

X U

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B (1952) § 6 Nr. 5 Abs. 2

Verweigert der Auftragnehmer ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vertrags ohne hierzu berechtigt zu sein, so hat er dem Auftraggeber den Verzögerungsschaden einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen. Seine Haftung beschränkt sich nicht nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) auf den unmittelbaren Schaden. Das gilt auch dann, wenn der Auftraggeber am Vertrag festhält und dessen Erfüllung durch den Auftragnehmer durchgesetzt.

BGH, Urt. v. 11. Dezember 1975 - VII ZR 37/74 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 37/74

URTEIL

Verkündet am
11. Dezember 1975
Werner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm H [REDACTED], A [REDACTED] W [REDACTED],
F [REDACTED] ([REDACTED]),

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] GmbH, Stahlhallen-Fertigbau,
R [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED] vertreten durch ihre
Geschäftsführerin Hildegard B [REDACTED], H [REDACTED]-H [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

28

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1975 durch die Richter Dr. Girisch, Erbel, Dr. Recken, Doerry und Bliesener für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 21. Dezember 1973 aufgehoben, soweit die Klage in Höhe eines Teilbetrages von 69.937,49 DM (nebst Zinsen) abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Zur Entscheidung über den Betrag dieses Anspruchs sowie über die Kosten der Revision wird die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger bestellte Ende 1968 bei der Beklagten eine Stahlhalle zur Lagerung von Getreide. Die Beklagte bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 30. Januar 1969, auf dessen Rückseite ihre Verkaufs-, Lieferungs- und Montagebedingungen (VLMB) gedruckt sind. Nachdem sie mit der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beschaffung der Stahlträger zunächst abgewartet und dann Schwierigkeiten bekommen hatte, trat sie deswegen vom Vertrag zurück. Der Kläger hielt den Rücktritt nicht für gerechtfertigt. Auf seine Klage wurde die Beklagte rechtskräftig verurteilt, die bestellte Halle Zug um Zug gegen Zahlung des vereinbarten Preises zu liefern (zuletzt Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Mai 1971 - 21 U 142/70 -). Die Beklagte begann daraufhin am 24. August 1971 mit dem Aufbau der Halle und stellte sie noch vor Ende 1971 fertig.

Der Kläger hat nunmehr 93.959,89 DM nebst Zinsen als Verzögerungsschaden eingeklagt. Die Beklagte hat sich auf den Ausschluß von Schadensersatzansprüchen in ihren VLMB berufen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Klageanspruch auf Ersatz des seit 1. August 1969 entgangenen Gewinns (82.143,27 DM) abgewiesen. Der Kläger hat dagegen Berufung eingelegt und zugleich den von ihm erhobenen Anspruch auf 75.613,27 DM ermäßigt. Das Oberlandesgericht hat wegen eines Betrages von 69.937,49 DM die Berufung des Klägers zurückgewiesen, im übrigen die Sache - auch wegen der Kosten des 2. Rechtszuges - an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter, soweit er auch vom Berufungsgericht abgewiesen worden ist. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erachtet einen Anspruch des Klägers auf Ersatz des ihm durch die Verzögerung des Hallenbaus entgangenen Gewinns für vertraglich ausgeschlossen. Ein solcher Anspruch scheitere an der die Haftung für entgangenen Gewinn ausschließenden Bestimmung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952), die gemäß den VLMB für das Vertragsverhältnis der Parteien gelte. Ob diese Haftungsbeschränkung bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten des Schuldners gemäß §§ 276 Abs. 2, 242 BGB unwirksam sei, brauche nicht entschieden zu werden. Es stehe nämlich nicht fest, daß die Beklagte den Beginn der Arbeiten vorsätzlich oder grob fahrlässig verzögert habe. Zwar sei ihre Leistungsverweigerung objektiv unberechtigt gewesen, so daß sie in beiden Rechtszügen des Vorprozesses ohne Beweisaufnahme zur Leistung verurteilt worden sei. Sie habe auch alle Tatumstände gekannt, die ein Recht zur Leistungsverweigerung ausgeschlossen hätten. Der Kläger habe ihr aber nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nachgewiesen.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Dabei kann unterstellt werden, daß die VLMB der Beklagten Vertragsinhalt geworden sind. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß in diesen allgemeinen Geschäftsbedingungen Schadensersatzansprüche des Bestellers bei Leistungsverzug der Beklagten nicht generell ausgeschlossen sind. Es kann ferner offen bleiben, ob die

ergänzende Verweisung auf die VOB/B (1952) in den VLMB wirksam ist.

2. Das angefochtene Urteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil die Haftungsbeschränkung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) auf den unmittelbaren Schaden ohne entgangenen Gewinn den hier vorliegenden Fall der ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung nicht erfaßt.

a) Die VOB/B enthält keine abschließende Regelung für alle Leistungsstörungen.

So gilt § 8 nicht, wenn dem Unternehmer die ihm obliegende Leistung dauernd unmöglich wird (BGH NJW 1958, 217; Hereth/Ludwig/Naschold, VOB Bd. II § 6 Ez. 66, 103; Ingenstau/Korbion, VOB (6. u. 7.) B § 6 Rdn. 2, 3, 34; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB (1973), B § 6 Rdn. 2).

Ferner kann der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer eine positive Vertragsverletzung begeht, indem er sogleich nach Abschluß des Vertrags, noch vor Fälligkeit seiner Leistung, die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig verweigert, entgegen § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne nachweisen zu müssen, daß die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat (Senatsurteil vom 20. Januar 1969 - VII ZR 79/66 = LM BGB § 326 (G) Nr. 1). Soweit der Senat die entsprechende Anwendung des § 8 Nr. 3 auf Fälle der positiven Vertragsverletzung in Betracht gezogen hat, geschah das vorwiegend unter dem Gesichtspunkt, daß an die Stelle des nach dem BGB vorgesehenen Rücktritts

die Kündigung (Entziehung des Auftrags) tritt (vgl. BGH NJW 1974, 1080, 1081 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Urteil vom 29. Februar 1968 - VII ZR 154/65 = LM VOB/B Nr. 28). Darum geht es hier aber nicht.

b) Die VOB/B regelt auch nicht abschließend die Rechtsfolgen aller Fälle der Leistungsverzögerung.

So hat der Senat bereits entschieden, daß die unrechtmäßige Leistungsverweigerung des Auftragnehmers keine Unterbrechung der Bauausführung darstellt, die ihm die vorzeitige Abrechnung seiner Leistungen nach § 6 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (1952) ermöglicht (Urteil vom 5. Februar 1959 - VII ZR 83/58 = Schäfer/Finnern Z 2.511 Bl. 1). Die Haftungsbeschränkung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952), wonach der Vertragsteil, der die "hindernden Umstände" zu vertreten hat, dem anderen Teil nur den dadurch entstandenen unmittelbaren Schaden zu ersetzen hat, nicht aber den entgangenen Gewinn, bezieht sich allerdings nicht allein auf die Fälle des Abs. 1. Der Begriff der "hindernden Umstände" ist vielmehr weit zu fassen; der Schuldnerverzug kann darunter fallen (BGHZ 48, 78, 81). Deshalb gilt die Haftungsbeschränkung auch in den Fällen des § 5 Nr. 4 VOB/B (1952), also wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert oder mit der Vollendung in Verzug gerät, und zwar auch dann, wenn ihm der Auftrag gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 entzogen worden ist (BGHZ 48, 78, 80/81; 62, 90, 92).

Voller Schadensersatz ist vom Auftragnehmer dagegen nach § 4 Nr. 7 Satz 2 bei Verzögerungen zu leisten, die auf einen bereits während der Ausführung erkannten Mangel zurückgehen, den der Auftragnehmer zu vertreten hat

(BGHZ 48, 78, 79; 50, 160, 164 f; BGH NJW 1975, 1701, 1703; Urteil vom 29. Juni 1961 - VII ZR 174/60 = LM VOB/B Nr. 1 zu § 4). Dasselbe gilt nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 ausnahmsweise dann, wenn der Auftraggeber an der weiteren Ausführung des Auftrags aus den Gründen, die zu dessen Entziehung geführt haben, kein Interesse mehr hat (BGHZ 50, 160, 168; 62, 90, 92). Schließlich kann der Auftraggeber nach § 8 Nr. 2 Satz 3 VOB/B (1952) bei Vermögensverfall des Auftragnehmers, wenn dieser also nicht mehr leistungsfähig ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des noch nicht ausgeführten Teils der Leistung ohne jede Beschränkung verlangen (allgemeine Meinung, vgl. Hereth/Ludwig/Naschold aaO Ez. 70-74; Ingenstau/Korbion (7.) Rdn. 23; Heiermann/Riedl/Schwaab Rdn. 16 je zu B § 8).

c) Daraus ergibt sich, daß die Haftungsbeschränkung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) ihrem Sinn und Zweck nach einen nur begrenzten Geltungsbereich hat. Sie soll das Risiko des Auftragnehmers verringern, der an sich leistungsfähig und auch leistungsbereit ist, der aber mit einer Vielzahl von nicht immer genau absehbaren Schwierigkeiten bei der Bereitstellung von Arbeitskräften und Material, bei der Zeitplanung und anderen Organisationsfragen zu kämpfen hat. Wenn er auch dafür einstehen muß, so soll er doch für Verzögerungsschäden, die nicht auf mangelhafte Bauausführung zurückzuführen sind, grundsätzlich nur beschränkt haften, d.h. nicht für den vielfach in seinem Ausmaß nur schwer überschaubaren entgangenen Gewinn.

Für den Auftraggeber erscheint das tragbar. Er braucht Einbußen in Form entgangenen Gewinns nicht unbegrenzt hinzunehmen. Denn nach den §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 kann er den Auftrag entziehen, nachdem er dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt hat (vgl. auch § 6 Nr. 6 VOB/B (1952)). Das ist eine ausgewogene Regelung, die den beiderseitigen Interessen hinreichend Rechnung trägt.

d) 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. Dann verzögert er den Beginn der Ausführung nicht, sondern er versucht ihn zu vereiteln. Dem Verzug mit der Vollendung des Werks will er entgehen, indem er mit der Ausführung gar nicht erst beginnt. Damit ist keiner der in § 5 Nr. 4 VOB/B (1952) geregelten Fälle gegeben. Ein Auftragnehmer, der sich so verhält, verdient aber auch die Erleichterung nicht, die die Haftungsbeschränkung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) gewährt. Es ist kein Grund erkennbar, der es rechtfertigen würde, ihn einem Auftragnehmer gleichzustellen, der sich wenigstens nach Kräften bemüht, den einmal geschlossenen Vertrag alsbald zu erfüllen. Wäre er ebenso zu behandeln, würde der mit der Haftungsbeschränkung verfolgte Zweck verfehlt. Dann würden für den Auftragnehmer nicht lediglich Risiken geringer gehalten, deren Ausmaß während der Ausführung des Auftrags schwer überschaubar sind; vielmehr würde er geradezu ermuntert, sich von einem uninteressant gewordenen Vertrag ganz loszusagen. Das wäre für den Auftraggeber unzumutbar. Sowenig für diesen bei bloßen Verzögerungen der Bauaus-

führung durch den Auftragnehmer ein Anreiz geschaffen werden soll, das Vertragsverhältnis zu kündigen (vgl. BGHZ 62, 90, 92), sowenig darf für den Auftragnehmer ein Anreiz bestehen, sich von vornherein vom Vertrag zu lösen.

Der Auftragnehmer, der in Verzug gerät, weil er ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vertrags verweigert (vgl. BGHZ 2, 310, 312), ist daher nicht anders zu behandeln als der Auftragnehmer, der sogleich nach Abschluß des Vertrags noch vor Fälligkeit die Vertragserfüllung verweigert und sich damit einer positiven Vertragsverletzung schuldig macht (vgl. dazu Senatsurteil vom 20. Januar 1969 aaO). Das gilt auch, wenn der Auftraggeber am Vertrag festhält und die Erfüllung durch den Auftragnehmer durchsetzt, anstatt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Der Ersatzanspruch des Auftraggebers umfaßt dann gemäß § 286 Abs. 1 BGB den gesamten Verzögerungsschaden, einschließlich des entgangenen Gewinns (a.A. anscheinend Ingenstau/Korbion (7.) B § 5 Rdn. 18, § 6 Rdn. 50 a.E.).

3. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Weigerung der Beklagten, das bestellte Werk auszuführen, unberechtigt. Die Beklagte hat sich weder gleich nach Vertragsschluß um die Beschaffung der Stahlträger bemüht, noch nachdem der Kläger ihr angezeigt hatte, daß die Fundamente fertig seien. Als der Kläger ihr eine Frist zur Erstellung der Halle setzte und Schadensersatzansprüche androhte, stellte sie zunächst die Lieferung bis Ende Juli 1969 in Aussicht, trat dann aber Mitte

Juli 1969 wegen angeblicher Unmöglichkeit der Erfüllung vom Vertrag zurück. An ihrer damit zum Ausdruck gebrachten ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung hat sie bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung zur Lieferung der Halle im Vorprozeß festgehalten.

Unter diesen Umständen kommt ihr - wie dargelegt - die Haftungsbeschränkung des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) nicht zugute. Auf alle weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts kommt es nicht an.

II.

Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, soweit die Klage in dem vom Kläger noch aufrechterhaltenen Umfang auch vom Berufungsgericht abgewiesen worden ist. Da die übrigen von der Beklagten erhobenen Einwendungen nur noch die Höhe des Anspruchs betreffen, ist die Klage im Umfang der Aufhebung nach den §§ 304 Abs. 1, 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Zur Entscheidung über den Betrag des Anspruchs ist die Sache nach § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu

befinden hat. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens ist ihm bereits vom Berufungsgericht übertragen worden.

Girisch

Erbel

Recken

Doerry

Bliesener