

Rechtsprechung zu Teil 1.5.2

Zu Folie 3:

BGH NJW 1999, 1709, 1710:

Aus den Gründen:

Es trifft ferner zu, dass nach einer vom *RG* übernommenen Rechtsprechung bei Kontokorrentverhältnissen durch die mit dem Rechnungsabschluss verbundene Saldoanerkennung die in die laufende Rechnung eingestellten Einzelforderungen untergehen und nur die durch das Schuldnerkenntnis begründete Saldoforderung übrigbleibt (BGHZ 26, [142](#) [[150](#)] = NJW 1958, [217](#) = LM § [766](#) BGB Nr. 3; BGHZ 50, [277](#) [[279](#)] = NJW 1968, 2100 = LM § [356](#) HGB Nr. 4; *BGH*, LM § [355](#) HGB Nr. 12; *BGH*, WM 1975, [556](#) [[557](#)]). Unabhängig vom Saldoanerkennnis findet außerdem nach der Rechtsprechung mit Ablauf der Rechnungsperiode eine sogenannte „Gesamtaufrechnung“, statt, bei der alle Einzelforderungen oder -verbindlichkeiten, die in den Haben- oder den Soll-Saldo eingegangen sind, in dem Verhältnis getilgt werden, in dem die Summe der Haben-Buchungen zur Summe der Soll-Posten steht (BGHZ 49, [24](#) [[30](#)] = NJW 1968, [33](#) = LM § [355](#) HGB Nr. 15; vgl. auch BGHZ 117, [135](#) [[141](#)] = NJW 1992, [1630](#) = LM H. 7-1992 BörsG Nrn. 32, 33; *BGH*, NJW-RR 1991, [562](#) = WM 1991, [495](#) [[497](#)]). Schon das allein könnte im Grundsatz dazu führen, das Guthaben, das durch die Überweisung des Erlöses aus den vom Bekl. veräußerten Anlagegegenständen entstanden ist, durch die Belastungsbuchungen jedenfalls teilweise als untergegangen anzusehen.

Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum angegriffen (vgl. *Canaris*, Großkommentar-HGB, 3. Aufl., § 355 Anm. 68ff., 88ff.; *Schlegelberger-Hefermehl*, HGB, 5. Aufl., § 355 Rdnrn. 54ff., 57ff.; *Gundlach*, DZWir 1998, 12 [17f.], jew. m.w. Nachw.). Ob das zu Recht geschieht, ist hier nicht zu erörtern. Aus der Art und Weise, wie die sich aus Rechnungsabschluss und Saldoanerkennung regelmäßig ergebenden Rechtsfolgen begründet werden, dürfen nicht ohne weiteres Konsequenzen für die Lösung von Interessenkonflikten gezogen werden, die bei der Aufstellung jener Regeln keine Rolle gespielt haben. Die Rechtsprechung lässt aus diesem Grund auch nach einer Saldoanerkennung den Rückgriff auf Einzelforderungen, die zum Zustandekommen des Saldos beigetragen haben, zu, wenn ein wirtschaftliches Interesse an einer gesonderten Geltendmachung solcher Forderungen besteht und die in der Saldoanerkennung gesehene Schuldumschaffung für die Beteiligten zu wirtschaftlich unsinnigen und mit der Kontokorrentabrede nicht beabsichtigten Folgen führen würde (BGHZ 58, [257](#) [[262](#)] = NJW 1972, [872](#) = LM § [46](#) KO Nr. 10 m.w. Nachw.). Grundlage dafür ist vor allem der in § [356](#) HGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke; danach bleibt eine Sicherheit, die für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung bestellt worden ist, ungeachtet der Saldoanerkennung auch für den sich beim Rechnungsabschluss ergebenden Saldo bestehen. Die Frage, welchen Einfluss ein bestimmtes Verständnis des Rechnungsabschlusses in einem Kontokorrentverhältnis auf die Möglichkeit hat, eine in die laufende Rechnung aufgenommene Einzelforderung auszusondern, war bei der Interessenabwägung, die den obengenannten Lösungen zugrunde liegt, ohne Bedeutung; aus diesen kann deshalb für jene Frage nichts hergeleitet werden. Ist ein bestimmter Geldbetrag auf ein Bankkonto eingezahlt worden, so kann das Ersatzaussonderungsrecht desjenigen, dem dieser Betrag zusteht, nicht davon abhängig gemacht werden, nach welchen Regeln sich im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden - hier also dem Konkursverwalter - unter anderem Geltendmachung, Verzinsung und Verjährung von Ansprüchen aus dem Bankvertrag richten. Nur zur Lösung solcher Probleme sind die Denkmodelle der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung und der Novation entwickelt worden. Für die Frage der Ersatzaussonderung ist kein wirtschaftlich vernünftiger Grund erkennbar, warum das auf das

Konto gelangte Geld, solange ein entsprechend hohes Guthaben vorhanden ist, nicht dem Ersatzaussonderungsberechtigten überlassen werden sollte (*Jaeger-Lent*, KO, 8. Aufl., § 46 Rdnr. 17 a). Dass in der Zwischenzeit andere Gut- und Lastschriften vorgenommen worden sind, ist wirtschaftlich unerheblich, solange ein die Ersatzaussonderungsforderung deckender „Bodensatz“, (*Gundlach*, DZWir 1998, 12 [18] unter Hinw. auf *Moritz*, Die Rechte des Vorbehaltsverkäufers nach § 46 KO im Konkurs des Käufers, 1970, S. 76) auf dem Konto vorhanden ist (so der Sache nach schon *Wolff*, ZZP 22, 207 [241] Fußn. 76). Ob der Konkursverwalter das Geld bewusst im Hinblick auf das Aussonderungsrecht auf dem Konto belassen hat, ist nicht entscheidend (a.A. *Moritz*, S. 76); von solchen subjektiven Erwägungen kann die Unterscheidbarkeit und damit die Aussonderungsfähigkeit nicht abhängen.

Zu Folie 8

BGHZ 50, 277, 284

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht meint in einer Hilfserrwägung endlich, die Klage könnte auch dann keinen Erfolg haben, wenn im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Gesellschaft die jährlichen Rechnungsabschlüsse maßgeblich gewesen wären; denn das würde jedenfalls nicht für das Verhältnis der Klägerin zu dem Beklagten als dem ausgeschiedenen Gesellschafter gelten, dessen Haftung sich nach dem Schuldenstand am Tage seines Ausscheidens und nicht nach dem Stand beim letzten Abschluss vor seinem Ausscheiden richtet; es sei deshalb nicht folgerichtig, beim Absinken des Schuldenstands nicht mehr auf den jeweiligen Tagesstand, sondern auf den Stand im Zeitpunkt des Rechnungsabschlusses abzustellen.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der § 356 Abs. 1 HGB entsprechend anzuwenden ist; diese Vorschrift geht von der Anerkennung des Rechnungsabschlusses aus und ermöglicht die Befriedigung aus einer Sicherheit auch insoweit, als durch diese Anerkennung die ursprünglich gesicherte Forderung im Wege der Umschaffung weggefallen ist. Dementsprechend hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts nur den periodischen Rechnungsabschluss dafür maßgebend sein lassen, ob und inwieweit der Schuldsaldo und die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters oder des sonst haftenden Dritten sich decken; sie hat es dagegen als unerheblich angesehen, ob in der Zeit zwischen zwei Rechnungsabschlüssen der Schuldsaldo sich vermindert hatte (RGZ 76, 330, 334; RG SeuffArch 82, 219, 220; RG HRR 1935, 802).

Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an. Der Umstand, dass der ausscheidende Gesellschafter nicht in Höhe des letzten periodischen Rechnungsabschlusses, sondern in Höhe des »Saldo« am Tage seines Ausscheidens haftet, berechtigt nicht zu der vom Berufungsgericht gezogenen Schlussfolgerung. Die Bemessung der Haftung nach dem Saldo am Tage des Ausscheidens berührt nicht die im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Bank weiter bestehende Kontokorrentabrede, sondern trägt lediglich in angemessener und allgemein anerkannter Weise der gesetzlichen Regelung Rechnung, wonach der ausscheidende Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens mithaftet; es wird daher nicht ein Rechnungsabschluss im Sinne der Kontokorrentabrede aufgestellt, sondern es geht lediglich darum, die Mithaftung des ausscheidenden Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden der Höhe nach zu begrenzen. Dieser Gesichtspunkt kommt aber nicht mehr in Betracht, soweit es sich um die künftige Entwicklung der Gesellschaftsschulden handelt. Hier bleibt der ausgeschiedene Gesellschafter an die während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft geschlossene Kontokorrentabrede gebunden; die Sicherheit des Rechtsverkehrs erfordert es, dass er bezüglich der Wirkung des Rechnungsabschlusses nicht anders behandelt wird als der Kontokorrentschuldner

selbst. Seine Haftung bleibt nach oben begrenzt durch den Stand der Schuld bei seinem Ausscheiden; sie kann sich verringern, soweit in der Zwischenzeit Rechnungsabschlüsse einen niedrigeren Schuldsaldo ergeben haben. Darüber hinaus besteht auch kein rechtliches Bedürfnis, zufällige Schwankungen des Tagessaldos der Mithaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters zugrunde zu legen.

Zu Folie 9:

BGH NJW 2004, 1444, 1445:

Aus den Gründen:

Bei einem Dispositionskredit besteht vor dem Abruf durch den Darlehensnehmer noch kein Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank, den ein Pfandgläubiger ohne Mitwirkung des Kreditinhabers einziehen kann. Der Vertrag vom 21. 5. 1996, in dem der Schuldner mit der Bank die Gewährung des Kontokorrentkredits vereinbart hatte, stellte es ins Belieben des Schuldners, ob und in welchem Umfang er die ihm eingeräumte Kreditlinie in Anspruch nahm. Durch diese Vereinbarung war zunächst nur ein Krediteröffnungsvertrag zu Stande gekommen, der dem Kunden das Recht einräumte, im Rahmen des festgelegten Kreditlimits bestimmte Geldbeträge durch Barabhebung, Überweisung oder auf anderem Wege abzurufen. Da es dem Kreditnehmer überlassen blieb, ob, wann und in welchem Umfang er sich des vom Kreditinstitut bereitgestellten Betrags bediente, wurde ein Anspruch auf Auszahlung erst durch den Abruf des Kunden begründet (vgl. BGHZ 83, [76 \[81\]](#) = NJW 1982, [1810](#); BGHZ 147, [193 \[194f.\]](#) = NJW 2001, [1937](#); BGH, NJW 2001, [1859](#) = WM 2001, [950 \[951\]](#)). Dieses Recht des Bankkunden zum Abruf des Kreditbetrags ist mit der heute ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum als einseitiges Gestaltungsrecht anzusehen, durch dessen Ausübung der Krediteröffnungsvertrag erst konkretisiert und inhaltlich ausgestaltet wird (*Canaris*, in: GK-HGB, 3. Aufl., Rdnr. 1204; *Staudinger/Hopt/Mülbert*, BGB, 12. Aufl., Vorb. §§ 607ff. Rdnr. 243; *Lwowski*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 77 Rdnr. 9; *Westermann*, in: MünchKomm, 3. Aufl., Vorb. § 607 Rdnr. 18; vgl. auch BGHZ 83, [76 \[81\]](#) = NJW 1982, [1810](#)). Auch diejenigen, die dieser Sicht nicht zustimmen, räumen ein, dass erst nach dem Abruf des Kunden ein konkreter Zahlungsanspruch gegen das Kreditinstitut entstanden ist (vgl. *Olzen*, ZZP 97 [1984] [1, 11](#)).

b) Vor dem Abruf des Kontoinhabers ist kein Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank vorhanden, der einem Abtretungs- oder Pfändungsgläubiger das Recht geben könnte, sich ohne Mitwirkung des Kontoinhabers Kreditmittel auszahlen zu lassen. Ob ein entsprechender Anspruch begründet wird, hängt allein von der persönlichen Entscheidung des Schuldners als Kunde des Kreditinstituts ab. Diese Befugnis kann der Gläubiger nicht durch Pfändung des Abrufrechts auf sich übertragen und den Schuldner so zur Begründung einer neuen Verbindlichkeit zwingen (*Lwowski/Bitter*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, § 33 Rdnr. 47; *Wagner*, WM 1998, [1657 \[1659f.\]](#); vgl. auch BGHZ 154, [64](#) = NJW 2003, [1858](#) = FPR 2004, [38](#) = WM 2003, [940 \[941\]](#); *Ganter*, BankR 2000, S. 135 [139ff.]). Zwar begründet dieser Umstand kein Hindernis für eine wirksame Pfändung, wenn, wie im Falle des Krediteröffnungsvertrags, schon eine Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Drittschuldner besteht, aus der die spätere Forderung nach ihrem Inhalt und der Person des Drittschuldners bestimmt werden kann (BGHZ 147, [193 \[195\]](#) = NJW 2001, [1937](#); vgl. auch BGH, NJW 2004, [369](#) = WM 2003, [2408 \[2409\]](#)). Solange der Schuldner jedoch keine Verfügung über den ihm eingeräumten Kredit vornimmt, hat die Pfändung für den Gläubiger keinen realisierbaren Wert.

Zu Folie 10:

BGH NJW 2009, 2877

LS:

1. Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.

2. Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

3. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrags auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszu gehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrags bilden.

Aus den Gründen:

[8]Nach § [651](#) BGB finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Soweit es sich dabei um nicht vertretbare Sachen handelt, ordnet § [651](#) S. 3 BGB die Anwendung der §§ [642](#), [643](#), [645](#), [649](#), [650](#) BGB mit der Maßgabe an, dass an die Stelle der Abnahme der nach §§ [446](#), [447](#) BGB maßgebliche Zeitpunkt des Gefahrübergangs tritt. Werkvertragsrecht tritt insoweit also nur ergänzend neben das Kaufrecht und nicht verdrängend an dessen Stelle.

[9]Die Voraussetzungen dieser durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001 (BGBl I, 3138) neu gefassten Vorschrift liegen vor. Die Bekl. hat mit der Kl. einen Vertrag geschlossen, in dem sie sich zur Lieferung von noch herzustellenden Teilen einer Anlage verpflichtet hat.

[10]1. Diese Teile sind entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung bewegliche Sachen i.S. des § [651](#) BGB.

...

[12]Nach jeder in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeit hatte die Bekl. bewegliche Sachen zu liefern. Die Bekl. schuldete lediglich die Anlieferung der Anlagenteile, so dass sie keine feste Verbindung mit einem Grundstück herzustellen hatte.

[13]b) Der Einordnung als bewegliche Sache i.S. des § [651](#) BGB steht nicht entgegen, dass die Anlagenteile dazu bestimmt waren, zu einer Anlage zusammengesetzt und dann auf einem Grundstück fest installiert zu werden. Maßgeblich ist, ob die Sachen im Zeitpunkt der Lieferung beweglich sind (*Schumann*, ZGS 2005, [250](#) [[251](#)] m.w. Nachw.; *Rudolph*, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651, S. 82ff.).

[14]Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind gem. § [651](#) BGB nach Kaufrecht zu beurteilen (*Dauner-Lieb/Langen-Raab*, SchuldR Teilband 2, § 651 Rdnr. 14; *Messerschmidt/Leidig*, in: *Messerschmidt/Voit*, § 651 Rdnr. 28; *Leupertz*, BauR 2006, [1648](#); *Voit*, BauR 2009, [369](#) [[370](#)]). Inwieweit etwas an-

deres gilt, wenn der Lieferant eine Verpflichtung zum Einbau der Teile in ein Bauwerk eingegangen ist oder die Teile selbst nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien als Bauwerk zu beurteilen sind, ist hier nicht zu klären.

[15]Soweit erwogen wird, die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen nicht nach Kauf-, sondern nach Werkvertragsrecht zu beurteilen, wenn sie zum Einbau in Bauwerke bestimmt sind (*Mankowski*, MDR 2003, [854](#) [[856](#)]; *Schudnagies*, NJW 2002, [396](#) [[398](#)]; *Ulbrich/Ulbrich*, in: Festschr.f. Thode, 2005, S. 149, 157), kann dem nicht näher getreten werden. Für eine solche, sich an der Zweckbestimmung der beweglichen Sache orientierende Einschränkung ergeben sich weder nach nationalem deutschem Recht noch aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Anhaltspunkte (*Rudolph*, S. 82ff.). Unmaßgeblich ist, dass die Rechtsprechung des *BGH* nach altem Recht Verträge über die Lieferung von unvertretbaren Sachen, die erkennbar für ein Bauwerk bestimmt waren, nach Werkvertragsrecht beurteilt hat (*BGH*, NJW 1980, [2081](#) = BauR 1980, [355](#)). Denn die Einordnung als Werkvertrag beruhte auf der Anwendung des nicht mehr maßgeblichen, durch die Neufassung des § [651](#) BGB überholten Rechts. Ebenfalls ohne jede Bedeutung ist entgegen der Auffassung der Revision, dass diese Verträge und auch solche Verträge, bei denen ein Handwerker Werkleistungen an beweglichen Sachen erbrachte, die - wie ihm bekannt war - in ein bestimmtes Bauwerk eingebaut werden sollten, als Verträge über Arbeiten „bei Bauwerken“ i.S. des § [638](#) BGB a.F. angesehen wurden (*BGH*, NJW 1980, [2081](#) = BauR 1980, [355](#); BGHZ 72, [206](#) [[209](#)] = NJW, 1979, [158](#); *BGH*, NJW-RR 1990, [1108](#) = BauR 1990, [603](#) [[604](#)]; ZfBR 1990, [222](#)). Es ist zwar richtig, dass dabei die sachenrechtliche Zuordnung nach altem Recht keine Rolle spielte, sondern allein auf die Zweckbestimmung der Leistung abgestellt wurde. Das lässt jedoch keinerlei Rückschlüsse auf die Frage zu, unter welchen Voraussetzungen bewegliche Sachen i.S. des § [651](#) BGB anzunehmen sind.

[16]c) Allerdings hat die Anknüpfung an den Begriff der beweglichen Sache in der Literatur erhebliche Kritik erfahren, soweit sie sich auf Verträge im Zusammenhang mit der Errichtung von Bauwerken auswirkt. Dem Gesetzgeber, der die Änderung des § [651](#) BGB auch mit der durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vorgenommenen Angleichung von Werk- und Kaufvertragsrecht begründet hat (BT-Dr 14/6040, S. 268), wird vorgeworfen, er habe nicht sämtliche Aspekte bei der Unterscheidung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag berücksichtigt (*Thode*, NZBau 2002, [360](#) [[361](#)f.]; *Mankowski*, MDR 2004, [854](#), *Schudnagies*, NJW 2002, [396](#) [[398](#)]; *Ott*, MDR 2002, [361](#) [[363](#)]; *Leistner*, JA 2007, [81](#); *Konopka/Acker*, BauR 2004, [251](#); *Sienez*, BauR 2002, [181](#) [[190](#)f.]). Diese Kritik vermag nichts daran zu ändern, dass der Wille des Gesetzgebers eindeutig dahin geht, diejenigen Werklieferungsverträge, die nach altem Recht noch dem Werkvertragsrecht unterstellt waren, nunmehr als Kaufverträge einzuordnen, was auch mit einer Angleichung an das UN-Kaufrecht begründet worden ist (BT-Dr 14/6040, S. 268). Dieser Wille ist durch die unmissverständliche Formulierung des Gesetzes ausreichend zum Ausdruck gekommen. Das Gesetz kann nicht unter Hinweis darauf umgangen werden, dass die alte Rechtslage vermeintlich zu angemessenen Ergebnissen geführt hat (so auch *Messerschmidt/Leidig*, in: *Messerschmidt/Voit*, § 651 Rdnr. 28). Auch ist ohne jede Bedeutung, dass die Verträge über die Lieferung von Bauteilen in der Begründung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts nicht erwähnt werden (vgl. *Mankowski*, MDR 2004, [854](#)). Selbst wenn der Gesetzgeber diese Verträge nicht vor Augen gehabt haben sollte, ändert das nichts an seinem Willen, allein die Beweglichkeit der Sache als neues Abgrenzungskriterium einzuführen. Eine teleologische Reduktion des § [651](#) BGB, die die Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, die für den Einbau in ein Bauwerk vorgesehen sind, von seinem Geltungsbereich ausnimmt, ist schon deshalb nicht veranlasst, weil das mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren wäre. Es ist nicht erkennbar und wird auch von

keiner Seite geltend gemacht, dass Verträge über die Lieferung von Bauteilen vom Geltungsbereich dieser Richtlinie im Hinblick darauf ausgenommen sein sollten, dass die Teile später in ein Bauwerk eingefügt werden (*Rudolph*, S. 68, 84).

[17]Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die von der Literatur angeführten Wertungswidersprüche systematisch in der Regelung des § [651](#) S. 1 BGB angelegt sind (*Rudolph*, S. 68, 84). Es mag als Wertungswiderspruch empfunden werden, dass ein Vertrag mit demjenigen, der die Errichtung des Bauwerks schuldet und dazu die Bauteile herstellt und anliefert, nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist, während ein Vertrag mit demjenigen, der die Bauteile herstellt und lediglich anliefert, grundsätzlich nach Kaufrecht zu beurteilen ist. Dieser vermeintliche Wertungswiderspruch ist jedoch allgemein in § [651](#) BGB angelegt, weil die Anwendung von Kaufrecht auf im Kern erfolgsbezogene Verträge angeordnet und vom Gesetzgeber in der Meinung akzeptiert worden ist, Kauf- und Werkvertragsrecht unterschieden sich nicht wesentlich. Das mag anders gesehen werden können, ändert aber nichts an der Entscheidung des Gesetzgebers. Gleiches gilt für die zunächst bestehenden Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung, die durch eine vertragstypologische Einordnung entstehen, die sich von einer auf erfolgsbezogene Verträge passenden Typologie entfernt (vgl. *Schumann*, ZGS 2005, [250](#) [[251](#)]).

[18]3. Zu Unrecht meint das BerGer., § [651](#) BGB sei nicht anwendbar, weil die Bekl. wesentliche Planungsleistungen erbracht habe und in diesem Fall die Vorschrift den hier in Rede stehenden Umsatz von Investitionsgütern außerhalb des Endkundenvertriebs nicht erfasse.

[19]a) Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden (BT-Dr 14/6040, S. 268), also auch auf solche Verträge zwischen Unternehmern. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts sollte nicht nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber einen Mangel der alten Rechtslage beseitigen wollen, den er in der Unterscheidung zwischen der Herstellung und Lieferung von vertretbaren und unvertretbaren Sachen mit einer unübersichtlichen Verweisung auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts gesehen hat. Der Gesetzgeber wollte eine starke Vereinfachung des Rechts über die Werklieferung, die für sämtliche Verträge der in § [651](#) BGB bezeichneten Art gelten soll (BT-Dr 14/6040, S. 267f.).

[20]Dem Gesetz kann keine Beschränkung derart entnommen werden, dass lediglich Verträge über die Lieferung von typischen Massengütern oder zum Verbrauch bestimmten Gütern erfasst sein sollten (so aber *Erman/Schwenker*, BGB, 12. Aufl., § [651](#) Rdnr. [5](#)). Der Wortlaut des § [651](#) BGB und die dargestellten Motive geben dafür nichts her. Die Beschränkung lässt sich auch nicht aus einer autonomen Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entnehmen, die für die Auslegung des Gesetzes bei einer Lieferung an einen Verbraucher zu berücksichtigen wäre. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie findet allerdings nur auf Verträge Anwendung, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter an Verbraucher zum Gegenstand haben. Daraus ergibt sich jedoch ausweislich der Richtlinie keine Einschränkung der dargestellten Art. Denn Verbrauchsgüter sind gem. Art. [1 II](#) lit. b der Richtlinie bewegliche körperliche Gegenstände mit Ausnahme der dort benannten Gegenstände. Eine weitere Einschränkung enthält die Legaldefinition der Richtlinie nicht. Sie ergibt sich auch nicht aus dem Verfahren zur Richtlinie (vgl. *Rudolph*, S. 67). Insbesondere liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, dass die schwierige Abgrenzung von typischen Massengeschäften oder zum Verbrauch bestimmten Gütern von anderen Gütern in irgendeiner Weise durch die Richtlinie eröffnet sein sollte. Auch nach Sinn und Zweck der Richtlinie ist eine Einschränkung auf typische Massengüter oder zum

Verbrauch bestimmte Güter nicht veranlasst. Denn die Vereinheitlichung des Verbraucherschutzes mit den damit verbundenen Schutzgarantien der Richtlinie ist bei allen Verbrauchergeschäften geboten.

[21] Von dem Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts erfasst bleiben damit ausweislich der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts im Wesentlichen die Herstellung von Bauwerken, reine Reparaturarbeiten und die Herstellung nicht-körperlicher Werke, wie zum Beispiel die Planung von Architekten oder die Erstellung von Gutachten (BT-Dr 14/6040, S. 268).

[22] b) Das alles stellt das BerGer. nicht in Frage. Es meint vielmehr auf der Grundlage einer in der Literatur vertretenen Meinung zur Einordnung von Verträgen zwischen Unternehmern über die Lieferung eines herzustellenden typischen Investitionsguts Werkvertragsrecht anwenden zu müssen. In der Literatur wird geltend gemacht, § 651 BGB sei nicht anzuwenden, wenn der Vertrag zwischen Unternehmern über die Lieferung eines herzustellenden typischen Investitionsguts andere zusätzliche wesentliche Leistungen enthalte, zu denen etwa Planungs-, Konstruktions-, Integrations- und Anpassungsleistungen gezählt werden. Dabei sind vor allem Leistungen im Zusammenhang mit der Lieferung von in den Produktionsprozess einzupassenden Maschinen oder Industrieanlagen oder Projektverträge im Mittelpunkt der Diskussion (vgl. *Leistner*, JA 2007, 81 [88]; *Metzger*, AcP 204 (2004), 231 [232f.]; *Schumann*, ZGS 2005, 250; *Voit*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 651 Rdnr. 12; *Lapp*, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 651 Rdnr. 1). Seien diese Leistungen für den Gesamterfolg des Vertrags von wesentlicher Bedeutung, bildeten sie den Schwerpunkt des Vertrags (*Busche*, in: MünchKomm, 5. Aufl., § 651 Rdnr. 31) oder gäben ihm das Gepräge (*Palandt/Sprau*, BGB, 68. Aufl., § 651 Rdnr. 4), so sei Werkvertragsrecht anwendbar. Werkvertragsrecht sei auch dann anwendbar, wenn ein Prototyp einer Maschine entwickelt werde, weil die dafür erforderliche geistige Leistung den Schwerpunkt des Vertrags bilde, während die Maschine selbst nur das Substrat dieser Leistung sei (*Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2008, § 651 Rdnr. 8, 16; *Palandt/Sprau*, § 651 Rdnr. 4).

[23] b) Der *Senat* muss nicht entscheiden, ob in den dargestellten Fällen § 651 BGB nicht anwendbar ist. Denn ein solcher Fall liegt entgegen der Auffassung des BerGer. nicht vor.

[24] Allerdings geht auch der *Senat* davon aus, dass die Bekl. im vom BerGer. festgestellten Umfang Planungsleistungen übernommen hat. Die dagegen gerichteten Verfahrensrügen der Kl. hat er geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet, § 564 S. 1 ZPO.

[25] Jedoch sind die Leistungen der Bekl. nicht von solchem Gewicht, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts gerechtfertigt wäre. Das BerGer. verkennt die Bedeutung der Planungsleistung im Anwendungsbereich des § 651 BGB. Danach können solche Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrags stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, der Beurteilung des Vertrags nach den Vorschriften über den Kauf regelmäßig nicht entgegenstehen. Wäre es anders, würde die Vorschrift des § 651 BGB weitgehend leerlaufen, denn jeder Herstellung geht eine gewisse Planungsleistung voraus (*Messerschmidt/Leidig*, in: *Messerschmidt/Voit*, § 651 Rdnr. 49; *Motzke*, in: *Bauträger-, Bau- und Maklervertrag in der Praxis der Wohnungsunternehmen und Immobilienverwaltungen*, S. 22). Eine Ausnahme kann deshalb allenfalls dann gelten, wenn die Planungsleistung so dominiert, dass sie den Schwerpunkt des Vertrags bildet und deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts erfordert. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn es bei der Beauftragung im Wesentlichen um die allgemein planerische Lösung eines konstruktiven Problems geht.

[26]Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die von der Bekl. zu liefernde prüffähige Statik sollte als Grundlage für die von dem Kunden der Kl. auszuführenden Erd- und Betonarbeiten dienen. Für die Bekl. war sie dazu bestimmt, ausreichend dimensionierte Bauteile aus ihrem Sortiment für die von der Kl. an deren Abnehmer zu liefernde Siloanlage zusammenzustellen. Schwerpunkt des Vertrags war damit nicht eine allgemein planerisch und konstruktiv zu ermittelnde Problemlösung für die Lagerung von Graspellets, sondern die Lieferung ausreichend dimensionierter Bauteile zur Erstellung einer den Anforderungen der Kl. entsprechenden Siloanlage. Dies ergibt sich mittelbar - und nicht ausschlaggebend - auch aus der von den Parteien getroffenen Preisvereinbarung. Danach wurden für die prüffähige Statik nur 1500 Euro netto berechnet, für die zu liefernden Bauteile dagegen 166500 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer.

Zu Folie 14:

BGHZ 110, 130

LS:

b) Bei einem Handelsgeschäft trifft den Käufer die Rügeobliegenheit nach § 377 HGB grundsätzlich auch dann, wenn der Verkäufer die Kaufsache auf Anweisung des Käufers (hier: des Leasinggebers) an einen nichtkaufmännischen Dritten (hier: den Leasingnehmer) abgeliefert, mit dem der Käufer einen Leasingvertrag über die Ware geschlossen und den er zur Geltendmachung der vertraglichen Ansprüche gegen den Verkäufer ermächtigt hat.

Aus den Gründen: (137 ff.)

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Kaufvertrag von vornherein zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin zustande gekommen ist. Das wird von der Revision als ihr günstig nicht beanstandet und lässt Rechtsfehler nicht erkennen, zumal schon nach der »Auftragsbestätigung« der Beklagten vom 10. Juli 1986 die Abwicklung der Finanzierung durch die Leasinggeberin vorgesehen war und dem Kläger zugleich ein »Leasing-Antrag« übersandt wurde, nach dessen Inhalt die Leasinggeberin die Anlage von der Beklagten kaufen sollte. Da beide Vertragsparteien Kaufleute sind und das Geschäft zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört, liegt ein Handelsgeschäft im Sinne der §§ 343 Abs. 1, 377 Abs. 1 HGB vor. Hieran und an der Anwendbarkeit der § 377 HGB ändert nichts, dass die Computeranlage an den nichtkaufmännischen Kläger ausgeliefert und dieser von der Leasinggeberin ermächtigt wurde, die vertraglichen Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen (ebenso Graf von Westphalen aaO 4 ff. und WuB I J 2. – 1.90; wohl auch Staub/Brüggemann, GroßKomm. z. HGB 4. Aufl. § 377 Rdnr. 13 a.E.).

a) Anders, als dies einige Formulierungen im Berufungsurteil glauben lassen könnten, geht es nicht darum, ob ein Leasingvertrag unter § 377 HGB fällt oder ob auf den Leasingnehmer die strengen handelsrechtlichen Vorschriften angewendet werden dürfen. Die Obliegenheit zur Rüge gegenüber der Beklagten traf die Käuferin/Leasinggeberin, und allein die Anwendbarkeit der § 377 HGB auf sie und auf den von ihr mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag und damit die Erhaltung oder der Ausschluss ihrer Gewährleistungsansprüche steht in Frage. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bedient sich der Käufer/Leasinggeber in Bezug auf die Abnahme der Kaufsache in seinem Verhältnis zum Verkäufer des Leasingnehmers als Erfüllungsgehilfen, so etwa, wenn er bestimmt, die Abnahme des gekauften Gegenstandes erfolge durch den Leasingnehmer an dem von diesem angegebenen Bestimmungsort ([BGHZ 90, 302, 309](#)). Das rechtfertigt es indessen nicht, die den Käufer und Leasinggeber aufgrund seines Kaufvertragsschlusses treffenden Pflichten und Obliegenheiten in ihrem Bestand und Umfang nur deshalb zu verändern, weil er bei der Abnahme einen Nichtkaufmann zu Hilfe zieht. Die Pflichten und Obliegenheiten eines Schuldners beurteilen sich grundsätzlich aus seiner Person und seiner vertraglichen Beziehung zum Gläubiger, nicht aus der Person des Erfüllungsgehilfen. Auch aus der Sicht des Lieferanten ist nicht einzusehen, dass er gegenüber seinem kauf-

männischen Vertragspartner nur deshalb den Schutz des § 377 HGB verlieren sollte. Die Vorschriften über die Mängelrüge tragen in erster Linie den Belangen des Verkäufers Rechnung, der davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen, wodurch zugleich dem allgemeinen Interesse an einer raschen Abwicklung der Rechtsgeschäfte im Handelsverkehr entsprochen wird (BGH Urteil vom 27. März 1985 – VIII ZR 75/84 = WM 1985,834 unter 3bccß; [BGHZ 101, 337, 345](#)). Der Charakter des vorliegenden Kaufs als eines Handelsgeschäfts ändert sich nicht dadurch, dass der Abkäufer die Kaufsache zum Gegenstand eines Leasingvertrages macht und bei der Abnahme einen nichtkaufmännischen Leasingnehmer einschaltet. Das zeigt im übrigen der Vergleich mit dem sogenannten Streckengeschäft. Hier ist anerkannt, dass der weiterverkaufende Zwischenhändler die Untersuchung des Kaufobjekts zwar seinem Abnehmer überlassen darf, dann aber auch dafür zu sorgen hat, dass der Abnehmer ihn so bald wie möglich von Mängeln unterrichtet; bei einer vermeidbaren Verzögerung der Mängelanzeige muss sich der Zwischenhändler den aus § 377 Abs. 2 HGB folgenden Rechtsnachteil von seinem Verkäufer entgegenhalten lassen (RGZ 96, 13, 14 f.; RG LZ 1917 Sp. 795; BGH Urteile vom 17. September 1954 – I ZR 62/53 = BB 1954,954 und vom 29. März 1978 – VIII ZR 245/76 = WM 1978,725 unter III). Erfolgt die Durchlieferung an einen nichtkaufmännischen Abnehmer, bleibt es nach – soweit ersichtlich – allgemeiner Meinung Sache des kaufmännischen Zwischenhändlers, für eine unverzügliche Untersuchung und Mängelanzeige durch den nichtkaufmännischen Abnehmer zu sorgen (z.B. RGZ 102,91; Staub/Brüggemann aaO § 377 Rdnr. 38,111; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 5. Aufl. § 377 Rdnr. 75/T; K. Schmidt, Handelsrecht 3. Aufl. S. 722 f.; Padeck Jura 1987, 454, 455).

OLG Nürnberg, Schlussurteil vom 25.11.2009 - 12 U 715/09

BeckRS 2010, 00067

LS:

1. Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB trifft auch den Zwischenhändler. Insoweit sind jedoch weniger strenge Anforderungen zu stellen als an einen Verarbeiter. Insbesondere kann die Branchenüblichkeit von Untersuchungen bei Zwischenhändlern anders zu beurteilen sein als die Branchenüblichkeit derselben Untersuchungen desselben Produkts im verarbeitenden Gewerbe.
2. Der Hersteller eines Produkts, der dieses aus zugekauften (bereits mangelhaften) Komponenten zusammenbaut und das Produkt sodann an einen Zwischenhändler weiterveräußert, kann sich im Falle einer unterlassenen Untersuchung der eingebauten Komponenten diesem Zwischenhändler gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Dem steht nicht entgegen, dass dem Zwischenhändler des Produkts seinerseits im Verhältnis zu dem ihn beliefernden Hersteller eine Untersuchung des Produkts auf denselben Mangel gemäß § 377 HGB nicht obliegt. (Amtliche Leitsätze)

Dazu Anm von *H. Schmidt*, ZjS 2010, 542 (www.zjs-online.de)

OLG Düsseldorf, NJW-RR 2005, 832:

LS:

1. Macht der Käufer nach berechtigter Mängelrüge Nachlieferung i.S. von § 439 BGB geltend, muss die nachzuliefernde Ware einwandfrei sein und der nach dem Kaufvertrag geschuldeten Qualität entsprechen. Es genügt nicht, dass sie lediglich den bislang ausschließlich gerügten Mangel nicht aufweist.
2. Erfolgt die Nachlieferung wiederum nicht mangelfrei, muss der Käufer eines Handelskaufs dies erneut nach Maßgabe des § 377 HGB rügen.

Aus den Gründen:

1.2. Mit der Rüge der fehlerhaften Stoffqualität der Nachlieferung ist die Bekl. indessen nach § 377 HGB ausgeschlossen, weil sie diesen Mangel nicht rechtzeitig geltend gemacht hat.

1.2.1. Allerdings hat die Bekl. entgegen der Auffassung des Kl. ihr Rügerecht nicht schon deshalb verloren, weil sie es - unstrittig - unterlassen hat, diesen Mangel schon bei der ersten Lieferung zu rügen. Soweit die Parteien - wie hier - Nachlieferung vereinbaren, ist es ausreichend, dass der Käufer nur einen Mangel der Sache - ordnungsgemäß - anzeigt. Diese Rüge begründet bereits den Nachlieferungsanspruch nach § 439 BGB n.F. Da es sich bei diesem um den originären Erfüllungsanspruch handelt, kann er sich - anders als der Nachbesserungsanspruch - nicht nach Maßgabe der Erhebung oder Nichterhebung von Mängelrügen modifizieren. Der Verkäufer hat vielmehr in der einwandfreien, nach dem Kaufvertrag geschuldeten Qualität nachzuliefern und darf sich nicht etwa darauf beschränken, bei der neuen Lieferung nur den gerügten Mangel zu vermeiden, es im Übrigen aber bei dem nicht gerügten bewenden zu lassen (s. nur *Staub/Brüggemann*, HGB, 4. Aufl., § 377 Rdnrn. 110, 152; *Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 377 Rdnr. 87).

1.2.2. Gleichwohl hat die Bekl. es unterlassen, den Mangel der Stoffqualität dem Kl. unverzüglich anzuzeigen. Ihre schriftliche Rüge vom 18. 3. 2003 ist verspätet mit der Folge, dass der Mangel als genehmigt gilt. Verlangt der Käufer Nachlieferung und erfolgt diese wiederum nicht mangelfrei, so muss er dies erneut rügen, da der Verkäufer sonst davon ausgehen kann, die erneute Lieferung gehe in Ordnung (*Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 377 Rdnr. 87). Hier besteht die Besonderheit darin, dass die Parteien am 17. 1. 2003 bezüglich der Nachlieferung unter anderem übereingekommen waren, dass die Bekl. „zur Vermeidung von Unstimmigkeiten jeder Art bezüglich der Qualität“ ein großes Handmuster G 1 für die neu zu liefernde Bettwäsche als Gegenmuster erhalten sollte, das der Kl. dem Schreiben vom selben Tage beigefügt hatte. Eine nachträgliche Änderung des Kaufvertrags dahin, dass die zu liefernde Bettwäsche die Qualität aufweisen sollte, die das Muster hatte, (§§ 311, 434 I 1 BGB n.F.; früher: Kauf nach Probe gem. § 494 BGB a.F.), liegt hierin entgegen der Auffassung der Bekl. nicht. Der Vereinbarung kann unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nur entnommen werden, dass ein Ausfallmuster übersandt werden sollte, damit anhand dieses etwaige Mängel gerügt werden können. Wird eine solche Übersendung eines Ausfallmusters vereinbart, ist damit - wie auch hier - gemeint, dass die Überprüfung des Ausfallmusters an die Stelle der Überprüfung der Ware tritt. Den Käufer trifft damit die Pflicht, schon das Ausfallmuster in Augenschein zu nehmen und zu untersuchen. Mängel, die bereits das Ausfallmuster hat, können, soweit sie nicht so gerügt werden, wie das Gesetz es für die Kaufsache vorschreibt, in Bezug auf die eigentliche Ware nicht mehr geltend gemacht werden (*Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 377 Rdnr. 113).

Unstrittig wies hier schon das der Bekl. mit Schreiben vom 17. 1. 2003 übersandte Muster nicht die von ihr gewünschte Stoffqualität auf. Ob das bereits anhand des Musters erkennbar und damit unverzüglich zu rügen war, kann dahin stehen. Jedenfalls aber hatte der Kl. der Bekl., die bezüglich des Musters keine Beanstandungen hervorgebracht hatte, unter dem 15. 2. 2003 unstrittig noch zu der nunmehr anzufertigenden Neulieferung mitgeteilt, dass diese zum schnellstmöglichen Termin „in der Qualität 100% Baumwolle, G1, wie die gelieferten Musterteile angefertigt“ würden.

Damit war der möglicherweise zunächst noch verborgene Mangel jedenfalls offensichtlich i.S. des § 377 III HGB geworden, so dass die Bekl. ihn dem Kl. unverzüglich anzuzeigen hatte.

Auch bei verborgenen Mängeln muss die Rüge unverzüglich erfolgen, nachdem sich der Mangel gezeigt hat, also der Käufer den Mangel wahrnimmt oder mit der im kaufmännischen Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte wahrnehmen können. Letzteres war hier der Fall. Die Zeugin *P* hat bei ihrer Vernehmung eingeräumt, diese Angaben schlechthin überlesen zu haben.