

Verkündet
am 12. Juni 1961
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

InndemRechtsstreit

- 1) der Firma S [REDACTED] & Co., Internationale Transportgesellschaft, B [REDACTED] S [REDACTED],
vertreten durch den Beklagten zu 2 a),
- 2) deren Gesellschafter
 - a) Kaufmann Gustav S [REDACTED],
 - b) Kauffrau Hildegard S [REDACTED] geb. M [REDACTED],
beide in B [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die V [REDACTED] B [REDACTED] M [REDACTED]-Werke AG., vertreten durch
ihren Vorstand Direktor Peter F [REDACTED], B [REDACTED], K [REDACTED]
[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 5. Januar
1960 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die
Beklagten verurteilt worden sind, an die Klägerin
mehr als 775,88 DM nebst Zinsen zu bezahlen.

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

Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht eine ihr von dem Bauunternehmer Egon W. abgetretene Forderung geltend.

W. war Eigentümer des Hausgrundstücks B., L. Straße. Dieses Grundstück verkaufte er am 15. Februar 1957 an die Beklagte zu 1). Als Tag des Übergangs der Nutzungen und Lasten wurde der 1. März 1957 vereinbart. Gleichzeitig erhielt W. von der Käuferin den Auftrag, an dem Grundstück Bauarbeiten verschiedener Art auszuführen, u.a. die im 4. Stockwerk des Vorderhauses befindlichen 2 Wohnungen schlüsselfertig auszubauen. Hierfür wurde ein Pauschalpreis von 30.000 DM vereinbart.

Am 4. April 1957 trat W. von seinem Anspruch auf den Pauschalpreis 12.000 DM an die Klägerin ab, von denen diese jedoch nur noch 8.000 DM geltend macht. Am 24. Juni 1957 teilte die Klägerin der Beklagten erstmalig die Abtretung mit.

Mit der Klage begehrt die Klägerin 8.000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 20. Dezember 1957.

Die Beklagten beantragen Abweisung der Klage. Sie haben vorgetragen, die Klägerin müsse sich von ihnen geleistete Zahlungen an W. und andere Zessionare desselben in Höhe von insgesamt 17.708,36 DM anrechnen lassen. Außerdem rechnen sie mit Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 21.872,25 DM auf, so daß für die Klägerin nichts mehr verbleibe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Auszugehen ist von der unbestrittenen Vereinbarung einer Pauschalforderung des Zedenten von 30.000 DM.

1) Die Beklagte will hiervon folgende Zahlungen an den Zedenten und andere Zessionare abgesetzt wissen:

- | | | |
|----|---|--------------------|
| a) | am 5.5.1957 Wechselzahlung an W[REDACTED];
Einlösung des Wechsels am 5.8.1957 | 5.000,-- DM |
| b) | am 23.5.1957 Scheckzahlung an W[REDACTED] | 4.000,-- DM |
| c) | am 18.9.1957 Zahlung an Rudolf H[REDACTED]
auf Grund Abtretung vom 14.5.1957 | 2.664,05 DM |
| d) | am 18.9.1957 Zahlung an Johann Z[REDACTED]
[REDACTED] auf Grund Abtretung vom 14.5.1957 | 1.130,10 DM |
| e) | am 25.9.1957 Zahlung an Willi So[REDACTED] auf
Grund einer Abtretung vom 2.4.1957 in
Höhe von 2.675,10 DM | 1.000,-- DM |
| f) | am 18.12.1957 Zahlung an Hugo Sc[REDACTED] | 1.000,-- DM |
| g) | am 4.9.1958 Zahlung an Hugo Sc[REDACTED] | <u>2.914,21 DM</u> |
| | | 17.708,36 DM. |



2) An Gegenforderungen macht die Beklagte geltend:

a)	Mängel aus dem Werkvertrag	3.000,-- DM
b)	Mietausfall	2.540,-- DM
c)	Schadensersatzforderung wegen fehlenden Fernheizungsstranges am Kaufobjekt	5.986,-- DM
d)	Mietvorauszahlung Simon	1.650,-- DM
e)	Hypothekenzinsen	2.453,75 DM
f)	Mängelbeseitigung auf Grund von Beanstandungen der Baupolizei vom 18.12.1957	5.667,50 DM
g)	desgleichen auf Grund Verfügung der Baupolizei vom 26.3.1958	<u>575,-- DM</u>
		21.872,25 DM.

3) Das Kammergericht billigt der Beklagten den Abzug der Zahlungen von 5.000 und 4.000 DM an W[REDACTED] und von 1.000 DM an So[REDACTED] zu, da diese vor Mitteilung der Abtretung erfolgt seien und die Abtretung an Soland sogar noch vor der Abtretung an die Klägerin liege. Außerdem läßt es offen, ob nicht aus der rangmäßig vorgehenden Abtretung an So[REDACTED] noch weitere bisher nicht bezahlte 1.675,10 DM abzuziehen seien. Die weiteren Abtretungen und Zahlungen brauche sich die Klägerin nicht entgegenhalten zu lassen, da sie der Abtretung der Klägerin im Range nachgingen.

Die Entscheidung über die beiden Forderungen der Beklagten aus Mängelhaftung in Höhe von 3.000 und 5.667,50 DM (Pos. 2 a und f) läßt das Berufungsgericht offen. Die übrigen Gegenansprüche erklärt es bis auf einen Betrag von 1.173,16 DM für Mietvorauszahlungen Si[REDACTED] (Pos. 2 d) für unbegründet.

Es kommt damit zu folgender Berechnung:

Pauschalforderung		30.000,-- DM
Zahlungen an W	9.000,-- DM	
Abtretung So	2.675,10 DM	
etwaige Mängelansprüche	8.667,50 DM	
Mietvorauszahlung Si	<u>1.173,16 DM</u>	
		<u>21.515,76 DM,</u>
so daß noch		8.484,24 DM,

somit mehr als die eingeklagten 8.000 DM zur Befriedigung der Klägerin verbleiben.

II.

Die Revision der Beklagten ist zum Teil begründet.

- 1) Die Abtretungen und Zahlungen an H, Z und Sc (Pos. I 1 c, d, f und g).

Das Kammergericht ist der Auffassung, daß die Klägerin sich diese Abtretungen und Zahlungen nicht entgegenhalten zu lassen brauche, weil sie nach der Abtretung an die Klägerin und deren Mitteilung an die Beklagten liegen.

Mit Recht wird das durch die Revision angegriffen. Soweit das Kammergericht seine Entscheidung ausschließlich auf den Tatbestand der Abtretung abgestellt hat, ist dies zwar rechtlich bedenkenfrei. Die Beklagten haben aber im Schriftsatz vom 2. Juni 1955 vorgetragen, daß sie diese Zahlungen geleistet haben, weil W in Verzug geraten sei. H, Z und Sc seien dessen Subunternehmer gewesen. Da er keine Zahlungen an sie geleistet habe, und sie deshalb damit gedroht hätten, nicht mehr weiter zu arbeiten, sei die Beklagte zu 1) genötigt gewesen, für W in Vorlage zu treten und die Subunternehmer selbst zu befriedigen.

Dieser Vortrag, dessen Übergehung die Revision rügt (§ 286 ZPO), ist schlüssig. Die Beklagten machen damit einen Schadensersatzanspruch gegen den Zedenten W. aus positiver Vertragsverletzung geltend. Infolgedessen ist es unerheblich, ob der den Schadensersatzanspruch auslösende Umstand erst nach den Abtretungen entstanden ist; es genügt vielmehr, wenn die Verpflichtung des Zedenten, die Arbeiten fristgemäß auszuführen, zur Zeit der Abtretung begründet war. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob der Schadensersatzanspruch der Beklagten überhaupt als echte Gegenforderung oder nur als ein Rechnungsposten anzusehen ist, der die Höhe der Pauschalforderung des Zedenten von vornherein bestimmt und deshalb der Klägerin schon nach § 404 BGB entgegengehalten werden kann (vgl. dazu BGH VII ZR 181/57 vom 25. September 1958 NJW 1958, 1915). Auch wenn es sich um eine eigentliche Gegenforderung handelt, dürfen die Beklagten sie gegenüber der Klägerin gemäß § 406 BGB aufrechnen. Wenn W. seinen Subunternehmern gegenüber in Verzug geraten war und diese sich deshalb weigerten, weiterzuarbeiten, war die Beklagte zu 1) berechtigt, sie zu befriedigen. Ihr auf einer positiven Vertragsverletzung W. beruhender Ausgleichsanspruch gegen diesen hat seine Wurzel bereits in dem Bauvertrag selbst und in der von W. zu vertretenden Weigerung der Subunternehmer, ohne Bezahlung weiterzuarbeiten. Deshalb kommt es für die Anwendung des § 406 BGB nicht darauf an, wann die Zahlung an die Subunternehmer durch die Beklagte zu 1) erfolgt und damit die Aufrechnungslage entstanden ist. Vielmehr genügt es, daß der Rechtsgrund der aufzurechnenden Gegenforderung zur Zeit der Abtretung bereits bestanden hat (vgl. RG in SeuffArch Bd. 69 Nr. 235). Das ist nach dem Vortrag der Beklagten hier der Fall.

Es ist insofern unerheblich, daß W [REDACTED] in den Fällen H [REDACTED] und Z [REDACTED] seine Forderung an die beiden Subunternehmer noch zusätzlich abgetreten hat (im Falle Sc [REDACTED] liegt eine solche Abtretung offenbar nicht vor). Daraus kann die Klägerin nichts für sich herleiten, da die Beklagte, die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt, auch ohne diese Abtretung an die Subunternehmer hätte zahlen und diese Zahlung von der Forderung des Zedenten hätte in Abzug bringen dürfen. Das Kammergericht hätte sich deshalb nicht damit begnügen dürfen, allein auf den Umstand der Abtretung abzustellen, sondern hätte auf den von den Beklagten vorgetragenen Sachverhalt zurückgreifen und diesen prüfen müssen.

Das angefochtene Urteil kann deshalb nicht aufrecht erhalten werden, soweit es der Klägerin mehr als 8.484,24 abzüglich der genannten Zahlungen in Höhe von 7.708,36 = 775,88 DM zugesprochen hat.

2) Die Gegenforderungen der Beklagten.

a) Soweit das Kammergericht der Beklagten die Gegenforderung von 2.453,75 DM wegen der Hypothekenzinsen (Pos. I 2 e) und von 575,-- DM (Pos. I 2 g) abgesprochen hat, wird das mit der Revision nicht angegriffen.

b) Mietausfall (I 2 b):

Die Beklagten haben vorgetragen, die beiden Wohnungen im 4. Stock seien nicht, wie W [REDACTED] ihnen zugesichert habe, am 30. April 1957 bezugsfertig gewesen, sondern hätten erst im Dezember 1957 bezogen werden können. Hierfür werde ein Mietausfall von 2.540 DM als Verzugsschaden geltend gemacht.

Das Kammergericht sieht die Voraussetzungen für einen Verzugsschaden als nicht erwiesen an. Der Bauauftrag vom 15. Februar 1957 enthalte keine feste Terminbestimmung. Es sei auch nicht erwiesen, daß die Beklagte zu 1) W. in Verzug gesetzt habe. Zwar habe der Zeuge We. bekundet, daß W. dem Beklagten zu 2 a), Gustav S., gegenüber erklärt habe, die Wohnungen würden bis zum 1. Mai 1957 bezugsfertig, und daß dieser daraufhin geäußert habe, "wenn aber die Wohnungen nicht fertig sind, bezahlen Sie die Miete". Darin könne aber noch keine verbindliche Fristsetzung gefunden werden; hätten nämlich die Vertragspartner der Unterredung über die Fertigstellung der Ausbauten eine verbindliche Wirkung im Sinne einer kalendermäßigen Terminfestsetzung beigemessen, so hätten sie das, wie alle anderen Abreden, schriftlich niedergelegt.

Diese Auffassung des Kammergerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Meinung der Beklagten, der Zedent habe in jedem Falle dafür einzustehen, daß die Arbeit binnen einer angemessenen Frist ausgeführt werde, trifft nicht den Kern der Sache. Es mag sein, daß die Beklagten das Recht gehabt hätten, W. zu mahnen und ihn so in Verzug zu setzen. Das wäre aber gemäß § 284 Abs. 1 BGB auch erforderlich gewesen und ist - abgesehen von der oben erwähnten unverbindlichen Unterhaltung - nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Kammergerichts nicht geschehen.

c) Fernheizstränge (I 2 c):

Im rechten Seitenflügel des verkauften Hauses fehlten unstreitig die Fernheizungsstränge. Die Beklagten behaupten, es sei ihnen zugesichert gewesen, daß das Haus in vollem Umfang an die Fernheizung angeschlossen sei, und verlangen deshalb für den Einbau des fehlenden Heizungsstrangs 5.986 DM.

Das Kammergericht hält diesen Anspruch für unbegründet. Es hält ihm entgegen, daß nach § 1 des Kaufvertrags das Hausgrundstück in dem Zustand verkauft worden ist, in dem es sich befand. Zusicherungen hinsichtlich der Heizungsanlage enthalte der schriftliche Kaufvertrag nicht; auf die entsprechenden Erklärungen des Maklers komme es nicht an. Entscheidend sei vielmehr, daß, wie der Zeuge Zi [REDACTED] bestätigt habe, das Fehlen des Heizungsstrangs im Seitenflügel sofort erkennbar gewesen sei, weil sämtliche Rohrleitungen der früheren Heizungsanlage herausgerissen worden seien. Daraus schließt das Kammergericht, daß der Beklagten zu 1), die mit einem großen Angestelltenstab arbeite und das Haus nicht ohne Prüfung übernommen haben würde, dieser Umstand bekannt gewesen sei. Deshalb sei ein etwaiger Gewährleistungsanspruch der Beklagten nach § 640 BGB ausgeschlossen.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind nicht begründet.

Nach der Vertragsklausel des § 1 könnten die Beklagten den von ihnen behaupteten Sachmangel nur im Falle eines arglistigen Verschweigens geltend machen. Dafür gibt ihr Vortrag keine hinreichenden Anhaltspunkte. Ein etwaiger Gewährleistungsanspruch wäre überdies, wie das Kammergericht zutreffend annimmt, nach § 464 BGB (nicht § 640 BGB) ausgeschlossen. Die in diesem Zusammenhang getroffene Feststellung des Kammergerichts, daß der Beklagten zu 1) das Fehlen des Fernheizungsstrangs bei Übernahme des Bauwerks bekannt war, liegt im Rahmen der dem Berufungsgericht zustehenden Beweismwürdigung und ist deshalb für das Revisionsgericht bindend. Inwiefern diese Feststellung, wie die Beklagten meinen, gegen die Lebenserfahrung verstoßen sollte, ist nicht erfindlich.

d) Mietvorauszahlungen Simon (I 2 d):

Nach § 3 des Kaufvertrags stand W[REDACTED] dafür ein, daß kein Mieter Abzüge wegen Mietvorauszahlungen machen werde. Trotzdem hatte W[REDACTED] sich von der Mieterin Si[REDACTED] eine Mietvorauszahlung von 2.000 DM geben lassen, und diese hat auf Grund einer Vereinbarung mit W[REDACTED] schon seit dem 1. Dezember 1956 diesem und später auch der Beklagten zu 1) gegenüber monatlich 55,-- DM an der Miete einbehalten und auf die Vorauszahlung verrechnet.

Das Kammergericht billigt den Beklagten grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch in Höhe der einbehaltenen Mietbeträge zu, den es nach Abzug der 3 vor dem Nutzungsübergang einbehaltenen Monatsbeträge mit 1.835 DM errechnet. Hiervon zieht das Kammergericht noch eine an den Zeugen We[REDACTED] geleistete Zahlung W[REDACTED]s von 495 DM ab. Diese Zahlung müßten die Beklagten, so meint das Kammergericht, gegen sich gelten lassen, selbst wenn sie ihnen nicht zugeflossen sein sollte. We[REDACTED] sei nämlich für die Beklagte zu 1) nach außen hin bestimmend und federführend aufgetreten, so daß zugunsten W[REDACTED]s zumindest eine Anscheinsvollmacht We[REDACTED]s anzunehmen sei. Von dem restlichen Betrag seien noch weitere 166,84 DM für einen von der Mieterin Si[REDACTED] geschuldeten Heizungskostenzuschuß abzuziehen. Das Kammergericht kommt damit zu einem Schadensersatzanspruch der Beklagten von 1.173,16 DM.

Zu Unrecht wird das mit der Revision angegriffen. Die Feststellung des Kammergerichts, daß We[REDACTED] gegenüber W[REDACTED] für die Beklagte zu 1) bei allen Verhandlungen "bestimmend und federführend" aufgetreten sei, rechtfertigt unter den obwaltenden Umständen die Annahme einer Anscheinsvollmacht We[REDACTED]s dafür, daß er auch Geldbeträge in mäßiger Höhe für die Beklagte zu 1) entgegennehmen durfte. Der Abzug der weiteren 166,84 DM wird von den Beklagten nicht beanstandet.

III.

Das angefochtene Urteil kann somit nur in Höhe von 775,88 DM nebst Zinsen aufrecht erhalten werden. Im übrigen ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Kammergericht zurückzuverweisen.

Dieses wird noch unter den aufgezeigten Gesichtspunkten zu der Anrechnung der an H■■■■, Z■■■■■ und Sc■■■■■ geleisteten Zahlungen Stellung zu nehmen haben. Erforderlichenfalls wird es - was es bisher von seinem Standpunkt aus unterlassen konnte - auch noch darüber zu befinden haben, ob sich die Klägerin die weitere Forderung Soland in Höhe von 1.675,10 DM anrechnen lassen muß und ob die zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche aus Mängelhaftung in Höhe von 3.000 DM und 5.667,50 DM begründet sind.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien ist erkrankt und deshalb an der Unterzeichnung verhindert. Glanzmann

Erbel