

65
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 242 Bb

Weigert sich eine Vertragspartei, dem berechtigten Verlangen der anderen Partei auf Anpassung des Vertrags wegen Änderung der Geschäftsgrundlage zu entsprechen, so darf sich grundsätzlich die betroffene Partei vom Vertrag lösen, und zwar bei einem der VOB unterliegenden Bauvertrag durch Kündigung.

BGH, Urt. v. 21. November 1968 - VII ZR 89/66 - OLG Hamm

LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 89/66

URTEIL

Verkündet am

21. November 1968

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Theodor S c h [REDACTED], Mü [REDACTED],
F [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gemeinde H i [REDACTED], vertreten durch den
Gemeinderat, dieser vertreten durch den Gemeindedirektor
Heinrich Bü [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Schmidt für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 11. Februar 1966 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Oktober 1959 schrieb die Klägerin Kanalisationsarbeiten öffentlich aus. In den Ausschreibungsunterlagen heißt es u. a.:

"Die der Ausschreibung zugrundeliegenden Zeichnungen und sonstigen Unterlagen sowie Bodenproben der auszubauenden Kanalstrecken stehen den Bietern zur Einsichtnahme zur Verfügung."

Weiter ist bestimmt, daß u. a. das Leistungsverzeichnis, die VOB und "die besonderen Vertragsbedingungen" als Vertragsbestandteile gelten sollten. Im Leistungsverzeichnis heißt es u. a.:

"Über die Bodenverhältnisse geben die beiliegenden Schichtenverzeichnisse Aufschluß."



In dem beigegeführten "Schichtenverzeichnis" sind Bohrerergebnisse aufgeführt.

Die Beklagte reichte ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot ein. Am 30. November 1959 wurde ihr der Auftrag für einen Teil der Arbeiten, die Lose I und IV, erteilt. In den "besonderen Vertragsbedingungen" war für beide Lose bestimmt, daß die Arbeit innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung aufzunehmen und innerhalb von 145 Werktagen fertigzustellen sei.

Die Beklagte begann mit den Arbeiten im Los I am 15. Dezember 1959, im Los IV am 29. Juni 1960.

Die Ausführung verzögerte sich; über die Gründe besteht Streit. Das Bauamt des Amts St. Maur, zu dem die klagende Gemeinde gehört, rügte in verschiedenen Schreiben, daß die Beklagte die Arbeiten nicht zügig ausgeführt, sie zeitweise eingestellt und schließlich die Ausführungsfrist schon weit überschritten habe. In einem Schreiben vom 17. Dezember 1960 bestätigte das Bauamt eine Besprechung, in der die Beklagte Fertigstellung spätestens bis zum 1. März 1961 versprochen habe. Die Beklagte stellte die Arbeiten aber bis dahin nicht fertig.

In einem Schreiben vom 27. März 1961 wies sie darauf hin, daß die Angaben im Schichtenverzeichnis mit den örtlichen Boden- und Wasserverhältnissen nicht übereinstimmten. Die Verzögerungen seien eingetreten "nur wegen der Mehrarbeiten durch die tiefere Lage des Kanals, höheren Grundwasserstände und besonders durch die stark wasserführenden Sandbänke im Schluff und starkes Druckwasser aus der Sohle." Weiter heißt es in diesem Schreiben: "Durch die tatsächlich angetroffenen schwierigen Bodenverhältnisse

und anfallenden größeren Wassermengen sind Mehrkosten für zusätzliche Arbeiten entstanden, die wir bei der nächsten Abschlagszahlung durch Vorlage einer entsprechenden Rechnung über die bisher ausgeführten Arbeiten anerkannt und bezahlt haben möchten."

Am 14. April 1961 wies die Beklagte auf weitere unerwartet große Schwierigkeiten und sehr starken Wasseranfall hin, die sie aus der Ausschreibung und dem Schichtenverzeichnis nicht habe ersehen können.

Im weiteren Schriftwechsel lehnte das Bauamt Mehransprüche aus den von der Beklagten angeführten Gründen ab. Die Beklagte blieb dabei, daß sie Mehrkosten beanspruchen könne. Als Termin der Fertigstellung nannte sie in einem Schreiben vom 19. April 1961 den 1. September 1961. Am 15. Mai 1961 forderte sie eine Abschlagszahlung von 100.000 DM; in den beigegeführten Rechnungen sind Ansprüche auf Vergütung für zusätzliche Pumpenstunden enthalten; die Beklagte drohte die Einstellung der Arbeiten an, falls die verlangten 100.000 DM nicht bis zum 1. Juni 1961 überwiesen würden. Das Bauamt erwiderte am 30. Mai 1961, die Forderungen für Pumpenstunden entbehrten jeder rechtlichen Grundlage. Am selben Tag forderte die Beklagte nochmals eine Abschlagszahlung von 100.000 DM bis zum 3. Juni 1961.

Als die Klägerin diese Zahlung erneut ablehnte, kündigte die Beklagte den Vertrag unter Berufung auf § 9 Nr. 1 VOB/B. Am 4. Juli 1961 hatten die Parteien eine Besprechung, die nicht zu einer Einigung führte. Mit Schreiben vom 6. Juli 1961 erklärte die Beklagte, daß sie die Fortführung des Bauvorhabens endgültig ablehne.

Daraufhin kündigte die Klägerin ihrerseits am 13. Juli 1961 gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B und teilte

mit, daß sie den noch nicht vollendeten Teil der Arbeiten zu Lasten der Beklagten ausführen lassen werde.

Diese Arbeiten vergab die Klägerin auf Grund einer beschränkten Ausschreibung an die Firma Pr [REDACTED], Pr [REDACTED] Bergwerks- und Hütten-AG. Für die Ausführung durch diese Firma sind der Klägerin nach ihrer Behauptung insgesamt Mehrkosten von 258.326,14 DM entstanden. Einen Teilbetrag von 69.130,07 DM nebst Zinsen verlangt sie im vorliegenden Rechtsstreit von der Beklagten.

Diese hat den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, weil die Klägerin bewußt unrichtige Angaben im Schichtenverzeichnis gemacht habe. Hilfsweise macht sie geltend, sie selbst habe mit Recht gekündigt, weil die Klägerin fällige Zahlungen, insbesondere die am 15. Mai 1961 geforderte Abschlagszahlung von 100.000 DM, nicht geleistet sowie ihr obliegende Handlungen unterlassen und dadurch die Beklagte außerstande gesetzt habe, die Leistungen auszuführen. Sie habe auch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht am Vertrage festzuhalten brauchen, da die Schwierigkeiten auf der Baustelle zu einer für sie untragbaren Verteuerung geführt hätten.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Die Beklagte erstrebt mit der Revision die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Klägerin zu Recht den Auftrag mit Schreiben vom 13. Juli 1961 wegen Verzugs der Beklagten nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB/B entzogen und kann deshalb nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB den eingeklagten Betrag als Teil der Mehrkosten verlangen, die ihr infolge der Vollendung der Arbeiten durch die Preussag entstanden sind.

Die Klägerin konnte am 13. Juli 1961 nur kündigen, wenn der Vertrag noch bestand.

Deshalb untersucht das Berufungsgericht mit Recht, ob der Vertrag durch Anfechtung der Beklagten vernichtet oder vor dem 13. Juli 1961 durch wirksame Kündigung der Beklagten beendet worden ist. Es verneint beide Fragen.

Zur Anfechtung stellt das Berufungsgericht fest, daß jeder Anhaltspunkt für eine vorsätzliche Täuschung der Beklagten durch die für die Klägerin handelnden Personen fehle. Schon auf Grund dieser Feststellung, mit der sich die Revision abfindet, ist der Anfechtungseinwand unbegründet; auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Ursächlichkeit der Täuschung und zur Versäumung der Anfechtungsfrist kommt es nicht an.

Das Berufungsgericht verneint auch ein Kündigungsrecht der Beklagten aus § 9 Nr. 1 VOB/B. Das Schwergewicht liegt im Berufungsurteil und in der Revisionsbegründung bei der Frage, ob die in Buchstabe b) dieser Vorschrift genannte Voraussetzung, daß der Auftraggeber eine

fällige Zahlung nicht leistet, gegeben war, und hier wiederum handelt es sich im wesentlichen nur um die von der Beklagten am 15. Mai 1961 geforderte Abschlagszahlung von 100.000 DM. Dieser Betrag stellte, wie sich aus S. 34 BU ergibt, zur Hauptsache das Entgelt für Pumpenstunden dar, das die Beklagte zusätzlich beanspruchte.

Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Beklagte habe nicht dargetan, daß die Pumpenstunden besonders hätten bezahlt werden müssen. Ihre Behauptung, sie habe unverhältnismäßig große, nach dem Schichtenverzeichnis nicht zu erwartende Grundwassermengen abpumpen müssen, reiche dafür nicht aus. Möglicherweise könnte die Beklagte daraus wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertrages verlangen. Das könne aber dahinstehen. Zur Zeit der Kündigung der Beklagten sei der Vertrag weder durch Parteivereinbarung noch durch Urteil an die angeblich geänderte Geschäftsgrundlage angepaßt worden. Somit habe die Beklagte keinen fälligen Anspruch gehabt, wie ihn § 9 Nr. 1 b VOB/B voraussetze.

Hiernach muß das Revisionsgericht davon ausgehen, daß die von der Beklagten angeführten Erschwerungen der Arbeit und sonstigen Umstände zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt haben können. Es kann diese Frage von sich aus weder bejahen noch verneinen, da ihre Beantwortung eine eingehende tatrichterliche Würdigung aller die Entwicklung des Vertragsverhältnisses betreffenden Umstände erfordert, die das Berufungsgericht nicht vorgenommen hat.

Wäre aber die Geschäftsgrundlage wirklich weggefallen, so könnte ein Kündigungsrecht für die Beklagte nicht aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen verneint werden. Das gilt sowohl für die aus § 9

Nr. 1 b VOB/B hergeleitete Kündigung als auch für die ebenfalls vom Berufungsgericht verneinte Möglichkeit, allein wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu kündigen.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage in der Regel dem betroffenen Teil nicht das Recht gibt, sich vom Vertrag zu lösen, sondern nur einen Anspruch auf Anpassung des Vertrags an die neue Lage gewährt. Die Anpassung, die hier für Mehraufwand durch Erschwerung der Arbeit in Betracht kommt, ist die Erhöhung der Gegenleistung des Auftraggebers. Nach dem Berufungsurteil bleibt die Möglichkeit offen, daß wegen der aufgeführten Schwierigkeiten die Vergütung in einem Umfang zu erhöhen war, der den im Mai 1961 von der Beklagten verlangten Abschlag von 100.000 DM gerechtfertigt hätte. Dann konnte sie damals bereits, wie aus § 271 Abs. 1 BGB folgt, einen Anspruch auf Zahlung dieses Betrags geltend machen. Sie brauchte nicht erst, wie dem Berufungsgericht, das von einem gerichtlich durchzusetzenden Gestaltungsanspruch spricht, vorzuschweben scheint, ein gerichtliches Urteil über die Anpassung des Vertrags zu erwirken.

2. Das Berufungsgericht hat mit Recht geprüft, ob unabhängig von § 9 Nr. 1 VOB/B der Wegfall der Geschäftsgrundlage als solcher die Kündigung durch die Beklagte gerechtfertigt hätte.

Nach dem von der Beklagten eingenommenen Standpunkt stand ihr nämlich nicht nur eine Zahlung von 100.000 DM für Pumpenstunden zu. Sie hat auch andere Tatsachen als den unerwartet starken Grundwasseranfall für den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorgetragen, z. B. nachträgliche Veränderung der Trassenführung, Aushändigung unzutreffender Unterlagen über die Bodenbeschaffenheit, Sie hat fer-

ner auch zu erkennen gegeben, daß sie nicht nur die Mehrkosten beanspruchte, die in dem am 15. Mai 1961 geforderten Abschlag von 100.000 DM enthalten sind; so hat sie bereits im Schreiben vom 18. Mai 1961 angekündigt, daß sie weitere Mehrkosten für zusätzliche Arbeiten wegen "Unstimmigkeiten der Ausführungsunterlagen" in Rechnung stellen werde.

Das Berufungsgericht führt aus, ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gebe in der Regel kein Kündigungsrecht. Ein solches könne die Beklagte hier auch nicht daraus ableiten, daß sich die Klägerin nicht bereit erklärt habe, die von der Beklagten geforderte Erhöhung der Vergütung anzuerkennen. Wenn die Klägerin das zu Unrecht abgelehnt habe, hätte die Beklagte ihren Gestaltungsanspruch gerichtlich durchsetzen können. Ihr sei aber eine Fortsetzung der Arbeiten zuzumuten gewesen.

Auch hierin kann dem Berufungsgericht nicht beige-
treten werden.

a) Wenn sich die Geschäftsgrundlage derart geändert hatte, daß die Beklagte eine Anpassung, d. h. hier eine höhere Vergütung beanspruchen durfte, dann mußte sich die Klägerin damit einverstanden erklären. Verweigerte sie das, so war die Beklagte nicht gehalten, die Arbeiten zu den alten Bedingungen zu Ende zu führen und sich darauf verweisen zu lassen, hinterher ein Urteil zu erwirken, das ihr eine höhere Vergütung zusprach.

Das Schrifttum gewährt vielmehr dem Schuldner, wenn sein berechtigtes Verlangen nach Anpassung des Vertrags vom Gläubiger abgelehnt wird, das Recht, sich vom Vertrag zu lösen (Staudinger aaO Anm. E 377 und E 399; Palandt, BGB 27. Aufl. § 242 Anm. 6 c). Dieser Auffassung ist bei-

zutreten. Nach ständiger Rechtsprechung kann sich der Schuldner auf Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage nur berufen, wenn das Festhalten am unveränderten Vertrag für ihn untragbare, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbare Folgen hätte und ihm deshalb unzumutbar ist. Ist eine solche Unzumutbarkeit nach den strengen Anforderungen, wie sie die Rechtsprechung stellt, aber wirklich gegeben, dann kann nicht verlangt werden, daß der Schuldner den Vertrag, wenn die andere Seite sich einer Anpassung verschließt, unter den als unzumutbar anzuerkennenden Bedingungen noch zu Ende führt und dadurch, wie es oft der Fall sein wird, noch weitere Nachteile als die bereits entstandenen auf sich nimmt.

In einem derartigen Fall ist nach Ansicht des Senats das Recht des Schuldners, sich vom Vertrag zu lösen, auch nicht davon abhängig, daß der Gläubiger die Anpassung des Vertrags schuldhaft verweigert und damit eine positive Vertragsverletzung begeht (so allerdings das Reichsgericht in RGZ 111, 156 für den Fall der Geldentwertung). Ein schlechthin unzumutbares Verhalten kann dem Schuldner auch dann nicht aufgezwungen werden, wenn der Gläubiger aus ausnahmsweise entschuldbaren Gründen die Unzumutbarkeit objektiv falsch beurteilt und deshalb die gerechtfertigte Anpassung ablehnt.

Dem Berufungsgericht kann deshalb nicht darin gefolgt werden, daß der Beklagten auch dann, wenn sie eine Erhöhung der Vergütung wegen Änderung der Geschäftsgrundlage verlangen konnte, trotz der Weigerung der Klägerin eine Fortsetzung der Arbeiten zuzumuten war. Mindestens hätte das Berufungsgericht diese seine Ansicht näher begründen müssen; der Hinweis, die Beklagte hätte ihren Anspruch auf Erhöhung der Vergütung gerichtlich durchsetzen können, reicht als Begründung nicht aus.

b) Besteht ausnahmsweise ein Recht einer Partei, sich vom Vertrag zu lösen, so hängt es von der Art des Vertrags und der Umstände, in denen die Erschütterung der Geschäftsgrundlage zu finden ist, ab, auf welche Weise die Partei den Vertrag beenden kann (Staudinger aaO E 400). Je nachdem kann als Rechtsbehelf der Rücktritt oder die Kündigung in Betracht kommen. Ein Kündigungsrecht ist vornehmlich bei Dauerschuldverhältnissen zu gewähren (Staudinger aaO E 400). Die Kündigung ist der geeignete Rechtsbehelf auch bei einem Bauvertrag, dessen Ausführung längere Zeit in Anspruch nimmt. Die aus der Kündigung folgende Beendigung der Leistungspflicht nur für die Zukunft führt zu einer angemesseneren Regelung als ein Rücktritt, der zurückwirkt und grundsätzlich zur Rückgewähr der bereits erbrachten Leistungen verpflichtet. Demgemäß ist in der VOB, die für den vorliegenden Bauvertrag gilt, auch sonst für Fälle, in denen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Rücktrittsrecht gegeben wäre, ein Kündigungsrecht eingeräumt (vgl. Hereth-Ludwig-Naschold, VOB § 8 Ez. 11; § 9 Ez. 28). Ob die für bestimmte Kündigungsfälle in der VOB vorgesehene Abrechnung der bisherigen Leistungen nach Vertragspreisen (§ 8 Nr. 2 Satz 2, § 9 Nr. 3 Satz 1 VOB/B) auch bei einer Kündigung wegen Änderung der Geschäftsgrundlage die Treu und Glauben entsprechende Lösung ist, braucht gegenwärtig nicht entschieden zu werden. Derzeit geht es im vorliegenden Rechtsstreit nur darum, ob die Beklagte überhaupt mit Recht gekündigt hat und deshalb für eine spätere Kündigung der Klägerin mit den Folgen aus § 8 Nr. 3 VOB/B kein Raum mehr war.

II.

Nach allem muß das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben werden, weil noch zu prüfen bleibt, ob die Geschäftsgrundlage sich verändert hat und welche Rechtsfol-

gen daraus gegebenenfalls herzuleiten sind. Hierzu ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der neuen Entscheidung wird es zu Lasten der Beklagten berücksichtigen müssen, daß diese in Nr. 27 der "besonderen Vertragsbedingungen" weitgehende Risiken übernommen hat.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Schmidt