

2072 079

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB (B) §§ 5 Ziff. 4, 8 Ziff. 3

Für die Entziehung des Auftrags durch den Auftraggeber mit den sich für diesen aus § 8 Ziff. 3 VOB (B) ergebenden Rechten stellt § 5 Ziff. 4 VOB (B) für die Fälle der Leistungsverzögerung eine Sonderregelung dar.

BGH, Urt.v.29. Februar 1968 - VII ZR 154/65 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_154/65

URTEIL

Verkündet am

29. Februar 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dr. Rudolf W [REDACTED], K [REDACTED], S [REDACTED]
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

gegen

den Bauunternehmer Heinz K [REDACTED], K [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] - .

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 15. Oktober 1965 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 22. April 1963 hatte der Kläger die Erd-, Beton-, Stahl- und Maurerarbeiten für ein Einfamilienhaus des Beklagten in K [REDACTED] übernommen. Die Bestimmungen der VOB wurden den vertraglichen Beziehungen der Parteien zugrunde gelegt.

Der Baubeginn war auf Anfang August 1963 festgesetzt. Vom 9. bis 14. August 1963 ließ der Kläger die Baugrube ausheben. Am 25. September 1963 begann er, die Streifenfundamente anzulegen. Mit Schreiben vom 26. September 1963 forderte der Vater des Beklagten den Kläger auf, spätestens bis zum 1. Oktober 1963 die Arbeiten so anlaufen zu lassen und zu beschleunigen, daß der "gestell-



te Endtermin" eingehalten werden könne, anderenfalls ihm der Auftrag entzogen und auf seine Kosten einem anderen Unternehmer übertragen werde.

Vom 1. bis 17. Oktober 1963 führte der Kläger die Kellerwände hoch und verlegte die Entwässerungsrohre. In einer Besprechung vom 3. Oktober 1963 verpflichtete er sich, bis zum 5. November 1963 die Obergeschoßdecke fertigzustellen. Da er dem nicht nachkam, schrieb ihm der Architekt L. am 7. November 1963, man habe in der Besprechung vom 3. Oktober festgehalten, daß die im Schreiben des Vaters des Beklagten vom 26. September 1963 angekündigten Maßnahmen wegen der starken Verzögerung des Baubeginns nicht ergriffen würden unter der Voraussetzung, daß die Bauarbeiten zügig vorangingen. Der Kläger habe damals den 5. November als Termin für die Fertigstellung der Obergeschoßdecke genannt. Unter Berücksichtigung der Änderungen an der Bewehrung und der Forderungen des Prüfingenieurs habe er, der Architekt, in seinen Dispositionen mit der Fertigstellung der Obergeschoßdecke zum 15. November gerechnet. Der Kläger habe aber die Arbeitskolonne zeitweise an einer anderen Baustelle eingesetzt und deshalb seither noch nicht einmal die Kellerdecke betoniert. Er setze ihm für die Fertigstellung der Obergeschoßdecke eine Frist bis zum 1. Dezember 1963.

Am 15. November 1963 hatte der Kläger die Kellerdecke und einen Teil der Erdgeschoßmauern ausgeführt. Als- dann stellte er die Arbeiten ein.

Der Beklagte hatte die vom Kläger auf seine 5.820,64 DM betragende Rechnung über die Erdarbeiten vom 10. September 1963 erbetene Abschlagszahlung von 5.000 DM

erst am 7. Oktober 1963 überwiesen. Die vom Kläger auf seine zweite Teilrechnung vom 11. Oktober 1963 verlangte Abschlagszahlung von 9.000 DM entrichtete er nicht. Mit Schreiben vom 18. November 1963 mahnte der Kläger den verlangten Betrag von 9.000 DM an und fügte hinzu, daß bereits eine dritte Rate über 5.000 DM seit dem 12. November 1963 ausstehe; er sehe sich daher gezwungen, die Bauarbeiten bis zur Bezahlung beider Beträge einzustellen. Als der Beklagte hierauf abschlägig antwortete, bat der Kläger mit Schreiben vom 21. November 1963, die angeforderten Beträge von 9.000 und 5.000 DM bis zum 25. November 1963 zu zahlen, andernfalls er den Werkvertrag nach § 9 VOB (B) kündigen werde.

Darauf ließ der Beklagte durch Schreiben seines Rechtsanwalts vom 25. November 1963 seinerseits den Vertrag gemäß § 8 VOB (B) kündigen, da er jedes Vertrauen zum Kläger verloren habe, dessen Verhalten eine grobe Vertragsverletzung darstelle. Er erklärte weiter, daß er schon jetzt mit seinen Schadensersatzansprüchen aufrechne.

Der Kläger kündigte den Werkvertrag mit Schreiben vom 26. November 1963, weil der Beklagte die beiden Raten nicht bezahlt habe.

Gegenüber der vom Kläger eingeklagten Restforderung von 17.523,16 DM nebst Zinsen hat der Beklagte die Aufrechnung mit Gegenforderungen über 20.000 DM aus Leistungsverzug des Klägers erklärt.

Das Landgericht hat der Klage unter teilweiser Abweisung des Zinsanspruchs stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Gegenüber der restlichen Werklohnforderung des Klägers von 17.523,16 DM ist dem Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts keine aufrechenbare Schadensersatzforderung erwachsen, weil er dem Kläger den Bauauftrag nicht formgerecht (§ 5 Ziff. 4 VOB (B)) entzogen habe.

1.) Das Schreiben des Vaters des Beklagten vom 26. September 1963 sei durch die Abrede vom 3. Oktober 1963 überholt. Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, daß er auf das Kündigungsrecht nur unter der Bedingung verzichtet habe, daß die Bauarbeiten zügig fortgeführt würden. Ein solcher Vorbehalt sei nach der VOB nicht zulässig; er hätte zudem der schriftlichen Bestätigung bedurft. Selbst wenn man aber die Zulässigkeit bejahe, könne die Vereinbarung nur dahin verstanden werden, daß auf das Kündigungsrecht verzichtet und für die Zukunft eine neue Entziehung angekündigt worden sei.

Die Revision greift diese Würdigung vergeblich an.

Es kann dahinstehen, ob den Ausführungen des Berufungsgerichts über die Zulässigkeit der Vereinbarung zu folgen ist. In jedem Falle ist seine Würdigung ihres Inhalts frei von Rechtsfehlern. Wenn es sagt, die Abmachung könne "nur" in jenem Sinne verstanden werden, so bedeutet

das nicht, daß es nur diese eine Auslegung für denkgesetzmäßig möglich hält. Vielmehr bringt es damit zum Ausdruck, daß sie nach seiner Überzeugung unter den obwaltenden Umständen die allein richtige sei.

2.) Dem Berufungsgericht ist auch zuzustimmen, daß am 25. November 1963 nicht die Voraussetzungen für eine Entziehung des Bauauftrags durch den Beklagten gemäß § 8 Ziff. 3 VOB (B) gegeben waren.

Der Architekt L. hatte im Schreiben vom 7. November 1963 lediglich nochmals eine Frist zur Fertigstellung der Obergeschoßdecke bis 8. Dezember 1963 gesetzt, jedoch nicht entsprechend § 5 Ziff. 4 VOB (B) gleichzeitig auch für den Fall des fruchtlosen Ablaufs dieser Frist die Entziehung des Auftrags angedroht. Eine Fristsetzung ohne die vorgeschriebene Androhung, nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag zu entziehen, begründet aber nicht das Recht zur Auftragsentziehung, sondern setzt nur den Auftragnehmer in Verzug. Da, wie ausgeführt, die vorausgegangene Entziehungsandrohung im Schreiben des Vaters des Beklagten vom 26. September 1963 nicht in dem Sinne fortwirkte, daß der Beklagte bei einer neuen Arbeitsverzögerung lediglich nochmals eine Frist zu setzen brauchte und alsdann den Auftrag nach Fristablauf entziehen durfte, konnte das Recht des Beklagten, wegen einer neuerlichen Verzögerung der Bauausführung dem Kläger gemäß § 8 Ziff. 3 VOB (B) den Auftrag zu entziehen, nur unter den in § 5 Ziff. 4 VOB (B) genannten Voraussetzungen entstehen. Das bedeutet, daß der Beklagte nicht nur nochmals eine Frist zur Vertragserfüllung setzen mußte, sondern auch für den Fall des fruchtlosen Ablaufs dieser Frist die Entziehung des Auftrags hätte androhen müssen. Letzteres hat er unterlassen.

Der Beklagte hat den Inhalt des von der Revision angeführten Telegramms seines Vaters vom 20. November 1963, aus dem die Revision eine nochmalige Androhung der Auftragsentziehung herleiten will, in den Vorinstanzen nicht vorgetragen. Das Revisionsgericht kann ihn deshalb nicht berücksichtigen. Der Kläger hat sich nicht, wie die Revision meint, im Schriftsatz vom 17. Februar 1964 (Bl. 4) mit diesem Telegramm auseinandergesetzt. Den Kläger gemäß § 139 ZPO aufzufordern, die Vorlage des Telegramms durch den Beklagten zu beantragen (§ 421 ZPO), hatte das Berufungsgericht keine Veranlassung, zumal es dessen Wortlaut nicht kannte.

II.

Das Berufungsgericht sieht in der Kündigungserklärung des Beklagten vom 25. November 1963 eine an keine Voraussetzung gebundene Kündigung des Werkvertrags nach § 8 Ziff. 1 VOB (B), weil der Beklagte das Vertragsverhältnis auf jeden Fall habe lösen wollen. Infolgedessen habe er, so führt es aus, keinen Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen, die durch seine Kündigung bedingt seien.

Die Revision hält diese Umdeutung der Kündigung rechtlich nicht für zulässig. Daß der Beklagte nur gemäß § 8 Ziff. 3 VOB (B) habe kündigen wollen, folge auch aus seinem Kündigungsschreiben vom 25. November 1963, denn er habe darin Gegenansprüche geltend gemacht. Sie ist ferner der Meinung, daß unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 8 Ziff. 3 VOB (B) gegeben waren, eine Auftragsentziehung mit den sich aus dieser Bestimmung ergebenden Folgen auch deshalb anzunehmen sei, weil der Beklagte einen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses gehabt habe.

1.) Für letztere Meinung beruft sich die Revision zu Unrecht auf die Entscheidung des erkennenden Senats in LM (Nr. 1) § 8 VOB, Teil B. Darin ist zwar gesagt, daß die vertraglich vereinbarte Anwendung der VOB jedenfalls für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB nicht ausschließe. Für die Entziehung des Auftrags durch den Auftraggeber mit den sich für diesen aus § 8 Ziff. 3 VOB (B) ergebenden Rechten stellt aber § 5 Ziff. 4 VOB (B) hinsichtlich der darin behandelten Fälle der Leistungsverzögerung eine Sonderregelung dar.

Ausnahmsweise mag zwar dem Auftraggeber unter besonderen Umständen wegen krasser Leistungsverzögerung des Auftragnehmers, auch ohne daß die Voraussetzungen der §§ 5 Ziff. 4, 8 Ziff. 3 VOB (B) vorliegen, ein Rücktrittsrecht erwachsen. Solche besonderen, ganz aus dem Rahmen fallenden Umstände hat der Kläger hier aber nicht vorge-
tragen.

2.) Ob der Beklagte den Vertrag für den Fall, daß die Voraussetzungen des § 5 Ziff. 4 nicht vorlagen, jedenfalls nach § 8 Ziff. 1 VOB (B) hat kündigen wollen, kann dahinstehen. Im Revisionsverfahren macht er nur noch infolge der Auflösung des Vertragsverhältnisses nach seiner Behauptung ihm entstandene Schäden geltend. Ein Anspruch auf Ersatz solcher Schäden ergibt sich aber weder bei einer Kündigung nach § 8 Ziff. 1 VOB (B) noch dann, wenn dem Schreiben vom 25. November 1963 überhaupt keine Kündigungswirkung zukommt. Daß die Bauarbeiten nicht zu Ende geführt wurden, hat nicht der Kläger, sondern der Beklagte zu vertreten, denn er hat die von ihm geschuldeten Abschlagszahlungen nicht geleistet.

Hierzu führt das Berufungsgericht aus, der Beklagte habe sich, selbst wenn der Kläger mit den Bauarbeiten in Verzug geraten sein sollte, gegenüber dessen berechtigtem Verlangen auf Entrichtung der zweiten und dritten Abschlagszahlung von 9.000 DM und 5.000 DM nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) berufen können. Diese Einrede sei durch den Bauvertrag ausgeschlossen. Nach § 16 Ziff. 1 VOB (B) habe der Beklagte auf die Anträge des Klägers in Höhe der jeweils nachgewiesenen vertragsmäßigen Leistungen in möglichst kurzen Zeitabständen Abschlagszahlungen gewähren müssen. Die Bestimmung des § 16 Ziff. 1 Abs. 2, wonach fällige Gegenleistungen einbehalten werden können, habe durch Ziff. 25 der "Zusätzlichen Vertragsbestimmungen" eine Einschränkung erfahren. Danach könnten "bei Beanstandungen von Leistungen Beträge in angemessener Höhe einbehalten werden". Unter "Beanstandungen von Leistungen" fielen aber nur Schlechtleistungen, nicht aber werkgerechte, jedoch verspätete Leistungen.

Diese Auslegung der Ziff. 25 der "Zusätzlichen Vertragsbestimmungen" dahin, daß der Beklagte sich gegenüber einem fälligen Anspruch auf eine Abschlagszahlung nicht auf eine Leistungsverzögerung des Klägers berufen konnte, ist rechtlich nicht zu beanstanden und bindet das Revisionsgericht. Sie liegt im Sinne einer zügigen Abwicklung der Bauarbeiten. Der Auftragnehmer erhält danach die Teilvergütung für die werkgerechten Teilleistungen, auch wenn er diese nicht fristgerecht erbracht hat, solange der Auftraggeber eine Leistungsverzögerung nicht zum Anlaß nimmt, dieserhalb den Werkvertrag gemäß §§ 5 Ziff. 4, 8 Ziff. 3 VOB (B) zu kündigen.

III.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt