



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 228/00

Verkündet am:
9. April 2002
Potsch
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

RBerG Art. 1 § 1

Gegen ein geschäftsmäßiges Handeln bei der Einziehung einer zu diesem Zweck abgetretenen Forderung kann es sprechen, daß die Abtretung der Forderung dazu dienen soll, die prozessuale und materiell-rechtliche Position des Zessionars zu verstärken, der die Forderung zunächst als eigene geltend gemacht hat.

BGH, Urteil vom 9. April 2002 - X ZR 228/00 - OLG Düsseldorf
- LG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. November 2000 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer eines Werksgeländes am W.-D.-K. in V., auf dem er ein Blockheizkraftwerk errichten wollte. Er schloß dazu im Sommer 1994 mit der Beklagten einen Vertrag über die Lieferung eines Die-

selaggregats samt Zubehör und Generator, während er weitere Komponenten bei anderen Unternehmen bestellte. Die vereinbarte Vergütung betrug 2.250.000,-- DM, von denen 2 Millionen DM gezahlt sind.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 1994 teilte der Kläger unter Bezugnahme auf eine frühere Mitteilung, eine Firma H. AG sei in den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag "eingestiegen", mit, er habe den Leasingvertrag zur Finanzierung der Heizkraftwerkanlage fristlos gekündigt. Anstelle der H. AG übernehme die G. L. GmbH (im folgenden: G.) die Bestellerposition. Die G. teilte der Beklagten ihrerseits mit Schreiben vom Folgetag mit, sie trete rechtsverbindlich in die Stellung des Klägers ein. Die Beklagte übersandte der G. daraufhin eine auf sie lautende Auftragsbestätigung.

Mit Wirkung zum 1. Februar 1995 vermietete der Kläger das Betriebsgrundstück an die W. H. und L. AG (im folgenden: W.) zum Betrieb eines Blockheizkraftwerks. Zwischen der WDK als Leasingnehmerin und der G. als Leasinggeberin wurde ein Leasingvertrag abgeschlossen, der später wieder aufgelöst wurde.

Die Anlagenteile wurden im Laufe des Jahres 1995 geliefert und montiert. Im Dezember 1995 wurde der Dieselmotor mit leichtem Heizöl in Betrieb gesetzt. Die im März 1996 versuchte Inbetriebnahme mit schwerem Heizöl mißlang; in der Folgezeit funktionierte der Dieselmotor nicht oder nur mit Störungen. Über die Gründe hierfür streiten die Parteien. Mit der Klage nimmt der Kläger die Beklagte in Höhe der geleisteten Zahlung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch. Er macht den Klageanspruch zum einen aus

eigenem Recht geltend, zum anderen stützt er sich auf eine behauptete Abtretung der vertraglichen Ansprüche der G. gegen die Beklagte.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter.

Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen eigenen Schadensersatzanspruch des Klägers verneint, da er nicht mehr Vertragspartner der Beklagten sei, die G. vielmehr im Wege der Vertragsübernahme alle Rechte und Pflichten aus dem ursprünglich zwischen den Parteien abgeschlossenen Werklieferungsvertrag übernommen habe.

1. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung wie folgt begründet:

Die Erklärungen vom 27. und 28. Oktober 1994 seien dahin zu werten, daß die G. anstelle des Klägers in den Vertrag mit der Beklagten eingetreten sei, mithin als Vertragsübernahme und nicht, wie vom Kläger geltend gemacht, als bloße Schuldübernahme oder Schuldbetritt. Es sei nämlich jeweils von der Übernahme der Bestellerposition bzw. dem Eintritt in die Bestellung die Rede. Auch das vom Kläger vorgetragene Gesamtkonzept des Investitionsvorhabens

ergebe, daß mit diesen Erklärungen nur die Übernahme des gesamten Vertrages habe gemeint sein können. Das von ihm bekundete Ziel, nicht selbst als Vermieter des Blockheizkraftwerks aufzutreten, sei nur durch eine Vertragsübernahme zu erreichen gewesen, da der Kläger ansonsten als Besteller Mit-eigentümer der Anlage geworden wäre und die G. die Maschinen nicht ohne seine Mitwirkung hätte verleasen können. Die Einschaltung der G. nur zur Finanzierung wäre sinnlos gewesen. Andererseits sei die G. darauf angewiesen gewesen, im Gegenzug zur Zahlungspflicht auch die Erfüllungsansprüche gegen die Beklagte zu erhalten, da sie die gelieferten Gegenstände der kreditgebenden Bank zur Sicherheit habe übereignen müssen. Ohne die Erfüllungsansprüche habe die G. auch den Leasingvertrag mit der W. nicht erfüllen können. Aus der Sicht der Beklagten habe sich der Erklärungswert nicht anders dargestellt. Sie habe aus der Mitteilung des Klägers, der Leasingvertrag mit der H. AG sei gekündigt worden und die G. habe an ihrer Stelle die Bestellerposition übernommen, nur schließen können, daß der Kläger mit der G. zur Finanzierung der Investitionen einen Leasingvertrag geschlossen habe. In der Fallkonstellation, wie sie sich der Beklagten dargestellt habe, sei die Vertragsübernahme durch den Leasinggeber typisch. Mit der Auftragsbestätigung, die sie der G. und dem Kläger in Kopie übersandt habe, habe die Beklagte ihrerseits der ihr angetragenen Vertragsübernahme durch die G. zugestimmt.

2. Die trichterliche Auslegung von Individualvereinbarungen ist revisionsrechtlich nur beschränkt darauf überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (BGHZ 135, 269, 273; Sen.Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968; v. 11.4.2000 - X ZR 185/97,

GRUR 2000, 788, 789). Nach diesen Maßstäben hält die Auslegung des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision stand.

Sie bemängelt zunächst, daß es auf das vom Berufungsgericht ausführlich dargestellte Gesamtkonzept des Klägers nicht ankomme, weil dieses der Beklagten gar nicht bekannt gewesen sei. Damit zeigt sie einen Fehler in der Auslegung der Erklärungen durch das Berufungsgericht jedoch nicht auf, da das Berufungsgericht ausdrücklich darauf abgestellt hat, daß sich die Erklärungen aus der Sicht der Beklagten so dargestellt hätten, als wolle die G. anstelle des Klägers in das Vertragsverhältnis mit ihr eintreten, weil der Kläger das Aggregat nicht selbst erwerben, sondern im Rahmen eines Leasingvertrages mit der G. nutzen wolle.

Den "entscheidenden Fehler" der Beurteilung des Berufungsgerichts sieht die Revision darin, daß das Oberlandesgericht nur eine Schuldübernahme und einen Schuldbeitritt verneine, die Möglichkeit eines Vertragsbeitritts anstatt einer Vertragsübernahme aber übersehen habe. Wenn in den von den Beteiligten verwandten Formulierungen vom Einstieg oder Eintritt in den Vertrag die Rede sei, so spreche dies ebenso eher für einen Vertragsbeitritt als für eine Vertragsübernahme wie der Umstand, daß die Beklagte niemals gebeten worden sei, den Kläger aus seinen vertraglichen Pflichten zu entlassen. Es sei alles andere als typisch, daß jemand als Besteller nach umfangreichen Vertragsverhandlungen einen Vertrag schließe, um nahezu gleichzeitig und ohne ersichtliche Änderung der Verhältnisse aus dem Vertrag wieder auszuscheiden.

Damit versucht die Revision lediglich, ihre eigene Auslegung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen. Zwar hat das Berufungsgericht die Möglichkeit nicht ausdrücklich erörtert, die abgegebenen Erklärungen im Sinne eines Vertragsbeitritts auszulegen. Seine Erwägungen, das Ziel des Klägers, (aus steuerlichen Gründen) nicht selbst als Vermieter des Blockheizkraftwerks aufzutreten, sei nur durch Vertragsübernahme zu erreichen gewesen, und die Situation habe sich der Beklagten so dargestellt, daß die G. als Leasinggeberin anstelle des Klägers die Bestellerposition übernehmen wolle, sprechen jedoch auch gegen einen Vertragsbeitritt.

Schließlich beruft sich die Revision darauf, daß das Verhalten beider Parteien in der Folgezeit eindeutig dafür spreche, daß sie den Kläger nach wie vor als Vertragspartner der Beklagten angesehen hätten. Die Beklagte habe sogar die Anlagenteile an ihn versandt, was mit der vom Berufungsgericht angenommenen Zuständigkeit des Klägers für Fachfragen nicht zu erklären sei. Das Berufungsgericht hat diesen von ihm berücksichtigten Umständen jedoch in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Insbesondere brauchte ihm dazu die Versendung der Anlagenteile an den Kläger keine Veranlassung zu geben, wenn die Beteiligten davon ausgingen, daß die Einschaltung der G. nur aus Gründen des steuerlichen und Finanzierungskonzepts der Gesamtinvestition erfolgt war.

II. Mit Erfolg wendet sich die Revision jedoch gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei auch nicht durch Abtretung Inhaber des geltend gemachten Anspruchs geworden. Ob eine solche Abtretung erfolgt ist, hat das Berufungsgericht offengelassen; hiervon ist daher für das Revisionsverfahren zugunsten des Klägers auszugehen. Die Auffassung des Beru-

fungungsgerichts, eine solche Abtretung sei jedenfalls nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG nichtig, hält der Nachprüfung nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, mit der Klage ziehe der Kläger eine fremde, zu Einziehungszwecken abgetretene Forderung ein.

Das Berufungsgericht hat das damit begründet, daß der Kläger keinen Grund vorgetragen habe, weshalb ihm im Innenverhältnis zur G. etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen sollten. Wie er selbst vortrage, sei die Anzahlung nicht von ihm, sondern von der G. aus dem zur Finanzierung des Projekts aufgenommenen Kredit geleistet worden, so daß ein etwaiger Schaden zunächst in ihrem Vermögen eingetreten sei. Der Umstand, daß sich durch die Einziehung der Forderung auch die Stellung des Klägers als Sicherungsgeber verbessern möge, sei lediglich eine mittelbare Folge, die kein wirtschaftliches Eigeninteresse zu begründen vermöge. Ansprüche des Klägers gegen die G. in Höhe der abgetretenen Schadensersatzansprüche, zu deren Sicherung oder Befriedigung die Abtretung erfolgt sein könnte, seien nicht dargetan. Die rechtlichen Beziehungen des Klägers zur G. beschränkten sich nämlich darauf, daß er nach seiner Behauptung für den Kredit zur Finanzierung der Investitionen dingliche Sicherheit und Bürgschaft gestellt habe. Wenn der Kläger von der Bank aus den von ihm gestellten Sicherheiten für die der G. gewährten Kredite in Anspruch genommen werden sollte, möge er zwar einen Rückgriffsanspruch gegen die G. haben. Es berechtige ihn aber nicht zur Einziehung der Forderung, weil dem Kläger derzeit ein solcher Rückgriffsanspruch noch nicht zustehe.

Die Revision greift das nicht an, sondern weist lediglich darauf hin, daß die Realisierung der aus dem Scheitern des Projekts entstandenen Schadensersatzansprüche für den Kläger von existentieller Bedeutung sei, da die G. als GmbH mit einem Stammkapital von 50.000,-- DM ohne sonstiges Vermögen zur Bedienung der Kredite nicht in der Lage sei. An der Richtigkeit der Beurteilung des Berufungsgerichts, daß die Abtretung zu Einziehungszwecken erfolgt sei, ändert dies nichts. Die Einziehung einer Forderung, die zu diesem Zweck abgetreten worden ist, ist jedoch nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG die Besorgung einer fremden Rechtsangelegenheit.

2. Dagegen hält die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger handle bei der Einziehung der Forderung geschäftsmäßig im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG, der Nachprüfung nicht stand.

a) Dieser Begriff soll nicht etwa nur allgemein ein irgendwie geartetes Handeln im geschäftlichen Verkehr erfassen, sondern die ohne Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz zulässige Inkassotätigkeit in vereinzelt Sonderfällen abgrenzen von einer darauf gerichteten Geschäftstätigkeit. Geschäftsmäßig handelt nur derjenige, der beabsichtigt - sei es auch nur bei sich bietender Gelegenheit - die Tätigkeit zu wiederholen, um sie dadurch zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen (BGH, Urt. v. 5.6.1985 - IVa ZR 55/83, NJW 1986, 1050, 1051; v. 17.2.2000 - IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1561; v. 26.7.2001 - III ZR 172/00, NJW 2001, 3541, 3542). Denn das Gesetz will im allgemeinen Interesse an einer zuverlässigen Rechtspflege der Gefahr vorbeugen, daß die geschäftsmäßige und im Rahmen der Ausübung eines Berufs erfolgende Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten an ungeeignete oder unzuverlässige Personen gerät (vgl. BGHZ

37, 258, 261; 48, 12, 17; 62, 234, 240). Der Tatbestand des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG ist daher dann nicht erfüllt, wenn nur ausnahmsweise aus besonderen Gründen eine Forderungseinziehung auf fremde Rechnung vorgenommen wird (BGH, Urt. v. 28.2.1985 - I ZR 191/82, WM 1985, 1214, 1215; Urt. v. 27.11.2000 - II ZR 190/99, NJW 2001, 756, 757).

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Einziehung der Forderung sei kein Ausnahmefall. Der Kläger habe die G. umfangreich und damit wiederholt im Zusammenhang mit Ansprüchen aus dem Projekt Blockheizkraftwerk rechtlich beraten. Unstreitig habe er im Auftrag der G. ein Gutachten zu den der I. GmbH, einem anderen Projektbeteiligten, obliegenden sicherheitsrechtlichen Anforderungen für die gelieferten Anlagekomponenten gefertigt, das rechtliche Schlußfolgerungen nach dem öffentlichen Recht, dem Zivilrecht und dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht eingeschlossen habe. Eine weitere Rechtsbesorgung läge darin, daß der Kläger, was er erstmals nach Schluß der mündlichen Verhandlung in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz bestritten habe, für die G. ein Schreiben vom 15. März 1999 entworfen habe, mit dem Schadensersatzansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht worden seien. Nach der nicht bestrittenen Vermutung der Beklagten solle der Kläger außerdem den Aufhebungsvertrag zwischen der W. und der G. entworfen haben. Schließlich habe er im vorliegenden Verfahren die Einziehung der angeblichen Schadensersatzforderung in Höhe von 2 Millionen DM der G. übernommen und den vorgerichtlichen Schriftwechsel für das Projekt Blockheizkraftwerk im eigenen und zum Teil auch im Namen der G. geführt, insbesondere Mängel gerügt und angebliche Ansprüche gegen die Beklagte geltend gemacht. Danach komme es letztlich nicht einmal darauf an, ob der Kläger das erwähnte Schreiben vom 15. März 1999 sowie den Aufhebungsvertrag entworfen habe.

c) Die Nichtigkeit des Abtretungsvertrages setzt voraus, daß die Abtretung dazu diene, dem Kläger die geschäftsmäßige Einziehung der abgetretenen Forderung zu ermöglichen. Soweit das Berufungsgericht dies deswegen angenommen hat, weil der Kläger auch in anderen Fällen fremde Rechtsangelegenheiten besorgt habe, hat es den Besonderheiten des Streitfalls nicht ausreichend Rechnung getragen.

Die Erstattung des Gutachtens hat das Berufungsgericht allerdings entgegen der Auffassung der Revision rechtsfehlerfrei als - nicht nach Art. 1 § 2 RBerG erlaubnisfreie - Rechtsberatung angesehen. Die mangelnde Anwendbarkeit der Vorschrift zieht die Revision nicht in Zweifel. Der Kläger war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, als Diplom-Ingenieur aufgrund seiner Vorbildung nicht dazu befähigt, einen bestimmten Vorgang in rechtswissenschaftlicher Arbeitsweise systematisch zu untersuchen. Soweit sie meint, der Kläger habe das Gutachten als Sachverständiger für Gerätesicherheit erstellt, der die Übereinstimmung der in Rede stehenden Anlage mit den materiellen und formellen Sicherheitsanforderungen naturgemäß unter Vornahme nicht nur einer technischen, sondern auch einer rechtlichen Bewertung habe prüfen und feststellen müssen, verkennt sie, daß sich das Gutachten, wie bereits seine Überschrift ("Gutachterliche Stellungnahme zu den der I. Anlagentechnik GmbH & Co. KG, H., obliegenden sicherheitsrechtlichen Anforderungen an das Inverkehrbringen und den Betrieb eines Restölaufbereitungsmoduls in V. nach dem deutschen und europäischen Recht") zeigt, nicht nur mit der Frage befaßt, ob die untersuchte Anlage den für ihre Sicherheit geltenden rechtlichen Vorschriften entspricht. Es stellt vielmehr ausführlich und über weite Strecken ohne Bezugnahme auf eine bestimmte Anlage die Rechtslage nach deutschem

und nach Gemeinschaftsrecht dar. Insoweit handelt es sich also nicht nur um ein sicherheitstechnisches, sondern jedenfalls auch um ein Rechtsgutachten.

Dagegen ist nicht festgestellt, daß der Kläger auch das Schreiben vom 15. März 1999 sowie den Aufhebungsvertrag entworfen hat, wie sich aus der konjunktivischen Einleitung des betreffenden Absatzes der Entscheidungsgründe ("Eine weitere Rechtsbesorgung *läge* darin ...") und der abschließenden Wendung ergibt, auf beide Umstände komme es letztlich nicht an.

Als tatsächliche Grundlagen der Schlußfolgerung des Berufungsgerichts auf eine geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten verbleiben daher neben der Gutachtenerstattung die Einziehung der Klageforderung selbst und der Umstand, daß der Kläger bereits den vorprozessualen Schriftwechsel mit der Beklagten geführt hat.

Mit der vorprozessualen wie mit der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Beklagten hat der Kläger jedoch in erster Linie vermeintliche eigene Ansprüche gegenüber der Beklagten verfolgt. Soweit er in dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen vorprozessualen Schriftwechsel überhaupt Ansprüche in Namen der G. geltend gemacht hat, hat er dies *auch* in deren Namen, daneben aber in eigenem Namen getan. Die Klage hat er zunächst auf eigene vertragliche Ansprüche gestützt, ohne eine Abtretung von Ansprüchen der G. auch nur zu erwähnen. Unbeschadet dessen, daß dem Kläger objektiv solche Ansprüche nicht zustanden, ist nichts dafür festgestellt, daß der Kläger nicht *subjektiv* der Auffassung war, er sei als Vertragspartner der Beklagten Inhaber eigener Ansprüche. Die Geschäftsmäßigkeit ist jedoch auch eine Frage der inneren Einstellung (Erbs/Kohlhaas/Senge, Straf-

rechtliche Nebengesetze, R 55 § 1 Rdn. 21; Henssler/Prütting/Weth, BRAO, Art. 1 § 1 RBerG Rdn. 32; Rennen/Caliebe, RBerG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rdn. 58), wie sich daraus ergibt, daß es auf die *Absicht* ankommt, die Tätigkeit zu wiederholen, um sie dadurch zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen. Der Umstand, daß der Kläger primär eigene Rechte verfolgt hat, legt die Schlußfolgerung nahe, daß die Abtretung der Ansprüche der G. dazu dienen sollte, seine eigene prozessuale und materiell-rechtliche Position für den Fall zu verstärken, daß es ihm nicht gelingen sollte, das Gericht von seiner (ursprünglichen) eigenen Berechtigung zu überzeugen. Das hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt.

Damit fehlt aber der Annahme eines geschäftsmäßigen Handelns des Klägers insoweit eine tragfähige Grundlage.

Auch die Gutachtertätigkeit trägt den Schluß auf ein geschäftsmäßiges Handeln des Klägers bei der Geltendmachung der Klageforderung nicht. Zwar kann bereits eine einmalige Tätigkeit den Schluß auf ein geschäftsmäßiges Handeln rechtfertigen (BGH, Urt. v. 5.6.1985 - IVa ZR 55/83, NJW 1986, 1050, 1051; v. 5.2.1987 - I ZR 100/86, NJW-RR 1987, 875, 876; v. 17.2.2000 - IX ZR 50/98, NJW 2000, 1560, 1561). Selbst wenn der Kläger bei der Erstattung des Gutachtens geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten wahrgenommen hat, besagt dies aufgrund des anders gelagerten Sachverhalts jedoch nicht, daß auch die im ursprünglichen eigenen wirtschaftlichen Interesse liegende Verfolgung der Klageforderung von einer entsprechenden Absicht getragen war.

III. Das Berufungsgericht hat die Klage auch deshalb für unbegründet gehalten, weil der G. weder aus § 326 Abs. 1 (a.F.) noch aus § 635 (a.F.) BGB ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zustehe. Beides scheitere schon daran, daß der Beklagten keine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt worden sei. Die Beklagte möge zwar mit Schreiben vom 17. Juli, 30. September und 23. Oktober 1996 zum Ausdruck gebracht haben, daß sie die weitere Gewährleistung ablehne. Das habe die Nachfristsetzung jedoch nicht entbehrlich gemacht, da der Kläger bzw. die G. die Beklagte weiter auf Erfüllung in Anspruch genommen hätten, indem sie sie zur Überlassung einer vollständigen Dokumentation aufgefordert hätten. Zudem könne das Verhalten der Beklagten wegen der Kompliziertheit der Anlage und der daraus resultierenden Probleme noch nicht als endgültige Erfüllungsverweigerung gesehen werden. Die Beklagte habe die Auffassung vertreten, daß die Probleme auf die Verwendung ungeeigneten Kraftstoffs zurückzuführen seien, und deshalb dem Kläger angeboten, die Anlage mit von ihr gestelltem Kraftstoff in Betrieb zu setzen. Der Kläger bzw. die G. hätten daher durch eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung klare Verhältnisse schaffen müssen.

Auch das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Sowohl nach § 326 Abs. 1 als auch nach § 634 Abs. 1 BGB a.F. ist die Nachfristsetzung unter dem Gesichtspunkt der Erfüllungsverweigerung entbehrlich, wenn der Unternehmer die Erfüllung oder Nachbesserung so ernsthaft und endgültig verweigert, daß eine Nachfristsetzung sich als bloße sinnlose Förmlichkeit darstellen würde (BGHZ 105, 103, 105; Sen.Urt. v. 28.3.1995 - X ZR 71/93, NJW-RR 1995, 939, 940; Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearb., § 634 Rdn. 27/28). Es kann dahinstehen, ob dies für die vorprozessuale Situa-

tion deshalb nicht angenommen werden konnte, weil der Kläger und die G. die Beklagte weiterhin auf Erfüllung in Anspruch genommen haben (vgl. BGH, Urt. v. 20.9.1996 - V ZR 191/95, NJW 1997, 51). Jedenfalls mit der Klage hat der Kläger jedoch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, und die

Beklagte hat sich nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ihrerseits auf den Standpunkt gestellt, Mängel ihrer Leistung lägen nicht vor. Das Berufungsgesicht hat nicht abschließend geprüft, ob der Kläger unter diesen Voraussetzungen eine Nachfristsetzung als entbehrlich ansehen durfte.

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Asendorf