

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 14/72

URTEIL

Verkündet am

22. November 1973

H o r n ,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der H [REDACTED] GmbH, B [REDACTED], S [REDACTED] Ring [REDACTED], vertreten
durch ihre Geschäftsführer Hans-Peter G [REDACTED], Dietmar S [REDACTED],
Uwe B [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma August H [REDACTED] oHG, Bauausführungen, B [REDACTED]
[REDACTED], L [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch ihren Gesellschafter
Max H [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Schmidt, Meise, Dr. Recken und Dörny

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 8. Oktober 1971 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Mit Bauvertrag vom 9. Mai 1968 übertrug die Beklagte für ihr Bauvorhaben in B [REDACTED] der Klägerin die Maurer-, Beton- und Erdarbeiten an vier Endhäusern zu einem Pauschalpreis von 35.600 DM je Haus. Im Vertrag heißt es u.a.:

- "2. Die angebotenen Einheitspreise sind Festpreise. Während der Bauzeit eintretende Lohnerhöhungen und Materialpreussteigerungen werden nicht extra vergütet, sondern gelten in den Einheitspreisen mit abgegolten.
10. Der Bauherr haftet nicht gegenüber dem Unternehmer, falls aus irgendwelchen Gründen Baupausen an der Baustelle eintreten sollten, so daß der Unternehmer nicht so zügig wie bis-

- 3 -

her seine Arbeiten fortführen kann. In diesem Fall sind irgendetwelche Schadensersatzansprüche von Seiten des Unternehmers ausgeschlossen.

13. Die Abschlagszahlungen erfolgen entsprechend der geleisteten Arbeit abzüglich 10 % Sicherheit. Die Zwischenrechnungen lt. Zahlungsplan sind in prüfungsfähiger Form aufzustellen und .. dem bauleitenden Architekten einzureichen. Nach Prüfung durch Bauleitung und Oberleitung und Prüfung durch die Kontrollabteilung des Bauherrn wird die Bezahlung an den Unternehmer innerhalb von 20 Tagen nach Abzeichnung durch die Oberleitung vorgenommen.

23. Zahlungsplan umseitig ist Bestandteil dieses Vertrages.

Mehrkosten, die über DM 35.600 pro Haus liegen, werden nicht vergütet."

Mit Zusatzvereinbarung vom 24. Februar 1969 wurde ein neuer Baubeginn vereinbart. Der Klägerin wurden zusätzliche Arbeiten zu Festpreisen übertragen.

Nach Fertigstellung der Kellerdecken übersandte die Klägerin Zwischenrechnungen vom 11. und 12. Juni 1969 im Gesamtbetrag von 25.000 DM dem Bauleiter der Beklagten. Nach Prüfung durch die Oberleitung in S [REDACTED] wies die Kontrollabteilung der Beklagten in B [REDACTED] diesen Betrag zur Zahlung an. Die Beklagte zahlte jedoch zunächst nicht. Erst nach mehrfachen fernmündlichen und schriftlichen Mahnungen der Klägerin übersandte die Beklagte am 6. August 1969 einen Verrechnungsscheck über 20.000 DM. Nach wiederholten Mahnungen wegen des Restbetrages von 5.000 DM und Androhung der Arbeitsniederlegung stellte die Klägerin am 5. September 1969 die Arbeit ein.



In der Folgezeit verhandelten die Parteien erfolglos über eine Fortsetzung der Arbeiten. Während die Klägerin zuvor die Zahlung eines nunmehr anerkannten Betrages von 7.100 DM und einen Zuschlag zum vereinbarten Festpreis wegen zwischenzeitlicher Lohn- und Preissteigerungen forderte, machte die Beklagte die Zahlung davon abhängig, daß die Klägerin sich zur Fortsetzung der Arbeiten zu den ursprünglich vereinbarten Festpreisen bereit erkläre. Schließlich kündigte die Beklagte den Bauvertrag am 10. Juni 1970 und beauftragte andere Firmen mit der Ausführung der noch ausstehenden Arbeiten. Die Klägerin übersandte Schlußrechnung vom 15. Juni 1970 und forderte insgesamt noch 51.275,66 DM.

Von diesem Rechnungsbetrag hat die Klägerin einen Teilbetrag von 14.000 DM und für entgangenen Gewinn einen Teilbetrag von 1.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat im Wege der Widerklage 16.000 DM nebst Zinsen als Schadensersatz gefordert und hilfsweise mit dieser Forderung aufgerechnet.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Klägerin der Klage stattgegeben und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage und ihre Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe

A.

Das Berufungsgericht erachtet die Klage für begründet nach den §§ 631, 649 BGB. Die Klägerin habe ihren Vergütungsanspruch weder wegen Leistungsverweigerung noch infolge Aufrechnung verloren. Sie habe die Arbeit niederlegen dürfen und sie nicht zu den alten Vertragsbedingungen fortzuführen brauchen. Sie habe sich weder eines vertragsgefährdenden Verhaltens schuldig noch gegenüber der Beklagten Schadensersatzpflichtig gemacht.

Die dagegen gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch.

I.

Das Berufungsgericht bejaht - auch unter Berücksichtigung der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers (§ 641 Abs. 1 BGB) - das Recht der Klägerin, ihre Arbeiten bis zur Zahlung der fälligen Abschläge einzustellen. Die Parteien hätten mit dem zum Bestandteil des Bauvertrages gemachten Zahlungsplan vereinbart, daß die Vergütung durch Abschlagszahlungen nach Bauabschnitten zu leisten sei. Die Vorleistungspflicht der Klägerin habe sich demnach auf den jeweiligen Bauabschnitt beschränkt. Die erste Rate sei spätestens Ende Juli 1969 fällig gewesen; zu dieser Zeit habe sich die Beklagte auch im Verzug befunden. Der Klägerin habe daher bei Arbeitsniederlegung am 5. September 1969 ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB zugestanden.

Die Revision ist der Auffassung, die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Vereinbarung der Parteien berücksichtige nicht die vorgesehenen Auszahlungsmodalitäten. Aus der Aufstellung des Zahlungsplans könne nicht geschlossen werden, daß die Parteien die Inangriffnahme der folgenden Baustufe von der Bezahlung der vorangegangenen Baustufe abhängig machen und insoweit ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 320 BGB begründen wollten. Die Tragweite eines Baustops stehe zur Nichteinhaltung des Zahlungsplans mit einem Teilbetrag in keinem angemessenen Verhältnis.

Dieser Auffassung der Revision kann nicht gefolgt werden.

1. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Vereinbarungen der Parteien ist rechtsfehlerfrei und auch richtig, so daß es nicht auf die Frage ankommt, ob das Revisionsgericht den Vertrag frei auslegen oder nur die Auslegung des Berufungsgerichts auf Rechtsfehler überprüfen kann. Die vereinbarte Regelung entspricht dem § 16 Nr. 4 Abs. 3 Satz 3 VOB (B), der dem Unternehmer ebenfalls bei Ausbleiben fälliger Abschlagszahlungen das Recht gewährt, die Arbeit bis zur Zahlung einzustellen.

2. Zu Unrecht glaubt die Revision, unter Hinweis auf § 157 BGB, in der Arbeitsniederlegung eine unverhältnismäßige Reaktion auf die Nichtzahlung eines fälligen Abschlags sehen zu können. Das Ausbleiben einer zugesagten Abschlagszahlung kann für den Bauunternehmer ebenso schwerwiegend sein wie für den Bauherrn der angedrohte und mit sofortiger Zahlung abwerdbare Baustop. Schon der Umstand, daß die VOB (B) eine solche Sanktion für das Ausbleiben

von Abschlagszahlungen ausdrücklich vorsieht, zeigt an, daß die Bauwirtschaft darin grundsätzlich keine unangemessene Rechtsfolge sieht.

3. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die erste Rate der Vergütung sei nach dem Vertrag spätestens Ende Juli 1969 fällig geworden und die Beklagte zu dieser Zeit auch in Verzug geraten, wird von der Revision nicht angegriffen. Diese rügt jedoch die Anwendung des § 320 Abs. 1 BGB mit der Begründung, die Klägerin habe ihre Leistung nicht einstweilen, sondern endgültig verweigert. Das aber widerspricht den Feststellungen des Berufungsgerichts.

Danach steht fest, daß die Klägerin auch nach Niederlegung der Arbeit mit der Beklagten bis zu deren Kündigung verhandelt und die Fortsetzung der Arbeit angeboten hat, allerdings unter der Bedingung, daß die Beklagte zuvor die rückständigen Abschlagszahlungen leiste und sich bereit erkläre, die durch ihren Verzug entstandenen Mehrkosten zu übernehmen. Von einer endgültigen Leistungsverweigerung kann danach keine Rede sein.

II.

Die Revision sieht in der Einstellung der Bauarbeiten einen Treueverstoß im Sinne des § 320 Abs. 2 BGB. Der rückständige Teil des fälligen Abschlags sei verhältnismäßig geringfügig gewesen, und auch den anderen Umständen nach habe die Leistungsverweigerung gegen Treu und Glauben verstößen.

Auch das widerspricht den Feststellungen des Berufungsgerichts.

1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, für die Beurteilung der verhältnismäßigen Geringfügigkeit komme es nach den Vereinbarungen der Parteien auf das Verhältnis des Rückstandes zur fälligen Abschlagssumme von 25.000 DM an, und insofern sei der Rückstand von 5.000 DM nicht geringfügig gewesen, läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, mußten die vorgesehenen Zwischenzahlungen pünktlich und vollständig erfolgen, damit die Klägerin in der Lage war, die gegenüber ihren Arbeitnehmern und Materiallieferanten bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen.

2. Auch die Würdigung der anderen für die Klägerin bedeutsamen Umstände durch das Berufungsgericht gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Mit Recht weist es darauf hin, daß die Klägerin die Niederlegung der Arbeit angekündigt und der Beklagten damit hinlänglich Gelegenheit gegeben hatte, die rückständige Zahlung nachzuholen und damit den Baustop abzuwenden.

III.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, der Klägerin sei das Leistungsverweigerungsrecht nicht dadurch entzogen worden, daß die Beklagte mit Schreiben vom 22. April 1970 einen Verrechnungsscheck über die damals noch fällige Summe von 7.100 DM übersandt habe. Denn diese Zahlung sei nicht vorbehaltlos erfolgt, sondern an die B[REDACTED] Rechtsanwältin H[REDACTED] zu treuen Händen unter der Bedingung, daß die Klägerin die Arbeit wiederaufnehme und keine Mehrforderungen stelle. Die Klägerin sei aber nicht verpflichtet gewesen, die Arbeit unter diesen Bedingungen wiederaufzunehmen; vielmehr habe sie die Wieder-

Aufnahme der Arbeit nicht nur von der Zahlung des Rückstandes, sondern auch von der Anpassung der vereinbarten Preise an die veränderten Verhältnisse abhängig machen dürfen. Die Bestimmung Nr. 10 des Bauvertrages stehe dem nicht entgegen.

Die dagegen erhobenen Einwände der Revision gehen fehl.

1. In der Tat war die Klägerin an die von ihr angenommenen Festpreise nur gebunden, soweit Lohn- und Kostensteigerungen sowie Verzögerungen der Bauausführung von ihr in die Preiskalkulation bei Vertragsschluß einbezogen werden konnten. Dazu gehörten sowohl eine Verzögerung des Baubeginns als auch an der Baustelle eintretende Baupausen, "so daß der Unternehmer nicht so zügig wie bisher seine Arbeiten fortführen kann" (Nr. 10 Satz 6 des Bauvertrags). Als Ursachen für solche Baupausen kommen erfahrungsgemäß Witterungsumstände, Stromausfall, Verzögerung vorgreiflicher Arbeiten anderer Unternehmer, Verzögerungen in der Materialanlieferung und ähnliche organisatorische Unzulänglichkeiten in Betracht. Die Klägerin brauchte aber nicht hinzunehmen, daß die Auftraggeberin selbst durch eine unberechtigte Zahlungseinstellung Anlaß zu einer Unterbrechung des Baues von mehr als sieben Monaten gab und dann von der Klägerin forderte, die dadurch entstandenen Mehrkosten zu tragen. Die Festpreisklauseln des Bauvertrages können redlicherweise Lohn- und Preissteigerungen nur für den Zeitraum umfassen, der bei Berücksichtigung einrechenbarer Verzögerungen für die Bauausführung in Betracht gezogen werden mußte.

2. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, daß Nr. 10 des Bauvertrages keinen Anlaß zu anderer

Beurteilung gibt. Denn diese Vertragsbestimmung betrifft nur Schadensersatzansprüche des Unternehmers, nicht aber seinen Vergütungsanspruch.

IV.

Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin sich eines vertragsgefährdenden Verhaltens nicht schuldig gemacht, sondern bis zur Kündigung des Vertrages durch die Beklagte ihre Leistung zu Recht verweigert hat, kann sie gemäß § 649 BGB den restlichen Werklohn fordern.

B.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, daß die von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellte und mit der Widerklage geltend gemachte Gegenforderung auf Schadensersatz nicht besteht, weil die Klägerin nicht in Leistungsverzug war.

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

Vogt

Schmidt

Meise

Recken

Doerry