

13

V e r k ü n d e t

am 4. Mai 1956
Fieser, Just. Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma H-Schuh AG in F, G
Lstraße, gesetzlich vertreten durch ihren
Vorstand, den Kaufmann Bernhard M,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

die Firma Chr. W. S, Inhaber Chr. W. S, in
F Astraße

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1956 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar,
Dr. Meyer, Hanebeck und Dr. Hauß

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Frankfurt am Main vom 7. Januar 1954 wird
zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden der
Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

... 2 -

23

Tatbestand:

Die Beklagte stellt Neon-Leuchtreklame-Anlagen her. Am November 1950 bestellte die Klägerin bei ihr eine Beleuchtungsanlage für eine Schuhverkaufsfiliale in W[REDACTED], deren Eröffnung unmittelbar bevorstand. Die Anlage wurde von der Beklagten am 10. Dezember 1950 angebracht. Die Klägerin rügte mehrfach Mängel der Anlage, um deren Abstellung die Beklagte sich jeweils unverzüglich bemühte. Teilweise bestritt sie allerdings die Pflicht zur Behebung der von ihr nicht zu vertretenden Mängel. Am 8. März 1951 stellte die Filiale W[REDACTED] der Beklagten eine schriftliche Bestätigung aus, daß die Neonanlage nunmehr einwandfrei brenne. Als die Beklagte der Klägerin am 28. März 1951 die Rechnung übersandte, zahlte die Klägerin, die schon früher in mehreren Raten den größten Teil der Forderung beglichen hatte, alsbald den Restbetrag.

Bald darauf traten erneut Mängel an der Anlage auf. Insgesamt kam es in der Zeit von der Anbringung der Anlage bis zum 9. August 1951 zu neun schriftlichen Beanstandungen. Die Klägerin verlangte schließlich von der Beklagten, sie möge ihr Einverständnis erteilen, daß die Mängel von einer Konkurrenzfirma behoben würden. Die Beklagte, die die Mängel teilweise auf die gemäß einem Wunsch der Klägerin zu hastige Ausführung der Anlage und teilweise auch auf Spannungsänderungen im Stromnetz zurückführte, widersprach und erbot sich, die Mängel selbst zu beheben. Die Parteien verhandelten bis zum Dezember 1951 noch fernmündlich zu der Frage, ob die Mängel durch eine andere Firma beseitigt werden sollten. Zu einer Einigung kam es jedoch nicht. Die Beklagte bestand darauf, selbst die Nachbesserungen vorzunehmen. Nachdem die Klägerin die Anlage Ende Dezember 1951 beim Elektrizitätswerk abgemeldet hatte, wurde sie nicht mehr eingeschaltet.

- 3 -

Am 2. Oktober 1952 forderte die Patent- und Treuhandgesellschaft der Firma O [REDACTED] die Klägerin auf, die Anlage auszubauen, weil sie ihre Patente verletze. Die Röhren seien unter Verletzung eines patentierten Verfahrens hergestellt. Die Beklagte, die hiervon Kenntnis erhielt, bestritt dies und bot der Klägerin am 14. Oktober 1952 an, sie von jeder Streitigkeit mit der Treuhandgesellschaft freizustellen. Die Klägerin ließ die Anlage ausbauen.

Unstreitig hat die Klägerin der Beklagten weder zur Beseitigung der Sachmängel noch mit Rücksicht auf die angebliche Patentverletzung eine Frist gesetzt.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Sie behauptet, daß die Anlage mindestens 500 Tage nicht gebrannt und deshalb keine Käufer angelockt habe. Das bedeute eine Gewinneinbuße von mindestens 5000 DM. Diesen Betrag und den der Beklagten gezahlten Werklohn von 6.172 DM verlangt sie als Gesamtschaden.

Mit der Klage begehrt die Klägerin, die Beklagte zur Zahlung von 11.172 DM zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klagabweisung begehrt. Sie behauptet, die Klägerin habe mit Rücksicht auf die überstürzte Herstellung der Anlage ausdrücklich auf die Geltendmachung von Sachmängeln verzichtet. Die Anlage sei zudem abgenommen worden. Die Beklagte hat weiter die Einrede der Verjährung erhoben und eine Patentverletzung in Abrede gestellt.

Beide Vorinstanzen haben die Klagansprüche für unbegründet gehalten, weil die Klägerin es verabsäumt habe, der Beklagten eine Frist zur Beseitigung der Mängel zu setzen. Hiergegen wendet sich die Revision, mit der die Klägerin ihre Ansprüche weiter verfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Land- und Berufungsgericht haben Ansprüche der Klägerin deshalb verneint, weil, selbst wenn kein Ausschluß der Gewährleistung vereinbart gewesen sei und selbst wenn unterstellt werde, daß die Sachmängel der Anlage von der Beklagten zu vertreten seien, die Klägerin der Beklagten keine Frist zur Behebung der Mängel gesetzt habe (§ 634 BGB). Das Berufungsgericht setzt sich insbesondere mit der Frage auseinander, ob einer der Sonderfälle des § 634 Abs 2 BGB vorliege, nach denen es keiner Bestimmung einer Frist bedarf. Das Berufungsgericht verneint ein besonderes Interesse der Klägerin an der sofortigen Geltendmachung des Schadensersatzanspruches. Vom Bekanntwerden der ersten, nicht zufriedenstellend beseitigten Mängel der Anlage bis zu deren endgültigem Ausbau habe ein Zeitraum von über 1 1/2 Jahren gelegen. Die Klägerin habe nicht einmal in der Zeit, in der sie die Anlage gänzlich außer Betrieb gesetzt habe, es für nötig gehalten, der Beklagten eine Frist zu setzen oder ihr überhaupt zu erkennen zu geben, daß sie noch Ansprüche aus dem Vertrag geltend machen werde. Nachdem sie trotz der ihr bekannten Sachmängel solange geschwiegen habe, könne sie sich heute nicht mehr auf den Standpunkt stellen, ihr Verlangen, den Schadensersatzanspruch sofort geltend zu machen, sei durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt gewesen.

Die Revision wendet sich gegen diese Erwägung. Sie rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß ein besonderes Interesse des Bestellers an sofortiger Geltendmachung des Schadensersatzanspruches auch durch die Erschütterung des für die Durchführung des Vertragsverhältnisses erforderlichen Vertrauens eintreten könne (BGH II ZR 55/50 vom 17. Oktober 1951 = LM Nr 1 zu § 634; Staudinger, § 634 Anm 8 c) und

führt aus, daß die Erschütterung des Vertrauens sich einmal aus den mehrfachen unzureichenden Instandsetzungen und auch aus der Patentverletzung, die das Berufungsgericht unterstellt habe, ergebe.

II.

Die von der Revision aufgegriffene Frage kann bezüglich der Sachmängel dahingestellt bleiben. Selbst wenn die Klägerin nach den besonderen Umständen des Falles einer Fristsetzung enthoben gewesen sein sollte, wären ihre Ansprüche aus Sachmängeln verjährt. Auf eine werkvertragliche Arbeit der streitigen Art findet die sechsmonatige Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB Anwendung, da es sich nicht um Arbeiten an einem Grundstück oder an einem Bauwerk im Sinne dieser Vorschrift handelt (BGHZ 19, 319). Die Klage ist am 20. November 1952 zugestellt worden. Die als Beginn der Verjährung maßgebliche Abnahme der Anlage ist spätestens Ende März 1951 erfolgt. Die Klägerin hat unstreitig unmittelbar nach der Eröffnung ihres Geschäftes, also auch nachdem die ursprüngliche Unbrauchbarkeit der Anlage am Eröffnungstermin feststand, den Hauptteil des Werklohns bezahlt. Ein weiterer Teil ist nach den ersten Ausbesserungen der Anlage bezahlt worden. Kurz nach der Übersendung einer Rechnung durch die Beklagte am 28. März 1951 hat die Klägerin das Konto der Beklagten ausgeglichen, nachdem zwischenzeitlich weitere Mängel entstanden und behoben waren. Gerade in der vorbehaltlosen Zahlung des Werklohns kann die Abnahme liegen, das heißt die Erklärung, daß das Werk in der Hauptsache als zufriedenstellend angesehen werde (RGZ 107, 339, 343 und häufig).

Es kommt hinzu, daß die Filiale der Klägerin in Wiesbaden am 8. März 1951 der Beklagten eine Bescheinigung ausgestellt hatte, daß die Anlage nunmehr einwandfrei brenne. Die Klägerin hat allerdings bestritten, daß die Filial-

leitung zur Ausstellung einer derartigen Bescheinigung berechtigt gewesen sei. Darauf kommt es jedoch nicht an. Nach Treu und Glauben konnte sich die Beklagte, nachdem die Bescheinigung ausgestellt war, darauf verlassen, daß für sie die Arbeit im wesentlichen abgeschlossen war, zumal kurz darauf die Ausgleichszahlung erfolgte, und zwar durch die Zentrale der Klägerin.

In diesem Verhalten der Klägerin liegt die Abnahme im Sinne des § 638 BGB. Später auftretende Mängel könnten höchstens dazu geführt haben, daß die Verjährung im Rahmen des § 639 BGB zeitweise gehemmt war. Da aber alle Instandsetzungsarbeiten und auch alle Verhandlungen zwischen den Parteien über etwaige weitere Arbeiten spätestens im Dezember 1951 beendet waren, war die Forderung im Zeitpunkt der Klageerhebung verjährt. Für ein arglistiges Verschweigen des Unternehmers liegt kein Anhaltspunkt vor. Die behauptungs- und beweispflichtige Klägerin hat hierzu nichts vorgetragen. Infolgedessen können die Klageansprüche nicht aus den behaupteten Sachmängeln hergeleitet werden.

III.

Die Revision ist weiter darauf gestützt, eine zusätzliche Erschütterung des Vertrauens sei dadurch eingetreten, daß die Klägerin sich wegen einer Patentverletzung des Beklagten habe verwarnen lassen müssen, und daß sie infolgedessen berechtigt gewesen sei, auch ohne Fristsetzung Rechte gegen die Beklagte geltend zu machen. Das Berufungsgericht habe es offen gelassen, ob es sich in der Tat um eine von dem Beklagten begangene Patentverletzung gehandelt habe. Dies sei entsprechend einer Behauptung der Klägerin in der Tatsacheninstanz zu unterstellen. Das Berufungsgericht habe es übersehen, zu beachten, daß eine stärkere Erschütterung des Vertrauens als durch eine Patent-

verletzung kaum denkbar sei.

Allerdings hätte die Klägerin die volle Beweislast dafür, daß wirklich eine Patentverletzung vorliegt. Die Geldtendmachung des Rechtes durch den Dritten, hier also die Osram-Gesellschaft, genügt nicht (WarnRspr 16, 161; RG JW 1926, 2738). Doch wird entsprechend dem Vortrag der Revision eine Patentverletzung unterstellt. Ein solcher Mangel ist als Rechtsmangel anzusehen [vgl Palandt-Gramm, § 434 2 b; RG JW 1911, 46; die einzige als abweichend zitierte Entscheidung des OLG Königsberg - OLG 23, 24 - betrifft einen Sonderfall, der nicht einschlägig ist]. Da die vertragsmäßige Leistung der Beklagten die Werklieferung einer nicht vertretbaren Sache ist, findet auf den Rechtsmangel § 434 BGB Anwendung (§ 651 BGB).

Die objektive Tatsache einer Patentverletzung genügt für die Anwendung des § 434 BGB. Bei Unterstellung der Patentverletzung hat also die Beklagte die ihr gemäß § 434 BGB obliegende Verpflichtung nicht erfüllt und gemäß § 440 BGB bestimmen sich die Rechte der Klägerin nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327 BGB.

Die der Beklagten obliegende Leistung ist nicht unmöglich geworden, auch wenn unterstellt wird, daß O. [REDACTED] weitgehende Patente an Neonröhren hat. Eine Unmöglichkeit der Leistung läge nur dann vor, wenn es keinerlei Möglichkeit gäbe, Neonanlagen ohne Verletzung von O. [REDACTED]'schen Patenten oder sonstige Schutzrechten zu errichten und wenn es außerdem unmöglich wäre, O. [REDACTED]'sche Röhren in legaler Weise zu erwerben. In beiden Beziehungen hat die Klägerin keine Behauptungen aufgestellt. Es ist daher § 326 BGB anzuwenden, d.h. die Klägerin hätte wegen des Rechtsmangels der Beklagten eine Frist zu seiner Behauptung setzen müssen. Eine Nachfristsetzung entsprechend § 326 BGB ist aber unstreitig

nicht erfolgt. Die Vorschrift des § 326 Abs 2 BGB, daß es einer Nachfrist nicht bedürfe, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse mehr habe, ist nicht anzuwenden. Denn wenn die Erfüllung des Vertrages für die Klägerin kein Interesse mehr hatte, so war das auf die Sachmängel der Anlage zurückzuführen, die nach der Behauptung der Klägerin dem ordnungsgemäßen Gebrauch der Anlage entgegenstanden. Mit diesen Sachmängeln mußte sich die Klägerin infolge der Verjährung der Gewährleistungsansprüche abfinden. Zur Anwendung des § 326 Abs 2 BGB genügt es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages für die Klägerin kein Interesse mehr hat, vielmehr muß der Wegfall des Interesses gerade auf dem Verzug des Leistungspflichtigen beruhen (vgl Palandt-Gramm, Anm 11 zu § 326). Nur wenn das Interesse der Klägerin an der Vertragserfüllung eben dadurch weggefallen wäre, daß ihr die Beklagte nicht einen von einem Rechtsmangel freies Werk geliefert hätte, würde § 326 Abs 2 BGB zur Anwendung kommen. Dieser Fall liegt aber nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht vor. Diese hatte bereits vor Empfang des Schreibens der Patent- und Treuhandgesellschaft der Firma O. [REDACTED] die Anlage abgemeldet und damit zum Ausdruck gebracht, daß ihr zum mindesten an alsbaldiger Benutzung der Anlage nichts lag. Erfuhr sie nun von einem angeblichen Rechtsmangel, so war es auch durch ihre Interessenlage nicht geboten, aus diesem Mangel gegen die Beklagte Rechte herzuleiten, ohne die im Gesetz erforderliche Fristsetzung einzuhalten. Das galt umso mehr, als die Beklagte erklärt hatte, sie wolle die Klägerin von Streitigkeiten mit der O. [REDACTED]'schen Treuhandgesellschaft freistellen.

IV.

Die Revision rügt endlich noch, daß das Berufungsgericht nicht das Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung an-

genommen habe, bei der es einer Fristsetzung nicht bedürfe.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts geben indes keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Insbesondere sind die von der Revision angeführten Zitate aus Rechtsprechung und Schrifttum (RGZ 92, 158 und Staudinger § 635 Anm 8 c) nicht in ihrem Sinne zu verwerten. Das Reichsgericht betont (aaO S 159), daß dort kein Rücktrittsrecht gegeben sei, wo andere Vorschriften die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung eines Vertragsverhältnisses in erschöpfender Weise regeln. Gerade dies ist hier der Fall. Für den Werklieferungsvertrag sind ausdrückliche Bestimmungen über Wandlung und Schadensersatz vorhanden. Für Fälle, in denen diese Rechte eingreifen könnten, gibt es keine Möglichkeit, auf allgemeine Grundsätze zurückzugehen. Die von der Revision erwähnte Ansicht von Staudinger betrifft einen anderen Fall, nämlich eine bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werks begangene Vertragsverletzung. Zu Recht hat daher das Berufungsgericht von der Anwendung der Regeln über die positive Vertragsverletzung abgesehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Kleinewefers

Dr. Gelhaar

Dr. Meyer

Hanebeck

Dr. Hauß