
Datum: 09.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 146/00
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:0109.12U146.00.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 14 O 67/99

Tenor:

Das am 21.09.2001 verkündete Versäumnisurteil des Senats wird aufrechterhalten.

Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Streithelfer auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Beklagte und der Streithelfer können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Die Parteien schlossen am 18.12.1996 einen schriftlichen Architektenvertrag (Formular "Einheits-Architektenvertrag"), nach dessen Inhalt die Beklagte für ihr Bauvorhaben betreffend den Neubau von 18 Reihenhäusern in X2, Q-Straße, die Klägerin mit der Ausführung von Architektenleistungen der Leistungsphasen 1 bis 7 des § 15 Abs. 2 HOAI

2

beauftragte.

Vertragsinhalt sind unter anderem die Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVA), deren § 4 Ziffer 5 wie folgt lautet: 3

"Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig." 4

Mit der Bauausführung war die Firma C3 GmbH beauftragt, die nach Streitverkündung durch die Beklagte dieser als Streithelferin beigetreten ist. 5

Nach Erbringung ihrer Leistungen verlangt die Klägerin mit Honorarschlußrechnung vom 09.03.1998 von der Beklagten ihr restliches Architektenhonorar in rechnerisch unstreitiger Höhe von 65.455,60 DM. 6

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin entsprechend ihrem Sachvortrag ihre Architektenleistungen mangelfrei erbracht hat oder ob der Beklagten Schadensersatzansprüche wegen Planungsmängel zustehen. 7

Die Klägerin hat mit ihrer seit dem 19.05.1999 rechtshängigen Zahlungsklage beantragt, 8
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 65.455,60 DM nebst 9,5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 9

Die Beklagte und ihre Streithelferin haben beantragt, 10
die Klage abzuweisen. 11

Die Beklagte erklärt gegenüber der Honorarforderung der Klägerin die Aufrechnung mit streitigen Schadensersatzansprüchen. Insoweit hat sie unter anderem mit Rechnung vom 30.08.1998 der Klägerin einen Schadensbetrag von 65.455,60 DM in Rechnung gestellt. Zur Begründung der angeblichen Schadensersatzforderungen behaupten die Beklagte und die Streithelferin, die Klägerin habe das Rohbaumaß für die Haustüren zu gering geplant und ihre Verpflichtungen zur Planung der Lichtschächte verletzt. 12

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme (Gutachten und Anhörung des Sachverständigen X3) durch Urteil vom 27.07.2000, auf dessen Inhalt im einzelnen zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, der Klage in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, die vermeintlichen Schadensersatzansprüche der Beklagten seien nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht gegeben. 13

Die Streithelferin der Beklagten hat gegen dieses Urteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt. 14

Während des Berufungsverfahrens ist über das Vermögen der Streithelferin der Beklagten durch Beschluß des AG Wuppertal vom 31.01.2001 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. 15

Im Senatstermin vom 21.09.2001 ist auf Antrag der Klägerin die Berufung der Beklagten durch Versäumnisurteil des Senats vom selben Tage zurückgewiesen worden. 16

Gegen dieses Versäumnisurteil hat der Insolvenzverwalter der Streithelferin, der das Verfahren aufgenommen hat, form- und fristgerecht Einspruch eingelegt. 17

18

Er beruft sich unter Vertiefung und Ergänzung des erstinstanzlichen Vorbringens der Gemeinschuldnerin weiterhin auf einen angeblichen Schadensersatzanspruch der Beklagten von 65.455,60 DM wegen der streitigen Planungsmängel der Klägerin betreffend die Haustüren und hilfsweise auf einen ebenfalls streitigen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen der Lichtschachtproblematik in Höhe von 121.516,61 DM.	
Der Streithelfer der Beklagten beantragt,	19
das Versäumnisurteil aufzuheben und unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen.	20
Die Klägerin beantragt,	21
das Versäumnisurteil des Senats vom 21.09.2001 aufrechtzuerhalten.	22
Die Klägerin bestreitet unter Vertiefung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vortrages Schadensersatzansprüche der Beklagten nach Grund und Höhe.	23
Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen in den Akten verwiesen.	24
<u>Entscheidungsgründe:</u>	25
Der gemäß §§ 339, 340 ZPO form- und fristgerechte Einspruch des Streithelfers der Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Senats ist zulässig.	26
Der Einspruch ist jedoch unbegründet, so daß gemäß §§ 542 Abs. 3 a.F., 343 ZPO (§ 26 Nr. 5 EGZPO) das die Berufung der Beklagten zurückweisende Versäumnisurteil des Senats aufrechtzuerhalten war.	27
Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.	28
Allerdings ist entgegen der Auffassung der Klägerin die Berufung der Beklagten zulässig.	29
Die Einlegung der Berufung durch die jetzige Gemeinschuldnerin als Streithelferin der Beklagten war gemäß § 67 ZPO zulässig. Sie wäre lediglich dann als unzulässig zu verwerfen gewesen, wenn die Beklagte als Partei mit der Durchführung der Berufung nicht einverstanden gewesen wäre. Eine solche Mißbilligung des vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels muß die Partei aber ausdrücklich erklären oder durch schlüssiges Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringen (vgl. Musielak ZPO, 2. Auflage, § 67 Rdn. 9), was nicht der Fall ist. Dafür reicht insbesondere das Schreiben der Rechtsanwälte N und B vom 14.03.2001 nicht aus, da es sich ausdrücklich nur um die vom Senat erbetene Stellungnahme zur Verfügung vom 08.03.2001 handelt. Aus diesem Grunde ist das Schreiben zugleich auch nicht als eine Beteiligung an dem von der Streithelferin eingelegten Rechtsmittel anzusehen (vgl. BGH NJW 1968, 743, 746), da in dem Schreiben klargestellt wird, daß die Beklagte sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt.	30
Entgegen der Auffassung der Klägerin ist das Berufungsverfahren nicht gemäß § 240 ZPO unterbrochen worden.	31
Die Partei selbst, die Beklagte, ist zwar insolvent geworden; ein Insolvenzverfahren ist aber insoweit nicht eröffnet.	32
	33

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Streithelferin der Beklagten durch Beschluß des AG Wuppertal vom 31.01.2001 im Verfahren 145 IN 427/00 ist eine Verfahrensunterbrechung nach § 240 ZPO nicht eingetreten, da es sich um eine einfache, nicht um eine streitgenössische Nebenintervention handelt und deshalb § 240 ZPO nicht eingreift (vgl. Musielak § 68 Rdn. 3; Münchener Kommentar ZPO, 1992, § 240 Rdn. 16; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 60. Auflage, § 240 Rdn. 8; Zöller, ZPO, 22. Auflage, § 240 Rdn. 7, jeweils m.w.N.). Der Insolvenzverwalter Rechtsanwalt T ist an die Stelle der Streithelferin getreten und auf Grund seines Verwaltungs- sowie Verfügungsrechts (§ 80 Abs. 1 InsO) berechtigt, das Verfahren fortzuführen.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist jedoch deshalb unbegründet, weil die Aufrechnung der Beklagten gegenüber der Honorarforderung der Klägerin unzulässig ist. 34

Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Architektenhonorar (§§ 631 BGB, 8, 10, 15 HOAI) in Höhe von 65.455,60 DM ist rechnerisch unstreitig. Außerdem hat die Beklagte diesen Anspruch der Klägerin konkludent dadurch mit Wirkung für die Berufungsinstanz prozessual zugestanden (§§ 288, 532 ZPO a.F.), daß sie gegen diese Forderung der Klägerin die Haupt-Aufrechnung erklärt hat (vgl. dazu BGH NJW-RR 1996, 699 und Zöller a.a.O. § 288 Rdn. 5). 35

Die von der Beklagten gegenüber dem Resthonoraranspruch der Klägerin erklärte Aufrechnung hat keinen Erfolg. 36

Die Aufrechnung der Beklagten scheitert an der Regelung unter Ziffer 4.5 des § 4 der "Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVA)", die unstreitig Vertragsgegenstand ist und gegen deren rechtliche Wirksamkeit keine Bedenken bestehen. 37

Diese Formularklausel lautet: 38

"4.5: Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig." 39

Der Senat hat die Parteien bereits in seiner Ladungsverfügung gemäß § 139 ZPO darauf hingewiesen, daß die Aufrechnung mit den beiden vorliegenden Schadensersatzpositionen, die nach Grund sowie Höhe streitig und auch noch nicht entscheidungsreif sind, nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien in der genannten Formularklausel unzulässig ist. 40

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich hier nicht um eine trotz Aufrechnungsverbots zulässige Verrechnung, sondern um eine Aufrechnung im Rechtssinne (§§ 387 ff BGB). Nach zutreffender herrschender Meinung (vgl. zum Streitstand Werner/Pastor Bauprozeß, 9. Auflage, Rdn. 2577; Ingenstau/Korbion VOB, 14. Auflage, B § 13 Rdn. 77 g; MünchKomm BGB, 3. Auflage, § 635 Rdn. 33; OLG Schleswig BauR 2001, 1615, jeweils m.w.N.) gilt der Grundsatz der Verrechnung (Abrechnung) nach der Differenztheorie mit dem Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB nur, wenn der Bauherr die mangelhafte Werkleistung zurückweist und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangt. Dies gilt aber nicht, wenn der Bauherr die Bauleistung ganz oder teilweise behält und Schadensersatz wegen einzelner, genau bezeichneter Mängel geltend macht. So ist es hier, da die Beklagte die Aufrechnung mit streitigem Schadensersatz wegen einzelner bestimmter Mängel der Leistung der Klägerin bei den Reihenhäusern in X2 geltend macht, nämlich die in Streit stehenden beiden Aufrechnungspositionen betreffend die Haustüren und die Lichtschächte. In einem derartigen Falle liegt eine (echte) Aufrechnung vor und greift die Klausel über den vereinbarten Aufrechnungsausschluß ein. Das entspricht der 41

ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteile in OLGR Hamm 1995, 196 und 1998, 58). Diese Auffassung des Senats hat der Bundesgerichtshof durch Nichtannahme der Revision gegen das erstgenannte Urteil in einem gleichgelagerten Fall durch Beschluß vom 19.12.1996 - VII ZR 119/95 - bestätigt. Davon abzuweichen sieht der Senat auf Grund der Entscheidung des OLG Naumburg in BauR 2001, 1615 (rechtskräftig durch Nichtannahmebeschluß des BGH - VII ZR 161/00 -) keinen Anlaß.

Das vorliegende formularmäßige Aufrechnungsverbot in § 4 Ziffer 4.5 AVA ist rechtswirksam und verstößt insbesondere nicht gegen § 11 Nr. 3 AGBG (vgl. Werner/Pastor Rdn. 2574 m.w.N.). Ein Verstoß gegen § 9 AGBG, der im Einzelfall zur Unwirksamkeit eines formularmäßigen Aufrechnungsverbots führen kann (vgl. Werner/Pastor a.a.O.; BGH NJW 1985, 319), ist nicht ersichtlich. Für einen nachträglichen Vermögensverfall, der die Durchsetzung einer etwaigen Gegenforderung vereiteln könne und dann der Klausel gemäß § 242 BGB entgegenstünde, (vgl. dazu BGH NJW 1984, 357 und Ingenstau/Korbion B § 13 Rdn. 77 g m.w.N.) der Klägerin fehlt jeder konkrete Anhaltspunkt. 42

Im Hinblick auf die nach vorstehenden Ausführungen unwirksame Aufrechnung der Beklagten kommt auf die Berechtigung ihrer einzelnen, zur Aufrechnung gestellten Schadenspositionen nicht mehr an. 43

Der Zinsanspruch des Klägers, dessen schlüssig dargelegte Höhe die Beklagte nicht angegriffen hat, folgt aus §§ 284, 286, 288 BGB. 44

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Ziffer 10, 711, 543 Abs. 2 n.F. ZPO. 45