
Datum: 28.05.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 150/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:0528.11U150.01.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 9 O 511/99

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 04.09.2001 (9 O 511/99) wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch den Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages vorläufig abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages erbringt.

Tatbestand:

Der Kläger macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fa. L. Versorgungstechnik GmbH & Co. KG (künftig: Gemeinschuldnerin) einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten gegen den Beklagten geltend.

1

2

3

Der Beklagte war früher Arbeitnehmer der Gemeinschuldnerin und hat sich später als Installateur selbständig gemacht. Er wurde in der Folgezeit auch als Subunternehmer der Gemeinschuldnerin tätig. So führte er im Sommer 1997 in deren Auftrag Arbeiten in D. durch. Während der Beklagte dort noch mit seinem einzigen Mitarbeiter beschäftigt war, erhielt er auf der Grundlage vorangegangener Verhandlungen am 07.08.1997 von der Gemeinschuldnerin den Auftrag zur Durchführung der Heizungs- und Sanitärarbeiten an dem Objekt "T." in W. zu einem Pauschalpreis von 227.000 DM. Wegen der Einzelheiten des Auftrags wird auf das Verhandlungsprotokoll vom 04.08.1997 (Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 03.06.2002, Bl. 247 – 250 d. A.) verwiesen.

Der Beklagte nahm mit seinem Mitarbeiter am 01.09.1997 die Arbeit auf der Baustelle in W. auf, stellte sie aber bereits am Folgetag – jedenfalls vorläufig – wieder ein. Mit einem von ihm nicht unterzeichneten Telefaxschreiben vom 03.09.1997 (Anlage zur Klageschrift, Bl. 25 d. A.) teilte er der Gemeinschuldnerin mit, dass es ihm "unter den Voraussetzungen, wie sie zur Zeit auf der ... Baustelle bestehen und die vorher nicht bekannt waren" nicht möglich sei, den Auftrag auszuführen. Er erklärte deshalb, den Rücktritt vom Vertrag. Die Gemeinschuldnerin erwiderte darauf durch Schreiben vom 04.09.1997 (Anlage zur Klageschrift, Bl. 26 d. A.), dass sie die Kündigung im Hinblick auf die fehlende Unterschrift bestätige und kündigte zugleich Schadensersatzansprüche an. In der Folgezeit führten die Parteien noch Verhandlungen über die Fortsetzung der Arbeiten. Tatsächlich hat der Beklagte auch einige weitere Arbeiten im Bereich der Heizzentrale und der Tiefgarage ausgeführt. Die wesentlichen Arbeiten erfolgten jedoch durch Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin bzw. von dieser beschäftigte Leiharbeiter.

4

Mit Schreiben vom 18.12.1998 machte die Gemeinschuldnerin gegenüber dem Beklagten einen Schaden in Höhe von netto 266.124,00 DM geltend, dies entspricht einem Bruttobetrag von 308.703,84 DM. Mit Schreiben vom 27.04.1999 wurde die Zahlung dieses Betrages bis zum 07.05.1999 angemahnt.

5

Der Kläger hat im erstinstanzlichen Verfahren behauptet: Der Gemeinschuldnerin seien dadurch, dass der Beklagte den Auftrag nicht ausgeführt habe, Aufwendungen für Leiharbeiter, eigene Mitarbeiter sowie Sach- und Baustellenkosten in Höhe von 523.124,00 DM entstanden. Nach Abzug des vereinbarten Pauschalpreises verbleibe ein Schaden in Höhe von (brutto) 308.703,84 DM; wegen der Einzelheiten der Schadensberechnung wird auf Seite 5f. der Klageschrift (Bl. 17f. d. A.) Bezug genommen.

6

Der Kläger hat beantragt,

7

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 308.703,84 DM nebst 8,75 % Zinsen seit dem 08.05.1999 zu zahlen.

8

Der Beklagte hat beantragt,

9

die Klage abzuweisen.

10

Er hat behauptet: Bei Beginn der Arbeiten habe er festgestellt, dass die Gemeinschuldnerin den Zeitplan nicht eingehalten habe und auf der Baustelle "Chaos" herrschte. Aus diesem Grund habe er keine Möglichkeit gesehen, an dem Vertrag festzuhalten.

11

Das Landgericht hat durch Urteil vom 31.08.2001 die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Der Anspruch ergebe sich aus § 5 Nr. 4 VOB/B i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Der Beklagte habe den Vertrag mit der Gemeinschuldnerin nicht wirksam gekündigt

12

und es sei auch durch deren Antwortschreiben nicht zu einer Aufhebung des Vertrages gekommen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil vom 31.08.2001 (Bl. 173 – 181 d. A.) verwiesen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und – nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist – form- und fristgerecht begründete Berufung des Beklagten. Er wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag insbesondere dazu, dass die von der Gemeinschuldnerin zu verantwortende Situation auf der Baustelle für ihn keine sinnvolle Arbeit zugelassen hätte. 13

Der Beklagte beantragt, 14

unter Abänderung der angegriffenen Entscheidung die Klage abzuweisen. 15

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung und bittet um Zurückweisung der Berufung. 16

Der Senat hat Beweis erhoben aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 17.07. und 11.12.2002 (Bl. 269, 287 d. A.) durch Vernehmung der Zeugen O., K., B., Dr. L. und Bi.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 02. und 11.04.2003 (Bl. 312 – 325, 346 – 350 d. A.) verwiesen. 17

Entscheidungsgründe: 18

I. 19

Die Berufung ist zulässig und begründet. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt der von ihm gegen den Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu, denn der Beklagte hat nicht pflichtwidrig gehandelt, als er am 02.09.1997 die Arbeiten auf der Baustelle "T." in W. einstellte. 20

1. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung ist der Vertrag zwischen den Parteien mit Zugang des Schreibens der Gemeinschuldnerin vom 04.09.1997 beim Beklagten beendet worden. Das Telefaxschreiben des Beklagten vom 03.09.1997 führte allerdings noch nicht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses, weil dieses schon aus formalen Gründen keine wirksame Kündigung des Werkvertrages i. S. des § 9 Nr. 2 S. 1 VOB/B. Es erfüllte jedenfalls deshalb nicht die Anforderungen an die in § 9 Nr. 2 S. 1 VOB/B vorgesehene Schriftform, weil das Original nicht vom Beklagten unterschrieben war. 21

Der Senat teilt auch die Auffassung des Landgerichts, dass es sich bei dem Antwortschreiben der Gemeinschuldnerin nicht um eine Kündigungserklärung gehandelt hat. Die Gemeinschuldnerin hat damit ersichtlich nur auf die Kündigungserklärung des Beklagten reagiert. Der Wille, sich mit diesem Schreiben selbst einseitig vom Vertrag zu lösen, wird daraus nicht erkennbar. Vielmehr stellt sich das Schreiben als Zustimmung zu der – wenn auch formunwirksam – vom Beklagten erklärten Kündigungserklärung dar, durch die es zu einer einvernehmlichen, nicht formbedürftigen Aufhebung des Vertrages gekommen ist. 22

Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass eine unwirksame Kündigungserklärung in Verbindung mit einer entsprechenden Reaktion der anderen Vertragspartei eine einverständliche Vertragsaufhebung darstellen kann (NJW 1973, 1463). So liegt der Fall hier: Der Beklagte hat durch sein Kündigungsschreiben zum Ausdruck gebracht, dass er nicht bereit ist, den mit der Gemeinschuldnerin abgeschlossenen Werkvertrag zu erfüllen. Die Gemeinschuldnerin hat diese Kündigung durch ihr 23

Antwortschreiben nicht etwa als formunwirksam und sachlich unbegründet zurückgewiesen, sondern ausdrücklich unter Hinweis auf die Form unwirksamkeit bestätigt und zugleich Schadensersatzansprüche angekündigt. Diese Reaktion der Gemeinschuldnerin ließ sich nur dahin verstehen, dass diese nicht auf einer Vertragserfüllung des Beklagten bestehen wollte.

Dem steht auch das weitere Verhalten des Beklagten und der Gemeinschuldnerin nicht entgegen. Diese haben zwar noch Verhandlungen geführt. Ausweislich des Schreibens der Gemeinschuldnerin an den Beklagten vom 16.09.1997 (Anlage zur Klageschrift, Bl. 27f. d. A.) ging es dabei vorrangig um die Frage eines Schadensersatzanspruchs der Gemeinschuldnerin und darum, ob der Beklagte nicht zur Schadensminderung die Arbeit wieder aufnehmen ("die Kündigung zurückziehen") wollte. Ersichtlich ging auch die Gemeinschuldnerin bei dieser Gelegenheit nicht davon aus, dass der Beklagte weiterhin aufgrund eines noch bestehenden Vertrages zur Aufnahme der Arbeit verpflichtet sei. Tatsächlich hat der Beklagte dann Ende September 1997 die Arbeit noch einmal aufgenommen. Auch dies geschah aber nicht in dem Bewusstsein, hierzu verpflichtet zu sein, sondern um den für diese Baustelle zuständigen Vorarbeiter der Gemeinschuldnerin zu unterstützen. Diese Darstellung, die der Beklagte im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat gegeben hat, erscheint dem Senat glaubhaft. Aus den Aussagen der Zeugen, insbesondere derjenigen des Zeugen Bi., des damals für die Baustelle zuständigen Obermonteurs der Gemeinschuldnerin, ergibt sich, dass erheblicher Zeitdruck bestand. Die Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin mussten die Baustelle mit hohem Einsatz betreuen, um die Zeitvorgaben des Bauherrn einzuhalten. In dieser Situation erscheint es nachvollziehbar, dass der Beklagte seinen früheren Kollegen Bi. "nicht hängen lassen wollte" und deshalb wieder auf der Baustelle erschien und einige in sich abgeschlossene Gewerke (Heizzentrale und Tiefgarage) ausführte.

24

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht die einvernehmliche Vertragsaufhebung einem Schadensersatzanspruch (der Gemeinschuldnerin) aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B nicht entgegen, wenn bereits zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung die Voraussetzungen einer Kündigung durch die Gemeinschuldnerin vorgelegen hätten. Das ist jedoch nicht der Fall. In Betracht kommt von vorneherein nur eine Kündigung wegen verzögerlicher Ausführung (§ 5 Nr. 4 VOB/B); die Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 und 8 VOB/B sind ersichtlich nicht gegeben. Aber auch die Voraussetzungen des § 5 Nr. 4 VOB/B liegen nicht vor.

25

Der Beklagte hat den Beginn der Ausführung nicht verzögert. Zwar ist in dem Verhandlungsprotokoll vom 04.08.1997 als Ausführungstermin "ab sofort" vorgesehen. Es steht jedoch fest, dass die Gemeinschuldnerin und der Beklagte übereinstimmend davon ausgingen, dass die Arbeiten erst nach der Fertigstellung der Arbeiten auf der Baustelle in D. aufgenommen werden konnten. Der Gemeinschuldnerin war bekannt, dass der Beklagte auf dieser Baustelle noch gebunden war, denn sie hatte ihn auch insoweit beauftragt.

26

Der Beklagte ist auch nicht mit der Vollendung der Arbeiten in Verzug geraten. Abgesehen davon, dass ihm vor der Aufhebung des Vertrages zu keinem Zeitpunkt eine Frist zur Fertigstellung der Arbeiten gesetzt worden ist, befand sich der Beklagte schon deshalb nicht in Verzug, weil er berechtigt war, die Arbeiten einzustellen. Dies ergibt sich aus der Situation, die er bei Aufnahme der Arbeiten Anfang September 1997 vorfand. Obwohl alle Beteiligten davon ausgingen, dass der Beklagte die Gewerke Heizung und Sanitär entsprechend den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen insgesamt übernehmen sollte, wurde er auf der Baustelle wie ein Arbeitnehmer eingesetzt. Die Mitarbeiter der Gemeinschuldnerin, die wegen des enormen Zeitdrucks (die Estrichleger standen bereit und warteten auf die Fertigstellung

27

der Sanitärarbeiten) bereits mit den Arbeiten begonnen hatte, überließen die Baustelle nicht dem Beklagten und zogen sich zurück. Vielmehr setzten sie den Beklagten und seinen Mitarbeiter, Herrn B., wie eigene Mitarbeiter ein, indem sie sie mit der Fertigstellung bereits begonnener Arbeiten beauftragten. Eine Abgrenzung der Arbeitsbereiche war so nicht möglich. Unter diesen Voraussetzungen musste der Beklagte auf der Baustelle nicht arbeiten. Ein Angebot der Gemeinschuldnerin, die vom Beklagten in seinem Kündigungsschreiben vom 03.09.1997 zu Recht beanstandete Situation auf der Baustelle zu ändern, ist zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Vielmehr hat sich die Gemeinschuldnerin darauf beschränkt, die Kündigung des Beklagten zu bestätigen.

II. 28

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht gegeben. Es sind keine Rechtsfragen im Streit, die der Klärung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bedürften. 29

Streitwert: 157.83,76 € (= 308.703,84 DM) 30