BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 36/03

Verkündet am:
14. Juni 2005
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Ambrosius und die Richter Asendorf und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und seiner Streithelferin wird das am 13. März 2003 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der S. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Der Beklagte betreibt eine Tankstelle, die sich auf einem Grundstück befindet, das in ungeteilter Erbengemeinschaft in seinem und seiner Mutter Eigentum stand. Während des Prozesses hat die Mutter ihren Gemeinschaftsanteil auf den Beklagten übertragen. Die Rechtsvorgängerin der Schuldnerin, die S. T. und A. GmbH, die

mit der Schuldnerin verschmolzen worden ist, hat mit der Klage restlichen Werklohn in Höhe von 135.750,-- DM aus einem im Jahr 1997 geschlossenen Vertrag über die Sanierung der Tankstelle verlangt. Der Beklagte hat Mängel eingewendet, und zwar das Nichtfunktionieren von EPSi-Schnittstellenwandlern, und mit einem Schadensersatzanspruch über 87.538,-- DM die Aufrechnung erklärt. Das Landgericht hat - sachverständig beraten - der Klage in der Hauptsache stattgegeben; es hat gemeint, die Mängel seien im Bereich der bauseits (d.h. vom Beklagten) erstellten Zuleitung aufgetreten und nicht am Gewerk der Schuldnerin. Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt. Er hat während des Berufungsverfahrens eine neue Steueranlage installiert; seither läuft der Tankstellenbetrieb störungsfrei. Im Berufungsverfahren hat der Beklagte seine Aufrechnungsforderung auf 192.927,86 DM beziffert. Im August 2002 ist über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden; der Insolvenzverwalter hat das Verfahren aufgenommen. Die Berufungen des Beklagten und seiner Streithelferin sind erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren (unter Ermäßigung der hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Forderung um doppelt angesetzte Umsatzsteuer) weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

II. Das Berufungsgericht ist zum Ergebnis gekommen, daß sich der Beklagte der Bezahlung des restlichen Werklohns nicht mit der Begründung entziehen könne, ihm stehe ein Schadensersatzanspruch zu. Folge man dem Be-

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

klagten, so habe die Schuldnerin ein nur teilweise brauchbares Werk geliefert. Zwar komme in Betracht, daß der Kläger sich mit einer der Brauchbarkeit entsprechenden geringeren Vergütung begnügen müsse. Hierzu habe der Beklagte jedoch nicht ausreichend vorgetragen. Vorstellbar sei es zwar, wie bei einer Berechnung der Minderung zu verfahren; dazu sei aber nichts dargetan.

Der Anspruch des Klägers sei auch nicht durch Hilfsaufrechnung erloschen. Gegen deren Zulässigkeit beständen zwar trotz eines Aufrechnungsverbots in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Rechtsvorgängerin der Schuldnerin keine Bedenken, da das Aufrechnungsverbot infolge der Insolvenz zurücktrete. Der Beklagte habe jedoch keinen aufrechenbaren Anspruch. Geltend gemacht werden könne nur ein Schaden, der der Erbengemeinschaft entstanden sei. Der Beklagte mache aber keinen Schaden der Erbengemeinschaft geltend, sondern einen ihm persönlich entstandenen. Damit habe es während des Bestehens der Erbengemeinschaft schon an der Gegenseitigkeit der Forderungen gefehlt. Nach Übertragung des Erbanteils der Mutter beständen diesbezüglich allerdings keine Bedenken mehr. Jedoch sei der geltend gemachte Schaden während des Bestehens der Erbengemeinschaft entstanden. Der Beklagte könne einen solchen Schaden nicht ersetzt verlangen. Eine vertragsunabhängige Anspruchsgrundlage sei nicht ersichtlich.

Zudem sei der zur Aufrechnung gestellte Schaden nicht hinreichend substantiiert. Es sei nicht ersichtlich, daß es sich bei der Vorhaltung bzw. dem Einsatz zusätzlichen Personals auf Grund der mangelhaften Funktion um Mehrkosten handle; der Beklagte rechne schlicht den Personaleinsatz ab. Zu der Position "Abrechnung Techniker und Programmierer" fehle jeder Vortrag. Bezüglich des entgangenen Gewinns beschränke sich der Beklagte auf die Angabe des Betrags von 100,-- DM je Stunde. Tatsachen, die diese Angabe stützten, nenne er nicht. Es sei auch nicht berücksichtigt, daß ein Teil der Kunden offenbar ge-

wartet habe und nicht zu einer anderen Tankstelle gefahren sei. Der Gewinn wäre nur entgangen, wenn alle Kunden bei einer Störung weggefahren wären. Kosten für eine neue Tankstellensteuerung könnten deshalb nicht verlangt werden, weil es an Fristsetzung und Ablehnungsandrohung fehle; die Fristsetzung sei nicht entbehrlich gewesen, weil die Beseitigung der Mängel nicht ernsthaft und endgültig verweigert worden sei. Auch sei nicht ersichtlich, daß sich die Schuldnerin in Verzug befunden habe.

III. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Das Berufungsgericht hat die Klageforderung als aus § 631 BGB begründet angesehen. Dies setzt voraus, daß der Besteller das Werk abgenommen hat (§§ 640, 641 BGB a.F.). Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Jedoch ergibt sich aus dem von ihm in Bezug genommenen Landgerichtsurteil, daß am 30. Juni 1998 eine Abnahmeerklärung unterzeichnet worden ist. Damit ist mit den Vorinstanzen insoweit von einer Fälligkeit des Restwerklohnanspruchs des Klägers auszugehen.

2. Da es das Berufungsgericht offengelassen hat, ob die Schuldnerin ein nur teilweise brauchbares Werk geliefert hat, ist das Vorhandensein von Mängeln der Anlage für das Revisionsverfahren zu unterstellen. Dem Beklagten stand in diesem Fall zunächst ein Nachbesserungsanspruch nach § 633 BGB a.F. zu; eine Nachbesserung wurde jedoch verweigert. Daraus konnte sich ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Restwerklohnforderung ergeben (§ 273 Abs. 1, § 320 BGB; nachfolgend unter 3.). Dieses schließt derzeit die Durchsetzung der Forderung aus. Dem stand nicht entgegen, daß sich die Werklohnforderung nicht gegen den Beklagten, sondern gegen die Erbengemeinschaft richtete, weil der Beklagte den weiteren Anteil vor dem Schluß der mündlichen Ver-

handlung erworben hat. Auf die von den Parteien problematisierte Frage, ob der Beklagte gegen die Restwerklohnforderung aufrechnen konnte, kommt es deshalb für das Revisionsverfahren nicht an.

3. a) Die Revision vertritt die Ansicht, der Anspruch, der dem Besteller gegen den Unternehmer wegen schuldhafter Verletzung der Nachbesserungspflicht zustehe, könne insbesondere dazu führen, daß der Unternehmer den Besteller ganz oder teilweise nicht auf Zahlung des Werklohns in Anspruch nehmen könne. Der Besteller könne das mangelhafte Werk behalten und die ihm durch die mangelhafte Erfüllung entstandenen Schäden ersetzt verlangen. Diese könnten sowohl im verbleibenden Minderwert als auch in den Kosten der Mängelbeseitigung liegen. Das entspreche auch der Auffassung des Berufungsgerichts. Hierzu habe der Unternehmer nicht in Verzug gesetzt werden müssen. Die Erklärungen der Schuldnerin könnten in Zusammenhang mit der Weigerung der Rechtsvorgängerin der Streithelferin des Klägers (Sch.), weitere Nachbesserungsarbeiten auszuführen, nur dahin interpretiert werden, daß solche verweigert würden. Dies lasse das Berufungsgericht außer Betracht, wenn es eine Erfüllungsverweigerung verneine.

b) Mit der Frage der Erfüllungsverweigerung hat sich das Berufungsgericht nur mit der formelhaften Wendung auseinandergesetzt, eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung habe nicht vorgelegen. Dies stellt eine ausreichende Begründung nicht dar (§ 547 Nr. 6 ZPO; vgl. BGHZ 39, 333). Von daher ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß eine Erfüllungsverweigerung auf der Klägerseite vorgelegen hat; die Würdigung des von der Revisionserwiderung angezogenen Schreibens der Schuldnerin vom 7. April 1998 ist dem Tatrichter vorbehalten. Auf dieser Grundlage sind jedenfalls nach § 634 Abs. 2 BGB a.F. die Voraussetzungen für Gewährleistungsansprüche des Beklagten gegeben, die über § 635 BGB a.F. auch Schadensersatzansprüche

des Beklagten zu begründen geeignet waren. Der Schadensersatzanspruch war, soweit er hier in Betracht kam, auf Geldentschädigung gerichtet und erfaßte den in der Mangelhaftigkeit des Werks liegenden Schaden, und zwar jedenfalls in Höhe der Mängelbeseitigungskosten (vgl. BGHZ 99, 81, 84 f.), die der Beklagte mit 14.156,86 DM beziffert hat. Die weiteren vom Beklagten im Revisionsverfahren geltend gemachten Positionen (Personalkosten, die jetzt noch mit 76.110,-- DM beziffert werden sowie Gewinnausfall in Höhe von 35.032,-- DM) kommen jedenfalls als Mangelfolgeschäden in Betracht, die der Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte (vgl. u.a. BGHZ 51, 91, 96) oder der Drittschadensliquidation (vgl. u.a. BGHZ 40, 91, 100) möglicherweise ersetzt verlangen kann. Auch wenn die bezifferten Gegenforderungen des Beklagten damit hinter der dem Betrag nach unstreitigen Restforderung des Klägers zurückbleiben, steht dies einem Zurückbehaltungsrecht in Höhe der gesamten Restforderung des Klägers nicht entgegen. Zudem kann eine Schadensberechnung möglicherweise auch dahin erfolgen, daß die gesamte Restforderung der Klägerin als Schaden anzusehen ist; dies wird das Berufungsgericht bei seiner erneuten Befassung erforderlichenfalls zu prüfen haben.

c) Die demnach in Betracht kommenden Gegenansprüche kann der Beklagte im Weg des Zurückbehaltungsrechts der Klageforderung entgegensetzen; dies scheitert insbesondere nicht an fehlender Konnexität der Forderungen. So erfordert das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB nur, daß der Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis begründet ist, auf dem die Verpflichtung des Gläubigers beruht. Das gilt auch, wenn die Gegenforderung dem Schuldner nicht allein, sondern gesamthänderisch mit Dritten zusteht. So hat der Bundesgerichtshof entschieden (BGHZ 38, 122, 125), die Bestimmung des § 273 BGB setze zwar nach ihrem Wortlaut voraus, daß der zurückbehaltende Schuldner selbst zugleich Gläubiger des Gegenanspruchs

sei; die Gegenseitigkeitsvoraussetzung werde jedoch beim Zurückbehaltungsrecht weniger streng als bei der Aufrechnung verstanden und auch dann bejaht, wenn die Gegenforderung dem Zurückbehaltenden nur gemeinschaftlich mit anderen (gesamthänderisch mit anderen Miterben) zusteht (vgl. auch BGHZ 5, 173, 176; BGH, Urt. v. 17.5.1988 - IX ZR 5/87, BGHR BGB § 273 Abs. 1 - Gegenseitigkeit 1; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 273 Rdn. 6; MünchKomm/Krüger, 4. Aufl., § 273 BGB Rdn. 9 und Bd. 2a, § 273 BGB Rdn. 75 f.).

4. Im Ergebnis begründet ist die Revision weiter mit der Rüge, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts habe der Beklagte seinen Schaden schlüssig dargelegt. Das Berufungsgericht hat insoweit den Vortrag des Beklagten nicht umfassend in Betracht gezogen. Das betrifft jedenfalls den behaupteten erhöhten Personaleinsatz wegen des "Autarkbetriebs", d.h. der wegen des - zeitweiligen - Ausfalls der Elektronik erforderlichen Erledigung bestimmter Funktionen durch menschliche Tätigkeit. Das Berufungsgericht hat insoweit gemeint, der Beklagte rechne "schlicht die Personalkosten" ab. Daß zusätzliches Personal eingesetzt werden mußte, hat der Beklagte aber, wie die Revision zu Recht rügt, in seinem Schriftsatz vom 17. Juli 2002 (Bl. 450 - nicht 451, wie gerügt - d.A. unter a) geltend gemacht. Mit diesem Vortrag hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Wenn die Revisionserwiderung dagegen vorbringt, es habe an Beweisantritten des Beklagten gefehlt, so läßt sie außer Betracht, daß Feststellungen zur Beweisbedürftigkeit dieses Vortrags nicht getroffen sind. Die Folgerung des Berufungsgerichts, daß die Mehrkosten insgesamt unsubstantiiert seien, entbehrt damit insoweit der tragfähigen Grundlage.

Die Rüge ist zudem hinsichtlich des behaupteten entgangenen Gewinns begründet; mit dem Verlangen der Darlegung, welche Kunden weggefahren seien, hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die Substantiierung überzogen.

IV. Im neu eröffneten Berufungsrechtszug wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, wieweit ein ersatzpflichtiger Schaden in der Belastung mit der Restwerklohnforderung insgesamt liegt. Es wird sich erforderlichenfalls weiter mit den Fragen zu befassen haben, wieweit die Gegenforderungen des Beklagten wegen der von dritter Seite durchgeführten Mangelbeseitigung und wegen der Mangelfolgeschäden begründet sind.

Melullis Keukenschrijver Ambrosius

Asendorf Kirchhoff