



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 432/00

Verkündet am:
13. Dezember 2001
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

VOB/B § 11 Nr. 2

Ergibt sich aus dem VOB/B-Vertrag nichts Gegenteiliges, ergänzt die Regelung des § 11 Nr. 2 VOB/B nach ihrem Sinn und Zweck die im Vertrag an anderer Stelle getroffene Vertragsstrafenvereinbarung.

BGB § 284 Abs. 2

Die Zeit für die Leistung ist gemäß § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB auch dann nach dem Kalender bestimmt, wenn eine Fertigstellung der Bauarbeiten nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums im Vertrag vereinbart ist und das Datum des Beginns des Zeitraums während der Vertragsdurchführung einvernehmlich festgelegt wird.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 18. Oktober 2000 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt Rückzahlung eines Betrages von 250.000 DM an die R. Versicherung, den diese an die Beklagte als Bürgin geleistet hat. Im Streit ist, ob der Beklagten Ansprüche aus dem Bauvertrag gegen den Kläger zustehen.

Die Beklagte beauftragte den Kläger mit der Herstellung von fünf Doppelhäusern zu einem Pauschalpreis von 2,5 Mio. DM. Vertragsbestandteil waren unter anderem das Verhandlungsprotokoll und die VOB, Teil B. Als verbindliche Ausführungsfrist wurden acht Monate vereinbart, beginnend mit der

Vorlage der Pläne. Die Baustelle sollte im Mittel mit 20 Arbeitskräften besetzt werden. Die Parteien vereinbarten im Verhandlungsprotokoll bei Überschreiten des Fertigstellungstermins eine Vertragsstrafe von 0,05 % der Bruttoabrechnungssumme pro Arbeitstag, maximal 10 % der Bruttoabrechnungssumme. Der Kläger stellte vereinbarungsgemäß eine Erfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft über 250.000 DM.

Im Oktober 1996 stellten der Kläger und der Architekt der Beklagten den Baubeginn rückwirkend auf 6. August 1996 fest. Die Arbeiten waren am 6. April 1997 nicht fertig. Die Beklagte rügte am 9. Juni 1997, daß die Baustelle nicht wie angekündigt besetzt sei, und forderte den Kläger auf, sie entsprechend der vertraglichen Vereinbarung zu besetzen. Für den Fall, daß dies nicht "unverzüglich" geschehe, kündigte sie die Auftragsentziehung an. Diese Rüge wiederholte sie am 13. Juni und 25. Juni 1997. Am 3. Juli 1997 beanstandete die Beklagte dies erneut und wies darauf hin, daß der vorgelegte neue Terminplan des Klägers nicht zumutbar sei. Am Tag darauf kündigte sie den Bauvertrag und erteilte Bauverbot.

Die R.-Versicherung zahlte an die Beklagte den Bürgschaftsbetrag. Der Kläger verlangt die Rückzahlung an die Bürgin. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben, weil der Beklagten die verbürgten Rechte wegen Fertigstellungsmehrkosten, Vertragsstrafe und Verzugsschäden aus einer Mietgarantie nicht zustünden.

Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte weiterhin, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht lehnt einen Anspruch der Beklagten auf Ersatz von Fertigstellungsmehrkosten ab, weil diese keine Frist im Sinne der § 5 Nr. 4, § 8 Nr. 3 VOB/B gesetzt habe und eine Fristsetzung auch nicht entbehrlich gewesen sei. Die Beklagte habe in ihren Schreiben vom 9., 13. und 25. Juni jeweils nur eine "unverzügliche" ausreichende Baustellenbesetzung verlangt. Das sei keine wirksame Fristsetzung, weil sie keine kalendermäßige Bestimmung enthalte. Die Fristsetzung sei auch nicht deswegen entbehrlich gewesen, weil eine besonders schwere Vertragsverletzung des Klägers vorgelegen habe. Er habe die Weiterarbeit nicht ernsthaft und endgültig verweigert.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Das Berufungsgericht geht zu Unrecht davon aus, daß die Kündigung nicht wirksam gewesen sei, weil es an einer Fristsetzung im Sinne des § 5 Nr. 4, 3 VOB/B gefehlt habe.

Die Beklagte hat zu Recht gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B den Auftrag entzogen, weil der Kläger seiner Pflicht nicht nachgekommen ist, die Baustelle mit den geschuldeten Arbeitskräften zu besetzen (§ 5 Nr. 3 VOB/B). Sie hat dazu

eine angemessene Frist gesetzt und erklärt, daß sie nach Fristablauf kündigen werde.

Im Schreiben vom 9. Juni 1997 forderte die Beklagte den Kläger auf, "unverzüglich" die Baustelle vertragsgemäß, d.h. mit den vereinbarten zwanzig Arbeitskräften, zu besetzen. Damit verlangte sie die unverzügliche Abhilfe im Sinne von § 5 Nr. 3 VOB/B. Die Aufforderung in den nachfolgenden Schreiben vom 13. und 25. Juni, unter letztmaliger Fristsetzung "unverzüglich" zu leisten, enthält eine Fristsetzung im Sinne des § 5 Nr. 4 VOB/B. Damit hat die Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß der Kläger sofort und zügig mit dem vertraglich geschuldeten Personaleinsatz die Arbeit weiterführen und fertigstellen sollte.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedurfte es keiner weiteren kalendermäßigen Bestimmung. Für die Fristsetzung nach § 5 Nr. 4 VOB/B genügt die eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit der der Gläubiger unzweideutig zum Ausdruck bringt, daß die geschuldete Leistung binnen angemessener Frist zu erbringen ist. Dies kommt mit den Schreiben vom 13. und 25. Juni zum Ausdruck. Indem die Beklagte erneut die unverzügliche Besetzung der Baustelle forderte, verlangte sie nicht nur die Erfüllung der Vertragspflicht nach § 5 Nr. 3 VOB/B, sondern setzte, wie der Hinweis auf die "letzte Fristsetzung" deutlich macht, zugleich eine Frist im Sinne des § 5 Nr. 4 VOB/B. Diese Frist bestimmt sich nach dem Zeitraum, innerhalb dessen ohne schuldhaftes Zögern der angemahnten vertraglichen Verpflichtung nachzukommen ist (vgl. RGZ 75, 354, 357). Der Gläubiger muß nicht eine nach Tagen oder Wochen bestimmte Frist setzen. Das Verlangen, binnen angemessener Frist zu leisten, genügt, ebenso wie bei einer nach Tagen bemessenen zu kurzen Frist eine angemessene Frist gesetzt ist.

Es bedarf keiner näheren Erörterung, welcher Zeitraum für die Vertragserfüllung i.S. des § 5 Nr. 4 VOB/B im Streitfall angemessen war. Im Zeitpunkt der Kündigung am 4. Juli 1997 waren die angemessene Frist überschritten und die Kündigung berechtigt.

II.

1. Das Berufungsgericht lehnt Ansprüche der Beklagten auf Zahlung der Vertragsstrafe ab. Bei der Vereinbarung handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Klausel sei als verschuldensunabhängige Garantieklausel formuliert. Sie verstoße gegen § 9 AGBG. Dem stehe die wirksame Einbeziehung der VOB/B, die in § 11 Nr. 2 VOB/B den Verzug des Auftragnehmers verlange, nicht entgegen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Die Parteien haben mit der Einbeziehung der VOB/B eine verschuldensabhängige Vertragsstrafe vereinbart.

Ergibt sich aus dem Vertrag nichts Gegenteiliges, ergänzt die Regelung des § 11 Nr. 2 VOB/B nach ihrem Sinn und Zweck die im Vertrag an anderer Stelle getroffene Vertragsstrafenvereinbarung. Es ist nicht erforderlich, daß § 11 Nr. 2 VOB/B in der die Vertragsstrafe selbst regelnden Vertragsklausel aufgeführt wird, sondern es genügt, daß die VOB/B in den Vertrag einbezogen ist. Die Vertragsstrafe wird gemäß § 11 Nr. 2 VOB/B nur fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät. Damit ist sie verschuldensabhängig (§ 285 BGB).

Neben dem Verhandlungsprotokoll, das in Nr. 5.9 eine Vertragsstrafe von 0,05 % der Bruttoabrechnungssumme pro Arbeitstag vorsieht, sollte nach § 2 des Vertrages unter anderem die VOB/B gelten. Aus dem Vertrag der Parteien ergibt sich nicht deshalb etwas Gegenteiliges, weil nach § 2 bei Wider-

spruch zwischen Verhandlungsprotokoll und VOB/B die "jeweils weitestgehende Forderung" gelten sollte. Die an die bloße Überschreitung an den Fertigstellungstermin knüpfende Vertragsstrafe ist keine "weitestgehende Forderung" im Sinne des Vertrages.

III.

1. Das BG lehnt Ansprüche der Beklagten wegen Zahlungen an die Eigentümer aus Mietgarantien für den Zeitraum vom 1. Mai 1997 bis 31. Dezember 1997 ab.

Zum einen sei ausgehend von der Ausführungsfrist von acht Monaten Fälligkeit erst mit Ablauf des 6. April 1997 eingetreten. Eine Mahnung sei aber erstmals am 3. Juli 1997 erfolgt, weil erst mit diesem Schreiben die nicht beendete Bauausführung gerügt worden sei. Die Mahnung sei auch nicht entbehrlich gewesen, weil die Leistung nicht kalendermäßig bestimmt, sondern nur berechenbar gewesen sei. Die Beklagte habe darüber hinaus zu den Schäden im Berufungsverfahren nicht schlüssig vorgetragen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Verfehlt ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger sei nicht in Verzug geraten.

Die Zeit für die Leistung ist gemäß § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB auch dann nach dem Kalender bestimmt, wenn eine Fertigstellung der Bauarbeiten nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums im Vertrag vereinbart ist und das Datum des Beginns des Zeitraums während der Vertragsdurchführung einvernehmlich festgelegt wird.

Der Eintritt des Verzugs ohne Mahnung gemäß § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB bei Fälligkeit wird vom Gesetz deswegen für gerechtfertigt gehalten, weil einer-

seits durch die kalendermäßige Bestimmung zum Ausdruck gebracht wird, daß die Zeit der Erfüllung für den Gläubiger wesentlich ist, und weil andererseits der Schuldner in diesen Fällen genau weiß, wann er zu leisten hat (Staudinger/Löwisch, 13. Bearb., § 284 Rdnr. 59). Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die kalendermäßige Fristbestimmung bei Vertragsschluß, sondern auch dann, wenn sie einvernehmlich im Laufe der Vertragsdurchführung erfolgt. Auch dann weiß der Schuldner genau, wann seine Leistung zu erbringen ist.

Die Parteien haben bei Vertragsschluß am 17. Juni 1996 einen verbindlichen Ausführungszeitraum von acht Monaten vereinbart. Im Oktober 1996 haben sie den Baubeginn auf den 6. August 1996 festgelegt. Damit haben sie eine kalendermäßige Bestimmung der Fertigstellung für den 6. April 1997 vereinbart. Der Kläger kam mit Ablauf des vereinbarten Fertigstellungstermins acht Monate nach Baubeginn auch ohne Mahnung in Verzug (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB). Auf die Mahnung vom 3. Juli 1997 kommt es nicht mehr an.

Zum Schaden hat die Beklagte ausreichend und unter Beweisantritt vorgebracht, sie sei aufgrund bestehender Mietgarantien verpflichtet gewesen, an die Erwerber Schadensersatz für die fehlende Bezugsfertigkeit ab Mai 1997 bis zum Ende des Jahres 1997 zu zahlen. Sie habe deswegen an die Erwerber Schadensersatz wegen Verzugs in Höhe von 112.751,04 DM geleistet.

Ullmann

Haß

Hausmann

Kuffer

Kniffka