



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

X ZR 222/98

Verkündet am:
1. Februar 2000
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. Dezember 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin die Klage in Höhe von 194.212,94 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin bestellte Ende 1981 bei der Beklagten eine Laseranlage für die von ihr betriebene Diskothek. Nach der Installation jedenfalls eines Teils der Anlage haben die Parteien eine Reihe von Zusatzvereinbarungen getroffen, die Um- und Ausbauten der Anlage sowie den Austausch einzelner Teile

zum Gegenstand hatten. Zwischen ihnen ist streitig, ob es sich dabei ganz oder teilweise um Arbeiten zur Beseitigung von Fehlern der Anlage handelte oder ob die Absprachen auf Zusatzwünsche des damaligen Alleingesellschafters der Klägerin zurückgingen.

Hiervon abgeleitete wechselseitige Ansprüche haben die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit mit Klage, Aufrechnung und Widerklage geltend gemacht. Darüber ist durch Urteil des Berufungsgerichts vom 16. Dezember 1997 entschieden worden. Dieses Urteil ist weitgehend rechtskräftig, nachdem die von der Klägerin eingelegte Revision durch Beschluß des erkennenden Senats teilweise nicht angenommen und die Revision der Beklagten in dem gleichen Beschluß als unzulässig verworfen worden ist.

In der Revisionsinstanz im Streit ist nur noch eine Teilforderung der Klägerin in Höhe von 194.212,94 DM, die unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes daraus abgeleitet wird, daß die Beklagte ihre im Vertrag vom 23. Juli 1982 übernommene Verpflichtung nicht erfüllt habe, den gelieferten Laser ... gegen einen Laser ... auszutauschen und die beiden gelieferten Laser ... in einen der Type ... umzubauen. Bei der Besprechung ihres Ersatzanspruchs hat die Klägerin den in der Preisliste der Beklagten für ein Neugerät des Typs ... genannten Preis zugrundegelegt.

Das Landgericht hat die Beklagte insoweit antragsgemäß zur Zahlung des verlangten Betrages Zug um Zug gegen Herausgabe der tatsächlich gelieferten Laser verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht diesen Teil der Entscheidung abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die nunmehr beantragt,

die angefochtene Entscheidung im Umfang der Annahme der Revision aufzuheben und die Beklagte entsprechend der erstinstanzlichen Entscheidung zur Zahlung zu verurteilen.

Die Beklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Revision nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Da die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Revision nicht vertreten war, ist über das Rechtsmittel antragsgemäß sachlich durch Versäumnisurteil, jedoch aufgrund einer umfassenden Sachprüfung zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 81). Danach hat das Rechtsmittel in dem angenommenen Umfang Erfolg. Insoweit führt es zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht der Klägerin wegen der unterbliebenen Lieferung der zwei Laser, auf die sich ihr Verlangen nach Zahlung in Höhe von 194.212,94 DM stützt, zwar dem Grunde nach ein Ersatzanspruch zu. Die auf die Lieferung dieser Geräte gerichtete Vereinbarung hat der Tatrichter mit den Absprachen vom 23. Juli 1987 als zustande gekommen angesehen. Danach sei die Beklagte verpflichtet gewesen, den ursprünglich gelieferten Laser ..., den sie aus im einzelnen zwischen den Parteien streitigen Gründen zurückgenommen habe, gegen einen neuen Laser ... auszutauschen sowie zwei weitere, bereits vorhandene Laser auf diese Type umzurüsten. Diese Vereinbarung sei wirksam; sie sei insbesondere nicht auf eine anfänglich unmögliche Leistung gerichtet gewesen (§ 306 BGB). Zwar

habe die Beklagte weder den neuen Laser liefern noch die vorhandenen entsprechend umrüsten können. Geräte wie die geschuldeten seien jedoch anderweitig unter der Bezeichnung S. am Markt erhältlich gewesen. Die von ihr behauptete und von der Klägerin bestrittene spätere Aufhebung dieses Teils ihrer Absprachen habe die Beklagte nicht bewiesen.

Auch die weiteren Voraussetzungen des Ersatzanspruchs (Verzug, Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) seien gegeben. Seine Durchsetzung scheitere jedoch daran, daß insoweit ein erstattungsfähiger Schaden in keiner Höhe festgestellt werden könne. Für seine Berechnung könnten die in der Preisliste der Beklagten für derartige Geräte enthaltenen Preise nicht herangezogen werden, weil die Beklagte diese in ihre Preisliste aufgenommen habe, als sie noch der - sich später als unzutreffend herausstellenden - Ansicht gewesen sei, entsprechende Geräte selbst herstellen zu können. Welchen Aufwand sie hätte treiben müssen, um anderweitig entsprechende Geräte zu erwerben, habe die Klägerin nicht dargetan. Hinzu komme, daß die Beklagte nur die Lieferung eines Neugerätes geschuldet habe, während das andere durch Umbau bereits vorhandener Laser habe hergestellt werden sollen. Insoweit beschränke sich der Anspruch der Klägerin daher auf die Umrüstkosten, die von ihr ebenfalls nicht beziffert worden seien. Schließlich könne in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Parteien bei der Umrüstung von einem Aufwand von 50.000,- DM ausgegangen seien, der zudem neben dem Austausch und dem Umbau der Laser noch weitere Leistungen habe abdecken sollen. Auch das schließe einen Ersatzanspruch jedenfalls in der geltend gemachten Höhe aus und begründe die Notwendigkeit, dessen Höhe auf der gegebenen Grundlage eingehend darzulegen. Dem sei die Klägerin

trotz eines ausdrücklichen Hinweises durch das Gericht nicht ausreichend nachgekommen.

2. Diese Würdigung greift die Revision im Ergebnis mit Erfolg an.

a) Zutreffend und von dem Rechtsmittel - auch weil ihm günstig - nicht beanstandet ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Klägerin dem Grunde nach der auf den Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichtete Anspruch nach § 326 BGB zusteht. Nach den tatrichterlichen Feststellungen, denen gegenüber im Revisionsverfahren erhebliche Beanstandungen nicht erhoben und die daher in diesem Verfahren zugrunde zu legen sind, war die Beklagte aufgrund der Vereinbarung vom 23. Juli 1987 verpflichtet, den ursprünglich gelieferten Laser ..., den sie wieder an sich genommen hatte, durch ein Neugerät ... und ein weiteres entsprechendes Gerät, das aus zwei anderen hergestellt werden sollte, zu ersetzen. Dieser Verpflichtung ist sie trotz dringender Aufforderung durch die Klägerin nicht nachgekommen; sie hat darüber hinaus erklärt, sowohl zur Lieferung des Neugerätes als auch zum Umbau der vorhandenen Geräte außerstande zu sein, und damit die Erfüllung dieser Leistungen endgültig und ernsthaft verweigert. Somit liegen, auch ohne daß es einer ausdrücklichen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedurfte, die Voraussetzungen des § 326 BGB vor.

b) Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedoch die daran anschließende Würdigung des Berufungsgerichts, der Klägerin habe gleichwohl mangels hinreichender Anhaltspunkte zur Höhe des Schadens insoweit ein Ersatz nicht zugesprochen werden können.

Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet allerdings der dieser Auffassung zugrundeliegende rechtliche Ansatz, daß die von der Beklagten in ihrer Preisliste genannten Preise nicht unmittelbar zur Berechnung dieses Anspruchs herangezogen werden können. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung soll den Geschädigten so stellen, wie er bei gehöriger Erbringung der geschuldeten Leistung gestanden hätte. Beruht der Schaden auf dem Ausbleiben einer Leistung, kann er unter anderem nach den Kosten berechnet werden, die der Rechtsinhaber bei der anderweitigen Deckung des in der Leistung verkörperten Bedarfs hätte aufwenden müssen oder sogar aufgewendet hat. Für die Berechnung dieses Schadens sind danach in erster Linie die auf dem Markt üblichen Preise zugrunde zu legen, nicht jedoch die, die der Leistungspflichtige als Vergütung für seine Leistung vorgesehen hatte. Bestätigt wird dies dadurch, daß er umgekehrt den Gläubiger, der anderweitig ein Deckungsgeschäft zu marktgerechten Preisen abgeschlossen hat, nicht darauf verweisen kann, er habe die Leistung zu einem geringeren Preis versprochen und erbringen wollen.

Mit Recht hat der Tatrichter auch weiter angenommen, daß der Eintritt des Schadens und seine Höhe im Streitfall durch den Gläubiger so substantiiert darzulegen sind, daß der Schuldner zu diesem Vorbringen sachlich Stellung nehmen kann. Nicht hinreichend beachtet hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang jedoch den Grundsatz, daß - wenn wie hier Haftungsgrund und mit dem Ausbleiben der geschuldeten Leistung auch der Eintritt eines Schadens als solcher feststehen - eine auf den Ausgleich dieses Schadens gerichtete Klage nicht schon deshalb abgewiesen werden kann, weil die Ausführungen der Klägerin zur Substantiierung der Forderung in der geltend gemachten Höhe nicht genügen (vgl. Sen.Urt. v. 12.10.1993 - X ZR 65/92,

MDR 1994, 250 = NJW 1994, 663; s.a. BGH, Urt. v. 28.2.1996 - XII ZR 186/94, NJW-RR 1996, 1077). In einem solchen Fall hat das Gericht vielmehr zu prüfen, ob und gegebenenfalls im welchem Umfang ein in jedem Fall entstandener Mindestschaden aufgrund des festgestellten Sachverhalts im Wege der Schätzung (§ 287 Abs. 1 ZPO) festgestellt werden kann, wobei es gegebenenfalls zur Klärung der Schätzungsgrundlagen auch konkret von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen hat. Als Anhaltspunkt für eine solche Schätzung bot sich hier zum einen der Preis für das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf dem Markt erhältliche Vergleichsgerät an, auf dessen Verfügbarkeit es seine Erwägungen zum Fehlen einer objektiven Unmöglichkeit der von der Beklagten versprochenen Leistung gestützt hat. Als eine mögliche Grundlage einer solchen Schätzung kam daneben mittelbar auch der von der Beklagten in ihrer Preisliste für solche Geräte ausgeworfene Preis in Betracht. Insoweit spricht zunächst eine tatsächliche Vermutung dafür, daß sich die Beklagte bei dieser Preisgestaltung zum einen an dem auf dem Markt üblichen Entgelt für solche Geräte orientiert hat, da sie nur unter diesen Voraussetzungen überhaupt mit Bestellungen rechnen konnte, andererseits aus ihrer Sicht aber auch kein Anlaß bestand, die dort genannten Preise wesentlich zu unterschreiten. Anhaltspunkte, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; insoweit sind im Revisionsverfahren erhebliche Rügen auch nicht erhoben worden.

Daß der Beklagten tatsächlich überhaupt oder jedenfalls zu den in ihrer Preisliste genannten Vergütungen die Herstellung und Lieferung entsprechender Laser nicht möglich gewesen ist, berührt deren Eignung als Grundlage einer Schadensschätzung nicht. Aus einer solchen Unmöglichkeit läßt sich allenfalls herleiten, daß es auf seiten der Beklagten eines weitergehenden Auf-

wandes bedurft hätte, um die Geräte, deren Produktion und Vertrieb nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls objektiv möglich war, herzustellen und zu liefern. Das stellt eine hierauf gestützte Schätzung des in jedem Fall eingetretenen Mindestschadens nicht in Frage. Ein in diesem Sinne erhöhter Aufwand könnte allenfalls dazu führen, daß die von der Beklagten kalkulierte Vergütung nicht ausreicht und deshalb höher zu bemessen wäre, nicht jedoch, daß dieser von der Klägerin für die Ersatzbeschaffung zu treibende Aufwand hinter diesem Betrag zurückbleiben muß.

Soweit das Berufungsgericht sich an der Feststellung eines Schadens auf dieser Grundlage auch deshalb gehindert gesehen hat, weil die Parteien für die Leistung der Beklagten eine deutlich niedrigere Vergütung vereinbart hatten, mit der zudem noch weitere Leistungen abgegolten werden sollten, übersieht es zum einen, daß die Leistung der Klägerin sich nicht auf diese Vergütung beschränkte, sondern die Rückgabe eines - auch nach Darstellung der Beklagten - wertvollen Lasers einschloß, über dessen Zeit- und Nutzwert die Parteien unterschiedliche Angaben gemacht haben, der aber in jedem Fall bereits der Beklagten vorlag und von dieser nicht mehr herausgegeben werden sollte. Unbeschadet dessen könnte zudem die Beklagte dem auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichteten Anspruch der Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, daß die von ihr für ihre Leistung geforderte Vergütung zu niedrig bemessen war. Soweit sie - wie hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts - Schadensersatz wegen Nichterfüllung schuldet, hat sie die Klägerin unabhängig von der Höhe der von ihr geforderten Gegenleistung so zu stellen, daß der vertraglich vereinbarte Erfolg erreicht wird. Ob sich das mit den vom Unternehmer kalkulierten Mitteln und Kosten erreichen läßt, ist grundsätzlich eine Frage des vom Unternehmer zu tragenden Kalkulationsrisikos. Inso-

weit gilt nichts anderes als bei der Erbringung der geschuldeten Leistung selbst, die sie ebenfalls nicht unter Hinweis auf die Vereinbarung einer nur unzureichenden Vergütung hätte verweigern können.

Daß die Beklagte lediglich einen neuen Laser ... schuldet und der zweite aus vorhandenen Geräten durch Zusammenbau hergestellt werden sollte, schließt eine Schätzung auf der Grundlage der von der Beklagten in ihrer Preisliste ausgeworfenen Neupreise ebenfalls nicht schlechthin aus. Für den Ersatzanspruch der Klägerin ist entscheidend allein, daß diese im Ergebnis über zwei Laser dieser Kategorie verfügen sollte. Ihr Nichterfüllungsschaden besteht darin, daß sie nicht in deren Besitz gelangt ist. Um diesen auszugleichen, hätte sie sich entsprechende Geräte anderweitig beschaffen müssen; dieser Aufwand bestimmt die Höhe des Nichterfüllungsschadens. Bei dessen Ausgleich hätte es allenfalls darum gehen können, ob durch den Erwerb eines Neugerätes eine Verbesserung gegenüber dem geschuldeten Leistungsgegenstand eingetreten ist, die sie sich auf ihren Ersatzanspruch hätte anrechnen lassen müssen. Einen solchen Vorteil darzulegen, war jedoch allein Sache der Beklagten; er mußte von der Klägerin in ihrem Vorbringen nicht ausgeschlossen werden. Diese hat - im Hinblick auf die zu schätzende Schadenshöhe - ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast dadurch genügt, daß sie das Ausbleiben der von der Beklagten geschuldeten Leistung und den von dieser in ihrer Preisliste geforderten Preis als einer möglichen Grundlage der gerichtlichen Schätzung vorgetragen hatte.

3. Eine abschließende Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist dem Senat nicht möglich. Abgesehen davon, daß die Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO in erster Linie Gegenstand einer trichterlichen Würdigung

und dem Revisionsgericht daher grundsätzlich verwehrt ist, scheidet eine eigene Schätzung des Senats hier auch deshalb aus, weil es an hinreichend tatrichterlichen Feststellungen zu den tatsächlichen Grundlagen einer solchen Schätzung fehlt. Diese werden ebenso wie die darauf zu stützende Schätzung nachzuholen sein.

Rogge

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens