

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

20

BGB §§ 358, 633

Hat der Unternehmer als Erfolg seiner Werkarbeiten an der Heizungsanlage des Bestellers die Einsparung von Heizenergie zugesichert und dem Besteller ein Rücktrittsrecht für den Fall eingeräumt, daß die Einsparung nicht erreicht wird, muß e r die Einhaltung seiner Zusicherung beweisen.

BGH, Urt. v. 29. Juni 1981 - VII ZR 299/80 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 299/80

URTEIL

Verkündet am

29. Juni 1981

Werner,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S- I in Deutschland KG,
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
Firma K-O-V-GmbH, diese vertreten
durch die Geschäftsführer Dipl.-Ing. K und
Dipl.-Ing. O, B-Straße, M,

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

den Gärtner Heinz K, Auf dem K, K-R,

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

20

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1981 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. August 1980 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt eine Gärtnerei. Für die zwei Kessel seiner Heizungsanlage lieferte und montierte die Klägerin zwei vollautomatische Rauchgasklappenregulatoren. Zuvor hatte sie dem Beklagten über die später erbrachten Leistungen am 18. Oktober 1976 ein handschriftlich ergänztes schriftliches Angebot unterbreitet, in dem es u.a. heißt:

"Verbrauchsminderung:

Die Auswertung der an Ihrer Kesselanlage vorgenommenen Messungen ergibt eine Brennstoffeinsparung von 12 % bei Öl/Gas. Sollte nach einem Betriebsjahr die Einsparung nicht erreicht werden, wird die Anlage zurückgenommen und d. vorh. Zustand wieder hergestellt."



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Hinzu gesetzt ist noch:

"Rechnungsstellung ca. Mai - Juni 1977 wie
besprochen 2 Anlagen 5.500 einschl. MWst."

Der Beklagte nahm das Angebot noch am 18. Oktober 1976 an. Die Klägerin übersandte ihm unter dem 28. Oktober 1976 eine mit ihrem Angebot übereinstimmende und unter entsprechender Aufschlüsselung für zwei Anlagen einschließlich 11 % Mehrwertsteuer auf die Auftragssumme von 5.499,91 DM lautende Auftragsbestätigung.

Die Klägerin hat die vereinbarte Vergütung von 5.499,91 DM nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht beurteilt die Beziehungen der Parteien zutreffend nach Werkvertrags-Recht. Die Revision geht fehl mit ihrer Auffassung, es liege ein Kaufvertrag oder ein Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen vor. Die Klägerin hat sich nicht im wesentlichen nur zur Lieferung von selbst anderweit bezogener seriengefertigter Geräte verpflichtet und deren Einbau nur als Nebenpflicht übernommen, was zur Anwendung von Kaufrecht führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 1977 - VIII ZR 319/75 = WM 1977, 365 f). Die Leistung

der Klägerin sollte sich gerade nicht im wesentlichen auf die Lieferung der Geräte und deren Übereignung beschränken. Vielmehr stand eine von der Klägerin zu erbringende "Werkschöpfung" im Vordergrund, nämlich die Veränderung der bestehenden Heizungsanlage zum Zwecke der Energieeinsparung als Leistungserfolg. Dazu war es erforderlich, die Regulatoren auf die vorgefundenen Verhältnisse anzupassen und einzustellen sowie Montagearbeiten erheblichen Umfangs auszuführen. So mußten die Steuergeräte und die elektrischen Anschlüsse angebracht, die Optimierungsprogramme erstellt und die gesamte Anlage eingefahren werden. Das alles konnte überhaupt nur von der Klägerin erbracht werden, die die Vergütung für die Gesamtleistung denn auch nicht aufgeschlüsselt hat nach Liefer- und Montagepreisen.

Steht danach die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete "Werkschöpfung" im Vordergrund, werden die Beziehungen der Parteien insgesamt nach Werkvertragsrecht geregelt, wobei es letztlich gleichgültig ist, daß die Klägerin die bei ihren Leistungen benötigten Einzelteile anderweitig beziehen mußte (vgl. BGH NJW 1977, 379, insoweit in BGHZ 67, 359 nicht abgedruckt).

2. Das Berufungsgericht durfte die im Vertragsangebot der Kläger unter "Verbrauchsminderung" aufgeführten Angaben als die Zusicherung einer konkreten Energieeinsparung von 12 % beurteilen. Es mußte nicht etwa annehmen, wie die Revision irrig meint, die Klägerin habe nur die generelle Möglichkeit einer entsprechenden Einsparung zugesichert, weil die Höhe der Einsparung von den besonderen Verhältnissen bei den einzelnen Heizungsbetreibern abhängt. Die Auslegung des Berufungs-

gerichts wird gestützt vom Wortlaut, wonach die "Auswertung der an der Kesselanlage der Beklagten vorgenommenen Messung eine Brennstoffersparnis von 12 % bei Öl/Gas ergibt". Für diese Auslegung spricht auch das Vorbringen der Klägerin, wonach das Ausmaß der durch den Betrieb der Rauchgasklappenregulatoren zu erreichenden Brennstoffeinsparung abhänge vom Brenner, Kessel und Schornstein. Gerade deshalb untersucht die Klägerin die Feuerstätten ihrer Kunden vor der Abgabe ihrer Angebote. Wenn sie aufgrund der Ergebnisse dieser Untersuchungen eine bestimmte Energieeinsparung zusichert, kann das nur als die Zusicherung einer konkreten, auf die untersuchte Heizungsanlage bezogenen Einsparung verstanden werden.

3. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Werklohnanspruch der Klägerin sei erst fällig, wenn sie den Vertrag erfüllt habe, wozu gehöre, daß die Zusicherung der 12 %igen Brennstoffeinsparung eingehalten sei und der Beklagte die Leistungen der Klägerin abgenommen habe. Es könne jedoch nicht festgestellt werden, daß der Beklagte die Leistungen abgenommen habe oder dazu verpflichtet sei. Er sei hier erst dann zur Abnahme verpflichtet, wenn er feststellen könne, daß die zur Brennstoffeinsparung abgegebene Zusicherung eingehalten sei. Vor Ablauf eines Betriebsjahres sei das nicht möglich gewesen. Aus dem Verhalten des Beklagten ergebe sich auch nicht, daß er, ohne entsprechende Verpflichtung, die Anlage schon abgenommen habe. Deren Inbetriebnahme sei hierfür kein Indiz, weil erst nach längerer Betriebszeit festgestellt werden könne, ob die zugesicherte Eigenschaft vorhanden sei. Da der Beklagte mit Schreiben vom 12. August 1977 die Abnahme endgültig verweigert habe, trage die Klägerin die Beweislast für

das Vorliegen der zugesicherten Eigenschaft. Sie habe aber weder schlüssig behauptet, daß die von ihr eingebaute Anlage zu einer 12 %igen Energieeinsparung geführt habe, noch habe sie hierfür Beweis angeboten.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Klägerin zu Recht als beweispflichtig dafür angesehen, daß sie den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt habe:

a) Besteht zwischen den Parteien eines Werkvertrages Streit darüber, ob das Werk Mängel hat oder ob ihm zugesicherte Eigenschaften fehlen, dann hat der Unternehmer die Mängelfreiheit zu beweisen, solange der Besteller die Sache noch nicht abgenommen hat. Ist das Werk dagegen schon abgenommen worden, dann hat der Besteller den Mangel zu beweisen, wenn er daraus Rechte herleiten will (BGHZ 61, 42, 47; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdn. 51, 52 m.w.N.). Auf die Frage, ob der Beklagte die eingebaute Anlage abgenommen hat, käme es deshalb für die Beweislastverteilung an, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart hätten. Das ist aber der Fall.

b) Der Vertrag ist nämlich mit dem Zusatz zustande gekommen, daß die Anlage zurückgenommen und der vorherige Zustand wiederhergestellt wird, wenn nach einem Betriebsjahr die zugesicherte Brennstoffeinsparung von 12 % bei Öl/Gas nicht erreicht wird. Dies ist nicht lediglich ein Hinweis auf die kraft Gesetzes (§§ 633, 634 BGB) bestehende Möglichkeit der Wandelung bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Vielmehr wurde hier eine

von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften abweichende Regelung getroffen, die entweder die Einräumung eines vertraglichen Rücktrittsrechts nach § 346 ff BGB darstellt, oder bedeutet, daß der Vertrag überhaupt nur unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist, daß eine Energieeinsparung von 12 % erreicht wird. Dementsprechend haben die Parteien schon im Verträge die Inrechnungstellung der Vergütung erst für ca. Mai - Juni 1977 besonders vereinbart. Die Klägerin hat den Beklagten auch erstmals unter dem 18. Juli 1977 gemahnt und in der Mahnung den 30. Juni 1977 als Verfalltag angegeben. Erst nach Ablauf eines "Betriebsjahres" sollte sich danach herausstellen, ob die Anlage den Zusicherungen der Klägerin entspricht und der Beklagte sie behalten muß. Letztlich kann offenbleiben, welche dieser beiden Vertragsgestaltungen hier zutrifft. Hat der Beklagte sich den Rücktritt vom Verträge für den Fall vorbehalten, daß die zugesicherte Einsparung an Energie nicht eintritt, dann hat die Klägerin nach § 358 BGB zu beweisen, daß ihre Zusicherung erfüllt worden ist. Denn die Beweislastregel des § 358 BGB gilt auch für den Fall nicht gehöriger Erfüllung (BGH, Urteil vom 30. Januar 1981 - V ZR 7/80 = WM 1981, 404, 405). Ist der Vertrag nur unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, dann hat die Klägerin nach den allgemeinen Regeln zu beweisen, daß die Bedingung eingetreten ist (vgl. Steffen in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 158 Rdn. 10).

c) Diese Verteilung der Beweislast ist auch sachgerecht. Hat sich der Besteller eines Werkes ein zeitlich begrenztes vertragliches Rücktrittsrecht für den Fall nicht ordnungsgemäßer Erfüllung vorbehalten oder ist gar der Werkvertrag nur unter einer aufschiebenden

Bedingung zustande gekommen, dann muß der Unternehmer damit rechnen, daß er auch nach der Übergabe des Werkes an den Besteller die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages im Streitfall beweisen muß. Hier kommt hinzu, daß die Klägerin, wie sie behauptet, aufgrund zum Teil von ihr entwickelter elektronischer Meßverfahren eher in der Lage ist, den Beweis für die Erfüllung des Vertrages zu führen, als der Beklagte den Gegenbeweis.

d) Auf die Frage, ob die Allgemeinen Liefer- und Zahlungsbedingungen der Klägerin Vertragsinhalt geworden sind und für die zugesicherte Energieeinsparung eine anderweitige Regelung enthalten, kommt es entgegen der Meinung der Revision nicht an. Individuelle Abreden, wie sie hier getroffen worden sind, haben gegenüber ebenfalls vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorrang. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1951 - I ZR 93/50 = LM § 355 HGB Nr. 3 Bl. 2; Urteil vom 17. Dezember 1959 - VIII ZR 167/58 = BB 1960, 227; Urteil vom 4. März 1977 - I ZR 83/75 = LM ADSP § 41 Nr. 6 = WM 1977, 533; vgl. auch BGHZ 50, 200, 207; NJW 1974, 272, 273).

4. An dieser Beweislastverteilung würde sich im übrigen nichts ändern, wenn die Beziehungen der Parteien nach Kaufrecht zu beurteilen wären. Auch der Verkäufer hat die Mängelfreiheit oder das Vorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft zu beweisen, solange der Käufer die Sache nicht als Erfüllung angenommen hat. Ist die Sache dagegen schon als Erfüllung vom Käufer angenommen, hat dieser den Mangel oder das Nichtvorhandensein einer

zugesicherten Eigenschaft zu beweisen (vgl. RGZ 66, 279, 282; BGH Urteil vom 29. Januar 1971 - V ZR 112/63 = WM 1971, 528, 529; Mezger in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 459 Rdn. 33; Westermann in MünchK, § 459 Rdn. 33). Auch als Verkäuferin müßte die Klägerin deshalb hier wegen der besonderen Vertragsabrede in jedem Falle beweisen, daß sie ihre bezüglich der Energieeinsparung gegebene Zustimmung eingehalten oder eine insoweit vereinbarte aufschiebende Bedingung erfüllt hätte.

5. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Klägerin habe weder schlüssig behauptet, daß die von ihr eingebaute Anlage beim Beklagten zu einer 12 %igen Energieeinsparung geführt habe, noch habe sie hierfür Beweis angetreten, sind nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat deshalb zutreffend die Klägerin als beweisfällig für das Vorliegen der von ihr zugesicherten Eigenschaft angesehen und deshalb zu Recht die Klage abgewiesen.

6. Die Revision ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Meise

Recken

Doerry

Obenhaus