

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

KO § 17; VOB/B § 13 B

Lehnt es der Konkursverwalter ab, einen vom Gemeinschuldner und vom Auftraggeber/Besteller bei Konkurseröffnung nicht vollständig erfüllten Bauvertrag zu erfüllen, kann sich der Auftraggeber/Besteller innerhalb des an die Stelle des Vertrags getretenen Abrechnungsverhältnisses grundsätzlich auf Mängel der Teilleistungen ohne Rücksicht auf die sonst für Gewährleistungsansprüche maßgebende Verjährung berufen (im Anschluß an BGHZ 68, 379).

BGH, Urt. v. 16. Januar 1986 - VII ZR 138/85 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 138/85

URTEIL

Verkündet am: 16. Januar 1986
Werner, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dipl.-Ing. Herbert B[REDACTED], Kl[REDACTED]ring [REDACTED]
D[REDACTED]-K[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Rainer Sal[REDACTED], Br[REDACTED]straße [REDACTED]
Do[REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma Günther S[REDACTED], L[REDACTED]r D[REDACTED]straße [REDACTED]
T[REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 1986
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Prof. Dr. Walchshöfer
und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 23. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom
26. Februar 1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhand-
lung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte und seine Ehefrau beauftragten mit Bauvertrag vom 18. Juni/3. Juli 1979 die Firma S. mit der Errichtung eines Fertighauses zum Festpreis von 424.281,- DM. Dem Vertrag wurde die VOB/B zugrundegelegt. Am 4. November 1980 - vor der endgültigen Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks - wurde über das Vermögen der Firma S. das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 1980 "kündigte" der Kläger "gemäß § 17 KO" den Bauvertrag. Ausgehend von dem vereinbarten Festpreis und einem angeblichen Zusatzauftrag über 5.500,- DM sowie unter Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen und eines Gegenanspruchs für von der Firma S. nicht bzw. mangelhaft ausgeführte Leistungen verlangte er von dem Beklagten zuletzt eine restliche Vergütung in Höhe von 32.911,09 DM nebst Zinsen. Der Beklagte rechnet gegen diesen Anspruch wegen weiterer Baumängel mit Schadensersatz- und Mängelbeseitigungsansprüchen in Höhe von insgesamt 33.724,73 DM auf. Der Kläger, der die Mängel bestreitet, beruft sich auf Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 21.622,58 DM nebst Zinsen stattgegeben (sein Urteil ist veröffentlicht in BauR 1985, 693). Mit der - zugelassenen - Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, mit der unter Hinweis auf § 17 KO ausgesprochenen Kündigung habe sich der Kläger geweigert, den Bauvertrag zu erfüllen. Das zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten bestehende Vertragsverhältnis sei deshalb umgestaltet worden. Anstelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses sei ein einseitiger Anspruch des Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung getreten. Innerhalb dieses Abrechnungsverhältnisses seien die von der Gemeinschuldnerin erbrachten Teilleistungen nur Rechnungsposten bei der Ermittlung des dem Beklagten erwachsenen Schadens. Da zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Beklagten ein Pauschalpreis vereinbart worden sei und der Kläger diesen Preis um die tatsächlichen Aufwendungen des Beklagten gekürzt habe, sei eine spezifizierte Einzelabrechnung der von der Gemeinschuldnerin erbrachten Teilleistungen durch den Kläger entbehrlich.

Die von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gewährleistungsansprüche seien im Rahmen des Abrechnungsverhältnisses ebenfalls als Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung anzusehen. Ihrer Natur nach seien sie jedoch Gewährleistungsansprüche nach § 13 Nr. 5 und 7 VOB/B und unterlägen daher der zweijährigen Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B. Diese Frist habe - da eine Abnahme nicht festzustellen sei - am 3. Dezember 1980, nämlich mit Zugang der Erklärung begonnen, mit der der Kläger gemäß § 17 KO die Erfüllung weiterer Leistungen verweigert habe. Sie sei

abgelaufen, weil der Beklagte die behaupteten Mängel erstmals mit Schriftsatz vom 6. Mai 1983, also nicht rechtzeitig angezeigt und vor Fristablauf weder die Gemeinschuldnerin noch den Kläger zur Mängelbeseitigung aufgefordert habe. Der Beklagte, der auch im übrigen nicht für eine rechtzeitige Unterbrechung der Verjährung Sorge getragen habe, könne daher mit den Gewährleistungsansprüchen nicht mehr aufrechnen.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß die von dem Kläger mit Schreiben vom 2. Dezember 1980 erklärte Kündigung eine Weigerung gemäß § 17 KO darstellt, den Bauvertrag zu erfüllen. Auch geht es zutreffend davon aus, daß durch diese Erklärung das Rechtsverhältnis umgestaltet wird und an die Stelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses der einseitige Anspruch des Vertragsgegners des Gemeinschuldners auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung tritt (Senatsurteil BGHZ 68, 379, 380 m.N.; vgl. a. BGHZ 89, 189, 195; BGH NJW 1982, 768, 769; BGH, Urt. v. 21. Dezember 1983 - VIII ZR 256/82 = WM 1984, 265, 266; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 17 Rdn. 170 ff)..

2. Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht weiter an, daß eine spezifizierte Einzelabrechnung des Klägers über die Teilleistungen der Gemeinschuldnerin nicht notwendig ist. Diese vor Eröffnung des Konkursverfahrens erbrachten Leistungen sind innerhalb des an die Stelle des Vertrags getretenen Abrechnungsverhältnisses nur Rechnungsposten bei der Ermittlung des dem Vertragsgegner entstandenen Schadens (Senatsurteil

aaO m.N.)). Zwar setzt die Wertberechnung solcher Posten grundsätzlich eine Abrechnung voraus. Wurde jedoch - wie hier - zwischen den Parteien des Bauvertrags ein Festpreis vereinbart und das geschuldete Bauwerk von der Gemeinschuldnerin nahezu vollständig fertiggestellt, kann der Wert der erbrachten Leistungen in vereinfachter Weise auch ohne Abrechnung ermittelt werden. In einem solchen Fall ist es vertretbar, die Wertberechnung nicht durch Summierung aller Einzelposten vorzunehmen, sondern von dem Pauschalpreis auszugehen und davon die nichtgeleisteten Arbeiten abzusetzen.

3. Dagegen kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, soweit es von zur Aufrechnung gestellten Gewährleistungsansprüchen des Beklagten ausgeht und diese für verjährt hält.

a) Weigert sich der Konkursverwalter, den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen, auf beiden Seiten teilweise erfüllten Vertrag vollständig zu erfüllen, steht dem Vertragsgegner kein Erfüllungsanspruch mehr zu. Durch die Umgestaltung des ursprünglichen Schuldverhältnisses verwandelt sich dieser Anspruch vielmehr - wie unter 1. ausgeführt - in einen einheitlichen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Vertragsgegner kann daher verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (vgl. Rosenberger BauR 1975, 233, 234). Der Schadensersatzanspruch gewährt ihm somit nicht nur einen Ausgleich für die vom Gemeinschuldner nicht erbrachten Leistungen. Er erstreckt sich daneben auch auf Folgeschäden, die der Vertrags-

gegner durch die Teilleistung des Gemeinschuldners erleidet (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 45. Aufl., § 325 Anm. 4 A b bb). Mit der Weigerung des Konkursverwalters werden deshalb alle Ansprüche des Vertragsgegners aus dem mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag in einen einheitlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung umgewandelt. Die Umgestaltung erfaßt daher auch etwaige Gewährleistungsansprüche. Zwar verlieren diese Ansprüche nicht ihre rechtliche Bedeutung; denn sie sind innerhalb des Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigen. Als bloße Rechnungsposten eines solchen Schadensersatzanspruchs können sie jedoch nicht mehr selbständig geltend gemacht werden (vgl. Emmerich in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 325 Rdn. 35 m.N.).

b) Hat der Vertragsgegner mit dem Gemeinschuldner einen den Vorschriften der VOB/B unterliegenden Werkvertrag abgeschlossen, steht ihm nach der Erfüllungsverweigerung durch den Konkursverwalter somit weder ein Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B noch ein Schadensersatzanspruch nach § 13 Nr. 7 VOB/B oder § 4 Nr. 7 VOB/B gegen die Konkursmasse zu. Dabei kann offen bleiben, inwieweit der Kostenerstattungsanspruch als Ausfluß des Nachbesserungsanspruchs ein Erfüllungsanspruch oder ein Gewährleistungsanspruch ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 53, 122, 127; 55, 354, 357; 66, 138, 140; Senatsurteil vom 10. Oktober 1985 - VII ZR 303/84 = WM 1986, 43, zum Abdruck in BGHZ bestimmt). Denn nach der Umgestaltung des Vertragsverhältnisses stellt ein Gewährleistungsanspruch - wie auch der Mängelbeseitigungsanspruch - nur noch einen Rechnungsposten

innerhalb eines einheitlichen Schadensersatzanspruchs dar (vgl.a. Heidland BauR 1981, 21, 23).

c) Verlieren die dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners zustehenden Ansprüche nach § 13 Nr. 5 und 7 VOB/B oder § 4 Nr. 7 VOB/B mit der Erfüllungsverweigerung durch den Konkursverwalter ihre Rechtsnatur als selbständige Ansprüche und sind sie nur noch als Rechnungsposten zu berücksichtigen, scheidet eine Aufrechnung durch den Auftraggeber/Besteller aus. Ebenso können diese in einem Schadensersatzanspruch aufgegangenen Ansprüche nicht nach § 13 Nr. 4 VOB/B verjähren. Deshalb gehen die - ohnehin nicht bedenkenfreien - Ausführungen des Berufungsgerichts zur Abnahmeverweigerung des Beklagten infolge der Erfüllungsablehnung durch den Kläger und zu dem damit angeblich verbundenen Beginn der Verjährung für etwaige Gewährleistungsansprüche ins Leere. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, der gemäß § 17 KO an die Stelle des vertraglichen Erfüllungs- oder Gewährleistungsanspruchs tritt und gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungs- oder Gewährleistungsanspruch ein neuer, selbständiger Anspruch ist, unterliegt vielmehr einer eigenen Verjährung, die sich nach der für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch maßgebenden Verjährungsfrist richtet (vgl. BGH, Urt. v. 13. Juli 1967 - II ZR 268/64 = WM 1967, 929, 932, insoweit in BGHZ 48, 203 u. NJW 1967, 2203 nicht abgedruckt; Palandt/Heinrichs, aaO § 195 Anm. 2 b).

d) Dieses Ergebnis erscheint auch sach- und interessengerecht. Sinn und Zweck des § 17 KO gehen

u.a. dahin, bei einem gegenseitigen, von keiner Partei vollständig erfüllten Vertrag den Vertragsgegner des Gemeinschuldners zu schützen (Senatsurteil BGHZ 68, 379, 383 m.N.). Ein solcher Schutz wird nur erreicht, wenn Gewährleistungsansprüche des Vertragsgegners - unabhängig von dem Lauf etwaiger Verjährungsfristen - als Rechnungsposten in den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einbezogen und insoweit berücksichtigt werden. Dies ist vor allem deshalb geboten, weil der Vertragsgegner, der nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mehr gegen den Gemeinschuldner vorgehen kann (vgl. § 6 KO), sich wegen der Gewährleistungsansprüche unter Umständen zunächst nicht an den Konkursverwalter wendet. Ebenso wäre nach der vom Konkursverwalter erklärten Erfüllungsverweigerung eine Mängelanzeige des Vertragsgegners gemäß §§ 639 Abs. 1, 478 BGB oder eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung gemäß §§ 4 Nr. 7, 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B sinnlos; denn der Konkursverwalter ist - wie aus seiner Erklärung hervorgeht - zur Erfüllung und Mängelbeseitigung nicht bereit, nach § 17 KO auch nicht mehr verpflichtet. Schließlich ist es dem Auftraggeber/Besteller verwehrt, in anderer Weise eine rechtzeitige Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen, weil aufgrund des umgewandelten Vertrags einklagbare Gewährleistungsansprüche gar nicht mehr bestehen. Dem Vertragsgegner muß daher die Möglichkeit erhalten bleiben, Kostenerstattung oder Schadensersatz wegen Mängeln mit dem ihm zustehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ohne Rücksicht auf die sonst für Gewährleistungsansprüche maßgebende Verjährung geltend zu machen.

Die Masse wird dadurch letztlich nicht geschmälert. Denn die Rechte des Gemeinschuldners gehen

in sie nur so ein, wie sie dem Gemeinschuldner bei Eröffnung des Konkursverfahrens zustehen. Der Konkursverwalter hat deshalb in der Regel die sich aus dem von ihm verwalteten Vermögen ergebenden Lasten und Beschränkungen zu beachten (vgl.a. Senatsurteil vom 26. September 1985 - VII ZR 19/85 = ZIP 1985, 1509 m.N.). Das gilt auch von Verrechnungsmöglichkeiten, mit denen belastete Rückgewähransprüche überhaupt nur zur Masse gelangen (Senatsurteil BGHZ 68, 379, 383 m.N.). So ist es hier. Der vom Konkursverwalter eingeklagte Anspruch auf Wertersatz der von der Gemeinschuldnerin erbrachten, dem Vertragsgegner verbleibenden Teilleistungen stellt nur einen Rechnungsposten bei der Ermittlung des dem Vertragsgegner entstandenen Schadens dar. Ihm steht der vom Vertragsgegner für Kosten-erstattung und Schadensersatz wegen Mängeln am Bauwerk geltend gemachte Rechnungsposten gegenüber. Dieser Rechnungsposten wäre bereits zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens begründet, wenn das von der Gemeinschuldnerin erstellte Haus von Anfang an Fehler aufwies. Dann aber belastete er von vornherein den zur Konkursmasse gehörenden Rückgewähranspruch.

Daß damit der Auftraggeber/Besteller unter Umständen auch für Mängel entschädigt wird, die bei ordnungsgemäßer Erstellung und Abnahme des Baus erst nach Ablauf der Verjährungsfrist erkannt worden wären, muß in Kauf genommen werden. Das ist eine zwangsläufige Folge der Umgestaltung des Vertragsverhältnisses durch die dem Auftraggeber/Besteller aufgezwungene Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters gem. § 17 KO. Sie bewirkt, daß der Konkursverwalter nur dann etwas zur

Masse zurückverlangen kann, wenn der Wert der vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens erbrachten Teilleistungen den dem Vertragsgegner durch die Erfüllungsverweigerung entstandenen Schaden übersteigt (BGHZ 68, 379, 380/381). Mängel der Teilleistungen schmälern aber deren Wert, gleichviel wann sie in Erscheinung treten.

Wenn dem Auftraggeber/Besteller solche Wertebußen angerechnet werden ohne Rücksicht darauf, wann die entsprechenden Gewährleistungsansprüche bei reibungsloser Abwicklung des Bauvertrags verjährt wären, so liegt darin nichts von vornherein Unbilliges. Abgesehen davon, daß auch verjährte Ansprüche immer erfüllbar bleiben, ist der Auftraggeber/Besteller durch den Konkurs des Auftragnehmers/Unternehmers und die damit - ohne sein Zutun - verbundene Störung bei der Fertigstellung des Baus ohnehin schwer beeinträchtigt. Es wäre umgekehrt in hohem Maße unbillig, ihm weitere Nachteile zuzufügen, etwa indem auch noch die Abnahme "ersatzweise" vorverlegt würde und das ausgerechnet auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erfüllungsverweigerung durch den Konkursverwalter, wie es das Berufungsgericht für richtig hält.

Dieser Zeitpunkt ist ganz willkürlich gewählt und hat außer seiner eindeutigen Feststellbarkeit nichts für sich. Durch diese "Ersatzabnahme" würde der Auftraggeber/Besteller sogar gehindert, sich auf Mängel zu berufen, die gegen Ende der Verjährungsfrist auftreten, wenn diese - wie vorgesehen - erst nach Fertigstellung des Baus und mit der dann entsprechend später erfolgten Abnahme zu laufen begonnen hätte. Dafür gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Ein anderer Zeitpunkt ist nicht

hinreichend zuverlässig zu bestimmen. Es muß deshalb dabei bleiben, daß für Mängelansprüche, die nach Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters gem. § 17 KO nur noch Rechnungsposten bei der Ermittlung des dem Auftraggeber/Besteller insgesamt entstandenen Schadens bilden, keine selbständige Verjährungsfrist läuft.

Damit besteht keineswegs die Gefahr, daß in diesen Fällen Mängelansprüche nahezu unbeschränkt durchgesetzt werden könnten, wie das Berufungsgericht zu befürchten scheint. Dem sind natürliche Grenzen gesetzt, und zwar zum einen schon in der Höhe des vom Konkursverwalter noch beanspruchten, aber zu verrechnenden Betrages, zum andern in der zeitlich nur in bestimmtem Umfang möglichen Anmeldung von Konkursforderungen (§§ 138, 142 KO) sowie überhaupt durch die endgültige Abwicklung des jeweiligen Konkursverfahrens. In extrem liegenden Ausnahmefällen kann über § 242 BGB geholfen werden. Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben.

4. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts nicht bestehen bleiben; es ist aufzuheben. Das Berufungsgericht hat über die vom Beklagten be-

haupteten Mängel, die bei Ermittlung des vom Kläger geltend gemachten Ersatzanspruchs zu berücksichtigen sind, keine Feststellungen getroffen. Der Senat ist daher nicht in der Lage, gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO abschließend zu entscheiden. Die Sache ist vielmehr zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Walchshöfer

Quack