



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 158/09

vom

18. Mai 2010

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Mai 2010 durch den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

beschlossen:

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Juni 2009 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 111.265,16 €

Von Rechts wegen

Gründe:

1. Die Klägerin verlangt die Zahlung von Restwerklohn in Höhe von 111.265,16 € für die Heizungs- und Sanitärarbeiten am Gasthof des Beklagten. Davon betreffen 13.341,08 € den Neubau. Insofern haben die Parteien einen schriftlichen Vertrag unter Vereinbarung der VOB/B geschlossen. Auf Umbauarbeiten am Altbau, die mündlich vereinbart wurden, entfallen 97.924,08 €.

2 Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und dabei die Ansicht des Landgerichts bestätigt, dass die Restwerklohnansprüche mangels Abnahme nicht fällig seien. Einer Beweisaufnahme habe es insoweit angesichts des widersprüchlichen Vortrags der Klägerin nicht bedurft.

3 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin beanstandet mit Recht, dass das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG (BVerfGE 69, 145, 148) in mehrfacher Weise verletzt hat, weil es die angebotenen Zeugen zu beweisheblichem Vortrag nicht vernommen hat. Auf dieser Gehörsverletzung beruht die angegriffene Entscheidung.

4 a) Das Berufungsgericht hat zum einen den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch verletzt, dass es zu der für die Fälligkeit der Werklohnforderung erheblichen Behauptung der Klägerin, die Werkleistung sei abgenommen worden, die angebotenen Zeugen nicht vernommen hat. Die Klägerin hat insofern unter Beweisantritt vorgetragen, es sei eine Abnahme bezüglich Neu- und Altbau im Oktober 2007 erfolgt. Bei diesem Vortrag ist es auch im Berufungsverfahren geblieben. Das Berufungsgericht konnte die Beweisaufnahme nicht mit der Erwägung ablehnen, die von der Beklagten vorgelegten Schreiben der Klägerin vom 7. Dezember 2007 und vom 13. November 2007 widersprüchen der Abnahme. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin weist insofern zu Recht darauf hin, dass diese Schreiben dem Vortrag zur Abnahme nicht widersprechen. Sie beziehen sich auf die fehlende Fertigstellung, die auf bauseits zu erledigende Arbeiten beruhe sowie auf vom Beklagten zu vertretenden Mängeln. Auch im Schreiben vom 7. Dezember 2007, das sich im Eingangssatz auf abgearbeitete Mängelbeseitigung bezieht, wird insoweit nur erklärt, dass eine "SV-Bauabnahme" erst erfolgen könne, wenn bauseits die Voraussetzungen für eine endgültige Fertigstellung geschaf-

fen würden. Das Berufungsgericht verkennt zudem insoweit, dass der Besteller nicht gehindert ist, die Abnahme zu erklären, auch wenn die Fertigstellung noch nicht erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 Tz. 54 f.).

5            b) Eine fehlende Abnahme unterstellt beanstandet die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht, dass das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch verletzt habe, dass es keinen Beweis erhoben hat zu deren Vortrag, sie habe das von ihr geschuldete Werk vollständig und mangelfrei erbracht. Da das Berufungsgericht es als nicht entscheidungserheblich angesehen hat, ob die vom Beklagten behaupteten und vom Landgericht angenommenen Mängel vorliegen, ist zugunsten der Nichtzulassungsbeschwerde von ihrem Nichtvorliegen auszugehen. Ist das der Fall, hat die Beklagte die Abnahme zu Unrecht endgültig verweigert. Der Vortrag der Klägerin zum Nichtvorliegen von Mängeln betraf daher eine für die Entscheidung des Berufungsgerichts erhebliche Tatsache. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Werklohn auch dann fällig, wenn der Besteller die Abnahme zu Unrecht endgültig verweigert (BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 - VII ZR 26/95, BauR 1996, 390, 391 = ZfBR 1996, 156). Bei endgültiger Abnahmeverweigerung gilt dies auch dann, wenn der Besteller trotz der Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 124).

6            3. Auf den bezeichneten Gehörsverstößen beruht das Urteil des Berufungsgerichts; denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei

der gebotenen Beweiserhebung (§ 538 Abs. 1 ZPO) zu einer anderen Beurteilung der Abnahme der Leistung der Klägerin bzw. der endgültigen unberechtigten Abnahmeverweigerung durch den Beklagten gekommen wäre.

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Traunstein, Entscheidung vom 11.02.2009 - 6 O 981/08 -

OLG München, Entscheidung vom 30.06.2009 - 13 U 2415/09 -