

II ZR 336/53

16
23. 9. 53

Verkündet
am 29. September 1955.
Jodas, Just.Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns David T. [REDACTED] in F. [REDACTED],
W. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] in F. [REDACTED]
T. [REDACTED]str. [REDACTED], als Verwalter in dem Konkurs über das
Vermögen des im Handelsregister nicht eingetragenen
Bauunternehmens Gebr. F. [REDACTED] & P. [REDACTED] in F. [REDACTED]
[REDACTED], W. [REDACTED]platz [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

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

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. September 1955 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück,
Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Winkelmann für Recht
erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt/Main vom 16. September 1953 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem Konkurs über das Vermögen eines Bauunternehmens, das unter der nicht eingetragenen Firma Gebr. F. [REDACTED] & P. [REDACTED] seine Geschäfte betrieb. Im Jahre 1951 führte die Gemeinschuldnerin für den Beklagten den Wiederaufbau des Hauses W. [REDACTED]straße in F. [REDACTED] durch. Für die Bauabschnitte 1 und 2, die das Erdgeschoß sowie das 1. und 2. Stockwerk umfaßten, waren - abgesehen von gewissen Sonderarbeiten - Festpreise von 40.300 und 14.000 DM vereinbart. Den Aufbau des 3. und 4. Stockwerks (3. Bauabschnitt) bot die Gemeinschuldnerin dem Beklagten mit Schreiben vom 29. März 1951 unter der Voraussetzung, daß das Mauerwerk in Bims-Hohlblocksteinen ausgeführt werden konnte, für 24.338 DM an. Der Beklagte verhandelte darauf mit den Inhabern der Gemeinschuldnerin über eine Herabsetzung des Werklohns auf einen Festpreis von 22.000 DM. Über die Verhandlungen fertigte die Gemeinschuldnerin unter dem 5. April 1951 den Entwurf zu einem schriftlichen Vertrage an. Danach sollte der Werklohn für die Arbeiten 22.000 DM betragen. Der Beklagte sollte "zum Einkauf von Materialien und Sicherstellung der Löhne" eine Anzahlung von 7.500 DM leisten. Die Vereinbarung war schriftlich anzuerkennen. Erst damit sollte der Vertrag seine Bestätigung erhalten. Diesen Vertrag unterschrieb der Beklagte nicht. Der Bau des Hauses wurde jedoch einschließlich des 3. und 4. Stocks fertiggestellt, und zwar in Ziegelsteinen, weil die Baubehörde die Verwendung von Hohlblocksteinen nicht genehmigte.

Auf Grund einer Zusammenstellung der Gemeinschuldnerin vom 15. August 1951 errechnete der Kläger für die drei Bauabschnitte, für Arbeiten am Dachgeschoß und für Sonderleistungen eine Gesamtvergütung von 104.308,58 DM. Hierin sind für die Errichtung des 3. und 4. Stocks Beträge von 16.207,48

und 16.668,42 DM enthalten. Unter Berücksichtigung der Zahlungen des Beklagten in Höhe von 69.854,02 DM ist der Kläger der Meinung, der Beklagte verschulde der Konkursmasse noch mindestens 30.000 DM. Dazu komme ein Schadensersatzanspruch der Gemeinschuldnerin, der sich daraus ergebe, daß der Beklagte durch seine Erklärung, er habe an die Gemeinschuldnerin nichts mehr zu zahlen, die Durchführung eines von den Inhabern der Gemeinschuldnerin angestrebten Vergleichsverfahrens vereitelt habe.

Der Kläger hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 30.000 DM
nebst 5% Zinsen seit dem 1. April 1951 zu zahlen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Er hat geltend gemacht, für die Arbeiten des 3. Bauabschnitts könne der Kläger nicht mehr als 22.000 DM beanspruchen. An der alsbaldigen Unterzeichnung des Vertragsentwurfs vom 5. April 1951 sei er infolge dringender auswärtiger Geschäfte sowie wegen Erkrankung seiner Ehefrau verhindert gewesen. Später habe die Gemeinschuldnerin ihm den Vertragsentwurf trotz wiederholter Aufforderung nicht vorgelegt. Die im Entwurf vorgesehene Anzahlung von 7.500 DM habe er dadurch geleistet, daß er für die Gemeinschuldnerin, die schon damals ihren Verpflichtungen nicht mehr nachgekommen sei, Waren- und Lohngläubiger befriedigt habe, und zwar in einem erheblich größeren Umfange, als er nach den Verträgen über die Bauabschnitte 1 und 2 der Gemeinschuldnerin zu zahlen verpflichtet gewesen sei. Ferner hat der Beklagte vorgebracht, die Gemeinschuldnerin habe ihm auch sonst zuviel berechnet. Er hat Minderung des Werklohns teils wegen mangelhaft ausgeführter teils wegen Unterlassung im Vertrage vorgesehener Arbeiten verlangt und schließlich gegenüber den Ansprüchen des Klägers mit einer Reihe von Gegenforderungen aufgerechnet.



Der Kläger hat bestritten, daß der Beklagte durch die von ihm genannten Umstände an der Unterzeichnung des Vertragsentwurfs vom 5. April 1951 verhindert gewesen sei. Er hat erwidert, der Beklagte, der schon seit dem 2. Bauabschnitt in Zahlungsschwierigkeiten gewesen sei, habe den Entwurf deshalb nicht unterschrieben, weil er die darin vorgesehene Anzahlung von 7.500 DM nicht habe leisten können. Deshalb und weil der Aufbau des 3. und 4. Stockwerks in Hohlblocksteinen nicht möglich gewesen, sei die zunächst in Aussicht genommene Ausführung zu Festpreisen unterblieben.

Das Landgericht hat dem Kläger nach einer Beweisaufnahme durch Teilurteil einen Betrag von 10.000 DM nebst 4% Zinsen seit dem 1. April 1951 zuerkannt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht dieses Urteil wegen des Hauptanspruchs bestätigt, wegen des Zinsanspruchs aber aufgehoben. Mit der Revision bittet der Beklagte, die Klage unter Aufhebung der beiden Vorentscheidungen abzuweisen, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die zu Ungunsten des Beklagten entschiedenen Punkte des angefochtenen Urteils beanstandet die Revision nur noch insoweit, als das Berufungsgericht verneint hat, daß zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten über den Aufbau des 3. und 4. Stockwerks des Hauses W [REDACTED] Straße [REDACTED] in F [REDACTED] ein Festpreis vereinbart worden sei. Das Berufungsgericht gelangt zu diesem Ergebnis auf Grund der Erwägung, daß die Vertragsparteien die schriftliche Fixierung der Vereinbarungen über die Ausführung des 3. Bauabschnitts vorgesehen hätten, daß der von der Gemein-

schuldnerin dem Beklagten vorgelegte Vertragsentwurf von diesem aber nicht unterschrieben worden sei. Dadurch sei ein Vertrag über die Bauarbeiten am 3. und 4. Stock zu einem Festpreise nicht wirksam zustande gekommen. Die Gemeinschuldnerin könne auch nicht an den in Aussicht genommenen Festpreis für gebunden erachtet werden, weil sie, wie der Beklagte behauptete, die spätere Unterzeichnung des Vertragsentwurfs durch ihn bewußt vereitelt habe. Aus welchem Grunde die Unterzeichnung unterblieben sei, könne dahingestellt bleiben, da die Gemeinschuldnerin hierauf keinen Einfluß gehabt habe. Sollte die Gemeinschuldnerin dem Beklagten die spätere Unterschrift des Entwurfs nicht mehr ermöglicht haben, so sei ihr dieses Verhalten nicht als arglistig anzurechnen, weil nach dem Kostenanschlag vom 29. März 1951 der Bau des 3. und 4. Obergeschosses aus Ersparnisgründen in Bims-Hohlblocksteinen habe ausgeführt werden sollen, die Verwendung dieser Steine von der Baubehörde nicht gestattet worden sei und der Beklagte in Kenntnis dieses Umstandes die Arbeiten des 3. Bauabschnitts habe ausführen lassen, ohne mit der Gemeinschuldnerin eine Abrede über die sich daraus ergebende Preiserhöhung zu treffen. Das habe zur Folge, daß die Gemeinschuldnerin für die Arbeiten des 3. Bauabschnitts nach § 632 Abs 2 BGB die übliche Vergütung verlangen könne.

Diese Ausführungen sind, wie der Revision zuzugeben ist, nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Das Berufungsgericht geht zunächst zutreffend davon aus, daß zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten der von ihnen vorgesehene schriftliche Vertrag über den Aufbau des 3. und 4. Stockwerks zu einem Festpreise von 22.000 DM nicht wirksam geschlossen worden sei. Daß die Vertragsparteien das in mündlicher Verhandlung erzielte Ergebnis schriftlich haben niederlegen wollen, ist

unstreitig. Der Beklagte hat auch nicht behauptet, daß die Parteien später die formlose Inkraftsetzung des Entwurfs vom 5. April 1951 vereinbart hätten. Unter diesen Umständen hätte der Beklagte den Vertragsentwurf über den 3. Bauabschnitt unterschreiben müssen, wenn er sich das Recht sichern wollte, daß die Beklagte die im Entwurf vorgesehenen Arbeiten zu einem Festpreise von 22.000 DM ausführte.

2. Der Beklagte hat geltend gemacht, er sei durch besondere Umstände, nämlich eine dringende Reise zwecks Ankaufs von Maschinen und durch plötzliche Erkrankung seiner Ehefrau, an der sofortigen Unterzeichnung des Vertragsentwurfs vom 5. April 1951 verhindert worden. Die Nachholung seiner Unterschrift sei von der Gemeinschuldnerin vereitelt worden. Diese habe ihm den Entwurf trotz wiederholter Bitten nicht wieder vorgelegt. Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, aus welchen Gründen der Beklagte den Vertragsentwurf nicht unterschrieben hat. Er hat den Hinweis des Klägers auf die mangelnde Form des Vertrages ungeachtet der Einlassung des Beklagten für begründet erklärt, weil der Beklagte die Gemeinschuldnerin am 3. Bauabschnitt habe weiterarbeiten lassen, ohne eine neue Preisvereinbarung im Hinblick auf die Verwendung teurerer Steine zu treffen. In beiden Punkten kann der Rechtsansicht des Berufungsgerichts nicht unter allen Umständen gefolgt werden.

a) Hat sich der Beklagte, wie der Kläger behauptet, der Unterzeichnung des Vertragsentwurfs mit ständigen Ausreden entzogen, weil er die im Entwurf vorgesehene Anzahlung von 7.500 DM nicht hat leisten können, so ist die Berufung des Klägers auf die mangelnde Schriftform der Festpreisvereinbarung auch dann gerechtfertigt, wenn die Gemeinschuldnerin dem Beklagten den Entwurf nach Ablehnung der Unter-

schrift nicht wieder vorgelegt hat. Denn die Vertragsparteien waren sich wie bei den ersten Bauabschnitten darüber einig, daß die von dem Beklagten gewünschte Preisvereinbarung schriftlich niedergelegt werden sollte. Lehnte der Beklagte die Unterzeichnung dieser Vereinbarung ab, weil er die im Entwurf vorgesehene Anzahlung nicht hat leisten können oder wollen, so wurde damit das schriftliche Angebot vom 5. April 1951 hinfällig. Für die Gemeinschuldnerin bestand keine Verpflichtung mehr, dem Beklagten den Vertragsentwurf nochmals zur Unterschrift vorzulegen, auch wenn er ein solches Verlangen äußerte. Hieraus folgt aber nicht, daß zwischen den Parteien über den 3. Bauabschnitt überhaupt kein wirksamer Vertrag zustande gekommen wäre. Vielmehr ist mit den Arbeiten am 3. und 4. Stockwerk im Einvernehmen mit dem Beklagten alsbald begonnen worden. Der Beklagte hat bei seinen ständigen Besuchen auf der Baustelle den Beginn auch dieser Arbeiten bemerkt und hat die Fortsetzung des Baues mindestens stillschweigend gebilligt. Damit kam zwischen den Beteiligten über die Ausführung des 3. Bauabschnitts anstelle der im Entwurf vom 5. April 1951 vorgesehenen Vereinbarung ein formloser Vertrag zustande, der mangels einer ausdrücklichen Abrede über die Höhe des Werklohns die Entschädigung der Gemeinschuldnerin zu der üblichen Vergütung (§ 632 Abs 2 BGB) zum Inhalt hatte.

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Beklagte, wie er es darstellt, willens und in der Lage war, die schriftlich entworfene Vereinbarung zu unterzeichnen und zu erfüllen, wenn er durch unvorhergesehene Umstände vorübergehend an der Unterzeichnung verhindert war und wenn die Gemeinschuldnerin es entgegen den in angemessener Frist geäußerten Wünschen des Beklagten unterließ, ihm den Vertragsentwurf nochmals zur Unterschrift

vorzulegen. In diesem Falle könnte sich der Kläger nicht darauf berufen, daß eine Festpreisvereinbarung wegen Fehlens der Unterschrift des Beklagten nicht wirksam getroffen worden sei. Die Gemeinschuldnerin stand mit dem Beklagten bereits seit Januar 1951 in Geschäftsverbindung. Ihr war aus den vorangegangenen Verträgen bekannt, daß der Beklagte großen Wert darauf legte, die Bauarbeiten, wenn irgend zugänglich, zu Festpreisen ausführen zu lassen. Tatsächlich sind die Arbeiten des 1. und 2. Bauabschnitts zu festen Preisen vergeben worden. Auch für den 3. Bauabschnitt wünschte der Beklagte einen Festpreis bewilligt zu erhalten. Darüber waren sich die Beteiligten in den Verhandlungen, die zu dem Vertragsentwurf vom 5. April 1951 führten, auch einig geworden. Wenn der Beklagte bei dieser Sachlage den ihm vorgelegten Vertragsentwurf nicht sofort unterzeichnete, sondern mit Rücksicht auf unvorhergesehene Umstände, die seine sofortige Entschließung beeinträchtigten, um einen kurzen Aufschub bat, so durfte die Gemeinschuldnerin hieraus nicht sogleich den Schluß ziehen, der Beklagte habe die Unterschrift endgültig verweigert oder er wolle sich der Verpflichtung entziehen, die in dem Entwurf vorgesehene Anzahlung zu leisten. Zu einer solchen Annahme bestand um so weniger Anlaß, als es sich bei dem zu vollziehenden Verträge schon wegen der darin ausgeworfenen Summen um ein Rechtsgeschäft von erheblicher Bedeutung handelte, zu dessen Abschluß beiden Teilen eine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden mußte. Die Gemeinschuldnerin war vielmehr unter solchen Umständen nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Beklagten bis zur Behebung der in seiner Person entstandenen vorübergehenden Hinderungsgründe Zeit zur Nachholung seiner Unterschrift zu lassen und, wenn der Beklagte innerhalb dieses - nach dem vorgesehenen Beginn der Arbeiten am 3. Bauabschnitt zu bemessenden - Zeitraumes um erneute Vorlegung des Vertragsentwurfs ersuchte, diesem Verlangen zu entsprechen. Tat sie das nicht

und begann sie gleichwohl mit den weiteren Bauarbeiten, ohne mit dem Beklagten nach dessen ihr bekanntem Willen eine feste Preisvereinbarung zu treffen, so kann der Beklagte ihrer Berufung auf die Nichtigkeit der Festpreisabrede wegen Formmangels mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) begegnen. Denn es verstieße gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und wäre mit dem allgemeinen Rechtsempfinden nicht vereinbar, wenn eine Vertragspartei, die durch ihr den Wünschen und Interessen des anderen Teils bewußt zuwiderlaufendes Verhalten das Zustandekommen eines formgültigen Vertrages verhindert hat, nachträglich gleichwohl die Formnichtigkeit der Vereinbarung geltend machen könnte. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung (vgl. RGZ 87, 283; 107, 362; 153, 61; 157, 209; 169, 73; 170, 205; BGH Lind-Möhr BGB § 242 (A) Nr 4) und Rechtslehre (Staudinger-Weber 10. Aufl. Anm 546, 551 zu § 242 BGB; RGR Komm. z. BGB 10. Aufl. Anm 1a zu § 125; Palandt 14. Aufl. Anm 2; Erman Anm 5 zu § 125 BGB). In einem Teil der zitierten Entscheidungen ist der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Hinblick auf ein vorangegangenes abweichendes Verhalten für gerechtfertigt erklärt worden, wenn der eine Vertragsteil die Nichtigkeit der Vereinbarung durch unterlassene Aufnahme rechtserheblicher Vorgänge in den formbedürftigen Vertrag verursacht hatte. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn eine Partei das zeitweilige Unvermögen des anderen Teils zur Vollziehung eines von ihm gewollten Vertrages für sich ausnutzt, indem sie durch Vereitelung eines formgültigen Rechtsgeschäfts und nachträgliche Berufung auf den Mangel der Form den anderen Teil um die Vorteile des beabsichtigten Geschäfts zu bringen sucht. Der Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Rechtsverkehr ist im zweiten Falle mindestens ebenso schwerwiegend wie im ersten. Die Gemeinschuldnerin muß sich deshalb im Verhältnis zum Be-

klagten so behandeln lassen, als ob der Vertrag über die Einräumung eines Festpreises für die Arbeiten des 3. Bauabschnitts gültig zustande gekommen wäre (so auch RGZ 107, 364; 115, 44; RGR Komm z BGB aaO).

b) Das Oberlandesgericht hält die Einrede der Arglist gegenüber der Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit der Festpreisvereinbarung nicht für begründet, weil der Beklagte die Arbeiten des 3. Bauabschnitts in Kenntnis der Tatsache habe ausführen lassen, daß die Baubehörde die Verwendung der nach dem Vertrage vorgesehenen billigeren Bims-Hohlblocksteine untersagt, und weil er dennoch mit Rücksicht auf die Materialverteuerung keine neue Preisvereinbarung getroffen habe. Auch insoweit kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden. Schon der Ausgangspunkt, daß die Arbeiten am 3. und 4. Stock nach dem vom Beklagten nicht unterzeichneten Vertragsentwurf in Hohlblocksteinen ausgeführt werden sollten, entbehrt einer hinreichenden Feststellung. Zwar sieht das Angebot der Gemeinschuldnerin vom 29. März 1951 die Ausführung der Arbeiten in Hohlblocksteinen vor. Auf dieses Angebot wird jedoch in dem Vertragsentwurf vom 5. April 1951, der auf den mündlichen Besprechungen der Vertragsparteien in der Zwischenzeit beruht, nicht Bezug genommen. Überdies hat der Beklagte bei seiner Vernehmung am 31. März 1952 erklärt, er sei mit der Verwendung von Hohlblocksteinen nicht einverstanden gewesen. Das Berufungsgericht hätte also, bevor es aus der unterlassenen nachträglichen Preisvereinbarung Schlüsse gegen den Beklagten zog, feststellen müssen, ob der 3. Bauabschnitt in Hohlblocksteinen ausgeführt werden sollte, ob also der Beklagte zu der von dem Berufungsgericht vermißten Preisvereinbarung einen Anlaß hatte. Im übrigen würde, wenn man von dem Bestehen einer Festpreisabrede ausgeht, die Notwendigkeit der Verwendung teureren

Baumaterials nicht zur Folge haben, daß damit die ganze Vereinbarung hinfällig wird und an die Stelle des im Vertrage vorgesehenen Preises die übliche Vergütung tritt. Vielmehr läge, wie auch die Revision mit Recht hervorhebt, insofern eine Änderung der Vertragsgrundlage vor, als die Gemeinschuldnerin entsprechend dem Verlangen der Baubehörde genötigt gewesen ist, anstelle der im Vertrag vorgesehenen Hohlblocksteine die teureren Ziegelsteine zu verwenden. Nach den Grundsätzen des § 242 BGB würde dies lediglich zu einer Erhöhung des vereinbarten Festpreises im Verhältnis des Anschaffungspreises für Hohlblocksteine zu dem für Ziegelsteine führen, den Kläger aber nicht zur Forderung der üblichen Vergütung für alle Arbeiten des 3. Bauabschnitts berechtigen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann es somit nicht auf sich beruhen, aus welchem Grunde der Beklagte den ihm vorgelegten Vertragsentwurf nicht unterschrieben hat. Vielmehr kommt es für die Frage, ob die Arbeiten für den 3. Bauabschnitt zu einem Festpreis vergeben sind oder ob der Kläger dafür die übliche Vergütung verlangen kann, entscheidend auf eine Prüfung der voneinander abweichenden Darstellung der Parteien über die unterlassene Unterzeichnung des Entwurfs vom 5. April 1951 durch den Beklagten an. Das angefochtene Urteil, das die Richtigkeit dieser Behauptungen ungeprüft gelassen hat, mußte daher aufgehoben werden.

3. Das Berufungsgericht wird hiernach auf Grund des vorliegenden und des nach den Anträgen der Parteien etwa noch zu ergänzenden Beweisergebnisses festzustellen haben, aus welchen Gründen der Beklagte den Vertragsentwurf vom 5. April 1951 nicht unterzeichnet hat.

a) Stellt sich heraus, daß der Beklagte seine Unterschrift unter dem Vertragsentwurf verweigert hat, weil er

die darin vorgesehene Anzahlung nicht hat leisten können, so steht dem Beklagten gegenüber der Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit der Festpreisvereinbarung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht zu. Der Beklagte ist vielmehr, da ein Werkvertrag auf Grund des Verhaltens der Beteiligten auch über den 3. Bauabschnitt zustande gekommen ist, mangels einer Preisabrede verpflichtet, für diese Arbeiten die übliche Vergütung nach § 632 Abs 2 BGB zu entrichten.

b) Ergibt die Beweisaufnahme die Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten, daß er infolge besonderer Umstände vorübergehend an der Unterzeichnung des Vertragsentwurfs verhindert gewesen und die Gemeinschuldnerin seiner Bitte, ihm den Vertragsentwurf nochmals vorzulegen, nicht nachgekommen sei, so würde die Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit der Festpreisvereinbarung nicht durchgreifen. Der Anspruch des Klägers aus dem 3. Bauabschnitt beschränkt sich auf die Zahlung der nach dem Vertragsentwurf vom 5. April 1951 zu entrichtenden 22.000 DM. Den Unterschiedsbetrag zwischen dem Preise für Bims-Hohlblocksteine und dem für normale Ziegelsteine hätte der Beklagte zusätzlich zu vergüten, wenn die Parteien in dem Vertragsentwurf die Ausführung des 3. Bauabschnitts in Hohlblocksteinen vorgesehen hätten. Da der Entwurf eine Bezugnahme auf das Angebot vom 29. März 1951, in dem von diesem Material die Rede ist, nicht enthält, und der Beklagte erklärt hat, er sei mit der Verwendung von Hohlblocksteinen nicht einverstanden gewesen, wird das Berufungsgericht in diesem Falle zu prüfen haben, auf welcher Grundlage der Vertragsentwurf vom 5. April 1951 gefertigt worden ist. Hierfür sind das Angebot vom 29. März 1951 und die Verhandlungen Ende März/Anfang April 1951 maßgebend. Kann der Beklagte den Nachweis führen, daß er mit der Gemeinschuldnerin den Festpreis von 22.000 DM bei Ver-

wendung von Ziegelsteinen ausgehandelt habe, so würde es bei der Zahlung dieses Betrages verbleiben. Anderenfalls könnte der Kläger den Unterschiedsbetrag zwischen Hohlblock- und Ziegelsteinen zusätzlich gezahlt verlangen. Denn angesichts des Umstandes, daß die Beteiligten sich gegenüber dem im Angebot vom 29. März 1951 enthaltenen Betrag von 24.338 DM auf einen wesentlich niedrigeren Festpreis geeinigt haben, spricht die größere Wahrscheinlichkeit dafür, daß dieser Preisnachlaß gewährt worden ist, sofern die Gemeinschuldnerin das billigere Baumaterial verwenden durfte.

Kann der Beklagte für die Ausführung des 3. Bauabschnitts einen Festpreis für sich in Anspruch nehmen, so wird das Berufungsgericht weiterhin zu entscheiden haben, ob die alsbaldige Zahlung der 7.500 DM, wie der Kläger behauptet und die Zeugen P. und F. bestätigt haben, Vorbedingung für die Einräumung des Festpreises gewesen ist oder ob die Anzahlung, wie der Beklagte es darstellt und der Wortlaut des Vertragsentwurfs es in einem gewissen Umfange bestätigt, lediglich Bestandteil des Vertrages sein sollte. Im ersten Falle könnte der Beklagte nur dann in den Genuß der ihn begünstigenden Festpreisvereinbarung gelangen, wenn er nachweise, daß er - etwa durch Bezahlung von Handwerkern und Lieferanten über seine sonstigen vertraglichen Verpflichtungen hinaus - im Zeitpunkte des vermutlichen Inkrafttretens des Vertrages über den 3. Bauabschnitt den Betrag von 7.500 DM aufgewendet hat. Anderenfalls könnte der Kläger, wenn die Anzahlung nicht, wie vertraglich vorgesehen, geleistet worden wäre, dem Beklagten den Vorteil eines Festpreises zwar nicht verweigern; er wäre jedoch berechtigt, wegen der unterlassenen oder nicht rechtzeitigen Entrichtung der Anzahlung einen etwaigen Verzugsschaden zu verlangen oder die Ansprüche wegen schuldhaften Zahlungsverzuges bei gegenseitigen Verträgen (§326 BGB) geltend zu machen.

4. Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und zwar in vollem Umfange. Das dem Kläger verbleibende Guthaben nach Abzug aller auf Grund noch zulässiger Einwendungen des Beklagten zu kürzenden Beträge ermöglicht die Zuerkennung einer irgendwie erheblichen Geldsumme an ihn nicht. Schon der Unterschiedsbetrag zwischen der von der Gemeinschuldnerin für die Arbeiten am 3. Bauabschnitt in Rechnung gestellten üblichen Vergütung (32.875,90 DM) und dem von dem Beklagten im günstigsten Falle geschuldeten Festpreise (22.000 DM) beläuft sich auf mehr als die vom Berufungsgericht zugesprochene Summe von 10.000 DM.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war, da die Endentscheidung ihrem Ergebnis nach noch ungewiß ist, aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Winkelmann