



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 153/08

vom

10. September 2009

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. September 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Kuffer, Bauner, Dr. Eick und Leupertz

beschlossen:

Die Beschwerde des Beklagten zu 2 gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. Juni 2008 wird zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 1. Die Beschwerde des Beklagten zu 2 gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Berufungsgerichts ist statthaft.
- 2 a) Das Berufungsgericht hat die Revision nur zugelassen, soweit es um die Aufrechnung der Klägerin mit einem vorprozessualen Kostenerstattungsanspruch geht. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, "aus der Sicht des Senats bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts hinsichtlich der Frage, ob mit einem materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens auch dann vorprozessual aufgerechnet werden kann, wenn später ein Hauptsacheverfahren folgt". Dem ist der Wille des Berufungsgerichts zur Beschränkung der Zulassung der Revision auf den Teil des Streitstoffs zu entnehmen, der die klägerische, vorprozessual erklärte Aufrechnung betrifft. Eine weitergehende Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht war ersichtlich nicht beabsichtigt.

- 3                   b) Die Beschränkung der Zulassung der Revision ist auch wirksam.
- 4                   aa) Sie kann auch in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils erfolgen (BGH, Urteile vom 28. Oktober 2004 - VII ZR 18/03, BauR 2005, 425 = NZBau 2005, 150 = ZfBR 2005, 248 und vom 29. Januar 2003 - XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, 360 jeweils m.w.N.).
- 5                   bb) Die Zulassung der Revision kann allerdings nicht auf die Klärung einer einzelnen Rechtsfrage begrenzt werden; sie kann sich nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs beziehen, über den durch Teil- oder Zwischenurteil entschieden werden kann oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteile vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03, BauR 2004, 1650 = ZfBR 2004, 775; vom 28. Oktober 2004 - VII ZR 18/03, BauR 2005, 425 = NZBau 2005, 150 = ZfBR 2005, 248 und vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 138/04, BauR 2006, 701 = NZBau 2006, 254 = ZfBR 2006, 333 jeweils m.w.N.). Letzteres trifft entgegen der Meinung der Beklagten hier zu. Die Zulassung betrifft ausschließlich die - vorprozessual erklärte - Aufrechnung mit angeblichen Ansprüchen auf Kostenerstattung aus einem vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren. Eine Beschränkung der Revision durch den Revisionskläger auf die Abweisung der Ansprüche, mit denen die Aufrechnung erklärt worden ist, ist wirksam (BGH, Urteile vom 8. Dezember 2005 - VII ZR 138/04, aaO; vom 13. Januar 2005 - VII ZR 28/04, BauR 2005, 749 = NZBau 2005, 280; vom 13. Juni 2001 - VIII ZR 294/99, WM 2001, 2023). Dies gilt für die vorprozessual erklärte Aufrechnung der Klägerin in gleicher Weise wie für eine von der Beklagtenseite im Prozess geltend gemachte oder erklärte Aufrechnung, weil auch erstere einen in der Revision abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs darstellt. Bei einer derartigen Beschränkung hängt der Ausgang des Rechtsstreits lediglich noch davon ab, ob und inwieweit die vorprozessuale Aufrechnung wirksam war. Die-

se Beschränkung ist einem Revisionsführer möglich und ist keine Beschränkung auf die Überprüfung einer Rechtsfrage. Keine Rolle spielt dabei die Tatsache, dass die vorprozessuale Aufrechnung durch die Klägerin dazu diene, Restwerklohnansprüche der Beklagten, die widerklagend oder durch Aufrechnung hätten im Prozess geltend gemacht werden können, zum Erlöschen zu bringen. Daraus entsteht keine so enge Verknüpfung, dass die Beschränkung der Revision hierauf durch den Revisionsführer unzulässig wäre.

- 6                    2. Hinsichtlich des von der Nichtzulassungsbeschwerde erfassten Teils des Rechtsstreits ist ein Zulassungsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs. ZPO).

Kniffka

Kuffer

Bauner

Eick

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Landshut, Entscheidung vom 26.01.2007 - 54 O 1954/06 -

OLG München, Entscheidung vom 24.06.2008 - 13 U 2191/07 -