

BUNDESGERICHTSHOF

10

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 61/87

URTEIL

Verkündet am:
7. März 1989
Kriegl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der e[REDACTED] Gebr. D[REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch
ihre Geschäftsführer Joachim D[REDACTED] und Winfried D[REDACTED],
Im Hä[REDACTED], Ne[REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

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

gegen

1. die Gottlieb Gü[REDACTED] KG, gesetzlich vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Dr. Jörg Gü[REDACTED],
H[REDACTED]straße [REDACTED], A[REDACTED]-Eb[REDACTED],

Klägerin zu 1) und
Revisionsbeklagte zu 1),

2. die G-EL[REDACTED] Präzisionswerkzeuge GmbH, gesetzlich vertreten
durch ihren Geschäftsführer Dr. Jörg Gü[REDACTED], Le[REDACTED]
Straße [REDACTED] - [REDACTED], B[REDACTED] [REDACTED],

Klägerin zu 2), Revisionsbeklagte
zu 2) und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
zu 1. und 2. [REDACTED], [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, von Albert, Rogge und Dr. Jestaedt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 6. Mai 1987 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Grund- und Teilurteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hechingen vom 8. November 1985 zu Ziffer 1 dahin abgeändert, daß die Klage auch insoweit abgewiesen wird.

Die Anschlußrevision der Klägerin zu 2) wird zurückgewiesen.

Die Klägerinnen tragen die Kosten beider Rechtsmittelinstanzen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist, streiten die Parteien noch um folgendes:

Mit Schreiben vom 11. Dezember 1981 bestellte die Klägerin zu 2), die Spiralbohrer herstellt, bei der Beklagten eine Verpackungsmaschine zum Preis von 158.000,-- DM mit "Liefertermin: KW 26/82". Die Beklagte bestätigte den Auftrag am 21. Dezember 1981 mit dem Liefertermin "Mai 1983". Die nach den technischen Vorgaben der Klägerin zu 2) neu zu entwickelnde Maschine sollte 10 Spiralbohrer unterschiedlicher Stärke automatisch in Kunststoffboxen verpacken. Die Verpackungsmaschine wurde nicht geliefert. Mit der Klage verlangt die Klägerin zu 2) von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. Verzögerungsschaden.

Sie hat vorgetragen, die Beklagte sei mit der Lieferung der Maschine spätestens am 31. Mai 1983 in Verzug geraten. Die Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, die Maschine zu entwickeln und herzustellen. Bei fristgerechter Lieferung hätten die Bohrer nicht mehr von Hand, sondern maschinell verpackt werden können. Dies hätte zu einer Kostenersparnis von 0,042 DM je Stück (Bohrer) geführt. Da in der Zeit vom 1. Juni 1983 bis zum 31. Mai 1984 14,4 Millionen Bohrer hätten verpackt werden müssen, belaufe sich der Schaden für diesen Zeitraum auf 604.800,-- DM. In gleicher Höhe sei ein Mehraufwand in der Zeit vom 1. Juni 1984 bis zum 31. August 1985 entstanden.

Die Klägerin zu 2) hat beantragt,



die Beklagte zu verurteilen, an sie 604.800,-- DM
nebst 8,75 % Zinsen seit 31. Mai 1984 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat Lieferungsverzug bestritten und erwidert, ein verbindlicher Liefertermin sei nicht vereinbart worden, zumal es sich bei der Maschine um eine vollständig neue Entwicklung ohne technische Vorbilder gehandelt habe. Bei den Besprechungen am 6. Juni 1983, am 2. November 1983 und am 23. Februar 1984 seien von Seiten der Klägerinnen Änderungen der Ausstattung verlangt worden; dies habe zu einer Verzögerung der Fertigstellung und zu einer völligen Neukonstruktion der Maschine geführt. Zudem hätten die Klägerinnen abredewidrig keine automatengerechten Verpackungsboxen geliefert.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen durch Grund- und Teilurteil "festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin zu 2) sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr in der Zeit vom 1. Juni 1983 bis zum 18. September 1985 wegen Nichtlieferung eines Verpackungsautomaten entstanden ist".

Das Berufungsgericht hat nach Vernehmung weiterer Zeugen sowie Einholung eines Sachverständigengutachtens die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Klageantrag zu 2) "dem Grunde nach gerechtfertigt ist, soweit die Klägerin zu 2) Schadensersatz wegen der Nichtlieferung eines Verpackungsautomaten begehrt."

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerinnen beantragen,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin zu 2) beantragt ferner im Wege der unselbständigen Anschlußrevision,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen Ziffer 1 des Grund- und Teilurteils der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hechingen mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Urteilstenor wie folgt neu gefaßt wird:

Der Klageantrag Ziffer 2 ist dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit die Klägerin zu 2) Schadensersatz wegen der Nichtlieferung eines Verpackungsautomaten für die Zeit vom 1. Juni 1983 bis 18. September 1985 begehrt.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten und die unselbständige Anschlußrevision der Klägerin zu 2) sind zulässig (§§ 545, 556 ZPO). Da das Landgericht der Klägerin zu 2) Schadensersatz für die Zeit vom 1. Juni 1983 bis zum 18. September 1985 zuerkannt, das Berufungsgericht aber den Schadenszeitraum auf die Zeit vom 1. Juni 1984 bis zum 31. Mai 1985 beschränkt hat, wobei es in den Entscheidungsgründen die weitergehende Klage als abgewiesen angesehen hat, ist die Klägerin zu 2) beschwert.

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Klageabweisung hinsichtlich des Klageantrags zu 2), während die Anschlußrevision der Klägerin zu 2) zurückzuweisen ist.

I.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu 2) für die Zeit vom 1. Juni 1984 bis zum 31. Mai 1985 Schadensersatz aus §§ 326, 286 BGB zugesprochen. Es hat als erwiesen angesehen, daß die Parteien den Liefertermin "Mai 1983" verbindlich vereinbart haben, die Klägerin zu 2) dann aber wegen einer Reihe von zeitaufwendigen technischen Änderungs- und Verbesserungswünschen auf eine Lieferung der Maschine im Oktober 1983 gedrungen hat. Die Beklagte habe dies als eine Änderung des ursprünglichen Liefertermins ansehen dürfen. Obwohl die Beklagte den Verpackungsautomaten nicht zu diesem Termin geliefert habe, sei sie zu diesem Zeitpunkt nicht in Verzug gekommen, weil die Vertreter der Klägerin zu 2) bei den Besprechungen am 2. November 1983 und 23. Februar 1984 weitere Änderungen verlangt hätten, die nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen die für die Fertigung erforderliche Zeit bis zum 31. Mai 1984 verlängert hätten. Diese Verzögerung habe die Beklagte nicht zu vertreten. Die Beklagte befinde sich erst seit dem 1. Juni 1984 in Verzug. Die Klägerin zu 2) habe nach der Fristsetzung mit Schreiben vom 15. Juni 1984 zum 20. Juni 1984 die Annahme der Leistung ablehnen dürfen. Die Beklagte habe deshalb den ab 1. Juni 1984 entstandenen Verzugsschaden und ferner den ab 21. Juni 1984 entstandenen Nichterfüllungsschaden zu ersetzen.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat allerdings ohne Rechtsfehler festgestellt, daß Gegenstand des Werkvertrages der Parteien die Entwicklung und Lieferung eines Verpackungsautomaten für Bohrer war, der zu dem verbindlich vereinbarten Termin "Mai 1983" an die Klägerin zu 2) auszuliefern war, und daß die Parteien auf Grund der Besprechungen vom 20. Mai 1983, 6. Juni 1983, 2. November 1983 und vom 23. Februar 1984 eine Reihe von technischen Änderungen an der durch Bestellschein vom 11. Dezember 1981, Auftragsbestätigung vom 21. Dezember 1981 und Pflichtenheft Nr. 1.029 vom 9. April 1980 vertraglich festgelegten Maschinenausführung vereinbart haben, die erheblich längere Entwicklungs- und Herstellungszeiten als ursprünglich geplant - jedenfalls bis zum 31. Mai 1984 - erforderlich machten. Die Parteien greifen diese tatrichterlichen Feststellungen nicht an.

2. Es kann auch unentschieden bleiben, ob die Parteien den ursprünglichen Liefertermin einverständlich aufgehoben und als neuen Liefertermin den 31. Oktober 1983 vereinbart haben. Auf die in diesem Zusammenhang von beiden Revisionen erhobenen Verfahrensrügen kommt es für die Entscheidung nicht an.

3. Die Klage ist im Umfang des Klageantrages zu 2) bereits nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts unbegründet. Der Klägerin zu 2) steht kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§§ 286, 326, 636 BGB) gegen die Beklagte zu.

a) Der Schuldner kommt nach § 284 Abs. 1 BGB in Verzug, wenn er nach Eintritt der Fälligkeit auf die Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Einer Mahnung nach Fälligkeit bedarf es nach Abs. 2 allerdings dann nicht, wenn für die vertragliche Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist.

b) Diese Rechtsgrundsätze hat das Berufungsgericht verkannt. Hätten die Parteien, wovon das Berufungsgericht ausgeht, verbindlich als Lieferzeitpunkt den 31. Oktober 1983 vereinbart und damit eine Bestimmung nach dem Kalender getroffen, so hätte sich die Beklagte, da sie unstreitig am 31. Oktober 1983 die Verpackungsmaschine nicht im vertragsgemäßen Zustand an die Klägerin zu 2) lieferte, am 1. November 1983 in Verzug befunden, ohne daß es auf die weiteren, vom Berufungsgericht festgestellten Änderungswünsche der Klägerin zu 2) anlässlich der Besprechungen vom 2. November 1983 und 23. Februar 1984 angekommen wäre. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob Leistungshindernisse vorlagen, welche die Beklagte nicht zu vertreten hat, kommt es ausschließlich auf Umstände an, die im Zeitpunkt der Fälligkeit vorhanden waren, den an sich leistungswilligen und leistungsbereiten Beklagten aber hinderten, die vertragsgemäße Leistung zu erbringen. Umstände, die erst nach Eintritt der Fälligkeit entstanden sind, können die mangelnde Leistung dagegen nicht entschuldigen.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei den von der Klägerin zu 2) im November 1983 und Februar 1984 gewünschten technischen Änderungen des Verpackungsautomaten nicht um Entschuldigungsgründe im Sinne des § 285 BGB, also Gründe, die das Liefernkönnen betrafen, sondern um Maßnahmen, durch deren Vereinbarung die Parteien den Vertragsinhalt änderten. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin zu 2) anlässlich der Besprechung am 2. November 1983 erhebliche Änderungen des bisherigen Maschinenkonzepts wünschte, nämlich die Aufweitungsvorrichtung zum Aufweiten der Deckel der Kunststoffboxen, um Ober- und Unterteile richtig zusammenfügen zu können, ferner die "Vollständigkeitskontrolle", die automatische Abschaltung des Verpackungsautomaten bei fehlerhafter Bestückung der Boxen, die Umstellung der Steuerspannung von 220 Volt auf 24 Volt sowie die Umrüstbarkeit der Maschine ohne Werkzeuge. Bei der weiteren Besprechung am 23. Februar 1984 hat die Klägerin zu 2) gefordert, daß bei einem Störfall die Etikettiermaschine getrennt von der Verpackungsmaschine eingesetzt werden könne. Diese Änderungen waren unstreitig zuvor nicht Gegenstand des Vertrages.

Haben aber die Parteien auf Wunsch der Klägerin zu 2) einverständlich den Vertragsgegenstand erheblich geändert, so haben sie damit auch - zumindest stillschweigend - den früheren Fälligkeitszeitpunkt aufgehoben; denn der Leistungszeitpunkt für die vertragsgemäße Lieferung kann denkgesetzlich zeitlich nicht vor der endgültigen Bestimmung des Vertragsinhalts liegen. Da die neue technische Ausgestaltung

des Verpackungsautomaten erst am 23. Februar 1984 endgültig festgelegt wurde, konnte die vertragsgemäße Leistung nur nach diesem Zeitpunkt fällig werden.

d) Die Parteien haben nicht vorgetragen, daß sie nach Vereinbarung der technischen Änderungen gemeinsam eine Leistungszeit bestimmt hätten. Die Aufforderung der Klägerin zu 2) vom 19. März 1984 (K 15 in Hülle Bl. 12), die Beklagte solle entsprechend der Vereinbarung vom 23. Februar 1984 schnellstens "über den genauen Liefertermin der Maschine" eine verbindliche Mitteilung machen, bestätigt dies. Ist aber eine Leistungszeit nicht vertraglich bestimmt, so sind nach § 271 BGB die Umstände zur Bestimmung der Leistungszeit heranzuziehen, wobei auf die Natur des Schuldverhältnisses, die Verkehrssitte, die Beschaffenheit der Leistung, beim Werkvertrag aber vor allem auf die für die Herstellung des Werks erforderliche Zeit abzustellen ist. Das Berufungsgericht hat hierzu auf Grund des gerichtlichen Sachverständigengutachtens festgestellt, daß die Beklagte für die vertragsgemäße Ausführung der Verpackungsmaschine einen Zeitaufwand bis zum 31. Mai 1984 benötigt hätte. Erst mit Ablauf dieses Zeitpunkts konnte daher - frühestens - die Werkvertragsleistung fällig werden.

4. Mit Recht rügt die Revision der Beklagten schließlich, das Berufungsgericht habe die von der Klägerin zu 2) mit Fernschreiben vom 15. Juni 1984 gesetzte Frist bis zum 20. Juni 1984 rechtsfehlerhaft als angemessen angesehen. Es habe nicht berücksichtigt, daß nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen eine Maschine entwickelt werden sollte, für die es noch kein Vorbild gegeben habe, daß also

technisches Neuland betreten werden mußte. Außerdem habe das Berufungsgericht fehlerhaft die gesamte Vertragsabwicklung, insbesondere die Vielzahl der Änderungswünsche der Klägerin zu 2) nicht bei der Beurteilung der Angemessenheit der Frist berücksichtigt. Eine Frist von zwei Monaten sei angemessen gewesen. In dieser Zeit hätte sie die Maschine einschließlich der erforderlichen Probeläufe fertigstellen können.

Zwar könnte das Fernschreiben der Klägerin zu 2) vom 15. Juni 1984 als Mahnung im Sinne des § 284 Abs. 1 BGB verbunden mit der Bestimmung einer Leistungsfrist verstanden werden. Da diese Mahnung nach Fälligkeit der Leistung erfolgt ist, hätte die Beklagte nach Ablauf der Frist in Verzug geraten können, wenn die Klägerin zu 2) nach dem 20. Juni 1984 am Werkvertrag festgehalten und weiterhin Erfüllung verlangt hätte. Das Berufungsgericht hat zwar nicht verkannt, daß der Gläubiger nach § 326 Abs. 1 BGB nur dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen kann, wenn er dem Schuldner nach Verzugsetzung zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, nach fruchtlosem Ablauf der Frist werde er die Annahme der Leistung ablehnen. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerhaft die von der Klägerin zu 2) mit Fernschreiben vom 15. Juni 1984 gesetzte Frist von 5 Tagen bis zum 20. Juni 1984 für angemessen gehalten. Es ist unzutreffend von der Annahme ausgegangen, die Beklagte habe sich bereits seit dem 1. Juni 1984 in Verzug befunden und daher ausreichend Zeit gehabt, die Verpackungsmaschine herzustellen und zu liefern. Dabei hat das Berufungsgericht übersehen, daß bei der Beurteilung der Angemessenheit der Frist auf die Ge-

samtumstände abzustellen ist, weil die Fristsetzung dem Schuldner die letzte Möglichkeit geben soll, den Vertrag zu erfüllen, das heißt, die schon in Angriff genommene Leistung vertragsgemäß zu vollenden. Es hat unberücksichtigt gelassen, daß Gegenstand des Vertrages die Entwicklung und Herstellung einer neuartigen Verpackungsmaschine war, und es hat nicht in Betracht gezogen, daß die Klägerinnen durch eine Reihe von grundlegenden Änderungen des Vertragsgegenstandes den Abschluß der Entwicklung und der Herstellung verzögert hatten. Angesichts dieser Umstände war die von der Klägerin zu 2) gesetzte 5-Tage-Frist unangemessen und daher unwirksam.

Es bedurfte hier keiner weiteren Feststellungen durch das Berufungsgericht, welche Nachfrist angemessen gewesen wäre. Denn die Klägerin zu 2) hat in ihrem Fernschreiben vom 15. Juni 1984 erklärt, nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist lehne sie die Abnahme der Leistung "definitiv" ab. Sie hat sich damit endgültig vom Werkvertrag gelöst und dessen Erfüllung durch die Beklagte unmöglich gemacht. Mangels einer angemessenen Nachfristsetzung nach § 326 Abs. 1 BGB steht ihr somit ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Verzögerungsschaden gegen die Beklagte nicht zu.

III.

Auf die Revision der Beklagten ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils zu Ziffer 1 (Klageantrag 2) die Klage auch insoweit abzuweisen. Die Anschlußrevision der Klägerin zu 2) ist zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelinstanzen folgt aus § 91 ZPO.

Bruchhausen

Rogge

Brodeßer

Jestaedt

von Albert