

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 30/73

URTEIL

Verkündet am

10. Juni 1974

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] Immobilien-Agentur Henning V [REDACTED],
B [REDACTED], E [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsklägerin und Revi-
sionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Heinz B [REDACTED], A [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten,
Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Schmidt, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 23. Oktober 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte wollte zum Weiterverkauf sieben Einfamilien-Reihenhäuser in L. bei B. errichten lassen. Sie vergab dazu am 1. Oktober 1969 die Erd-, Maurer-, Putz-, Isolierungs-, Beton- und Stahlbetonarbeiten an den Kläger. Die Parteien vereinbarten die Anwendbarkeit der Bestimmungen der VOB (B). Der Kläger kündigte am 11. Juli 1970 das Vertragsverhältnis, da die Beklagte sich weigerte, eine angeforderte Abschlagszahlung zu bezahlen. Er stellte die Arbeiten an der Baustelle ein. Die Beklagte wies die Kündigung mit Schreiben vom 20. Juli 1970 als unberechtigt zurück und erklärte, daß sie ihm den Auftrag gemäß § 8 Nr. 3 VOB (B) entziehe.

- 3 -

Der Kläger hat von der Beklagten 47.628,44 DM restlichen Werklohn mit Zinsen verlangt. Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und widerklagend die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 10.000 DM nebst Zinsen begehrt. Sie stützt diese Forderung auf Schadensersatzansprüche nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB (B) und eine Vertragsstrafenabrede.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Widerklage in Höhe von 8.337,22 DM abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte ihre Widerklage um 17.000 DM nebst Zinsen erhöht. Das Oberlandesgericht hat ihre Berufung zurückgewiesen und die im zweiten Rechtszuge geltend gemachte Mehrforderung abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Berufung und die im Wege der Erweiterung der Widerklage geltend gemachte Mehrforderung für unbegründet, da der Beklagten weder Ansprüche aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB (B) noch solche auf eine Vertragsstrafe zustünden. Ansprüche aus § 8 Nr. 3 VOB (B) habe die Beklagte nicht, da sie infolge der vom Kläger zuvor wirksam erklärten Kündigung des Werkvertrages (§ 9 Nr. 1 b VOB (B)) diesem den Auftrag nicht mehr habe enziehen können und weil auch im übrigen die Voraussetzungen des § 8 Nr. 3 VOB (B) nicht gegeben seien. Eine Vertragsstrafe sei schon deshalb nicht angefallen, weil



ein wirksames Vertragsstrafenversprechen des Klägers nicht zustande gekommen sei.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

I.

Der Kläger war berechtigt, das Vertragsverhältnis gemäß § 9 Nr. 1 b VOB (B) zu kündigen.

1. Die Beklagte hatte eine fällige Zahlung nicht geleistet. Nach den auch von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Kläger nach dem vereinbarten Zahlungsplan für Verblendarbeiten an vier Häusern die mit der Rechnung vom 30. Juni 1970 geltend gemachte Abschlagszahlung von 8.680 DM zu fordern, die zu zahlen die Beklagte sich jedoch weigerte. Sie hatte mit Schreiben vom 6. Juli 1970 dem Kläger mitgeteilt, daß sie für Juni eine Vertragsstrafe von 13.500 DM berechne, welche die vom Kläger geforderte Abschlagszahlung um 4.820 DM übersteige. Diesen Betrag möge er auf ihr Konto überweisen. Dazu war sie jedoch nicht berechtigt wie zu II ausgeführt wird.

2. Die Kündigung ist vom Kläger schriftlich erklärt worden (§ 9 Nr. 2 Satz 1 VOB (B)). Nach § 9 Nr. 2 Satz 2 VOB (B) ist die Kündigung erst zulässig, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Nachholung der Zahlung gesetzt hat. Eine solche Fristsetzung ist hier nicht erfolgt. Das hat das Berufungsgericht nicht verkannt, aber eine Fristsetzung unter den Umständen des Falles als entbehrlich angesehen.

Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Eine Nachfristsetzung ist bei einer Kündigung nach § 9 VOB (B) dann entbehrlich, wenn eine ernstliche und endgültige Weigerung des Auftraggebers vorliegt, eine fällige Zahlung zu leisten. Sinn und Zweck der Fristsetzung ist es, den Auftraggeber vor die Frage zu stellen, ob er die Folgen einer möglichen Kündigung auf sich nehmen oder durch nachträgliche Zahlung diese Folgen von sich abwenden will. Weigert sich der Auftraggeber ernstlich und endgültig, die Zahlung zu leisten, dann wird die Fristsetzung zur leeren und überflüssigen Form. Sie ist deshalb in solchen Fällen nicht erforderlich. Die Rechtslage ist keine andere als bei einer Kündigung durch den Auftraggeber nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB (B). Auch hier ist im Falle einer ernsthaften und endgültigen Weigerung durch den Auftragnehmer, den aufgetretenen Mangel zu beseitigen (§ 4 Nr. 7 Satz 3 VOB (B)) oder die Leistung fortzusetzen (§ 5 Nr. 4 VOB (B)), eine vorherige Fristsetzung bei der Entziehung des Auftrages entbehrlich (vgl. BGHZ 50, 160, 166; Ingenstau/Korbion, VOB, 6. Aufl. Rdn. 155a zu § 4 VOB (B) und Rdn. 13 zu § 5 VOB (B); vgl. auch BGH NJW 1964, 820 zur Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung für die Geltendmachung eines Verzugsschadens, wenn sich der Schuldner ernstlich weigert, rechtzeitig zu erfüllen (§ 16 Nr. 4 Abs. 3 VOB (B)).

b) Der von der Revision hervorgehobene Gesichtspunkt, daß es bei der Kündigung nach § 9 VOB (B) - zum Unterschied von der Regelung in § 643 BGB - nach Ablauf der Frist

noch der ausdrücklichen Kündigung bedarf, hat mit der Frage der ausnahmsweisen Entbehrlichkeit der Fristsetzung nichts zu tun.

c) Das Berufungsgericht hat in dem Verhalten der Beklagten eine ernsthafte und endgültige Weigerung gesehen, die angeforderte Abschlagszahlung zu entrichten. Diese Würdigung läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Beklagte hat niemals behauptet, daß sie im Falle einer Nachfristsetzung ihren Standpunkt aufgegeben und gezahlt hätte.

3. Die Kündigung des Klägers und die damit verbundene Arbeitseinstellung, zu der er auch nach § 16 Nr. 4 Satz 3 VOB (B) berechtigt war, ist nicht als rechtsmißbräuchlich anzusehen. Die Beklagte hatte mit dem Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Zahlungsplan vom 14. April 1970 gerade vereinbart, um ihm so eine berechenbare Voraussicht auf seine zu erwartenden - im Hinblick auf die begrenzte Kapitalkraft seines kleinen Unternehmens wichtigen - Einnahmen zu gestatten (vgl. dazu BGH Urteil vom 22. November 1973 - VII ZR 14/72 -).

II.

Ein Anspruch der Beklagten auf Vertragsstrafe besteht nicht. § 11 Nr. 2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (AVB) der Beklagten enthält zwar eine Vertragsstrafenbestimmung. Das Berufungsgericht ist jedoch der Auffassung, diese Bestimmung sei nicht Vertragsinhalt geworden.

Diese tatrichterliche Auslegung des Vertrages muß die Revision hinnehmen. Sie wendet sich nicht gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Vertragsstrafenklausel sei nicht schon dadurch Vertragsinhalt geworden, daß in den Vorbemerkungen der Ausschreibung auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten hingewiesen war. Die Revision meint aber, es komme nicht entscheidend darauf an, ob die AVB der Ausschreibung beigelegt hätten, sie seien jedenfalls dadurch Vertragsinhalt geworden, daß der Kläger sie am 5. Oktober 1969 unterzeichnet und sie so nach Kenntnis ihres Inhalts nicht beanstandet habe. Das ist jedoch nicht der Fall, soweit es sich um die Vertragsstrafe handelt. Der Kläger hat vielmehr gerade zu § 11 Nr. 2 der AVB, der die Vertragsstrafe betrifft, einen Zusatz gemacht und nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Würdigung des Berufungsgerichts damit unzweideutig zu erkennen gegeben, daß er mit der in § 11 Nr. 2 AVB vorgesehenen Regelung nicht einverstanden war.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, daß eine Vereinbarung über die Vertragsstrafe nicht mit der Begründung bejaht werden kann, die Beklagte habe der Änderung stillschweigend zugestimmt.

III.

Da der Kläger somit zur Kündigung gemäß § 9 VOB (B) berechtigt war, weil er einen fälligen Anspruch auf die angeforderte Abschlagszahlung hatte und die Beklagte ihm die Zahlung nicht - wie geschehen - unter Hinweis auf

eine angebliche Vertragsstrafe verweigern durfte, war für eine spätere Kündigung des Vertrages durch die Beklagte nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB (B) kein Raum mehr. Mit der Kündigung durch den Kläger war das Vertragsverhältnis bereits beendet.

Die Entziehung des Auftrages durch die Beklagte ist auch nicht etwa schon vor der Kündigung des Klägers mit dem Schreiben der Beklagten vom 12. Juni 1970 erfolgt, in dem sie dem Kläger Nachfristen gesetzt hatte. Sie hat dieses Schreiben selbst nicht so aufgefaßt, sondern erst mit Schreiben vom 20. Juli 1970 die Auftragsentziehung ausgesprochen. Im übrigen könnte die Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB (B) nicht schon bedingt mit der Fristsetzung nach § 5 Nr. 4 VOB (B) verbunden, sondern erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist ausgesprochen werden. Das hat der Senat bereits zu der Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB (B) entschieden (NJW 1973, 1463). Bei einer Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB (B) ist es nicht anders.

Es kommt daher auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts über das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen des § 8 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB (B) und auf die dazu erhobenen Rügen der Revision nicht an.

IV.

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

Vogt

Schmidt

Meise

Recken

Doerry