

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

BGB § 249 Hd; KO § 193

Wird über das Vermögen desjenigen, dem ein Schuldbefreiungsanspruch zusteht, das Konkursverfahren eröffnet, so bleibt dieser Anspruch seinem Umfang nach unberührt, wenn das Konkursverfahren durch Zwangsvergleich beendet wird und die Schuld, von der der Gemeinschuldner Befreiung beansprucht, dem Zwangsvergleich entsprechend zum Teil erlassen wird.

BGH, Urt. v. 22. September 1971 - VIII ZR 38/70 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 38/70

URTEIL

Verkündet am
22. September 1971
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W [REDACTED] K G, Objekteinrichtungen
in D [REDACTED], Graf-A [REDACTED]-Straße [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter Helmuth W [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma A [REDACTED], Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung & Co., Kommanditgesellschaft in Liquida-
tion in R [REDACTED], Rh [REDACTED]straße, gesetzlich vertreten
durch ihren Liquidator Horst M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Dezember 1969 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Kommanditgesellschaft, betrieb das Baugeschäft. Persönlich haftender Gesellschafter war der Bauingenieur J. [REDACTED]. Kommanditist und gleichzeitig Prokurist war in den Jahren 1965/1966 der Bauingenieur M. [REDACTED]. Beruflich war M. [REDACTED] freischaffender Ingenieur. Am 24. Januar/11. Februar 1966 wurde zwischen der Klägerin und der Beklagten, einem Büroeinrichtungshaus, ein Vertrag geschlossen, durch den die Beklagte der Klägerin einen Buchungsautomaten Euconta 300/350 für rund 38 200 DM verkaufte. Die Vereinbarung über das Entgelt lautet im Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 11. Februar 1966 wie folgt:



"...

Sie (das ist die Beklagte) erteilten dem Ingenieurbüro M [REDACTED] den Auftrag über die Erstellung der Ingenieurarbeiten (statische Berechnung, Matten- und Bewehrungspläne einschl. Matten- und Stahllisten) über Ihr Bauprojekt in D [REDACTED], welches einen Umfang von ca. 45.000 cbm umbauten Raum hat. Die Abrechnung dieser Ingenieurarbeiten erfolgt nach G.O.I. (bedeutet Gebührenordnung für Ingenieure), ... Herr M [REDACTED] verpflichtet sich, in Zusammenarbeit mit Ihrem Architekten eine den ingenieurmäßigen Vorschriften entsprechende, wirtschaftliche Berechnung aufzustellen. ... Mit der Erstellung der statischen Berechnung soll in einigen Wochen begonnen werden. ...

Zwischen Ihnen und unserem Herrn M [REDACTED] wurde verbindlich vereinbart, daß der Preis des Abrechnungsautomaten ADLER EUCONTA 300/350 mit den Kosten der Ingenieurarbeiten gegeneinander aufgerechnet wird. ..."

Die Parteien waren unstreitig übereinstimmend der Auffassung, daß ein Unterschied zwischen dem Preis des Buchungsautomaten und der nach der GOI errechneten Vergütung für die Ingenieurleistungen in Geld auszugleichen sei. Bis zu der auf Ende 1966 angesetzten Lieferung des Automaten überließ die Beklagte, wie es vereinbart war, der Klägerin einen Automaten EUCONTA 100 zum monatlichen Mietzins von 250 DM.

Mit Schreiben vom 16. September 1966 ihres persönlich haftenden Gesellschafters erklärte die Beklagte der Klägerin:

"...

bei unserer Besprechung am 25.8.1966 mußte ich Ihnen leider die Mitteilung machen, daß ich mich zur Zeit nicht in der Lage sehe, die mit Vertrag vom 11.2.1966 vereinbarte Statik in Auftrag zu geben, da ich mich entschlossen habe, das Bauprojekt nicht durchzuführen. Sie wollten mir noch mitteilen, ob Sie unter dieser Voraussetzung Ihren Auftrag aufrechterhalten wollen.

Ich informierte Sie, daß evtl. als Ausgleich ein Projekt in Ratingen für meinen Betrieb in Frage kommen kann. Ich bin bereit, bei Durchführung des Projektes Ihnen den Auftrag zu erteilen unter der Voraussetzung, daß Ihre Preise mit denen der anderen Angebote übereinstimmen. ..."

Die Klägerin weigerte sich mit Schreiben vom 26. September 1966, die Beklagte aus dem Vertrag zu entlassen. Sie erklärte in diesem Schreiben:

"...

Da ich durch einen umfangreichen Betriebsneubau finanziell angespannt bin, ist es mir nicht möglich, Sie aus Ihren Vertragsverpflichtungen zu entbinden und die Maschine ohne Verrechnung durch ein Gegengeschäft zu übernehmen."

Mit Schreiben vom 10. November 1966 an den Ingenieur M. erklärte die Beklagte, das Bauvorhaben lasse sich in absehbarer Zeit nicht realisieren, so daß ein Gegengeschäft in der vorgesehenen Form nicht gegeben sei. Sie fügte hinzu:

"...

Da das Bauvorhaben sich schon aus Gründen der Geldmarktsituation nicht durchführen läßt, werden Sie sicher auch verstehen, daß ich nicht in der Lage bin, Ihnen einen Buchungsautomaten im Werte über DM 40.000,-- zu liefern, ohne die Möglichkeit zu haben, den Gegenwert zu erhalten, da ich verpflichtet bin, meine Lieferanten auf jeden Fall zu bezahlen.

Zur Lösung der Probleme möchte ich Ihnen daher vorschlagen, daß ich die Maschine über einen Mietkaufvertrag auf 4 - 5 Jahre finanziere, so daß durch die geringen Monatsraten die Anschaffung bei Ihnen nicht ins Gewicht fallen wird. ..."

Am 23. Dezember 1966 setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist bis 10. Januar 1967 zur Lieferung des Buchungsautomaten gemäß Vertrag mit der Androhung einer Erfüllungsablehnung und einer Schadensersatzforderung. Die Beklagte lieferte den Automaten EUCONTA 300/350 nicht. Am 6. März 1967 erklärte die Klägerin der Beklagten, sie werde unverzüglich einen Abrechnungsautomaten bei der Firma K[REDACTED] bestellen, sie ersuche die Beklagte, den Preis von 41 200 DM bar zu zahlen.

Im Frühjahr 1967 schrieb die Beklagte die Statikerleistungen für ein in D[REDACTED]-L[REDACTED] zu errichtendes, aus drei Wohnhäusern und einer Tiefgarage bestehendes Bauvorhaben aus. Dabei forderte sie auch den Ingenieur M[REDACTED] auf. Das Angebot des M[REDACTED] lautete auf 39 690 DM, das niedrigste Angebot

eines der anderen Bewerber auf 21 000 DM. Der Bewerber mit dem niedrigsten Angebot erhielt den Zuschlag.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Höhe des angeblich von der Firma K[REDACTED] gekauften Automaten mit 41 200 DM sowie Ersatz von Anwaltskosten in Höhe von 318,24 DM. Sie rechnet mit dieser Schadensersatzforderung gegen die Forderung der Beklagten auf Zahlung der Miete für den Buchungsmaten EUCONTA 100 für die Zeit von Anfang April 1966 bis Ende April 1967 in Höhe von 3 250 DM auf. Mit der Klage hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von $(41\,200 + 318,24 = 41\,518,24 \text{ DM} \cdot 3\,250 \text{ DM} =)$ 38 268,24 DM nebst Zinsen begehrt. Hilfsweise begründet sie die geltend gemachte Schadensersatzforderung damit, daß sie einem Anspruch des Ingenieurs M[REDACTED] in Höhe von 40 000 DM ausgesetzt sei, weil M[REDACTED] den ihm von ihr, der Klägerin, erteilten Auftrag, die Statikarbeiten bei dem Bau der Beklagten zu leisten, infolge des Verhaltens der Beklagten nicht habe ausführen können. Daher sei sie, die Klägerin, ihm zur Leistung des Werklohnes verpflichtet. Für den Fall, daß M[REDACTED] den Auftrag von der Beklagten erhalten habe, stützt die Klägerin den Klageanspruch darauf, daß M[REDACTED] ihr seine ihm gegen die Beklagte zustehenden Ansprüche abgetreten habe.

Während des ersten Rechtszuges wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Klägerin eröff-

net. Der Konkursverwalter lehnte die Aufnahme des Rechtsstreits ab, woraufhin die Klägerin das Verfahren aufnahm. Das Konkursverfahren hat mit einem bestätigten Zwangsvergleich geendet, durch den den Gläubigern eine Vergleichsquote von 35 % gewährt wurde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht sieht einen Schaden in Höhe von 28 000 DM und weiteren 318,24 DM Anwaltskosten als nachgewiesen an und verurteilt die Beklagte unter Abzug der aufgerechneten 3 250 DM zur Zahlung von 25 068,24 DM nebst Zinsen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage in vollem Umfange. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Daß die Klägerin anderweit einen K[REDACTED]-Automaten für 41 200 DM gekauft habe, sieht das Berufungsgericht nicht als erwiesen an. Es prüft daher nicht, welche Ansprüche der Klägerin im Falle eines derartigen Deckungskaufes zugestanden hätten. Das Berufungsgericht begründet den Schadensersatzanspruch der Klägerin in der zugesprochenen Höhe von 28 000 DM wie folgt: Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hätten die Parteien vereinbart, das Entgelt für den Bu-

chungsautomaten EUCONTA 300/350 solle dadurch erbracht werden, daß der Ingenieur M[REDACTED] die Statikarbeiten bei einem von der Beklagten geplanten, im einzelnen bestimmten Bau ausführe. Von dem Kaufvertrage habe die Klägerin sich nach §§ 325, 326 BGB lösen können, weil die Beklagte mit der ihr obliegenden Leistung der Lieferung des Buchungsautomaten in Verzug geraten sei und überdies bereits durch Schreiben vom 10. November 1966 es ernsthaft und endgültig abgelehnt habe, den Automaten vertragsmäßig zu liefern, vielmehr erklärt habe, zur Lieferung nur gegen Zahlung des Kaufpreises in Geld bereit zu sein. Der Schaden der Klägerin ergebe sich daraus, daß sie mit ihrem Kommanditisten M[REDACTED] einen Vertrag geschlossen habe, durch den M[REDACTED] sich der Klägerin gegenüber verpflichtet habe, der Beklagten die Ingenieurleistungen für deren Neubau zu erbringen. Der Klägerin sei daran gelegen gewesen, einen eigenen durchsetzbaren Anspruch gegen M[REDACTED] auf diese Leistung zu erlangen, weil der Werklohnanspruch des M[REDACTED] mit dem Kaufpreis für den Buchungsautomaten habe verrechnet werden sollen. Andererseits habe dem Ingenieur M[REDACTED] gegen die Klägerin ein eigener Anspruch zustehen sollen, von ihr Zahlung der nach der Gebührenordnung für Ingenieure (GOI) üblichen Vergütung zu erhalten. Dieser Anspruch des M[REDACTED] sei dadurch, daß die Verbindlichkeit der Beklagten zur Lieferung des Automaten erloschen und sich in eine Schadensersatzverbindlichkeit gegenüber der Klägerin verwandelt habe, nicht berührt worden. Die M[REDACTED] gegen die Klägerin zustehende Vergütung schätzt

das Berufungsgericht auf 40 000 DM. Diesen Betrag ermäßigt es auf 28 000 DM, weil die Klägerin sich die infolge der Nichterfüllung für M[REDACTED] ergebenden Vorteile anrechnen lassen müsse. Es meint, M[REDACTED] habe Arbeitsaufwendungen in Höhe von 30 % des Vergütungsbetrages = 12 000 DM erspart. Im übrigen sei die Klägerin, sofern M[REDACTED] ein eigener Anspruch gegen die Beklagte zugestanden habe, ermächtigt, diesen Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen.

II. Die Revision kann keinen Erfolg haben.

1. Die Revision macht in erster Linie geltend, der Kaufvertrag habe, als die Klägerin Erfüllung verlangte, nicht mehr die ursprünglichen Rechte und Pflichten zum Gegenstand gehabt. Die Beklagte sei nämlich, als die Klägerin ihr die Frist zur Bewirkung der Leistung setzte, zur Lieferung des Automaten ohne Barzahlung nicht mehr verpflichtet gewesen. Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, die Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 24. Januar/11. Februar 1966 sei insoweit weggefallen, als die Beklagte infolge Verschlechterung der allgemeinen Wirtschaftslage und ihrer Lage im besonderen vom geplanten Bau habe Abstand nehmen müssen und den Automaten ohne Barzahlung nicht mehr hätte liefern können. Diese Auffassung hat das Berufungsgericht jedoch im Zusammenhang mit den Ausführungen über den Verzug der Beklagten jedenfalls im Ergebnis zutreffend ver-

neint. Das Berufungsgericht meint, eine allgemeine Verschlechterung der Wirtschaftslage möge vielleicht im Jahre 1966 eingetreten sein. Diese Verschlechterung habe aber Bauherren, Bauunternehmer und beratende Ingenieure in gleichem Maße betroffen. Sie habe daher keine ungleiche Benachteiligung der Beklagten mit sich gebracht, die die Beklagte berechtigen würde, nur noch Lieferung gegen die nach dem klaren Inhalt des Vertrages gerade ausgeschlossene volle Barzahlung zu verlangen. Das Berufungsgericht meint also, die Verschlechterung der Wirtschaftslage habe nicht dazu geführt, daß der Wert von Leistung und Gegenleistung sich in einer für die Beklagte unzumutbaren Weise verschoben habe. Dem ist beizustimmen. Der erkennende Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß regelmäßig weder eine allgemeine Verschlechterung der Wirtschaftslage noch der Umstand, daß jemand durch eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse wirtschaftlich ungünstiger steht, als nach den getroffenen Vereinbarungen zu erwarten war, genügen, um ihm aus Billigkeitsgründen ein Abgehen vom Vertrage zu erlauben (so Urteil vom 29. September 1969 - VIII ZR 3/68 = WM 1969, 1323). Daß es sich im übrigen bei den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Beklagten Ende 1966 nicht um eine grundlegende Änderung der Verhältnisse handelte, ergibt sich schon daraus, daß sie im Frühjahr 1967 die Bauplanung wieder aufgenommen hatte. Damit erledigt sich auch der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe nicht unter dem Gesichtspunkt der Vertragsanpassung geprüft, ob die Klägerin auf Änderungsvorschläge der Beklagten hätte eingehen müssen.

2. Für den Fall, daß der Vertrag die vereinbarte Gestaltung behalten habe, meint die Revision weiter, sei die Klägerin nicht berechtigt gewesen, die Annahme des verkauften Buchungsautomaten abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen:

a) Die Beklagte habe sich nicht im Verzuge befunden. Dazu führt die Revision aus:

aa) Die Klägerin habe den Mietzins für die EUCONTA 100 für die Zeit vom 1. April 1966 bis 30. April 1967 mit 3 250 DM nicht gezahlt.

Abgesehen davon, daß die Klägerin zur Zahlung von Mietzins wohl nur bis zu dem Zeitpunkt verpflichtet gewesen wäre, zu dem die Beklagte den Buchungsautomaten 300/350 hätte liefern müssen, also bis Dezember 1966 in Höhe von 2 250 DM, kann sich die Beklagte darauf, daß die Klägerin den Mietzins für die EUCONTA 100 schuldig geblieben ist, nicht berufen. Ob ihr ein Zurückbehaltungsrecht an dem verkauften Buchungsautomaten nach § 273 BGB zugestanden hat, kann dahingestellt bleiben. Ein solches Recht hätte, wie das Berufungsgerecht mit Recht annimmt, den Verzug der Beklagten nur ausgeschlossen, wenn sie es geltend gemacht hätte (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 25. November 1970 - VIII ZR 101/69 - BGHWarn 1970 Nr. 270; Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 273 Anm.15). Ein Zurückbehaltungsrecht hat die Beklagte jedenfalls vor dem Schreiben der Klägerin vom 23. Dezember 1966, in dem die Frist zur Erfüllung gesetzt wurde, nicht

geltend gemacht. Sie hat vielmehr in den Schreiben vom 16. September 1966 und 10. November 1966 eindeutig die Lieferung des Buchungsautomaten mit der Begründung verweigert, daß das Bauvorhaben nicht durchgeführt werden könne. Ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB braucht zwar im Gegensatz zum Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB, um Verzug auszuschließen, nicht geltend gemacht zu werden. Es hindert bereits durch sein bloßes objektives Bestehen den Eintritt des Schuldnerverzuges (Urteil vom 26. Oktober 1965 - V ZR 87/63 = LM BGB § 320 Nr. 9 = BGHWarn 1965 Nr. 211 = WM 1965, 126, 129). Ob der von der Revision angegriffenen Auffassung des Berufungsgerichts beizupflichten ist, die Zahlung des Mietzinses für die EUCONTA 100 stehe zur Lieferung der EUCONTA 300/350 nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis des § 320 BGB, braucht nicht entschieden zu werden. Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB ist nämlich nach ständiger Rechtsprechung, daß derjenige, der das Recht ausüben will, noch beim Vertrage stehenbleibt. Lehnt er die Erfüllung endgültig ab, also auch für den Fall, daß der Gegner die fehlende Leistung erbringen würde, so gerät er in Verzug (Urteil des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1957 - VIII ZR 282/56 = LM BGB § 325 Nr. 6 = NJW 1958, 177 = WM 1958, 113). Hier hat, wie schon erwähnt, die Beklagte die Lieferung des verkauften Buchungsautomaten endgültig abgelehnt.

Die Auffassung der Revision, die Beklagte habe die Lieferung nicht ernsthaft und endgültig abgelehnt,

geht fehl. Wenn die Beklagte im Schreiben vom 16. September 1966 erklärte, sie sehe sich nicht in der Lage, die im Vertrag vereinbarte Statik in Auftrag zu geben, weil sie sich entschlossen habe, das Bauprojekt nicht durchzuführen, und wenn sie im Schreiben vom 10. November 1966 erklärte, das Bauvorhaben lasse sich nicht durchführen und sie sei nicht in der Lage, den Buchungsmaschinen ohne Gegenwert in bar zu liefern, so hat das Berufungsgericht hieraus ohne Rechtsirrtum den Schluß gezogen, die Beklagte habe es damals endgültig abgelehnt, den Vertrag in der vorgesehenen Form und zu der vereinbarten Zeit zu erfüllen.

bb) Die Revision kann auch nicht mit ihrem Vorbringen gehört werden, die Klägerin habe die Leistung der Statikerarbeiten nicht angeboten. Die Klägerin war nicht verpflichtet, ihre Leistungen anzubieten, weil die Beklagte die Entgegennahme der Statikerarbeiten mit Schreiben vom 16. September 1966 abgelehnt hatte.

b) Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß das Berufungsgericht zutreffend der Klägerin auch das Recht zugebilligt hat, sich vom Vertrage in entsprechender Anwendung der §§ 325, 326 BGB zu lösen, weil die endgültige Erfüllungsverweigerung einer Vertragspartei als positive Vertragsverletzung das Vertragsverhältnis so stark beeinträchtigen kann, daß dem Vertragsgegner ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten ist.

3. Wenn demnach die Klägerin mit Recht die Durchführung des Vertrages abgelehnt hat, so ist ihr Scha-

denersatzanspruch dem Grunde nach berechtigt. Auch die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Höhe hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Das Berufungsgericht legt den Vertrag vom 24. Januar/11. Februar 1966 ersichtlich dahin aus, die von der Klägerin als Entgelt geschuldete Leistung habe in den Statikarbeiten für das Bauvorhaben der Beklagten bestanden. Es stellt von der Revision unangefochten fest, zur Ausführung dieser Arbeiten habe die Klägerin sich des Ingenieurs M. [REDACTED] bedienen wollen und deshalb mit M. [REDACTED] einen Werkvertrag zur Leistung der Statikarbeiten geschlossen. Das Berufungsgericht sieht den Schaden der Klägerin darin, daß sie aus dem mit M. [REDACTED] geschlossenen Vertrag in Anspruch genommen werden kann und so mit den aus dem Werkvertrag erwachsenen Verpflichtungen belastet ist.

Diese Auffassung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Gläubiger, der berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, hat einen Anspruch darauf, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag ordnungsmäßig erfüllt worden wäre. Verlangt wie hier ein Käufer Ersatz des konkreten Schadens, so besteht der Schaden in dem Unterschied zwischen der Vermögenslage bei richtiger Lieferung des Verkäufers und dem durch die Nichtlieferung entstandenen wirklichen Vermögensstand des Käufers (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 326 Anm. 31 und 40). Hat der

Käufer Aufwendungen zur Erlangung der Gegenleistung getroffen, so bemißt sich sein Schaden nach der Vermögenseinbuße, die er dadurch erleidet, daß Aufwendungen nicht mehr rückgängig gemacht werden können und sich als nutzlos erweisen (RGZ 127, 245, 248; Urteil des erkennenden Senats vom 28. Mai 1969 - VIII ZR 135/67 = WM 1969, 835, 836). So stellt es das Berufungsgericht für den vorliegenden Fall fest. Die Klägerin hat, so ist das Berufungsgericht zu verstehen, den Vertrag mit M. [REDACTED] zwar gekündigt, weil die Beklagte ihrerseits sich weigerte, die Statikerarbeiten abzunehmen. Dadurch wurde nach Auffassung des Berufungsgerichts die Klägerin aber nicht völlig befreit. M. [REDACTED] konnte von ihr vielmehr die nach § 649 BGB zu bemessende Vergütung fordern. Daß auch die bloße Belastung mit Ansprüchen einen Schaden darstellt, entspricht übereinstimmender Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 8. März 1967 - VIII ZR 4/65 = LM BGB § 276 K7 Nr. 3 = BGHWarn 1967 Nr. 63; Staudinger/Werner BGB 10./11. Aufl. Vorbem. 9 vor § 249; BGB RGRK 11. Aufl. § 249 Anm. 16; Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. §§ 249 bis 253 Anm. 10). Besteht der Schaden in der Belastung mit einer Verbindlichkeit, so geht der Ersatzanspruch des Geschädigten nach § 249 Satz 1 BGB auf Befreiung von der Verbindlichkeit.

Der Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei verpflichtet, an M. [REDACTED] eine nach § 649 BGB zu bemessende Vergütung zu zahlen, liegt die Annahme

zugrunde, daß die Ansprüche des M[REDACTED] gegen die Klägerin durch die Auflösung des zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehenden Vertragsverhältnisses nicht berührt worden seien. Die vom Berufungsgericht dafür gegebene Begründung, die Klägerin müsse, da die Verbindlichkeit der Beklagten zur Leistung sich in eine Schadensersatzverbindlichkeit verwandelt habe, billigerweise auch Ingenieur M[REDACTED] die geschuldete Vergütung in der vereinbarten Weise leisten, begegnet allerdings Bedenken. Der Vergütungsanspruch des M[REDACTED] kann nicht davon abhängen, ob der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zusteht, vielmehr setzt der Schadensanspruch der Klägerin voraus, daß M[REDACTED] von ihr etwas zu fordern hat. Trotz der fehlerhaften Begründung ist dem Berufungsgericht aber im Ergebnis zu folgen. Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt sich nämlich die Feststellung des Berufungsgerichts, daß zwischen der Klägerin und M[REDACTED] ein bedingungsloser, vom Vertrag über die Lieferung des Buchungsautomaten unabhängiger Werkvertrag geschlossen worden ist. Der M[REDACTED] gegebene Auftrag sollte nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht davon abhängen, daß die Klägerin ihrerseits die ihr gegenüber der Beklagten obliegende Leistung zu erbringen hatte. M[REDACTED] sollte nicht etwa als Gesellschafter der Klägerin tätig werden, sondern genauso wie ein beliebiger freischaffender Ingenieur. Die Klägerin wollte, um sicher zu gehen, daß sie ihre Verpflichtung der Beklagten gegenüber erfüllen konnte, M[REDACTED] als Ingenieur unter den üblichen Ver-

tragsbestimmungen verpflichten. Das hatte, wie das Berufungsgericht feststellt, zur Folge, daß M. [REDACTED] bereits Personal für die Ausführung der zu erbringenden Leistungen bereitgestellt und nicht für andere Arbeiten eingesetzt hatte. Damit rechtfertigt sich die Auffassung, daß die Klägerin und M. [REDACTED] nicht etwa willens gewesen sind, ihren Vertrag unter der Bedingung zu schließen, daß die Verpflichtung der Klägerin gegenüber der Beklagten bestehen bleibe. In dieser Hinsicht hat die Revision auch keine Rügen erhoben. Es ist auch nicht ersichtlich, was für die Annahme sprechen könnte, die Geschäftsgrundlage für den zwischen der Klägerin und M. [REDACTED] geschlossenen Vertrag sei weggefallen. Die Gefahr, daß der vom Besteller mit dem bestellten Werk verfolgte Zweck entfällt, geht regelmäßig zu Lasten des Bestellers. Dem Umstand, daß der Werkvertrag auf eine Wertschöpfung im Interesse des Bestellers gerichtet ist und dessen Interesse nach Vertragsschluß entfallen kann, trägt die Bestimmung des § 649 BGB Rechnung, nach der der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen kann.

b) Die Revision meint, die Klägerin könne die dem Ingenieur M. [REDACTED] nach § 649 BGB zustehende Vergütung deshalb nicht in der geltend gemachten Höhe von 40 000 DM fordern, weil M. [REDACTED] verpflichtet gewesen sei, das niedrigste Gebot bei der im Frühjahr 1967 erfolgten Ausschreibung abzugeben. Der Revision schwebt anscheinend der Gedanke vor, die Klägerin sei nach § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet gewesen, den ihr

entstandenen Schaden dadurch zu mindern, daß sie M [REDACTED] veranlaßte, sich mit einer geringeren Vergütung zu begnügen. Eine Verpflichtung des M [REDACTED] hierzu hat das Berufungsgericht indessen ohne Rechtsirrtum abgelehnt. Es führt aus, der Vertrag vom 24. Januar/ 11. Februar 1966 sei nicht durch spätere Abreden dahin geändert worden, daß die Heranziehung des Ingenieurs M [REDACTED] durch eine Übereinstimmung seiner Preise mit denen der anderen Angebote bedingt sei. Das Berufungsgericht hat den Vertrag dahin ausgelegt, M [REDACTED] habe Anspruch auf die nach der GOI übliche Vergütung haben sollen und sei nicht verpflichtet gewesen, zu der von den anderen Bewerbern geforderten, weit unter den Sätzen der GOI liegenden Vergütung zu arbeiten. Mit ihrem Angriff gegen diese Auffassung befindet die Revision sich auf dem ihr verschlossenen Gebiet der Vertragsauslegung. Was aber die Höhe der nach der GOI zu berechnenden Gebühren betrifft, so ist das Berufungsgericht dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. N [REDACTED] gefolgt. Soweit im Schreiben der Klägerin vom 11. Februar 1966 von einer "wirtschaftlichen Berechnung" die Rede ist, hat das Berufungsgericht diese Abrede dahin ausgelegt, die Berechnung müsse im Rahmen des Gesamtvorhabens wirtschaftlich sein. Das bedeute aber nicht, daß M [REDACTED] sich zu einer Unterschreitung der Sätze der GOI verpflichtet habe. Daß eine wirtschaftliche Berechnung bei einer Vergütung von 40 000 DM vorliege, hat das Berufungsgericht im Rahmen seiner Schätzung (§ 287 ZPO) unter Berücksichtigung des Gutachtens des Sachverständigen angenommen. Die Rüge der Revi-

sion, eine "wirtschaftliche Berechnung" hätte zu einem Nachlaß bei der Gebührenberechnung führen müssen, setzt sich mit der dem Tatrichter obliegenden Vertragsauslegung und Beweismwürdigung in Widerspruch.

c) Im späteren Konkurs der Klägerin ist ein Zwangsvergleich geschlossen worden, durch den den Gläubigern eine Vergleichsquote von 35 % gewährt wurde. Das Berufungsgericht führt aus, der Zwangsvergleich habe die Schadensersatzforderung der Klägerin nicht berührt. Soweit sich infolge des Zwangsvergleichs der Anspruch des Ingenieurs M. gegen die Klägerin auf die Vergleichsquote vermindert habe, führe das deswegen nicht zu einer Herabsetzung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte, weil der durch die Herabsetzung der Ansprüche eingetretene Vorteil nicht adäquat dadurch verursacht sei, daß die Beklagte den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag nicht mehr erfülle. Diese Herabsetzung wäre vielmehr auch im Falle der Vertragserfüllung eingetreten.

Der Auffassung des Berufungsgerichts ist, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis zu folgen. Es geht allerdings nicht um die Frage des Ausgleiches eines durch die schädigende Handlung entstandenen Vorteils, sondern um die Frage, wie hoch der Schaden der Klägerin ist. Da, wie bereits erwähnt ist, der Schaden der Klägerin in der Belastung mit der Verbindlichkeit gegenüber dem Ingenieur M. besteht, kann die Klägerin nach § 249 Satz 1 BGB grund-

sätzlich nur Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen. Sie ist nur deshalb berechtigt, Leistung an sich zu beanspruchen, weil M■■■■■, wie das Berufungsgericht feststellt, sie hierzu ermächtigt hat.

Entscheidend ist deshalb, ob ein Schuldbefreiungsanspruch der Höhe nach beeinflußt wird, wenn der Umfang der Schuld, von der Befreiung verlangt wird, durch einen in der Person des Schuldners liegenden Umstand sich ändert. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Schrifttum insbesondere im Zusammenhang mit dem Fall behandelt worden, daß der aus dem Befreiungsanspruch Berechtigte in Konkurs fällt und der Gläubiger, von dessen Forderung Befreiung begehrt wird, nur die Konkursquote zu beanspruchen hat. Nach allgemeiner Meinung gehört der Befreiungsanspruch zur Konkursmasse und verwandelt sich in der Hand des Konkursverwalters in einen Zahlungsanspruch auf den vollen Betrag der Schuld des Gemeinschuldners und nicht bloß der dem Gläubiger gebührenden Konkursquote (RGZ 71, 363; 81, 250; 93, 212; 139, 321; Jaeger/Lent KO 8. Aufl. § 23 Anm. 14 f; Mentzel/Kuhn KO 7. Aufl. § 1 Anm. 38). Dieser Grundsatz läßt sich allerdings auf den vorliegenden Fall, daß der Konkursverwalter den Befreiungsanspruch freigegeben hat und der Gemeinschuldner selbst Klage erhebt, nicht ohne weiteres anwenden. In den genannten Entscheidungen wird das Recht des Konkursverwalters zur Einziehung des vollen Betrages insbesondere damit begründet, daß der Befreiungsanspruch zur Konkursmasse gehöre und daher zur Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger

dienen müsse. Dieser Gesichtspunkt kommt im Falle, daß der Konkursverwalter den Befreiungsanspruch freigibt und ein Zwangsvergleich geschlossen wird, nicht zum Tragen. In der Entscheidung RGZ 71, 363 bringt das Reichsgericht aber auch zum Ausdruck, daß, sowenig der Schuldner durch den Konkurs von seiner Schuld zu dem nicht gedeckten Teil befreit werde, sowenig auch der Konkurs eine Befreiung des Regreßschuldners bewirke, weil andernfalls dieser einen durch nichts gerechtfertigten Gewinn ziehe. Diesen Gedankengang hat das Reichsgericht im Urteil RGZ 81, 250, 252 weiter verfolgt. Dort hatte der beklagte Versicherer eingewendet, der Anspruch auf Befreiung von der Haftpflichtschuld sei weggefallen, weil der Versicherungsnehmer zahlungsunfähig geworden sei und ihm deshalb aus einer Zwangsvollstreckung des Geschädigten ein Schaden nicht mehr entstehe. Das Reichsgericht führt unter Berufung auf seine Entscheidung im Konkursfalle aus, wenn dem Versicherungsnehmer nicht die Befugnis zuerkannt werde, die ganze Versicherungssumme einzuziehen, so würde der Versicherer aus dem zufälligen Umstand der Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers einen unverdienten und im objektiven Rechte nicht begründeten Vorteil ziehen. Diese vom Gesetz unmöglich gewollte Folge würde auch dann eintreten, wenn man bei einer außerhalb des Konkurses eingetretenen Unfähigkeit des Versicherungsnehmers, seine Gläubiger zu befriedigen, dessen Befreiungsanspruch in Wegfall brächte. Ein solches Ergebnis würde mit der Billigkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben in schroffem Widerspruch stehen, deshalb müsse

das Gesetz auch Mittel und Wege bieten, es zu vermeiden. In späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht allerdings ausgesprochen, die Belastung mit Schulden stelle dann keinen Schaden dar, wenn der Geschädigte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten außerstande sei, so daß ihn seine Schulden praktisch nicht beschwerten. Das sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Betroffene gegenwärtig und in absehbarer Zukunft weder freiwillig seine Schulden werde bezahlen können oder wollen, noch dazu werde gezwungen werden können. Es sei nicht zu rechtfertigen, daß der Gläubiger anstelle seines zahlungsunfähigen Schuldners einen leistungsfähigen Ersatzpflichtigen bekomme (RGZ 146, 360; 147, 248). Von diesem Standpunkt aus müßte allerdings angenommen werden, daß der Klägerin ein über die Vergleichsquote hinausgehender Schaden nicht entstanden ist. Denn die Klägerin kann zur Zahlung des Restbetrages an den Ingenieur M. nicht gezwungen werden. Da sie sich in Liquidation befindet, dürfte sie auch zu einer freiwilligen Zahlung nicht in der Lage sein.

Diese Auffassung des Reichsgerichts ist jedoch im Schrifttum überwiegend auf Ablehnung gestoßen (Staudinger/Werner BGB 10./11. Aufl. Vorbem. 9 vor § 249; Erman/Sirp BGB 4. Aufl. § 249 Anm. 6 c; BGB RGRK 11. Aufl. § 249 Anm. 16; Palandt/Heinrichs BGB 30. Aufl. Vorbem. 2 d vor § 249; a.A. Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. §§ 249 bis 253 Anm. 10). Auch der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in Frage gestellt, ob man überhaupt

Vermögenslosigkeit als einen das Vorliegen eines Schadens ausschließenden Umstand für möglich erachten könne (Urteil vom 21. Dezember 1959 - III ZR 33/59-VersR 1960, 273, 276 = WM 1960, 494, 497). Der erkennende Senat vermag sich der in den Entscheidungen RGZ 146, 360 und 147, 248 vertretenen Auffassung nicht anzuschließen, sondern stimmt mit den Gedankengängen des Reichsgerichts im Urteil RGZ 81, 250 überein. Wird zugrunde gelegt, daß die Belastung mit Ansprüchen grundsätzlich einen Schaden bildet, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Schuldner zur Zeit nicht in der Lage ist, die Verbindlichkeiten aus seinem Vermögen zu tilgen. Auch bei Vermögenslosigkeit bleibt es dabei, daß sein Vermögen mit der Schuld belastet ist. Im übrigen läßt sich schwerlich ein Fall denken, in dem es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist, daß ein vermögensloser Schuldner nicht wieder zu Geldmitteln gelangen könnte.

Von der Auffassung, daß ein Schuldbefreiungsanspruch durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Berechtigten nicht berührt wird, ist auch für den Fall nicht abzuweichen, daß das Konkursverfahren mit einem Zwangsvergleich abgeschlossen wird. Zwar können, anders als bei Beendigung des Konkursverfahrens durch Ausschüttung der Masse, die Gläubiger, soweit sie nicht befriedigt sind, ihre Forderung nicht mehr gegen den Schuldner durchsetzen. Nach § 193 KO ist der im Zwangsvergleich erlassene Teil der Konkursforderung aber nicht end-

gültig erloschen, sondern bleibt als natürliche Verbindlichkeit bestehen. Die für die Forderung gestellten Sicherheiten bleiben erhalten, es können auch neue Sicherheiten bestellt und bestehende Sicherheiten ausgetauscht werden (BGHZ 31, 174, 180; Mentzel/Kuhn KO 7. Aufl. § 193 Anm. 8). Die Zahlung der Restschuld entspricht auch einer Anstandspflicht, so daß die Rückforderung nach § 814 BGB ausgeschlossen ist (RGZ 70, 77; Mentzel/Kuhn aaO Anm. 8). Gerade die Tatsache, daß die Zahlung der Restschuld einer Anstandspflicht entspricht, rechtfertigt die hier vertretene Auffassung. Die Durchsetzung des Befreiungsanspruches in voller Höhe bewirkt, daß der Gläubiger, von dessen Forderung der Anspruchsberechtigte befreit werden soll, genau das erhält, worauf er Anspruch hat und das zu zahlen der in Vermögensverfall geratene Schuldner, der Befreiung verlangen kann, sittlich verpflichtet ist. Nicht anders ist es im vorliegenden Fall. Zwar fordert die Klägerin Zahlung an sich. Wirtschaftlich macht sie aber einen Befreiungsanspruch geltend und der gesamte von der Beklagten zu zahlende Betrag soll in das Vermögen ihres Gläubigers M. fließen. Im Verhältnis zwischen ihr und M. wird also der Rechtszustand hergestellt, der ohne den Konkurs über das Vermögen der Klägerin bestehen würde. Wäre ein Anspruch der Klägerin nur in Höhe der dem Ingenieur M. zustehenden Vergleichsquote anzuerkennen, so würde die Beklagte, die wegen ihrer Vertragsuntreue zum Schadensersatz verpflichtet ist, aus dem Vermögensverfall der Klägerin einen durch nichts gerechtfertigten Gewinn erzielen.

III. Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann