

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 38/73

URTEIL

Verkündet am

16. Oktober 1975
Blust,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Hausmeisters Hermann H [REDACTED], B [REDACTED]-K [REDACTED],
K [REDACTED]straße,
2. der Postangestellten Theresia H [REDACTED] geb. S [REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten,
Widerkläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] & V [REDACTED], Hoch-, Tief-
und Stahlbetonbau GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin
Eugenie T [REDACTED], R [REDACTED], L [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin,
Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 5. Zivilsenat in Freiburg - vom 29. Dezember 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage abgewiesen worden ist.

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

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Hälfte der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Entscheidung über die andere Hälfte wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin hat auf Grund eines mit den Beklagten am 1. Juli 1963 geschlossenen Vertrages in den Jahren 1965/66 auf einem Grundstück der Beklagten zu 2 in B [REDACTED] ein schlüsselfertiges Einfamilienhaus errichtet, das von den Beklagten spätestens im Januar 1967 bezogen wurde. Den vereinbarten Pauschalpreis von 67.602 DM haben die Beklagten bezahlt. Die Klägerin verlangte jedoch für zusätzliche Leistungen weitere 19.834,40 DM.

Diesen Betrag hat sie gegen beide Beklagte eingeklagt und außerdem beantragt, die Beklagte zu 2 zur Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek in dieser Höhe auf ihrem Grundstück sowie zur Duldung der Zwangsvollstreckung aus dieser Hypothek zu verurteilen. Die Beklagten haben im ersten Rechtszug die von der Klägerin erhobene Mehrforderung bestritten und mit Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln des Bauwerks aufgerechnet. Sie haben ferner zunächst den Standpunkt eingenommen, der Bauvertrag sei unwirksam. Die Klägerin und ihr Betriebsleiter Wilhelm G [REDACTED] mußten deshalb aus ungerechtfertigter Bereicherung alle Zahlungen zurückerstatten, die den Gebäudewert von 60.000 DM überstiegen. Die Beklagten haben daher gegen die Klägerin und G [REDACTED] Widerklage erhoben und von ihnen die Zahlung eines Teilbetrags von 2.000 DM begehrt.

Das Landgericht hat durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil vom 9. Februar 1968 die Widerklage gegen G [REDACTED] abgewiesen. Durch Schlußurteil vom 8. Oktober 1971 hat es der Klage auf Zahlung, Einräumung der Sicherungshypothek und Duldung der Zwangsvollstreckung hieraus in Höhe von 17.614,10 DM nebst 4 % Zinsen seit 15. November 1966 statt-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gegeben. Die weitergehende Klage und die gegen die Klägerin gerichtete Widerklage hat es abgewiesen.

Dagegen haben die Beklagten Berufung eingelegt. Sie bestreiten die Entstehung des restlichen Vergütungsanspruchs der Klägerin in der vom Landgericht zuerkannten Höhe nicht mehr, machen jedoch weiterhin geltend, er sei durch Aufrechnung mit Gegenforderungen erloschen. Die mit der Widerklage geforderten 2.000 DM verlangen sie nunmehr als Ersatz für die technische und merkantile Wertminderung ihres Hauses, die auch nach der Beseitigung der Mängel verbleibe. Für den Fall, daß das von der Klägerin eingewendete vom Landgericht für wirksam erachtete vertragliche Aufrechnungsverbot durchgreife, begehren die Beklagten im Wege der Hilfswiderklage die Feststellung, daß sie berechtigt seien, die bestehenden Mängel auf Kosten der Klägerin beseitigen zu lassen. Ferner erstreben sie die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung eines Vorschusses von 10.000 DM auf die zu erwartenden Nachbesserungskosten. Die Klägerin hat sich der Berufung der Beklagten angeschlossen mit dem Ziel, die ihr vom Landgericht zugesprochenen Zinsen von 4 auf 10 % zu erhöhen.

Das Oberlandesgericht hat der Anschlußberufung stattgegeben und die Berufung samt Hilfswiderklage zurückgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag und die Widerklage nach den im zweiten Rechtszug gestellten Anträgen weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage

1. Nach § 9 des von den Parteien geschlossenen Vertrags sind "Aufrechnungen seitens des Bauherren in allen Fällen ausgeschlossen". Ferner heißt es in Ziffer X der Vertragsinhalt gewordenen Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin: "Alle Zahlungen haben unbeschadet des Rechts der Mängelrüge unter Ausschluß der Aufrechnung und der Zurückhaltung zu erfolgen".

Mit Rücksicht auf dieses vertragliche Aufrechnungsverbot hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben ohne Rücksicht darauf, ob die von den Beklagten erhobenen Gegenansprüche berechtigt sind oder nicht.

2. Damit befindet sich das Berufungsgericht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der solche Klauseln grundsätzlich nicht zu beanstanden sind (vgl. zuletzt BGHZ 62, 323, 327 mit weiteren Nachweisen; BGH NJW 1975, 442). Besondere Umstände, die zu einer anderen Beurteilung nötigen würden, sind entgegen der Ansicht der Revision nicht gegeben.

a) So sind die Gewährleistungsrechte der Beklagten nicht in einem Umfang beschnitten worden, der die zusätzliche Belastung der Beklagten durch die Vorleistungspflicht als unangemessen erscheinen ließe (BGHZ 62, 323, 327). Wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, gilt für die Mängelhaftung der Klägerin die VOB (B). Das ist in den §§ 10, 11 des von den Parteien geschlossenen Vertrags ausdrücklich

bestimmt. Diese Regelung geht allen anders lautenden Klauseln in den von der Klägerin verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen vor (BGH Urteile vom 14. Dezember 1951 - I ZR 93/50 = LM § 355 HGB Nr. 3; vom 17. Dezember 1959 - VIII ZR 167/58 = BB 1960, 227; vgl. auch BGH NJW 1972, 46, 47 linke Spalte oben).

b) Die lange Prozeßdauer ist der Klägerin nicht anzulasten. Die Beklagten waren von Anfang an nicht gehindert, ihre Mängelansprüche im Wege der Widerklage geltend zu machen (BGH NJW 1958, 419 Nr. 4; 1960, 859 Nr. 1). Das war ihnen ohne weiteres zuzumuten. Sie haben es schließlich auch getan.

c) Warum sich die Klägerin, wie die Revision noch meint, auf das vereinbarte Aufrechnungsverbot nicht sollte berufen dürfen, weil das für die Beklagte errichtete Gebäude ein "Musterhaus", und zwar das erste seiner Art gewesen sei, ist nicht einzusehen. Das macht keinen Unterschied. Die Klägerin haftet - wie dargelegt - für sämtliche Mängel des Hauses nach den Bestimmungen der VOB (B). Damit stehen den Beklagten ausreichende Gewährleistungsrechte auch für den Fall zu, daß es sich um ein noch nicht erprobtes Musterhaus gehandelt hat.

II. Zur Hauptwiderklage

1. Das Berufungsgericht sieht den Übergang der Beklagten von dem ursprünglich aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen vermeintlicher Unwirksamkeit des Bauvertrags hergeleiteten Rückzahlungsanspruch über 2.000 DM auf einen Schadensersatzanspruch in dieser Höhe wegen technischer und merkantiler Wertminderung des Hauses als Klag-

änderung an. Es erachtet diese Klagänderung nicht für sachdienlich, weil bei ihrer Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits durch die dann notwendig werdende Beweisaufnahme erheblich verzögert würde.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings in der hier von den Beklagten vorgenommenen Änderung des Widerklaggrundes eine Klagänderung im Sinne des § 264 ZPO gesehen. Es hat auch mit Recht diese Klagänderung nicht nach § 529 ZPO, sondern nach § 523 ZPO beurteilt (BGH NJW 1955, 707; Urteil vom 14. Juni 1963 - KZR 5/62 = LM § 264 ZPO Nr. 18).

b) Zu Unrecht hat es jedoch die Sachdienlichkeit der Klagänderung verneint. Die Entscheidung darüber ist in der Revisionsinstanz darauf nachzuprüfen, ob der Tatrichter den Begriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (BGHZ 1, 65, 71; 16, 317, 322; 33, 398, 400; 53, 24, 28; BGH NJW 1958, 184; 1975, 1228, 1229; Urteil vom 20. Mai 1953 - II ZR 206/52 = LM § 523 ZPO Nr. 1; vom 14. Juni 1963 aaO; vom 15. Mai 1970 - III ZR 200/67 = WM 1970, 1023, 1024; vom 3. Februar 1972 - VII ZR 55/72 = WM 1972, 512). Das ist hier der Fall.

Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Beurteilung einer Klagänderung als sachdienlich oder als nicht sachdienlich ist der Gedanke der Prozeßwirtschaftlichkeit. Dabei kommt es allein darauf an, ob und inwieweit die Zulassung der Klagänderung der Ausräumung des sachlichen Streitstoffes im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits dient und einem andernfalls zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt.

Ob noch Erklärungen der Parteien und Beweiserhebungen notwendig werden, die die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würden, ist ebenso unerheblich wie der Umstand, ob die Parteien bei Zulassung der Klagänderung im Berufungsrechtszug eine Tatsacheninstanz verlieren würden (vgl. zu alledem BGHZ 1, 65, 71 f; 5, 373, 377; 33, 398, 400; 53, 24, 29; BGH NJW 1958, 184; 1975, 1228, 1229; Urteile vom 26. Januar 1959 - II ZR 221/57 = WM 1959, 229; vom 14. Juni 1963 aaO; vom 21. Juni 1963 - VI ZR 259/62 = VersR 1963, 1078; vom 15. Mai 1970 und vom 3. Februar 1972 jeweils aaO). Eine Klagänderung kann vielmehr nur in Ausnahmefällen nicht als sachdienlich angesehen werden, etwa dann, wenn sie zur Beurteilung eines völlig neuen Streitstoffes nötigen würde, ohne daß dafür das Ergebnis der bisherigen Prozeßführung verwertet werden könnte (BGHZ 5, 373, 377 f; BGH NJW 1975, 1228, 1229; Urteile vom 20. Mai 1953, 26. Januar 1959, 14. Juni 1963, 15. Mai 1970 und 3. Februar 1972 jeweils aaO).

c) Hier haben die Beklagten den Streitstoff für ihre jetzige Widerklage bereits im ersten Rechtszug in den Prozeß eingeführt, um ihre gegenüber der Klagforderung geltend gemachte Aufrechnung mit den von ihnen erhobenen Mängelansprüchen zu begründen. Die Klägerin hat dazu auch Stellung genommen. Das Landgericht hatte sich damit nur deshalb nicht näher befaßt, weil es das von den Parteien vereinbarte Aufrechnungsverbot hat durchgreifen lassen. Damit ist dieser Streitstoff zwischen den Parteien aber nicht völlig neu im Sinne der angeführten Rechtsprechung. Seine Ausräumung im anhängigen Rechtsstreit würde vielmehr einem mit Sicherheit zu erwartenden weiteren Prozeß zwischen den Parteien vorbeugen. Die Klagänderung ist daher sachdienlich. Ihre Zulassung darf den Beklagten nicht verweigert werden.

16a

III. Zur Hilfswiderklage

1. Das Berufungsgericht hält auch die von den Beklagten auf Feststellung ihres Rechts zur Mängelbeseitigung und auf Verurteilung der Klägerin zur Leistung eines Vorschusses auf die Nachbesserungskosten gerichtete Hilfswiderklage für nicht sachdienlich. Ihr fehle es außerdem an einem wirklichen Eventualverhältnis.

2. Dem kann ebenfalls nicht gefolgt werden.

a) Daß es sich um keine Zwischenfeststellungswiderklage handelt, deren Zulässigkeit sich allein nach § 280 ZPO richten würde (BGHZ 53, 92), hat das Berufungsgericht allerdings zutreffend angenommen. Die Beklagten berufen sich darauf auch in der Revision nicht mehr.

b) Die Sachdienlichkeit der Hilfswiderklage nach § 529 Abs. 4 ZPO ist aber mit der gleichen Begründung zu bejahen wie die Sachdienlichkeit der Klagänderung (BGHZ 33, 398, 400).

c) Daß ein zur Aufrechnung gegen die Klagforderung gestellter Anspruch, falls die Aufrechnung vertraglich ausgeschlossen ist, hilfsweise mit einer Widerklage verfolgt werden kann, ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt (BGH Urteil vom 10. Juli 1961 - VIII ZR 64/60 = LM § 33 ZPO Nr. 5; vgl. auch BGHZ 21, 13 und BGH NJW 1958, 1188 Nr. 8). Der vorliegende Fall bietet keinen Anlaß zu einer abweichenden Beurteilung.

IV.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem keinen Bestand haben, soweit die Widerklage abgewiesen worden ist. In diesem Umfang ist es aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich nunmehr sachlich mit den von den Beklagten erhobenen Mängelansprüchen auseinanderzusetzen haben wird. Dabei wird es auch auf eine sachgerechte Substantiierung des Feststellungsantrags der Hilfswiderklage hinzuwirken haben (§ 139 ZPO).

Die weitergehende Revision ist mit der Kostenfolge der §§ 97 Abs. 1, 92 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Bliesener