BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 262/05

Verkündet am:
26. Juli 2007
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 528 a.F.

Ein neues Verteidigungsmittel kann nicht zurückgewiesen werden, wenn es durch einen gerichtlichen Hinweis veranlasst wurde.

BGB § 320

Der Auftraggeber kann dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wegen Mängeln der Werkleistung auch dann entgegenhalten, wenn er die Gewährleistungsansprüche an einen Dritten abgetreten hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 22. Februar 1971 - VII ZR 243/69, BGHZ 55, 354).

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 262/05 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 14. Oktober 2005 aufgehoben, soweit die Beklagte aufgrund des Nachtrags 4 zur Zahlung von 4.178,38 € verurteilt worden ist und zu ihren Lasten die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz einer Nutzungsentschädigung von 11.555,20 € sowie ein auf bestehende Mängel gestütztes Zurückbehaltungsrecht im Umfang von 135.287,83 € nicht berücksichtigt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung restlichen Werklohns. Die Beklagte rechnet, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, mit einem Anspruch auf Ersatz eines an einen Nachbarn für die Nutzung eines

Grundstücksstreifens gezahlten Entgelts auf und macht wegen bestehender Baumängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

2 Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit Generalunternehmervertrag vom 30. September 1997 mit der schlüsselfertigen Errichtung zweier Stadtvillen zum Pauschalpreis von 6.475.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer auf einem Grundstück, das mit dem Erbbaurecht einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR) belastet ist. Die Parteien vereinbarten die Geltung der VOB/B und eine Bauzeit von zwölf Monaten. Mitte November 1997 legten sie die Fertigstellung bis Ende November 1998 fest. In der Folgezeit nahm die Beklagte verschiedene Änderungen des Bauentwurfs vor. Die Klägerin stellte eine Vielzahl von Nachträgen. Im Revisionsverfahren ist nur noch über den Nachtrag 4 zu entscheiden. Die Klägerin beansprucht insoweit eine Vergütung von 8.172,20 DM (4.178,38 €) für eine nach Errichtung der Terrasse vorzunehmende Änderung der Terrassenaufkantung.

3 Das Bauvorhaben wurde am 25. Januar 2000 ohne Außenanlagen abgenommen. Dabei wurden die in den Mängellisten vom 29. Dezember 1999 aufgeführten Mängel gerügt. Am 3. März 2000 trat die Beklagte ihre Gewährleistungsansprüche an die aus dem Erbbaurecht berechtigte GbR ab.

4 Die Klägerin stellte am 26. Januar 2000 eine Schlussrechnung, aus der sie erstinstanzlich eine Restwerklohnforderung von 3.020.968,57 DM geltend gemacht hat. Die Beklagte hat mit einem Anspruch auf Ersatz eines Entgelts aufgerechnet, das für die Nutzung eines für die Bauausführung erforderlichen Streifens des Nachbargrundstücks ab Mitte Februar 1998 angefallen sein soll. Darüber hinaus hat sie wegen der in den Mängellisten vom 29. Dezember 1999 aufgelisteten Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Das Landgericht hat die Beklagte mit Endurteil vom 14. März 2001 unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 2.206.436,38 DM nebst Zinsen verurteilt. Es hat der Klägerin die mit Nachtrag 4 geltend gemachte Forderung zuerkannt, weil die zunächst vorgenommene Ausführung der Terrasse dem Schalungsplan entsprochen habe und sie nicht verpflichtet gewesen sei, diesen auf Übereinstimmung mit den abweichenden Ausführungsplänen zu überprüfen. Die Gegenforderung der Beklagten auf Ersatz des Nutzungsentgelts hat das Landgericht in Höhe von 7.600 DM zuerkannt. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen bei der Abnahme festgestellter und später noch aufgetretener Mängel hat es der Beklagten im Hinblick auf die Abtretung der Gewährleistungsansprüche versagt.

6 Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Beklagte hat im Berufungsverfahren den begehrten Ersatzbetrag des Nutzungsentgelts auf 22.600 DM (11.555,20 €) erhöht.

7 Das Berufungsgericht hat die Parteien mit Verfügung vom 14. April 2005 unter Einräumung einer bis 15. Juli 2005 verlängerten Stellungnahmefrist darauf hingewiesen, dass es für den Nachtrag 4 nicht auf die Prüfungspflicht der Klägerin ankomme, da die geänderten Ausführungspläne erst am 2. Juni 1998 übergeben worden seien. Zu diesem Zeitpunkt sei die Terrasse offenbar schon fertig gestellt gewesen, so dass ein Rückbau erforderlich geworden sei; Rückbau und Höhe der Forderung seien nicht bestritten.

8 Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 15. Juli 2005 geltend gemacht, der Nachtrag 4 sei, wenn man die Berechtigung dem Grunde nach unterstelle, nur mit einem Betrag von netto 1.375 DM berechtigt. Sie hat unter Zeugenbeweis gestellt, dass die Terrasse am 2. Juni 1998 nicht fertig gestellt gewesen sei. Die Aufkantung sei nur eingeschalt, nicht bewehrt und nicht betoniert gewesen. Die

Klägerin hat mit Schriftsatz vom 1. September 2005 unter Beweisantritt behauptet, dass die Terrasse am 2. Juni 1998 fertig gestellt gewesen sei, die Mehrkosten ordnungsgemäß berechnet worden und Minderkosten nicht angefallen seien.

9 Das Berufungsgericht hat die Beklagte ohne Beweisaufnahme aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2005 verurteilt, an die Klägerin 695.882,74 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Berufung der Klägerin und die weitergehende Berufung der Beklagten hat es abgewiesen. Mit der vom Senat insoweit zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte eine Abweisung der Klage bezüglich des Nachtrags 4, die Zuerkennung der Nutzungsentschädigung von 22.600 DM (11.555,20 €) sowie die Berücksichtigung eines auf Mängel gestützten Zurückbehaltungsrechts im Umfang von 264.600 DM (135.287,83 €).

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt im Umfang der geltend gemachten Beschwer zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

12 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe die mit Nachtrag 4 geltend gemachte Forderung von netto 7.045 DM zu, weil die Terrasse bei Übergabe der geänderten Ausführungspläne am 2. Juni 1998 bereits fertig gestellt gewesen und deshalb ein Rückbau erforderlich geworden sei. Dieser Sachverhalt sei nach dem Hinweis vom 14. April 2005 unstreitig. Die Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 15. Juli 2005, die Terrasse sei noch nicht fertig gestellt gewesen und die beanspruchten Mehrkosten seien nur zum Teil angefallen, sei nach § 528 ZPO a.F. als verspätet zurückzuweisen. Bis zu diesem Zeitpunkt seien der Rückbau der Terrasse und die Höhe der Forderung nicht bestritten gewesen. Mit Schriftsatz vom 1. September 2005 sei die Klägerin der Behauptung der Beklagten entgegengetreten. Die von der Beklagten beantragte Beweisaufnahme hätte zur Vertagung und damit zu einer Verzögerung geführt.

13 2. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Beklagten unter Verstoß gegen § 528 ZPO a.F. als verspätet zurückgewiesen.

14 a) Auf die Berufung der Beklagten finden gemäß § 26 Nr. 5 EGZPO die am 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung Anwendung, weil die mündliche Verhandlung, auf die das angefochtene landgerichtliche Urteil ergangen ist, vor dem 1. Januar 2002 geschlossen worden ist.

15 b) Die Beklagte hat erstmals im Schriftsatz vom 15. Juli 2005 unter Beweisantritt die Behauptung aufgestellt, der Rückbau sei nicht in dem von der Klägerin behaupteten Umfang erforderlich gewesen. Es handelt sich damit um ein neues Verteidigungsmittel i.S.d. § 528 ZPO. Das Berufungsgericht begründet nicht, ob die Zurückweisung auf § 528 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO beruht. Un-

abhängig davon durfte das Berufungsgericht das Vorbringen nicht als verspätet behandeln; denn die Zurückweisung eines neuen Verteidigungsmittels kommt nicht in Betracht, wenn es durch einen gerichtlichen Hinweis veranlasst wurde. Dies ist hier der Fall. Das Berufungsgericht hat unter dem 14. April 2005 darauf hingewiesen, dass nicht der Streit der Parteien über die Prüfungspflicht der Klägerin entscheidend sei, sondern der Umstand, dass die Terrasse im Zeitpunkt der Übergabe der geänderten Ausführungspläne offenbar schon fertig gestellt gewesen sei, aus diesem Grund ein Rückbau erforderlich geworden sei, und es davon ausgehe, dass Rückbau und Kosten unstreitig seien. Das durch diesen Hinweis veranlasste und innerhalb der Stellungnahmefrist erfolgte Vorbringen der Beklagten durfte das Berufungsgericht daher nicht als verspätet zurückweisen.

16 3. Eine abschließende Entscheidung des Senats über den Nachtrag 4 kommt auch nicht teilweise in Betracht. Die Beklagte hat der Klägerin eine Forderung in Höhe von netto 1.375 DM nur für den Fall zugestanden, dass der Vergütungsanspruch dem Grunde nach besteht. Davon kann nicht ausgegangen werden, da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, dass der Klägerin nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, nach § 2 Nr. 5 VOB/B oder auf einer sonstigen rechtlichen Grundlage ein Zahlungsanspruch zusteht.

II.

17 Das Berufungsurteil enthält weder zu dem von dem Landgericht zugesprochenen Anspruch auf Ersatz eines Nutzungsentgelts von 7.600 DM noch zu dem in der Berufungsinstanz erweiterten Anspruch auf Ersatz eines Nutzungsentgelts von 22.600 DM (11.555,20 €) Ausführungen.

18 Die fehlende Entscheidung wird das Berufungsgericht nachzuholen haben.

III.

19 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagten stehe wegen Mängeln der Werkleistung der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Nach Abtretung ihrer Mängelbeseitigungsansprüche könne sie Gewährleistungsansprüche mangels Rechtsinhaberschaft nur noch in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen. Die dafür erforderlichen Voraussetzungen lägen jedoch nicht vor.

20 2. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Für einen vergleichbaren Fall hat der Senat entschieden, dass der Auftraggeber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers wegen Mängeln der Werkleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB auch dann entgegenhalten kann, wenn er die Gewährleistungsansprüche an einen Dritten abgetreten hat (BGH, Urteil vom 22. Februar 1971 - VII ZR 243/69, BGHZ 55, 354, 358). Die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft müssen nur vorliegen, wenn der Auftraggeber, der seine Gewährleistungsansprüche abgetreten hat, im Wege der Klage oder Widerklage die Beseitigung der Mängel verlangt. Einer besonderen Ermächtigung zur Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts bedarf es nicht.

21 Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob der Werkleistung der Klägerin Mängel anhaften, aus denen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags abgeleitet werden kann.

Dressler Kuffer Kniffka

Bauner Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 14.03.2001 - 94 O 104/99 -
KG Berlin, Entscheidung vom 14.10.2005 - 21 U 233/01 -