

6
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu II 2a u. b

BGB §§ 633 Abs. 2, 398, 413

Zur Abtretbarkeit des dem Besteller eines Werkvertrags
wegen eines Werkmangels zustehenden Anspruchs auf Nach-
besserung.

BGH, Urt. v. 24. Oktober 1985 - VII ZR 31/85 - OLG Hamm

LG Bielefeld

6

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 31/85

URTEIL

Verkündet am: 24. Oktober 198
Werner, Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Angestellten Walter S. [REDACTED], K. [REDACTED]
Weg [REDACTED], G. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und Re-
visionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die W. [REDACTED]-Baubetreuungsgesellschaft mbH & Co. KG,
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,
die W. [REDACTED]-Baubetreuungsverwaltungs-GmbH, diese ver-
treten durch den Geschäftsführer Kaufmann Udo H. [REDACTED],
N. [REDACTED], B. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Berufungsklägerin und Re-
visionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1985
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Prof. Dr. Walchs-
höfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Hamm vom 13. Dezember 1984 aufge-
hoben.

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

Von Rechts wegen

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



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos [\(mobile App\)](#)

Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Mit "Grundstückskaufvertrag" vom 16. September 1980 veräußerte die Klägerin an die Eheleute S. (Sohn und Schwiegertochter des Beklagten) ein Grundstück mit einem darauf zu errichtenden Zweifamilien-Wohnhaus. In § 4 des Vertrags, den die Klägerin auch bei der Veräußerung anderer Grundstücke verwendete, wurde u.a. vereinbart, daß dem "Käufer" Gewährleistungsansprüche gegenüber der "Verkäuferin" nur gemäß § 13 VOB/B zustehen sollen.

Nach Fertigstellung des Hauses - im Sommer 1982 - einigte sich die Klägerin mit den Eheleuten S. dahin, daß ihr noch eine Restforderung in Höhe von 50.000 DM zustehen, ein Betrag von 20.000 DM sofort bezahlt und für den nach Mängelbeseitigung zu zahlenden Restbetrag von 30.000 DM eine Bankbürgschaft gestellt werden sollte. Da die Eheleute S. die Bürgschaft nicht beibringen konnten, unterzeichnete der Beklagte am 28. Juli 1982 eine als "Schuldversprechen" überschriebene Urkunde, in der er erklärte, der Klägerin einen Betrag von 30.000 DM zu schulden.

Mit Schreiben vom 19. August 1982 forderte der Sohn des Beklagten die Klägerin unter Setzung einer "letzten" Frist bis 23. August 1982 zur Mängelbeseitigung auf und erteilte der Klägerin nach Ablauf der Frist "Haus- und Grundstücksverbot". Am 20. April 1983 traten die Eheleute S. ihre "Forderung auf Zahlung des Nachbesserungsaufwandes" und ihre "Forderungen auf Schadensersatz" gegen die Klägerin an den Beklagten ab. In einer als "Klarstellung und Neuabtretung" bezeichneten Urkunde vom

24. Oktober 1984 "erneuerten" sie diese Abtretung und erklärten, die Abtretung erstrecke sich auf "alle Ansprüche auf Erfüllung, Nachbesserung, Mängelbeseitigung, Gewährleistung oder Schadensersatz", die ihnen gegen die Klägerin zustünden.

Der Beklagte zahlte an die Klägerin lediglich 20.000 DM. Mit der Klage fordert die Klägerin daher Zahlung von 10.000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat den Beklagten, der mit ihm von den Eheleuten S. abgetretenen Ansprüchen auf Ersatz des Nachbesserungsaufwands und Schadensersatz aufgerechnet hat, zur Zahlung von 3.400 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision, die die Klägerin zurückzuweisen bittet, begehrt der Beklagte, die Klage insgesamt abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, das von dem Beklagten am 28. Juli 1982 erklärte "Schuldversprechen" sei ein abstraktes Schuldanerkennntnis, kein Schuldbeitritt. Der Beklagte könne deshalb Ansprüche, die sich aus dem Bauträgervertrag zwischen der Klägerin und den Eheleuten S. ergäben, nicht aus eigenem Recht geltend machen.

Das beschwert den Beklagten im Ergebnis nicht, wird von der Revision auch nicht angegriffen und bedarf deshalb keiner Erörterung.

II.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Beklagte könne sich gegen die Klageforderung auch nicht mit ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüchen verteidigen. Zwar seien diese Ansprüche noch nicht verjährt, weil das von der Klägerin bei der Veräußerung von Baugrundstücken mehrfach verwendete Vertragsformular Allgemeine Geschäftsbedingungen darstelle und die in § 4 des Vertrags getroffene Vereinbarung der Gewährleistungsregeln nur des § 13 VOB/B gemäß § 11 Nr. 10 f) AGBG unwirksam sei.

Dem Beklagten stehe jedoch wegen der behaupteten Mängel kein Zurückbehaltungsrecht zu. Der Nachbesserungsanspruch des Bestellers einer Werkleistung könne nicht an einen Dritten abgetreten werden, der weder die tatsächliche und rechtliche Verfügungsgewalt über das nachzubessernde Werk habe noch Inhaber der sich aus dem Werkvertrag ergebenden Forderung auf Lieferung des vereinbarten Werkes sei. In einem solchen Fall sei die Abtretung gemäß § 399 BGB ausgeschlossen, weil sich dadurch der Inhalt der Leistung verändere. Der Nachbesserungsanspruch sei durch das Eigeninteresse des Erwerbers des Werkes geprägt, daß sein erworbenes Werk mangelfrei erstellt werde. Ein solches eigenes Interesse habe derjenige nicht, dem - ohne das Werk zu erwerben - lediglich die Nachbesserungsansprüche abgetreten werden.

Mit Ansprüchen auf Vorschußzahlung und Ersatz von Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz könne der Beklagte schon deshalb nicht aufrechnen, weil solche Ansprüche den Eheleuten S. nicht zugestanden hätten. Der Sohn des

Beklagten habe mit seinem Schreiben vom 19. August 1982, mit dem er der Klägerin unmittelbar im Anschluß an den Ablauf der gesetzten Frist Hausverbot erteilt habe, der Klägerin die Möglichkeit abgeschnitten, den Mangel selbst zu beseitigen. Einen Verzug der Klägerin habe das Schreiben nicht auslösen können, weil darin die abzustellenden Mängel nicht bezeichnet worden seien. Auch habe die unangemessen kurz gesetzte Frist keine angemessene Frist in Gang setzen können. Schließlich sei der Klägerin nach Fristablauf Hausverbot erteilt worden; dieses Hausverbot sei nicht aufgehoben worden.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Denn dem Beklagten wurden von den Eheleuten S. wirksam ihnen gegen die Klägerin zustehende Nachbesserungsansprüche abgetreten. Er kann gegenüber dem Klageanspruch somit ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen und auch mit an ihn abgetretenen Ansprüchen auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten und auf Kostenvorschuß aufrechnen.

1. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß etwaige Gewährleistungsansprüche der Eheleute S. gegen die Klägerin nicht verjährt sind. Die in § 4 des zwischen den Eheleuten S. und der Klägerin abgeschlossenen "Grundstückkaufvertrags" enthaltene Verweisung lediglich auf § 13 VOB/B stellt eine unzulässige Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. Eine solche Klausel ist gemäß § 11 Nr. 10 f) AGBG unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 10. Oktober 1985 - VII ZR 325/84, zum Abdruck in BGHZ bestimmt).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte durch die von den Eheleuten S. am

20. April 1983 erklärte Abtretung Nachbesserungsansprüche gegen die Klägerin erworben.

a) Das Schrifttum hält den Nachbesserungsanspruch des Bestellers eines Werkvertrags allgemein für abtretbar (vgl. Brych NJW 1973, 1583, 1588; Daub/Piel/Soergel/Steffani, Kom. zur VOB/B, ErlZB 13.378; Deckert, Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnung, 2. Aufl., S. 227; Derleder in AK BGB, vor §§ 633 ff Rdn. 4; Fritz, Haftungsfreizeichnung im Bauträger- und Architektenvertrag nach dem AGBG, S. 80; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdn. 24; Gross NJW 1971, 648; ders. BauR 1972, 325, 328; ders. BauR 1975, 12; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., Einführung zu B § 13 Rdn. 10; Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 13 Rdn. 24; Korbion/Hochstein, Der VOB-Vertrag, 3. Aufl., Rdn. 188; Locher, Das private Baurecht, 3. Aufl., Rdn. 46; Locher/Koeble, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl., Rdn. 313; Ohmen MittRhNot 1973, 401, 418; ders. DNotZ 1975, 344, 347; Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl., Rdn. 96, 99, 108; Riedler Betrieb 1976, 853, 855; F. Schmidt MittBayNot 1977, 155, 167; Soergel in MünchKomm, BGB, § 633 Rdn. 90; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 633 Rdn. 28; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdn. 1548; vgl. auch Schwenzer AcP 182, 214, 221; Seetzen AcP 169, 352, 370/371).

Der Bundesgerichtshof geht ebenfalls davon aus, daß der Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 BGB abgetreten werden kann (vgl. Senatsurteile BGHZ 55, 354, 357/358; 70, 389, 391; NJW 1982, 169, 170; 1982, 1808, 1809; Senatsurteile vom 17. April 1969 - VII ZR 31/67 = Schäfer/Finnern, Rspr. Bau Z 4.10, Bl. 16; vom 18. Mai 1978

- VII ZR 138/77 = BauR 1978, 398, 399; vom 8. Dezember 1983
- VII ZR 152/82 = ZfBR 1984, 69 = BauR 1984, 172; vgl. a.
Urteil vom 11. Juli 1985 - VII ZR 52/83 = ZIP 1985, 1141,
1142, zum Abdruck in BGHZ bestimmt). Allerdings hat er
bisher nicht ausdrücklich entschieden, ob dieser Anspruch
auch an einen Dritten abgetreten werden kann, der das
erstellte Werk nicht erworben hat.

b) Der Senat ist der Auffassung, daß der Besteller
eines Werks den ihm zustehenden Nachbesserungsanspruch
auch dann wirksam an einen neuen Gläubiger abtreten kann,
wenn er das von dem Unternehmer zu erstellende oder bereits
erstellte Werk nicht zugleich an den neuen Gläubiger ver-
äußert.

aa) Nach § 399 BGB kann eine Forderung nicht
abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen
als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung
ihres Inhalts erbracht werden kann. Eine solche Inhalts-
änderung ist stets dann anzunehmen, wenn - anders als
bei höchstpersönlichen oder unselbständigen akzessorischen
Ansprüchen - ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vor-
stellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung
einer bestimmten Gläubigerperson aber besonders schutz-
würdig ist (Roth in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 399 Rdn. 7;
vgl. auch Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, AT, 13. Aufl.,
§ 34 II 2). Der Inhalt des Schuldverhältnisses wird des-
halb immer dann verändert, wenn durch die Abtretung die
Leistungshandlung des Schuldners geändert wird, der
Schuldner aufgrund der Abtretung also etwas anderes als
ursprünglich geschuldet zu leisten hat (vgl. BGH NJW
1972, 2036). Ebenso bedeutet es eine Inhaltsänderung,
wenn die Leistungshandlung als solche im Hinblick auf den

Empfänger einen besonderen Charakter annimmt, obwohl die geforderte Handlung des Schuldners sich nicht verändert (Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, § 3 II 1).

Der Bundesgerichtshof hat daher einen Freistellungsanspruch, aufgrund dessen nur der Freizustellende eine Leistung - nämlich Freistellung von einer Verbindlichkeit - verlangen kann, außer an den Gläubiger der Forderung, von der zu befreien ist, nicht für abtretbar gehalten, weil eine Abtretung den Inhalt dieses mit der Person des Freizustellenden verbundenen Anspruchs verändern würde (Urteil vom 14. Januar 1975 - VI ZR 139/73 = LM BGB § 399 Nr. 14 = WM 1975, 305, 306 = Betrieb 1975, 445). Andererseits hat er die Abtretung eines Belegungsrechts aus einem Werkförderungsvertrag für zulässig erachtet, weil dadurch die Leistungshandlung des Schuldners nicht verändert, insbesondere nicht zu seinen Lasten erschwert wird (NJW 1972, 2036).

bb) Mit der Abtretung eines Nachbesserungsanspruchs ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - eine Veränderung des Anspruchsinhalts nicht verbunden. Zwar hat der Gläubiger als Erwerber des Werks ein besonderes Interesse an der mangelfreien Erstellung des Werks. Dieses Interesse besteht auch nach Abtretung des Nachbesserungsanspruchs fort. Der Leistungsinhalt des Nachbesserungsanspruchs wird durch die Abtretung jedoch nicht geändert; denn er wird nicht durch das Gläubigerinteresse, sondern durch die Leistungshandlung des Schuldners bestimmt. Diese Leistungshandlung erfährt durch die Abtretung aber keine Änderung, weil der Unternehmer nach wie vor das ursprünglich Geschuldete leisten muß, nämlich Nachbesserung seines Werks. Auch nimmt seine Leistungs-

handlung im Hinblick auf den Empfänger keinen besonderen Charakter an; sie besteht weiterhin in der Nachbesserung des ursprünglichen Werks.

Daß mit der Abtretung der Inhalt des Nachbesserungsanspruchs nicht verändert wird, zeigt gerade der vorliegende Fall. Der Erfolg der von der Klägerin geschuldeten Leistung, Mängel am Haus der Eheleute S. zu beseitigen, bleibt auch dann gleich, wenn Gläubiger des Anspruchs nunmehr der Beklagte ist. Ebenso ist es - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - ohne Bedeutung, daß der Beklagte als neuer Gläubiger die Verfügungsgewalt über das nachzubessernde Werk, das Haus der Eheleute S., nicht inne hat. Auch dadurch wird der Leistungsinhalt des Nachbesserungsanspruchs nicht verändert.

Es ist daher gerechtfertigt, den Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 BGB ohne Einschränkung als abtretbar anzusehen.

cc) Dies ist auch sach- und interessengerecht. Die Rechtsstellung des abtretenden Bestellers wird durch die Abtretbarkeit des Nachbesserungsanspruchs nicht beeinträchtigt. Schutzwürdige Interessen des Unternehmers stehen der Abtretbarkeit ebenfalls nicht entgegen. Insbesondere ist ihm eine Nachbesserung auf Verlangen des neuen Gläubigers zumutbar.

Ein Ausschluß der Abtretung gemäß § 399 BGB würde vor allem im Streitfall zu unsachgemäßen und unbilligen Ergebnissen führen. Der Nachbesserungsanspruch wurde hier nicht - wie das Berufungsgericht meint - "isoliert

an einen (etwa beliebigen) Dritten" abgetreten. Neuer Gläubiger wurde vielmehr der Beklagte, der bereits vorher im Hinblick auf den von den Eheleuten S. geschuldeten Werklohn gegenüber der Klägerin ein Schuldversprechen abgegeben hat. Als neuer Schuldner der Restwerklohnforderung der Klägerin hat er daher ein besonderes Interesse an der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten, vor allem auch deshalb, weil das mangelhafte Haus im Eigentum seines Sohnes und seiner Schwiegertochter steht. Ein etwaiges Interesse der Klägerin, sich dem Zurückbehaltungsrecht des Beklagten zu entziehen, ist demgegenüber nicht schutzwürdig. Die Klägerin könnte auf diese Weise - ohne rechtliche Nachteile befürchten zu müssen - Nachbesserung verweigern, obwohl sie nunmehr ihren Anspruch auf Zahlung des Restwerklohns aufgrund des Schuldversprechens des Beklagten leichter durchzusetzen vermag.

c) Mit der am 20. April 1983 erklärten Abtretung haben die Eheleute S. daher ihnen noch zustehende Nachbesserungsansprüche gegen die Klägerin an den Beklagten abgetreten. Der Beklagte kann deshalb wegen der Mängel am Haus der Eheleute S. auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

aa) Die Eheleute S. hatten den Nachbesserungsanspruch wegen der vom Beklagten im ersten Rechtszug geltend gemachten Mängel nicht etwa schon verloren. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend annimmt, war die vom Sohn des Beklagten mit Schreiben vom 19. August 1982 gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung zu kurz. Die Erstreckung auf eine angemessene Frist scheitert an dem zugleich für die Zeit nach Ablauf der Frist ausgesprochenen

"Haus- und Grundstücksverbot". Der Anspruch auf Beseitigung eines Mangels wird gem. § 634 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz BGB aber nur dann ausgeschlossen, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt sind (Senatsurteil NJW 1975, 143, 144). Dem entspricht, daß umgekehrt die Klägerin noch zur Mängelbeseitigung berechtigt war.

bb) Auch wegen der vom Beklagten erst im zweiten Rechtszug in den Prozeß eingeführten Mängel hat er den Nachbesserungsanspruch noch nicht verloren. Denn er hat die zweimalige Aufforderung zur Mängelbeseitigung, mit der - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - zwangsläufig das "Haus- und Grundstücksverbot" aufgehoben war, lediglich mit der Androhung verbunden, daß er nach Ablauf nunmehr angemessener Fristen von der Klägerin einen Kostenvorschuß verlangen und mit dem darauf gerichteten Anspruch aufrechnen wolle. Das setzt voraus, daß er sich den Mängelbeseitigungsanspruch gem. § 633 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BGB erhalten wollte.

3. Darüberhinaus kann der Beklagte - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - mit der Abtretung auch einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses und auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten gegen die Klägerin erworben haben, mit dem er aufrechnen konnte.

a) Schon aufgrund der Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, daß den Eheleuten S. zur Zeit der Abtretung solche Ansprüche von vornherein nicht zustanden.

Nach § 633 Abs. 3 BGB hat der Besteller einen Anspruch auf Aufwendungsersatz und Kostenvorschuß, wenn

der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzug ist; Fristsetzung ist insofern nicht erforderlich. Ein solcher an den Beklagten abgetretener Anspruch der Eheleute S. kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keineswegs ausgeschlossen werden. In dem Schreiben vom 19. August 1982 hat der Sohn des Beklagten der Klägerin eine "letzte Frist" für die Beseitigung der damals aufgetretenen weiteren Mängel eingeräumt. Auch sollte - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - die Auszahlung des Restwerklohns in Höhe von 30.000 DM an die Klägerin daran geknüpft werden, daß von den Eheleuten S. als mangelhaft beanstandete Kellerlichtschächte nachgebessert worden waren. Es ist deshalb durchaus möglich, daß die Klägerin bereits vor dem 19. August 1982 erfolglos zur Beseitigung ihrer bekannter Mängel aufgefordert wurde, sich mit der Mängelbeseitigung also in Verzug befand.

Wegen der vom Beklagten erst im zweiten Rechtszug gerügten Mängel ist die Klägerin - wie vorstehend 2 c) bb) dargelegt - ohnehin wirksam in Verzug gesetzt worden.

b) Im übrigen hat die Klägerin zu keinem Zeitpunkt erklärt oder auch nur zu erkennen gegeben, daß sie tatsächlich nachbesserungsbereit sei. Sie hat im Gegenteil das Vorhandensein von Mängeln überhaupt und ihre Pflicht zur Beseitigung aller ihr inzwischen bekannt gewordenen Mängel noch während des Prozesses ohne jede Einschränkung nachhaltig geleugnet. In einem solchen Fall wäre eine weitere Aufforderung zur Mängelbeseitigung eine nutzlose Förmerei und ist deshalb entbehrlich (st. Rsp. des Senats zuletzt Urteil vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82 = BauR 1985, 198 m.w.N.).

III.

Das Berufungsurteil kann nach alledem nicht bestehen bleiben; es ist daher aufzuheben. Der Senat ist nicht in der Lage, die behaupteten Mängel und die Höhe des vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Anspruchs auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten sowie Zahlung von Kostenvorschuß zu beurteilen, also nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO abschließend zu entscheiden. Die Sache ist daher zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer