

BUNDESGERICHTSHOF

2035 034

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 2/67

URTEIL

Verkündet am

27. März 1969
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A [REDACTED] & Al [REDACTED] KG, I [REDACTED], vertre-
ten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
E. Al [REDACTED]

Beklagter, Berufungsbeklagter
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Z [REDACTED] & N [REDACTED], W [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED],
Inhaber Bauingenieur Christian Z [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 18. Oktober 1966 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wurde auf Grund ihres Angebots vom 8. April 1963, dem ihre Lieferungs-, Zahlungs- und Montagebedingungen beigelegt hatten, von der Beklagten mit Dachdeckerarbeiten für eine Lagerhalle mit Büroräumen beauftragt. Im schriftlichen Bauvertrag vom 19. Juli 1963 wurden u.a. dieses Angebot und die VOB als Vertragsbestandteile bezeichnet. Die Beklagte wies die Klägerin darauf hin, daß die Arbeiten bis zum 28. August 1963 begonnen und bis Ende September 1963 beendet sein müßten. Im Bauvertrag war bestimmt, daß die Beklagte "für jeden Kalendertag der verspäteten Fertigstellung einen Betrag von 0,2 % des Gesamtauftragsumfanges" in Abzug bringen könne. Die Arbeiten verzögerten sich erheblich.

Von der Werklohnforderung der Klägerin sind unstreitig 30.619,24 DM noch nicht beglichen. Die Beklagte machte schon vor Beginn des vorliegenden Rechtsstreits Ansprüche wegen Schäden geltend, die durch die verspätete Fertigstellung an den Bauten und den darin gelagerten Waren entstanden seien; außerdem verlangte sie für 70 Tage Verspätung den im Bauvertrag vorgesehenen Abzug von 0,2 % der Auftragssumme je Tag. Mit beiden Forderungen rechnete sie auf. Wegen der gegenseitigen Ansprüche besprachen sich die Parteien am 18. April und 29. Mai 1964.

Die Klägerin hat den Restwerklohn von 30.619,24 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte behauptet, am 29. Mai 1964 hätten die Parteien sich dahin geeinigt, daß ihre Gegenforderungen von 57.948,42 DM dem Haftpflichtversicherer der Klägerin gemeldet werden sollten und der von diesem gezahlte Betrag der Klägerin verbleiben solle; die Klägerin habe für sie noch ein Vordach im Werte von 8.000 - 10.000 DM ohne weitere Vergütung errichten sollen; damit hätten die gegenseitigen Forderungen abgegolten sein sollen, und zwar auch dann, wenn die Versicherung die angegebenen Schäden überhaupt nicht ersetzen würde.

Die Klägerin bestreitet eine solche Vereinbarung und macht geltend, nach ihren Lieferungsbedingungen sei die Aufrechnung der Beklagten ausgeschlossen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den eingeklagten Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.



Mit ihrer Revision bittet die Beklagte, das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist am 29. Mai 1964 kein wirksamer Vergleich geschlossen worden.

1.) Eine Abmachung, daß die beiderseitigen Ansprüche auf jeden Fall erledigt sein sollten, also auch, wenn die Versicherung überhaupt nicht zahlte, ist nach dem Berufungsurteil nicht bewiesen. An diese tatrichterliche Würdigung, die von der Revision nicht angegriffen wird, ist das Revisionsgericht gebunden.

2.) Jedoch hält das Berufungsgericht folgende Abmachung für bewiesen: Die Klägerin sollte ihrer Versicherung den gesamten von der Beklagten geltend gemachten Schaden melden, für die Beklagte noch ein Vordach im Wert von 8.000 - 10.000 DM errichten und dann die gesamte Leistung der Versicherung erhalten. Damit sollten der Restwerklohnanspruch der Klägerin von 30.619,24 DM und die Errichtung des Vordachs abgegolten sein. Der überschießende Betrag von 17.000 DM (gegebenenfalls weniger) sollte der Klägerin verbleiben, weil sie das Risiko dafür tragen sollte, daß die Versicherung unter Umständen nicht alles zahlte. Der Beklagten sollte demnach noch ein Betrag von 38.000 - 40.000 DM zugute kommen (Tilgung des Werklohns von 30.619,24 und Vordach

im Werte von 8.000 - 10.000 DM).

a) Nach Ansicht des Berufungsgerichts verstößt dieser Vergleich gegen die guten Sitten und ist deshalb nach § 138 BGB nichtig. Es führt aus:

Die Beklagte habe nach der Absprache statt des angemeldeten Schadens im Ergebnis nur rund 38.000 - 40.000 DM bekommen sollen. Auf einen weitergehenden Schadensersatzanspruch habe sie verzichtet. Eine den Betrag von 38.000 - 40.000 DM übersteigende Zahlung der Versicherung wäre der Klägerin zugute gekommen, die darauf gegenüber der Versicherung keinen Anspruch gehabt habe.

Diese "unberechtigte Leistung" hätten die Parteien im bewußten und gewollten Zusammenwirken erreichen wollen. Die Versicherung habe nach dem Willen der Parteien von dem Verzicht nichts erfahren sollen. Die Kenntnis von der Abmachung wäre für die Versicherung auch deshalb bedeutsam gewesen, weil für sie der Schluß gerechtfertigt gewesen wäre, daß die Beklagte sich selbst über die Berechtigung des geltend gemachten Betrags durchaus unsicher sei.

Die Klägerin habe gegenüber der Versicherung gegen die Pflicht zu vollständigen und wahren Mitteilungen verstoßen. Insoweit habe die Vereinbarung gegen die guten Sitten verstoßen. Das habe die Nichtigkeit des gesamten Vergleichs nach § 139 BGB zur Folge; denn ohne die Zusicherung, daß der Klägerin der überschießende Betrag (auf den sie keinen Anspruch gegen die Versicherung gehabt habe) zugute kommen werde, würde sie den Vergleich nicht geschlossen haben.

b) Dieser Beurteilung des Berufungsgerichts ist zuzustimmen. Das Vorbringen der Revision entkräftet sie nicht.

An der Sache vorbei geht die Bemerkung der Revision, dem Versicherungsnehmer könne kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er die gegen ihn erhobenen Ersatzansprüche zunächst in voller Höhe bei seiner Versicherung anmelde und dieser die Prüfung der Ansprüche überlasse.

Hier waren die Parteien darüber einig, daß die Beklagte in Wirklichkeit wesentlich weniger als den der Versicherung als Schaden angegebenen Betrag beanspruchte und erhalten sollte. Dies der Versicherung nicht mitzuteilen, haben die Parteien vereinbart. Daß die Mitteilung für die Versicherung wesentlich war, sagt das Berufungsgericht zutreffend. Richtig ist auch, daß eine Mitteilung der Vereinbarung an die Versicherung geeignet gewesen wäre, bei dieser begründete Zweifel zu wecken, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruch bestehe. Der Versicherung sollten daher nach der Vereinbarung wesentliche Umstände verschwiegen werden mit dem Ziel, möglichst eine Leistung von rund 57.000 DM zu erreichen, obschon die Beklagte sich im Verhältnis zur Klägerin mit einem weit geringeren Betrag zufriedengeben wollte.

Die derart auf Täuschung der Versicherung hinauslaufende Vereinbarung ist entgegen der Meinung der Revision auch dann als sittenwidrig anzusehen, wenn der Beklagten tatsächlich ursprünglich ein Schadensersatzanspruch von 57.948,42 DM zugestanden hätte. Zur Sittenwidrigkeit genügt schon das vereinbarte Verschweigen

wesentlicher Umstände. Daß diese Umstände für die EntschlieBung der Versicherung von Bedeutung waren und diese sich, wenn sie die Vereinbarung kannte, nicht zu einer Leistung von 57.948,42 DM bereit finden würde, ist nach der Sachlage den Parteien klar gewesen; sie haben gleichwohl durch das Verschweigen eine Leistung der Versicherung erreichen wollen, die diesen Betrag ausmachte, jedenfalls aber den von der Beklagten gemäß der Vereinbarung noch beanspruchten Schadensersatz wesentlich übersteigen sollte.

c) Die Abmachung, der Versicherung den wahren Sachverhalt nicht mitzuteilen, war deshalb nach § 138 BGB nichtig. Das Verschweigen sollte u.a.dazu führen, daß der Klägerin ein ihr gegenüber der Versicherung nicht zustehender Betrag zufließen sollte. Auch die Einigung hierüber ist nichtig. Ohne die Zusicherung der Beklagten aber, die Klägerin dürfe den 38.000 - 40.000 DM übersteigenden Betrag behalten, würde nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Klägerin den Vergleich nicht geschlossen haben. Deshalb folgert das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler, der ganze Vergleich sei nach § 139 BGB nichtig.

II.

Da die Klageforderung nicht durch Vergleich erloschen ist, kommt es darauf an, ob die Aufrechnung der Beklagten durchgreift. Außer dem Abzug von 0,2 % der Auftragssumme für jeden Tag, um den sich die Ausführung der Arbeiten verzögert hat, macht sie eine Schadensersatzforderung von 36.958,42 DM geltend.

1.) Die Aufrechnung mit der letztgenannten Forderung ist der Beklagten nach Auffassung des Berufungsgerichts durch § 8 Abs. 2 in Verbindung mit § 9 Satz 1 der Lieferungsbedingungen der Klägerin verwehrt.

Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, das in den Lieferungsbedingungen enthaltene Aufrechnungsverbot sei wirksam, ist nichts einzuwenden. Verkäufer und Werkunternehmer haben grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse daran, durch ein vertragliches Aufrechnungsverbot sicherzustellen, daß ihnen der Kaufpreis oder Werklohn unbeschadet der Einwendungen des Käufers oder Bestellers zunächst einmal geleistet wird (BGH NJW 1966, 1452). Im Einzelfall kann die Berufung auf ein solches Aufrechnungsverbot allerdings gegen Treu und Glauben verstoßen. Daß das hier der Fall sei, verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler. Es konnte auch offen lassen, ob der in den Lieferungsbedingungen ebenfalls enthaltene Ausschluß von Schadensersatzansprüchen wirksam ist. Denn eine etwaige Nichtigkeit dieser Klausel berührt nach § 11 der Lieferungsbedingungen die Gültigkeit der übrigen Vertragsbedingungen nicht.

2.) Die Revision meint gleichwohl, das Aufrechnungsverbot könne hier nicht zum Zuge kommen. Die von ihr angeführten Gründe rechtfertigen diese Auffassung aber nicht.

a) Sie verweist darauf, daß nach der gemäß dem Bauvertrag ebenfalls geltenden VOB die Beklagte Gegenforderungen einbehalten dürfe. Hiermit sei das Aufrechnungsverbot in den Lieferungsbedingungen unvereinbar.

Die Bestimmungen der VOB gelten jedoch nur ergänzend, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren; die Lieferungsbedingungen gehen deshalb vor (§ 1 Nr. 2 VOB/B).

b) Es ist unerheblich, daß die Lieferungsbedingungen im Bauvertrag nicht als Vertragsbestandteil angeführt sind. Es genügt für ihre Geltung, daß nach dem Bauvertrag das Angebot vom 8. April 1963 Vertragsbestandteil ist und dieses seinerseits auf die Lieferungsbedingungen verweist.

c) Die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot verstößt nach der Rechtsprechung gegen Treu und Glauben, wenn die Gegenforderung entscheidungsreif ist (u.a. BGH NJW 1960, 859; BGH VII ZR 150/64 vom 21. April 1966). Diese Voraussetzung ist aber hier entgegen der Behauptung der Revision nicht gegeben. Die Klägerin hat in den Vorinstanzen geltend gemacht, der Beklagten ständen keine Schadensersatzansprüche zu (u.a. S. 3 des Schriftsatzes vom 20. Oktober 1964, S. 7 des Schriftsatzes vom 13. April 1966). Bei dieser Sachlage hätte über die Ansprüche der Beklagten nicht ohne Beweisaufnahme entschieden werden können. Das lag auf der Hand und brauchte im Berufungsurteil nicht hervorgehoben zu werden.

III.

Die Revision macht auch ohne Erfolg geltend, die Voraussetzungen für ein Grundurteil seien nicht gegeben.

Da die Klageforderung selbst unbestritten und die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch von 36.958,42 DM

ausgeschlossen ist, hängt die Zulässigkeit des Grundurteils davon ab, ob der Abzug von 0,2 % der Auftragssumme (195.375,24 DM) für jeden Tag der Verspätung, der nach dem Berufungsurteil vom Aufrechnungsverbot nicht betroffen wird, die Klagessumme erreicht oder nicht.

Hierzu führt das Berufungsgericht aus: Mit hoher Wahrscheinlichkeit übersteige die Klageforderung die Gegenforderung. Als die Beklagte der Klägerin ihre Schadensersatzansprüche zwecks Anmeldung bei der Versicherung mitgeteilt habe, habe sie eine Verzögerung von 70 Tagen geltend gemacht. Damals habe sie mit Sicherheit wissen müssen, ob die Verzögerung noch andauere. Es sei auf keinen Fall anzunehmen, daß sie die Verspätung insoweit zu gering angesetzt habe. Für 70 Tage mache der Abzug von 0,2 % 27.300 DM aus, also weniger als die Klageforderung. Im zweiten Rechtszug behauptete die Beklagte erstmals, es sei ein Abzug von 29.460 DM und sogar ein die Klageforderung übersteigender Abzug berechtigt. Beweis hierfür habe sie nicht angeboten. Dieser Beweis sei auch mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten.

Diese Ausführungen sind eine ausreichende Begründung für die Zulässigkeit des Grundurteils. Für den Erlass eines Grundurteils ist erforderlich, aber auch genügend eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß der geltend gemachte Anspruch auch unter Berücksichtigung der gegen ihn erhobenen Einwendungen wenigstens zum Teil besteht (BGH NJW 1962, 1618; BGH VII ZR 238/63 vom 22. April 1965). Bei der Beurteilung, ob eine derartige hohe Wahrscheinlichkeit besteht oder nicht, muß naturgemäß dem Tatrichter ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden

werden. Er hat ihn hier nicht überschritten; was die Revision zu diesem Punkt vorbringt, greift in unzulässiger Weise in das tatrichterliche Ermessen ein.

IV.

Nach allem ist die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Finke

Schmidt