

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 213/74

URTEIL

Verkündet am

10. Februar 1977
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Herr Richard W [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],
München 83,

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h.c. Sch [REDACTED] -

gegen

die Werner S c h [REDACTED] GmbH i. L., Bauunternehmung,
P [REDACTED]straße [REDACTED] Ot [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
den Nachtragsliquidator, Rechtsanwalt Jörg Bu [REDACTED],
O [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Dr. Friedrich L [REDACTED],
II. Instanz: Ba [REDACTED]ring [REDACTED], M [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 1977
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter
Fleck, Dr. Kellermann, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 7. Mai 1974 in der Fassung
des am 25./26. Juli 1974 anstelle der
Verkündung den Parteien zugestellten
Ergänzungsurteils wird auf Kosten des
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine GmbH, errichtete aufgrund des
Bauvertrags vom 15. September 1970 für den Beklagten
ein Einfamilienhaus, das dieser auch bezogen hat. Die
Parteien haben ursprünglich über den Werklohn, die vom
Beklagten darauf erbrachten Leistungen und von ihm zur
Aufrechnung gestellte Gegenforderungen gestritten.
Die Revision greift die tatrichterlichen Feststellungen
zur berechtigten Höhe der Schlußrechnung und über die
Zahlungen des Beklagten nicht an, sondern wendet sich
nur noch dagegen, daß das Berufungsgericht die Auf-
rechnung mit drei Gegenforderungen über 50 DM, 6.504,38 DM
und 9.100 DM nicht hat durchgreifen lassen.

- 3 -

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr unter Abweisung im übrigen in Höhe von 7.161,34 DM nebst Zinsen und Mahnkosten stattgegeben, wobei die Verurteilung zur Zahlung an Pfändungsgläubiger der Klägerin lautet.

Am 11. Februar 1974 - vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz, in der sie durch einen Rechtsanwalt vertreten war - ist die Klägerin infolge rechtskräftiger Abweisung eines Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse aufgelöst sowie unter demselben Datum aufgrund des § 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934 (Löschungsgesetz - RGBI I S. 914) von Amts wegen im Handelsregister gelöscht worden. Für sie ist während des Revisionsverfahrens ein Nachtragsliquidator bestellt worden.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klagabweisung weiter. Für die Klägerin ist in dem zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termin niemand erschienen. Der Beklagte hat Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Klägerin ist noch parteifähig. Denn die Löschung wirkt nicht rechtsgestaltend in dem Sinne, daß sie die Gesellschaft unabhängig von noch vorhandenem Vermögen beendet (BGHZ 48, 303, 307). Für den hier



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



gegebenen Fall der Löschung während eines von der Gesellschaft geführten Aktivprozesses ist ihre fortbestehende Parteifähigkeit auch ohne Rücksicht darauf anzunehmen, ob der geltend gemachte Anspruch wirklich besteht; ihr darf nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, als Vermögen in Betracht kommende Ansprüche gerichtlich durchzusetzen. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß mit der Klage Zahlung an verschiedene Pfändungsgläubiger verlangt wird, denen die Forderung zur Einziehung überwiesen worden ist. Denn mit der Überweisung zur Einziehung war die Forderung noch nicht aus dem Vermögen der Klägerin ausgeschieden.

2. Die Revision kann auch nicht mit der Rüge durchdringen, daß das Berufungsgericht den Rechtsstreit hätte aussetzen müssen. Denn diese Frage unterliegt nach §§ 548, 252, 567 Abs. 3 ZPO nicht der Beurteilung durch das Revisionsgericht, auch wenn die Ablehnung der Aussetzung - wie hier - nur im Urteil ausgesprochen wird (BGH in LM ZPO § 252 Nr. 1 und ZMR 1973, 268, 269).

II.

Materiell-rechtlich beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung nicht hat durchgreifen lassen. Auch hiermit kann sie keinen Erfolg haben.

1. Hinsichtlich des Betrags von 50 DM für eine vom Beklagten verauslagte Gebühr dürfte ihr entgangen sein, daß dieser im Ergänzungsurteil vom Anspruch der

Klägerin abgesetzt worden ist (unter A und D der Entscheidungsgründe).

2. Die Gegenforderung von 6.504,38 DM hat der Beklagte schon in der Klagerwiderung geltend gemacht, und zwar mit folgender Begründung (S. 2 i. V. m. Anl. 2 u. 6; vgl. auch S. 5 seines Schrifts. v. 8. 1. 73 unter Ziff. 5): "Die Klägerin hat vertragswidrig eine größere Anzahl von Arbeiten nicht ausgeführt, die als Nebenleistungen ohne Berechnung von der Klägerin zu leisten waren (z. B. Wasserverbrauch, Schutträumung u. a.). Außerdem hat der Beklagte nach vergeblicher Aufforderung an die Klägerin, die unterlassenen Arbeiten nachzuholen und die Mängel der klägerischen Arbeiten zu beseitigen, diese Beanstandungen durch Dritte beheben lassen ...". Der Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Aufrechnung nicht durchgreife, ist im Ergebnis zu folgen:

a) Soweit die Aufstellung in der erwähnten Anlage 6 die Beseitigung von Baumängeln betrifft, stellt das Berufungsgericht mit Recht darauf ab, daß der Beklagte der Klägerin keine Frist zur Mängelbeseitigung nach § 13 Ziff. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) gesetzt hat; die VOB/B liegt den Vertragsbeziehungen der Parteien unstreitig zugrunde. Die Revision hat keine Gründe dafür aufgezeigt, daß es ausnahmsweise auf die Fristsetzung nicht ankam. Ohne vorangegangene Fristsetzung konnte der Beklagte von der Klägerin keine Erstattung der ihm durch die Selbsthilfe entstandenen Kosten verlangen. § 13 Ziff. 5 VOB/B enthält eine abschließende Regelung des Anspruchs des Bauherrn auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten.

Ein Bereicherungsanspruch besteht daneben nicht (BGH, Urt. v. 11. 10. 65 - VII ZR 124/63, LM § 812 Nr. 68). Nichts anderes kann für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gelten (vgl. BGH, Urt. v. 28. 9. 67 - VII ZR 81/65, LM BGB § 633 Nr. 14).

b) Das Berufungsgericht ist allerdings nicht darauf eingegangen, daß die Gegenforderung gemäß ihrer Substantiierung in der Anlage 6 zur Klagschrift einige Positionen enthält, die nicht ohne weiteres unter den Begriff der Mängelbeseitigung fallen, nämlich insbesondere Räumung von Bauschutt und Aufräumen des Bauplatzes. Aber auch wenn es sich nicht um Mängel im Sinne von § 13 Ziff. 5 VOB/B handelte, was der Senat dahingestellt bleiben läßt, ist das Berufungsurteil im Ergebnis richtig. Zwar kann noch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Betracht kommen. Dessen Voraussetzungen hat der Beklagte aber nicht schlüssig dargelegt. Es mag davon ausgegangen werden, daß nach dem Bauvertrag die Klägerin den Schutt zu räumen und den Bauplatz aufzuräumen hatte; bei der außerdem geltend gemachten Position von 450 DM für "ständige Materialbeschaffung, Benzin, Telefonate, ohne Zeitaufwand" fehlt es schon insoweit an der Schlüssigkeit. Der Beklagte hat aber nicht vorgebracht, daß er die Klägerin auch nur gemahnt habe. Hierfür reicht seine pauschale Behauptung nicht aus, die Klägerin sei vergeblich aufgefordert worden, die unterlassenen Arbeiten nachzuholen. Umstände dafür, daß es keiner Mahnung bedurfte, sind nicht ersichtlich.

Auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Beklagte nicht zurückgreifen. Denn sowohl die Bestimmungen des BGB über den Werkvertrag wie die VOB/B sind darauf angelegt, Unklarheiten und Schwierigkeiten im Verhältnis der Vertragsparteien möglichst zu verhindern (BGH, VII. Zivilsenat aaO). Zwar hatten diese Entscheidungen den Ersatz von Mängelbeseitigungskosten zum Gegenstand. Der Gesichtspunkt, da die Mängel schon beseitigt seien, würde eine zuverlässige Nachprüfung ihres Umfangs und ihrer Schwere sowie der Angemessenheit der behaupteten Beseitigungskosten oft nicht mehr möglich sein, hat jedoch bei Schäden wegen Nichterfüllung seine Entsprechung. Denn greift der Auftraggeber zur Selbsthilfe, ohne den Auftragnehmer gemahnt und ihm eine Frist gesetzt zu haben, so können bei der späteren Bestimmung, welche fälligen Leistungen der Auftragnehmer nicht erbracht hatte und welche Kosten dem Auftraggeber durch die eigene Vornahme entstanden sind, unüberwindliche Schwierigkeiten auftreten. Daher ist es gerechtfertigt, den Rückgriff auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag auch insoweit auszuschließen, als sie Kosten des Auftraggebers betreffen, die er mangels Mahnung und Fristsetzung nicht als Schaden wegen Nichterfüllung geltend machen kann.

3. Eine weitere Gegenforderung leitet der Beklagte daraus her, daß der Geschäftsführer der Klägerin sich trotz wiederholter Aufforderungen nicht um den Bau gekümmert habe. Er (der Beklagte) habe deshalb zur Sicherung des Baufortschritts alle Aufgaben der Bauleitung und -überwachung wahrnehmen müssen, und zwar

an 65 Arbeitstagen durchschnittlich je sieben Stunden. Unter Zugrundelegung eines Stundensatzes von 20 DM schulde ihm die Klägerin daher 9.100 DM. Hier kann auf die Erwägungen unter 2. verwiesen werden. Der Beklagte hat keine wirksame Mahnung und Fristsetzung oder Umstände dafür vorgetragen, daß dies nicht erforderlich war. Schon deshalb entfällt ein Schadensersatzanspruch. Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag kommen aus den oben näher ausgeführten Gründen nicht zum Zug.

Stimpel Fleck Dr. Kellermann Bundschuh Dr. Skibbe