensersatz zu leisten in Höhe von 4.005 DM (Anzahlung des Ba[REDACTED] an die Klägerin) und 9.922,84 DM (von Ba[REDACTED] unnütz an die BVG gezahlte Reklamegebühren) nebst Zinsen. In jenem Rechtsstreit hatte die Klägerin durch einen am 25. Januar 1957 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz dem Beklagten den Streit verkündet; er war jedoch nicht beigetreten.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt die Klägerin von dem Beklagten Freistellung von ihrer Schadensersatzverpflichtung gegenüber Ba[REDACTED] in Höhe von insgesamt 13.927,84 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Er meint, er hafte nicht für die Brauchbarkeit der Wackelvorrichtung, da sein Vertrag mit der Klägerin ein Dienstvertrag sei. Falls er aber ein Werkvertrag sei, so sei die Forderung der Klägerin verjährt.

Die Klägerin ist demgegenüber der Auffassung, zwischen den Parteien habe ein Gesellschaftsverhältnis (Erfindungsverwertungsvertrag) bestanden. Im übrigen habe der Beklagte den Mangel der Wackelvorrichtung arglistig verschwiegen. Die kurze Verjährung des § 638 BGB greife daher keinesfalls ein.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht sieht in dem Vertrag der Parteien keine Gesellschaft, kein gesellschaftsähnliches Verhältnis und auch keinen Dienstvertrag, sondern einen Werkvertrag. Es führt aus: Der Beklagte habe eine unbrauchbare Fehlkonstruktion geliefert und damit seine Vertragspflichten schuldhaft verletzt. Er sei daher der Klägerin nach § 635 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser Anspruch sei jedoch verjährt.

Die Angriffe der Revision hiergegen sind im Ergebnis zum Teil begründet.

1) Die Revision wendet sich gegen die Auslegung der Individualvereinbarungen der Parteien durch das Berufungsgericht. Diese vom Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbare Auslegung läßt jedoch keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Auslegung die Vereinbarung der Parteien vom 31. Juli 1955 nicht berücksichtigt.

Es ist nicht ersichtlich, daß es diese im Tatbestand des Berufungsurteils ausdrücklich angeführte Vereinbarung bei seiner Würdigung übersehen haben sollte. Daraus allein, daß es sie in den Entscheidungsgründen nicht nochmals erwähnt hat, läßt sich das nicht schließen.

b) Die Verpflichtung der Klägerin, alle Aufträge dem Beklagten (und V[REDACTED]) zu geben, war auch schon in der ersten Vereinbarung vom 14. Juli 1955 enthalten, die das Berufungsgericht gewürdigt hat. Die Vereinbarung vom 31. Juli 1955 unterscheidet sich davon im wesentlichen nur dadurch, daß an die Stelle V[REDACTED]s jetzt Haefner getreten war.

Die Revision ist der Auffassung, daß die Vereinbarung vom 31. Juli 1955 nichts anderes enthalte als der Vertrag vom 9. Februar 1956. Diesen Vertrag aber hat das Berufungsgericht ebenfalls ausführlich gewürdigt.

c) Das Berufungsgericht brauchte der Vereinbarung vom 31. Juli 1955 nicht zu entnehmen, daß ein Gesellschafts- oder gesellschaftsähnliches Verhältnis der Parteien bestanden hätte. Das Berufungsgericht hat insbesondere die Voraussetzungen eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses ausführlich geprüft und rechtsirrtumsfrei verneint. Aus seinen Ausführungen ergibt sich, daß die Parteien sich nicht mit einem gesellschaftsähnlichen Bindungswillen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zieles zusammen-

geschlossen haben (vgl. BGH II ZR 188/57 vom 21. Mai 1959 = WM 1959, 857). Aus der von der Klägerin übernommenen Verpflichtung, alle Aufträge für fahrende und Schaufensterreklame an den Beklagten (und H[REDACTED]) zu vergeben, brauchte das Berufungsgericht nicht auf einen derartigen Bindungswillen der Parteien zu schließen. Diese Verpflichtung war auch im Rahmen rein werkvertraglicher Beziehungen der Parteien möglich und sinnvoll.

d) Die Umstände, daß die Klägerin 70 Jahre alt und technisch unerfahren, sowie, daß der Beklagte bei den Vertragsverhandlungen der Klägerin mit Ba[REDACTED] anwesend war, brauchten das Berufungsgericht ebenfalls nicht zu veranlassen, einen Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlichen Vertrag der Parteien zu bejahen.

2) Das Berufungsgericht führt aus: Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung deswegen, weil der Beklagte den Vertragsschluß der Klägerin mit Ba[REDACTED] nicht verhindert habe, stehe der Klägerin nicht zu. Denn der Vertragsschluß mit Ba[REDACTED] liege zeitlich vor der Abnahme der Figuren (durch die Klägerin). Das Verhalten des Beklagten sei also für den Schaden nicht ursächlich.

Es ist der Revision zuzugeben, daß diese Ausführungen des Berufungsgerichts nicht verständlich sind. Darauf kommt es aber nicht an. Denn als Grundlage für einen Anspruch aus unerlaubter Handlung käme hier nur ein vorsätzliches Handeln des Beklagten in Betracht (§ 823 Abs. 2, § 826 BGB).

Nach den insoweit rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts ist aber nicht bewiesen, daß der Beklagte

bereits im Zeitpunkt, als die Klägerin die Figuren abnahm, deren Mängel gekannt, jedoch verschwiegen hat. Dann gilt dies aber erst recht für den noch früheren Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen der Klägerin mit Ba[REDACTED]. Arglist oder Vorsatz des Beklagten ist für diese Zeit demnach nicht nachweisbar.

Die Revision kann aus der von ihr angezogenen Entscheidung BGH VI ZR 158/57 vom 11. Juli 1958 = VersR 1958, 652 nichts zu ihren Gunsten herleiten. Der Bundesgerichtshof hat in jener Entscheidung nicht ausgesprochen, daß aus § 826 BGB auch hafte, wer den Schaden nur grob fahrlässig zugefügt hat.

3) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die aus § 635 BGB hergeleitete Klageforderung sei verjährt. Dem Beklagten sei nicht nachzuweisen, daß er den Mangel seines Werks arglistig verschwiegen habe. Maßgebend sei daher die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 638 BGB. Diese sei, auch bei Berücksichtigung einer zwischenzeitlichen Hemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB, bereits verstrichen gewesen, als die Klägerin im Vorprozeß des Ba[REDACTED] gegen sie ihre Streitverkündung an den Beklagten bei Gericht eingereicht habe; zu einer Unterbrechung der Verjährung sei es daher nicht gekommen.

a) Die Revision wendet sich nicht dagegen, daß eine sechsmonatige Verjährungsfrist seit Abnahme des Werks durch die Klägerin abgelaufen sein würde. Dies hat das Berufungsgericht auch rechtsfehlerfrei dargelegt (vgl. §§ 638, 639 Abs. 2, 209 Abs. 2 Nr. 4 BGB, § 261 b Abs. 3 ZPO).

b) Die Revision greift aber mit einer Reihe von Einzelrügen die vom Berufungsgericht unter Würdigung der Umstände des Falles getroffene Feststellung an, daß der Beklagte den Mangel des Werks nicht arglistig verschwiegen habe.

Diese Rügen gehen fehl. Es handelt sich um unzulässige oder offensichtlich unbegründete Angriffe auf die rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Auf Einzelheiten braucht unter diesen Umständen nicht näher eingegangen zu werden.

4) Das Berufungsgericht meint, auch ein Anspruch des Klägers aus positiver Vertragsverletzung sei der kurzen Verjährung des § 638 BGB unterworfen. Infolgedessen prüft es nicht, ob die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs gegeben sind.

Das ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs ist beim Werkvertrag der § 638 BGB auf Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung nicht anzuwenden, und zwar auch dann nicht, wenn der Schaden im Zusammenhang mit einem Mangel des Werks steht. Solche Ansprüche verjähren vielmehr nach § 195 BGB in 30 Jahren (RGZ 62, 119; 64, 41; 66, 12, 15; 71, 173; 95, 2; 115, 122, 125; RG Warn 1920, 33; RG JW 1938, 1646; sowie die Entscheidungen des erkennenden Senats VII ZR 167/59 vom 5. Dezember 1960 u. VII ZR 20/59 vom 18. Februar 1960).

An dieser Auffassung, die auch im Schrifttum allgemein gebilligt wird, ist festzuhalten.

Es fragt sich jedoch, wie der Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung von dem in § 635 BGB behandelten, der als Gewährleistungsanspruch der kurzen Verjährung nach § 638 BGB unterliegt, abzugrenzen ist.

a) In dieser Hinsicht kann zunächst davon ausgegangen werden, daß derjenige Schaden, der dem Werke unmittelbar anhaftet, weil es - wegen des Mangels - unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist, allein unter die Vorschrift des § 635 BGB fällt (so Urteil des Senats vom 30. April 1959 VII ZR 109/58; vgl. ferner die Fälle in BGHZ 9, 98 und 27, 215). Sonst bliebe für diese Vorschrift kein Anwendungsbereich.

Da ferner jede Schadensersatzpflicht im Rahmen des § 252 BGB den dem Gläubiger entgangenen Gewinn umfaßt, gehört auch zum Schadensersatz nach § 635 BGB derjenige Gewinn, der dem Besteller, wäre das Werk mangelfrei, "nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit" zugeflossen wäre.

Im vorliegenden Falle hatte die Klägerin das vom Beklagten gelieferte Werk an Ba. um den Betrag von 5.005 DM veräußert; hierauf hatte Ba. 4.005 DM angezahlt. Da das Werk mangelhaft war, muß die Klägerin dem Ba. das bereits empfangene Entgelt zurückzahlen; hierzu ist sie durch das im Vorprozeß ergangene Teilurteil des Landgerichts Berlin vom 25. Oktober 1957 verurteilt. Soweit sie dieserhalb auf den Beklagten zurückgreift, macht sie ausschließlich Schadensersatz nach § 635 BGB

geltend. Denn in der Verpflichtung der Klägerin, den empfangenen Gegenwert des Werkes zurückzuerstatten, drücken sich dessen Wertlosigkeit, also der dem Werk unmittelbar anhaftende Schaden, sowie der der Klägerin infolgedessen entgangene Gewinn aus.

b) Für den Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung kommen diejenigen Nachteile in Betracht, die dem Besteller als weitere Folge des Mangels, also außerhalb des Werkes und des infolge des Mangels entgangenen Gewinns, erwachsen sind. Das trifft hier zu für die 9.922,84 DM, die die Klägerin gemäß dem Schlußurteil des Vorprozesses vom 25. März 1958 dem Kaufmann Ba[REDACTED] zu erstatten hat, weil dieser in gleicher Höhe Reklamegebühren an die Berliner Verkehrsbetriebe entrichten mußte, ohne - wegen der Mangelhaftigkeit der gelieferten Reklamefiguren - die ihm zur Verfügung stehenden Reklameflächen nutzen zu können.

In der oben angeführten, allerdings nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist für den aus einem Werksmangel hergeleiteten Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung in der Regel zusätzlich noch gefordert worden, der Schaden müsse durch ein zu dem Mangel hinzutretendes, besonderes Ereignis verursacht worden sein. Ob hieran unter allen Umständen festzuhalten ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung; denn an einem solchen besonderen Ereignis fehlt es hier nicht. Es liegt in der Zahlung der Reklamegebühren durch Ba[REDACTED], die ihrerseits nicht durch den Mangel der von dem Beklagten angefertigten Wackelvorrichtungen verursacht ist, aber zusammen mit dem Mangel zunächst den Schaden des Ba[REDACTED] und sodann auch den der Klägerin hervorgerufen hat.

Soweit also die Klägerin von dem Beklagten Befreiung von ihrer Zahlungspflicht gegenüber Ba[REDACTED] wegen der 9.922,84 DM fordert, erhebt sie einen Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung, der nicht verjährt ist.

5) Die Klägerin hat einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung weiter daraus herzuleiten versucht, daß der Beklagte schuldhaft eine vertragliche Nebenpflicht verletzt habe, nämlich die Pflicht, sie mit Rücksicht auf die Mangelhaftigkeit des Werks vor dem Vertragsschluß mit Bartsch zu warnen.

Das geht fehl. Es kommt, wie sich aus dem oben unter 2) Dargelegten ergibt, nur Fahrlässigkeit des Beklagten in Betracht. Soweit aber dem Unternehmer vorgeworfen wird, er habe den Besteller über Mängel des Werkes fahrlässigerweise nicht aufgeklärt, können neben den Gewährleistungsansprüchen nicht auch noch die Regeln der positiven Vertragsverletzung angewandt werden.

Das zeigt insbesondere folgende Überlegung: Die Folgen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft regeln sich beim Werkvertrag nach den Vorschriften über die Gewährleistung (§ 633 BGB). Der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft verjährt nach § 638 BGB. Das fahrlässige Verschweigen eines Mangels wiegt nicht schwerer als das positive Zusichern einer nicht vorhandenen Eigenschaft. Das fahrlässige Verschweigen kann daher verständigerweise keine weiterreichenden Folgen auslösen als das Zusichern.

6) Nach dem Vorgesagten ist die Klage in den Vorinstanzen mit Recht abgewiesen worden, soweit sie sich auf den Anspruch des Ba[REDACTED] gegen die Klägerin auf Rückgewähr der

von Ba[REDACTED] geleisteten Anzahlung von 4.005 DM nebst Zinsen bezieht. Insoweit ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Im übrigen ist die Sache noch nicht entscheidungsreif.

Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 31. Dezember 1958 (S. 4) behauptet und unter Beweis gestellt, er habe im Verlauf der Verhandlungen der Klägerin mit Ba[REDACTED], bei denen er anwesend war, in das Gespräch eingegriffen, sei jedoch von der Klägerin unterbrochen worden.

Das Berufungsgericht ist dem nicht nachgegangen und brauchte das von seinem Standpunkt aus auch nicht.

Da aber entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ein Teil der Klageforderung nicht verjährt ist, wie oben ausgeführt ist, wird das Berufungsgericht jetzt zu prüfen haben, ob sich aus dem vom Beklagten behaupteten Sachverhalt, falls er bewiesen wird, eine schuldhafte Mitverursachung des Schadens durch die Klägerin ergibt, die nach § 254 BGB zu einer Schadensteilung unter den Parteien führt.

Das angefochtene Urteil ist daher in dem sich aus dem Urteilsspruch ergebenden Umfange aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Vogt Finke