

nungsandrohung setzen, ohne sich vorher für eine der beiden Anspruchsgrundlagen entscheiden zu müssen.

- b) Ist ein Werk mangelhaft, kann der Besteller auf den Erfüllungsanspruch und die Rechte aus den §§ 323 ff. BGB verzichten und nur noch Ansprüche aus Gewährleistung nach den §§ 633 ff. BGB geltend machen. An die Annahme eines solchen Verzichts sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Umstand allein, daß der Besteller im vorprozessualen Schriftverkehr nur werkvertragliche Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hat, rechtfertigt nicht die Annahme eines Verzichts auf Ansprüche aus § 326 BGB.

BGH, Urt. v. 17. Februar 1999 - X ZR 8/96 -OLG Bamberg

LG Aschaffenburg

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 1999 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 16. November 1995 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im September 1991 beauftragte die Klägerin die GWK Gesellschaft ... (nachfolgend: GWK) mit der Fertigung, Montage und Inbetriebnahme einer Montagevorrichtung für ZSB-Wasserrinnen. Der Beklagte war seinerzeit Gesellschafter der GWK. In der schriftlichen Auftragsbestätigung der GWK war als Liefertermin die 46. Kalenderwoche vorgesehen (= 11.-15. November).

Mit Schreiben vom 16. März 1992 teilte die Klägerin mit, daß sie die Lieferung der Vorrichtung bis zum 12. April 1992 erwarte, andernfalls sie "von den rechtlichen Möglichkeiten des BGB §§ 634, 636 Gebrauch machen und vom Vertrag zurücktreten" werde. Später verlängerte sie die Frist bis zum 21. April 1992. Am 22. April 1992 wurde die Vorrichtung bei der Klägerin aufgestellt.

Mit Telefax vom 9. September 1992 führte die Klägerin unter Hinweis auf Mängel an der gelieferten Vorrichtung aus, daß sich die GWK mit der ihr obliegenden Leistung in Verzug befinde. Sie setze der GWK eine abschließende Frist bis zum 4. Oktober 1992. Sollte diese bis zum Ende der Frist keine einwandfrei funktionierende Maschine zur Verfügung gestellt haben, werde sie, die Klägerin, die Beseitigung der Mängel ablehnen und entweder Wandelung oder Schadensersatz verlangen. Bereits jetzt stünden ihr "die Rechte aus § 636 BGB zu, denn die vereinbarte Herstellungsfrist" sei abgelaufen.

Mit Telefax vom 2. Februar 1993 verlangten die damaligen Rechtsanwälte der Klägerin von der GWK Schadensersatz aus den §§ 634, 635 BGB.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil die gelieferte Vorrichtung aufgrund mangelhafter Herstellung durch die GWK nicht funktioniere. Der entstandene Schaden beläuft sich nach ihrer Behauptung auf 144.259,90 DM.

Das Landgericht hat die am 1. Oktober 1993 eingereichte und dem Beklagten am 30. November 1993 zugestellte Klage abgewiesen. Die Berufung



der Klägerin blieb ohne Erfolg. Nach der letzten mündlichen Verhandlung, aber noch vor Verkündung des Urteils des Berufungsgerichts, hat die Klägerin ihren früheren Rechtsanwälten den Streit verkündet. Nachdem die Klägerin gegen das Urteil des Berufungsgerichts Revision eingelegt hat, sind diese dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten und haben die Revision innerhalb der der Klägerin gesetzten Frist begründet.

Die Streithelfer verfolgen das Klagebegehren der Klägerin weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist zulässig. Insbesondere ist sie von der Klägerin fristgerecht eingelegt und von den Streithelfern fristgerecht begründet worden. Die Streithelfer konnten dem Rechtsstreit noch nach Einlegung der Revision der Klägerin beitreten (§§ 74 Abs. 1, 66 Abs. 2 ZPO). Sie waren zudem berechtigt, das von der Klägerin eingelegte Rechtsmittel zu begründen (BGH, Urt. v. 28.3.1985 - VII ZR 317/84, NJW 1985, 2480 f.).

II. Die Revision hat auch Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint. Es hat ausgeführt, die Klägerin sei, als sie erstmals mit Schreiben

vom 9. September 1992 Schadensersatz verlangt habe, noch berechtigt gewesen, nach § 326 BGB vorzugehen oder gemäß den §§ 633, 634 BGB zur Beseitigung der Mängel aufzufordern; denn zu diesem Zeitpunkt sei die Montagevorrichtung noch nicht abgenommen gewesen. Wozu die Klägerin sich wann entschlossen habe, sei nicht eindeutig feststellbar. In ihrem Schreiben vom 16. März 1992 habe sie auf die §§ 634, 636 BGB verwiesen; diese Vorschriften stünden einem Vorgehen nach § 326 BGB allerdings nicht entgegen. Verzug, Fristsetzung und Rücktritt vom Vertrag seien angesprochen; vom endgültigen Rücktritt sei im Schreiben vom 14. April 1992 die Rede. Im Telefax vom 9. September 1992 werde zusätzlich auf Schadensersatz hingewiesen. Für ein Vorgehen nach § 326 BGB spreche nur der Umstand, daß die Klägerin die zu beseitigenden Mängel nicht im einzelnen bezeichnet habe. Das habe aber seinen Grund wohl eher darin gehabt, daß mehrfache Nachbesserungsversuche unmittelbar vorausgegangen und daher die Mängel beiden Parteien bekannt gewesen seien. Der Inhalt der Erklärungen der Klägerin spreche allerdings wegen des ausdrücklichen Hinweises auf diese Vorschrift für ein Vorgehen nach § 634 BGB; zudem sei die angelieferte Vorrichtung bei ihr geblieben. Selbst wenn man aber zu ihren Gunsten davon ausgehe, ihr Entschluß sei auch nach dem 9. September 1992 noch in der Schwebe gewesen, sei der Schwebezustand durch die Erklärung der für die Klägerin handelnden Rechtsanwälte am 2. Februar 1993 beendet worden. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB verlange, verweigere die Erfüllung des entsprechenden Vertrages. Infolgedessen sei es der Klägerin verwehrt, nach der am 2. Februar 1993 erklärten, endgültigen Verweigerung der Abnahme von dem verfolgten - inzwischen verjährten - Gewährleistungsanspruch abzugehen und Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften zu verlangen. Nach der Abnahme oder deren endgültiger Verweigerung gingen die Gewährleistungsvorschriften

vor. Die Klägerin könne nicht damit gehört werden, sie habe Schadensersatz gemäß § 326 BGB verlangt, auf jeden Fall mache sie diesen Anspruch nunmehr im Prozeß geltend.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis nicht stand.

a) Zu Unrecht rügt allerdings die Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß das Erfüllungsverhältnis bereits vor Auslieferung der Vorrichtung aufgrund des Schreibens vom 16. März 1992 in ein Abwicklungsverhältnis nach § 326 Abs. 1 BGB umgewandelt worden sei, woraus sich ohne weiteres der eingeklagte Schadensersatzanspruch ergebe. Den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist zwar zu entnehmen, daß sich der zwischen der Klägerin und der GWK geschlossene Werkvertrag von einem Erfüllungs- in ein Abwicklungsverhältnis gewandelt hat, nachdem die GWK mit der Lieferung der Vorrichtung nach § 284 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB in Verzug geraten und die von der Klägerin gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einer Ablehnungsandrohung gesetzte Frist zur Leistungserbringung auch nach Verlängerung durch die Klägerin auf den 21. April 1992 fruchtlos abgelaufen war. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts folgt aber, daß die Parteien den Vertrag nach dem 21. April 1992 einvernehmlich fortgesetzt haben. Eine solche Vereinbarung kann von den Parteien ausdrücklich getroffen werden oder sich aus ihrem schlüssigen Verhalten nach Fristablauf ergeben (BGHZ 20, 338, 344; MünchKomm./Emmerich, BGB, 3. Aufl., § 326 BGB, Rdn. 122 f.).

Daß das Vertragsverhältnis von den Vertragsparteien nach dem 21. April 1992 einvernehmlich fortgesetzt worden ist, ergibt sich aus dem

Schreiben der Klägerin vom 9. September 1992. Darin ging die Klägerin offensichtlich selbst nicht von einer Abwicklung des Vertragsverhältnisses aus, nachdem die GWK ihr die Vorrichtung am 22. April 1992 geliefert und mehrere Nachbesserungsversuche durchgeführt hatte. Vielmehr führte sie aus, daß sich die GWK mit der ihr obliegenden Leistung in Verzug befinde und daß sie ihr eine abschließende Frist setze, um eine "einwandfrei funktionierende Maschine zur Verfügung" zu stellen. Entsprechend ist auch die Feststellung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, wonach sich die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag auf mehrfache "allerdings erfolglose" Nachbesserungsversuche der Gesellschaft "eingelassen" hat. Wenn die Revision demgegenüber rügt, ein solcher Vortrag ergebe sich nicht aus der vom Berufungsgericht bezeichneten Stelle des klägerischen Vorbringens (Schriftsatz vom 31.3.1994, Seite 3), vielmehr habe die Klägerin den Beklagten einfach nur "gewähren lassen", ist daran zwar zutreffend, daß die Klägerin nicht wörtlich von einem "Einlassen" gesprochen hat, sondern davon, daß der Beklagte in der Zeit bis zum September 1992 mehrfach, allerdings erfolglose Nachbesserungsversuche "unternommen" habe. Unter Berücksichtigung der weiteren Darlegungen, insbesondere des Schreibens der Klägerin vom 9. Februar 1992, ist es aber revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, das Vorbringen des Klägers als ein "Gewährenlassen" im Sinne einer einvernehmlichen Fortführung des vertraglichen Erfüllungsverhältnisses nach Auslieferung der Maschine zu verstehen.

b) Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner angenommen, daß der Besteller bis zur Abnahme des Werkes unabhängig von werkvertraglichen Ansprüchen aus §§ 634, 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 BGB verlangen kann, und zwar selbst dann, wenn ihm das Werk - wie hier - vom Unternehmer zur Verfügung gestellt worden ist. Das entspricht

der ständigen Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 7.7.1987 - X ZR 23/86, NJW-RR 1988, 310, 311; Urt. v. 26.9.1996 - X ZR 33/94, NJW 1997, 50) und ergibt sich aus § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach bei verspäteter Herstellung des Werkes die dem Besteller im Falle des Verzugs des Unternehmers zustehenden Rechte unberührt bleiben. Erst durch die Abnahme konkretisiert sich die Leistungsverpflichtung des Unternehmers auf das hergestellte Werk. Bei einem Mangel des Werkes stehen dem Besteller ab diesem Zeitpunkt nur noch Gewährleistungsansprüche aus den §§ 634, 635 BGB zu; auf die Rechte und Ansprüche des allgemeinen Schuldrechts nach den §§ 323 ff. BGB kann er dann nicht mehr zurückgreifen (BGHZ 62, 83, 86 f.).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin die Montagevorrichtung nicht abgenommen. Vielmehr hat sie der GWK in ihrem Schreiben vom 9. September 1992 unter Hinweis auf die Mangelhaftigkeit der gelieferten Vorrichtung eine Frist zur Beseitigung der Mängel und damit zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages gesetzt. Diese hat sie mit der Androhung verbunden, die Vertragserfüllung nach Fristablauf abzulehnen und statt dessen "Wandelung oder Schadensersatz" zu verlangen. Die Klägerin hat damit die nach § 326 Abs. 1 BGB erforderliche Voraussetzung der Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung erneut geschaffen. Da die Rechte aus § 326 Abs. 1 BGB neben den werkvertraglichen Gewährleistungsrechten geltend gemacht werden können, war es darüber hinaus nicht erforderlich, daß sich die Klägerin auf diese Vorschrift als Anspruchsgrundlage festlegte. Ist das Werk mangelhaft und befindet sich der Unternehmer aus diesem Grunde mit seiner Leistungsverpflichtung in Verzug, weil er die Erbringung eines mangelfreien Werkes schuldet, so kann der Besteller dem Unternehmer die in § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehene Frist mit Ableh-

nungsandrohung setzen, ohne sich für eine der beiden Anspruchsgrundlagen entscheiden zu müssen.

Auch das Schreiben der Rechtsanwälte vom 2. Februar 1993, mit dem die Klägerin sodann von der GWK Ersatz des ihr durch die Mangelhaftigkeit der Vorrichtung entstandenen Schadens verlangte, hatte nicht zur Folge, daß sich das Vertragsverhältnis auf das vom Unternehmer hergestellte Werk konzentrierte; denn mit ihrem Verlangen nach Schadensersatz hat die Klägerin hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie die Vorrichtung weiterhin nicht als im wesentlichen vertragsgemäß abnehmen wollte. Entsprechend haben sich ihre Ansprüche nicht auf die werkvertragliche Gewährleistung beschränkt.

Eine solche Beschränkung ergibt sich - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch nicht daraus, daß die Klägerin mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs zugleich die Abnahme der Vorrichtung endgültig verweigert hat. Dem Besteller, der es ablehnt, das Werk als im wesentlichen vertragsgerecht abzunehmen, bleiben die Rechte und Ansprüche des allgemeinen Schuldrechts erhalten, weil sich das Vertragsverhältnis nicht auf das hergestellte Werk konkretisiert hat (Sen.Urt. v. 26.9.1996 - X ZR 33/94, NJW 1997, 50). § 326 Abs. 1 BGB räumt dem Gläubiger im Verzugsfall gerade das Recht ein, die Erfüllung nach fruchtlosem Ablauf der dem Schuldner zur Bewirkung seiner Leistung gesetzten Nachfrist abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die Abnahmeverweigerung, die bei Leistungsverzug des Unternehmers wegen Mangelhaftigkeit des Werks regelmäßig in der Geltendmachung des sich daraus ergebenden Schadensersatzan-

spruchs liegt, zum Ausschluß der Ansprüche und Rechte des Bestellers nach § 326 Abs. 1 BGB führen würde. Der Besteller verliert die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB verlangen zu können, vielmehr erst dann, wenn er nach § 326 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB vom Vertrag zurücktritt (BGH, Urt. v. 10.2.1982 - VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279, 1280; Urt. v. 24.6.1988 - V ZR 49/87, NJW 1988, 2878) oder wenn sein Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung nach den §§ 634, 635 BGB durch ein entsprechendes Einverständnis des Unternehmers oder durch eine (rechtskräftige) rechtsgestaltende Entscheidung eines Gerichts "vollzogen" wird (BGHZ 29, 148, 156 f.; BGH, Urt. v. 11.7.1990 - VIII ZR 219/89, NJW 1990, 2680, 2681). Da es dazu nicht gekommen ist, ist die Klägerin hier nicht gehindert, auf den Schadensersatzanspruch aus § 326 Abs. 1 BGB zurückzugreifen.

c) Anders wäre der Fall allerdings zu beurteilen, wenn die Klägerin gegenüber der Beklagten auf die Rechte aus den §§ 323 ff. BGB verzichtet hätte. Der Besteller kann auf den Erfüllungsanspruch und die Rechte aus den §§ 323 ff. BGB verzichten und seine Ansprüche ausschließlich auf die §§ 634, 635 BGB beschränken (MünchKomm./Soergel, BGB, 3. Aufl., § 634, Rdn. 2). Daß die Klägerin eine solche Verzichtserklärung abgegeben hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. An die Annahme eines solchen Verzichts sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 28.10.1993 - IX ZR 252/92, NJW 1994, 379, 380; Urt. v. 22.6.1995 - VII ZR 118/94, NJW-RR 1996, 237). Umstände rechtfertigen nur dann die Annahme eines konkludent erklärten Verzichts, wenn hieraus eindeutig der Wille des Erklärenden zum Ausdruck kommt, Rechte aufgeben zu wollen. Deshalb kann allein aus dem Umstand, daß die Klägerin in ihrem vorprozessualen Schriftverkehr mit der GWK ledig-

lich die werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften erwähnt hat, nicht entnommen werden, die Klägerin habe auf ihre Rechte aus §§ 320 ff. BGB, insbesondere aus § 326 Abs. 1 BGB, verzichtet. Vielmehr hat die Klägerin damit zum Ausdruck gebracht, daß sie die von ihr genannten Rechte für sich in Anspruch nimmt und aus den genannten Bestimmungen ableitet. Es ist kein Grund für die Annahme ersichtlich, daß sie sich damit der Möglichkeit begeben hätte, diese Rechte auch auf andere Anspruchsgrundlagen zu stützen.

3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht verjährt. § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB erfaßt nach seinem eindeutigen Wortlaut nur den Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die ihm wegen des Mangels zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz. Damit sind die in den § 633 bis § 635 BGB geregelten Ansprüche des Bestellers gemeint, nicht jedoch die aus § 326 Abs. 1 BGB; denn nach § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB sollen die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte gerade unberührt bleiben (Urt. v. 26.9.1996 - X ZR 33/94, NJW 1997, 50). Infolgedessen unterliegt der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz aus § 326 Abs. 1 BGB der 30-jährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB.

III. Da das Berufungsgericht Feststellungen weder dazu getroffen hat, ob sich die GWK in Verzug befunden hat, weil sie ihre Verpflichtung zur Herstellung einer mängelfreien Montagevorrichtung nicht erfüllt hat, noch zur Höhe des der Klägerin daraus entstandenen Schadens, ist dem Senat eine abschließende Entscheidung verwehrt. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben. Die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die

Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die entsprechenden Feststellungen zu treffen haben wird.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Scharen

Keukenschrijver