

VII_ZR_126/59

2219 028

Verkündet
am 20. Oktober 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der B [REDACTED] D [REDACTED], vertreten durch
den Bundesminister für wirtschaftlichen Besitz des Bundes,
dieser vertreten durch den Präsidenten der Oberfinanzdirek-
tion K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Gipsermeister Albert L [REDACTED], He [REDACTED],
Ka [REDACTED]straße [REDACTED],
2. den Kaufmann Herbert L [REDACTED], He [REDACTED],
Ka [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 1960 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel,
Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Karlsruhe vom 12. Juni 1959, soweit darin zum
Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, auf-
gehoben.

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Heidelberg vom 22. Januar 1958 wird in vollem Umfange zurückgewiesen.

Die Kosten der beiden Rechtsmittelzüge haben die Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte hatte in den Jahren 1954 und 1955 im Gebiet von He [REDACTED] Bauten für die amerikanischen Streitkräfte zu errichten. Mit dem Bau einer Reihe von Wohnblöcken beauftragte das die Beklagte vertretende Sonderbauamt He [REDACTED] die Firma P [REDACTED] H [REDACTED] als Hauptunternehmerin. Diese übertrug im Namen und für Rechnung des Sonderbauamts näher bezeichnete Verputzarbeiten den Klägern. Die Summe der Einzelpreise des Angebots der Kläger betrug nach Abzug eines Nachlasses von 0,6 % und von 4 % Umsatzsteuer 38.280 DM. Durch Vereinbarung vom 7. Oktober 1954 wurde "die Endsumme Pauschal" auf 39.000 DM festgesetzt.

Nach Nr. 10 a des der Auftragserteilung zugrundeliegten ergänzten und geänderten Angebots der Kläger hatten diese den Außenputz als Kratzputz in Marmorit, Terranova, Koesoma, Golfirmit, Silin oder gleichwertigem Material nach den Vorschriften des Lieferwerkes sachgemäß herzustellen. Neben weiteren Bestimmungen war hierbei vorgesehen: Struktur- und Farbton nach Wahl der Bauleitung. Als Einheitspreis für einen Quadratmeter dieses Außenputzes war ein Betrag von 6.70 DM angegeben. Die gesamte von den Klägern mit dem Außenputz zu versiehende Fläche belief sich auf 1.670 qm.

Auf Weisung der zuständigen Stelle der US-Streitkräfte bestimmte das Sonderbauamt He [REDACTED], daß der Kratzputz in dunkelgrüner Farbe entsprechend der Nr. 141 der Farbkarte der Marmoritwerke auszuführen sei. Als die Kläger hiervon Kenntnis erhielten, forderten sie mit Schreiben vom 14. März 1955 an die Firma H [REDACTED] eine zusätzliche Vergütung von 4,58 DM je qm, weil ihnen



durch die gewählte Ausführungsart in diesem Umfang höhere Aufwendungen entstünden, als in ihrem Angebot vorausgesetzt sei. Das Sonderbauamt lehnte nach Fühlungnahme mit der amerikanischen Dienststelle die Mehrforderung ab und verlangte von den Klägern unter Hinweis auf die in den Vertragsbedingungen vorgesehenen Vertragsstrafen die Durchführung der Arbeit. Diese stellten daraufhin den Außenputz wie verlangt in dunkelgrüner Farbe her.

Die Kläger begehren in diesem Rechtsstreit die Zahlung eines Mehrbetrages von 4,58 DM je qm = 7.648.60 DM für 1.670 qm.

Sie haben zur Begründung der Klage vorgetragen, sie seien bei der Kalkulation ihres Angebots davon ausgegangen, daß der Kratzputz, der schon erheblich teurer als sog. Spritzputz sei, nur in einem hellen Farbton auszuführen sein werde. Die Wahl eines Kratzputzes in einer dunklen Farbe, besonders in dunkelgrün, sei stillschweigend ausgeschlossen worden, da diese Ausführungsart bisher nicht üblich und da für die Beteiligten erkennbar gewesen sei, daß eine solche Leistung sich wesentlich teurer als 6,70 DM je qm stellen würde. Die Wahl der dunkelgrünen Farbe liege unter diesen Umständen auch nicht im Rahmen eines billigen Ermessens. Das Sonderbauamt habe ferner gegen die Bestimmungen der VOB und der Baupreisverordnung verstoßen, indem es bei der Ausschreibung die Farbe des Außenputzes nicht näher bezeichnet habe; es habe das auch eingesehen und demgemäß bei späteren Ausschreibungen angegeben: Farbe hell, nach Wahl, grün ausgenommen. Sie - die Kläger - hätten die ihnen durch den dunkelgrünen Kratzputz entstandenen Mehrkosten in Höhe des Klagebetrages bei einer Gesamtauftragssumme von 39.000 DM auch nicht aus den Gewinnen aus anderen Positionen ausgleichen können, zumal sie im

Ganzen äußerst niedrig kalkuliert hätten.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, die Wahl der dunkelgrünen Farbe, die in der Farbkarte der Lieferwerke enthalten sei, sei nach der klaren vertraglichen Vereinbarung ohne einen Preisaufschlag zulässig gewesen. Die Kläger hätten diese Ausführungsart in ihre Kalkulationen einbeziehen müssen, besonders weil es sich um Bauten für die US-Streitkräfte gehandelt habe, oder sie hätten vor Abgabe ihres Angebots auf eine Klärung hinwirken müssen, falls ihnen die Ausschreibung nicht genügend eindeutig erschienen sei. Das Sonderbauamt habe aus dem Angebot der Kläger nicht entnehmen können, daß die Ausführung des Verputzes in dunkelgrün von diesen nicht in Betracht gezogen werde, da ihm die Kalkulation der Kläger im einzelnen nicht erkennbar gewesen sei. Im übrigen sei ein Pauschalpreis vereinbart worden. Es treffe auch nicht zu, daß bei dunkelgrünem Kratzputz mehr Material benötigt werde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat unter Abweisung des weitergehenden Klageanspruchs die Beklagte verurteilt, den Klägern 7.296.76 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1 a) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß bei der Vertragsklausel "Struktur und Farbton nach Wahl der Bauleitung", die nach Festlegung der Struktur als Kratz-

putz nur noch Bedeutung für die Wahl des Farbtons gehabt habe, eine Einschränkung der Wahl auf bestimmte Farben nicht erfolgt sei. Diese Vertragsklausel sei aber - so meint es - nach § 315 BGB zu beurteilen, und es sei daher im Zweifel anzunehmen, daß die Beklagte die Bestimmung der Farbe nach billigem Ermessen habe treffen müssen.

Die Ausführung des Kratzputzes in dunkelgrüner Farbe sei bei diesen Bauten für die US-Streitkräfte bis dahin nicht üblich gewesen und nicht verlangt worden; diese Ausführungsart habe hohe Mehraufwendungen der Kläger erfordert, mit denen diese nicht gerechnet hätten und die sich innerhalb der Gesamtauftragssumme nicht hätten ausgleichen können. Daher habe die Wahl der dunkelgrünen Farbe durch die Beklagte billigem Ermessen nicht entsprochen.

b) Die Revision macht demgegenüber geltend, es handele sich um die Begründung einer Wahlschuld, bei der von vornherein alle in den Farbtafeln der Lieferwerke enthaltenen Farben "in obligatione" gewesen seien. § 315 BGB sei in einem solchen Falle nicht anwendbar. Die Beklagte habe vielmehr jede Farbe der Farbkarten wählen dürfen, nicht nur eine der im allgemeinen üblichen Farben.

2) Der Auffassung der Revision ist beizutreten.

Das Berufungsgericht hat den Gesichtspunkt einer Wahlschuld nicht erörtert. Der unstreitige und der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt gibt dem Revisionsgericht jedoch die Möglichkeit, diese rechtliche Prüfung nachzuholen.

a) Ein Fall des vom Berufungsgericht angewandten § 315 BGB wäre gegeben, wenn die Parteien bei ihren ver-

traglichen Vereinbarungen einen Punkt ungeregelt gelassen hätten, dessen Regelung dann kraft Gesetzes (§ 316 BGB) oder auch gemäß ausdrücklichem Übereinkommen der Vertragsparteien durch einen Teil erfolgt. Dagegen liegt ein Wahlschuldverhältnis i.S. der §§ 262 ff BGB vor, wenn bei den Vertragsverhandlungen kein Punkt offengeblieben ist, sondern die Parteien nur mehrere voneinander verschiedene Leistungsinhalte - sei es im Ganzen sei es hinsichtlich einzelner Modalitäten - in Aussicht genommen und die Wahl zwischen diesen einem Vertragsteil vorbehalten haben.

b) Eine solche Wahlschuld ist hier anzunehmen.

Entgegen der Auffassung der Revisionsbeantwortung handelt es sich bei den möglichen unterschiedlichen Farbtönen um verschiedene Leistungen i.S. des Wahlschuldbegriffs, zwischen denen nach der getroffenen Vereinbarung die Beklagte wählen konnte. Bei den Vertragsverhandlungen ist zwar nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht näher erörtert worden, innerhalb welchen Rahmens der Bauleitung der Beklagten das Wahlrecht zustehen sollte. Das Berufungsgericht hat aber ausdrücklich festgestellt, daß eine Einschränkung der Wahl auf bestimmte Farben nicht erfolgt sei.

Die Vertragsklausel "Farbton nach Wahl der Bauleitung" muß hiernach ihrem eindeutigen Wortlaut und objektiven Sinngehalt nach dahin verstanden werden, daß die Bauleitung der Beklagten grundsätzlich unter allen lieferbaren Farben wählen konnte. Der Umfang ihres Wahlrechts wurde lediglich durch die Farbkarten der Lieferwerke begrenzt, die den Klägern bekannt waren oder jedenfalls bekannt sein mußten. Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, hatte die Beklagte ein Interesse an

einem möglichst uneingeschränkten Wahlrecht, weil sie bei der Bestimmung der Farbe nicht nach eigenem Ermessen handeln konnte, sondern an die Weisung der zuständigen Dienststelle der US-Streitkräfte gebunden war.

c) Es ist demgegenüber nicht von Bedeutung, ob die Parteien unter den zahlreichen - über 100 - in Betracht kommenden Farbtönen gerade nicht mit der Wahl des einen oder anderen, insbesondere nicht mit der Wahl von dunkelgrün gerechnet haben. Nach der Annahme des Berufungsgerichts haben sie sich über die Wahl der Farbe bei den Verhandlungen keine Gedanken gemacht und nichts darüber besprochen. Es liegt deshalb nicht etwa, wie die Revisionsbeantwortung meint, ein beiderseitiger Irrtum über die Geschäftsgrundlage vor; denn man hat sich über diesen Punkt gerade keine bestimmten Vorstellungen gemacht.

Entscheidend ist vielmehr, womit insbesondere die Kläger nach dem Inhalt der Vereinbarung rechnen mußten. Sie durften sich - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht darauf verlassen, daß eine der bisher bei diesen Bauten üblichen Farben gewählt werden würde, zumal sich in der verhältnismäßig kurzen Zeit seit dem Beginn derartiger Bauten für die US-Streitkräfte noch keine feste, verlässliche Übung hinsichtlich der Farbe des Außenputzes herausgebildet haben konnte. Es ist aber der Sinn eines Wahlschuldverhältnisses, wie es hier vorliegt, daß der wahlberechtigte Teil unter den verschiedenen Leistungen ohne Rücksicht auf mehr oder weniger erhebliche Wertunterschiede wählen kann.

d) Liegt somit ein nicht auf alle Farbtöne der Farbkarte erstreckendes Wahlschuldverhältnis vor, so ist

§ 315 BGB, der nur in Ermangelung abweichender Parteivereinbarungen gilt, nicht abwendbar. Die Beklagte konnte unter allen in Betracht kommenden Farbtönen wählen. Das Berufungsgericht durfte ihr Wahlrecht nicht unter dem Gesichtspunkt des billigen Ermessens als eingeschränkt ansehen.

3. Unter diesen Umständen wäre eine den Klägern günstige Entscheidung nur möglich, wenn sie mit Recht geltend machen könnten, die Ausübung des Wahlrechts verstoße unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Das ist aber nicht der Fall.

a) Der erkennende Senat hat bereits in einem Urteil vom 27. Juni 1957 - VII ZR 293/56 - zum Ausdruck gebracht, eine Erhöhung der vertraglich vereinbarten Vergütung könne einer Partei unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben nur dann zugestanden werden, wenn die bei Ausführung der Arbeiten aufgetretenen Schwierigkeiten jedes bei Vertragsschluß voraussehbare Maß überstiegen und die Partei bei Einhaltung ihrer vertraglichen Verpflichtungen zu Aufwendungen gezwungen wäre, die zu der ihr eingeräumten Vergütung in keinem vertretbaren Verhältnis ständen, oder wenn die mit der Durchführung der übernommenen Arbeiten verbundenen Kosten in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und des Umfangs ihres Unternehmens im Verhältnis zu dem ihr vertraglich zugestandenem Werklohn so hoch seien, daß ihr ein weiteres Festhalten am Verträge schlechterdings nicht zuzumuten sei. In dem dort entschiedenen Falle hat der Senat eine Verdoppelung der Kosten gegenüber der veranschlagten Gesamtsumme noch nicht als ausreichend angesehen, um die der Partei vertraglich obliegende Leistung als nach § 242 BGB unzumutbar erscheinen zu lassen.

Aus Gründen der Vertragstreue und damit der Rechtssicherheit muß - gerade auch im Bauwesen - daran festgehalten werden, daß ein Vertragsteil seine Verpflichtungen so, wie der andere sie verstehen konnte und mußte, einzuhalten hat und nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen eine Abänderung der ursprünglichen Vertragsbedingungen beanspruchen darf.

b) Auch im vorliegenden Fall geben die Umstände keinen hinreichenden Anlaß zu der Annahme, daß eine Abhilfe zu Gunsten der Kläger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zwingend geboten wäre.

aa) Die Beklagte konnte nicht etwa besser und eher als die Kläger erkennen, daß die streitige Vertragsklausel für diese ein beträchtliches Risiko enthielt. Die Kläger kannten ihre eigene Kalkulation besser als die Beklagte. Diese konnte nicht erkennen, welche Preisreserven in dem Angebot der Kläger enthalten waren und ob es ihnen möglich sein würde, auch bei der Wahl einer die Ausführung vertuernden Farbe im Ergebnis noch zurechtzukommen. Andererseits war die Beklagte angesichts der Ungewissheit darüber, welchen Farbton die amerikanischen Auftraggeber für den Außenputz wählen würden, darauf angewiesen, sich eine möglichst große Bewegungsfreiheit in der Auswahl des Farbtons zu sichern. Die Beklagte konnte daher insoweit den von den Klägern in Bezug genommenen Vorschriften des § 9 Nr. 1 VOB Teil A und des § 2 der Baupreisverordnung, die möglichst eindeutige und erschöpfende Angaben in der Ausschreibung anordnen, damit das Wagnis für die Unternehmer möglichst klar zu erkennen ist, nicht entsprechen; denn die Bestimmung des Farbtons war ihr in diesem Zeitpunkt noch nicht möglich.

bb) Unter diesen Umständen wäre es Sache der Kläger gewesen, sich vor einem für sie möglicherweise zu großen Wagnis zu schützen, indem sie auf eine vorherige Klärung dieses Punktes hinwirkten oder entsprechende Einschränkungen oder Vorbehalte bezüglich der Auswahl des Farbtons machten. Die Kläger, denen die Farbkarten und die Preislisten der Lieferwerke bekannt sein mußten, konnten nicht damit rechnen, daß für den Putz eine Farbe gewählt würde, die der ihrem Angebot zugrunde liegende Kalkulation entsprechen würde. Sie konnten auch für den Fall, daß eine teurere Farbe gewählt wurde, nicht erwarten, daß die Beklagte gewillt sein werde, eine zusätzliche Vergütung aus öffentlichen Mitteln zu zahlen, sofern sich die amerikanischen Auftraggeber zu einer entsprechenden Mehrzahlung nicht bereit fanden. Unstreitig hat sich die Beklagte vergeblich bemüht, im Interesse der Kläger ihre Auftraggeber zur Anerkennung der Mehrforderung der Kläger zu veranlassen.

Bei dieser Sachlage kann von einem treuwidrigen Verhalten oder von einer unzulässigen Rechtsausübung der Beklagten keine Rede sein.

cc) Die Kläger können sich bei einer Erhöhung der von ihnen aufgewandten Kosten um etwa 20 % der Gesamtauftragssumme auch nicht darauf berufen, daß die von ihnen geforderte, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung liegende Leistung für sie ganz unzumutbar gewesen sei. Es genügt hierzu nicht die Feststellung, daß die Kläger den durch Anbringung des dunkelgrünen Kratzputzes entstandenen Mehraufwand nicht aus Gewinnen anderer Positionen ausgleichen konnten. Der Grundsatz der Vertragstreue fordert vom Schuldner notfalls die Hinnahme eines gewissen Verlustes. Das muß auch dann gelten, wenn Gläubiger die öffentliche Hand ist, die nicht weniger als eine Privatperson auf eine

sparsame und etatmäßige Verwendung ihrer Mittel bedacht sein muß.

Die Kläger haben selbst nicht vorgetragen, daß sie etwa durch die von der Beklagten geforderte Ausführungsart in ernstliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten seien. Sie können daher unter den hier gegebenen Umständen auch unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben von der Beklagten keine zusätzliche Vergütung fordern.

4. Hiernach kann das angefochtene Urteil, ohne daß es noch auf eine Erörterung des weiteren Vorbringens der Parteien ankommt, nicht aufrecht erhalten werden.

Da der Rechtsstreit nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), ist das angefochtene Urteil, soweit es die Beklagte verurteilt hat, aufzuheben und die Berufung der Kläger gegen das landgerichtliche Urteil in vollem Umfange zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der beiden Rechtsmittelzüge folgt aus den §§ 91, 97 ZPO.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Dr. Vogt

Dr. Finke