

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB B §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 4 Nr. 7 Satz 3

- a) Die Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB B kann nicht schon - bedingt - mit der Fristsetzung nach § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB B verbunden, sondern erst nach fruchtlosem Fristablauf ausgesprochen werden.
- b) Wenn die Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB B gegeben sind, kann der Auftraggeber die Rechte aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB B auch dann geltend machen, wenn es zwar an einer wirksamen schriftlichen (§ 8 Nr. 5 VOB B) Kündigung des Auftraggebers fehlt, der Vertrag aber nach fruchtlosem Fristablauf in beiderseitigem Einverständnis aufgehoben worden ist.

BGH, Urt. v. 4. Juni 1973 - VII ZR 113/71 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 113/71

URTEIL

Verkündet am
4. Juni 1973
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bauunternehmer

1. Diplomingenieur Lutz G [REDACTED], M [REDACTED],
O [REDACTED],
2. Franz S [REDACTED], M [REDACTED]
N [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

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

gegen

den Ingenieur Ulrich N [REDACTED], W [REDACTED]
(Kreis B [REDACTED]), Hausnummer [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

11

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Schmidt, Meise, Dr. Tidow und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 29. Januar 1971 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger übertrug den Beklagten durch Bauvertrag vom 28. Juli 1969 die Errichtung eines Fünffamilienhauses auf seinem Grundstück in F [REDACTED] (Landkreis S [REDACTED]) gegen eine Vergütung von 154.233,95 DM. Die Geltung der VOB wurde vereinbart.

Die Beklagten begannen am 1. August 1969 mit Stahl- und Betonarbeiten zur Fundamentierung des Hauses. Einige Tage später rügten der Kläger und sein Architekt Mängel der Fundamentierungsarbeiten. Mit Schreiben vom 12. September 1969 beanstandete der Architekt, die Fundamente seien nicht plangemäß bewehrt, der Beton nicht ordnungs-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gemäß verdichtet und die Bankette mangelhaft betoniert; am vernünftigsten wäre deshalb der Abbruch der fehlerhaften Arbeiten, doch werde man sich mit einer Bestätigung des Statikers zufriedengeben, daß durch diese fehlerhafte Leistung keine Schäden am Bau entstehen würden. Die Beklagten widersprachen mit Schreiben vom 16. September 1969 und behaupteten, ihre Arbeit sei mangelfrei; sie seien aber bereit, mit dem Statiker in Verbindung zu treten, um eine Bestätigung zu erlangen.

Mit Schreiben seines Architekten vom 17. September 1969 kündigte der Kläger den Bauvertrag,

"sofern nicht bis Montag, den 22. September 1969, folgende Voraussetzungen gegeben sind:

1. Die fachlichen Mängel bei der Ausführung der Fundamente müssen mit dem Statiker geklärt sein.
2. Die fachliche Qualifikation des neuen Poliers muß durch Zeugnisse belegt sein.
3. Die Baustellenbelegschaft von mindestens 10 Mann ist uns namentlich mit Berufsangabe zu belegen.
4. Die Termine für ... müssen uns verbindlich schriftlich zugesagt werden. ...

Wenn diese Voraussetzungen nicht geschaffen werden können, müssen wir auf unserer Kündigung bestehen."

Daraufhin räumten die Beklagten die Baustelle und unternahmen nichts mehr.

Der Kläger stellte am 26. September 1969 beim Amtsgericht in Starnberg einen Beweissicherungsantrag.

Der Kläger hat Aufwendungs- und Schadensersatz in Höhe von insgesamt 90.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Fundamentierungsarbeiten der Beklagten hätten erhebliche, von ihnen zu vertretende Mängel gehabt. Diese seien im Schreiben vom 12. September 1969 deutlich beanstandet worden, und die Beklagten hätten dies auch so verstanden.

Diese Feststellungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen. Der Senat hat die von der Revision hiergegen erhobenen Verfahrensrügen geprüft und für unbegründet erachtet (Art. 1 Nr. 4 BGHEntlG).

II.

Das Berufungsgericht hält die Ersatzansprüche des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Nr. 7 VOB (B).

Es erblickt in dem Schreiben vom 17. September 1969 nicht nur die Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nebst Androhung der Auftragsentziehung gemäß § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB (B), sondern zugleich auch bereits die Kündigung des Bauvertrages (Entziehung des Auftrags) gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB (B), und zwar unter der Bedingung, daß die Beklagten die gerügten Mängel nicht bis zum 22. September 1969 beheben oder die anheimgestellte Bescheinigung des Statikers beibringen würden.

1. Die Revision hält dem entgegen, die Kündigung nach § 8 Nr. 3 VOB (B) könne wirksam erst nach fruchtlosem Ablauf der - hier übrigens auch zu kurz bemessenen - Mängelbeseitigungsfrist ausgesprochen werden und zwar nur schriftlich (§ 8 Nr. 5 VOB (B)). Fristsetzung, Androhung der Auftragsentziehung und Auftragsentziehung selbst könnten daher nicht in demselben Schreiben vorgenommen werden.

Diese Auffassung der Revision ist richtig.

In den Fällen des § 4 Nr. 7 VOB (B) kann der Auftrag erst entzogen werden, wenn die gesetzte (angemessene) Frist fruchtlos abgelaufen ist. Das ergibt sich einerseits aus der in § 4 Nr. 7 Satz 3 geforderten Erklärung des Auftraggebers, "daß er ihm - dem Auftragnehmer - nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe", andererseits aus § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1, auf den § 4 Nr. 7 verweist, wonach der Auftraggeber den Vertrag (erst) kündigen kann, wenn die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist. Erst mit fruchtlosem Fristablauf entsteht das Kündigungsrecht. Vorher besteht es nicht. (Ebenso

Hereth/Ludwig/Naschold VOB (B) § 8 Ez. 78; Ingenstau/Korbion, VOB, 6. Aufl. § 4 Rn. 156, § 8 Rn. 25; Korbion, Grundzüge der VOB, 1969 (Forkel-Verlag) Teil B, Abschnitt IV, S. 33; Jagenburg VersR 1969, 1077).

Für das Kündigungsrecht des Auftragnehmers enthält übrigens § 9 Nr. 2 VOB (B) die entsprechende Regelung.

Die Erwägung des Berufungsgerichts eine "Potestativ"-bedingung, wie sie hier vorliege, stehe einer Kündigung nicht entgegen, liegt neben der Sache. Hier handelt es sich nicht darum, ob von einem bestehenden Kündigungsrecht auch unter einer Bedingung Gebrauch gemacht werden kann, sondern darum, daß bei Ausspruch der Kündigung ein Kündigungsrecht noch gar nicht bestand.

Die Kündigung, welche die Rechtsfolgen des § 8 Nr. 3 VOB (B) herbeiführen soll, kann somit nicht zugleich und in demselben Schreiben ausgesprochen werden, mit dem die Frist gesetzt und die Entziehung des Auftrags nach fruchtlosem Fristablauf angedroht wird.

2. Das Berufungsurteil ist im Ergebnis dennoch richtig. Beide Parteien waren sich, wie ihr Verhalten seit dem 17. September 1969 eindeutig ergibt, darüber einig, daß der Werkvertrag nicht mehr durchgeführt werden, sondern aufgehoben sein sollte. Der Kläger hat am 17. September 1969 zum Ausdruck gebracht, daß er sich vom Vertrage löse, falls die Beklagten seine Bedingungen nicht erfüllten. Das haben die Beklagten nicht getan. Sie haben die Baustelle geräumt und in der Folge nichts mehr unternommen, auch keine Statikerbescheinigung beigebracht.

3. Angesichts dieser einverständlichen Vertragsaufhebung durch die Parteien kommt es nicht darauf an, ob der Kläger den Vertrag am 17. September 1969 wirksam gekündigt hat, sondern nur darauf, welche Rechte er im Zeitpunkt der einverständlichen Vertragsaufhebung geltend machen konnte (vgl. die Urteile des Senats vom 10. Mai 1962 - VII ZR 239/60 - und 23. Januar 1964 - VII ZR 133/62 -; Ingenstau/Korbion, VOB (B) § 8 Rn. 26).

4. Das Berufungsgericht hat alle Voraussetzungen für die Berechtigung des Klägers, den Bauvertrag mit den Rechtsfolgen des § 8 Nr. 3 VOB (B) zu kündigen, rechtsfehlerfrei festgestellt. Das noch nicht abgenommene Werk wies erhebliche Mängel auf, der Kläger hat sie gerügt, die Beklagten haben sie nicht beseitigt. Der Kläger hat eine Frist gesetzt und angedroht, nach fruchtlosem Fristablauf den Auftrag zu entziehen. Selbst wenn die gesetzte Frist zu kurz war, was das Berufungsgericht offen läßt, war die an ihre Stelle tretende angemessene Frist jedenfalls Anfang Oktober 1969 abgelaufen, wie das Berufungsgericht feststellt. Somit war der Kläger im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung zur Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Nr. 3 VOB (B) berechtigt. Das Berufungsgericht hat seine Ersatzansprüche daher mit Recht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

III.

Die Revision ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Schmidt

Meise

Tidow

Recken