

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: BGB § 325

Rechtssatz:

Eine Vertragspartei, die Vertragsuntreu geworden ist, kann aus einer vom Vertragsgegner erklärten Erfüllungsverweigerung trotz der eigenen Vertragsverletzung dann Rechte für sich herleiten, wenn der Vertragsgegner erklärt hat, auf seiner Erfüllungsverweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der andere Teil die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeit vornehmen würde, und wenn deshalb das Verlangen des Vertragsgegners nach Vertragserfüllung mit Treu und Glauben unvereinbar ist (Bestätigung von RGZ 149, 401).

Aktenzeichen: VIII ZR 282/56

Urt. des BGH v. 29. Oktober 1957

OLG Düsseldorf

Verkündet laut Protokoll
am 29. Oktober 1957
Klett, Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Standard-Kesselgesellschaft Gebr. F [REDACTED] Komman-
ditgesellschaft in D [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Wilhelm F [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Baumeister Hans S [REDACTED], Inhaber eines Ingenieur-
büros und Holzbearbeitungswerks in B [REDACTED] W [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1957 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 8. Juni 1956 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten der Re-
vision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat mit einem als "vorläufige Bestellung" bezeichneten Schreiben vom 3. Januar 1953 bei dem Kläger die Lieferung einer Eisenkonstruktionshalle, die aus einem Mittelschiff und zwei Seitenschiffen bestehen sollte, und mehrerer Baracken vereinbart. Der Bestellung lag der Plan des Klägers zu Grunde, eine der Firma B[REDACTED] KG in B[REDACTED] gehörige Halle zu erwerben und sie unter zusätzlicher Verwendung von Neueisen zur Herstellung der der Beklagten zu liefernden Halle zu benutzen. Das Gesamtgewicht der Halle wurde im Schreiben der Beklagten vom 3. Januar 1953 mit 250 to angegeben, wobei eine Toleranz von 7 to mehr oder weniger vorgesehen war. Der Preis "des Gesamtgewichts" wurde bei einem Tonnenpreis von 560,--DM mit 140.000 DM errechnet. Durch ein weiteres Schreiben der Beklagten vom 9. Januar 1953 wurde der Umfang der Lieferung im einzelnen festgelegt. Das Gesamtgewicht sollte sich um 6 to ermäßigen. Demnach würde es, so heißt es im Schreiben wörtlich, "bei einem durchschnittlichen Tonnenpreis von DM 560,- jetzt auf einen Gesamtpreis von 136.140,- DM kommen". Hinsichtlich der Zahlungen wurde vereinbart: An die Firma B[REDACTED] 30.000 DM bei Bestellung, an den Kläger 20.000 DM sofort und 30.000 DM bei vollständiger Ablieferung. Der Rest sollte durch verschiedene Akzepte mit Teilprolongation bis zu 12 Monaten, so daß alle drei Monate ein Viertel eingelöst wurde, abgedeckt werden.

Nachdem die Beklagte einen Teil der Hallen-Bestandteile und des Neueisens sowie sonstige Konstruktions- teile geliefert erhalten hatte, entstanden zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten, u.a. auch wegen der Prolongation der Wechsel, mit denen die Firma B[REDACTED] KG bezahlt werden sollte, und wegen der Zahlungen an die Lieferantin des Neueisens, die die Beklagte unmittelbar



leisten sollte. Beide Parteien warfen sich Vertragsverletzungen vor. Der Kläger befand sich im Juni 1953 mit Eisenlieferungen im Rückstand, während die Beklagte sich weigerte, ihr übersandte auf das Gewicht des gelieferten Eisens abgestellte Rechnungen in einem von ihr selbst mit 55.940,09 DM angegebenen Betrage zu bezahlen.

Die Beklagte setzte mit Schreiben vom 11. Juni 1953 dem Kläger zur Lieferung der restlichen Materialien eine Frist bis zum 20. Juni 1953 und erklärte, sie müsse ihn für alle Schäden, die ihr durch die schleppenden Lieferungen entstünden, haftbar machen. Sollten, so heißt es in dem Schreiben weiter, die Lieferungen bis zum 20. Juni 1953 nicht eingetroffen sein, sei sie, die Beklagte, gezwungen, sich zu Lasten des Klägers das Material anderweitig zu beschaffen. Die Parteien haben hierauf die Geschäftsverbindung abgebrochen.

Der Kläger hat mit der Klage Zahlung eines Betrages von 1.200 DM als Teilbetrag des ihm angeblich von der Beklagten geschuldeten Honorars für Anfertigung von Konstruktionszeichnungen, das er mit 9.908,86 DM errechnet, verlangt. Die Beklagte hat im ersten Rechtszuge eine Verpflichtung zur Zahlung des Honorars in Abrede gestellt. Sie hat Widerklage auf Zahlung von 30.000 DM nebst Zinsen erhoben und diesen Anspruch damit begründet, daß sie infolge Verzuges und positiver Vertragsverletzung berechtigt sei, von dem Kläger Schadensersatz dafür zu fordern, daß er vertragsuntreu geworden sei und die bestellte Halle nicht vollständig geliefert habe. Ihren gesamten Schaden hat die Beklagte nach Anrechnung von nicht verwendeten Konstruktionsteilen und von Schrott auf 139.519,27 DM geschätzt.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt und hat die Widerklage abgewiesen. Im zweiten Rechtszuge hat die Beklagte den geltend gemachten Teil des Honoraranspruchs anerkannt, hat jedoch mit ihrer Schadensersatzforderung aufgerechnet. Den Antrag der Widerklage hat sie aufrecht erhalten. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag und den Anspruch der Widerklage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1) Die Beklagte gründet ihre Schadensersatzansprüche auf zwei Umstände: Einmal habe der Kläger eine positive Vertragsverletzung begangen. Er habe die Lieferung der dreischiffigen Halle an Hand eines geschätzten Gewichtes von 244 to und eines Preises von 560,- DM je to zu einem Gesamtpreise von 136.640 DM versprochen. Bei der vereinbarten Toleranz von 7 to hätte der Preis sich höchstens auf 140.560 DM stellen dürfen. Durch von der Bauaufsichtsbehörde verlangte zusätzliche Leistungen sei ein Mehrverbrauch nur von etwa 5 to Eisen im Werte von 2.800 DM erforderlich geworden. Der Kläger habe sich jedoch hinsichtlich der notwendigen Eisenmengen verschätzt. Nachdem die Lieferungen begonnen hätten, habe er vertragswidrig die Bezahlung der Eisenkonstruktionshalle nicht nach dem vereinbarten Pauschalpreise, sondern nach der tatsächlich erforderlichen Eisenmenge verlangt und habe erklärt, unter anderer Bedingung nicht mehr liefern zu wollen. Zum anderen sei der Kläger, nachdem er Teile der Halle geliefert habe, mit der Lieferung des restlichen Materials in Verzug geraten.

2) Zu der ersten Begründung führt das Berufungsgericht aus: Die Beklagte könne aus der angeblichen Vertragsverletzung des Klägers keine Rechte herleiten, da sie zuerst Vertragsuntreu geworden sei. Der Kläger habe sich auf eine Bezahlung nach tatsächlichem Gewicht erst berufen, nachdem die Beklagte zuvor die Bezahlung bereits empfangener Lieferungen unberechtigt verweigert und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt habe.

3) Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist, wie die Revision mit Recht rügt, nicht frei von rechtlichen Bedenken und wird dem Sachvortrag der Beklagten nicht gerecht.

a) Das Berufungsgericht hat die Frage, ob zwischen den Parteien für die Halle ein Festpreis oder ein Tonnenpreis vereinbart worden ist, nicht entschieden, da es eine Entscheidung für unerheblich gehalten hat. Für die Revision ist deshalb zu unterstellen, daß die Behauptungen der Beklagten zutreffen. Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe zur Errichtung der Halle, nachdem der Kläger, wie unstreitig ist, Konstruktionsteile im Gewicht von etwa 320 to geliefert hat, noch 223,523 to Eisen gekauft, und es seien noch weitere 16,8 to Eisen zu beschaffen. 70 to Eisen will die Beklagte nicht haben verwenden können. Danach erfordert nach der Darstellung der Beklagten die Fertigung der Halle insgesamt etwa 490 to Eisen. Diese Menge hat bei dem zu Grunde gelegten Preis von 560 DM pro Tonne einen Wert von 274.400 DM. Der Kläger hätte also, wenn die Behauptung der Beklagten zutrifft, es sei ein Pauschalpreis von höchstens 140.560 DM vereinbart, auch unter Hinzurechnung der von der Beklagten zugebilligten Mehrlieferung von 5 to, noch Leistungen im Werte von über 130.000 DM ohne Vergütung erbrin-

gen müssen. Hierzu war der Kläger, der selbst vorträgt, seine Vermögenslage sei damals angespannt gewesen, da er einen Flüchtlingsbetrieb habe, unstreitig nicht in der Lage. Er hat eine Verpflichtung, die Lieferung der Halle nach einem Pauschalpreis abzurechnen, auch im Rechtsstreit beharrlich in Abrede gestellt.

Das Verhalten des Klägers würde, die Behauptungen der Beklagten als richtig angenommen, sich als schuldhaft^e Leistungsstörung oder positive Vertragsverletzung darstellen. Wenn der Kläger entgegen der hier zugrunde zu legenden Vertragsabrede nicht nach einem Pauschalpreis abrechnen wollte, sondern die Auffassung vertrat, zur Lieferung nur verpflichtet zu sein, wenn das gelieferte Eisen nach Gewicht bezahlt werde, so brachte er, gleichgültig ob er mit der Heranschaffung der Eisenteile schon im Rückstande war oder nicht, in das ihn mit der Beklagten verbindende Rechtsverhältnis eine solche Unsicherheit, daß der Beklagten die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht zuzumuten war. Beharrte nämlich der Kläger auf seinem Standpunkt, so lag die Gefahr greifbar nahe, daß er, sobald die Zahlungen der Beklagten die Höhe des Pauschalpreises erreicht hatten und sie deshalb weitere Zahlungen nicht mehr leistete, seine Lieferungen einstellte und die Beklagte sich alsdann auf ihre Kosten die weiteren Eisenteile beschaffen mußte. Die Rechtsprechung hat anerkannt, daß ein Schuldner, der seine Leistung für die Zukunft verweigert oder nur unter vertragswidrigen Bedingungen leisten will, eine positive Vertragsverletzung begeht (RGZ 171, 297, 301; 172, 20, 24). Ohne daß es im Regelfall der Setzung einer Frist oder der Androhung der Erfüllungsablehnung bedarf, kann der von der Vertragsverletzung Betroffene vom Vertrage abgehen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder aber auch vom Vertrage zurücktreten (BGHZ 11, 80, 83, 84).

b) Das Berufungsgericht hält den durch Aufrechnung und Widerklage verfolgten Schadensersatzanspruch indessen für unbegründet, weil der Kläger zu der Zeit, als die Beklagte mit Schreiben vom 11. Juni 1953 eine Frist setzte und den Deckungskauf androhte, sich noch nicht darauf berufen habe, es sei kein Festpreis vereinbart worden, und er deshalb damals den Vertrag noch nicht verletzt haben könne. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte sei daher in jenem Zeitpunkt nicht berechtigt gewesen, die Bezahlung des erhaltenen Eisens abzulehnen. Ob es, wie die Revision geltend macht, bei dieser Auffassung die Behauptung der Beklagten übersehen hat, daß der Kläger schon im Mai 1953 den erwähnten Standpunkt vertreten habe, kann dahingestellt bleiben. Die Erklärung vom 11. Juni 1953 hat für den Anspruch der Beklagten ohnehin keine Bedeutung. Auf sie kann die Beklagte ihre Schadensersatzforderung schon deshalb nicht gründen, weil sie sich in dem Schreiben auf eine angebliche Weigerung des Klägers, zum Pauschalpreis zu liefern, garnicht bezogen hat. Die Androhung, zum Selbsthilfekauf überzugehen, ist vielmehr allein darauf gestützt, daß der Kläger einen größeren Teil des benötigten Eisens noch nicht geliefert habe und daß ihr durch die schleppenden Lieferungen große Schwierigkeiten entstanden seien. Nach dem Inhalt dieser Erklärung ist damals also das Verlangen des Klägers, nach dem Umfange der Lieferungen und nicht nach einem Pauschalpreis abzurechnen, für die Androhung der Beklagten, vom Vertrage abzugehen, nicht maßgeblich gewesen. In der Erklärung, mit der ein Gläubiger wegen positiver Vertragsverletzung sich vom Vertrage lösen will, müssen indessen die maßgebenden Gründe als für seine Erklärung bestimmend bezeichnet werden. Auch ist ein Nachschieben neuer Gründe nicht zulässig (BGHZ 11, 80, 86).

c) Der Umstand, daß das Schreiben vom 11. Juni 1953 für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen vermochte, schließt aber nicht aus, daß der Anspruch der Beklagten trotzdem begründet sein könnte. Einem Gläubiger steht es frei, wenn seine frühere Erklärung sich nicht als stichhaltig erweist, auf Grund neuer Umstände eine neue Erklärung abzugeben. Das Berufungsgericht geht davon aus, der Kläger könne frühestens im Juni 1953, und zwar zeitlich nach der Erklärung der Beklagten vom 11. Juni 1953, den Vertrag dadurch verletzt haben, daß er sich auf sein angebliches Recht berufen habe, seine künftigen Lieferungen zusätzlich zu berechnen. Gerade von diesem Standpunkt aus hätte das Berufungsgericht angesichts der von ihm vorgenommenen Unterstellung prüfen müssen, ob die Beklagte sich nicht, wenigstens nunmehr mit einer neuen Erklärung, vom Vertrage abgehen zu wollen, gegen eine positive Vertragsverletzung des Klägers hätte wehren können. Eine solche Erklärung bedarf keiner bestimmten Form und kann auch noch durch Prozeßerklärungen im Rechtsstreit abgegeben werden. So liegt der Fall hier. Der Kläger hat auch in der Zeit nach der Abgabe der Erklärung der Beklagten vom 11. Juni 1953 und im Rechtsstreit auf dem Standpunkt beharrt, die Beklagte sei nicht berechtigt, den Kaufpreis nach einem Pauschalbetrage zu bezahlen, sondern sei verpflichtet, den Kaufpreis nach dem tatsächlichen Gewicht zu entrichten. Die Beklagte hat hierauf im Rechtsstreit, erstmalig im Schriftsatz vom 26. April 1954, erklärt, sie habe, da der Kläger mit dem Einwande hervorgetreten sei, er könne eine Gesamtabrechnung auf der Grundlage der gelieferten Eisenmenge beanspruchen, und da er die Erfüllung der an ihn gestellten Forderungen abgelehnt habe, zu Deckungskäufen schreiten müssen, und hat hierauf gestützt Schadensersatz für die Kosten der anderweitigen Beschaffung

des Eisens, also wegen Nichterfüllung, verlangt. Sie hat damit unmißverständlich zu erkennen gegeben, daß sie statt Erfüllung des Vertrages nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, weil der Kläger abredewidrig sich weigere, nach einem Festpreis abzurechnen.

d) Vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus würde der Beklagten allerdings auch unter diesem Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch versagt bleiben müssen, weil sie selbst zuvor vertragsuntreu gewesen sei. In dieser Auffassung kann dem Berufungsgericht aber nicht gefolgt werden. In der Rechtsprechung wird zwar angenommen, daß, wer selbst vertragsuntreu ist, nicht aus der Vertragsuntreue des anderen Teiles Rechte für sich herleiten könne (RGZ 149,401,404; 152,119,123). Diesen für den Rücktritt maßgeblichen Rechtsgrundsatz allgemein auch auf den Schadensersatzanspruch anzuwenden, hat das Reichsgericht (RGZ 123,238,241) abgelehnt. Es meint, durch die Tatsache, daß beide Vertragsteile den Vertrag verletzten, würden die Schadensersatzansprüche, die jeder Teil durch die Vertragsverletzungen des anderen erlange, nicht beseitigt; denn dies würde im Ergebnis dazu führen, daß überhaupt von keiner Vertragsverletzung gesprochen werden könnte, wenn beide Parteien den Vertrag nicht erfüllten. Das kann indessen auf sich beruhen. Eigene Vertragsuntreue schließt Ansprüche jedenfalls nur solange aus, wie dieser Zustand währt (RGZ 152,119,123). Der Pflicht zur Beseitigung der eigenen Vertragsverletzung ist aber der Gläubiger enthoben, wenn der andere Teil kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsverweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeit vornehmen würde (RGZ 149,401,404). Alsdann ist der Gläubiger nicht gehindert, trotz vor-

heriger eigener Vertragsverletzung aus der Vertragsuntreue des Gegners die rechtlichen Folgerungen zu ziehen.

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte auf die Eisenteile unstreitig 119.232,69 DM gezahlt. Selbst wenn sie noch den Betrag von 53.940,09 DM bezahlt hätte, über die sie für geliefertes Eisen vom Kläger Rechnung erhalten hatte, wäre der Kläger, wie sein Vortrag im Rechtsstreit ergibt, nicht bereit gewesen, die gesamte Lieferung nach einem Pauschalpreis abzurechnen. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts wäre die Beklagte, ehe sie vom Vertrage abging, verpflichtet gewesen, den am Pauschalpreis noch fehlenden Betrag zu zahlen, selbst wenn schon feststände, daß der Kläger sich auch nach einer solchen Erfüllung unberechtigt weigern würde, die weiteren Leistungen nunmehr, da der Pauschalpreis ja erreicht war, ohne besondere Vergütung zu erbringen. Die Beklagte müßte mithin Zahlungen leisten, obwohl sie bei der Weigerung des Klägers gezwungen wäre, aus eigenen Mitteln das noch fehlende Eisen im Werte von über 130.000 DM zu beschaffen, und vom Kläger Ersatz dieser Aufwendung verlangen könnte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte hätte mit einem Abgehen vom Vertrage so lange warten müssen, bis ihre eigenen Zahlungen den angeblich vereinbarten Pauschbetrag erreichten, wird daher den schutzwürdigen Interessen der Beklagten nicht gerecht. Ein solches Verlangen zu stellen wäre, wie das Reichsgericht (aaO) zutreffend angenommen hat, mit Treu und Glauben unvereinbar. Auch die Folgerung des Berufungsgerichts, eine Regulierung im Sinne der Beklagten sei am 15. Mai 1953, als sie mit ihren Zahlungen in Rückstand gekommen sei, noch durchaus möglich gewesen, findet im unstreitigen Sachverhalt keine Stütze. Der Kläger hat selbst nicht vorgetragen, daß er, wenn die Beklagte die bis zum 15. Mai 1953 aufgelaufenen Rechnungen bezahlt hätte,

bereit gewesen wäre, künftig an Hand des angeblich vereinbarten Pauschalpreises abzurechnen. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob, wie das Berufungsgericht meint, aus dem Schreiben des vom Kläger beauftragten Rechtsanwalts Dr. Lange vom 15. Juni 1953, der die Erklärung der Beklagten vom 11. Juni 1953 beantwortete, noch nicht zu schließen ist, daß der Kläger hartnäckig auf seinem - nach Ansicht der Beklagten - falschen Rechtsstandpunkt verharren würde. Er hat das jedenfalls im Rechtsstreit getan, als die Beklagte sich auf die Erfüllungsverweigerung des Klägers berief, und ist nicht davon abgegangen.

e) Zu Unrecht hält das Berufungsgericht schließlich einen Schadensersatzanspruch für ausgeschlossen, weil zwar die Beklagte selbst nicht mehr bereit gewesen sei, den Vertrag zu erfüllen, den Kläger aber habe am Verträge festhalten wollen. Das Berufungsgericht läßt nicht erkennen, woraus es herleitet, die Beklagte habe, nachdem sie sich entschlossen hatte, einen Deckungskauf vorzunehmen, von dem Kläger weiter Erfüllung verlangt. Der Vortrag der Parteien läßt keine Umstände erkennen, aus denen ein solcher Schluß gezogen werden könnte.

II. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durfte daher die vom Berufungsgericht im Wege einer Unterstellung zugunsten des Klägers beantwortete Frage, ob die Parteien einen Festpreis vereinbart oder die Abrede getroffen haben, das Entgelt für die Hallenteile solle sich nach dem Gewicht des Eisens bestimmen, nicht unentschieden gelassen werden. Einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen positiver Vertragsverletzung konnte das Berufungsgericht mit der gegebenen Begründung nicht verneinen. Unter diesen Umständen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, und es braucht deshalb auf die weiteren Rügen der Revision nicht mehr eingegangen zu werden.

III. Das Revisionsgericht ist zur Auslegung der in dem Kaufvertrage enthaltenen Preisabrede nicht in der Lage. Sie muß, da die Vorgänge, die zu der Vereinbarung geführt haben, zwischen den Parteien streitig sind, durch den Tatrichter erfolgen. Die Sache ist daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem ist auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Mezger Dr. Messner