

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 639, 479

Der Anspruch auf Vorschuß für Mängelbeseitigung unterliegt dem Aufrechnungsverbot des § 639 in Verbindung mit § 479 BGB.

BGH, Urt. v. 16. Juni 1987 - X ZR 61/86 - OLG Hamm
LG Bochum

BUNDESGERICHTSHOF

22

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 61/86

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
16. Juni 1987
Kriegl
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Kauffrau Anna Pe [REDACTED], L [REDACTED] R [REDACTED], H [REDACTED] B, Erbin des
verstorbenen Kaufmanns Wilhelm Pe [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Apothekerin Ursula Ki [REDACTED], Werner He [REDACTED] [REDACTED],
B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

WIII

22

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Brodeßer, von Albert, Dr. Jestaedt und Dr. Broß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 30. April 1986 verkündete Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 24. Mai 1985 teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 10.138,64 DM zuzüglich
14,25 % Zinsen vom 29.09.1982 - 30.11.1982,
13,25 % Zinsen vom 01.12.1982 - 30.01.1983,
12,5 % Zinsen vom 01.02.1983 - 21.03.1983,
11,5 % Zinsen vom 22.03.1983 - 15.05.1983,
10,5 % Zinsen vom 16.05.1983 - 11.09.1983,
und
11 % Zinsen ab 12.09.1983
zu zahlen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges werden der Klägerin zu 1/8, der Beklagten zu 7/8 auferlegt.

Die Kosten der Rechtsmittel hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der von der Klägerin beerbte frühere Kläger richtete im Jahre 1978 die Apotheke der Beklagten ein. Die in diesem Zusammenhang erforderlichen Vorarbeiten führte er in seinem Tischlerbetrieb aus. Die Arbeiten sind bezahlt.

Im Jahre 1981 und 1982 erbrachte der frühere Kläger für die Beklagte Leistungen für insgesamt 16.638,64 DM. Die Beklagte zahlte lediglich 6.500,-- DM.

Der frühere Kläger hat daraufhin Klage erhoben und im ersten Rechtszuge zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
10.138,64 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, bei einem Teil der Arbeiten, deren Bezahlung verlangt werde, handele es sich um Nachbesserungsarbeiten; im übrigen hat sie wegen der nach ihrer Behauptung vorhandenen Mängel an den Schubladen der Apothekeneinrichtung sowie wegen weiterer Mängel die Einrede des nichterfüllten Vertrages erhoben.

Der frühere Kläger hat bestritten, mangelhaft geleistet zu haben, und die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat nach Vernehmung mehrerer Zeugen sowie nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigen-gutachtens die Beklagte verurteilt, an den früheren Kläger Zug um Zug gegen Beseitigung verschiedener Mängel 3.826,01 DM zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Beklagte hat nunmehr (Berufungsbegründung vom 4. November 1985) in erster Linie mit Vorschußansprüchen für die Kosten der Mängelbeseitigung aufgerechnet, die sie aus der Weigerung des früheren Klägers herleitet, die von ihr beanstandeten Mängel zu beheben. Hilfsweise hat sie mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet und weiter Hilfsweise hat sie die Einrede des nichterfüllten Vertrages erhoben.

Das Berufungsgericht hat den Sachverständigen uneidlich ergänzend vernommen. Es hat die Berufung des früheren Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin Verurteilung der Beklagten im vollen Umfang der in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Anträge. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Verurteilung der Beklagten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.

I. Das Berufungsgericht hat die geltend gemachten Ansprüche insgesamt als unbegründet angesehen und deshalb die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Werklohnforderungen der Klägerin beliefen sich "rechnerisch" noch auf 10.138,64 DM. Der frühere Kläger habe seine Leistungen unstreitig auf Wunsch der Beklagten erbracht. Da die Beklagte ihn nach Ablauf mehrerer Jahre um Vornahme dieser Arbeiten ersucht habe, ohne darauf hinzuweisen, daß sie die Ausführung der Arbeiten im Rahmen der Nachbesserung der im Jahre 1978 erbrachten Leistung erwarte, liege darin eine Auftragserteilung mit der Folge, daß diese Leistung, deren Höhe unstreitig sei, gemäß §§ 631, 632 BGB zu vergüten sei.

Gegen diese Forderung habe die Beklagte mit der Kostenvorschußforderung in Höhe von 40 % von 26.790,-- DM = 10.760,-- DM für die Auswechslung der abgebrochenen Griffleisten wirksam aufgerechnet.

Die vom früheren Kläger im Jahre 1978 vorgenommene Ausbildung des unteren Randes der Vorderfronten der Schublade, der als Griffleiste diene, werde den Anforderungen des Apothekenbetriebes der Beklagten nicht gerecht und sei damit mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB. Die "Vorderkante" der Aussparung in dem Holz sei zu dünn. Hiervon habe sich der Senat durch Inaugenscheinnahme einer von der Beklagten vorgelegten, "angebrochenen" Vorderfront, überzeugt. Der Sachverständige habe den Bruch der Griffleisten auf eine

unsachgemäße Handhabung der Schübe u.a. durch Schließen bei hochstehenden Arzneipackungen zurückgeführt. Dem sei nicht zu folgen, weil unstreitig auch Griffleisten an Schubläden aus der untersten Reihe abgebrochen seien. Der Sachverständige habe auf entsprechende Vorhalte keine plausible Erklärung für seine Auffassung von einer anderen Schadensursache geben können. Sämtliche (etwa 500) Vorderfronten müßten zur Herbeiführung eines vertragsgemäßen Zustandes entfernt und durch andere vertragsgerechte ersetzt werden, was wenigstens 26.790,-- DM kosten werde. Da die Beklagte lediglich 40 % von 26.790,-- DM = 10.716,-- DM zur Aufrechnung stelle, sei die Klageforderung in Höhe von 10.138,64 DM erloschen. Der Anspruch folge aus der entsprechenden Anwendung des § 633 Abs. 3 BGB, weil der Kläger Nachbesserung verweigere.

Die vom früheren Kläger erhobene Einrede der Verjährung nehme der Aufrechnung nicht ihre Wirkung. Die Verjährung schließe die Aufrechnung grundsätzlich nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung habe aufgerechnet werden können, noch nicht verjährt gewesen sei. Die gemäß der hier anwendbaren §§ 478, 479 BGB erforderliche Rüge der vorstehend genannten Mängel sei mit Schreiben vom 29. September 1982 - somit noch vor Ablauf der Verjährungsfrist - erfolgt; denn die vom Kläger im Jahre 1978 ausgeführten Arbeiten seien Arbeiten "bei Bauwerken", bei denen die Frist für die Verjährung der Gewährleistungsansprüche 5 Jahre betrage. Die Geschäftsräume, in denen die Beklagte ihre Apotheke betreibe, seien vom Kläger völlig neu ausgestaltet worden. Dabei seien die im Zusammenhang mit den Regalen erforderlichen Säulen sowie die Wandverkleidung fest eingebaut worden. Es

handle sich bei den ausgeführten Arbeiten nicht nur um Maßnahmen zur Ausstattung von Geschäftsräumen, sondern um darüber hinausgehende, zur Herstellung eines Teils des Gebäudes als Apotheke notwendige substantielle Arbeiten, die für die Benutzbarkeit des Gebäudes als Apotheke von wesentlicher Bedeutung gewesen seien, ohne die das Gebäude im Sinne der Verkehrsanschauung noch nicht als vollständig fertig anzusehen sei.

II. Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Da weitere Sachverhaltsfeststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

1. Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der Frage, ob vorliegend die Verjährungsfrist von 5 Jahren eingreife, zugelassen. Hierin ist eine Beschränkung der Revisionszulassung auf die genannte Frage nicht zu sehen, so daß das Berufungsurteil umfassend geprüft werden kann.

2. Die Zulassungsfrage und die Frage, ob die Feststellungen des Berufungsgerichts bezüglich der Mangelhaftigkeit der Griffleisten in verfahrensfehlerhafter Weise getroffen sind, können dahinstehen; denn, wie die Revision zutreffend beanstandet, greift das Aufrechnungsverbot des § 639 Abs. 1 i.V.m. § 479 BGB gegenüber dem - an sich verjährten - Vor-schußanspruch der Beklagten durch.

Die Revision führt hierzu zutreffend aus, mit der Klage werde kein Anspruch aus dem zwischen dem früheren Kläger und der Beklagten 1978 abgeschlossenen Vertrag geltend gemacht.

Die Klageforderung ergebe sich nach der Auffassung des Berufungsgerichts aus neuen Aufträgen, die die Beklagte nach 1978 dem früheren Kläger erteilt habe. Die §§ 639 Abs. 1, 478, 479 BGB erhielten dem Auftraggeber, der einen Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist angezeigt habe, seine Gewährleistungsansprüche trotz Ablaufs der Verjährungsfrist zur aufrechnungsweisen Geltendmachung nur gegenüber dem ursprünglichen Werklohnanspruch des Unternehmers wegen derjenigen Arbeiten, auf die der Auftraggeber einen Gewährleistungsanspruch stütze. Die rechtzeitige Anzeige eines Mangels dieses Werkes gebe dem Auftraggeber jedoch nicht die Möglichkeit, mit daraus hergeleiteten - an sich verjährten - Gewährleistungsansprüchen gegenüber Ansprüchen aufzurechnen, die dem Unternehmer aus anderem Rechtsgrund zustünden.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. z.B. Urt. v. 26.11.1980 - VIII ZR 261/79 -, NJW 1981, 1156/1157) ist anerkannt, daß ein Käufer mit an sich verjährten Schadensersatzansprüchen grundsätzlich nur gegenüber dem Kaufpreisanspruch aus demselben Kaufvertrag aufrechnen kann. Für das Werkvertragsrecht gilt, weil § 639 Abs. 1 BGB die Vorschriften der §§ 478 und 479 BGB für entsprechend anwendbar erklärt, nichts anderes. Der im Streitfall in Rede stehende Anspruch auf Kostenvorschuß fällt unter § 633 Abs. 3 BGB (BGHZ 68, 372, 378; 47, 272, 273; s.a. BGHZ 54, 244) und unterliegt der Verjährung gemäß § 638 Abs. 1 BGB (BGHZ 19, 319, 320; grundlegend RGZ 80, 439). § 479 BGB spricht zwar nur vom "Schadensersatz". Gleichwohl ändert das an der Beurteilung nichts; denn § 639 Abs. 1 BGB verweist lediglich wegen der Rechtsfolgen auf § 479 BGB, nicht aber in materieller Hinsicht. Insoweit besteht aber auch für den

Anspruch auf Kostenvorschuß ein Interesse an endgültiger Bereinigung der gegenseitigen Ansprüche aus dem Werkvertrag innerhalb der gesetzlichen Fristen wie bei den übrigen den §§ 633-635 BGB unterfallenden Ansprüchen (RGZ 80, 439, 441).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen, die von der Beklagten nicht angegriffen werden, ist der Werklohnanspruch des früheren Klägers aus der Einrichtung der Apotheke im Jahre 1978 vollständig erfüllt. Bei den hier in Rede stehenden Leistungen, um deren Vergütung die Parteien streiten, handelt es sich nach der ebenfalls nicht beanstandeten Feststellung des Berufungsgerichts um neue und von der früheren Auftragserteilung unabhängige Werkleistungen des früheren Klägers.

Aufgrund dieses vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts ist eine Ausnahme vom Aufrechnungsverbot der §§ 639, 479 BGB, die der Bundesgerichtshof unter besonderen Umständen anerkannt hat (Urt. v. 22.2.1961 - VIII ZR 176/59 -, NJW 1961, 1254/1256), zu verneinen. In jenem Rechtsstreit mußte eine im Dezember gelieferte Planierdraht schon ab Januar laufend repariert werden. Hierzu hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 26. November 1980 (NJW 1981, 1156/1157 re.Sp.) erklärt, daß es sich um einen besonders gelagerten Ausnahmefall gehandelt habe und seine auf den Einzelfall zugeschnittenen Ausführungen nicht verallgemeinert werden könnten (so auch schon BGH, Urt. v. 4.11.1964 - VIII ZR 5/63 -, MDR 1965, 199).

Im Streitfall liegen erheblich längere Zeiträume (über ein Jahr) zwischen den einzelnen Verträgen. Ferner sind auch

nicht ständig neue Reparaturen an demselben Teil (damals Lenkung der Raupe) angefallen. Nach allem ist deshalb ein Ausnahmefall des § 639 i.V.m. § 479 BGB nicht gegeben.

3. Die gegen die Unzulässigkeit der Aufrechnung sprechenden Gründe gelten im gleichen Maße gegenüber einem auf die genannten Ansprüche gestützten Zurückbehaltungsrecht, auf das sich die Beklagte ganz hilfsweise beruft.

Die Unzulässigkeit der Aufrechnung schließt zwar nicht stets die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus. Es bestehen nämlich Unterschiede zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht, die es in bestimmten Fällen rechtfertigen können, die Aufrechnung auszuschließen, die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aber zu gestatten. Die Aufrechnung führt zum Erlöschen des Anspruchs, das Zurückbehaltungsrecht gewährt lediglich eine auf Sicherung des Schuldners abzielende aufschiebende Einrede (vgl. hierzu die Nachweise bei MünchKomm-Keller, 2. Aufl., 1985, § 273, Rdn. 61 f.) Bei der vorliegenden Fallgestaltung liefe die Zulassung des Zurückbehaltungsrechts im Ergebnis auf eine nach dem Gesetz nicht erlaubte Aufrechnung hinaus und würde den Schutzzweck eines Aufrechnungsverbots umgehen.

Im Unterschied zu dem vom VII. Senat des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 15.12.1969 - VII ZR 148/67 -, NJW 1970, 561) entschiedenen Fall schließt das Aufrechnungsverbot des § 639 in Verbindung mit § 479 BGB hier auch das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB aus, weil der Werklohnanspruch der Klägerin schon erfüllt war und die Beklagte einen Anspruch auf Vorschuß für Mängelbeseitigung geltend macht.

Für diesen Sachverhalt sind die vom VII. Senat des Bundesgerichtshofs genannten Gesichtspunkte (aaO. S. 562 li.Sp.) nicht einschlägig; denn es handelt sich im Streitfall um "neue" Werkverträge.

III. Die Kostenentscheidung für die 1. Instanz folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 2, im übrigen aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Bruchhausen

Brodeßer

von Albert

Jestaedt

Broß