

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 324/79

URTEIL

Verkündet am
23. Oktober 1980
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Z[REDACTED] M[REDACTED] F[REDACTED], Inhaber Sigo M[REDACTED], Kauf-
mann, E[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Ruth Sch[REDACTED], Gastwirtin, Gaststätte "W[REDACTED]",
St[REDACTED]straße [REDACTED], L[REDACTED]/Li[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. Oktober 1979 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch Auftrag vom 29. September 1976 bestellte die Beklagte bei der Klägerin 30.000 Zündholzbriefchen mit Werbeaufdruck zum Preis von 3.300 DM zuzüglich Kosten für Zeichnung, Maternausguß, Reproduktion, Schrägsatz, Korrekturabzug, Klischees u.a. (Selbstkosten und Bearbeitungszuschlag) sowie Mehrwertsteuer. Sie sollte die für den Werbeaufdruck erforderlichen Druckunterlagen, insbesondere eine Fotografie ihrer Gaststätte, an die Klägerin nachsenden. Dies tat sie trotz mehrfacher Mahnungen der Klägerin nicht. Vielmehr teilte sie der Klägerin mit Schreiben vom 20. April 1977 u.a. mit:

- 3 -

"... wir treten von diesem Auftrag (zurück), da wir nicht in der Lage sind, die Ware zu bezahlen. Damit ist die Sache für mich erledigt. ... Wir können es wirklich nicht."

Die Klägerin hat 4.155,20 DM nebst Zinsen als Entgelt für die Zündholzbriefchen einschließlich Werbeaufdruck, Porto, Fracht und Verpackung sowie Mehrwertsteuer eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin - nur - 870 DM nebst Zinsen zugesprochen und es im übrigen bei der Klageabweisung belassen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teil ihrer Klage weiter.

Die Beklagte hat sich in allen drei Rechtszügen nicht vertreten lassen. Die Klägerin beantragt, gegen sie Versäumnisurteil zu erlassen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Vertrag der Parteien sei ein Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen (§ 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB). Die Werbezündholzbriefchen hätten ihrer Ausgestaltung nach als Werbeträger allein dem Gaststättenbetrieb der Beklagten dienen sollen und wären von der Klägerin anderweit nicht abzusetzen gewesen. Die Beklagte habe durch ihr Schreiben an die Klägerin vom 20. April 1977 den Vertrag wirksam gekündigt. Als Anspruchsgrundlage der Klageforderung komme daher § 649 BGB in Betracht.



Das ist nicht zu beanstanden.

1. Die Revision meint, die Werbezündholzbriefchen seien vertretbare Sachen, daher sei Kaufrecht anzuwenden.

Das geht fehl.

a) Gemäß § 91 BGB sind vertretbare Sachen solche, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Entscheidend ist, daß die Sachen ohne weiteres austauschbar sind, weil sie sich von anderen Sachen gleicher Art nicht durch ausgeprägte Individualisierungsmerkmale unterscheiden. Bei Veräußerungsgeschäften sind nicht austauschbar und deshalb nicht vertretbar solche Sachen, die den Bestellerwünschen angepaßt und dadurch für den Unternehmer schwer oder gar nicht anderweit abzusetzen sind (vgl. u. a. BGH NJW 1966, 2307; 1971, 1793; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 651 Rdn. 4, 5).

b) Hier fehlt es an der Austauschbarkeit und anderweiten Absetzbarkeit der Zündholzbriefchen. Diese sollten mit dem allein für den Gaststättenbetrieb der Beklagten geeigneten Werbeaufdruck versehen werden. Dadurch hätten sie ausgeprägte Individualisierungsmerkmale erhalten, die ihre Austauschbarkeit und - wie die Klägerin selbst hervorgehoben hat - anderweitige Absetzbarkeit ausgeschlossen hätten. Daran ändert nichts, daß die Zündholzbriefchen nicht nur als Werbeträger, sondern auch als "Zündmittelträger" verwendet werden sollten. Werbeträger, die nach ihrer Gestaltung der Werbung eines bestimmten Unternehmens dienen, sind auch dann nicht vertretbare Sachen, wenn sie einen Gebrauchswert haben. Der Gebrauchswert macht die für die Werbezwecke eines bestimmten Unternehmens

gestalteten Sachen nicht austauschbar und anderweit absetzbar.

2. Das Berufungsgericht sieht in dem Schreiben der Beklagten vom 20. April 1977 eine Kündigung des Vertrags. Diese Auslegung einer Individualerklärung läßt keine Rechtsfehler erkennen, wird auch von der Revision nicht beanstandet.

3. Diese wendet sich vielmehr nur dagegen, daß das Berufungsgericht von der Wirksamkeit der Kündigung ausgeht. Das Kündigungsrecht nach § 649 BGB sei hier durch Nr. 7 der im Auftragsformular abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im folgenden: AGB) der Klägerin ausgeschlossen worden.

Dieser Angriff geht ebenfalls fehl.

a) Nr. 7 Abs. 1 und 2 AGB lauten:

"Nimmt der Käufer eine Lieferung nicht ab oder löst er eine Nachnahme nicht ein oder gerät er mit einer sonstigen Haupt- oder Nebenpflicht in Verzug, so wird damit der gesamte Restbetrag zur Zahlung fällig. Der Käufer hat in diesem Falle vorzuleisten.

Nach seiner Wahl ist der Verkäufer in den Fällen des vorstehenden Absatzes berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten und 25 % des nach dem Vertrag vom Käufer noch geschuldeten Kaufpreises als entgangenen Gewinn zu fordern, zuzüglich Nebenkosten. Die geleistete Druckkostenanzahlung ist dem Kunden voll anzurechnen."

Die AGB der Klägerin sind für das Revisionsgericht frei nachprüfbar. Nr. 7 Abs. 1 AGB hat keine Bedeutung für den Vergütungsanspruch der Klägerin aus § 649 BGB, um den es hier geht. Das Kündigungsrecht der Beklagten ist durch diese Klausel weder ausgeschlossen noch beschränkt. Nr. 7 Abs. 2 AGB ist hier schon deswegen nicht einschlägig, weil nicht die Klägerin zurückgetreten ist, sondern die Beklagte gekündigt hat.

II. Das Berufungsgericht hält einen - 870 DM übersteigenden - Vergütungsanspruch der Klägerin für nicht begründet, da sie sich nach § 649 Satz 2 BGB ihre Ersparnis anrechnen lassen müsse. Das trifft zu. Was die Revision dagegen vorbringt, geht fehl.

1. Nach § 649 BGB behält der Unternehmer bei Vertragskündigung durch den Besteller den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, muß sich aber Ersparnisse und anderweiten Erwerb anrechnen lassen. Er soll das erhalten, was er nach Herstellung des Werks gehabt hätte, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Durch das Gebot der Anrechnung soll eine durch nichts gerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers vermieden werden (so schon RGZ 74, 197, 199). Der Einwand der Ersparnis ist kein Gegenrecht des Bestellers, das nur auf dessen Einrede hin berücksichtigt werden dürfte, sondern der vertragliche Vergütungsanspruch besteht von vornherein nur abzüglich der Ersparnis (vgl. Glanzmann aaO § 649, Rdn. 12; Soergel/Siebert BGB, 10. Aufl., § 649, Rdn. 5; Staudinger/Riedel BGB, 11. Aufl., § 649, Rdn. 4). Ergibt sich die Ersparnis aus dem eigenen Vortrag des klagenden Unternehmers, so ist sie auch dann abzusetzen, wenn der beklagte Besteller sich nicht darauf beruft, z. B. wenn er - wie hier - sich im Prozeß

nicht vertreten läßt.

2. Auf die Darlegungs- und Beweislast für die Ersparnis kommt es hier nicht an. Die Klägerin hat nämlich in ihrem Schriftsatz vom 14. September 1979 ihre Ersparnis auch der Höhe nach offengelegt. Sie hat vorgetragen, daß sie die Zündholzbriefchen ihrerseits nicht zur Fertigung in Auftrag gegeben hat, so daß sie Herstellungskosten von 2.430 DM und die Mehrwertsteuer von 315,90 DM, zusammen 2.745,90 DM, die sie der Beklagten in Rechnung gestellt hat, gar nicht hat zu zahlen brauchen. Außerdem sind für sie (Klägerin) auch weder die der Beklagten mit 200 DM berechneten Druckkosten für Klischees, Lithografien usw. noch die der Beklagten mit 210 DM in Rechnung gestellten Porti, Fracht und Verpackungskosten angefallen.

Der Berücksichtigung dieses ihres eigenen Sachvortrages kann die Klägerin hier nicht dadurch entgehen, daß sie die Angaben über ihre Ersparnis als "Hilfsvorbringen" bezeichnet hat.

III. Das Berufungsgericht verneint auch einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Mehrwertsteuer auf den nach § 649 BGB von der Beklagten zu zahlenden Betrag.

Das beanstandet die Revision ebenfalls zu Unrecht. Der Werklieferungsvertrag der Parteien ist nicht ausgeführt worden. Die Klägerin hat keine Leistung an die Beklagte erbracht. Es liegt kein umsatzsteuerrechtliches Austauschgeschäft vor (so BFH, BStBl. Teil II 1971, 6). Die Klägerin kann daher von der Beklagten nicht die Zahlung von Mehrwertsteuer auf die zugesprochenen 870 DM verlangen.

IV. Nach alledem hat das Berufungsgericht die Klage mit Recht größtenteils für unbegründet erachtet. Dem Antrag der Klägerin auf Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die Beklagte ist daher nicht stattzugeben. Die Revision der Klägerin ist vielmehr zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus