BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 106/08

Verkündet am:
14. Januar 2010
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

vom

14. Januar 2010

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 Satz 1, 441 Abs. 3, 631 Abs. 1

a) Erbringt ein Nachunternehmer noch ausstehende Teile seiner dem Hauptunternehmer geschuldeten Leistung aufgrund eines gesonderten Vertrages direkt für dessen Auftraggeber, wird ihm diese Leistungserbringung gegenüber dem Hauptunternehmer regelmäßig unmöglich (im Anschluss an BGH, Urteil vom 17. Juli 2007 - X ZR 31/06, BauR 2007, 2061 = NZBau 2007, 703 = ZfBR 2008, 35).

b) Der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers gegen den Hauptunternehmer ist in diesem Fall entsprechend § 441 Abs. 3 BGB in gleicher Weise zu berechnen wie der Anspruch auf Vergütung aus einem gekündigten Werkvertrag.

BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - VII ZR 106/08 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Kuffer, Bauner, Dr. Eick und Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 11. April 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin begehrt von der Beklagten Vergütung für die Entsorgung von Baggergut.

2 Die H. GmbH beauftragte im August 2004 die Beklagte mit Ausbaggerungsarbeiten im Hafenbecken von K. und der Entsorgung des Baggergutes. Die Beklagte führte die Baggerarbeiten aus. Die Entsorgung des Baggergutes sollte in ihrem Auftrag die Klägerin vornehmen. Die Klägerin errichtete dazu im Hafengebiet ein Zwischenlager, plante das Baggergut ab, führte eine statische Vorentwässerung durch und transportierte 4.445,11 t Baggergut auf vorhande-

ne Flächen ihrer Deponie in G., wo es jedoch aus ordnungsrechtlichen Gründen teilweise nicht verbleiben durfte. Um das Baggergut endlagerfähig zu machen, setzte die Klägerin diesem Flugasche zu, wodurch sich die Masse um 42,3 % auf 6.325,39 t erhöhte.

3 Die Klägerin stellte der Beklagten drei Teilrechnungen über insgesamt 357.704,54 €. Die Beklagte zahlte darauf nicht. Unter anderem machte sie geltend, dass eine ordnungsgemäße Endlagerung noch nicht stattgefunden habe. In einem anderen Rechtsstreit machte die Klägerin den Betrag klageweise geltend und erstritt ein in Höhe von 184.579,20 € nebst Zinsen stattgebendes Urteil. Im Übrigen wurde die Klage mangels Fälligkeit abgewiesen. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Auf ihre Revision wurde das Berufungsurteil vor Erlass des Berufungsurteils im vorliegenden Verfahren durch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Juli 2007 (X ZR 31/06, BauR 2007, 2061 = NZBau 2007, 703 = ZfBR 2008, 35) aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Mittlerweile wurde die Beklagte rechtskräftig zur Zahlung von 181.194,59 € verurteilt.

4 Im unmittelbaren Auftrag der H. GmbH lagerte die Klägerin im Jahre 2005 3.121,30 t bereits mit Flugasche konditioniertes Lagergut auf der Deponie G. in einen neuen Bauabschnitt um, wofür sie direkt von der H. GmbH Zahlungen erhielt.

5 Die Klägerin macht den im Hinblick auf die Umlagerung und damit ordnungsgemäße Endlagerung nunmehr fälligen Werklohn geltend. Von der von ihr errechneten Forderung in Höhe von 173.125,34 € lässt sie sich 77.696,69 € abziehen, die sie von der H. GmbH für die Umlagerung erhalten habe. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 16.318,41 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Be-

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

klagten hat das Berufungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe über den bereits zuerkannten Betrag von 181.194,59 € hinaus kein Werklohnanspruch gegen die Beklagte zu. Die Klägerin habe die der Beklagten geschuldete Entsorgung des Baggergutes dieser gegenüber nur teilweise erbracht. Im Hinblick auf den im direkten Auftrag der H. GmbH umgelagerten Teil des Baggergutes stelle die Entsorgung sich nicht als Leistung gegenüber der Beklagten dar. Erbringe der Nachunternehmer Teile seiner gegenüber dem Hauptunternehmer geschuldeten Leistung aufgrund eines gesonderten Vertrages direkt für dessen Auftraggeber, könne dieses nicht bestimmungsgemäß zugleich dem Nachunternehmerverhältnis zugeordnet werden. Insoweit sei der Klägerin die Leistungserbringung gegenüber der Beklagten unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB). Damit könne sie gemäß § 326 Abs. 1 BGB von der Beklagten nur für dieser gegenüber erbrachte Teilleistungen Werklohn beanspruchen. Dass die Beklagte die

Teilunmöglichkeit zu vertreten habe, so dass die Klägerin den Werklohn gemäß § 326 Abs. 2 BGB beanspruchen könne, sei nicht ersichtlich.

8 Hinsichtlich des nicht im Auftrag der H. GmbH umgelagerten Teils des Baggerguts stelle sich dessen Endlagerung hingegen als Leistung gegenüber der Beklagten dar. Soweit Nebenleistungen im Zuge der Entsorgung wie Baustelleneinrichtung, Einrichtung und Rückbau des Zwischenlagers im Hafengebiet, Gestellung einer Plane und Pumpleistungen in Frage ständen, seien diese anteilig den Vertragsverhältnissen der Klägerin zu der Beklagten und zur H. GmbH zuzurechnen. Es sei darauf abzustellen, in welchem Vertragsverhältnis der geschuldete Erfolg, hier die endgültige ordnungsgemäße Entsorgung, eingetreten sei. Auf einzelne Leistungshandlungen zur Bewirkung desselben hebe das Werkvertragsrecht nicht ab. Eine Aufspaltung in unselbständige Teilleistungen wie Entwässerung, Transport etc. unter gesonderter Zurechnung zu einem der Vertragsverhältnisse komme daher entgegen der klägerischen Auffassung nicht in Betracht.

9 Gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. i.V.m. § 441 Abs. 3 BGB mindere sich der der Klägerin gegenüber der Beklagten geschuldete Werklohn im Verhältnis des Gesamtwerkes zum ihr gegenüber erbrachten Teilgewerk. Für die Gewichtung der Teile sei auf das Mengenverhältnis des im Auftrag der H. GmbH umgelagerten Teils zu dem restlichen Baggergut abzustellen.

II.

10 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht im vollen Umfang stand. Bei der Ermittlung der Vergütung geht das Berufungsgericht von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen aus.

11 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 17. Juli 2007 - X ZR 31/06, BauR 2007, 2061, 2064 = NZBau 2007, 703, 705 = ZfBR 2008, 35, 37) an, dass die Klägerin als Nachunternehmerin mit den von der H. GmbH beauftragten und für diese erbrachten Leistungen nicht zugleich die Erfüllung des mit der Beklagten geschlossenen Vertrages bewirkt hat. Insoweit ist die Leistung an die Beklagte unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB). Da der Werkvertrag zwischen den Parteien teilbare Leistungen zum Gegenstand hat, ist der vertragliche Werklohnanspruch gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB in entsprechender Anwendung des § 441 Abs. 3 BGB zu mindern.

12 Die Bedenken der Revision, der Auftraggeber müsse bei dieser Lösung eine doppelte Inanspruchnahme wegen möglicher Ansprüche des Hauptunternehmers aus § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB fürchten, sind unbegründet. Nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB entfällt bei Unmöglichkeit der Leistung des Hauptunternehmers grundsätzlich dessen Anspruch auf Vergütung, bei einer Teilunmöglichkeit schuldet der Auftraggeber lediglich eine geminderte Vergütung. Ist der Gläubiger (hier: Auftraggeber H. GmbH) für diese Unmöglichkeit allein oder überwiegend verantwortlich, behält der Schuldner (hier: Hauptunternehmer Beklagte) zwar seinen Gegenanspruch auf Vergütung, § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistungspflicht erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB. Regelmäßig erspart der Hauptunternehmer in dieser Konstellation die Vergütung des Nachunternehmers, die er seinerseits nicht oder nur nach Maßgabe der Minderung zu leisten braucht, § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Soweit sich aus dem Umstand eine Mehrbelastung des Auftraggebers ergibt, dass die Ersparnis des Hauptunternehmers nicht mit der Zahlung korrespondiert, die der Auftraggeber an den

Nachunternehmer zahlen muss, ist dies interessengerecht, weil der Auftraggeber die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

13 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Vergütung für die der Beklagten erbrachte Leistung ermittelt.

14 a) Hat der Schuldner eine Teilleistung erbracht, so findet hinsichtlich der Gegenleistung § 441 Abs. 3 BGB entsprechend Anwendung, § 326 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB. Danach wird die für die Gesamtleistung vereinbarte Vergütung gemindert. Ausgehend davon, dass der Wert der vereinbarten Leistung dem wirklichen Wert entspricht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. Februar 1972 - VII ZR 177/70, BGHZ 58, 181, 183), bestimmt sich die Minderung nach dem Wert des durch die Teilunmöglichkeit nicht erbrachten Teils. In welcher Weise dieser Wert zu bestimmen ist, ergibt sich aus § 441 Abs. 3 BGB nicht. Da die Vorschrift des Kaufrechts nur entsprechend auf andere Verträge anzuwenden ist und darüber hinaus ein anderer Fall zu beurteilen ist als eine Minderung wegen Mängeln, lässt das Gesetz einen ausreichenden Spielraum für die im Einzelfall angemessene Wertermittlung. Diese muss sich auch nach der Eigenart des Vertrages und der geschuldeten Leistung richten.

15 b) Das Berufungsgericht hat sich für eine Berechnung entschieden, die allein auf den bei einem Werkvertrag geschuldeten Erfolg abstellt und deshalb nur zum Maßstab nimmt, welche Menge in Erfüllung des Vertrages mit der Beklagten und welche Menge in Erfüllung des Vertrages mit der H. GmbH letztlich endgelagert worden ist. Der aus diesen Mengen gebildete Quotient führt nach der Berechnung des Berufungsgerichts zu der geschuldeten Vergütung ungeachtet der Frage, welche Teilleistungen ausschließlich in Erfüllung des Vertrages mit der Beklagten erbracht worden sind.

16 Diese Berechnung führt zu unbilligen Ergebnissen und ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, nicht interessengerecht. Sie lässt die Besonderheiten unberücksichtigt, die sich aus der teilweisen Unmöglichkeit eines Bauvertrages ergeben. Denn der Werkerfolg wird durch eine Vielzahl von Teilleistungen bewirkt, die selbständig bewertet werden können. Sind Teilleistungen bis zum Eintritt der Unmöglichkeit ausschließlich für den Hauptunternehmer erbracht, so ist es jedenfalls dann interessengerecht, dass dieser sie ihrem Wert entsprechend vergütet, wenn die Werkleistung insgesamt fertig gestellt wird. Denn mit der Fertigstellung des Werks hat sich ihr Wert auch für den Hauptunternehmer realisiert. Gleiches gilt in seinem Verhältnis zum Auftraggeber. Es besteht bei der Wertermittlung entsprechend § 441 Abs. 3 BGB kein Grund, die vor Eintritt der Unmöglichkeit bereits erbrachten Teilleistungen nachträglich einer Quotierung zu unterwerfen, die das Synallagma des erfüllten Vertrages empfindlich stört. Denn die am Endergebnis orientierte Quotierung nimmt auf den Wert der jeweiligen Teilleistung keine Rücksicht und kann sogar zur Folge haben, dass der Auftragnehmer für die dem Hauptunternehmer erbrachten Teilleistungen überhaupt keine oder eine zu geringe Vergütung erhält. Das ist z.B. in den häufigen Fällen so, in denen für den Hauptunternehmer erbrachte Teilleistungen vom Auftraggeber nicht (mehr) in Auftrag gegeben wurden und deshalb auch nicht vergütet werden. Diesen Fall macht die Klägerin geltend, indem sie darauf hinweist, dass die vom Auftraggeber erhaltene Vergütung im Hinblick darauf, dass Baustelleneinrichtung, Transport, Zwischenlagerung, Abplanung, Entwässerung mit Pumpleistungen und Konditionierung bereits gegenüber der Beklagten erbracht waren, deutlich geringer war als die mit der Beklagten vereinbarte Vergütung. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, aus der Erfolgsbezogenheit der Werkleistung ergäbe sich, dass diese Teilleistungen nicht gesondert erfasst werden dürften. Dabei lässt das Berufungsgericht einerseits unberücksichtigt, dass für die Beklagte bereits erbrachte Teilleistungen

nicht unmöglich geworden sind, so dass schon deshalb kein Grund besteht, die Vergütung dafür zu kürzen. Andererseits verkennt das Berufungsgericht, dass die Vergütung sich durchaus an den Teilleistungen orientieren kann. Dafür, dass - wie das Berufungsgericht meint - eine derartige Orientierung nur dann möglich sein soll, wenn der Vertrag gekündigt wird, spricht nichts.

17 Vielmehr entspricht der Eintritt der Teilunmöglichkeit wirtschaftlich der Kündigung des Vertrages. Sowohl der Eintritt der Teilunmöglichkeit als auch die Kündigung führen dazu, dass die Leistungspflicht des Unternehmers hinsichtlich des nicht mehr zu erbringenden Teils vor vollständiger Erfüllung des Vertrages erloschen ist. Es liegt daher nahe, die Wertminderung im Falle des § 326 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB i.V.m. § 441 Abs. 3 BGB nach den Grundsätzen zu berechnen, wie sie für die Abrechnung eines gekündigten Werkvertrages gelten. Diese Grundsätze haben sich bewährt. Sie führen zu angemessenen Ergebnissen, weil sie der Forderung Rechnung tragen, dass keine Partei einen ungerechtfertigten Vorteil oder Nachteil durch die Kündigung haben soll (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 91/98, BauR 1999, 631 = ZfBR 1999, 194; Urteil vom 24. Juni 1999 - VII ZR 342/98, BauR 1999, 1292, 1293 = ZfBR 1999, 339). Sie stellen auf das Preisgefüge des Vertrages ab und lassen es zu, Teilleistungen nach diesem Preisgefüge zu bewerten. Da auch die nach § 441 Abs. 3 BGB vorzunehmende Minderung einen angemessenen Ausgleich dafür schaffen soll, dass ein Teil der Leistung nicht mehr erbracht wird, können diese Grundsätze ohne weiteres herangezogen werden. Auch der X. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung vom 17. Juli 2007 - X ZR 31/06, aaO, Tz. 24, maßgeblich darauf abgestellt, welche Teile der Leistung die Klägerin für die Beklagte und welchen sie für die H. GmbH erbracht hat. Soweit sich aus den weiteren Ausführungen des X. Zivilsenats eine abweichende Beurteilung ergeben sollte, hielte der VII. Zivilsenat, auf den die Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Werkverträgen übergegangen ist, daran nicht fest.

18 c) Die Vergütung für die erbrachten Leistungen ist danach auf der Grundlage der nach dem Vertrag maßgebenden Vergütungsvereinbarung zu ermitteln, § 631 Abs. 1 BGB. In welchem Umfang die Klägerin von der H. GmbH vergütet worden ist und ob sie unter Umständen im Ergebnis einen Vorteil durch die doppelte Beauftragung erlangt, ist nicht maßgebend. Die Klägerin muss vortragen, welche vertraglichen Leistungen sie für die Beklagte erbracht hat. Soweit sich für die erbrachten Teilleistungen die Preise nicht ohne weiteres aus dem Vertrag ergeben, sind diese auf der Grundlage des vertraglichen Preisgefüges für die Gesamtleistung zu ermitteln und in Ansatz zu bringen. Das gilt sowohl für den Fall, dass Teilleistungen in Einheitspreise einkalkuliert sind als auch für den Fall, dass sie Bestandteil einer Pauschalpreisvereinbarung sind.

III.

19 Das Urteil kann demnach keinen Bestand haben. Da weitere Feststellungen notwendig sind, ist es aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird den Parteien Gelegenheit geben müssen, unter Beachtung der vorstehend entwickelten Grundsätze vorzutragen. Der bisherige Vortrag der Klägerin zur Bestimmung der von der Beklagten geschuldeten Vergütung wird den Anforderungen nicht gerecht. Inwieweit der Umstand, dass zunächst eine Zwischenlagerung stattgefunden hat, für

die Vergütung von Bedeutung ist, wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung dieses Vortrags zu beurteilen haben.

Kniffka Kuffer Bauner

Eick Leupertz

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 30.03.2007 - 14 O 27/06 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 11.04.2008 - 14 U 65/07 -