

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 633 Abs. 3

- a) Dem Hauptunternehmer kann gegen den Nachunternehmer ein Kostenvorschuß zur Mängelbeseitigung zustehen; dies gilt auch, wenn der Hauptunternehmer seinerseits dem Bauherrn einen entsprechenden Vorschuß bereits geleistet oder noch zu leisten hat.
- b) Nach Mängelbeseitigung obliegt es dem Besteller darzulegen und ggf. zu beweisen, daß er noch nicht abrechnen kann.

BGH, Urt.v. 1. Februar 1990 - VII ZR 150/89 - OLG Celle

LG Hannover

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 150/89

URTEIL

Verkündet am:
1. Februar 1990
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Beklagte, Widerklägerin,
Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte : Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

[REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

WI

5

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Thode und Hausmann

für Recht erkannt:

'Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichtes Celle vom 22. März 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Klägerin errichtete als Hauptunternehmerin 1982/1983 für einen Bauherrn ein Seniorenwohnheim in K.. Die Innenputzarbeiten ließ sie 1982 durch die Beklagte als Nachunternehmerin ausführen. 1985 beanstandete der Bauherr gegenüber der Klägerin u.a. Mängel der Putzarbeiten und nahm die Klägerin auf Vorschußzahlung in Höhe von insgesamt 31.570 DM in Anspruch. Die Klägerin, die ihrerseits die Beklagte vergeblich zur Mängelbeseitigung aufgefordert hatte, wurde durch Urteil vom 3. Juni 1987 rechtskräftig zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 31.570 DM nebst Zinsen verurteilt; in jenem Rechtsstreit hatte sie der Beklagten den Streit verkündet.

Mit Schreiben vom 4. August 1987 ließ die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich auffordern, an sie 31.570 DM zu zahlen; gleichzeitig wies sie auf notwendige weitere Sanierungsarbeiten hin. Mit ihrer Klage hat sie alsdann einen Teilbetrag in Höhe von 5.100 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte hat u.a. ausgeführt, der Klägerin stehe schon aus Rechtsgründen ein Vorschußanspruch nicht zu. Außerdem seien, wie zu Beweis stehe, alle Putzschäden bis Ende August 1987 beseitigt worden. Sie hat ferner Widerklage mit dem Ziel erhoben festzustellen, der Klägerin stehe auch kein weitergehender Vorschußanspruch zu.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt. Mit der - zugelassenen - Revision, die die Klägerin zurückzuweisen bittet, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungs- und Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht davon aus, auch ein Hauptunternehmer, der nicht Bauherr sei, könne einen Vorschußanspruch gegen seinen Nachunternehmer geltend machen, zumal er mit seiner eigenen Vorschußzahlung an den Bauherrn eine Verpflichtung erfülle, die eigentlich dem Nachunternehmer obliege. Aufgrund der Interventionswirkung in dem Rechtsstreit zwischen dem Bauherrn und der Klägerin stehe die Verantwortung der Beklagten für die Putzschäden fest. Der Vorschußanspruch der Klägerin sei nicht verjährt, da die Verjährungsfrist infolge der Streitverkündung unterbrochen worden sei. Eine "Verwirkung" des Vorschußanspruches wegen der von der Beklagten behaupteten Nachbesserung sei nicht gegeben. Die Klägerin habe Beweis dafür angetreten, daß der Bauherr den von ihr erhaltenen Vorschuß wegen fortdauernder Schadensfeststellungen noch nicht abgerechnet habe. Die Beklagte habe für einen "inzwischen" erfolgten Sanierungsabschluß keinen Beweis angetreten.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

I.

Zur Klage

1. Das Berufungsgericht nimmt allerdings zu Recht an, der Klägerin könne als Hauptunternehmerin gegen die Beklagte als Nachunternehmerin ein eigenständiger Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die Kosten der Mängelbeseitigung zustehen.

a) Der Vertrag des Hauptunternehmers mit dem Nachunternehmer ist ein selbständiger Bauleistungsvertrag, aus dem sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten unabhängig davon ergeben, welche Ansprüche der Bauherr oder andere Baubeteiligte gegen den Hauptunternehmer besitzen und in welchem Umfang sie davon Gebrauch machen (Senat NJW 1981, 1779 m.w.N.). Ist das Werk mangelhaft, so kommt eine Haftung des Nachunternehmers auf Gewährleistung in Betracht.

b) Der Senat hat bisher die Frage nicht ausdrücklich entschieden, ob dies auch für den von der Rechtsprechung gewährten Vorschußanspruch gilt, der letztlich - unter Anlehnung an § 669 BGB - aus Billigkeitsgründen nach § 242 BGB entwickelt worden ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 47, 272, 54, 244; 68, 372; 94, 330; NJW 1984, 2456; Urteil vom 24. November 1988 - VII ZR 112/88 = NJW-RR 1989, 405 = BauR 1989, 201 = ZfBR 1989, 60).

Diese Frage ist zu bejahen. Der der angeführten Rechtsprechung zugrundeliegende Gedanke ist auch auf den vorliegenden Fall anwendbar, in dem der Nachunternehmer seine Leistung aufgrund seines Vertrages mit dem Hauptunternehmer unmittelbar dem Bauherrn erbringt. Ist das Werk des Nachunternehmers mangelhaft, so entspricht es dem Gebot der Billigkeit (§ 242 BGB), daß letztlich der Nachunternehmer die Kosten für die Beseitigung der Mängel für seine mangelhafte Leistung seinem Vertragspartner und damit dem Hauptunternehmer vorzuschießen hat.

Entgegen der Annahme der Revision ist es aus Rechtsgründen unerheblich, ob die Klägerin den Vorschuß, zu dessen

Zahlung sie an den Bauherrn verurteilt worden ist, bereits geleistet hat. Im Verhältnis der Parteien ist die Klägerin die Bestellerin, die nicht mit den Kosten der Nachbesserung belastet werden soll, die sich die nachbesserungspflichtige, aber dazu nicht bereite Beklagte zu zahlen weigert. Die Klägerin als Gläubigerin soll im Verhältnis zur Beklagten nicht verpflichtet sein, eigene finanzielle Mittel zur Mängelbeseitigung einzusetzen. Daß sie aufgrund ihres mit dem Bauherrn geschlossenen Vertrages ihrerseits Vorschuß zahlen muß, berührt ihr Vertragsverhältnis zur Beklagten nicht. Aus diesem Grunde kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, die Klägerin sei im Verhältnis zum Bauherrn selbst zur Nachbesserung nicht bereit. Letztlich hat die Beklagte - wie auch die Revision nicht mehr in Zweifel zieht - die ihr obliegenden Putzarbeiten mangelhaft ausgeführt; da sie die der Klägerin geschuldete Nachbesserung verweigert hat, muß sie für die Kosten der Mängelbeseitigung im Wege des Vorschusses gegenüber der Klägerin eintreten.

c) Auch der Einwand der Revision, die Klägerin wolle den geforderten Betrag nicht zur Mängelbeseitigung verwenden, sondern begehre lediglich "Erstattung", führt zu keiner anderen Beurteilung. Zwar ist der Vorschuß nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ein vorweggenommener und abzurechnender Ersatz von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung. Dieser Zweck wird indessen auch erreicht, wenn der Vorschuß vom Hauptunternehmer an den Bauherrn weitergeleitet wird oder, sofern der Hauptunternehmer seinerseits bereits Vorschuß geleistet hatte, dessen Zahlung ausgeglichen wird. Wenn nunmehr die Klägerin einen Vorschuß von der Beklagten fordert, so wird im Ergebnis die Vermögenslage hergestellt,

die bestehen würde, wenn die Beklagte ihre mangelhafte Leistung selbst unverzüglich nachgebessert oder zumindest den dazu notwendigen Vorschuß rechtzeitig geleistet hätte. Die Einschaltung eines Hauptunternehmers würde sonst zu einer durch nichts gerechtfertigten Besserstellung des Nachunternehmers führen. Diese Fortentwicklung der Rechtsprechung des Senats zum Vorschußanspruch findet ihre Grundlage in dem Gedanken von Treu und Glauben (§ 242 BGB), aus dem der Senat diesen Anspruch maßgeblich herleitet.

2. Die Revision beanstandet jedoch zu Recht, das Berufungsgericht sei dem Vortrag der Beklagten, bis Ende August 1987 seien alle Putzschäden beseitigt worden, nicht nachgegangen. Diesen erstinstanzlichen Vortrag hat die Beklagte ausdrücklich im zweiten Rechtszug wiederholt und auf das dort genannte Beweismittel konkret Bezug genommen.

a) Der Senat hat daher zugunsten der Beklagten von einer vollständigen Mängelbeseitigung der Putzschäden bis Ende August 1987 auszugehen. Dann aber konnte die Klägerin im Zeitpunkt der letzten - einzigen - mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 8. März 1989 und damit mehr als anderthalb Jahre nach dieser Beseitigung nur noch dann Vorschuß auf diese Kosten fordern, wenn sie ihrerseits die Kosten dieser Mängelbeseitigung noch nicht abgerechnet hatte und ihr auch eine Abrechnung nicht möglich ist.

b) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts hat die Klägerin die Gründe, aus denen ihr eine Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten derzeit nicht möglich ist, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Hätte die Beklagte den

Vorschuß auf Anforderung gezahlt, so müßte die Klägerin als Bestellerin im Rahmen einer Abrechnung die Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachweisen (Senat BGHZ 94, 330, 334; NJW 1988, 2728). Dann obliegt ihr aber auch der Nachweis, aus welchen Gründen sie nach Mängelbeseitigung diese Kosten noch nicht beziffern kann.

II.

Zur Widerklage

1. Die Rüge der Revision, das Urteil des Berufungsgerichtes enthalte zur negativen Feststellungswiderklage der Beklagten keine Entscheidungsgründe (§ 551 Nr. 7 ZPO), ist formal zutreffend. Ob diese Rüge sachlich begründet ist, kann der Senat jedoch offenlassen. Denn das Urteil des Berufungsgerichtes ist zu diesem Punkt schon aus anderen Gründen aufzuheben. Nach den vorstehenden Ausführungen zu Abschnitt II steht nämlich derzeit nicht fest, ob der Klägerin im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht - noch - ein Vorschußanspruch zustand. Wenn, wie zugunsten der Beklagten zu unterstellen ist, die Klägerin nach Mängelbeseitigung hätte abrechnen können und daher jetzt einen Kostenerstattungsanspruch gemäß § 633 Abs. 3 BGB geltend machen muß, so steht ihr ein Vorschußanspruch nicht mehr zu.

2. Sollte die Klägerin allerdings noch Vorschuß fordern können, so wird sich das Berufungsgericht entsprechend der Rüge der Revision im Rahmen der negativen Feststellungswiderklage auch mit der Höhe des Anspruches zu befassen haben.

Denn im Rechtsstreit zwischen dem Bauherrn und der Klägerin ist dem Bauherrn im Rahmen seines Zahlungsantrags auch Vor-
schuß für die Beseitigung von Mängeln zuerkannt worden, die
nicht der Beklagten zuzurechnen sind.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen
bleiben. Da hinreichende tatrichterliche Feststellungen
fehlen, ist der Senat zu einer abschließenden Entscheidung
nicht in der Lage, § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Die Sache ist
vielmehr an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Bliesener

Quack

Thode

Hausmann