

227

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-

VIII ZR 72/71

URTEIL

Verkündet am

21. Juni 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Paul F. [REDACTED] in S. [REDACTED] G. [REDACTED]
Straße [REDACTED], handelnd unter der Firma Maschinenfabrik
Paul F. [REDACTED] in R. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma C. [REDACTED] - Gaststättenbeteiligungs-
GmbH & Co. B. [REDACTED] KG, vertreten durch die persönlich
haftende Gesellschafterin, die C. [REDACTED]-Gaststättenbe-
teiligungs-GmbH, diese vertreten durch den Geschäfts-
führer H. [REDACTED] in B. [REDACTED], K. [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte

des zweiten Rechtszuges:

Rechtsanwälte H. [REDACTED] H.W. [REDACTED]
und E. [REDACTED] in [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Februar 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin richtet Gaststätten ein. Sie schloß am 30. August 1969 mit dem Beklagten, der Gaststätteneinrichtungen herstellt, einen Vertrag auf Lieferung von Einrichtungen für etwa 25 Imbiß-

- 3 -

läden und Gaststätten zum Preise von rund 1 500 000 DM. Die für ein Lokal jeweils erforderliche Leistung sollte von Fall zu Fall endgültig festgelegt werden. Hinsichtlich der Zahlung war vereinbart, daß 50 % des Gesamtauftrages von der Auftraggeberin in bar zu erbringen war, dergestalt, daß 20 % als Anzahlung nach Abschluß des Vertrages und 30 % nacheinander bei Anlieferung zu zahlen waren. Die restlichen 50 % des Gesamtaufpreises sollten bei Anlieferung von der Auftraggeberin mit 36 gleichen Monatsakzepten entrichtet werden. Zur gleichen Zeit schloß der Beklagte mit der ebenfalls in B[REDACTED] ansässigen Firma W[REDACTED] Vermittlungsgesellschaft mbH & Co. Immobilien KG (im folgenden W[REDACTED]-KG) einen weiteren Lieferungsvertrag. In die Gesellschaft trat er als Kommanditist mit einer bar entrichteten Kommanditeinlage von 25 000 DM ein.

Die Klägerin übersandte dem Beklagten nach Abschluß des Vertrages zunächst Wechsel und leistete am 12. November 1969 auf die vereinbarte Baranzahlung durch Scheck einen Betrag von 50 000 DM. Gleichzeitig führte sie mit dem Beklagten unter Hinzuziehung eines Mitinhabers der ebenfalls in B[REDACTED] ansässigen Firma B[REDACTED] I[REDACTED] und P[REDACTED] oHG (im folgenden B[REDACTED]-oHG), des Architekten G[REDACTED], Verhandlungen über eine Erhöhung des Auftrages vom 30. August 1969 auf etwa 3,2 Mill. DM. Dem Architekten G[REDACTED] zahlte der Beklagte für Honorar 20 000 DM.an.



Als die Klägerin weitere Beträge auf die vereinbarte Anzahlung von 300 000 DM nicht leistete und einer Bitte des Beklagten, einen Vertragsentwurf über die Erhöhung des Auftrages auf 3,2 Mill. zu unterzeichnen, nicht nachkam, richtete der Beklagte unter dem 2. Dezember 1969 ein Schreiben an die Klägerin, in dem er "den Auftrag zurückgab", weil er sich nicht mehr in der Lage fühle, den Auftrag termingerecht auszuführen. Er erklärte ferner, daß er vom Vertrag zurücktrete. Die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung von 50 000 DM wollte der Beklagte - abgesehen von einer jetzt nicht mehr streitigen Verrechnung der an G [REDACTED] gezahlten 20 000 DM - so gestalten, daß er seinen Kommanditanteil von 25 000 DM bei der W [REDACTED]-KG an die Klägerin abtrete und den Rest von 5 000 DM als Schadensersatz einbehalte. Die Klägerin erklärte sich mit Schreiben vom 3. Dezember 1969 bereit, den Beklagten "aus dem Liefervertrag zu entbinden". Die jetzt erledigte Verrechnung der 20 000 DM und die Annahme einer Abtretung des Kommanditanteils bei der W [REDACTED] lehnte sie ab.

Die Klägerin hat unter Abzug der an den Architekten G [REDACTED] gezahlten 20 000 DM im ersten Rechtszuge Rückzahlung des Restes der Anzahlung im Betrage von noch 30 000 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat eingewendet, 25 000 DM der Klageforderung seien durch Verrechnung seiner Kommanditbeteiligung bei der W [REDACTED]-KG getilgt. Die Firma K [REDACTED] Wirtschafts- und Unternehmensberatungsgesellschaft mbH

habe ihm, wie im übrigen unstreitig ist, mit Schreiben vom 5. Dezember 1969 wörtlich mitgeteilt:

".... Bezüglich Ihrer Beteiligung an der W[REDACTED] Vermittlungsgesellschaft mbH & Co. Immobilien KG erklärt sich die B[REDACTED] I[REDACTED] oHG bereit, diesen Anteil zu übernehmen und die entsprechende Verrechnung mit der C[REDACTED] Gaststätten GmbH & Co. B[REDACTED] KG (das ist die Klägerin) vorzunehmen."

Diese Verrechnung sei auch erfolgt. Im ersten Rechtszuge hatte sich der Beklagte ferner darauf berufen, 5 000 DM seien ihm als Unkostenbeitrag und Gewinnausfall von der Klägerin zugebilligt worden. Hilfsweise rechnet der Beklagte mit einem Schadensersatzanspruch von 60 000 DM wegen entgangenen Gewinns auf.

Das Landgericht hat die Klage in Höhe eines Teilbetrages von 5 000 DM rechtskräftig abgewiesen und hat ihr im übrigen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin ist im Revisionsrechtszuge nicht vertreten.

Entscheidungsgründe

Auf die Revision des Beklagten war durch Versäumnisurteil das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da die Revision begründet ist.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Parteien hätten den Lieferungsvertrag vom 30. August 1969 durch Vereinbarung wirksam aufgehoben. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Parteien schon mit ihren Schreiben vom 2. und 3. Dezember 1969 inhaltlich übereinstimmende Erklärungen über die Aufhebung des Vertrages abgegeben hätten, begegnet, wie noch ausgeführt wird, zwar Bedenken. Im Ergebnis sind die Parteien sich jedenfalls aber darüber einig, daß der Liefervertrag nicht mehr durchgeführt werden soll. Der rechtliche Grund für die von der Klägerin geleistete Anzahlung ist weggefallen, so daß, wie ebenfalls außer Streit ist, ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Anzahlung entstanden war.

II. Nachdem die Klägerin einen Teilbetrag von 20 000 DM auf das von dem Beklagten an den Architekten G. [REDACTED] gezahlte Honorar verrechnet hat und die Klage in Höhe von 5 000 DM rechtskräftig vom Landgericht abgewiesen worden ist, geht es in erster Linie um die Frage, ob die Klägerin durch Abtretung des Kommanditanteils des Beklagten an

der W[REDACTED]-KG in Höhe von 25 000 DM befriedigt worden ist.

1. Das Berufungsgericht sieht nicht als dargetan an, daß die Klägerin diesen Kommanditanteil oder ein etwaiges Abfindungsguthaben des Beklagten durch unmittelbaren Vertrag mit dem Beklagten erworben und auf die Klageforderung verrechnet hat. Das Angebot des Beklagten im Schreiben vom 2. Dezember 1969 auf Abtretung des Kommanditanteils, so führt es aus, habe die Klägerin im Schreiben vom 3. Dezember 1969 ausdrücklich abgelehnt. Diese Würdigung nimmt die Revision hin.

Das Berufungsgericht meint weiter, es sei auch nicht erwiesen, daß die Klägerin zur Verrechnung auf die Klageforderung ein Abfindungsguthaben des Beklagten von der W[REDACTED]-KG ausgezahlt oder im Wege einer sonstigen Verrechnung erhalten habe. Auch diese Ausführungen greift die Revision nicht an.

2. a) Nach Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es auch an einem schlüssigen Vortrag des Beklagten, daß die Klägerin den Kommanditanteil oder ein etwaiges Abfindungsguthaben über einen durch die K[REDACTED]-GmbH oder die B[REDACTED]-oHG zwischen den Parteien abgeschlossenen Abtretungsvertrag erworben und den Wert auf die Klageforderung verrechnet habe.

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, der Beklagte habe bereits nicht dargelegt, daß die

K[REDACTED] GmbH im Namen der Klägerin an ihn herangetreten sei. Es sei auch nicht ersichtlich, daß die K[REDACTED]-GmbH Vertretungsmacht für die Klägerin besessen habe. Auch habe die B[REDACTED]-OHG den Kommanditanteil oder ein etwaiges Abfindungsguthaben nicht von ihm erworben und den Erlös zugunsten der Klägerin verrechnet. Ein solcher Abtretungs- und Verrechnungsvertrag zugunsten der Klägerin hätte nur zustande kommen können, wenn die B[REDACTED]-OHG sich im Anschluß an das Schreiben der K[REDACTED] r[REDACTED]-GmbH an ihn gewandt und sich mit ihm geeinigt hätte. Dafür trage der Beklagte nichts vor. Dann entbehre aber seine Behauptung, die B[REDACTED]-OHG habe zur Verrechnung auf die Klageforderung an die Klägerin 25 000 DM gezahlt, jeder tatsächlichen Grundlage und rechtlichen und wirtschaftlichen Begründung. Diese Behauptung sei zudem völlig unsubstantiiert. Die für sie benannten Zeugen hätten deshalb nicht vernommen werden können. Ihre Vernehmung würde einen unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellen.

b) Gegen diese Ausführungen wendet die Revision sich zu Recht mit der Rüge, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung nicht hinreichend gewürdigt und hätte dem Beweisantrage des Beklagten stattgeben müssen.

Der Beklagte hat vorgetragen: Die Klägerin sei sowohl mit der Firma W[REDACTED]-KG als auch mit der

Firma B-ohG wirtschaftlich verflochten. Als er, der Beklagte, sich auf eine Anzeige, nach der Aufträge im Gesamtwert von 5 Mill. DM zu vergeben seien, gemeldet habe, habe er ein Schreiben der Firma K erhalten, daß sich die Klägerin mit ihm zur Besprechung aller weiteren Einzelheiten in Verbindung setzen werde und daß bei der Planung ein weiteres Unternehmen, die B-ohG, beteiligt sei. Der Gesellschafter der B-ohG, Ingenieur L, sei gleichzeitig Geschäftsführer der die Geschäfte bei der Firma K führenden Gesellschafterin H-A-GmbH, die eine der drei Gesellschafter der K-GmbH sei. Ein zwischen ihm, dem Beklagten, und Vertretern der Klägerin, der Firma K und der B-ohG ausgearbeiteter Vertragsentwurf habe zum Inhalt gehabt, daß die Klägerin der B-ohG den Auftrag auf Lieferung von 25 Imbißbläden und Gaststätteneinrichtungen erteile und die Klägerin die Firma B-ohG ermächtige, ihrerseits ihm, dem Beklagten, den Auftrag auf Rechnung der Klägerin zu erteilen. Unter Abänderung dieses Entwurfes sei dann der Vertrag vom 30. August 1969 unmittelbar zwischen den Parteien geschlossen worden. Etwa zur gleichen Zeit hätten ein Mitinhaber der B-ohG, ein Vertreter der K und der Geschäftsführer der W-KG ihn, den Beklagten, gebeten, der W-KG für das B I und P ein Startkapital in Höhe von 25 000 DM zur Verfügung zu stellen. Er habe sich schließlich bereit erklärt, bei der W-KG als Kommanditist mit einer Einlage von 25 000 DM einzutreten. Das sei dann auch erfolgt.

Unter Berücksichtigung dieses Vortrages des Beklagten und des unstreitigen Sachverhalts kann dem Berufungsgericht nicht darin beigetreten werden, die Behauptungen des Beklagten entbehren jeder tatsächlichen Grundlage, die Vernehmung der von ihm benannten Zeugen verbiete sich, weil der Beweisantritt einen unzulässigen Ausforschungsbeweis zum Gegenstand habe. Ob und wieweit der zur Darlegung Verpflichtete den Vortrag der Tatsachen in eine Darstellung von Einzelheiten zergliedern muß, richtet sich nach der Einlassung des Gegners. Das bedeutet aber nicht, daß derjenige, der ein Recht beansprucht, schon deshalb, weil der Gegner bestreitet, gezwungen ist, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben. Der Grundsatz, daß der Umfang der Darlegungspflicht sich nach der Einlassung des Gegners richtet, besagt nur, daß dann, wenn infolge der Einlassung des Gegners der Tatsachenvortrag unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zuläßt, es seiner Ergänzung bedarf (Urteil des erkennenden Senats vom 16. Mai 1962 - VIII ZR 79/61 = LM ZPO § 282 Nr. 12 = BGHWarn 1962 Nr. 118 = NJW 1962, 1394). Von einem Ausforschungsbeweis kann nur gesprochen werden, wenn die beweispflichtige Partei durch die Beweisaufnahme erst beweiserhebliche Tatsachen erfahren will, die sie zur Grundlage eines neuen Prozeßvortrages machen kann (Urteil des erkennenden Senats vom 30. September 1964 - VIII ZR 302/62 = LM ZPO § 282 Nr. 1 = BGHWarn 1964 Nr. 209 = NJW 1964, 2414; Schumann/Leipold bei Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 282 Anm. III 1). Der Umstand,

daß eine Partei für ihre Behauptung keine andere Grundlage hat als eine Vermutung, ist kein ausreichender Grund, einen Beweisantrag abzulehnen (BGH aaO).

Im vorliegenden Fall geht die Behauptung des Beklagten dahin, zwischen der Klägerin und der W[REDACTED]-KG seien die Rechtsbeziehungen begründet worden, die im Schreiben der K[REDACTED] vom 5. Dezember 1969 angegeben werden. Die Abmachungen, die erforderlich sind, um diese Rechtsbeziehungen zu begründen, vermag der Beklagte von sich aus allerdings nicht in ihren Einzelheiten anzugeben. Die Behauptung, daß es zu solchen Abreden gekommen ist, hat er aber keineswegs ohne jede Grundlage ins Blaue hinein aufgestellt. Die Klägerin hat zwar allgemein bestritten, daß Geschäftsbeziehungen zwischen ihr und der W[REDACTED]-KG bestanden hätten und daß eine wirtschaftliche oder personelle Verflechtung mit diesem Unternehmen oder den Firmen K[REDACTED] und B[REDACTED]-oHG bestehe. Die Klägerin hat aber nicht dazu Stellung genommen, wie es dazu gekommen ist, daß die Firma K[REDACTED] in ihrem Schreiben vom 5. Dezember 1969 dem Beklagten mitteilte, die B[REDACTED]-oHG sei bereit, den Kommanditanteil des Beklagten zu übernehmen und die entsprechende Verrechnung mit der Klägerin vorzunehmen. Davon, daß die auf das Schreiben der K[REDACTED] gestützte Behauptung des Beklagten jeder tatsächlichen Grundlage und rechtlichen oder wirtschaftlichen Begründung entbehre, kann keine Rede sein. Der Liefervertrag mit der W[REDACTED]-KG ist unstreitig ebenso wie der mit der Klägerin nicht ausgeführt worden.

War aber, wie es naheliegt, die Beteiligung des Beklagten als Kommanditist bei der W[REDACTED]-KG nur in wirtschaftlichem Zusammenhang mit diesen geplanten, sich über mehrere Millionen DM belaufenden Lieferverträgen erfolgt, so spricht manches dafür, daß die W[REDACTED]-KG und die mit ihr etwa wirtschaftlich verbundenen Gesellschaften keinen Wert auf eine weitere Zugehörigkeit des Beklagten zur W[REDACTED]-KG als Gesellschafter legten, vielmehr den Anteil des Beklagten zu erwerben suchten, nachdem die Lieferverträge gescheitert waren. Der Beklagte hatte nunmehr mit dem Geschäftsbetriebe dieser Unternehmen nichts mehr zu tun, sondern war zwangsläufig sogar Wettbewerber jener Lieferanten, von denen die Klägerin und die W[REDACTED]-KG nunmehr die benötigten Gastwirtschaftseinrichtungen erwerben mußten. In solche Verhandlungen hätte er als Kommanditist der W[REDACTED]-KG Einblicke gewinnen können. Das konnte der Klägerin lästig sein. Daran, ihn aus dem Geschäftsbetriebe völlig auszuschalten, war möglicherweise der Klägerin gelegen.

Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände kann dem Berufungsgericht auch nicht darin beigetreten werden, es fehle an einer schlüssigen Darlegung, daß die K[REDACTED]-GmbH ihr Schreiben vom 5. Dezember 1969 im Auftrage der Klägerin und der B[REDACTED]-oHG an den Beklagten gerichtet habe. Angesichts der Rolle, die die K[REDACTED] die sich selbst als Wirtschafts- und Unternehmensberatungsgesellschaft bezeichnet, nach der Behauptung des Beklagten schon bei den Verhandlungen um die Lieferverträge gespielt hatte, ihrer von der Klägerin nicht bestrittenen personellen Ver-

flechtung mit der B-ohG und angesichts des Wortlauts des Schreibens der K vom 5. Dezember 1969 liegt auch die Annahme nicht fern, daß die K von der W-KG, der B-ohG und der Klägerin damit betraut gewesen ist, die mißglückten Liefergeschäfte abzuwickeln und die Abtretung des Kommanditanteils der Klägerin in die Wege zu leiten.

Die bisher behandelten Umstände sind auch von Bedeutung für die Frage, ob und in welcher Weise eine etwaige Abtretung des Kommanditanteils des Beklagten und eine "Verrechnung" der Forderung der Klägerin gegen den Beklagten mit einem Anspruch des Beklagten gegen die W-KG oder die B-ohG durchgeführt worden ist. Zu einer ausdrücklichen Vereinbarung des Beklagten mit der W-KG oder der B-ohG ist es zwar unstreitig nicht gekommen. Die Revision weist aber mit Recht darauf hin, daß der Beklagte von Anfang an sich seiner Schuld gegenüber der Klägerin durch Übertragung des Kommanditanteils hat befreien wollen. Es ist also nicht fernliegend, daß er sich mit allen Abreden, die zwischen den Beteiligten der Gegenseite getroffen waren und das von ihm erstrebt Ergebnis zum Ziel hatten, einverstanden erklärt hat oder sie gegebenenfalls - etwa auch durch seine Erklärung im Rechtsstreit - genehmigt hat. Im übrigen könnte, auch wenn Abtretungen noch nicht durchgeführt worden sind, der Klägerin aber etwa auf Grund wirksamer schuldrechtlicher Vorgänge ein Vermögenswert von 25 000 DM in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem vom Beklagten aufgegebenen

Kommanditanteil zugeflossen sind, dem Anspruch der Klägerin der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen.

Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird daher nach Vernehmung der vom Beklagten benannten Zeugen die wirtschaftlichen Zusammenhänge der streitigen Vorgänge würdigen müssen. Im übrigen hat die Klägerin sich auf einen zwischen der Firma W■■■-KG und dem Beklagten beim Landgericht Berlin schwebenden Rechtsstreit bezogen, in dem die W■■■-KG Rückgabe von Wechseln verlange und der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht mit der Behauptung geltend mache, er habe einen Anspruch auf Rückzahlung der Kommanditeinlage von 25 000 DM. Es könnte zweckmäßig sein, die Akten jenes Rechtsstreits heranzuziehen, weil aus dem Inhalt möglicherweise Schlüsse auf die Abwicklung der mißglückten Liefergeschäfte zu ziehen sind.

III. 1. Das Berufungsgericht spricht dem Beklagten die hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns und Erstattungsansprüche für Aufwendungen ab. Es meint, Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung ständen dem Beklagten nicht zu, weil er der Klägerin nicht die nach § 326 BGB erforderliche Frist gesetzt habe. Verzugsschäden könne der Beklagte auch deshalb nicht geltend machen, weil etwaige Schäden Folgen der vertraglichen Aufhebung des Liefervertrages seien. Unter

diesen Umständen läßt das Berufungsgericht dahingestellt, ob Ersatzansprüche auch deshalb ausgeschlossen seien, weil die Parteien sich auf einen Abfindungsbetrag von 5 000 DM geeinigt hätten.

2. Für den Fall, daß es bei der erneuten mündlichen Verhandlung und Entscheidung auf die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche ankommen sollte, wird auf folgendes hingewiesen:

a) Hätten die Parteien den Liefervertrag vom 30. August 1969 einverständlich aufgehoben, so könnte allerdings ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen sein. Unter einem Aufhebungsvertrag wird ein Vertrag verstanden, durch den nicht eine einzelne Forderung aus einem Verträge, sondern das ganze Schuldverhältnis aufgehoben wird, so daß die Rechtslage so anzusehen ist, als ob ein Schuldverhältnis nie bestanden hätte (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 305 Anm. 2). Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten einen solchen Aufhebungsvertrag geschlossen, begegnet, wie die Revision zutreffend geltend macht, aber rechtlichen Bedenken. Die Parteien sind sich lediglich darüber einig, daß der Vertrag vom 30. August 1969 nicht mehr durchgeführt werden soll. Sie streiten aber gerade über den Grund, der zur Auflösung geführt habe. Das Berufungsgericht führt zu Beginn seines Urteils aus, der Aufhebungsvertrag sei dadurch zustande gekommen, daß der Beklagte mit Schreiben vom 2. Dezember 1969 der Klägerin gegenüber erklärt habe, er gebe den Auftrag offiziell

zurück, weil er sich nicht mehr in die Lage versetzt fühle, ihn termingerecht auszuführen, und die Klägerin dieses Angebot mit Schreiben vom 3. Dezember 1969 angenommen habe, in dem sie dem Beklagten mitteilte, sie erkläre sich bereit, ihn von dem Liefervertrag zu entbinden. Damit hat das Berufungsgericht ersichtlich mindestens die Erklärung des Beklagten mißverstanden. Die Klägerin mag zwar in ihrem Schreiben davon ausgegangen sein, es solle so angesehen werden, als ob der Vertrag nie geschlossen worden sei. Der Beklagte hat aber im Schreiben vom 2. Dezember 1969 offenbar kein Angebot auf Aufhebung des Vertrages gemacht. Der Wille, den Auftrag "zurückzugeben", begründete er damit, daß die Klägerin anstelle der geschuldeten Anzahlung von 300 000 DM nur einen Betrag von 50 000 DM gezahlt habe und sich mehrfach weitere Vertragsverletzungen habe zuschulden kommen lassen. Alles das, so erklärte der Beklagte weiter, habe ihn veranlaßt, vom Vertrag zurückzutreten. Das konnte nur eine Rücktrittserklärung nach §§ 325, 326 BGB. bedeuten. Davon geht im übrigen auch das Berufungsgericht in seinen weiteren Erwägungen aus. Dementsprechend schlug der Beklagte vor, im Vergleichswege die Rückerstattung der Anzahlung, abgesehen von der Verrechnung des an den Architekten G. [REDACTED] geleisteten Honorars, durch Ersatz von 5 000 DM für Unkosten und entgangenen Gewinn und durch Befreiung von der dem Beklagten lästigen Beteiligung an der W. [REDACTED]-KG zu bewirken. Das lehnte aber die Klägerin im Schreiben vom 3. Dezember 1969 ausdrücklich ab. Ein Aufhebungsvertrag kann deshalb nicht zustande gekommen sein. Die

Parteien haben sich über die Rückerstattung der Anzahlung von 50 000 DM nicht geeinigt. Jede Partei wollte sich vom Vertrage unter völlig verschiedenen Bedingungen lösen.

b) Der Beklagte hat der Klägerin zwar im Schreiben vom 2. Dezember 1969 nicht die in § 326 Abs. 1 BGB vorgesehene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Das schließt aber Schadensersatzansprüche nicht aus, sofern die Voraussetzungen des Verzuges und der positiven Vertragsverletzung vorliegen. Auch wenn ein Rücktritt durch das Schreiben vom 2. Dezember 1969 nicht wirksam erklärt worden sein sollte, so hat doch der Beklagte in der Folgezeit und insbesondere durch sein Verhalten im Rechtsstreit gezeigt, daß er sich vom Vertrage lösen wolle. Die Klägerin ihrerseits hat sich nicht darauf berufen, daß sie geleistet hätte, wenn ihr der Beklagte eine Frist nach § 326 Abs. 1 BGB gesetzt hätte. Sie steht vielmehr auf dem Standpunkt, daß sie den Vertrag nicht schuldhaft verletzt habe und daß der Versuch des Beklagten, sich vom Vertrage zu lösen, unrechtmäßig gewesen sei. Unter diesen Umständen könnte eine nochmalige Rücktrittserklärung unter Fristsetzung überflüssig gewesen sein. Darüber hinaus rügt die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe sich nicht hinreichend mit der Frage befaßt, ob das Verhalten der Klägerin eine positive Vertragsverletzung gebildet habe, die den Beklagten berechtigt habe, ohne Fristsetzung vom Vertrage zurückzutreten. Das Berufungsgericht meint

zwar, der Beklagte habe nicht dargelegt, daß infolge des behaupteten Zahlungsverzuges die Durchführung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr gehabt habe. Dabei übersieht es aber, daß der Beklagte in seinem Schreiben vom 2. Dezember 1969 sich nicht nur auf den Zahlungsverzug, sondern auch auf eine Reihe weiterer Vertragsverletzungen berufen hatte. Überdies könnte die Weigerung einer Vertragspartei, eine vereinbarte Barzahlung zu leisten, das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis so erschüttern, daß dem anderen Teil die Fortsetzung des Vertrages nicht zugemutet werden kann. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß die Klägerin sich im Schreiben vom 21. Oktober 1969 nur zu Zahlungen bereit erklärt habe, soweit bei ihr Kommanditisteneinlagen eingingen, so daß es völlig ungewiß gewesen sei, wann und ob überhaupt der Beklagte die vereinbarte Baranzahlung erhalten werde. Es spricht viel dafür, daß damit die Grundlage des Vertrages erschüttert war, weil der Beklagte mit der Anzahlung Löhne und Materialien für den Auftrag finanzieren wollte.

c) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob Ersatzansprüche auch deshalb ausgeschlossen sind, weil die Parteien sich auf einen Abfindungsbetrag von 5 000 DM geeinigt hätten. Das wird gegebenenfalls das Berufungsgericht zu entscheiden haben. Dabei wird zu prüfen sein, ob der Beklagte nicht etwa seine Ersatzansprüche auf den Betrag von 5 000 DM nur für den Fall hat beschränken wollen, daß die Klägerin sich mit der von ihm vergleichsweise vorgeschlagenen Verrechnung der Anzahlung von 50 000 DM einverstanden erkläre.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen, weil die Kostenverteilung vom Ergebnis des Rechtsstreits abhängt. Das Urteil war nach § 708 Nr. 3 ZPO für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann