

12

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 278/82

URTEIL

Verkündet am

28. Juni 1984

Werner,

Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Dachdeckers Rudi W [REDACTED], In der A [REDACTED], H [REDACTED]
S [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Studienrätin Rosemarie I [REDACTED], S [REDACTED] weg [REDACTED],
H [REDACTED]-Z [REDACTED], handelnd als Verwalterin der
Wohnungseigentümergeinschaft Terrassenhaus S [REDACTED] weg [REDACTED],
H [REDACTED]-Z [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Grund- und Teilurteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 7. September 1982 aufgehoben, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, mehr als 35.929,24 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 8. Juli 1982 an die Klägerin zu zahlen.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte 4/7 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin macht für die Wohnungseigentümer eines Terrassenhauses einen diesen vom Bauherrn und Veräußerer abgetretenen Gewährleistungsanspruch aus Undichtigkeit der Flachdächer und der Terrassenflächen gegen den beklagten Dachdecker geltend. Sie hat zunächst Vorschuß für Mängelbeseitigungskosten eingeklagt und die Feststellung der darüber hinausgehenden Ersatzpflicht des Beklagten begehrt. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Dagegen hat der Beklagte Berufung eingelegt, der sich die Klägerin angeschlossen hat. Sie läßt sich nunmehr ein Verschulden des teilweise auch planerisch tätig gewordenen bauleitenden Architekten des Zedenten mit 30 % anrechnen und hat vor dem Oberlandesgericht nur noch 70 % der während des Rechtsstreites aufgewendeten Fremdnachbesserungskosten von insgesamt 113.483,20 DM, nämlich 79.438,24 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 1. Januar 1980, als Schadensersatz vom Beklagten verlangt.

Das Berufungsgericht hat mit einem Grund- und Teilurteil über Schadenspositionen von insgesamt 61.734,44 DM befunden, insoweit Grund und Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruches bejaht und der Klägerin daraus 70 % = 43.214,11 DM sowie weitere 6.271,45 DM als diesem Schadensbeseitigungsaufwand entsprechenden Anteil des Honorars für den die Schadensbeseitigung überwachenden (neuen) Architekten, insgesamt damit 49.485,56 DM nebst 4 v.H. Zinsen erst ab 8. Juli 1982 zugesprochen. Für die



Zeit vom 1. Januar 1980 bis zum 7. Juli 1982 hat es der Klägerin bereits für den gesamten Klageanspruch Zinsen aberkannt. Im übrigen hat es noch in dem als Grundurteil bezeichneten Teil seines Erkenntnisses festgestellt, daß der Beklagte 70 % der Kosten eines bestimmten Beweissicherungsverfahrens zu tragen hat.

Der Beklagte hatte nicht nur die Klageforderung insgesamt geleugnet, sondern auch mit Gegenforderungen von insgesamt 33.342,81 DM hilfsweise aufgerechnet. Das Berufungsgerecht hat dem Beklagten die Aufrechnung versagt.

Mit seiner Revision hat der Beklagte die volle Abweisung der Klage erreichen wollen. Er hat zunächst den ausgerichteten Teilbetrag nach Grund und Höhe angegriffen, sich gegen das Grundurteil zu den Kosten des Beweissicherungsverfahrens gewehrt und ferner gerügt, daß das Oberlandesgericht die Hilfsaufrechnung nicht habe durchgreifen lassen.

Mit Beschluß vom 22. März 1984 hat der Senat die Revision nur insoweit angenommen, als dem Beklagten die Hilfsaufrechnung mit seinem Restwerklohnanspruch aus der Rechnung vom 14. Februar 1977 in Höhe von $(3.853,22 + 9.703,10 =)$ 13.556,32 DM versagt und er verurteilt worden ist, mehr als 35.929,24 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 8. Juli 1982 an die Klägerin zu zahlen; im übrigen ist die Revision nicht angenommen worden.

Mit dieser Maßgabe verfolgt der Beklagte seine Revision weiter, während die Klägerin um Zurückweisung des Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe:

Nach der teilweisen Annahme der Revision ist allein noch über die Hilfsaufrechnung mit einer Restwerklohnforderung von 13.556,32 DM zu entscheiden.

Der Beklagte leitet diesen Anspruch aus der neuen Fassung seiner über die eigentliche Werkleistung aufgestellten, von ihm selbst geänderten und auf 47.551,50 DM herabgesetzten Schlußrechnung vom 14. Februar 1977 (GA I 73-82) her. Er zieht für Bauwesenversicherung, Skonto, Sicherheitseinbehalt und Abschlagszahlungen 28.785,66 DM (GA IV 653) sowie die durch Scheck am 16. Februar 1978 geleistete Schlußzahlung des Zedenten von 5.209,52 DM (GA IV 655) ab und errechnet somit seinen Restwerklohn auf die vorbezeichneten 13.556,32 DM.

Die Klägerin hat sich gegen die Aufrechnung mit dieser Restwerklohnforderung folgendermaßen verteidigt:

In Höhe von 9.703,10 DM habe schon der Zedent durch Aufrechnung mit einem ihm gegen den Beklagten zustehenden Aufwendungsersatzanspruch die Restwerklohnforderung getilgt. Darüber hinaus stehe dem Beklagten Restwerklohn nicht mehr zu.

Im übrigen habe der Zedent am 16. Februar 1978 die Schlußzahlung von 5.209,52 DM geleistet, der gegenüber sich der Beklagte den durch die Schlußzahlung nicht ausgeglichenen Restwerklohnanspruch zwar vorbehalten, den Vorbehalt jedoch nicht ausreichend begründet habe, weshalb

er nunmehr insgesamt mit dem Restwerklohnanspruch "ausgeschlossen" sei.

Das Oberlandesgericht hat nicht geprüft, ob bereits die vom Zedenten mit der angeblichen Ersatzforderung von 9.703,10 DM erklärte Aufrechnung in dieser Höhe zur Tilgung der Restwerklohnforderung geführt hat. Es hat ebensowenig geprüft, ob der Restwerklohnanspruch des Beklagten auch die streitigen verbleibenden (13.556,32 - 9.703,10 =) 3.853,22 DM umfaßt. Es hat vielmehr dem Beklagten schon deshalb die Aufrechnung versagt, weil er gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B mit der gesamten zur Aufrechnung gestellten Forderung "ausgeschlossen" sei. Der "ausgeschlossene" Anspruch habe der Klageforderung zu keiner Zeit aufrechenbar gegenübergestanden, weswegen auch eine Aufrechnung mit dieser Forderung nicht möglich sei.

Das hält den Angriffen der Revision nicht stand:

1. Mit dem Berufungsgericht kann allerdings - weil im Endergebnis den Beklagten nicht beschwerend - davon ausgegangen werden, daß für den Werkvertrag zwischen dem Zedenten und dem Beklagten die Geltung der VOB/B und damit auch die Regelung über die Schlußzahlung des § 16 Nr. 3 VOB/B vereinbart worden ist.

Das Oberlandesgericht wertet die Übergabe des Schecks von 5.209,52 DM am 16. Februar 1978 (vgl. GA I 397) auch richtig als Schlußzahlung auf die Werklohnforderung des Beklagten. Es sieht ferner dessen (Ein-)Schreiben vom 1. März 1978 (GA I 401-403) zutreffend und der Revision günstig als fristgerechten Vorbehalt des mit der Schluß-

zahlung noch nicht ausgeglichenen Teils der Restwerklohnforderung an.

2. Nicht gefolgt werden kann dem Oberlandesgericht jedoch darin, der Vorbehalt sei gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 5 VOB/B hinfällig geworden, weil der Beklagte ihn nicht innerhalb weiterer 24 Werktage eingehend begründet habe.

a) Unmittelbar vor der Schlußzahlung haben der Zedent und der Beklagte eine Abklärung der Werklohnforderung des Beklagten aus der ursprünglichen Rechnung vom 14. Februar 1977 zu erreichen versucht. Nach Auffassung des Zedenten betrug der Werklohn 43.621,90 DM, nach Auffassung des Beklagten 47.551,50 DM. Danach hatte der Zedent die Restwerklohnforderung des Beklagten aus der Rechnung vom 14. Februar 1977 überhaupt nur noch in Höhe von 3.929,60 DM bestritten (GA I 87, 397, 467, 473) und darüber hinaus seinerseits mit einer streitigen Gegenforderung von 9.703,10 DM aufgerechnet. Inzwischen streiten die Parteien zur Höhe des Restwerklohns nur noch um 3.853,22 DM, weil der Beklagte sich seit der zweiten Instanz für Sicherheitseinbehalt und Bauwesenversicherung insgesamt 76,38 DM mehr abziehen lassen will (GA I 397, IV 653); die beiden Beträge von 3.853,22 DM und 9.703,10 DM ergeben die jetzt nur noch im Streit befindliche Aufrechnungsforderung des Beklagten von 13.556,32 DM.

Der eigentliche Streit um die Restwerklohnhöhe über jetzt noch 3.853,22 DM geht um Aufmaß- und Abrechnungsdifferenzen. Bei der gegenüber dem Restwerklohn zur Aufrechnung gestellten streitigen Gegenforderung von 9.703,10 DM handelt es sich darum, daß der Zedent in dieser Höhe vom

Beklagten Ersatz verlangt, weil er Löhne an für den Beklagten eingesetzte Arbeitskräfte gezahlt habe, wobei der Beklagte bestreitet, zum Ersatz verpflichtet zu sein.

b) Die seinerzeit dem Zedenten vorliegende alte Fassung der Schlußzahlung vom 14. Februar 1977 (I 383 ff) war nach der zutreffenden Feststellung des Berufungsgerichtes prüfungsfähig (BU 28) und vom Architekten des Zedenten in allen Punkten auch geprüft worden. Will der Auftragnehmer - wie hier - im Gegensatz zum Auftraggeber lediglich bei den in die prüfungsfähige Schlußrechnung eingestellten Positionen verbleiben, dann bedarf es keiner weiteren Begründung des Vorbehalts (ständige Rechtsprechung des Senats, zuletzt Urteil vom 8. November 1979 - VII ZR 113/79 = BauR 1980, 178, 180 und vom 24. März 1983 - VII ZR 329/81 = BauR 1983, 476, 478 m.w.N.). Das gilt hier umso mehr, als die Parteien des Werkvertrages noch kurz vor der Schlußzahlung ihre gegenteilige Auffassung besprochen und aufrecht erhalten haben.

Dem - allerdings streitigen - Vorbringen der Klägerin könnte möglicherweise entnommen werden, bei dem kurz vor der Schlußzahlung unternommenen Abklärungsversuch hätten die Parteien die Schlußrechnung vom 14. Februar 1977 in ihrer alten Fassung einverständlich nicht mehr gelten lassen wollen und die Erstellung einer neuen Rechnung vereinbart. In diesem Falle würde bei Übergabe des Schecks am 16. Februar 1978 überhaupt keine Schlußrechnung mehr vorgelegen haben, auf die eine Schlußzahlung hätte erfolgen können (vgl. dazu Senatsurteil NJW 1981, 1040, 1041 m.N.).

c) Im übrigen hat der Beklagte schon mit seinem Schreiben vom 1. März 1978 (GA I 401-403) den darin erklärten Vorbehalt des durch die Schlußzahlung vom 16. Februar 1977 nicht getilgten Teiles seines Restwerklohnanspruchs ausreichend begründet.

aa) So hat er wegen des damals nur noch der Höhe nach streitigen Teiles von 3.929,60 DM ausgeführt: "Wie schon bei der Besprechung (d.i. der Abklärungsversuch vor der Schlußzahlung) mündlich mitgeteilt, sind wir mit den Abstrichen in verschiedenen Punkten in der Hauptrechnung (d.i. die Schlußrechnung vom 14. Februar 1977) nicht einverstanden. Sollte diesbezüglich keine Einigung gefunden werden, sehen wir uns gezwungen, einen Sachverständigen zur Klärung dieser Fachfragen zu beauftragen" (I 403). Das genügte nach Lage der Dinge.

bb) Ferner hat er sich ausreichend deutlich gegen die Verrechnung des Betrages "von ca. 10.000 DM" (gemeint: der Betrag "Gegenrechnung" über 9.703,10 DM) gewehrt. Insofern hat er ausgeführt, der Zedent habe zwar erklärt, daß er diesen Betrag erst nach Erhalt entsprechender Versicherungsleistungen an ihn, den Beklagten, zahlen wolle, er, der Beklagte, habe jedoch Anspruch auf die gesamte Summe der in Rechnung gestellten Beträge (gemeint: auch auf diese 9.703,10 DM) und behalte sich die Geltendmachung von Zinsen vor. Dabei hat der Beklagte auch verdeutlicht, daß der streitige Betrag von 9.703,10 DM zur Beseitigung von Schäden aufgewendet worden sei, die zu 95 % auf Verschulden Dritter zurückgingen und daß der Zedent, nicht er, der Beklagte, Nehmer der Bauwesenversicherung sei. Mit diesen

Ausführungen hat der Beklagte jedenfalls der Aufrechnung mit dieser Gegenforderung gegen seinen Restwerklohnanspruch widersprochen und den Vorbehalt seines Restwerklohnanspruches auch in dieser Höhe näher begründet, und zwar unabhängig davon, ob er in der Sache selbst Recht hatte.

d) Der Beklagte ist danach mit seiner Restwerklohnforderung in Höhe von $(3.853,22 + 9.703,10 =)$ 13.556,32 DM nicht "ausgeschlossen".

Auf die vom Berufungsgericht verneinte Frage, ob er bei "ausgeschlossener" Forderung noch aufrechnen könnte, kommt es deshalb nicht mehr an.

3. Das Berufungsgericht durfte danach dem Beklagten die Hilfsaufrechnung mit der Gegenforderung von 13.556,32 DM nicht deshalb versagen, weil er diese Forderung nicht mehr durchsetzen und auch nicht mehr mit ihr aufrechnen könne. In Höhe dieses Betrages kann die Verurteilung des Beklagten deshalb keinen Bestand haben. Insoweit ist das Berufungsgericht aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die Höhe des Restwerklohnanspruches und zu klären haben wird und ob der Restwerklohnanspruch des Beklagten zum Betrage von 9.703,10 DM durch vom Zedenten erklärte Aufrechnung bzw. Verrechnung mit einem Gegenanspruch entsprechender Höhe getilgt worden ist.

Das Berufungsgericht wird auch über denjenigen Teil der Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben, über den das Revisionsgericht noch nicht entschieden hat.

Soweit dem Beklagten die Kosten des Revisionsverfahrens bereits auferlegt worden sind, beruht dies auf den §§ 92, 97 ZPO.

Girisch

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer

Quack