

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 242/76

URTEIL

Verkündet am
15. Februar 1978
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED] GmbH in E [REDACTED], vertreten durch den Vorstand,
dieser vertreten durch die Geschäftsleiter Ardie M [REDACTED] und
Heinrich K [REDACTED], beide wohnhaft I [REDACTED]straße in W [REDACTED]
[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Walter H [REDACTED], Kommanditgesellschaft, B [REDACTED]
[REDACTED]weg [REDACTED] in B [REDACTED], vertreten durch ihre persön-
lich haftenden Gesellschafter Walter und Heinz H [REDACTED]
in B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 14. April 1976 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin erhielt von der W [REDACTED] T [REDACTED] AG den Auftrag, am Oldenburger Hafen mehrere Kräne umzusetzen, darunter zwei kleine Halbportalkräne. Die Parteien vereinbarten, daß die Beklagte für das Umsetzen der Halbportalkräne zwei 60 to Telekräne, das zur Bedienung nötige Personal und eine Traverse zum Pauschalpreis von 3 600 DM zur Verfügung stelle.

Die Beklagte überließ der Klägerin zur Durchführung der Arbeiten einen 60 to Krupp-Telekran und einen 72 to Lorain-Gitterkran. Beim Umsetzen des ersten der beiden Halbportalkräne kippte am 21. März 1973 der 60 to K [REDACTED] Telekran der Beklagten um und wurde erheblich beschädigt. Die Parteien streiten darüber, wer von ihnen für den Schaden aufzukommen hat.

- 3 -

Die Beklagte ließ den beschädigten Kran im Betrieb der Klägerin reparieren. In dem Reparaturauftrag vom 27. März 1973 hat die Beklagte sich den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin unterworfen. Deren Nr. III lautet u.a.:

- "1. Der Auftragnehmer ist berechtigt, je nach Umfang und Dauer der Instandsetzung Vorauszahlungen bis zu 90 % der voraussichtlichen Kosten zu verlangen.
2. Der Rechnungsbetrag ist spätestens acht Tage nach Erhalt der Rechnung fällig.
3. Eine andere Zahlungsweise als Zahlung in bar muß bei Auftragserteilung vereinbart sein. Wechsel oder Schecks werden nur zahlungshalber unter Berechnung aller Einziehungs- und Diskontspesen angenommen."

Mit der Klage macht die Klägerin den Werklohnanspruch aus der Reparatur des Krans der Beklagten in Höhe von 151 077,59 DM geltend. Die Beklagte hat die Berechtigung einiger Rechnungsposten bestritten und behauptet, die Klägerin habe sich bereiterklärt, durch die Instandsetzung des Kranes Schadensersatz zu leisten, weil sie eingesehen habe, für den am Kran entstandenen Schaden einstehen zu müssen. Zugleich hat sie die Aufrechnung mit dem von ihr geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der Reparaturkosten und weiteren Schadensersatzforderungen aus dem Unfall vom 21. März 1973 erklärt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten entsprechend dem Klageantrag.



Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe der Klägerin die Reparatur ihres 60 to-Kranes gegen Entgelt übertragen. Es meint, der Zahlungsanspruch der Klägerin sei aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung erloschen. Die Beklagte habe von der Klägerin nach § 556 BGB die Rückgabe des Kranes in unbeschädigtem Zustand verlangen können. Da die Klägerin nicht bewiesen habe, daß die Beschädigung des Kranes nicht von ihr zu vertreten sei, habe die Beklagte einen Schadensersatzanspruch wenigstens in Höhe der Werklohnforderung der Klägerin gegen diese erworben. Es sei zweifelhaft, ob die Parteien durch die Vereinbarung in Nr. III 3 des Werkvertrages die Befugnis der Beklagten zur Aufrechnung hätten ausschließen wollen. Zweifel, die sich bei der Auslegung der AGB der Klägerin ergäben, gingen aber zu deren Lasten. Die genannte Vereinbarung stehe der Aufrechnung deshalb nicht entgegen.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Frage, ob das Revisionsgericht berechtigt ist, die Zahlungsklausel in Nr. III der AGB der Klägerin selbst auszulegen und ob, falls eine solche Möglichkeit besteht, die Auslegung ergibt, daß die Parteien die Aufrechnung ausgeschlossen haben, brauchte der erkennende Senat nicht zu entscheiden. Denn auch wenn ein Aufrechnungsausschluß anzunehmen ist, kann die Klägerin sich nicht darauf berufen. Wie noch auszuführen ist, hat das Berufungsgericht nämlich mit Recht angenommen, die Klägerin sei verpflichtet, der Beklagten den Schaden, den diese bei dem Unfall vom 21. März 1973 erlitten habe,

zu erstatten, und zu diesem Schaden gehöre auch der Betrag, der als Werklohnforderung der Klägerin berechtigt sei. Bei dieser Sach- und Rechtslage verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn die Klägerin die Beklagte auf Barzahlung in Anspruch nehmen und zwingen will, ihre Schadensersatzforderung selbständig, womöglich in einem Rechtsstreit, geltend zu machen. Da Werklohnforderung und Schadensersatzanspruch bei der vom Berufungsgericht angenommenen Rechtslage sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, bedeutet Entscheidungsreife hinsichtlich der einen Forderung auch Entscheidungsreife hinsichtlich der anderen. In einem solchen Fall ist, wie der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden hat, die Berufung auf das vertragliche Aufrechnungsverbot treuwidrig (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 1960 - VIII ZR 53/59 = NJW 1960, 859; BGH Urteil vom 27. März 1969 - VII ZR 2/67 = VersR 1969, 733, 734; BGB-RGRK 12. Aufl., § 387 Rdn. 52). Hieraus ergibt sich zugleich, daß entgegen der Meinung der Revision die Beklagte mit der Geltendmachung der Aufrechnung nicht ihrerseits gegen Treu und Glauben verstößt.

2. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse der Beklagten den Schaden, der dieser durch die Beschädigung des Kranes entstanden sei, ersetzen, wendet die Revision sich ohne Erfolg.

a) Das Berufungsgericht sieht in dem Vertrag der Parteien über die Gestellung der Kräne mit Bedienungspersonal ein gemischtes Rechtsgeschäft. Die Vereinbarung über die Gestellung der Kräne würdigt es als Mietvertrag. Soweit die Beklagte für Bedienungspersonal zu sorgen hatte, nimmt es einen Dienstverschaffungsvertrag an.

Die Revision, die in der Vereinbarung über die Gestellung der Kräne ebenfalls einen Mietvertrag sieht, wendet sich gegen die Annahme eines Dienstverschaffungsvertrages. Sie meint, der von der Beklagten übernommene Auftrag enthalte auch "Dienst- oder Werkvertragsэлеmente". Die Rüge der Revision ist aber nicht berechtigt.

Das Berufungsgericht stellt auch unter Berücksichtigung des Schriftwechsels der Parteien fest, die Planung und die Vorbereitung der Arbeiten sowie die Leitung des Einsatzes der Kräne hätten der Klägerin und nicht der Beklagten obgelegen. Die Mitwirkung der Beklagten vor Durchführung der Arbeiten habe sich darauf beschränkt, Kräne auszuwählen, die für die in Betracht kommenden Arbeiten geeignet waren. Ein bestimmender Einfluß bei der Vorbereitung der Arbeiten und deren Durchführung habe ihr nicht zugestanden.

Diese Feststellungen rechtfertigen die Annahme eines Dienstverschaffungsvertrages, weil das zu vollbringende Werk, nämlich das Umsetzen der Halbportalkräne Aufgabe der Klägerin blieb und die Beklagte auch nicht eigene Dienste schuldete, sondern nur die Kräne zu überlassen und die Dienste ihres Bedienungspersonals zu verschaffen hatte. Die Obhut an den Kränen ging jedenfalls für die Zeit der Durchführung der Arbeiten auf die Klägerin über. Das ergibt sich daraus, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Durchführung der Arbeiten ausschließlich bei der Klägerin lag und die Kranführer der Beklagten die Weisungen des Einsatzleiters, eines Angestellten der Klägerin, zu befolgen hatten. Die Annahme eines Dienstverschaffungsvertrages in einem solchen Fall entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. das Senatsurteil vom 22. Mai 1968 -

VIII ZR 21/66 = LM BGB § 535 Nr. 40 = VersR 1968, 779 und BGH Urteil vom 14. Juli 1970 - VI ZR 203/68 = VersR 1970, 934; zustimmend Hilgendorf in VersR 1972, 127). Der Senat sieht keinen Anlaß, hiervon abzuweichen.

Soweit die Revision geltend macht, die Obhut am Kran sei bei der Beklagten verblieben und diese habe Einfluß auf die Durchführung der Arbeiten nehmen können, setzt sie in unzulässiger Weise ihre Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts, die möglich ist.

b) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin sei für den entstandenen Schaden verantwortlich. Es führt aus, alles deute darauf hin, daß der Schaden durch einen von der Klägerin begangenen Planungsfehler verursacht worden sei. Das Berufungsgericht stellt aber entscheidend darauf ab, daß die Klägerin den ihr als Mieterin obliegenden Beweis, die Beschädigung des Kranes nicht vertreten zu müssen, nicht erbracht habe.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, weil die Mietsache in der Obhut der Beklagten geblieben sei und der Schaden im Einfluß- und Kenntnissbereich der Beklagten entstanden sei. Auch mit dieser Rüge kann sie keinen Erfolg haben, weil nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ein gemischtes Rechtsgeschäft bestehend aus Mietvertrag und Dienstverschaffungsvertrag anzunehmen ist. Daß in einem solchen Fall der Mieter sich entlasten muß, wenn er die Mietsache in beschädigtem Zustand zurückgibt, ist einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl., § 556 Rdn. 11 und Soergel/Siebert/Mezger BGB 10. Aufl., § 556 Rdn. 26 und § 548 Rdn. 12 je m.Nachw.).

c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es brauche nicht entschieden zu werden, ob die von der Beklagten gestellten Kranführer ein für die Schadensentstehung mit ursächliches Verschulden am Zustandekommen des Unfalles treffe, weil bei einem Dienstverschaffungsvertrag die "entliehenen" Arbeiter nicht Erfüllungsgehilfen des "verleihenden" Unternehmers seien. Diese Auffassung entspricht der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, an der festzuhalten ist (vgl. RGZ 82, 427, 429; BGH Urteil vom 14. Juli 1970 - VI ZR 203/68 = VersR 1970, 934, 935; BGH Urteil vom 9. März 1971 - VI ZR 138/69 = NJW 1971, 1129 = VersR 1971, 569).

Soweit die Revision geltend macht, die Kranführer seien nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert worden, sondern Gehilfen der Beklagten bei der Erfüllung deren Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin geblieben, setzt sie sich - rechtlich unbeachtlich - zu den Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch.

d) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Beklagte hafte aus positiver Vertragsverletzung, weil die von ihr zur Verfügung gestellten Kräne wegen verschiedener Stärke und Bauweise für den Einsatz ungeeignet gewesen seien und die Beklagte insgesamt ihrer Koordinierungspflicht nicht nachgekommen sei. Auch das widerspricht den Feststellungen des Berufungsgerichts, das rechtsfehlerfrei aufgrund des Gutachtens des Dipl.Ing. V. [REDACTED] angenommen hat, das Unterlassen der Gestellung einer Traverse und die Gestellung von zwei Kränen verschiedener Auslage seien für den Unfall nicht ursächlich gewesen.

3. Die Beklagte hat die Berechtigung einiger Positionen der Reparaturkostenrechnung der Klägerin bestritten. Das

Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob diese Rechnungsposten mit Recht geltend gemacht werden.

Grundsätzlich darf zwar nicht dahingestellt bleiben, ob die Klageforderung ganz oder teilweise begründet sei, weil jedenfalls die aufgerechnete Gegenforderung gerechtfertigt sei. Denn eine solche Entscheidung läßt die Rechtskraftwirkung im Ungewissen (BGH Urteil vom 25. Juni 1956 - II ZR 78/55 = LM ZPO § 322 Nr. 21 = WM 1956, 1029). Ein solcher Verfahrensverstoß ist von Amts wegen zu berücksichtigen (BGH aaO), weshalb der erkennende Senat die Frage, ob ein solcher hier anzunehmen ist, zu prüfen hatte, obwohl die Revision in dieser Hinsicht keine Rüge erhoben hat. Hier liegt aber ein Verfahrensverstoß nicht vor. Die Rechtskraft bleibt nämlich deshalb nicht ungewiß, weil sich der Werklohnanspruch der Klägerin und der auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit gerichtete Schadensersatzanspruch der Beklagten ohne Rücksicht darauf decken, ob alle Rechnungsposten berechtigt sind.

Das Berufungsgericht hat, obwohl die Beklagte mit mehreren Gegenforderungen aufgerechnet hat, nicht angegeben, in welcher Reihenfolge die Beklagte ihre Ansprüche zur Aufrechnung gestellt hat. Auch dieser Umstand bewirkt keine Ungewißheit über den Umfang der Rechtskraft. Aus dem Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsgerichts ist nämlich zu entnehmen, daß die Beklagte in erster Linie mit dem Anspruch auf Erstattung der Reparaturkostenforderung der Klägerin aufgerechnet hat. Von den Gegenforderungen der Beklagten ist deshalb nur über diesen Anspruch entschieden.

III. Nach allem ist die Revision der Klägerin nicht begründet. Sie war deshalb zurückzuweisen.

Nach § 97 ZPO muß die Klägerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels tragen.

Braxmaier

Wolf

Merz

Treier

Dr. Brunotte