



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

X ZR 46/01

Verkündet am:  
21. September 2004  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2004 durch den Richter Scharen als Vorsitzenden, den Richter Keukenschrijver, die Richterinnen Ambrosius und Mühlens und den Richter Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 24. Januar 2001 verkündete Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte beabsichtigte Ende 1993, in ihrem Betrieb in M. eine Düngemittelabfüllanlage zu errichten, die zum Teil aus bereits bei ihr vor-

handenen, zum Teil aus noch zu erwerbenden Anlageteilen (Förderer, Becherwerke) zusammengebaut werden sollte. Die Gemeinschuldnerin, deren Konkursverwalter der Kläger ist, führte an der Anlage Ende 1993 bis Anfang 1994 Montagearbeiten durch, über deren Bezahlung die Parteien streiten.

Am 23. November 1993 fand in R. in den Geschäftsräumen der Beklagten ein Gespräch statt, an dem unter anderem der Geschäftsführer S. der Beklagten und Herr L. von der Gemeinschuldnerin teilnahmen. Die Parteien streiten darüber, ob bei dieser Gelegenheit die Gemeinschuldnerin beauftragt wurde, zur Errichtung der Anlage Arbeiten auszuführen.

Kurze Zeit später erhielt die Firma A. GmbH in O. (im folgenden: A. ) von der Beklagten den Auftrag, zwei Pendelbecherwerke und einen Trogkettenförderer zu liefern. In der Auftragsbestätigung vom 2. Dezember 1993 heißt es unter anderem, daß die Montage und Inbetriebnahme der Anlage durch den Kundendienst der A. erfolge.

Während der Montagearbeiten nahm die Beklagte der Gemeinschuldnerin gegenüber den Standpunkt ein, diese sei Subunternehmerin der A. . Daraufhin teilte die Gemeinschuldnerin der Beklagten mit, daß sie weitere Montagearbeiten ohne vorherige Zahlung ausstehender Beträge ablehne. Die Beklagte forderte die Gemeinschuldnerin am 9. März 1994 unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zur Fortsetzung der Arbeiten auf, anderenfalls sie ein anderes Unternehmen mit der Beseitigung von Mängeln beauftragen werde. Dieser Aufforderung kam die Gemeinschuldnerin nicht nach. Die Arbeiten wurden sodann durch ein Drittunternehmen erledigt.

Die Beklagte hat in einem Rechtsstreit gegen A. 10 O 228/94 Landgericht Osnabrück = 1 U 192/96 Oberlandesgericht Oldenburg (Urteil veröffentlicht in NJW 1998, 3197 ff.) = VIII ZR 220/97 Bundesgerichtshof mit Erfolg Rückzahlung des Kaufpreises verlangt. In diesem Rechtsstreit wurde im übrigen aufgrund der Aussagen der Teilnehmer des Gesprächs vom 23. November 1993 als Zeugen entgegen der Aussage des Zeugen S. festgestellt, daß die Montage nicht Gegenstand des Vertrages der Beklagten mit A. gewesen sei und von dieser auch nicht in Rechnung gestellt worden sei.

In dem Verfahren 4 O 496/94 Landgericht Bochum = 12 U 87/95 Oberlandesgericht Hamm ist die Beklagte wegen der von dritter Seite durchgeführten Elektroarbeiten zur Zahlung von Werklohn an den Dritten verurteilt worden. Auch in diesem Verfahren hat die Beklagte bestritten, an denjenigen einen Auftrag vergeben zu haben, der diese Arbeiten tatsächlich ausführte.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Zahlung von Restvergütung, die er auf 149.400,35 DM beziffert hat. Die Beklagte hat bestritten, der Gemeinschuldnerin einen Auftrag zur Montage der von A. gelieferten Anlageteile erteilt zu haben, die Gemeinschuldnerin sei als Subunternehmerin der A. tätig geworden. Im übrigen hat die Beklagte Mängel geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Werklohnforderung nur in Höhe von 93.857,23 DM für begründet angesehen und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Klageabweisung. Der Kläger tritt dem entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger als Konkursverwalter könne Werklohn verlangen, weil es aufgrund näher bezeichneter Umstände überzeugt gewesen ist, daß die Beklagte der Gemeinschuldnerin am 23. November 1993 den von dem Erwerb der Anlagenteile von A. abhängigen, ansonsten aber verbindlichen Auftrag erteilt habe, für sie die streitigen Montagearbeiten auszuführen

Die gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts von der Beklagten erhobenen Verfahrensrügen (§ 286 ZPO) hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

2. Das Berufungsgericht hat weiter gemeint, die Beklagte könne sich nicht auf teilweise Nichterfüllung bzw. auf die von ihr im einzelnen vorgetragene Mängel der Montagearbeiten berufen, weil die Gemeinschuldnerin jedenfalls im Hinblick auf die Vertragsuntreue der Beklagten nicht zu weiteren Erfül-

lungsleistungen oder zur Nachbesserung etwaiger Mängel verpflichtet gewesen sei. Es sei schon zweifelhaft, ob überhaupt sämtliche vorgetragene Beanstandungen als Fehler im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung (a.F.) anzusehen seien. Jedenfalls könne sich die Beklagte gemäß § 242 BGB deshalb nicht auf etwaige Mängel der Montagearbeiten berufen, weil sie zur fraglichen Zeit definitiv ihre eigene vertragliche Verpflichtung zur Zahlung von Werklohn geleugnet habe und ihr deshalb eine positive Vertragsverletzung zur Last falle. Außerdem habe sie das von der Gemeinschuldnerin erstellte Werk behalten und benutzt.

3. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte hat nicht nur den Standpunkt eingenommen, die Montagearbeiten seien Gegenstand des Vertrages zwischen A. und der Beklagten, die Gemeinschuldnerin habe als Subunternehmerin der A. gehandelt. Sie hat vielmehr auch unter Angabe einzelner Fehler bei der Montage geltend gemacht, die Montagearbeiten seien derart mangelhaft durchgeführt worden, daß sie, die Beklagte, hierfür nichts schulde. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt. Das Berufungsgericht hat sich in tatsächlicher Hinsicht nur mit der Frage befaßt, ob die Gemeinschuldnerin die Arbeiten im Auftrag der Beklagten erbracht hat. Diese Frage hat es bejaht und eine positive Vertragsverletzung darin gesehen, daß die Beklagte das Bestehen eines Vertrages zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin in Abrede gestellt habe. Diese positive Vertragsverletzung der Beklagten habe es der Gemeinschuldnerin unzumutbar gemacht, irgendwelche weiteren Leistungen einschließlich der Nachbesserung gegenüber der Beklagten zu erbringen. Sollte sich die Behauptung der Beklagten als richtig erweisen, daß das von der Gemeinschuldnerin zu erbringende Werk in grober Weise mangelhaft war und deshalb ein Werklohnanspruch der

Gemeinschuldnerin nicht besteht, dann durfte die Beklagte, ohne gegen vertragliche Pflichten zu verstoßen, aus diesem Grunde die Vergütung verweigern, zumal die Gemeinschuldnerin als Werkunternehmerin grundsätzlich vorleistungspflichtig war.

4. Das Berufungsurteil kann mithin keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht wird zu klären haben, ob die von der Beklagten behaupteten Mängel der Werkleistung der Gemeinschuldnerin vorgelegen haben und - bejahendenfalls -, ob deshalb ein vertraglicher Vergütungsanspruch entfallen ist.

Scharen

Keukenschrijver

Ambrosius

Mühlens

Asendorf