

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 90/96

Verkündet am:
15. Dezember 1998
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1998 durch die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 25. Juni 1996 verkündete Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das am 17. Januar 1996 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schloß mit den Beklagten, die als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eine Bootswerft betrieben, im Sommer 1993 einen Vertrag über den Bau einer Yacht. Der Werklohn sollte sich auf Stundenlohnbasis zu festgelegten Verrechnungssätzen zuzüglich Materialkosten und eines kalkulatorischen Aufschlags bestimmen, das Gesamtvolumen ca. 2 Mio. DM betragen. Die Beklagten gründeten in der Folgezeit eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die bei der Durchführung des Vertrags in Erscheinung trat. Im Oktober 1994 kam es, nachdem der Bau der Yacht bereits weit fortgeschritten war, zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien. Die Klägerin beglich eine Werklohnforderung mit der Begründung nicht, daß die Rechnungsstellung durch die GmbH erfolgt sei. Mit Anwaltsschreiben vom 13. Oktober 1994 ließ die GmbH mitteilen, daß sich angesichts einer Vielzahl geäußerter Sonderwünsche ein Preis von 2 Mio. DM nicht halten lasse, sondern die Vergütung bei 2,6 bis 2,7 Mio. DM liegen werde. Auf ein von Klägerseite anwaltlich geäußertes Verlangen nach Sicherheiten teilte die GmbH mit Schreiben vom 18. Oktober 1994 die Einstellung des Weiterbaus bis zur Klärung des Sachverhalts mit. Mit den beiden Beklagten am 21. und 24. Oktober 1994 zugestellten Anwaltsschreiben ließ die Klägerin die Beklagten auffordern, die Arbeiten binnen einer Woche wieder aufzunehmen. In welchem Umfang die Beklagten in den folgenden Tagen an der Yacht gearbeitet haben, ist streitig, jedoch sind auch nach dem Vortrag der Klägerin am 24., 25., 26., 27. und 28. Oktober 1994 Arbeiten durchgeführt worden. Daß die Beklagten eine Wiederauf-



nahme ihrer Tätigkeit angezeigt hätten, ist nicht festgestellt. Mit Anwaltsschreiben vom 1. November 1994 kündigte die Klägerin den Werkvertrag fristlos sowie auch nach § 650 BGB; sie führte an, daß die Arbeiten nicht wieder aufgenommen worden und der Kostenvoranschlag erheblich überschritten sei. Nach weiteren Verhandlungen wurde die Yacht im Januar 1995 zur Fertigstellung in eine andere Werft in H. verbracht, nachdem die Klägerin den von den Beklagten noch in Rechnung gestellten Betrag von 539.682,56 DM unter Vorbehalt gezahlt hatte.

Die Klägerin verfolgt gegen die Beklagten Schadensersatzansprüche, die sie zuletzt auf 86.967,94 DM beziffert hat. Hierbei handelt es sich um Anwaltskosten sowie um Aufwendungen, die infolge der Verbringung der Yacht nach H. entstanden sein sollen. Sie hält sich in erster Linie wegen der ihrer Ansicht nach vertragswidrigen Baueinstellung für zu Schadensersatzforderungen berechtigt; die Beklagten sind dem entgegengetreten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In zweiter Instanz hat die Klägerin die Klageforderung weiter auf die Einschaltung der GmbH durch die Beklagten gestützt. Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten in erster Linie ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils der ersten Instanz.

I. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung wie auch aus Verzug bejaht. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagten hätten die Erfüllung des Bootsbauvertrags trotz Abmahnung mit Kündigungsandrohung ernsthaft und endgültig verweigert. Sie hätten ihre Tätigkeit seit dem 18. Oktober 1994 faktisch eingestellt, ohne hierzu berechtigt gewesen zu sein. Daß der Zweitbeklagte noch 26,5 Stunden gearbeitet habe und der Erstbeklagte noch 28,5 Stunden Arbeitsvorbereitungen geleistet haben solle, stehe angesichts des Gesamtvolumens der Arbeiten und der üblicherweise erbrachten Stundenzahlen von 350 bis 400 in der Woche einer Einstellung der Arbeiten gleich. Die Beklagten seien zu der Arbeitseinstellung nicht berechtigt gewesen. Da die Yacht von der GmbH weitergebaut worden sei, habe sich für die Klägerin, die Abschlagszahlungen von 1,5 bis 1,6 Mio. DM erbracht habe, eine erhebliche Verschlechterung ihrer Situation gegeben, weil diese nunmehr auch das Insolvenzrisiko der GmbH getragen habe. Das Verlangen nach Übereignung des teilfertiggestellten Boots sei in dieser Situation berechtigt gewesen. Offene Ansprüche der Beklagten hätten nicht bestanden oder seien durch das Werkunternehmerpfandrecht abgesichert gewesen. Eventuelle Sekundärmotivationen für das Verhalten der Klägerin seien unerheblich. Zudem hätten

unbegründete Forderungen der Klägerseite kein Recht zur Arbeitseinstellung begründet. Die Beklagten könnten sich nicht auf mangelnde Vertragstreue der Klägerin berufen; es bestünden schon Zweifel an der Fälligkeit weiterer Vergütungsforderungen, da diese von der GmbH in Rechnung gestellt worden seien. Zudem hätten die Taglohnzettel nicht vorgelegen und die Klägerin müsse noch weitere Zahlungen geleistet haben. Auch sei der noch offenstehende Betrag im Verhältnis zum Gesamtvolumen unbedeutend gewesen. Die Klägerin habe wegen ihres Übereignungsanspruchs Abschlagszahlungen zurückbehalten dürfen.

II. Die angefochtene Entscheidung hält einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis nicht stand.

1. Der Rechtsstreit der Parteien geht allein um Schadensersatzansprüche, nicht auch um Berechtigung und Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, die allerdings teilweise Vorfrage der Berechtigung der Schadensersatzforderung ist.

Derartige Ansprüche kommen entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch könne auch auf Verzugsvorschriften gestützt werden, nur unter dem Gesichtspunkt einer positiven Forderungsverletzung in Betracht. Schadensersatzansprüche wegen Verzugs nach § 326 BGB würden voraussetzen, daß die Beklagten mit einer Hauptleistungspflicht in Verzug gewesen wären. Das war vorliegend nicht der Fall, weil die Beklagten nicht ernsthaft und endgültig verweigert haben, durch Herstellung des Boots den Vertrag zu erfüllen. An eine zur An-

wendung des § 326 BGB führende Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen (BGHZ 104, 6, 13). Allerdings unterliegt die Frage, ob Erfüllungsverweigerung in diesem Sinn vorliegt, in erster Linie der tatrichterlichen Würdigung. Die Revision macht insoweit aber zu Recht geltend, daß das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien unzureichend berücksichtigt habe. Zutreffend weist sie darauf hin, daß das Schreiben der GmbH vom 18. Oktober 1994 nicht nur die Passage enthalte, der Weiterbau sei bis zur Klärung des Sachverhalts eingestellt, sondern auch, daß man sich um einen Gesprächstermin dringend bemühe, hoffe, zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen und das Projekt zu beenden. Die Folgerung, es liege eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung vor, kann hieraus nicht gezogen werden (vgl. zu den Voraussetzungen Sen., Urt. v. 12.1.1993 - X ZR 63/91, NJW-RR 1993, 883; vgl. auch Sen., Urt. v. 14.5.1991 - X ZR 2/90, NJW-RR 1991, 1269). Auch dem Schreiben des anwaltlichen Vertreters der Beklagten vom 22. Oktober 1994, das auf das Schreiben der GmbH vom 18. Oktober 1994 unmittelbar zeitlich nachfolgte, kann eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nicht entnommen werden. Dort ist vielmehr ausdrücklich erklärt, eine persönliche Verpflichtung der Beklagten werde nicht in Frage gestellt. Somit bleiben für die weitere Beurteilung nur Leistungsstörungen außerhalb von Unmöglichkeit und Verzug, auf die die Haftungsgrundsätze wegen positiver Vertragsverletzung Anwendung finden.

2. a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Klägerin Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung auch nicht auf die behauptete Arbeitseinstellung der Beklagten stützen. Hierdurch ist der Klägerin der geltend gemachte Schaden nicht entstanden. Die Klägerin macht nämlich durchwegs Schadenspositionen geltend, die im Zusammenhang mit der von ihr ausgesprochenen Kündigung des Vertrags stehen. Diese könnte sie indessen nur dann ersetzt verlangen, wenn sie zu einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt gewesen wäre. Berechtigte das Verhalten der Beklagten nicht zu einer Kündigung aus wichtigem Grund, kann es sich bei solchen im Zusammenhang mit der Kündigung stehenden Aufwendungen von vornherein nicht um einen den Beklagten zuzurechnenden Schaden handeln. Dies folgt nicht nur aus allgemeinen Überlegungen zur Schadenszurechnung, sondern auch aus dem abschließenden Charakter der Kündigungsregelungen im Werkvertragsrecht nach den §§ 649, 650 BGB. Zwar stand es der Klägerin frei, den mit den Beklagten geschlossenen Werkvertrag jederzeit zu kündigen (§ 649 BGB); aus einer nach dieser Bestimmung zulässigen Kündigung konnte sie jedoch keine Schadensersatzansprüche herleiten; dies gilt auch für eine Kündigung nach § 650 BGB.

b) Anders hätte es sich verhalten, wenn die Beklagten ihre vertraglichen Pflichten verletzt hätten und deshalb für die Klägerin ein Grund zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bestanden hätte. In diesem Fall hätte die Vertragsverletzung die Kündigung gerechtfertigt und damit zugleich die infolge der Kündigung entstandenen Aufwendungen verursacht. Entgegen der Auffassung des Berufungsge-

richts bestand ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund indessen nicht.

aa) Allerdings ist die ebenfalls tatrichterlicher Würdigung unterliegende Frage, ob ein zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund vorliegt, in der Revisionsinstanz nur in engen Grenzen nachprüfbar (vgl. Sen., Urt. v. 25.3.1993 - X ZR 17/92, NJW 1993, 1972 = BGHR BGB § 242 Kündigung, wichtiger Grund 9 m.w.N.). Das Berufungsgericht hat aber - wie vorstehend ausgeführt - bei seiner Wertung, daß eine zur außerordentlichen Kündigung berechtigende Erfüllungsverweigerung vorlag, den Sachvortrag der Parteien unzureichend berücksichtigt. Die Klägerin hat es auch nicht allein auf Grund der genannten Schreiben als unzumutbar angesehen, das Vertragsverhältnis fortzusetzen, sondern die Beklagten unter Fristsetzung aufgefordert, die Arbeiten wieder aufzunehmen. Nach Zugang dieser Aufforderung hat, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, zumindest einer der Beklagten an der Yacht weitergearbeitet; für den anderen Beklagten ist Gegenteiliges nicht festgestellt. Auch wenn der Umfang der geleisteten Tätigkeit nicht dem in früheren Wochen entsprochen haben mag, kann er nicht von vornherein als unerheblich angesehen werden. Die Beklagten hatten zudem in erster Instanz vorgetragen und unter Beweis gestellt, nach Zugang der Abmahnung sei die Arbeit in normalem Umfang wieder aufgenommen worden; dieses Beweisangebot wurde in zweiter Instanz wiederholt. Das Berufungsgericht ist dem nicht nachgegangen. Schon deshalb kann die Feststellung nicht getroffen werden, daß ein beachtlicher Kündigungsgrund vorgelegen hat.

bb) Darüber hinaus war aber die Kündigung auch in der Sache unberechtigt. Die Kündigung war, wie die Revision mit Recht rügt, treuwidrig, weil die Klägerin sich an der von ihr in den den Beklagten erst einige Tage später zugegangenen Schreiben vom 18. Oktober 1994 gesetzten Frist zur Wiederaufnahme der Tätigkeit festhalten lassen mußte. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich nämlich, daß eine Wiederaufnahme der Tätigkeit der Beklagten innerhalb der gesetzten Frist tatsächlich erfolgt ist. Ein bestimmter Arbeitsumfang war nicht verlangt, und dafür, daß die Beklagten nur zum Schein tätig geworden wären, ergeben sich keine Anhaltspunkte. Da die Abmahnung zudem auf eine tatsächliche Wiederaufnahme der Tätigkeit seitens der Beklagten und nicht auf eine entsprechende Erklärung gerichtet war, könnte die Klägerin ein Recht zur außerordentlichen Kündigung auch nicht daraus ableiten, daß eine solche Erklärung nicht erfolgt sei.

c) Die Schadensersatzforderung erweist sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt als begründet, daß das Verhalten der Beklagten die Kündigung herausgefordert hätte (vgl. zum Herausforderungsgesichtspunkt u.a. BGHZ 57, 25, 29 f.; BGHZ 63, 189, 191 f.). Zwar mag die Kündigung durch das Verhalten der Beklagten veranlaßt worden sein, dies reicht für eine Zurechnung aber nicht aus. Unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Umstände durfte sich die Klägerin, insbesondere wegen der von ihr selbst vorgenommenen Fristsetzung, nicht zur Kündigung herausgefordert fühlen.

3. a) Auf die Verweigerung der Übereignung der unfertigen Yacht an die Klägerin wurde die Kündigung des Ver-

trags nicht gestützt. Sie war damit für die Kündigung nicht ursächlich.

b) aa) Der Klage verhilft es auch nicht zum Erfolg, daß sich die Klägerin in der Berufungsinstanz als weitere Vertragsverletzung auf eine Übertragung des Auftrags zur Fertigstellung der Yacht auf die GmbH gestützt hat. Es kann dabei dahinstehen, ob hierin ein zulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen gesehen werden kann (vgl. hierzu BGHZ 40, 13; BGHZ 48, 222, 224; BGHZ 65, 391, 394; BGHZ 82, 100, 109; BGH, Urt. v. 29.10.1986 - VIII ZR 144/85, BGHR BGB § 242 Kündigung, wichtiger Grund 2), weil die Kündigung auch hierauf nicht gestützt war und sich der geltend gemachte Schaden zu dem Zeitpunkt, als sich die Klägerin erstmals auch auf diesen weiteren Kündigungsgrund berief, bereits verwirklicht hatte. Auch insoweit fehlte es somit schon an einer Ursächlichkeit eines etwaigen Fehlverhaltens der Beklagten für den geltend gemachten Schaden.

bb) Im übrigen trägt der Sachverhalt, auf den sich die Klage stützt, die Annahme eines zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigenden Fehlverhaltens ebenfalls nicht. Zunächst waren die Beklagten gegenüber der Klägerin nicht verpflichtet, den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags über die Gründung einer GmbH zu unterlassen. Sie waren weiter vertraglich nicht verpflichtet, die Yacht bereits vor Fertigstellung an die Klägerin zu übereignen. Allerdings traf sie die Nebenpflicht, Maßnahmen zu unterlassen, die den aus dem Vertrag folgenden Eigentumsverschaffungsanspruch der Klägerin nach Fertigstellung des Werks gefährden konnten. Ein Verstoß gegen eine solche Nebenpflicht ist indessen auf

der Grundlage des festgestellten Sachverhalts nicht erkennbar; die Klägerin macht auch nicht geltend, daß insoweit weiterer Vortrag übergangen wäre. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß die Beklagten als Hersteller Eigentümer der Yacht waren (§ 950 BGB). Es ist weder konkret vorgetragen noch festgestellt, daß die Beklagten die Yacht in die GmbH eingebracht oder später das Eigentum an ihr auf diese übertragen hätten; bloße schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen der GmbH und dem Zweitbeklagten über den Weiterbau, auf die das Berufungsurteil mit abstellt, wirkten sich allein auf die Eigentumslage nicht aus. Auch daraus, daß sich, wie es das Berufungsgesicht festgestellt hat, die GmbH in einem Anwaltsschreiben des Eigentums berühmte, ergeben sich keine unmittelbaren Folgerungen für die Eigentumslage. Selbst wenn man, was nach der Lebenserfahrung naheliegt, annimmt, daß durch die GmbH Teile in die Yacht eingebaut wurden, blieb das Eigentum an der Yacht jedenfalls nach § 947 Abs. 2 BGB bei den Beklagten. Allenfalls konnte eine Verschlechterung der Position der Klägerin dadurch bewirkt worden sein, daß ein Gewahrsam der GmbH an der Yacht eine Zwangsvollstreckung von Seiten von Gläubigern der GmbH in die Yacht erleichtert hätte. Hierzu fehlt es indessen an Feststellungen wie an einer Rüge, daß insoweit Vortrag übergangen sei. Auch füllt die bloße Gründung der GmbH noch nicht den Tatbestand des § 321 BGB aus, der allenfalls weiter eine Kündigung rechtfertigen könnte (vgl. BGHZ 11, 80, 85; BGHZ 112, 279, 287).

III. Da nach alledem der von der Klägerin geltend gemachte Schaden nicht auf einem den Beklagten zuzurechnenden Fehlverhalten, sondern darauf beruht, daß sich die Klägerin

entschlossen hat, den Vertrag zu kündigen und die Yacht woanders fertigstellen zu lassen, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Nachdem keine weitergehenden Feststellungen zu treffen sind, kann der Senat in der Sache abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Scharen

Keukenschrijver