

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 276 I, 631 BGB

- 1. Ausnahmsweise kann wie beim Rücktritt nach § 323 IV BGB ein Schadenersatzanspruch schon vor Fälligkeit gegeben sein, und zwar immer dann, wenn die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs statt der Leistung offensichtlich eintreten werden.**
- 2. Wenn dass der Unternehmer eines vertraglich bestimmten Termins die Erfüllung nicht einhalten kann, und eine Fortsetzung des Vertrages für den Besteller unzumutbar ist, ist das Eintreten der Pflichtverletzung offensichtlich. Der Besteller kann in diesen Fall Schadenersatz vor Eintritt der Fälligkeit verlangen.**

BGH, Urteil von 28.01.2003, Az.: X ZR 151/00

## **Tenor:**

Auf die Revision der Klägerin wird das am 19. Juli 2000 verkündete Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

## **Tatbestand:**

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten im Februar 1997 zwei Spritzgußwerkzeuge, die zur Lieferung an einen Abnehmer in den Vereinigten Staaten von Amerika bestimmt waren, mit dem die Klägerin nach ihrem Vortrag eine umfangreiche Geschäftsbeziehung eingehen wollte. Als Lieferzeit war vereinbart: "KW 23/97 bei uns eintreffend". In der Folgezeit kam es zu Verzögerungen, deren Gründe nach Ansicht der Klägerin in der Sphäre der Beklagten, nach deren Ansicht in Änderungswünschen der Klägerin lagen. Die Klägerin sah sich im Hinblick auf mit ihrem Abnehmer vereinbarte, nach ihrer Behauptung unter Vertragsstrafeverpflichtung stehende Termine unter Zeitdruck. Nach einer gemeinsamen Besprechung um den 20. Mai 1997 kam die Klägerin zu der Auffassung, daß der Liefertermin seitens der Beklagten nicht zu halten sei; nach ihrer Auffassung war erst ein Fertigungsstand von 15% erreicht, nach der der Beklagten ein solcher von 75%. Am 25. Mai 1997 wurden die unfertigen Werkzeuge jedenfalls im Einverständnis mit der Klägerin bei der Beklagten abgeholt und später bei einem dritten Unternehmen fertiggestellt. Von dem von ihr errechneten, nach ihrem Vortrag hieraus entstandenen Schaden macht die Klägerin im vorliegenden Verfahren einen Teilbetrag von 150.000 DM geltend. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter. Die Beklagte verteidigt das Berufungsurteil.

### **Entscheidungsgründe:**

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

I. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin den geltend gemachten Schaden erlitten hat. Es ist aber zu dem Ergebnis gelangt, daß der Klägerin gleichwohl ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zustehe. Die Klägerin habe den Abschluß eines Fixgeschäfts nicht nachgewiesen. Weiter stehe nicht fest, daß sich die Beklagte am 22. Mai 1997 endgültig geweigert habe, die ursprüngliche Vertragsfrist einzuhalten. Schließlich stehe nicht fest, daß die Klägerin keine Nachfrist setzen müssen, weil die Beklagte nicht in der Lage gewesen wäre, die Vertragsfrist einzuhalten oder weil die Klägerin das Vertrauen in die Vertragserfüllung "hätte verloren haben dürfen".

II. Das greift die Revision mit Verfahrensrügen aus §§ 286, 288 ZPO und mit materiellrechtlichen Rügen im Ergebnis mit Erfolg an.

1. Allerdings läßt die Verneinung eines Schadensersatzanspruchs aus § 376 Abs. 1 HGB dem Grunde nach einen Rechtsfehler nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat insoweit schon das Vorliegen eines Fixgeschäfts im Sinn dieser Bestimmung mit Recht als nicht dargetan angesehen. Für die Annahme eines solchen Geschäfts genügt die Vereinbarung: "Lieferzeit 23. Kalenderwoche" nicht. Es erfordert nicht nur die Festlegung einer genauen Lieferzeit oder -frist, sondern darüber hinaus Einigkeit der Parteien darüber, daß der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferzeit "stehen oder fallen" soll, wobei sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines Fixgeschäfts auswirkt (BGH, Urt. v. 14.3.1984 -VIII ZR 287/82, WM 1984, 639 unter II 1 a; Sen. Urt. v. 18. April 1989 -X ZR 85/88, NJW-RR 1989, 1373 = WM 1989, 1180 unter II 2 a; BGHZ 110, 88, 96 f.). Allein aus der Vereinbarung einer fest bestimmten Lieferzeit folgt noch nicht, daß mit der Nichteinhaltung der Frist jedes Interesse der Klägerin an der Ausführung des Geschäfts entfiel (BGHZ 110 a.a.O. m.w.N.). Der Auffassung der Revision, dieses Erfordernis gelte nur beim "absoluten" Fixgeschäft, kann insoweit nicht gefolgt werden. Daß der Vertrag mit der Nichteinhaltung der Lieferzeit fallen sollte, ergibt sich auch nicht aus dem von der Revision als übergegangen gerügten Vortrag, die Bedeutung der Lieferzeit sei der Beklagten wiederholt verdeutlicht worden und auch bewußt gewesen.

2. Auch soweit die Revision den Klageanspruch auf § 326 BGB a.F. stützt, kann sie nicht durchdringen, weil diese Bestimmung Verzug im Sinn des § 284 BGB a.F. und dieser wiederum Fälligkeit voraussetzt. Da Fälligkeit hier nicht vor der 23. Kalenderwoche 1997 in Betracht kam, zu diesem Zeitpunkt aber bereits die Werkzeuge im Einverständnis mit der Klägerin bei der Beklagten fortgeschafft worden waren, worin jedenfalls eine konkludente Kündigung des Werkvertrags liegt, die Klägerin mithin selbst die Fertigstellung vereitelt hatte, konnte die Beklagte zuvor nicht ohne weiteres in Verzug geraten.

Eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung lag, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, nicht vor. Sie lag insbesondere auch dann nicht vor, wenn die Beklagte nicht in der Lage gewesen sein sollte, die vereinbarte Frist (und nicht etwa eine ihr gesetzte Nachfrist) einzuhalten (vgl. BGH, Urt. v. 30.10.1991 -VIII ZR 9/91, NJW 1992, 235). An die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt

nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen (BGHZ 104, 6, 13 m.w.N.).

Am fehlenden Verzug scheitert auch der von der Revision angezogene Anspruch aus § 286 BGB a.F.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte das Werk nicht erstellt und nicht abgeliefert hat. Auch die Regelung des § 636 Abs. 1 BGB a.F. führt hier nicht zu einem anderen Ergebnis, weil sich die Klägerin schon vor dem Fertigstellungstermin von dem Vertrag gelöst hat. Die Bestimmung hätte deshalb der Klägerin zwar ein Rücktrittsrecht eröffnet, konnte nicht aber auch einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. begründen.

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht berücksichtigt, daß der Klägerin im vorliegenden Fall ein Schadensersatzanspruch aus positiver Verletzung des Werkvertrags zustehen kann. Der Auftraggeber hat neben dem sich aus § 636 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. bei drohender Überschreitung der Herstellungsfrist ergebenden Rücktrittsrecht (vgl. Sen. Urt. v. 5.5.1992 -X ZR 115/90, NJW-RR 1992, 1141, 1142 = VersR 1993, 450) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen wichtigen Grund zur Kündigung, wenn Vertragsverletzungen des Auftragnehmers von solchem Gewicht vorliegen, daß eine Fortsetzung des Vertrags für ihn unzumutbar ist (BGH, Urt. vom 23.5.1996 -VII ZR 140/95, BauR 1996, 704 = ZfBR 1996, 267). Das Kündigungsrecht kann auch dann bestehen, wenn die schwer wiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist. Denn es kann Fälle geben, in denen es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann, die Vertragsverletzung abzuwarten (vgl. Sen.Urt. v. 5.5.1992 a.a.O.; BGH, Urt. v. 21.10.1982 -VII ZR 51/82, NJW 1983, 989, 990, zum Recht des Bestellers, vom Unternehmer eine Konkretisierung seiner Erfüllungsbereitschaft zu verlangen). Wenn feststeht, daß der Auftragnehmer eine Vertragsfrist oder einen vertraglich vereinbarten Termin aus von ihm zuvertretenden Gründen nicht einhalten wird und wenn diese Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht ist, kann eine Fortsetzung des Vertrags mit dem Auftragnehmer in diesem Sinn nicht zumutbar sein (BGH, Urt. v. 4.5.2000 -VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988 = BauR 2000, 1182, 1185; insoweit nicht in BGHZ 144, 242 abgedruckt; vgl. BGH, Urt. v.11.9.2002 -VII ZR 344/01, NJW-RR 2003, 13). In solchen Fällen kann zugleich eine positive Vertragsverletzung vorliegen, die nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzansprüche zu begründen geeignet ist.

Das Berufungsgericht wird deshalb bei seiner neuerlichen Befassung mit der Sache zu klären haben, ob die hinreichend sichere Erwartung bestand, daß die Beklagte den vereinbarten Termin aus von ihr zu vertretenden Gründen nicht einhalten werde und ob ein darin zugleich liegendes vertragswidriges Verhalten der Beklagten von so erheblichem Gewicht war, daß der Klägerin eine Fortsetzung des Vertrags nicht zumutbar war.