

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 633 Abs. 3, 242 Cd

Es verstößt grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Besteller einen ihm zustehenden Vorschußanspruch zur Abwehr gegen eine Restwerklohnforderung des Unternehmers geltend macht und zwar auch dann nicht, wenn der Besteller den Anspruch durch Abtretung erlangt hat (im Anschluß an Senatsurteile BGHZ 54, 244; 95, 250; 96, 146).

BGH, Urt. v. 8. Dezember 1988 - VII ZR 139/87 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

17

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 139/87

URTEIL

Verkündet am
8. Dezember 1988
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der W Wohn- und Industriebau Br GmbH & Co. KG,
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin,
die W Wohn- und Industriebau Br GmbH, diese ver-
treten durch ihren Geschäftsführer, den Immobilienkaufmann
Werner S, M Straße, K,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die I Industriemontagen GmbH, vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer, den Kaufmann Hermann-Josef W, Bu
Straße, L,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

WI

- 2 -



Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1988
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Prof. Dr. Walchshöfer, Prof. Quack, Dr. Thode
und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 19. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Köln vom 20. März 1987
aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung in der Höhe nicht streitigen restlichen Werklohns von 59.191,59 DM zuzüglich Zinsen für Werkleistungen, die sie im Auftrag der Beklagten am Objekt "Gewerbepark E [REDACTED] Straße" aufgrund Bauvertrags vom 26. April 1983 erbracht hat. Am gleichen Bauvorhaben hat die Klägerin für eine von der Beklagten vertretene Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß Vertrag vom 5. März 1983 Bauleistungen ausgeführt.

Die Beklagte wendet sich gegen die Klageforderung aus ihr abgetretenem Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie behauptet, die für diese von der Klägerin erbrachten Werkleistungen seien mangelhaft. Die Kosten der Mängelbeseitigung sowie auch die hilfsweise geltend gemachten Minderungsansprüche überstiegen die Klageforderung erheblich, denn sie machten jedenfalls zwischen 100.000 DM und 150.000 DM aus. Mit daraus hergeleiteten Ansprüchen hat die Beklagte die Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Hiergegen wendet sich die - angenommene - Revision der Beklagten, die die Klägerin zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe:

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Beklagten die zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche nicht zu.

Ein Anspruch auf Vorschuß zur Mängelbeseitigung könne die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und deshalb auch die Beklagte aus abgetretenem Recht, nicht geltend machen, weil Nachbesserung ersichtlich nicht beabsichtigt und deshalb kein Vorschußanspruch entstanden sei. Nichts anderes ergebe sich, selbst wenn man vom Bestehen eines solchen Anspruchs ausgehe. Zwar sei der Vorschußanspruch, wenn er nur wirklich der Nachbesserung dienen solle, abtretbar und könne auch zur Aufrechnung gestellt werden. Doch verstoße das hier gegen Treu und Glauben und sei deshalb eine unzulässige Rechtsausübung, weil es der Beklagten nicht um die Mängel, sondern um die Abwehr des Klageanspruchs gehe.

Somit könne die Beklagte allenfalls mit Ansprüchen auf Minderung oder Schadensersatz aufrechnen. Ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hier solche Ansprüche überhaupt abgetreten habe, sei ebenso zweifelhaft wie die tatsächlichen Voraussetzungen solcher Ansprüche, könne aber letztlich offen bleiben. Denn jedenfalls habe die Beklagte die Ansprüche nicht rechtzeitig oder zumindest nicht substantiiert zur Höhe der geltend gemachten Forderung vorgetragen. Es fehle ein Sachvortrag, der die beschriebenen Mangelbeseitigungsmaßnahmen den geforderten Beträgen zuordne. Deshalb stelle der angebotene Sachverständigenbeweis eine unzulässige Ausforschung dar.

Selbst wenn man den Vortrag in der Berufungsinstanz insoweit als ausreichend ansehe, sei er als verspätet zurückzuweisen.

Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

I.

1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, Mängelbeseitigung sei nicht ernstlich gewollt, findet, was die Revision zu Recht beanstandet, im Sachvortrag der Parteien keine hinreichende Stütze. Die Beklagte hat das nicht behauptet. Sie hat im Gegenteil vorgetragen, mit der Klägerin sei über die Mängel und deren Beseitigung ausführlich verhandelt worden.

Auch im Sachvortrag der Klägerin findet sich aber kein Vorbringen des vom Berufungsgericht angenommenen Inhalts. Die Klägerin bestreitet die Mängel, die Mängelrügen, ihre Verantwortlichkeit für die Mängel und ihr angebliches Versprechen, Mängel zu beseitigen. Sie macht auch geltend, die Mängelrügen seien nicht hinreichend substantiiert. Aber dafür, daß die Beklagte bzw. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Mängelbeseitigung nicht ernstlich wolle, findet sich kein Anhaltspunkt im Sachvortrag beider Parteien. Das Gegenteil ist, nach dem für die Revisionsinstanz maßgebenden Sachvortrag der Beklagten, anzunehmen. Denn wer in der vorgetragenen Weise die Beseitigung von Mängeln anmahnt, wird das auch wollen.

2. Ein Verstoß der Beklagten gegen Treu und Glauben läßt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht herleiten.

a) Der vom Berufungsgericht allein angeführte Gesichtspunkt, der Anspruch diene der Abwehr des Klageanspruchs, reicht nicht aus. Er läßt sich immer angeben, wenn ein Vorschußanspruch gegen eine Werklohnforderung zur Aufrechnung gestellt wird. Deshalb kann aus ihm allein auch niemals ein Verstoß gegen Treu und Glauben hergeleitet werden, denn grundsätzlich ist eine solche Aufrechnung zulässig (vgl. Senatsurteil BGHZ 54, 244, 246/248).

Etwas anderes ergibt sich nicht etwa daraus, daß hier mit einem abgetretenen Vorschußanspruch aufgerechnet werden soll. Auch die Abtretung des Vorschußanspruchs ist grundsätzlich zulässig (vgl. Senatsurteile BGHZ 95, 250, 254 und 96, 146, ausführlicher abgedruckt in NJW 1986, 713, 715).

b) Bedenken aus Treu und Glauben können hier gegen die Aufrechnung mit einem abgetretenen Vorschußanspruch um so weniger erhoben werden, als die Werkleistungen in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, nämlich dasselbe Bauvorhaben betreffen.

Sonstige Umstände, aus denen für die besondere Lage des vorliegenden Falls ein treuwidriges Verhalten der Beklagten hergeleitet werden könnte, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

3. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Beklagte auch Ansprüche wegen Minderung und Schadensersatz abgetreten erhalten hat und ob die Beklagte die Voraussetzungen solcher Ansprüche hinreichend vorgetragen hat. Für die Revisionsinstanz ist somit davon auszugehen, daß beides der Fall ist (zur Abtretbarkeit eines Anspruchs auf Minderung vgl. Senatsurteil BGHZ 95, 250).

a) Zu Unrecht hält das Berufungsgericht das Vorbringen hinsichtlich der Höhe der Mängelansprüche für nicht hinreichend substantiiert.

Das war schon für das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht anzunehmen. Bereits in erster Instanz hat die Beklagte die Mängel, auf die sie sich berufen will, hinreichend bezeichnet, nämlich als Schwingungen der Decke infolge ungenügender Dimensionierung. Dabei hätte sie ihren Vortrag sogar auf eine Beschreibung der von ihr beanstandeten Mangelerscheinungen, also der Schwingungen, beschränken können (ständige Rechtsprechung des Senats zuletzt Urteile vom 6. Oktober 1988 - VII ZR 227/87 und vom 10. November 1988 - VII ZR 140/87 jeweils m.w.N. - beide zur Veröffentlichung bestimmt). Sie hat ferner behauptet, wenn man diese Schwingungen beseitigen wolle, müsse man 100 bis 150.000 DM aufwenden. Das hat die Beklagte dann im Lauf des Prozesses noch weiter erläutert und vertieft, aber schon ihr ursprünglicher Vortrag insoweit genügte. Mehr war ihr nach Lage des Falls jedenfalls nicht zuzumuten (vgl. auch Senatsurteil vom 7. März 1985 - VII ZR 60/83 = BauR 1985, 355, 357 = ZfBR 1985, 171, 172 in einem ähnlichen Fall).

b) Unter diesen Umständen kommt es auf die Zurückweisung des Vorbringens als im Berufungsrechtszug verspätet nicht mehr an. Der Vortrag der Beklagten war - wie dargelegt - nicht neu i.S. von § 528 ZPO und hätte schon vom Landgericht nicht zurückgewiesen werden dürfen.

II.

Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO).

Die Zweifel, die das Berufungsgericht hinsichtlich der Abtretung und ihres Umfangs hat, sowie hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen von Schadensersatz- oder Minderungsansprüchen finden im Vortrag der Beklagten keine hinreichende Grundlage. Vielmehr hat die Beklagte sowohl die tatsächlichen Voraussetzungen eines Vorschußanspruchs wie die von Minderungs- und Schadensersatzansprüchen wie schließlich auch die Abtretung aller einschlägigen Ansprüche durch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts schlüssig vorgebracht (vgl. dazu Senatsurteil NJW 1986, 977). Zu der von der Klägerin erhobenen Einrede der Verjährung wird auf das Senatsurteil NJW 1987, 2373 hingewiesen.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehen bleiben.
Es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen erforderlich
sind (§ 565 Abs. 1 ZPO), ist die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Walchshöfer

Quack

RiBGH Dr. Thode ist
ortsabwesend und kann
deshalb nicht unter-
schreiben.

Girisch

Haß