

126. Wann liegt Verzug mit einer Hauptleistung vor, der den nichtsäumnigen Vertragsteil zum Vorgehen nach § 326 BGB. berechtigt?

I. Zivilsenat. Ur. v. 5. März 1921 i. S. Sch. (Rl.) w. S. (Bekl.).  
I 123/20.

I. Landgericht Beuthen, Kammer f. Handelsfachen. — II. Oberlandesgericht Breslau.

Am 30. August 1917 kaufte die Klägerin vom Beklagten 100 Zentner russische Bonbons. Vereinbarung waren Lieferung „franko Bahnhof Berlin, Zahlung gegen Duplikatfrachtbrief, Ankunftsgewicht Berlin“. In ihrem Befähigungsschreiben vom 3. September 1917 ersuchte die Klägerin den Beklagten, sowohl auf der Rechnung wie

auch im Frachtbrief jede einzelne Kiste mit Nummer, Brutto- und Tara-gewicht aufzuführen. Am 13. September 1917 kündigte der Beklagte der Klägerin die Zusendung von 60,3 Zentnern Bonbons an. Beigefügt war eine Aufstellung, in der die Nummern der einzelnen Kisten aufgeführt und die in jeder Kiste enthaltenen Pakete nach Anzahl und Nettogewicht vermerkt waren. Am 14. September erwiberte die Klägerin, die Rechnung lasse die Tara- und Bruttogewichte nicht erkennen. Am 17. und weiter am 26. September 1917 verlangte sie nochmals Angabe dieser Gewichte. Am 5. Oktober erklärte sie schließlich, sie setze dem Beklagten zur Lieferung der Bonbons eine Nachfrist bis zum 12. Oktober bergestalt, daß bis zum Schlusse dieses Tags an sie eine ordnungsmäßige Rechnung mit Angabe der Zahl der einzelnen Kisten und ihrer Bruttogewichte abgegangen sein müsse, nach Ablauf der Frist werde sie die Abnahme verweigern. Der Beklagte kam dem Verlangen nicht nach. Die Klägerin hat daher 6928 *M* Schadenersatz wegen Nichtlieferung von 60 Zentnern russischen Bonbons verlangt.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Ihre Revision hatte Erfolg.

#### Gründe:

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist in folgender Weise begründet:

Der Beklagte habe dem Verlangen der Klägerin in ihrem Schreiben vom 3. September 1917, wonach die Rechnung sowohl wie der Frachtbrief die Kisten einzeln nach Nummern, Brutto- und Tara-gewicht angeben sollten, nicht widersprochen und ihm daher nachkommen müssen. Die Nichterfüllung dieser Bedingung hätte aber die Klägerin nur dann von der Vorauszahlung des Kaufpreises entbunden und zum Vorgehen nach § 326 BGB. berechtigt, wenn es sich dabei um eine Hauptleistung des Beklagten gehandelt hätte. Das sei unter besonderen Umständen möglich. Hier sei es aber nicht der Fall. Für die endgültige Abrechnung sei das Ankunfts-gewicht in Berlin maßgebend gewesen, das sich dort habe feststellen lassen. Für die Anweisung, die der Bank habe erteilt werden müssen, sei die Angabe des Bruttogewichts der einzelnen Kisten nicht nötig gewesen. Auch habe der Frachtbrief jedenfalls das Gewicht der ganzen Sendung ergeben müssen. Zudem habe die Klägerin das Gewicht der einzelnen Kisten mit Hilfe der ihr zugesandten Aufstellung wenigstens annähernd berechnen können. Gerichts-bekannter Handelsbrauch sei, daß bei der Vereinbarung „Kasse gegen Duplikatfrachtbrief“ der Käufer erst den Kaufpreis der Bank überfende und der Verkäufer erst nach der Mitteilung davon die Beladung und die Ausstellung des Frachtbriefs vornehme. Die Klägerin sei daher verpflichtet gewesen, gegen Vorlegung des Duplikatfrachtbriefs,

zu dessen Ausstellung der Beklagte bereit gewesen sei, den Kaufpreis zu zahlen. Sie habe diese Verpflichtung nicht erfüllt, der Beklagte sei daher nicht in Verzug geraten und mit Rücksicht hierauf auch die Klage nicht begründet.

Die Revision ist zunächst damit begründet, daß der Beklagte mit der Lieferung der Ware und schon insofern auch mit seiner Hauptleistung in Verzug geraten sei. Allein insofern sind eine Mahnung und die Setzung einer Nachfrist nicht erfolgt. . . .

Sodann macht die Revision geltend, die Ausstellung einer Rechnung mit den verlangten Angaben sei eine Hauptleistung des Beklagten gewesen. Daraus folge, daß er mit einer solchen in Verzug geraten und mit Rücksicht auf die Erklärung vom 5. Oktober 1917 der Schadensersatzanspruch der Klägerin begründet sei.

Das Oberlandesgericht hat mit einwandsfreier Begründung angenommen, daß sich der Beklagte stillschweigend mit der Forderung der Klägerin in ihrem Bestätigungsschreiben vom 3. September 1917, wonach sowohl in der Rechnung wie im Frachtbrief jede einzelne Kiste mit Nummer, Brutto- und Taragewicht aufgeführt werden sollte, einverstanden erklärt habe. Zu der dem Beklagten obliegenden Leistung gehörte also jedenfalls die Ausstellung einer derartigen Rechnung. Ob diese Leistung eine Hauptleistung war, ist nicht nur Sache der tatsächlichen Feststellung, sondern auch eine Rechtsfrage. Die Möglichkeit ist unbedenklich gegeben. Was als Hauptleistung anzusehen ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Es kommt auf den einzelnen Fall an. Die Parteien können bestimmen, was eine Hauptleistung sein soll. Auch insofern gilt Vertragsfreiheit. Dabei ist nicht einfach entscheidend, ob die Leistung nach den tatsächlichen Verhältnissen wirklich großen praktischen Wert hat. Auch eine Leistung, bei der das nicht der Fall ist, kann eine Hauptleistung sein. Sie ist es dann, wenn ihr nach dem Willen der Beteiligten, wie er bei dem Vertragsschlusse seinen Ausdruck gefunden hat oder sich aus den Umständen ergibt, eine wesentliche Bedeutung beigelegt wurde, wenn sie also etwas ist, worauf es der einen oder anderen Partei in hohem Grade ankam, was sie unter allen Umständen erlangen wollte, was deshalb für sie nicht eine Nebensache war, auf die sie keinen großen Wert legte. Ist eine Vereinbarung derartig getroffen, so gehört die Erfüllung im Sinne des Vertrags zur Hauptleistung, und der Schuldner, der sie nicht bewirkt, setzt sich damit den Folgen aus, die sich bei Verzug mit der Hauptleistung ergeben. Er kann sich dann nicht darauf berufen, daß seine Leistung ohne Wichtigkeit sei und ihre Bewirkung dem Gläubiger keinen Nutzen bringe. Aus welchem Grunde die Leistung in dem Vertrage zur Hauptleistung gemacht ist, ist gleichgültig. Es genügt, daß es tatsächlich geschehen ist.

In dem Bestätigungsschreiben vom 3. September 1917 hat nun die Klägerin sich in folgender Weise ausgedrückt: „Bei den fast zur Regel gewordenen Vercraubungen der Bahnsendungen werde ich die Ware unter Gewichtskontrolle auf dem Bahnhof abnehmen. Es ist dazu aber bringend notwendig, daß nicht die ganze Sendung nur mit dem Gesamtgewicht in Rechnung und Frachtbrief verzeichnet siehe, sondern es muß sowohl auf der Rechnung wie im Frachtbriese jede Kiste einzeln mit Nummer, Brutto und Tara aufgeführt sein, denn nur so läßt sich eine kontrollierte Abnahme auf der Bahn ermöglichen.“ Dies ist die Erklärung, mit welcher, wie auch das Oberlandesgericht annimmt, der Beklagte sich einverstanden erklärt hat. Die Fassung ergibt aber unzweideutig, daß die Klägerin unter allen Umständen die Möglichkeit haben wollte, schon auf dem Bahnhof eine genaue Gewichtskontrolle vorzunehmen, in der Weise, daß für die einzelnen Kisten das bei der Ankunft vorhandene Gewicht mit dem Gewicht, welches in der Rechnung verzeichnet war, verglichen wurde. Sie bezeichnet es als „bringend notwendig“ und als etwas, „was geschehen müsse“, daß die verschiedenen Gewichtangaben in der Rechnung, wie im Frachtbriese gemacht würden. Es konnte daher nicht zweifelhaft sein, daß sie hierauf einen entscheidenden Wert legte und es sich für sie nicht um eine Nebensache, um eine Sache von untergeordneter Bedeutung handelte. Diese Auffassung ist um so mehr geboten, als die Zeitverhältnisse es durchaus verständlich machten, daß die Klägerin auf die von ihr gewünschten Angaben großen Wert legte. Es ist also eine offenkundige Tatsache und wird auch in dem Schreiben vom 3. September 1917 hervorgehoben, daß, wie auch später noch, so schon während längerer Zeit vor Absendung des Schreibens sehr häufig Sendungen, die der Bahn zur Beförderung übergeben waren, unterwegs eines Teils ihres Inhalts beraubt worden waren. Bei einer solchen Sachlage muß es dem Empfänger einer Sendung erwünscht sein, wenn jedes noch irgendwie geeignete Mittel angewendet wird, welches die Feststellung eines Diebstahls erleichtert, auch wenn er dadurch nur die Möglichkeit erhält, die Weiterungen zu vermeiden, die sich bei einer nachträglichen Feststellung ergeben. Um so weniger konnte für den Beklagten die Bedeutung zweifelhaft sein, die die Klägerin ihrem Verlangen beilegte. . . .