

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 293/75

URTEIL

Verkündet am
20. Januar 1977
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] Aluminium Bauelemente GmbH,
L [REDACTED], Le [REDACTED]straße 9, vertreten durch die Geschäfts-
führerin, Frau Gi K [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Facharzt Dr. med. Eberhard B [REDACTED],
LU [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Hella B [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungskläger
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1977 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 10. Juli 1975 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Auftrag vom 11. Januar 1971 bestellten die Beklagten bei der Klägerin eine ca. 180 qm große Aluminium-Stülpfassade für ihr Haus in Lü[REDACTED], P[REDACTED]straße [REDACTED], zum Festpreis von 55,-- DM/qm, insgesamt also etwa 9.900 DM. Die Montage sollte im zweiten Quartal 1971 erfolgen. Auf der Vorderseite des von den Beklagten unterzeichneten Formulars befinden sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin, denen zufolge sich der Auftraggeber verpflichtete, "bei Abbestellung oder Verweigerung der Ausführungsarbeiten die bereits angefallenen Kosten und eine Vertragsstrafe für bereits bezahlte Provisionen, Gewinnentgang etc. bis 35 % der Auftragshöhe zu entrichten" (Nr. 7).

- 3 -

Die Klägerin bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 18. Januar 1971. Sie kündigte gleichzeitig an, daß sie ihn an einen leistungsfähigen Vertragsverleger weiterleiten werde; von diesem würden die Beklagten dann nochmals eine Auftragsbestätigung und die Mitteilung des genauen Montagebeginns erhalten.

Nachdem die Beklagten bis Anfang August 1971 nichts mehr von der Klägerin gehört hatten, auch von dem Vertragsverleger noch keine Nachricht eingegangen war, schrieben sie der Klägerin unter dem 11. August 1971:

"Hiermit trete ich von dem Vertrag zurück.

Die Ausführung war mir für April/Mai 1971 in Aussicht gestellt worden. Bis heute weiß ich aber noch nicht einmal, wer die Arbeiten durchführen soll.

Inzwischen hat sich meine finanzielle Situation derartig verändert, daß ich auch nicht mehr in der Lage bin, die Arbeit durchführen zu lassen.

Gegebenenfalls werde ich auf Ihre Firma zurückkommen."

Als dann im September 1971 ein Subunternehmer der Klägerin ohne weitere Ankündigung erschien und die Fassade des Hauses verkleiden wollte, wurde er von den Beklagten unter Hinweis auf die Rücktrittserklärung fortgeschickt.

Die Klägerin meldete sich hierauf erst mit Schreiben vom 20. April 1972. Sie forderte gemäß ihren Geschäftsbedingungen 25 % der Auftragssumme zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer als Vertragsstrafe und erklärte sich bereit,



den Auftrag doch noch auszuführen und für diesen Fall die Vertragsstrafe als Anzahlung zu betrachten. Die Beklagten gingen darauf nicht ein.

Mit der Klage hat die Klägerin 2.747,25 DM sowie Zinsen und die auf diese Zinsen berechnete Mehrwertsteuer verlangt.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 2.475,-- DM stattgegeben und sie hinsichtlich der Mehrwertsteuer und eines Teiles der Zinsen abgewiesen; das Oberlandesgericht hat sie in vollem Umfange abgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihre bisher gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Der mit Schreiben vom 11. August 1971 erklärte Rücktritt vom Verträge ist nach Ansicht des Berufungsgerichts unwirksam. Die Beklagten hätten die Klägerin zuvor unter Fristsetzung zur Verkleidung der Fassade auffordern und zugleich darauf hinweisen müssen, daß sie die Leistung nach Ablauf der Frist ablehnen würden (§§ 636, 634 Abs. 1 BGB). Das sei nicht geschehen. Gründe, die nach § 634 Abs. 2 BGB eine Fristbestimmung entbehrlich gemacht hätten, seien nicht ersichtlich. Eine Umdeutung der Rücktrittserklärung in eine Kündigung, bei der die Beklagten zur

Zahlung der vereinbarten Vergütung grundsätzlich verpflichtet geblieben wären (§ 649 BGB), komme nach dem Inhalt des Schreibens nicht in Betracht.

Diese sich weitgehend aus tatrichterlicher Würdigung ergebende Beurteilung läßt Rechtsfehler nicht erkennen; auch die Revision geht von ihr aus.

II.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der von der Klägerin allein auf Nr. 7 ihrer AGB gestützte Anspruch eine Vertragsstrafe oder einen pauschalierten Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung betrifft. In jedem Falle beruhe er auf der von den Beklagten "vertragswidrig mit dem unwirksamen Rücktritt erklärten und im September 1971 bestätigten endgültigen Erfüllungsverweigerung". Hieraus könne die Klägerin indessen Rechte nicht mehr herleiten, weil sie diese verwirkt habe.

Auch das ist nicht zu beanstanden. Was die Revision dagegen vorbringt, bleibt ohne Erfolg.

1. Ein Recht ist verwirkt, wenn es illoyal verspätet geltend gemacht wird. Ob der Einwand der Verwirkung durchgreift, richtet sich in erster Linie nach dem Verhalten des Berechtigten. Maßgebend ist insoweit, ob der Verpflichtete bei objektiver Beurteilung nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, daß der Berechtigte ihn nicht mehr in Anspruch nehmen werde. Der Zeitablauf spielt dabei zwar eine Rolle; er ist aber nicht allein ent-

scheidend. Hinzukommen muß ferner, daß der Verpflichtete auf die Nichtausübung des Rechts vertraut und daß er sich darauf eingerichtet hat. Von Verwirkung als einem Unterfall unzulässiger Rechtsausübung kann schließlich nur die Rede sein, wenn der Verpflichtete nicht selbst gegen Treu und Glauben verstoßen und dadurch eine frühere Geltendmachung des Rechts verhindert hat (ständ. Rspr., vgl. z.B. RGZ 155, 148, 151/152; BGHZ 25, 47, 52/53; BAG NJW 1958, 1988 Nr. 31).

2. Diese auch im Schrifttum allgemein gebilligten Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet.

a) Die Frage, ob Verwirkung eingreift, hängt im wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles ab; deren Würdigung ist Sache des Tatrichters (BGH, Urteil vom 7. Juli 1965 - VIII ZR 138/63 = LM BGB § 242 [Cc] Nr. 22) und demgemäß im Revisionsrechtszuge nur beschränkt nachprüfbar.

b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht danach als entscheidend angesehen, daß die Beklagten den Vertrag vom Januar 1971 seit Mitte März 1972 als gegenstandslos behandeln durften, ihn auch - wie es feststellt - tatsächlich als erledigt betrachteten und deshalb Anfang April 1972 ein anderes Unternehmen mit der Fassadenerneuerung beauftragten.

aa) Hinnehmen muß die Revision in diesem Zusammenhang insbesondere, daß das Berufungsgericht die Entsendung eines Subunternehmers im September 1971 als vorläufige Reaktion auf das Schreiben der Beklagten vom 11. August 1971 nicht ausreichen läßt.

Der von den Parteien für April/Mai 1971 vorgesehene Ausführungstermin ist für die Beurteilung des Verhaltens der Klägerin nicht bedeutungslos. Das hat das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision zutreffend ausgeführt. Nach Nr. 6 der AGB sollten Terminangaben zwar unverbindlich sein; sie brauchten, wie es dort heißt, nur nach Möglichkeit eingehalten zu werden. Dadurch, daß die Klägerin sich bis zum August 1971 um die Ausführung des Vertrages überhaupt nicht kümmerte, hat sie aber den freilich unwirksamen Rücktritt der Beklagten und damit deren Erfüllungsverweigerung erst veranlaßt.

Dieses Verhalten der Klägerin kann nicht unberücksichtigt bleiben. Dabei mag dahinstehen, ob die Nr. 6 der AGB bereits deshalb nach Treu und Glauben unbeachtlich ist (§ 242 BGB), weil die Klägerin sich für die Erbringung ihrer Leistung eine nicht hinreichend bestimmte Frist vorbehalten hatte (vgl. jetzt § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz). Keinen Bedenken begegnet jedenfalls die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin zunächst den Eindruck erweckt hatte, sie werde den Vertrag zügig und pünktlich, nämlich noch im zweiten Quartal 1971 abwickeln, und daß die Beklagten hiermit auch rechnen durften.

Stattdessen hatten die Beklagten bis zum August 1971 weder die ihnen mit Schreiben vom 18. Januar 1971 angekündigte Auftragsbestätigung des Subunternehmers noch den genauen Termin für den Beginn der Arbeiten erhalten. Sie wußten nicht einmal, wer sich bei ihnen als Subunternehmer melden werde. Jedenfalls ein kurzer Zwischenbescheid wäre zu erwarten gewesen.

Sache der Klägerin wäre es deshalb gewesen, ihr Interesse an dem Vertrage unmißverständlich mitzuteilen. Daß ihr Subunternehmer die Arbeiten im September 1971 ohne vorherige Ankündigung ausführen wollte, brauchte das Berufungsgericht nicht als ausreichend anzusehen. Die Klägerin gab damit zwar zu erkennen, daß sie an dem Vertrage festhalten wolle. Da der Subunternehmer aber von den Beklagten unter Hinweis auf den von der Klägerin veranlaßten Rücktritt fortgeschickt worden war, ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht ausführt, die Klägerin hätte alsbald eindeutig erklären müssen, daß sie mit dem Rücktritt nicht einverstanden sei, auf Erfüllung des Vertrages bestehe und anderenfalls - wie dies erst in ihrem Schreiben vom 20. April 1972 geschehen sei - die Rechte aus Nr. 7 ihrer AGB geltend machen werde.

Diese Klarstellung war für die Klägerin entgegen der Ansicht der Revision nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Beklagten sich mit ihrer im September 1971 bestätigten Erfüllungsverweigerung vertragswidrig verhalten hatten: Die Weigerung hat den hier eingeklagten Anspruch erst entstehen lassen; sie allein kann den Verwirkungseinwand nicht entkräften. Umstände, die das Verhalten der Beklagten als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen könnten, hat die Klägerin nicht vorgetragen, sie sind auch sonst nicht erkennbar.

bb) Angesichts der Nachlässigkeit, mit der die Klägerin den Auftrag bis dahin behandelt hatte, durften die Beklagten zumindest seit Mitte März 1972 darauf vertrauen, daß sie aus dem Vertrage nicht mehr in Anspruch genommen

werden würden. Auch das nimmt das Berufungsgericht zutreffend an.

Richtig ist allerdings, daß gegenüber Ansprüchen mit kurzer Verjährungsfrist nur selten Raum für Verwirkung ist (BGH NJW 1959, 1629 Nr. 4 mit Nachw.). Auch insoweit kommt es aber auf den Einzelfall an. Das hat das Berufungsgericht bedacht. Der von der Klägerin ungenutzt gelassene Zeitraum von sechs Monaten konnte deshalb unter Berücksichtigung der hier festgestellten "ganz besonderen Ausnahmesituation" ausreichen. Die Revision bringt dagegen nichts Beachtliches vor. Zu den von ihr geforderten Maßnahmen wie Hinweis auf die Dringlichkeit der Reparaturarbeiten und Fristsetzung wären die Beklagten nur genötigt gewesen, wenn die Klägerin sie nicht gerade durch ihre Untätigkeit in dem Glauben belassen hätte, daß sie ihren Rücktritt gelten lassen wolle. Seitdem die Beklagten den Subunternehmer fortgeschickt hatten, konnte die Klägerin nicht damit rechnen, daß sie von ihnen noch hören werde.

cc) Ohne Rechtsfehler stellt das Berufungsgericht schließlich fest, daß die Beklagten auf die Erledigung des Vertrages tatsächlich vertraut und sich durch Beauftragung eines anderen Unternehmers darauf eingerichtet hatten. Die Revision zieht das denn auch nicht in Zweifel.

III.

Die Revision ist nach alledem mit der Kostenfolge
des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Meise

Doerry

Bliesener

Obenhaus