BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 163/12

Verkündet am:
17. Juli 2013
Ring
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 320

Die Einrede aus § 320 BGB hat die Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, und steht deshalb einer Partei, die deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will, nicht zu (Bestätigung von BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 313/99, NJW 2002, 3541 unter II 3).

BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - VIII ZR 163/12 - Kammergericht
LG Berlin

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 19. April 2012 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 30. Mai 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist und soweit der Kläger bezüglich der Widerklage zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Freigabe der beim Amtsgericht Regensburg zum Aktenzeichen 74 HL 59/11 hinterlegten Sicherheit verurteilt worden ist. Die Zug-um-Zug-Einschränkung entfällt.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger, der mit Eröffnungsbeschluss vom 29. September 2006 zum Insolvenzverwalter der G. + R. GmbH bestellt worden ist, nimmt die Beklagte auf Bezahlung von Heizkörpern in Anspruch, die er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an sie ausgeliefert hat.

2 Die spätere Insolvenzschuldnerin hatte am 21. Juni 2006 mit der Beklagten einen Rahmenvertrag geschlossen, der für das Jahr 2006 eine Lieferung von etwa 740 Heizkörpern sowie für das Jahr 2007 von etwa 574 Heizkörpern vorsah. Die Lieferung sollte sieben bis neun Wochen nach Freigabe der Auftragsbestätigung durch den Auftraggeber erfolgen, die Zahlung "nach Lieferung und Rechnungslegung auf Grundlage des tatsächlichen Auftragsvolumens - bei Teillieferungen entsprechend dem Lieferfortschritt - 14 Tage netto". Die Beklagte bestellte mit Schreiben vom 24. Juli 2006 769 Heizkörper. Die spätere Insolvenzschuldnerin gab mit Schreiben vom 27. Juli 2006 konkrete Anliefertermine bekannt, die sie mit weiterem Schreiben vom 20. September 2006 noch einmal verschob. Am 29. September 2006 wurden die ersten Heizkörper geliefert. Mit Schreiben vom 8. November 2006 teilte die Insolvenzschuldnerin einen weiteren Auslieferungsplan mit, in dem sie die Liefertermine teilweise nochmals verschob.

3 Der Kläger lieferte bis zum 23. November 2006 weitere Heizkörper. Mit Schreiben vom 24. November 2006 erklärte er unter Bezugnahme auf § 103 InsO, dass er die weitere Erfüllung des Vertrages ablehne.

4 Die Beklagte hat gegenüber der Kaufpreisforderung des Klägers mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet, die sie daraus herleitet, dass der Kläger teils verspätet und teils mangelhaft geliefert und mit Schreiben vom 24. November 2006 die weitere Vertragserfüllung ganz abgelehnt habe. Ihr seien deshalb Mehrkosten für einen notwendigen Deckungskauf, für zusätzlichen Montageaufwand und für die Beseitigung von Mängeln entstanden. Der Kläger hat Schadensersatzansprüche der Beklagten in Höhe von 4.601,42 € (Beseitigung von Lackschäden) sowie von 3.107 € (Beseitigung ungleichmäßiger Schweißbilder) anerkannt und deshalb die Klage in Höhe dieser Beträge zurückgenommen.

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

5 Der Kläger hat unter Berücksichtigung der teilweisen Klagerücknahme Zahlung von 79.481,64 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten begehrt. Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 71.373 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.580 € stattgegeben.

6 Nach Hinterlegung der gemäß der erstinstanzlichen Entscheidung zu erbringenden Sicherheit durch den Kläger hat die Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung am 25. Mai 2011 einen Betrag von 73.333 € und am 31. Mai 2011 einen weiteren Betrag von 29.268,54 € gezahlt. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte Widerklage auf Rückzahlung dieser Beträge nebst Zinsen (Zug um Zug gegen Freigabe der Sicherheit) erhoben.

7 Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 70.525,50 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.580 € verurteilt worden ist. Ferner hat es den Kläger unter Abweisung der weitergehenden Widerklage verurteilt, Zug um Zug gegen Freigabe der vom Kläger beim Amtsgericht Regensburg zum Aktenzeichen 74 HL 59/11 hinterlegten Sicherheit 3.164,23 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage insgesamt sowie den Wegfall der Zug-um-Zug-Einschränkung der Verurteilung auf die Widerklage.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat Erfolg.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Dem Kläger stehe aufgrund der unstreitigen Lieferung der Heizkörper zu den vereinbarten Preisen ein restlicher Kaufpreisanspruch in Höhe von 71.373 € zu, der (nur) in Höhe von 847,50 € durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen sei.

11 Die Insolvenzeröffnung stehe der Aufrechnung nicht entgegen, weil es sich bei dem vom Kläger begehrten Kaufpreis um eine Masseforderung und bei den zur Aufrechnung gestellten (behaupteten) Gegenforderungen der Beklagten um Masseverbindlichkeiten handele. Denn der Kläger habe gemäß § 103 Abs. 1 InsO konkludent die Erfüllung des beiderseits noch nicht erfüllten Vertrages gewählt, indem er im Zeitraum zwischen der Insolvenzeröffnung (29. September 2006) und der Ablehnung der weiteren Vertragserfüllung mit Schreiben vom 24. November 2006 weitere Lieferungen vorgenommen habe. Die in der Ausübung des Wahlrechts nach § 103 Abs. 1 InsO liegende Gestaltungserklärung sei unwiderruflich, so dass das Schreiben des Klägers vom 24. November 2006 an der bereits erfolgten Erfüllungswahl nichts mehr habe ändern können.

12 Im Einzelnen gelte für die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen folgendes:

13 Gegenforderungen aus einem Deckungsgeschäft in Höhe von 60.391 € und 7.680,98 € stünden der Beklagten nicht zu. Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB wegen Nichterfüllung beziehungsweise ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung scheitere daran, dass dem Kläger die Einrede aus § 320 BGB zustehe. Zwar sei der Kläger nach dem Rahmen-

vertrag vorleistungspflichtig gewesen, weil der Beklagten ein Zahlungsziel von 14 Tagen nach Lieferung und Rechnungsstellung eingeräumt gewesen sei. Die Vorleistungspflicht des Schuldners entfalle jedoch, wenn bei einem Vertrag über nacheinander zu erbringende Leistungen die Vergütung für eine frühere Leistung nicht bezahlt sei. Das sei hier der Fall gewesen, weil die Rechnung des Klägers vom 2. Oktober 2006 über 23.064,20 € im Zeitpunkt der Fälligkeit nur in Höhe von 18.451,35 € und die weiteren Rechnungen vom 17. und 23. Oktober 2006 bis zu einer später im Prozess erklärten Aufrechnung überhaupt nicht bezahlt worden seien. Die Fälligkeit der in den genannten Rechnungen aufgeführten Forderungen sei unter Berücksichtigung einer Postlaufzeit von drei Tagen und dem eingeräumten Zahlungsziel von 14 Tagen am 16. Oktober 2006 [richtig: 19. Oktober 2006] sowie am 3. und 9. November 2006 eingetreten. Der Kläger habe sich im Prozess auch darauf berufen, dass er angesichts des Zahlungsverzugs der Beklagten nicht in Lieferverzug geraten sei; darin liege die Erhebung der Einrede aus § 320 BGB.

14 Der Beklagten stehe auch kein Anspruch auf Ersatz der nach ihrer Behauptung durch den Lieferverzug des Klägers entstandenen Kosten für die "Schablonenmontage" (zusätzlich aufgewandte Monteur- und Ingenieurstunden) zu. Auch ein solcher Schadensersatzanspruch komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger bereits mit Rücksicht auf die Einrede aus § 320 BGB nicht in Verzug geraten sei. Davon abgesehen sei auch nicht ersichtlich, dass der Kläger ihn treffende Lieferfristen verletzt habe. Denn die Schreiben vom 27. Juli, 5. und 20. September 2006 habe die spätere Insolvenzschuldnerin noch vor der Insolvenzeröffnung verfasst; auch das weitere Schreiben vom 8. November 2006 stamme von der Insolvenzschuldnerin, die nicht für den Kläger habe handeln können.

15 Schließlich habe die Beklagte auch zur Kausalität nicht ausreichend vorgetragen. Die Beklagte habe ihren Anspruch darauf gestützt, dass sie aufgrund der nicht fristgerechten Lieferung des Klägers gezwungen gewesen sei, bereits gelieferte Heizkörper unter zusätzlichem Montageaufwand als "Schablone" für die noch fehlenden Heizkörper zu verwenden, um die von ihr geschuldete Winterbauheizung zu gewährleisten. Zur Darlegung des behaupteten Schadens hätte die Beklagte jedoch vortragen müssen, wann welche Heizkörper für welches Bauteil hätten geliefert werden müssen und wann sie tatsächlich geliefert worden seien; hieran fehle es.

16 Der Beklagten stehe auch kein Teilbetrag von 2.148,92 € unter dem Gesichtspunkt eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses zu. Zwar habe der Kläger im Schreiben vom 14. August 2009 ausgeführt, dass "der hälftige Betrag mit 2.148,92 € anerkannt werde". Nach dem objektiven Empfängerhorizont und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sei dies zwar als deklaratorisches Schuldanerkenntnis anzusehen, weil der Kläger den Betrag unter Bezeichnung "abzüglich anerkannte Gegenforderungen" von der im Schreiben geltend gemachten Kaufpreisforderung abgezogen habe. Die weitere Auslegung des Schreibens ergebe aber, dass es sich nur um ein Anerkenntnis zur Höhe, nicht dem Grunde nach gehandelt habe. Ein Anerkenntnis zum Anspruchsgrund setze voraus, dass die Parteien über den Anspruchsgrund erkennbar im Ungewissen gewesen seien. Das sei hier nicht der Fall gewesen, weil sich der Kläger in seinem Schreiben mit dem von der Beklagten behaupteten Rechtsgrund für die von ihr erhobenen Forderungen nicht auseinandergesetzt habe. Denn seine Ausführungen enthielten keine Positionierung zum erhobenen Verzugsvorwurf, sondern beschränkten sich auf die Kausalität einer Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden und dessen Höhe.

17 Schadensersatz wegen Mängelbeseitigungskosten (Behebung der ungleichmäßigen Schweißbilder) stehe der Beklagten - abgesehen von dem anerkannten und durch Ermäßigung der Klage bereits berücksichtigten Betrag von 3.107 € - nur noch in Höhe von 743 € zu.

18 Die von der Beklagten mit der Nacherfüllung beauftragte G. + R. GmbH (Nachfolgeunternehmen der Insolvenzschuldnerin) habe die Kosten der Nachbesserung mit 175 € je Heizkörper beziffert und der Beklagten in Rechnung gestellt. Für 22 Heizkörper ergebe sich daraus ein Betrag von 3.850 €, so dass nach Abzug des bereits berücksichtigten Betrages von 3.107 € noch 743 € zu Lasten des Klägers verblieben.

19 Darüber hinaus stehe der Beklagten kein weiterer Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten zu; weder könne sie für zusätzliche Heizkörper Schadensersatz verlangen noch sei der von ihr behauptete eigene Aufwand zu ersetzen. Soweit die Beklagte behaupte, dass sie für jeden Heizkörper (über die vom Drittunternehmen in Rechnung gestellten Arbeiten hinaus) im eigenen Betrieb (Teil-)Leistungen zur Mängelbeseitigung erbracht habe, habe sie die geltend gemachten Kosten von 109,50 € je Heizkörper nicht ausreichend dargestellt. Schon der Stundensatz von 36,50 € sei nicht näher erläutert. Im Übrigen habe die Beklagte offenbar eine von der G. + R. GmbH vorgenommene Kalkulation übernommen, ohne dass ersichtlich sei, dass die darin ausgewiesenen Kosten auch im Betrieb der Beklagten tatsächlich entstanden seien. Der Umstand, dass die G. + R. GmbH auf dieser Basis eine Gutschrift für den in ihren Leistungsbereich fallenden Nachbesserungsaufwand erteilt habe, erlaube keinen Rückschluss auf die bei der Beklagten tatsächlich entstandenen Kosten.

20 Dass an mehr als 22 Heizkörpern Mängel vorhanden gewesen seien, habe die Beklagte nicht ausreichend dargelegt. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger selbst geäußert, dass sie weitere Heizkörper nicht spezifizieren könne. Die - offenbar auf unzureichender Dokumentation beruhenden - Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Leistungen des Klägers von denjenigen des nachbeauftragten Unternehmens gingen zu Lasten der Beklagten.

21 Schadensersatz wegen eigener Anwaltskosten könne die Beklagte nur in Höhe von 104,50 € verlangen. Die Ersatzpflicht des Klägers beschränke sich auf die Anwaltskosten, die sich nach einem Gegenstandswert von 743 € ergäben, denn nur einen Betrag in dieser Höhe habe die Beklagte über die vom Kläger bereits anerkannten Beträge hinaus zu Recht verlangt.

II.

22 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können die in der Revisionsinstanz noch im Streit befindlichen Schadensersatzansprüche, mit denen die Beklagte gegen die Kaufpreisforderung des Klägers aufgerechnet hat, nicht verneint werden.

23 1. Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht allerdings zutreffend angenommen, dass die Beklagte nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehindert war, gegen die Kaufpreisansprüche für die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gelieferten Heizkörper mit Schadensersatzansprüchen wegen Schlechterfüllung beziehungsweise (teilweiser) Nichterfüllung dieses Liefervertrages aufzurechnen. Denn bei den zur Aufrechnung gestellten (behaupteten) Gegenforderungen der Beklagten handelt es sich um Masseverbindlich-

keiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO), die daraus resultieren, dass der Kläger gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung des Liefervertrages gewählt hat.

24 a) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass es sich bei dem Liefervertrag über 769 Heizkörper gemäß der Bestellung der Beklagten bei der späteren Insolvenzschuldnerin vom 24. Juli 2006 um einen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag handelt, bei dem der Kläger durch die Fortsetzung der Lieferungen in der Zeit vom 29. September bis 23. November 2006 konkludent die Vertragserfüllung gemäß § 103 Abs. 1 InsO gewählt hat. Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung demgegenüber geltend, der Kläger habe die Vertragserfüllung nur jeweils für die konkret ausgeführte Teillieferung gewählt. Einen Rechtsfehler der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger habe mit der (vorbehaltlosen) Aufnahme der Lieferungen Erfüllung des (gesamten) Vertrages gemäß § 103 Abs. 1 InsO gewählt, zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. § 103 Abs. 1 InsO gibt dem Insolvenzverwalter im Übrigen auch gar nicht die Möglichkeit, nur die teilweise Erfüllung eines beiderseits noch nicht erfüllten Vertrages oder die Erfüllung nur einzelner Ansprüche zu wählen (BGH, Urteil vom 11. Februar 1988 – IX ZR 36/87, BGHZ 103, 250, 253). Er kann lediglich durch Wahl der Erfüllung an die Stelle des Schuldners treten und muss dann das Schuldverhältnis in der Lage hinnehmen, in der es sich bei Insolvenzeröffnung befindet; er kann für die Masse keine anderen Rechte beanspruchen, als sie dem Schuldner zustanden (BGH, Urteil vom 10. August 2006 - IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43 Rn. 12 mwN). Aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO folgt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nichts anderes.

25 b) Ebenfalls noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das Schreiben vom 24. November 2006, mit dem der Kläger die Vertragserfüllung unter Bezugnahme auf § 103 Abs. 1 InsO ausdrücklich ablehnte,

an der Wirksamkeit der vorangegangenen (konkludenten) Gestaltungserklärung nichts mehr zu ändern vermochte. In diesem Schreiben hat der Kläger vielmehr die weitere Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Die darin liegende Vertragsverletzung berechtigte die Beklagte, wie die Revision zutreffend geltend macht, ohne weitere Fristsetzung Deckungskäufe für die nicht gelieferten Heizkörper zu tätigen und dem Kläger die Mehrkosten nach § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB zu berechnen.

26 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Einwand des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) einem solchen Schadensersatzanspruch der Beklagten nicht entgegen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Beklagte, wie das Berufungsgericht angenommen hat, mit der Bezahlung von Rechnungen über erfolgte Teillieferungen in Verzug befunden hat und ob aus diesem Grund die vertraglich vereinbarte Vorleistungspflicht des Klägers entfallen ist. Denn anders als das Berufungsgericht offenbar meint, hätte dies dem Kläger nicht das Recht gegeben, sich vom Vertrag zu lösen. Ein solches Recht folgt insbesondere nicht aus der vom Berufungsgericht herangezogenen Vorschrift des § 320 BGB. Denn diese Einrede hat die Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, und setzt deshalb voraus, dass derjenige, der sich auf sie beruft, seinerseits erfüllungsbereit ist. Derjenige, der deutlich gemacht hat, dass er nicht am Vertrag festhalten will, kann sich die Einrede nicht zunutze machen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 313/99, NJW 2002, 3541 unter II 3).

27 So liegt es hier. Der Kläger hat mit Schreiben vom 24. November 2006 die weitere Vertragserfüllung unter Hinweis auf das Nachfolgeunternehmen endgültig abgelehnt. Für die darin liegende Pflichtverletzung ist es ohne Belang, ob die Beklagte mit der Bezahlung erfolgter Teillieferungen in Verzug war und

dem Kläger deshalb möglicherweise die Rechte aus §§ 320, 321 BGB zugestanden hätten.

28 Einer Fristsetzung zur Leistung bedurfte es angesichts der als ernsthaft und endgültig anzusehenden Leistungsverweigerung des Klägers nicht (§ 281 Abs. 2 BGB). Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachvortrag der Beklagten haben die angesichts der Leistungsverweigerung des Klägers erforderlichen Deckungskäufe Mehrkosten in der geltend gemachten Höhe verursacht.

29 3. Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen der von ihr behaupteten Mängelbeseitigungskosten ("ungleichmäßige Schweißbilder") können mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ebenfalls nicht verneint werden. Zu Unrecht hält das Berufungsgericht den Sachvortrag der Beklagten für unsubstantiiert, soweit sie für mehr als 22 Heizkörper Schadensersatz begehrt und eigene Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 109,50 € je Heizkörper geltend macht.

30 a) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (vgl. BGH, Urteile vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888 unter II 1 a; vom 21. Januar 1999 - VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II 2 a mwN; Beschlüsse vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710 unter II 2 a; vom 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, NJW-RR 2007, 1409 Rn. 8; vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, juris Rn. 6 f.; vom 25. Oktober 2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rn. 14). Das Gericht muss nur in die Lage versetzt

werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (BGH, Urteile vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, aaO mwN; vom 13. Dezember 2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491 unter II 2 a). Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (vgl. BGH, Urteile vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, aaO unter II 1 b; vom 21. Januar 1999 - VII ZR 398/97, aaO unter II 2 b; Beschlüsse vom 21. Mai 2007 - II ZR 266/04, aaO; vom 12. Juni 2008 - V ZR 223/07, aaO Rn. 7).

31 b) Den beschriebenen Anforderungen wird das Vorbringen der Beklagten gerecht. Wie die Revision unter Bezugnahme auf schriftsätzlichen Sachvortrag der Beklagten zutreffend ausführt, hat die Beklagte unter Berufung auf Zeugenbeweis geltend gemacht, der Insolvenzschuldnerin seien insgesamt 43 mangelhafte Heizkörper zuzuordnen. Dies war hinreichend substantiiert, so dass das Berufungsgericht den angebotenen Beweis hätte erheben müssen. Die Beweisaufnahme durfte auch nicht im Hinblick auf eine vom Berufungsgericht als unzureichend angesehene schriftliche Dokumentation unterbleiben. Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass es eine Frage der Würdigung der erhobenen Beweise ist, ob die Angaben der Zeugen trotz etwaiger Lücken einer schriftlichen Dokumentation zum Beweis der behaupteten Tatsache ausreichen; diese Beweiswürdigung darf nicht vorweggenommen werden.

32 Auch die zusätzlichen eigenen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 109,50 € je Heizkörper hat die Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinreichend dargelegt. Wie die Revision zutreffend rügt, hat die Beklagte bereits im Schriftsatz vom 3. September 2007 den Arbeitsaufwand

nach den anfallenden Arbeitsschritten beschrieben und sowohl den erforderlichen Zeitaufwand als auch den angesetzten Stundenlohn angegeben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedurfte es auch keiner weiteren Erläuterung des auf 36,50 € bezifferten Stundenlohns; vielmehr hätten die von der Beklagten angebotenen Beweise erhoben werden müssen.

33 4. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist ferner die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten stehe wegen des zusätzlichen Aufwands, der ihr angesichts der nicht fristgerechten Lieferungen der Heizkörper zur Gewährleistung der Winterheizung entstanden ist ("Schablonenmontage"), kein Anspruch auf Schadensersatz zu.

34 a) Im Ergebnis zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Beklagten ein Betrag von 2.148,92 € nicht schon unter dem Gesichtspunkt eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses zusteht. Zwar hat die Beklagte außergerichtlich zunächst einen Aufwand von 4.297,84 € geltend gemacht und hat der Kläger in seinem außergerichtlichen Schreiben vom 14. August 2009 einen Betrag von 2.148,92 € ausdrücklich "anerkannt". Dass die Parteien damit einen Streit über den von der Beklagten insoweit geltend gemachten Schadensersatzanspruch (im Wege eines Schuldanerkenntnisses oder eines Vergleiches) endgültig beilegen wollten, ist indes schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Beklagte selbst nicht vorträgt, dass sie den Vorschlag des Klägers akzeptiert habe. Im Gegenteil hat sie im vorliegenden Prozess nicht nur den vermeintlich anerkannten Teilbetrag, sondern weitere 1.523,04 € für aufgewendete Monteurstunden begehrt.

35 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheitert ein Anspruch der Beklagten auf Ersatz eines Verzugsschadens nicht bereits daran,

dass der Kläger mangels verbindlicher Lieferzeiten für die Heizkörper nicht in Verzug geraten wäre.

36 aa) Soweit das Berufungsgericht meint, die von der späteren Insolvenzschuldnerin in den Schreiben vom 27. Juli, 5. und 20. September 2006 genannten konkreten Liefertermine seien für den Kläger schon deshalb nicht verbindlich, weil die Schreiben aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung stammten, übersieht es, dass der Insolvenzverwalter, der Erfüllung eines beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages wählt, den Vertrag nur mit den bestehenden Bedingungen übernehmen kann. Der Insolvenzverwalter kann für die Masse nicht mehr und keine anderen Rechte beanspruchen, als sie dem Schuldner zustehen (BGH, Urteil vom 10. August 2006 – IX ZR 28/05, aaO). Deshalb bleiben bestehende Vereinbarungen über Liefertermine gültig (MünchKomm-InsO/ Hefermehl, 3. Aufl., § 55 Rn. 122). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung durfte die Beklagte auch davon ausgehen, dass die spätere Insolvenzschuldnerin in den detaillierten Lieferplänen verbindliche Fristen nach dem Kalender festgelegt hatte, so dass sie mit dem Verstreichen der Fristen in Verzug geriet, ohne dass es noch einer Mahnung bedurfte (vgl. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

37 bb) Soweit das Berufungsgericht meint, auch die in dem weiteren Schreiben vom 8. November 2006 genannten (verschobenen) Liefertermine seien deshalb nicht verbindlich, weil sie nach der Insolvenzeröffnung von der Insolvenzschuldnerin mitgeteilt worden seien, die nicht mit Wirkung für den Kläger habe handeln können, hat es wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen. Denn der Kläger hat, wie das Berufungsgericht an anderer Stelle selbst feststellt, den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin fortgeführt, indem er über rund zwei Monate Lieferungen an die Beklagte getätigt und Rechnungen erstellt hat. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass das vom Verkaufsleiter der Insol-

venzschuldnerin unterschriebene Schreiben vom 8. November 2006 - ebenso wie die über die Klageforderung ausgestellten Rechnungen - den Hinweis auf die Insolvenz sowie den Namen und die Kontonummer des Klägers als Insolvenzverwalter enthalten. Unter diesen Umständen spricht alles dafür, dass der Kläger sich die Handlungen des Verkaufsleiters aufgrund einer erteilten Vollmacht, zumindest aber nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht zurechnen lassen muss. Wie die Revision zu Recht geltend macht, hätte das Berufungsgericht der Beklagten zumindest einen Hinweis nach § 139 ZPO erteilen müssen, wenn es davon ausgehen wollte, dass das Schreiben vom 8. November 2006 dem Kläger nicht zuzurechnen sei. In diesem Fall hätte sich die Beklagte - wie jetzt in der Revisionsinstanz geschehen - zum Beweis der Bevollmächtigung auf das Zeugnis des Verkaufsleiters berufen.

38 cc) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist es unerheblich, dass die Insolvenzschuldnerin eine Haftung für etwaige Lieferverzögerungen unter Hinweis auf die mit der Insolvenz verbundenen Schwierigkeiten jeweils abgelehnt hatte. Denn durch einen Lieferplan mit konkreten Kalenderdaten wurde der im Rahmenvertrag vereinbarte ungefähre Lieferzeitraum konkretisiert, so dass eine Mahnung der Beklagten entbehrlich war (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB); der bloße Hinweis auf etwaige durch das Insolvenzverfahren bedingte Schwierigkeiten vermag den Kläger auch nicht zu entlasten.

39 dd) Schließlich hat das Berufungsgericht auch das Schreiben der Beklagten vom 13. November 2006 nicht gewürdigt, in dem der Kläger unter Fristsetzung zur Lieferung der noch fehlenden Heizkörper aufgefordert wurde (Anlage B 1); jedenfalls durch dieses Schreiben ist der Kläger in Verzug geraten.

40 ee) Von Rechtsfehlern beeinflusst ist ferner die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger habe im Hinblick darauf, dass die Beklagte seine am

2., 17. und 23. Oktober 2006 erteilten Rechnungen nicht innerhalb des eingeräumten Zahlungsziels von 14 Tagen bezahlt habe, die Einrede aus § 320 BGB zur Seite gestanden, die jeden Verzug ausschließe. Denn nicht jeder kurzfristige Zahlungsverzug mit Beträgen, die angesichts des Auftragsvolumens als verhältnismäßig geringfügig anzusehen sind, rechtfertigt den Wegfall einer vereinbarten Vorleistungspflicht nach § 242 BGB. Im Übrigen hat der Kläger, wie bereits ausgeführt, sich jedenfalls mit Schreiben vom 24. November 2006 endgültig vom Vertrag gelöst, so dass ihm jedenfalls von diesem Zeitpunkt an die Einrede des § 320 BGB nicht mehr zu Seite stand.

41 ff) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheitert der Schadensersatzanspruch der Beklagten bezüglich der "Schablonenmontage" auch nicht daran, dass sie zur Kausalität der behaupteten Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden nicht ausreichend vorgetragen hätte. Denn die Beklagte hat geltend gemacht, dass die Heizkörper bis zu drei Monate zu spät geliefert worden seien und dies zusätzliche Montagearbeiten zur Gewährleistung der dem eigenen Auftraggeber geschuldeten Winterbauheizung erfordert habe; diesen Vortrag hat sie zudem durch Aufstellungen über die Lieferungen (Anlage B 20) konkretisiert sowie zur Erforderlichkeit der zusätzlichen Arbeiten Zeugenbeweis angetreten. Dies war ausreichend, so dass das Berufungsgericht die zur Schadenshöhe angebotenen Beweise hätte erheben müssen.

42 5. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ferner der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten nicht verneint werden. Zu Unrecht hält das Berufungsgericht nur einen nach einem Gegenstandswert von 743 € berechneten Betrag von 104,90 € für ersatzfähig. Denn nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachvortrag der Beklagten ist davon auszugehen, dass ihr die jetzt noch in Streit befindlichen Schäden durch Vertragsverletzungen des Klägers entstan-

den sind und sie insoweit vorgerichtlich anwaltlichen Rat in Anspruch genommen hat. Danach wären die erstattungsfähigen Anwaltskosten nach dem von der Beklagten angesetzten höheren Gegenstandswert von bis zu 80.000 € zu berechnen.

III.

43 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht die Klage als begründet und die (davon abhängende) Widerklage als unbegründet angesehen und deshalb zum Nachteil der Beklagten entschieden hat; es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Soweit das Berufungsgericht der Widerklage in Höhe von 3.164,23 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Freigabe der hinterlegten Sicherheit stattgegeben hat, ist das Urteil bezüglich der Zug-um-Zug-Einschränkung aufzuheben. Insoweit macht die Revision zu Recht geltend, dass die Beklagte zur Freigabe der Sicherheit in diesem Umfang erst nach Wegfall des Sicherungsanlasses verpflichtet ist, also nach Rückzahlung des zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten, aber nach dem (insoweit rechtskräftigen) Berufungsurteil nicht geschuldeten Betrages von 3.164,23 €.

44 Im Übrigen ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif, da es weiterer Feststellungen zum Schadensumfang bedarf. Der Rechtsstreit ist daher insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Milger Dr. Hessel

Dr. Achilles Dr. Schneider

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 22.12.2010 - 20 O 133/10 -
KG Berlin, Entscheidung vom 19.04.2012 - 2 U 23/11 -