# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 173/01

Verkündet am:
8. Juni 2004
Weschenfelder
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 273 a.F.

Ein Schuldner, der unberechtigt die Herausgabe einer Sache verweigert, verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn er sich gegenüber dem Herausgabeanspruch auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Gegenforderung beruft, die erst infolge seiner Herausgabeverweigerung durch Aufwendungen auf die Sache entstanden ist.

BGH, Urt. v. 8. Juni 2004 - X ZR 173/01 - OLG Stuttgart
LG Heilbronn

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, die Richterin Ambrosius und den Richter Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 2. August 2001 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Herausgabe seines Ackerschleppers Frastrac und auf Schadensersatz in Anspruch. Mit ihrer Widerklage verlangt die Beklagte Zahlung von Aufwendungen für Bergungsarbeiten und Folgekosten.

Der Kläger wurde am 21. Juni 1997 gegen 1 Uhr nachts auf der Bundesautobahn M. in Fahrtrichtung H. in einen Verkehrsunfall verwikkelt. Ein niederländischer LKW fuhr auf das Gespann des Klägers (Zugmaschine nebst einem mit Sojaschrot beladenen Anhänger) auf. Hierbei wurden die Fahrzeuge des Klägers schwer beschädigt. Infolge des Umstürzens des Anhängers wurde der größte Teil der Ladung (rund 11 Tonnen Sojaschrot) auf der Autobahn verstreut. Die Beklagte, die ein Bergungsunternehmen betreibt, übernahm die notwendige Reinigung der Autobahn und barg Schlepper und Anhänger. Hierfür stellte sie dem Kläger unter dem 7. Juli 1997 insgesamt 22.581,98 DM in Rechnung.

Der Kläger verweigerte Zahlung wegen Überhöhung der Rechnung. Er verlangt von der Beklagten Herausgabe der Zugmaschine sowie Ersatz von Finanzierungskosten in Höhe von 68.262,65 DM nebst Zinsen, weil er wegen unrechtmäßiger Zurückbehaltung des Frastrac ein Ersatzfahrzeug habe anschaffen müssen. Die Beklagte verweigerte zunächst Herausgabe der Zugmaschine wegen der Zahlungsverweigerung des Klägers. Sie hat sodann den Anspruch auf Herausgabe anerkannt und sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Abschlepp-, Bergungs- und Standkosten berufen.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilanerkenntnis- und Endurteil zur Herausgabe der Zugmaschine Zug um Zug gegen Zahlung der Bergungskosten und der Kosten für Entsorgung, Reinigung und Standentgelte in Höhe von 16.048,86 DM, weiterer Standentgelte von 19.313,14 DM bis zum 28. Juni 1999 und von 31,72 DM pro Tag ab dem 29. Juni 1999 sowie eines weiteren Betrages in Höhe von 1.179,90 DM für eine verauslagte Rechnung verurteilt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt, mit der er sein Klagebegehren in vollem Umfang weiterverfolgt hat. Die

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

Beklagte hat in der Berufungsinstanz Widerklage auf Zahlung der Vergütung Zug um Zug gegen Herausgabe der Zugmaschine erhoben und ferner die Feststellung begehrt, daß sich der Kläger im Annahmeverzug befinde. Das Berufungsgericht hat durch Versäumnisurteil vom 22. Februar 2001 die Berufung des Klägers zurückgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Der Einspruch des Klägers blieb ohne Erfolg.

Dagegen wendet sich der Kläger mit der Revision. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Klägers hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

1. a) Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Herausgabeverlangen des Klägers aus § 985 BGB könne die Beklagte ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) entgegenhalten. Der Beklagten stehe ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB a.F. zu. Sie sei zur Herausgabe des Schleppers nur Zug um Zug gegen Erfüllung ihrer aus dem Bergungsvertrag der Parteien folgenden Ansprüche verpflichtet. Am wirtschaftlichen Zusammenhang von Forderung und Gegenforderung (Konnexität) könne kein Zweifel bestehen, weil die Beklagte durch Ausführung der Bergungsarbeiten in Besitz des Schleppers gekommen sei. Im übrigen hat das Berufungsgericht auf die von ihm für zutreffend gehaltenen Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen.

b) Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

aa) Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß als Grundlage für eine Zurückbehaltung des Schleppers durch die Beklagte § 273 BGB a.F. in Betracht kommt, weil die nichterfüllten Zahlungsansprüche der Beklagten und der Herausgabeanspruch des Klägers nicht auf gegenseitigem Vertrag beruhen. Mit Recht ist es im Anschluß an die Erwägungen des Landgerichts auch davon ausgegangen, daß nach dieser Vorschrift die Verpflichtungen des Schuldners und sein Anspruch, wegen dessen Nichterfüllung er die von ihm geschuldete Leistung zurückbehalten will, aus "demselben rechtlichen Verhältnis" stammen müssen und dieser Begriff nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht erfordert, daß die sich gegenüberstehenden Ansprüche auf demselben Rechtsverhältnis beruhen. Vielmehr genügt es, wenn ihnen ein innerlich zusammenhängendes, einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt, wenn beide Ansprüche also aus Rechtsgeschäften hervorgegangen sind, die in einem solchen natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den der anderen Seite zustehenden geltend gemacht und durchgesetzt werden könnte (BGHZ 92, 194, 196; BGHZ 115, 99, 103 f.). Als besonderer Anwendungsfall des Verbots unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) darf das Zurückbehaltungsrecht nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden (BGH, Urt. v. 8.1.1990 - II ZR 115/89, NJW 1990, 1171, 1172 m.w.N.; BGHZ 91, 73, 83; BGH; Urt. v. 17.11.1999 - XII ZR 281/97, NJW 2000, 948, 949). Da es nur der Sicherung eigener Ansprüche dient, ist seine Ausübung unter anderem dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner wegen einer unverhältnismäßig geringen Forderung die gesamte Leistung zurückbehalten will (Palandt/Heinrichs, BGB,

61. Aufl., § 273 Rdn. 18. m.w.N.). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich auf der Grundlage der einzelnen Umstände, insbesondere aber der Höhe der Forderung zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.

bb) Diese Grundsätze haben die Instanzgerichte nicht beachtet. Bei der Prüfung des Gegenstandes und der Höhe des Zahlungsanspruchs der Beklagten hat das Landgericht nicht nur eine Konnexität zwischen dem Herausgabeanspruch des Klägers und dem Anspruch der Beklagten auf Zahlung der Bergungs- und Abschleppkosten laut Rechnung vom 22. Juli 1997 in der tatsächlich gerechtfertigten Höhe angenommen, sondern rechtsfehlerhaft auch alle nach der Verweigerung der Herausgabe des Schleppers durch die Beklagte entstandenen Kosten, vor allem die "Standgebühren", in der zuerkannten Höhe einbezogen. Das Landgericht ist von einer zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bestehenden Gegenforderung der Beklagten in Höhe von 36.541,90 DM (16.048,86 DM Abschleppkosten, Reinigung und "Standgebühren" laut Rechnung vom 7. Juli 1997, ferner 1.179,90 DM Gutachterkosten und 19.313,14 DM weitere Standgebühren) sowie täglichen Standkosten von 31,72 DM zzgl. Mehrwertsteuer ab 29. Juni 1999 ausgegangen. Es hat der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zuerkannt, weil "unabhängig von dem 1998 veranschlagten Restwertes des Frastrac von ca. 45.000 bis 75.000 DM ... auch wegen eines geringeren Betrages (der Gegenforderung) die Zurückbehaltung erfolgen" könne, "damit der Kläger einen Anreiz" habe, "das Fahrzeug schnellstmöglich auszulösen, zumal mittlerweile von einem erheblichen Wertverlust auszugehen" sei. Damit hat das Landgericht in seiner Bewertung nicht das zum Zeitpunkt des Herausgabeverlangens des Klägers und der Verweigerung der Herausgabe durch die Beklagte bestehende Verhältnis zwischen dem Herausgabeanspruch des Klägers und dem Vergütungsanspruch der Beklagten abgewogen, sondern fehlerhaft ein Wertverhältnis zugrunde gelegt, das zum maßgeblichen Zeitpunkt

der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts noch nicht bestand, wie die Revision mit Recht rügt (§ 286 ZPO).

c) Bereits aus diesem Grunde konnte das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Bei der erneuten Befassung mit der Sache wird das Berufungsgericht zunächst klären müssen, wann der Kläger erstmals Herausgabe verlangt hat und welche Forderung der Beklagten zu diesem Zeitpunkt welchem Wert der Gegenstände gegenüberstand, deren Herausgabe die Beklagte wegen ihrer Ansprüche verweigert hat. In diesem Zusammenhang wird es dem unter Beweis gestellten Vorbringen des Klägers nachgehen müssen, am 22. Juni 1997 habe er die Herausgabe des Fahrzeugs von der Beklagten verlangt, die Beklagte habe dessen Herausgabe bereits damals von der vorherigen Begleichung der vollen Kosten abhängig gemacht, obwohl der Restwert der Zugmaschine die berechtigte Kostenhöhe bei weitem überstiegen habe. Vor allem wird das Berufungsgericht bei seiner Würdigung berücksichtigen müssen, daß die Summe der Rechnung vom 7. Juli 1997, wie von beiden Instanzgerichten festgestellt, tatsächlich mit 28% beträchtlich überhöht war und daß nach der Behauptung des Klägers die bei dem Unfall beschädigte Zugmaschine in dessen landwirtschaftlichem Betrieb dringend benötigt wurde. Bei seiner Abwägung wird das Berufungsgericht davon ausgehen müssen, daß es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Im Rahmen der gebotenen Abwägung wird allerdings auch zu berücksichtigen sein, daß ein Zurückbehaltungsrecht auch dann gegeben sein kann, wenn der Wert der Forderung, wegen der die Herausgabe eines Gegenstandes verweigert wird, erheblich geringer ist als der Wert der herausverlangten Sache; denn das Recht auf Zurückbehaltung würde seinen vom Gesetzgeber verfolgten Zweck verlieren, auf den Schuldner Druck auszuüben, wenn es nur dann ausgeübt werden könnte, wenn das Wertverhältnis in etwa ausgeglichen ist. Sollte das Berufungsgericht, möglicherweise nach ergänzen-

dem Vortrag der Parteien und weiterer Beweisaufnahme, zu dem Ergebnis gelangen, daß zu dem maßgeblichen Zeitpunkt bereits kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten bestand, so konnte ein solches Recht auch nicht nachträglich wegen weiterer "Standgebühren" entstehen. Es mag bereits zweifelhaft sein, ob zwischen dem Herausgabeanspruch des Klägers und den "Standgebühren" ein Zusammenhang im Sinne des § 273 BGB a.F. besteht. Jedenfalls wäre es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn die Beklagte durch unberechtigte Verweigerung der Herausgabe eine Gegenforderung schaffen könnte, die sie zur Zurückbehaltung berechtigte.

2. Das Landgericht hat den mit Klageantrag zu 2 geltend gemachten Schadensersatzanspruch des Klägers, mit dem dieser Ersatz der Finanzierungskosten für eine neue Zugmaschine in Höhe von 68.262,50 DM verlangt hat, mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte sei berechtigt gewesen, das Fahrzeug zurückzubehalten. Das Berufungsgericht ist dem ohne Begründung gefolgt. Sollte sich erweisen, daß ein Zurückbehaltungsrecht zu dem maßgeblichen Zeitpunkt nicht bestand, wird der Schadensersatzanspruch des Klägers erneut zu prüfen sein.

3. a) Das Berufungsgericht hat der Beklagten einen Vergütungsanspruch auf Zahlung von 16.048,86 DM (Bergungskosten), von weiteren 1.179,90 DM (Gutachterkosten), 19.313,14 DM (weitere "Standgebühren" vom 7. Juli 1997 bis 28. Juni 1999) sowie kalendertägliche Standgebühren ab 29. Juni 1999 in Höhe von 31,72 DM/Tag zzgl. 16% Mehrwertsteuer, Zug um Zug gegen Herausgabe des Ackerschleppers aus Werkvertrag (§ 631 BGB a.F.) zuerkannt. Es hat angenommen, zwischen den Parteien sei an der Unfallstelle wirksam ein Werkvertrag zustande gekommen. Der Kläger sei bei der Auftragserteilung geschäftsfähig gewesen. Geschäftsunfähigkeit habe er nicht bewiesen. Jedenfalls

sei der Anspruch auf Aufwendungsersatz auch aus Geschäftsführung ohne Auftrag begründet (§§ 683, 670 BGB). Ein entgegenstehender Wille des Klägers sei nach § 679 BGB unbeachtlich. Da die Beklagte das Bergen und Abschleppen von Unfallfahrzeugen gewerblich betreibe, könne die Beklagte hierfür die übliche Vergütung beanspruchen.

Die hiergegen geführten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. Selbst wenn entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Geschäftsunfähigkeit des Klägers auszugehen wäre, änderte dies im Ergebnis nichts. Das Berufungsgericht hat jedenfalls zurecht einen Anspruch der Beklagten aus §§ 683, 670 BGB bejaht.

b) aa) Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs der Beklagten hat sich das Berufungsgericht die Feststellungen des Landgerichts zu eigen gemacht. Dieses hat sachverständig beraten bei der Ermittlung des üblichen Entgelts auf die Branchenüblichkeit abgestellt. Die Ortsüblichkeit der Leistung könne nicht ermittelt werden, weil es vom Standort der Beklagten gesehen im Umkreis von 10, 15 oder auch mehr Kilometern keine vergleichbaren Unternehmen gebe. Das Vorbringen des Klägers, der Unternehmer P. hätte die Bergung zu einem Drittel des Preises der Beklagten ausgeführt, hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang nicht als entscheidungserheblich angesehen.

bb) Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

Mit Recht rügt die Revision, der Sachverständige B. habe die angemessenen Kosten der Bergung auf der Grundlage einer sog. Preis- und Strukturumfrage ermittelt, die der Verband der Bergungs- und Abschleppunter-

nehmen e.V. durchgeführt habe. Bei der Würdigung dieses Beweisergebnisses habe das Berufungsgericht das unter Beweis gestellte Vorbringen des Klägers außer Acht gelassen, daß es in dem beschriebenen Umkreis der Beklagten zwei Unternehmen, die Fa. H. in S. und die Fa. P. in N. gebe, deren Geschäftstätigkeit mit der der Beklagten identisch sei und die den vorliegenden Bergungs- und Abschleppfall zu einem Preis von 5.000 - 6.000 DM abgewickelt hätten. Üblich sei dieser Preis.

Mangels Vereinbarung ist nach § 632 Abs. 2 BGB a.F. die übliche Vergütung zu zahlen. Üblich ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt. Vergleichsmaßstab sind Leistungen gleicher Art, gleicher Güte und gleichen Umfangs. Die Anerkennung der Üblichkeit setzt damit gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraus (BGH, Urt. v. 26.10.2000 - VII ZR 239/98, NJW 2001, 151, 152 m.w.N.; MünchKomm./ Soergel, BGB, 3. Aufl., § 632 Rdn.14). Die auf Grund von Abfragen durch einen Berufsverband ermittelte branchenübliche Vergütung entspricht nicht zwingend der ortsüblichen Vergütung. Der gerichtliche Sachverständige hat, wie seine Anhörung vor dem Landgericht und vor allem sein Beispiel der ortsüblichen Mieten deutlich machen, das Bestehen ortsüblicher Preise bei Bergungsunternehmen verneint, weil in vielen Fällen im Umkreis von 10, 15 oder mehr Kilometern keine vergleichbaren Unternehmen bestünden; er hat demnach nicht auf die konkreten örtlichen Verhältnisse abgestellt, sondern den allgemein branchenüblichen Preis seinen Ausführungen zugrunde gelegt. Die Instanzgerichte sind dem gefolgt, ohne den Vortrag des Klägers zu berücksichtigen, im Streitfall bestünden in unmittelbarer Umgebung der Beklagten zwei vergleichbare Unternehmen mit erheblich niedrigeren Preisen. Ermittlungen zum ortsübli-

chen Preis wird das Berufungsgericht nunmehr bei seiner erneuten Würdigung nachzuholen haben.

II. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht weiter folgendes zu beachten haben:

Das Berufungsgericht hat in der angefochtenen Entscheidung sein Versäumnisurteil vom 22. Februar 2001 aufrechterhalten. Den Erlaß des Versäumnisurteils hat es damit begründet, der Kläger sei säumig gewesen, weil er nach Kündigung des Mandats seines Prozeßbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht mehr ordnungsgemäß durch einen beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten gewesen sei.

Dies greift die Revision mit Recht als verfahrensfehlerhaft an.

Nach § 542 Abs. 1 ZPO a.F. ist die Berufung auf Antrag durch Versäumnisurteil zurückzuweisen, wenn der Berufungskläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint. Nach Abs. 3 gelten im übrigen die Vorschriften über das Versäumnisverfahren im ersten Rechtszug (§§ 330, 333 ZPO a.F.). Danach kann ein Versäumnisurteil gegen den Kläger ergehen, wenn dieser nicht erscheint oder nicht verhandelt. Verhandelt hat, wer sich zur Sache geäußert und Anträge gestellt hat. Die Stellung der Sachanträge ist regelmäßig als ein Verhandeln anzusehen, da in einem Sachantrag in aller Regel zugleich eine tatsächliche oder rechtliche Stellungnahme liegt (MünchKomm./Prütting, ZPO, 2. Aufl., § 333 Rdn. 7).

Dies war hier der Fall. Ausweislich des Sitzungsprotokolls ist bei Aufruf in der Berufungsverhandlung vom 15. Februar 2001 der Prozeßbevollmächtigte

des Klägers erschienen. Nach Erörterung des Sach- und Streitstandes wurden die Anträge gestellt. Das Gericht unterbreitete sodann einen Vergleichsvorschlag, der den Kläger veranlaßte, seinem Prozeßbevollmächtigten das Mandat zu entziehen und die Beiordnung eines Notanwalts zu beantragen. Da verhandelt worden ist, greift § 333 ZPO a.F. selbst dann nicht ein, wenn nach der Verhandlung die Vertretung niedergelegt oder die Fortsetzung der Verhandlung verweigert wird (Baumbach/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., § 333 Rdn. 4 f.). Hiervon abgesehen konnte das Erlöschen der Vollmacht gemäß § 87 Abs. 1 ZPO rechtliche Wirksamkeit erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts erlangen, so daß der Kläger auch nach der Kündigung des Mandatsvertrages durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war.

Melullis Jestaedt Scharen

Ambrosius Asendorf