



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 38/20

Verkündet am:
20. Mai 2021
Zimmermann
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 128 Abs. 2 ZPO im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 16. April 2021 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Pamp sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts vom 20. Februar 2020 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt vom Beklagten, soweit im Revisionsverfahren noch von Bedeutung, die Zahlung von 38 Pauschalen zu jeweils 40 €, insgesamt also 1.520 €, gemäß § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB.
- 2 Die Parteien schlossen am 22. April 2008 drei einzelne Verträge über die Instandhaltung von zwei Telekommunikationssystemen und einem Ortungssystem. Die einzelnen Verträge sehen eine Mindestvertragsdauer für das Jahr des Vertragsschlusses sowie die anschließenden zehn Kalenderjahre vor und enthalten unter anderem jeweils folgende Regelung:

"Das Entgelt für die Instandhaltung der Anlage (...) beträgt monatlich netto € ..."

- 3 Die danach von dem Beklagten zu zahlende monatliche Vergütung aus den drei Einzelverträgen - netto 142,25 €, 1.090,46 € sowie 371,92 € - belief sich zusammen auf brutto 1.909,51 €. Seit März 2016 zahlte der Beklagte, gestützt auf die Auffassung, die Verträge seien unwirksam, jedenfalls aber aufgrund einer von ihm im Juni 2014 erklärten Kündigung aus wichtigem Grund beendet, keine Vergütung mehr.
- 4 Mit Schreiben ihrer anwaltlichen Vertreter vom 24. Februar 2017 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung zur Zahlung rückständiger Vergütung aus den drei Verträgen für die Monate März 2016 bis März 2017 (dreizehn Monate) in Höhe von 24.823,63 €, außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.044 € sowie monatlicher Pauschalen von jeweils 40 € für die Zeit von Juli 2016 bis März 2017 (neun Monate) - für die drei Verträge mithin insgesamt 1.080 € - auf.
- 5 Mit der Klageerhebung hat die Klägerin ihre Forderungen für den Zeitraum bis einschließlich Juli 2017 um die monatliche Vergütung aus den drei Instandhaltungsverträgen sowie monatliche Pauschalen von jeweils 40 € erhöht und hinsichtlich der Pauschalen nunmehr die Zahlung von insgesamt 1.560 € (39 Pauschalen zu je 40 € für 13 Monate und je drei Verträge) nebst Zinsen verlangt.
- 6 Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung der geltend gemachten Vergütung nebst Zinsen sowie einer einzigen Pauschale in Höhe von 40 € verurteilt; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin durch Urteil vom 19. April 2018 zurückgewiesen. Im Umfang ihrer vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision hat die Kläge-

rin den Anspruch auf Zahlung weiterer 38 Pauschalen in Höhe von insgesamt 1.520 € weiterverfolgt.

- 7 Der Senat hat mit Urteil vom 22. August 2019 (VII ZR 115/18) das Berufungsurteil vom 19. April 2018 in diesem Umfang aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin durch sein nunmehr angefochtenes Urteil vom 20. Februar 2020 erneut zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht wiederum zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin nach wie vor die Zahlung von weiteren 38 Pauschalen zu jeweils 40 €.

Entscheidungsgründe:

- 8 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur (nochmaligen) Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

- 9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Klägerin stehe gemäß § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB nur eine Pauschale in Höhe von 40 € zu. Die Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB sei in der seit 29. Juli 2014 geltenden Fassung gemäß Art. 229 § 34 Satz 2 EGBGB auf das vorliegende Dauerschuldverhältnis für die ab Juli 2016 geltend gemachten Zahlungsansprüche anwendbar.

- 10 Bei der in erster Instanz streitgegenständlichen Hauptforderung handele es sich um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB. Da Zahlungsansprüche aus einem Dienst- wie auch aus einem Werkvertrag Entgeltforderungen seien, komme es auf den Streit der Parteien über die Rechtsnatur der sie verbindenden Verträge nicht an.
- 11 Zwischen den Parteien stehe außer Streit, dass die Klägerin im maßgeblichen Zeitraum keine Leistungen erbracht habe. Sie habe ihren Zahlungsanspruch danach nur behalten können, wenn ein Fall des § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB vorliege. Gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB behalte der Schuldner - hier die Klägerin - den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Gläubiger - hier der Beklagte - für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 BGB nicht zu leisten brauche, allein oder weit überwiegend verantwortlich sei. Das sei hier der Fall, da der Beklagte sich auf den Standpunkt gestellt habe, seine Kündigung habe das Vertragsverhältnis für den streitgegenständlichen Zeitraum beendet, und er jedwede Form der Leistungserbringung durch die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum abgelehnt habe.
- 12 Auch bei dem aus § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB folgenden Anspruch handele es sich um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich des Gegenleistungsanspruchs aus § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB bleibe es bei der rechtlichen Einordnung des ursprünglichen Zahlungsanspruchs. Es handele sich dabei um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, nicht etwa um einen §§ 280, 283 BGB entsprechenden Schadenersatzanspruch zu Gunsten des Schuldners. Gestützt werde diese Annahme dadurch, dass auch dann eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 5 BGB vorliege, wenn die Gegenleistung, für die das Entgelt geschuldet werde, noch nicht erbracht sei.

13 Der Klägerin stehe aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB jedoch nur eine Pauschale in Höhe von 40 € zu. Im Falle unmittelbar aufeinander folgender Raten, die - wie hier - in ein und dieselbe Rechtsverfolgung einbezogen werden könnten, sei die Pauschale nur einmal geschuldet. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, dem Gläubiger einen Ausgleich für eigene Kosten der Forderungsbeitreibung zu gewähren, erforderten es, den Anwendungsbereich auf Fälle zu beschränken, in denen ein derartiger Schaden jedenfalls hätte entstehen können. Daran fehle es. Der Beklagte habe sich nicht in Verzug befunden. Erst das anwaltliche Mahnschreiben habe den Zahlungsverzug bewirkt. Zu diesem Zeitpunkt habe eine wie auch immer zu kompensierende eigene Mühewaltung bei der Klägerin nicht mehr entstehen können, da sie ihre Rechtsverfolgung bereits aus der Hand gegeben habe. Bei Verzugseintritt hätten alle Beträge als ein Gesamtbetrag geltend gemacht und in dieselbe Rechtsverfolgung einbezogen werden können.

II.

14 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

15 1. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Berufung der Klägerin nicht zurückgewiesen werden.

16 Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe nur eine einzige Pauschale in Höhe von 40 € gemäß § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB zu, weil sie die zugrundeliegenden Vergütungsforderungen aus den drei mit dem Beklagten geschlossenen Instandhaltungsverträgen in dieselbe Rechtsverfolgung habe einbeziehen können. Diese vom Berufungsgericht damit zu Ungunsten der Klägerin entschiedene Streitfrage, hinsichtlich derer gegebenenfalls gemäß

Art. 267 Abs. 1 Buchstabe b), Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen wäre, ist indes nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht entscheidungserheblich. Denn auf der Grundlage dieser Feststellungen kann nicht beurteilt werden, ob die der Klägerin zuerkannten (Haupt-)Forderungen Entgeltforderungen im Sinne von § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sind.

17 a) Nach dieser Vorschrift, mit der die Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr (im Folgenden: Zahlungsverzugsrichtlinie, ABl. EU Nr. L 48, S. 1) umgesetzt worden ist, hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 €. Für den Anfall der Pauschale kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich bei der geltend gemachten Hauptforderung um eine Entgeltforderung handelt. Entgeltforderungen im Sinne von § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sind - in Übereinstimmung mit der Zahlungsverzugsrichtlinie - Forderungen auf Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2013 - KZR 61/11 Rn. 73 juris; Urteil vom 16. Juni 2010 - VIII ZR 259/09 Rn. 12, NJW 2010, 3226; Urteil vom 21. April 2010 - XII ZR 10/08 Rn. 23, NJW 2010, 1872).

18 b) Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB Anspruch auf die geltend gemachten Vergütungsansprüche, die unabhängig davon, ob die zugrundeliegenden Verträge als Dienst- oder Werkverträge beziehungsweise als gemischte Verträge oder solche sui generis einzuordnen seien, Entgeltforderungen im Sinne von § 288 Abs. 5 BGB darstellten. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen

tragen allerdings dessen Annahme nicht, der Klägerin stünden Ansprüche auf die Gegenleistung gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB zu.

19 aa) Nach § 326 Abs. 1 BGB entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht. Der Anspruch auf die Vergütung bleibt gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB bestehen, soweit der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu dem der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

20 bb) Die Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB setzt zunächst voraus, dass die drei Instandhaltungsverträge der Parteien in dem vom Vergütungsanspruch der Klägerin erfassten Zeitraum ab März 2016 ungekündigt fortbestanden. Hierfür ist von Bedeutung, ob zwischenzeitlich eine rechtskräftige, auch im vorliegenden Rechtsstreit derselben Parteien Bindungswirkung entfaltende Entscheidung über die negative Feststellungsklage der Klägerin (Az. 32 O 247/15 LG Berlin = 28 U 18/16 KG) vorliegt, mit der sie die Feststellung verlangt hat, dass die hier in Rede stehenden Verträge durch die Kündigung des Beklagten vom 27. Juni 2014 nicht beendet worden sind. Dazu hat das Berufungsgericht nichts festgestellt. Dass im vorliegenden Rechtsstreit das Landgericht, soweit es die Hauptforderung der Klägerin zuerkannt hat und seine Entscheidung insoweit rechtskräftig geworden ist, vom Fortbestand dieser Vertragsverhältnisse ausgegangen ist, macht diesbezügliche Feststellungen nicht entbehrlich.

21 cc) Das Berufungsgericht hat - die Anwendbarkeit von § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB unterstellt - ferner keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Leistungen der Klägerin in einem bestimmten - hier monatlich bemessenen - Zeitraum zu erbringen waren und diese monatlich geschuldeten Leistungen mit Ab-

lauf des jeweiligen Monats im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden sind (absolutes Fixgeschäft).

22 (1) Absolute Fixgeschäfte sind Verträge, bei denen die Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts nur bis zum Ablauf des Erfüllungszeitraums erbracht werden kann. Dabei muss der gesetzliche oder vereinbarte Leistungszeitpunkt nach dem Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien so wesentlich sein, dass eine verspätete Leistung für den Gläubiger absolut sinnlos ist. In diesem Fall tritt mit dem Zeitablauf Unmöglichkeit ein, weil dann der Leistungszweck nicht mehr erreicht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - Xa ZR 113/08 Rn. 12, NJW 2009, 2743). Bei Dauerschuldverhältnissen - wie hier - führt eine Leistungsverzögerung zur Teilunmöglichkeit, wenn die verzögerte Leistung mit Ablauf des Monats nicht mehr nachgeholt werden kann. Davon ist auszugehen, wenn der Vertragszweck durch die verspätete Leistungserbringung nicht mehr erreicht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2001 - I ZR 287/98 Rn. 11, NJW 2001, 2878). Ob die Parteien der Leistungszeit eine so weitgehende Bedeutung beimessen wollten, dass der Leistungszweck durch ein Nachholen der Leistung nicht mehr erreicht werden kann, ist - wenn der Vertragstext keine ausdrückliche Regelung enthält - unter Berücksichtigung aller Umstände durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich jeder Zweifel gegen die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts auswirkt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2001 - I ZR 287/98 Rn. 11, NJW 2001, 2878 mwN).

23 (2) Feststellungen dazu, ob die Instandhaltungsleistungen der Klägerin, korrespondierend mit der Vergütungsabrede, in monatlich bemessenen Zeiträumen zu erbringen waren und - sofern dies der Fall war - die monatlich zu erbringenden Leistungen der Klägerin einen derartigen Fixcharakter hatten, dass eine verzögerte Leistung nicht mehr nachgeholt werden konnte und zur Teilunmöglichkeit der Leistung führte, fehlen. Insbesondere ergibt sich aus den

Ausführungen des Berufungsgerichts nicht, ob die - mangels Feststellungen zu ihrem genauen Gegenstand beziehungsweise Inhalt auch rechtlich nicht weiter einzuordnenden - Leistungen der Klägerin derart streng an den jeweiligen Monat gebunden waren, dass der Leistungszweck bereits durch eine geringfügig verzögerte Leistung unter keinen Umständen mehr mit Ablauf des Monats verwirklicht werden konnte.

24 dd) Die Feststellungen des Berufungsgerichts gestatten darüber hinaus nicht die Annahme, dass der Beklagte für den die Unmöglichkeit begründenden Umstand im Sinne von § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB allein oder jedenfalls überwiegend verantwortlich wäre. Das Berufungsgericht hat dies mit der Erwägung bejaht, der Beklagte habe aufgrund seiner im Juni 2014 ausgesprochenen Kündigung jegliche Leistungserbringung durch die Klägerin abgelehnt. Eine Annahmeverweigerung des Beklagten rechtfertigt die Schlussfolgerung, er sei für die Unmöglichkeit im Sinne von § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB allein oder weit überwiegend verantwortlich, indes von vornherein nur dann, wenn ein Grund für die von ihm ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund nicht vorlag und deshalb der Beklagte zur Annahme der Leistungen der Klägerin verpflichtet war; hierzu liegen, wie ausgeführt (siehe II. 1. b) bb)), keine Feststellungen vor.

25 2. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben und ist aufzuheben. Der Senat kann nicht gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Die Sache ist vielmehr zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem die Gelegenheit zu

geben, die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Der Senat macht dabei von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Pamp

Graßnack

Sacher

Pamp

Brenneisen

Richterin am BGH Borris
ist krankheitsbedingt verhindert,
ihre Unterschrift beizufügen

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 13.11.2017 - 90a O 15/17 -
KG, Entscheidung vom 20.02.2020 - 27 U 153/17 -