

37

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 201/74

URTEIL

Verkündet am
10. Dezember 1975
Scheibl,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Werner B. KG, vertreten durch ihren persönlich
haftenden Gesellschafter, den Kaufmann Werner B.
in B., J.straße,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die O. Hütte Hermann E. KG, vertreten durch
ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Verwal-
tungsgesellschaft mbH der O. Hütte Hermann E.
KG, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Dipl.-Ing.
Dr. Edward K. in B.-O.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1975 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Haidinger und der Richter Braxmaier, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 24. Juni 1974 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin führte aus Italien von der Firma F Gasheizkessel ein und baute sie zu betriebsfertigen Kesseln einschließlich Steuervorrichtung aus. Am 6. Dezember 1971 schloß sie mit der Beklagten einen zunächst bis Ende 1973 unkündbaren Vertrag über die Lieferung derartiger Kessel mit typenmässig unterschiedlichen Leistungsstärken ab. Die Beklagte wollte diese Kessel mit geringfügigen, meist äußerlichen Änderungen unter eigenem Firmenzeichen im Bundesgebiet weiterverkaufen. Die vereinbarte Abnahmemenge für 1972 belief sich auf 1 200 Stück, während das Volumen für die folgenden Jahre Mitte 1972 festgelegt werden sollte. Dabei hatte die Beklagte die einzelnen Lieferungen ca. 6 Wochen vor dem gewünschten Lieferdatum abzurufen. Die Klägerin sagte ihrer-

- 3 -

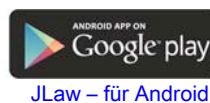
seits zu, die für einen Teil der in Betracht kommenden 5 Typen bereits vorliegenden Prüfzeichen des "Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern e.V." alsbald auf die Beklagte umschreiben zu lassen und für die Prüfung der restlichen Typen zu sorgen.

Am 13. März 1972 bestellte die Beklagte insgesamt 100 Kessel verschiedener Typen, von denen die Klägerin, nachdem sie bis Anfang Mai 1972 alle für die Sonderausstattung benötigten Teile von der Beklagten erhalten hatte, 70 Kessel noch im Mai 1972 auslieferte. Am 31. Mai 1972 teilte die Beklagte, die ersichtlich ihre Verkaufschancen überschätzt hatte, der Klägerin mit, daß sie voraussichtlich die 1 200 Kessel für 1972 nicht abnehmen könne. Die Klägerin lehnte jedoch unter Hinweis auf ihre eigenen Abnahmeverpflichtungen eine Reduzierung des Auftragsvolumens ab und forderte die Beklagte mit Schreiben vom 13. Juli 1972 auf, die Abrufspezifikation für 1972 aufzugeben. Bereits vorher - und zwar mit Schreiben vom 10. Juli 1972 - hatte die Beklagte ihrerseits die Klägerin unter Bezugnahme auf ein vorausgegangenes Schreiben vom 30. Juni 1972 dringend an die Auslieferung der restlichen 30 Kessel erinnert und um Angabe eines verbindlichen Liefertermins gebeten. In der Folgezeit wiederholten beide Parteien mehrfach ihr Verlangen nach Abrufspezifikation bzw. nach Lieferung. Nachdem schließlich die Beklagte am 19. September 1972 den Rahmenvertrag wegen des immer noch ausstehenden Restes von 30 Kesseln als gegenstandslos bezeichnet hatte, lieferte die Klägerin am 29. November 1972 diese Kessel aus. Weitere Lieferungen durch die Klägerin sowie Abrufe durch die Beklagte sind nicht erfolgt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Mit der Behauptung, die Beklagte habe sich mit ihrer Abrufverpflichtung im Verzug befunden und zudem grundlos vom Vertrage losgesagt, verlangt die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den sie unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns für 1972 auf 136 493,62 DM errechnet und im vorliegenden Verfahren nebst Zinsen geltend macht. Die Beklagte rechtfertigt ihren Rücktritt vom Vertrag damit, daß die Klägerin sich im Lieferverzug befunden habe und überdies angesichts der schon 1971 erfolgten Beendigung ihrer Geschäftsbeziehungen zur Firma F von Anfang an zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages vom 6. Dezember 1971 gar nicht in der Lage gewesen sei.

Die Klage hatte in beiden Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann die Klägerin auf einen etwaigen Verzug der Beklagten beim Abruf der Heizkessellieferungen einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung schon deswegen nicht stützen, weil es sich bei der Abrufverpflichtung weder um eine vertragliche Hauptpflicht im Sinne des § 326 BGB noch um eine Verpflichtung zur Spezifikation im Sinne des § 375 HGB gehandelt habe. Der mit Schrei-

ben vom 19. September erklärte Rücktritt der Beklagten vom Vertrag rechtfertige die Schadensersatzansprüche der Klägerin ebenfalls nicht, weil der Beklagten zu diesem Zeitpunkt ein Festhalten am Vertrag nicht mehr habe zugemutet werden können; insbesondere der Umstand, daß die Klägerin nicht einmal in der Lage gewesen sei, innerhalb eines Zeitraumes von acht Monaten die erste Lieferung ordnungsgemäß und vollständig auszuführen, überdies auch die Prüfzeichen für sämtliche Modelle nicht rechtzeitig beigebracht und die Beklagte trotz wiederholter Mahnungen über die weitere Vertragsabwicklung im Unklaren gelassen habe, müsse bei dieser ernsthafte Zweifel erweckt haben, ob die Klägerin überhaupt zur Vertragserfüllung bereit und in der Lage gewesen sei.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten - jedenfalls im Ergebnis - einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Der Hauptangriff der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen eines Spezifikationskaufes im Sinne des § 375 HGB verneint, geht ins Leere. Zwar ist der Revision einzuräumen, daß sich bei der besonderen Sach- und Rechtslage die rechtliche Würdigung als Spezifikationskauf (§ 375 Abs. 1 HGB) aufdrängt. Die Beklagte war berechtigt und verpflichtet, im Rahmen eines Kontingents von insgesamt 1 200 Gasheizkesseln für das Jahr 1972 den jeweiligen Lieferzeitpunkt und die Zusammensetzung der einzelnen Lieferungen zu bestimmen, hatte dabei jedoch lediglich zwischen verschiedenen, sich offenbar im wesentlichen nur

durch die Heizleistung unterscheidenden Ausführungen eines einheitlichen Kesseltyps auszuwählen. Das legt die Annahme nahe, daß es sich nicht um die Wahl zwischen verschiedenen Leistungen und damit um eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB, sondern lediglich um die Verpflichtung zur Bestimmung von "Formen, Massen und Ähnlichen Verhältnissen" im Rahmen einer einheitlich geschuldeten Leistung handelte, - mit der Folge, daß der Klägerin bei einer schuldhaften Verletzung dieser Bestimmungspflicht gemäß § 375 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 326 BGB ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zustehen würde (vgl. dazu Baumbach/Duden HGB, 25. Aufl. § 375 Anm. 1 A; Würdinger in Großkommentar HGB 3. Aufl. § 375 Anm. 4; RG Recht 1928, 136; RG HRR 1934 Nr. 1302; Senatsurteil vom 2. Februar 1960 - VIII ZR 59/59 = NJW 1960, 674; BGH Urteil vom 30. September 1971 - VII ZR 20/70 = WM 1972, 245 = NJW 1972, 99).

2. Auch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, bei der Abrufpflicht handele es sich - wie regelmäßig - auch im vorliegenden Fall nur um eine kaufrechtliche Nebenpflicht, auf deren Verletzung ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 326 BGB) daher nicht gestützt werden könne, begegnet Bedenken. Die Klägerin hatte die aus Italien bezogenen Kessel nicht nur in einen gebrauchsfertigen Zustand zu versetzen und insbesondere mit einer Steuervorrichtung zu versehen, sondern zusätzlich noch nach den besonderen Wünschen der Beklagten auszustatten. Angesichts des erheblichen jährlichen Liefervolumens mußte sie daher besonders daran interessiert sein, möglichst

früh und verbindlich von der Aufteilung auf die einzelnen Typen und den voraussichtlichen Abrufzeitpunkten zu erfahren. Damit kam der Abrufverpflichtung eine entscheidende Bedeutung für eine sachgerechte Abwicklung des Sukzessivlieferungsvertrages zu. Es spricht daher viel dafür, daß das Berufungsgericht - unbeschadet der ihm vorbehaltenen tatrichterlichen Auslegung des Rahmenvertrages vom 6. Dezember 1971 als eines Individualvertrages - rechtsfehlerhaft von einem zu engen Begriff der kaufrechtlichen Hauptpflichten ausgegangen ist.

3. Beide Fragen bedürfen hier jedoch keiner abschließenden Prüfung und Entscheidung. Denn auch wenn man insoweit der Revision folgt und außerdem zugunsten der Klägerin unterstellt, daß die Beklagte sich mit beiden Verpflichtungen im Verzug befunden hat, so hat die Klägerin daraus doch deswegen keine rechtlich relevanten Folgerungen gezogen, weil sie es jedenfalls bis zum 19. September 1972 unterlassen hat, der Beklagten eine angemessene Nachfrist mit der Androhung, nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die weitere Erfüllung des gesamten Vertrages abzulehnen, zu setzen (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieses grundsätzliche Erfordernis einer Nachfristsetzung ist keine leere Förmerei; vielmehr soll der Schuldner durch die mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Nachfristsetzung eindringlich auf die u.U. - das zeigt sinnfällig gerade der vorliegende Fall eines längerfristigen Sukzessivlieferungsvertrages - einschneidenden wirtschaftlichen Folgen hingewiesen werden, die ihm bei einer weiteren Verzögerung der von ihm zu erbringenden Leistung drohen.

Anhaltspunkte dafür, daß eine Nachfristsetzung hier ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre, sind schon nach dem eigenen Sachvortrag der Klägerin nicht ersichtlich. Insbesondere geht die Annahme der Revision, die Beklagte habe bereits am 31. Mai 1972 endgültig die Erfüllung verweigert und damit eine Nachfristsetzung überflüssig gemacht, fehl. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 11. Januar 1961 (VIII ZR 86/60 = MDR 1961, 314 = BB 1961, 266 = Betr. 1961, 306) darauf hingewiesen, daß bei einer Erfüllungsverweigerung durch den Schuldner das Erfordernis der Fristbestimmung nur dann entfällt, wenn diese Weigerung ohne jeden Zweifel als endgültig anzusehen ist und der Schuldner sich ersichtlich unter keinen Umständen von seinem einmal gefaßten Entschluß abbringen lassen würde; an diesen Voraussetzungen fehle es aber insbesondere dann, wenn der Schuldner trotz der Weigerung die Geneigtheit bekundet habe, in weitere Erörterungen über eine - seinem Inhalt und Ausmaß nach möglicherweise modifizierte - Vertragserfüllung einzutreten. Ähnlich liegen die Umstände hier. Die Beklagte war zwar schon am 31. Mai 1972 ersichtlich bemüht, das Abnahmevolumen im Verhandlungswege zu reduzieren, ohne daß sich jedoch hinreichend sicher feststellen ließe, daß sie sich bereits damals endgültig vom Vertrag lossagen wollte und eine Nachfristsetzung daher sinnlos gewesen wäre.

4. Anders wurde die Sach- und Rechtslage am 19. September 1972. Trotz der in diesem Schreiben ange deuteten Bereitschaft zur weiteren Zusammenarbeit wollte die Beklagte nunmehr endgültig von den Bindungen des Vertrages vom 6. Dezember 1971 loskommen. Das wird nicht

zuletzt dadurch bestätigt, daß sie nach diesem Zeitpunkt lediglich die noch ausstehenden 30 Kessel entgegengenommen hat, weitere Abrufe aber nicht mehr erteilte. Es entspricht auch gefestigter Rechtsprechung, daß im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages der Gläubiger, wenn der Schuldner grundlos die weitere Erfüllung endgültig verweigert, wegen der in diesem Verhalten liegenden positiven Vertragsverletzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, ohne daß es insoweit einer - angesichts der Endgültigkeit der Weigerung Überflüssigen - Nachfristsetzung bedarf (vgl. Senatsurteil vom 1. Dezember 1971 - VIII ZR 143/70 = WM 1972, 161 = NJW 1972, 246 mit weiteren Nachweisen).

Ohne Rechtsfehler stellt jedoch das Berufungsgericht fest, daß die Beklagte angesichts des vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin zur Lösung vom Vertrag berechtigt war.

a) Vergeblich wendet sich die Revision gegen die Feststellung, daß die Klägerin sich seit Anfang Juli 1972 mit der restlichen Lieferung von 30 Kesseln aus dem ersten und einzigen Abruf vom 13. März 1972 in Verzug befunden habe. Für die 5 rückständigen Kessel vom Typ PX 5 hat das auch die Klägerin - abgesehen von dem unbeachtlichen Einwand, ihr seien die Transportkosten hierfür zu hoch erschienen - nicht in Abrede gestellt. Aber auch hinsichtlich der 25 Kessel vom Typ PX 3 lag Verzug vor. Dabei kann zugunsten der Klägerin unterstellt werden, daß an diesem Typ Verbesserungen vorgesehen waren und die hierzu erforderlichen Arbeiten zu einer gewissen Verzögerung

in der Auslieferung führten, mit der die Beklagte einverstanden war. Rechtsfehlerfrei weist jedoch das Berufungsgericht darauf hin, daß diese Verbesserungen - die Verlegung eines inneren Teiles des Kessels von der Senkrechten in die Waagerechte - am 15. Juni 1972 behoben sein mußten. Da die Klägerin, die die Verbesserungen bereits Mitte Januar 1972 in Angriff nehmen konnte, im Gegensatz zu der Beklagten in beiden Vorinstanzen keine näheren Angaben über Art und Umfang der Verbesserungen sowie über den Grund der Verzögerung bei der Auslieferung gemacht hatte, bestand für das Berufungsgericht schon aus diesem Grunde kein Anlaß, die Zeugen B. und H. zu vernehmen, - ganz abgesehen davon, daß auch die in ihr Wissen gestellte Behauptung, die Beklagte sei sich darüber im Klaren gewesen, daß diese Verbesserung "Zeit in Anspruch nehmen würde", nicht hinreichend substantiiert war.

b) Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Senates, daß bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen und von einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis getragenen Sukzessivlieferungsvertrag der Käufer, wenn der Verkäufer durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten den Zweck des Vertrages und seine reibungslose Durchführung ernsthaft gefährdet, unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung ohne Nachfristsetzung von der weiteren Durchführung des Vertrages Abstand nehmen kann (Senatsurteile vom 19. Februar 1969 - VIII ZR 58/67 = WM 1969, 499 = NJW 1969, 975 und vom 1. Dezember 1971 - VIII ZR 143/70 = WM 1972, 161 = NJW

1972, 246 mit weiteren Nachweisen). Ob dafür ein bloßer Lieferverzug des Verkäufers - etwa dann, wenn, wie hier, bereits die erste Lieferung ungewöhnlich lange verzögert und dem auf eine Weiterveräußerung angewiesenen Käufer eine Disposition weitgehend unmöglich gemacht wird - ausreichen könnte, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. dazu Senatsurteil vom 19. Februar 1969 aaO); denn das Berufungsgericht hat die Befugnis der Beklagten zum Rücktritt vom Vertrag zusätzlich damit begründet, daß die Klägerin auch das für eine Weiterveräußerung praktisch unentbehrliche Prüfzeichen nicht für alle Typen beschafft und überdies wiederholte Anfragen der Beklagten nach verbindlichen Lieferterminen unbeantwortet gelassen hatte. Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang weiter, daß der Beklagten - wie sie unwidersprochen vorgebracht hat - damals schon zumindest tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten zwischen der Klägerin und der italienischen Herstellerfirma F. bekannt waren und ihr daher angesichts des sonstigen Verhaltens der Klägerin verständliche Zweifel an deren Lieferfähigkeit kommen mußten, so gibt die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich zu Recht vom Vertrag gelöst, zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß.

c) Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Beklagte durch eigenes vertragswidriges Verhalten gehindert gewesen wäre, sich auf die Vertragsverletzung durch die Klägerin zu berufen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1973 - V ZR 204/71 = WM 1974, 17 = NJW 1974, 36 mit weiteren Nachweisen). Das war jedoch nicht der Fall. Allerdings konnten, da die Verpflichtung der Klägerin zur Lieferung aus dem ersten Abruf und die Verpflichtung der Beklagten zur Spezifikation und zum Ab-

ruf hinsichtlich der weiteren Lieferungen nicht in einem unmittelbaren synallagmatischen Zusammenhang standen, beide Parteien unabhängig voneinander in Verzug geraten. In einem solchen Fall kommt es entscheidend darauf an, welche Partei sich zuerst in Verzug befunden hat (Senatsurteil vom 11. Oktober 1967 - VIII ZR 143/65 = WM 1967, 1239 = NJW 1968, 103). Das war hier die Klägerin. Während sie nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts erstmalig am 13. Juli 1972 die Beklagte zur Abrufspezifikation für 1972 aufgefordert hatte, war sie von der Beklagten bereits mit Schreiben vom 30. Juni 1972, mindestens aber mit Schreiben vom 10. Juli 1972 dringend an die restliche Lieferung erinnert worden; daß im letztgenannten Schreiben eine Mahnung im Sinne des § 284 BGB lag, kann nach Wortlaut und Sachzusammenhang nicht zweifelhaft sein. Damit befand sich die Klägerin selbst dann als erste im Verzug, wenn man in der am 13. Juli 1972 gemachten Aufforderung zur Spezifikation bereits eine Mahnung sehen will. - Die Beklagte war mithin auch unter diesem Blickwinkel nicht gehindert, am 19. September 1972 ohne Fristsetzung vom Vertrag zurückzutreten. Auf die weitere Frage, ob die Klägerin - als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch - überhaupt zur Lieferung von F-Kesseln in der Lage gewesen wäre, kommt es daher nicht an.

III. Die Revision konnte somit keinen Erfolg haben.
Sie war daher - mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO - zurück-
zuweisen.

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz