

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B (1973) § 8 Nr. 2; KO § 17

§ 8 Nr. 2 VOB/B (1973), wonach der Auftraggeber den Vertrag kündigen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, das Vergleichsverfahren beantragt oder in Konkurs gerät, verstößt nicht gegen § 17 KO und ist daher wirksam.

BGH, Urt. v. 26. September 1985 - VII ZR 19/85 - OLG Celle

LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 19/85

URTEIL

Verkündet am: 26. September 85

Henco, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsbeistandes Helmut H., B.,
C., als Konkursverwalter über das Vermögen der
Firma S., Sportplatz-, Garten- und Land-
schaftsbau GmbH, W.,

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Stadt P., vertreten durch den Stadtdirektor,
K.-straße, P.,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 14. Dezember 1984 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

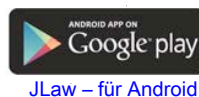
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Firma S. in W. - Die Beklagte beauftragte die spätere Gemeinschuldnerin im Juni 1982, gegen einen Werklohn von 228.575,71 DM die Außenanlagen an einem Bauvorhaben zu erstellen. Dem Vertrag liegt die VOB/B zugrunde. Bei Konkurseröffnung am 28. Februar 1983 waren die Arbeiten größtenteils noch nicht fertiggestellt. Der Kläger hat die vollständige Vertragserfüllung verlangt. Daraufhin kündigte die Beklagte mit einem an die Gemein-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

schuldnerin gerichteten Schreiben vom 18. März 1983, das dem Kläger am 21. März 1983 in Form einer Ablichtung zugeing, den Vertrag unter Berufung auf § 8 Nr. 2 VOB/B. Sie forderte den Kläger auf, die ausgeführten Leistungen abzurechnen, und kündigte Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung an.

Am 15. April 1983 erteilte der Kläger der Beklagten eine Schlußrechnung über restliche 5.506,80 DM. Dagegen rechnete die Beklagte mit Schadensersatzansprüchen auf, die sie später auf 3.827,37 DM beziffert hat. Den Differenzbetrag von 1.679,43 DM überwies sie dem Kläger.

Die Klage auf Zahlung von 3.827,37 DM nebst Zinsen hat das Landgericht bis auf 61,77 DM (nebst Zinsen) zu Unrecht aufgerechneter Mehrkosten abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist lediglich hinsichtlich des Zinsanspruches teilweise erfolgreich gewesen (vgl. ZIP 1985, 1013). Mit der - zugelassenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, begehrt der Kläger die Zahlung von 3.765,60 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht von der Wirksamkeit der Kündigung aus und läßt die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung gemäß § 8 Nr. 2

VOB/B in Höhe von 3.766,40 DM gegenüber der rechnerisch unstreitigen Schlußrechnung durchgreifen.

Im Gegensatz zum Kläger hält es dabei § 8 Nr. 2 VOB/B im Hinblick auf § 17 KO i.V.m. § 134 BGB für wirksam. Soweit es um die Kündigung selbst gehe, ergebe sich das schon aus der gesetzlichen Grundregel des § 649 Satz 1 BGB, nach der ein Besteller den Vertrag jederzeit vor Vollendung des Werkes kündigen könne. Daß die Rechtsfolgen einer auf § 8 Nr. 2 VOB/B gestützten Kündigung von der in § 649 BGB getroffenen Regelung abweichen, stünde der Wirksamkeit der Bestimmung nicht entgegen, da es zulässig sei, durch vertragliche Vereinbarung für den Konkursfall zusätzliche Ansprüche des Bestellers zu begründen.

Das in § 17 KO verankerte Wahlrecht des Konkursverwalters werde dadurch nicht vereitelt, da der Konkursverwalter und die Konkursgläubiger die Verträge des Gemeinschuldners so hinnehmen müßten, wie sie geschlossen wurden.

§ 8 Nr. 2 VOB/B halte aber auch einer Überprüfung gemäß § 9 AGBG stand, da der Konkurs des Unternehmens einen wichtigen Grund für die Kündigung bilde, der der Sphäre des Auftragnehmers zuzurechnen sei.

Damit greife die Aufrechnung durch, da die Beklagte den der Höhe nach bewiesenen (und jetzt unstreitigen) Anspruch nicht nur im Umfang der Konkurs-

quote, sondern - als durch die Kündigung aufschiebend bedingten Anspruch - in voller Höhe im Wege der Aufrechnung geltend machen könne.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Wie auch die Revision nicht verkennt, ist der Senat bereits in mehreren Urteilen davon ausgegangen, daß § 8 Nr. 2 VOB/B nicht gegen ein aus § 17 KO ableitbares gesetzliches Verbot verstößt und damit wirksam ist (Urteil vom 30. Mai 1963 - VII ZR 11/62 = BB 1963, 1076 = WM 1963, 964, 965; Urteil vom 25. Oktober 1971 - VII ZR 65/69 = BB 1972, 515 = WM 1971, 1474; BGHZ 68, 379, 381). An dieser - bisher nicht näher begründeten - Auffassung hält er fest.

a) Die Revision kann sich allerdings darauf berufen, daß seit einigen Jahren die Auffassung vertreten wird, § 8 Nr. 2 VOB/B sei im Hinblick auf § 17 KO i.V.m. § 134 BGB nichtig (Rosenberger, BauR 1975, 233; ihm folgend LG Aachen, BauR 1979, 150 = Schäfer/Finnern/Hochstein, Nr. 1 zu § 8 Nr. 2 VOB/B (1973) mit ablehnender Anmerkung von Hochstein; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Aufl., § 17, Anm. 8; im Grundsatz ebenso Jäger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 17, Rdz. 214, der eine Kündigung nach § 8 Nr. 2 VOB/B nur zulassen will, wenn es für den

Besteller - ausnahmsweise - unzumutbar ist, den Vertrag mit dem Konkursverwalter abzuwickeln).

Begründet wird diese Ansicht im wesentlichen damit, daß ein derartiges Kündigungsrecht das dem Konkursverwalter zwingend zustehende Wahlrecht nach § 17 KO vereitele und dem Grundsatz widerspreche, alle Gläubiger im Konkurs gleich zu behandeln.

b) Dem ist vor allem Heidland (BauR 1975, 305 und BauR 1981, 21) entgegengetreten. Er und die ihm folgende herrschende Meinung (OLG Düsseldorf, BauR 1982, 166, 167; Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., § 8 VOB/B, Rdz. 17; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 3. Aufl., Rdz. 127; Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB/B, § 8 Rdz. 15; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., B § 8 Rdn. 13; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 4. Aufl., Rdn. 922; Kiesel, VOB-Teil B, § 8 Rdn. 8) stellen vor allem darauf ab, daß der Konkursverwalter den Vertrag in dem rechtlichen Bestand hinnehmen müsse, in dem er sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung befindet. Ferner seien die persönlichen Eigenschaften des Auftragnehmers (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) gerade im Bauvertrag für den Auftraggeber von so großer Bedeutung, daß ihm schon deshalb eine Fortsetzung des Vertrages mit dem Konkursverwalter entgegen seinem Willen nicht zugemutet werden könne.

c) Das hält auch der Senat für zutreffend. Wie bereits das Berufungsgericht in diesem

Zusammenhang hervorhebt, steht dabei im Mittelpunkt der Auseinandersetzung nicht so sehr die Frage, ob der Auftraggeber den Vertrag im Falle eines Konkurses überhaupt kündigen darf; dieses Recht ergibt sich nämlich schon aus der von der Konkurseröffnung nicht berührten Bestimmung des § 649 BGB (= § 8 Nr. 1 VOB/B). Vielmehr geht es vor allem darum, ob die sich aus einer auf § 8 Nr. 2 VOB/B gestützten Kündigung ergebenden Rechtsfolgen mit dem Konkursrecht vereinbar sind. Das ist zu bejahen.

Dabei ist ausschlaggebend, daß es keine Bestimmung gibt, die dem späteren Gemeinschuldner und dessen Vertragspartner untersagt, eine Vereinbarung zu treffen, wonach dem Auftraggeber im Fall des Konkurses des Auftragnehmers ein Kündigungsrecht und damit verbundene Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des restlichen Auftrags zustehen sollen. Zwar wird durch eine solche Regelung die Lage der Konkursmasse - gemessen an der Bestimmung des § 649 BGB - verschlechtert. Das steht jedoch der Wirksamkeit der Abmachung nicht entgegen. Für die Masse nachteilige Vereinbarungen, die der Gemeinschuldner und ein Dritter vor dem Konkurs getroffen haben, sind nämlich nicht ohne weiteres unwirksam, wie schon die Regelung in den §§ 29 ff KO zeigt. Scheidet aber eine Anfechtung aus und fehlt es an anderen Nichtigkeitsgründen (etwa gem. § 138 BGB), muß der Konkursverwalter den Bestand der Masse (also auch einen beiderseitig nicht voll erfüllten Vertrag) in dem Zustand hinnehmen, in dem sie sich zur Zeit der Konkurseröffnung befindet (vgl. RGZ 115, 271, 273, 274;

vgl. auch BGHZ 24, 15, 18; 44, 1, 4; 56, 228, 230, 232). So ist es hier.

Daß der Kläger bereits vor der Kündigung des Vertrags durch die Beklagte sein Wahlrecht aus § 17 KO geltend gemacht und Erfüllung verlangt hat, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Das der Beklagten vertraglich eingeräumte Recht, gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B vorzugehen, wird von der Entscheidung des Konkursverwalters nicht berührt, da eben der Konkursverwalter seine Rechte nur im Rahmen der bestandskräftigen Bestimmungen des Vertrages wirksam ausüben kann (vgl. Heidland, BauR 1981, S. 21, 28).

2. Fehl geht die Rüge der Revision, die Beklagte habe das Kündigungsschreiben vom 18. März 1983 nur an die Gemeinschuldnerin gerichtet, die aber nach der Konkurseröffnung am 28. Februar 1983 nicht mehr der richtige Zustellungsempfänger gewesen sei. Wie sich nämlich aus den vom Kläger selbst vorgelegten Unterlagen ergibt, hat die Beklagte das Kündigungsschreiben auch dem Konkursverwalter zugeleitet, der es am 21. März 1983 erhalten hat.

3. Soweit das Berufungsgericht die Wirksamkeit der Bestimmung des § 8 Nr. 2 VOB/B auch unter dem Blickwinkel des § 9 AGBG bejaht, ist das im Ergebnis unschädlich, obwohl einzelne Bestimmungen der VOB/B grundsätzlich einer Billigkeitskontrolle nicht unterworfen sind (Senatsurteil BGHZ 86, 135, 141/143).

4. Daß die Beklagte mit der Geltendmachung ihrer Rechte aus § 8 Nr. 2 VOB/B gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde, macht der Kläger selbst nicht geltend. Dafür spricht auch nichts.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die in § 8 Nr. 2 VOB/B getroffene Regelung vor allem der Tatsache Rechnung trägt, daß ein Bauvertrag in aller Regel ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer voraussetzt. Die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers sind bei der Vergabe des Auftrags von wesentlicher Bedeutung. Daß diese Vertrauensgrundlage durch den Vermögensverfall und insbesondere durch den Konkurs des Auftragnehmers so gut wie immer erschüttert wird, liegt auf der Hand. Abgesehen davon, daß einem Konkursverwalter häufig die erforderliche Sachkunde zur Fortführung des Unternehmens fehlen und das fachkundige Personal rasch einen anderen Arbeitsplatz anstreben wird, muß der Auftraggeber befürchten, daß ein Unternehmen, das liquidiert wird (§ 117 KO), Gewährleistungsverpflichtungen für Baumängel nicht hinreichend erfüllen kann (vgl. dazu eingehend Heiland, BauR 1981, 21, 30/32). Da jedoch die Frage der eigenen Leistungsfähigkeit grundsätzlich in die Risikosphäre des jeweiligen Schuldners fällt, ist es auch gerechtfertigt, dem Auftraggeber ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der nichtausgeführten Arbeiten einzuräumen, wenn er den Vertrag aus Gründen des § 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B kündigt.

Insoweit gilt im Ergebnis nichts anderes, als wenn der Auftraggeber sonst einen Werkvertrag aus wichtigem, vom Auftragnehmer zu vertretenden Grunde kündigt (vgl. Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 649, Rdn. 17/20 m.N.), wobei lediglich das dann für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden hier durch eine besondere vertragliche Regelung ersetzt wird.

Entspricht somit die Regelung des § 8 Nr. 2 VOB/B schutzwürdigen Belangen des Auftraggebers und damit einem praktischen Bedürfnis, bedarf es stets besonderer Umstände für die Annahme, der Auftraggeber würde sein Kündigungsrecht rechtsmißbräuchlich ausüben (vgl. z.B. Heidland, BauR 1981, 21, 34/35 m.N.). Dafür ist hier jedoch nichts vorge-
tragen.

5. Mit ihrem - der Höhe nach jetzt nicht mehr bestrittenen - Schadensersatzanspruch, der bereits vor der Konkurseröffnung aufschiebend bedingt entstanden ist, kann die Beklagte gegenüber der Forderung des Konkursverwalters auf die Restvergütung in voller Höhe aufrechnen (vgl. Senatsurteil BGHZ 68, 379, 382 m.N.). Das stellt auch die Revision nicht mehr in Frage.

III.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer