



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 71/99

Verkündet am:
17. Juli 2001
Wermes,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

BGB § 326 A

a) Im Rahmen von Schadensersatzansprüchen nach § 326 BGB trifft die Beweislast für Ersparnisse des Gläubigers grundsätzlich den Schuldner.

UStG § 1 Abs. 1 Nr. 1

- b) Eine auf Nichterfüllung gestützte Schadensersatzforderung nach § 326 BGB ist, soweit mit ihr als Schaden die infolge des Schadensersatzverlangens untergegangene Vergütungsforderung für tatsächlich erbrachte Leistungen verfolgt wird, umsatzsteuerrechtlich der auf die steuerbare Leistung zu stützenden Vergütungsforderung gleich zu erachten und stellt damit selbst steuerbaren Umsatz dar.

BGH, Urt. v. 17. Juli 2001 - X ZR 71/99 - Hanseat. OLG Hamburg

LG Hamburg

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2001 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Dr. Melullis, Scharen und Keukenschrijver

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 14. April 1999 verkündete Urteil des 8. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Konkurs über das Vermögen der ... Industrieanlagenbau GmbH (nachfolgend: Gemeinschuldnerin). Im Herbst 1993 bestellte die Beklagte bei dieser eine individuell zu erstellende Dispersionsfarben-Produktionsanlage gegen eine Vergütung von 1.320.000 DM netto; die Vergütung sollte zu je 30% nach Erhalt der Auftragsbestätigung, bei Lieferung und bei Ende der Montage fällig sein, weiter zu je 5% bei Beginn der Inbetriebnahme und nach erfolgter Inbetriebnahme. Die Gemeinschuldnerin, die ver-

schiedene Baustufen getrennt abrechnete, verlangte "nach Montageende" und Abnahme mit Rechnung vom 11. Juli 1994 einen weiteren Teilbetrag der Vergütung von 15% nebst Mehrwertsteuer (227.700 DM), den die Beklagte nicht bezahlte. Unstreitig wurde eine Steuerungsanlage (Position 10.2 der Leistungsbeschreibung) nicht geliefert, die die Gemeinschuldnerin der Stufe "Inbetriebnahme" zurechnet. Die Beklagte übersandte der Gemeinschuldnerin verschiedene Störungsmeldungen und setzte ihr schließlich am 21. Juli 1994 Frist zur ordnungsgemäßen Fertigstellung unter Androhung, ein anderes Unternehmen zu beauftragen. Am 1. September 1994 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet. Die Beklagte ließ die Anlage durch ein Drittunternehmen fertigstellen, wofür sie 322.190 DM aufwandte. Gemeinschuldnerin und Beklagte haben wegen der Zahlung bzw. wegen Mängelbeseitigungsansprüchen jeweils Fristen gesetzt und Schadenersatz bzw. Ersatzvornahmekosten geltend gemacht.

Der Kläger hat zunächst 227.700 DM (einschließlich Mehrwertsteuer) eingeklagt und diesen Betrag in erster Instanz zugesprochen erhalten. In dem von der Beklagten angestrebten Berufungsverfahren hat er im Wege der Anschlußberufung die Klage um 62.534,30 DM erweitert; dies setzt sich aus zwei Beträgen zusammen, mit denen die Beklagte gegen frühere Forderungen aufgerechnet hatte (19.923,75 DM und 2.910,55 DM), sowie aus einem Restanspruch in Höhe von 75.900 DM abzüglich vom Kläger auf insgesamt 36.200 DM bezifferter ersparter Aufwendungen. Auch in zweiter Instanz hatte der Kläger mit seinem Begehren in vollem Umfang Erfolg, während die Berufung der Beklagten erfolglos geblieben ist. Mit der Revision wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung. Der Kläger tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens zu übertragen ist.

A. Zur Forderung über 227.000 DM:

I. 1. Das Berufungsgericht hat, gestützt auf Pos. 11.1 und 11.2 des Leistungsverzeichnisses, angenommen, die Forderung des Klägers über 227.700 DM sei - als Schadensersatzforderung aus § 326 BGB - begründet und fällig, weil die Gemeinschuldnerin die der Leistungsstufe entsprechenden Leistungen erbracht habe und diese abgenommen worden seien. Die mechanische Montage sei abgeschlossen gewesen, was die Beklagte auch einräume. Installation von Hard- und Software der Steuerung gehörten nicht zu dieser Leistungsstufe. Darauf, in welchem Umfang die Anlage manuell habe betrieben werden können, komme es insoweit nicht an. Zur Komplettierung und Inbetriebnahme der Anlage sei die Gemeinschuldnerin vor Leistung der geschuldeten Vergütungsrates nicht verpflichtet gewesen; insoweit habe die Beklagte nämlich vorleisten müssen.

2. Die Revision macht demgegenüber geltend, ein "Ende der Montage" im Sinn der Fälligkeitsregelung des Vertrags sei nicht eingetreten, weil die Klägerin die zum Betrieb der Anlage erforderliche Hard- und Software nicht gelie-

fert habe. Damit kann sie nicht durchdringen. Die Revision will insoweit lediglich ihre eigene Vertragsauslegung an die Stelle derjenigen des angefochtenen Urteils setzen, kann aber keine revisionsrechtlich relevanten Fehler der tatrichterlichen Würdigung des angefochtenen Urteils aufzeigen.

II. 1. Die Rechtsgrundlage für die Klageforderung hängt davon ab, ob sich die Beklagte in Verzug befand. Dies setzt voraus, daß der Beklagten ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht nicht zustand. Insoweit hat das Berufungsgericht lediglich festgestellt, daß eventuelle Mängel der Leistung der Gemeinschuldnerin längst behoben seien. Solange solche Mängel, von deren Vorliegen für das Revisionsverfahren auf Grund der fehlenden tatrichterlichen Feststellungen auszugehen ist, bestanden, konnte indessen Verzug nicht eintreten. Insoweit wird das Berufungsgericht deshalb weitere Feststellungen zu treffen haben. Sofern auf Grund weiterer Sachaufklärung Verzug zu bejahen sein wird, begegnet allerdings die Einordnung der Klageforderung als Schadensersatzforderung nach § 326 BGB keinen Bedenken.

2. a) Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, bei Schadensersatzforderungen sei zwar grundsätzlich die Mehrwertsteuer abzuziehen. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn der Konkursverwalter die Schadensersatzforderung geltend mache; in diesem Fall sei der Bruttoerlös zur Masse einzuziehen.

b) Dies stellt die Revision zur Überprüfung. Sie meint, wenn die Gemeinschuldnerin die Voraussetzungen des § 326 BGB wirksam geschaffen habe, bestehe kein vertraglicher Anspruch mehr, sondern lediglich der Scha-

densersatzanspruch, der vor Konkurseröffnung nur in Höhe des Nettobetrags entstanden sei.

c) Dieser Revisionsangriff bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Das Landgericht, dessen Begründung sich das Berufungsgericht insoweit zu eigen gemacht hat, hat festgestellt, daß die Gemeinschuldnerin der Beklagten als Vergütung für die zweite Leistungsstufe den Betrag in Rechnung gestellt hat, der der erstinstanzlich als Nichterfüllungsschaden geltend gemachten Klageforderung entspricht. Zwar ist der Revision darin beizutreten, daß die Geltendmachung einer Schadensersatzforderung das ursprüngliche Synallagma in ein Abrechnungsverhältnis umwandelt (vgl. nur BGHZ 87, 156, 158 f.; BGH, Urt. v. 16.12.1999 - IX ZR 197/99, NJW-RR 2000, 778 f.). Grundsätzlich stellt auch ein echter Schadensersatz kein umsatzsteuerpflichtiges Entgelt dar (BFHE 178, 485, 489 f. m.w.N.; BFH, Urt. v. 10.12.1998 - 5 R 58/97, BFH/NV 1999, 987 ff.; BGH, Urt. v. 11.2.1987 - VIII ZR 27/86, NJW 1987, 1690 f.; Urt. v. 22.10.1997 - XII ZR 142/95, NJW-RR 1998, 803 ff.). Jedoch hängt die Entscheidung darüber, ob es sich bei einer Entschädigungszahlung steuerrechtlich um nicht steuerbaren Schadensersatz oder um eine steuerbare sonstige Leistung handelt, davon ab, ob die Zahlung der Summe mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht, ob also ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Grundlage des Leistungsaustauschs ist dabei eine innere Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Das Verhalten des Leistenden muß darauf abzielen oder zumindest geeignet sein, eine Vergütung für die erbrachte Leistung auszulösen (BGH, Urt. v. 22.10.1997 aaO m.w.N). Maßgebend hierfür ist der tatsächliche Geschehensablauf. Läßt dieser erkennen, daß die "Ersatzleistung" die Gegenleistung für eine empfangene Lieferung oder sonstige Leistung im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 1 UStG darstellt, liegt keine

nichtsteuerbare Schadensersatzleistung, sondern steuerpflichtiges Entgelt vor (BGH, Urt. v. 22.10.1997 aaO m.w.N.; vgl. Weiß EWiR § 557 BGB 10/88, S. 975, 976). Es reicht dabei aus, wenn die Zahlungen in ursächlichem Zusammenhang mit der Leistung des Steuerpflichtigen stehen (BGH, Urt. v. 22.10.1997 aaO). Auf die rechtliche Einordnung des Anspruchs, auf die der Bundesgerichtshof früher abgestellt hatte (vgl. BGH, Urt. v. 11.2.1987 aaO; BGHZ 104, 285, 291), kommt es demnach nicht allein und ausschlaggebend an.

Bei Zugrundelegung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ergibt sich, daß eine auf Nichterfüllung gestützte Schadensersatzforderung nach § 326 BGB, soweit mit ihr wie hier als Schaden die infolge des Schadensersatzverlangens untergegangene Vergütungsforderung für tatsächlich erbrachte Leistungen verfolgt wird, umsatzsteuerrechtlich der auf die steuerbare Leistung zu stützenden Vergütungsforderung gleich zu erachten ist und damit selbst steuerbaren Umsatz darstellt. Deshalb konnte der Kläger von der Beklagten auch die Zahlung des Umsatzsteuerbetrags verlangen.

B. Nachforderungen des Klägers:

I. 1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger Nachforderungen wegen verschiedener Einbehalte der Beklagten (in Höhe von 19.923,75 DM und 2.910,55 DM) zuerkannt. Es hat hierzu ausgeführt, daß die Gemeinschuldnerin oder der Kläger diese Gegenforderungen oder die Aufrechnung anerkannt hätten, erschließe sich nicht. Die Beklagte habe der Gemeinschuldnerin Schadensersatzansprüche gemäß den Rechnungen Anl. K 15 und K 16 wegen Ausfallzeiten, Telefonkosten und Aufwendungen für Farbe berechnet. Sie trage

aber lediglich vor, es sei zu erheblichen Gegenansprüchen wegen dargelegter Probleme mit der Maschine gekommen; "dies" (so das Berufungsurteil) sei zwischen den Parteien auch vereinbart worden. Dieser Sachvortrag sei nach Grund und Höhe unzureichend.

2. Die Revision meint demgegenüber, die Verrechnung greife durch und die Darlegung sei ausreichend. Sie verweist auf unter Beweis gestellten Vortrag, daß die Verrechnung vereinbart worden sei.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte insoweit ihrer Obliegenheit zur Substantiierung genügt hat. Bei der aus anderen Gründen ohnehin erforderlichen Neuverhandlung wird sie Gelegenheit haben, ihren Sachvortrag insoweit zu konkretisieren.

II. 1. Das Berufungsgericht meint weiter, der Kläger mache zu Recht den Anspruch auf vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen nach § 649 BGB bzw. auf entgangenen Gewinn gemäß § 326 BGB geltend. Die Darlegung hinsichtlich der Ersparnis seitens des Klägers hält das Berufungsgericht für ausreichend. Die Berufung auf die Einstellung der Steuerung mit einem wesentlich höheren Betrag sei unergiebig, weil dort Montage und die gelieferte Schaltanlage mit enthalten seien.

2. Ob dem Kläger ein Anspruch aus § 326 BGB zusteht, bedarf, wie bereits ausgeführt, weiterer Aufklärung. Auf die Regelung in § 649 BGB kann er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gestützt werden. Die Beklagte als Bestellerin hat nämlich nicht gekündigt, sondern ist nach § 633

BGB vorgegangen, wie sich aus den im Tatbestand des angefochtenen Urteils getroffenen Feststellungen ergibt.

3. Die Revision verweist weiter darauf, daß der Vortrag des Klägers zu seinen ersparten Aufwendungen den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Substantiierungsanforderungen nicht entspreche. Diese Rüge bleibt ohne Erfolg.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Unternehmer beim Einheitspreisvertrag im Rahmen der Regelung des § 649 Satz 2 BGB vorzutragen und zu beziffern, was er sich als Aufwendungen anrechnen läßt, da in der Regel nur er dazu in der Lage ist (u.a. BGHZ 131, 362).

Die Regelung des § 649 BGB ist allerdings im vorliegenden Fall schon mangels einer auf diese Vorschrift gestützten Kündigung nicht unmittelbar anwendbar. Die zu ihr entwickelten Grundsätze der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast können im Rahmen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 326 BGB nicht herangezogen werden. Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Kläger hier die Differenz zwischen dem Interesse der Gemeinschuldnerin an der Vertragserfüllung und der von ihr ersparten Gegenleistung verlangen (BGHZ 107, 67, 69). Für die Höhe der ersparten Aufwendungen trifft in diesem Fall grundsätzlich denjenigen die Darlegungs- und Beweislast, der sich auf sie beruft (vgl. BGHZ 107, 67, 69 m.w.N.; vgl. weiter zu der Regelung in § 324 BGB Sen.Urt. v. 26.6.1990 - X ZR 19/89, NJW 1991, 166, 167 m.w.N.; Sen.Urt. vom 17.7.2001 - X ZR 29/99, zur Veröffentlichung bestimmt; Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., Rdn. 3 und Fußn. 8 zu § 324 BGB). Rechtsfolge der Regelung in § 326 BGB ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der sich nach §§ 249 ff. BGB

bestimmt. Damit gelten die allgemeinen Grundsätze der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, wonach jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen hat. Den Anspruchsteller trifft die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Gegner muß den Beweis für rechtshemmende, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen erbringen (BGHZ 113, 222, 224 f.). Somit trifft die Darlegungs- und Beweislast für höhere Ersparnisse hier grundsätzlich die Beklagte. Das verkennt die Revision. Schwierigkeiten bei der Darlegung und der Beweisführung kann dabei im Rahmen von Beweiserleichterungen und durch die Zubilligung von Auskunftsansprüchen Rechnung getragen werden (vgl. hierzu Baumgärtel/Strieder aaO und Fußn. 9, 10; vgl. weiter BGHZ 140, 153, 158 f. m.w.N.).

C. I. Das Berufungsgericht hat Zurückbehaltungsrechte der Beklagten schon deshalb verneint, weil die gerügten Mängel längst behoben seien und die Beklagte zudem keine konkreten Forderungen geltend mache.

II. Die Revision verweist demgegenüber darauf, daß die Beklagte der Klageforderung Ansprüche wegen eines Schadensfeststellungsgutachtens und aus der Ersatzvornahme als Schadensersatzforderung entgegensetzen könne; auch wenn mit der Mängelbeseitigung durch das Drittunternehmen ein Zurückbehaltungsrecht entfallen sei, könne sie diese Schadensersatzforderung im Weg der Hilfsaufrechnung geltend machen.

III. Der Rüge kann auf Grund der getroffenen Feststellungen der Erfolg nicht versagt bleiben. Das Landgericht hatte ausgeführt, die Klageforderung sei nicht durch Hilfsaufrechnung erloschen, weil der Beklagten zur Aufrechnung

geeignete Ansprüche nicht zuständen. Das Berufungsgericht hat im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellt, die Beklagte habe hilfsweise die Aufrechnung mit ihrer Auffassung nach bestehenden eigenen Ersatzansprüchen wegen der Aufwendungen für die Tätigkeit des von ihr eingeschalteten Gutachters R. von 900 DM und der Anlagentechnik GmbH von 322.190 DM erklärt; der Tatbestand des Berufungsurteils liefert deswegen Beweis dafür, daß eine Aufrechnungserklärung erfolgt ist. Weitere Ausführungen hierzu enthält das Berufungsurteil nicht.

Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen und des vom Berufungsgericht nicht geprüften Sachvortrags der Beklagten sind aufrechenbare Gegenforderungen der Beklagten nicht zu verneinen. Sie können sich aus § 633 Abs. 3 BGB (wegen der erfolgten Abnahme jedoch nicht aus § 326 BGB) ergeben, wenn der Gewährleistung unterliegende Mängel des Werks vorlagen und sich die Gemeinschuldnerin mit der Mängelbeseitigung in Verzug befand. Solche Mängel hat die Beklagte in zweiter Instanz substantiiert vorgetragen; das Berufungsgericht hat sie nicht geprüft. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, daß sie vorliegen können. Kann sich die Beklagte auf aufrechenbare Forderungen stützen und hat sie die Aufrechnung erklärt, hatte dies die sich aus §§ 387 ff. BGB ergebenden Wirkungen.

Rogge

Jestaedt

Melullis

Scharen

Keukenschrijver