

S. 305 / Nr. 44 Obligationenrecht (d)

BGE 59 II 305

44. Auszug aus dem Urteil der I Zivilabteilung vom 13. September 1933 i. S. Geba A.-G. gegen Guss-Baustein-Fabrik Zürich A.-G.

Seite: 305

Regeste:

Sukzessivlieferungskauf auf Abruf. Unterlassung des Abrufes durch den Käufer und Unterlassung einer Mahnung, abzurufen, durch den Verkäufer. Annahme- und Schuldnerverzug des Käufers. Stillschweigende Vertragsauflösung? OR Art. 91, 211 Abs. 1; OR Art. 97, 108 Ziff. 1

A. - Die Beklagte, Geba A.-G., Baugeschäft in Zürich, erstellte in den Jahren 1931 und 1932 in Zürich eine Anzahl Neubauten. Anfangs Februar 1931 übertrug sie der Klägerin, Guss-Baustein-Fabrik Zürich A.-G., die Lieferung von Schlackensteinen für eine erste Serie von Häusern, die im Jahre 1931 ausgeführt werden mussten... Am 10. Februar 1931 bestätigte sie das abgeschlossene Geschäft: «Wir... übertragen Ihnen hiermit die Lieferung für den Gesamtbedarf an obigen Baumaterialien auf die in obigem Schreiben erwähnten diversen und eventuell in diesem Jahr neu hinzukommenden Neubauten gemäss Ihrer Offerte. Bei Bedarf wird das benötigte Quantum jeweilen telephonisch abgerufen.» Am 2. April 1932 übertrug sie der Klägerin ausserdem «die Lieferung sämtlicher Schlackenplatten für die Neubauten: 3 Häuser Giesshübelstrasse, und Wohn- und Geschäftshaus Albisriederstrasse in Albisrieden, zu den nachfolgenden Preisen: 6er-Platten 3 Fr. 25 Cts. pro m², 8er-Platten 4 Fr. pro m², franko Bauplatz geliefert.» Im Jahre 1931 rief sie aber für die damals zur Ausführung gelangten Bauten nur 949 m² an Schlackensteinen ab. Auf Grund des zweiten Vertrages von 1932 unterliess sie überhaupt jeden Abruf. Der Nichtbezug beträgt unbestritten 5392 m².

B. - Am 30. Dezember 1932 hat die Guss-Baustein-Fabrik Zürich A.-G. gegen die Gleba A.-G. Klage auf Bezahlung von 4043 Fr. 60 Cts. nebst 5% Zins seit 1. September 1932 erhoben.

Seite: 306

C. -

D. - Durch Urteil vom 11. April 1933 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage gutgeheissen.

E. - Gegen diesen Entscheid hat die Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und Abweisung der Klage, eventuell Gutheissung nur im Betrage von 1000 Fr. beantragt.

F. -

Aus den Erwägungen.

5.- Der Haupteinwand der Beklagten besteht darin, dass die Klägerin sie bis zum 30. Juni nie gemahnt habe, abzurufen und die Steine zu beziehen, dass sie, die Beklagte, daher nicht in Verzug gekommen sei und dass sie habe annehmen dürfen, die Klägerin verzichte auf die Annahme.

Die Lieferung der Bausteine hatte auf Abruf der Beklagten zu erfolgen. Die Zeit der Erfüllung durch den Verkäufer war also nicht zum Vornherein bestimmt, sondern wurde der nachträglichen Festlegung durch den Käufer anheimgestellt. Über die Art und Weise des Abrufes bestimmte der Vertrag, dass die Beklagte bei Bedarf das benötigte Quantum jeweilen telephonisch abrufen werde. Die Wendung «bei Bedarf» hängt mit dem benötigten Quantum zusammen: Die Beklagte sollte jeweilen mitteilen, wann und wieviel Steine sie je nach dem Fortschreiten ihrer Bauten geliefert haben wollte. Es lag ja auch auf der Hand, dass die Klägerin über diesen Bedarf nicht unterrichtet sein konnte, da sie mit den Bauten nichts zu tun hatte. Die Wendung «bei Bedarf» ändert also nichts daran, dass es sich um einen gewöhnlichen Sukzessivlieferungskauf auf Abruf handelt. Das Geschäft selbst ist nicht etwa bedingt durch das Vorhandensein eines Bedarfes (vgl. STAUB, Kommentar, 12. und 13. Aufl. Anm. 5 zu § 359 HGB, HAGEDORN, Der Handelskauf auf Abruf S. 76).

Seite: 307

Der Abruf ist nach schweizerischem Recht unzweifelhaft eine dem Gläubiger obliegende Vorbereitungshandlung, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist. Verweigert der Gläubiger die Vornahme des Abrufes zu einer Zeit, da er zu erfolgen gehabt hätte, so gerät er in Annahmeverzug gemäss Art. 91 OR (von TUHR OR II S. 472 ff.). Im vorliegenden Fall steht jedoch fest, dass die Beklagte nicht etwa ausdrücklich den Abruf verweigert hat, indem sie zunächst durch die Klägerin gar nicht aufgefordert worden war, abzurufen, sondern dass sie den Abruf einfach

unterlassen hatte, und es frägt sich nun, welches die Rechtsfolgen der Unterlassung des Abrufes durch die Beklagte und der Unterlassung der Aufforderung zum Abruf durch die Klägerin sind.

Zumeist wird in einem Kaufvertrag auf Abruf eine Frist bestimmt, innert welcher der Abruf zu erfolgen hat, nach deren Ablauf der Verkäufer den Käufer wegen des Abrufes mahnen kann (von TUHR OR II S. 472 Nr. 24) und die nachfolgende Auseinandersetzung natürlich erleichtert; ist der Abruf an eine kalendermässige Frist geknüpft, so wird, wenigstens nach deutschem Recht (STAUB Nr. 5 zu § 359, S. 368), sogar angenommen, dass der Käufer ohne Weiteres in Annahmeverzug gerate. In casu fehlt es jedoch an der ausdrücklichen Vereinbarung einer solchen Frist. Immerhin besteht kein Zweifel, dass die Beklagte noch in den Jahren 1931 und 1932, während ihre Häuser im Bau begriffen waren, und als sie die Steine anderweitig bezog, hätte abrufen sollen. Indem sie dies unterliess, geriet sie ohne Weiteres in Annahmeverzug, ohne dass es hiezuhin Aufforderungen der Verkäuferin bedurft hätte (vgl. auch OERTMANN in Ehrenbergs Handbuch IV 2 S. 419). Da beim Kauf der Käufer aber zur Annahme der Leistung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist (OR Art. 211 Abs. 1, von TUHR OR II S. 470 Anm. 2, S. 476), kommt er mit Verweigerung der Annahme, d. h. hier mit der blossen Unterlassung der Vorbereitungshandlung des

Seite: 308

Abrufes zugleich in Schuldnerverzug und der Verkäufer kann den entgangenen Gewinn als Schadenersatz gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verlangen.

Selbst wenn man aber eine Aufforderung der Klägerin grundsätzlich hätte verlangen wollen, müsste im vorliegenden Fall immerhin gesagt werden, dass eine solche Aufforderung nutzlos gewesen wäre. Der Grundsatz des Art. 108 Ziff. 1 lässt sich hier analog anwenden. Es geht aus dem Verhalten der Beklagten, d. h. aus ihrem Brief vom 11. Juli 1932 hervor, dass sie auch bei einer Aufforderung nicht abgerufen hätte. Sie kann sich deshalb heute nicht darauf berufen, dass die Klägerin nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, nicht einfach zuzusehen.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man mit der Vorinstanz annimmt, die Beklagte habe sich durch Nichtvornahme des Abrufes und namentlich durch die Verwendung anderwärts bezogener oder selbst hergestellter Steine einer sogenannten positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht, sodass dann Schadenersatz auf Grund von Art. 97 OR zuzusprechen wäre. Den Ausführungen des Handelsgerichtes darüber, dass die Beklagte ein Verschulden treffe, ist ohne Weiteres beizupflichten. Die Beklagte kann also mit Fug nicht geltend machen, dass sie nur in Annahme- und zugleich Schuldnerverzug geraten wäre, wenn die Klägerin sie aufgefordert hätte, abzurufen und wenn die Klägerin nicht einfach zugehört hätte. Die Einwendung der Beklagten kann denn auch, richtig verstanden, nur dahin lauten, dass aus der Unterlassung des Abrufes durch sie einerseits und dem Schweigen der Klägerin andererseits eine stillschweigende Aufhebung des Vertrages gefolgert werden müsse. Im deutschen Schrifttum wird angenommen, dass eine solche Aufhebung denkbar, ja unter Umständen nach Treu und Glauben anzunehmen sei (vgl. STAUB N. 5 zu § 359, S. 366 und 369). Allein im vorliegenden Fall sprechen die Umstände keineswegs für die Aufhebung infolge

Seite: 309

Willensübereinstimmung. Erstens hat die Klägerin nicht übermässig lange zugewartet, auch wenn man in Betracht zieht, dass die Schlackensteine bei den Bauten der Beklagten während einer verhältnismässig frühen Etappe benötigt wurden. Zweitens hat sie kein Verhalten an den Tag gelegt, aus dem geschlossen werden müsste, dass sie erst nachträglich ihre Meinung wieder geändert und Abnahme verlangt hätte. Schliesslich aber ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Beklagte immerhin im Jahre 1931 eine geringe Menge abgerufen hat, wodurch die Annahme einer stillschweigenden Vertragsauflösung ausgeschlossen wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 11. April 1933 wird bestätigt