

BUNDESGERICHTSHOF

51

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 45/88

URTEIL

Verkündet am:
12. Oktober 1989
Kriegl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Mittelrheinisches Rechenzentrum GmbH, gesetzlich vertreten durch
ihren Geschäftsführer Helmut Sch[REDACTED], K[REDACTED] L[REDACTED]straße [REDACTED],
D[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Jürgen W[REDACTED], T[REDACTED]straße [REDACTED], He[REDACTED]-Ko[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, Rogge, Dr. Jestaedt und Dr. Broß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. Februar 1988 wird, soweit angenommen, auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte (Kurzbezeichnung: MRZ) unterhält ein Rechenzentrum und befaßt sich unter anderem mit Vertrieb und Wartung von Büromaschinen. Mit einer als "Werkvertrag" bezeichneten schriftlichen Vereinbarung vom 16.11.1985 übernahm der Kläger als selbständiger Gewerbetreibender die Durchführung aller Wartungsarbeiten der bestehenden Serviceabkommen und Wartungsverträge der Beklagten für Schreibmaschinen (IBM) nach Maßgabe des zum Vertragsinhalt gemachten Leistungsverzeichnisses. In dem Leistungsverzeichnis ist unter anderem bestimmt:

3. Die Fakturierung der Service- und Wartungsgebühren erfolgt durch das MRZ.
Die Firma W[REDACTED] berechnet monatlich

- 3 -

90 % von 1/12 des Jahrespreises bzw.
1/3 des Quartalspreises, fällig je-
weils am 1. jeden Monats.

...

7. Der Ankauf und Verkauf von Schreibma-
schinen und Zubehör wird über MRZ ab-
gewickelt. Über evtl. anstehende Neu-
geschäfte bei MRZ-Kunden wird das MRZ
von der Firma W[REDACTED] umgehend infor-
miert.

Mit Schreiben vom 24.6.1986 kündigte die Beklagte den Vertrag mit dem Kläger fristgerecht zum 31.12.1986. Mit Schreiben vom 19.9.1986 an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers und vom 3.10.1986 unmittelbar an den Kläger erklär-
te die Beklagte die fristlose Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. Sie berief sich dabei zunächst darauf, daß der Kläger nicht in der Handwerksrolle eingetragen ist und einer Firma Sch[REDACTED] auf eigene Rechnung im August 1986 Er-
weiterungsteile für eine Schreibmaschine verkauft hat. Im weiteren Verlauf der Auseinandersetzungen machte die Beklag-
te zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung außerdem geltend, der Kläger habe seine vertraglichen Verpflichtungen in den ersten neun Monaten nur zu 49,2 % erfüllt und sei nicht in der Lage gewesen, den Rest bis zum Jahresende zu bewältigen.

Mit einem vom 13.10.1986 datierten Rundschreiben an die von ihm betreuten Kunden der Beklagten teilte der Klä-
ger mit, daß er sich selbständig machen wolle und mit der gleichen Servicemannschaft ab 1987 in eigener Regie für die angeschriebenen Kunden der Beklagten tätig sein möchte.



Die Beklagte nahm dieses Schreiben zum Anlaß, mit Schriftsatz vom 29.10.1986 vorsorglich erneut eine fristlose Kündigung auszusprechen.

Der Kläger hat im vorliegenden Rechtsstreit, soweit er noch anhängig ist, die auf die Monate November/Dezember 1986 entfallende anteilmäßige Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen geltend gemacht und den Standpunkt vertreten, ein berechtigter Grund zur fristlosen Kündigung habe nicht bestanden.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und im wesentlichen geltend gemacht, der Anspruch entfalle schon wegen der berechtigten fristlosen Kündigung; außerdem seien in erheblich größerem Umfang ersparte Aufwendungen zu berücksichtigen als dies von seiten des Klägers geschehe.

Das Landgericht hat dem Kläger für die Monate November/Dezember 1986 gemäß § 649 BGB unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen einen Anspruch in Höhe von 27.305,72 DM (2/3 der für drei Monate berechneten 40.958,57 DM) nebst 12 % Zinsen zugesprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht diese Forderung auf eine Summe von 22.761,85 DM (2/3 des für drei Monate berechneten Betrages von 34.142,77 DM) nebst 4 % Zinsen gekürzt.

Dagegen richtet sich die - insoweit angenommene - Revision der Beklagten, mit der sie die Abweisung der für die Monate November/Dezember 1986 erhobenen Klageforderung verfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten bleibt auch in dem zur Entscheidung angenommenen Umfang ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 16.11.1985 in Übereinstimmung mit dem Landgericht und der Auffassung beider Parteien als einen (Sukzessiv-)Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB angesehen. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Diese Bewertung trägt dem Umstand Rechnung, daß der Kläger nach dem Inhalt des Vertrages Service- und Reparaturleistungen in dem jeweils erforderlichen und damit zum Erfolg führenden Umfang schuldet, nicht nach dem jeweils konkret erforderlichen Aufwand vergütet wurde, in der Abwicklung der Arbeiten völlig frei war, und daß die Parteien ihre Vereinbarung auch ausdrücklich als "Werkvertrag" bezeichnet haben.

Hiervon ausgehend hat das Berufungsgericht angenommen, daß die erste von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung schon wegen § 649 BGB in jedem Falle zu einer Beendigung des Vertrages führte, daß der Kläger jedoch nach § 649 Satz 2 BGB gleichwohl unter Anrechnung ersparter Aufwendungen die für die volle Vertragsdauer (bis zum durch fristgerechte ordentliche Kündigung fixierten Vertragsende am 31.12.1986) vereinbarte Vergütung verlangen kann, sofern kein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung gegeben war. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision nicht angegriffen. Sie wendet sich

entsprechend ihrem schon in den Vorinstanzen eingenommenen Standpunkt insbesondere nicht gegen die tatrichterliche Würdigung, daß die fristlose Kündigungserklärung zugleich als Kündigung nach § 649 BGB zu werten sei.

2. Die Revision wendet sich jedoch gegen die weiteren Ausführungen des Berufungsurteils, mit denen ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung verneint wird. Sie hat damit keinen Erfolg.

a) Das Berufungsgericht hat es nicht als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gewertet, daß der Kläger nicht in der Handwerksrolle eingetragen war, daß er nach der Behauptung der Beklagten zunächst eine Ausnahmegenehmigung in Aussicht gestellt habe, und daß sich nach der weiteren Behauptung der Beklagten für diese erst am 15.7.1986 herausgestellt habe, daß die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung abgelehnt worden ist. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, unter den gegebenen Umständen habe zunächst eine Abmahnung und erfolglose Fristsetzung zur Beibringung einer Eintragung in die Handwerksrolle erfolgen müssen; für den Vorwurf wahrheitswidriger Angaben und arglistigen Verhaltens fehle es an einem hinreichend konkreten Sachvortrag.

Die Revision macht dagegen geltend, bei der Würdigung des Berufungsgerichts seien wesentliche Umstände unberücksichtigt geblieben. Grundlage des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages sei die Erwartung gewesen, der Kläger werde eine Ausnahmegenehmigung für die Eintragung in die Handwerksrolle erhalten. Nach Versagung der Ausnahmebe-

willigung habe dem Kläger die handwerkliche Tätigkeit jederzeit untersagt werden können. Eine Abmahnung wäre bloße Förmerei gewesen, da sich kurzfristig nichts mehr habe ändern lassen; für die theoretisch denkbare Möglichkeit der Einstellung eines Meisters durch den Kläger seien keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Mit dieser Rüge kann die Beklagte nicht durchdringen. Die Prüfung eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung entscheidet sich - wie auch die Revision nicht verkennt - danach, ob einer Partei unter den besonderen Umständen des konkreten Falles ein Festhalten am Vertrage zuzumuten ist. Ein wesentlicher Umstand des vorliegenden Falles ergibt sich daraus, daß im Vertrag die Möglichkeit vorgesehen war, erstmals mit Wirkung zum 31.12.1986 zu kündigen, und daß die Beklagte bereits von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte, bevor sie sich zur fristlosen Kündigung entschloß. Zur Zeit der im September und Anfang Oktober ausgesprochenen fristlosen Kündigung ging es daher lediglich darum, ob der Beklagten eine Fortsetzung des Vertrages für eine begrenzte Zeit von rund drei Monaten noch zuzumuten war. Das Berufungsgericht hat hierzu mit Recht hervorgehoben, daß die Beklagte die Zusammenarbeit mit dem Kläger in Kenntnis des Umstandes begonnen hat, daß dieser nicht in die Handwerksrolle eingetragen war und lediglich auf eine noch ausstehende Ausnahmegewilligung vertraute. Die Beklagte hat damit selber zum Ausdruck gebracht, daß es für sie keineswegs unzumutbar war, für eine gewisse Zeit auch ohne Eintragung in die Handwerksrolle mit dem Kläger zusammenzuarbeiten. Sie hat dies erneut dadurch bestätigt, daß sie die fristlose

Kündigung erstmals am 19.9.1986 aussprach, obwohl sie nach ihrem eigenen Vorbringen spätestens seit dem 15.7.1986 wußte, daß der Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung abgelehnt worden war. Unter diesen Umständen war es für die Beklagte nicht unzumutbar, das Vertragsverhältnis mit dem Kläger noch bis zum Jahresende fortzusetzen, zumal keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, daß die dafür zuständige Behörde kurzfristig die Einstellung der Tätigkeit des Klägers erzwungen hätte. Ebenfalls zutreffend, aber schon nicht mehr entscheidungserheblich ist auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, daß es der Beklagten zumindest zuzumuten gewesen wäre, dem Kläger zunächst durch eine mit angemessener Fristsetzung verbundene Abmahnung die Möglichkeit zu geben, entsprechend der Anregung im Bescheid des Regierungspräsidenten Köln vom 9.5.1986 durch eine gesellschaftsrechtliche Verbindung mit einem Meister die Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle zu erfüllen oder durch Anstellung eines Meisters bessere Voraussetzungen zumindest für eine befristete Ausnahmegenehmigung zu schaffen. Daß eine solche Abmahnung von vornherein aussichtslos gewesen wäre, läßt sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen.

b) Das Berufungsgericht hat es auch nicht als wichtigen Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung ausreichen lassen, daß der Kläger bis zum Zeitpunkt der Kündigung angeblich nur 49,2 % aller im ganzen Jahr auszuführenden Arbeiten erledigt habe. Es hat dazu ausgeführt, allein aus einer abstrakten Berechnung lasse sich nicht entnehmen, daß der Kläger mit seiner Arbeit in Verzug oder nicht in der

Lage gewesen sei, alle Arbeiten bis zum Jahresende durchzuführen. Soweit Anlaß zu ernstesten Befürchtungen bestanden habe, hätte der Kläger zudem zunächst erfolglos abgemahnt werden müssen.

Die Revision rügt demgegenüber ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe den von der Beklagten angebotenen Beweisen nachgehen müssen und auf dieser Grundlage ohne weiteres feststellen können, daß der Kläger die noch ausstehenden Arbeiten bis Jahresende nicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln habe erbringen können. Da der Kläger seine Leistungen nicht in Person erbringen mußte, hätte er etwaigen Engpässen durch Einstellung eines zusätzlichen Mitarbeiters oder mit Überstunden der vorhandenen Mitarbeiter begegnen können. Der Vortrag der Beklagten läßt keine ausreichend konkreten Anhaltspunkte für die Schlußfolgerung erkennen, daß dieser Weg nicht möglich gewesen wäre.

Nicht durchgreifend ist auch die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß der Kläger pflichtwidrig von einem unzutreffenden Leistungsumfang ausgegangen sei und schon deswegen die ihm obliegende Leistung nicht vollständig erbracht habe. Wenn der Kläger nach dem als übergangen gerügten Vortrag der Beklagten den mit einem bestimmten Kunden geschlossenen Wartungsvertrag übersehen und bei einem anderen Wartungsvertrag verkannt hat, daß eine zweimalige Wartung pro Jahr erforderlich war, so mag insoweit eine mangelhafte Leistung vorgelegen haben, die jedoch keinesfalls eine fristlose Kündigung ohne vorherige erfolglose Abmahnung rechtfertigen konnte.

Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, auch wegen etwa verzögerlicher Ausführung der Arbeiten habe zunächst eine Abmahnung erfolgen müssen, handelte es sich um eine Hilferwägung, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr ankam, und die daher auch nicht mehr auf etwaige Rechtsfehler geprüft zu werden braucht.

c) Das Berufungsgericht hat auch darin keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung gesehen, daß der Kläger in einem Fall auf eigene Rechnung Erweiterungsteile für eine Schreibmaschine an die Firma Schings verkauft hat. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, es handele sich um keine schwere Vertragsverletzung, und für weitere ähnliche Geschäfte liege kein Anhaltspunkt vor.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei seiner Würdigung nicht berücksichtigt, daß der Kläger den Verkauf im Rahmen seines Gewerbes getätigt habe, das er bereits Ende 1985 mit der Umschreibung "Einzelhandel mit Hardware und Zubehör" angemeldet habe.

Auch damit kann die Revision nicht durchdringen. Das Berufungsgericht hat zu dem diesen Sachverhalt erfassenden Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 22.1.1988 pauschal und ausreichend erklärt, es ändere nichts daran, daß es nur eine ungedeckte Vermutung sei, daß der Kläger noch weitere unerlaubte Geschäfte getätigt habe. Da der Kläger als Subunternehmer und damit eben auch als selbständiger Gewerbetreibender für die Beklagte tätig werden sollte, mußte er auch ein Gewerbe anmelden. Die Umschreibung seiner Tätigkeit

in der Gewerbeanmeldung gibt die Revision verkürzt wieder; sie lautet nach dem eigenen Vortrag der Beklagten vollständig "Einzelhandel mit Hardware und Zubehör sowie Service". Der Kläger hat damit den gesamten Bereich abgedeckt, in dem er nach dem Vertrag mit der Beklagten tätig werden sollte, wenn auch für Rechnung der Beklagten. Daraus läßt sich nicht ableiten, der Kläger habe auch Geschäfte für eigene Rechnung ausführen wollen.

d) Soweit nach den vorstehenden Ausführungen überhaupt Vertragsverletzungen oder Unzuträglichkeiten festgestellt werden können, haben sie so geringes Gewicht, daß auch eine Gesamtwürdigung zu keinem anderen Ergebnis führen kann. Dies ist derart eindeutig, daß sich das Berufungsgericht damit entgegen der insoweit erhobenen Revisionsrüge nicht mehr ausdrücklich auseinandersetzen mußte.

e) Das Berufungsgericht hat schließlich auch die Frage verneint, ob sich in der Folgezeit ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung daraus ergeben hat, daß der Kläger den Kunden der Beklagten mit Rundschreiben vom 13.10.1986 seine Dienste im eigenen Namen angeboten hat. Das Berufungsgericht hat seine Beurteilung im wesentlichen damit begründet, daß der Kläger auf Abmahnung der Beklagten vom 31.10.1986 eine Unterwerfungserklärung abgegeben habe.

Die Revision rügt hierzu, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß das Rundschreiben die Durchführung des Vertrages und den Bestand des Kundenstammes der Beklagten gefährdet habe, zumal der Kläger noch nach Abgabe seiner

Unterwerfungserklärung die Auffassung vertreten habe, er könne ab 1.1.1987 auch bei Kunden der Beklagten werben. Dieses Verhalten sei geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis so schwer zu erschüttern, daß jede weitere Tätigkeit des Klägers, die ihn mit Kunden der Beklagten zusammenführen mußte, für die Beklagte unzumutbar geworden sei.

Auch diese Rüge ist im Ergebnis nicht begründet. Das Rundschreiben vom 13.10.1986 ist ohne Einfluß auf die Berechtigung der bereits früher ausgesprochenen Kündigung; es könnte allenfalls eine spätere fristlose Kündigung rechtfertigen, die von der Beklagten auch mit Schriftsatz vom 29.10.1986 erneut ausgesprochen wurde. Im Zeitpunkt der früheren Kündigung vom 3.10.1986 konnte sich die Beklagte nach den vorangegangenen Ausführungen noch nicht auf einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung stützen. Wegen § 649 BGB war die Kündigung aber gleichwohl wirksam, führte zur sofortigen Beendigung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrages und reduzierte die vertraglichen Beziehungen der Parteien im wesentlichen auf ein Abrechnungsverhältnis. Der Kläger war von da an weder berechtigt noch verpflichtet, gegenüber den Kunden der Beklagten noch weitere Service- oder Wartungsarbeiten für Rechnung der Beklagten auszuführen. Auch für sonstige Kundenkontakte im Rahmen des Vertragsverhältnisses der Parteien war kein Raum mehr. Damit war die Frage gegenstandslos, ob das Rundschreiben des Klägers vom 13.10.1986 eine Fortsetzung der Tätigkeit des Klägers für die Beklagte unzumutbar machen konnte.

3. Wegen der Höhe der dem Kläger nach § 649 Abs. 2 BGB für die Monate November/Dezember 1986 zustehenden anteilmäßigen Vergütung hat das Berufungsgericht ausgeführt, nach den Ergebnissen der ersten neun Monate des Jahres sei für die restlichen beiden Monate eine Vergütung von 35.162,76 DM (2/3 der für drei Monate errechneten 52.744,13 DM) zu erwarten gewesen; davon seien ersparte Lohnkosten in Höhe von 13.666,67 DM (2/3 des für drei Monate angesetzten Betrages von 20.500,- DM) und ersparte Aufwendungen für Kraftfahrzeuge in Höhe von 5.000,- DM (2/3 des für drei Monate geschätzten Betrages von 7.500,- DM) abzuziehen; zusätzlich seien als Vergütung für sog. Z- und M-Arbeiten 6.265,76 DM (2/3 des für drei Monate errechneten Betrages von 9.398,64 DM) zu berücksichtigen.

Die Revision rügt gegenüber diesen Ausführungen lediglich, das Berufungsgericht habe bei der Errechnung der Vergütung nicht von den Ergebnissen der ersten neun Monate des Jahres ausgehen dürfen, da der Kläger nicht in der Lage gewesen sei, in den restlichen Monaten des Jahres die ihm noch obliegenden Leistungen auszuführen; er hätte sich daher bei seinen Vergütungsansprüchen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten lassen müssen, wenn es nicht zu einer vorzeitigen Beendigung gekommen wäre.

Diese Revisionsrüge greift schon deswegen nicht durch, weil aus den bereits oben zu 2 b) genannten Gründen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme erkennbar sind,

der Kläger sei nicht in der Lage gewesen, die noch ausstehenden Arbeiten bis zum Jahresende auszuführen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Bruchhausen

Brodeßer

Rogge

Jestaedt

Broß