BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 363/02

Verkündet am:
13. Mai 2004
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

VOB/B § 6 Nr. 6 und 7;
BGB § 642

a) § 6 Nr. 7 VOB/B ist auch dann anwendbar, wenn ein Auftragnehmer vor der Unterbrechung der Bauausführung mit seiner Arbeit auf der Baustelle noch nicht begonnen hat.

b) Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann vor Ablauf der Dreimonatsfrist erklärt werden, wenn mit Sicherheit feststeht, daß die Unterbrechung länger als drei Monate dauern wird.

c) Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann auch die 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 zumutbar ist.

d) § 642 BGB ist bei gekündigtem Vertrag neben § 6 Nr. 6 VOB/B anwendbar (im Anschluß an BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32).

BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - VII ZR 363/02 - OLG Köln
LG Bonn

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 1. Oktober 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auf Zahlung von 867.265,28 DM (= 443.425,70 €) und Zinsen sowie auf Feststellung abgewiesen worden ist. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin, die zunächst Klage erhoben hatte - künftig: Klägerin -, fordert von der beklagten Bundesrepublik Deutschland aus Werkvertrag Vergütung, hilfsweise Schadensersatz. Im Kern streiten die Parteien über die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten nach § 6 Nr. 7 VOB/B und deren Folgen für die Abrechnung der Klägerin.

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

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 20. Oktober 1993 mit der Herstellung der Heiz- und der zentralen Wassererwärmungsanlage für einen Teil des Schürmann-Baus in Bonn; die Geltung der VOB/B war vereinbart. Noch vor Beginn der für die vierte Kalenderwoche 1994 vorgesehenen Montagearbeiten wurde die Baustelle am 22./23. Dezember 1993 infolge einer Lücke im Hochwasserschutz aufgrund der Umstellung vom vorläufigen Hochwasserschutz zum endgültigen Hochwasserschutz vom Rheinhochwasser überflutet. Am 3. Januar 1994 ordnete die Beklagte deshalb einstweilen die Einstellung der Arbeiten an. Mit Schreiben vom 29. März 1994 kündigte sie den Vertrag wegen mehr als drei Monate andauernder Bauunterbrechung gemäß § 6 Nr. 7 VOB/B. Trotz Widerspruchs der Klägerin, die das Schreiben als Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B verstanden wissen wollte, hielt die Beklagte mit Schreiben vom 13. April 1994 an ihrer Erklärung fest.

Die Klägerin, die ein Recht der Beklagten zur Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B verneint, fordert nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B den vollen Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen. Sie hat nach Anrechnung einer Zahlung der Beklagten in Höhe von 304.750 DM für erbrachte Vorarbeiten einen Anspruch auf Vergütung nach Abzug ersparten Aufwands und möglichen anderweitigen Erwerbs in Höhe von 2.907.456,94 DM geltend gemacht; hilfsweise hat sie Ersatz von Stillstandskosten in Höhe von 817.141,02 DM gefordert (Klageantrag zu 1). Ferner hat sie die Erstattung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 25.428,30 DM (Klageantrag zu 2) sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten bezüglich weiteren Verzugsschadens begehrt (Klageantrag zu 3).

Das Landgericht hat durch Teil-Grundurteil den Klageantrag zu 1 dem Grunde nach aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Teilurteil als unzulässig angesehen, den beim Landgericht noch anhängigen Teil des Rechtsstreits an sich

gezogen und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag zu 1 in dem Sinne weiter, daß sie die Wiederherstellung des Grundurteils des Landgerichts begehrt. Ferner macht sie ihre Klageanträge zu 2 und 3 weiter geltend.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat in Höhe von insgesamt 867.265,28 DM und Zinsen, nämlich 24.695,96 DM aus der Hauptbegründung sowie 817.141,02 DM aus der Hilfsbegründung des Klageantrages zu 1 und 25.428,30 DM aus dem Klageantrag zu 2 einschließlich des Feststellungsbegehrens (Klageantrag zu 3) Erfolg. In diesem Umfang führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die weitergehende Revision hat keinen Erfolg.

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

A.

Klageantrag zu 1

I.

1. Das Berufungsgericht führt aus, das Teil-Grundurteil des Landgerichts, das allein den Klageantrag zu 1 betrifft, sei wegen der Gefahr einer widersprechenden Entscheidung über die beiden anderen Klageanträge unzulässig. Es

sei sachgerecht, den beim Landgericht anhängig gebliebenen Teil an sich zu ziehen und über die Klage insgesamt zu entscheiden.

2. Die Revision zieht die Beurteilung des Berufungsgerichts zur Unzulässigkeit des Teil-Grundurteils nicht in Zweifel und greift auch das weitere Verfahren des Berufungsgerichts nicht an. Insoweit ist die Entscheidung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe den Vertrag mit der Klägerin nach § 6 Nr. 7 VOB/B wegen mehr als dreimonatiger Unterbrechung wirksam gekündigt. Die Vorschrift sei auch dann anwendbar, wenn der Auftragnehmer bei Kündigung mit den Bauarbeiten auf der Baustelle noch nicht begonnen habe. Es sei ferner ohne Bedeutung, daß im Zeitpunkt der Kündigungserklärung der Beklagten, bezogen auf den vereinbarten Montagebeginn, noch keine drei Monate vergangen seien. Es sei für alle Beteiligten offensichtlich gewesen, daß zumindest bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist mit den Arbeiten nicht begonnen werden könne. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe das Schadensbild nach Rückgang des Hochwassers die Befürchtung nahegelegt, die Standsicherheit des bereits errichteten Teils des Gebäudes sei derart gefährdet, daß eine baldige Sanierung nicht möglich sei. Daher sei auch eine eingeschränkte Arbeitsaufnahme der Klägerin nicht in Betracht gekommen.

Das Kündigungsrecht der Beklagten sei nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie dem Risiko der Überflutung näher gestanden habe. Eine solche Einschränkung sei § 6 Nr. 7 VOB/B nicht zu entnehmen. Jedenfalls treffe die Beklagte in bezug auf die Klägerin kein Verschulden an der Überflutung. Eine

Schutzpflichtverletzung gegenüber der Klägerin scheide aus, da diese ihre Arbeit auf der Baustelle noch nicht begonnen gehabt habe und folglich nicht in den konkreten Schutzbereich einbezogen gewesen sei. Schließlich werde das Kündigungsrecht der Beklagten nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Klägerin ihrerseits nach § 9 Nr. 1 VOB/B hätte kündigen und gegebenenfalls weitergehende Ansprüche geltend machen können. Die Klägerin habe von dieser Kündigungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht und das auch erklärtermaßen nicht gewollt. Da nach alledem die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B wirksam sei, stünden der Klägerin keine Ansprüche auf Vergütung nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B oder auf Stillstandskosten nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allem stand.

Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend die Kündigung der Beklagten nach § 6 Nr. 7 VOB/B als wirksam angesehen. Jedoch rechtfertigen die bisher getroffenen Feststellungen die vollständige Abweisung des Klageantrags zu 1 nicht. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht einen als übergangen gerügten Teil der Forderung sowie einen Anspruch aus § 642 BGB nicht erörtert.

a) Die Bedenken der Revision, § 6 Nr. 7 VOB/B sei nicht anwendbar, weil die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht mit ihrer Arbeit auf der Baustelle begonnen gehabt und damit eine Unterbrechung vom Wortsinn her nicht vorgelegen habe, greifen nicht durch. Es entspricht überwiegender Meinung, daß das Kündigungsrecht nach § 6 Nr. 7 VOB/B den Beginn der Ausführung nicht voraussetzt (Ingenstau/Korbion/Döring, 15. Aufl., § 6 Nr. 7 VOB/B Rdn. 3; Heiermann/Riedl/Rusam, 10. Aufl. B § 6 Rdn. 57; a.A.: Beck'scher VOB-Komm/Motzke, B § 6 Nr. 7 Rdn. 28). Das trifft zu. Es kann jeder Vertragspartei bei einer mehr als drei Monate dauernden Unterbrechung im Einzelfall nicht mehr zumutbar sein, am Vertrag festzuhalten. Sie soll daher nach Sinn

und Zweck dieser Vorschrift berechtigt sein, den Bauvertrag zu kündigen, ohne daß es auf den Beginn der Arbeiten ankäme.

Der Hinweis der Revision auf § 6 Nr. 5 VOB/B, auf den § 6 Nr. 7 Satz 2 VOB/B verweist, ändert an dieser Beurteilung nichts. Dort wird nur geregelt, daß und wie abzurechnen ist, wenn der Auftragnehmer bei Kündigung bereits einen Teil seiner Leistungen erbracht hat. Das Kündigungsrecht nach § 6 Nr. 7 VOB/B ist jedoch nicht davon abhängig, ob bereits ein abrechenbarer Anspruch auf Vergütung oder Kostenersatz nach § 6 Nr. 5 VOB/B entstanden ist.

b) Eine Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann vor Ablauf der Dreimonatsfrist erklärt werden, wenn mit Sicherheit feststeht, daß die Unterbrechung länger als drei Monate dauern wird. Zu Unrecht vermißt die Revision Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, es sei im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten offensichtlich gewesen, daß bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist die Arbeiten keinesfalls aufgenommen werden konnten. Nach den Feststellungen im unstreitigen Teil des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils, auf das das Berufungsgericht Bezug nimmt, hatte das in die Baugrube eingedrungene Hochwasser einen Auftrieb des Baukörpers verursacht mit der Folge, daß dessen Wände gerissen und andere erhebliche Beschädigungen an dem bereits teilweise fertiggestellten Gebäude entstanden waren. Die Klägerin ist ferner dem Vortrag der Beklagten nicht entgegengetreten, daß das Beweisgutachten, mit dem u.a. die Frage der Standsicherheit des Gebäudes und damit seiner Sanierbarkeit geklärt werden sollte, erst im Spätsommer 1995 vorlag. Aufgrund des Schadensbildes war eine längerfristige Unterbrechung der Bauausführung offenkundig und bedurfte keiner weiteren Erläuterung.

c) In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob das Kündigungsrecht nach § 6 Nr. 7 VOB/B für die Vertragspartei ausgeschlossen ist, aus de-

ren Risikobereich die Ursache der Unterbrechung der Bauausführung herrührt oder die diese zu vertreten hat (gegen Ausschluß: Staudinger/Peters (2000), § 636 Rdn. 94 und 96; für Ausschluß: OLG Düsseldorf BauR 1984, 671 (nur LS); Beck'scher VOB-Komm./Motzke aaO, B § 6 Nr. 7 Rdn. 23 ff.; Hdb. d. priv. BauR Merl, 2. Aufl., § 13 Rdn. 487; Heiermann/ Riedl/Rusam aaO § 6 Rdn. 57). Der Senat bejaht grundsätzlich das Recht zur Kündigung, soweit das Festhalten an dem Vertrag für die kündigende Partei nicht zumutbar ist.

aa) Die Bauvertragsparteien, die ihrem Vertrag die VOB/B zugrunde legen, regeln in § 6 Nr. 7 VOB/B ihre rechtlichen Befugnisse bei zeitweiliger Unterbrechung der Bauausführung im Rahmen ihres Langzeitvertrages. § 6 Nr. 7 VOB/B ist vertraglich konkretisiertes Billigkeitsrecht. Die Regelung differenziert nicht nach Risikosphären oder nach Verschulden. Sie bedarf einer Einschränkung nur, soweit es einer Partei im Einzelfall zumutbar ist, an dem Vertrag festzuhalten. Denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß ein außerordentliches Kündigungsrecht voraussetzt, daß es einer Partei unzumutbar ist, an dem Vertrag festgehalten zu werden. Dies ist regelmäßig nicht der Fall, wenn die kündigende Vertragspartei bei Vertragsschluß von dem drohenden Eintritt einer Unterbrechung Kenntnis hat oder sie ohne weiteres in der Lage ist, die Unterbrechung zu verhindern oder zu beenden.

Gegen die Zubilligung dieses Kündigungsrechts aus § 6 Nr. 7 VOB/B lassen sich aus den Rechtsfolgen keine durchgreifenden Argumente herleiten. Durch die Verweisung in § 6 Nr. 7 VOB/B auf § 6 Nrn. 5 und 6 VOB/B einerseits und durch die mögliche Anwendung des § 642 BGB andererseits wird für diese Fälle ein angemessener Ausgleich geschaffen. In dem Fall, daß derjenige kündigt, der die Kündigung zu vertreten hat, schuldet er Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B. Es entspricht dem Regelungssystem der VOB/B, daß er in diesem Fall Schadensersatz für entgangenen Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahr-

lässigkeit schuldet. Für den Fall, daß ein Verschulden nicht vorliegt, ist § 642 BGB auch beim VOB/B-Vertrag anwendbar (nachstehend zu f). Daraus ergibt sich, daß auch dann, wenn der Auftraggeber die Unterbrechung zu vertreten hat und kündigt, der Auftragnehmer nicht schlechter gestellt wird als bei einer eigenen Kündigung nach § 9 Nr. 1 VOB/B.

bb) Auf dieser Grundlage durfte die Beklagte den Vertrag nach § 6 Nr. 7 VOB/B kündigen, auch wenn sie als Bauherrin der Gefahr, die sich aus der Veränderung des Hochwasserschutzes ergab, näher als die Klägerin als Auftragnehmerin stand (zu letzterem: BGH, Urteil vom 21. August 1997 - VII ZR 17/96, BGHZ 136, 303, 311f. in einem den Schürmann-Bau betreffenden Rechtsstreit). Das gilt selbst dann, wenn der Beklagten ein Verschulden an der Überflutung der Baustelle zur Last zu legen wäre. Nach den getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, daß es der Beklagten unzumutbar war, an dem Vertrag festzuhalten.

d) Rechtlich nicht zu beanstanden sind die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den auf eine Verletzung einer Schutzpflicht im Sinne der Entscheidung des Senats vom 16. Oktober 1997 (VII ZR 64/96, BGHZ 137, 35, 41 ff.) gestützten Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B abgelehnt hat. Es trifft zu, daß eine derartige Schutzpflicht daraus abgeleitet worden ist, daß ein Auftragnehmer im Vertrauen auf eine von der Beklagten zunächst errichtete Hochwassersicherung von eigenen Vorkehrungen zum Schutz seiner Werkleistung vor Überschwemmungsschäden abgehalten wird. Die Klägerin kann sich auf eine Verletzung dieser Schutzpflicht nicht berufen, weil sie mit ihren Arbeiten auf der Baustelle noch nicht begonnen hatte.

e) Danach hat das Berufungsgericht den Klageantrag zu 1, soweit er mit seiner Hauptbegründung auf Zahlung von 2.907.456,94 DM gerichtet ist, zu

Recht abgewiesen. Allerdings rügt die Revision zutreffend, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt, in diesem Zahlungsantrag sei ein Betrag von 24.695,96 DM enthalten, der sich aus der Differenz der von der Klägerin geforderten Vergütung für erbrachte Vorleistungen einschließlich entstandener Kosten in Höhe von 329.445,96 DM und der darauf geleisteten Zahlung der Beklagten in Höhe von 304.750 DM ergebe (§ 6 Nr. 5 VOB/B). Das Berufungsurteil enthält hierzu keine tragfähigen Feststellungen; diese sind nach der Zurückverweisung nachzuholen.

f) Das Berufungsgericht hat es unterlassen zu prüfen, ob der Klägerin aufgrund ihrer Hilfsbegründung ein Zahlungsanspruch in Höhe von 817.141,02 DM aus § 642 BGB zusteht.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird § 642 BGB bei einem aufrechterhaltenen VOB-Vertrag durch § 6 Nr. 6 VOB/B nicht verdrängt, da § 6 Nr. 6 VOB/B keine abschließende Regelung von Leistungsstörungen enthält, die zu Verzögerungen führt (Senatsurteil vom 21. Oktober 1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32). Entsprechendes gilt im Fall einer Kündigung des Vertrages.

bb) Für einen Anspruch aus § 642 BGB liegen dem Grunde nach Anhaltspunkte vor. 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 Klägerin ihre Leistung nicht erbringen konnte, weil die Beklagte die erforderliche und ihr obliegende Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat (vgl. im einzelnen: Senatsurteil vom 21. Oktober 1999, VII ZR 185/98, aaO).

B.

Klageanträge zu 2 und 3

1. Das Berufungsgericht führt aus, ein Verzug der Beklagten liege nicht vor, weil sie der Klägerin nichts mehr geschuldet habe.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Sofern die Beklagte der Klägerin entsprechend den Ausführungen zum Klageantrag zu 1 noch Entschädigung schuldet, kann sie mit dieser Zahlung in Verzug geraten sein, so daß der Anspruch der Klägerin für die Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung ebenso wie die beantragte Feststellung gerechtfertigt sein kann, ihr weiteren, verzugsbedingten Schaden zu ersetzen. Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, hierzu die erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Dressler Hausmann

RiBGH Dr. Wiebel befindet sich in Urlaub und kann daher nicht unterschreiben.
Dressler

Kuffer Kniffka