

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

15

BGB §§ 326 A, 631

Die einem Besteller vereinbarungsgemäß obliegende Pflicht zum Abruf der vom Unternehmer zu erbringenden Werkleistung stellt in der Regel keine Hauptverpflichtung dar, durch deren Nichterfüllung die Rechtsfolgen des § 326 BGB herbeigeführt werden können.

BGH, Urt. v. 30. September 1971 - VII ZR 20/70 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII BR 20/70

URTEIL

Verkündet am

30. September 1971

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Industrie-Compagnie K [REDACTED], Konstruktions- und
Handelsgesellschaft mbH, gesetzlich vertreten durch ihre
Geschäftsführer Fritz J [REDACTED] und Heinz J [REDACTED], K [REDACTED],
[REDACTED]str. 1.

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Autohaus Erich H [REDACTED], W [REDACTED] Mrs. J [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 18. November 1969 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte übertrug der Klägerin im November 1964 die Lieferung und den Einbau einer Heizungsanlage für eine von ihr geplante Kraftfahrzeugreparaturhalle zum Gesamtpreis von 11.278 DM. In der von der Klägerin erteilten Auftragsbestätigung vom 13. November 1964 heißt es unter "Lieferzeit: auf Abruf - ab Februar 1965". Später wurde ein Nachtragsauftrag über 3.623,70 DM notwendig, den die Klägerin mit Schreiben vom 18. August 1965 bestätigte; dabei nahm sie wegen der Lieferzeit auf den Hauptauftrag Bezug.

In der Folgezeit bat die Klägerin mehrfach darum, die Anlage abzurufen. Die Fertigstellung des von der Beklagten in Angriff genommenen Baues hatte sich jedoch verzögert. Schließlich ließ die Klägerin durch Schreiben ihrer Anwälte vom 5. Mai 1967 die Beklagte auffordern, nunmehr bis spätestens 31. Mai 1967 den Abruf zu erklären, anderenfalls sie die Annahme der der Beklagten obliegenden Leistungen ablehnen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde. Die Beklagte antwortete, sie sei nach dem derzeitigen Stand der Bauarbeiten an der Werkhalle immer noch nicht im Stande, einen genauen Liefertermin für die Heizungsanlage anzugeben. Sie erklärte sich jedoch bereit, 2.000 DM auf die von der Klägerin später zu fordernde Vergütung anzuzahlen. Unter dem 26. Oktober 1967 teilte die Beklagte dann mit, daß dem Einbau der bei der Klägerin bestellten Heizung jetzt nichts mehr im Wege stehe. Dazu kam es aber nicht.

Vielmehr verlangte die Klägerin von der Beklagten den ihr entgangenen Gewinn als Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Sie hat im vorliegenden Verfahren 5.347,99 DM (nebst Zinsen) eingeklagt.

Das Landgericht sprach ihr den Betrag zu. Auf die Berufung der Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage ab. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen des § 326 BGB für den von der Klägerin erhobenen Schadenersatzanspruch nicht für gegeben. Dazu wäre erforderlich, so führt es aus, daß die die Beklagte treffende Abrufpflicht eine vertragliche Hauptverpflichtung darstelle. Es handle sich aber - wie in der Regel bei Abrufvereinbarungen - um eine Nebenverpflichtung. Besondere Umstände, die zu einer anderen Beurteilung zwingen, habe die Klägerin nicht dargetan. Die Klausel "auf Abruf" sei im Gegenteil im Interesse der Beklagten in den Vertrag aufgenommen worden, da die von der Klägerin zu liefernde Anlage für ein noch in der Planung begriffenes Bauwerk bestimmt gewesen sei. Daraus, daß die die Beklagte ebenfalls treffende Abnahmepflicht des § 640 BGB als Hauptpflicht anzusehen sei, folge nicht, daß das gleiche auch für die Abrufpflicht zu gelten habe. Beides sei rechtlich voneinander zu unterscheiden. Der Abruf gehe der Abnahme zeitlich voraus. Deshalb könne auch die Abrufpflicht, die rechtlich neben der Abnahmepflicht bestehe, begrifflich nicht deren Teil sein.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum stehen einem Gläubiger die Rechte des § 326 BGB nur zu, wenn sich der Schuldner mit einer Hauptleistung in Verzug befindet. Welche Leistungen Hauptleistungen sein sollen, richtet sich nach dem Willen der Vertragspartner, ist also durch Auslegung zu ermitteln

(RGZ 101, 429, 431). So wird seit langem die dem Käufer nach § 433 Abs. 2 BGB obliegende Pflicht, die Kaufsache abzunehmen, in der Regel als Nebenpflicht angesehen (RGZ 53, 161, 164; 57, 105, 108; 92, 268, 270; Soergel/Schmidt (10.) Anm. 8 zu § 326 BGB mit weiteren Nachweisen). Die Abnahmepflicht des Käufers kann aber dann zur Hauptpflicht werden, wenn der Verkäufer an der Wegschaffung des verkauften Gegenstands ein besonderes Interesse hat (vgl. die Nachweise bei Soergel/Schmidt aaO).

Ähnlich verhält es sich beim Kauf auf Abruf. Auch die Pflicht des Käufers zum Abruf der Kaufsache, die selbständig neben seiner Abnahmeverpflichtung gemäß § 433 Abs. 2 BGB besteht, ist regelmäßig Nebenpflicht und nur in Ausnahmefällen Hauptverpflichtung. Das ist in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt (vgl. etwa RG SeuffA 63 Nr. 6; 83 Nr. 182; Recht 1921 Nr. 1323; 1923 Nr. 186; Kuhn in RGRK (11.) Anm. 214; Soergel/Ballerstedt (10.) Anm. 92; Staudinger/Ostler (11.) Rdn. 75, 149 je zu § 433 BGB; Würdinger in RGRK (3.) Rdn. 222, 293 vor § 373 HGB). Daß unter Kaufleuten eine Abrufverpflichtung immer als Hauptverpflichtung angesehen werden müsse, weil im kaufmännischen Verkehr ein allgemeines Interesse an der schnellen Abwicklung der abgeschlossenen Geschäfte bestehe, kann der Revision nicht zugegeben werden. Das hängt vielmehr von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab, auf die auch die angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts abstellt.

b) Nicht anders ist die Rechtslage bei einem Werkvertrag auf Abruf.

Insbesondere kann, entgegen der Ansicht der Revision, aus der Vorschrift des § 640 BGB nichts dafür hergeleitet werden, daß die einem Besteller vereinbarungsgemäß obliegende Pflicht zum Abruf der vom Unternehmer zu erbringenden Werkleistung stets eine Hauptverpflichtung im Sinne des § 326 BGB darstellen müßte. Die den Besteller nach § 640 BGB treffende Abnahmeverpflichtung hat zwar selbst eine Hauptleistung zum Inhalt, die geeignet ist, bei Verzug durch den Besteller die Rechtsfolgen des § 326 BGB auszulösen (RGZ 171, 297, 300). Die Abnahmenpflicht des Bestellers nach § 640 BGB umfaßt aber auch nicht nur wie die des Käufers nach § 433 Abs. 2 BGB den tatsächlichen, der Ablieferung entsprechenden Akt der Hinnahme des Gutes, um den Verkäufer hiervon zu entlasten (BGH DB 1966, 415, 416; RGZ 171, 297, 300). Sie erfordert vielmehr außerdem die Anerkennung des Werks als eine der Hauptsache nach vertragsgemäße Erfüllung, worin ihre eigentliche Bedeutung liegt (BGH NJW 1970, 421, 422 mit Nachweisen; BGHZ 48, 257, 262 = NJW 1967, 2259).

Darüber hinaus bezieht sich die Abnahmenpflicht des Bestellers nach § 640 BGB von vornherein nur auf das fertiggestellte Werk (RGZ 53, 221, 223; RG JW 1921, 460). Allein nach der Fertigstellung hat der Unternehmer in der Regel das besondere Interesse an der Abgabe der Erklärung durch den Besteller, daß das von ihm, dem Unternehmer, tatsächlich hergestellte Werk auch vertragsgemäß ist. Dagegen besagt die Pflicht des Bestellers, das fertiggestellte Werk förmlich abzunehmen, nichts über den Rang der ihn vor der Fertigstellung etwa treffenden Mitwirkungspflichten. So kann der nach § 640 BGB dem Besteller auferlegten Abnahmenpflicht keinesfalls entnommen

werden, daß der Besteller - anders als der Käufer - etwa von Anfang an als Hauptverpflichtung die rein körperliche Entgegennahme des erst noch herzustellenden Werkes schuldet. Das würde bedeuten, daß er dem Unternehmer gegenüber in gleicher Weise wie zur Zahlung des Werklohns auch zur Mitwirkung am Zustandekommen des Werks selbst verpflichtet wäre. Dem steht schon die Vorschrift des § 649 BGB entgegen, wonach der Besteller bis zur Vollendung des Werkes den Vertrag jederzeit kündigen darf. Der Unternehmer kann dann zwar gleichwohl die vereinbarte Vergütung (unter Abzug ersparter Aufwendungen usw) verlangen, mehr aber nicht, also nicht etwa die Fertigstellung eines bereits begonnenen Werkes. Das zeigt deutlich, daß - im Regelfalle - der Schwerpunkt der vertraglichen Verpflichtungen des Bestellers bis zur Vollendung des Werkes in der Entrichtung des Werklohnes (§ 631 Abs. 1 BGB) liegt. Grundsätzlich hat der Unternehmer an der Herstellung des Werkes ebenso wenig ein beachtliches eigenes Interesse wie der Verkäufer an der Lieferung der Kaufsache.

Unter diesem Blickwinkel muß auch die Pflicht eines Bestellers zum Abruf der vorgesehenen Werkleistung betrachtet werden. Eine solche Pflicht - das würdigt das Berufungsgericht durchaus zutreffend - hat ihren Wirkungsbereich ausschließlich in dem vor der Fertigstellung des Werkes liegenden Zeitraum. Der Abruf soll die Herstellung des Werkes überhaupt erst ermöglichen. Die Pflicht des Bestellers zum Abruf ist deshalb als bloße Nebenverpflichtung im Sinne des § 326 BGB anzusehen, es sei denn, die Parteien haben aus besonderen Gründen etwas anderes vereinbart. Dafür hat die Klägerin aber nichts vorgetragen; auch die Revision bringt insoweit nichts vor.

c) Damit ist der einen Besteller in einem Falle wie dem vorliegenden treffenden Abrufpflicht keineswegs jede Bedeutung genommen, wie es den Anschein haben könnte. Vielmehr stehen dem Unternehmer genügend Rechtsbehelfe zur Seite, die es ihm ermöglichen, seine berechtigten Interessen durchzusetzen:

aa) Auch als Nebenverpflichtung ist die Pflicht zum Abruf bei Fälligkeit einklagbar (RGZ 57, 105, 109; Kuhn in RGRK (11.) Anm. 214; Staudinger/Ostler (11.) Rdn. 75 je zu § 433 BGB). Der Unternehmer ist also in der Lage, die Voraussetzung für die Inangriffnahme des Werkes selbst herbeizuführen.

bb) Der Besteller kann aber auch, wenn alle sonstigen gesetzlichen Erfordernisse gegeben sind, mit der Erfüllung der Abrufpflicht in Schuldnerverzug geraten mit der Folge, daß der Unternehmer nach § 286 BGB vollen Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens verlangen darf (vgl. RGZ 53, 161, 162 für den insoweit gleichliegenden Fall der Abnahmeverpflichtung des Käufers; dazu auch Soergel/Ballerstedt (10.) Anm. 89 zu § 433 BGB). Der dann nach § 286 Abs. 1 BGB neben den bestehen bleibenden Vergütungsanspruch tretende Verzögerungsschaden könnte gerade in zwischenzeitlichen Lohn- und Materialpreiserhöhungen liegen, die den Gewinn des Unternehmers verringern würden.

cc) Zu denken wäre ferner an eine (zumindest entsprechende) Anwendung der §§ 642, 643 BGB, wenn man in dem Abruf eine dem Besteller obliegende Handlung sieht, die zwar nicht bei der Herstellung, aber zur Herstellung des Werkes erforderlich ist. Dann würde dem Unternehmer

- wiederum neben dem Anspruch auf die ausgemachte Vergütung - schon unter den geringeren Voraussetzungen des Gläubigerverzugs (§§ 293 ff BGB) ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung zuzubilligen sein, die über den bloßen Aufwendungsersatz des § 304 BGB hinausginge.

dd) Schließlich kämen noch Ansprüche aus der eventuellen Veränderung der Geschäftsgrundlage in Betracht, wenn die Vertragspartner den Abruf der vereinbarten Werkleistung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zur Geschäftsgrundlage gemacht haben und sich nach Ablauf der vorausgesetzten Zeit zwischen Leistung und Gegenleistung ein grobes Mißverhältnis ergeben würde.

Unter keinem der angedeuteten rechtlichen Gesichtspunkte kann die Klägerin jedoch Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie sie mit der Klage allein geltend macht. Das wäre allenfalls nach § 286 Abs. 2 BGB denkbar. Daß der Einbau der Heizung infolge des eventuellen Verzugs der Beklagten mit der Erklärung des Abrufs für sie kein Interesse mehr hatte, hat die Klägerin aber nicht dargetan.

II.

1. Das Berufungsgericht hält den von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzanspruch auch nicht über die §§ 375, 381 Abs. 2 HGB für gegeben, weil der von den Parteien abgeschlossene Vertrag nicht auf Lieferung einer beweglichen Sache, sondern auf betriebsfertige Herrichtung einer unbeweglichen Sache, der Montagehalle der Beklagten, gerichtet gewesen, also § 381 Abs. 2 BGB nicht anwendbar sei.

2. Auch das bemängelt die Revision ohne Erfolg.

Ob § 375 HGB überhaupt auf die Verpflichtung des Käufers zum Abruf der Kaufsache angewendet werden kann, ist nicht zweifelsfrei. Die Vorschrift bezieht sich nach ihrem Wortlaut lediglich auf "die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse", d.h. auf Eigenschaften des Kaufgegenstands selbst. So wird denn auch im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß die Regelung Vereinbarungen nicht erfaßt, die dem Käufer die nähere Ausgestaltung des Kaufvertrags als solchen, seine Abwicklung, vorbehalten, gerade etwa die Bestimmung der Leistungszeit (Würdinger in RGRK (3.) Anm. 3; Schlegelberger/Hefermehl (4.) Anm. 8 je zu § 375 HGB). Die Frage kann jedoch im vorliegenden Falle offen bleiben.

Denn dem Berufungsgericht ist schon darin zu folgen, daß es den von den Parteien abgeschlossenen, auf die Lieferung und den Einbau einer Heizungsanlage für die Kraftfahrzeughalle der Beklagten gerichteten Vertrag als Werkvertrag ansieht, auf den § 381 Abs. 2 HGB von vornherein nicht zutrifft (vgl. a. Brüggemann in RGRK (3.) Anm. 56 zu § 381 HGB).

III.

1. Schließlich prüft das Berufungsgericht noch, ob die Klägerin in entsprechender Anwendung des § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, weil durch schuldhaftes, eine positive Vertragsverletzung bedeutendes Verhalten der Beklagten der Vertragszweck derart gefährdet worden sei, daß der Klägerin nach Treu und Glauben das Festhalten an dem Vertrag nicht mehr habe zugemutet werden können. Das Berufungsgericht verneint diese Frage.

2. Seine Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach unter den von ihm dargelegten Voraussetzungen ein Schadenersatzanspruch möglich wäre, steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. dazu grundlegend BGHZ 11, 80, 84; auch BGH NJW 1969, 975 mit weiteren Nachweisen; RGZ 152, 119, 122). Seine unter Würdigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falles gezogene Schlußfolgerung, daß diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Dabei ist nicht ausschlaggebend, ob, wie die Revision hervorhebt, in der Zeit zwischen der Auftragserteilung und der Fristsetzung im Mai 1967 die Gesamtherstellungskosten der Anlage (ohne ins Einzelne gehende Angaben über das Ausmaß) gestiegen sind und ob die Klägerin bei der Erteilung des Ergänzungsauftrags im Sommer 1965 davon ausgehen durfte, die Fertigstellung der Kraftfahrzeughalle werde nicht mehr lange dauern. Denn Verzögerungen eines Bauvorhabens in dem hier zu verzeichnenden Umfang sind nichts so außergewöhnliches, als daß allein daran schon die von der Klägerin für sich in Anspruch genommene Folge geknüpft werden könnte, nicht mehr an den Vertrag gebunden zu sein und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern zu dürfen. In dem der Beklagten ohne Befristung zugestandenem Abrufrecht lag von Anfang an ein nicht unerhebliches Risiko für die Klägerin. Denn daß der Abruf des Einbaues der Heizungsanlage von dem in seinen Ausmaßen nicht voll überschaubaren Baufortschritt an der Halle abhängig war, mußte ihr bewußt sein. Dagegen, daß die Beklagte die Hei-

zung abnehmen mußte, ohne sie einbauen zu können, weil die erforderlichen Vorarbeiten noch nicht weit genug gediehen waren, wollte sich die Beklagte - für die Klägerin erkennbar - mit der zeitlich nicht näher festgelegten Abrufmöglichkeit gerade schützen.

Vor allem aber vermag die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts nicht anzugreifen, wonach keine Umstände dafür vorgetragen seien, daß die Beklagte den Abruf der von der Klägerin zu erbringenden Leistung schuldhaft verzögert hätte. Ohne ein solches schuldhaftes Verhalten der Beklagten wäre ein Schadensersatzanspruch in entsprechender Anwendung des § 326 BGB aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung von vornherein nicht gegeben.

Selbst wenn jedoch davon auszugehen wäre, daß der Abruf der Anlage in angemessener Zeit nach Erteilung des Ergänzungsauftrags im Sommer 1965 hätte erfolgen müssen und daß die Beklagte die Verzögerung zu vertreten hätte, so stünden - wie oben unter Ziff. I 2 c dargelegt - der Klägerin hinreichende Möglichkeiten offen, um ihre Interessen, durch die hinausgeschobene Lieferung der Anlage keine unbilligen Nachteile zu erleiden, zur Geltung bringen zu können. Insbesondere der von der Klägerin im Verzugsfalle zu fordernde Verzögerungsschaden nach § 286 Abs. 1 BGB oder die ihr bei Gläubigerverzug nach § 642 BGB zustehende angemessene Entschädigung hätten zu einem billigen Ausgleich des durch die verspätete Lieferung der Anlage zwischen den Parteien entstehenden Interessengegensatzes geführt. Bei dieser Sachlage konnte der Klägerin nach Treu und Glauben durchaus zugemutet werden, an dem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag festzuhalten und den nur wenige Monate nach ihrer eigenen Erfüllungsablehnung von der Beklagten erklärten Abruf abzuwarten.

IV.

Das Berufungsgericht hat nach alledem die Klage zu Recht abgewiesen. Die Revision der Klägerin ist mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Vogt

Bundesrichter Dr. Finke
kann nicht unterschreiben,
weil er seinen Urlaub angetreten hat.

Girisch

Glanzmann