

17  
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 16 A Nr. 5 Abs. 3 = § 16 Nr. 4 Abs. 3  
VOB/B (1952)

Zur Frage, wann in einem Antrag auf Klageabweisung  
eine ernstliche Zahlungsverweigerung liegt, die es  
entbehrlich macht, eine weitere Nachfrist zu setzen.

BGH, Urt. v. 8. Dezember 1983 - VII ZR 139/82 - OLG Köln  
LG Köln

17

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 139/82

URTEIL

Verkündet am  
8. Dezember 1983  
W e r n e r,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Hans J [REDACTED], Bauunternehmung GmbH & Co. KG  
i.L., vertreten durch die J [REDACTED] GmbH, diese vertreten  
durch ihren Geschäftsführer und Liquidator Hans J [REDACTED],  
K [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Peter S [REDACTED], C [REDACTED]-Hochhaus, An der S [REDACTED]  
[REDACTED] K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]/  
Dr. [REDACTED] -

17

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs  
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1983  
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die  
Richter Dr. Recken, Bliesener, Dr. Walchshöfer und  
Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das  
Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandes-  
gerichts Köln vom 2. März 1982 im Kosten-  
punkt und insoweit aufgehoben, als der  
Klägerin mehr als 4 % Zinsen aus  
66.670,29 DM seit 8. März 1974 versagt  
worden sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen  
Verhandlung und Entscheidung, auch über die  
Kosten des Revisionsverfahrens, an das Be-  
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte übertrug der Klägerin 1972 die Arbeiten des Maurerhauptgewerbes für ein Einfamilienhaus. Dem Vertrag liegt die VOB/B (1952) zugrunde. Nachdem die Klägerin den Beklagten im November 1972 vergeblich zur Leistung einer Abschlagszahlung von 66.600,- DM aufgefordert hatte und es zu Unstimmigkeiten unter den Parteien gekommen war, wies die Klägerin den Beklagten im Juli 1973 zweimal schriftlich darauf hin, daß sie zur Zeit Bankzinsen in Höhe von 14,5 % zahlen müsse. Nach weiteren Meinungsverschiedenheiten übersandte schließlich die Klägerin im September 1973 ihre Schlußrechnung, aus der sich ein Betrag von 84.201,56 DM zu ihren Gunsten ergab.

Da der Beklagte den Schlußrechnungsbetrag nicht zahlte, hat die Klägerin im Januar 1974 Klage auf Zahlung der 84.201,56 DM nebst 14 % Zinsen erhoben. Nachdem das Landgericht zunächst lediglich ein Teilurteil erlassen und dabei u.a. nur über Zinsen in Höhe von 4 % entschieden hatte, hat die Klägerin schließlich nach rechtskräftiger Berufungsentscheidung über das Teilurteil ihren restlichen Werklohnanspruch von 32.369,51 DM nebst 14 % Zinsen seit dem 31. Januar 1974 weiterverfolgt und darüberhinaus weitere 10 % Zinsen auf die bereits zuerkannten Beträge begehrt. Das Landgericht hat dem Hauptsacheantrag überwiegend entsprochen, aber nur 4 % Zinsen zugebilligt. Die lediglich auf höhere, gestaffelte Zinsen aus einem Betrag von 76.208,09 DM gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben.

Mit ihrer Revision hat sie zunächst den vollen Berufungsantrag weiterverfolgt. Der Senat hat das Rechtsmittel lediglich im Kostenpunkt und insoweit angenommen, als die Klägerin Mehrzinsen aus 66.670,29 DM seit 8. März 1974 (Eingang der Klageerwidderung bei der Klägerin) fordert. In diesem Umfang stellt die Klägerin das Berufungsurteil weiterhin zur Nachprüfung, während der Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung § 16 Nr. 4 Abs. 3 VOB/B (1952 = § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B (1973)) zugrunde, da diese Bestimmung eine Anwendung der §§ 288, 286 BGB ausschließe. Das ist richtig und wird von der Revision vergeblich in Zweifel gezogen (BGH NJW 1964, 1223; vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, 9. Aufl., Rdn. 79 f zu B § 16 m.w.N.).

Da die Klägerin unstreitig keine Nachfrist gesetzt hat, kann sie somit - davon geht auch das Berufungsgericht aus - höhere Zinsen als die gesetzlichen Prozeßzinsen nur dann verlangen, wenn der Beklagte die Zahlung des geschuldeten Werklohns ernstlich verweigert hat. Das Oberlandesgericht verneint das. Soweit es dabei um die vorprozessualen Äußerungen des Beklagten geht, habe bei der Klägerin - so führt das Berufungsgericht aus - nicht der Eindruck aufkommen können, der Auftraggeber werde jede weitere Zahlung verweigern. **Aber auch in der Stellung des Klageabweisungsantrags durch den Beklagten liege keine ernstliche Er-**

füllungsverweigerung, da sich der Beklagte hier nur darauf beschränkt habe, den Klageanspruch zu bestreiten, nicht aber seinerseits dazu übergegangen sei, durch eigene prozessuale Maßnahmen den Anspruch der Gläubigerin zu Fall zu bringen. Damit sei es immer noch möglich gewesen, daß der Beklagte im Verlauf des Rechtsstreits zu besserer Einsicht gelangen und sein bisheriges Verhalten ändern könnte. Nur dieser zuletzt wiedergegebene Teil des Berufungsurteils steht nach dem Beschluß des Senats über die Teilannahme der Revision noch zur Erörterung.

2. Wie auch das Berufungsgericht an sich nicht verkennt, soll der Schuldner durch die Nachfristsetzung vor die Frage gestellt werden, ob er die Folgen des § 16 Nr. 4 Abs. 3 VOB/B (1952) auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung von sich abwenden will. Weigert sich der Schuldner aber bereits vor der Setzung der Nachfrist ernstlich, die Forderung zu erfüllen, wird diese Fragestellung zur leeren und überflüssigen Form, so daß auf die Fristsetzung verzichtet werden kann (Senatsurteile NJW 1964, 820 und vom 20. März 1969 - VII ZR 29/67 = LM VOB/B Nr. 36; vgl. auch zur Mängelbeseitigungsfrist des § 634 Abs. 1 BGB Senatsurteil NJW 1983, 1731, 1732; ferner Ingenstau-Korbion, aaO, Rdn. 80 m.w.N.).

a) Überträgt man diese Erwägungen auf den hier zu entscheidenden Fall, kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht allein maßgeblich sein, ob der Beklagte durch eigene Maßnahmen, also etwa durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage, den Anspruch der Klägerin zu Fall zu bringen sucht. Ausschlaggebend

ist vielmehr, ob nach Stellung des Antrags auf Klageabweisung hier noch Raum für die Annahme blieb, der Beklagte könne im Verlauf des Rechtsstreits durch die Setzung einer Nachfrist zu besserer Einsicht gelangen und "freiwillig" den Werklohnanspruch erfüllen. Nur dann nämlich, wenn wenigstens die Möglichkeit besteht, daß der Gläubiger durch die Nachfristsetzung irgendeinen Einfluß auf die Zahlungsbereitschaft des Schuldners ausüben kann, ist es auch geboten, eine solche Frist zu setzen. Inwieweit das zutrifft, ist den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu entnehmen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungen des Reichsgerichts, auf die sich das Berufungsgericht stützen will (RGZ 96, 292, 294; RG HRR 1934, Nr. 1348; LZ 1925, 970).

b) Danach durfte das Berufungsgericht das jetzt noch im Streit befindliche Begehren der Klägerin auf Zahlung höherer Zinsen als 4 % nicht mit der Begründung abweisen, die Klägerin habe keine Nachfrist mehr gesetzt. Auch wenn man berücksichtigt, daß das vorprozessuale Verhalten des Beklagten nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts (noch) nicht den Schluß auf eine ernstliche Zahlungsverweigerung des Beklagten rechtfertigte, hätte das Berufungsgericht doch beachten müssen, daß nach den rund 13 Monate anhaltenden vor-prozessualen Auseinandersetzungen der Parteien über die Höhe des Werklohns und über die Höhe des Verzugsschadens alle Streitpunkte offen "auf dem Tisch" lagen, als die Klägerin schließlich im Januar 1974 ihre Ansprüche klageweise geltend gemacht hat. Bei dieser Sachlage aber mußte sich der Klägerin bei Eingang der Klageerwiderung am 8. März 1974 der Eindruck geradezu aufdrängen, daß der Beklagte,

der die Abweisung der Klage mit den bereits bisher vertretenen Argumenten betrieb, unverrückbar an seiner bisherigen Einstellung festhalten werde und nur durch ein Urteil zur Zahlung veranlaßt werden könnte. Damit aber erübrigte es sich auch, eine Nachfrist zu setzen. Der bereits vorliegende Zahlungsverzug des Beklagten wäre durch eine derartige Maßnahme mit Sicherheit nicht beendet worden, nachdem den Beklagten weder die langen vorprozessualen Auseinandersetzungen mit der Klägerin (die den drohenden, erheblichen Zinsschaden bereits im Juli 1973 zweimal angezeigt hatte) noch die Klage selbst (und das damit gegebene Kostenrisiko) beeindruckt hatten.

3. Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit der Senat die Revision angenommen

hat, und die Sache an das Berufungsgericht zur Entscheidung über die Höhe des geltend gemachten Verzugs-  
schadens zurückzuverweisen, der 1 v. H. über dem Lombard-  
satz der Deutschen Bundesbank übersteigt. Dem Berufungs-  
gericht wird außerdem die Entscheidung über die gesamten  
Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Girisch

Recken

Bliesener

Walchshöfer

Quack