

61

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

X ZR 74/95

Verkündet am:
17. Dezember 1996
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

B. [REDACTED] F. [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Detlef Z. [REDACTED], F. [REDACTED] - H. [REDACTED] - Straße 25, N. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

Anita H. [REDACTED], M. [REDACTED] - Straße 65-67, T. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1996 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß und Scharen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 17. Juli 1995 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

61

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte, die sich gegenüber dem amerikanischen Verteidigungsministerium vertraglich zur Lieferung von Knochenbohrern verpflichtet hatte, bestellte bei der Klägerin Knochenbohrer "nach Zeichnung und Muster" aus einem vorbestimmten Material. Die erbetene Auftragsbestätigung erteilte die Klägerin mit Schreiben vom 12. Oktober 1990. Sie sollte erst gültig werden nach Erhalt einer Bankbürgschaft der Beklagten über 170.000,-- DM. In der Folgezeit sah die Klägerin die Bestätigung des amerikanischen Verteidigungsministeriums, daß dieses den Rechnungsbetrag unmittelbar an die Klägerin bezahlen werde, als ausreichende Sicherheit an.

Mit Fax vom 11. Juni 1991 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie habe "mit dem Auftraggeber USA folgende endgültige Liefertermine vereinbart:

3.000 Stück am 1. Juli 1991
2.945 Stück am 31. Juli 1991",

und bat "der Dringlichkeit, Schnelligkeit und Einfachheit wegen", daß die Versendung durch sie, die Klägerin, vorgenommen werde. Das lehnte die Beklagte mit Fax vom 14. Juni 1991 ab, weil sie Vertragspartnerin der "U.S. Army" sei und somit die Verantwortung des Vertrages habe. Zugleich machte sie die Klägerin darauf aufmerksam, "daß durch Ihr Nichteinhalten Ihrer zugesagten Liefertermine uns eventuell der Vertrag ... storniert werden sollte, wir Sie für den uns entgehenden Gewinn sowie für sämtliche Kosten, die uns durch eine Stornierung entstanden sind, zu Ihren Lasten gehen". Am

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

20. Juni 1991 lieferte die Klägerin 831 Knochenbohrer und Ende Juli 1991 weitere 5.294 Bohrer an die Beklagte aus, die diese sterilisierte, verpackte und am 9. August 1991 einem Spediteur zur Auslieferung in die USA übergab. Der Vertragspartner der Beklagten stornierte jedoch am 20. August 1991 den Vertrag "unter Verzicht auf gegenseitige Ansprüche".

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die vereinbarte Vergütung für die von ihr erbrachte Lieferung. Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe sich der Beklagten gegenüber vertraglich verpflichtet, die Ware so fertigzustellen, daß nach Sterilisation, Verpackung und Absendung durch die Beklagte die Knochenbohrer noch rechtzeitig für die im Schreiben vom 11. Juni 1991 genannten und im Schreiben vom 14. Juni 1991 wiederholten Termine zu dem amerikanischen Abnehmer der Beklagten hätten gelangen können. Da die Klägerin die selbst gesetzten Fristen nicht eingehalten habe, sei sie in Verzug gewesen. Gegen diese Bewertung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Die Revision zeigt weder für die tatrichterliche Auslegung der Schreiben der Klägerin vom 11. und 14. Juni 1991, 3.000 Stück Knochenbohrer würden bis zum 1. Juli 1991 und weitere 2.945 Stück würden bis zum 31. Juli 1991 nach den USA geliefert sein, noch für die ebenfalls auf tatrichterlichem Gebiet liegende Auslegung, die Beklagte habe den von der Klägerin mitgeteilten Fristen entnehmen dürfen, daß die Lieferung an sie, die Beklagte, entsprechend früher erfolgen werde, Umstände auf, die darauf schließen lassen, gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze könnten verletzt sein oder die Auslegung könnte auf Verfahrensfehlern beruhen (vgl. zu diesen Voraussetzungen eines Rechtsfehlers bei tatrichterlicher Auslegung BGHZ 65, 107, 110; Sen.Urt. v. 17.03.1994 - X ZR 80/92, NJW 1994, 2613). Die vorgenommene Auslegung des Berufungsgerichts bedeutet vielmehr eine vertretbare Bewertung der vorgelegten Schriftstücke der Klägerin.

Diese fällige Leistung hat die Klägerin nicht rechtzeitig erbracht, weil sie ihrer Pflicht erst am 30./31. Juli 1991 nachgekommen ist, so daß die Beklagte den dem Abnehmer in den USA zugesagten letzten Liefertermin nicht einhalten konnte. Durch die Nichtleistung bei Fälligkeit trat zugleich Verzug ein.

b) Allerdings rügt die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht das Schreiben der Beklagten vom 14. Juni 1991 als Mahnung "gemäß § 284 Abs. 1 BGB" bezeichnet hat. Nach § 284 Abs. 1 BGB bewirkt nur eine Mahnung, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, daß der nicht leistende

Schuldner in Verzug gerät. Die Rechtsprechung hat dies dahin gewertet, daß eine wirksame Mahnung frühestens bei Fälligkeit, etwa mit der die Fälligkeit begründenden Handlung vorgenommen werden kann (BGH, Urt. v. 14.07.1970 - VIII ZR 12/69, WM 1970, 1141). Eine vorher ausgesprochene Mahnung ist wirkungslos (BGHZ 77, 60, 64; 103, 62, 66).

Am 14. Juni 1991 war selbst die für den 1. Juli 1991 vorgesehene Teillieferung von 3.000 Stück Knochenbohrer auch nach der im Schreiben vom 14. Juni 1991 zum Ausdruck gekommenen eigenen Meinung der Beklagten jedoch noch nicht fällig. Das Schreiben der Beklagten vom 14. Juni 1991 kam damit zu früh und war keine Mahnung im Sinne des § 284 Abs. 1 BGB.

c) Wie § 284 Abs. 2 BGB zu entnehmen ist, kann ein Schuldner aber auch ohne Mahnung durch den Gläubiger in Verzug kommen. Die Mahnung soll den Schuldner in die Lage versetzen zu erkennen, daß das Ausbleiben seiner Leistung Folgen haben werde, und ihn zur sofortigen Leistung veranlassen (vgl. v. Staudinger/Löwisch, Komm. z. BGB, 1995, Rdn. 23 zu § 284 BGB). Eine besondere Mahnung durch den Gläubiger kann deshalb überflüssig sein, wenn der mit der Mahnung verfolgte Zweck bereits durch den Vertragsabschluß selbst erreicht ist (vgl. BGH, Urt. v. 04.07.1963 - II ZR 174/61, NJW 1963, 1823, 1824; a. v. Staudinger/Löwisch, aaO, Rdn. 66 zu § 284 BGB). Muß sich der Schuldner bereits aufgrund der Vertragserklärungen darüber klar sein, daß er die Folgen auf sich nehmen muß, wenn er die Zeit nicht einhält, innerhalb der die Erfüllung vereinbart worden ist, ist eine Mahnung durch den Gläubiger nach Treu und Glauben entbehrlich, weil sie reine Förmerei wäre.

Die Beklagte hat dem Vorschlag der Klägerin im Schreiben vom 11. Juni 1991 hinsichtlich der Lieferzeitpunkte mit ihrem Schreiben vom 14. Juni 1991 nicht widersprochen; sie hat vielmehr darauf hingewiesen, daß ein Rücktritt seitens des amerikanischen Verteidigungsministeriums drohe, wenn auch diese Termine nicht eingehalten würden. In Kenntnis dieser Gefahr hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 14. Juni 1991 ihre Terminszusage wiederholt. Damit hatte die Klägerin sich gleichsam selbst gemahnt, und hatten die Parteien sich darauf geeinigt, die Lieferung werde so zeitig an die Beklagte erfolgen, daß diese rechtzeitig zum 1. Juli bzw. 31. Juli 1991 in die USA geliefert haben könne. Unter diesen besonderen Umständen des zu entscheidenden Falls ist dem Berufungsgericht zuzustimmen, daß die Klägerin durch ihre Nichtleistung in Verzug kam.

2. Das Berufungsgericht hält die Beklagte für berechtigt, die Zahlung der vereinbarten Vergütung dauerhaft zu verweigern, weil der Beklagten infolge Verzuges das Recht zustehe, gemäß § 326 Abs. 2 BGB von dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Liefervertrag über Knochenbohrer zurückzutreten, ohne daß es einer Nachfristsetzung bedurft hätte. Die hiergegen erhobene Rüge der Revision ist berechtigt, weil die Beklagte weder vor noch bei Anlieferung der Knochenbohrer bis Ende Juli 1991 einen Rücktritt vom Liefervertrag erklärt hat.

a) Zwar entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung - wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung richtig bemerkt hat - nicht erst, sobald der Gläubiger wegen Verzuges des Schuldners mit der Leistung einen

Rücktritt ausspricht. Wenn der Gläubiger zum Rücktritt berechtigt ist, kann er vielmehr wegen des ihm gemäß § 326 BGB zur Wahl stehenden Rechts schon vor der Rücktrittserklärung die Erfüllung der eigenen Leistungspflicht verweigern. In Ansehung des Rücktrittsrechts kann dieses Recht jedoch nur so lange bestehen, als das Rücktrittsrecht selbst noch besteht.

b) Der Wortlaut des § 326 Abs. 1 BGB besagt, daß das Rücktrittsrecht an das Bestehen des Verzuges geknüpft ist. Bei Beendigung des Verzuges entfällt mithin ein Rücktrittsrecht des Gläubigers (BGH, Urt. v. 12.12.1990 - VIII ZR 332/89, NJW 1991, 1292, 1294 m.w.N.; BGHZ 34, 191, 197). Im zu entscheidenden Fall hatte die Beklagte deshalb seit August 1991 kein Recht auf Rücktritt wegen Verzuges und durfte die Beklagte die Zahlung der vereinbarten Vergütung nicht mehr wegen eines solchen Rechts verweigern. Denn ein Verzug der Klägerin mit der Lieferungsspflicht war Ende Juli 1991 ausgeräumt, weil sie zu dieser Zeit die bestellten Knochenbohrer an die Beklagte in vollständiger Stückzahl ausgeliefert hatte. Ein Verzug endet nämlich mit der Vornahme der geschuldeten Leistungshandlung (BGH, Urt. v. 12.12.1990 - VIII ZR 332/89, NJW 1991, 1292, 1294 m.w.N.; Urt. v. 29.01.1969 - VI ZR 545/68, NJW 1969, 875) bzw. mit dem Angebot der Leistung durch den Schuldner (BGH, Urt. v. 17.01.1995 - XI ZR 225/93, BGHR BGB § 284 Abs. 1 - Zurückbehaltungsrecht).

3. Wegen der von ihr behaupteten Verspätung der Leistungshandlung der Klägerin kann die Beklagte sich auch nicht aus einem anderen Grund (als Schuldnerverzug) auf ein Rücktrittsrecht berufen.

a) Mangels entsprechender tatrichterlicher Feststellungen ergab sich ein Rücktrittsrecht der Beklagten nicht aus § 361 BGB. Das Berufungsgericht hat vielmehr dahinstehen lassen, ob im Verhältnis der Prozeßparteien ein Fixgeschäft vereinbart gewesen sei. Daß mit der Einhaltung bestimmter Termine der Vertrag stehen und fallen könnte, hat das Berufungsgericht nur hinsichtlich des Vertrages der Beklagten mit dem amerikanischen Verteidigungsministerium erwogen. Folgerungen hieraus für ein Fixgeschäft zwischen den Parteien hat das Berufungsgericht nicht gezogen.

b) Ein Rücktrittsrecht gewährten auch nicht die §§ 636 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz, 327 BGB. Wie die Verweisung auf § 634 Abs. 1-3 BGB regelt, entsteht ein Rücktrittsrecht wegen verspäteter Herstellung eines Werks regelmäßig erst, nachdem dem Unternehmer eine Frist mit der Erklärung gesetzt worden ist, daß nach deren Ablauf die Leistung abgelehnt werde, und nachdem der Unternehmer auch die - angemessene - Frist ohne vollständige Herstellung des Werks hat verstreichen lassen. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch die Beklagte hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt. Nach den von ihm getroffenen Feststellungen hat die Beklagte die verspäteten Lieferungen vielmehr angenommen und in die USA versandt. Auch die in § 634 Abs. 2 BGB geregelten Ausnahmen von der Pflicht zur Bestimmung einer Frist waren unter diesen Umständen nicht gegeben.

4. Wie seine Wortwahl "u.a." auf BU 11 vermuten läßt, hat das Berufungsgericht neben einem Rücktrittsrecht der Beklagten auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwogen. Bei Verzug des Schuldners kann der Gläubiger auch wegen eines Schadensersatzanspruchs nach § 326 BGB zu der Gegenleistung nicht mehr verpflichtet sein (vgl. MünchKomm./Emmerich, BGB, 3. Aufl., Rdn. 120 zu § 326 BGB). Da § 326 BGB auch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung allein im Falle des Verzuges des Schuldners gewährt, entsteht ein solcher Anspruch jedoch wiederum nur, wenn seine gesetzlichen Voraussetzungen bereits vor Beendigung des Verzuges eingetreten sind (vgl. beispielsweise für die Nachfristsetzung BGHZ 113, 233, 236). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen kann dies für den zu entscheidenden Fall aber nicht bejaht werden.

a) Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des zu Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechtigenden § 326 Abs. 2 BGB für gegeben erachtet, weil der amerikanische Auftraggeber der Beklagten den mit ihr geschlossenen Vertrag wegen der verzögerten Lieferung annulliert habe. Daß die Stornierung zu Unrecht erfolgt sei und die Beklagte das amerikanische Verteidigungsministerium auf Abnahme und Zahlung mit Erfolg habe in Anspruch nehmen können, habe die Klägerin nicht behauptet. Vielmehr sei davon auszugehen, daß der Auftraggeber der Beklagten wegen Überschreitung der mit konkludenter Genehmigung der Beklagten als endgültig vereinbarten Liefertermine gemäß § 361 BGB zu der Stornierung bzw. zum Rücktritt berechtigt gewesen sei.

Die Revision rügt demgegenüber, ein Wegfall des Interesses an der Lieferung habe sich auf seiten der Beklagten nicht ohne Rücksicht auf das tatsächliche Verhalten des amerikanischen Auftraggebers ergeben können. Das amerikanische Verteidigungsministerium habe den Vertrag mit der Beklagten jedoch erst am 20. August 1991 für beendet erklärt. Diese Rüge hat Erfolg.

b) Ist bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug, so läßt § 326 Abs. 1 BGB die Liquidation des Vertragsverhältnisses regelmäßig erst zu, nachdem dem Schuldner seitens des Gläubigers zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt worden ist, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde. Da anders als bei Unmöglichkeit der Leistung diese im Falle des Verzuges noch erbracht werden kann, ist es nach dem gesetzlichen Leitbild interessegerecht, wenn die einschneidende Wirkung der Vertragsliquidation grundsätzlich erst eintreten kann, nachdem der Schuldner auch eine angemessene Nachfrist hat verstreichen lassen. § 326 Abs. 2 BGB trägt demgegenüber nur einem Ausnahmetatbestand Rechnung. Der Vorrang der Interessen des Gläubigers, den diese Vorschrift fordert, ist demgemäß an strenge Voraussetzungen zu knüpfen (vgl. RG, Urt. v. 09.06.1905 - 598/04 II, JW 1905, 492). Die bloße Möglichkeit, daß der bestimmungsgemäße Empfänger der bestellten Ware diese wegen des Verzuges des Lieferanten nicht mehr abnehme und von dem mit dem Gläubiger des Lieferanten abgeschlossenen Liefervertrag zurücktrete, ist deshalb nicht geeignet, die Feststellung zu rechtfertigen, die Erfüllung des Vertrages habe infolge des Verzuges für den anderen Teil

kein Interesse. Denn es bleibt dann ebenso möglich, daß sich das mit dem Vertrag mit dem Dritten verfolgte Interesse des Gläubigers verwirklichen läßt. Der Dritte kann trotz des Verzuges des Schuldners weiterhin an der Durchführung des Geschäfts interessiert sein und gegebenenfalls nur einen etwaigen Verzögerungsschaden reklamieren. Auch die Beklagte hat im zu entscheidenden Fall zunächst nur die Möglichkeit eines Rücktritts ihres amerikanischen Vertragspartners als gegeben angesehen. Dies wird nicht nur aus ihrem Schreiben vom 14. Juni 1991 deutlich; insbesondere, daß sie die verspätete Leistung der Klägerin entgegennahm und die Knochenbohrer in die USA weiterleitete, zeigt, daß die Beklagte weiterhin Interesse an der Durchführung des Vertragsverhältnisses hatte.

Hieran kann sich erst etwas geändert haben, als feststand, daß das amerikanische Verteidigungsministerium zur Abnahme und Bezahlung der Ware nicht mehr bereit sei. Das war jedoch erst im August 1991 der Fall, weil das amerikanische Verteidigungsministerium erst am 20. August 1991 den Vertrag für beendet erklärt hat. Zu diesem Zeitpunkt war der Verzug der Klägerin aber bereits beendet; der eine Nachfristsetzung entbehrlich machende Wegfall des Interesses kann deshalb nicht zu einer Zeit eingetreten sein, zu der sich die Klägerin in Leistungsverzug befand, so daß auch ein Schadensersatzanspruch gemäß § 326 Abs. 2 BGB nicht entstehen konnte (BGHZ 104, 6, 11).

c) Ein Anspruch der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB setzte daher nach Abs. 1 dieser Vorschrift eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

61

voraus. Die hierzu nötige Erklärung des Gläubigers kann wirksam frühestens mit der den Verzug begründenden Mahnung (st. Rspr. BGH, Urt. v. 10.01.1990 - VIII ZR 337/88, NJW-RR 1990, 442, 444 m.w.N.) und muß ansonsten - wie erörtert - während des Verzuges des Schuldners erfolgen. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß die Beklagte während dieser Zeit, also vor Ende Juli 1991, der Klägerin eine Nachfrist unter Ablehnungsandrohung gesetzt hätte. Das behauptet auch die Beklagte nicht. Selbst ihr Schreiben vom 14. Juni 1991 enthielt weder eine Nachfristsetzung noch eine eindeutige Ablehnungsandrohung, wie sie erforderlich ist, um die Warnfunktion (vgl. hierzu Sen.Urt. v. 28.03.1995 - X ZR 71/93, NJW-RR 1995, 939, 940) zu erfüllen, welche diese Voraussetzung des § 326 Abs. 1 BGB bezweckt.

5. Das Berufungsurteil ist mithin aufzuheben, weil es zu Unrecht ein der als solcher unstreitigen Vergütungsforderung der Klägerin entgegenstehendes Recht der Beklagten aus § 326 BGB bejaht. Die Sache ist auch zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil noch tatrichterliche Feststellungen nötig sind.

a) Da der Beklagten das von dem Berufungsgericht bejahte Gegenrecht aus § 326 BGB nicht zusteht, kann nicht offenbleiben, ob die Parteien mit dem amerikanischen Auftraggeber der Beklagten eine diese befreiende Schuldübernahme vereinbart haben. Ob der als solcher unstreitige Vergütungsanspruch der Klägerin gerade gegenüber der Beklagten besteht, ist vielmehr unter Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen der Beteiligten zu prüfen und zu entscheiden.

b) Sollte das Berufungsgericht aus den von ihm bereits erörterten Gründen eine Schuldnerschaft der Beklagten annehmen, wird es außerdem einen Schadensersatzanspruch der Beklagten nach § 286 BGB zu erwägen haben. Es kommt sowohl ein Anspruch gemäß Abs. 1 auf Ersatz eines Verzögerungsschadens als auch ein Anspruch gemäß Abs. 2 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Betracht.

§ 286 Abs. 1 BGB ist in Erwägung zu ziehen, weil der Beklagten der mit dem amerikanischen Verteidigungsministerium vereinbarte Vergütungsanspruch einschließlich des erwarteten Gewinns infolge des Verzuges und der verspäteten Lieferung der Knochenbohrer entgangen sein kann. Der Umstand, daß der Verzug der Klägerin eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistung betrifft und § 326 BGB Rechtsfolgen des Verzuges mit solchen Leistungspflichten regelt, schließt das Bestehen eines Anspruchs gemäß § 286 Abs. 1 BGB nicht aus (st. Rspr. BGH, Urt. v. 13.06.1975 - V ZR 171/73, NJW 1975, 1740, 1741 m.w.N.). Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens tritt neben den Leistungsanspruch und bleibt deshalb auch unabhängig davon bestehen, ob das Vertragsverhältnis wegen Verzuges gemäß § 326 BGB liquidiert wird, so daß sich die Leistungspflichten in Abwicklungspflichten umwandeln, oder ob trotz des Verzuges am Vertrag festgehalten wird und die Leistungsansprüche fortbestehen.

Da die Beklagte bereits im Schreiben vom 14. Juni 1991 ohne Beschränkung auf bestimmte Rechtsbehelfe der Klägerin mitgeteilt hatte, diese für entgehenden Gewinn und entstehende Kosten haftbar zu machen, ist davon auszugehen, daß die Beklagte der Klageforderung gegebenenfalls auch einen

Anspruch gemäß § 286 Abs. 1 BGB entgegenhalten will. Dies ist ausreichend. Auch soweit ein Anspruch auf Ersatz eines Verzögerungsschadens ebenso wie der klageweise geltend gemachte Vergütungsanspruch auf Geld gerichtet ist, bedarf es zu seiner Geltendmachung nicht der förmlichen Aufrechnung. Wie jede Gegenforderung kann grundsätzlich auch eine gleichartige Gegenforderung einredeweise geltend gemacht werden (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1973 - VII ZR 40/72, NJW 1974, 367, 368). Die Möglichkeit hierzu bietet im zu entscheidenden Fall entweder § 273 BGB oder § 242 BGB. Es wäre jedenfalls treuwidrig, wenn die Klägerin einen einschränkungslosen Titel über einen Geldbetrag erlangte, von dem festgestellt werden kann, daß sie ihn der Beklagten ihrerseits als Schadensersatz schuldet.

Die bislang fehlende Bezifferung und Substantiierung des Schadens einschließlich der Möglichkeit der Verwertung der noch in den USA befindlichen Knochenbohrer wird nachzuholen sein.

Außer § 286 Abs. 1 BGB wird das Berufungsgericht auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 286 Abs. 2 BGB zu erwägen haben, weil die Beklagte behauptet hat, sie habe die Lieferungen nur unter dem ausdrücklich erklärten Vorbehalt einer etwaigen Stornierung des Vertrages durch ihren amerikanischen Auftraggeber angenommen. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob der Vortrag der Beklagten hierzu die schlüssige Behauptung einer Ablehnung der Leistung der Klägerin beinhaltet etwa in der Weise, daß die Beklagte sich nur bereit erklärt habe, zur Geringhaltung des Schadens eine Erfüllung der dem amerikanischen Verteidi-

gungsministerium gegenüber eingegangenen Lieferpflicht zu versuchen. Bejahendenfalls wird das Berufungsgericht die Richtigkeit dieses Vortrages aufklären müssen. Bei der weiteren Prüfung, ob es zu einem Wegfall des Interesses der Beklagten gekommen ist, der anders als bei § 326 Abs. 2 BGB nach dem eindeutigen Wortlaut des § 286 Abs. 2 BGB nicht während des Verzuges, sondern lediglich infolge des Verzuges der Klägerin eingetreten sein muß, wird das Berufungsgericht außerdem nicht wiederum annehmen dürfen, mangels entgegenstehenden Vortrages der Klägerin sei davon auszugehen, das amerikanische Verteidigungsministerium sei von dem Liefervertrag mit der Beklagten wirksam zurückgetreten. Die Revision rügt insoweit zu Recht, daß das Berufungsgericht hierbei die allgemeinen Grundsätze über die Vortragslast verkannt habe.

Nach diesen Grundsätzen hat der Leistungsgläubiger den Wegfall seines Interesses an der Leistung infolge des Verzuges darzulegen und im Streitfall zu beweisen (vgl. Baumgärtel/Struder, Handbuch der Beweislast im Zivilprozeß, Bd. 1, 2. Aufl., Rdn. 5 zu § 326 BGB; v. Staudinger/Peters, Komm. z. BGB, 1995, Rdn. 115 zu § 326 BGB). Es wäre deshalb Sache der Beklagten gewesen, im einzelnen und nachvollziehbar vorzutragen, daß ihr amerikanischer Vertragspartner die Abnahme und Bezahlung der Lieferung zu verweigern berechtigt war. Dazu genügte der Vortrag der Beklagten nicht. Die Beklagte hat lediglich das später erfolgte Storno vorgetragen, und nicht einmal Einzelheiten des mit dem amerikanischen Vertragspartner vereinbarten Vertragsstatuts dargelegt. Dazu, was der Vertrag mit dem amerikanischen Abnehmer für den Fall

der Nichteinhaltung zugesagter Lieferfristen vorsah, konnte die Klägerin schon mangels Einblicks in diese Vertragsbeziehungen keine Angaben machen.

Sowohl hinsichtlich eines Anspruchs der Beklagten gemäß § 286 Abs. 1 BGB als auch hinsichtlich eines Anspruchs nach § 286 Abs. 2 BGB ist die Frage, ob das amerikanische Verteidigungsministerium wirksam vom Liefervertrag zurücktreten konnte und zurückgetreten ist, überdies von Bedeutung für die - ebenfalls von der Beklagten als Anspruchstellerin zu fordernde - Darlegung, daß ihr ein Schaden und welcher Schaden ihr infolge des Verzuges entstanden sei.

6. Da derzeit noch nicht abzusehen ist, ob und inwieweit die Klägerin mit ihrer Klage obsiegt oder unterliegt, ist auch eine Entscheidung über die Kosten der Revision nicht möglich. Auch diese wird deshalb vom Berufungsgericht zu treffen sein.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Broß

Scharen