
Datum: 15.07.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 64/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0715.11U64.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 32 O 201/19

Leitsätze:

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 281 Abs. 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich ist, ist der Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung kann durch spätere Vertragsverhandlungen wieder aufgegeben werden.

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 19.03.2019 verkündete Urteil der 32. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 32 O 201/19 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Kläger.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 120.022,15 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien schlossen unter dem 24.06.2016 einen Bauvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses zu einem Pauschalpreis. Streitig ist, ob der Pauschalpreis sich auf 380.786,25 € belief und Architekten- und Statikerleistungen sowie weitere Leistungen nicht erfasste oder ein Pauschalpreis von 420.000 € einschließlich dieser Leistungen vereinbart war. Unstreitig ist, dass die Kläger den Architekten schon mehrere Monate vor Unterzeichnung des Bauvertrages beauftragt hatten.

Bei dem geplanten Vorhaben handelt es sich um ein Einfamilienhaus in Hanglage, welches zur Straße ein Geschoss und zum rückwärtigen Garten zwei Geschosse aufweisen sollte. Zur Talseite hin sollte das Gebäude auf Stelzen stehen.

Mit E-Mail vom 23.07.2016 erklärte die Beklagte die Kündigung des Vertrages mit der Begründung, der vorgesehene Rohbauunternehmer sei in Insolvenz gegangen und die geplante Ausführung sei preislich nicht zu machen. Sie bot einen neuen Vertrag auf Grundlage einer anderen Planung mit Teilunterkellerung an. Die Kläger wiesen die Kündigung mit E-Mail vom 24.07.2016 zurück und bestanden auf der Vertragsdurchführung. Mit E-Mail vom 29.07.2016 wies die Beklagte darauf hin, dass die Stelzenlösung möglicherweise nicht genehmigt werde und eine Teilunterkellerung ohne Mehrkosten möglich sei und zu mehr Nutzfläche führe. Am 03.11.2016 gab es ein Gespräch zwischen den Parteien, dessen Verlauf streitig ist und an den sich weitere Korrespondenz anschloss. Die Kläger wiesen mit Anwaltsschreiben vom 14.11.2016 die Beklagte darauf hin, dass deren Kündigung unwirksam sei und sie ihrerseits keine eigene Kündigung erklärt hätten. Der Baustopp sei lediglich im Hinblick auf die abweichende Bauausführung erklärt worden. Sie kündigten die Beauftragung eines anderen Bauunternehmers und Schadensersatz wegen Erfüllungsverweigerung an.

Die Kläger führten sodann das Bauvorhaben mit dem Architekten A in geänderter Ausführung, nämlich mit Teilunterkellerung, in Einzelvergabe durch.

Mit der Klage verlangen sie Ersatz der Differenz zwischen den Errichtungskosten und dem mit der Beklagten vereinbarten Preis, die sie mit 119.620,77 € beziffern. Darüber hinaus verlangen sie Zahlung eines Betrages in Höhe von 401,38 € auf die Kosten für Baustrom, den der Energieversorger nicht an sie, sondern an die Beklagte erstattet habe.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der weiteren Einzelheiten der erstinstanzlichen Sach- und Streitstands einschließlich der in erster Instanz gestellten Anträge Bezug genommen wird, hat die Klage wegen fehlender Fristsetzung abgewiesen, hinsichtlich der Erstattung der Stromkosten wegen nicht ausreichenden Klägervortrags.

Dagegen wenden sich die Kläger mit der Berufung. Sie halten die Fristsetzung für entbehrlich, zudem seien sie gezwungen gewesen, das Bauvorhaben durchzuführen, da sie das Grundstück erworben und die Finanzierung mit den Banken vereinbart hätten. Sie sind der Ansicht, in der unberechtigten Kündigung liege zugleich die Erklärung, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. Zu einem neuen Vertrag sei es nicht gekommen. Es sei auch nicht Aufgabe des Kündigungsadressaten, beim Kündigenden nachzufragen, ob dieser die Kündigung ernst meine. Ungeachtet der geführten Diskussionen müsse derjenige, der die Rechtsunklarheit durch seine Kündigung geschaffen habe, für Rechtsklarheit Sorge tragen.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

Die Kläger beantragen,	
unter Aufhebung des am 19.03.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln – 32 O 201/19 – die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger einen Betrag in Höhe von 120.022,15 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 43.049,21 € seit dem 24.06.2017, aus weiteren 54.948,43 € seit Rechtshängigkeit der Klageerweiterung vom 07.05.2018 und aus weiteren 22.024,51 € seit dem 29.01.2019 zu zahlen.	11
Die Beklagte beantragt,	12
die Berufung zurückzuweisen.	13
Sie verteidigt das angefochtene Urteil.	14
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.	15
II.	16
1. Soweit die Kläger in erster Instanz Zahlung der Erstattung des Energieversorgers an die Beklagte für Baustrom in Höhe von 401,38 € verlangt haben, ist die Berufung unzulässig, da sich die Berufungsbegründung zu diesem selbständigen Anspruch nicht verhält.	17
2. Hinsichtlich der Erstattung von Mehrkosten der Fertigstellung in Höhe von 119.620,77 € ist die Berufung zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.	18
Auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien finden die Vorschriften des BGB in der für zwischen dem 01.01.2009 und 31.12.2017 abgeschlossene Verträge geltenden Fassung Anwendung, Art. 229 §§ 5 Satz 1, 19, 39 EGBGB.	19
Den Klägern steht kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Erfüllungsverweigerung bzw. unberechtigter Kündigung des Vertrages aus §§ 280, 281 BGB zu.	20
a) Allerdings hat die Beklagte eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, indem sie mit E-Mail vom 23.07.2016 die Kündigung des Bauvertrages erklärt hat. Denn die Kündigung war unberechtigt. Ein vertragliches Kündigungsrecht war nicht vereinbart. Die angegebenen Kündigungsgründe – Insolvenz des Rohbauers, Probleme mit der Stelzenlösung – rechtfertigten die Kündigung aus wichtigem Grund nicht, da sie im Risikobereich der Beklagten lagen. Die Insolvenz des vorgesehenen Rohbauunternehmers fällt allein in den Risikobereich des Unternehmers, der sich dieses Nachunternehmers bedienen will. Die Stelzenlösung war der Beklagten bei Abschluss des Vertrages bekannt. Im Anschluss an die Kündigung haben die Parteien sich auch nicht auf eine einvernehmliche Aufhebung des Vertrages geeinigt. Die Kläger haben vielmehr der Kündigung des Vertrages durch die Beklagte widersprochen. Damit bestand der Werkvertrag, anders als in der von den Klägern zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NJW 1998, 2664), fort.	21
In der unberechtigten Kündigung des Vertrages liegt zugleich eine Pflichtverletzung in Form einer Erfüllungsverweigerung. Sie verletzt die Leistungstreuepflicht des Schuldners. Schon die Ankündigung einer Erfüllungsverweigerung verpflichtet bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zum Schadensersatz.	22
b) Dennoch können die Kläger keinen Schadensersatz verlangen, da es an der hierfür erforderlichen Setzung einer Frist zur Nacherfüllung fehlt.	23

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, den die Kläger hier geltend machen, setzt nach § 281 BGB voraus, dass dem Schuldner zunächst eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt wird oder die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist.	24
Eine Frist zur Nacherfüllung haben die Kläger nicht gesetzt.	25
Die Fristsetzung ist nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. An die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind hohe Anforderungen zu stellen. Der Schuldner muss eindeutig zum Ausdruck bringen, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen und es damit ausgeschlossen erscheinen lassen, dass er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen ließe (BGH, NJW 2016, 3235; BGH, BauR 2014, 2086).	26
Es kann offen bleiben, ob bereits in der Erklärung der Kündigung mit E-Mail vom 23.07.2016 (GA 46) eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung liegt.	27
Zweifel hieran ergeben sich daraus, dass die Beklagte bereits in der E-Mail vom 23.07.2016, mit der sie die Kündigung des Vertrages erklärt hat, als Alternative eine Teilunterkellerung angeboten und damit die Bereitschaft gezeigt hat, einen neuen Vertrag abzuschließen bzw. den Vertrag unter veränderten Bedingungen fortzusetzen.	28
Ferner hat sie, nachdem die Kläger ihrer Kündigung mit E-Mail vom 24.07.2016 (GA 47) widersprochen hatten, mit E-Mail vom 20.07.2016 (GA 198) Zweifel an der bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit der Stelzenlösung geäußert und die Teilunterkellerung „im Rahmen des abgeschlossenen Bauvertrages“ ohne Mehrkosten als alternative Möglichkeit in den Raum gestellt hat.	29
Jedenfalls lagen – wie das Landgericht im Ergebnis zu Recht ausgeführt hat – im maßgeblichen Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens die Voraussetzungen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung nicht (mehr) vor.	30
Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist, ist der Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzes. Wenn die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung entbehrlich war, vor Geltendmachung des Schadensersatzes wieder entfallen sind, bedarf es für die Geltendmachung des Schadensersatzes einer Fristsetzung (BGH, BauR 1990, 725).	31
Die Kläger haben erstmals mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 14.11.2016 (GA 52) die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen angekündigt, Zahlung haben sie erstmals im Sommer 2017 (GA 62) verlangt. Spätestens ab November 2016, als die Kläger die Gespräche mit der Beklagten abgebrochen und das Bauvorhaben mit anderen Unternehmern durchgeführt haben, kann von einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung durch die Beklagte jedoch nicht mehr die Rede sein.	32
Nachdem die Kläger die Kündigung der Beklagten zurückgewiesen hatten, hat sie an der Umplanung mitgewirkt und die – letztlich von den Klägern ausgeführte – Teilunterkellerung mit E-Mail vom 29.7.2016 als ohne Mehrkosten möglich bezeichnet. Umgekehrt haben ab diesem Zeitpunkt die Kläger ebenfalls nicht mehr auf der Stelzenlösung bestanden. Die E-Mails der Kläger vom 05.09.2016 (GA 204), mit der sie angefragt haben, welche Unterlagen der Beklagten fehlten, und vom 30.10.2016 (GA 616) mit ihrer Agenda für den	33

Besprechungstermin vom 03.11.2016 zeigen, dass zu diesem Zeitpunkt auch die Kläger noch von der Möglichkeit ausgingen, den Vertrag – wenn auch in geänderter Form – mit der Beklagten durchzuführen. In dem Besprechungstermin sollte es nach Vorstellung der Kläger in deren E-Mail vom 30.10.2016 um Einzelheiten der Durchführung des Bauvorhabens gehen.

Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte am 03.11.2016 ernsthaft und endgültig jede Erfüllung des Vertrages verweigert hat. Soweit die Kläger zunächst behauptet haben, dass die damalige Geschäftsführerin der Beklagten bei dieser Besprechung erneut die Kündigung des Vertrages erklärt habe, haben sie diesen Vortrag ausweislich der insoweit weder mit dem Tatbestandsberichtigungsantrag noch mit der Berufungsbegründung angegriffenen Feststellungen des Landgerichts nicht mehr aufrechterhalten. Der Vortrag wird auch durch die nachfolgende Korrespondenz nicht gestützt. Die Kläger haben mit Schreiben vom 04.11.2016 (GA 202) die Beklagte gebeten, zunächst ihre Tätigkeiten für die Baumaßnahme einzustellen bis zur Klärung der von ihr vorgeschlagenen Ausführungsvarianten und Kosten. Einer solchen Aufforderung hätte es nicht bedurft, wenn die Kläger von einer endgültigen Erfüllungsverweigerung ausgegangen wären. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 05.11.2016 (GA 48) auch nicht ernsthaft die Durchführung des Vertrages verweigert, sondern lediglich eine vermeintliche Kündigungserklärung der Kläger angenommen, wobei sie angesichts des Schreibens der Kläger vom 04.11.2016 von einer solchen Erklärung nicht ausgehen durfte. Auch auf das Anwaltsschreiben der Kläger hin hat die Beklagte in ihrer E-Mail vom 16.11.2016 (206) nicht jede Erfüllung des Vertrages zurückgewiesen, sondern die Kläger an ihre Mitwirkungspflicht und die Vorlage der Pläne erinnert.

Insgesamt bestand daher im November 2016 aufgrund der nach dem 23.07.2016 zwischen den Parteien geführten Verhandlungen über die Durchführung des Bauvorhabens mit der Beklagten nicht die für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung erforderliche Klarheit, dass die Beklagte die Durchführung des Vertrages verweigern würde. Die Verweigerung der Stelzenlösung genügt als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nicht, da die Kläger von dieser schon während der Verhandlungen Abstand genommen und sie letztlich auch nicht verwirklicht haben.

Die Kläger berufen sich ohne Erfolg darauf, dass es nicht Aufgabe des Adressaten einer unwirksamen Kündigung sei, bei seinem Adressaten nachzufragen, ob er die Kündigung ernst meine. Dies gelte auch dann, wenn Gespräche über ein mögliches neues Angebot oder Alternativlösungen geführt würden. Vielmehr sei es Sache desjenigen, der durch seinen Vertragsverstoß die Rechtsunklarheit geschaffen habe, für die erforderliche Rechtsklarheit Sorge zu tragen. Bei dieser Argumentation übersehen die Kläger, dass nach der Konzeption des Gesetzes Schadensersatz statt der Leistung erst nach einer Fristsetzung zur Nacherfüllung verlangt werden kann, wenn nicht das gesamte Verhalten des Schuldners zeigt, dass er sich auch durch eine Fristsetzung nicht zur Erfüllung oder Nacherfüllung bewegen lassen wird. Mit der Fristsetzung soll dem Schuldner eine letzte Gelegenheit gegeben werden, seinen Verpflichtungen noch nachzukommen. Damit ist es nach dem Gesetz Sache des Geschädigten, der statt der Leistung Schadensersatz geltend macht, für die erforderliche Klarheit zu sorgen.

Soweit die Kläger sich in der Berufungsbegründung auch darauf berufen, dass sie gezwungen gewesen seien, das Bauvorhaben voranzutreiben, da sie das Grundstück bereits erworben hatten und die Finanzierung abgeschlossen war, führt auch das nicht zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Selbst wenn eine gewisse Eilbedürftigkeit bestanden haben mag, hätte dies der Setzung einer – für die Erklärung der Erfüllungsbereitschaft

ausreichenden – kurzen Frist nicht entgegengestanden.

III. 38

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 39

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden. 40