

1

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ nein

BGB § 326 D

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 BGB,
wenn sich der Gläubiger die Ablehnung der Erfüllung
vorbehalten hat.

BGH, Urt.v. 2. April 1969 - VIII ZR 95/67 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 95/67

URTEIL

Verkündet am

2. April 1969

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Karlheinz H. [REDACTED] in
F. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Fratelli L. [REDACTED] Industrie M. [REDACTED]
R. [REDACTED]/B. [REDACTED], Italien, vertreten durch ihren Vor-
stand Guisepe F. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

d

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 9. Februar 1967 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte bestellte bei der deutschen Tochtergesellschaft der Klägerin, der Firma Gebrüder L. [REDACTED] GmbH in B. [REDACTED] (Kreis H. [REDACTED]) für seine Neubauten in N. - I. [REDACTED] - G. [REDACTED] Marmorstufen, -Platten und andere Marmor-teile. Die Firma Gebrüder L. [REDACTED] GmbH übersandte mit Schreiben vom 25. Juni 1963 die Auftragsbestätigung der Klägerin. Nachdem wegen der am 7. August 1963 angelieferten Fensterbänke Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien aufgetreten waren (Beklagter hatte nicht gezahlt und Mängel gerügt, die zuerst angesprochene Tochtergesellschaft hatte ihre Zuständigkeit für die Entgegennahme von Mängelrügen bestritten), machte die Klägerin den Vorschlag, der Beklagte möge die weiter zu liefernde Ware vor der Anlieferung in Rezzato, dem Sitz der Klägerin, besichtigen. Der Beklagte

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

erklärte sich mit einer Besichtigung der Ware in Rezzato einverstanden. Die Besichtigung fand am 19. November 1963 statt.

Am 13. November 1963 lieferte die Klägerin den ersten Teil der Treppenstufen an die Baustelle des Beklagten in N- I- G-. Der Beklagte zahlte den Rechnungsbetrag nicht sofort. Er rügte Fehlmengen und behielt sich eine Prüfung der Preise vor. Nachdem die Klägerin den Rechnungsbetrag von 9.617,45 DM sowie Frachtkosten von 1.520,-- DM am 14. November 1963 vom Beklagten angefordert hatte, übersandte der Beklagte der Klägerin am selben Tage einen Scheck über 8.517,-- DM als Vergütung für die gelieferte Ware und einen weiteren Scheck über 1.520,-- DM zum Ausgleich der von der Klägerin vorgelegten Frachtkosten. Dieser Scheck durfte erst eingelöst werden, wenn dem Beklagten eine zollamtliche Gewichtsbestätigung vorlag. Die Bestätigung wurde dem Beklagten am 15. November 1963 von der Firma Gebrüder Lombardi GmbH übersandt. Die beiden Schecks wurden daraufhin eingelöst.

Bereits am 14. November 1963 hatte indes die Klägerin eine einstweilige Verfügung gegen den Beklagten erwirkt, durch die ihm verboten wurde, über die am 13. November 1963 gelieferte Ware zu verfügen, insbesondere sie zu verarbeiten. Nachdem die Schecks des Beklagten eingelöst waren, teilte die Klägerin ihm am 18. November 1963 mit, daß sie keine Rechte aus der einstweiligen Verfügung herleiten werde. Gleichwohl legte der Beklagte Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung ein, den er mit dem Antrage verband, der Klägerin eine Frist zur Klageerhebung zu setzen. Am 18. Dezember 1963 setzte das Landgericht der Klägerin eine Frist

von zwei Wochen, innerhalb derer sie Klage zur Hauptsache zu erheben habe. Landgericht und Oberlandesgericht hoben sodann die einstweilige Verfügung auf.

Am 21. November 1963 lieferte die Klägerin weitere Treppenstufen an der Baustelle des Beklagten in G [REDACTED] an. Dort besichtigte der Beklagte die Ware. Die Abladung konnte nur zum geringen Teil erfolgen, weil der Beklagte keine ausreichenden Hilfskräfte bereitgestellt hatte. Die zu dieser Lieferung gehörenden Wandsockelplatten waren der Ladung nicht beigelegt. Den nicht abgeladenen Teil dieser Lieferung vom 21. November 1963 ließ die Klägerin noch am Abend des selben Tages nach Bischofsheim auf das Lager ihrer Tochtergesellschaft verbringen.

Am 25. November 1963 forderte die Klägerin Bezahlung des beim Beklagten abgeladenen Teiles der Lieferung (1.317,76 DM) sowie Erstattung der Frachtkosten und Zollspesen.

Durch Anwaltsschreiben vom 28. November 1963 an den Rechtsanwalt der Klägerin antwortete der Beklagte wie folgt:

"

.....

1. Das am 21.11.1963 angelieferte Material stellte wiederum nur eine Teillieferung dar. Es fehlten sämtliche Wandsockelplatten. Herr H [REDACTED] (das ist der Beklagte) lehnte demgemäß die Abnahme der Ware ab, nachdem er sie auf dem LKW besichtigt hatte
2. Herr H [REDACTED] behält sich nun seinerseits wegen Schuldnerverzugs Ihrer Mandantin vor, Erfüllung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen
3. Es bleibt vorbehalten, die gesamte Ware Ihrer Mandantin zur Verfügung zu stellen, wenn Herr H [REDACTED] von seinen vertraglichen Rechten Gebrauch macht.
4.
5.

Nachdem Ihre Mandantin mit ihren Leistungen erheblich in Verzug ist, fordere ich Sie hiermit letztmals auf, die gesamte Restlieferung vertragsgemäß bis zum 2. Dezember 1963 zu erbringen. Teilleistungen werden abgelehnt.

Mit dieser weiteren Fristsetzung werden die seitherigen Verzugsfolgen nicht ausgeräumt

In einem weiteren Schreiben vom 3. Dezember 1963 an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin erklärte der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten:

".....
Ihre Mandanten haben die ihnen gesetzte Nachfrist vom 2. Dezember 1963 verstreichen lassen, ohne die Restlieferung zu erbringen. Unter diesen Umständen erkläre ich hiermit, namens des Architekten Karl Heinz H., daß er Erfüllung ablehnt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht. Zugleich werden hiernit Ihren Mandanten die Teillieferungen vom 13.11. und 21.11.1963 zur Verfügung gestellt, da sie für Herrn Huth unverwertbar sind."

Die Klägerin widersprach diesem Schreiben am 13. Dezember 1963.

Alsdann erhob sie Klage auf Feststellung, daß der Beklagte am 13. November 1963 zur Zahlung verpflichtet gewesen sei. Hilfsweise begehrte sie die Feststellung, sie sei am 14. November 1963 berechtigt gewesen, dem Beklagten die Verfügung über die am 13. November 1963 gelieferte Ware zu untersagen. Der Beklagte begehrte im Wege der Widerklage, die Klägerin zu verurteilen: 10.437,45 DM nebst Zinsen an ihn zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe gelieferter Waren. Außerdem beantragte er die Verurteilung der Klägerin,

1. die Ware Zug um Zug gegen die angeführte Zahlung abzuholen,
2. weitere 1.080,-- DM nebst Zinsen zu zahlen und bis zur Abnahme der Ware monatlich im voraus 180,-- DM zu zahlen, Beginnend am 1. August 1964,
3. weitere 32.358,57 DM nebst Zinsen zu zahlen,
4. dem Beklagten die Kosten eines Vorprozesse zu erstatten,
5. weitere 431,60 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Am 26. Oktober 1964 erklärte die Klägerin die Klage in der Hauptsache für erledigt.

Das Landgericht hat die Klage mangels Feststellungsinteresses als unzulässig und die Widerklage als unbegründet abgewiesen. Die nur vom Beklagten eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt der Beklagte den Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet, denn dem Beklagten stehen Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin nicht zu.

I. Da das Berufungsgericht die Frage offen läßt, ob die Klägerin mit der Lieferung vom 21. November 1963 in Verzug geraten war, ist zugunsten des Beklagten davon auszugehen,

daß Verzug vorlag. Auf diese Frage kommt es indes nicht an. Denn dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß der Beklagte schon deshalb aus § 326 BGB keine Rechte herleiten konnte, weil es an den übrigen Voraussetzungen dieser Bestimmung fehlte. Zwar hat der Beklagte der Klägerin im Schreiben vom 28. November 1963 eine Frist bis zum 2. Dezember 1963 gesetzt, innerhalb derer sie die Restleistung zu erbringen habe. Das Schreiben enthält aber nach der rechtlich einwandfreien Auslegung des Berufungsgerichts keine dem Sinn und Zweck des § 326 BGB entsprechende Androhung, daß die Erfüllung nach fruchtlosem Ablauf der Frist abgelehnt werde. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die in dem Schreiben enthaltene Wendung, der Beklagte behalte sich vor, nun seinerseits wegen Schuldnerverzuges die Erfüllung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, nicht als ordnungsgemäße und unmißverständliche Ablehnungsandrohung auffaßt. Eine derartige Androhung braucht zwar nicht dem Wortlaut des Gesetzes angepaßt zu sein, sie muß aber deutlich erkennen lassen, daß der Erklärende seinen Anspruch auf Erfüllung, den er nach Ablauf der Frist nicht mehr geltend machen kann, für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung aufgibt (siehe insbesondere RGZ 91, 164, 165). Das Gesetz verlangt die Schaffung einer klaren und eindeutigen Rechtslage. Denn der Schuldner hat im Regelfall - und so liegen die Dinge auch hier - an der Erfüllung ein erhebliches Interesse. Dieses Interesse ist auch dann schutzwürdig, wenn sich die Leistung des Schuldners aus einem von ihm zu vertretenden Grunde verzögert (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 326 Anm. 11 und Soergel/Siebert, BGB, 10. Aufl. § 326 Anm. 12, 16, 17). Die nur unter Vorbehalt erklärte Ablehnungsandrohung wurde entgegen der Ansicht der Revision

2

auch nicht dadurch zu einer vorbehaltlosen, daß der Beklagte sich außer der Erfüllungsablehnung die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, aber nicht auch den Rücktritt vorbehielt. Selbst wenn der Revision darin zu folgen wäre, der Beklagte habe sich mit dieser Erklärung die Möglichkeit genommen, später von seinem Wahlrecht (Rücktritt oder Schadensersatz) Gebrauch zu machen, so würde das nichts daran ändern, daß alle Erklärungen unter Vorbehalt abgegeben sind. Deshalb ist es auch entgegen der von der Revision vertretenen Meinung unerheblich, ob sich die Erklärungen des Beklagten auf den ganzen Liefervertrag oder nur auf die Teillieferung vom 21. November 1963 bezogen. Entscheidend ist allein, daß aus dem angeführten Schreiben nicht hervorgeht, der Beklagte lege sich jetzt schon dahin fest, die Erfüllung nach fruchtlosem Fristablauf abzulehnen.

II. Rechtlich einwandfrei verneint das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 BGB, bei deren Vorliegen die Fristsetzung und damit auch die Ablehnungsandrohung entbehrlich wäre.

Es führt hierzu aus:

Der Beklagte habe nach Lage der Sache sogar ein besonders großes Interesse an der Erfüllung gehabt. Er habe nämlich vor der Fertigstellung des Hauses gestanden und sei auf die Lieferungen der Marmorplatten dringend angewiesen gewesen, um den von ihm nunmehr geltend gemachten Schaden durch Mietausfälle zu vermeiden.

Diese Würdigung des Berufungsgerichts enthält keinen Rechtsirrtum. Der gegenteiligen Ansicht der Revision ist

nicht zu folgen. Von einem Wegfall des Interesses an den Lieferungen der Klägerin in dem von Rechtsprechung und Schrifttum allgemein verstandenen Sinne des § 326 Abs. 2 BGB konnte unter den gegebenen Umständen keine Rede sein. Die Rechtssicherheit erfordert bei der Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB einen strengen Maßstab. Es kommt letzten Endes darauf an, ob die Verzögerung der Leistung den Vertragszweck vereitelt hat. Auf keinen Fall kann mit der Berufung auf § 326 Abs. 2 BGB nachträglich ein Rücktritt gerechtfertigt werden, der in Wirklichkeit deshalb erklärt wurde, weil der Gläubiger von einem aus anderen Gründen lästig gewordenen Geschäft loskommen will (vgl. RG JW 1905, 492; RG Recht 1923 Nr. 86; HGB - RGRK, 2. Auflage § 374 Anhang Anm. 105). Sollte der Beklagte etwa deswegen ein besonderes Interesse daran gehabt haben, an den Vertrag nicht mehr gebunden zu sein, weil er sich vorzeitig anderweit eingedeckt oder eine Ersatzlieferung wenigstens eingeleitet hatte, so könnte eine derartige Lage die Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB nicht rechtfertigen (vgl. BGB RGRK aaO Anm. 14).

III. Die Revision kann auch nicht mit dem erstmals von ihr in den Rechtsstreit eingeführten Gesichtspunkt durchdringen, der Beklagte habe sich von dem Vertrage lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern dürfen, weil die Klägerin durch positive Vertragsverletzung die Vertrauensgrundlage erschüttert habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß eine Vertragsuntreue der Klägerin, die zu einer Erschütterung der Vertrauensgrundlage in dem Sinne geführt hätte, daß dem Beklagten die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden

konnte, diesem das Recht verliehen hätte, sich, ohne erst die Voraussetzungen des § 326 BGB zu schaffen, vom Vertrage zu lösen und zu dem Verlangen auf Schadensersatz überzugehen. Das entspricht den seit langem in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. schon BGHZ 11, 80, 84).

Es fehlt hierfür, was die Revision nicht berücksichtigt, bereits an der Voraussetzung, daß der Beklagte selbst das Verhalten der Klägerin im Zeitpunkt seiner Loslösung vom Vertrage in dieser Weise empfunden und daß er das in dem in Frage kommenden Schreiben vom 3. Dezember 1963 der Klägerin gegenüber zum Ausdruck gebracht hätte. Letzteres ist unzweideutig nicht der Fall. Der Beklagte hat im Gegenteil in seinem Schreiben vom 28. November 1963 die Klägerin darauf hingewiesen, daß sie mit ihrer Restleistung in Verzuge sei und daß er ihr deshalb eine letzte Frist bis zum 2. Dezember 1963 setze. Er hat sogar ausdrücklich hervorgehoben, er hoffe doch noch, die Klägerin zu einem vertragsmäßigen Verhalten zu bewegen. Unter Nr. 4 und 5 des Schreibens werden dann angebliche Vertragswidrigkeiten der Klägerin erwähnt, so insbesondere auch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung, ohne aber diesen Vorkommnissen eine solche Bedeutung beizumessen, wie sie die Revision jetzt wahrhaben möchte. Folgerichtigerweise hat der Beklagte alsdann nach Ablauf der Frist am 3. Dezember 1963 nur wegen fruchtlosen Ablaufes der Nachfrist erklärt, daß er nunmehr die Erfüllung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange.

Was die Revision der Klägerin an angeblichen Vertragswidrigkeiten vorwirft, bietet aber auch keine geeignete Grundlage für die Rechtfertigung einer fristlosen Loslösung

vom Vertrage aus dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung.

a) Der Umstand, daß die Tochtergesellschaft der Klägerin die Firma Gebrüder L. [REDACTED] GmbH in Bischofsheim, den Beklagten wegen von ihm erhobener Mängelrügen wegen der ersten Lieferung von Fensterbänken an die Klägerin verwiesen hatte, kann die Klägerin schon deshalb nicht belasten, weil dieser Streit bereinigt worden war.

b) Wenn die Klägerin den Beklagten in ihrem Schreiben vom 29. Oktober 1963 gebeten hat, die Ware in Rezzato zu besichtigen und sie dort schon hinsichtlich ihrer Beschaffenheit (Güte) abzunehmen, so kann auch hierin entgegen der Ansicht der Revision keine Vertragswidrigkeit im Sinne einer positiven Vertragsverletzung erblickt werden. Die Parteien haben die Frage nicht im Sinne der Klägerin geregelt. Der Beklagte hat den Vorschlag hinsichtlich der Abnahme in Rezzato in seinem Schreiben vom 5. November 1963 abgelehnt. Er hat die Besichtigung dann zwar vorgenommen, ohne sich aber auf die Bedingungen der Klägerin einzulassen.

c) Unerheblich ist ferner entgegen der von der Revision vertretenen Meinung, daß die Teillieferung vom 13. November 1963 Fehlmengen aufgewiesen hat. Denn der Beklagte hat das hingenommen und sich damit einverstanden erklärt, daß die fehlenden Stücke zusammen mit der am 21. November 1963 vorgesehenen Restlieferung nachgeliefert werden sollten.

d) Ebensowenig kann die Revision aus dem Umstande, daß die Klägerin die einstweilige Verfügung erwirkt hat, durch die dem Beklagten verboten wurde, über die am 13. November 1963 gelieferten Platten zu verfügen, etwas zu ihren Gunsten herleiten. Der Verfügungsantrag der Klägerin hatte seinen Grund darin, daß der Beklagte bei der Lieferung nicht sofort gezahlt hatte. Nachdem er aber nach erfolgter Prüfung der Lieferung auf Vollzähligkeit die Zahlung mit geringfügigen Abzügen nachgeholt hatte, hat ihm die Klägerin, wie sich aus den Verfügungsakten ergibt, bereits am 18. November 1963 mitgeteilt, daß sie aus der einstweiligen Verfügung keine Rechte herleiten werde. Auch wenn zu Gunsten des Beklagten davon ausgegangen wird, daß die einstweilige Verfügung nicht zu Recht ergangen war, so hat er sie doch, wie bereits ausgeführt, jedenfalls nicht als eine derart schwere Vertragsverletzung empfunden, die ihm die Fortsetzung des Vertrages als unzumutbar hätte erscheinen lassen.

Auch eine Gesamtschau aller Vorwürfe, die die Revision gegen die Klägerin erhebt, läßt eine andere Beurteilung nicht als geboten erscheinen.

IV. Das Berufungsgericht hat daher die auf Schadensersatz gerichtete Widerklage im Ergebnis zu

Recht abgewiesen. Die Revision des Beklagten war demzufolge als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier