BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 190/02

Verkündet am:
20. Oktober 2005
Heinzelmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B § 6 Nr. 7

Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann auch diejenige Vertragspartei erklären, aus deren Risikobereich die Ursache für die Unterbrechung der Bauausführung herrührt oder die diese zu vertreten hat, sofern ihr ein Festhalten an dem Vertrag nicht zuzumuten ist (Bestätigung von BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - VII ZR 363/02, BGHZ 159, 161).

BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 190/02 - OLG Köln
LG Köln

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Haß, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 17. April 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Teil- und Grundurteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 9. August 2000 zurückgewiesen hat, soweit das Landgericht der Klägerin eine Vergütung für erbrachte Leistungen gemäß Rechnung Nr. 15-140294 (Anlage K 30) zugesprochen hat, den Anspruch der Klägerin auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen gemäß Rechnung Nr. 91-191094 (Anlage K 37) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat und der Klägerin Stillstandskosten gemäß Rechnungen Nrn. 19-150294, 29-040394, 35-080494, 47-040594, 53-060694, 59-220794, 62-040894, 89-191094, 14-200395, 15-200395 (Anlagen K 45-K 54), 01-050195 (Anlage K 60), 236028, 236033, 236037 (Anlagen K 61-K 63) sowie der Aufstellung Anlage K 64 zugesprochen hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt als Pfändungspfandgläubigerin ihr zur Einziehung überwiesener Forderungen der H. GmbH die Beklagten als Drittschuldner auf Zahlung in Anspruch. Sie verlangt Vergütung für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen sowie Stillstandskosten.

2 Die Beklagten wurden im Jahr 1992 als Bietergemeinschaft von der Bundesrepublik Deutschland mit der Ausführung der Rohbauarbeiten für die Hochbauten in den Vergabeeinheiten C und D für das Bauvorhaben "Schürmann-Bau" in Bonn beauftragt. Sie schlossen sich zur ARGE mit jeweils hälftigen Anteilen zusammen. Die ARGE hatte auf der Decke des ersten Untergeschosses die Gebäude A 2 (Abgeordnetenhaus 2) und WD (wissenschaftlicher Dienst) zu errichten. Sie hat die Schalungsarbeiten an die H. GmbH und die Fa. R. vergeben, wobei die Fa. R. die Montageleistungen zu erbringen und die H. GmbH das Schalungsmaterial zu beschaffen, bereitzustellen, vorzuhalten und am Ende der Bauzeit abzutransportieren hatte. Nachdem am 22. Dezember 1993 die Baustelle infolge eines Rheinhochwassers überflutet worden war, ordnete die Bauherrin einen allgemeinen Baustopp an und verbot, die Baustelle zu betreten. Mit Schreiben vom 29. März 1994 kündigte sie den Vertrag mit der ARGE gemäß § 6 Nr. 7 VOB/B. Dies teilte die ARGE am 22. April 1994 der H. GmbH mit und kündigte ihrerseits den mit dieser geschlossenen Bauvertrag ebenfalls gemäß § 6 Nr. 7 VOB/B.

3 Das Landgericht hat die Beklagten durch Teil- und Grundurteil hinsichtlich der geltend gemachten Vergütung für erbrachte Leistungen sowie hinsichtlich der Stillstandskosten zur Zahlung von 2.135.472,40 DM abzüglich gezahlter 325.204,04 DM verurteilt. Den Anspruch der Klägerin auf Vergütung eines nicht zur Ausführung gelangten Leistungsteils hat es dem Grunde nach für gerecht-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

fertigt erklärt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter, soweit sie als Gesamtschuldner zur Zahlung über einen Betrag von 75.742,52 € hinaus sowie dem Grunde nach verurteilt worden sind.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat nur zum Teil Erfolg. In diesem Umfang führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

6 I. Erbrachte Leistungen

A. Rechnung Nr. 111-261193 (Anlage K 24)

7 1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Klägerin stehe für die hergestellten Kisten und für gelieferte Stahlträger eine Vergütung zu. Aufgrund der glaubhaften Aussagen der Zeugen L. und S. stehe fest, dass über diese Gegenstände ein eigenständiger Vertrag geschlossen worden sei. Die Höhe der Vergütung sei nicht in Frage gestellt worden.

8 2. Das hält den Angriffen der Revision stand.

Ob sich aus einer Zeugenaussage die Tatsachen entnehmen lassen, welche die Annahme eines Vertragsschlusses rechtfertigen, ist der tatrichterlichen Würdigung vorbehalten. Diese kann in der Revisionsinstanz nur darauf überprüft werden, ob sie in sich widersprüchlich ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwiderläuft oder Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt lässt. Derartige Rechtsfehler enthält die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht.

B. Rechnung Nr. 15-140294 (Anlage K 30)

9 1. Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe für das Unterzugsschalungssystem eine Vergütung nach § 2 Nr. 6 VOB/B zu. Der Zeuge S. habe glaubhaft bekundet, er habe die Verhandlungen über die Änderung des Unterzugsschalungssystems mit dem Zeugen D. geführt. Zwar habe der Zeuge D. erklärt, auf die ARGE dürften durch die Änderung keine Kosten zukommen; allerdings habe er, der Zeuge S., dem widersprochen und darauf hingewiesen, dass durch die Systemänderung neue, höhere Kosten entstünden. Bei dieser Sachlage sei es zwar zu keiner Einigung der H. GmbH und der ARGE über die von letzterer wegen der Systemänderung zu tragenden Kosten gekommen. Jedoch habe die H. GmbH vor der Ausführung der geänderten Leistung eine höhere Vergütung im Sinne des § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ausreichend deutlich angekündigt.

10 2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

11 Nach § 2 Nr. 6 Satz 1 VOB/B hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf besondere Vergütung, wenn der Auftraggeber von ihm eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung fordert. Dass ein Unterzugsschalungssystem nicht geschuldet war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Nach dem Vorbringen der Parteien sowie den Bekundungen der vom Berufungsgericht vernommenen

Zeugen S., L. und D. liegt eine solche Annahme auch fern. Nach den Zeugenaussagen sollte das geschuldete und bereits eingebrachte Unterzugsschalungssystem lediglich durch ein anderes System ersetzt werden. Das ist nicht nach § 2 Nr. 6 VOB/B, sondern allenfalls nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu beurteilen.

12 Dazu, ob ein Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B in Betracht kommt, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Dies wird es nach der Aufhebung und Zurückverweisung der Sache nachzuholen haben. Dabei wird es sich auch mit den weiteren Einwendungen der Revision gegen die Rechnung auseinanderzusetzen haben.

II. Nicht erbrachte Leistungen

13 1. Das Berufungsgericht führt zur Rechnung Nr. 91-191094 (Anlage K 37) aus, der Klägerin stehe dem Grunde nach gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ein Anspruch auf Vergütung der infolge der Kündigung nicht ausgeführten Leistungen zu. Den Beklagten sei es verwehrt gewesen, ihre Kündigung auf § 6 Nr. 7 VOB/B zu stützen, da sie sich das Planungsverschulden der Bauherrin und ihrer planenden Architekten zurechnen lassen müssten.

14 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

15 Einer Vertragspartei ist es nicht bereits deshalb verwehrt, nach § 6 Nr. 7 VOB/B zu kündigen, weil die Ursache für die Unterbrechung der Bauausführung aus ihrem Risikobereich herrührt oder sie diese zu vertreten hat. § 6 Nr. 7 VOB/B differenziert nicht nach Risikosphären oder nach Verschulden. Die Berufung auf § 6 Nr. 7 VOB/B ist einer Partei erst dann versagt, wenn ihr zuzumuten ist, den Vertrag fortzusetzen. Denn außerordentliche Kündigungsrechte, zu denen auch das Recht aus § 6 Nr. 7 Satz 1 VOB/B gehört, setzen grundsätzlich

voraus, dass es einer Partei unzumutbar ist, an dem Vertrag festgehalten zu werden (BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - VII ZR 363/02, BGHZ 159, 161, 165 f.).

16 Auf dieser Grundlage durften die Beklagten den Vertrag nach § 6 Nr. 7 VOB/B kündigen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass es den Beklagten nicht mehr zuzumuten war, an dem Vertrag festzuhalten. Insofern waren die gleichen Umstände gegeben, wie sie dem Senatsurteil vom 13. Mai 2004 (aaO S. 166) zugrunde gelegen haben.

17 Danach ist gemäß § 6 Nr. 7 i.V.m. Nr. 5 und 6 VOB/B abzurechnen. Nach Aufhebung und Zurückverweisung wird das Berufungsgericht die entsprechenden Feststellungen zu treffen haben. Soweit es darauf ankommen wird, ob die hindernden Umstände von den Beklagten zu vertreten sind, werden die Ausführungen zu den Stillstandskosten (sogleich III.) zu berücksichtigen sein.

III. Rechnungen Nr. 19-150294, 29-040394, 35-080494, 47-040594, 53-060694, 59-220794, 62-040894, 89-191094, 14-200395, 15-200395, 01-050195, 236028, 236033, 236037 (Anlagen K 45 - K 54, K 60 - K 63) und Aufstellung Anlage K 64

18 1. Das Berufungsgericht führt aus, Ersatz für den als Stillstandskosten geltend gemachten Schaden stehe der Klägerin nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu. Die Beklagten hätten die Überschwemmung der Baustelle zu vertreten. Sie müssten sich das Planungsverschulden der Bauherrin und ihrer planenden Architekten gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Der Auftraggeber schulde dem Auftragnehmer eine ordnungsgemäße Planung. Sofern der Auftraggeber als Zwischenunternehmer tätig werde, schulde er die Planung dem Subunternehmer ebenso, wie sie ihm von seinem Auftraggeber, dem Bauherrn, geschuldet wer-

de. Liefere der Architekt des Bauherrn dem Zwischenunternehmer eine unzureichende Planung, so schlage das darin liegende Verschulden nach § 278 BGB über den eigentlichen Bauherrn auf den Zwischenunternehmer durch. Darüber hinaus sei der geltend gemachte Anspruch auch als verschuldensunabhängiger Anspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B gegeben.

19 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

20 a) Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht, der Klägerin einen Anspruch nach § 6 Nr. 7 Satz 2, Nr. 6 VOB/B zuzusprechen.

21 aa) Das vom Berufungsgericht ermittelte Planungsverschulden der Bauherrin und ihrer planenden Architekten ist den Beklagten im Verhältnis zur H. GmbH und damit zur Klägerin nicht als haftungsbegründendes Verhalten im Sinne des § 6 Nr. 6 VOB/B zurechenbar.

22 (1) Diese Regelung setzt voraus, dass der Stillstand durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung eines Anspruchs aus § 6 Nr. 6 VOB/B (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96, BGHZ 137, 35, 41 f.). Eine solche vertragliche Pflicht, die durch ein Planungsverschulden hinsichtlich des Hochwasserschutzes in zurechenbarer Weise hätte verletzt worden sein können, traf vorliegend die Beklagten nicht. Insbesondere waren die Beklagten gegenüber der H. GmbH nicht verpflichtet, einen wirksamen Hochwasserschutz zu errichten und aufrechtzuerhalten. Sie haben auch nicht konkludent das Hochwasserrisiko für die Gewerke der H. GmbH übernommen. Für solche Verpflichtungen haben Anhaltspunkte nicht nur im Verhältnis der Bauherrin zu ihren Auftragnehmern gefehlt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96, BGHZ 137, 35,

42). Sie sind ebenso wenig im Verhältnis zwischen den Beklagten und der H. GmbH ersichtlich.

23 (2) Des weiteren kommt auch das festgestellte Planungsverschulden gegenüber der Klägerin nicht zum Tragen. Ein Planungsfehler, zu dessen Begründung sich das Berufungsgericht auf die Feststellungen in seinem Urteil vom 27. April 2001 - 11 U 63/00 bezogen hat, kann, wie der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren gegen jene Entscheidung ausgeführt hat, nur darin bestehen, dass versäumt worden ist, das beim Hochwasserschutz verfolgte Konzept und die darin für eine bestimmte Konsole vorgesehene Funktion planerisch hinreichend zu verdeutlichen (BGH, Beschluss vom 5. Juni 2003 - VII ZR 186/01, BauR 2003, 1382 = NZBau 2003, 433 = ZfBR 2003, 681), und zwar gegenüber den gerade im Bereich des Hochwasserschutz tätigen und für ihn verantwortlichen Unternehmen. Dementsprechend betraf der Planungsfehler den Vergabeteil des Gesamtprojektes, dessen fehlerhafte Ausführung den Schaden ermöglicht hat (Baulos A). Den dort ausführenden Unternehmen hätte die Planung jene Einzelheiten vor Augen führen müssen, deren Fehlen am Ende zur Überflutung geführt hat (Senatsbeschluss vom 5. Juni 2003, aaO). Zu diesen Unternehmen gehört die H. GmbH nicht. Sie hat in anderen Vergabeteilen, den Baulosen C und D, gearbeitet, die andere Bauteile mit anderen Planungsunterlagen umfassten. Hier hat es keine zu den geltend gemachten Schäden führenden Planungsfehler gegeben.

24 bb) Nicht erörtert hat das Berufungsgericht, ob sich ein Anspruch der Klägerin aus der Verletzung einer die Beklagten treffenden Schutzpflicht aufgrund eines errichteten Hochwasserschutzes ergeben könnte.

25 (1) Der Senat hat eine solche Schutzpflicht im Verhältnis der Bauherrin zu ihren Auftragnehmern im Einzelfall in Betracht gezogen. Sie kommt in Frage,

wenn ein Auftragnehmer darauf vertrauen konnte und durfte, dass sein Auftraggeber die von ihm veranlassten Schutzmaßnahmen aufrechterhält, und wenn der Auftragnehmer in berechtigtem Vertrauen darauf auf eigene Maßnahmen verzichtet hat. Im Rahmen des begründeten Vertrauens ist der Auftraggeber, solange er das Vertrauen aufrechterhält, verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1997 - VII ZR 64/96, BGHZ 137, 35, 42 f).

26 (2) Nun haben nicht die Beklagten, sondern deren Auftraggeberin, die Bauherrin, den Hochwasserschutz errichtet. Gleichwohl bleibt zu prüfen, ob auch die Beklagten ein schutzwürdiges Vertrauen der H. GmbH darauf begründet haben, ein Hochwasserschutz sei errichtet und werde jedenfalls während der Hochwassergefahr aufrechterhalten bleiben und sie, die H. GmbH, brauche insoweit nichts zur Sicherung ihrer Leistung zu unternehmen. Das Berufungsgericht ist aus seiner Sicht zutreffend bisher dieser Frage nicht nachgegangen und hat hierzu keine Feststellungen getroffen.

27 b) Auch die Erwägung des Berufungsgerichts, ein Anspruch der Klägerin ergebe sich auch aus § 2 Nr. 5 VOB/B, wird von den getroffenen Feststellungen nicht getragen. Es kann nicht von einer Anordnung der Beklagten im Sinne dieser Regelung ausgegangen werden. Eine solche Anordnung setzt immer voraus, dass die Änderung der Ausführung durch Umstände ausgelöst wird, die zum Verantwortungsbereich des Auftraggebers gehören, ihm also zuzurechnen sind (BGH, Urteil vom 27. Juni 1985 - VII ZR 23/84, BGHZ 95, 128, 135 f). Dies ist, wie bereits dargelegt, hier nicht festgestellt.

28 Ferner gibt § 2 Nr. 5 VOB/B dem Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch hinsichtlich der Kosten, die sich auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation im Vergleich der erbrachten mit der ursprünglich vereinbarten Leis-

tung ergeben. Solche Kosten macht die Klägerin nicht geltend, vielmehr einen Schaden, der nach ihren Angaben aufgrund des Stillstands der Bauarbeiten entstanden ist.

29 c) Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob die Klägerin einen Anspruch aus § 642 BGB hat. Diese Norm wird durch § 6 Nr. 6 VOB/B nicht verdrängt (BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - VII ZR 363/02, BGHZ 159, 161, 167 f). Nach dieser Vorschrift kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn der Besteller durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Mitwirkungshandlung in Verzug der Annahme kommt. Die Überflutung der Baustelle hat offensichtlich dazu geführt, dass die leistungsbereite H. GmbH weitere Leistungen nicht erbringen konnte, weil die Beklagten die ihnen obliegende Mitwirkungshandlung, das Baugrundstück aufnahmebereit zur Verfügung zu halten, nicht vorgenommen haben (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32).

IV.

30 Nach Aufhebung und Zurückverweisung der Sache wird das Berufungsgericht die erforderlichen weiteren Feststellungen zu treffen haben. Dabei ist gegebenenfalls dann auch im Einzelnen zu klären, inwieweit die Rechnungen und die Aufstellung Stillstandskosten enthalten.

Dressler Haß Wiebel

Kuffer Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 09.08.2000 - 91 O 49/96 -
OLG Köln, Entscheidung vom 17.04.2002 - 11 U 49/01 -