

✓  
14. 05. 1997

2

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

X ZA 1/97

vom

12. Mai 1997

In der Sache

LG Konstanz - U. v. 28.3.96  
- 3 HO 108/95

OLG Karlsruhe in Freiburg  
- U. v. 6.3.97  
- 19 U 103/96

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Mai 1997 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Broß, Prof. Dr. Ullmann, Dr. Melullis und Pokrant beschlossen:

I. Der Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Konstanz vom 28. März 1991 (3 HO 108/95) wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

II. Der Antrag der Beklagten auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe und Beiordnung eines noch zu benennenden Prozeßbevollmächtigten wird zurückgewiesen.

Gründe:

I. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 409.178,41 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Im Dezember 1993 hat die Klägerin die Beklagte mit der Überarbeitung der PC-Steuerung einer bei ihr als Prototyp vorhandenen und an Abnehmer ausgelieferten Schneid- und Ablängvorrichtung beauftragt. Mit Rücksicht auf einen ihr von einem Dritten, der Firma W. , erteilten Auftrag zur Lieferung von Schneidmaschinen mit festgelegten Anforderungen betraute die Klägerin ebenfalls im Dezember 1993 die Beklagte damit, eine entsprechende Vorrichtung bis zur Serienreife zu entwickeln. Der Auftragsvergabe lag ein Angebot der

- 3 -

Beklagten zugrunde, in dem diese auch Angaben zu Lieferterminen für ein Labormuster und den Prototypen sowie das serienreife Modell gemacht hatte. Nachdem die Klägerin eine Anzahlung auf die Entwicklungskosten geleistet hatte, nahm die Beklagte die Arbeiten auf. Anfang März 1994 übermittelte die Beklagte ihr einen Terminplan, nach dem die Maschine nicht bis zur Hannover-Messe fertiggestellt wurde. In ihrer Antwort rügte die Klägerin dies als Überschreitung vereinbarter Termine und setzte der Beklagten im weiteren Verlauf eine Frist bis zum 15. März 1994 für die Lieferung einer Laborversion. Nachdem sie unmittelbar vor der Messe einen Prototyp mit einem Teil der vereinbarten Funktionen erhalten hatte, forderte sie die Beklagte mit Schreiben vom 22. April 1994 zur Angabe der genauen weiteren Liefertermine auf. In einer anschließenden Besprechung der Parteien vom 29. April 1994 wurden der Stand der Entwicklung und die unterschiedlichen Vorstellungen der Parteien über den zeitlichen Ablauf besprochen. Die Unterzeichnung eines über dieses Gespräch erstellten Protokolls hat die Beklagte nach Darstellung der Klägerin zunächst in Aussicht gestellt, später jedoch abgelehnt.

Bei beiden Aufträgen macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe zugesagte und vereinbarte Liefertermine nicht eingehalten. In zwei Schreiben vom 18. Mai 1994 (den PC-Auftrag betreffend) und vom 10. Juni 1994 (hinsichtlich des weiteren Auftrags) teilte sie der Beklagten mit, daß sie von ihrem Recht Gebrauch mache und den Werkvertrag fristlos kündige. Zugleich behielt sie sich die Geltendmachung von Ansprüchen wegen der Schäden vor, die aus der Nichterfüllung des Vertrages durch die Beklagte erwachsen seien.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit Grund- und Teilurteil vom 28. März 1996 hat das Landgericht Konstanz die Schadenersatzklage gegen die Beklagte nach einer Beweisaufnahme dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Beklagte entsprechend dem Klagantrag zur Zahlung von 19.147,50 DM verurteilt. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat das Oberlandesgericht auf ihren mit der Berufung gestellten Antrag die Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil einstweilen ohne Sicherheitsleistung eingestellt. Die Berufung der Beklagten wurde später kostenpflichtig zurückgewiesen. In diesem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil ist der Beklagten gestattet worden, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung von 22.000,-- DM abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leiste. Nunmehr beantragt die Beklagte unter Hinweis auf eine beabsichtigte Revision, die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheit einstweilen einzustellen, und macht unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung geltend, daß sie zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage sei und die vorläufige Vollstreckung sie wirtschaftlich ruinieren werde. Ferner begehrt sie die Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für das beabsichtigte Rechtsmittel und insoweit die Beiordnung eines noch zu benennenden Prozeßbevollmächtigten.

II. Die Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe bleiben ohne Erfolg.

1. Dem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung kann nicht entsprochen werden.

Wird Revision gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht nach § 719 Abs. 2 ZPO auf Antrag an, daß die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 S. 1 ZPO). Ob diese Regelung auch dann anzuwenden ist, wenn - wie hier - ein Rechtsmittel zwar angekündigt, aber noch nicht eingelegt ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Ebenso kann offenbleiben, ob die durch die Beklagte zur Begründung ihres Antrags angeführte Gefahr einer Schließung ihres Betriebes einen bei Durchführung der Zwangsvollstreckung drohenden Nachteil bildet.

Einem Einstellungsantrag nach § 719 Abs. 2 ZPO ist nach der gefestigten Rechtsprechung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofes regelmäßig der Erfolg zu versagen, wenn der Schuldner anderweit bestehende Möglichkeiten zur Wahrung seiner Interessen nicht genutzt hat. So wird der Vollstreckungsschutz nach § 719 Abs. 2 ZPO grundsätzlich dann verweigert, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug durch einen Antrag nach § 712 ZPO, der ähnlichen Voraussetzungen unterliegt wie der Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO, den dort vorgesehenen Vollstreckungsschutz zu erlangen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar war. Hierfür ist auch die Erwägung maßgebend, daß über den Antrag nach § 712 ZPO regelmäßig aufgrund mündlicher Verhandlung und somit nach zuverlässiger Sicherung rechtlichen Gehörs des Vollstreckungsgläubigers entschieden wird, so daß auch dessen Interessen angemessen berücksichtigt werden können,

was im Verfahren nach § 719 Abs. 2 ZPO nicht in gleicher Weise möglich ist (vgl. u.a. BGH, Beschlüsse vom 24. August 1978 - X ZR 17/78 - LM ZPO § 712 Nr. 1; vom 18. Februar 1982 - VIII ZR 39/82 - NJW 1982, 1821; vom 14. Juli 1982 - X ZR 10/82 - NJW 1983, 455; vom 28. März 1990 - XII ZR 3/90 - NJW 1990, 2756 - WM 1990, 998; vom 8. August 1991 - I ZR 141/91 - NJW 1992, 376 - BB 1991, 2114; vom 26. September 1991 - I ZR 189/91 - NJW-RR 1992, 189 - MDR 1992, 300; vom 3. Februar 1993 - IV ZR 229/92 - RuS 1993, 237 = BGHR ZPO § 719 Abs. 2 S. 1 "Nachteil" Nr. 3; vom 28. März 1996 - I ZR 14/96 - ZIP 1996, 885 und vom 5. Juni 1996 - VIII ZR 130/96 - NJW 1996, 2103 - sämtl. m.w. Nachw.).

So liegt es auch hier. Der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheidsleistung geht über die in § 711 ZPO vorgesehenen Maßnahmen, über die das Berufungsgericht von Amts wegen zu entscheiden hatte und entschieden hat, hinaus und hätte während des Berufungsrechtszuges durch einen Antrag nach § 712 ZPO verfolgt werden können. Das ist ausweislich des Protokolls über die Berufungsverhandlung und des Tatbestandes des Berufungsurteils nicht geschehen. Eine Berichtigung des Tatbestandes (§ 320 ZPO) ist ebensowenig beantragt worden wie eine Urteilsergänzung nach § 321 ZPO. Dafür, daß der Antrag nach § 712 ZPO nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen wäre, ist nichts dargetan und ersichtlich. Die von der Beklagten jetzt vorgetragenen Tatsachen, aus denen sie die durch die Vollstreckung drohenden, nicht zu ersetzenden Nachteile sowie die Unmöglichkeit, die vom Oberlandesgericht angeordnete Sicherheit aufzubringen, herleitet, lagen bereits wäh-

rend des Berufungsverfahrens vor, wie die Begründung des von der Beklagten dort gestellten Antrages gemäß §§ 719 Abs. 1, 707 ZPO zeigt. Die vom Berufungsgericht daraufhin ohne Sicherheitsleistung angeordnete Einstellung der Zwangsvollstreckung wirkte nur für die Dauer des Berufungsverfahrens und endete mit Erlaß des Berufungsurteils (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl. § 707 Rdnr. 19, Zöllner/Herget, ZPO, 20. Aufl. § 707 Rdnr. 20), sie machte daher den Antrag aus § 712 ZPO nicht entbehrlich (vgl. BGH, Beschluß vom 2. Februar 1993 - IV ZR 229/92, BGHR ZPO § 719 Abs. 2 S. 1 - Nachteil 3).

2. Prozeßkostenhilfe kann der Beklagten ebenfalls nicht gewährt werden, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO).

a) Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Beklagte der Klägerin nach § 326 Abs. 1 BGB zum Schadenersatz verpflichtet. Mit dem Überschreiten der von ihr für die Entwicklung der Schneidemaschine genannten Herstellungstermine sei sie bei der Erfüllung ihrer Pflichten aus diesem Auftrag in Verzug geraten. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB seien gegeben. Zwar könne sich die Klägerin nicht mehr auf die vor dem 29. April 1994 gesetzten und mit einer Ablehnungsandrohung verbundenen Fristsetzungen berufen, weil die Parteien an diesem Tage über eine Fortsetzung ihrer Beziehung und die Beseitigung von Mängeln verhandelt hätten. Einer erneuten Fristsetzung habe es jedoch nicht bedurft, weil die Klägerin den Erklärungen der Beklagten habe entnehmen können und dürfen, daß diese zu einer Lieferung des geschuldeten Werks binnen einer angemessenen Nachfrist

nicht in der Lage gewesen sei. Darauf, ob die vor der Hannover-Messe gelieferte Maschine funktionsfähig gewesen sei, komme es nicht an. Geschuldet sei nicht lediglich ein Labor-muster, sondern eine fertige Entwicklung, die die Beklagte nicht innerhalb angemessener Frist habe liefern können und wollen. Dem Ersatzanspruch der Klägerin stehe nicht entgegen, daß diese die Verträge mit der Beklagten gekündigt habe. Bei verständiger Würdigung, insbesondere unter Berücksichtigung der Vorkorrespondenz seien ihre Erklärungen nicht als das Verlangen nach Rücktritt oder Kündigung im Rechtssinne zu verstehen. Angesichts des gleichzeitig erhobenen Ersatzverlangens habe die Beklagte diese Erklärung dahin verstehen müssen, daß die Klägerin auf eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses keinen Wert mehr lege und ihre Rückabwicklung im Wege des Schadenersatzes anstrebe.

Das gleiche gelte auch für Ersatzansprüche, die auf eine nicht fristgerechte Abwicklung des zweiten, die sogenannte PC-Maschine betreffenden Auftrags gestützt würden. Die Beklagte habe hier eine Entwicklung insbesondere der PC-Steuerung geschuldet, die sie nicht fristgerecht erbracht habe. Auch diese Arbeiten habe sie weder fristgerecht abgeschlossen noch sei zu erwarten, daß sie die fertige Entwicklung innerhalb einer angemessenen Nachfrist bei der Klägerin abliefern werde.

b) Diese Würdigung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

aa) An einem solchen leidet das Berufungsurteil nicht schon wegen der fehlenden Berücksichtigung eines teilweisen Obsiegens der Beklagten in der Berufungsinstanz im Tenor der angefochtenen Entscheidung. Mit seinem Urteil hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil bestätigt, das die Beklagte zur Rückgewähr der empfangenen Vorauszahlung verpflichtet und im übrigen ihre Ersatzpflicht dem Grunde nach ausgesprochen hat. Beides wird durch die vom Berufungsgericht vorgenommene zeitliche Präzisierung nicht berührt; die von der Entscheidung der ersten Instanz abweichende Feststellung kann allenfalls die Höhe der weiteren Ersatzpflichten der Beklagten berühren. Grund ihrer Ersatzpflicht ist der eingetretene Verzug, den das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht schon aufgrund des Überschreitens der von der Beklagten in ihrem Angebot genannten Liefertermine angenommen hat. Geltend gemacht wird ein Schadenersatz wegen Nichterfüllung, der sich aus der unterbliebenen Abwicklung des Vertrages ergibt. Dafür ist unerheblich, wann die Voraussetzungen des § 326 BGB im einzelnen erfüllt sind; maßgebend ist allein, daß Verzug eingetreten ist und die Rechte nach § 326 BGB ausgelöst hat.

bb) Der Einwand der Beklagten, das Berufungsgericht habe großzügig jeder auf Kündigung und Vertragsaufhebung gerichteten Erklärung der Klägerin den Charakter einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung beigelegt, verkennt die Erwägungen des Berufungsgerichts. Dieses hat nicht - was allerdings rechtlich bedenklich wäre - die Ausübung des in § 326 Abs. 1 S. 2 BGB ebenfalls eröffneten Rücktrittsrechtes, das Ersatzansprüche der Klägerin ausschließen könnte, durch andere Erklärungen ersetzt. Es hat vielmehr in tat-

richterlicher Würdigung den Erklärungen der Klägerin entnommen, daß diese nicht eine Auflösung oder Rückabwicklung des Vertrages angestrebt, sondern einen Übergang in das schadenersatzrechtliche Abwicklungsverhältnis erreichen wollte. Diese Auslegung ist möglich (vgl. Palandt/Heinrichs, 56. Aufl., § 325 BGB, Rdnr. 8 m.w. Nachw. auch aus der Rspr. des Bundesgerichtshofes) und muß im Revisionsverfahren hingenommen werden. Als dem Tatrichter vorbehaltene Würdigung ist die Auslegung von Verträgen und deren Gestaltung dienenden Erklärungen in der Revisionsinstanz nur auf Rechtsfehler zu überprüfen. Die Kontrolle durch das Revisionsgericht beschränkt sich darauf, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat oder seine Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil er unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer acht gelassen hat (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 1. Oktober 1964 - KZR 5/64 - Abbauhammer, GRUR 1965, 160, 161; vom 25. Oktober 1990 - VII ZR 284/88 - ZIP 1990, 1581; vom 25. Februar 1992 - X ZR 88/90 - NJW 1992, 1967, 1968 = MDR 92, 804 und vom 11. März 1996 - II ZR 26/95 - NJW-RR 1996, 932). Für einen solchen Fehler des Berufungsgerichtes ist hier nichts zu erkennen. Dabei kann dahinstehen, ob sich seine Auslegung auch auf die im weiteren Zusammenhang angeführte Vorgeschichte im Verhältnis der Parteien stützen kann. Seine Annahme, die Klägerin habe sich jedenfalls nicht auf eine Rückabwicklung des Vertrages im Wege des Rücktritts oder nach Kündigung festgelegt, findet eine hinreichend tragfähige Grundlage in dem vom Berufungsgericht

angeführten Widerspruch zwischen den sich rechtlich ausschließenden Rücktritt und das Verlangen nach Schadenersatz gerichteten Erklärungen der Klägerin.

cc) Ob die Klägerin die erbrachten Teilleistungen - wie die Beklagte behauptet hat - jeweils abgenommen hat, berührt die dem Berufungsurteil zugrundeliegende Annahme, die Beklagte sei in Verzug gewesen, nicht. Dieser betrifft nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht einzelne Teilleistungen, sondern die jeweils fertige Entwicklung, die die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu keinem Zeitpunkt erbracht hat. Mit ihrem Einwand, die Beweisaufnahme habe entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erbracht, daß die zur Messe angelieferte Maschine abgenommen worden sei, versucht die Beklagte zudem in revisionsrechtlich unzulässiger Weise die Würdigung des Berufungsgerichts durch ihre eigene zu ersetzen. Damit kann sie nicht gehört werden. Ebenso wie bei der Auslegung von Willenserklärungen ist die revisionsgerichtliche Kontrolle der tatrichterlichen Würdigung auch bei der Feststellung des Beweisergebnisses auf Rechtsfehler beschränkt (vgl. BGH, Urteile vom 11. Februar 1987 - IV ZR 23/86 - BGHR ZPO § 550 - Beweiswürdigung 1; vom 22. Januar 1991 - VI ZR 197/90 - NJW 91, 1894, 1895; vom 14. Januar 1993 - IX ZR 238/91 - NJW 1993, 935, 938 und vom 15. Oktober 1993 - V ZR 19/92 - NJW 1994, 586, 588).

dd) Frei von Rechtsfehlern ist auch die Annahme des Berufungsgerichtes, einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung habe es nicht bedurft, weil die Beklagte bei beiden Verträgen einen Abschluß der Arbeiten innerhalb angemessener Nach-

frist weder habe versprechen können noch versprochen habe. Die dem zugrundeliegende Rechtsauffassung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dort ist anerkannt, daß sich der Gläubiger aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung und des Grundsatzes von Treu und Glauben auch dann ohne Fristsetzung und Ablehnungsandrohung von einem Vertrag lösen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn der Schuldner bei der - sich länger hinziehenden - Abwicklung des Vertrages eine Unzuverlässigkeit gezeigt hat, so daß dem Gläubiger die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Urteil vom 19. Februar 1969 - VIII ZR 58/67 - NJW 1969, 975, 976 = WM 1969, 499) oder der Schuldner die Leistung erst für einen Zeitpunkt verspricht, der nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist liegt (BGH, Urteil vom 19. September 1983 - VIII ZR 84/82 - NJW 1984, 48, 49). Einen derartigen Sachverhalt hat das Berufungsgericht hier in tatrichterlicher Würdigung rechtsfehlerfrei bejaht. Dafür kommt es allein darauf an, ob die Beklagte innerhalb der unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Klägerin zu bestimmenden angemessenen Frist leisten wollte und konnte; ob sie - wie sie geltend macht - um die Einräumung einer angemessenen weitergehenden Frist gebeten hat, ist demgegenüber unerheblich.

ee) Hinsichtlich der sogenannten PC-Maschine wird die Haftung der Beklagten auf den Nichterfüllungsschaden durch die Gründe, die zu einer erneuten Beschädigung der Vorrichtung nach den von ihr vorgenommenen Reparaturen nicht berührt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes hat sie nicht lediglich eine Instandsetzung dieser Maschine und

eine Überarbeitung ihrer Steuerung geschuldet; Gegenstand des von ihr übernommenen Auftrags war nach dem Tatbestand des Berufungsurteils die Entwicklung einer PC-Steuerung für derartige Geräte, die eine Serienfertigung ermöglichte. Eine solche Entwicklung hat sie nach den Ausführungen des Berufungsgerichts der Klägerin nicht geliefert.

ff) Fehl geht schließlich auch der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe eine Erfüllung des Vertrages durch eigene Vertragsuntreue unmöglich gemacht, indem sie die reparierte PC-Maschine und den zur Messe überlassenen Prototyp nicht an sie zurückgegeben hatte. Für eine Verpflichtung zur Rückgabe dieser Geräte ist den zwischen den Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts getroffenen Absprachen nichts zu entnehmen. Für eine solche Verpflichtung sind auch sonst keine Anhaltspunkte zu erkennen.

Hinsichtlich der PC-Maschine hat das Berufungsgericht einen Verzug angenommen, weil die Beklagte die geschuldete Entwicklung nicht rechtzeitig erbracht hatte. Daß ihr dafür die bereits vorliegenden und ausgelieferten Muster zur Verfügung stehen würden, konnte die Beklagte nicht erwarten. Mit einer Rückgabe der von ihr reparierten Vorrichtung, etwa als Muster für die weitere Entwicklung, konnte die Beklagte schon deshalb nicht rechnen, weil diese nach Ausführung der Arbeiten an den englischen Abnehmer zurückgesandt werden sollte. Ebensowenig ist ersichtlich, daß die Klägerin ihr das Labormuster zurückgeben mußte, das gerade auch als Vorführ- und Probestück für ihren Bedarf dienen sollte. Ist

aber schon eine Verpflichtung der Klägerin zur Rückgabe der Geräte nicht festzustellen, fehlt für die Annahme einer Vertragsuntreue auf ihrer Seite eine tragfähige Grundlage.

3. Die Kostenentscheidung beruht, soweit es den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung betrifft, auf § 91 Abs. 1 ZPO. Hinsichtlich der Entscheidung über das Prozeßkostenhilfegesuch ist eine Kostenentscheidung nicht angezeigt.

Rogge

Broß

Ullmann

Melullis

Pokrant