

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 183/64

URTEIL

Verkündet am
6. Februar 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma D [REDACTED] & Co. Kommanditgesellschaft, vormals Robert Z [REDACTED] Nachf. in B [REDACTED]-H [REDACTED], R [REDACTED]-straße, Am S [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Ruth G [REDACTED],
2. der Frau Ruth G [REDACTED] in B [REDACTED]-H [REDACTED], R [REDACTED]-straße, Am S [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] S [REDACTED] Aktiengesellschaft H [REDACTED] in H [REDACTED]
[REDACTED], A [REDACTED], vertreten durch die Mitglieder
ihres Vorstands B. S [REDACTED], J. B [REDACTED], Dr. F. F [REDACTED]
W. H [REDACTED], Dr. C. R [REDACTED] und Dr. K. S [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 25. Juni 1964 wird auf Kosten der Klägerinnen zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1, ein Bauunternehmen in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Klägerin zu 2 ist, stand seit einer Reihe von Jahren mit der Beklagten in Geschäftsbeziehungen. Durch Vertrag vom 11./19. März 1960 verpflichtete sich die Klägerin zu 1, ihren gesamten Bedarf an Schmier- und Treibstoffen für Bauarbeiten am Fehmarnsund bei der Beklagten zu decken. Die Beklagte verpflichtete sich im Zusammenhang damit, der Klägerin zu 1 Bauaufträge für das Großtanklager in Berlin-Spandau für den Fall eines im Verhältnis zu anderen Bewerbern preisgleichen Angebots zu erteilen. Diese Verpflichtung bestätigte die Beklagte mit Schreiben vom 18. Mai 1960 wie folgt:

- 3 -

"..... Wir bestätigen Ihnen nochmals, daß wir Ihnen die Bauaufträge für unser Groß-tanklager in jedem Falle erteilen werden, wenn Preisgleichheit mit anderen Bewerbern vorliegt.

Wir hoffen gern, daß unsere Bestätigung Ihnen Veranlassung geben wird, uns auch weiterhin mit der Deckung des Bedarfs Ihrer hiesigen Baustelle zu beauftragen.

Die Klägerin zu 1 bezog in den Jahren 1960/1961 etwa 3 400 000 l Treibstoff von der Beklagten. Im Verlaufe des Jahres 1961 geriet sie mit der Bezahlung in Rückstand. Die Beklagte beantragte gegen die Klägerinnen den Erlaß zweier Zahlungsbefehle über einen Betrag von insgesamt 217 427,68 DM. Daraufhin schlossen die Parteien einen Vergleich, den die Beklagte mit Schreiben vom 27. November 1961 wie folgt bestätigte:

- "1. Zukünftige Mineralöllieferungen werden Zug um Zug gegen Übergabe eines Schecks über den Warenwert abgewickelt. Sollten sich bei dieser Zahlungsweise Schwierigkeiten ergeben, hat die Firma D[REDACTED] S[REDACTED] AG das Recht, Barzahlung Zug um Zug gegen Lieferung zu verlangen.
2. Auf die Forderungen der D[REDACTED] S[REDACTED] AG, die Gegenstand der gerichtlichen Verfahren vor dem Amtsgericht Hamburg bzw. dem Landgericht Kiel sind, werden von der Fa. D[REDACTED] & Co. KG bis zum Ausgleich der Gesamtforderung ab November 1961 DM 15 000,- monatlich, und zwar jeweils bis zum Ende des Monats gezahlt.

Kommt die Fa. D[REDACTED] & Co. KG mit einer Rate länger als zwei Wochen in Rückstand, so ist der Gesamtbetrag der Forderung sofort fällig.



3. Die Fa. D[REDACTED] & Co. KG tritt erfüllungs-
halber ihre Forderung gegen das Hauptzoll-
amt L[REDACTED] auf Betriebsbeihilfe für das
Kalenderjahr 1961 an die Fa. D[REDACTED] S[REDACTED]
AG ab.
4. Reicht das Guthaben bei dem Hauptzollamt
L[REDACTED] zur Tilgung der Restforderung am
Tage der Auszahlung der Betriebsbeihilfe
nicht aus, so ist die Differenz von der
Fa. D[REDACTED] & Co. unverzüglich auszugleichen.
5. Mit dem Ausgleich der Forderung der D[REDACTED]
S[REDACTED] AG ist der Vertrag gem. Schrei-
ben vom 11.3.1960 aufgehoben. Der ursprüng-
liche Zustand der Betriebsstelle ist dann
wieder von der Fa. D[REDACTED] S[REDACTED] AG her-
zustellen.
.....
8. Die Vertragsschließenden gehen davon aus,
daß die Betriebsbeihilfe für das Jahr 1960
mindestens DM 150 000,- betragen wird."

Die Klägerinnen zahlten nur eine Rate von 15 000 DM.
Die Beklagte erwirkte am 7. März 1962 vor dem Landge-
richt Kiel (10 O 13/62) gegen die Klägerinnen ein Ver-
säumnisurteil über 196 655,22 DM nebst Zinsen, das
den Klägerinnen am 21. März 1962 zugestellt und mit
Ablauf des 4. April 1962 rechtskräftig wurde.

Im Frühjahr 1962 schrieb die Beklagte Bauarbeiten
für ihr Großstanklager in Berlin-Spandau aus. Die Klä-
gerin zu 1 übersandte am 17. März 1962 der Beklagten
ein Angebot und erbot sich zugleich, "in den Konkur-
renzpreis einzutreten", sofern sie im Preis zu hoch
liege. Auf eine Mitteilung der Beklagten hin erwiderte
sie mit Schreiben vom 24. März 1962:

".... teilen wir Ihnen mit, daß wir bereit sind, die angebotenen Arbeiten zu einem Endpreis von

DM 288 697,50

auszuführen.

Wir sind nach nochmaliger Überprüfung unserer Einheitspreise - unter dem Gesichtspunkt unserer langjährigen Zusammenarbeit und unseres großen Interesses an dieser Arbeit - zu dem vorgenannten Ergebnis gekommen, was einer Preis-minderung von ca. 20 % entspricht.

Wir garantieren für eine sach- und termingerechte Ausführung der Arbeiten und sehen Ihrer Auftragserteilung entgegen."

Die Beklagte richtete darauf am 26. März 1962 an die Klägerin zu 1 ein Fernschreiben:

"Mit Rücksicht auf die bekannte Liquiditätslage der Firma D[REDACTED] & Co. wäre folgende Vereinbarung möglich:

1. Eine Auftragserteilung für Bauarbeiten auf dem G[REDACTED] S[REDACTED] könnte in Aussicht genommen werden, wenn D[REDACTED] & Co. bis Donnerstag, 29. 3. 1962, 10.00 Uhr, Shell eine Garantieerklärung einer Berliner Großbank vorlegt, wonach die Bank S[REDACTED] gegenüber selbstschuldnerisch bis in Höhe von 500 000 DM für alle Schäden und sonstige Nachteile haftet, die dadurch verursacht werden könnten, daß der Bau entsprechend den Angeboten vom 17.3. und 24.3.1962 von D[REDACTED] & Co. nicht termin- oder sachgerecht durchgeführt wird, und wenn D[REDACTED] & Co. bereit ist, einen größeren Teilbetrag der Auftragssumme sich auf die bestehende S[REDACTED]forderung anrechnen zu lassen.
2. Wird das Angebot einer Abzugsquote von 30 % aufrechterhalten? Bejahendenfalls und für den Fall der Auftragserteilung wird S[REDACTED]

die z.Zt. schwebende Zwangsvollstreckung bis zur ordnungsgemäßen Durchführung des Auftrages einstellen lassen."

Die Klägerin zu 1 übersandte der Beklagten daraufhin eine Erklärung der W[REDACTED]-Versicherungsgesellschaft, in der diese gegenüber der Klägerin zu 1 bestätigte, daß sie bereit sei, die Werkgarantie für den Auftrag der Beklagten zum Ausbau des Großtanklagers zu deren Gunsten zu übernehmen. Die Beklagte erwiderte am 29. März 1962 mit folgendem Fernschreiben:

"Unter Bezugnahme auf das dortige frs 325 vom 29.3.1962 und das soeben geführte Telefongespräch zwischen Herrn G[REDACTED] und unserem Assessor B[REDACTED] bestätigen wir, daß die angebotene Sicherheit der "W[REDACTED]" keine Bürgschaftserklärung in der von uns gewünschten Form beinhaltet, sondern lediglich eine Bauwerksgarantie, die bis allenfalls zur Höhe der Bausumme reicht, und in erster Linie das Risiko einer vorzeitigen Auszahlung der Bauwerksgarantiesumme in Höhe von üblicherweise 5 % der Bausumme abdecken soll. Ein weitergehender etwaiger Vermögensschaden wird von der Versicherung nicht eingeschlossen. Ein unmittelbares Gespräch zwischen uns und der W[REDACTED] zur Klarstellung in Zweifelsfragen wurde nicht ermöglicht. Sollten Sie Ihren Standpunkt berichtigen wollen, so bitten wir, das sofort zu tun, da heute noch bei uns eine Entscheidung über die Vergabe des Auftrags fallen muß."

Am selben Tage schickte die Beklagte an die Klägerin ein weiteres Fernschreiben folgenden Inhalts:

"Den Auftrag für die Bauarbeiten auf dem Großtanklager S[REDACTED] können wir Ihnen nicht erteilen, weil Sie unsere Bedingungen zumindest nicht fristgemäß erfüllt haben."

Der Belieferungsvertrag vom 11./19.3.1960 mit Zusatzabkommen vom 18.5.1960 wird per sofort gekündigt. Eine weitere Begründung folgt schriftlich."

Mit Schreiben vom 3. April 1962 begründete die Beklagte ihre ablehnende Entscheidung. Sie erklärte darin, die Klägerin zu 1 habe ihre Verpflichtung, ab November 1961 monatlich 15 000 DM auf die Gesamtforderung zu zahlen, bisher nicht erfüllt. Die im Vergleich erwähnte Forderung gegen das Hauptzollamt Lübeck sei der Höhe nach recht zweifelhaft. Ferner müsse sie, die Beklagte, feststellen, daß bei den von ihr gepfändeten Gegenständen bereits Vorpfändungen in Höhe von etwa 12 000 DM vorlägen. Schließlich sei die Klägerin zu 1 nicht in der Lage gewesen, die geforderte Sicherheit zu stellen. Deshalb sei es für die Beklagte unzumutbar, die bestehenden Verträge weiterhin aufrechtzuerhalten.

Nach mehreren vergeblichen Versuchen, die Beklagte umzustimmen, erklärte die Klägerin zu 1 mit Schreiben vom 29. Mai 1962, daß sie gegen die Forderung der Beklagten aus dem Versäumnisurteil vom 7. März 1962 mit einer Schadensersatzforderung wegen Verletzung des Abkommens vom 18. Mai 1960 aufrechne.

Die Beklagte betreibt die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil des Landgerichts vom 7. März 1962.

Die Klägerin zu 1 berührt sich im vorliegenden Verfahren eines Schadensersatzanspruches wegen entgangenen Gewinns in Höhe von 68 174,90 DM. Sie hat

die Auffassung vertreten, daß, soweit die Zwangsvollstreckung wegen eines über den genannten Betrag hinausgehenden Betrages betrieben werde, die Zwangsvollstreckung wegen Stundung unzulässig sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 14. Februar 1963 die Berufung der Klägerinnen zurückgewiesen. Der erkennende Senat hat mit Urteil vom 18. Dezember 1963 das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben, soweit es dem Klageantrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, wegen eines Betrages von 68 174,90 DM nicht stattgab. Im übrigen, soweit also die Klägerinnen sich auf Stundung berufen hatten, wurde ihre Revision zurückgewiesen (VIII ZR 100/63 - IM BGB § 249 [Ha_7 Nr. 20 = BGHWarn 1964 Nr. 19).

Die Klägerinnen verfolgen ihren Klageantrag weiter, soweit nicht durch Urteil des erkennenden Senats vom 18. Dezember 1963 bereits entschieden worden war. Hilfsweise beantragen sie, die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 68 174,90 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären.

Durch das nunmehr angefochtene Urteil hat das Oberlandesgericht die Berufung auch insoweit zurückgewiesen, als nicht bereits durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 14. Februar 1963 und Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Dezember 1963 über sie rechtskräftig entschieden worden war.

Mit der Revision verfolgen die Klägerinnen den im Berufungsrechtszuge zuletzt gestellten Klageantrag

weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, den Klägerinnen stehe der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte nicht zu. Hierzu führt es aus: Die von der Beklagten übernommene Verpflichtung, der Klägerin zu 1 den Auftrag zum Bau eines Großtanklagers in B-S zu erteilen, habe zu den Pflichten der Klägerin zu 1 aus dem Vertrage vom 11./19. März 1960 im Verhältnis der Gegenseitigkeit und Abhängigkeit gestanden und habe mit diesem Vertrage eine Einheit gebildet. Die Beklagte sei, nachdem die Klägerin zu 1 mit ihren Zahlungen in Verzug geraten sei, berechtigt gewesen, vom Lieferungsvertrage zurückzutreten, ohne daß es einer Fristsetzung bedurft hätte. Die Beklagte habe zwar mit der Klägerin zu 1 den Vergleich vom 27. November 1961 geschlossen. Sie habe aber, wie anzunehmen sei, mit dem Abschluß des Vergleiches das Recht zum Rücktritt vom Vertrage nicht auch für den Fall aufgegeben, daß die Klägerin zu 1 mit der vereinbarten Tilgung der alten Schuld in Rückstand gerate. Mit dem erneuten Zahlungsverzug der Klägerin zu 1 sei vielmehr das Recht der Beklagten, vom Vertrage vom 11./19. März 1960 zurückzutreten, wieder aufgelebt. Des Rücktrittsrechtes habe die Beklagte sich auch nicht dadurch begeben, daß sie es nicht alsbald ausgeübt, sondern der Klägerin zu 1 noch die Mög-

lichkeit eröffnet habe, den Auftrag zum Bau des Groß-tanklagers zu erhalten. Andererseits sei es ihr unter den gegebenen Umständen unbenommen geblieben, die in ihr freies Ermessen gestellte Entscheidung über die Ausübung des Rücktrittsrechts und damit auch die Erteilung des Bauauftrages von besonderen Bedingungen abhängig zu machen, insbesondere die selbstschuldnerische Bürgschaft einer Berliner Großbank bis zum Betrage von 500 000 DM für alle Schäden und sonstigen Nachteile einer unsachgemäßen oder verspäteten Bauausführung zu fordern. Da die Klägerin zu 1 die geforderte Bürgschaft nicht beigebracht habe, sei die Beklagte befugt gewesen, nunmehr noch von dem Vertrage vom 11./19. März 1960 zurückzutreten. Damit sei auch ihre Verpflichtung entfallen, der Klägerin zu 1 den Bauauftrag zu erteilen. Es könne nach den Umständen des Vertragsschlusses und der Zusatzvereinbarung nicht zweifelhaft sein, daß jedenfalls ein im wesentlichen vertragstreues Verhalten der Klägerin zu 1 bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Lieferungsvertrage auch stillschweigende Voraussetzung ihres Anspruches auf Erteilung eines Bauauftrages sein sollte.

Das Berufungsgericht meint weiter, selbst wenn der Anspruch der Klägerin zu 1 auf Erteilung eines Bauauftrages nicht mit dem Schicksal des Lieferungsvertrages verknüpft gewesen sein sollte, sei die Beklagte unter den gegebenen Umständen nicht verpflichtet gewesen, den Bauvertrag mit der Klägerin abzuschließen. Dauerschuldverhältnisse könnten aus wichtigem Grunde gekündigt werden, wenn dem Kündigenden die Durchführung des Vertrages nicht mehr zuzumuten sei. Die Abrede über die Erteilung des Bauauftrages

sei zwar als Vorvertrag zum Abschluß eines Werkvertrages anzusehen. Für die Verpflichtungen aus einem solchen Vorvertrag müßten aber, wenn zwischen seinem Abschluß und dem Zeitpunkt, zu dem der Hauptvertrag abgeschlossen werden solle, ein längerer Zeitraum liegen, dieselben Grundsätze gelten. Als die Beklagte sich im Frühjahr 1960 verpflichtet habe, der Klägerin zu 1 bei Preisgleichheit mit anderen Bewerbern den zu einem späteren Zeitpunkt beabsichtigten Bau des Großtanklagers zu übertragen, habe sich die Klägerin zu 1 nicht erkennbar in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden. Das sei dagegen der Fall gewesen, als die Beklagte im Frühjahr 1962 Bauarbeiten in dem Großtanklager ausführen lassen wollte und die Klägerin zu 1 zur Abgabe eines Angebots aufforderte. Ihre erheblichen finanziellen Schwierigkeiten ergäben sich aus ihrem Zahlungsverzug gegenüber der Beklagten. Es sei ihr nicht einmal möglich gewesen, den Rückstand in den vereinbarten monatlichen Raten von 15 000 DM zu tilgen. Eine Erklärung der Berliner Bank als Drittschuldnerin gemäß § 840 ZPO vom 11. Mai 1962 bestätige die schwierige finanzielle Lage der Klägerin zu 1. Nach dieser Erklärung, deren Richtigkeit unstreitig ist, war das - nicht vorhandene - Guthaben der Klägerin zu 1 bei der Bank von zwei Gläubigern wegen Ansprüchen auf 10 469,85 DM, 11 924,32 DM und 754,29 DM nebst Zinsen und Kosten gepfändet worden. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Befürchtung der Beklagten, die Klägerin zu 1 werde nicht in der Lage sein, das Bauvorhaben sach- und termingerecht durchzuführen, sei hiernach begründet gewesen. Der Beklagten habe nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden können, der

Klägerin zu 1 die Durchführung des umfangreichen Bauvorhabens ohne angemessene Sicherung zu übertragen. Sie sei deshalb berechtigt gewesen, den Abschluß des Bauvertrages mit der Klägerin zu 1 von einer besonderen Sicherung abhängig zu machen. Die geforderte Bankbürgschaft über 500 000 DM sei nicht überhöht. Der Beklagten hätten in dieser Höhe Schäden entstehen können. Das von der Klägerin zu 1 vorgelegte Schreiben der W[REDACTED]-Versicherungen vom 29. März 1962 habe nicht erkennen lassen, in welchem Umfang die Beklagte durch die übrigens von der Klägerin erst noch abzuschließende Baugarantieversicherung gesichert werden würde. Die Beklagte habe die Zweifel über den Umfang der Garantie durch ein unmittelbares Gespräch mit den W[REDACTED]-Versicherungen klären wollen. Die Klägerin zu 1 habe ihr dieses Gespräch nicht ermöglicht. Sie könne sich deshalb nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Beklagte durch die Garantie etwa in gleichem Umfange gesichert worden wäre wie durch die geforderte Bankbürgschaft. Die Frist von drei Tagen, die die Beklagte für die Beschaffung der Bankbürgschaft gesetzt habe, sei zwar recht kurz bemessen. Die Klägerinnen hätten aber nicht geltend gemacht, daß sie die Beklagte mit dem Hinweis, die geforderte Bankbürgschaft oder eine gleichwertige Sicherheit beschaffen zu können, um eine Verlängerung der Frist gebeten hätten.

Schließlich meint das Berufungsgericht, die Klägerinnen könnten mit ihrer Schadensersatzforderung ohnehin nicht gegen die Urteilsforderung aufrechnen, weil nach den allgemeinen Lieferungsbedingungen der Beklagten eine Aufrechnung ausgeschlossen sei.

II.

1. Die Revision macht einmal geltend, nach der Gestaltung des Vergleiches habe die in Vergleich festgestellte Schuld der Klägerin unabhängig von der weiteren Durchführung des Vertrages ihr eigenes Schicksal haben sollen. Auch habe der Verzug mit den vereinbarten Ratenzahlungen die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin zu 1 vertragsgemäß weiter zu beliefern, nicht so stark berührt, daß der Beklagten die Aufrechterhaltung des Lieferungsvertrages nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Selbst wenn aber die Beklagte zum Rücktritt vom Lieferungsvertrage berechtigt gewesen sein sollte, so habe das keinen Einfluß auf ihre Verpflichtung gehabt, der Klägerin zu 1. den Bau zu übertragen. Diese Verpflichtung sei die Gegenleistung dafür gewesen, daß die Klägerin sich verpflichtet habe, von der Beklagten Treibstoff zu beziehen. Die Klägerin zu 1 habe diese Verpflichtung erfüllt. Sie habe in den Jahren 1960/1961 rund 3,4 Millionen Liter Treibstoff für einen Gesamtpreis von rund 1,7 Millionen DM bezogen. Sie sei mit der Bezahlung lediglich in Höhe von rund 200 000 DM in Rückstand geraten. Habe die Klägerin zu 1 aber durch Abnahme des Treibstoffes den Lieferungsvertrag erfüllt, so könne die Leistungsstörung innerhalb dieses Vertrages für die Erfüllung des Vertrages über die Erteilung des Bauauftrages keine Auswirkung haben.

Den Ausführungen der Revision über den Einfluß des Zahlungsverzuges auf die Wirksamkeit des Lieferungsvertrages braucht im einzelnen nicht nachgegangen zu werden. Denn jedenfalls hält die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, der Beklagten sei wegen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in die die Klägerin

zu 1 geraten war, nicht mehr zuzumuten gewesen, der Klägerin zu 1 das umfangreiche Bauvorhaben ohne angemessene Sicherung zu übertragen, der rechtlichen Nachprüfung stand.

2. a) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Abrede der Parteien vom 18. Mai 1960 einen Vorvertrag über den Abschluß eines Bauvertrages enthält, oder ob nicht etwa die Beklagte sich nur verpflichtet hat, einen Antrag der Klägerin zu 1 unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen (Einräumung der Vorhand). Es unterliegt jedenfalls keinen Bedenken, daß auch die Verpflichtung, das künftige Angebot eines anderen anzunehmen, sich nach Treu und Glauben ausrichtet und den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unterliegt. Für gegenseitige Verträge bestimmt § 321 BGB, daß ein Vorleistungspflichtiger die ihm obliegende Leistung verweigern kann, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird, wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird. Diese Vorschrift geht auf den Rechtsgedanken der *clausula rebus sic stantibus* zurück und stellt einen eng ausgestalteten Sondertatbestand der Veränderung der Geschäftsgrundlage dar, der aber je nach Lage des Einzelfalles nicht notwendig die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes über die Folgen einer Änderung der Geschäftsgrundlage ausschließt (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 321 Anm. 1). Nichts anderes als die Anwendung des Rechtsgrundsatzes über die Anpassung von Verträgen bei Änderung der Geschäftsgrundlage bedeutet

aber die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin zu 1 habe nach Treu und Glauben die Erteilung des Bauauftrages nicht ohne angemessene Sicherung der Beklagten verlangen dürfen.

b) Vergeblich greift die Revision die Würdigung des Berufungsgerichts an, der Beklagten sei ein uneingeschränktes Festhalten an der Vereinbarung vom 18. Mai 1960 nicht zuzumuten gewesen.

aa) Wenn die Revision geltend macht, die wirtschaftliche Lage der Klägerin sei im Jahre 1962 durchaus nicht schlecht gewesen, so verkennt sie, daß das Berufungsgericht nicht darauf abstellt, ob die Klägerin zu 1 tatsächlich vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch stand, sondern darauf, wie die Beklagte die Lage der Klägerin zu 1 beurteilen mußte. Wenn das Berufungsgericht aus der Tatsache, daß die Klägerin zu 1 nicht in der Lage war, die Ratenzahlungen aus dem Vergleiche von monatlich 15 000 DM zu leisten, und es zu Pfändungen kommen ließ, den Schluß zieht, die Beklagte habe die Befürchtung hegen dürfen, die Klägerin zu 1 werde möglicherweise nicht in der Lage sein, das Bauvorhaben sach- und termingerecht durchzuführen, so liegt das im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Unter diesem Gesichtspunkt kommt es darauf, ob die Beklagte bei Verwertung der ihr überlassenen Sicherungen mit einem Verlust ihrer Kaufpreisforderung aus den Treibstofflieferungen nicht zu rechnen brauchte, entgegen der Meinung der Revision ersichtlich nicht an.

bb) Vergeblich rügt die Revision auch, das Beru-

fungungsgericht habe bei der Abwägung, ob für die Beklagte die Erteilung des Bauauftrages zumutbar gewesen sei, nicht die besonderen Umstände des Falles berücksichtigt.

Die Revision trägt vor, die Geschäftsverbindung der Parteien habe seit 17 Jahren bestanden, die Abnahme des Treibstoffes zu den im Vertrage vom 11./19. März 1960 vereinbarten Bedingungen sei für die Klägerin zu 1 wirtschaftlich nachteilig gewesen, der Ausgleich habe darin bestanden, daß die Beklagte die Erteilung des Bauvorhabens zugesagt habe. Abgesehen davon, daß die Klägerinnen in den Tatsachenrechtszügen nicht ausdrücklich behauptet haben, die Geschäftsverbindung habe ihnen wirtschaftliche Nachteile gebracht, ist auch die Folgerung ungerechtfertigt, die Beklagte habe sich aus den genannten Gründen der Gefahr aussetzen müssen, einen Vertrag zu schließen, aus dem ihr Verluste drohten. Ebenso geht die Auffassung der Revision fehl, die Beklagte hätte, wenn ihr Bedenken gegen die wirtschaftliche Lage der Klägerin zu 1 gekommen seien, von dieser schon bei Abschluß des Vergleiches vom 27. November 1961 besondere Sicherheiten für den Fall eines Bauauftrages fordern müssen. Als die Parteien den Vergleich schlossen, sind sie offensichtlich davon ausgegangen, daß die Klägerin zu 1 die versprochenen Ratenzahlungen leisten und sich ihre wirtschaftliche Lage wieder bessern werde.

cc) Das Berufungsgericht hat auch bedenkenfrei angenommen, daß die von der Beklagten geforderte Sicherheit durch eine Bankbürgschaft von 500 000 DM nicht unbillig sei. Wenn das Berufungsgericht ausführt,

der Beklagten hätten "im Ganzen" Schäden von 500 000 DM entstehen können, so ist damit entgegen der Meinung der Revision ersichtlich nicht auch die noch ausstehende Kaufpreisforderung für Treibstofflieferungen gemeint. Das Berufungsurteil läßt sich nur dahin verstehen, daß die gesamten der Beklagten im Falle der Übertragung des Bauauftrages durch schlochte, verzögerte oder unterbliebene Ausführung drohenden Schäden, also die Folgeschäden, die die Beklagte durch Einbuße in ihrem Geschäftsbetriebe erleiden könne, eingeschlossen, möglicherweise den Betrag von 500 000 DM erreichten. Diese tatrichterliche Erwägung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß die Folgeschäden bei einem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Bauunternehmers die reinen Baukosten überschreiten können, liegt auf der Hand.

Mit ihrem weiteren Vorbringen, die von der Klägerin zu 1 vorgelegte "Bauwerkgarantie" der W [REDACTED]-Versicherungen habe dem Interesse der Beklagten nach möglicher Sicherheit vollauf genügt, will die Revision in unzulässiger Weise ihre Würdigung an die Stelle der Würdigung des Tatrichters setzen.

dd) Fehl geht schließlich die Berufung der Revision darauf, die Beklagte habe arglistig gehandelt, weil sie kurzfristig erst am 26. März 1962 die Bankbürgschaft gefordert habe. Bereits der Ausgangspunkt der Revision ist unrichtig. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, die Beklagte habe im Frühjahr 1962 vereinbarungsgemäß an die Klägerin eine Aufforderung zur Abgabe eines Kostenangebots ohne Zusatzbedingung gerichtet. Vielmehr hat nach dem Tatbestand des Beru-

fungsurteils die Beklagte im Frühjahr 1962 Bauarbeiten an ihrem Großtanklager in B-S "ausgeschrieben", und die Klägerin zu 1 hat sodann ein Angebot abgegeben. Darüber, daß die Ausschreibung lediglich der Klägerin zu 1 zugegangen ist, enthält das Berufungsgericht nichts. Das erste Angebot der Klägerin zu 1 vom 17. März 1962 ist ausweislich der Ablichtung dieses Schreibens bei der Beklagten am 20. März 1962 eingegangen. Nach dem eigenen Schreiben der Klägerin zu 1 vom 24. März 1962 hat am 22. März 1962 eine Rücksprache mit dem Sachbearbeiter der Beklagten stattgefunden, auf Grund deren die Klägerin zu 1 ihre Forderung ermäßigte. Ein Angebot, auf das der Klägerin zu 1 überhaupt erst ein Zuschlag hätte erteilt werden können, rührt also vom 24. März 1962 her. Unter diesen Umständen läßt es einen Rechtsfehler nicht erkennen, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, die Beklagte sei der Klägerin zu 1 gegenüber nicht verpflichtet gewesen, schon bei ihrer Ausschreibung darauf hinzuweisen, daß sie von der Klägerin zu 1 Sicherheit verlange. Im übrigen stellt das Berufungsgericht mit Recht darauf ab, daß die Klägerinnen nicht behaupten, die Klägerin zu 1 habe die Beklagte mit dem Hinweis, die geforderte Bankbürgschaft beschaffen zu können, um eine Verlängerung der Frist gebeten. Auf die Kürze der Frist könnten die Klägerinnen sich allenfalls berufen, wenn die Klägerin zu 1 bei Fristverlängerung die geforderte Bankbürgschaft beigebracht hätte. Das haben die Klägerinnen aber nach der tatbestandlichen Angabe des Berufungsgerichts selbst nicht vorgetragen.

III.

Auf die Frage, ob durch die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Beklagten die Aufrechnung ausgeschlossen und schon deshalb die Zwangsvollstreckungsgegenklage unbegründet ist, kommt es demnach nicht an. Eines Eingehens auf die Angriffe, die die Revision in diesem Zusammenhang gegen das Berufungsurteil richtet, bedarf es nicht.

IV.

Die Revision war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber