

Verkündet
am 30. Oktober 1961
Rietschke, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- 1.) der Gesellschaft für B[redacted] mbH., Kreditvermittlung,
in B[redacted], S[redacted]straße [redacted], vertreten durch ihre
Geschäftsführer a) Dr. Hans Helmut Z[redacted], B[redacted],
H[redacted]straße [redacted], b) Herbert Wilhelm J[redacted] von
S[redacted], B[redacted], Y[redacted]straße [redacted],
- 2.) der Marie Ernestine Gräfin von W[redacted],
M[redacted], B[redacted]straße [redacted]
- 3.) des Diplom-Ingenieurs Berthold B[redacted], M[redacted], A[redacted]
[redacted] Straße [redacted],

Beklagten, Berufungs- und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] -

g e g e n

den Bauunternehmer Eduard S[redacted], M[redacted], F[redacted]-Straße
[redacted],

Kläger, Berufungs- und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in München vom 21. Januar 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten hatten den Kläger durch Vertrag vom 11. Juli 1958 beauftragt, auf den Grundstücken G [REDACTED] [REDACTED] Straße [REDACTED] in M [REDACTED] ein sechsstöckiges Haus zum Pauschalpreis von 555.700 DM zu errichten. Der Rohbau sollte innerhalb von 3 Monaten fertig sein; bei schuldhafter Überschreitung dieser Frist hatte der Kläger den durch die Verzögerung entstandenen Schaden sowie eine Vertragsstrafe zu zahlen (Ziffer 5 c des Vertrags). Laut dem vereinbarten Zahlungsplan waren nach der Fertigstellung der Kellerdecke 70.000 DM und nach der Fertigstellung eines jeden Geschosses je weitere 50.000 DM zu zahlen, so daß nach der Errichtung des Rohbaus einschließlich der Zwischenwände insgesamt 370.000 DM gezahlt sein mußten. Die Bestimmungen der VOB waren zum Bestandteil des Vertrags gemacht.

Die Beklagten zahlten, als die Kellerdecke fertig war, 70.000 DM und nach Fertigstellung der Decke über dem Erdgeschoß 25.000 DM. Weitere Zahlungen verweigerten sie.

Am 25. September 1958 erhob der Kläger Klage auf Zahlung von 75.000 DM nebst Zinsen. Bis dahin hatte er den Rohbau bis zum 2. Obergeschoß einschließlich, jedoch ohne die nichttragenden Zwischenwände und die Kamine, ausgeführt. Die Zwischenwände hat er während des Rechtsstreits bis zum 2. Oktober 1958 eingezogen. An diesem Tag setzten die Beklagten ihm gemäß § 5 Ziffer 4 VOB eine Frist von einer Woche zur Vollendung der noch fehlenden Rohbauarbeiten und zur Fortführung der übrigen Bauarbeiten. Mit Schreiben vom 16. Oktober 1958 kündigten sie den Bauvertrag nach § 8 Ziffer 3 VOB fristlos.

Der Kläger ist der Meinung, daß die Zwischenwände und Kamine erst nach der Errichtung aller Geschosse eingebaut

- 3 -

zu werden brauchten und daß deshalb mit der Betonierung der Decke über dem 2. Geschoß insgesamt (70.000 + 50.000 + 50.000 =) 170.000 DM fällig gewesen seien. Da die Beklagten nur 95.000 DM gezahlt hätten, habe er bei Klageerhebung weitere 75.000 DM zu beanspruchen gehabt.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Nach ihrer Ansicht waren die vereinbarten Abschlagszahlungen für das Erdgeschoß und den 1. Stock so lange nicht fällig, als die Kamine nicht hochgezogen waren. Über die gezahlten 95.000 DM hinaus habe der Kläger zwar noch für 88.367,80 DM Arbeiten geleistet. Da er jedoch von Anfang an zu wenig Arbeitskräfte eingesetzt und am 29. September 1958 die Bauarbeiten eingestellt habe, hätte er den Rohbau nicht fristgerecht erstellen können. Daraus seien ihnen die Klageforderung übersteigende Schadensersatzansprüche erwachsen, mit denen sie aufrechneten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Mit der Kündigung des Werkvertrags durch die Beklagten am 16. Oktober 1958 hat der Kläger, so führt das Berufungsgericht zutreffend aus, nach § 8 Ziffer 1 VOB (B) in Verbindung mit § 649 BGB jedenfalls die auf seine bis dahin geleisteten Arbeiten entfallende Vergütung zu beanspruchen. Diese beläuft sich, wie die Beklagten einräumen, nach Abzug ihrer Zahlungen noch auf 88.367,80 DM und übersteigt somit die Klageforderung.



II.

Das Berufungsgericht hält die Gegenforderungen der Beklagten (Mehraufwendungen durch die Beauftragung eines anderen Bauunternehmers, Kosten der Baubeheizung sowie Mietausfall für 4 Monate infolge vom Kläger zu vertretender Überschreitung des Fertigstellungstermins), mit denen diese aufrechnen wollen, nicht für begründet.

1.) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß sich der Anspruch aus Ziffer 5 c des Vertrags vom 11. Juli 1958 ergebe. Nach dieser Bestimmung hat der Auftragnehmer bei von ihm zu vertretender Überschreitung der vorgesehenen Ausführungsfristen dem Auftraggeber den gesamten daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Zu einer Überschreitung der für die Fertigstellung des Rohbaus festgesetzten Frist von 3 Monaten ist es jedoch nicht gekommen. Nach der eigenen Ansicht der Beklagten endete diese Frist am 20. Oktober 1958, während der Kläger einen noch späteren Zeitpunkt annimmt. Die Beklagten haben den Vertrag aber schon am 16. Oktober 1958, also jedenfalls vor Ablauf der Frist, gekündigt. Damit entfiel die Verpflichtung des Klägers, den Rohbau fertigzustellen. Eine Fristüberschreitung setzt, entgegen der Meinung der Revision, das Fortbestehen der Leistungspflicht voraus.

2.) Das Berufungsgericht hat deshalb zutreffend auf Grund des Sachvortrags der Beklagten die Anspruchsgrundlage für die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung in § 5 Ziffer 4 i.V. mit § 8 Ziffer 3 VOB (B) gesehen. Nach diesen Bestimmungen kann der Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer Arbeitskräfte, Geräte usw. so unzureichend einsetzt, daß die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, diesem eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, daß er ihm nach fruchtlosem

Ablauf der Frist den Auftrag entziehe. Nach der Entziehung des Auftrags (Kündigung) kann der Auftraggeber den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen lassen und Ersatz des entstehenden weiteren Schadens verlangen.

a) Nicht gefolgt werden kann jedoch der Meinung des Berufungsgerichts, das Schreiben der Beklagten vom 2. Oktober 1958 habe nicht den Erfordernissen des § 5 Ziffer 4 VOB (B) entsprochen. Die Beklagten haben darin dem Kläger eine Frist von einer Woche "zur Vollendung der in den angefangenen Geschossen noch fehlenden Rohbauarbeiten und zur Fortsetzung der Arbeiten an den fehlenden Geschossen unter Einsatz der für die Größe der Baustelle und im Hinblick auf den vereinbarten Fertigstellungstermin erforderlichen Arbeitskräfte, Maschinen und Geräte" gesetzt und erklärt, daß sie anderenfalls den Vertrag kündigen würden. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten damit nur die Vollendung der Rohbauarbeiten an den begonnenen Geschossen und die Fortsetzung der Arbeiten an den noch zu errichtenden Geschossen, nicht jedoch einen größeren angemessenen Einsatz von Arbeitskräften verlangt, ist mit dem Wortlaut des Schreibens unvereinbar.

b) Es kommt deshalb auf die unter Beweis gestellten Behauptungen der Beklagten an, der Kläger habe die Arbeiten nicht so beschleunigt, daß er den Rohbau innerhalb der vereinbarten Frist von 3 Monaten hätte fertigstellen können (Schriftsätze vom 17. Oktober 1958 (S. 4, 6), 19. Januar 1959 (S. 7), 12. November 1959 (S. 8)), und zwar auch dann nicht, wenn er die Arbeiten nicht am 29. September 1958 eingestellt hätte. Dabei bleibt festzustellen, ob diese Frist, wie der Kläger der Ziffer 5 a des Vertrags

entnimmt, erst nach Betonierung der Fundamente, oder wie die Beklagten aus Ziffer 12 des Vertrags folgern, bereits am 20. Juli 1958 zu laufen begonnen hat.

In diesem Zusammenhang kommt es aber auch darauf an, ob der Kläger gemäß § 16 Ziff. 4 Abs. 3 S. 3 VOB (B) die Arbeiten bis zur Entrichtung fälliger Abschlagszahlungen einstellen dürfte. Das durfte er nicht, wenn - wie unter 3) noch ausgeführt wird - die Beklagten ein besonderes Interesse daran hatten, daß mit jedem Geschoß zugleich die nicht-tragenden Zwischenwände und Kamine errichtet wurden. War der Kläger aber zur Einstellung der Arbeiten berechtigt, so konnten ihm die Beklagten nicht mit den Rechtsfolgen aus § 8 Ziff. 3 i.V. mit § 5 Ziff. 3 und 4 VOB (B) eine Frist zur Fortsetzung der Arbeiten unter stärkerem Einsatz von Arbeitskräften und Geräten setzen. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zwecks neuer Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, zurückzuverweisen.

3.) Sollte die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht ergeben, daß die Voraussetzungen des § 5 Ziffer 3 und 4 VOB (B) gegeben waren, so kommt es auf die vom Berufungsgericht bereits geprüfte Frage an, ob die Beklagten Gegenansprüche aus positiver Vertragsverletzung herleiten können. Diese sehen sie darin, daß der Kläger die Bauarbeiten grundlos vorzeitig eingestellt hat.

Das Berufungsgericht verneint eine positive Vertragsverletzung. Es gelangt zu dem Ergebnis, daß die Beklagten ohne Grund die vom Kläger verlangte weitere Teilzahlung von 75.000 DM verweigert haben und daß der Kläger deshalb die Arbeiten habe einstellen dürfen.

a) Gehörte zur Fertigstellung der Geschosse nicht auch die Errichtung der nichttragenden Zwischenwände und der Kamine, wie das Berufungsgericht dem Zahlungsplan und dem vom Architekten der Beklagten aufgestellten Terminplan entnimmt, so durften die Beklagten die Zahlung der 75.000 DM ohnehin nicht verweigern.

b) Das Berufungsgericht hat aber auch, was die Revision rügt, das Beweiserbieten der Beklagten dafür, daß ausdrücklich vereinbart worden sei, die Abschlagszahlungen könnten erst nach Fertigstellung der nichttragenden Zwischenwände und Kamine in den einzelnen Geschossen verlangt werden, als unerheblich behandelt. Die fehlenden Zwischenwände im Erd- und 1. Obergeschoß seien, so stellt es fest, bis zum 2. Oktober 1958, als die Beklagten dem Kläger die Frist zur Fortsetzung und Vollendung der Arbeiten setzten, bereits eingezogen gewesen. Von diesem Zeitpunkt ab hätten deshalb die Beklagten in beiden Geschossen nur noch das Fehlen der Kamine beanstanden können. Hiervon die Zahlung der mit der Fertigstellung des Erd- und 1. Obergeschosses fällig gewordenen weiteren 75.000 DM abhängig zu machen, seien die Beklagten aber nach Treu und Glauben nicht berechtigt gewesen. Auf die Kamine seien nur unbedeutende Beträge entfallen. Außerdem habe der Kläger, als er die Abschlagszahlung für das Erd- und 1. Obergeschoß verlangte, bereits das 2. Obergeschoß, für das er damals noch keine Zahlung forderte, im wesentlichen fertiggestellt und damit eine die verlangte Abschlagszahlung erheblich übersteigende Leistung erbracht gehabt.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts begegnen auf Grund der bisherigen Feststellungen keinen rechtlichen Bedenken. Wenn der Kläger aus bautechnischen Gründen die

Kamine erst nach Fertigstellung aller Geschosse errichten wollte und die Kamine im Verhältnis zu den Geschossen eine unbedeutende Leistung darstellten, der Kläger ferner, als er die 75.000 DM verlangte, schon erheblich höhere Leistungen erbracht hatte, so war in der Tat die Weigerung der Beklagten, die auf das Erd- und 1. Obergeschoß entfallende Rate von 75.000 DM zu entrichten, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren.

c) Anders wäre die Rechtslage allerdings dann, wenn die Beklagten, wie sie behaupten, ein besonderes Interesse daran hatten, daß mit jedem Geschoß zugleich auch die nicht-tragenden Zwischenwände und Kamine errichtet wurden. Die Beklagten tragen hierzu vor, den nachfolgenden Handwerkern habe dadurch die Aufnahme ihrer Arbeiten ermöglicht und so die rechtzeitige Fertigstellung des Gebäudes gewährleistet werden sollen. Ob das der Fall war, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu prüfen haben.

4.) Den aus Ziffer 5 c des Vertrags hergeleiteten Gegenanspruch auf Vertragsstrafe hält das Berufungsgericht nicht für begründet, weil die Beklagten den Vertrag bereits am 16. Oktober 1958 fristlos gekündigt hatten, die Frist zur Erstellung des Rohbaus aber erst am 20. Oktober 1958 abgelaufen sei.

Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht. Mit der Kündigung des Werkvertrags am 16. Oktober 1958 entfiel die Verpflichtung des Klägers, den Rohbau fertigzustellen. Die für dessen Fertigstellung vereinbarte Frist, sei es, daß sie am 20. Oktober 1958 oder später ablief, konnte der Kläger somit nicht mehr überschreiten. Die von der Revision vertretene Auslegung der Vertragsbestimmung in Ziffer 5 c, die Vertragsstrafe sei auch dann verwirkt,

wenn der Auftraggeber wegen säumiger Arbeit des Auftragnehmers den Vertrag vor Ablauf der vereinbarten Frist kündigt, ist nicht zwingend. Dem Wortlaut der Ziffer 5 ist hierfür nichts zu entnehmen. Die Vereinbarung über eine Vertragsstrafe weiter, als ihr Wortlaut ergibt, zum Nachteil des Auftragnehmers auszulegen, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß. Bei der von dem Beklagten vertretenen Auffassung würde auch jedenfalls nur sehr schwer festgestellt werden können, um wieviel Tage die Frist überschritten sein soll.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Meyer