

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 198/79

URTEIL

Verkündet am  
12. Juni 1980  
Werner,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Bauunternehmung B. GmbH & Co KG, Büchel, Post Virneburg, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, Firma B. GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Ernst B. ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Betonwerk H. H. GmbH, A., Am R. -  
/I. -straße, vertreten durch ihre Geschäftsführer  
Heinrich und Hans-Joachim H., ebenda,

Beklagte, Berufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 1. Juni 1979 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 bewarb sich Ende 1973 um ausgeschriebene Arbeiten beim Erweiterungsbau der Gewerblichen Berufsschule in N[REDACTED] durch Angebote für die Lose Beton-, Mauer- und Betonfertigteilarbeiten. Die Beklagte hatte ihr unter dem 7. November 1973 angeboten, als Subunternehmerin die ausgeschriebene Herstellung und Montage der Betonfertigteile für 458.401,82 DM auszuführen. Die Klägerin berechnete die Leistungen in ihrem Angebot an den Landkreis N[REDACTED] mit 481.482,61 DM. Sie erhielt den Zuschlag nur für dieses Los (Betonfertigteilarbeiten) und beauftragte

- 3 -

die Beklagte durch Schreiben vom 7. Dezember 1973 mit diesen Arbeiten unter Hinweis auf deren Angebot. Die Geltung der VOB/B (1952) wurde vereinbart.

Die Parteien gerieten alsbald, noch vor dem für den 17. März 1974 vereinbarten Beginn der Herstellungsarbeiten in Streit. Die Beklagte meinte, nach dem Leistungsverzeichnis gehöre zu ihren Leistungen zwar die Lieferung der zur Befestigung der Betonfertigteile vorgesehenen Verankerungsstücke, nicht aber auch deren Einbau in den Ort beton. Sie hatte die von ihr später auf 30.000 DM bis 40.000 DM veranschlagten Kosten dieser Montagearbeiten bei ihrer Preiskalkulation nicht berücksichtigt. Außerdem verlangte sie, wegen nach Vertragsschluß eingetretener Material- und Energiepreiserhöhungen auch die Vertragspreise anzuheben. Der Landkreis N[REDACTED] und dementsprechend auch die Klägerin bestanden auf den Einbau der Verankerungen ohne zusätzliche Vergütung und lehnten Preiserhöhungen ab. Mit Schreiben vom 19. März 1974 an die Klägerin weigerte sich die Beklagte endgültig, den Vertrag zu den vereinbarten Preisen zu erfüllen. Die Klägerin ließ alsdann durch Schreiben ihrer Anwälte vom 25. März 1974 den Vertrag mit der Beklagten kündigen. Mit Schreiben vom 29. März 1974 und 1. April 1974 hoben die Klägerin und der Landkreis N[REDACTED] einvernehmlich ihren Vertrag auf, nachdem die Firma He[REDACTED], die mit den Rohbauarbeiten beauftragt war, sich gegenüber dem Landkreis N[REDACTED] bereit erklärt hatte, auch die Betonfertigteilarbeiten anstelle der Klägerin zu deren Preisen auszuführen.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte 24.766,27 DM nebst Zinsen als Ersatz entgangenen Gewinns eingeklagt.



Die Beklagte macht u. a. geltend, die Erfüllung des Vertrags wäre für sie unzumutbar gewesen. Sie hätte durch die gestiegenen Material- und Energiekosten sowie durch die Kosten des Einbaus der Verankerungen einen Verlust von mindestens 100.000 DM gehabt, wodurch sie wirtschaftlich ruiniert worden wäre. Im übrigen sei sie zum Einbau der Verankerungen nach dem Leistungsverzeichnis nicht verpflichtet gewesen. Außerdem habe die Klägerin bei der Besprechung vom 22. März 1974 auf jeglichen Schadensersatz verzichtet. Schließlich habe die Klägerin den auch der Höhe nach bestrittenen entgangenen Gewinn mitverschuldet.

Das Landgericht hat der Klage auf Ersatz entgangenen Gewinns nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe mit Schreiben vom 25. März 1974 den Vertrag mit der Beklagten gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B gekündigt. Es liege ein Fall des § 5 Nr. 4 VOB/B (Verzögerung) vor und nicht etwa eine positive Vertragsverletzung. Die Beklagte sei bei der Auftragsentziehung vom 25. März 1974 mit dem für den 17. März 1974 vereinbarten Beginn der Arbeiten im Verzug gewesen. Als sie mit Schreiben vom 19. März 1974 die Ausführung des Vertrages endgültig verweigert habe, sei ihre Leistung bereits fällig gewesen. Damit unterscheide sich

der vorliegende Vertrag von demjenigen, in dem der Auftragnehmer durch ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung in Verzug geraten sei und deshalb nicht anders behandelt werden könne als der Auftragnehmer, der sogleich nach Vertragsschluß noch vor Fälligkeit seiner Leistung die Vertragserfüllung verweigert hat und sich dadurch einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht habe (BGHZ 65, 372, 377). Der hier nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/B zu beurteilende Schadensersatzanspruch setze voraus, daß der Auftraggeber aus denselben Gründen, die zur Auftragsentziehung geführt hätten, auch das Interesse an der weiteren Ausführung der vom gekündigten Vertrag erfaßten Leistung überhaupt verloren habe. Daran fehle es hier. Die Klägerin habe nach ihrem eigenen Vortrag auf die weitere Ausführung nur deshalb verzichtet, weil der Landkreis N[ ] einen anderen Unternehmer habe einsetzen können und sie - die Klägerin - aus dem Vertrag habe entlassen wollen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Rechtsfehlerhaft ist bereits die Auffassung des Berufungsgerichts, Grund der Auftragsentziehung und des Schadensersatzanspruchs sei eine Leistungsverzögerung im Sinne von § 5 Nr. 4 VOB/B und nicht die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung der Beklagten vom 19. März 1974. Das Gegenteil hat die Klägerin bereits in ihrem Schreiben vom 25. März 1974 eindeutig durch ihren Hinweis zum Ausdruck gebracht, daß sie wegen der endgültigen Leistungsverweigerung der Beklagten keine weiteren Nachfristen wegen der Verzögerung des Arbeitsbeginns gemäß § 5 Nr. 4 VOB/B setze, sondern mit sofortiger Wirkung ihr den Auftrag entziehe. Es wäre auch kaum verständlich,

wenn die Klägerin die verhältnismäßig geringfügige Verzögerung des Arbeitsbeginns als Entziehungsgrund geltend gemacht und die weit schwerer wiegende Vertragsverletzung endgültiger Leistungsverweigerung außer Betracht gelassen hätte.

2. Unstreitig ist, daß die Beklagte mit Schreiben vom 19. März 1974 die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Streit besteht nur darüber, ob die Beklagte zu der Verweigerung berechtigt war. Insoweit fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts. Zugunsten der Revision ist deshalb für diese Instanz davon auszugehen, daß die Beklagte zur Leistungsverweigerung nicht berechtigt war.

3. Verweigert der Auftragnehmer ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vertrages, ohne hierzu berechtigt zu sein, macht er sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig, die in ihrer Bedeutung über bloße Leistungsverzögerungen im Sinne von § 5 Nr. 4 VOB/B weit hinaus geht. Sie hat in der VOB/B keine Regelung gefunden. Allerdings ist in Fällen dieser positiven Vertragsverletzung wegen der Eigenart des Bauvertrages § 8 Nr. 3 VOB/B dahin entsprechend anzuwenden, daß an die Stelle des nach dem BGB vorgesehenen Rücktritts die Kündigung (Entziehung des Auftrags) tritt (vgl. BGHZ 65, 372, 375; BGH NJW 1974, 1080, 1081 mit weiteren Nachweisen). Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, die für die Leistungsverzögerungen des § 5 Nr. 4 VOB/B geltende Haftungsbeschränkung der §§ 6 Nr. 5 Abs. 2 und 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/B, wonach der Auftraggeber grundsätzlich nur Ersatz des unmittelbaren Schadens, nicht auch des entgangenen Gewinns, und nur ausnahmsweise bei Interessen-

verlust vollen Schadensersatz verlangen kann, auf den Fall positiver Vertragsverletzung durch endgültige Erfüllungsverweigerung entsprechend anzuwenden. Diese Haftungsbeschränkung soll nach ihrem Sinn und Zweck das Risiko des Auftragnehmers verringern, der an sich leistungsfähig und auch leistungsbereit ist, der aber mit einer Vielzahl nicht immer genau absehbarer Schwierigkeiten mit der Folge von Verzögerungen im Sinne von §§ 5 Nr. 4, 6 Nr. 5 VOB/B zu kämpfen hat. Anders ist es, wenn sich der Auftragnehmer von vornherein - wenn auch erst nach Eintritt der Fälligkeit - ernsthaft und endgültig weigert, den Vertrag überhaupt zu erfüllen. Dieser Auftragnehmer kann nicht mit demjenigen gleichgestellt werden, der sich wenigstens bemüht, seine vertraglichen Leistungen zu erbringen (vgl. BGHZ 65, 372, 376; a.A. Kaiser NJW 1976, 960).

4. Bei endgültiger nicht berechtigter Erfüllungsverweigerung ist der Auftragnehmer daher zum unbeschränkten Ersatz des Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns verpflichtet. Ohne Bedeutung ist hierbei, ob der Auftragnehmer die Leistung vor oder nach Fälligkeit verweigert. Das hat der Senat bereits in seiner Entscheidung BGHZ 65, 372, 376 ausgesprochen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Auftragnehmer, der seine Leistung nach Fälligkeit verweigert, besser gestellt sein sollte, als derjenige, der dies vor Fälligkeit getan hat. Im übrigen ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - die Leistung der Beklagten auch nicht bereits am 17. März 1974 fällig geworden. An diesem Tage sollte die Beklagte mit der Herstellung der Fertigteile in der Werkstatt beginnen. Dagegen sollte sie nicht schon an diesem Tage die gesamte Vertragsleistung (Herstellung und Montage aller Fertigteile) erfüllen.

5. Die Klägerin kann somit hier von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/B nachweisen zu müssen, daß die Erfüllung des Vertrages für sie kein Interesse mehr hat (vgl. BGHZ 65, 372, 374/375; BGH Urteil vom 20. Januar 1969 - VII ZR 79/66 = LM BGB § 326 (G) Nr. 1). Auf einen Interessenverlust der Klägerin kommt es nicht an.

Im übrigen hat hier die Klägerin aber auch durch die Leistungsverweigerung der Beklagten das Interesse an der Ausführung des ihr vom Landkreis Neuwied erteilten Auftrags verloren. Sie hatte den ihr vom Landkreis Neuwied erteilten Auftrag erstrebt und angenommen, weil sie damals ein verbindliches Angebot der Beklagten als Subunternehmerin über dieselben Leistungen hatte. Durch die spätere Leistungsverweigerung der Beklagten wurde dem der Klägerin erteilten Auftrag nachträglich die Grundlage entzogen. Einen anderen Subunternehmer, der bereit gewesen wäre, den Auftrag für die Klägerin zu den Vertragspreisen der Beklagten zu übernehmen, konnte die Klägerin nach ihrem unbestrittenen Vortrag in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht finden. Sie war also wegen der Leistungsverweigerung der Beklagten genötigt, auf den Auftrag des Landkreises Neuwied zu verzichten.

II. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache selbst abschließend zu entscheiden. Es bedarf weiterer Feststellungen, insbesondere dazu, ob die Erfüllungsverweigerung der Beklagten berechtigt war und ob die Klägerin etwa auf Schadensersatz verzichtet hat, sowie, falls beides zu verneinen sein sollte, ob ihr durch das

Verhalten der Beklagten Gewinn in der geforderten Höhe entgangen ist.

Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird.

Vogt

Girisch

Meise

Bliesener

Obenhaus