

BUNDESGERICHTSHOF 2070 045

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 38/66

URTEIL

Verkündet am

16. Mai 1968
Horn,
Justizhauptssekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Esco. C. [REDACTED] & C. [REDACTED] GmbH., vertreten durch ihren
Geschäftsführer Dr. Carlo M. [REDACTED], F. [REDACTED], R. [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die Firma Werbedienst Rudolf M. [REDACTED] & Co. KG, vertreten
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Rudolf M. [REDACTED],
M. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 11. Januar 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 10. Dezember 1957 verpflichtete sich die Klägerin, für die Beklagte Werbeschilder an den Bundesstraßen und Landstraßen I. und II. Ordnung anzubringen. Nach dem von der Beklagten angenommenen vorherigen Angebot der Klägerin vom 22. November 1957 sollte es sich um etwa 5000 bis 6000 Plakate handeln. Die von der Klägerin im Namen der Beklagten abzuschließenden Verträge mit den Grundstückseigentümern sollten (einschließlich des Jahres der Aufstellung) 6 Jahre dauern (Ziff. 3). Für die Erstmontage der Schilder wurde ein Preis von 8,20 DM bzw. 5,80 DM für jedes Schild vereinbart (Ziff. 4 und 7). Nach Ziffer 8 des Vertrages

- 3 -

übernahm es die Klägerin, die Schilder jährlich einmal zu kontrollieren und erforderlichenfalls zu säubern und auszubessern. Hierfür wurde ein Preis von 3,80 DM pro Schild und Jahr vereinbart.

Die Klägerin brachte in den Jahren 1958 bis 1961 insgesamt 5371 Schilder an.

Mit Schreiben vom 14. Mai 1962 kündigte die Beklagte den Vertrag zum 30. Juni 1962. Dem Kündigungsschreiben ist zu entnehmen, daß damit auch die Pflicht der Klägerin, die Schilder zu kontrollieren beendet sein solle.

Die Klägerin verlangt die Vergütung für die Wartung der 1958 aufgestellten 2441 Schilder von 1962 bis 1963, der 1959 aufgestellten 939 Schilder von 1962 bis 1964, der 1960 aufgestellten 912 Schilder von 1962 bis 1965 und der 1961 aufgestellten 1079 Schilder von 1962 bis 1966 unter Abzug von 50 % ersparter Aufwendungen insgesamt 31.808,50 DM.

Die Beklagte ist der Auffassung, daß die Klägerin für die Wartung der Schilder ab 1962 nichts mehr verlangen könne. Mit der Kündigung des Vertrags zum 30. Juni 1962 seien von diesem Zeitpunkt an auch ihr Recht und ihre Pflicht, die Schilder zu warten, erloschen. In der ersten Jahreshälfte 1962 habe die Klägerin keine Kontrollen mehr vorgenommen. Im übrigen hat die Beklagte noch vorgetragen, die Schilder seien zu einem großen Teil nicht werbewirksam aufgestellt worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht ihr stattgegeben.



Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1.) a) Das Berufungsgericht legt den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag dahin aus, daß die Klägerin die Schilder nicht nur aufzustellen, sondern auch 5 Jahre über das Ende des Jahres der Aufstellung zu warten hatte. Es folgert daraus, daß die Beklagte den Anspruch der Klägerin auf Zahlung der für die 5-jährige Wartung der Schilder vereinbarten Vergütung durch seine Kündigung nicht beenden konnte.

b) Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Was die Beklagte dagegen vorbringt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die von dem Berufungsgericht vorgenommene Vertragsauslegung.

Das Berufungsgericht sieht den Vertrag zutreffend als ein einheitliches Ganzes an und unterstellt ihn insgesamt den Regeln des Werkvertrags. Es leitet daher die Zahlungspflicht des Beklagten aus § 649 BGB ab.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Meinung der Beklagten, die Auffassung des Berufungsgerichts würde dazu führen, daß der Vertrag ins Unendliche fortgesetzt werden könne, geht fehl. Die Beklagte konnte das Recht der Klägerin, neue Schilder aufzustellen,

durch Kündigung des Vertrags jederzeit beenden. Was die Wartung der aufgestellten Schilder anlangt, wäre der Vertrag dann zu dem Zeitpunkt ausgelaufen, an dem die vereinbarte Wartungszeit beendet war. Da hier die Klägerin auch die Wartung gekündigt hat, treffen sie insoweit die Folgen des § 649 S. 2 BGB.

Die Auslegung des Vertrags durch das Berufungsgericht ist durchaus sinnvoll. Der Klägerin konnte nicht nur daran gelegen sein, die Schilder aufzustellen, sondern sie war auch an der Übernahme der Wartung interessiert. Darauf beruhte ihre Gewinnkalkulation,

2.) Die Beklagte hat geltend gemacht, die Schilder seien zu einem großen Teil nicht werbewirksam aufgestellt worden.

Das Berufungsgericht hält diese Einwendung für unbegründet, da etwa hieraus entstehende Gewährleistungsansprüche verjährt seien.

Das wird mit der Revision auch nicht beanstandet. Die Beklagte meint jedoch, sie habe aus den Mängeln immer noch ein Recht zur "fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund" herleiten können. Davon habe sie Gebrauch gemacht, so daß sie aus diesem Grunde die weitere Wartung der Schilder nicht zu bezahlen brauche.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Anspruch des Unternehmers aus § 649 S. 2 BGB auf die vereinbarte Vergütung für den noch ausstehenden Teil seiner Leistung entfällt zwar, wenn der Besteller den Vertrag wegen eines den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des Unternehmers gekündigt hat (BGHZ 31, 224, 229).

Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruchsverlust sind aber schon nach dem Vortrag der Beklagten nicht gegeben.

Dem Kündigungsschreiben vom 14. Mai 1962 ist nicht zu entnehmen, daß die Beklagte aus einem solchen Grunde kündigen wollte. Als Grund ihrer Kündigung gibt sie in diesem Schreiben vielmehr "geschäftliche Umdisponierungen" an. Überdies weist sie am Ende des Schreibens noch auf die "seitherige angenehme Zusammenarbeit" hin.

Sie kann die angeblich mangelhafte Aufstellung eines Teils der Schilder auch nicht als Kündigungsgrund nachbringen. Zwar hatte sie mit Schreiben vom 18. Oktober 1961 und vom 22. Dezember 1961 darauf hingewiesen, daß die Werbeschilder teilweise ungünstig aufgestellt seien, im ersten Schreiben aber ohne Angabe, um welche Schilder es sich handle, im zweiten unter Anführung von nur 3 Fällen, wobei nicht einmal ersichtlich ist, wann diese Schilder aufgestellt worden sind. Sie ist auf diese Beanstandungen in ihrem Kündigungsschreiben nicht mehr zurückgekommen. Erstmalig mit ihrem Schriftsatz vom 1. Dezember 1963 S. 11 f weist sie auf ihr angebliches Recht zur fristlosen Kündigung hin. Damit kann sie nicht mehr gehört werden, denn es geht nicht an, nach so langer Zeit noch verjährte Mängel als Kündigungsgrund vorzubringen; das gilt insbesondere, wenn diese gleich feststellbar waren (§ 242 BGB).

Damit erledigt sich auch ihr als Übergang gerügter Beweisanspruch im Schriftsatz vom 16. Januar 1964 S. 3 ff zu der Behauptung, Kontrollen im Jahre 1963 hätten ergeben, daß viele Schilder nicht werbewirksam aufgestellt worden seien. Soweit in diesem Schriftsatz auch unter Be-

weis gestellt worden ist, es hätten viele Schilder gefehlt, ist das ebenfalls nicht entscheidungserheblich, weil aus dem Zustand der Schilder im Jahre 1963 noch nicht geschlossen werden kann, daß diese bis zum Jahre 1961 nicht ordnungsgemäß gewartet worden waren. Für etwa später eingetretene Beschädigungen und Verluste hat die Klägerin nicht einzustehen, da ihr seit 1961 - nach Auffassung der Beklagten jedenfalls seit dem 1. Juli 1962 - die Möglichkeit einer Wartung durch die Beklagte entzogen worden war.

3.) Das Berufungsgericht sieht es auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Dr. Berger als nicht erwiesen an, daß die Klägerin durch den Wegfall der Wartung mehr als 50 % der Wartungskosten eingespart hat. Das wird mit der Revision auch nicht angegriffen.

Die Beklagte meint jedoch, die Klägerin hätte jedenfalls noch im ersten Halbjahr 1962 die Wartung der Schilder mindestens teilweise durchführen können, so daß sie sich einen Abzug von mindestens 25 % ihres Anspruchs für das Jahr 1962 gefallen lassen müsse.

Das geht jedoch fehl. Bis zum Eingang des Kündigungsschreibens vom 14. Mai 1962 hatte die Klägerin die Wartung unterlassen, weil die Beklagte sie unstreitig ausdrücklich darum gebeten hatte. Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte nunmehr aus der Untätigkeit der Klägerin in dieser Zeit Rechte für sich herleiten will. Es verbleibt also nur noch die Zeit vom 14. Mai bis 30. Juni 1962, für die die Beklagte der Klägerin in ihrem Kündigungsschreiben allerdings ausdrücklich das Recht der Wartung noch eingeräumt hat. Dennoch kann die Untätigkeit der

Klägerin auch in dieser Zeit nicht zu einer Kürzung ihres Anspruchs führen. Sie war verpflichtet, jedes Schild einmal im Jahr zu kontrollieren. Darüber, wann dies zu geschehen hatte, ist aber in dem Vertrag nichts bestimmt. Sie brauchte sich daher von der Beklagten den Zeitpunkt der Kontrolle nicht vorschreiben zu lassen. Das gilt umsomehr, als die Klägerin noch weitere Kunden zu betreuen hatte und deshalb genötigt war, den Einsatz ihrer Kolonnen langfristig zu planen. Es konnte ihr deshalb nicht zugemutet werden, noch Mitte Mai 1962 ihre Planungen kurzfristig umzustellen. Hinzu kommt schließlich noch, daß die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU S. 9) die Klägerin nicht mit den erforderlichen Mitteln (Geld für die Mieten und Quittungsblocks) für die Fortsetzung der Kontrollen ausgestattet hat.

4.) Die Revision der Beklagten ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Die Bundesrichter Meyer und Erbel
haben ihren Urlaub angetreten und
können deshalb nicht unterschreiben.

Glanzmann