

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 626, 628

Zur Frage des Rechts zur fristlosen Kündigung bei
unberechtigter fristloser Kündigung der Gegenseite.

BGH, Urteil vom 1. Dezember 1993 - VIII ZR 129/92 - OLG Frankfurt
am Main

LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 129/92

Verkündet am:
1. Dezember 1993
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 1993 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 18. Mai 1992 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die ein Reinigungsunternehmen betreibt, übernahm durch undatierten Vertrag der Parteien mit Wirkung vom 1. August 1987 die Reinigung des Bürogebäudes des Beklagten. Der Vertrag war gemäß § 8 Abs. 1 auf fünf Jahre geschlossen und verlängerte sich jeweils um fünf weitere Jahre, wenn er nicht mindestens 12 Monate vor Vertragsende von



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

einer der Parteien gekündigt wurde. Weiter hieß es in § 8 Abs. 2 und 3 des Vertrages:

"Einer Kündigung des Vertrages nach Absatz 1 bedarf es nicht, wenn der Auftragnehmer aufgrund von tariflichen Lohnerhöhungen eine Erhöhung der Vergütungssätze fordert. Die Erhöhung wird vom Tage des Inkrafttretens des Tarifvertrages bzw. der örtlichen Sonderbestimmungen an gewährt, auch rückwirkend. Die Erhöhung wird in der Weise berechnet, daß der bis zu diesem Zeitpunkt für die Reinigung gezahlte Betrag um 80 % des Lohnsteigerungsprozentsatzes angehoben wird. (Beispiel: Tarifloohnerhöhung 5 % = Preissteigerung 4 %)

Erweiterungen des Leistungsverzeichnisses bzw. des Vertrages bezüglich Umfang und Entgelt werden entweder durch eingeschriebenen Brief des Auftragnehmers bestätigt oder schon vom Auftraggeber mit Bezahlung des höheren Entgelts anerkannt."

Gemäß Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 17. November 1987 nebst beigefügtem Leistungsverzeichnis wurde der Leistungsumfang ab dem 15. November 1987 erweitert und das Leistungsentgelt auf monatlich 4.300 DM zzgl. Mehrwertsteuer erhöht. Mit Schreiben vom 19. Juni 1989 unterrichtete die Klägerin den Beklagten über eine am 1. Juni 1989 in Kraft getretene Tarifloohnerhöhung, aus der sich gemäß § 8 des Reinigungsvertrages eine Erhöhung des monatlichen Reinigungsentgeltes um 150 DM zzgl. Mehrwertsteuer ergebe. Der Beklagte erhob hiergegen keine Einwendungen. Unter dem 25. Mai 1990 gab die Klägerin dem Beklagten von einer weiteren Tarifloohnerhöhung Kenntnis und errechnete hieraus eine Erhöhung des Reinigungsentgeltes für das Bürogebäude des Beklagten um monatlich 294 DM zzgl. Mehrwertsteuer. Sie bot

dem Beklagten an, bei einvernehmlicher Vertragsfortführung von der Erhöhung des Reinigungsentgeltes Abstand zu nehmen. Am 26. Juni 1990 fand deswegen ein Gespräch zwischen den beiderseitigen Geschäftsführern statt, dessen Inhalt im einzelnen streitig ist. Mit Schreiben vom 5. Juli 1990 bot die Klägerin dem Beklagten an, bei Fortführung des Reinigungsvertrages über den 31. Juli 1992 hinaus die "per 1.06.90 in Kraft getretene Entgelterhöhung" zurückzunehmen und den Leistungsumfang gemäß einem beigefügten Leistungsverzeichnis zu erhöhen. Der Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 19. Juli 1990, er sei nicht einverstanden. Das Vertragsverhältnis bezüglich eines anderen Gebäudes sei beendet. Die Reinigung des Bürogebäudes könne die Klägerin wie ursprünglich vereinbart bis zum 31. Juli 1992 durchführen. Dabei gehe er davon aus, daß die Reinigung zum alten Preis, jedoch gemäß dem neuen Leistungsverzeichnis vom 5. Juli 1990 erfolge. Daraufhin zog die Klägerin ihr Angebot vom 5. Juli 1990 mit Schreiben vom 26. Juli 1990 zurück. Am 9. August 1990 ließ der Beklagte von zwei Mitarbeitern die Reinigungsarbeiten der Klägerin überprüfen und hierüber einen Aktenvermerk erstellen. Mit Schreiben vom folgenden Tag teilte der Beklagte der Klägerin mit, ihre Leistungen entsprächen in keiner Weise seinen Vorstellungen. Falls sie ihre Leistungen nicht bis zum 24. August 1990 auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses vom 5. Juli 1990 ordnungsgemäß erbringe, gelte das Vertragsverhältnis ab diesem Zeitpunkt als fristlos gelöst. Unter dem 21. August 1990 lehnte die Klägerin eine unentgeltliche Leistungserhöhung ab. Zugleich bat sie, von der angedrohten fristlosen Kündigung Abstand zu nehmen. Mit Telefaxschreiben vom 24. August 1990 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er wolle "den

Termin zur fristlosen Kündigung des Vertrages zum 24. August 1990 ... beibehalten". Nach einem Telefongespräch zwischen dem Zeugen M. für den Beklagten und der Angestellten K. für die Klägerin, dessen Inhalt streitig ist, sandte der Beklagte der Klägerin am 24. August 1990 ein weiteres Telefaxschreiben, in dem er das Telefongespräch teilweise wörtlich wiedergab. Die Klägerin widersprach der Darstellung des Beklagten mit Schreiben vom gleichen Tag und kündigte den Reinigungsvertrag unter Hinweis auf die ihrer Meinung ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Beklagten ihrerseits fristlos.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin den Beklagten auf Ersatz des ihr durch die vorzeitige Vertragsbeendigung entgangenen Gewinns, den sie - nach mehreren Klageerhöhungen - für die Zeit bis einschließlich April 1992 mit 77.572,95 DM errechnet, in Anspruch genommen. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob die Reinigungsleistungen der Klägerin vertragsgemäß waren, ferner darüber, ob der Reinigungsvertrag bei dem Telefonat vom 24. August 1990 einvernehmlich aufgelöst worden ist und ob die Angestellte K. der Klägerin zur Abgabe entsprechender Erklärungen bevollmächtigt war. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte habe den Reinigungsvertrag mit Schreiben vom 24. August 1990 wirksam fristlos gekündigt, weil die Reinigungsarbeiten der Klägerin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mangelhaft gewesen seien. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Schadensersatzbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Klägerin stehe der gegen den Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB nicht zu, weil ihre fristlose Kündigung vom 24. August 1990 auch durch ihr eigenes vertragswidriges Verhalten verursacht worden sei. Die Weigerung des Beklagten, das von der Klägerin mit Schreiben vom 25. Mai 1990 geforderte erhöhte Reinigungsentgelt zu zahlen, stelle kein vertragswidriges Verhalten dar, weil die Klägerin nach § 8 des Reinigungsvertrages nicht zu einseitigen Preiserhöhungen berechtigt gewesen sei. Auch die Forderung des Beklagten im Schreiben vom 19. Juli 1990, die Klägerin solle ihre Leistungen ungeachtet der Ablehnung ihres Angebots vom 5. Juli 1990 künftig auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses vom gleichen Tage erbringen, sei nicht unbillig gewesen, weil sich daraus gegenüber dem Leistungsverzeichnis vom 17. November 1987 keine Mehrleistung der Klägerin ergeben habe. Ob die Beanstandungen des Beklagten an den Reinigungsleistungen der Klägerin berechtigt gewesen seien, könne dahingestellt bleiben. Auch wenn sie die fristlose Kündigung des Reinigungsvertrages durch den Beklagten nicht gerechtfertigt hätten, sei die Klägerin deswegen nicht ihrerseits zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen, weil sie sich selbst vertragswidrig verhalten habe. Sie habe versucht, den Beklagten zu einer Vertragsverlängerung zu bewegen, indem sie hiervon ihr Abrücken von der unzulässigen einseitigen Preiserhöhung abhängig gemacht habe. Da das fast drei

Jahre einvernehmlich bestehende Vertragsverhältnis erst durch das Erhöhungsverlangen der Klägerin gestört worden sei, sei dieser nach der Kündigungsandrohung des Beklagten zuzumuten gewesen, dessen Beanstandungen zu überprüfen und mit ihm nach einer einvernehmlichen Lösung zu suchen. Im übrigen habe die Klägerin ihren Schaden nicht hinreichend dargetan und gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen, indem sie sich nicht um anderweitige Aufträge bemüht habe.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB nach den bisher getroffenen Feststellungen zu Unrecht verneint.

1. Die Klägerin hat den Reinigungsvertrag nach dem in der Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Sachverhalt mit Schreiben vom 24. August 1990 wirksam fristlos gekündigt.

a) Die Kündigung der Klägerin ist nach den bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht wegen vorheriger fristloser Kündigung des Beklagten oder einvernehmlicher Vertragsauflösung ins Leere gegangen.

aa) Es kann offenbleiben, ob das Schreiben des Beklagten vom 10. August 1990 - wie die Parteien übereinstimmend meinen - als Kündigung oder - wie das Berufungsgericht annimmt - lediglich als Kündigungsandrohung zu verstehen ist. Selbst wenn es eine Kündigung darstellt, ist diese jeden-

falls unwirksam, weil sie unzulässigerweise an eine Bedingung geknüpft war. Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung bedingungsfeindlich.

bb) Das erste Telefaxschreiben des Beklagten vom 24. August 1990, wonach der Beklagte "den Termin zur fristlosen Kündigung des Vertrages zum 24. August 1990 ... beibehalten" wollte, ist zwar - gemäß dem übereinstimmenden Verständnis beider Parteien in den Vorinstanzen - als fristlose Kündigung zu werten. Nach den bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen war die Kündigung jedoch nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich offengelassen, ob die Reinigungsarbeiten der Klägerin mangelhaft waren. Demgemäß ist in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin davon auszugehen, daß dies nicht der Fall war. Danach stand dem Beklagten kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung zur Seite. Davon abgesehen fehlt es nach den bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen an der grundsätzlich vor einer fristlosen Kündigung erforderlichen Abmahnung. Die Aktennotiz vom 9. August 1990 hat der Beklagte der Klägerin erst im Laufe des Rechtsstreits zur Kenntnis gebracht, so daß dahingestellt bleiben kann, ob die dort festgehaltenen Beanstandungen hinreichend bestimmt sind und inwieweit sie sich überhaupt auf die von der Klägerin zu erbringenden Reinigungsleistungen beziehen. Der Hinweis des Beklagten in seinem Schreiben vom 10. August 1990, daß die Reinigungsarbeiten der Klägerin in keiner Weise seinen Vorstellungen entsprächen, ist für eine wirksame Abmahnung zu unbestimmt. In dem Schreiben vom 10. August 1990 hat der Beklagte im übrigen - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - zu

Unrecht auf das Leistungsverzeichnis der Klägerin vom 5. Juli 1990 abgestellt. Hierzu war er - unabhängig davon, ob sich aus dem Leistungsverzeichnis vom 5. Juli 1990 gegenüber dem vom 17. November 1987 eine Mehrleistung ergibt - nicht berechtigt, da er das zugrundeliegende Angebot der Klägerin vom gleichen Tag abgelehnt hatte. Zu der Behauptung des Beklagten, die Klägerin sei in dem Gespräch der beiderseitigen Geschäftsführer am 26. Juni 1990 im einzelnen auf die Mängel ihrer Reinigungsarbeiten hingewiesen worden, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

cc) Zu der von dem Beklagten behaupteten einverständlichen Vertragsauflösung anlässlich des Telefonats vom 24. August 1990 fehlt es ebenfalls an Feststellungen. Aus dem zweiten Telefaxschreiben des Beklagten vom 24. August 1990 läßt sich insoweit nichts herleiten, weil die Klägerin der darin enthaltenen Darstellung des Gespräches unverzüglich mit Schreiben vom gleichen Tag widersprochen hat. Für die Entscheidung in der Revisionsinstanz ist daher zugunsten der Klägerin davon auszugehen, daß eine einverständliche Vertragsauflösung nicht erfolgt ist.

b) Die nach alledem weder durch wirksame Kündigung noch durch einverständliche Vertragsauflösung gegenstandslose fristlose Kündigung der Klägerin ist nach den bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts entgegen dessen Auffassung gerechtfertigt. Das Revisionsgericht kann die Entscheidung des Tatrichters darüber, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, allerdings nur beschränkt darauf nachprüfen, ob der Tatrichter wesentliche Umstände

übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat, Erfahrungssätze verletzt oder Verfahrensfehler begangen hat (BGH, Urteil vom 3. Juli 1986 - I ZR 171/84 = WM 1986, 1413 unter II 1 zu § 49 a HGB m.w.Nachw.). Ein solcher Fehler liegt hier jedoch vor.

aa) Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Klägerin übergangen, daß der Beklagte versucht habe, die Putzfrauen der Klägerin abzuwerben. Das vermag die fristlose Kündigung der Klägerin nicht zu rechtfertigen. Schon nach dem eigenen Vortrag der Klägerin und den von ihr vorgelegten schriftlichen Erklärungen ihrer Putzfrauen (GA 142 f) hat der Beklagte diesen kein konkretes Vertragsangebot unterbreitet, sondern nur allgemein davon gesprochen, daß es ihm aus Kostengründen "lieber" wäre, sie direkt zu beschäftigen. Dementsprechend hat die Klägerin ihre fristlose Kündigung vom 24. August 1990 auch nicht auf diesen Sachverhalt gestützt.

bb) Das Berufungsgericht durfte jedoch nicht offenlassen, ob die Reinigungsarbeiten der Klägerin mangelhaft waren und deswegen die fristlose Kündigung des Beklagten gerechtfertigt war. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes berechtigt eine nicht gerechtfertigte fristlose Kündigung den Gekündigten in der Regel, seinerseits außerordentlich zu kündigen (z.B. Urteil vom 14. November 1966 - VII ZR 112/64 = NJW 1967, 248 unter II; Urteil vom 27. Mai 1974 - VII ZR 16/73 = WM 1974, 867 unter III; Urteil vom 11. Oktober 1990 - I ZR 32/89 = WM 1991, 196 unter I 1). So ist es auch hier. Da das Berufungsgericht offengelassen hat, ob die Reinigungsarbeiten der Klägerin mangel-

haft waren, ist - wie oben unter II 1 a bb dargelegt - in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin zu unterstellen, daß dies nicht der Fall und die fristlose Kündigung des Beklagten vom 24. August 1990 deshalb nicht gerechtfertigt war. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Klägerin auch nicht wegen eigenen vertragswidrigen Verhaltens an einer wirksamen fristlosen Kündigung gehindert. Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, vertragswidrig habe sich die Klägerin deswegen verhalten, weil sie einseitig eine Entgelterhöhung habe durchsetzen wollen. Das Berufungsgericht hat übersehen, daß § 8 Abs. 2 des Reinigungsvertrages eine automatische Entgelterhöhung für den Fall von Tarifierhöhungen vorsieht. Eine tarifliche Lohnerhöhung hat die Klägerin aber gerade zur Begründung des Erhöhungsverlangens angeführt. Daß eine tarifliche Lohnerhöhung eingetreten ist, hat der Beklagte nicht bestritten. Im übrigen hat der Beklagte seine fristlose Kündigung vom 24. August 1990 auch nicht mit einer unberechtigten Entgelterhöhung, sondern allein mit unzureichenden Reinigungsleistungen der Klägerin begründet.

2. Die berechtigte fristlose Kündigung der Klägerin war durch das in der unberechtigten fristlosen Kündigung liegende vertragswidrige Verhalten des Beklagten veranlaßt. Aus der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 44, 271) läßt sich nichts anderes herleiten. Danach steht einem Vertragsteil ein Schadensersatzanspruch nicht zu, wenn zur Zeit seiner Kündigung auch der andere Vertragsteil aus von dem Kündigenden zu vertretendem wichtigen Grund fristlos hätte kündigen können, ohne daß es darauf ankommt, ob er von seiner Kündigungsbefugnis

auch tatsächlich Gebrauch gemacht hätte. Hier hat das Berufungsgericht gerade offengelassen, ob die Beanstandungen des Beklagten an den Reinigungsarbeiten der Klägerin berechtigt waren und deswegen seine - tatsächlich ausgesprochene - fristlose Kündigung gerechtfertigt war.

3. Das angefochtene Urteil läßt sich auch nicht mit anderer Begründung halten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin ihren Schaden hinreichend dargetan. Insbesondere hat sie ihre Kalkulation dargelegt und den dabei von ihr in Ansatz gebrachten pauschalen Steuersatz unter Hinweis auf § 40 a EStG erläutert. Gegen den von ihr angebotenen Zeugenbeweis bestehen keine Bedenken. Ob die Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen hat, bedarf in der Revisionsinstanz keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls war ein eventuelles Mitverschulden der Klägerin nicht so schwerwiegend, daß dadurch ihr Schadensersatzanspruch insgesamt ausgeschlossen ist.

4. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist noch nicht zu einer abschließenden Entscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), weil es dazu weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Deswegen war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO). Das gibt den

Parteien Gelegenheit, zur Frage eines eventuellen Mitverschuldens der Klägerin unter Berücksichtigung dessen, was hierzu in der Revisionsinstanz geltend gemacht worden ist, vorzutragen.

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers