

VII ZR 47/63

Verkündet
am 28. September 1964
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2232 G63

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

der Firma W. R. [REDACTED] & Co. Bauunternehmung in K [REDACTED], H [REDACTED] -
[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] B [REDACTED], vertreten durch den Präsidenten
der Oberpostdirektion in K [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. September 1964 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundes-
richter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 9. Januar 1963 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Vor einigen Jahren begann die Beklagte mit dem Bau des Fernmeldeamts in K[REDACTED]. Die einzelnen Bauabschnitte wurden ausgeschrieben. Die Klägerin erhielt fünf Aufträge über eine Rohbaukostensumme von fast 5 Millionen DM, im einzelnen:

			DM
am 15.11.1957	Bauteil F	Rohbaukostensumme	189.148,62
am 2. 9.1958	Bauteil A	"	2.240.648,03
am 22. 5.1959	Bauteil T	"	1.038.056,35
am 22. 4.1960	Bauteil B-K	"	1.307.623,65
am 18. 4.1961	Bauteil T	"	97.159,78
	13. Obergeschloß	"	<u>4.872.636,43</u>

Der dritte Auftrag (Bauteil T) ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites.

Das Angebot für diesen Auftrag hatte die Klägerin am 20. April 1959 abgegeben. In den für diesen wie für die anderen vier Aufträge geltenden besonderen Vertragsbedingungen ist bestimmt: "Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit".

Die Klägerin macht geltend, die Löhne seien in der für den Bauteil T vorgesehenen zweijährigen Bauzeit in unerwartetem Maße gestiegen. Die Tariflöhne hätten sich um 14 - 15 % erhöht. Außerdem habe sie an alle Arbeiter der Baustelle Auslösungen in Höhe von 20 % der Lohnkosten zahlen müssen; es sei innerhalb der Bauzeit üblich geworden, daß die Bauarbeiter ihren Wohnsitz nach auswärts verlegten, um Auslösungen zu erhalten. Insgesamt seien für den Bauteil T unvorhergesehene Mehraufwendungen an Löhnen in Höhe von 101.068,05 DM entstanden. Diese zehrten den gesamten von ihr mit 2 % = rund 96.000 DM kalkulierten Gewinn aus allen 5 Aufträgen auf. Die Klägerin ist der

Meinung, die Geschäftsgrundlage des Vertrags vom 22. Mai 1959 sei wegen der unerwarteten Entwicklung der Löhne weggefallen. Sie hält die Beklagte für verpflichtet, den größten Teil der Mehrkosten an Lohn zu tragen.

Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, in eine Abänderung des Vertrags vom 22. Mai 1959 dahin einzuwilligen, daß die entstandenen und noch entstehenden Lohnmehrkosten, soweit sie die ursprünglichen Lohnkosten um mehr als 6 % übersteigen, von der Beklagten zu zahlen sind. Hilfsweise begehrt sie Zahlung von 20.000 DM.

Die Beklagte beruft sich vor allem darauf, daß die Klägerin durch den Abschluß zu Festpreisen das Risiko etwaiger Lohnerhöhungen übernommen habe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob zur Zeit seiner Entscheidung noch ein Rechtsschutzinteresse für den Hauptantrag bestand; es hält ihn jedenfalls nach sachlichem Recht für unbegründet.

Dieses Verfahren ist zu beanstanden. Das Rechtsschutzinteresse ist eine Prozeßvoraussetzung; fehlt diese, so muß die Klage als unzulässig abgewiesen werden, und darauf, ob der eingeklagte Anspruch materiellrechtlich besteht, ist dann nicht einzugehen.



Die Frage, ob ein Rechtsschutzinteresse gegeben ist, hat auch das Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen. Sie ist zu bejahen.

Der Rohbau ist erst am 11. Dezember 1961 abgenommen worden (Schriftsatz vom 7. März 1962 S. 2). Daraus ist zu entnehmen, daß die Klägerin jedenfalls bei Klageerhebung noch nicht in der Lage war, die Lohnmehrkosten abschließend zu berechnen und mit einem Zahlungsantrag geltend zu machen; damals konnte deshalb das Rechtsschutzbedürfnis für den Klageantrag, in eine Änderung des Vertrags einzuwilligen, nicht bezweifelt werden. Selbst wenn im Laufe des Prozesses die entstandenen Mehraufwendungen an Lohn beziffert und mit einer Zahlungsklage beansprucht werden konnten, war die Klägerin deshalb nicht gezwungen, von ihrem Hauptantrag abzugehen. Das hier gegebene Verhältnis zwischen der Klage auf Einwilligung in die Vertragsänderung und der auf Zahlung gleiches dem zwischen einer Feststellungs- und einer Leistungsklage und darf deshalb nach den gleichen Grundsätzen behandelt werden. Für letzteres ist anerkannt, daß der Kläger, wenn bei zulässig erhobener Feststellungsklage während des Rechtsstreits die Leistungsklage möglich wird, in der Regel nicht zum Leistungsantrag überzugehen braucht (u.a. BGH III ZR 131/51 vom 31. Januar 1952 = LM Nr. 5 zu § 256 ZPO und VII ZR 23/56 vom 8. November 1956).

Der Hauptantrag ist aber ebenso wie der Hilfsantrag, wie die folgenden Ausführungen ergeben, nach sachlichem Recht unbegründet.

II.

Die Klägerin meint, wegen der unerwarteten Lohnerhöhungen könne sie eine Nachzahlung nach den Grundsätzen über den Wegfall bzw. die Änderung der Geschäftsgrundlage beanspruchen.

Das Berufungsgericht ist dieser Auffassung nicht gefolgt.

Es führt aus, die Klägerin habe mit ihrem äußerst niedrigen Angebot, das 20 % unter dem Durchschnitt aller abgegebenen Angebote gelegen habe, das Wagnis einer Steigerung der Löhne auf sich genommen. Sie habe es nicht nur versäumt, dafür zu sorgen, daß eine Lohngleitklausel vereinbart wurde. Vielmehr habe sie durch die Festpreisklausel das aus Lohnerrhöhungen erwachsende Risiko sogar ausdrücklich übernommen.

Auch bei einer solchen Vertragsgestaltung könne es allerdings Ausnahmefälle geben, in denen nach § 242 BGB eine Änderung oder Anpassung des Vertrags verlangt werden könne. Sie komme aber nur dann in Betracht, wenn es für eine Partei ein schlechthin unzumutbares Opfer bedeute, am unveränderten Verträge festgehalten zu werden. Diese Voraussetzung sei hier nicht gegeben.

Aus den drei ersten bisher abgerechneten Aufträgen seien der Klägerin nach ihrer Angabe insgesamt 118.000 DM Mehraufwendungen an Löhnen entstanden. Andererseits habe sie aber 2 % Gewinn einkalkuliert, was für die drei Aufträge rund 70.000 DM ausmache. Außerdem habe sich die Klägerin bereit erklärt, 6 % der Gesamtlohnsumme des dritten Auftrags = rund 23.000 DM selbst zu tragen. Dann bleibe noch ein Verlust von rund 25.000 DM, der es nicht rechtfertige, der Beklagten eine Nachzahlung aufzugeben.

Das sei auch dann nicht berechtigt, wenn der dritte Auftrag für sich allein betrachtet werde. Die Klägerin müsse sich so behandeln lassen, als ob sie die tariflichen Lohnerhöhungen zum 1. Mai und 1. Oktober 1959 bereits mit einkalkuliert habe, da diese ihr vor dem Zuschlag bekannt geworden seien. Wenn der auf diese Erhöhun-

gen entfallende Betrag und weiter der für den dritten Auftrag einkalkulierte Gewinn von den Lohnmehrkosten abgezogen würden, bleibe noch ein Verlust von 39.000 DM, der eine Anwendung der Grundsätze über die Änderung der Geschäftsgrundlage nicht rechtfertigen könne.

III.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält, wenn auch seine Ausführungen zum Teil bedenklich sind, den Angriffen der Revision stand.

1. Der Bundesgerichtshof hat immer wieder betont, daß an die Voraussetzungen, unter denen ein Vertrag an eine geänderte Geschäftsgrundlage angepaßt werden kann, strenge Anforderungen zu stellen sind. Es muß sich um eine derart einschneidende Änderung handeln, daß ein Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde (u.a. BGH V ZR 9/58 vom 14. Oktober 1959 = NJW 1959, 2203 und VII ZR 54/59 vom 3. März 1960). An das, was dem betroffenen Vertragsteil zumutbar ist, sind um so schärfere Anforderungen zu stellen, je eher eine Änderung der bei Vertragsschluß gegebenen Umstände vorauszusehen war und je klarer bei Vertragsschluß der Wille der Parteien zum Ausdruck gekommen ist, an den ausgehandelten Vertragsbedingungen festzuhalten (BGH VII ZR 290/56 vom 15. April 1957).

In beiden Richtungen bestehen im vorliegenden Falle von vornherein Bedenken gegen eine Änderung des Vertrags zugunsten der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Schon vor Abgabe des Angebots (20. April 1959) war der Tarifvertrag vom 4. April 1959 zustande gekommen, der Lohnerhöhungen zum 1. Mai 1959 und zum 1. Oktober 1959 vorsah. Auch weitere Lohnerhöhungen im

Laufe der auf 2 Jahre veranschlagten Bauzeit waren in Rechnung zu stellen, da der Tarif schon zum 31. Dezember 1959 gekündigt werden konnte.

Es mag allerdings zutreffen, daß Lohnerhöhungen, wie sie während der Bauzeit tatsächlich eingetreten sind, in diesem Ausmaß bei Vertragsschluß nicht erwartet wurden. Auf die Vorausschbarkeit kommt es aber nicht allein an. Ins Gewicht fällt auch, daß die Klägerin zu Einheitsfestpreisen abgeschlossen hat und sich deshalb bewußt war, ein großes Risiko durch Preis- und Lohnsteigerungen während der ziemlich langen Bauzeit auf sich zu nehmen. Wer ein solches Risiko durch Vereinbarung von Festpreisen eingeht, kann nur ganz ausnahmsweise von den Festpreisen loskommen. Das kann ihm nicht schon deshalb ermöglicht werden, weil die Durchführung des Vertrags zu den vereinbarten Preisen statt des erhofften Gewinns einen Verlust bringt.

Bei Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte kann dem Berufungsgericht nicht vorgeworfen werden, es habe die Grenze des für die Klägerin Zumutbaren unrichtig gezogen.

2. Das vermag auch die Revision nicht darzulegen. Zu ihren Rügen ist im einzelnen zu bemerken:

a) Das Berufungsgericht durfte berücksichtigen, welchen Gewinn die Klägerin aus den ersten beiden Aufträgen erzielt hat. Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag nach Treu und Glauben veränderten Umständen angepaßt werden muß oder ob die Partei an der vertraglichen Regelung festgehalten werden kann, sind alle das Verhältnis der Parteien betreffenden Umstände zu würdigen. Wenn der Klägerin auch die Ausführung der verschiedenen Bauteile des Fernmeldeamts durch mehrere rechtlich selbständige

Verträge übertragen worden ist, so handelte es sich doch um ein zusammenhängendes Bauvorhaben, und im Rahmen der nach Treu und Glauben vorzunehmenden Wertung ist es nicht unbillig, mit in Betracht zu ziehen, welches finanzielle Ergebnis das ganze Bauvorhaben für die Klägerin gehabt hat. Danach aber hält sich der Verlust, wie das Berufungsgericht ausführt, innerhalb einer der Klägerin nach der Vertragsgestaltung noch zumutbaren Grenze.

b) Das Berufungsgericht will die Lohnerhöhungen zum 1. Mai und zum 1. Oktober 1959 nicht zugunsten der Klägerin berücksichtigen, weil die Klägerin vor dem für den Zuschlag maßgeblichen Zeitpunkt (20. Mai 1959) wegen dieser Lohnerhöhungen von ihrem Angebot hätte zurücktreten können.

Das ist allerdings nicht richtig, wie die Revision zutreffend bemerkt. Zurückziehen konnte die Klägerin ihr Angebot nur bis zum Ablauf der Angebotsfrist (§ 18 Nr. 3 VOB Teil A). In der Zeit zwischen dem Ablauf der Angebotsfrist und dem Ablauf der Zuschlagsfrist war sie an ihr Angebot gebunden (§ 145 BGB; vgl. auch § 19 Nr. 2 VOB Teil A sowie Ingenstau-Korbion, VOB, 3. Aufl. Randziff. 8 zu § 18 und Randziff. 9 zu § 19). In dieser Zeit hätte sie allenfalls ihr Angebot widerrufen können, wenn schon die Lohnerhöhungen zum 1. Mai und 1. Oktober 1959 das Festhalten am Angebot nach § 242 BGB unzumutbar gemacht hätten.

Davon kann aber keine Rede sein, und es ist im Ergebnis zu billigen, daß das Berufungsgericht diese Lohnerhöhungen nicht zugunsten der Klägerin berücksichtigt. Den Tarif vom 4. April 1959, in dem diese Erhöhungen vorgesehen waren, war der Klägerin bekannt, als sie ihr Angebot einreichte, wenn sie auch nach ihrer Angabe die ab 1. Mai 1959 geltende Lohn-tabelle erst kurz vor Ablauf der Angebotsfrist erhalten hat (S. 7 des Schriftsatzes vom

7. März 1962). Sie beruft sich auch ohne Erfolg darauf, daß die genaue Tarifierhöhung zum 1. Oktober 1959 erst am 15. September 1959 festgelegt worden sei; auch diese Erhöhung war jedenfalls im Tarif vom 4. April 1959 schon vorgesehen und in ihrem Ausmaß im wesentlichen zu überblicken (BU S. 15 oben).

Lohnerhöhungen, die schon bei Abgabe des Angebots nicht nur vorherschaubar waren, sondern deren Eintritt in nächster Zeit sogar bereits feststand und die die Klägerin ganz bewußt auf sich genommen hat, müssen aber bei der Beurteilung der Frage, inwieweit die Klägerin eine Änderung des Vertrags erreichen kann, ganz ausscheiden.

c) Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht, indem es die ersten Lohnerhöhungen außer Betracht läßt und weiter den einkalkulierten Gewinn abzieht, einen "Verlust von 39.000 DM" zugrunde legt. Der Revision ist zuzugeben, daß der Verlust der Klägerin aus dem dritten Auftrag, wenn ihre Angaben zutreffen, sich auf 80.000 DM errechnet. Das ist jedoch dem Berufungsgericht nicht entgangen; die Bemerkung, es bleibe noch ein Verlust von 39.000 DM, mag mißverständlich sein; gemeint ist nur, daß ein höherer Verlust deshalb nicht berücksichtigt werden könne, weil dieser durch die ersten, bei Vertrags-schluß schon bekannten Lohnerhöhungen bedingt sei. Dem ist, wie unter b) ausgeführt, zuzustimmen.

Da diese Erhöhungen außer Betracht zu bleiben haben, da ferner mit weiteren Lohnerhöhungen zu rechnen war und die Klägerin dieses Risiko durch Vereinbarung von Festpreisen mit ihrem "fast rücksichtslos niedrig kalkulierten Angebot" übernommen hat, so ist es nicht untragbar, wenn sie an der vereinbarten Vergütung festgehalten wird, auch dann nicht, wenn der von ihr angegebene Verlust von 80.000 DM tatsächlich eingetreten ist.

x /

d) Das Berufungsgericht hebt an zwei Stellen hervor, daß dieser Verlust die wirtschaftliche Existenz der Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag nicht gefährdet habe. Diesen Bemerkungen ist entgegen der Ansicht der Revision nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht der Ansicht wäre, eine Anpassung des Vertrags sei nur dann möglich, wenn das Festhalten an den Vertragspreisen zu einem für die Klägerin "ruinösen Ergebnis" führen würde. Vielmehr hat das Berufungsgericht nur erwogen, ob etwa eine andere als die von ihm getroffene Entscheidung dann geboten wäre, wenn die Existenz der Klägerin gefährdet worden wäre.

Es braucht unter diesen Umständen nicht dazu Stellung genommen zu werden, ob eine Existenzgefährdung Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze über die Änderung der Geschäftsgrundlage wäre, wie das gelegentlich in der Rechtsprechung angenommen worden ist (BGHZ 17, 317, 327).

d) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht genügend berücksichtigt, daß der Bauvertrag mit einem Auftraggeber der öffentlichen Hand geschlossen worden sei.

Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die "Baupreisverordnung" (VO PR Nr. 8/55 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen für Bauleistungen vom 19. Dezember 1955 - BAnz 1955 Nr. 249 S. 1). Nach § 12 dieser Verordnung kann eine zusätzliche Vergütung wegen eingetretenen Mehraufwands vereinbart werden, wenn der Mehraufwand durch Umstände verursacht worden ist, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat und die auch bei größter Sorgfalt nicht vorauszusehen waren.

Diese Bestimmung gewährt jedoch, wie auch die Revision einräumt, keinen Anspruch auf eine zusätzliche

Vergütung; sie erklärt nur die Vereinbarung einer solchen Vergütung für preisrechtlich zulässig. Ein Rechtsanspruch könnte vielmehr auch bei Aufträgen der öffentlichen Hand nur aus dem Wegfall oder der Änderung der Geschäftsgrundlage hergeleitet werden, und die Voraussetzungen hierfür sind keine geringeren als bei privaten Aufträgen. Für die Beklagte gelten nach § 35 des Gesetzes über die Verwaltung der D. B. vom 24. Juli 1953 (BGBl 1953 I 676) im wesentlichen dieselben haushaltsrechtlichen Grundsätze wie für den Bund, u.a. der § 50 Abs. 1 der RHO vom 31. Dezember 1922 (abgedruckt in BGBl III 63 - 1). Nach dieser Bestimmung dürfen Verträge des Reichs grundsätzlich zu dessen Nachteil im Vertragsweg weder aufgehoben noch geändert werden. Ergänzend erklärt § 63 der Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden vom 11. Dezember 1929 (RMBl. 1929 S. 49, 92 - abgedruckt auch bei Hereth-Lehning-Petzoldt, Baupreisverordnung Erl. 12. 9) eine Vertragsänderung nur dann für zulässig, wenn der Vertragsgegner infolge unverschuldeter Umstände, die von ihm bei Anwendung größter Sorgfalt nicht vorhergesehen werden konnten, nachweislich in eine sein wirtschaftliches Dasein gefährdende Lage geraten würde. Selbstverständlich kann durch diese Bestimmungen die öffentliche Hand nicht einer Anpassung des Vertrags durch gerichtliches Urteil entgehen, wenn sie nach den Grundsätzen über die Änderung der Geschäftsgrundlage geboten ist. Andererseits geben aber die Bestimmungen einen Hinweis darauf, daß an eine solche Anpassung bei Aufträgen der öffentlichen Hand keine geringeren Anforderungen als bei privaten Aufträgen zu stellen sind.

Die Revision begründet ihre gegenteilige Ansicht mit der Erwägung, daß der vom Auftragnehmer einkalkulierte Wagniszuschlag bei einem öffentlichen Auftrag regelmäßig oder doch häufig geringer sein werde als bei einem privaten Auftrag, und zwar deshalb, weil die öffentliche

Hond als leistungsfähiger anzusehen sei als mancher private Auftraggeber. Diese Erwägung überzeugt nicht. Der übliche "Wagniszuschlag" soll in der Regel gerade den Nachteilen vorbeugen, die durch eine mögliche Lohn- und Preissteigerung dem Auftragnehmer drohen; nichts anderes besagen auch die von der Revision angeführten Erläuterungen bei Ingenstau-Korbion, Randziff. 29 zu § 2 Teil B. Das in solchen Umständen liegende Wagnis ist bei allen zu Festpreisen abgeschlossenen Verträgen in gleicher Weise gegeben, gleichviel ob es sich um einen privaten oder öffentlichen Auftrag handelt.

IV.

Die Revisionsrügen greifen demnach nicht durch. Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen die Klägerin im Ergebnis benachteiligenden Rechtsfehler enthält, ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke