

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 133/90

URTEIL

Verkündet am:
5. Mai 1992
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Georg W [REDACTED], B [REDACTED]straße 25, H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

das Land Hessen, gesetzlich vertreten durch den Regierungs-
präsidenten in D [REDACTED], L [REDACTED]platz 2, D [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1992 durch die Richter Rogge, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 28. November 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

27

- 3 -

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 4./5. Februar 1985 übernahm die Klägerin für das beklagte Land Hessen im Bereich des Forstamts H[REDACTED]/O[REDACTED] Rodungs- und Holzeinschlagarbeiten zur Beseitigung von Windwurf zu einem im Berufungsrechtszug unstreitig gewordenen Werklohn von 187.252,32 DM. Die Klägerin vergab die vertraglich geschuldeten Rodungs- und Holzeinschlagarbeiten für insgesamt 112.382,23 DM an Subunternehmer. Während der Durchführung der Arbeiten kam es zwischen den Prozeßparteien zu Differenzen, die dazu führten, daß das beklagte Land den Vertrag mit Schreiben vom 26. März 1985 kündigte.

Mit der Klage hat die Klägerin nach Abzug ersparter Aufwendungen eine restliche Werklohnforderung von 34.311,12 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der Zinsforderung stattgegeben.

Mit der Berufung hat das beklagte Land seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt, während die Klägerin mit ihrer (unselbständigen) Anschlußberufung ihren Klageantrag um weitere 5.743,82 DM erhöht, sowie auf den nunmehr eingeklagten Gesamtbetrag von 40.054,94 DM höhere Zinsen verlangt hat.

Das Berufungsgericht hat die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen und die Klage auf die Berufung des Beklagten in vollem Umfang abgewiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihr Begehren auf Zahlung von 40.054,94 DM nebst Zinsen weiterverfolgt. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

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

I. 1. a) Es ist unstreitig, daß die volle Erfüllung des vom Beklagten gekündigten Werkvertrags einen Werklohnanspruch der Klägerin von 187.252,32 DM ausgelöst hätte.

b) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ein wichtiger Grund zur Kündigung des Werkvertrags durch den Beklagten, der den Bestand des Werklohnanspruchs berühren könnte (vgl. BGHZ 31, 224, 229; BGHZ 45, 372, 375), nicht vorgelegen hat.

c) Es ist unstreitig, daß der Beklagte der Klägerin im Zusammenhang mit dem hier vorliegenden Werkvertrag insgesamt 85.712,54 DM gezahlt hat.

d) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Beklagte den geschlossenen Werkvertrag vor seiner vollständigen Durchführung jederzeit kündigen konnte. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, weil die Klägerin einer im Vertrag vom 4./5. Februar 1985 etwa abbedungenen jederzeitigen Kündigung durch den Beklagten (vgl. § 11 Abs. 2 des Vertra-

ges) jedenfalls zugestimmt hat, ohne dadurch allerdings auf ihre Rechte aus § 649 Satz 2 BGB zu verzichten.

2. a) Im rechtlichen Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht weiter davon aus, daß der Klägerin danach gemäß § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung von 187.252,32 DM, abzüglich der vom Beklagten darauf insgesamt geleisteten Zahlung von 85.712,54 DM und abzüglich etwaiger Anrechnungsbeträge (ersparte Aufwendungen der Klägerin) zusteht. Weil der Beklagte in die Rechtsbeziehungen der Klägerin zu deren Subunternehmern durch Vereinbarungen mit letzteren eingetreten sei und den Subunternehmern gegen die Klägerin aus den mit dieser geschlossenen Verträgen keine Ansprüche mehr zuständen, berechnet das Berufungsgericht die Forderung der Klägerin in der Weise, daß es von der Gesamtwerklohnvergütung von 187.252,32 DM zunächst die geschuldeten Zahlungen der Klägerin an ihre Subunternehmer von 112.382,23 DM abzieht und sodann von der Klägerin behauptete Zahlungen an ihre Subunternehmer in Höhe von 54.335,-- DM hinzuschlägt. Von diesem Betrag setzt das Berufungsgericht die vom Beklagten an die Klägerin geleisteten Zahlungen von 85.712,54 DM ab. Rechnerisch bleibt danach ein Anspruch von $(187.252,32 \text{ DM} + 54.335,-- \text{ DM} - 112.382,23 \text{ DM} - 85.712,54 \text{ DM} =) 43.492,55 \text{ DM}$ übrig. Den so errechneten Betrag erkennt das Berufungsgericht der Klägerin deshalb nicht zu, weil ihr der Beweis für die von ihr behaupteten Zahlungen an die Subunternehmer nur hinsichtlich eines kleinen Betrages gelungen sei. Gegenüber dem danach verbleibenden Restbetrag sei ein Abzug von wenigstens 6.500,-- DM gemäß § 649 Satz 2 letzter Halbsatz BGB in Verbindung mit § 287 ZPO gerechtfertigt, so daß kein Anspruch der Klägerin mehr bestehe.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtsfehlerhaft. Sie beruhen auf einer Verkennung der Beweislast.

b) Die restliche Werklohnforderung der Klägerin errechnet sich zunächst nach dem unstreitig vereinbarten Werklohn (187.252,32 DM) abzüglich der vom Beklagten hierauf geleisteten Zahlung (85.712,78 DM) mit 101.539,78 DM. Auf diese restliche Werklohnforderung muß sich die Klägerin allerdings gemäß § 649 Satz 2 BGB ihre infolge der Kündigung ersparten Aufwendungen anrechnen lassen. Ihre ersparten Aufwendungen hat die Klägerin mit 58.047,23 DM beziffert (vgl. BU 3). Zur Erfüllung aller von ihr gegenüber dem Beklagten aus dem Vertrag vom 4./5. Februar 1985 geschuldeten Leistungen habe sie Subunternehmer eingesetzt, denen sie Vergütungen von 112.382,23 DM geschuldet habe. Von diesen Vergütungen habe sie selbst 54.335,-- DM an ihre Subunternehmer gezahlt, die restliche Vergütung von 58.047,23 DM habe die Klägerin unmittelbar an ihre Subunternehmer geleistet, so daß den Subunternehmern keine weiteren Ansprüche mehr gegen sie, die Klägerin, zuständen. Damit errechnet sich der restliche Vergütungsanspruch unter Einbeziehung der ersparten Aufwendungen mit $(101.539,78 \text{ DM} - 58.047,23 \text{ DM} =) 43.492,50 \text{ DM}$. Diese Berechnung sieht auch das Berufungsgericht als rechnerisch richtig an. Von diesem Betrag hat die Klägerin seit der Klagerhöhung im Berufungsrechtszug 40.054,94 DM nebst Zinsen eingeklagt.

c) Das Berufungsgericht meint nun, es sei Sache der Klägerin, darzulegen und zu beweisen, daß sie an ihre Subunternehmer 54.335,-- DM gezahlt habe. Das trifft nicht zu.

§ 649 Satz 2 Halbsatz 2 BGB ist zwar keine Einrede des Bestellers im Sinne eines Gegenrechts, sondern der Vergütungsanspruch besteht von vornherein nur abzüglich der Ersparnis (vgl. BGH BauR 1981, 198; Soergel in MünchKomm aaO § 649 Rdn. 12; Palandt, BGB, 51. Aufl. § 649 Rdn. 2). Hält der Besteller die vom Unternehmer erhobene Vergütungsforderung für übersetzt, weil er glaubt, der Unternehmer habe höhere Ersparnisse gehabt, als dieser auf die vereinbarte Vergütung angerechnet habe, so ist es jedoch seine, des Bestellers, Sache, dies darzutun und zu beweisen (vgl. BGH WM 1977, 1307, 1308 f.; RGZ 104, 93, 95; Soergel in MünchKomm aaO § 649 Rdn. 14; Palandt aaO § 649 Rdn. 5; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 2. Aufl. § 649 BGB Rdn. 1 m.w.N.).

Im Streitfall will der Beklagte höhere Einsparungen mit der Behauptung anspruchsmindernd berücksichtigt wissen, die Klägerin habe (unstreitig geschuldete) Zahlungen in Höhe von 54.335,-- DM an ihre Subunternehmer nicht oder teilweise nicht erbracht, sie habe also diesen Betrag ganz oder zum größten Teil eingespart. Dies nachzuweisen, ist Sache des Beklagten. Das Berufungsgericht kann schon wegen der Verken- nung der Beweislast keinen Bestand haben.

d) Im übrigen rügt die Revision mit Recht, daß das Be- rufungsgericht den nach seiner Rechnung noch verbleibenden Vergütungsanspruch von 6.187,79 DM daran hat scheitern las- sen, daß die Klägerin wegen der vorzeitigen Vertragsbeendi- gung innerbetriebliche Aufwendungen von mindestens 6.500,-- DM erspart habe. Auch insoweit liegt die Darle- gungs- und Beweislast beim Beklagten (vgl. Baumgärtel aaO

§ 649 BGB Rdn. 1 m.N.). Daß der Beklagte eine derartige Einsparung dargelegt, geschweige denn bewiesen hätte, ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen. Es kann jedenfalls nicht ohne nähere Darlegungen davon ausgegangen werden, daß ein Unternehmen ohne weiteres Ersparnisse im Personalbereich erzielt, wenn Aufträge ausfallen (vgl. BGH WM 1977, 1307, 1309). Das gilt insbesondere dann, wenn der Unternehmer, wie vorliegend die Klägerin, lediglich eine Angestellte beschäftigt. Beim Streit um die Höhe der Ersparnisse kann zwar eine Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO in Betracht kommen (vgl. Baumgärtel aaO § 649 BGB Rdn. 2 m.N.). Im Urteil sind dazu aber die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise anzugeben (BGHZ 6, 62, 63). Eine Schätzung ist unzulässig, wenn die festgestellten Umstände keine genügende Grundlage für eine Schätzung abgeben und diese daher mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (BGHZ 91, 243, 257; BGH NJW 1987, 909, 910; Zöllner, ZPO, 17. Aufl. § 287 Rdn. 4). Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß eine allgemeine Befugnis, zu einer Schätzung zu greifen, wenn die genaue Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, aus § 287 Abs. 2 ZPO nicht hergeleitet werden kann (vgl. Leipold in Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl. § 287 Rdn. 23).

II. Zu der vom Beklagten im Revisionsrechtszug aufgegriffenen Frage einer Verjährung der erst mit der Anschlußberufung geltend gemachten Teilforderung von 5.743,82 DM hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

Da noch tatsächliche Feststellungen zu treffen sind,
ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision überlassen bleibt.

Rogge

Maltzahn

Jestaedt

Broß

Melullis