



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 298/14

Verkündet am:
22. September 2016
Klein,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB § 399 2. Alt.; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1

Das in einem Bauvertrag vereinbarte Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB steht dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegen.

BGB § 648a Abs. 5 a.F., § 643

Der Auftragnehmer ist auch nach Aufhebung des Vertrags gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. § 643 BGB berechtigt, diesen zeitnah wegen Verzugs des Auftraggebers mit der Bezahlung von Abschlagsforderungen nach § 9 Nr. 1 b) VOB/B zu kündigen, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt (Fortführung von BGH, Versäumnisurteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NZBau 2005, 335).

BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 298/14 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Sacher

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. November 2014 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der R. Bauunternehmung GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) und macht nach vorzeitiger Vertragsbeendigung restlichen Werklohn und Entschädigungsansprüche gegen den Beklagten geltend. Der Beklagte hat mit der Widerklage die Feststellung von Schadensersatzansprüchen zur Insolvenztabelle gefordert.
- 2 Der Beklagte ließ ein Mehrfamilienhaus in W. errichten. Am 30. Juni 1999 schloss er mit der D. GmbH auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses vom 25. Mai 1999 einen Bauvertrag über Mauer- und Betonarbeiten, in dem Besondere Vertragsbedingungen und subsidiär die VOB/B (1998) vereinbart

wurden. Ziffer 9.4 des Vertrags enthielt ein Abtretungsverbot mit folgendem Wortlaut:

"Abtretungen werden grundsätzlich gegenseitig für noch nicht erstattete Positionen nicht anerkannt."

3 Die Preisvereinbarung der Vertragsparteien sah vor, dass die Positionen 1-16 des Leistungsverzeichnisses nach Aufmaß abgerechnet werden sollten und für die Positionen 17-123 ein Pauschalpreis in Höhe von 470.000 DM zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen war. In Ziffer 2 der Besonderen Vertragsbedingungen war die Höhe der von dem Beklagten zu leistenden Abschlagszahlungen festgelegt. Die Bauarbeiten sollten am 26. Juli 1999 beginnen. Zudem waren weitere Vertragsfristen für die Fertigstellung des Rohbaus und der Gipsbauplattenwände sowie deren Verspachtelung vereinbart. Die Ausführung des Bauvorhabens verzögerte sich, wobei die Ursachen zwischen den Parteien streitig sind. Nachdem die Baugrube durch die Tiefbaugenossenschaft am 2. September 1999 wegen einer unzureichenden Baugrubenböschung stillgelegt worden war, beauftragte der Beklagte Privatgutachter mit der Erarbeitung von Lösungen. Auf eine Empfehlung des Gutachters Prof. Dr. Sch. hin wurde die Ausschachtung durch die D. GmbH in Handarbeit fortgeführt.

4 Nach Fertigstellung der Decke des Kellergeschosses und der Bodenplatte des Erdgeschosses stellte die D. GmbH unter dem 5. April 2000 drei Abschlagsrechnungen und am 29. Mai 2000 eine weitere Abschlagsrechnung, auf die der Beklagte nur teilweise Zahlungen leistete. Die D. GmbH mahnte mit Schreiben vom 17. Mai 2000 die ihrer Ansicht nach noch ausstehende Forderung an und verlangte zugleich eine Sicherheit nach § 648a BGB in Höhe von 430.719,60 DM. Hierfür setzte sie eine Frist bis zum 25. Mai 2000, die einvernehmlich bis zum 10. Juni 2000 verlängert wurde, und kündigte an, dass sie die weitere Ausführung der Leistungen einstellen werde, wenn die Sicherheit nicht

innerhalb der Frist gestellt werde. Am 14. Juni 2000 übersandte der Beklagte der D. GmbH eine Bankbürgschaft über 225.000 DM, lehnte eine höhere Sicherheit im Hinblick auf seiner Auffassung nach bestehende Gegenforderungen ab, mit denen er die Aufrechnung erklärte, und forderte die Beseitigung einzelner Mängel. Daraufhin forderte die D. GmbH den Beklagten mit Schreiben vom 24. Juli 2000 erneut zur Sicherheitsleistung bis zum 4. August 2000 auf und kündigte für den fruchtlosen Fristablauf die Kündigung des Werkvertrags an. Am 8. August 2000 kündigte die D. GmbH den Werkvertrag unter Berufung auf § 9 VOB/B aus wichtigem Grund. Der Beklagte ließ die Arbeiten durch ein anderes Unternehmen fertigstellen.

5 Am 7. November 2000 stellte die D. GmbH dem Beklagten eine Schlussrechnung über 694.814,27 DM. Unter Berücksichtigung der vom Beklagten geleisteten Zahlungen ergibt sich eine Restforderung in Höhe von 371.785,58 DM (190.090,94 €), die sie mit der Klage geltend gemacht hat. Die D. GmbH wurde im Laufe des Rechtsstreits auf die Schuldnerin verschmolzen, über deren Vermögen am 1. April 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt wurde.

6 Der Beklagte hat mit Gegenforderungen wegen entstandenen Mietausfalls, einer Vertragsstrafe, wegen Folgekosten, Gutachterkosten, der Kosten der gestellten Sicherheit, der Kosten für die Entsorgung von Bauschutt und Schalholz, Kranabbaukosten sowie wegen der Mehrkosten für die Fertigstellung des Rohbaus hilfsweise die Aufrechnung erklärt und im Wege der Widerklage beantragt, den überschießenden Betrag in Höhe von 98.348,50 € zuzüglich Zinsen zur Insolvenztabelle festzustellen.

7 Das Landgericht hat den Beklagten unter Zurückweisung der geltend gemachten Hilfsaufrechnungen zur Zahlung in Höhe von 141.733,65 € verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten, mit der er die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers auf die Widerklage erstrebt hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen und zur Begründung ausgeführt, höchstrichterlich noch nicht geklärt sei die für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidende Rechtsfrage, inwieweit ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Abtretungsverbot auch im Fall der durch Verschmelzung von Gesellschaften nach §§ 2 ff. UmwG bewirkten Gesamtrechtsnachfolge vom Schuldner der übernehmenden Gesellschaft entgegengehalten werden könne.

8 Der Beklagte hat Revision eingelegt, soweit das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat. Die Widerklage und die geltend gemachten Hilfsaufrechnungen werden in der Revision nicht mehr weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

10 Auf das Schuldverhältnis ist unter Berücksichtigung der für die Verjährung geltenden Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

11 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BauR 2015, 1868 veröffentlicht ist, hat - soweit für die Revision noch von Interesse - zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

12 1. Der Kläger sei zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Vergütungsforderung aktivlegitimiert. Vertragspartner des Beklagten und damit originärer Anspruchsinhaber von vertraglichen Vergütungs-, vergütungsähnlichen Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüchen sei die D. GmbH gewesen. Aufgrund Verschmelzungsvertrags vom 24. Juli 2007 sei diese ausweislich des vom Kläger vorgelegten Handelsregisterauszugs mit der Schuldnerin als übernehmendem Rechtsträger verschmolzen. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG gehe das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger über. Angesichts dieser Rechtsfolge sei im Grundsatz davon auszugehen, dass auf die Schuldnerin als Rechtsnachfolgerin der D. GmbH auch die zu deren Vermögen gehörenden - streitgegenständlichen - Forderungen gegen den Beklagten übergegangen seien.

13 Das rechtsgeschäftlich vereinbarte Abtretungsverbot stehe dem Forderungsübergang im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung von Gesellschaften nach §§ 2 ff. UmwG nicht entgegen. Es seien keine überzeugenden Gesichtspunkte ersichtlich, die es rechtfertigten, den durch die Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften auf eine übernehmende Gesellschaft unter Fortfall der übertragenden Gesellschaft ausgelösten Fall der Gesamtrechtsnachfolge anders zu behandeln als die durch den Tod des vormaligen Forderungsinhabers bedingte Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben.

14 2. Die Schuldnerin sei im Hinblick auf die begründeten, fälligen, aber noch nicht vollständig gezahlten Abschlagsforderungen aus den Rechnungen

vom 5. April 2000 und vom 29. Mai 2000 gemäß § 9 Nr. 1 b) VOB/B zur Kündigung berechtigt gewesen. Dass sich die Fristsetzung mit Kündigungsandrohung im Schreiben vom 17. Mai 2000 noch nicht auf die Abschlagsrechnung vom 29. Mai 2000 beziehen können, sei unbeachtlich, da der Beklagte im Anschluss daran in mehreren Schreiben hinreichend deutlich gemacht habe, dass er keine weiteren Zahlungen auf die Abschlagsrechnungen erbringen werde, hiermit also eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung in Bezug auf den hier in Rede stehenden Anspruch der Schuldnerin auf Abschlagszahlungen ausgesprochen habe, wodurch eine erneute Fristsetzung entbehrlich werde. Der geltend gemachte Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen und der Entschädigungsanspruch für die nicht erbrachten Leistungen könne jedoch nicht aus § 648a Abs. 5, § 643 BGB hergeleitet werden. Letztlich greife der verschuldensabhängige Anspruch wegen Vertragsverletzung ein, der auch den entgangenen Gewinn mit einbeziehe. Der Unternehmer sei, wenn der Vertrag wegen einer vom Besteller zu vertretenden Vertragspflichtverletzung vorzeitig beendet werde, berechtigt, eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen und eines durch die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft zu erzielenden Erwerbs zu verlangen. Die Voraussetzungen für einen Zahlungsanspruch gerichtet auf die Kosten zur Mängelbeseitigung in Höhe eines weiteren Betrags von 12.840,90 DM habe der Beklagte nicht schlüssig dargetan. Unabhängig davon, dass es bereits an einer konkreten Darstellung der hier in Rede stehenden Mängel fehlen dürfte und die tabellarische Aufstellung eine konkrete Darlegung der in diesem Zusammenhang gerügten Baumängel nicht ersetzen könne, fehle es bereits an der Darlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch.

II.

15 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

16 1. Die Revision des Beklagten ist zulässig. Der Beklagte hat seine Revi-
sion in zulässiger Weise mit dem Antrag eingelegt, das Berufungsurteil aufzu-
heben, soweit der Klage stattgegeben worden ist, und die Klage abzuweisen.

17 a) Das Berufungsgericht hat im Tenor die Revisionszulassung nicht ein-
geschränkt. Es entspricht jedoch ständiger Rechtsprechung des Bundesge-
richtshofs, dass sich auch bei uneingeschränkter Zulassung des Rechtsmittels
im Tenor eine wirksame Beschränkung aus den Entscheidungsgründen erge-
ben kann (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016 - VII ZR 201/15, zur Veröffentli-
chung in BGHZ vorgesehen, Rn. 12; Urteil vom 21. Mai 2015 - VII ZR 190/14,
BauR 2015, 1515 Rn. 13 ff. = NZBau 2015, 477; Urteil vom 5. Juni 2014
- VII ZR 152/13, ZfBR 2014, 671 Rn. 31; jeweils m.w.N.). Das bedeutet aller-
dings nicht, dass stets allein aus der Begründung der Zulassung eine Be-
schränkung auf den Bereich der mitgeteilten Gründe entnommen werden kann.
Eine Zulassungsbeschränkung kann in solchen Fällen vielmehr nur angenom-
men werden, wenn aus den Gründen mit ausreichender Klarheit hervorgeht,
dass das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Nachprüfung im Revisionsver-
fahren nur wegen eines abtrennbaren Teils seiner Entscheidung eröffnen wollte
(vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016 - VII ZR 201/15, aaO; Urteil vom
5. Juni 2014 - VII ZR 152/13, aaO; Beschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07,
NJW 2008, 2351 Rn. 16). Dies ist hier der Fall.

18 Das Berufungsgericht hat in den Entscheidungsgründen die Zulassungs-
entscheidung dahin begründet, die bislang höchstrichterlich nicht geklärte
Rechtsfrage habe grundsätzliche Bedeutung, ob der Vertragspartner des über-
tragenden Rechtsträgers dem übernehmenden Rechtsträger ein vertraglich

vereinbartes Abtretungsverbot entgegenhalten kann. Eine Revisionszulassung zur Klärung einer abstrakten Rechtsfrage ist allerdings unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision jedoch auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 24. März 2016 - VII ZR 201/15, aaO Rn. 13; Urteil vom 5. Juni 2014 - VII ZR 152/13, aaO Rn. 33; Beschluss vom 10. Februar 2011 - VII ZR 71/10, NZBau 2011, 354 Rn. 11 und Beschluss vom 10. September 2009 - VII ZR 153/08, NZBau 2010, 105 Rn. 5; jeweils m.w.N.). Die vom Berufungsgericht für klärungsbedürftig gehaltene Rechtsfrage ist ausschließlich für die Berechtigung der Klageforderung von Bedeutung. Der Kläger wäre für die geltend gemachte Forderung nicht aktivlegitimiert, wenn sich der Beklagte auf das im Vertrag mit der D. GmbH als übertragendem Rechtsträger vereinbarte Abtretungsverbot berufen könnte und die Klageforderung daher nicht auf die Schuldnerin übergegangen wäre.

19 b) Entgegen der Ansicht des Revisionsbeklagten kommt eine Beschränkung der Revision auf die Frage, ob der Kläger aktivlegitimiert ist, nicht in Betracht, weil es sich insoweit nicht um einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs handelt, auf den die Revision hätte beschränkt werden können. Der Forderungsübergang auf die Schuldnerin kraft Verschmelzung, von dem die Aktivlegitimation abhängig ist, bildet lediglich eine rechtliche Vorfrage für die Begründetheit der Klageforderung (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - VI ZR 273/03, NJW 2004, 3176, 3177, juris Rn. 10).

20 Die Revision ist durch die Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts auch nicht wirksam auf den Grund des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs beschränkt worden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht lediglich eine Entscheidung über den Grund, nicht jedoch

zugleich auch über die Höhe des geltend gemachten Anspruchs eröffnen wollte. Eine solche Beschränkung kommt deswegen nicht in Betracht, weil als Grund des geltend gemachten Anspruchs verschiedene Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen, über die die Parteien streiten, die jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Über den Grund des Anspruchs kann im vorliegenden Fall damit nicht unabhängig von der Höhe des dem Kläger zustehenden Anspruchs entschieden werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1982 - VIII ZR 259/81, NJW 1982, 2380 f., juris Rn. 19).

21 c) Die vom Beklagten vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ist damit gegenstandslos (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2016 - XI ZR 425/14, WM 2016, 821 Rn. 9; Urteil vom 19. Februar 2015 - III ZR 90/14, WM 2015, 569 Rn. 9; Beschluss vom 24. Juli 2008 - VII ZR 205/07).

22 2. Die Revision des Beklagten ist in der Sache nicht begründet.

23 a) Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Schuldnerin Inhaberin der Klageforderung kraft Verschmelzung geworden ist.

24 aa) Das Vermögen der D. GmbH, die vom Beklagten mit Vertrag vom 30. Juni 1999 mit der Ausführung von Mauer- und Betonarbeiten beauftragt worden war, ist aufgrund Verschmelzungsvertrags vom 24. Juli 2007 und der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der Schuldnerin als übernehmendem Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf diese übergegangen. Zu dem Vermögen der D. GmbH gehören auch die dieser gegen den Beklagten aufgrund des Vertrags vom 30. Juni 1999 zustehenden Zahlungsansprüche.

25 bb) Ein in einem Bauvertrag vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB steht dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftragge-

ber aufgrund dieses Vertrags zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegen. Es kann daher dahinstehen, ob das zwischen der D. GmbH und dem Beklagten in Ziffer 9.4 des Vertrags vom 30. Juni 1999 vereinbarte Abtretungsverbot, wie der Revisionsbeklagte geltend macht, den Übergang von Zahlungsansprüchen des Auftragnehmers auf einen anderen Rechtsträger im Rahmen einer Verschmelzung von vornherein nicht erfasste, sondern auf rechtsgeschäftlich vereinbarte Abtretungen beschränkt sein sollte.

- 26 (1) Die Frage, ob ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB den Übergang der betroffenen Forderung des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger aufgrund der gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG für die Verschmelzung angeordnete Gesamtrechtsnachfolge entgegensteht, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Zum Teil werden die Vorschriften über die Einzelrechtsübertragung von Forderungen für den Fall einer Gesamtrechtsnachfolge insgesamt für nicht anwendbar gehalten (vgl. RGZ 136, 313, 315 f.; Lutter/Grunewald, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rn. 32; Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 20 UmwG Rn. 5; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl., § 20 Rn. 13; Stratz in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 7. Aufl., § 20 UmwG Rn. 27; KK-UmwG/Simon, § 2 Rn. 47, 54; BeckOK BGB/Rohe, Stand: 1. Mai 2016, § 412 Rn. 1; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 412 Rn. 1; Westermann in Erman, BGB, 14. Aufl., § 412 Rn. 2; Müller, BB 2000, 365, 366; Rieble, ZIP 1997, 301, 308; Heidenhain, ZIP 1995, 801; Hennrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 45 f.). Demgegenüber wird die Anwendbarkeit des § 399

2. Alt. BGB auf den Vermögensübergang bei Verschmelzung zum Teil ohne Einschränkung bejaht (vgl. OLG Oldenburg, OLGR 2000, 65, 66 f.). Andere Stimmen in der Literatur halten eine differenzierte Betrachtung im Einzelfall für erforderlich (vgl. MünchKommBGB/Roth/Kieninger, 7. Aufl., § 412 Rn. 15; Staudinger/Busche, 2012 BGB, § 412 Rn. 9; Rosch in: jurisPK-BGB, 7. Aufl., Stand: 1. Oktober 2014, § 412 Rn. 35).

27 (2) Der Senat beantwortet die Frage für ein in einem Bauvertrag vereinbartes Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB dahin, dass dieses im Falle einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber aufgrund dieses Vertrags zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft gemäß der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge nicht entgegensteht.

28 (a) Die Vorschrift des § 399 2. Alt. BGB, die eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Übertragbarkeit einer Forderung ermöglicht, ist auf die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG für die Verschmelzung von Gesellschaften angeordnete Gesamtrechtsnachfolge nicht anwendbar. Die die Einzelrechtsnachfolge betreffende Vorschrift des § 399 2. Alt. BGB, die einen rechtsgeschäftlichen Einzelakt voraussetzt, ist nicht auf die Besonderheiten der Gesamtrechtsnachfolge zugeschnitten (vgl. RGZ 136, 313, 315 f.; Lutter/Grunewald, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rn. 32; Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 20 UmwG Rn. 5; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl., § 20 Rn. 13; KK-UmwG/Simon, § 2 Rn. 47, § 20 Rn. 3; BeckOK BGB/Rohe, Stand: 1. Mai 2016, § 412 Rn. 1; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rn. 8; Müller, BB 2000, 365, 366; Rieble, ZIP 1997, 301, 308; Heidenhain, ZIP 1995, 801). Die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierte Gesamtrechtsnachfolge vollzieht sich aufgrund der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes des überneh-

menden Rechtsträgers unmittelbar kraft gesetzlicher Anordnung ohne weitere Rechtsakte mit dinglicher Wirkung (vgl. Lutter/ Grunewald, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rn. 7 f.; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 5. Aufl., § 2 Rn. 8, § 20 Rn. 4; Stratz in: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 7. Aufl., § 2 Rn. 3 ff., § 20 Rn. 23; Schulte in: Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, § 20 Rn. 4 ff.; Rieble, ZIP 1997, 301, 303; Hennrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 45).

29 (b) Dieses Verständnis des § 399 2. Alt. BGB steht mit dem Willen des Gesetzgebers im Einklang. Dieser hat in den Vorschriften zur Umwandlung von Gesellschaften im Wege der Spaltung durch Aufspaltung, die nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG ebenso wie die Verschmelzung zum Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers führt, die Vorschrift des § 132 UmwG, nach dem allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, unberührt bleiben sollen, mit Wirkung zum 25. April 2007 aufgehoben (vgl. Art. 1 Nr. 21 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19. April 2007, BGBl. I S. 542). Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass neben der Vorschrift des § 399 BGB, die bereits nach § 132 UmwG a.F. einer Aufspaltung nicht entgegenstehen sollte, Beschränkungen betreffend die Einzelrechtsnachfolge im Umwandlungsrecht nicht zur Anwendung kommen sollen (vgl. BT-Drucks. 16/2919, S. 19).

30 (c) Die Gegenauffassung, die ein in einem Bauvertrag grundsätzlich zulässiges (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 1989 - VII ZR 150/88, BauR 1989, 610, juris Rn. 15; Urteil vom 3. Dezember 1987 - VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 300, juris Rn. 20; Urteil vom 28. November 1968 - VII ZR 157/66, BGHZ 51, 113, 117 ff., juris Rn. 28 ff.) rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB auch gegenüber der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Ge-

samtrechtsnachfolge durchgreifen ließe, führt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, zu einem unbilligen Ergebnis, das durch das Interesse des Auftraggebers, die Abrechnung übersichtlich zu halten und nicht mit einem neuen Gläubiger konfrontiert zu werden, nicht gerechtfertigt werden kann. Da mit Wirksamwerden der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auch die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, während der übertragende Rechtsträger erlischt, § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG, hätte der Ausschluss des Übergangs der dem Auftragnehmer als übertragendem Rechtsträger gegen den Auftraggeber zustehenden Forderungen aufgrund des im Vertrag vereinbarten Abtretungsverbots zur Folge, dass der Auftraggeber wegen des Erlöschens seines ursprünglichen Vertragspartners von seinen Zahlungspflichten frei würde, er aber wegen des Übergangs der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger seine Forderungen gegen diesen weiter geltend machen könnte. Diese Begünstigung des Auftraggebers ist von dem mit dem Abtretungsverbot verfolgten Zweck nicht mehr gedeckt (in diesem Sinne auch: MünchKommBGB/Roth/Kieninger, 7. Aufl., § 412 Rn. 15; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl., § 20 Rn. 14; Lutter/Grunewald, UmwG, 5. Aufl., § 20 Rn. 32).

31 b) Der Schuldnerin steht aufgrund der Kündigung des Vertrags ein Zahlungsanspruch für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen und eines durch die anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft zu erzielenden Erwerbs im Umfang von 141.733,65 € zu.

32 aa) Nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben die D. GmbH und der Beklagte im Vertrag vom 30. Juni 1999 die VOB/B wirksam vereinbart. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Maßgeblich ist die VOB/B Ausgabe 1992 in der Fassung des Ergänzungsbandes 1998.

- 33 bb) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, dass sich der Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung mit der Bezahlung fälliger Abschlagsforderungen der Schuldnerin in Höhe von 97.492,59 DM (= 49.847,17 €) in Verzug befand und die Schuldnerin deshalb nach § 9 Nr. 1 b), Nr. 2 VOB/B zur Kündigung des Vertrags berechtigt war. Dies nimmt die Revision hin. Dagegen bestehen ebenfalls keine revisionsrechtlichen Bedenken.
- 34 cc) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Kündigung des Vertrags durch die D. GmbH am 8. August 2000 nach § 9 Nr. 1 b) VOB/B nicht dadurch ausgeschlossen war, dass der Vertrag gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB in der bis zum 30. April 2000 geltenden Fassung, Art. 229 § 1 Abs. 2 Satz 1 EGBGB, (im Folgenden nur: § 648a BGB a.F.) in Verbindung mit § 643 BGB als aufgehoben galt. Der Auftragnehmer ist auch nach Aufhebung des Vertrags gemäß § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit § 643 BGB berechtigt, diesen wegen Verzugs des Auftraggebers mit der Bezahlung von Abschlagsforderungen nach § 9 Nr. 1 b) VOB/B zu kündigen, wenn die Kündigungsvoraussetzungen in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Vertrag als aufgehoben galt.
- 35 (1) Nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach § 643 BGB und § 645 Abs. 1 BGB, wenn der Besteller die Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB a.F. nicht fristgemäß leistet. Nach § 643 BGB ist der Unternehmer berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündigt, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt. Nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts galt der zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten geschlossene Bauvertrag vom 30. Juni 1999 gemäß § 648a

Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit § 643 BGB im Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 8. August 2000 als aufgehoben, nachdem der Beklagte auf das Sicherungsverlangen der Schuldnerin gemäß § 648a Abs. 1 BGB a.F. vom 17. Mai 2000 in Höhe von 430.719,60 DM mit Fristsetzung unter Androhung der Leistungsverweigerung am 14. Juni 2000 lediglich eine Sicherheit durch Bürgschaft im Umfang von 225.000 DM gestellt hatte und die Schuldnerin mit weiterem Schreiben vom 24. Juli 2000 erfolglos eine Nachfrist mit Kündigungsandrohung gesetzt hatte. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

36 (2) Durch § 648a Abs. 5 BGB a.F. werden Ansprüche nicht ausgeschlossen, die der Auftragnehmer aus anderem Grund hat als dem, dass die Sicherheit nicht gestellt wird (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861, 863, juris Rn. 17 = NZBau 2005, 335). Denn sonst würde der Auftraggeber ohne sachlichen Grund besser gestellt, der neben der unterlassenen Stellung einer Sicherheit zugleich eine Vertragspflichtverletzung zu vertreten hat, derentwegen dem Auftragnehmer weitergehende Rechte zustehen können. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer aufgrund einer vom Auftraggeber zu vertretenden Vertragspflichtverletzung in dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit § 643 BGB als aufgehoben gilt, zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund berechtigt ist. Liegen alle Voraussetzungen für eine solche Kündigung in diesem Zeitpunkt vor, so steht die Aufhebung des Vertrags der Wirksamkeit einer zeitnah danach erklärten Kündigung nicht entgegen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass auch nichtige Verträge wegen arglistiger Täuschung angefochten oder widerrufen werden können (sog. Doppelwirkung, vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1955 - V ZR 53/54, WM 1955, 1290, 1291; Urteil vom 25. November 2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rn. 14 ff.). Für das Recht des Auftragnehmers, den Vertrag wegen einer

- neben die fehlende Sicherheitenstellung tretenden - Vertragspflichtverletzung des Auftraggebers zu kündigen, gilt nichts anderes.

37 (3) Nach den vorstehend genannten Grundsätzen war die von der D. GmbH am 8. August 2000 erklärte und auf § 9 Nr. 1 b) VOB/B gestützte Kündigung des mit dem Beklagten geschlossenen Vertrags vom 30. Juni 1999 unbeschadet der nach § 648a Abs. 5 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit § 643 BGB eingetretenen Vertragsaufhebung wirksam. Der Beklagte befand sich in dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag infolge des Fristablaufs der mit Schreiben vom 24. Juli 2000 erfolgten Nachfristsetzung als aufgehoben galt, mit der Bezahlung von Abschlagsrechnungen im Umfang von 97.492,59 DM in Verzug, der die D. GmbH zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund nach § 9 Nr. 1 b) VOB/B berechnigte.

38 dd) Der Schuldnerin stand danach neben der Vergütung für bereits erbrachte Leistungen ein Zahlungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen und eines durch die anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft zu erzielenden Erwerbs zu (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 202/04, BGHZ 168, 368 Rn. 40; Versäumnisurteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861, 862, juris Rn. 14 m.w.N. = NZBau 2005, 335).

39 ee) Die Einwendungen des Beklagten gegen die Höhe des vom Berufungsgericht insgesamt für berechnigt gehaltenen Zahlungsanspruchs der Schuldnerin greifen nicht durch.

40 Das Berufungsgericht ist mit dem Landgericht davon ausgegangen, dass der Schuldnerin ein Zahlungsanspruch für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung ersparter Aufwendungen und eines anderweitig

zu erzielenden Erwerbs in Höhe von insgesamt 141.733,65 € zusteht. Die zugrunde liegende Berechnung wird von der Revision nicht beanstandet.

41 Der weitere Einwand, das Berufungsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, der Vortrag des Beklagten zur Darlegung der in Rede stehenden Mängel sei nicht ausreichend, ist ebenfalls nicht erheblich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Unternehmer nach dem fruchtlosen Ablauf der Nachfrist für die Sicherheitsleistung in sinngemäßer Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 und des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. lediglich Anspruch auf Vergütung, soweit er den Leistungsanspruch erfüllt hat, das heißt die Leistung mangelfrei erbracht hat. Das bedeutet, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers um den infolge eines Mangels entstandenen Minderwert zu kürzen ist. Sofern die Mängelbeseitigung möglich ist und nicht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigert werden kann, ist die Vergütung regelmäßig um die Kosten zu kürzen, die notwendig sind, um den Mangel beseitigen zu lassen, sonst um den Minderwert des Bauwerks (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 91/03, BauR 2004, 1453 f., juris Rn. 10; Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335, 342, juris Rn. 22). Auf diese Rechtsprechung, auf die sich die Revision stützt, kommt es im vorliegenden Fall nicht an. Das Berufungsgericht hat dem Kläger keinen Vergütungsanspruch für erbrachte Leistungen in entsprechender Anwendung des § 645 Abs. 1 Satz 1 und des § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F., sondern einen Zahlungsanspruch wegen einer vom Beklagten zu vertretenden Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund zuerkannt.

42 Die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Beklagte habe hinsichtlich der vom Landgericht nicht berücksichtigten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 24.430,73 DM (= 12.491,23 €) die Voraussetzungen für einen (aufrechenbaren) Schadensersatzanspruch gerichtet auf Ersatz der Kosten der Mängelbe-

seitigung in der geltend gemachten Höhe nicht schlüssig dargetan, stehen im Hinblick auf die vom Beklagten nur beschränkt auf den Klageanspruch eingelegten Revision im Revisionsverfahren nicht mehr zur Überprüfung.

III.

43 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Eick

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Wuppertal, Entscheidung vom 29.11.2012 - 7 O 6/02 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.11.2014 - I-21 U 172/12 -