

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 229/83

URTEIL

Verkündet am:

31. Oktober 1984
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma E [REDACTED] Eugen B [REDACTED] Produktions- und Absatz GmbH, vertreten durch
die Geschäftsführer Jürgen K [REDACTED] und Erich G [REDACTED], Industriegebiet,
S [REDACTED] in R [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma D [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Josef und Armin
L [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED] in B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. Juli 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt u.a. Metallteile her. Die Beklagte baut und vertreibt Maschinen, die zur Serienanfertigung von solchen Teilen verwendet werden.

Wegen zweier Großaufträge über insgesamt 140 Millionen Bodenstücke aus Messing und Stahl, die zur Herstellung von Übungspatronen für die Bundeswehr bestimmt und von ihr innerhalb eines vertraglich festgelegten Zeitraums sukzessive zu liefern waren, wandte sich die Klägerin im August 1980

an die Beklagte zwecks Lieferung derartiger Fertigungsmaschinen. Aufgrund der sich anschließenden Verhandlungen und eines Angebotes der Beklagten vom 27. August 1980 bestellte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Oktober 1980 acht sogenannte Schalttellermaschinen, für die ein Stückpreis von 175.788,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart wurde und auf die die Klägerin eine Anzahlung von insgesamt 125.805,62 DM leistete. In dem Bestellschreiben heißt es auszugsweise:

"Unabdingbare Voraussetzungen dieser Bestellung sind folgende Punkte, die mit Ihnen besprochen worden sind und denen Sie zugestimmt haben:

...

- 2. Termin für die erste Maschine = 20. Januar 1981
- Termin für die zweite Maschine = 15. Februar 1981
- zwei Maschinen = 15. März 1981
- zwei Maschinen = 15. April 1981
- zwei Maschinen = 15. Mai 1981

Die Termine besagen, daß jeweils zu diesem Zeitpunkt die Maschinen eintreffen.

- 3. Die Termine für alle Maschinen sind unbedingt einzuhalten. Außerdem behalten wir uns zusätzlich das Rücktrittsrecht vom gesamten Auftrag vor

...

Der Auftrag gilt als fest erteilt, sofern nicht bis zum 20. November 1980 ein Widerruf erfolgt."

In ihrem Antwortschreiben vom 26. November 1980 bestätigte die Beklagte die Liefertermine mit dem Hinweis:

"Das Rücktrittsrecht bezieht sich auf den gesamten Auftrag und kann nur bis zum 20.11.1980 angewandt werden, wenn Ihr Auftraggeber den Auftrag bis dahin zurückzieht."



Hierauf erwiderte die Klägerin am 12. Dezember 1980:

"... . Wir verweisen nochmals auf Ziff. 3) unseres Schreibens vom 29. Oktober 1980, wonach wir uns ein Rücktrittsrecht von dem gesamten Auftrag vorbehalten haben. Dieses Rücktrittsrecht kann von uns in dem Fall ausgeübt werden, wenn Sie mit der Lieferung einer Maschine in Verzug sind."

Die Beklagte äußerte sich hierzu nicht mehr.

Am 8. Januar 1981 überbrachte die Klägerin der Beklagten berichtigte Werkstückzeichnungen zu den am 11. Dezember 1980 zur Verfügung gestellten. Über den Umfang der Abweichungen und der deshalb erforderlichen Umrüstungsarbeiten an der ersten Maschine herrscht zwischen den Parteien Streit.

In Ihrem Schreiben vom 22. Januar 1981 wies die Beklagte die Klägerin unter der Überschrift "Lieferzeiten" darauf hin:

"Wie vereinbart, werden wir in Abänderung der ursprünglichen Version jeden Monat eine Maschine ausliefern ...".

Mit Fernschreiben vom 18. Februar 1981 mahnte die Klägerin unter Bezugnahme auf die im Bestellschreiben und der Auftragsbestätigung genannten Termine die Lieferung der ersten beiden Maschinen an. Ferner erklärte sie darin:

"Sollten die Maschinen nicht bis zum 25.2.1981 abnahmebereit sein und zufriedenstellend produzieren ..., werden wir die Lieferung ablehnen und uns vorbehalten, von der gesamten Bestellung zurückzutreten."

Da die Maschinen bis zum 25. Februar 1981 nicht eintrafen, lehnte die Klägerin mit Fernschreiben vom 4. März 1981 die Abnahme aller acht Maschinen ab und kündigte - später auch vorgenommene - Deckungskäufe an.

In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zu verschiedenen Gesprächen, in deren Verlauf sie am 23. April 1981 eine Zwischenvereinbarung trafen, welche die Klägerin mit Fernschreiben vom 24. April 1981 bestätigte. Danach kaufte die Klägerin die fertiggestellte erste Maschine der acht bestellten unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Maschine innerhalb einer gewissen Zeit eine bestimmte Anzahl beanstandungsfreier Teile produziere. Die Parteien stellten klar, daß durch diese Vereinbarung wechselseitige Ansprüche aus dem Vertrag vom 29. Oktober/26. November 1980 nicht berührt würden, beide Parteien sich diese Ansprüche vielmehr wechselseitig vorbehielten. Die Beklagte lieferte die Maschine am 28. April 1981, nahm sie aber wieder zurück, nachdem die Klägerin sie ihr am 22. Mai 1981 wegen angeblich nicht einwandfreier Produktionsleistung zur Verfügung gestellt hatte.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Beklagte habe sich zur Zeit der Nachfristsetzung mit der Lieferung der ersten beiden Maschinen in Verzug befunden. Sie habe diesen auch zu vertreten, so daß der mit Schreiben vom 4. März 1981 erklärte Rücktritt berechtigt gewesen sei.

Die Klägerin hat deshalb mit der vorliegenden Klage von der Beklagten Rückerstattung der geleisteten Anzahlung (125.805,62 DM) beansprucht. Außerdem hat sie ursprünglich 11.851,45 DM als Ersatz von Zinsverlusten verlangt, die ihr dadurch entstanden sein sollen, daß sie eine Anzahlung

auf eine andere bei der Beklagten bestellte aber nicht gelieferte Maschine geleistet hatte. Insoweit ist noch ein Betrag von 5.219,50 DM Gegenstand des Revisionsverfahrens. Die weiterhin geltend gemachten Ansprüche der Klägerin auf Bezahlung des von ihr der Beklagten zu Versuchszwecken gelieferten Materials und der verauslagten Frachtkosten sind nicht in die Revisionsinstanz gelangt.

Die Beklagte hält den von der Klägerin erklärten Rücktritt für nicht gerechtfertigt. Sie hat geltend gemacht, sie habe mit der Klägerin im Januar 1981 vereinbart, daß in Abänderung des ursprünglichen Terminplanes die erste Maschine Anfang März 1981 und in der Folgezeit jeden Monat nur eine Maschine ausgeliefert werden sollte. Zu dieser Vereinbarung sei es gekommen, weil die Klägerin die endgültigen Werkstückzeichnungen nicht rechtzeitig hereingereicht habe. Außerdem habe sich die Fertigstellung der Maschinen auch dadurch verzögert, daß die Klägerin einen genaueren als den in den Zeichnungen vorgesehenen Plananschlag verlangt und das Messingmaterial für die Probeläufe erst am 23. Januar 1981 ausgeliefert habe. Die am 23. April 1981 bedingt gekaufte Maschine habe einwandfrei produziert. Mängel habe die Klägerin nur vorgeschoben, um auch diese "Hilfskonstruktion" zu Fall zu bringen.

Die Beklagte hält die Klägerin für verpflichtet, die erste - fertiggestellte - Maschine, über die man sich auch am 23. April 1981 geeinigt habe, abzunehmen und zu bezahlen. Von dem Kaufpreis von 198.640,44 DM (= 175.788,-- DM + 13 % Mehrwertsteuer) hat sie die Anzahlung (125.805,22 DM) abgesetzt, in Höhe von 5.219,50 DM die Aufrechnung gegen den Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Zinsverlustes erklärt und den Rest von 67.615,42 DM im Wege der Widerklage geltend gemacht. Mit dieser hat sie außerdem 43.362,79 DM als Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich der dritten, ursprünglich im März 1981 zu liefernden Maschine beansprucht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage antragsgemäß nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Abweisung eines Teils des Zinsbegehrens der Klägerin und der Widerklage die Beklagte zur Zahlung von 131.025,12 DM (= Anzahlung + Zinsverlust in Höhe von 5.219,50 DM) nebst Zinsen verurteilt. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hält den von der Klägerin mit Fernschreiben vom 4. März 1981 erklärten Rücktritt nach § 326 BGB für gerechtfertigt. Hierzu hat es ausgeführt, die Beklagte habe sich mit der Lieferung der beiden ersten Maschinen in Verzug befunden, als die Klägerin ihr am 18. Februar 1981 eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt habe. Aufgrund der Vereinbarung vom 29. Oktober/26. November 1980 sei die erste Maschine am 20. Januar 1981 und die zweite am 15. Februar 1981 zu liefern gewesen. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 22. Januar 1981 ergebe sich nicht, daß diese Lieferfristen einvernehmlich abgeändert worden seien, sondern lediglich die Abrede, daß abweichend vom ursprünglichen Lieferplan ab März 1981 statt der vorgesehenen zwei Maschinen jeden Monat nur eine ausgeliefert werden sollte. Für das Vorbringen der Beklagten, es sei hierbei vereinbart worden, die erste Maschine müsse erst im März und jeweils einen Monat später eine weitere Maschine geliefert werden, spreche nichts. Vielmehr spreche sogar dagegen, daß die Beklagte sich weder gegenüber dem Schreiben der Kläger vom 18. Februar 1981 noch in einem Gespräch der Parteien vom 28. Februar 1981 auf eine abweichende Lieferfristvereinbarung berufen habe.

Die Beklagte habe die Verzögerung bei der Lieferung der ersten beiden Maschinen auch zu vertreten, weil die Nichteinhaltung der Termine nicht auf die nachträgliche Vorlage berichtigter Zeichnungen oder auf eine Änderung der Toleranz beim Plananschlag zurückzuführen sei.

Die Fernschreiben der Klägerin vom 18. Februar und 4. März 1981 erfüllten die weiteren Voraussetzungen des § 326 BGB. Der Rücktritt erfasse den gesamten Vertrag. Es handle sich zwar um einen Sukzessivlieferungsvertrag, und Verzug habe zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung erst hinsichtlich der ersten beiden Maschinen vorgelegen, jedoch sei das den ganzen Vertrag umfassende Rücktrittsrecht gemäß Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1980 vereinbart worden. Zudem sei mit dem Lieferverzug bei den ersten beiden Maschinen das Interesse der Klägerin an der Lieferung der restlichen Maschinen gemäß § 326 BGB in Verbindung mit § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB entfallen.

II. Diese Ausführungen begegnen zum Teil durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Beklagte habe sich am 18. Februar 1981 in Verzug befunden, läßt sich nicht halten. Die Revision rügt zu Recht, daß die insoweit entscheidungserhebliche Feststellung des Berufungsgerichts, die ursprünglich vereinbarten Liefertermine seien nicht - entsprechend der Behauptung der Beklagten - einvernehmlich abgeändert worden, verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist.

a) Vergeblich wendet sie sich allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der ursprünglich vereinbarte Liefertermin für die erste Maschine vom 20. Januar 1981 sei nicht dadurch aufgehoben worden, daß die

Klägerin das Schreiben der Beklagten vom 22. Januar unwidersprochen hingenommen habe. Aus dem Inhalt dieses Schreibens selbst ergibt sich, was auch die Revision einräumt, nicht, daß und gegebenenfalls bis wann der erste Liefertermin hinausgeschoben wurde. Dies folgt entgegen der Meinung der Revision auch nicht aus dem Datum des Schreibens, das nach diesem Liefertermin liegt. Daß das Berufungsgericht hieraus nicht auf eine einvernehmliche Verschiebung des Liefertermins geschlossen hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Nicht zu beanstanden ist ferner, daß das Berufungsgericht einen Verzug der Beklagten in dem vorgenannten Zeitpunkt - unter dem Gesichtspunkt des § 285 BGB - nicht deshalb verneinte, weil die Klägerin erst am 8. Januar 1981 berichtigte Zeichnungen vorgelegt und eine Änderung der Toleranz beim Planschlag verlangt hatte. Seine Erwägungen, aufgrund derer es zu der Annahme gelangte, diese Änderungswünsche seien nicht ursächlich für die Nichtlieferung der beiden ersten Maschinen am 20. Januar 1981 oder einige Tage später bzw. am 15. Februar 1981 gewesen, lassen Rechtsfehler nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, nach der eigenen Erklärung der Beklagten in deren Schreiben vom 22. Januar 1981 habe sich durch die neuen Zeichnungen die Außen- und Innenkontur nur geringfügig geändert; unter anderem hätten die HM-Einstechstähle abgeändert werden müssen. Wenn es sodann - offensichtlich wegen der im letzten Satz gewählten Vergangenheitsform ("unter anderem mußten ... abgeändert werden) - den Schluß zog, diese geringfügigen Änderungen der Werkzeuge seien am Tage des erwähnten Schreibens bereits ausgeführt gewesen, so liegt dies im Rahmen des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsspielraumes. Gegen diese mögliche Wertung des Schreibens vom 22. Januar 1981 als solche wendet sich die Revision auch nicht. Sie rügt lediglich, das Berufungsgericht habe die Aussage des Zeugen S. nicht gewürdigt, wonach die durch die neuen

Zeichnungen bedingte Fertigung neuer Werkzeugsätze zu einer Verzögerung von vier Wochen geführt habe. Das Berufungsgericht brauchte sich mit dieser Aussage indessen nicht ausdrücklich auseinanderzusetzen. Eine einwandfreie Würdigung der Sach- und Rechtslage erfordert nicht, daß das Gericht auf jede einzelne Zeugenaussage eingeht. Es reicht vielmehr aus, wenn überhaupt eine sachgemäße Beurteilung stattgefunden hat (BGHZ 3, 162, 175; vgl. auch das nichtveröffentlichte Senatsurteil vom 18. März 1970 - VIII ZR 127/68). Offensichtlich hat das Berufungsgericht den gesamten einschlägigen Prozeßstoff in seine Erwägungen einbezogen und dabei - zulässig - dem Inhalt des erwähnten Schreibens den Vorzug vor der Aussage des Zeugen Schneck gegeben.

Lagen die geänderten Werkzeuge am 22. Januar 1981 aber bereits vor, dann war die Lieferung der beiden ersten Maschinen auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß für die Ausrüstung der Maschinen mit den Werkzeugen ein Zeitraum von zwei oder drei Wochen benötigt wurde, jedenfalls vor dem 18. Februar 1981 fällig, so daß die Beklagte spätestens durch die unter diesem Datum ausgesprochene Mahnung in Verzug geraten wäre.

c) Die Revision rügt indessen zu Recht als Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob - wie die Beklagte behauptet hat - der Liefertermin für die erste Maschine einvernehmlich auf Anfang März und der der zweiten entsprechend hinausgeschoben wurde, einen Beweisantritt der Beklagten nicht berücksichtigt hat. In ihrer Berufungserwiderung hat die Beklagte für die Richtigkeit dieser Behauptung den Zeugen S. benannt. Das Berufungsgericht hat auf diesen Beweisantrag nicht erkannt, ohne in den Gründen seines Urteils zu erwähnen, weshalb es die Vernehmung des Zeugen unterlassen hat. Dies war verfahrensfehlerhaft.

Soweit die Revisionserwiderung meint, der Zeuge S. sei bereits in erster Instanz vernommen worden, demgemäß habe es nach § 398 ZPO im pflichtgemäßen Ermäßen des Berufungsgerichts gelegen, über die nochmalige Vernehmung des Zeugen zu befinden, und die Revision habe eine falsche Anwendung dieses Ermessens nicht dargelegt, verkennt sie, daß das Landgericht die Vernehmung des Zeugen zu dem fraglichen Beweisthema, obwohl er hierzu bereits in erster Instanz benannt war, nicht angeordnet und ihn dazu auch nicht vernommen hat.

Daß die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten auch erheblich ist, liegt auf der Hand. Ist die Lieferung der beiden ersten Maschinen so, wie die Beklagte vorgebracht hat, hinausgeschoben worden, so war sie zum Zeitpunkt der Nachfristsetzung nicht einmal fällig, so daß diese und demgemäß der am 4. März 1981 erklärte Rücktritt wirkungslos waren. Es ist auch nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht, wenn es den Zeugen S. vernommen hätte, den Wahrheitsgehalt der in Frage stehenden Behauptung der Beklagten anders als geschehen beurteilt hätte.

Da somit das Berufungsurteil auf dem dargelegten Verfahrensfehler beruht und sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig erweist, muß es aufgehoben werden. Die Sache ist - wie noch darzulegen sein wird - auch nicht teilweise entscheidungsreif und deshalb an das Berufungsgericht in vollem Umfange zurückzuverweisen.

2. a) Sollte das Berufungsgericht nach der anderweiten Verhandlung erneut zu dem Ergebnis gelangen, daß die von der Beklagten behauptete Verlegung der Liefertermine nicht vereinbart worden sei, dann wäre der von der Klägerin erklärte Rücktritt jedenfalls hinsichtlich der ersten beiden Maschinen aus § 326 BGB gerechtfertigt, da neben dem Verzug insoweit auch die weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift, das Setzen einer angemessenen Nachfrist verbunden mit einer Ablehnungsandrohung, gegeben wären.

aa) Die Behauptung der Beklagten, es sei am 9. März 1981 vereinbart worden, daß bei einer Abnahme der ersten Maschine durch einen Sachverständigen der Vertrag über die Lieferung der acht Maschinen aufrechterhalten bleibe, das Gutachten eines Sachverständigen also über den Fortbestand des Vertrages entscheiden solle, hat das Berufungsgericht nicht für bewiesen erachtet. Die Revision bringt hiergegen nichts Erhebliches vor. Sie wiederholt nur, ohne eine Verfahrensrüge zu erheben, die vom Berufungsgericht als nicht bewiesen gewertete Behauptung der Beklagten.

bb) Ein wirksamer Rücktritt hinsichtlich der beiden ersten Maschinen hätte somit mangels abweichender Parteivereinbarung zur Folge, daß der Beklagten der für die erste Maschine geltend gemachte Kaufpreisanspruch aufgrund des Liefervertrages vom 29. Oktober/26. November 1980 nicht zustünde, die von der Klägerin geleistete Anzahlung nicht damit verrechnet werden könnte und auch die mit dem Kaufpreisanspruch erklärte Aufrechnung gegen die Forderung der Klägerin auf Ersatz des Zinsverlustes nicht durchgriffe.

cc) Der Kaufpreisanspruch ließe sich auch nicht aus der "Zwischenvereinbarung" vom 23. April 1981 herleiten, die sich nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten auf die ursprünglich am 20. Januar 1981 zu liefernde erste Maschine bezog. Der in dieser Vereinbarung geregelte Kauf stand unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Maschine eine einwandfreie Leistung in einer bestimmten Quantität erbringe. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte die Beweislast für den Eintritt dieser Bedingung trägt. Daß es diesen Beweis nicht als geführt angesehen hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Revision rügt insoweit lediglich beiläufig, das Berufungsgericht habe nicht näher zu dem Gutachten des Sachverständigen Schwarzmann vom 15. September 1982 Stellung genommen, in dem die volle Funktionsfähigkeit

der Maschine bestätigt worden sei. Ob dieses Ergebnis den Ausführungen des Sachverständigen zu entnehmen ist, kann auf sich beruhen. Das Berufungsgericht hat den Beweis des Bedingungseintrittes deshalb nicht als erbracht erachtet, weil der Sachverständige nicht bestätigen konnte, daß das Ergebnis, das er bei der Untersuchung der von ihm 1982 im Betrieb der Beklagten überprüften Maschine ermittelt hat, sich auf die gemäß der Vereinbarung vom 23. April 1981 bei der Klägerin eingesetzte Maschine übertragen läßt. Diese tatrichterlich mögliche Würdigung greift die Revision nicht an.

b) Ob bei einem Verzug mit der Lieferung der beiden ersten Maschinen auch der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich der dritten Maschine nicht gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob der Rücktritt den gesamten Vertrag erfaßte. Das Berufungsgericht hat dies bejaht. Die hierfür gegebene Begründung vermag dieses Erkenntnis aber nicht zu tragen.

aa) Das Berufungsgericht hat ohne nähere Begründung angenommen, die Parteien hätten für den Fall des Teilverzuges auf Grund des Schreibens der Klägerin vom 12. Dezember 1980 ein den ganzen Vertrag umfassendes Rücktrittsrecht vereinbart.

Ob die Parteien ein solches Rücktrittsrecht vertraglich vereinbart haben und demzufolge die Rücktrittsvoraussetzungen allein nach dieser Vereinbarung zu beurteilen sind, hängt von der Würdigung der mit den Schreiben vom 29. Oktober und 26. November 1980 gewechselten Erklärungen der Parteien ab. Die Klägerin hat sich in ihrer Bestellung vom 29. Oktober 1980 im Zusammenhang mit der geforderten unbedingten Einhaltung der Liefertermine ein unbefristetes Rücktrittsrecht vom gesamten Auftrag und außerdem ein Widerrufsrecht bis zum 20. November 1980 vorbehalten. In der Auftragsbestätigung

vom 26. November 1980 wies die Beklagte lediglich darauf hin, das Rücktrittsrecht beziehe sich auf den gesamten Auftrag und könne nur bis zum 20. November 1980 ausgeübt werden, wenn der Auftraggeber der Klägerin den Auftrag bis dahin zurückziehe. Es ist eine Frage der - vom Berufungsgericht nachzuholenden Auslegung - ob sich diese Erklärung, worauf das angegebene Datum (20.11.1980) hindeuten könnte, nur auf das in dem vorangegangenen Angebotsschreiben der Klägerin erwähnte Widerrufsrecht oder (auch) auf den darin enthaltenen Rücktrittsvorbehalt bezog. Ersterenfalls wäre das Angebot der Klägerin auf Vereinbarung eines ihr zustehenden Rücktrittsrechtes von der Beklagten durch das Bestätigungsschreiben angenommen worden. Enthält der genannte Hinweis der Beklagten dagegen einen Widerspruch gegen den von der Klägerin vorgeschlagenen Rücktrittsvorbehalt, dann kommt mangels Annahme dieses Angebotes ein vertragliches Rücktrittsrecht der Klägerin nicht in Betracht.

In diesem Falle könnte ein solches Rücktrittsrecht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht aus dem Schreiben der Klägerin vom 12. Dezember 1980 hergeleitet werden. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichtes wäre nur haltbar, wenn es sich bei dem Schreiben vom 12. Dezember 1980 um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben handelte, dessen Inhalt der Empfänger bei widerspruchloser Entgegennahme grundsätzlich gegen sich geltend lassen muß, oder wenn besondere Umstände gegeben wären, die im redlichen Handelsverkehr nach Treu und Glauben keine andere Deutung als die der Zustimmung zulassen.

Das Schreiben vom 12. Dezember 1980 stellt indessen kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar. Eine getroffene Vereinbarung wird darin nicht mitgeteilt. Durch dieses Schreiben hätte die Klägerin der Beklagten, wenn deren Erklärung im Bestätigungsschreiben als Widerspruch gegen den von der Klägerin beanspruchten Rücktrittsvorbehalt zu werten wäre, lediglich ein

neues Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB gemacht, das von der Beklagten aber nicht angenommen worden wäre, weil sie darauf geschwiegen hat. Besondere Umstände, die dieses Schweigen ausnahmsweise als Zustimmung erscheinen ließen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

bb) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist auch die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, mit denen es ein umfassendes Rücktrittsrecht nach § 326 BGB bejaht hat.

Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Zwar habe sich die Beklagte zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung erst hinsichtlich der ersten beiden Maschinen in Verzug befunden. Mit diesem teilweisen Lieferverzug sei aber das Interesse der Klägerin an der Lieferung der restlichen Maschinen im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB in Verbindung mit § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB entfallen. Bei den Probeläufen in der Zeit vom 28. Januar bis 27. Februar 1981 habe nämlich nach den nicht angegriffenen Berichten von Mitarbeitern der Klägerin bei der bis dahin allein zur Verfügung stehenden Maschine die verlangte Serienproduktion wegen erheblicher Mängel nicht aufgenommen werden können, so daß eine Abnahme nicht in Betracht gekommen sei. Da die Klägerin ihren Auftraggebern gegenüber aber unstreitig an Termine gebunden gewesen sei, habe sie sich beim Ausfall der von der Beklagten zu liefernden Maschinen anderweit mit den von einer anderen Firma nicht sofort lieferbaren Spezialmaschinen eindecken müssen.

Das Berufungsgericht geht im Ansatz zutreffend davon aus, daß der Gläubiger eines Sukzessivlieferungsvertrages die Rechte aus § 326 BGB auch hinsichtlich der noch nicht fälligen Leistungen geltend machen kann, wenn der Schuldner mit fälligen Teilleistungen säumig ist und durch dieses ver-

tragswidrige Verhalten die Erfüllung des Vertragszweckes derart gefährdet wird, daß dem Gläubiger die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist (vgl. u.a. Senatsurteile vom 5. November 1980 - VIII ZR 232/79 = LM BGB § 326 (J) Nr. 5 = WM 1981, 95, 96; 10. November 1976 - VIII ZR 112/75 = LM BGB § 326 (Dc) Nr. 5 = WM 1977, 220, 221).

Entsprechend § 326 BGB darf der Gläubiger den Vertragspartner aber nicht mit der Rücktrittserklärung überraschen, sondern muß grundsätzlich durch Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung eine klare Rechtssituation schaffen und dem Partner Gelegenheit geben, das Versäumte nachzuholen und die künftige Vertragserfüllung zu sichern und dadurch dem angedrohten Rücktritt zu entgehen (Senatsurteil vom 5. November 1980 aaO). Der Gläubiger muß also bei Setzung der Nachfrist für die fällige Teilleistung deutlich zu erkennen geben, ob er nach Ablauf der Frist nur diese Teilleistung oder überhaupt jede etwa aus dem Sukzessivlieferungsgeschäft künftig zu leistende Rate ablehnen werde. An einer solchen, auch die noch nicht zur Lieferung fällig gewesen sechs Maschinen umfassenden Ablehnungsandrohung fehlt es hier. Das Berufungsurteil befaßt sich damit nicht. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 18. Februar 1981 ergibt sich indessen eindeutig, daß die dort angedrohte Erfüllungsablehnung sich lediglich auf die angemahnten beiden ersten Maschinen bezog. Den Rücktritt von der gesamten Bestellung und damit die Ablehnung der noch nicht fälligen Lieferungen hat sich die Klägerin lediglich vorbehalten. Dieser Vorbehalt genügt jedoch nicht den an eine unmißverständliche Ablehnungsandrohung zu stellenden Anforderungen (vgl. Senatsurteil vom 2. April 1969 - VIII ZR 95/67 = LM BGB § 326 (D) Nr. 2). Er ließ vielmehr offen, ob die Klägerin nach Fristablauf die Erfüllung sämtlicher noch ausstehender Lieferungen ablehnen werde.

Die danach fehlende Ablehnungsandrohung stünde einem wirksamen Rücktritt vom gesamten Vertrag nur dann nicht entgegen, wenn sie hier ausnahmsweise entbehrlich wäre.

Mit den vom Berufungsgericht herangezogenen Vorschriften der §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB läßt sich die Entbehrlichkeit einer Ablehnungsandrohung allerdings nicht begründen. Schon der Regelungsgehalt dieser Vorschriften trifft auf den vorliegenden Sachverhalt nicht zu. Sie regeln den hier nicht gegebenen Fall, daß bereits eine Teilleistung erfolgt ist und der Gläubiger wegen des Verzuges mit dem noch ausstehenden Teil an der bewirkten Teilleistung allein kein Interesse hat (vgl. RGZ 58, 419, 421; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 13. Aufl., S. 330; Staudinger/Otto, BGB, 12. Aufl., § 326 Rdn. 167, 170, 171). Zudem wäre auch im Anwendungsbereich der genannten Vorschriften eine Ablehnungsandrohung hinsichtlich der noch ausstehenden Teillieferung Voraussetzung für den Rücktritt vom gesamten Vertrag.

Die Entbehrlichkeit der Ablehnungsandrohung könnte nur bejaht werden, wenn die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 BGB erfüllt wären, das Interesse der Beklagten an der Lieferung der sechs weiteren Maschinen also gerade infolge eines Verzuges der Beklagten mit den ersten beiden Maschinen weggefallen wäre (vgl. hierzu Senatsurteil vom 28. Oktober 1958 - VIII ZR 156/57 = LM BGB § 326 (Ed) Nr. 3 unter II 4), oder wenn einer der Fälle vorläge, in denen nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats über die Regelung des § 326 Abs. 2 BGB hinaus ausnahmsweise auf eine Ablehnungsandrohung verzichtet werden darf. Dies kommt in Betracht, wenn eindeutig feststeht, daß der Vertragspartner seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann oder will (Senatsurteile vom 10. Dezember 1975 - VIII ZR 147/74 = LM BGB § 326 (Dc)

Nr. 4; vom 5. November 1980 aa0 und 2. Mai 1984 - VIII ZR 38/83 = WM 1984, 1000, 1002), oder wenn die Vertragsverletzung der einen Partei ein für die Vertragsabwicklung notwendiges gegenseitiges Vertrauen nachhaltig so gestört hat, daß eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den anderen Teil selbst dann unzumutbar wäre, wenn die Vertragsverletzung innerhalb einer angemessenen Frist behoben würde (Senatsurteile vom 5. November 1980 und 10. November 1976, jeweils aa0).

Ob unter einem dieser drei Gesichtspunkte die Ablehnungsandrohung als Voraussetzung für die Lösung vom ganzen Vertrag entbehrlich war, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft. Da die bisher getroffenen Feststellungen zu einer eigenen abschließenden Entscheidung des Senats nicht ausreichen, wird das Berufungsgericht die Prüfung nachzuholen haben, falls es nach der Vernehmung des Zeugen S. erneut einen Verzug der Beklagten mit der Lieferung der ersten beiden Maschinen bejahen sollte. Im Hinblick auf einen möglichen Interessenwegfall im Sinne des § 326 Abs. 2 BGB wird es dabei insbesondere auf die bisher nicht hinreichend geklärte Frage ankommen, ob die Klägerin infolge des Verzuges der Beklagten zu Deckungskäufen genötigt war, um die Lieferverpflichtung gegenüber ihrem Auftraggeber erfüllen zu können, was dann zu bejahen wäre, wenn mit der mangelfreien Lieferung der fraglichen sechs Maschinen durch die Beklagte nicht so zeitig gerechnet werden konnte, daß die Lieferverpflichtungen der Klägerin auch mit Hilfe dieser Maschinen erfüllbar gewesen wären.

III. 1. Das angefochtene Urteil war auch insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht der Klägerin einen Anspruch auf Ersatz eines Zinsverlustes in Höhe von 5.219,50 DM zuerkannt hat. Daß der Klägerin ein solcher An-

spruch erwachsen ist, ist zwischen den Parteien unstreitig. Ob er aber noch besteht, hängt von der vom Berufungsgericht erneut zu treffenden Entscheidung darüber ab, ob der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Bezahlung der ersten Maschine begründet ist, mit dem sie gegen die Forderung der Klägerin auf Ersatz des Zinsverlustes aufgerechnet hat.

2. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß