

31
Nachschlagewerk: ja (zu I)

BGHZ: nein

ZPO §§ 546, 554, 554 b

Zur Frage der Zulässigkeit einer Revision bei
40 000 DM übersteigender Beschwer (Annahmerevision),
wenn der Beschwerdegegenstand nach dem Revisionsan-
trag weit unter 40 000 DM liegt.

BGH, Urt.v. 1. April 1981 - VIII ZR 33/80 - OLG Schleswig
LG Lübeck

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 33/80

URTEIL

Verkündet am
1. April 1981
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Zentralheizungs- und Lüftungsbaumeisters
Henry K. [REDACTED], S. [REDACTED] in A. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma G. [REDACTED] & S. [REDACTED],
K. [REDACTED] Straße [REDACTED] in H. [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Merz, Dr. Skibbe und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 17. Januar 1980 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von 102,74 DM und Zinsen hieraus verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, die im Großhandel Material für Zentralheizungsanlagen liefert, verlangt von dem verklagten Zentralheizungs- und Lüftungsbaumeister aus einer Reihe von Geschäften die Bezahlung von Baumaterialien, hauptsächlich Einzelteilen für den Heizungsbau, und hat in Höhe von 103 348, 46 DM Klage erhoben. In der Klageforderung ent-



halten ist ein Restkaufpreis von 9 112,31 DM aus Lieferungen für die Herstellung einer Heizungsanlage bei der Firma team-Verpackung Volkmar L. KG (künftig: L. KG). Die Klageforderung ist als solche nicht mehr im Streit, wohl aber ihre Verzinsung. Der Beklagte hatte gegenüber der Klägerin auch Schadensersatzansprüche mit der Begründung eingewendet, ihm drohe die Inanspruchnahme durch die L. KG wegen nicht rechtzeitiger Fertigstellung der für sie errichteten Heizungsanlage; die Verzögerung sei vor allem deshalb eingetreten, weil die Klägerin vertragswidrig zu dem von ihr an den Beklagten gelieferten Heizkessel verschiedene für die Abnahme durch den Technischen Überwachungsverein (TÜV) erforderliche Unterlagen nicht beigebracht habe. Außerdem habe er wegen der Notwendigkeit einer nachträglichen Wasserdruckprüfung des Heizkessels durch den TÜV 102,74 DM Prüfkosten aufwenden müssen. Auf den Schadensersatzanspruch hat der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Kaufpreisforderung gestützt, hilfsweise gegen sie aufgerechnet.

Die L. KG ist mit ihren Schadensersatzansprüchen gegen den Beklagten nicht durchgedrungen, sondern durch Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 29. Mai 1979 - während des vorliegenden Rechtsstreits - rechtskräftig zur Zahlung von 19 497,87 DM eingeklagter Vergütungsforderung verurteilt worden. Sie hat den Urteilsbetrag nebst ebenfalls zugesprochenen Zinsen mit Scheck vom 5. Juli 1979 an die Klägerin als nunmehr Forderungsberechtigte gezahlt.

Das Landgericht hat den Beklagten mit Vorbehalts-Teilurteil zur Zahlung von 61 159,25 DM Kaufpreis-

forderung und mit Schlußurteil zur Zahlung eines kapitalisierten Zinsbetrags von 7 883,79 DM sowie weiterer Zinsen seit dem 1. Oktober 1975 verurteilt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Der Beklagte hat gegen beide Urteile Berufung eingelegt. Vor dem Oberlandesgericht, das die Berufungsverfahren verbunden hat, haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit die L. KG aufgrund ihrer Verurteilung an die Klägerin Zahlung geleistet hat. Die Berufung des Beklagten gegen das Vorbehalts-Teilurteil ist mit der Maßgabe zurückgewiesen worden, daß der Rechtsstreit in Höhe des von der L. KG mit Scheck vom 5. Juli 1979 an die Klägerin gezahlten Betrages von 19 497,87 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 4. Februar 1977, höchstens jedoch 797,51 DM, in der Hauptsache erledigt ist. Auf die im übrigen zurückgewiesene Berufung gegen das Schlußurteil ist die Klage abgewiesen worden, soweit der Klägerin Zinsen für die Zeit vor dem 15. Februar 1976 zugesprochen worden sind. Der Vorbehalt im Teilurteil ist nach dem Schlußurteil des Landgerichts und dem Berufungsurteil entfallen.

Mit der Revision wendet sich der Beklagte nur noch dagegen, daß er zur Zahlung von mehr als 61 056,51 DM (das sind 61 159,25 DM abzüglich TÜV-Gebühren von 102,74 DM) abzüglich der von der L. KG geleisteten, hinsichtlich der Zinsen im Berufungsurteil nicht betragsmäßig festgestellten Zahlung und zur Zinszahlung auf mehr als 51 944,20 DM vom 15. Februar 1976 bis 14. Juli 1976 und mehr als 41 558,64 DM seit 15. Juli 1976 - ebenfalls jeweils abzüglich des von der L. KG geleisteten Betrages - verurteilt worden ist. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Die - angenommene - Revision ist zulässig.

1. Über sie war in dem durch den Revisionsantrag des Beklagten bestimmten Umfang zu entscheiden. Der Antrag ist entgegen der Meinung der Klägerin nicht unzulässig, obwohl die Sache unter Zugrundelegung dieses Antrags nur mit einem Beschwerdegegenstand von rd. 6 000 DM in der Revisionsinstanz anfällt, d.h. etwa einem Zehntel der vom Berufungsgericht auf 61 159,25 DM festgesetzten Beschwer. Gemäß dieser Festsetzung war die Revision nicht von einer Zulassung durch das Berufungsgericht abhängig (§§ 554 b, 546 ZPO). Darin erschöpft sich jedoch die Bedeutung der Beschwer; eine Wertgrenze (Revisionssumme) sehen die Bestimmungen über das Revisionsverfahren in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen vom 8. Juli 1975 (BGBl. I S. 1863) nicht vor. Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut - insbesondere im Vergleich mit der früheren Fassung -, ist der Entstehungsgeschichte des Änderungsgesetzes zu entnehmen und entspricht der nahezu einhelligen Meinung in der Rechtsprechung und im Schrifttum (vgl. BGHZ 70, 365, 371 unter II 2 b aa - Großer Senat für Zivilsachen - und, für viele, Arnold, JR 1975, 485, 489 mit Hinweis auf die Materialien; Prütting, Die Zulassung der Revision, 1977, S. 274; Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl. § 546 Anm. 3 b). Zu einer Auseinandersetzung mit der Ansicht von Stein/Jonas/Grunsky (ZPO, 20. Aufl. § 546 Rdn. 22), daß der sich nach dem Revisionsantrag ergebende Beschwerdewert entsprechend § 511 a ZPO jedenfalls 500 DM übersteigen müsse, gibt die vorliegende Sache keinen Anlaß. Denn die nach dem Revisionsantrag

des Beklagten im Streit befindlichen rd. 6 000 DM Zinsen sind nur insoweit Nebenforderung (§ 4 ZPO), als sie auf den in der Revisionsinstanz noch streitigen Hauptanspruch von 102,74 DM entfallen (BGHZ 26, 174).

An dieser Rechtslage ändert der Hinweis der Klägerin nichts, daß die Rechtsauffassung des Großen Senats für Zivilsachen (aa0) nicht mehr ohne weiteres zugrunde gelegt werden könne, weil seither die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. zuletzt Beschluß des Plenums vom 11. Juni 1980 - 1 PBvU 1/79 = NJW 1981, 39) für die Ablehnung der Annahme der Revision Grenzen gezogen habe, die der Große Senat für Zivilsachen bei Erlaß seines Beschlusses möglicherweise nicht habe berücksichtigen können. Denn der Bundesgerichtshof kann seiner Arbeitsbelastung nicht dadurch entgegenwirken, daß er ohne gesetzliche Grundlage die Zulässigkeit der Revision von der Höhe des Beschwerdegegenstands abhängig macht.

2. Bei der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen ging es nicht um die prozeßrechtliche Zulässigkeit eingeschränkter Revisionsanträge, sondern darum, ob sich der Streitwert nach einem solchen Antrag oder nach der Beschwer richtet, die maßgebend ist, wenn innerhalb der Revisionsbegründungsfrist kein Antrag gestellt worden ist (§ 14 Abs. 1 GKG). Daher brauchte der Große Senat sich nicht mit der weitergehenden Frage auseinanderzusetzen, ob der eingeschränkte Antrag als Prozeßhandlung rechtsmißbräuchlich ist (vgl. dazu BGHZ 57, 224, 225 Mitte) und deshalb für ihn das Rechtsschutzinteresse fehlt. Er hat indes bei seiner Entscheidung auch die Fälle berücksichtigt, in denen der Rechtsmittelzug nach Antragsbeschränkung nicht durch Rücknahme, sondern z.B. durch

Nichtannahme der Revision beendet wird (S. 368, 373). Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß die eingeschränkten Anträge schon aus prozeßrechtlichen Gründen unwirksam und deshalb für die Streitwertfestsetzung nicht maßgeblich seien, lassen sich jedoch dem Beschluß nicht entnehmen. Vielmehr wird ausgeführt (aaO S. 372 unten), daß bei offensichtlich nicht auf die Durchführung der Revision gerichtetem Antrag die Beschränkung "unbeschadet ihrer Wirksamkeit im übrigen" für die Streitwertberechnung außer Betracht zu bleiben habe. Im Hinblick auf die sorgfältig begründete und vertretene Revision besteht zudem im vorliegenden Fall keinerlei Grund für die Annahme, daß es dem Revisionskläger nicht um die Durchführung des Rechtsmittels in dem durch seinen Antrag bestimmten Umfang ging.

II. Die Revision ist insoweit begründet, als der Beklagte - beschränkt auf einen Teilbetrag von 102,74 DM - seine Verurteilung in der Hauptsache angreift und der Klägerin Zinsen aus diesem Betrag zugesprochen worden sind.

1. a) Der Beklagte sieht eine Vertragsverletzung der Klägerin darin, daß der von ihr gelieferte, bei der Lippold KG eingebaute Heizkessel nicht einer Wasserdruckprüfung unterzogen worden war und daher auch keine entsprechende Prüfbescheinigung vorlag. Hiermit hat es nach Darstellung der Klägerin, die sich der Beklagte zu eigen macht, folgende Bewandtnis: Der Kessel unterlag entsprechend seiner Größenordnung einer gesonderten Bau- und Wasserdruckprüfung. Diese Prüfung konnte entweder beim Hersteller oder an der Baustelle durch den TÜV erfolgen.

Beim Hersteller ist sie unstreitig nicht vorgenommen worden, sondern erst am 7. September 1976, nachdem

die Heizungsanlage schon seit Ende November 1975 in Betrieb war. Der TÜV stellte dem Beklagten hierfür 102,74 DM in Rechnung.

Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten unter Beweisantritt vorgetragene Behauptung, es sei branchenüblich, daß ein TÜV-abgenommener Kessel geliefert werde, unterstellt. Es meint jedoch, der - nach seiner Ansicht insoweit widersprüchliche Vortrag des Beklagten - lasse nicht ohne weiteres erkennen, inwiefern es einer zusätzlichen Druckprüfung durch den TÜV bedurft habe, nachdem die Anlage bereits Ende November 1975 in Betrieb war und die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben vom 29. Juli 1976 die Druckprüfungs-Bescheinigung des Kesselherstellers vom 28. Juli 1976 übersandt hatte. Zudem sei der Beklagte der Behauptung der Klägerin nicht entgegengetreten, die Lieferung eines beim Hersteller abgenommenen Kessels erfolge nur gegen Erstattung der Kosten in Form eines Aufpreises. Daher seien dem Beklagten durch die nachträglich vom TÜV vorgenommene Druckprüfung ohnehin keine Mehrkosten entstanden.

Diese Feststellungen beruhen, wie die Revision mit Recht rügt, teilweise auf Verfahrensverstoß (§§ 286, 139 ZPO):

Ersichtlich hat das Berufungsgericht die Bedeutung der im Schreiben der Klägerin vom 29. Juli 1976 erwähnten Bescheinigung über die Bau- und Wasserdruckprüfung verkannt, die sich gerade nicht auf den gelieferten Kessel mit der Hersteller-Nummer 40123, sondern auf einen baugleichen Kessel bezog. Die Klägerin hat nicht behauptet, daß hiermit die erforderliche Prüfbescheinigung beigebracht

worden sei, sondern vorgetragen, die Unterlagen - u.a. die Druckprüfbescheinigung für den baugleichen Kessel - seien beigelegt worden, "um die Abnahme eventuell zu erleichtern".

Mit seiner Unterstellung, es sei branchenüblich, daß ein TÜV-abgenommener Kessel geliefert werde, durfte das Berufungsgericht nicht auf halbem Wege stehenbleiben. Der Beklagte hatte im zweiten Rechtszug ausdrücklich vorgetragen, daß der Kessel vor dem Einbau der Wasserdruckprüfung unterzogen werden müsse, was üblicherweise auch geschehe, weil er sonst nachträglich wieder vom Rohrsystem getrennt werden müsse und hierdurch Mehrkosten entstünden. Da die Klägerin entgegen ihrer aus der Branchenüblichkeit sich ergebenden Verpflichtung einen nicht abgenommenen Kessel geliefert habe, müsse sie für die nachträglich erforderlich gewordenen Kosten von 102,74 DM aufkommen. Der Beklagte hat in diesem Zusammenhang auch darauf verwiesen, daß bei der Bestellung des Kessels eine besondere Position für Druckprüfung und deren Kosten nicht angegeben worden sei. Nach alledem konnte das Berufungsgericht zumindest nicht ohne Verstoß gegen § 139 ZPO annehmen, der Beklagte habe der Behauptung der Klägerin nicht widersprochen, daß die Prüfung nur gegen Aufpreis vorgenommen werde; dies rügt die Revision daher zu Recht.

b) Für die Revisionsinstanz ist mithin davon auszugehen, daß die Klägerin vertraglich verpflichtet war (§§ 133, 157 BGB), dem Beklagten einen Heizkessel mit Bescheinigung über die Wasserdruckprüfung zu liefern. Darauf, ob der Klägerin ihrerseits von der Herstellerin eine Prüfbescheinigung ausgehändigt worden ist, kommt

es nicht an. Die Klägerin kann danach verpflichtet sein, dem Beklagten die TÜV-Gebühren von 102,74 DM zu erstatten, die dieser nicht hätte aufwenden müssen, wenn die Prüfbescheinigung vorgelegen hätte.

Nach dem für die Revisionsinstanz maßgeblichen Prozeßstoff stehen die Prüfung beim Hersteller und die nachträgliche Prüfung durch den TÜV gleichwertig nebeneinander. Dann jedoch gibt es keinen einleuchtenden Grund für die Annahme, der Verkäufer könne einen Kessel ohne die Druckprüfung beim Hersteller liefern und dem Käufer die sonst im Kaufpreis enthaltenen Kosten für die Prüfung überbürden. Vielmehr liegt eine stillschweigende Nebenabrede nahe, daß der Verkäufer in diesem Falle dem Käufer die Kosten der Druckprüfung durch den TÜV zu erstatten hat. Es kann aber auch eine zum Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung durch die Klägerin darin liegen, daß sie den Beklagten in die Lage brachte, die TÜV-Gebühren aufwenden zu müssen, obwohl sie die Prüfbescheinigung beizubringen hatte.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil in der Hauptsache insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht die Aufrechnung des Beklagten auch im Umfang von 102,74 DM für unbegründet angesehen hat. Die Sache ist insoweit zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht noch die erforderlichen Feststellungen dazu trifft, ob unter den von ihm bisher nicht geprüften rechtlichen Gesichtspunkten die Klägerin die Kosten der Druckprüfung tragen muß.

2. Auf den Zinsanspruch der Klägerin kann sich allenfalls eine Verringerung der Bemessungsgrundlage um die zu 1. behandelten 102,74 DM auswirken.

Die Revision meint allerdings, die Klägerin könne von vornherein nur von einem um 9 112,31 DM und ab 15. Juli 1976 von einem um 19 497,87 DM geringeren Betrag Zinsen verlangen. Hiermit hat sie keinen Erfolg, so daß wegen der Zinsen das Berufungsurteil nur in dem eingangs bezeichneten Umfang aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

a) Die Vorinstanz hat Verzug des Beklagten ab 15. Februar 1976 angenommen. Die Revision legt ihrer Argumentation zugrunde, daß aus den Lieferungen der Klägerin an den Beklagten für das Projekt der L. KG in diesem Zeitpunkt noch 9 112,31 DM offenstanden. Insoweit habe jedoch der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB geltend machen können, weil die Klägerin ihrer Verpflichtung zur Übergabe einer Prüfbescheinigung nicht nachgekommen sei.

Die insoweit in Betracht kommenden Ansprüche (s.o. unter II 1 b) begründeten jedoch kein Leistungsverweigerungsrecht. Das folgt aus § 320 BGB. Es würde Treu und Glauben widersprechen, dem Beklagten wegen eines Betrags von nur 102,74 DM, mit dem er überdies aufrechnen könnte, darüber hinaus ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der begründeten Forderung der Klägerin von über 9 000 DM zu gewähren.

b) Die Revision meint weiter, wegen der fehlenden Prüfbescheinigung habe dem Beklagten gegenüber der Klägerin ein Anspruch auf Schadensersatz insoweit zugestanden, als die L. KG ihm bis zum 5. Juli 1979 die Zahlung von 19 497,87 DM vorenthalten habe. Während

des Bestehens dieses Anspruchs habe er ein Zurückbehaltungsrecht gehabt und mit Erklärung im Schriftsatz vom 9. Juli, der Klägerin spätestens am 14. Juli 1976 zugegangen, auch ausgeübt.

Hinsichtlich des hier angesprochenen Unterschiedsbetrags zwischen 9 112,31 DM (oben a) und 19 497,87 DM kommt - wie die Revision nicht verkennt - nur ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB in Betracht, weil insoweit die Leistungsverweigerung gegenüber Forderungen der Klägerin aus anderen Kaufverträgen der Parteien als denjenigen geltend gemacht werden soll, die sich auf Lieferungen für das Projekt der L. KG bezogen. Dieses Recht muß, um Wirkung zu entfalten, ausgeübt werden, ist also nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 5. Mai 1971 - VIII ZR 59/70 = WM 1971, 1020, 1021 unter I 2 b). Hierzu muß die Gegenforderung so deutlich bezeichnet werden, daß für den Gläubiger hinreichend erkennbar ist, mit welcher Sicherheitsleistung (§ 273 Abs. 3 BGB) er die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abwenden kann (vgl. RGZ 77, 436, 438). Im Schriftsatz des Beklagten vom 9. Juli 1976 (S. 6) ist das Zurückbehaltungsrecht mit angeblichen Vertragsstrafansprüchen der L. KG begründet worden, nicht mit einem Leistungsverweigerungsrecht in Höhe des jetzt - in der Revisionsinstanz - angegebenen Betrags von 19 497,87 DM. Es fehlte danach schon an einer rechtswirksamen Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, so daß dahingestellt bleiben kann, ob der vom Beklagten angenommene Sachverhalt die rechtlichen Voraussetzungen einer Anwendung des § 273 BGB überhaupt begründen könnte, nachdem es ihm mit einer Aufwendung von nur 100 DM möglich gewesen wäre, ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht der L. KG zu beseitigen.

Nach alledem kann ein Anspruch des Beklagten auf Beibringung der Prüfbescheinigung oder Erstattung der TÜV-Gebühren ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den Kaufpreisforderungen der Klägerin nur im Umfang der Höhe dieser Gebühren (102,74 DM) begründen.

III. Der Senat hat dem Beklagten trotz seines Teilerfolgs nach § 92 Abs. 2 ZPO die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens auferlegt und die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts aufrechterhalten, denn die Zuvielforderung der Klägerin - sollte das Berufungsgericht sie in seiner anderweiten Entscheidung bejahen - ist sowohl im Verhältnis zum Streitwert der Vorinstanzen wie auch zum Streitwert der Revisionsinstanz verhältnismäßig geringfügig und hat keine besonderen Kosten veranlaßt.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Hoffmann

Treier

Merz