BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 203/03

Verkündet am:
22. September 2004
P o t s c h ,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 324 Abs. 1 a.F.

Zum Anspruch des Lieferanten einer technischen Anlage aus § 324 Abs. 1 BGB a.F. auf Zahlung der vereinbarten Vergütung nach § 631 Abs. 1 BGB a.F. gegen den Leasinggeber, wenn der Leasingnehmer die Fertigstellung der Anlage dadurch unmöglich gemacht hat, daß er die Anlage durch einen Dritten hat fertigstellen lassen.

BGH, Urteil vom 22. September 2004 - VIII ZR 203/03 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2004 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Wiechers, Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 13. Juni 2003 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist mit einem Anteil von knapp 50% Gesellschafterin der B. GmbH (im folgenden: B. GmbH) mit Sitz in H. (Österreich). Diese machte der Streithelferin der Beklagten (im folgenden nur noch: Streithelferin) am 30. Oktober 1998 ein Angebot über die Lieferung und Montage einer Lackier- und Trocknungsanlage mit "B. - Absaugsystem". Danach waren von der Streithelferin bestimmte "bauseitige Leistungen" zu erbringen. Die Streithelferin einigte sich mit der B. GmbH über einen Festpreis von 660.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer und erteilte ihr zu diesem Preis am 30. November 1998 einen Auftrag "lt. Angebot", den die B. GmbH am gleichen Tag bestätigte. Durch Schreiben vom 1. Februar 1999 teilte die Streithelferin der B. GmbH mit, daß sie die Anlage über die Beklagte bestel-

len wolle. Am folgenden Tag, dem 2. Februar 1999, unterbreitete die Streithelferin der Beklagten einen formularmäßigen Antrag für einen Mietkaufvertrag über die vorgenannte Anlage. In den auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckten "Allgemeinen Mietbedingungen" der Beklagten heißt es:

> "5. Gewährleistung und andere Ansprüche
>
> Der Vermieter haftet dem Mieter für Ansprüche jeder Art (z. B. wegen Mängeln auf Wandelung oder Minderung, wegen Verzuges, Nichterfüllung oder auf sonstigen Schadensersatz) nur in dem Umfange, in dem er seinerseits gegenüber dem Lieferanten und Dritten Ansprüche stellen kann und Befriedigung erlangt.
>
> Der Vermieter überträgt diese Ansprüche hiermit auf den Mieter, der derartige Ansprüche gegenüber dem Lieferanten und Dritten zur Leistung an den Vermieter fristgerecht geltend zu machen hat. ..."

Die Beklagte nahm den Antrag am 5. Februar 1999 an. Mit Schreiben vom gleichen Tag wandte sie sich an die B. GmbH. In dem Schreiben heißt es unter Bezugnahme auf die Bestellung der Anlage durch die Streithelferin:

> "... mit dem Einverständnis des Leasingnehmers/Mietkäufers bestellen wir hiermit bei Ihnen das oben genannte Leasing-/Mietkaufobjekt, dessen eventuelle Nichtabnahme durch den Leasingnehmer/Mietkäufer allein Ihr Risiko ist, zu den beigefügten Einkaufsbedingungen bzw. treten zu diesen Bedingungen in die Bestellung des Leasingnehmers/Mietkäufers ein; sofern eine Auflage zwischen dem Leasingnehmer/Mietkäufer und uns vereinbart ist, erfolgt unsere Bestellung unter dem Vorbehalt der Erfüllung der Auflage durch den Leasingnehmer/Mietkäufer in der vereinbarten Weise. Ihre Garantie- und Gewährleistungsverpflichtungen sollen nicht uns gegenüber, sondern gegenüber dem Leasingnehmer/Mietkäufer bestehen, der hieraus unmittelbar berechtigt ist. Wir setzen bei dieser Bestellung voraus, daß Sie dem Leasingnehmer/Mietkäufer eine entsprechende Bestätigung erteilen.
>
> Nach Lieferung erbitten wir folgende Unterlagen:
>
> 1. ...

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

2. Übernahmebestätigung des Leasingnehmers/Mietkäufers auf unserem beigefügten Formular, das mit den noch fehlenden Daten zu vervollständigen ist (vgl. Ziffer 3. der beigefügten Einkaufsbedingungen)

...

Die Bezahlung Ihrer Rechnung erfolgt nach Vorlage der vorstehend genannten Unterlagen.

Anzahlungen sind nur gegen Bankbürgschaft möglich."

Die Einkaufsbedingungen der Beklagten lauten auszugsweise:

"6. Garantie

Der Lieferant steht für die Tauglichkeit des Objektes zu dem zwischen ihm und dem Leasingnehmer vereinbarten Zweck ein. Er verpflichtet sich, bei Weigerung des Leasingnehmers zur Zahlung der Raten wegen fehlender Tauglichkeit den gezahlten Kaufpreis bis zur abschließenden Klärung der Rechtslage sofort und ohne Abzug zurückzuzahlen sowie den uns im Zusammenhang mit dem Geschäft entstandenen Zinsaufwand zu erstatten. Der Lieferant verpflichtet sich, einen etwa erforderlichen Rechtsstreit gegen den Leasingnehmer selbst zu führen sowie uns den Streit zu verkünden und die Einrede der Verjährung zu erheben.

Der Leasingnehmer ist berechtigt, etwaige Lieferungs-, Gewährleistungs- und Kundendienstansprüche gegen den Lieferanten geltend zu machen mit der Maßgabe, daß Zahlungen allein an uns zwecks Verrechnung zu erfolgen haben. ..."

Mit Datum vom 8. Februar 1999 bestätigte die B. GmbH der Beklagten deren Bestellung unter Hinweis auf ihre Liefer- und Zahlungsbedingungen. Hinsichtlich der "Zahlungskonditionen" heißt es in dem Schreiben:

"30% bei Erhalt der Auftragsbestätigung

60% innert 8 Tagen nach Anlieferung

10% bei Inbetriebnahme, jedoch spätestens 30 Tage nach Erhalt der Lieferung rein netto".

Ebenfalls am 8. Februar 1999 übersandte die B. GmbH der Beklagten eine erste Teilrechnung über einen Gesamtbetrag von 198.000 DM. Dieser Rechnungsbetrag wurde von der Beklagten am 18. Februar 1999 bezahlt, nachdem die B. GmbH eine Bürgschaft ihrer Hausbank, der E. Bank AG, beigebracht hatte, die zunächst bis zum 31. März 1999 befristet war und später bis zum 31. Mai 1999 verlängert wurde.

In Besprechungen am 19. Januar und 10. Februar 1999 zwischen der B. GmbH und der Streithelferin wurden bauliche Veränderungen in der zur Aufnahme der Anlage bestimmten Werkshalle der Streithelferin sowie der zeitliche Ablauf der Montage besprochen. In dem Protokoll der B. GmbH vom 8. Februar 1999 über die erstgenannte Besprechung heißt es unter anderem:

> "Um den Stahlbau für die Fördertechnik im Bereich Aufgabe u. Abnahmepuffer stellen zu können, sollten die Träger im Dachbereich nochmals geprüft werden. Die Unterzüge in diesem Bereich müssen entfernt werden. Eine durchgehende Raumhöhe von 3500 mm ist erforderlich."

Nach der Besprechung vom 10. Februar 1999 begann die B. GmbH mit der Anlieferung und Montage der Anlage. Zu diesem Zweck entfernte die Streithelferin in der Werkshalle eine Zwischendecke. Dabei kam ein Träger zutage, der dem Einbau der Antriebstation für den automatischen Betrieb der Anlage im Wege stand. Die Inbetriebnahme fand vom 30. März bis zum 2. April 1999 statt. Zu diesem Zeitpunkt war die Anlage nur von Hand und mit einer Gesamtleistung von 40% zu betreiben.

In der Folgezeit kam es zwischen der B. GmbH und der Streithelferin zum Streit. Letztere beanstandete, daß die Anlage nicht vollständig angeliefert und montiert sei. Die B. GmbH zeigte ihrerseits der Streithelferin unter dem 29. April 1999 eine Baubehinderung an und verwies darauf, daß wegen nicht versetzter "Säulen oder Pfetten" die Antriebstation nicht montiert werden könne.

Zugleich bot sie der Streithelferin einen Umbau der Antriebstation gegen Erstattung der Kosten an. Dieses Angebot wiederholte sie am folgenden Tag und am 4. Mai 1999. Durch Anwaltsschreiben vom 5. Mai 1999 setzte die Streithelferin der B. GmbH eine Frist bis zum 15. Mai 1999 für die Fertigstellung der Anlage; für den Fall der Nichteinhaltung dieses Termins kündigte sie an, die Anlage durch einen Dritten fertigstellen zu lassen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Mit Schreiben vom 7. Mai 1999 verweigerte die Beklagte die von der B. GmbH geforderte Zahlung der zweiten Rate über 60% des Gesamtpreises mit der Begründung, daß die B. GmbH insoweit noch keine Bankbürgschaft gestellt habe. Unter dem 15. Juni 1999 erklärte sich die B. GmbH bereit, eine in bestimmter Weise eingeschränkte Bankbürgschaft beizubringen. Die Beklagte erklärte sich damit nicht einverstanden und nahm keine weitere Zahlung vor. Mit Anwaltsschreiben vom 16. Juli 1999 ließ die Streithelferin der B. GmbH mitteilen, daß sie von dieser weitere Leistungen ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Unter dem 2. Mai 2000 erteilte die B. GmbH der Beklagten eine Rechnung über 649.496 DM. Durch gegenseitige Schreiben vom 31. Mai 2000 bestätigten der Anwalt der B. GmbH und die Beklagte, fernmündlich den Gerichtsstand Hamburg und die Geltung deutschen Rechts unter Ausschluß des UN-Kaufrechts vereinbart zu haben.

Mit Beschluß des Landgerichts Feldkirch (Österreich) vom 15. Januar 2002 wurde über das Vermögen der B. GmbH das Ausgleichsverfahren eröffnet. Am 13. Februar 2002 traf die B. GmbH mit der Klägerin folgende Abtretungsvereinbarung:

> "Hiermit tritt die B. GmbH ... ihre Ansprüche aus dem Vertrag Nr. 6296 mit der Firma M. GmbH ... [= Streithelferin] an Frau I. ... ab.

Frau B. wird berechtigt diese Ansprüche sowohl gegenüber der Firma M. als auch gegenüber der I. GmbH ...[= Beklagte] geltend zu machen.

Frau I. B. nimmt die Abtretung an."

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Beklagte auf Bezahlung der von der B. GmbH erbrachten Leistungen in Anspruch genommen, die sie gemäß deren Rechnung vom 2. Mai 2000 auf 649.496 DM beziffert hat. Unter Abzug der von der Beklagten geleisteten Anzahlung von 198.000 DM hat sie von dieser noch Zahlung von 230.592,63 € nebst Zinsen begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abändernd zur Zahlung von 149.036,96 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Aus den Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin und der Beklagten vom 31. Mai 2000 ergebe sich, daß die Parteien für das Streitverhältnis die Geltung deutschen Rechts vereinbart hätten. Gemäß Art. 229 § 5 EGBGB finde das Schuldrecht in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung Anwendung.

Die Klägerin sei aufgrund der mit der B. GmbH getroffenen Abtretungsvereinbarung aktivlegitimiert. Zwar enthalte diese nach ihrem Wortlaut eine Abtretung der Ansprüche aus einem Vertrag zwischen der B. GmbH und der Streithelferin. Die streitgegenständlichen Ansprüche der B. GmbH gegen die Beklagte würden hingegen nicht ausdrücklich erwähnt. Bei der Auslegung müsse jedoch berücksichtigt werden, daß ein Vertrag zwischen der B. GmbH und der Streithelferin nach der Vereinbarung zwischen der B. GmbH und der Beklagten vom 5. und 8. Februar 1999 nicht mehr bestehe. Danach hätten sich die B. GmbH und die Beklagte mit der Zustimmung der Streithelferin in deren Schreiben vom 1. Februar 1999 geeinigt, daß die Beklagte an die Stelle der Streithelferin trete und dieser nur noch Rechte zustehen sollten, soweit ihr diese von der Beklagten zur Ausübung überlassen würden. Diese leasingrechtlich bedingte Vertragskonstruktion sei bei der Abfassung der Abtretungsvereinbarung offensichtlich übersehen worden. Die Abtretung sei auch nicht nach § 134 BGB nichtig. Es liege kein Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG vor. Die einmalige Abtretung einer Forderung zu Einziehungszwecken sei aufgrund der Ehe zwischen dem Geschäftsführer der B. GmbH und der Klägerin nicht als geschäftsmäßiges Handeln zu qualifizieren. Zudem handele es sich nicht um eine fremde Forderung der Klägerin, da sie mit etwa 50% Gesellschafterin der B. GmbH sei und sich auch die weiteren Gesellschaftsanteile im Besitz von Mitgliedern ihrer Familie befänden. Die nach der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über das Vermögen der B. GmbH erfolgte Abtretung sei auch nicht nach § 8 der österreichischen Ausgleichsordnung unwirksam. Zwar sei die nach Absatz 2 dieser Vorschrift erforderliche Zustimmung des Ausgleichsverwalters nicht dargetan. Deren Fehlen habe aber nach Absatz 3 nur die relative Unwirksamkeit der Rechtshandlung den Gläubigern der B. GmbH gegenüber zur Folge. Im übrigen könne die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über das Vermögen der B. GmbH schon nach § 531 Abs. 2 ZPO keine Berücksichtigung mehr finden, weil

die Beklagte nicht dargelegt habe, warum sie diese Tatsache nicht bereits im Verfahren vor dem Landgericht, sondern erst im Berufungsverfahren vorgetragen habe.

Der Klägerin stehe aus dem mit der Beklagten geschlossenen Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) ein Zahlungsanspruch in Höhe von 149.036,96 € zu. Dies sei allerdings kein Erfüllungsanspruch, dem die Beklagte mit dem Hinweis auf die nicht erfolgte Abnahme und die nicht erteilte Übernahmebestätigung begegnen könne. Nachdem die Streithelferin die Abnahme mit Schreiben vom 16. Juli 1999 endgültig verweigert und die Anlage auf eigene Kosten fertiggestellt habe, habe sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt, bei dem eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche stattfinde. Dem könne die Beklagte nicht entgegenhalten, es müsse eine Abwicklung unter Berücksichtigung der leasingtypischen Besonderheiten im Dreiecksverhältnis erfolgen. Die Beklagte sei mit ihrer Erklärung vom 5. Februar 1999 als Bestellerin an die Stelle der Streithelferin getreten. Daran müsse sie sich auch im Abrechnungsstadium festhalten lassen. Die Tatsache, daß die Streithelferin die Übernahmebestätigung nicht unterzeichnet habe, könne im Abrechnungsstadium nicht mehr geltend gemacht werden, weil es sich um eine Einwendung aus dem Erfüllungsstadium handele. Die Beklagte könne auch nicht unter Hinweis auf Ziffer 6 Satz 2 ihrer Einkaufsbedingungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, weil diese Bestimmung im Abrechnungsstadium keine Anwendung mehr finde. Die Klägerin müsse sich jedoch entsprechend § 649 BGB das anrechnen lassen, was die B. GmbH infolge der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses an Aufwendungen erspart habe. Dies seien unter Berücksichtigung des von der Klägerin nicht widerlegten Vortrags der Streithelferin 81.555,66 €.

Weitere Gegenansprüche stünden der Beklagten nicht zu. Zwar könne sie der Klägerin als neuer Gläubigerin nach § 406 BGB grundsätzlich im Wege der Drittschadensliquidation Schadensersatzansprüche der Streithelferin nach § 326 BGB entgegenhalten. Solche Schadensersatzansprüche seien jedoch nicht gegeben. Die B. GmbH habe ihre Vertragspflichten gegenüber der Beklagten und der Streithelferin nicht schuldhaft verletzt und sich mit der ihr obliegenden Hauptleistungspflicht nicht in Verzug befunden. Ein schuldhaftes Verhalten sei nicht darin zu sehen, daß die B. GmbH die von der Beklagten verlangte uneingeschränkte Bankbürgschaft für die zweite Rate über 60% des Festpreises nicht gestellt habe. Die B. GmbH sei hierzu nicht verpflichtet gewesen. Zu einer ausdrücklichen Einigung über die Stellung einer uneingeschränkten Bürgschaft sei es trotz des Hinweises der Beklagten im Schreiben vom 5. Februar 1999, daß "Anzahlungen nur gegen Bankbürgschaft" möglich seien, wegen der Bezugnahme der B. GmbH auf ihre Liefer- und Zahlungsbedingungen in der Auftragsbestätigung vom 8. Februar 1999 nicht gekommen. Auch die erste, von der Beklagten akzeptierte Bürgschaft vom 12. Februar 1999 sei nicht uneingeschränkt, sondern vielmehr befristet gewesen. Die nachfolgende Verlängerung der Geltungsdauer bis zum 31. Mai 1999 habe nicht zu einer vertraglichen Vereinbarung über den Wegfall der Beschränkung der Bürgschaft geführt. Der B. GmbH sei des weiteren kein Verschuldensvorwurf daraus zu machen, daß sie sich Ende April/Anfang Mai 1999 geweigert habe, ohne einen Zusatzauftrag der Streithelferin die Antriebseinheit für den automatischen Betrieb der Anlage zu installieren. Es sei die Obliegenheit der Streithelferin als Erfüllungsgehilfin der Beklagten gewesen, die baulichen Voraussetzungen für die Vollendung der Anlage durch die B. GmbH zu schaffen. Der Einwand der Streithelferin, der dem Einbau der Antriebseinheit im Weg stehende Träger sei auf einer Zeichnung mit Datum vom 14. Januar 1999 eingetragen, könne nicht zutreffen. Die Klägerin habe unwidersprochen vorgetragen, daß die Produktionshalle der Streithelferin

am 10. Februar 1999 durch die B. GmbH besichtigt und der störende Träger erst anschließend nach dem Entfernen der Zwischendecke entdeckt worden sei. Daraus folge, daß die Beklagte mit der Streithelferin als ihrer Erfüllungsgehilfin nicht die bauseitigen Voraussetzungen für die Vollendung der Anlage durch die B. GmbH geschaffen habe. Die Streithelferin habe weder den störenden Träger entfernt noch der B. GmbH den von dieser angebotenen Zusatzauftrag für eine andere Konzeption der Antriebseinheit erteilt. Angesichts dessen treffe die B. GmbH an dem Abbruch der Arbeiten kein Verschulden.

II.

Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand, so daß die Revision - trotz der Säumnis der Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung durch kontradiktorisches Urteil - zurückzuweisen ist.

1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht den Schreiben des ursprünglichen Anwalts der B. GmbH und späteren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin einerseits und der Beklagten andererseits vom 31. Mai 2000 entnommen, daß die Parteien für das Streitverhältnis gemäß Art. 27 EGBGB die Geltung deutschen Rechts vereinbart haben. Weiter ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung (im folgenden: a.F.) Anwendung findet. Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen.

2. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Klägerin Inhaberin der eingeklagten Forderung ist.

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die B. GmbH der Klägerin mit der Abtretungsvereinbarung vom 13. Februar 2002 die eingeklagte Forderung gegen die Beklagte abgetreten habe, ist entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden. Sie beruht auf der tatrichterlichen Auslegung einer Individualerklärung, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs revisionsrechtlich nur beschränkt darauf überprüfbar ist, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (BGHZ 135, 269, 273; Senatsurteil vom 26. Februar 2003 - VIII ZR 270/01, WM 2003, 1089 unter II 2 a; jew. m.w.Nachw.). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf.

Der von der Revision angeführte Wortlaut der Abtretungsvereinbarung, wonach die B. GmbH der Klägerin ihre Ansprüche aus dem Vertrag mit der Streithelferin abtritt, steht der Auslegung des Berufungsgerichts nicht entgegen, da die Beklagte durch die Vereinbarung mit der B. GmbH vom 5./8. Februar 1999 mit der Zustimmung der Streithelferin vom 1. Februar 1999 an deren Stelle in den genannten Vertrag eingetreten ist und sich die abgetretenen Ansprüche der B. GmbH aus diesem Vertrag danach zumindest auch gegen die Beklagte richten. In Übereinstimmung damit heißt es in der Abtretungsvereinbarung, daß die Klägerin berechtigt ist, diese Ansprüche auch gegenüber der Beklagten geltend zu machen. Ob, wie die Revision dem Berufungsgericht weiter entgegenhält, der Streithelferin nach dem Eintritt der Beklagten in ihren Vertrag mit der B. GmbH noch eigene vertragliche Ansprüche gegen diese zustehen, ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, da es in der Abtretungsvereinbarung allein um Ansprüche der B. GmbH und nicht um solche gegen sie geht. Davon abgesehen beruht auch die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Streithelferin nach der Vereinbarung der Beklagten mit der B. GmbH vom 5./8. Februar 1999 nur noch Rechte zustehen sollten, soweit ihr diese von der Beklagten zur Ausübung überlassen würden, auf einer revisionsrechtlich nur

beschränkt überprüfbaren tatrichterlichen Auslegung, der die Revision keine erheblichen Einwendungen entgegenzusetzen hat und die im übrigen durch Nr. 5 der "Allgemeinen Mietbedingungen" der Beklagten ("Der Vermieter überträgt diese Ansprüche hiermit auf den Mieter...") gestützt wird.

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Abtretungsvereinbarung vom 13. Februar 2002 nicht nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG nichtig. Diese Vorschriften finden hier Anwendung, weil sich die Wirksamkeit der Abtretung gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB nach deutschem Recht als dem Recht bestimmt, dem die abgetretene Forderung unterliegt (vgl. BGHZ 111, 376, 379 f). Ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG ist bereits deswegen zu verneinen, weil es an der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch die Klägerin fehlt. Insoweit könnte allenfalls eine Abtretung der betreffenden Forderungen der B. GmbH an die Klägerin zu Einziehungszwekken in Betracht kommen. Dafür ist jedoch weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich. Das gilt gerade auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß kurz vor der Abtretungsvereinbarung vom 13. Februar 2002 am 15. Januar 2002 das Ausgleichsverfahren über das Vermögen der B. GmbH eröffnet worden ist. Angesichts dessen liegt es näher, daß die Abtretung uneingeschränkt erfolgt ist. Danach kann dahingestellt bleiben, ob entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ein geschäftsmäßiges Handeln der Klägerin vorliegt und ob es sich bei den abgetretenen Forderungen für die Klägerin nicht um fremde Forderungen handelt.

c) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die nach der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über das Vermögen der B. GmbH erfolgte Abtretung auch nicht nach § 8 der österreichischen Ausgleichsordnung unwirksam sei, ist einer revisionsrechtlichen Nachprüfung entzogen.

Bei der genannten Vorschrift, die hier nach Artt. 1, 4 und 25 des zum Zeitpunkt der Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über das Vermögen der B. GmbH noch gültigen Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich auf dem Gebiet des Konkurs- und Vergleichs-(Ausgleichs-)rechts vom 25. Mai 1979 (BGBl. II 1985 S. 410) Anwendung findet, handelt es sich um ausländisches Recht, auf dessen Verletzung die Revision nach § 545 Abs. 1 ZPO nicht gestützt werden kann. Nach § 560 ZPO sind für das Revisionsgericht nicht nur die Feststellungen des Berufungsgerichts zu Bestehen und Inhalt des ausländischen Rechts bindend, sondern auch die Auslegung und Anwendung dieses Rechts durch den Tatrichter (BGHZ 104, 178, 181; BGH, Urteil vom 23. Januar 1996 - VI ZR 291/94, NJW-RR 1996, 732 unter II 2 a, jew. m. weit. Nachw.). Der revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegt allerdings, ob das Berufungsgericht das ausländische Recht gemäß § 293 ZPO verfahrensfehlerfrei ermittelt hat (BGHZ 118, 151, 162; BGH, Urteil vom 13. Mai 1997 - IX ZR 292/96, WM 1997, 1245 unter II 2, jew. m.w.Nachw.). Eine Verletzung dieser Pflicht macht die Revision indessen zu Unrecht geltend. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Abtretung nach § 8 Abs. 3 der österreichischen Ausgleichsordnung der Beklagten gegenüber unwirksam sei, weil diese wegen eines Bereicherungsanspruchs auf Erstattung ihrer Anzahlung in Höhe von 198.000 DM Gläubigerin der B. GmbH sei, betrifft nicht die revisionsrechtlich nachprüfbare Ermittlung der ausländischen Vorschrift, sondern deren nicht nachprüfbare Anwendung.

Danach kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens über das Vermögen der B. GmbH könne schon nach § 531 Abs. 2 ZPO keine Berücksichtigung mehr finden.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch in Höhe von 149.036,96 € bejaht.

a) Soweit das Berufungsgericht in dem in Rede stehenden Vertrag über die Lieferung und Montage einer Lackier- und Trocknungsanlage einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache gesehen hat, auf den nach § 651 Abs. 1 BGB a.F. die Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB a.F.) Anwendung finden, erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen im Hinblick darauf, daß diese rechtliche Einordnung dem beiderseitigen Parteivortrag in den Vorinstanzen entspricht, auch sonst keine Bedenken.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch allerdings nicht aus einem Abrechnungsverhältnis, sondern aus § 324 Abs. 1 BGB a.F.

aa) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, das Vertragsverhältnis zwischen der B. GmbH und der Beklagten habe sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. (Urteil vom 23. November 1978 - VII ZR 29/78, NJW 1979, 549 unter 3; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 479/00, NJW 2002, 3019 unter II 2 a; Urteil vom 10. Oktober 2002 - VII ZR 315/01, NJW 2003, 288 unter II 2 a; ferner BGHZ 142, 278, 281) in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt, nachdem die Streithelferin mit Anwaltsschreiben vom 16. Juli 1999 die Abnahme endgültig verweigert und die Anlage auf eigene Kosten fertiggestellt habe. Das würde gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. voraussetzen, daß die Streithelferin von der B. GmbH unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung Beseitigung eines Mangels verlangt hätte. Das ist nicht der Fall. Die Streithelferin hat mit Schreiben vom 15. und 28. April 1999 sowie Anwaltsschreiben vom 29. April, 30. April, 4. Mai und 5. Mai 1999 von der B. GmbH nicht die Beseitigung von Mängeln der

Anlage, sondern Erfüllung der vertraglichen Liefer- und Montagepflicht im Wege der Fertigstellung der Anlage begehrt.

bb) Das Vertragsverhältnis zwischen der B. GmbH und der Streithelferin ist wegen der Erklärung der Streithelferin im Schreiben ihres Anwalts vom 16. Juli 1999, daß sie die Leistung der B. GmbH ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, auch nicht gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt worden. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Beklagte der Streithelferin ihre Rechte aus § 326 BGB a.F. gemäß Nr. 5 ihrer Allgemeinen Mietbedingungen abgetreten hat, ob diese Abtretung gegebenenfalls wirksam war und ob die Streithelferin danach zu der genannten Erklärung befugt war (vgl. Senatsurteil vom 7. März 1990 - VIII ZR 56/89, WM 1990, 987 unter II 1). Jedenfalls fehlt es an dem nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. erforderlichen Verzug. Zu Recht hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang angenommen, daß die B. GmbH mit ihrer vertraglichen Liefer- und Montagepflicht nicht in Verzug geraten ist, weil die Streithelferin als Erfüllungsgehilfin (§ 278 BGB a.F.) der Beklagten ihrer Obliegenheit, die baulichen Voraussetzungen für die Fertigstellung der Anlage zu schaffen, nicht nachgekommen ist, indem sie den dem Einbau der Antriebseinheit im Wege stehenden Träger trotz Aufforderung durch die B. GmbH nicht beseitigt hat, und weil die B. GmbH ohne einen entsprechenden Zusatzauftrag auch nicht zu einer Neukonzeption der Antriebseinheit verpflichtet war.

Gegen die insbesondere auf einer tatrichterlichen Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen beruhende Annahme des Berufungsgerichts, daß es der Streithelferin oblag, die baulichen Voraussetzungen für die Fertigstellung der Anlage zu schaffen, erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken. Die Revision beanstandet lediglich, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die B. GmbH bereits am 14. Januar 1999 von

dem störenden Träger gewußt habe, ohne sofort darauf hinzuweisen. In diesem Zusammenhang wendet sie sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der betreffende Träger könne auf der Zeichnung mit Datum vom 14. Januar 1999 nicht eingetragen sein, weil die Beklagte dem Vortrag der Klägerin nicht widersprochen habe, daß der Träger erst bei der Beseitigung der Zwischendekke nach der Besichtigung der Werkshalle vom 10. Februar 1999 entdeckt worden sei. Darauf kommt es nicht an. Eine etwaige Kenntnis der B. GmbH von dem Träger zu dem genannten Zeitpunkt ändert nichts daran, daß es der Streithelferin oblag, die baulichen Voraussetzungen für die Fertigstellung der Anlage zu schaffen, und daß sie dieser Obliegenheit nicht nachgekommen ist. Davon abgesehen hat die B. GmbH den von der Revision vermißten Hinweis bei der Besprechung mit der Streithelferin am 19. Januar 1999 ausweislich ihres Protokolls vom 8. Februar 1999 erteilt. Danach hat die B. GmbH darauf aufmerksam gemacht, daß "die Träger im Dachbereich nochmals geprüft werden" sollten, "die Unterzüge in diesem Bereich ... entfernt werden" müssen und "eine durchgehende Raumhöhe von 3500 mm ... erforderlich" ist. Gegen die Richtigkeit dieses Protokolls, das die Klägerin bereits mit der Klageschrift zu den Akten gereicht hat, haben weder die Beklagte noch ihre Streithelferin Einwendungen erhoben.

cc) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ergibt sich jedoch aus § 324 Abs. 1 BGB a.F. Die Streithelferin hat es der B. GmbH unmöglich gemacht, die Lackier- und Trocknungsanlage fertigzustellen, indem sie dies nach der unangegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts durch ein anderes Unternehmen hat vornehmen lassen. Das hat die Streithelferin zu vertreten. Sie hat, wie sich schon aus der ausdrücklichen Ankündigung in ihrem Anwaltsschreiben vom 5. Mai 1999 ergibt, vorsätzlich gehandelt. Für das Verschulden der Streithelferin haftet die Beklagte nach § 278 BGB a.F., da die Streithelferin als ihre Mieterin bei der Übernahme der Mietkaufsache von der B. GmbH ihre

Erfüllungsgehilfin ist (vgl. BGHZ 90, 302, 309). Danach behält die B. GmbH gemäß § 324 Abs. 1 BGB a.F. den Anspruch auf die Gegenleistung in Gestalt der vereinbarten Vergütung (§ 631 Abs. 1 BGB a.F.); sie muß sich lediglich die durch den Wegfall der eigenen Leistungspflicht entstehenden Vorteile anrechnen lassen.

c) Dieser Anspruch ist nach der Vereinbarung zwischen der B. GmbH und der Beklagten vom 5./8. Februar 1999 nicht ausgeschlossen.

Die Revision beanstandet insoweit, das Berufungsgericht habe das Schreiben der Beklagten an die B. GmbH vom 5. Februar 1999 nicht ausgelegt. Danach solle die B. GmbH das Risiko tragen, daß die Streithelferin die Anlage abnehme. Daraus und aus Nr. 6 der dem Schreiben beigefügten Einkaufsbedingungen der Beklagten ergebe sich, daß die Beklagte nach ihrem unmißverständlichen Willen mit der Abwicklung des Vertrages nichts habe zu tun haben wollen. Mit dieser Rüge hat die Revision keinen Erfolg. Es trifft nicht zu, daß das Berufungsgericht das Schreiben der Beklagten vom 5. Februar 1999 nicht ausgelegt hat. Vielmehr hat es diesem Schreiben in Verbindung mit dem Schreiben der B. GmbH vom 8. Februar 1999 ausdrücklich entnommen, daß die Beklagte an Stelle der Streithelferin in deren Vertrag mit der B. GmbH eingetreten ist. Allerdings ist das Berufungsgericht nicht auf den von der Revision angeführten Gesichtspunkt eingegangen. Daher kann der Senat die Auslegung insoweit selbst vornehmen. Danach ist der hier in Rede stehende Zahlungsanspruch nicht ausgeschlossen.

In dem Schreiben der Beklagten vom 5. Februar 1999 heißt es zwar, die "eventuelle Nichtabnahme" der Anlage solle allein "Risiko" der B. GmbH sein. Daraus ergibt sich jedoch - selbst wenn die in diesem Zusammenhang unklare Bedeutung des Begriffs "Risiko" unberücksichtigt bleibt - allenfalls, daß die Be-

klagte mit einer etwaigen Auseinandersetzung zwischen der Streithelferin und der B. GmbH über die Abnahme der Anlage nichts zu tun haben wollte. Eine solche Auseinandersetzung ist hier nicht gegeben. Eine Abnahme hat nicht stattgefunden, weil die B. GmbH die Anlage nicht fertiggestellt hat. Sie kommt auch nicht mehr in Betracht, nachdem die Streithelferin die Fertigstellung der Anlage durch die B. GmbH unmöglich gemacht hat.

Aus Nr. 6 der Einkaufsbedingungen der Beklagten ergibt sich nichts anderes. Danach steht der Lieferant für die "Tauglichkeit des Objekts" ein und ist er zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zur Klärung der Rechtslage verpflichtet, wenn der Leasingnehmer "wegen fehlender Tauglichkeit" die Zahlung der Raten verweigert. Ferner ist der Leasingnehmer zur Geltendmachung etwaiger "Lieferungs-, Gewährleistungs- und Kundendienstansprüche gegen den Lieferanten" berechtigt. Dies entspricht dem Inhalt des Schreibens vom 5. Februar 1999, wonach die "Garantie- und Gewährleistungsverpflichtungen" der B. GmbH der hieraus unmittelbar berechtigten Streithelferin gegenüber bestehen. Auch das rechtfertigt schon nach dem Wortlaut nur die Annahme, daß die Beklagte mit einer Auseinandersetzung über Mängel der Anlage nichts zu tun haben wollte. Darum geht es hier nicht. Wie oben (unter II 3 b aa) dargelegt, haben die Streithelferin und die B. GmbH nicht über Mängel der Anlage, sondern über deren Fertigstellung gestritten.

d) Die Beklagte hat kein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1 BGB) gegenüber dem von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch.

aa) Auf das Fehlen der in ihrem Schreiben vom 5. Februar 1999 geforderten Übernahmebestätigung kann sich die Beklagte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht berufen, weil eine solche nicht mehr in Betracht kommt,

nachdem die Streithelferin als ihre Erfüllungsgehilfin die Fertigstellung der Anlage durch die B. GmbH unmöglich gemacht hat.

bb) Auch eine Bankbürgschaft kann die Beklagte nicht verlangen. Gemäß ihrem Schreiben vom 5. Februar 1999 ist eine Bankbürgschaft nur für Anzahlungen vereinbart. Um eine solche geht es hier nicht, nachdem die Streithelferin die Fertigstellung der Anlage unmöglich gemacht hat und die Klägerin deswegen gemäß § 324 Abs. 1 BGB a.F. Anspruch auf die Gegenleistung in Form der vereinbarten Vergütung (§ 631 Abs. 1 BGB a.F.) hat. Daher kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte gegebenenfalls eine unbeschränkte Bürgschaft verlangen könnte.

e) Gegen die Höhe des vom Berufungsgericht der Klägerin zuerkannten Anspruchs erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken.

Dr. Deppert Dr. Beyer Wiechers

Dr. Wolst Hermanns