

Verkündet
am 17. April 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2211 024

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts W [REDACTED], K [REDACTED], H [REDACTED], als
Konkursverwalters über das Vermögen des Kaufmanns Bruno
B [REDACTED], Inhaber der Firma C.J. G [REDACTED] & Co., K [REDACTED]
H [REDACTED] C [REDACTED]

Beklagten, Widerklägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma A. H [REDACTED] GmbH, Bauunternehmung, B [REDACTED],
K [REDACTED]erstr. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Ge-
schäftsführer Fritz H [REDACTED], B [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. April 1961 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-
Trosien, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Neustadt an der Weinstraße vom 6. Oktober
1959 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte im Jahre 1954 in Landstuhl für die amerikanische Besatzungsmacht neun Wohnblöcke zu errichten. Mit der Herstellung und Verlegung der Parkettfußböden (insgesamt etwa 12 420 qm) betraute sie die - später, am 5. Februar 1955, in Konkurs gefallene - Firma G [REDACTED] & Co in K [REDACTED], Alleininhaber Bruno B [REDACTED] (Gemeinschuldnerin), deren Konkursverwalter der Beklagte ist.

Da die Gemeinschuldnerin nicht über die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Geldmittel verfügte, verpflichtete sich die Klägerin, das Geschäft vorzufinanzieren und der Gemeinschuldnerin für den Holzeinkauf in Jugoslawien Akkreditive bis zu 110.000 DM zur Verfügung zu stellen.

Mit Schreiben vom 19. August 1954 bestätigte die Gemeinschuldnerin der Klägerin, für ihre Arbeiten einen "max. Endpreis" von 22.900 DM je Bau vereinbart zu haben.

In der Folgezeit ließ die Klägerin zwei Akkreditive über 10.000 und 5.000 Dollar zugunsten der jugoslawischen Verkäuferin errichten. Die Gemeinschuldnerin kaufte bei dieser Holz ein, übereignete es der Klägerin, verarbeitete es zu 10 472,10 qm Parkettfriesen, lieferte davon den größten Teil (6 Lastzüge mit insgesamt 9.491,02 qm) nach Landstuhl und führte die übernommene Parkettverlegung dort teilweise aus.

Am 22. November 1954 brachte die Gemeinschuldnerin einen 7. Lastzug mit weiteren 981,08 qm der fertiggestellten Friesen im Werte von etwa 12.000 DM auf den Weg von Kiel nach Landstuhl. Gleichzeitig forderte sie von der Klägerin

eine Abschlagszahlung für die Verarbeitung. Das lehnte die Klägerin ab mit der Begründung, sie habe die Leistungen der Gemeinschuldnerin bereits erheblich überzahlt. Darauf hielt die Gemeinschuldnerin den 7. Lastzug in Frankfurt a.M. an und stellte ihre Arbeiten ein.

Damals waren insgesamt 6.257,83 qm Parkett verlegt, aber noch nicht geschliffen und versiegelt.

Zu einer weiteren Ausführung des Vertrages kam es in der Folgezeit nicht mehr. Weder bot die Gemeinschuldnerin weitere Leistungen an noch verlangte die Klägerin solche von ihr. Die restlichen Arbeiten ließ die Klägerin später anderweitig ausführen.

Im Dezember 1954 erhielt die Klägerin einen unverbrauchten Rest des zweiten Akkreditivs in Höhe von 9.644,67 DM zurück.

Am 2. Dezember 1954 erwirkte die Klägerin eine einstweilige Verfügung, wonach das Holz des 7. Lastzuges sichergestellt wurde. Es wurde später versteigert; den Erlös in Höhe von 705,07 DM (nach Abzug der Lager- und Versteigerungskosten) gab der Beklagte schließlich an die Klägerin frei.

Mit der Klage hatte die Klägerin anfangs - zunächst von der Gemeinschuldnerin, später vom Beklagten - gefordert, daß die beklagte Partei die Herausgabe des sichergestellten Holzes an die Klägerin dulde. Nach der Versteigerung des Holzes hatte die Klägerin statt dessen beantragt, der Beklagte solle der Auszahlung des Erlöses an sie zustimmen. Die Parteien haben nach Freigabe des Versteigerungserlöses durch den Beklagten in der Berufungsinstanz die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt.



Bereits im Verfahren vor dem Landgericht hat die Gemeinschuldnerin (später der Beklagte) im Wege der Widerklage Zahlung von der Klägerin verlangt, zuletzt in Höhe von 57.581,25 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat zur Begründung vorgetragen, die Gemeinschuldnerin sei berechtigt gewesen, den 7. Lastzug anzuhalten und die weitere Vertragserfüllung zu verweigern, weil die Klägerin ihre Pflicht zur Vorfinanzierung verletzt habe. Die Klägerin schulde den mit der Widerklage geforderten Betrag als Vertragsleistung und als Schadensersatz.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt. Sie hat behauptet, sie habe ihre Pflicht zur Vorfinanzierung erfüllt. Am 22. November 1954 sei sie zu weiteren Vorleistungen auch deshalb nicht verpflichtet gewesen; weil sie mit Sicherheit habe voraussehen können, daß die Gemeinschuldnerin infolge Fehlkalkulation nicht in der Lage sein werde, den vertraglichen Pauschalpreis von 206.100 DM einzuhalten. Hilfsweise hat die Klägerin mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Widerklage in Höhe von 17.505,78 DM nebst Zinsen stattgegeben Zug um Zug gegen Zustimmung des Beklagten zur Herausgabe des - damals noch vorhandenen und sichergestellten - Holzes aus dem 7. Lastzug. Die weitergehende Widerklage hat das Landgericht abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat nach Versteigerung des Holzes und Freigabe des Erlöses an die Klägerin die Widerklage in vollem Umfange abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Ziele, das landgerichtliche Urteil bezüglich der Wider-

klage wiederherzustellen, jedoch ohne den Ausspruch über eine Zug um Zug-Leistung des Beklagten. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Klägerin am 22. November 1954 nach Treu und Glauben zu keiner weiteren Vorleistung verpflichtet gewesen sei, weil damals schon mit Sicherheit zu übersehen gewesen sei, daß die Gemeinschuldnerin den vereinbarten Gesamtpauschalpreis von (9 x 22.900 =) 206.100 DM nicht werde einhalten können.

1) Die Revision wendet sich nicht gegen diese Feststellung. Sie meint aber, dieser Umstand habe an der vertraglichen Vorleistungspflicht der Klägerin nichts geändert.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Die Vorleistungspflicht einer Vertragspartei entfällt nicht nur unter den Voraussetzungen des § 321 BGB, sondern auch dann, wenn es aus sonstigen Gründen mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vereinbar ist, daß die eine Vertragspartei ihre Vertragsgegnerin an der vereinbarten Vorleistungspflicht festhalten will (BGHZ 11, 80, 85; BGH VII ZR 41/57 vom 30. Januar 1958). Ein solcher Fall liegt hier vor.

a) Eine bloße Fehlkalkulation des Unternehmers beim Werkvertrag wird allerdings den Besteller dann nicht dazu berechtigen, die ihm nach dem Vertrage obliegenden Vorleistungen einzustellen, wenn der Unternehmer wirtschaftlich in der

Lage ist, den ihm aus der vollständigen Durchführung des Geschäfts drohenden Verlust selbst zu tragen. In solchem Falle kann es dem Besteller gleichgültig sein, ob und in welcher Höhe bei dem Unternehmer ein Verlust eintritt. Denn er kann auf Grund des Vertrages die Fertigstellung des Werks zum Vertragspreis verlangen.

b) Anders ist es, wenn der Unternehmer - wie hier - vermögenslos und ohne eine Vorfinanzierung durch den Besteller nicht in der Lage ist, das Werk zu vollenden. In solchem Falle muß der Besteller befürchten, daß, auch wenn er demnächst den vollen Vertragspreis vorschußweise erbringt, das Werk infolge des vom Unternehmer zu niedrig kalkulierten Vertragspreises nicht fertiggestellt wird und der Unternehmer hierzu aus eigenen Mitteln auch nicht in der Lage ist. Der Besteller steht dann vor der Wahl, bei weiterer Durchführung des Vertrages entweder nur ein unfertiges Werk zum Vertragspreis zu erhalten oder für ein fertiges Werk mehr als die vereinbarte Vergütung aufwenden zu müssen. Beides ist ihm nicht zuzumuten. Er ist daher in einem solchen Falle berechtigt, seine Vorleistungen einzustellen, sobald er erkennt, daß der Unternehmer den Vertragspreis nicht wird einhalten können.

c) Ob auch eine ganz unwesentliche Überschreitung des Vertragspreises ihn zu einem solchen Vorgehen berechtigt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn die vom Berufungsgericht festgestellte Überschreitung der vereinbarten Vergütung um mindestens 8.000 DM kann (auch angesichts des Gesamtpreises von 206.100 DM) nicht als "unerheblich" bezeichnet werden.

d) Es kommt nicht darauf an, ob die Meinungsverschiedenheiten der Vertragsparteien über den Umfang der am 22. November 1954 beiderseits erbrachten Teilleistungen verhältnismäßig geringfügig waren, wie die Revision meint. Auch wenn die Klägerin am 22. November 1954 an die Gemeinschuldnerin nicht mehr gezahlt gehabt hätte, als deren damaligen Leistungen entsprach, durfte die Klägerin doch weitere Vorleistungen verweigern, weil sich die Durchführung des Vertrages für sie mit Sicherheit zu einem Verlustgeschäft zu entwickeln drohte.

2) Die Revision rügt eine Verletzung des § 286 ZPO, weil das Berufungsgericht nicht berücksichtigt habe, daß nach der eidesstattlichen Versicherung des Buchhalters Fr. [REDACTED] der Klägerin vom 29. November 1954 in dem Verfahren der einstweiligen Verfügung HQ 4/54 des Landgerichts Kaiserslautern die Gemeinschuldnerin am 22. November 1954 von der Klägerin nicht nur eine Scheckzahlung von 1.500 DM, sondern auch die Gestellung eines weiteren Akkreditivs von 1.700 Dollar gefordert und die Klägerin das abgelehnt habe.

Hierauf kommt es aber nach dem oben Gesagten nicht an. Denn wenn die Klägerin am 22. November 1954 zu weiteren Vorleistungen überhaupt nicht mehr verpflichtet war, brauchte sie damals auch kein zusätzliches Akkreditiv mehr zu stellen.

Im übrigen ist die Rüge der Revision auch nicht begründet, weil das Berufungsgericht (S. 36 des Urteils) es als unstreitig bezeichnet, daß die Gemeinschuldnerin den 7. Lastzug nicht deswegen zurückgehalten hat, weil die Klägerin noch kein neues Akkreditiv gestellt hatte, sondern deshalb, weil ihr eine weitere Scheckzahlung verweigert worden war. Dieser Satz, wenn er auch nicht im Tatbestand,

sondern in den Gründen des Urteils steht, enthält eine tatbestandliche Feststellung, welche das Revisionsgericht bindet (§ 561 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte hat insoweit keine Tatbestandsberichtigung herbeigeführt.

3) Unerheblich ist, ob die Klägerin ihre Weigerung zu weiteren Vorleistungen zunächst - möglicherweise irrig - damit begründet hatte, sie habe die Leistungen der Gemeinschuldnerin bereits um 10.000 DM überzahlt und habe am 29. November 1954 ein neues Akkreditiv für dieses Geschäft gestellt. Es kommt nicht darauf an, mit welcher Begründung die Klägerin der Gemeinschuldnerin gegenüber damals weitere Vorleistungen ablehnte, sondern ob sie objektiv ein Recht zu einer solchen Ablehnung hatte (vgl. auch die Entscheidung des Senats VII ZR 170/58 vom 21. Januar 1960, WM 1960, 576). Das über war nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall.

4) Die von der Gemeinschuldnerin zu vertretende Fehlkalkulation hat dazu geführt, daß ihr alle am 22. November 1954 noch nicht erbrachten Vertragsleistungen unmöglich geworden sind, entweder durch ihren Konkurs oder, soweit es sich um das Holz des 7. Lastzuges handelt, durch die Versteigerung dieses Holzes.

Die Revision meint, es sei allein die Schuld der Klägerin, daß die Ladung des 7. Lastzuges verloren gegangen sei. Schon die von der Klägerin erwirkte einstweilige Verfügung sei unberechtigt gewesen.

Die Rüge ist nicht begründet.

a) Da die Klägerin befugt war, weitere Vorleistungen abzulehnen, durfte die Gemeinschuldnerin diese Weigerung nicht zum Anlaß nehmen, den 7. Lastzug anzuhalten.

Sie durfte das auch dann nicht, wenn sie etwa aus ihren bisherigen Teilleistungen am 22. November 1954 noch einen offenen restlichen Vergütungsanspruch gehabt haben sollte. Unstreitig war das Bauvorhaben der Klägerin termingebunden und die Klägerin daher auf eine ungesäumte Anlieferung des noch fehlenden Parkettholzes dringend angewiesen. Das wußte auch die Gemeinschuldnerin. Andererseits war das Abrechnungsverhältnis der Parteien unübersichtlich, so daß bei der Klägerin leicht der Eindruck entstehen konnte, sie habe überzahlt, selbst wenn das nicht der Fall gewesen wäre. Da die Klägerin sich nicht in Vermögensschwierigkeiten befand, hatte die Gemeinschuldnerin für die Durchsetzung eines etwa noch offenen restlichen Vergütungsanspruchs nichts zu befürchten. Unter diesen Umständen verstieß sie bei Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben gegen ihre Vertragspflichten, wenn sie mit Rücksicht auf einen angeblichen restlichen Vergütungsanspruch die Ladung des 7. Lastzuges im Werte von 12.000 DM zurückhielt. Hierbei ist auch in Betracht zu ziehen, daß das Holz der Klägerin bereits übereignet war.

Die einstweilige Verfügung ist daher zu Recht ergangen. Daß das Holz in der Folgezeit nicht besser verwertet wurde als geschehen, ist ebenfalls nicht Schuld der Klägerin, sondern des Beklagten, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat.

5) Das Berufungsgericht stellt in tatsächlicher Hinsicht fest, daß die Klägerin nicht vom Vertrage zurückgetreten ist, was das Landgericht angenommen hatte, sondern daß sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, soweit der Vertrag nicht mehr durchgeführt werden kann.

Das Berufungsgericht mußte bei dieser Rechtslage zunächst prüfen, ob sich nach dem beiderseitigen Leistungsstand vom 22. November 1954 ein restlicher Vertragsanspruch der Gemeinschuldnerin auf Vergütung ihrer bisherigen Leistungen ergab oder ob die Klägerin diese bereits überzahlt hatte.

a) In diesem Zusammenhang rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß in dem Gutachten des Sachverständigen Marx einige Zahlungen der Klägerin erst unter einem späteren Datum als dem 22. November 1954 erscheinen.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Vernehmung durch das Berufungsgericht am 12. Juli 1958 bekundet, daß die nach dem 22. November 1954 gebuchten Beträge Zahlungen betreffen, welche die Klägerin bereits vor diesem Tage geleistet hatte.

b) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die bisherigen Leistungen der Klägerin sich am 22. November 1954 auf insgesamt 128.901,48 DM beliefen. Es rechnet dazu die 17.505,78 DM, zu deren Zahlung das Landgericht die Klägerin verurteilt hat. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus 16.072 DM Restkaufpreis für Rohholz, der damals noch unbezahlt war, sowie 1.433,78 DM Veredelungskosten für das Holz des 7. Lastzuges (Verarbeitung zu Parkettriemen im Betrieb der Gemeinschuldnerin).

Das Berufungsgericht setzt die so ermittelte Summe von 146.407,26 DM in ein Verhältnis zu dem Gesamtpauschalpreis von 206.100 DM und errechnet einen Bruchteil von 17/24. Es führt aus: Da der Pauschalpreis mit Sicherheit um 8.000 DM überschritten worden wäre, müßten von dem Vertragsanspruch der Gemeinschuldnerin in Höhe von 17.505,78 DM ebenfalls

17/24 von 8.000 DM = 5.660 DM abgesetzt werden. Der Anspruch der Gemeinschuldnerin, der am 22. November 1954 etwa noch offen gewesen sei, könne also keinesfalls 12.000 DM (an einer anderen Stelle des Berufungsurteils heißt es: 10.000 DM) überstiegen haben. Da andererseits der Klägerin das Holz aus dem 7. Lastzug im Werte von 12.000 DM aus einem von dem Beklagten zu vertretenden Grunde verloren gegangen sei, so sei ein Vertragsanspruch des Beklagten "insgesamt entfallen".

Fehlerhaft an dieser Berechnung ist, daß das Berufungsgericht die 17.505,78 DM, die ja erst noch zu verrechnen waren, einbezogen hat. Es geht auch ohne weiteres davon aus, daß in den bisherigen Zahlungen der Klägerin eine "Überzahlung" des Vertragspreises im gleichen Verhältnis stecke, wie es eine Preisüberschreitung für den Fall der Gesamtdurchführung des Vertrages errechnet. Das ist nicht gerechtfertigt, weil die von der Gemeinschuldnerin erbrachten Teilleistungen feststehen und ihr Wert ermittelt werden kann. Überdies be-~~t~~ziffert das Berufungsgericht den Vertragsanspruch der Gemeinschuldnerin widerspruchsvoll einmal mit höchstens 12.000 DM, an anderer Stelle mit höchstens 10.000 DM.

c) Die richtige Berechnungsart ist folgende:

Die Klägerin hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 22. November 1954 ihre vertraglichen Leistungen zu einem Bruchteil der Gesamtleistung bewirkt, der dem Verhältnis von 128.901,48 DM zu 206.100 DM entspricht.

Auf der anderen Seite wird das Berufungsgericht - gegebenenfalls unter Zuziehung eines Sachverständigen oder mit Hilfe einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO - zu ermitteln haben, in welchem wertmäßigen Verhältnis die von der Ge-

meinschuldnerin bis zum 22. November 1954 erbrachten Teilleistungen zu den Leistungen stehen, die ihr nach dem Vertrage insgesamt oblagen.

Ein Vergleich der beiderseits ermittelten Bruchteile wird dann ergeben, ob und inwieweit die Gemeinschuldnerin am 22. November 1954 für ihre bis dahin erbrachten Teilleistungen bereits überzahlt war oder noch einen vertraglichen Vergütungsanspruch gegen die Klägerin hatte.

Zu beachten ist hierbei, daß dem Beklagten allenfalls 17.505,78 DM nebst Zinsen zugesprochen werden können; denn mit der weitergehenden Widerklageforderung ist der Beklagte vom Landgericht abgewiesen worden und hat dagegen kein Rechtsmittel eingelegt.

Die der Klägerin später aus der Versteigerung des Holzes zugeflossenen 705,07 DM sind gegebenenfalls als Rechnungsposten bei der Ermittlung des von der Klägerin zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigen.

6) Auf die hilfsweise erklärte Aufrechnung der Klägerin (mit ihrem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des nicht mehr zur Ausführung gekommenen Teils des Vertrages) ist erst einzugehen, wenn erwiesen ist, daß dem Beklagten noch ein Restanspruch auf vertragliche Vergütung der von der Gemeinschuldnerin erbrachten Teilleistungen zusteht. Für den Fall, daß ein restlicher Vertragsanspruch der Gemeinschuldnerin bestehen sollte, darf nicht etwa - wie es das Berufungsgericht getan hat - die Abweisung der Widerklage hilfsweise damit begründet werden, daß dieser Anspruch dann jedenfalls durch die Aufrechnung erloschen sei. Das geht schon wegen der unterschiedlichen Rechtskraftwirkung nicht an.

Ist nämlich das Urteil damit begründet, daß die Forderung ohnehin nicht besteht, so wird die Gegenforderung durch ein solches Urteil in ihrem Bestand nicht berührt. Stellt das Urteil aber fest, daß die Klageforderung durch die Aufrechnung erloschen ist, so steht damit bei Rechtskraft des Urteils zugleich rechtskräftig fest, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung untergegangen ist, soweit sie durch die Aufrechnung verbraucht ist. (§ 322 Abs. 2 ZPO). Ob das eine oder das andere der Fall ist, darf das Gericht nicht unentschieden lassen (Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 300 II C 3 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

7) Das angefochtene Urteil kann nach alledem keinen Bestand haben. Das Revisionsgericht ist nach dem bisherigen Vorbringen der Parteien nicht in der Lage, eine abschließende Entscheidung zu treffen. Denn es fehlen ausreichende Feststellungen darüber, ob die Gemeinschuldnerin nach dem beiderseitigen Leistungsstand am 22. November 1954 noch einen Restanspruch auf Vergütung hatte oder nicht. Die Sache muß daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Nachholung dieser Prüfung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Meyer Dr. Vogt Finke