

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 33/92

Verkündet am:
3. März 1993
Zöller
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Frank M [REDACTED] H [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

Firma D [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Werner R [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],
B [REDACTED]/Rhein,

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 1993 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 7. Februar 1992 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 17. Januar 1983 kaufte der Kläger von der Beklagten eine gebrauchte Datenverarbeitungsanlage zum Preise von 52.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Dazu gehörte u.a. eine 2 x 5 Mio Byte Plattenstation und ein Philips-Drucker. Anstelle des Philips-Druckers war im Vertrage als Zwischenlösung die Lieferung eines BDT-Druckers vorgesehen. Nach Lieferung der Anlage und Einweisung in ihre Funktion bestätigte der Kläger das einwandfreie Arbeiten des installierten Programms. Seinem Wunsch entsprechend erstellte die Beklagte gesondert eine Rechnung über Altteile im Betrage von

- 3 -

40.171,50 DM und über Neuteile von 24.125,50 DM. Die Neuteile-Rechnung ist noch offen. Auf Verlangen des Klägers änderten die Parteien den ursprünglichen Kaufvertrag mit Vertrag vom 1. Februar 1984. Die Beklagte nahm die gelieferte Plattenstation zurück und lieferte eine neue Winchester-Magnetplattenstation. Den Preisunterschied von 25.080 DM glich der Kläger am 4. Februar 1984 aus.

Nach vorausgegangenem "Kündigungen" ließ der Kläger mit Anwaltschreiben vom 5. November 1984 den Rücktritt von den Verträgen erklären und verlangte deren Rückabwicklung, weil die Beklagte außer dem noch immer fehlenden Philips-Drucker auch ein geschuldetes Buchführungsprogramm nicht geliefert und ihn außerdem über das Alter der Computeranlage getäuscht habe; der Rechner sei nicht, wie angegeben, ein Jahr, sondern dreieinhalb Jahre alt gewesen.

Unter Berücksichtigung einer Entschädigung für die Nutzung der Anlage hat der Kläger Rückzahlung von 50.000 DM zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe der gesamten Datenverarbeitungsanlage verlangt. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat den Restkaufpreis von 24.125,50 DM im Wege der Widerklage geltend gemacht. Sie hat ausgeführt, das Buchhaltungsprogramm sei nicht Vertragsgegenstand und werde mithin nicht geschuldet. Am 1. Februar 1984 sei sie mit dem Kläger übereingekommen, daß er den Philips-Drucker erst dann erhalte, wenn er zuvor den noch offenen Rechnungsbetrag von 24.125,50 DM bezahlt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben.



Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Die Beklagte setzte mit der Anschlußberufung weitergehende Zinsforderungen durch. Mit der Revision, die die Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt der Kläger das Klagebegehren weiter und erstrebt, wie bisher, die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das wirksam zustande gekommene Vertragswerk sei nicht infolge Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig. Das Buchhaltungsprogramm werde aufgrund der getroffenen Vereinbarungen jedoch nicht geschuldet. Der Kläger könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Beklagten sei es unmöglich, den Philips-Drucker an seine Anlage anzuschließen. Das läßt die Revision gelten. Aus Rechtsgründen bestehen gegen den Standpunkt der Vorinstanz insoweit keine Bedenken.

2. Das Oberlandesgericht hat gemeint, Rückgewähransprüche des Klägers wegen des von ihm geleisteten Kaufpreises aufgrund Rücktritts gemäß §§ 440 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB seien unbegründet, weil ihm ein Rücktrittsrecht nicht zustehe. Die Beklagte sei mit der Lieferung des Philips-Druckers nicht in Verzug geraten. Sie treffe - entgegen der Ansicht des Klägers - keine Vorleistungspflicht. Die Auslegung der getroffenen Absprachen (Nr. 3.1, 4.3 und 4.4. der

AGB der Beklagten) in Verbindung mit der Zwischenlösung bezüglich des Druckers ergebe, daß der gesamte Kaufpreis bereits mit der Installation des BDT-Druckers fällig sein und die Lieferung des Philips-Druckers in einem unbestimmt gebliebenen späteren Zeitpunkt erfolgen sollte. Wie die Beweisaufnahme im ersten Rechtszuge ergeben habe, hätten die Parteien "im Zusammenhang mit dem Folgevertrag vom 1. Februar 1984" mündlich vereinbart, daß der Kläger vor einer Lieferung des Philips-Druckers noch den offenen Restbetrag bezahlen müsse. Der Kläger sei mithin vorleistungspflichtig gewesen und die Beklagte habe demgemäß eine Lieferung des Philips-Druckers "bis zur Zahlung des Restkaufpreises verweigern" können.

3. Dagegen wendet sich der Kläger ohne Erfolg.

a) Erfolglos macht die Revision geltend, der Kläger habe aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung einen Kaufpreistrückgewähranspruch, weil die Beklagte sich vertragswidrig ernsthaft und endgültig geweigert habe, den Philips-Drucker zu liefern und funktionsfähig anzuschließen. Aus dem in diesem Zusammenhang in Anspruch genommenen Tatsachenvortrag im Schriftsatz vom 28. Oktober 1987 ergibt sich das nicht.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. Urteil vom 18. September 1985 - VIII ZR 249/84 = WM 1985, 1497, 1498; Urteil vom 18. Dezember 1985 - VIII ZR 47/85 = WM 1986, 325, 326) stellt es eine positive Vertragsverletzung dar, wenn der Schuldner ernstlich und endgültig die Erfüllung verweigert. Der Gläubiger ist deshalb

in einem solchen Fall berechtigt, auch ohne Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 BGB) sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Die Anforderungen an die Annahme einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind jedoch streng (z.B. BGH, Urteil vom 18. Januar 1991 - V ZR 315/89 = ZIP 1991, 506, 508). Die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung durch Erfüllungsverweigerung werden nur bejaht, wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Gläubiger unmißverständlich, endgültig und ernstlich ablehnt, so daß keine Zweifel daran bestehen können, daß er unter keinen Umständen mehr zur freiwilligen Erfüllung bereit ist.

bb) Das ist hier nicht der Fall. Aus der behaupteten Äußerung der Beklagten ergibt sich nicht, daß sie unter gar keinen Umständen mehr bereit war, die Software für den Kläger umzustellen, um dadurch die Voraussetzung für die Lieferung des Philips-Druckers zu schaffen. Der Kläger trägt nicht vor, wann, wo und bei welcher Gelegenheit die Äußerung gefallen ist. Die Kenntnis dieser Umstände ist jedoch erforderlich, um die Ernstlichkeit der Äußerung beurteilen zu können. Darüber hinaus hat die Beklagte die Äußerung nicht gegenüber dem Kläger, sondern gegenüber dem Zeugen Dr. Böhmer abgegeben. Der Kläger trägt nicht vor, wer dieser Zeuge ist und in welcher Beziehung der Zeuge zu ihm steht, insbesondere ob er zur Entgegennahme von Erklärungen bevollmächtigt war.

War das tatsächliche Vorbringen des Klägers unsubstantiiert, brauchte das Berufungsgericht den Zeugen Dr. B. nicht zu vernehmen.

b) Rückgewähr des Kaufpreises kann der Kläger auch nicht gemäß §§ 440 Abs. 1, 326 Abs. 1, 327, 346 BGB verlangen. Im Ergebnis ist die Auslegung der vertraglichen Absprachen vom 17. Januar 1983 und 1. Februar 1984 durch das Berufungsgericht, die zur Annahme einer Vorleistungspflicht des Klägers mit dem Restkaufpreis geführt hat, nicht zu beanstanden. Sie ist, bezogen auf den ursprünglichen Vertrag nicht nur möglich, sondern auch naheliegend. Wesentlich ist, daß im Kaufvertrag ein "Gesamtpreis" von 52.000 DM vorgesehen war, der erst nach Lieferung des BDT-Druckers auf Wunsch des Klägers wegen einer von ihm erstrebten Investitionszulage für Neuanlagen in Alt- und Neuteile aufgliedert worden ist. Dem wohl verstandenen Interesse der Parteien hätte es nicht entsprochen, daß der "Gesamtpreis" erst bei der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbaren Lieferung des Philips-Druckers fällig werden, der Kläger aber die installierte Anlage mit dem BDT-Drucker als "Zwischenlösung", ohne die Gegenleistung erbringen zu müssen, sollte nutzen können. An der - danach von vornherein bestehenden - Vorleistungspflicht des Klägers hat sich durch die mündliche Absprache vom 1. Februar 1984, auf die sich die Beklagte stützt, nichts geändert. Unter diesen Umständen hätte der Kläger dartun und beweisen müssen, daß die Parteien später etwas anderes vereinbart haben. Das ist nicht geschehen.

c) Ist der Kläger danach an den Kaufvertrag gebunden, so kann er nicht die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises verlangen. Auch seine Verpflichtung zur Vorleistung ist bestehen geblieben. Der erkennende Senat hat erwogen, ob er dem Beharren der Beklagten auf einer Vorleistung des restlichen Kaufpreises den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenhalten kann. Dies ist indessen nicht der Fall. Zwar ist der bei Vertragsschluß maßgebliche Grund für die Zwischenlösung bei der Vertragserfüllung, die mangelnde Verfügbarkeit des geschuldeten Philips-Druckers und damit der Grund für die Vorleistungspflicht des Klägers, weggefallen, der Kläger selbst hat sich jedoch nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts auf eine Bestätigung der Vorleistungspflicht am 1. Februar 1984 zu einem Zeitpunkt eingelassen, zu dem der Philips-Drucker lieferbar und funktionsgerecht anzuschließen war. Unter diesen Umständen fehlt es an einem tragfähigen Grund für die Annahme, die Beklagte bestehe treuwidrig auf einer Vorleistung des Kaufpreises, ohne die von ihr geschuldete Gegenleistung Zug um Zug erbringen zu müssen.

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers