



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 117/03

Verkündet am:  
22. September 2005  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

InsO § 95 Abs. 1 Satz 3

§ 95 Abs. 1 Satz 3 InsO schließt die Aufrechnung des Insolvenzgläubigers mit einem während des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Schadensersatzanspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gegen den vorher fällig gewordenen Werklohnanspruch des Insolvenzschuldners nicht aus.

BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 117/03 - OLG Nürnberg

LG Weiden

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 25. März 2003 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Aufrechnung der Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 30.425,00 € zuzüglich Umsatzsteuer versagt hat.

Insoweit wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der B. KG, verlangt restlichen Werklohn. Die Beklagte verlangt widerklagend die Herausgabe einer zur Sicherung des Werklohnanspruchs übergebenen Bürgschaft.

Die B. KG hatte als Subunternehmerin der Beklagten Sonnenschutzlamellen an einer Fassade anzubringen. Die VOB/B ist vereinbart. Während der

Bauausführung ergaben sich Unstimmigkeiten wegen Verzögerungen sowie der damit zusammenhängenden Frage, welche Vorleistungen die Beklagte zu erbringen habe. Schließlich kündigte die Beklagte aus wichtigem Grund mit Schreiben vom 3. August 2000 und ließ die restlichen Arbeiten durch ein anderes Unternehmen fertig stellen.

Mit Rechnungen Nr. 44660 und 44661 vom 25. August 2000 erteilte die B. KG Schlussrechnung. Anfang Februar 2001 ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

Die Beklagte stellt insbesondere die Fälligkeit der Forderung in Frage und rechnet hilfsweise mit Gegenforderungen auf, unter anderem mit einem Schadensersatzanspruch wegen falsch gelieferter Elektromotoren und wegen zusätzlicher Kosten aus der Fertigstellung des Werkes. Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte weiter hilfsweise 30.425,00 € zuzüglich Umsatzsteuer zur Aufrechnung gestellt. In dieser Höhe macht sie Mangelbeseitigungskosten geltend, weil nach ihrer Darstellung zur Jahreswende 2001/2002, also nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in erheblichem Umfang erneut Lamellen abgestürzt seien. Der Kläger hat mit Schreiben vom 28. Januar 2002 abgelehnt, den Mangel zu beheben.

Das Landgericht hat die Klage mangels prüfbarer Schlussrechnung als derzeit unbegründet und die Widerklage ohne Einschränkung abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 55.876,44 € verurteilt und im übrigen die Berufungen beider Seiten zurückgewiesen. Der Senat hat die Revision der Beklagten zugelassen, mit der weiterhin die Abweisung der Klage sowie widerklagend die Herausgabe der Bürgschaft verfolgt wird.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat teilweise Erfolg.

Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

1. Das Berufungsgericht hält die Forderung des Klägers überwiegend für begründet. Die beiden Rechnungen vom 25. August 2000 seien als Schlussrechnung anzusehen. Diese sei prüfbar und überwiegend auch richtig. Mit Vorlage der Schlussrechnung sei der geltend gemachte Anspruch fällig. Wegen der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses habe es keiner Abnahme des unfertigen Werkes bedurft.

2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

a) Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die beiden Rechnungen vom 25. August 2000 über erbrachte und über nicht erbrachte Leistungen zusammen als Schlussrechnung anzusehen sind und dass unter dem Gesichtspunkt der Prüfbarkeit rechtliche Bedenken nicht bestehen.

Soweit die Revision hinsichtlich der Richtigkeit der Schlussrechnung den Ansatz von 12 Ersatzlamellen (Rechnung Nr. 44660 Positionen 9 und 10) als Doppelberechnung beanstandet, sind revisionsrechtlich erhebliche Fehler nicht zu erkennen. Das Berufungsgericht hat den unterbreiteten Sachverhalt ohne Rechtsfehler dahin gewürdigt, dass die Beklagte mit der Kostenübernahmeer-

klärung den Streit darüber beilegen wollte, wer die Kosten zu tragen habe. Rechtsfehlerfrei ist auch die Würdigung, die Kostenübernahme sei nicht durch widerrechtliche Drohung bewirkt worden.

b) Die vom Berufungsgericht angenommene Fälligkeit der Forderung ohne Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Die Auffassung, bei vorzeitiger Beendigung eines Vertrages sei eine Abnahme nicht erforderlich, bedarf mit Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Senats (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244) der Überprüfung. Diese ist jedoch hier nicht erforderlich, weil es auf die Abnahme als Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht ankommt.

Aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich, dass sie weder die Fertigstellung des Werks noch eine Beseitigung von Mängeln der erbrachten Leistung fordert, sondern nur noch Schadensersatz. Wenn der Auftragnehmer nicht mehr Erfüllung, sondern nur noch Schadensersatz verlangt, ist der Werklohn auch ohne Abnahme fällig und es findet eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 - VII ZR 315/01, BauR 2003, 88 = ZfBR 2003, 140; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399 = ZfBR 2002, 676; Urteil vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

## II.

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger einen Anspruch auf Vergütung auch der nicht erbrachten Leistungen.

Die Kündigung der Beklagten vom 3. August 2002 sei eine ordentliche Kündigung. Die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem Grund lägen nicht vor. Die B. KG sei nicht in Verzug geraten. Die Beklagte habe die Montage bestimmter Komponenten der Fassade (so genannte Eckschwerter) vor Beginn der Arbeiten der B. KG zugesagt. Die Beklagte habe diese Mitwirkung unterlassen. Ob die B. KG theoretisch auch ohne diese Komponenten hätte beginnen können, könne dahinstehen. Der von der Beklagten dazu angebotene Beweis durch Sachverständigengutachten habe nicht erhoben zu werden brauchen. Die Erschwernis aus einer Leistung ohne die zugesagten Vorarbeiten der Beklagten habe die B. KG nicht hinnehmen müssen.

Der Kläger habe zu seinem Anspruch hinreichend dargetan, welche Ersparnisse er sich auf die vereinbarte Vergütung anrechnen lasse. Die Beklagte habe demgegenüber keine höheren Einsparungen vorgetragen und nachgewiesen.

Ein Nachlass von 8 %, wie er für weitere Leistungen vereinbart worden sei, sei für die Steuerung der Lamellen und die Verdrahtung der Steuerung nicht vorgesehen worden.

2. Die hiergegen gerichteten Rügen von Verfahrensmängeln hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu geringe Anforderungen an die Darlegungslast des Klägers hinsichtlich der ersparten Aufwendungen gestellt. Die Ausführungen der Revision hierzu betreffen nicht die Genauigkeit der Darlegungen des Klägers, sondern deren Richtigkeit. Dazu hätte die Beklagte vor dem Tatrichter vortragen müssen, was im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden kann.

Soweit die Revision hinsichtlich des Nachlasses von 8 % eine unrichtige Auslegung der maßgeblichen Vereinbarungen beanstandet, zeigt sie keine revisionsrechtlich erheblichen Fehler der tatrichterlichen Auslegung auf.

### III.

1. Die zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche wegen zusätzlicher Kosten in Höhe von 11.041,46 DM (Elektromotoren) und 50.704,21 DM (Drittunternehmen) stehen der Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu. Sie habe nicht vorgetragen, vergeblich zur Lieferung vertragsgemäßer Elektromotoren aufgefordert zu haben. Das sei durch die Kündigung des Vertrages nicht entbehrlich geworden, weil die Kündigung das Nachbesserungsrecht nicht berührt habe. Ferner komme ein Ersatz von Mehrkosten aus der Vergabe der restlichen Arbeiten an eine Drittfirma nicht in Betracht, nachdem die B. KG aus den im Zusammenhang der Kündigung dargelegten Gründen nicht in Verzug geraten sei.

2. Dagegen wendet sich die Revision vergeblich. Die ihren Ausführungen zugrunde liegende Auffassung, die Beklagte habe aus wichtigem Grund außerordentlich kündigen können, ist, wie oben ausgeführt, unzutreffend.

### IV.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die im Berufungsverfahren weiter hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 30.425,00 € zuzüglich Umsatzsteuer im Zusammenhang mit den zur Jahreswende 2001/2002 abgestürzten Lamellen sei unzulässig. Im Schadenszeit-

punkt sei das Insolvenzverfahren bereits eröffnet gewesen. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz könne allenfalls im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden.

2. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht lässt offen, ob die Beklagte wegen dieser Lamellen einen Gegenanspruch hat. Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die behaupteten Mängel vorliegen und der Beklagten der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch zusteht. Die Schadensersatzforderung ist erst während des Insolvenzverfahrens fällig geworden. Gleichwohl kann die Beklagte mit dieser Gegenforderung aufrechnen.

§ 95 Abs. 1 Satz 3 InsO steht dem nicht entgegen. Nach dem Wortlaut dieser Regelung ist die Aufrechnung allerdings ausgeschlossen, wenn die Werklohnforderung vor der Schadensersatzforderung fällig geworden ist, wovon in der Revision auszugehen ist. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO ist jedoch nach seinem Sinn und Zweck nicht anzuwenden, wenn der Insolvenzverwalter Werklohn für mangelhafte Leistungen verlangt und der Besteller mit dem nach den Mängelbeseitigungskosten berechneten Schadensersatzanspruch aufrechnet. § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO bezweckt, die Aufrechnung auszuschließen, wenn ein Gläubiger eine fällige und durchsetzbare Forderung nicht bezahlt, sondern die Erfüllung hinauszögert und es infolgedessen später zum Eintritt einer Aufrechnungslage kommt (vgl. BT-Drucksache 12/2443, S. 141). Die Norm will mithin verhindern, dass der Insolvenzgläubiger mit der Erfüllung seiner Schuld so lange zuwartet, bis er mit einer Gegenforderung aufrechnen kann (Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 95 Rdn. 20 m.w.N.). Dieser Gesetzeszweck erfordert die Anwendung des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht, wenn die Werklohnforderung des Insolvenzschuldners zwar vor der Schadensersatzforderung fällig ist, dieser sie indes

wegen eines auf Mängeln gegründeten Leistungsverweigerungsrechts des Gläubigers (§ 320 BGB) nicht hätte durchsetzen können. Es ist kein Grund ersichtlich und würde zu unangemessenen Ergebnissen führen, den Gläubiger auf die Insolvenzforderung zu verweisen, wenn er eine zwar fällige, aber mit einem Leistungsverweigerungsrecht belastete Forderung nicht umgehend begleicht.

a) Bereits unter Geltung der Konkursordnung hat die Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass es nicht interessengerecht wäre, den Gläubiger auf die Konkursquote zu verweisen, wenn er gegenüber dem Werklohnanspruch mit einer Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung aufrechnet (BGH, Urteil vom 5. Mai 1977 - VII ZR 85/76, BGHZ 68, 379 ff.). Die Masse wird letztlich nicht geschmälert, wenn dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet ist, diesen Anspruch mit dem Werklohnanspruch aufzurechnen (aaO S. 383). Das auf diese Weise erzielte Ergebnis berücksichtigt sowohl die Interessen der Gläubiger-gesamtheit als auch die berechtigten Belange des durch die Konkurseröffnung geschädigten Vertragspartners angemessen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000 - IX ZR 227/99, NJW 2001, 1136, 1138).

b) An dieser Beurteilung hat sich unter Geltung der Insolvenzordnung im Ergebnis nichts geändert. Dem Gesetz und der im Gesetzgebungsverfahren verfolgten Absicht ist nicht zu entnehmen, dass eine grundsätzlich andere Bewertung der Interessen erfolgen sollte.

aa) Vielmehr lehnt sich § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO an die materiellrechtlichen Regeln der §§ 392, 406 BGB an. Auch mit diesen Regeln wird der Zweck verfolgt, dem Schuldner die Aufrechnungsmöglichkeit nicht dadurch zu verschaffen, dass er die ihm obliegende Erfüllung bis zur Fälligkeit seiner Gegenforderung hinauszögert (Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerli-

chen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band S. 567, 569; vgl. Staudinger/Gursky, BGB (Bearbeitung 2000), § 392 Rdn. 16; Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., § 392 Rdn. 1). Der Bundesgerichtshof hat bereits frühzeitig für den Anwendungsbereich des § 406 2. Halbsatz 2. Alternative BGB entschieden, dass gegen den Wortlaut dieser Regelung eine Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger nicht ausgeschlossen ist, wenn die Durchsetzung der Forderung durch ein Zurückbehaltungsrecht gehindert war und die eigene Forderung während des Zurückbehaltungsrechts fällig geworden ist (BGH, Urteil vom 27. April 1972 - II ZR 122/70, BGHZ 58, 327, 331). Dem Schuldner muss trotz der Abtretung die Aussicht darauf erhalten bleiben, dass er mit der aus dem Zurückbehaltungsrecht erwachsenen Forderung aufrechnen kann. Gleiches gilt für den Fall, daß dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zusteht (BGH, Urteil vom 22. Dezember 1995 - V ZR 52/95, BauR 1996, 401, 403 f. = ZfBR 1996, 144). Diese Erwägungen gelten entsprechend auch im Anwendungsbereich des § 392 2. Alternative BGB. Dem Schuldner, der die Befriedigung der Forderung nicht pflichtwidrig verweigert, weil ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, soll durch die Beschlagnahme der gegen ihn gerichteten Forderung kein Vor- und Nachteil erwachsen (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2003 - VII ZR 315/02, BauR 2004, 676 = ZfBR 2004, 357).

bb) Dasselbe Verständnis liegt § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO zugrunde. Danach ist die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gegen den Werklohnanspruch des Insolvenzverwalters nicht ausgeschlossen, wenn dem Auftraggeber wegen der Mängel, aus denen er den Schadensersatzanspruch herleitet, ein Leistungsverweigerungsrecht zustand. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, wann die Mängel zutage treten. Maßgebend ist allein das objektive Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts (vgl. BGH, Urteile vom 18. Dezember 2003 - VII ZR 315/02, BauR

2004, 676 = ZfBR 2004, 357 und vom 6. Mai 1999 - VII ZR 180/98, BauR 1999, 1025 = ZfBR 1999, 313).

Da Feststellungen zum Anspruch der Beklagten auf Ersatz von Mangelbeseitigungskosten fehlen, kann der Senat insoweit nicht abschließend entscheiden.

V.

Soweit sich die Revision gegen die Abweisung der Widerklage wendet, ist sie unbegründet. Selbst wenn die Hilfsaufrechnung in Höhe eines Betrages von 30.425 € begründet sein sollte, verbliebe ein Restbetrag der Werklohnforderung, der dem Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde entgegensteht.

Dressler

Hausmann

Wiebel

Kniffka

Bauner