

2

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 63/91

Verkündet am:
12. Januar 1993
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] P [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Dr. Edgar D. [REDACTED], M [REDACTED]straße 68,
Bad Säckingen,

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

gegen

Firma C.M. H. [REDACTED] C [REDACTED], Inhaber Christian H. [REDACTED],
R [REDACTED]straße 23, N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg - vom 2. Mai 1991 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit "Liefervereinbarung" vom 8./16. Juni 1988 verpflichtete sich die Klägerin, 5.000 Stück Bluthochdrucktherapie-Computer - BTC - aus Kunststoff mit batteriebetriebenen Rechner und LCD-Anzeige herzustellen und in elf monatlichen Teilleistungen, beginnend am 30. September 1988, an die Beklagte zu liefern. Das Gerät war mit einer von der Klägerin in Abstimmung mit der Beklagten erstellten Software auf einem auswechselbaren Eprom zu bestücken, welches eine jährliche Anpassung an aktualisierte Daten ermöglichen sollte. Die Größe des Kunststoffgehäuses (ca. 160 x 80 x 16 bis 25 mm) und die Ausstattung wurden im einzelnen festgelegt. Die Beklagte sollte nach Ziffer 14.1. des Vertrages zu einer fristlosen Kündigung der Liefervereinbarung berechtigt sein, wenn die Klägerin aufgrund mangelhafter Teillieferungen oder

Nichteinhaltung von Teilliefer-Terminen trotz Abmahnung mit angemessener Fristsetzung keine mangelfreien Geräte oder nicht termingerecht liefern würde. Die Beklagte zahlte vereinbarungsgemäß (Ziffer 6.3.) am 27. Juni 1988 150.000,-- DM zur Finanzierung von Werkzeug- und Produktionsanlaufkosten. Die Vorauszahlung sollte mit 30,-- DM je Gerät auf den Nettoverkaufspreis angerechnet werden.

Die Klägerin teilte der Beklagten am 13. Juni 1988 mit, die Außenmaße hätten sich aus technischen Gründen verändert (175 x 70 x 16 bis 25 mm), und am 28. September 1988, ihre Lieferanten für die LCD-Anzeigen hätten Lieferschwierigkeiten. Die Beklagte forderte die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 29. September 1988 zur fristgerechten Lieferung der Geräte auf und wies auf ihr Recht zur fristlosen Kündigung nach Ziffer 14.1. des Vertrages hin. Die Klägerin stellte am 28. Oktober 1988 drei Serienrechner zur Bemusterung vor. Die Beklagte beanstandete die Modelle und rügte mit Schreiben vom 11. November 1988 nicht eingehaltene Längenmaße, mangelnde Lesbarkeit der oberen Anzeigenzeile und die Verschraubung der Rückwand statt vereinbarter Schiebedeckel. Die Klägerin lieferte in der Folgezeit sukzessiv insgesamt 1.372 Geräte. Die Beklagte untersuchte jeden Rechner auf seine Funktionsfähigkeit, rügte Mängel und sandte einen Großteil an die Klägerin zurück. Diese behob die Beanstandungen teilweise. Mit Schreiben vom 22. Februar 1989 gab die Klägerin einen Teil der reklamierten Computer ohne Bearbeitung an die Beklagte mit dem Bemerken zurück, die Beanstandungen seien unbegründet. Dies wiederholte sie mit Schreiben vom 6. März 1989. Die Beklagte trat daraufhin mit Schreiben



vom 8. März 1989 vom Vertrag zurück. Die Klägerin widersprach mit Schreiben vom 15. März 1989. Bemühungen, den Vertrag fortzusetzen, scheiterten.

Die Klägerin verlangt einen Teilbetrag der Vergütung in Höhe von 210.420,-- DM. Sie hat Mängel der Geräte bestritten und geltend gemacht, die fristlose Kündigung sei unberechtigt. Ihr stehe deshalb die restliche Vergütung von 897.930,-- DM für die noch ausstehenden 3.628 Geräte abzüglich ersparter Kosten von 10 % zu. Wegen der langfristigen Liefervereinbarung sei sie entsprechende Einkaufsverpflichtungen eingegangen, die sich pro Gerät auf 118,41 DM beliefen.

Die Beklagte hat erwidert, sie sei zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil sämtliche Teillieferungen verspätet erbracht seien und die Geräte nicht den am 28. Oktober 1988 übergebenen drei Mustern entsprochen hätten, was sie sofort und immer wieder im einzelnen gerügt habe. Hinzu kämen weitere Mängel (defekte Anzeigen, fehlende Einschaltbarkeit, Batterien mit ungenügender Spannung, Aussteigen aus dem Programm, Programmfehler, Beschädigungen des Display). Es habe sich jetzt herausgestellt, daß das Gehäuse des Computers in sich instabil sei und nachgebe.

Hilfsweise hat die Beklagte mit dem nicht verbrauchten Rest von 44.737,50 DM der Vorschußzahlung aufgerechnet.

Das Landgericht hat unter Abzug der Aufrechnungsforderung der Klage in Höhe von 165.682,50 DM nebst 9,75 % Zinsen seit dem 6. Juni 1989 stattgegeben. Die Berufung der Beklag-

ten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Klageabweisung. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung der Parteien als einen Sukzessivwerklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen im Sinne von §§ 651 Abs. 1 S. 2, 631 BGB angesehen und der Klägerin einen Vergütungsanspruch aus § 649 S. 2 BGB zugesprochen. Dazu hat es im wesentlichen ausgeführt: Ziffer 14.1. der Liefervereinbarung schließe das allgemeine Kündigungsrecht des Bestellers eines Werkes nach § 649 BGB nicht aus, sondern regele die Voraussetzungen eines von der Vergütungspflicht befreienden Rücktritts nach Abmahnung mit angemessener Fristsetzung, was der gesetzlichen Regelung in den §§ 326, 634 BGB entspreche. Die Beklagte habe eine konkrete Frist zur mangelfreien oder termingerechten Lieferung nicht gesetzt und damit den Rücktrittsanforderungen der vertraglichen Regelung nicht genügt. Die Beklagte habe auch nicht wegen positiver Vertragsverletzung der Klägerin ohne vorherige Nachfristsetzung von dem Vertrag berechtigt Abstand nehmen können. Die Nachfristsetzung sei nur in Ausnahmefällen entbehrlich. Ein solcher Fall liege hier nicht vor. Die Klägerin habe Nachbesserungen nicht ernstlich und endgültig verweigert. Auch die Gesamtbetrachtung der Vertragsbeziehungen der Parteien führe nicht zu dem Ergebnis, daß die Klägerin durch schuldhaftes vertragswidriges Verhalten den Zweck der Vereinbarung und die reibungslo-

se Durchführung in solcher Weise gefährdet habe, daß die Beklagte ohne Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom Vertrag habe zurücktreten dürfen.

Da die Beklagte nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei, bleibe der Klägerin nach § 649 BGB die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und des nicht verbrauchten Vorschusses. Daß die Klägerin höhere Aufwendungen erspart haben könnte, so daß ihr Vergütungsanspruch geringer als geltend gemacht ausfalle, habe die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargetan.

II. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat mit Recht die Vereinbarung der Parteien vom 8./16. Juni 1988 als einen Sukzessivwerklieferungsvertrag über die Herstellung und Lieferung nicht vertretbarer Sachen im Sinne § 651 Abs. 1 S. 2 BGB angesehen und Werkvertragsrecht angewandt. Auch ist seine Auffassung nicht zu beanstanden, die Vertragspartner hätten mit der Kündigungsregelung in Ziffer 14.1. des Vertrages das allgemeine Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 BGB nicht ausgeschlossen. Dies greift die Revision nicht an. Ein Rechtsfehler ist nicht ersichtlich.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, daß Ziffer 14.1. des Vertrages die Voraussetzungen eines von der Vergütungspflicht befreienden Rücktritts entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 326, 634 BGB regelt. Nach dieser Vertragsklausel ist ein Rücktritt des

Bestellers vom Vertrag in Fällen der Leistungsstörung infolge Lieferverzögerungen oder Mangelhaftigkeit der Geräte nur nach erfolgloser Abmahnung unter angemessener Fristsetzung möglich. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Beklagte hat die Lieferverzögerungen und die von ihr behaupteten Mängel zwar abgemahnt, der Klägerin aber keine Frist zur Lieferung und zur Mängelbeseitigung gesetzt. Sie hat damit die Voraussetzungen ihres vertraglichen Rücktrittsrechts nicht erfüllt. Dies greift die Revision nicht an.

3. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ferner festgestellt, daß ein Sachverhalt, der entsprechend den §§ 326, 634 BGB eine vorherige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich erscheinen ließe, nicht vorliegt.

a) Nach den §§ 326 Abs. 1, 634 Abs. 1 BGB ist der Rücktritt vom Vertrag wegen Nichterfüllung oder wegen Mängeln nur nach fruchtloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gerechtfertigt. Die Aufforderung des Gläubigers, die Leistung vertragsgemäß zu bewirken, und die Androhung, nach Fristablauf die Annahme zu verweigern, sollen dem Schuldner eine letzte Chance zur Durchführung des Vertrages eröffnen und ihn noch einmal nachdrücklich auf die Folgen eines weiteren vertragswidrigen Verhaltens hinweisen. Fristsetzung und Ablehnungsandrohung sind daher, von dem Fall eines Wegfalls des Interesses (§ 326 Abs. 2 BGB) abgesehen, wegen offensichtlicher Zwecklosigkeit nur dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung oder die Mängelbeseitigung bestimmt, ernstlich und endgültig verweigert und sich damit vom Vertrag lossagt (ständ. Rechtspr. u.a. BGH, Urt. v. 18. September 1985, VIII ZR 249/84, NJW 1986, 661; Urt. v. 16. März

1988, VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 13; Urt. v. 18. Januar 1991, V ZR 315/89, BGHR BGB § 326 Abs. 1 Fristsetzung 3, jeweils m.w.N.). An die Voraussetzungen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 16. März 1988, VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 13). Dafür genügen nicht bloße Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt (vgl. BGH, Urt. v. 25. Februar 1971, VII ZR 102/69, NJW 1971, 798) oder vom Schuldner geäußerte rechtliche Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages (BGH, Urt. v. 11./12. Mai 1971, V ZR 185/67, WM 1971, 892, 894). Eine endgültige Nachbesserungsverweigerung liegt auch nicht ohne weiteres in dem Bestreiten von Mängeln (BGH, Urt. v. 16. März 1988, VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 13 f.); denn das Bestreiten ist prozessuales Recht des Schuldners. Vielmehr müssen zu dem bloßen Bestreiten weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewußt und endgültig seinen Vertragspflichten nicht nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, daß er sich von einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung werde umstimmen lassen.

b) Gemessen an diesen Erfordernissen kann es entgegen der Auffassung der Revision nicht beanstandet werden, daß das Berufungsgericht die Schreiben und Erklärungen der Klägerin, insbesondere auch das Schreiben vom 6. März 1989, nicht als ausreichende Grundlage für die Feststellung angesehen hat, die Klägerin habe die weitere Erfüllung des Vertrages endgültig verweigert. Dies ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht aus dem Schriftwechsel der Parteien und den vorgetragenen Umständen,

selbst wenn unterstellt wird, daß die gelieferten Geräte zumindest in erheblichem Umfang mit Fehlern behaftet waren und daß die Beklagte diese wiederholt und zurecht gerügt hat. Mit Schreiben vom 22. Februar 1989 hat die Klägerin der Beklagten 37 reklamierte Geräte ohne Bearbeitung mit dem Bemerkten zurückgesandt, die Reklamationen seien unbegründet. Ein Mangel der Tastaturen werde nicht anerkannt, da bei der Vorstellung des Gerätes keine derartige Beanstandung erfolgt sei und bereits 700 Geräte derselben Bauart akzeptiert worden seien. Als die Beklagte mit Schreiben vom 2. März 1989 auf einer Korrektur der Tastatur bestand und eine Besprechung über die Möglichkeiten der Fehlerbeseitigung anbot, hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 6. März 1989 erklärt, keine Korrektur der Tastatur vornehmen zu müssen, gleichzeitig aber ihrerseits angeboten, der Beklagten gelegentlich ihre Auffassung an Hand von zwei zurückbehaltenen Tastenreklamationen zu erläutern. In beiden Schreiben hat die Klägerin ausschließlich die von der Beklagten behaupteten Mängel bestritten und sich auf den Standpunkt gestellt, vertragsgemäß geliefert zu haben, nicht aber, wie die Revision meint, zum Ausdruck gebracht, die weitere Erfüllung des Vertrages endgültig abzulehnen. Im Gegenteil hat die Klägerin in beiden Schreiben ausdrücklich Gesprächsbereitschaft angezeigt, um die Meinungsverschiedenheiten der Parteien gütlich zu regeln. Wer aber ernsthaft Verhandlungen über Streitpunkte anbietet, bringt sein Interesse an der Fortsetzung des Vertrages zum Ausdruck.

c) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft den Sachvortrag der Beklagten nur teilweise berücksichtigt. Die Beklagte habe vorgetragen und

unter Beweis gestellt, daß sie den Mangel an der Tastatur bereits bei der Bemusterung am 28. Oktober 1988 gerügt und die Klägerin zugesagt habe, daß dieser bei der "Serienanfertigung" nicht auftreten werde. Gleichwohl sei bei allen Geräten der ersten Lieferungen vom 7. und 14. November 1988 die Tastatur nicht gebrauchsfähig gewesen. Von der Folgelieferung (132 "überarbeiteten" Geräte) seien laut Schreiben vom 5. Dezember 1988 wiederum 131 Stück an die Klägerin zurückgegangen, "um die Tastatur-Gängigkeit zu optimieren". Die Tastatur bei den weiteren Lieferungen sei ebenfalls nur ungenügend bedienbar gewesen, weshalb mehrere Telefongespräche und am 23. Januar 1989 eine Besprechung stattgefunden hätten, wobei die Klägerin aufgefordert worden sei, diesen Mangel abzustellen, andernfalls solche Geräte überhaupt nicht mehr abgenommen würden. Die Klägerin sei dem nicht gefolgt, sondern habe auf erneute Rüge mit Schreiben vom 22. Februar und 6. März 1989 mitgeteilt, sie könne einen Mangel der Tastatur nicht anerkennen. Sie habe damit die Nachbesserung endgültig verweigert. Dies komme auch in dem Verhalten der Klägerin nach der Rücktrittserklärung zum Ausdruck. Die Klägerin habe bei der Besprechung am 21. März 1989 ausdrücklich erklärt, den Mangel an der Tastatur nicht beseitigen zu wollen, weil die Kosten für die Änderung des Werkzeugs zu hoch seien.

Selbst wenn diese Sachverhaltsdarstellung zuträfe, rechtfertigte diese keine von der Auslegung des Berufungsgerichts abweichende Beurteilung der Schreiben vom 22. Februar und 6. März 1989. Die Revision hat keine Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, daß die Klägerin über das Bestreiten von Fehlern ihrer Geräte hinaus auch willens gewesen ist und dies zum

Ausdruck gebracht hat, sie wolle den Vertrag nicht fortsetzen. Dies folgt auch nicht aus den Erklärungen der Klägerin nach dem Rücktritt der Beklagten. Das Bestreiten von Mängeln reicht nicht aus für die Annahme, der Vertragspartner habe sich vom Vertrag endgültig losgesagt.

d) Die Fristsetzung und Ablehnungsandrohung waren auch nicht aus anderen Gründen entbehrlich. Es ist anerkannt, daß es einer Frist mit Ablehnungsandrohung nicht bedarf, wenn die Vertragsverletzung der einen Partei ein für die Vertragsabwicklung notwendiges gegenseitiges Vertrauen nachhaltig zerstört hat, so daß eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den anderen Teil selbst dann unzumutbar wäre, wenn die Vertragsverletzung innerhalb einer angemessenen Nachfrist behoben würde (BGH, Urt. v. 5. November 1980, VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679, 680). Das Berufungsgericht hat ein solches Verhalten der Klägerin verneint, weil nicht ersichtlich sei, daß die Klägerin bewußt nicht vertragsgerechte Geräte geliefert habe und in Zukunft liefern wolle.

Die Revision rügt dies ohne Erfolg. Sie hat geltend gemacht, die Vertrauensgrundlage sei durch die Vertragsverletzungen der Klägerin nachhaltig zerstört. Aufgrund des bisherigen Verhaltens der Klägerin sei ihr eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zuzumuten, weil bisher noch keine Lieferung mangelfrei erbracht worden sei und weil sie von der Klägerin durch die von Anfang an verzögerliche Auslieferung in Schwierigkeiten gebracht worden sei. Die gelieferten Geräte seien in großem Umfang mit Mängeln behaftet. Wegen dieser permanenten Vertragsuntreue der Klägerin sei ihr spätestens am 8. März 1989 nicht mehr zumutbar gewesen, das Ver-

tragsverhältnis fortzusetzen, zumal sie jegliches Vertrauen in die Leistungsfähigkeit und/oder Leistungsbereitschaft der Klägerin verloren habe. Zudem habe das Berufungsgericht nur die wenigen in dem Rücktrittsschreiben ausdrücklich erwähnten Mängel berücksichtigt, nicht aber die weiteren, von ihr im einzelnen und unter Beweisanspruch behaupteten.

Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob Lieferverzögerungen in Verbindung mit ständig mangelbehafteten Teillieferungen bei einem Sukzessivlieferungsvertrag als eine die Fristsetzung und Ablehnungsandrohung entbehrlich erscheinende Vertrauensverletzung betrachtet werden könnten. Die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Erklärungen und das Verhalten der Parteien stehen jedenfalls der Annahme der vollständigen Zerstörung der Vertrauensbasis vor der Rücktrittserklärung der Beklagten entgegen. Die Beklagte hat trotz der Lieferverzögerungen und trotz der behaupteten Mängel 1.372 Geräte in den Verkehr gebracht. Beide Parteien haben vor und nach der Rücktrittserklärung der Beklagten versucht, die Meinungsverschiedenheiten zu beheben und das Vertragsverhältnis fortzusetzen. Bei dieser Sachlage aber war es der Beklagten nicht unzumutbar, die Klägerin zunächst durch Fristsetzung zur Vertragserfüllung aufzufordern.

4. Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht der Klägerin mit Recht nach § 649 BGB die vertragsgemäße Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zugesprochen. Da die Beklagte trotz Lieferverzögerungen und der von ihr behaupteten Mängel der gelieferten Geräte die Beklagte nicht entsprechend Ziffer 14.1. des Vertrages unter angemessener Fristsetzung zur vertragsgemäßen Lieferung aufgefordert hat und

nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine den §§ 326, 634 BGB entsprechende Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auch nicht entbehrlich war, ist die Beklagte nach ihrer Rücktrittserklärung nach § 649 BGB zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, ohne daß es darauf ankommt, ob die Beklagte mit ihrer Rücktrittserklärung diese Rechtsfolge gewollt hat.

III. Die Revision ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Bruchhausen

Maltzahn

Jestadt

Broß

Melullis