

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 20/87

URTEIL

Verkündet am
14. Juni 1988
Meyer,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der D-Industriemontagen GmbH & Co. Stahl- und Rohrleitungsbau KG, gesetzlich vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma D-Industriemontagen GmbH, diese gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer Heinz K. und Walter De., Wi., O.-Er.,
2. der D-Industriemontagen GmbH, gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer Heinz K. und Walter De., Wi., O.-Er.,

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin als Abwicklerin der Kanzlei Dr. ,
-

gegen

die Kommanditgesellschaft C. & Co., gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Max Den., De.straße , R.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

WIII

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, von Albert, Dipl. Ing. Frhr. von Maltzahn und Dr. Jestaedt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. Januar 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Zahlung restlichen Werklohns in Anspruch.

Im Mai 1985 erhielt die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, von der Be [REDACTED] Stahlindustrie AG, einer Tochtergesellschaft der T [REDACTED] Industrie AG, einen Auftrag zur Fertigung zweier Getriebegehäuse. Die Beklagte zu 1 (nachfolgend: Beklagte) übertrug die dazu erforderlichen Bohrarbeiten, zu deren Durchführung sie selbst nicht in der Lage war, der Klägerin. Diese führte zunächst die Bohrarbeiten an einem Gehäuse aus.

- 3 -

Nach Beendigung dieser Arbeiten zeigten sich gewisse Mängel, die die Klägerin nicht völlig beseitigte. Dennoch nahm die T[REDACTED] Industrie AG, für die das Getriebe letztlich bestimmt war, das Werk ab. Die Beklagte bezahlte den ihr von der Klägerin dafür in Rechnung gestellten Werklohn.

Die Klägerin nahm dann die Bearbeitung des zweiten Gehäuses in Angriff. Noch vor deren Beendigung erhielt sie ein Fernschreiben der T[REDACTED] Industrie AG vom 5. August 1985 mit der Aufforderung, die Bohrarbeiten an dem Gehäuse sofort zu unterbrechen. Mit Fernschreiben vom gleichen Tage hob die T[REDACTED] Industrie AG diese Anweisung wieder auf und bat die Klägerin, die Arbeiten zügig fortzuführen. In der Folgezeit fanden zwischen der T[REDACTED] Industrie AG und der Klägerin weitere Gespräche über die Fertigstellung des zweiten Gehäuses statt. Am 9. August 1985 übersandte die T[REDACTED] Industrie AG der Klägerin ein Fernschreiben folgenden Inhalts:

"Vereinbarungsgemäß bestätigen wir Ihnen, daß wir im Falle einer erforderlichen Nacharbeit an den Getrieben Sie mit den damit verbundenen Kosten nicht belasten werden. Wir erwarten, daß die Auslieferung des zweiten Gehäuses heute gegen 13.00 Uhr reibungslos durchgeführt werden kann."

Die Klägerin lieferte daraufhin das zweite Gehäuse unmittelbar an die T[REDACTED] Industrie AG aus.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit Schreiben vom 19. August 1985 übersandte die Klägerin an die Beklagte eine Ablichtung des genannten Fernschreibens mit der Bitte um Regulierung der beigefügten Rechnung für die Arbeiten an dem zweiten Gehäuse über DM 26.476,50.

Mit Schreiben vom 3. September 1985 teilte die T [REDACTED] Industrie AG der Beklagten mit, sie könne die von dieser zwischenzeitlich erstellte Rechnung von DM 75.000 für beide Gehäuse nicht anerkennen. An beiden Getrieben seien erhebliche Mängel festgestellt worden, ohne deren Beseitigung sie nicht brauchbar seien. Da die Klägerin mit ihren Bohrwerken keine entsprechende Nacharbeit habe durchführen können, habe sie diese selbst mit einem Kostenaufwand von DM 25.520,78 vorgenommen. Um diesen Betrag sei die Rechnung der Beklagten zu kürzen.

Unter Hinweis auf dieses Schreiben teilte die Beklagte ihrerseits der Klägerin mit, daß sie den ihr für das zweite Getriebe in Rechnung gestellten Werklohn um den Betrag von DM 25.520,78 kürze.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Bezahlung ihrer Rechnung für das zweite Gehäuse. Sie hält die von der Beklagten vorgenommene Kürzung für unberechtigt. Der Inhalt des Fernschreibens der T [REDACTED] Industrie AG vom 9. August 1985 sei mit der Beklagten abgesprochen worden. Überdies sei der gesamte Auftrag zwischen ihr, der Klägerin, und der T [REDACTED] Industrie AG unmittelbar abgewickelt worden.

Die Beklagte hat vorgetragen, eine Vereinbarung des aus dem Fernschreiben vom 9. August 1985 ersichtlichen Inhalts sei nicht getroffen worden. Die Klägerin sei daher mit den Kosten für die Nacharbeiten zu belasten, da sie sich außerstande erklärt habe, die von ihr ausgeführten Bohrwerksarbeiten nachzubessern.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben, davon in Höhe von DM 988,72 (Differenzbetrag zwischen der Rechnungssumme der Klägerin und den von der T[REDACTED] Industrie AG in Rechnung gestellten Nachbesserungskosten) aufgrund Anerkenntnisses der Beklagten.

Das Oberlandesgericht hat der Beklagten gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt und die Berufung der Beklagten mit Ausnahme eines Teils der Zinsen zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Revision der Beklagten, mit der diese ihr Klageabweisungsbegehren, soweit der Klägerin mehr als DM 988,72 zugesprochen worden sind, weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe

Die Revision, die die Verletzung des prozessualen (§ 286 ZPO) und des sachlichen Rechts rügt, hat im Ergebnis Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Die der Beklagten gewährte Wiedereinsetzung ist im Revisionsverfahren als bindend hinzunehmen (BGH NJW 1982, 887).

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin der geltend gemachte Werklohnanspruch in voller Höhe zu. Soweit die Beklagten die Zahl der aufgewendeten Arbeitsstunden bestritten hätten, sei dies nicht ausreichend substantiiert geschehen. Die von ihnen erklärte Aufrechnung habe nicht zum Erlöschen der Klageforderung geführt. Denn im Hinblick auf die mit dem Fernschreiben vom 9. August 1985 bestätigte Vereinbarung zwischen der Be[REDACTED] Stahlindustrie AG und der Klägerin sei die Auftraggeberin der Beklagten gehindert, von dieser die Erstattung der Nachbesserungskosten zu verlangen. Schuld aber die Beklagte ihrer Auftraggeberin gegenüber nicht die Erstattung der Nachbesserungskosten, dann könne sie diese auch nicht von der Klägerin verlangen. Ihr seien weder Aufwendungen im Rahmen einer Nachbesserung entstanden, noch habe sie einen Schaden erlitten. Den von der Be[REDACTED] Stahlindustrie AG im Widerspruch zu der genannten Vereinbarung einbehaltenen Betrag könne die Beklagte im Hinblick auf diese Vereinbarung von ihrer Auftraggeberin verlangen, notfalls mit gerichtlicher Hilfe.

3. Ohne Erfolg wendet sich die Revision zunächst gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß Werklohnanspruch der Klägerin in der geltend gemachten Höhe entstanden und auch fällig ist.

a) Zu Unrecht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht von der Vernehmung des geladenen, aber nicht erschienenen Zeugen St[REDACTED] mit der Begründung Abstand genommen hat, das Bestreiten der von der Klägerin vorgelegten Arbeitsstundenaufstellung sei nicht substantiiert, sondern pauschal. Die Beklagte hat sich in der Berufungsbegründung darauf beschränkt, die Anzahl der von der Klägerin angesetzten Arbeitsstunden "vorsorglich" zu bestreiten. Nachdem die Klägerin im Verlauf des Berufungsverfahrens die Arbeitsstundenzettel vorgelegt hatte, hat die Beklagte sich hierzu nicht mehr geäußert. Die gegen das Vorgehen des Berufungsgerichts gerichtete Verfahrensrüge der Revision geht insoweit ins Leere.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang weiter geltend macht, die Beklagte habe die nach betriebsinternen Bedürfnissen gefertigten Aufzeichnungen der Klägerin nicht verstehen und infolgedessen auch keine Fehler aufdecken können, handelt es sich um neuen Sachvortrag, mit dem die Beklagte in der Revisionsinstanz nicht gehört werden kann.

b) Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte die Abnahme der Werkleistung der Klägerin bestritten und dieserhalb ausdrücklich ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht habe. Die Revision übersieht, daß die Beklagte sich wegen der Kürzung der Rechnung der Klägerin um die ihr, der Beklagten, durch die T[REDACTED] Industrie AG in Abzug gebrachten Nachbesserungskosten nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, sondern die Aufrechnung erklärt hat. In diesem

Sinne hat die Beklagte ihr Schreiben an die Klägerin noch in der ersten Instanz selbst verstanden.

Im übrigen hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, daß es auf die Frage der Abnahme des Werkes und damit auf die Fälligkeit der Werklohnforderung jedenfalls dann nicht mehr ankommt, wenn die Beteiligten - wie im vorliegenden Fall - eine Gesamtabrechnung anstreben (BGH NJW 1979, 549). Die Beklagte hat dem Werklohnanspruch der Klägerin den von ihr geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Nachbesserungskosten entgegengesetzt und mit diesem die Aufrechnung erklärt. Damit hat sie - zumindest stillschweigend - auf die Geltendmachung eines ihr möglicherweise zustehenden Zurückbehaltungsrechts verzichtet. Da die Klägerin ihrerseits nach der Ablieferung ihres Werkes noch vorhanden gewesene Mängel nicht mehr beseitigen kann, reduziert sich das Streitverhältnis zwischen den Parteien auf die Verrechnung der einander gegenüberstehenden Forderungen. Da somit eine Vorleistungspflicht der Klägerin praktisch entfallen ist, kommt es auf die Frage, ob die Abnahme der Werkleistung Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch der Klägerin ist, nicht mehr an (BGH NJW 1979, 549, 550 li.Sp.).

4. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen dieses die von der Beklagten gegen die Klageforderung erklärte Aufrechnung für nicht durchgreifend angesehen hat, sind jedoch nicht frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht hat insoweit lediglich ausgeführt, daß der Beklagten ein Gegenanspruch auf Erstattung von Nachbesserungskosten gemäß §§ 633 Abs. 3, 634, 635 BGB gegen die Klägerin deshalb nicht zustehe, weil die T. Industrie AG - handelnd für

ihre Tochtergesellschaft, die Be[REDACTED] Stahlindustrie AG - mit der Klägerin am 8. August 1985 vereinbart habe, diese solle mit eventuell anfallenden Nachbesserungskosten nicht belastet werden. Dem kann, wie nachfolgend (unter c) dargelegt wird, nicht gefolgt werden.

a) Das Berufungsgericht hat es offen gelassen, ob der Beklagten ein Erstattungsanspruch gegen die Klägerin überhaupt zugestanden hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 46, 242, 246 unter Hinweis auf BGH NJW 1966, 39, und Aufgabe von BGH BB 1961, 430) ist ein Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten nicht gegeben, wenn der Auftraggeber den Mangel selbst beheben läßt, ohne den Auftragnehmer zuvor unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert zu haben, und wenn die Voraussetzungen, unter denen es einer befristeten Aufforderung nicht bedarf, nicht vorliegen. Im angefochtenen Urteil findet sich keine Feststellung darüber, daß die Beklagte eine derartige Aufforderung an die Klägerin gerichtet hat. Die Beklagte hat zwar vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß die Klägerin sich zur Nachbesserung außerstande erklärt habe, doch ist die Klägerin dem - ebenfalls unter Beweisantritt - mit der Behauptung entgegengetreten, sie habe mehrmals darauf hingewiesen, daß sie selbstverständlich bereit und auch technisch in der Lage sei, etwaige Mängel in ihrem Hause selbst nachzubessern. Sollte der Beklagten der Nachweis der Richtigkeit ihres Vortrags nicht gelingen, so stünde ihr ein Erstattungsanspruch gegen die Klägerin schon mangels ordnungsgemäßer Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht zu. Die Voraussetzungen, unter denen es einer befristeten Aufforderung nicht bedarf, lägen dann nicht vor. Nach gefestigter

Rechtsprechung (BGH WM 1985, 287 m.w.Nachw.) ist die Aufforderung, innerhalb bestimmter Frist Mängel zu beseitigen, entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre, so vor allem, wenn der Auftraggeber seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert. Vorliegend wäre eine solche Aufforderung dann entbehrlich gewesen, wenn die Klägerin der Beklagten gegenüber erklärt haben sollte, zur Nachbesserung nicht in der Lage zu sein. Sollte sich das nicht nachweisen lassen, besteht kein Anhalt dafür, daß es nutzlos oder der Beklagten nicht zumutbar gewesen wäre, die Klägerin zur Nachbesserung aufzufordern, etwa weil die Klägerin ihrer Nachbesserungspflicht nicht in angemessener Zeit hätte nachkommen können. Das Berufungsgericht wird daher, bevor es sich mit Inhalt und Tragweite der Vereinbarung vom 8. August 1985 zwischen der T■■■■ Industrie AG und der Klägerin befaßt, der Frage nachzugehen und gegebenenfalls Beweis darüber zu erheben haben, ob ein Anspruch der Beklagten auf Erstattung von Nachbesserungskosten etwa schon daran scheitert, daß sie eine befristete Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht ausgesprochen hat.

Erst wenn das Berufungsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung und nach Durchführung der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung an die Klägerin entbehrlich war, der Beklagten mithin ein Anspruch auf Erstattung von Nachbesserungskosten gegen die Klägerin zustand, ist darüber zu befinden, welche Bedeutung der Vereinbarung zwischen der T■■■■ Industrie AG und der Klägerin vom 8. August 1985 in Bezug auf diesen Anspruch zukommt.

b) In diesem Zusammenhang rügt die Revision allerdings ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe es zu Unrecht als unstreitig angesehen, daß die T[REDACTED] Industrie AG - handelnd für ihre Tochtergesellschaft, die Auftraggeberin der Beklagten - gegenüber der Klägerin auf die Erstattung der Nachbesserungskosten für das zweite Gehäuse verzichtet habe. Zwar hat die Beklagte eine Vereinbarung dieses - durch das Fernschreiben der T[REDACTED] Industrie AG vom 9. August 1985 bestätigten - Inhalts in der Berufungsbegründung mit Nichtwissen bestritten, und sie hat dieserhalb nach Erlaß des Berufungsurteils einen entsprechenden Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt. Diesen Antrag hat das Berufungsgericht jedoch mit folgender Begründung zurückgewiesen: Die streitige Frage sei in der mündlichen Verhandlung angesprochen worden; dabei habe der Senat darauf hingewiesen, daß jedenfalls in der widerspruchsfreien Entgegennahme des Fernschreibens der Abschluß einer solchen Vereinbarung zu sehen sei; daraufhin habe die Beklagte sich darauf beschränkt darzulegen, die Vereinbarung zwischen der T[REDACTED] Industrie AG und der Klägerin enthalte eine Abmachung zu ihren, der Beklagten, Lasten; dagegen habe sie nicht mehr geltend gemacht, die Vereinbarung sei nicht getroffen worden.

Mit diesem Prozeßverhalten hat die Beklagte aber den entsprechenden Sachvortrag der Klägerin praktisch unstreitig gestellt, so daß sie nicht mehr auf ihr ursprüngliches Bestreiten zurückkommen kann.

c) Zu Recht rügt die Revision jedoch die Auslegung dieser Vereinbarung durch das Berufungsgericht. Danach wurde die Beklagte durch die Vereinbarung zwar insoweit

begünstigt, als sie Erstattungsansprüchen ihrer Auftraggeberin, der Be[REDACTED] Stahlindustrie AG, nicht mehr ausgesetzt sein sollte. Andererseits wurde die Beklagte aber zugleich in ihrer Rechtsstellung dadurch geschmälert, daß sie ihrerseits einen etwaigen Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB gegen die Klägerin verlieren sollte. Insoweit stellt sich die Vereinbarung vom 8. August 1985 als ein Vertrag zu Lasten Dritter dar. Dessen Wirksamkeit hängt davon ab, ob die Beklagte der Vereinbarung zugestimmt hat. Das ist zwischen den Parteien streitig und vom Berufungsgericht nicht geklärt worden, kann aber im Ergebnis offenbleiben. Denn auch wenn die Beklagte ihre Zustimmung dazu erteilt hätte, daß der Klägerin Nachbesserungskosten nicht angelastet werden sollten, so hat sie dies ersichtlich nur unter der - selbstverständlichen - Voraussetzung getan, daß auch die T[REDACTED] Industrie AG bzw. deren Tochtergesellschaft, die Be[REDACTED] Stahlindustrie AG, nicht ihrerseits derartige Kosten gegen sie geltend machen würden. Mit dem im Schreiben der T[REDACTED] Industrie AG vom 3. September 1985 gegenüber der Beklagten erklärten Rechnungseinbehalt ist jedoch diese Geschäftsgrundlage einer etwaigen Zustimmung der Beklagten zu der Vereinbarung weggefallen.

d) Da die Klägerin aus der mit der T[REDACTED] Industrie AG getroffenen Vereinbarung Rechte zu ihren Gunsten gegenüber der Beklagten herleitet, obliegt ihr die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß eine Inanspruchnahme der Beklagten durch die Be[REDACTED] Stahlindustrie tatsächlich nicht in Betracht kommt. Das hat das Berufungsgericht zwar angenommen. Das rechtfertigt es indessen nicht, die Beklagte auf die Möglichkeit zu verweisen, sich notfalls mit gerichtlicher

Hilfe bei der Be [REDACTED] Stahlindustrie AG schadlos zu halten, wie das Berufungsgericht weiter ausgeführt hat. Denn der Ausgang eines solchen Rechtsstreits wäre letztlich ungewiß, weil die in dem vorliegenden Rechtsstreit getroffenen Feststellungen und die daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen im Verhältnis zwischen der Beklagten und ihrer Auftraggeberin, der Be [REDACTED] Stahlindustrie AG, keine bindende Wirkung entfalten. Solange aber im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Be [REDACTED] Stahlindustrie AG nicht bindend feststeht, daß diese die Beklagte nicht auf Ersatz der Nachbesserungskosten in Anspruch nehmen kann, kann die mit der T [REDACTED] Industrie AG bzw. der Be [REDACTED] Stahlindustrie AG getroffene Vereinbarung den von der Beklagten aufrechnungsweise geltend gemachten Nachbesserungskosten billigerweise nicht entgegengehalten werden (§ 242 BGB). Sofern der Anspruch der Beklagten auf Ersatz der Nachbesserungskosten nicht schon an der fehlenden Fristsetzung scheitern sollte (siehe oben unter a), bleibt daher allenfalls die Möglichkeit, die Beklagte unter Vorbehalt, d.h. Zug um Zug gegen den von der Klägerin zu erbringenden Nachweis zu verurteilen, daß die Be [REDACTED] Stahlindustrie AG nicht berechtigt ist, die Werklohnrechnung der Beklagten um die Nachbesserungskosten zu kürzen. Diesen Nachweis müßte die Klägerin durch Vorlage einer dahingehenden rechtsverbindlichen Erklärung der Be [REDACTED] Stahlindustrie AG oder durch ein entsprechendes von ihr - der Klägerin - zu erwirkendes Feststellungsurteil erbringen. Eine solche Zug-um-Zug-Verurteilung ist ein Weniger gegenüber dem unbeschränkten Zahlungsanspruch der Klägerin, so daß § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO einer solchen Verurteilung nicht entgegensteht.

5. Das Berufungsgericht wird schließlich noch zu berücksichtigen haben, daß die Beklagte die Rechnung der Klägerin vom 2. August 1985 betreffend das erste von ihr bearbeitete Getriebegehäuse in voller Höhe und ohne Einschränkungen bezahlt hat. Damit könnte ihr eine Kürzung des Rechnungsbetrags wegen Nachbesserungskosten hinsichtlich dieses Gehäuses verwehrt sein. Aus der von der Beklagten vorgelegten "Zusatzkostenaufstellung" nebst Fehlermeldungen ist nicht erkennbar, wie sich die dort ausgewiesenen Mängelbeseitigungskosten auf die einzelnen Getriebegehäuse verteilen. Dieser Frage wird das Berufungsgericht nachzugehen und zu prüfen haben, ob die Beklagten gegebenenfalls Nachbesserungskosten nur hinsichtlich des zuletzt bearbeiteten zweiten Getriebegehäuses der Werklohnforderung der Klägerin entgegenhalten können.

6. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben. Der Rechtsstreit ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen ist.

Bruchhausen

Brodeßer

von Albert

Maltzahn

Jestaedt