

45. 1. Wann ist der Rechtsweg zulässig für Ansprüche, die mindestens teilweise auf öffentlichem Recht beruhen?
2. Wann darf die Klage auf einen Teil der geschuldeten Leistung beschränkt werden?
3. Zum Begriff des nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes im Sinne des § 279 BGB.
4. Zur Frage der Nichtzumutbarkeit einer Leistung bei Verträgen mit stark spekulativem Einschlag.

VII. Zivilsenat. Urk. v. 9. Januar 1923 i. S. Stadtgemeinde B. (Kl.) m. AEG-Schnellbahn; U.-G. in Berlin (Bekl.). VII 403/22.

I. Landgericht I Berlin. — II. Kammergericht daselbst.

Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der Allgemeinen Elektrizitäts-Gesellschaft in Berlin (AEG). Sie ist gebildet, um den Bau und Betrieb einer elektrischen Hoch- und Untergrundbahn von Gesundbrunnen nach dem Hermannplatz in Neukölln durchzuführen. Diese Bahn bildet den Gegenstand eines von der Klägerin mit der AEG. am 18. März 1912 abgeschlossenen Vertrags. Die Klägerin räumt darin (§ 1) der AEG. für die zu bildende Beklagte die Befugnis zur Benutzung des für die Bahn erforderlichen städtischen Geländes ein und

erteilt als Wegeunterhaltungspflichtige ihre Zustimmung zur Benutzung der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze. Nach § 2 wird der Vertrag auf die Dauer von 90 Jahren geschlossen. § 3 regelt die Kapitalbeschaffung durch die Beklagte und eine gewisse Zuschußpflicht der Klägerin. In § 6 Nr. 2 wird die Beklagte verpflichtet, die Bahn binnen 5 Jahren nach erteilter staatlicher Genehmigung betriebsfähig fertigzustellen, binnen weiterer 3 Monate den Betrieb aufzunehmen und ihn bis zum Ablauf des Vertrags durchzuführen. § 13 regelt den Fahrplan und die Fahrpreise, § 16 die Leistungen der Beklagten an die Klägerin aus der Bruttoeinnahme und dem Gewinn, § 17 die Aufsichtsrechte der Klägerin, § 18 das Erwerbsrecht der Klägerin während der Dauer des Vertrags, § 19 die Endigung des Vertragsverhältnisses, § 20 die Rechtsverhältnisse bei dieser Endigung und § 22 Nr. 3 die Bürgschaft der AEG. Die staatliche Genehmigung ist am 4. Juni 1914 erteilt, der Bau alsbald begonnen und auch während des Krieges fortgesetzt worden. Am 23. Dezember 1918 wurde ein Nachtragsvertrag geschlossen, der nach seinem Eingang gewisse Meinungsverschiedenheiten beseitigen und den durch die Kriegszeit entstandenen Veränderungen der Verhältnisse Rechnung tragen sollte. Diesen Nachtragsvertrag hat die Beklagte bereits selbst geschlossen. Die Bahnlinie wird darin etwas verändert, der Beginn der 90 Vertragsjahre auf den Tag des Nachtrags zur staatlichen Genehmigung verlegt, auch werden — neben den weiteren Abreden — die Leistungen der Klägerin anders bestimmt. Durch Schreiben vom 23. Oktober 1919 hat die Beklagte mit Rücksicht auf die eingetretene Änderung aller wirtschaftlichen Verhältnisse, den zunehmenden Materialmangel, die unübersehbaren späteren Betriebskosten und die Unmöglichkeit, entsprechende Tarife aufzustellen, der Klägerin mitgeteilt, a) daß sie geschlossen habe, die Arbeiten, soweit möglich, einzustellen und bei bereits vergebenen Arbeiten von dem vertraglichen Aufschubs- und Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, b) daß ihr die Vertragserfüllung unmöglich werde und nicht zugemutet werden könne, und daß sie zur Erörterung der Verhältnisse in Verhandlungen mit der Klägerin einzutreten wünsche. Die Klägerin hat darauf Klage erhoben. Sie meint, daß die Vertragsverbindlichkeiten der Beklagten noch in vollem Umfange bestehen, hat aber zur Kostenersparung nur eine Teilklage erhoben und gebeten, die Beklagte zu verurteilen, ein bestimmtes Stück der Bahn in der neuen Friedrichstraße fertigzustellen. Für den Fall, daß augenblicklich wirklich Materialmangel bestehen solle, hat die Klägerin beantragt, festzustellen, daß die Beklagte von ihrer Verbindlichkeit, die Bauarbeiten auf der erwähnten Teilstrecke fertigzustellen, nicht befreit sei. Beide Vorinstanzen haben die Klage, dem Antrage der Beklagten entsprechend, abgewiesen. Die Revision hatte vollen Erfolg.

Gründe:

1. Der Rechtsweg ist zulässig. Die Klage gründet sich und kann sich lediglich gründen auf den von der Klägerin mit der Beklagten nach § 6 des Gesetzes über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892 abgeschlossenen Zustimmungsvertrag. Die Befugnisse, welche die §§ 22 ff. des Kleinbahngesetzes und die etwa in der Genehmigungsurkunde gemachten Auflagen den staatlichen Aufsichtsbehörden einräumen, ist die Klägerin geltend zu machen nicht berufen. Die Klägerin kann also den Bau der Bahn nur deshalb verlangen, weil die Beklagte sich ihr gegenüber durch § 6 Nr. 2 des Zustimmungsvertrags zum Bau und Betriebe der Bahn besonders verpflichtet hat. Ein solcher Zustimmungsvertrag beruht zu einem großen Teile auf öffentlichem Rechte. Nach § 6 des Kleinbahngesetzes hat der Unternehmer der Bahn, soweit ein öffentlicher Weg benutzt werden soll, die Zustimmung des aus Gründen des öffentlichen Rechts zur Unterhaltung des Weges Verpflichteten beizubringen, dieser aber kann für die Benutzung des Weges ein angemessenes Entgelt beanspruchen, ingleichen sich den Erwerb der Bahn im ganzen nach Ablauf einer bestimmten Frist gegen angemessene Schadloshaltung des Unternehmers vorbehalten. Die Zustimmung des Unterhaltungspflichtigen — und das zeigt den öffentlichrechtlichen Charakter der von ihm insoweit mit dem Unternehmer getroffenen Abreden an — kann nach § 7 a. a. O. durch bestimmte Behörden ergänzt werden. Dabei wird auch über die an den Unternehmer gestellten Ansprüche des Wegeunterhaltungspflichtigen unter Ausschluß des Rechtswegs entschieden. Eine Stelle, welche über Streitigkeiten entscheiden soll, die, wie im gegenwärtigen Falle, zwischen dem Wegeunterhaltungspflichtigen und dem Unternehmer über die Ausführung eines nach § 6 a. a. O. geschlossenen Vertrags — oder gegebenenfalls auch über die Ausführung einer behördlich getroffenen Regelung — entstehen, ist nicht vorgesehen. Nach der bei Erlass des Kleinbahngesetzes herrschenden Auffassung nahm man an, daß dazu die ordentlichen Gerichte berufen seien. Im Sinne des § 13 GVG. handelt es sich also auch insoweit um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, als auf Grund öffentlich rechtlicher Bestandteile eines Zustimmungsvertrags geklagt wird. Die Vorschrift des § 13 a. a. O. ist dahin aufzufassen, daß sie sich auf alle Streitigkeiten bezieht, welche nach der z. Zt. des Erlasses des GVG. geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung des betreffenden späteren Gesetzes durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden waren. Dahin geht die ständige Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Reichsgerichts, der selbst den öffentlich rechtlichen Charakter der Zustimmungsverträge entscheidend betont, RGZ. Bd. 68 S. 375, Bd. 92 S. 313 ff., Bd. 93 S. 78 ff. Der IV. Zivilsenat (RGZ. Bd. 10 S. 280) und später der erkennende Senat (RGZ.

Bd. 88 S. 14, Bd. 97 S. 18) haben in solchen Zustimmungsverträgen auch die privatrechtlichen Bestandteile eines Mietvertrags gefunden und entsprechende Stempelansätze gebilligt. Auch das kann nur für die Zulässigkeit des Rechtswegs sprechen. Das den Rechtsweg verneinende Urteil des V. Zivilsenats (RÖZ. Bd. 59 S. 70 flg.) beschäftigte sich zwar auch mit der Klage gegen eine Kleinbahngesellschaft, hatte es aber mit keinem Zustimmungsvertrage zu tun.

2. Die von der Klägerin erhobene Teilklage erachtet das Kammergericht für „prozessual unzulässig“, es hat aber in Hilfsausführungen gleichwohl darüber materiell entschieden. Das wäre ein bedenkliches und leicht zu Unklarheiten über die Rechtskraftwirkung des Urteils führendes Verfahren, wenn das Kammergericht wirklich prozessuale Unzulässigkeit angenommen hätte. Es hat sich aber wohl nur im Ausdruck vergriffen, seine sachlichen Ausführungen laufen darauf hinaus, daß die Teilklage von vornherein unbegründet sei, weil der Bau der Bahn eine unteilbare Leistung darstelle. Das ist nicht richtig. Eine Bahnstrecke läßt sich in Teilen herstellen und wird häufig auch in Teilen vergeben. Unbegründet wäre die Teilklage nur, wenn der Bau der Teilstrecke als selbständige Leistung, etwa als die der Beklagten nach Lage der Verhältnisse noch zuzumutende Restleistung, gefordert würde. So klagt die Klägerin aber nicht, sie fordert die Teilerfüllung wirklich als solche, d. h. als Teil der an sich der Beklagten immer noch obliegenden Erfüllung des ganzen Vertrags. Die Klägerin läßt der Beklagten also die Möglichkeit, alle Einwendungen vorzubringen, welche sie gegenüber einer Klage auf Erfüllung des ganzen Vertrags vorbringen könnte. Bei der Art, wie die Klägerin ihre Teilklage begründet hat, ist auch dem Richter nicht die Befugnis gegeben, den Bau des Teilstücks als selbständige Leistung zu behandeln. Die Lage der Beklagten wird durch die Teilklage also nicht erschwert. Die Teilklage ist deshalb materiell-rechtlich als möglich und zulässig anzusehen.

Das Kammergericht hat noch auf Schwierigkeiten hingewiesen, die sich aus der Rechtskraft eines nur über die Teilklage entscheidenden Urteils ergeben könnten. Diese Schwierigkeiten sind keine anderen, als sie bei Teilklagen regelmäßig auftreten. Gewisse Gefahren bringt jede Teilklage für den Kläger mit sich. Wie er sich mit ihnen abfindet, bleibt ihm überlassen.

3. Ihren ersten sachlichen Einwand, den der wirklichen Unmöglichkeit der Erfüllung wegen Material-, namentlich Zementmangels, hat die Beklagte schon in erster Instanz selbst fallen gelassen. In zweiter Linie beruft sie sich in mannigfachen Wendungen darauf, daß sie nach Lage ihrer Mittel und ihres Kredits unermöglicht sei, die Vertragsleistungen zu erfüllen, daß ihr mit Rücksicht auf die Umwandlung aller Verhältnisse, wie sie der unglückliche Ausgang des

Krieges, die Staatsumwälzung und der Vertrag von Versailles mit sich gebracht hätten, die Erfüllung des Vertrags auch nicht mehr zuzumuten sei. Die Klägerin hält diese ganzen Einwendungen gegenüber ihrer auf öffentlichem Recht beruhenden Klage nicht für zulässig. Ob dem beizutreten wäre, erscheint zweifelhaft. Es kann aber unerörtert bleiben, denn die Einwendungen der Beklagten müssen aus anderen Gründen verfallen.

4. An sich befreit das nachträglich eintretende subjektive Unvermögen des Schuldners zur Leistung ihn ebenso von der Verpflichtung zur Leistung wie die nachträglich eintretende objektive Unmöglichkeit, § 275 BGB. Aber der § 279 BGB. macht hier die gewichtige Ausnahme, daß das Unvermögen zur Leistung zu vertreten ist, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt und die Leistung aus der Gattung möglich geblieben ist. Diese Vorschrift findet auch überall dort Anwendung, wo es sich um die Aufwendung von Geldmitteln zu einem bestimmten Zweck handelt. Die eingetretene Mittellosigkeit des Schuldners befreit ihn nicht, vgl. RG. bei Warneyer 1915 Nr. 278, RGZ. Bd. 75 S. 335, Urteile vom 5. April 1919 V 337/18, vom 20. Juni 1919 VII 87/19.

5. Mit dem Einwande, daß ihr die Vertragsleistung nicht mehr zuzumuten sei, stützt sich die Beklagte auf den § 242 BGB. Auch diesen Einwand hat das Kammergericht für zulässig, auch seine Voraussetzungen hat es für erwiesen erachtet. Was die Zulässigkeit anlangt, so hat sich das Reichsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Frage der Nichtmehrzumutbarkeit einer Leistung immer nur mit gegenseitigen Verträgen beschäftigt und es hat dabei dem Mißverhältnis Rechnung getragen, in welches Leistung und Gegenleistung durch die Entwicklung der Dinge, namentlich die eingetretene Geldentwertung, häufig geraten waren. Dieser Gesichtspunkt kann vorliegend keine Rolle spielen, denn der Sachleistung der Beklagten, dem Bau und Betriebe der Bahn, steht eine Geldgegenleistung der Klägerin überhaupt nicht gegenüber. Die Beklagte soll die Bahn für sich selbst erbauen und betreiben, die von der Klägerin zu leistenden Zuschüsse fallen unter den Begriff der Subvention. Der Vertrag der Parteien ist kein Werkvertrag, auch kein Werklieferungsvertrag, ebenso auch kein Gesellschaftsvertrag, es ist vielmehr der typische Zustimmungsvertrag im Sinne des § 6 des Kleinbahngesetzes. Ob es dem aus einem solchen Vertrage Leistungspflichtigen grundsätzlich ver sagt ist, sich auf die Nichtmehrzumutbarkeit seiner Leistung zu berufen, mag zweifelhaft sein, braucht aber vorliegend nicht entschieden zu werden. Dem Vertrage gegenüber, wie er hier abgeschlossen und späterhin bestätigt und bekräftigt ist, kann die Beklagte mit einer solchen Berufung keinesfalls durchbringen. Entscheidend ist in dieser Beziehung der stark spekulative Einschlag, welchen

der Vertrag der Parteien aufweist. Als er im Jahre 1912 auf die Dauer von 90 Jahren abgeschlossen wurde, war die Entwicklung noch unabsehbar, welche einerseits die Verkehrswege und Verkehrsverhältnisse, andererseits aber auch die äußeren und inneren Verhältnisse Deutschlands während dieses langen Zeitraums nehmen würden. Die Unternehmerin des Bahnbaues lud offenbar ein großes Risiko auf sich. Das spiegelt auch der Vertrag wieder. In dem die A.G. sich nicht selbst als Vertragsgegnerin der Klägerin hand, vielmehr eine Tochtergesellschaft gründete und verpflichtete, die mit einem beschränkten Kapital ausgestattet wurde, beschränkte auch die A.G. selbst ihre möglichen Vermögensverluste in entsprechender Weise. Der Vertrag rechnet aber sachlich und kühl auch mit der Möglichkeit, daß die Tochtergesellschaft, d. h. die Beklagte, den Vertrag durchzuhalten nicht in der Lage sein wird. Nach § 19 Nr. 1^a des Vertrags endigt das Vertragsverhältnis mit der Auflösung der Gesellschaft. Eine Aktiengesellschaft wird nach § 292 HGB. aufgelöst außer durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit durch einen Beschluß der Generalversammlung — etwa den Liquidationsbeschluß — oder durch die Eröffnung des Konkurses. Das finanzielle Versagen der Beklagten wird also von vornherein in den Kreis der Betrachtungen gezogen. In diesem Falle soll das Vertragsverhältnis der Parteien, wie erwähnt, endigen, es sollen dann Bahnkörper, Bahnhöfe und die unbeweglichen Betriebs-einrichtungen nebst Leitungen und Zubehör unentgeltlich auf die Klägerin übergehen, § 20 Nr. 1 des Vertrags, und es soll die Klägerin berechtigt sein, die beweglichen, der Bahn gewidmeten Sachen, die Kraft-erzeugung- und Betriebsstätten und sonstigen Grundstücke der Beklagten käuflich zu erwerben, § 20 Nr. 2 des Vertrags.

Die Bürgschaft, welche die A.G. nach § 22 Nr. 3 des Vertrags übernommen hat, steht der Annahme nicht entgegen, daß sie das eigene Risiko in der beabsichtigten Weise mit Erfolg beschränkt hat. Die A.G. hat dort allerdings bis zur Eröffnung des Betriebes und demnächst noch für weitere zwei Jahre die Bürgschaft dafür übernommen, daß die Beklagte alle ihre Verpflichtungen aus dem Vertrage gegenüber der Klägerin erfüllt, aber mit dem Erlöschen der Verpflichtungen der Beklagten selbst endigt auch die Bürgschaft der A.G., § 767 Abs. 1 Satz 1 HGB. Geht die Beklagte in Konkurs, so ist die Bürgschaft der A.G. erloschen.

Sollte noch irgendein Zweifel über das von der Beklagten übernommene große Risiko bestehen können, so wird er beseitigt durch den Abschluß des Nachtragsvertrags vom 23. Dezember 1918. Mag dieser Vertrag auch schon von langer Hand her vorbereitet, mag die Generalversammlung der Beklagten den Nachtrag auch schon am 18. Juni 1918 endgültig bestätigt haben, abgeschlossen ist der Vertrag

doch erst am 23. Dezember 1918 und der Vorstand der Beklagten hätte Mittel und Wege gehabt, die Genehmigung zur Abstandnahme von dem Vertragsschluß nachzusehen, wenn er nur gewollt hätte. Aber trotzdem bis zum 23. Dezember 1918 der Verlust des Krieges schon feststand, der drückende Waffenstillstand schon abgeschlossen war, trotzdem die Staatsumwälzung schon lange und entschieden eingesezt hatte, hat die Beklagte den — nur unwesentliche Änderungen bringenden — Nachtragsvertrag einfach vollzogen, als sei nichts weiter geschehen. Damit hat sie aber den Hauptvertrag von neuem bestätigt und bekräftigt. Aus alledem kann nur geschlossen werden, daß in dem Vertrage der Parteien, wie er am 23. Dezember 1918 endgültig zustande kam, das Risiko des verlorenen Krieges und der Staatsumwälzung mit allen ihren Folgeerscheinungen von der Beklagten übernommen war. Zu diesen gehört aber auch der Vertrag von Versailles mit seinen Auswirkungen.

Auf Verträge mit einem derartigen spekulativen Einschlag finden die Grundsätze der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Nichtzumutbarkeit von Leistungen keine Anwendung. Das ist für Verträge mit einem viel geringeren Risikogehalt bereits ausgesprochen, RGZ. Bd. 88 S. 117, Bd. 92 S. 322. Andernfalls würden die Vertragsgrundlagen zerstört werden. Die Klägerin hat den Vertrag abgeschlossen, um nicht selbst die Gefahren eines großen und weitausschauenden Werkes zu tragen. Die Beklagte hat sich bereit gefunden und das Risiko übernommen. Treten nun die von ihr übernommenen Gefahren ein, so kann sie deren Last nicht einfach auf den Vertragsgegner hinüberschieben, der sich gegen eben diese Gefahren durch den Vertrag gesichert hat und gesichert fühlen darf. Die Klägerin darf der Weiterentwicklung ruhig entgegensehen und ihrem Vertrage vertrauen, der für alle, auch die ungünstigen, Fälle vorgesorgt hat. Auf der anderen Seite darf die Beklagte, die in dem Vertrage die Möglichkeit ihres finanziellen Versagens in Rechnung gezogen und auch diesen unwillkommenen Fall geregelt hat, bei seinem Eintritt nicht beanspruchen, von seinen Folgen in anderer als der vereinbarten Art befreit zu werden. Die Beklagte ist nur für den Bau und Betrieb der Schnellbahn Gesundbrunnen-Neukölln gegründet worden, sie soll nach dem Vertrage bis zur Grenze des Möglichen erfüllen und dann in Liquidation oder Konkurs gehen. Alles weitere ist auch dann schon durch den Vertrag geordnet.

Bei diesem Ergebnis kann unerörtert bleiben, ob die Verordnung über die schiedsgerichtliche Erhöhung von Beförderungspreisen der Eisenbahnen, Kleinbahnen usw. vom 21. Februar 1920, wie die Klägerin ausführt, dazu beitragen wird, der Beklagten die Erfüllung ihrer Vertragspflichten zu erleichtern. Auch ohne Rücksicht darauf kann die

Klägerin die Beklagte am Vertrage festhalten und die Vertragsleistung fordern. Deshalb mußte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und in Abänderung des landgerichtlichen Urteils dem Hauptklageantrage stattgegeben werden.