

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 249 Ha, 252

Zur Frage, in welchem Zeitpunkt ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung fällig ist, wenn der Anspruch darauf gestützt ist, daß der Verpflichtete vereinbarungswidrig den Abschluß eines Bauvertrages verweigert und dem Berechtigten die Vergütung entgeht, die ihm aus dem Bauvertrage zugestanden hätte.

BGH, Urt. v. 18. Dezember 1963 - VIII ZR 100/63 - OLG Schleswig
LG Kiel

VIII ZR 100/63

Verkündet am 18. Dezember 1963
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Firma D [REDACTED] & Co. Kommanditgesellschaft vorm.
Robert Z [REDACTED] Nachf. in B [REDACTED]-Ha [REDACTED], R [REDACTED]-
straße, Am Sa [REDACTED], vertreten durch die Klägerin zu 2),
2. der persönlich haftenden Gesellschafterin Ruth G a [REDACTED] -
[REDACTED], ebendort,

Klägerinnen und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die De [REDACTED] S [REDACTED] Aktiengesellschaft H [REDACTED] in H [REDACTED]-
[REDACTED], Al [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand B.
Sch [REDACTED], J. Ba [REDACTED], Dr. R. Fl [REDACTED], W. Ho [REDACTED], Dr. C.
Ro [REDACTED] und Dr. K. St [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wieczorek -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. November 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gel-
haar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 3. Zivil-
senats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts in Schleswig vom 14. Februar 1963 auf-
gehoben und die Sache an das Berufungsgericht
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zu-
rückverwiesen, soweit das Urteil dem Klageantrag,
die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklä-
ren, wegen eines Betrages von 68 174,90 DM nicht
stattgibt und soweit es den Klägerinnen mehr als
13/20 der Kosten auferlegt.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben
die Klägerinnen 13/20 zu tragen. Die Entschei-
dung über die restlichen 7/20 dieser Kosten wird
dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1), ein Bauunternehmen, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Klägerin zu 2) ist, hatte sich durch Vertrag vom 11./19. März 1960 verpflichtet, ihren gesamten Bedarf an Schmier- und Treibstoffen für Bauarbeiten am Fohmarnsund bei der Beklagten zu decken. Die Beklagte hatte sich dafür bereit erklärt und dies mit Schreiben vom 18. Mai 1960 bestätigt, der Klägerin zu 1) im Falle eines im Verhältnis zu anderen Bewerbern preisgleichen Angebotes den Auftrag zum Bau eines Großtanklagers in Berlin-Spandau zu erteilen.

Nachdem die Klägerin zu 1) wegen Zahlungsschwierigkeiten mit der Bezahlung der von der Beklagten gelieferten Mineralöle in Rückstand geraten war, erwirkte die Beklagte gegen beide Klägerinnen am 7. März 1962 ein Versäumnisurteil über 196 655,22 DM nebst Zinsen, das den Klägerinnen am 21. März 1962 zugestellt und mit Ablauf des 4. April 1962 rechtskräftig wurde.

Am 17. März 1962 hatte die Klägerin zu 1) der Beklagten auf deren Ausschreibung für die Bauarbeiten am Großtanklager in Berlin-Spandau ein Angebot übersandt und sich zugleich erboten, "in den Konkurrenzpreis einzutreten", sofern sie im Preis zu hoch liege. Auf eine Mitteilung der Beklagten hin paßte sie sodann mit Schreiben vom 24. März 1962 ihren Voranschlag dem günstigsten Konkurrenzangebot an. Mit Fernschreiben vom 26. März 1962 stellte ihr die Beklagte die Auftragserteilung und die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil in Aussicht, sofern sie "mit Rücksicht auf die bekannte Liquiditätslage" bis zum 29. März 1962 die selbstschuldnerische Bürgschaft einer Berliner Großbank bis 500 000 DM für alle Schäden und sonstigen Nachteile aus einer un--

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



sachgemäßen oder verspäteten Durchführung des Baues beibringe und bestimmte andere Bedingungen erfülle. Die Klägerin zu 1) übersandte ihr daraufhin eine schriftliche Bauwerksgarantie der Wi [REDACTED]-V [REDACTED]-Gesellschaft. Die Beklagte teilte ihr mit Fernschreiben vom 29. März 1962 mit, daß sie die Bauwerksgarantie als unzureichend betrachte. Am selben Tage richtete sie ein weiteres Fernschreiben folgenden Inhalts an die Klägerin zu 1):

"Den Auftrag für die Bauarbeiten auf dem Großtanklager Spandau können wir Ihnen nicht erteilen, weil Sie unsere Bedingungen zumindest nicht fristgemäß erfüllt haben.

Der Belieferungsvertrag vom 11./19.3.60 mit Zusatzabkommen vom 18.5.60 wird per sofort gekündigt. Eine weitere Begründung folgt schriftlich."

Die Klägerin zu 1) erwiderte hierauf mit Schreiben vom 2. April 1962. Sie bezichtigte darin die Beklagte einer eindeutigen Vertragsverletzung, bat sie aber, bevor sie, die Klägerin zu 1), daraus rechtliche Konsequenzen ziehe, um ihre Stellungnahme. Mit Schreiben vom 3. April 1962 begründete die Beklagte ihre ablehnende Entscheidung. Nach mehreren vergeblichen Versuchen, die Beklagte umzustimmen, erklärte die Klägerin zu 1) mit Schreiben vom 29. Mai 1962, daß sie gegen die Forderung der Beklagten aus dem Versäumnisurteil vom 7. März 1962 mit einer Schadensersatzforderung wegen Verletzung des Abkommens vom 18. Mai 1960 aufrechne.

Die Beklagte betreibt die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 7. März 1962.

Die Klägerin zu 1) berührt sich eines Schadensersatzanspruchs wegen entgangenen Gewinns in Höhe von 68 174,90 DM. Sie vertritt die Auffassung, daß die Be-

klagte unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verpflichtet gewesen sei, bis zur voraussichtlichen Beendigung der Bauarbeiten an ihrem Großtanklager ihre Forderung aus dem Versäumnisurteil zu stunden.

Mit ihrer am 4. Juni 1962 erhobenen Klage beantragten die Klägerinnen, die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil für unzulässig zu erklären.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerinnen zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgen die Klägerinnen ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A. Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung.

I. Das Berufungsgericht ist, mit dem Landgericht übereinstimmend der Ansicht, die Klage sei auf Tatsachen gestützt, deren Berücksichtigung § 767 Abs.2 ZPO verbiete. Die Schadensersatzforderung der Klägerin zu 1) sei schon mit Zugang des Fernschreibens der Beklagten am 29. März 1962 entstanden. Zu jenem Zeitpunkt sei das Versäumnisurteil, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben wird, noch nicht rechtskräftig gewesen. Die Klägerinnen hätten daher ihre Einwendungen mit dem Einspruch gegen das Versäumnisurteil geltend machen müssen; der Weg der Vollstreckungsgegenklage sei ihnen verschlossen. Darauf, daß die Einspruchsfrist zur Zeit der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage schon verstrichen gewesen sei, komme es nicht an.

Die Revision hält die Auffassung des Berufungsgerichts für unrichtig. Sie vertritt die Ansicht, nach dem eindeutigen und daher der Auslegung nicht zugänglichen Wortlaut des § 767 Abs.2 ZPO könne die Vollstreckungsgegenklage gegen ein rechtskräftiges Versäumnisurteil auch auf solche Tatsachen gestützt werden, die nach der mündlichen Verhandlung, auf die es erlassen worden ist, jedoch vor Ablauf der Einspruchsfrist entstanden seien.

Über die Tragweite des § 767 Abs.2 ZPO besteht allerdings insoweit Streit, als diese Bestimmung die Vollstreckungsgegenklage gegen Versäumnisurteile zum Gegenstand hat. In Rechtsprechung und Schrifttum werden sowohl die Auffassung des Berufungsgerichts als auch die von der Revision verfochtene Ansicht vertreten. Einer Entscheidung bedarf es hier nicht, weil entgegen der Meinung des Berufungsgerichts die Einwendung, die die Klägerinnen auf Grund der Aufrechnung gegen den Urteilsanspruch geltend macht, erst nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden ist.

II. 1. Auch wenn, wie das Berufungsgericht annimmt, die Beklagte ernstlich und unbedingt die Erfüllung der Verpflichtung, der Klägerin zu 1) den Bauauftrag zu erteilen, verweigert hat, so wurde dadurch nicht ohne weiteres ein Schadensersatzanspruch der Klägerin zu 1) ausgelöst. Bei einer positiven Vertragsverletzung des Schuldners ist der Gläubiger nicht darauf angewiesen, Schadensersatz zu fordern. Er kann auch vorerst noch den Erfüllungsanspruch geltend machen und die Entschliebung hinausschieben, ob er wegen der Erfüllungsverweigerung des Gegners von dem Recht, die Annahme der Leistung abzulehnen und Schadensersatz zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, Gebrauch machen will. Erst mit

der Wahl des Schadensersatzes entsteht der Schadensersatzanspruch und entfällt das Recht auf Erfüllung (RGZ 83,176,178; 91,99,101; 102,262,264). Das Verlangen nach Schadensersatz hat die Klägerin zu 1) aber erst geraume Zeit nach Ablauf der Einspruchsfrist erklärt.

2. Der Bundesgerichtshof hat allerdings in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht die Auffassung vertreten, daß im Sinne des § 767 Abs.2 ZPO die aus einer Aufrechnung hergeleitete Einwendung nicht erst entsteht, wenn die Aufrechnung erklärt wird, sondern schon dann entstanden ist, wenn sich die Forderungen aufrechenbar gegenüber gestanden haben (BGHZ 34,274,278). Dieser Grundsatz findet hier zwar nicht unmittelbar Anwendung, weil die Wahl des Schadensersatzes erst die Aufrechnungslage schafft, aber nicht schon die Aufrechnung herbeiführt. In Rechtsprechung und Schrifttum wird aber zum Teil die Meinung vertreten, der Schuldner sei darüber hinaus nach § 767 Abs.2 ZPO auch mit allen denjenigen Einwendungen ausgeschlossen, die er bis zu dem nach dieser Bestimmung maßgebenden Zeitpunkt durch eine Willenserklärung auslösen konnte, wie Wandlung, Anfechtung, Rücktritt, Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung (Stein/Jonas/Schönke, 18.Aufl. § 767 Anm. II 2 c; Sydow/Busch, 22.Aufl. § 767 Anm.9 und wohl auch das Reichsgericht SeuffArch 83 Nr.176). Diese Frage braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Die Klägerinnen hätten, auch wenn sie schon in der letzten mündlichen Verhandlung oder vor Ablauf der Einspruchsfrist die Annahme der Gegenleistung abgelehnt und Schadensersatz gewählt hätten, zu diesem Zeitpunkt gegen die mit der damaligen Klage geltend gemachte Forderung noch nicht mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnen können.

3. Die Beklagte verweigerte die Erfüllung des Vertrages vom 11./19. März 1960. Dieser verpflichtete sie, mit der Klägerin zu 1) einen Bauvertrag abzuschließen. Die Klägerinnen stützen ihren Schadensersatzanspruch nicht darauf, daß ihnen ein Schaden schon zu dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte den Abschluß des Bauvertrages verweigerte, entstanden sei. Sie fordern vielmehr entgangenen Gewinn und machen hierzu geltend, die Beklagte hätte, wenn sie den Bauvertrag geschlossen hätte, der Klägerin zu 1) eine Vergütung zahlen müssen, aus der nach Abzug der Aufwendungen und Unkosten der Klägerin zu 1) ein Gewinn von 68 174,90 DM verblieben wäre.

Daß die Klägerin zu 1), wenn sie den Bauauftrag erhalten hätte, im Zeitpunkt des Ablaufes der Einspruchsfrist am 4. April 1962 noch keinen Anspruch auf Werklohn erlangt hätte, liegt auf der Hand. Das Gegenteil ist auch von keiner Partei behauptet worden. Diejenige Leistung der Beklagten, wegen deren Ausbleiben die Klägerin zu 1) nach ihrer Darstellung Schadensersatz zu fordern berechtigt ist, war also damals noch nicht fällig. Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners kann zwar die Fristsetzung gemäß § 326 BGB entbehrlich machen. Sie bewirkt aber nicht, daß der Schuldner in Verzug gerät, ehe die Leistung fällig wird (RG WarnRspr 1919 Nr.87; ebenso Planck, BGB 4.Aufl. § 280 Anm.1 d, § 284 Anm.2 b). Da die Leistung des Schadensersatzes in erster Linie durch Herstellung des Zustandes zu erfolgen hat, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetre-

ten wäre (§§ 249, 251 BGB), kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur in der Weise verlangen, daß der Verpflichtete den der Vertragsleistung entsprechenden Betrag an dem Tage zahlt, der dem Fälligkeitstermin entsprechen würde (RG WarnRspr 1920 Nr.187).

Soweit es sich um die Aufrechnung mit dem Betrage von 68 174,90 DM handelt, war die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das prüfen muß, ob den Klägerinnen ein Schadensersatzanspruch zusteht.

B. Stundung der Urteilsforderung.

I. Die Klägerinnen haben in den vorangegangenen Rechtszügen geltend gemacht und die Revision schließt sich dem an, daß die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verpflichtet sei, den Klägerinnen wegen des die Schadensersatzforderung übersteigenden Betrages in solcher Weise Stundung zu gewähren, wie es entsprechend der Zusage vom 26. März 1962 geschehen wäre, wenn sie den Bauauftrag erteilt hätte.

Insoweit ist indessen die Klage schon mangels Schlüssigkeit nicht begründet. Durch das Fernschreiben vom 26. März 1962, in dem die Beklagte sich für den Fall, daß die Klägerin zu 1) mit einer Abzugsquote von 30 % einverstanden sei und der Auftrag erteilt werde, bereit erklärte, die Zwangsvollstreckung bis zur Durchführung des Auftrages einstellen zu lassen, ist eine Stundungsvereinbarung nicht zustande gekommen. Dem Angebot dieses Fernschreibens lag die Forderung zugrunde, daß die Klägerin zu 1) die selbstschuldnerische Bürgschaft einer Berliner Großbank bis zum Betrage von 500 000 DM beibringe. Diese Forderung hat die Klägerin zu 1) unstreit-

tig nicht erfüllt. Die Klägerinnen hätten also unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes höchstens dann eine Stundung begehren können, wenn sie im Vertrage vom 11./19. März 1960, von dem die Beklagte sich lösen wollte, vereinbart worden wäre. Das ist aber nicht der Fall.

Soweit das angefochtene Urteil dem Klageantrage wegen eines den Betrag von 68 174,90 DM übersteigenden Betrages nicht stattgibt, ist es daher mindestens im Ergebnis zutreffend. In diesem Umfange war die Revision demnach zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus den §§ 92, 97 ZPO. Im Umfang der Zurückverweisung war dem Berufungsgericht auch die Kostenentscheidung zu übertragen.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Dr.Mezger Dr.Messner Mormann