

Verkündet
am 30. April 1954
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Installateurmeisters Theodor S [REDACTED] in
V [REDACTED], N [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Peter W [REDACTED] in M [REDACTED], D [REDACTED]
straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. April 1954 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Wilde, Dr. Birnbach, Dr. Krüger-Nieland,
Dr. Nastelski und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 17. Oktober 1952 und das Urteil der
2. Zivilkammer des Landgerichts in Wuppertal vom
18. Dezember 1951 werden aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte nahm am 9. August 1950 schriftlich den Auftrag des bauleitenden Architekten J. [REDACTED] der Klägerin vom 17. Juli 1950 zur Ausführung der sanitären Installationsarbeiten an dem Neubau der Klägerin in W. [REDACTED], Goethestraße, an. Dem Auftrage lag sein Kostenanschlag vom 9. Juni 1950 zugrunde, der mit einer Gesamtsumme von 10.590,75 DM abschloß. Der Beklagte verpflichtete sich, die Arbeiten drei Tage nach Anforderung zu beginnen und innerhalb 34 Tagen fertigzustellen.

Unter dem 21. August 1950 übersandte der Architekt Jansen dem Beklagten ein neues Auftragsschreiben unter Bezugnahme auf eine mündliche Verhandlung vom gleichen Tage und das "Angebot" des Beklagten vom 9. Juni 1950 über dieselben Arbeiten zu denselben Bedingungen. Hinsichtlich der Preise ist darin gesagt, daß die Gesamtsumme von 10.340,75 DM auf 10.000 DM herabgesetzt werde, das heiße, daß alle Angebotspreise um 3,5 % ermäßigt würden. Die in dem Schreiben vorgesehene schriftliche Annahme dieses Auftrages hat der Beklagte nicht unterzeichnet, die Unterzeichnung vielmehr nach weiteren Verhandlungen im Dezember 1950 abgelehnt.

Am 16. Februar 1951 forderte Jansen den Beginn der Installationsarbeiten für den 20. Februar 1951 an. Der Beklagte antwortete unter dem 19. Februar 1951, daß er für die Arbeiten noch keinen endgültigen Auftrag habe, da die Verhandlungen über einen weiteren Preisnachlaß stecken geblieben seien. Er überreichte gleichzeitig einen neuen Kostenanschlag mit den derzeit gültigen Preisen, abschließend mit einer Gesamtsumme von 16.292,35 DM.

Die Klägerin antwortete unter dem 20. Februar 1951, daß sie das Angebot vom 19. Februar 1951 ablehne, da der

Beklagte ihren Auftrag vom 21. August 1951 mit einer Ermäßigung seines Angebots vom 9. Juni 1950 um 3,5 % vorbehaltlos übernommen habe. Sie setzte eine Nachfrist bis zum 24. Februar unter der Androhung, die Arbeiten bei fortdauernder Weigerung von einer anderen Firma ausführen zu lassen und ihn, den Beklagten, für alle Mehrkosten und Schäden haftbar zu machen. Die Nachfrist verlängerte sie unter derselben Androhung am 27. Februar 1951 bis zum 2. März 1951. Der Beklagte antwortete nicht. Am 27. März 1951 erteilte die Klägerin einer anderen Firma den Auftrag zur Ausführung der Installationsarbeiten.

Mit der Klage fordert die Klägerin Zahlung von 7.172,50 DM nebst Zinsen als Differenz zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten der Arbeiten und den (nicht ermäßigten) Sätzen des Kostenanschlages des Beklagten vom 9. Juni 1950.

Der Beklagte bittet um Klageabweisung. Er behauptet, der erste Auftrag der Klägerin sei aufgehoben und eine weitere Vereinbarung nicht abgeschlossen worden. Das habe er nach den widersprechenden und verworrenen Erklärungen der Klägerin annehmen müssen. Das Zurückgreifen der Klägerin auf den von ihr selbst als nicht mehr bindend angesehenen Auftrag vom 17. Juli / 9. August 1950 beanstandet er als unzulässige Rechtsausübung. Im übrigen nimmt er ein Rücktrittsrecht vom ersten Verträge in Anspruch, weil die Klägerin nach Vertragsschluß die volle Erfüllung ihrer Vertragspflichten verweigert habe.

Beide Vorinstanzen haben den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte die Abweisung der Klage.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stimmt der vom Landgericht ausgesprochenen Rechtfertigung des Klagegrundes zu, weil ungeachtet des Scheiterns der Verhandlungen vom 21. August 1950 der erste Vertrag vom 17. Juli / 9. August 1950 nicht aufgehoben worden sei und der Beklagte keinen Rücktritt von diesem Vertrag erklärt, auch keinen Anlaß dazu in dem Verhalten der Klägerin gehabt habe. Dem Umstande, daß die Klägerin bis zur Ablehnung der Vertragserfüllung des Beklagten darauf bestanden hat, die von ihr gewünschte Preisermäßigung vom 21. August 1950 als bindend anzusehen, mißt das Berufungsgericht keine Bedeutung bei.

Diese Gründe tragen die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht. Zwar ist die Hauptverteidigung des Beklagten, wonach der erste Vertrag aufgehoben, der zweite nicht zustande gekommen sei, durch die Feststellungen des Berufungsgerichts widerlegt, die Klägerin habe sich, ohne die Rechtswirksamkeit des ersten Vertrages anzutasten, erfolglos bemüht, den Beklagten zu einem Preisnachlaß zu bestimmen und der Beklagte habe einen Rücktritt vom ersten Vertrage nicht erklärt. Damit ist die Verteidigung des Beklagten indessen nicht erschöpft.

Der Beklagte hat darüber hinaus geltend gemacht, daß die Klägerin sich vertragswidrig verhalten habe, so daß ihre Rechtsverfolgung unzulässig sei.

Diese Verteidigung des Beklagten ist schlüssig. Die Klägerin wäre nicht berechtigt, sich gemäß § 326 BGB vom Vertrage zu lösen, wenn und solange sie selbst vertragsuntreu geworden war. Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Beklagte seine Leistung mit Rücksicht auf diese Vertragsuntreue der Klägerin verweigert hat, sondern es genügt,

daß er sich im Prozeß darauf beruft. Das entspricht einer ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der der Senat sich anschließt (vgl. RGZ 67, 319; RGZ 120, 196; RGZ 149, 404; RGZ 152, 119 123; RGRK Anm 4 zu § 325, Anm 1 zu § 326).

Die Klägerin hat unstreitig nach Abschluß des Vertrages auf einer im Ergebnis mehr als 3,5 % ausmachenden Preisherabsetzung bestanden und an der Behauptung einer bindenden Vereinbarung hierüber festgehalten, obwohl sie jetzt zugeben muß, daß die von den Parteien vereinbarte Schriftform insoweit nicht eingehalten worden ist. Sie hat sich damit von einem Teil ihrer Vertragspflichten zu lösen versucht und den Beklagten im Ungewissen gelassen, ob er nach Beendigung der Arbeiten die vereinbarten Preise voll erhalten oder genötigt sein werde, im Klagewege gegen die Klägerin vorzugehen. Die Klägerin hat dieses vertragsuntreue Verhalten in der ganzen Zeit vom 21. August 1949 bis zur anderweiten Vergebung der Arbeiten fortgesetzt, insbesondere hat sie bei ihrer Mahnung und Fristsetzung nicht die Erfüllung des ursprünglich geschlossenen Vertrages vom 17. Juli / 9. August 1950 verlangt, sondern die Erfüllung des angeblichen "Vertrages" vom 21. August 1950, der nicht wirksam zustande gekommen ist.

Die Bedeutung dieser Vertragsuntreue der Klägerin war nicht gering. Eine Preisunterbietung von 3,5 % stellt bereits unter normalen Umständen eine erhebliche Erschütterung der Kalkulation eines Werklieferungspflichtigen dar. Im vorliegenden Fall treten Umstände hinzu, die dem Versuch der Klägerin, ihren Vertragspartner zu einem solchen Preisnachlaß zu nötigen, ein besonderes Gewicht verleihen. Der Zeitintervall zwischen der Abgabe des verbindlichen Kostenanschlages vom 9. Juni 1950 und dem Abruf der Arbeiten am 16. Februar 1951 betrug mehr als 8 Monate, ohne daß im Ver-

9

trage vom 17. Juli / 9. August 1950 von einer so langfristigen Bindung an die vereinbarten Preise die Rede gewesen war. In diese Zeit fiel die bekannte Steigerung des gesamten deutschen Preisniveaus als Folge der Korea-Krise. Die vereinbarten Preise stellten deshalb für den Beklagten bereits eine erhebliche Einbuße gegenüber seiner ursprünglichen Kalkulation dar. Wenn demgegenüber sich die Klägerin bei ihrer Mahnung und Fristsetzung nicht mit der Forderung auf Erfüllung des ursprünglichen Vertrages begnügte, sondern darüber hinaus auf Grund eines nicht wirksam zustande gekommenen Vertrages auf einer weiteren Preisherabsetzung bestand, so stellt das ein vertragswidriges Verhalten dar, das die Klägerin der Möglichkeit beraubt, ihrerseits den Beklagten für seine Leistungsverweigerung zur Verantwortung zu ziehen. Es verschlägt nichts, daß die Klägerin später, im Prozeß, ihren Fehler eingesehen und sich zur Anerkennung der wirklich vereinbarten Preise entschlossen hat. Denn mit der endgültigen Ablehnung der Vertragserfüllung des Beklagten, die spätestens in der angekündigten anderweiten Vergabung des Auftrags am 27. März 1951 zum Ausdruck kam, hat sich die Klägerin selbst vom Vertrage gelöst, ehe sie sich wieder zur Anerkennung der Vertragsgrundlage bereitgefunden hatte. Die Klägerin war also im Februar und März 1951 nicht berechtigt, dem Beklagten gegenüber die Verzugsfolgen aus § 326 BGB geltend zu machen. Das wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn feststehen würde, daß der Beklagte seinerseits nicht bereit war, den Vertrag zu den Bedingungen vom 17. Juli / 9. August 1950 zu erfüllen. Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht nicht getroffen, es hat seine Entscheidung vielmehr darauf gestützt, daß der Beklagte gewußt habe, der angemahnte Vertrag vom 21. August 1950 sei nicht zustande gekommen, es könne sich daher nur um den Vertrag vom 17. Juli / 9. August 1950 handeln. Die Erfüllungsverweigerung hat der Beklagte auf die irrtümliche

Annahme gestützt, der erste Vertrag sei durch das neue Angebot der Klägerin hinfällig geworden. Es steht dahin, wie sich der Beklagte verhalten hätte, wenn die Klägerin unter der Androhung der Schadensersatzforderung die Erfüllung des bindenden Vertrages verlangt hätte. Eine Feststellung in dieser Richtung kann nicht mehr getroffen werden, nachdem sich die Klägerin selbst vom Vertrage gelöst und damit die Möglichkeit einer erneuten Fristsetzung verloren hat.

Die Klage mußte deshalb unter Aufhebung der Urteile des Landgerichts und Oberlandesgerichts mit der Kostenfolge des § 91 ZPO abgewiesen werden.

Wilde Birnbach Krüger-Nieland Nastelski Nörr