

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

BGB § 326 G; VOB B § 8 Nr. 3

Auch bei einem der VOB unterliegenden Bauvertrag kann der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig verweigert, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne nachweisen zu müssen, daß die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat.

BGH, Urt. v. 20. Januar 1969 - VII ZR 79/66 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 79/66

URTEIL

Verkündet am
20. Januar 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauingenieurs Kurt R [REDACTED], B [REDACTED], T [REDACTED]
Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Otto F. G [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED]damm [REDACTED],
als Verwalter des Konkurses über das Vermögen des
Architekten Karl-Dieter Gn [REDACTED], B [REDACTED], Re [REDACTED]str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. April 1966 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Architekt Gr. (im folgenden als Kläger bezeichnet) wollte Ende 1964 auf seinem Grundstück in Berlin ein größeres Bauvorhaben ausführen und schrieb die Arbeiten des Bauhauptgewerbes dafür aus. Er forderte mit Schreiben vom 26. November 1964 auch den Beklagten. "zur vorerst unverbindlichen Preisabgabe" auf und übersandte ihm ein Leistungsverzeichnis (Blankett); nach der Vorbemerkung hierzu sollten die Bestimmungen der VOB Teil A und B gelten. Der Beklagte setzte seine Preise in das Leistungsverzeichnis ein und sandte es am 16. Dezember 1964 zurück. Am selben Tag wurden die eingegangenen Angebote eröffnet, und es wurde festgestellt, daß der Beklagte das billigste Angebot abgegeben hatte. Er besichtigte die Baustelle mit einem Mitarbeiter des Klägers. Durch Schreiben vom 17. Dezember 1964 teilte

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



ihm der Kläger mit, daß er ihm den Auftrag auf Grund des Angebots vom 16. Dezember 1964 erteile; in dem Schreiben sind als Baubeginn der 21. Dezember 1964 und Termine für die Fertigstellung angegeben. Der Beklagte antwortete am 18. Dezember 1964, er könne, wie er bereits fernmündlich mitgeteilt habe, den Auftrag nicht durchführen. Nachdem der Kläger den Beklagten vergeblich unter Fristsetzung zur Aufnahme der Arbeiten aufgefordert hatte, vergab er die Arbeiten an die Firma Hä[REDACTED] & Co, Baugesellschaft mbH.

Der Kläger ist der Ansicht, der Bauvertrag mit dem Beklagten sei wirksam zustandegekommen, und begehrt die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, den aus der Nichterfüllung des Vertrags entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte meint, es sei noch kein Vertrag geschlossen worden. Vorsorglich hat er den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, weil dem Kläger von Anfang an die Mittel gefehlt hätten, den Bau zu finanzieren.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, die Klage abzuweisen. Nachdem der Architekt Gn[REDACTED] während des Revisionsverfahrens in Konkurs gefallen ist, hat der jetzige Kläger als Konkursverwalter das Verfahren aufgenommen und beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist ein dem Angebot des Beklagten vom 16. Dezember 1964 entsprechender Bauvertrag zustandegekommen. Dem steht nach seiner Ansicht nicht entgegen, daß der Beklagte "zur vorerst unverbindlichen Preisabgabe" aufgefordert worden ist. Dazu führt es u.a. an, spätestens nach der Mitteilung, er habe das billigste Angebot abgegeben, sei dem Beklagten klar gewesen, daß das Angebot nunmehr verbindlich werden könne, nämlich dann, wenn er den Zuschlag erhalte. Falls er sich wirklich "vorerst" nicht hätte binden wollen, so hätte er bei der mündlichen Rücksprache alsbald nach der Submission den Kläger auf die Unverbindlichkeit hinweisen und es entweder nicht zum Auftrag kommen lassen oder entsprechende Vorbehalte machen können. Er habe aber im Gegenteil die ihm mündlich bekanntgegebene Auftragserteilung unwidersprochen zur Kenntnis genommen, sich dafür bedankt und seiner Freude Ausdruck verliehen; dies habe der Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten. Damit sei die Feststellung gerechtfertigt, daß schon bei der mündlichen Rücksprache ein bindender Bauvertrag zustandegekommen sei. Das Schreiben des Klägers vom 17. Dezember 1964 habe den Vertragsschluß nur schriftlich bestätigt.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen sind nicht begründet.

1.) Die Feststellung, der Beklagte habe in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht bestritten,

sich bei der mündlichen Besprechung so wie oben geschildert verhalten zu haben, kann nicht mit dem Hinweis auf Schriftsatzstellen entkräftet werden, aus denen sich die Absicht eines Bestreitens ergeben soll. Dem dahingehenden Versuch der Revision steht § 314 ZPO entgegen.

Das Berufungsgericht brauchte den Beklagten auch nicht nach § 139 ZPO zu fragen, ob er bei der mündlichen Besprechung nicht doch noch Vorbehalte gemacht habe.

2.) Gegen die tatrichterliche Würdigung, daß die im Anschreiben des Klägers gebrauchten Worte "vorerst unverbindlich" ihre Bedeutung verloren, als der Beklagte nach Eröffnung der Angebote den Auftrag des Klägers vorbehaltlos entgegennahm, ist von Rechts wegen nichts einzuwenden. Es kommt bei dieser Sachlage nicht darauf an, welche Bedeutung den Worten "vorerst unverbindlich" ursprünglich beizulegen war.

3.) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht ferner an, es sei für das Zustandekommen des Vertrags nicht von Belang, ob die im Schreiben des Klägers vom 17. Dezember 1964 angegebenen "Fristen" angemessen oder zu kurz waren.

a) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte die Fristen erst erfahren hat, als er dieses Schreiben am 18. Dezember 1964 erhalten hat.

aa. War dem so, so ist doch vorher der Vertrag schon geschlossen worden, und zwar entsprechend dem Angebot. Es enthält über die Termine für den Bau

nur folgende Bestimmung:

"Maßgebend für die Durchführung des Bauvorhabens ist der von der Bauleitung aufgestellte Bauzeitenplan. Alle vereinbarten und festgelegten Beginn-, Zwischen-, und Endtermine sind unbedingt einzuhalten."

Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß der Beklagte sich hiermit einverstanden und bereit erklärt hat, den Vertrag zu schließen, ohne daß die einzelnen Termine schon festgelegt werden.

Bei dieser Sachlage scheitert die Annahme, der Vertrag sei bereits geschlossen worden, nicht etwa an der Auslegungsregel des § 154 BGB. Wohl mußten die Termine noch "vereinbart" oder "festgelegt" werden. Dem Berufungsurteil kann die Feststellung entnommen werden, daß die Bestimmung beim Kläger liegen sollte. Seine Bestimmung mußte billigem Ermessen entsprechen (§ 315 BGB entsprechend). Tat sie das nicht, so kann auf verschiedene Weise geholfen werden. Zu erwägen ist, den Vertrag ergänzend dahin auszulegen, daß eine angemessene Frist an Stelle der unangemessenen trat, wie das auch sonst beim Setzen unangemessener Fristen der Fall ist (vgl. Palandt, BGB, 28. Aufl. § 326 Anm. 5 a bb). Notfalls kam richterliche Bestimmung einer angemessenen Frist in Betracht (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB entsprechend).

Jedenfalls besteht kein rechtliches Bedenken gegen die Annahme, daß der Vertrag, ohne daß die Termine für die Fertigstellung schon festgelegt waren, wirksam abgeschlossen worden ist.

bb) Dann enthielt die Angabe der Termine im Schreiben vom 17. Dezember 1964 entweder deren einseitige Bestimmung durch den Kläger oder seinen Versuch, zu einer Vereinbarung über die Termine zu gelangen. Die Angabe bedeutet aber nicht, daß der Kläger auf das Angebot der Beklagten den Zuschlag "unter Erweiterungen, Einschränkungen oder Änderungen" erteilt hätte (§ 28 Nr. 2 Abs. 2 VOB Teil A). Der Zuschlag war vielmehr schon vorher entsprechend dem Angebot, ohne Festlegung der Termine, mündlich erteilt worden.

cc) Das Berufungsgericht bemerkt, der Beklagte hätte sich vor Abgabe seines Angebots über die Fristen und die Möglichkeit, sie einzuhalten, erkundigen können.

Die Revision meint, diese Erwägung verstoße gegen § 286 ZPO. Eine Erkundigung wäre nur möglich gewesen, wenn die Fristen schon festgelegt hätten. Darüber sei aber nichts festgestellt.

Die Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht führt diese Erwägung an, um darzulegen, daß der Beklagte das Risiko auf sich genommen habe, "Fristen akzeptieren zu müssen, die recht kurz bemessen sein konnten". Die Erwägung trifft auch dann zu, wenn der Kläger den Bauzeitenplan noch nicht aufgestellt hatte; auch eine Erkundigung des Beklagten nach lediglich in Aussicht genommenen Terminen hätte ihren guten Sinn gehabt.

dd) Feh1 geht die Ansicht der Revision, der Beklagte habe den Vertrag aus wichtigem Grunde kündigen können, weil die Bestimmung zu kurzer Fristen eine positive Vertragsverletzung dargestellt hätte.

Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte hätte, wenn die Fristen zu kurz gewesen wären, dem Kläger entgegentreten und ihm die Bestimmung neuer, angemessener Fristen nahelegen können. Er habe aber weder mündlich noch in seinen Schreiben vom 18. und 24. Dezember 1964 etwas davon gesagt, daß der Vertrag wegen unangemessener kurzer Fristen nicht ausgeführt werden könne. Er habe es vielmehr schon abgelehnt, den Bau auszuführen, ehe er die Mitteilung des Klägers über die Fristen im Schreiben vom 17. Dezember 1964 erhalten habe. Die Fristen könnten daher gar nicht der Grund für seine Weigerung gewesen sein. Erst sein Anwalt sei im Verlauf des späteren Schriftwechsels auf den Gedanken gekommen, auf die angebliche Unangemessenheit der Fristen hinzuweisen.

Ein Recht des Beklagten zur "fristlosen Kündigung" kommt bei dieser vom Berufungsgericht festgestellten Sachlage nicht in Betracht. Wie unter aa) ausgeführt, gab es Möglichkeiten, zu angemessenen Fristen zu gelangen. Allenfalls wäre an ein Recht des Beklagten, sich vom Vertrag zu lösen, dann zu denken, wenn der Kläger sich einem Versuch, angemessene Termine zu vereinbaren, widersetzt hätte. Der Beklagte hat einen solchen Versuch aber gar nicht gemacht.

b) Die Revision scheint behaupten zu wollen, der Beklagte habe die Termine, die im Schreiben vom 17.

Dezember 1964 angegeben waren, schon vor Empfang dieses Schreibens erfahren. Das könnte dann nur bei der mündlichen Besprechung am 16. Dezember 1964 unmittelbar nach dem Termin, in dem die Angebote eröffnet worden waren, geschehen sein.

Wenn diese Behauptung zuträfe, so könnte das dem Beklagten nichts nützen. Vielmehr könnte dann aus der Poststellung des Berufungsgerichts, daß erst sein Anwalt im späteren Schriftwechsel die Fristen beanstandet, er selbst aber nie Einwände zu diesem Punkte gemacht hat, sogar gefolgert werden, man habe sich schon bei der mündlichen Besprechung auch über die Termine geeinigt.

II.

Zur Anfechtung verweist das Berufungsgericht auf die Ausführungen des Landgerichts. Nach dessen Urteil ist nicht feststellbar, daß der Kläger bei Vertragsschluß nicht über genügende Geldmittel zur Durchführung des Bauvorhabens verfügte.

Die Revision greift diese Feststellung erfolglos an.

1.) Sie rügt zu Unrecht, daß der Zeuge Hä[REDACTED] nicht gemäß dem Antrag im Schriftsatz vom 31. Januar 1966 vernommen worden ist. Hä[REDACTED] ist der Geschäftsführer der Firma Hä[REDACTED] & Co Baugesellschaft mbH, der der Kläger nach der Weigerung des Beklagten die Bauausführung übertragen hat. Er sollte bekunden, daß seine Firma vom Kläger

nur einen kleinen Teil der Rohbaukosten erhalten, daraufhin ihre Bautätigkeit eingestellt und gegen den Kläger ein Zwangsversteigerungs- sowie ein Offenbarungs- eidsverfahren in Gang gebracht habe. Über diese Behauptung brauchte nicht Beweis erhoben zu werden; sie zwingt nicht zu dem Schluß, daß der Kläger schon zahlungsunfähig war, als er den Beklagten beauftragte und ihm dies verheimlicht hat.

Der Beklagte behauptet freilich, Hä[REDACTED] auch dafür benannt zu haben, daß der Kläger von Anfang an überhaupt nicht in der Lage gewesen sei, den Bau zu finanzieren. Der Berufungsbegründung ist jedoch durchaus nicht zu entnehmen, daß sich die Benennung Hä[REDACTED] als Zeugen auch auf diese Beweisfrage beziehen sollte. Evident ist, daß der Beweisantritt nur auf die Erfahrungen, die Hä[REDACTED] später mit dem Kläger gemacht hat, nicht auf dessen vorherige finanzielle Lage, zumal nicht zu erkennen ist, wie so Hä[REDACTED] über den letztgenannten Punkt etwas wissen sollte.

2.) Der Revision ist auch nicht darin zu folgen, daß sich aus den Schwierigkeiten, welche die Firma Hä[REDACTED] bei der Durchsetzung ihrer Forderung hatte, eine vom Kläger zu widerlegende Vermutung für seine von Anfang an bestehende Zahlungsunfähigkeit ergäbe. Diese Schwierigkeiten können auf Gründen beruhen, die erst nach der Erteilung des Auftrags an den Beklagten eingetreten sind.

3., Unrichtig ist schließlich der Standpunkt der Revision, der Beklagte habe darauf vertrauen können,

daß seine Hauptverteidigung durchgreife und das Berufungsgericht ihn anderenfalls nach § 139 ZPO veranlassen werde, den nur hilfsweise vorgebrachten Anfechtungseinwand näher zu begründen.

III.

Das Berufungsgericht billigt dem Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB zu. Es führt aus, der Kläger habe den Beklagten in Verzug und ihm eine angemessene Nachfrist für den Beginn der Bauarbeiten gesetzt. Eine Fristsetzung habe sich aber auch erübrigt. Der Beklagte habe eindeutig und klar zu erkennen gegeben, daß er den Vertrag auf keinen Fall erfüllen wolle.

Es bestehen Bedenken gegen die Annahme, daß der Kläger wegen Verzugs des Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangen kann. Welche Rechte der Auftraggeber bei einem der VOB unterliegenden Bauvertrag im Falle des Verzugs des Auftragnehmers hat, ist durch § 5 Nr. 4 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB Teil B geregelt; für Fälle der Leistungsverzögerung ist dies eine Sonderregelung (BGH MDR 1968, 486). Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann im Verzugsfall nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 nur verlangt werden, wenn die Ausführung aus den Gründen, die zur Entziehung des Auftrags geführt haben, für den Auftraggeber kein Interesse mehr hat (vgl. hierzu BGHZ 50, 160, 168). Daß diese Voraussetzung gegeben wäre, ist nicht festgestellt.

Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht jedoch beizutreten.

Der Beklagte hat, indem er sogleich nach Abschluß des Vertrages dessen Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigerte, eine positive Vertragsverletzung begangen. Dieser Tatbestand ist in der VOB nicht geregelt. Für dort nicht geregelte Fälle der positiven Vertragsverletzung kommt allerdings eine entsprechende Anwendung des § 8 Nr. 3 VOB in Betracht (BGH VII ZR 245/64 vom 6. Februar 1967; Hereth-Ludwig-Naschold VOB Teil B § 8 Ez 11, 15, 16; Ingenstau-Korbion VOB 5. Aufl. Teil B Rdz 12 vor §§ 8 und 9). Vorwiegend wird dies erörtert unter dem Gesichtspunkt, daß an Stelle des nach dem BGB vorgesehenen Rücktritts die Kündigung (Entziehung des Auftrags) trete. Wieweit die Folgen der Entziehung des Auftrags ebenfalls bei den in der VOB nicht geregelten Fällen der positiven Vertragsverletzung aus § 8 Nr. 3 zu entnehmen sind, ist damit noch nicht entschieden.

Für den Fall der ernsthaften und endgültigen Weigerung, den Vertrag überhaupt zu erfüllen, ist es nicht angebracht, den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wie er nach dem BGB besteht, bei einem nach der VOB zu beurteilenden Bauvertrag gemäß § 8 Nr. 3 VOB Teil B einzuschränken. Die Fassung des § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB Teil B ist der Vorschrift des § 326 Abs. 2 BGB nachgebildet (Hereth-Ludwig-Naschold aaO Ez 89; Ingenstau-Korbion aaO § 8 Rdz 30). Nach dem BGB kann aber bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsweigerung des einen Teils der vertragstreue Teil Schadensersatz wegen

Nichterfüllung beanspruchen, ohne die besondere Voraussetzung des § 326 BGB, daß er an der Erfüllung des Vertrags kein Interesse habe, darlegen zu müssen (Palandt aaO Anm. 12). Da eine Erfüllungsweigerung dieser Art eine besonders schwere Vertragsverletzung darstellt, besteht kein Grund, den Auftragnehmer, der sich ihrer schuldig macht, bei einem Bauvertrag, für den die VOB gilt, besser zu behandeln, als er nach dem BGB stünde. Die Bestimmungen der VOB, die diesen Fall der positiven Vertragsverletzung nicht regeln, gebieten das nicht und legen es auch nicht nahe.

IV.

Nach allem ist die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke

Schmidt