

22

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 241/73

Teil -
URTEIL

Verkündet am
27. November 1975
Werner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma C-Bau KG Baubetreuungsgesellschaft mbH & Co.,
L, F-E-P, vertreten durch die
C-Bau GmbH, ebenda, diese vertreten durch den allein-
vertretungsberechtigten Geschäftsführer Dr. Carl S.,
ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte,
Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma R Baugesellschaft mit beschränkter Haftung,
L, F-E-Platz, vertreten durch den
Geschäftsführer Alfred R. S., Direktor in E,
Kanton T, Schweiz,

Klägerin, Berufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Recken, Doerry und Kuhn

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 29. Oktober 1973 zu Ziffer 2 des Urteilsausspruchs aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte übertrug der Klägerin mit Schreiben vom 8. Dezember 1969 die Rohbauarbeiten für ein Großbauvorhaben in L [REDACTED]. Die Auftragssumme belief sich auf rd. 15.700.000,-- DM. Abzurechnen war nach Massen und Einheitspreisen. Alle Lohn- und Materialpreiserhöhungen sowie Nachforderungen wegen Sozialleistungserhöhungen wurden bis zum 31. Oktober 1971 mit evtl. Verlängerung bis zum 31. Dezember 1971 ausgeschlossen. Die Rohbauarbeiten sollten vom 15. Februar 1970 bis 15. Mai 1971 durchgeführt werden.

- 3 -

Bei der Ausführung der Rohbauarbeiten traten erhebliche Verzögerungen auf. Die Parteien streiten über deren Ursache. Der aufgestellte Zeitplan wurde am 6. Januar 1971 von der Beklagten überarbeitet und ein neuer Endtermin auf Ende 1971 festgelegt. Im Schreiben vom 18. November 1971 setzten die Architekten der Beklagten der Klägerin für die Fertigstellung der Wohntürme C und D einen letzten Termin bis Ende Januar 1972.

Mit Schreiben vom 28. Januar 1972 bat die Klägerin um Neufestsetzung der Einheitspreise wegen zwischenzeitlich eingetretener Erhöhungen der Löhne und Materialpreise. Die Beklagte lehnte dieses Verlangen im Schreiben vom 23. Februar 1972 ab, weil die Klägerin nach dem Zeitplan die Arbeiten im Jahre 1971 hätte fertigstellen müssen. Am 15. März 1972 forderte die Klägerin für die Monate Januar und Februar 1971 wegen höherer Kosten 748.629,16 DM und am 29. März 1972 unter Fristsetzung bis 15. April 1972 wegen Massenüberschreitungen und von der Beklagten verlangter abweichender Ausführung der Stahlbetonarbeiten weitere 1.440.000 DM. Die Beklagte lehnte diese Forderungen ab. Darauf kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 3. Mai 1972 den Bauvertrag. Bis dahin hatte die Beklagte auf die ihr jeweils am Monatsende vorgelegten Teilrechnungen unter Abzug eines vereinbarten Sicherheitsbetrags von 10 % insgesamt 13.936,683,39 DM gezahlt. Die Klägerin errechnet anhand der vereinbarten Einheitspreise eine Werklohnforderung von 16.380.187,60 DM.

Die Klägerin hat insgesamt 8.839.159,17 DM nebst Zinsen eingeklagt. Dieser Betrag umfaßt neun Forderungen. Die Beklagte hat diese Forderungen bestritten und hilfsweise Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt.



Über die Forderungen Nr. 1, 7 und 8 von zusammen 4.245.325,41 DM nebst Zinsen hat das Landgericht noch nicht entschieden. Die übrigen Forderungen im Gesamtbetrag von 4.593.833,80 DM mit Zinsen hat es abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Abweisung der Forderungen Nr. 3, 5 und 6 sowie der Forderung Nr. 9 auf Erstattung der Mehrwertsteuer zu den Forderungen Nr. 3, 5 und 6 in Höhe von 328.946,86 DM bestätigt. Die Forderungen Nr. 2 und 4 sowie die Forderung Nr. 9 auf Erstattung der Mehrwertsteuer zu diesen beiden Forderungen in Höhe von 126.297,94 DM hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Beklagte erstrebt mit der Revision die volle Abweisung der Forderungen Nr. 2, 4 und 9. Die Klägerin verfolgt mit der Anschlußrevision die Forderung Nr. 5 und den darauf entfallenden Teil der Forderung Nr. 9 weiter. Jede Partei beantragt, die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Forderung Nr. 4 über 1.085.683,-- DM

umfaßt Nachforderungen wegen Lohn- und Materialpreiserhöhungen für die Zeit vom 1. November 1971 bis zur Kündigung des Vertrags am 3. Mai 1972.

1. Nach der von den Parteien handschriftlich abgeänderten Bestimmung Nr. 5.1 der Allgemeinen Vorbemerkungen

und Vertragsbedingungen (AV u. V) sollte die Festpreisvereinbarung bis 31. Oktober 1971 gelten mit evtl. Verlängerung bis 31. Dezember 1971.

a) Ob die Festpreisabrede nur bis 31. Oktober oder bis 31. Dezember 1971 gegolten hat, bedarf nach Ansicht des Berufungsgerichts im Hinblick auf einen Beweisantrag der Beklagten noch der Klärung. Mangels einer weiteren Abrede sei sie mindestens ab 1. Januar 1972 nicht mehr maßgebend gewesen und deshalb dürfe die Klägerin jedenfalls für die ab 1. Januar 1972 erbrachten Leistungen nach § 632 Abs. 2 BGB die die inzwischen gestiegenen Löhne und Preise berücksichtigende angemessene Vergütung verlangen.

b) Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe sich mit ihren Leistungen in Verzug befunden und dadurch die Überschreitung der vorgesehenen Ausführungsfrist selber verschuldet, greift nach Ansicht des Berufungsgerichts keinesfalls für Januar 1972 durch, weil die Beklagte der Klägerin für die Fertigstellung der Wohnräume C und D eine letzte Frist bis Ende Januar 1972 gesetzt und ihr damit eine Fristverlängerung bewilligt habe. Damit erweise sich der Anspruch der Klägerin auf angemessenen Werklohn dem Grunde nach als gerechtfertigt.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Klägerin zumindest ab 1. Januar 1972 nicht mehr an die vereinbarten Festpreise gebunden gewesen sei. Diese Auslegung der Parteivereinbarung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Die Begrenzung der ursprünglich für die gesamte Bauzeit getroffenen Festpreisvereinbarung bis 31. Oktober evtl. 31. Dezember 1971 läßt den Schluß zu, daß sie, falls die

Arbeiten in der vorgesehenen Zeit nicht durchgeführt wurden, jedenfalls nach dem 31. Dezember 1971 nicht mehr gelten sollte. Eine Vertragslücke, von der die Revision spricht, wird durch § 632 Abs. 2 BGB ausgefüllt, wonach mangels einer neuen Preisvereinbarung die Klägerin die angemessene Vergütung beanspruchen kann.

3. Nicht gefolgt werden kann jedoch der Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin könne für die im Januar 1972 erbrachten Leistungen eine höhere Vergütung deshalb verlangen, weil sie sich in diesem Monat nicht in Verzug befunden habe.

a) Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß das Berufungsgericht bei der Prüfung des von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafenanspruchs von einem bereits eingetretenen Leistungsverzug der Klägerin ausgeht. Die Ansicht des Berufungsgerichts, mit dem Schreiben der Architekten vom 18. November 1971 sei jedoch der Klägerin eine Fristverlängerung bis 31. Januar 1972 bewilligt worden mit der Folge, daß sie für die im Januar 1972 erbrachten Leistungen mangels Verzugs höhere Einheitspreise beanspruchen könne, ist nicht haltbar. In dem Schreiben der Architekten wurden von der Klägerin bestimmte "Sofortmaßnahmen" gefordert und ein "letztmöglichster Fertigstellungstermin der Wohntürme C und D bis Ende Januar, damit der entstehende Schaden noch überschaubar bleibt" bestimmt, mit dem Hinweis, daß bei Nichteinhaltung dieses Termins die Konventionalstrafe in Kraft trete. Damit mag die Beklagte, wie das Berufungsgericht annimmt, auf eine Vertragsstrafe für die Zeit vor der Fristsetzung verzichtet haben und es kann offen bleiben, ob sie damit, wie das Berufungsge-

richt weiter meint, auch davon Abstand nehmen wollte, sonstige Rechte aus Leistungsverzug der Klägerin geltend zu machen. Auf keinen Fall kann angenommen werden, daß sich die Beklagte mit der Fristsetzung im Schreiben vom 18. November 1971 auch bereit erklären wollte, die vereinbarten Festpreise übersteigende Vergütungen zu zahlen, wenn die Klägerin die vorgesehene Ausführungsfrist, für deren Dauer die Festpreisvereinbarung gelten sollte, aus von ihr zu vertretenden Gründen nicht eingehalten hat. Ob die Klägerin sich in Leistungsverzug (§ 284 BGB) befand, ist nicht entscheidend. Mit dem Außerkrafttreten der Festpreisvereinbarung am 31. Oktober oder 31. Dezember 1971 durfte die Klägerin Kostensteigerungen nur insoweit in Rechnung stellen, als sie durch von ihr nicht zu vertretende Umstände gehindert war, die vertraglich vorgesehenen Leistungen vor Ablauf der Festpreisvereinbarung zu erbringen. Letzteres hat die Klägerin zu beweisen.

Auch der Erlass eines Grundurteils erfordert die Entscheidung der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob und inwieweit die Klägerin durch von ihr nicht zu vertretende Umstände gehindert war, die Arbeiten während der Geltung der Festpreisvereinbarung auszuführen. Das die Forderung Nr. 4 dem Grunde nach für berechtigt erklärende Berufungsurteil kann daher insoweit nicht aufrecht erhalten werden.

II.

Die Klageforderung Nr. 2 über 62.500.-- DM

begründet die Klägerin damit, daß sie den Bauvertrag gekündigt habe, weil die Beklagte fällige Zahlungen trotz Fristsetzung endgültig abgelehnt habe (§ 9 Nr. 1a VOB/B) und ihr deshalb nach § 9 Nr. 2 VOB/B eine angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB zustehe. Das Berufungsgericht hält die Kündigung für berechtigt.

1. Es geht von dem Schreiben der Klägerin vom 28. Januar 1972 aus. Darin hat die Klägerin die Beklagte darauf hingewiesen, daß die vertraglich vereinbarte Festpreisklausel spätestens am 31. Dezember 1971 ausgelaufen sei und sie sich deshalb erlauben werde, die eingetretene Teuerung ab 1. Januar 1972 gesondert in Rechnung zu stellen. Die Beklagte ist dieser Ankündigung im Schreiben vom 23. Februar 1972 mit der Begründung entgegengetreten, daß nach den gemeinsam aufgestellten Bauzeitplänen die Rohbauarbeiten spätestens im Herbst 1971 hätten beendet und selbst nach dem von der Klägerin im Mai 1971 vorgelegten Ablaufplan die letzte Decke am 12. Dezember 1971 hätte betoniert sein sollen.

Darin sieht das Berufungsgericht eine endgültige Zahlungsverweigerung. Die Beklagte habe sich damit dem Zahlungsverlangen der Klägerin auch dem Grunde nach verschlossen. Deshalb habe die Klägerin, zumal sie mit Schreiben vom 29. März 1972 die Beklagte nochmals gemahnt hatte, nach § 9 Nr. 2 VOB/B den Vertrag kündigen dürfen. Die Klageforderung Nr. 2 erweise sich deshalb dem Grunde nach als gerechtfertigt.

2. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann ebenfalls nicht gefolgt werden, weil - wie unter I ausgeführt - ein Anspruch der Klägerin auf höhere Einheitspreise als die in der Festpreisvereinbarung festgelegten davon abhängt, ob und inwieweit die Klägerin durch nicht von ihr zu vertretende Umstände gehindert war, die vertraglich vorgesehenen Arbeiten in den vereinbarten, die Dauer der Festpreisklausel nicht überschreitenden Ausführungsfristen durchzuführen, was noch der Klärung bedarf.

3. Das Berufungsgericht führt für seine Ansicht, daß die Klägerin den Bauvertrag habe kündigen dürfen, auch die Entscheidung des Senats vom 21. November 1968 - VII ZR 89/66 - (= WM 1969, 65, 67 = Schäfer-Finnern Z 2.511 Bl. 14) an. Dort ist ausgeführt, daß dann, wenn sich die Geschäftsgrundlage derart geändert hat, daß der Auftragnehmer eine höhere Vergütung beanspruchen darf, der Auftraggeber sich damit einverstanden erklären muß und daß bei Weigerung des Auftraggebers der Auftragnehmer nicht gehalten ist, die Arbeiten zu den alten Bedingungen zu Ende zu führen und sich darauf verweisen zu lassen, hinterher die höhere Vergütung einzuklagen. In einem derartigen Fall sei das Recht des Auftragnehmers, sich vom Vertrag zu lösen, auch nicht davon abhängig, daß der Auftraggeber die Anpassung des Vertrags schuldhaft verweigert und damit eine positive Vertragsverletzung begehe.

Damit war nicht gesagt, daß der Auftraggeber in jedem zweifelhaften Falle gehalten ist, dem Verlangen des Auftragnehmers nach höheren Zahlungen nachzukommen, um zu vermeiden, daß dieser sich von seiner Verpflichtung, das Bauwerk fertigzustellen, lossagt. Der Senat hat in jenem Urteil lediglich die Begründung des Berufungsge-

richts, der Auftragnehmer hätte seinen Anspruch auf Erhöhung der Vergütung gerichtlich durchsetzen können, für nicht ausreichend erklärt. Die Möglichkeit, daß aus besonderen Gründen trotz Zahlungsverweigerung des Auftraggebers dem Auftragnehmer die Fortsetzung der Arbeiten zugemutet werden kann, ist in jenem Urteil ausdrücklich offen gelassen. Es kommt jeweils auf die gegebenen Umstände an. Die Klägerin hatte bereits in ihrem Schreiben an die Beklagte vom 28. September 1970 eingeräumt, daß sie mit den Arbeiten in Rückstand geraten war. In der Folgezeit haben die Parteien darüber gestritten, wer die späteren Verzögerungen zu vertreten habe. Falls die Beklagte weiterhin entsprechend dem Fortgang der Arbeiten Abschlagszahlungen geleistet hat, die Berechtigung der Klägerin, höhere Einheitspreise zu fordern, aber zweifelhaft war, so durfte die Klägerin nach Außerkrafttreten der Festpreisklausel nicht unter allen Umständen wegen der Weigerung der Beklagten, die höheren Preise zu zahlen, den Bauvertrag kündigen. Ein Hinderungsrecht hatte sie nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht, wenn die Einwände der Beklagten gegen ihre Mehrforderungen nicht von der Hand zu weisen waren. Es darf nicht allein darauf abgestellt werden, ob sich die Mehrforderung der Klägerin in einem späteren Rechtsstreit als berechtigt erweist. Das Berufungsgericht hat zwar das Kündigungsrecht der Klägerin nicht etwa deshalb bejaht, weil die Beklagte die höheren Beträge nicht bezahlt hat, sondern weil sie das Verlangen der Klägerin nach höheren Zahlungen auch nicht dem Grunde nach als berechtigt anerkannt habe. Eine Verpflichtung der Beklagten, die Mehrforderung wenigstens dem Grunde nach anzuerkennen, ist jedoch in Anbetracht der rechtlichen Bedeutung eines solchen Anerkennnisses nach den gleichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

III.

Da die Entscheidung hinsichtlich der Forderungen Nr. 4 und Nr. 2 keinen Bestand haben kann, muß das angefochtene Urteil auch insoweit aufgehoben werden, als der Anspruch auf Erstattung der Mehrwertsteuer zu den Forderungen Nr. 4 und Nr. 2 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist (Teil der Forderung Nr. 9).

IV.

Über die Anschlußrevision der Klägerin wird durch dieses Teilurteil nicht entschieden.

Vogt

Erbel

Recken

Doerry

Kuhn