

BUNDESGERICHTSHOF

24

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 23/86

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
7. Juli 1987
Kriegl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Manfred K[REDACTED], Ha[REDACTED]straße [REDACTED], Al[REDACTED]-
B[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

die Pl[REDACTED]-D[REDACTED]-GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Otto Gr[REDACTED], As[REDACTED] [REDACTED], Bad S[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

WIII

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, von Albert, Rogge und Dr. Jestaedt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 15. Januar 1986 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil der Zivilkammer III des Landgerichts Detmold vom 29. November 1984 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger beauftragte die Beklagte mit der Anfertigung eines Spritzgießwerkzeuges für aus Kunststoff herzustellende Messerhalbschalen zum Preis von 24.800,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Nachdem die Beklagte Muster von Mehrzweckmessern als Vorlage erhalten hatte, bestätigte sie den Auftrag mit Schreiben vom 18. Mai 1983, in dem es heißt: "Liefertermin KW 26/83".

- 3 -

Die Beklagte lieferte das Werkzeug am 16. September 1983 an die Firma H■■■■■, die - entsprechend der Vereinbarung der Parteien - vor dem Härten des Gießwerkzeuges Probespritzungen vornehmen sollte. Der Kläger erhielt die Probemuster am 28. September 1983 und rügte eine Reihe von Fehlern. Die Beklagte führte daraufhin Nachbesserungsarbeiten an dem Werkzeug durch. Am 3. November 1983 übersandte die Firma H■■■■■ dem Kläger erneut Probemuster, die sie mit Hilfe des nachgebesserten Werkzeuges gefertigt hatte. Mit Anwaltsschreiben vom 8. November 1983 rügte der Kläger erneut Mängel des Werkzeuges und forderte die Beklagte auf, binnen zwei Wochen die Mängel zu beseitigen; nach Ablauf der Frist werde er die Nachbesserung ablehnen "bzw. die vertragliche Erfüllung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen".

Die Beklagte verweigerte die Annahme des Schreibens. Nach Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens beim Amtsgericht Paderborn (4 H 17/83 AG Paderborn) bestritt sie eine Mängelrüge der Klägerin, erklärte sich dann aber zur Nachbesserung bereit, sobald das Sachverständigengutachten vorliege. Nach dem Ortstermin des Gutachters holte die Beklagte Anfang März 1984 das Spritzgießwerkzeug von der Firma H■■■■■ ab.

Mit Anwaltsschreiben vom 20. März 1984 teilte der Kläger der Beklagten mit:

"Da bis heute ein Nachbesserungserfolg nicht sichtbar ist, setzen wir hiermit Ihrer Mandantschaft eine Frist von zwei



Wochen, binnen der die Nachbesserung erfolgreich abgeschlossen sein muß. Nach Ablauf dieser Frist, also nach dem 06. April 1984 werden wir die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Innerhalb der Frist lieferte die Beklagte das Werkzeug weder dem Kläger noch der Firma H. [REDACTED] zurück. Sie unterrichtete den Kläger auch nicht von der Beendigung der Nachbesserungsarbeiten. Daraufhin lehnte der Kläger mit Anwaltschreiben vom 9. April 1984 eine Leistung der Beklagten ab.

Am 11. April 1984 teilte die Beklagte den Anwälten des Klägers mit, das Werkzeug sei fertiggestellt und könne abgeholt werden. Mit weiterem Schreiben vom 18. April 1984 forderte sie den Kläger auf, das Werkzeug abzunehmen.

Mit der Behauptung, er habe infolge des Verhaltens der Beklagten einen Vertrag mit der Su. [REDACTED] Ma. [REDACTED] Ltd. über 200.000 Messer nicht erfüllen können, wodurch ihm ein Schaden von 149.223,34 DM entstanden sei, außerdem sei ihm ein weiterer Gewinn von jährlich 395.220,- DM entgangen, wovon ein Teilbetrag von 32.870,- DM geltend gemacht werde, hat der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 182.093,34 DM nebst 5 % Zinsen seit Klagezustellung (9. Juli 1984) zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat entgegnet, für die im Beweissicherungsverfahren festgestellten Mängel sei sie mit Ausnahme der unordentlich ausgeführten Schweißarbeiten nicht verantwortlich. Die geforderten Nachbesserungsarbeiten habe sie bis zum 6. April 1984 vollständig erbracht. Sie habe das Werkzeug nicht zurückliefern müssen.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Grundurteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, während die Beklagte die Zurückweisung des Rechtsmittels beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

1. Das Berufungsgericht verneint Schadensersatzansprüche aus Werkvertrag (§§ 631, 326 BGB). Die Beklagte habe innerhalb der ihr mit Schreiben vom 20. März 1984 gesetzten Frist die werkvertraglich geschuldete Leistung erbracht; sie habe die festgestellten Mängel beseitigt. Die noch vorhandenen Einfallstellen führten nicht zur Fehlerhaftigkeit des

Werkzeuges und der gefertigten Messer, weil die geringfügigen optischen Ungleichmäßigkeiten die Gebrauchsfähigkeit und die Verkäuflichkeit der Messer nicht beeinträchtigten. Ebenso seien die weiteren Mängel (Sichel, Drehbarkeit der zum Schleifen bestimmten Rädchen) nicht als Fehler anzusehen. Auf die vom Sachverständigen Prof. Ba[REDACTED] festgestellten Störungen des Auswurfs am Werkzeug könne der Kläger einen Anspruch nicht stützen, weil er insoweit keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt habe. Unerheblich sei auch, daß die Beklagte das Werkzeug nicht innerhalb der gesetzten Frist gehärtet und an die Klägerin ausgeliefert habe. Die Beklagte habe dem Schreiben vom 20. März 1984 lediglich das Verlangen um Nachbesserung, nicht aber auch die Forderung auf Zurücklieferung entnehmen können. Für die Behauptung, die Beklagte habe die Nachbesserung nicht fristgerecht ausgeführt, sei der Kläger beweisfällig geblieben.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung nur im Ausgangspunkt stand.

a) Das Berufungsgericht hat zutreffend als Grundlage für den erhobenen Schadensersatzanspruch § 326 Abs. 1 BGB herangezogen. Es hat festgestellt, daß der Kläger das von der Beklagten gefertigte Spritzgießwerkzeug zu keinem Zeitpunkt abgenommen, sondern es stets als mit Mängeln behaftet und daher als nicht vertragsgemäße Leistung zurückgewiesen hat. Demnach begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, daß das Berufungsgericht angenommen hat, der Kläger habe der Beklagten, die mit ihrer Leistung im Verzug war, zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Androhung der Leistungsablehnung bestimmen und nach Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen können.

b) Es konnte dahinstehen, ob die geringfügigen optischen Unregelmäßigkeiten (Einfallstellen) an den mit dem Spritzgießwerkzeug hergestellten Messerhalbschalen als Mangel im Sinne von § 633 BGB anzusehen waren und ob das Berufungsgericht die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen zutreffend gewürdigt hat. Hierauf kam es nicht an.

3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die von dem gerichtlichen Sachverständigen in seinem Gutachten vom 6. Januar 1986 festgestellten, nach der Nachbesserung der Beklagten aufgetretenen Störungen des Auswurfs am Werkzeug rechtfertigten keinen Anspruch aus § 326 Abs. 1 BGB, weil der Kläger diesen Mangel nicht gerügt und insoweit mit Schreiben vom 20. März 1984 keine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung bestimmt habe, ist nicht zu billigen. Das Berufungsgericht verkennt in diesem Punkt die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB.

Durch die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung soll der Schuldner noch einmal in nachhaltiger Form zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages angehalten und ihm klargemacht werden, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung durch ihn abgelehnt werde. Er soll sich entscheiden können, ob er die Folgen mangelnder Erfüllung auf sich nehmen oder durch Tätigwerden innerhalb der Frist von sich abwenden will (vgl. BGH NJW 1983, 1731, 1732; auch Emmerich in MünchKomm., 2. Aufl., § 326 Rdnr. 1). Anders als beim Nachbesserungsanspruch nach § 634 Abs. 1 BGB, bei dem nach der Rechtsprechung der zu beseitigende Mangel so konkret bezeichnet werden muß, daß er nach Art und Ort mit Hilfe

eines Sachverständigen oder Zeugen festgestellt werden kann (BGH WM 1980, 951, 952), genügt für § 326 Abs. 1 BGB das Verlangen, die vertragliche Leistung binnen der bestimmten Frist zu bewirken; denn vor der Abnahme ist das vertraglich geschuldete Werk noch nicht auf einen bestimmten Gegenstand konkretisiert.

Entspricht das vom Unternehmer erstellte Werk nicht der vereinbarten Leistung, so braucht sich der Besteller entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung, die auf die schwerwiegenden Folgen der Fristsetzung nach § 326 BGB verweist, nicht unter genauer Bezeichnung der Mängel auf eine Nachbesserung einzulassen. Vielmehr kann er Erfüllung des Vertrages durch Lieferung eines vertragsgemäßen (neu hergestellten und/oder mangelfreien) Werkes verlangen. Nicht die verzögerte Nachbesserung gerügter Mängel, sondern der Verzug des Schuldners mit der vertraglichen Leistung berechtigen den Besteller einer Werkleistung, den Vertrag nach § 326 Abs. 1 BGB zu liquidieren.

Die Beklagte war auf Grund des Anwaltsschreibens vom 20. März 1984 mit der vertraglichen Leistung im Verzug. Der Kläger hat unter Bestimmung einer Nachfrist von zwei Wochen "erfolgreiche Nachbesserung" verlangt und gleichzeitig der Beklagten angedroht, nach erfolglosem Ablauf der Frist, also nach dem 6. April 1984, die Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen. Die Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die vertragsgemäße mangelfreie Leistung nicht vor Fristablauf erbracht. Sie hat zwar die im Schreiben des Klägers vom 8. November 1983 gerügten Mängel

beseitigt, bei der Nachbesserung aber einen neuen Mangel am Werkzeug herbeigeführt, den der Sachverständige erst anlässlich des seinem Gutachten zugrunde liegenden Probespritzens festgestellt hat, der aber das Werkzeug zum vertragsgemäßen Gebrauch ungeeignet machte.

Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben.

II.

Da der Rechtsstreit dem Grunde nach zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1), ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Grundurteil des Landgerichts zurückzuweisen. Die Kosten der Rechtsmittelinstanzen hat die Beklagte zu tragen (§§ 91, 97 ZPO).

Bruchhausen

Brodeßer

von Albert

Rogge

Jestaedt