BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 270/01

Verkündet am:
28. November 2002
Fahrner,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 301, 256 Abs. 2; BGB § 643

a) Ein Teilurteil darf nur erlassen werden, wenn die Gefahr widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist.

b) Die Gefahr der Widersprüchlichkeit kann in geeigneten Fällen in der Berufungsinstanz dadurch beseitigt werden, daß über eine Vorfrage ein Zwischenfeststellungsurteil gemäß § 256 Abs. 2 ZPO ergeht.

c) Die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung gemäß § 643 Abs. 1 BGB kann nur durch einen bevollmächtigten Vertreter wirksam erfolgen.

d) Eine nach Fristablauf erteilte Genehmigung der Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters ist wirkungslos.

BGH, Urteil vom 28. November 2002 - VII ZR 270/01 - OLG Hamm
LG Dortmund

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. Juni 2001 aufgehoben, soweit der Feststellungsantrag Erfolg hatte und die Widerklage in Höhe eines Betrages von 1.606.508,47 DM (1.424.917,81 DM und 113.288,85 DM sowie Pos. C. II. 1. k) und l) über 3.472,21 DM und 1.209,60 DM und Pos. C. II. 2. f) über 63.620 DM) abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen worden ist.

Der Antrag festzustellen, daß der Nachunternehmer-Bauwerkvertrag der Parteien vom 6./26. Juli 1994 mit Ablauf des 22. Oktober 1996 geendet hat, wird abgewiesen.

Im übrigen (Abweisung der Widerklage in Höhe von 1.606.508,47 DM) wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beauftragte die Klägerin als Nachunternehmerin mit den Gewerken Heizung, Sanitär, Lüftung und Elektro für ein Bauvorhaben in L. . Während der Bauausführung vereinbarten die Parteien ca. 130 Nachträge über Mehr- und Minderleistungen. Es kam zu Streitigkeiten über den geschuldeten Leistungsumfang, den geschuldeten Werklohn und Abschlagszahlungen. Die Klägerin errechnete eine Vergütung von 8.119.316,70 DM und forderte am 2. Oktober 1996 mit Frist zum 10. Oktober 1996 eine Sicherheit nach § 648a BGB in dieser Höhe. Die Beklagte bezifferte mit Schreiben vom 16. Oktober 1996 die Werklohnforderung mit 1.981.352,68 DM und bot eine Bürgschaft über 2.000.000 DM an. Die Klägerin setzte am gleichen Tag eine Nachfrist bis zum 22. Oktober 1996 und drohte die Kündigung an. Die Schreiben der Klägerin vom 2. und 16. Oktober 1996 waren von dem nicht allein vertretungsberechtigten Prokuristen H. unterzeichnet. Am 23. Oktober 1996 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß der Vertrag mit Fristablauf als aufgehoben gelte und erklärte zur Klarstellung die Kündigung aus wichtigem Grund. Die Beklagte bot am gleichen Tag eine Bürgschaft über 4.000.000 DM an. Die Klägerin lehnte diese und die Fortführung der Arbeiten am 28. Oktober 1996 ab.

Die Klägerin hat mit der Klage Werklohn in Höhe von 10.104.744,44 DM und einen behaupteten Kündigungsschaden von 1.051.988,69 DM verlangt. Aufgrund eines Zwischenvergleichs hat die Beklagte eine Abschlagszahlung von 1 Mio. DM gezahlt. Die Beklagte hat mit der Widerklage Rückzahlung der 1 Mio. DM, die nach ihrer Behauptung entstandenen Mehrkosten durch die Kündigung von 1.424.917,81 DM und 113.288,85 DM sowie Kosten für Ersatzvornahme, Mängelbeseitigung und Sonstiges von 202.235,69 DM, insgesamt 2.740.442,35 DM, verlangt. Das Landgericht hat durch Teilurteil die Widerklage abgewiesen, soweit mit ihr ein Betrag von 1.740.442,35 DM verlangt worden ist.

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

Die Berufung der Beklagten blieb, abgesehen von einer Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 6.167,50 DM, erfolglos. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Nachunternehmer-Bauwerkvertrag der Parteien vom 6./26. Juli 1994 mit Ablauf des 22. Oktober 1996 geendet hat. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Widerklageantrag auf Verurteilung der Klägerin zur Zahlung in Höhe von weiteren 1.606.508,47 DM; sie beantragt die Aufhebung des Zwischenfeststellungsurteils und insoweit Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung des Urteils zu dessen Aufhebung, zur Abweisung des Feststellungsantrages und im übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB; § 26 Nr. 7 EGZPO).

I.

Das Berufungsgericht hält das Teilurteil für unzulässig, jedoch den Mangel für geheilt durch das Zwischenfeststellungsurteil. Der Zwischenfeststellungsantrag sei begründet. Der Vertrag sei von der Klägerin mit Ablauf des 22. Oktober 1996 wirksam beendet worden. Eine wirksame Frist- und Nachfristsetzung hinsichtlich der Sicherheitsleistung scheitere nicht daran, daß der Unterzeichner der entsprechenden Schreiben, der Prokurist H., nicht allein vertre-

tungsberechtigt gewesen sei. Beide Fristsetzungen seien mit Schreiben vom 28. Oktober 1996 konkludent genehmigt worden. Das Schreiben sei von zwei Prokuristen unterschrieben, die gemeinsam vertretungsbefugt gewesen seien. Die Genehmigung wirke gemäß § 184 Abs. 1 BGB zurück.

Soweit die Beklagte Mehrkosten für die Fertigstellung in Höhe von 1.424.917,81 DM und 113.288,85 DM verlange, sei die Widerklage unbegründet, weil die Klägerin den Vertrag berechtigterweise aufgehoben habe. Gleiches gelte für die Positionen k), l), o) und p) aus der Zusammenstellung der Kosten für Ersatzvornahme, Mängelbeseitigung und Sonstiges. Die restliche Widerklage sei nur in Höhe von 6.167,50 DM begründet. Den unter der Position f) geltend gemachten Mietzins und die Nebenkosten für Bürocontainer in Höhe von 63.620 DM habe die Beklagte nicht schlüssig dargelegt. Sie hätte näher darlegen müssen, was die Parteien als Entgelt für die Nutzung der Bürocontainer vereinbart hätten, bzw. wie die abgerechneten Beträge zustande gekommen seien.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten Stand.

Der Verfahrensfehler eines unzulässigen Teilurteils durch das Landgericht ist durch das Zwischenfeststellungsurteil geheilt (1.). Die Zwischenfeststellungsklage ist unbegründet (2.). Soweit die Widerklage mit der Revision weiterverfolgt wird, ist sie zu Unrecht abgewiesen worden (3.).

1. a) Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, daß das vom Landgericht erlassene Teilurteil unzulässig war. Denn das Landgericht hat im Rahmen

der teilweisen Abweisung des Widerklageantrags zugleich darüber entschieden, daß der Vertrag nach § 643 Satz 2 BGB i.V.m. § 648a Abs. 5 BGB aufgehoben ist, und damit über eine Vorfrage, die für den noch nicht entschiedenen Teil des Rechtsstreits von Bedeutung blieb. Ein Teilurteil darf nur erlassen werden, wenn es von der Entscheidung über den Rest des Anspruchs unabhängig ist, wenn also die Gefahr widersprechender Entscheidungen, auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht, ausgeschlossen ist. Im Rahmen des § 301 ZPO soll eine unterschiedliche Beurteilung von bloßen Urteilselementen, die nicht in Rechtskraft erwachsen, ausgeschlossen werden. Ein Teilurteil ist daher unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche noch einmal stellt (BGH, Urteil vom 13. April 2000 - I ZR 220/97, NJW 2000, 3716; Urteil vom 5. Dezember 2000 - VI ZR 275/99, NJW 2001, 760 jeweils m.w.N.).

b) Die Gefahr der Widersprüchlichkeit kann in geeigneten Fällen in der Berufungsinstanz dadurch beseitigt werden, daß über die Vorfrage ein Zwischenfeststellungsurteil gemäß § 256 Abs. 2 ZPO ergeht, durch das die Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen dem Teilurteil und dem Schlußurteil ausgeräumt wird (Zöller/Vollkommer, 23. Aufl., § 301 Rdn. 13 und Zöller/Gummer, a.a.O., § 525 Rdn. 8).

c) Von dieser Möglichkeit hat das Berufungsgericht verfahrensrechtlich zutreffend Gebrauch gemacht.

aa) Die Klage festzustellen, daß der Nachunternehmer-Bauvertrag der Parteien vom 6./26. Juli 1994 mit Ablauf des 22. Oktober 1996 geendet hat, ist zulässig. Zwischen den Parteien war der Fortbestand des Vertrages nach dem Ablauf der mit Schreiben vom 16. Oktober 1996 gesetzten Nachfrist zur Leistung einer Sicherheit streitig. Sie stritten damit um ein Rechtsverhältnis im

Sinne von § 256 Abs. 2 ZPO. Das Berufungsgericht hat die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen der Zwischenfeststellungsklage rechtsfehlerfrei festgestellt. Angriffe dagegen erhebt die Revision insoweit nicht.

bb) Zu Unrecht macht die Revision geltend, der Zwischenfeststellungsausspruch darüber, daß der Vertrag mit dem 22. Oktober 1996 geendet habe, könne widersprüchliche Entscheidungen zwischen dem Teilurteil und dem Schlußurteil nicht vollständig vermeiden, weil nicht darüber entschieden werde, inwieweit die Parteien ein Verschulden an der Vertragsaufhebung treffe. Sie verkennt, daß über die Frage des Verschuldens in dem Teilurteil nicht entschieden worden ist. Vielmehr ist lediglich die Berechtigung der Aufhebung des Vertrages gemäß § 643 Satz 2 BGB i.V.m. § 648a Abs. 5 BGB Gegenstand des Urteils. Auch soweit die Widerklage abgewiesen wurde, spielte die Frage des Verschuldens keine Rolle.

Nach der Beendigung des Zwischenfeststellungsstreits über die Frage, ob der Vertrag zum 22. Oktober 1996 aufgehoben wurde, scheiden Widersprüche zwischen dem Teilurteil und einem Schlußurteil aus. Das gilt auch für die Schlußentscheidung über den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag von 1 Mio. DM. Dieser ist Teil der Abrechnung, über die noch nicht entschieden worden ist.

Die Revision hat nicht dargelegt, daß Widersprüche zwischen Teilurteil und Schlußurteil insoweit zu besorgen sind, als im Rahmen der Abrechnung über den Leistungsstand zur Zeit der Aufhebung des Vertrags entschieden werden muß und sowohl die Werklohnforderung als auch die mit der Widerklage geforderten Ansprüche auf Ersatz der Mehrkosten wegen der Kündigung von diesem Leistungsstand abhängen. Die Gefahr von Widersprüchen insoweit ergibt sich auch nicht aus den Feststellungen der Vorinstanzen.

2. Der Zwischenfeststellungsantrag ist jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unbegründet.

Der Nachunternehmer-Bauwerkvertrag der Parteien vom 6./26. Juli 1994 hat nicht mit Ablauf des 22. Oktober 1996 geendet. Eine derartige Aufhebung des Vertrages kommt nur gemäß § 643 Satz 2 BGB i.V.m. § 648a Abs. 5 BGB durch Ablauf der Frist aus dem Schreiben des Prokuristen der Klägerin H. vom 16. Oktober 1996 in Betracht. Das Schreiben des Prokuristen H. konnte diese Wirkung nicht herbeiführen.

a) Die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung ist eine Willenserklärung, der nach fruchtlosem Fristablauf Gestaltungswirkung zukommt, weil danach die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 1991 - VIII ZR 214/90, BGHZ 114, 360, 366). Sie kann deshalb nur durch einen bevollmächtigten Vertreter wirksam abgegeben werden.

Gesamtvertretung verlangt die Mitwirkung der dafür bestimmten Gesamtvertreter. Es reicht aus, daß ein Gesamtvertreter nach außen handelt, wenn er intern die Zustimmung des anderen Gesamtvertreters dazu hat (MünchKomm/Schramm, 4. Aufl., § 164 Rdn. 86 f.; RGZ 81, 325 ff.).

Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, daß ein Gesamtvertreter eine Erklärung allein abgibt und der andere Gesamtvertreter diese Erklärung nachträglich analog § 177 Abs. 1 BGB - gegebenenfalls i.V.m. § 180 Satz 2 BGB - genehmigt (BGH, Urteil vom 10. Juli 2001 - VI ZR 206/00, NJW 2001, 3183). Eine derartige Genehmigung kommt jedoch bei einer Erklärung, mit der eine Frist gesetzt wird, nicht uneingeschränkt in Betracht. Hat die Fristsetzung Gestaltungswirkung dadurch, daß nach Fristablauf die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag erlöschen, muß die Genehmigung jedenfalls bis zum Ablauf der gesetzten Frist erfolgen (BGH, Urteil vom 29. Mai 1991 - VIII ZR

214/90, BGHZ 114, 360, 366; Urteil vom 22. Oktober 1999 - V ZR 401/98, BGHZ 143, 41, 46). Eine nach Fristablauf erteilte Genehmigung der Erklärung eines vollmachtlosen Vertreters ist wirkungslos (BGH, Urteil vom 15. April 1998 - VIII ZR 129/97, NJW 1998, 3058, 3060).

b) Auf dieser Grundlage liegt eine wirksame Fristsetzung mit Kündigungsandrohung der Klägerin nicht vor.

aa) Der Prokurist H. war nicht allein vertretungsberechtigt. Ihm war Prokura in der Weise erteilt worden, daß er in Gemeinschaft mit einem Geschäftsführer oder zusammen mit einem anderen Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt war.

bb) Die Genehmigung aus dem Schreiben vom 28. Oktober 1996 konnte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mehr zu einer wirksamen Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung führen. Gleiches gilt für eine etwaige Genehmigung aus dem von einem Handlungsbevollmächtigten unterschriebenen Schreiben vom 23. Oktober 1996, so daß es nicht darauf ankommt, ob dessen Genehmigung ausgereicht hätte.

cc) Zu Unrecht vertritt die Klägerin in ihrer Revisionserwiderung die Auffassung, sie habe vorgetragen, andere Gesamtvertreter hätten in die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vor Fristablauf eingewilligt.

Eine derartige Einwilligung oder Genehmigung innerhalb der Frist hat die Klägerin ausweislich der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsätze nicht vorgetragen. Die Beklagte hatte bereits im ersten Rechtszug nach einem Hinweis des Landgerichts im Schriftsatz vom 14. Januar 2000 darauf hingewiesen, die Klägerin habe nicht behauptet, der Prokurist H. sei im Innenverhältnis bevollmächtigt gewesen. Dem ist die Klägerin nicht entgegen getre-

ten. Sie hat vielmehr nach dem abermaligen Vortrag der Beklagten in der Berufungsinstanz, der Prokurist H. habe nicht die erforderliche Vertretungsmacht gehabt, lediglich darauf hingewiesen, daß dessen Erklärungen durch das von zwei Prokuristen unterschriebene Schreiben vom 28. Oktober 1996 genehmigt worden seien.

Aus den von der Revisionserwiderung zitierten Schreiben vom 23. und 28. Oktober 1996 ergibt sich keine Einwilligung. Aus ihnen geht nur hervor, daß die Verfasser zum Zeitpunkt der Schreiben mit dem Vorgehen des Prokuristen H. einverstanden waren. Aus den Schreiben läßt sich weder entnehmen, daß sie im maßgeblichen Zeitpunkt mit der Angelegenheit befaßt waren, noch, daß sie vor Ablauf der Frist zugestimmt hätten.

3. Soweit die Widerklage in der Revision weiterverfolgt wird, hält ihre Abweisung der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Berufungsgericht stützt die Abweisung der Widerklage auf Zahlung von 1.424.917,81 DM Mehrkosten wegen Neuvergabe der Restgewerke an Fremdunternehmen und 113.288,85 DM infolge der Aufhebung des Vertrages entstandener eigener Mehrkosten allein darauf, daß die Klägerin das Vertragsverhältnis mit Wirkung zum 22. Oktober 1996 berechtigterweise beendet habe. Das hat keinen Bestand, weil die Klägerin das Vertragsverhältnis nicht zum 22. Oktober 1996 wirksam aufgehoben hat.

b) Gleiches gilt für die Widerklage, soweit unter den Positionen C. II. 1. k) und l) Kosten für die Vervielfältigung von Ausführungsplänen für Fremdunternehmen (3.472,21 DM) und für baubegleitende TÜV-Prüfungen (1.209,60 DM) geltend gemacht werden, die durch die Vertragsaufhebung entstanden sein sollen.

c) Die Revision ist auch begründet, soweit die Widerklage hinsichtlich der Position C. II. 2. f) über 63.620 DM abgewiesen worden ist. Das Berufungsgericht hat den Sachvortrag der Beklagten nicht ausgeschöpft.

aa) Die Beklagte hat in der Berufung vorgetragen, es sei vereinbart worden, daß die Beklagte der Klägerin ein Baustellenbüro und für die gewerblichen Arbeiten Wohncontainer mietweise zur Verfügung stelle. Sie hat auf die Rechnungen aus der Anlage 9 Bezug genommen. Die Anlage 9 enthält Rechnungen, aus denen sich ergibt, welche Miete monatlich für Büro und Container berechnet wird, und die Rechnung für die Nebenkosten mit Belegen.

bb) Danach ist der Abschluß eines Mietvertrages schlüssig vorgetragen. Die geltend gemachte Miete ergibt sich aus den in der Anlage 9 vorgelegten Rechnungen. Die Beklagte hat allerdings nicht ausdrücklich vorgetragen, daß diese Miete auch vereinbart worden sei. Diese Behauptung ergibt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang des Vortrags. Unzutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anlage 9 sei nicht zu entnehmen, wie die Beträge zustande kommen. Aus den vorgelegten Rechnungen ergibt sich der geltend gemachte Betrag von 63.620 DM als Summe der Nettobeträge.

cc) Die insoweit erfolgte Abweisung der Widerklage kann nicht deshalb Bestand haben, weil die Beklagte ihre Behauptung, der berechnete Mietzins sei vereinbart worden, nicht unter Beweis gestellt hätte, wie die Revisionserwiderung geltend macht. Das Beweisangebot der Beklagten auf Vernehmung der Zeugen Kö., S. und Kr. bezieht sich auf die gesamte Vereinbarung, also auch auf die Vereinbarung des in Rechnung gestellten Mietzinses.

III.

Der Senat konnte über den Feststellungsantrag abschließend entscheiden, weil insoweit weitere Feststellungen nicht zu erwarten waren. Da Feststellungen zu den mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüchen und Einreden fehlen, ist es dem Senat nicht möglich, ein Grundurteil zu erlassen und die Sache gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dressler Haß Hausmann

Wiebel Kniffka