Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Jestaedt, Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 11. September 1997 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Gesellschaft österreichischen Rechts, und der Rechtsvorgänger der Beklagten, ein Außenhandelsbetrieb der DDR, schlossen am 15. Januar 1990 einen Vertrag über die Lieferung einer automatischen Formatanlage zur Bearbeitung von Edelstahlblechen. Abnehmer der Anlage

sollte der VEB W. in D., der Rechtsvorgänger der Streithelferin der Beklagten, sein; als Liefertermin war der 14. Dezember 1990 vorgesehen.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 1990 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie sei von ihrem Abnehmer darüber unterrichtet worden, daß der Einsatz der Anlage aufgrund wesentlicher Strukturveränderungen in seinem Unternehmen nicht mehr gerechtfertigt sei; die Streithelferin fordere deshalb die Aufhebung des Vertrages. Nach weiterer Korrespondenz über die Rechtsfolgen einer Nichtabnahme der Anlage eröffnete die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 30. November 1990, ihre außergerichtlichen Bemühungen, ihren Abnehmer zur Übernahme der Anlage oder zur Zahlung des Schadens in nachgewiesener Höhe zu veranlassen, seien gescheitert.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Kammergericht hat sie abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt. Die Beklagte und ihre Streithelferin treten dem Rechtsmittel entgegen.

## Entscheidungsgründe:

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

I. Das Berufungsgericht hat die vertraglichen Rechtsbeziehungen der Parteien gemäß den zum Gegenstand des Vertrages gemachten Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten nach DDR-Recht, und zwar nach dem Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge (GIW) beurteilt. Es hat festgestellt, daß der Herstellungsprozeß der auf die Bedürfnisse der Streithelferin der Beklagten zugeschnittenen Formatanlage wesentlicher Inhalt des Vertrages war, und deshalb nicht Kaufrecht, sondern die Vorschriften über den Werkleistungsvertrag (§§ 61 ff. GIW) herangezogen. Einen Anlagenvertrag im Sinne der §§ 88 ff. GIW hat das Berufungsgericht verneint, weil es sich nach seinen weiteren Feststellungen bei der Formatanlage nicht um eine Industrieanlage im Sinne dieser Vorschriften, sondern lediglich um eine Maschine nebst Zubehör und Werkzeug handelt. Das ist rechtsfehlerfrei und wird weder von der Revision noch von der Revisionsbeklagten angegriffen.

II. Nach § 73 Abs. 1 GIW ist der Besteller bis zur Fertigstellung des Werkes berechtigt, den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist ordentlich zu kündigen. Kündigt der Besteller, ist der Hersteller berechtigt, das Entgelt abzüglich der ersparten Aufwendungen zu verlangen (§ 73 Abs. 2 GIW), wobei er die nach Wirksamkeit der Kündigung anfallenden Kosten so niedrig wie möglich zu halten hat (§ 73 Abs. 4 GIW). Das Berufungsgericht geht demgemäß davon aus, daß der Klägerin bei einer Kündigung des Vertrages grundsätzlich ein entsprechender Vergütungsanspruch zustehe. Da das Berufungsurteil keine ausdrücklichen Feststellungen dazu trifft, ob und wann die Beklagte gekündigt hat, ist zugunsten der Klägerin für die revisionsrechtliche Prüfung davon auszugehen, daß dies spätestens mit dem Schreiben vom 30. November 1990 geschehen ist.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

III. Das Berufungsgericht führt weiterhin aus, die Beklagte habe nicht nach § 295 GIW die Anpassung des Vertrages an veränderte Umstände verlangen und wegen der Weigerung der Klägerin, hierauf einzugehen, das Vertragsverhältnis fristlos kündigen können. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe sich die staatliche Planwirtschaft der DDR bereits in Auflösung befunden. In Kenntnis der am 17. Januar 1990 erfolgten Aufhebung des Außenhandelsmonopols der Außenhandelsbetriebe der DDR, der Umwandlung der volkseigenen Kombinate und Betriebe in Kapitalgesellschaften durch Verordnung vom 1. März 1990, der durch das Gewerbegesetz vom 6. März 1990 eingeführten Gewerbefreiheit und der durch Gesetz vom 7. März 1990 gestatteten Gründung und Tätigkeit privater Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen hätten die Parteien den Vertrag vom 15. Januar 1990 am 26. März 1990 geändert und dabei bestimmt, daß die übrigen Vertragsbedingungen unverändert bleiben sollten. Die Beklagte habe damit Unwägbarkeiten, die sich aus dem Zusammenbruch der staatlichen Planwirtschaft der DDR ergeben konnten, auf sich genommen und könne sie nicht zum Anlaß nehmen, das Vertragsverhältnis zu lösen. Die Streithelferin der Beklagten habe zudem auch Anfang 1991 noch eine Formatanlage benötigt.

Auch das ist nicht zu beanstanden und wird von der Beklagten und ihrer Streithelferin hingenommen.

IV. 1. Gleichwohl versagt das Berufungsgericht der Klägerin den geltend gemachten Vergütungsanspruch. Bei der Kündigung des Vertrages könne nicht unberücksichtigt bleiben, ob das Werk qualitätsgerecht (§ 281 GIW) sei oder nicht. Es komme ein sofortiges Rücktrittsrecht des Bestellers in Betracht, wenn die Leistung des Herstellers nicht vertragsgemäß und mit hinreichender Si-

cherheit anzunehmen sei, daß der Hersteller die Forderungen auf Ersatzlieferung oder Nachbesserung nicht erfüllt hätte, oder wenn feststehe, daß die vertragsgemäße Leistung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem vertraglichen Leistungstermin erbracht werden könne. Der Hersteller dürfe nämlich nicht besser gestellt werden, als wenn er seine Leistung vertragsgemäß erbracht hätte. Es wäre nicht sachgerecht, ihm einen Anspruch auf die Vergütung unter Abzug ersparter Aufwendungen zu geben, wenn seine Leistung unbrauchbar sei und der Besteller bei Fertigstellung ein Rücktrittsrecht gehabt und ausgeübt hätte.

Davon müsse der Senat ausgehen. Nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen seien nach dem derzeitigen Informationsstand bei der Formatanlage querlaufende Stillstandsmarkierungen auf den Edelstahlblechen wahrscheinlich nicht zu vermeiden; sogar längslaufende Stützrollmarkierungen ließen sich nicht sicher ausschließen. Dies gelte auch bei Verwendung von nicht poliertem Edelstahl, so daß es auf die Streitfrage der Parteien nicht ankomme, ob die Anlage für die Verarbeitung polierten Edelstahls ausgelegt sein solle. Zur Vermeidung solcher Markierungen komme grundsätzlich nur das aufwendige Verfahren eines kontinuierlichen, geschwindigkeitsgeregelten Vorschubs mit Kriechgang durch die Richtmaschine und eine Schlingengrube mit Schlaufenüberwachung zur Pufferung zwischen diskontinuierlichem Transport durch die Schere und kontinuierlichem Transport durch die Richtmaschine in Betracht. Wegen dieses Mangels, den die Klägerin bei der Planung der Anlage hätte beachten müssen und der nur durch erheblichen Mehraufwand zu beseitigen gewesen sei, sei die Beklagte zum sofortigen Rücktritt berechtigt. Die Klägerin hätte, wie der Prozeß zeige, eine Nachbesserung verweigert.

Der gerichtliche Sachverständige habe allerdings ausgeführt, ein abschließendes Urteil sei ohne Kenntnis der Konstruktionszeichnungen und -pläne, ohne Besichtigung und eventuelle Erprobung der Anlage nicht möglich. Die weitere Beweiserhebung habe die Klägerin jedoch schuldhaft vereitelt, indem sie dem Sachverständigen weder die erforderlichen Zeichnungen und Pläne zur Verfügung gestellt noch ihm die Besichtigung der Anlage ermöglicht habe. Infolgedessen habe der Sachverständige auch weitere, von ihm aufgrund der Beschreibung der Anlage in dem Vertragsangebot der Klägerin angenommene Mängel nicht feststellen können.

2. Hiergegen richten sich die Rügen der Revision. Sie meint, ein Recht zum Rücktritt könne der Beklagten nicht zugestanden werden, nachdem sie den Vertrag vor dem vereinbarten Liefertermin gekündigt habe und damit eine Pflicht der Klägerin, das Werk vertragsgemäß herzustellen, entfallen sei. Komme daher ein Rücktritt der Beklagten nicht mehr in Betracht, könne es, auch wenn man mit dem Berufungsgericht eine Beweisvereitelung annehme, nur um die Höhe der von der Klägerin ersparten Aufwendungen gehen. Weil Feststellungen dazu fehlten, habe das Berufungsgericht die Klage nicht abweisen dürfen. Entgegen seiner Auffassung liege im übrigen, wie die Revision näher ausführt, weder der objektive noch der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung vor.

3. Die Sachrüge ist begründet; auf die Frage, ob das Berufungsgericht annehmen durfte, die Klägerin habe die Beweisführung der Beklagten vereitelt, kommt es deshalb nicht mehr an. Der Wegfall des Vergütungsanspruchs der Klägerin ergibt sich nicht daraus, daß die Beklagte zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob zum Zeitpunkt der Kündigung gegebene Rücktrittsvoraussetzungen für den Anspruch auf die vereinbarte Werkleistungsvergütung nach § 73 Abs. 2 GIW von Bedeutung sein können. Denn die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei zum Rücktritt berechtigt gewesen, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Leistet der Schuldner nicht qualitätsgerecht, so ist der Gläubiger nach § 281 Abs. 2 GIW berechtigt, nach seiner Wahl entweder Beseitigung des Mangels oder Herabsetzung der Gegenleistung zu verlangen. Beseitigt der Schuldner den Mangel nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder erklärt er, daß er dies nicht tun werde, so ist der Gläubiger nach § 281 Abs. 4, 6 GIW berechtigt, entweder den Mangel selbst zu beseitigen oder Minderung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. § 288 GIW bestimmt ferner, daß der Gläubiger berechtigt ist, die für die betreffende Vertragsverletzung festgelegten Rechte bereits vor Fälligkeit geltend zu machen, wenn der Schuldner vor Eintritt des Leistungstermins mitteilt, daß er den Vertrag verletzen werde, oder wenn dies außer Zweifel steht. Das Rücktrittsrecht setzt somit grundsätzlich voraus, daß der Schuldner einen Mangel nicht innerhalb einer angemessenen Frist beseitigt. Dem stehen die Ankündigung eines entsprechenden Verhaltens und - sofern § 281 Abs. 6 GIW demgegenüber nicht lex specialis sein sollte (s. dazu Maskow/Wagner, Kommentar zum GIW, 2. Aufl., § 281 Anm. 20 und § 288 Anm. 5) - der Fall gleich, daß das vertragsverletzende Verhalten des Schuldners bereits vor Fälligkeit "außer Zweifel steht". Insoweit ähneln die Voraussetzungen denen des § 634 BGB für eine Wandlung, wobei es jedoch einer Ablehnungsandrohung nicht bedarf.

b) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin hätte, wie der Prozeß zeige, eine Nachbesserung verweigert. Das ist jedoch eine hypothetische Überlegung, auf die es nicht ankommt. Ein Rücktrittsrecht könnte die Beklagte mangels Fristsetzung nur gehabt haben, wenn die Klägerin erklärt gehabt hätte, eine fehlerfreie Herstellung der Formatanlage abzulehnen, oder allenfalls noch dann, wenn die fehlende Bereitschaft der Klägerin zur Mängelbeseitigung bereits zum Zeitpunkt der Kündigung außer Zweifel gestanden hätte. Dagegen entfiel eine Verpflichtung der Klägerin zur Nachbesserung, nachdem die Beklagte den Vertrag gekündigt hatte und die Anlage nicht übernehmen wollte. Demgegenüber ist die Überlegung des Berufungsgerichts nicht tragfähig, die Klägerin dürfe nicht besser gestellt werden, als wenn sie ihre Leistung vertragsgemäß erbracht hätte. Das ist tatsächlich nicht der Fall, da die Aufwendungen, die die Klägerin zur Mängelbeseitigung hätte machen müssen, ihren Vergütungsanspruch nach § 73 Abs. 2 GIW mindern.

c) Dagegen kann die Revisionserwiderung auch nicht mit Erfolg ins Feld führen, daß Ansprüche des Bestellers wegen Mängeln der vor der Kündigung erbrachten Teilleistungen auch nach der Kündigung fortbestünden. Das ist zwar jedenfalls für das Werkvertragsrecht des BGB richtig (BGH, Urt. v. 25.6.1987 - VII ZR 251/86, NJW 1988, 140, 141; Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1973), hier jedoch ohne Bedeutung, weil die Beklagte solche Ansprüche nicht geltend gemacht, sondern die Anlage insgesamt zurückgewiesen hat.

d) Soweit das Berufungsgericht unter Berufung auf Maskow/Wagner, aaO, § 288 Anm. 6, weiterhin meint, ein sofortiges Rücktrittsrecht komme in Betracht, wenn feststehe, daß die vertragsgemäße Leistung nicht innerhalb

einer angemessenen Frist nach dem vertraglich vereinbarten Leistungstermin erbracht werden könne, hat es auch zu einem solchen Tatbestand keine Feststellungen getroffen. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nicht, daß es innerhalb einer angemessenen Frist nicht möglich gewesen wäre, die Formatanlage in einen mangelfreien Zustand zu versetzen.

V. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar.

1. Der Vergütungsanspruch der Klägerin entfällt nicht deshalb, weil die Beklagte berechtigt war, den Werkleistungsvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen.

Für das Werkvertragsrecht des BGB ist anerkannt, daß der Vertrag vom Besteller nicht nur nach § 649 Satz 1 BGB, sondern auch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Eine solche Kündigung läßt zwar den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen grundsätzlich unberührt. Eine Vergütung ist jedoch nicht geschuldet, wenn das Werk so schwerwiegenden Mängel aufweist, daß es nicht nachbesserungsfähig und deshalb für den Besteller wertlos ist, oder wenn die Leistung unabhängig von ihrer Mangelfreiheit für ihn nicht brauchbar oder ihre Verwertung nicht zumutbar ist (BGHZ 136, 33, 39). Die Kündigung aus wichtigem Grund genießt zugunsten des Bestellers gegenüber der Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB den Vorrang. Lag ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, beurteilen sich die Rechtsfolgen der Kündigung danach, auch wenn der Besteller diesen Grund im Zeitpunkt der Kündigungserklärung nicht gekannt und geltend gemacht hat (BGHZ 65, 391, 393; BGH, Urt. v. 6.2.1975 - VII ZR 244/73, NJW 1975, 825,

826; Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1973; Erman/Seiler, BGB, 10. Aufl., § 649 Rdn. 11; Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearbeitung 1994, § 649 Rdn. 8). Es bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob dies auch für den Werkleistungsvertrag nach § 61 GIW gilt, obwohl § 306 GIW die Kündigung aus wichtigem Grund nur für Verträge vorsieht, die auf dauernde oder ständig wiederkehrende Leistungen gerichtet sind. Denn die Kündigungsvoraussetzungen sind nicht festgestellt.

Die Kündigung aus wichtigem Grund setzt eine schwere Gefährdung des Vertragszwecks durch den Unternehmer voraus (BGHZ 31, 224, 229; 45, 372, 375; Staudinger/Peters, aaO, § 649 Rdn. 31). Der Unternehmer muß sich so verhalten haben, daß der Besteller kein Vertrauen mehr zu ihm haben kann (BGHZ 45, 372, 375; Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1973). Dieser Vertrauensverlust kann sich auch daraus ergeben, daß der Unternehmer mangelhaft arbeitet (Erman/Seiler, aaO, § 649 Rdn. 11; Staudinger/Peters, aaO, § 649 Rdn. 31). Jedoch rechtfertigt nicht jeder Werkmangel eine fristlose Kündigung. Das Fehlverhalten des Unternehmers muß vielmehr ein solches Gewicht haben, daß dem Besteller eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (BGHZ 50, 160, 166; BGH, Urt. v. 19.10.1987 – II ZR 97/87, ZIP 1988, 47, 48; Urt. v. 10.10.1996 - VII ZR 250/94, NJW 1997, 259; Urt. v. 4.5.2000 - VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988; Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1973); darauf stellt auch § 306 Abs. 1 GIW ab. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn bis zur Kündigung erbrachte Teilleistungen so grobe Mängel aufweisen, daß eine fehlerfreie Herstellung des Werkes nicht mehr möglich oder mangels ausreichender Sachkunde des Unternehmers nicht mehr zu erwarten ist.

Daß die Formatanlage nicht mangelfrei herstellbar war oder daß die Beklagte kein Vertrauen mehr in die Fähigkeit oder Bereitschaft der Klägerin hierzu haben konnte, hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt. Zwar spricht das Berufungsurteil von einer unbrauchbaren Leistung (BU 13). Damit meint das Berufungsgericht jedoch nicht, daß die Formatanlage nicht fehlerfrei hergestellt werden konnte, wie sich daraus ergibt, daß es an anderer Stelle (BU 15) ausführt, der Mangel sei (nur) durch erheblichen Mehraufwand zu beseitigen gewesen. Allein daraus läßt sich nicht herleiten, daß der Beklagten die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin nicht mehr zuzumuten war.

2. Ein Anspruch der Klägerin bestünde auch dann nicht, wenn die Aufwendungen, die die Klägerin hätte machen müssen, um die Formatanlage in einen mangelfreien Zustand zu versetzen, die Vergütung erreichten oder überstiegen, die sie von der Beklagten zu beanspruchen hat. Das hat die Beklagte behauptet, das Berufungsgericht jedoch ebenfalls nicht festgestellt.

Allerdings hat das Berufungsgericht mit Beweisbeschlüssen vom 26. Mai und 16. Dezember 1994 den gerichtlichen Sachverständigen auch zu dieser Frage mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt. Die Beweisanordnungen sind insoweit jedoch zunächst nicht ausgeführt worden, so daß sich schon nicht sagen läßt, die Klägerin habe eine gutachterliche Prüfung vereitelt. Zudem könnte dies die fehlenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ersetzen. Denn der Bundesgerichtshof läßt in Fällen der Beweisvereitelung lediglich Beweiserleichterungen zu, die unter Umständen bis zur Umkehr der Beweislast gehen können (BGHZ 72, 132, 139; 99, 391, 395 ff.; BGH, Urt. v. 9.11.1982 - VI ZR 23/81, NJW 1983, 332; Urt. v. 3.3.1983 - III ZR 34/82, NJW 1983,

2241; Urt. v. 15.11.1984 - IX ZR 157/83, NJW 1986, 59, 60/61; Urt. v. 9.11.1995
- III ZR 226/94, BGHR ZPO § 286 - Beweiserleichterung 4; Sen.Urt. v. 17.6.1997 - X ZR 119/94, NJW 1998, 79, 81). Die Beurteilung im Einzelfall ist eine Frage der tatrichterlichen Überzeugungsbildung und dem Revisionsgericht daher verschlossen (Sen.Urt. v. 17.6.1997, aaO).

VI. Bei seiner erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß die Fehlerfreiheit der bis zur Kündigung erstellten Teile der Formatanlage von der Klägerin zu beweisen ist (Sen.Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972, 1974; BGH, Urt. v. 10.10.1996 - VII ZR 250/94, NJW 1997, 259).

Rogge Jestaedt

Scharen

Mühlens Meier-Beck