BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 197/03

Verkündet am:
23. Juni 2005
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

GesO § 2 Abs. 4, § 7 Abs. 5; VOB/B § 8 Nr. 3 Abs. 1; BGB § 389

a) Stehen sich in einem Werkvertrag Ansprüche aufrechenbar gegenüber, können Aufrechnungsverbote nicht dadurch umgangen werden, daß ein Verrechnungsverhältnis angenommen wird. Allerdings ist stets sorgfältig zu prüfen, inwieweit Aufrechnungsverbote den zur Entscheidung stehenden Fall erfassen, einschränkend nach Sinn und Zweck der jeweils getroffenen Regelung ausgelegt werden müssen oder, z. B. mit Rücksicht auf § 11 Nr. 3 AGBG, § 309 Nr. 3 BGB n.F. oder auf § 9 Abs. 1 AGBG, 307 Abs. 1 BGB n.F., wirksam vereinbart sind.

b) Nach Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B stehen sich der Werklohnanspruch des Auftragnehmers für erbrachte Leistungen und der Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten der Fertigstellung aufrechenbar gegenüber. Die Ansprüche werden nicht verrechnet.

c) Der Auftraggeber kann gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers für erbrachte Leistungen mit dem Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten der Fertigstellung auch im Gesamtvollstreckungsverfahren aufrechnen, wenn die Kündigung vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist.

BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03 - OLG Dresden

LG Leipzig

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 26. Juni 2003 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der F. GmbH. Er verlangt restlichen Werklohn von dem Beklagten. Der Beklagte beansprucht von dem Kläger Schadensersatz in Höhe der Fertigstellungskosten nach einer Kündigung des Vertrages.

Der Beklagte beauftragte die F. GmbH mit Fassadenarbeiten an einem Studentenwohnheim in L. Die VOB/B war vereinbart. Nachdem die F. GmbH die Arbeiten teilweise ausgeführt hatte, stellte ein Gläubiger am 23. Dezember 1998 einen Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der F. GmbH. Zu diesem Zeitpunkt hatte die F. GmbH ihren Betrieb eingestellt. Am 18. Februar 1999 kündigte der Beklagte den Werkvertrag mit

der F. GmbH unter Berufung auf § 8 Nr. 2 VOB/B und verlangte Schadensersatz wegen der nicht erbrachten Leistungen. Er beauftragte am 17. März 1999 einen Drittunternehmer mit den Fertigstellungsarbeiten.

Mit Beschluß des Amtsgerichts L. vom 25. März 1999 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der F. GmbH eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt.

Der Kläger verlangt für das bis zur Kündigung erbrachte Teilgewerk 35.451,74 € nebst Zinsen. Der Beklagte verweigert die Zahlung mit der Begründung, die Mehrkosten für die Fertigstellung würden die Vergütungsforderung übersteigen.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teilbetrag mit folgender Begründung stattgegeben: Da die Vergütungsforderung des Klägers gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/B und der Schadensersatzanspruch des Beklagten gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B zwei selbständige Forderungen seien, komme nur eine Aufrechnung und keine Verrechnung in Betracht. Eine Aufrechnung sei ausgeschlossen, weil die Aufrechnungslage erst nach der Antragstellung auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens entstanden sei.

Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Vergütungsanspruch und der Schadensersatzanspruch seien keine selbständigen Forderungen, sondern Verrechnungsposten. Der Schadensersatzanspruch bestehe in Höhe des Vergütungsanspruchs des Klägers.

Hinsichtlich der Frage, ob ein Vergütungsanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/B mit einem Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B verrechnet werden könne, hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen (Urteil vom 26. Juni 2003 - 19 U 2278/02, BauR 2003, 1736).

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

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Aufgrund der Revision des Klägers ist der gesamte Streitgegenstand des Berufungsverfahrens Gegenstand der revisionsrechtlichen Überprüfung. Die Beschränkung der Zulassung durch das Berufungsgericht auf die genannte Rechtsfrage ist unwirksam.

II.

Der Werklohnanspruch des Klägers ist durch die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen.

1. Der Beklagte hat einen Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten, die er für die Fertigstellung des Werks durch einen Drittunternehmer aufwenden mußte, nachdem er den Vertrag mit der F. GmbH gekündigt hat. Es kommt nicht darauf an, ob sich dieser Anspruch, wovon die Vorinstanzen ausgehen, aus § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B ergibt. Denn jedenfalls hat der Beklagte aus positiver Ver-

tragsverletzung einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten der Fertigstellung, nachdem er gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B wirksam gekündigt hat.

a) Ein Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B ist zweifelhaft. Die Vorinstanzen haben die Voraussetzungen dieser Regelung in der für den Vertrag zwischen der F. GmbH und dem Beklagten gültigen Fassung 1996 nicht festgestellt. Daß die F. GmbH im Zeitpunkt der Kündigung die Zahlungen eingestellt hat, steht nicht fest. Das Verfahren auf Gesamtvollstrekkung ist noch nicht eröffnet gewesen. Nicht ausreichend ist, daß ein Antrag auf Eröffnung des Verfahrens gestellt worden ist. Diese Regelung ist erst in eine spätere Fassung der VOB/B aufgenommen worden.

b) Jedenfalls kann der Beklagte die Fertigstellungsmehrkosten als Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung fordern. Die Kündigung des Vertrages war unabhängig von den Voraussetzungen des § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B wirksam, weil die F. GmbH die Arbeiten bereits endgültig eingestellt hatte. Das rechtfertigte die Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 4 VOB/B. Einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung bedurfte es nicht, weil diese offenbar zwecklos war. Dieser Kündigungsgrund kann nachträglich geltend gemacht werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1981 - VII ZR 310/79, BauR 1982, 79, 82 = ZfBR 1982, 15; Urteil vom 6. Februar 1975 - VII ZR 244/73, BauR 1975, 280). Auch die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß der Beklagte unter den gegebenen Umständen berechtigt war, sich von dem Vertrag zu lösen.

c) Die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Anspruchs lassen Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Anspruch des Auftraggebers auf Zahlung der Mehrkosten der Fertigstellung mit dem Vergütungsanspruch des Auftragnehmers verrechnet wird, so daß es nicht darauf ankäme, ob die Gesamtvollstreckungsordnung ein Aufrechnungsverbot vorsieht.

a) Der Vergütungsanspruch des Klägers und die Schadensersatzforderung des Beklagten sind jeweils selbständige Forderungen. Sie stehen sich aufrechenbar gegenüber und unterliegen den vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen zur Aufrechnung. Die Klage kann deshalb nicht allein mit der Begründung abgewiesen werden, es bestehe ein Abrechnungs- oder Verrechnungsverhältnis.

aa) Ein Abrechnungsverhältnis wird begründet, wenn der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch hat und dem Auftraggeber allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werkes zustehen. In diesem Fall ist die Abnahme der Werkleistung keine Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütungsforderung (BGH, Urteil vom 16. September 1999 - VII ZR 456/98, BauR 2000, 98, 99 = NJW 1999, 3710; Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479, 1480 = NZBau 2000, 421 = ZfBR 2000, 479; Urteil vom 10. Oktober 2002 - VII ZR 315/01, BauR 2003, 88, 89 = NZBau 2003, 35 = ZfBR 2003, 140). Mit dem Begriff "Abrechnungsverhältnis" ist nicht zum Ausdruck gebracht, daß Forderung und Gegenforderung nicht den Regeln zur Aufrechnung unterliegen.

bb) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die Aufrechnungsverbote der Gesamtvollstreckungsordnung fänden schon deshalb keine Anwendung, weil Vergütung und Gegenforderung verrechnet würden. Die Verrechnung ist kein gesetzlich vorgesehenes Rechtsinstitut in den Fällen, in denen sich nach

der Gesetzeslage Werklohn und Anspruch wegen Nichterfüllung oder andere Ansprüche wegen Schlechterfüllung des Vertrages aufrechenbar gegenüber stehen. In diesen Fällen sind die vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen zur Aufrechnung und zu etwaigen Aufrechnungsverboten anwendbar. Es ist unzulässig, Aufrechnungsverbote dadurch zu umgehen, daß diese Ansprüche einer vom Gesetz nicht anerkannten Verrechnung unterstellt werden (kritisch zur Verrechnung u.a. MünchKomm-Soergel, BGB, 3. Aufl., § 635 Rdn. 3; Koeble, Festschrift für Craushaar, S. 259 ff.; Peters, JZ 1986, 669 ff.; Koenen, BauR 2005, 202, 215 ff.). Allerdings ist stets sorgfältig zu prüfen, inwieweit Aufrechnungsverbote den zur Entscheidung stehenden Fall erfassen, einschränkend nach Sinn und Zweck der jeweils getroffenen Regelung ausgelegt werden müssen oder, z. B. mit Rücksicht auf § 11 Nr. 3 AGBG, § 309 Nr. 3 BGB n. F. oder auf § 9 Abs. 1 AGBG, 307 Abs. 1 BGB n. F., wirksam vereinbart sind.

Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers und der Anspruch des Auftraggebers wegen der teilweisen Nichterfüllung des Vertrages stehen sich aufrechenbar gegenüber. Das hat der Bundesgerichtshof in vergleichbaren Fällen bereits entschieden (BGH, Urteil vom 1. Februar 1962 - VII ZR 213/60, BGHZ 36, 316, 318; Urteil vom 26. September 1985 - VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34, 39; Urteil vom 15. Juli 1997 - XI ZR 154/96, BGHZ 136, 254, 259). Soweit sich aus anderen Entscheidungen zum sogenannten kleinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB ergibt, daß eine Verrechnung von Werklohn und Gegenforderung in der Weise stattfindet, daß Aufrechnungsverbote keine Bedeutung haben (vgl. BGH, Beschluß vom 5. April 2001 - VII ZR 161/00, BauR 2001, 1928 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 19. Januar 1978 - VII ZR 175/75, BGHZ 70, 240, 247), hält der Senat daran nicht fest. Diese Entscheidungen werden im Ergebnis vom Senat weiter getragen. Ihnen liegt zugrunde, daß Aufrechnungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers dann nicht zur Geltung kommen können, wenn sie den

Auftraggeber in einem Abrechnungsverhältnis zwängen, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen. Ein derartiges Ergebnis wäre unangemessen.

3. Die danach erforderliche Aufrechnung wird im Rahmen einer Gesamtabrechnung des Vertrages vorgenommen, die infolge der Kündigung notwendig wird. Aus der Gesamtvollstreckungsordnung ergibt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts kein Verbot der Aufrechnung.

a) Nach § 7 Abs. 5 GesO ist eine Aufrechnung im Gesamtvollsteckungsverfahren möglich, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bestand. Ein solcher Fall liegt vor. Der Anspruch des Beklagten auf Ersatz des durch Fertigstellungsmehrkosten entstandenen Schadens ist bereits mit der vor Eröffnung des Verfahrens erfolgten Kündigung des Vertrages entstanden und fällig geworden. Der Schadensersatzanspruch in Höhe der Mehrkosten der Fertigstellung wird im Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung fällig. Insoweit gilt nichts anderes als für einen Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B. Der Schaden ist im Zeitpunkt der Kündigung eingetreten und kann zu diesem Zeitpunkt in Geld berechnet werden. Er besteht darin, daß der Auftraggeber durch die Kündigung gezwungen ist, einen Drittunternehmer mit der Vollendung des Werks zu beauftragen und dafür höhere Kosten aufzuwenden, als es bei ordnungsmäßiger Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer der Fall gewesen wäre (BGH, Urteil vom 22. November 1979 - VII ZR 322/78, BauR 1980, 182, 184). Für die Fälligkeit unerheblich ist, daß dieser Schaden nach Fertigstellung durch einen Drittunternehmer nach dessen Kosten abgerechnet wird.

Unerheblich ist, ob die Forderung des Klägers erst nach der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden ist, weil erst dann eine prüfbare Schlußrechnung erteilt worden ist. Denn die Aufrechnungslage setzt nicht voraus, daß die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, fällig ist.

b) § 7 Abs. 5 GesO trifft nach der Rechtsprechung allerdings keine abschließende Regelung. Vielmehr kann sich ein Aufrechnungsverbot aus § 2 Abs. 4 GesO in Verbindung mit § 394 BGB ergeben, wenn die Aufrechnungslage bereits vor der Eröffnung des Verfahrens, jedoch nach Antragstellung entstanden ist (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1997 - IX ZR 341/95, BGHZ 137, 267, 290 f.). Diese Rechtsprechung beruht einmal auf der besonderen Vorschrift des § 2 Abs. 4 GesO, wonach gegen den Schuldner eingeleitete, bei Antragstellung noch nicht abgeschlossene Vollstreckungsmaßnahmen gerichtlich sofort einzustellen sind. Sie erklärt sich zudem daraus, daß der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zunächst Bedenken hatte, die Anfechtungsvorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO auf Rechtshandlungen anzuwenden, an denen der Schuldner nicht beteiligt war, und daß bei einem engen Verständnis dieser Anfechtungsnorm ohne gleichzeitige Ausdehnung des Aufrechnungverbots der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Gesamtvollstreckungsverfahren nur unzureichend hätte durchgesetzt werden können (BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 195/03, ZIP 2004, 1558, 1559).

Auf dieser Grundlage besteht kein Grund, dem Beklagten die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Ersatz des durch die Fertigstellungsmehrkosten entstandenen Schadens zu versagen. Es ist mittlerweile geklärt, daß nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO auch Rechtshandlungen des Gläubigers angefochten werden können (BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - IX ZR 58/99, BGHZ 143, 332, 335 ff.). Dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung wird durch die Regelungen zur Anfechtung von Rechtshandlungen ausreichend Rechnung getra-

gen. Es besteht kein Anlaß für den Fall, daß eine Gläubigerbenachteiligung nicht festgestellt werden kann, den Schutz der Gläubiger durch ein Aufrechnungsverbot zu erweitern.

Der Kläger kann die Aufrechnung und die Schaffung der Aufrechnungslage nicht anfechten. Es fehlt schon an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung. Die Aufrechnungslage wurde durch die Kündigung des Beklagten herbeigeführt. Diese führte dazu, daß der Schadensersatzanspruch durchsetzbar entstand. Zugleich ist sie auch die notwendige Voraussetzung dafür, daß die Werklohnforderung des Schuldners fällig werden kann. Da im Anfechtungsrecht immer auf die realen Gegebenheiten abzustellen ist, die durch die maßgebliche Rechtshandlung entstanden sind, ist hier eine objektive Gläubigerbenachteiligung nicht erkennbar.

c) Dieses Ergebnis kollidiert nicht mit den bei der Auslegung der Regelungen der Gesamtvollstreckungsordnung heranzuziehenden Regelungen der Konkursordnung oder der Insolvenzordnung (vgl. zu deren Bedeutung BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - IX ZR 58/99, BGHZ 143, 332, 334 f. m.w.N.). Schon nach der Konkursordnung ist eine Aufrechnung nach § 54 KO nicht ausgeschlossen, wenn die Aufrechnungslage vor Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden ist. Gleiches gilt grundsätzlich nach der Insolvenzordnung, § 94 InsO. Wenn die Werklohnforderung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht fällig ist, kann die Aufrechnung erfolgen, sobald sie fällig wird, § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO. Die Aufrechnung ist nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO jedoch ausgeschlossen, wenn die Werklohnforderung, gegen die aufgerechnet werden soll, fällig wird, bevor die Schadensersatzforderung fällig wird. Ein solcher Fall liegt nicht vor, denn der Schadensersatzanspruch wird jedenfalls nicht nach dem Werklohnanspruch fällig. Weder nach der Konkurs- noch

nach der Insolvenzordnung besteht für den Kläger eine Anfechtungsmöglichkeit.

d) Nach allem kann dahin stehen, ob ein etwaiges Aufrechnungsverbot aus § 2 Nr. 4 GesO i.V.m. § 394 BGB auch daran scheitern würde, daß der Anspruch auf Zahlung des Werklohns und der Anspruch auf Ersatz des durch die Fertigstellungsmehrkosten entstandenen Schadens in einer so engen synallagmatischen Verbundenheit stehen, daß nach Sinn und Zweck des vollstrekkungsrechtlichen Aufrechnungsverbots eine Aufrechnung nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. dazu Schmitz, Die Bauinsolvenz, 3. Aufl., Rdn. 98; Koenen, BauR 2005, 202, 217).

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dressler Kuffer Kniffka

Bauner Safari Chabestari