BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 198/14

Verkündet am:
19. November 2015
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 103

Lehnt der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Bauträgers die Erfüllung eines beiderseits nicht erfüllten Subunternehmervertrages ab, kann er nicht statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

BGH, Urteil vom 19. November 2015 - IX ZR 198/14 - OLG Dresden
LG Zwickau

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, den Richter Dr. Pape und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 6. August 2014 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der L. KG (nachfolgend: Schuldnerin), das mit Beschluss des Amtsgerichts vom 1. Juli 2010 eröffnet worden ist. Er begehrt vom Beklagten Feststellung von Schadensersatzansprüchen zur Insolvenztabelle.

2 Die Schuldnerin schloss mit der Grundstücks-GbR G. (nachfolgend: Bauherrin) einen VOB-Werkvertrag über Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für das Bauobjekt G. L. mit einer Pauschalvergütung von 725.000 €. Die Abnahme der Leistungen erfolgte am 8. Juni 2010, am selben Tag wurde die Schlussrechnung erstellt, der Getränkemarkt wurde eröffnet.

3 Die Schuldnerin erteilte ihrerseits der I. GmbH (nachfolgend: Subunternehmerin) auf der Grundlage eines Pauschalangebotes vom 20. April 2010, eines Verhandlungsprotokolls vom 27. April 2010 und ihrer Nachunternehmerbedingungen am 29. April 2010 einen Auftrag über einen VOB-Bauvertrag über den Industriefußboden für das Getränkecenter. Die Betonage des Fußbodens erfolgte im Zeitraum 6. Mai 2010 bis 11. Mai 2010.

4 Ob das Werk von der Schuldnerin abgenommen wurde, ist streitig. Die Subunternehmerin erstellte am 7. Juni 2010 die Schlussrechnung über 78.686,76 € brutto. Eine Zahlung der Schuldnerin hierauf erfolgte nicht. Die Subunternehmerin meldete die Forderung zur Insolvenztabelle an. Mit Schreiben vom 22. Juli 2011 bestritt der Kläger die Forderung, stellte sie aber mit Schreiben vom 28. Juli 2011 unstreitig und stellte sie zur Tabelle fest.

5 Am 21. April 2011 erhob der Kläger gegen die Bauherrin eine Werklohnklage über 155.513,88 €. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12. Mai 2011 bot die Bauherrin einen Vergleich an. Zur Begründung verwies sie auf Mängel am Fußboden und legte eine Kostenschätzung zur Bodenflächensanierung über ca. 216.000 € netto vor. Am 20./24. Juni 2011 schlossen Kläger und Bauherrin einen Vergleich, wonach unter anderem die Bauherrin keine Zahlungen mehr zu erbringen, aber ihrerseits davon abzusehen hatte, Vorschuss- oder Schadensersatzansprüche wegen der Mängel am Fußboden zur Tabelle anzumelden.

6 Der Kläger machte nunmehr gegen die Subunternehmerin Schadensersatzansprüche in Höhe von 174.809,55 € geltend, nämlich 155.513,88 € entgangenen Werklohn, Kosten von 2.056 €, 8.028 € und 9 € sowie Zinsen aus 155.513,88 € für die Zeit vom 2. Oktober 2010 bis 24. Juni 2011 in Höhe von

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

9.202,67 €. Er meint, eine ihm von der Subunternehmerin angebotene Mängelbeseitigung sei nicht zumutbar. Deshalb sei auch eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich gewesen.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgte der Kläger sein Klagebegehren weiter.

8 Nach fristgerechter Einlegung und Begründung der Revision ist am 27. November 2014 im Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Subunternehmerin dieser ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt worden, wodurch das Revisionsverfahren gemäß § 240 Satz 2 ZPO, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO unterbrochen wurde. Zum Verwalter wurde der Beklagte bestellt, der die sodann vom Kläger zur Tabelle angemeldete Klageforderung bestritt. Der Kläger hat daraufhin den Rechtsstreit gemäß § 180 Abs. 2 InsO gegen den Beklagten aufgenommen und beantragt nunmehr die Feststellung der Klageforderung in Höhe von 174.809,55 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zur Tabelle.

Entscheidungsgründe:

I.

9 Der Kläger hat den Rechtsstreit gemäß § 180 Abs. 2 InsO wirksam aufgenommen. Die Aufnahme eines durch die Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots und danach durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei unterbrochenen Rechtsstreits gemäß § 240 Satz 1 und 2 ZPO richtet sich nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften. Ein Passivprozess, in dem die Insolvenzmasse in Anspruch genom-

men wird, kann vom Gläubiger nur unter den besonderen, hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 86 Abs. 1 InsO ohne Weiteres aufgenommen werden. Im Übrigen können Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). Trotz des bereits anhängigen Rechtsstreits muss der Insolvenzgläubiger deshalb seine Forderung zunächst nach § 174 InsO zur Insolvenztabelle anmelden. Die Forderung muss sodann in einem Prüfungstermin vor dem Insolvenzgericht oder im schriftlichen Verfahren geprüft werden (§ 29 Abs. 1 Nr. 2, §§ 176 f InsO). Wenn der Insolvenzverwalter oder ein anderer Insolvenzgläubiger der Forderung im Prüfungstermin oder im schriftlichen Verfahren widerspricht, kann der Gläubiger den anhängigen Rechtsstreit - wie hier - mit dem Ziel der Feststellung der Forderung zur Tabelle gemäß § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 2 InsO aufnehmen (BGH, Urteil vom 3. Juli 2014 - IX ZR 261/12, ZIP 2014, 1503 Rn. 9). Die Aufnahme kann auch im Revisionsverfahren erfolgen (BGH, Beschluss vom 29. April 2004 - IX ZR 265/03, ZVI 2004, 530; vom 27. März 2013 - III ZR 367/12, ZInsO 2013, 1102 Rn. 8). Beklagter ist im Revisionsverfahren nunmehr der Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Subunternehmerin, der die Forderung bestritten hat.

II.

10 Die Revision des Klägers bleibt ohne Erfolg.

11 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

12 Die Ansprüche des Klägers richteten sich nach § 13 VOB/B. Zwar sei das Werk von der Schuldnerin nicht, wie in Nr. 6.1 Buchst. c des Vertrages ver-

einbart, förmlich abgenommen worden. Die Abnahme sei aber konkludent erfolgt, weil keine der Parteien nach Übersendung der Schlussrechnung vom 7. Juni 2010 auf eine förmliche Abnahme zurückgekommen sei, die Bauherrin der Schuldnerin das Werk im Juni 2010 abgenommen und mit der Eröffnung des Getränkemarktes in Benutzung genommen habe, ohne jedenfalls bis zum Januar 2011 Mängel zu rügen. Gegenüber der Subunternehmerin seien ein Jahr lang keine Mängel geltend gemacht worden.

13 Die konkludente Abnahme durch den Kläger setze auch nicht die Erfüllungswahl nach § 103 Abs. 1 InsO voraus, wenn mit der Abnahme gerade festgestellt werde, dass der Subunternehmer seine Vertragspflichten vollständig erfüllt habe und damit die Voraussetzungen des beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrages nicht vorlägen, die das Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO begründeten.

14 Als Anspruchsgrundlage komme § 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B in Betracht, der auch den Mängelbeseitigungsaufwand umfasse. Voraussetzung sei, dass entweder eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung gesetzt worden oder diese Nachfristsetzung entbehrlich sei. Der Kläger habe der Subunternehmerin keine Möglichkeit gegeben, die Mängel zu beseitigen, obwohl diese dazu bereit gewesen sei. Eine Nachfristsetzung sei auch nicht wegen Unzumutbarkeit entbehrlich gewesen. Anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall (Urteil vom 10. August 2006 - IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43) beschränkten sich im Streitfall die Ansprüche der Bauherrin nicht auf eine Insolvenzforderung, vielmehr habe diese mit Schadenersatzforderungen gegen die Werklohnforderung aufrechnen können. Dem Kläger sei es deshalb zumutbar gewesen, sich um eine Vereinbarung mit der Bauherrin zu bemühen, damit diese einen Nachbesserungsversuch ohne Haftung des Klägers für Erfolg, also ohne die Folgen

einer Erfüllungswahl nach § 103 InsO im Verhältnis zur Bauherrin, zuließ. Eine solche Vereinbarung mit der Bauherrin hätte keine unzulässige Bevorzugung der Bauherrin und der Subunternehmerin vor anderen Gläubigern zur Folge gehabt, weil die Masse im Ergebnis einen effektiven Zufluss erfahren hätte. Eine solche Einigung mit der Bauherrin habe für den Kläger auch nicht die Gefahr zur Folge gehabt, als Erfüllungswahl behandelt zu werden mit der Konsequenz weitergehender unzumutbarer Haftung.

15 2. Die Ausführung des Berufungsgerichts halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Feststellung des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs zur Tabelle im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Subunternehmerin. Dabei kann dahinstehen, ob der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch wegen Mängeln an dem von der Subunternehmerin erstellten Industriefußboden - wie das Berufungsgericht meint - wegen konkludent erfolgter Abnahme auf § 13 Abs. 7 VOB/B 2009 zu stützen wäre oder - wie die Revision meint - wegen nicht erfolgter Abnahme auf § 281 BGB, weil die VOB/B (§ 4 Abs. 7 VOB/B 2009 ist nicht einschlägig) insoweit keine Sonderregelung enthalte. Die Anwendung beider Vorschriften setzte jedenfalls voraus, dass der Kläger in der Insolvenz der Schuldnerin die Erfüllung des mit der Subunternehmerin geschlossenen Werkvertrages verlangt hätte. Das hat er nicht geltend gemacht. Ein solches Erfüllungsverlangen liegt auch nicht vor.

16 a) Der zwischen der Schuldnerin und der Subunternehmerin geschlossene gegenseitige Vertrag, ein Bauvertrag über die Erstellung eines Industriefußbodens, ist von keiner der beiden Vertragsparteien vollständig erfüllt worden. Das von der Subunternehmerin in Rechnung gestellte Entgelt ist vom Kläger

zwar letztlich anerkannt und zur Tabelle festgestellt, aber nicht bezahlt worden. Die Feststellung zur Tabelle allein ist keine Erfüllung.

17 Die Subunternehmerin hat ihrerseits ihre Leistungen nicht vollständig erbracht. Zwar ist der Umfang und die Schwere der Mängel streitig, nicht aber, dass überhaupt Mängel vorliegen und von der Subunternehmerin nicht beseitigt wurden, weil sie hierzu vom Kläger keine Gelegenheit erhalten hat. Unabhängig davon, ob eine Abnahme erfolgte oder nicht, hat damit auch die Subunternehmerin den Bauvertrag nicht vollständig erfüllt, weil selbst nach Abnahme des Werkes Erfüllung im Sinne des § 103 InsO solange nicht eingetreten ist, als beseitigungsfähige Mängel bestehen. Denn der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers ist letztlich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in modifizierter Form (BGH, Urteil vom 6. Februar 1958 - VII ZR 39/57, BGHZ 26, 337, 340; vom 4. Juli 1996 - VII ZR 24/95, WM 1996, 2062; vom 14. Januar 1999 - IX ZR 140/98, ZIP 1999, 394, 397).

18 b) Hinsichtlich des Subunternehmervertrages war damit im maßgeblichen Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin der Anwendungsbereich des § 103 InsO eröffnet, weil das Werk mangelhaft, die Subunternehmerin zur Nacherfüllung verpflichtet war und der Besteller den Werklohn nicht bezahlt hatte (Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 103 Rn. 23; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 18. Aufl., § 103 Rn. 17; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, 4. Aufl., § 103 Rn. 7). Dies hatte zur Folge, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin deren Ansprüche auf weitere Leistung der Subunternehmerin und die Ansprüche der Subunternehmerin auf Zahlung ihre Durchsetzbarkeit verloren (BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 359; vom 7. Februar 2013 - IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 Rn. 8 ff).

19 c) Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, bleibt der Vertrag in der Lage bestehen, in welcher er sich bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand (BGH, je aaO). Der Kläger hätte, um Ansprüche aus dem Bauvertrag gegen die Subunternehmerin geltend zu machen, also Erfüllung des Vertrages verlangen müssen. Dann hätte er anstelle der Erfüllung in Form der Nachbesserung an deren Stelle tretende Ansprüche auf Schadenersatz geltend machen können, das Vorliegen der hierfür erforderlichen zusätzlichen Voraussetzungen vorausgesetzt.

20 aa) Die Senatsentscheidung vom 10. August 2006 (IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43), auf die das Berufungsgericht und die Revision Bezug nehmen und in welcher der Senat einen Minderungsanspruch des Insolvenzverwalters des Bauträgers statt eines Nachbesserungsanspruches gegenüber dem Subunternehmer bejaht hat, wenn dem Bauherrn wegen der Mängel an dem Bauwerk gegen den insolventen Bauträger nur eine Insolvenzforderung zusteht, betraf einen Fall, in dem im Verhältnis des Bauträgers zum Subunternehmer § 103 InsO nicht anwendbar war. Vielmehr hatte dort der Bauträger seine Leistung gegenüber dem Subunternehmer voll umfänglich erbracht; er wollte lediglich wegen der viel später festgestellten Mängel Minderung geltend machen. Auf § 103 InsO kam es deshalb in jenem Fall im Verhältnis zum Subunternehmer nicht an.

21 bb) Der Kläger hat Vertragserfüllung nicht verlangt. Er hat dies auch nicht geltend gemacht. Sein Verhalten kann auch nicht als konkludent erhobenes Vertragserfüllungsverlangen verstanden werden. Allerdings hat er vorprozessual und mit der Klage Schadensersatzansprüche geltend gemacht. Dies könnte als Vertragserfüllungsverlangen verstanden werden, weil solche Ansprüche an-

dernfalls nicht bestünden. Sie treten an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruches und setzen diesen folglich voraus.

22 Eine solche Auslegung ist jedoch ersichtlich ausgeschlossen. Folge des Erfüllungsverlangens wäre nämlich auch gewesen, dass der Erfüllungsanspruch der Subunternehmerin auf Zahlung des Werklohns die Rechtsqualität einer originären Masseverbindlichkeit erlangt hätte (BGH, Urteil vom 25. April 2002, aaO). Dies hat der Kläger ersichtlich nicht beabsichtigt. Er hat die Werklohnforderung der Subunternehmerin vielmehr als Insolvenzforderung zur Tabelle festgestellt. Darüber hinaus hat er in der Replik auf die Klageerwiderung ausdrücklich erklärt, gegenüber der Subunternehmerin nicht Erfüllung gewählt zu haben oder zu wählen. Auch die Revisionsbegründung macht nicht geltend, dass der Kläger im Verhältnis zur Subunternehmerin Erfüllung verlangt habe, obwohl sie selbst darlegt, dass dies im Verhältnis zur Subunternehmerin für diese aus verständiger Sicht die einzig relevante Frage gewesen sei.

23 cc) Wenn der Kläger Erfüllung gewählt und der Bauvertrag deshalb, sei es auch in der Form der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Kläger (sofern deren Voraussetzungen gegeben wären), gemäß § 103 InsO zunächst weiter zu erfüllen gewesen wäre, wäre allerdings durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Subunternehmerin wegen weiterhin beiderseits nicht erfüllten Vertrages erneut der Anwendungsbereich des § 103 InsO eröffnet worden. Nunmehr käme es allerdings darauf an, ob auch der Beklagte Erfüllung wählt. Hierzu ist nichts vorgetragen.

24 d) Welche Rechtsfolge eingetreten wäre, wenn die Subunternehmerin oder der Beklagte wegen der Entscheidung des Klägers, die Erfüllung abzulehnen, ihrerseits Schadenersatz nach § 103 Abs. 2 InsO als Insolvenzgläubi-

ger geltend gemacht hätten, kann ebenfalls dahinstehen. Einen solchen Nichterfüllungsschaden hat die Subunternehmerin nicht geltend gemacht. Dies behauptet auch die Revision nicht. Die Subunternehmerin hat vielmehr in der Annahme, selbst vollständig und mangelfrei geleistet zu haben, ihren Werklohn als Erfüllungsanspruch in Rechnung gestellt und zur Tabelle angemeldet. So hat sie der Kläger auch festgestellt. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 103 Abs. 2 InsO kann darin nicht gesehen werden.

25 e) Der Sonderfall beiderseits teilbarer, einander entsprechender Leistungen der Vertragsparteien liegt nicht vor, weil der Industriefußboden insgesamt mangelhaft ist und die Vergütung für den gesamten Fußboden begehrt wird (vgl. für solche Fälle z.B. BGH, Urteil vom 7. Februar 2013, aaO Rn. 9 mwN; MünchKomm-InsO/Kreft, 3. Aufl., § 103 Rn. 37).

Kayser Vill Lohmann

Pape Möhring

Vorinstanzen:
LG Zwickau, Entscheidung vom 05.03.2014 - 5 O 284/13 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 06.08.2014 - 13 U 453/14 -