



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 149/10

vom

9. Februar 2012

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Prof. Leupertz

beschlossen:

Der Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 4. August 2010 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Die Sache wird insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Streitwert: 87.571,25 €

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten um Ansprüche des Klägers, die sich aus einer Vereinbarung vom 18. November 2004 ergeben sollen, und um Schadensersatz.
- 2 Der Kläger, ein eingetragener Verein, hat sich zur Aufgabe gesetzt, Schloß G. als Kulturdenkmal zu erhalten. Eigentümer des Schlosses ist seit

7. November 2005 der Zeuge W. C. L. Dieser hat das Schloß von der Gemeinde K. erworben. Das Regierungspräsidium D. bewilligte der Gemeinde mit Bescheid vom 5. März 2002 für die Trockenlegung des Schlosses nach dem Elbhochwasser im August 2002 eine Zuwendung von 148.843,89 €.

3 Mit den zur Trockenlegung erforderlichen Bauleistungen beauftragte die Gemeinde nach öffentlicher Ausschreibung den Beklagten. Dieser hatte der Gemeinde zuvor mitgeteilt, dass unter anderem der Kläger als Subunternehmer für "Abbruch, Transport und Handschachtung, Rohrleitungen, Regenschutzdächer" eingesetzt werden solle. In der Folgezeit wurden Arbeiten zur Behebung der Flutschäden teilweise von dem Kläger und teilweise von dem Beklagten ausgeführt, die der Beklagte sämtlich gegenüber der Gemeinde abrechnete. Am 18. November 2004 kam es zu einem Treffen, an dem der Zeuge W. C. L., dessen Vater W. L., der Beklagte, der Flutkoordinator C. und der Architekt Li. teilnahmen. Was dort vereinbart wurde, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schlussrechnung vom 17. Dezember 2004 rechnete der Beklagte gegenüber der Gemeinde 124.762,51 € zuzüglich Mehrwertsteuer ab und machte abzüglich bereits erfolgter Abschlagszahlungen einen Restwerklohn von 4.098,88 € geltend.

4 Der Kläger behauptet, bei dem Treffen vom 18. November 2004 hätten sich die Parteien darüber geeinigt, wie die von der Gemeinde erbrachten bzw. noch zu erbringenden Zahlungen zwischen ihnen aufgeteilt werden sollten. Der Kläger hat gestützt auf diese Vereinbarung von dem Beklagten zunächst Zahlung von 8.770,65 € zuzüglich Zinsen verlangt. Das Landgericht hat den Beklagten mit Urteil vom 14. März 2005 antragsgemäß verurteilt. Dagegen hat der Beklagte Berufung eingelegt. Nachdem er die Forderung in Höhe von 3.400,44 € anerkannt hatte, hat das Berufungsgericht mit Teilanerkennnisurteil vom 11. November 2005 die Berufung des Beklagten gegen das erstinstanzli-

che Urteil insoweit zurückgewiesen. Im Dezember 2007 hat der Kläger, wiederum gestützt auf die behauptete Vereinbarung vom 18. November 2004, eine weitere Klage erhoben mit dem Hauptantrag, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 81.754,93 € nebst Zinsen zu zahlen. Hilfsweise hat er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, diesen Betrag samt Zinsen auf ein Treuhandkonto einzuzahlen und weiter hilfsweise, den Hauptsachebetrag an eine namentlich benannte Dachdeckerfirma und die Zinsen an den Kläger zu zahlen. Weiter hat er beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 446,11 € zuzüglich Zinsen sowie von vorgerichtlichen Kosten in Höhe von 1.999,32 € zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt. Nach Verbindung der beiden Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht auf die Berufung des Beklagten die über das Teilerkenntnis hinausgehende Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat es die auf Zahlung von 446,11 € und 1.999,32 € gerichtete Klage endgültig und im Übrigen als derzeit unbegründet abgewiesen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers, der seine abgewiesenen Ansprüche weiterverfolgen will.

II.

- 5 Der Beschwerde ist stattzugeben. Das Berufungsurteil beruht auf einer mehrfachen Verletzung des Rechts des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG. Es ist deshalb aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers entschieden wurde, und die Sache ist insoweit an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 544 Abs. 7, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

6 1. a) Das Berufungsgericht hält die Behauptung des Klägers zu der Vereinbarung vom 18. November 2004 für unglaubhaft, weil es fernliege, dass sich die Parteien mündlich auf einen diesem zustehenden Betrag von 76.262,51 € geeinigt hätten. Seine Zweifel sieht es dadurch bestätigt, dass weder der Zeuge C. noch der Zeuge Li. diesen Betrag genannt hätten.

7 b) Das Berufungsgericht hat entscheidungserheblichen Vortrag des Klägers bei seiner Würdigung des Sachverhalts unberücksichtigt gelassen und damit dessen Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

8 aa) Der Kläger hat im Verfahren 10 O 87/05 (GA I 3) vorgetragen, der Beklagte habe nach der am 18. November 2004 getroffenen Vereinbarung einen Teilbetrag von 48.500 € netto behalten und den Rest an den Kläger auskehren sollen. Im Verfahren 10 O 3713/07 (GA I 26) hat er zwar, davon vermeintlich abweichend, mit Schriftsatz vom 14. März 2008 behauptet, es sei vereinbart worden, dass von dem Betrag in Höhe von 124.762,51 € zuzüglich Mehrwertsteuer, den die Gemeinde K. an den Beklagten bezahlt habe, dem Beklagten 48.500 € und dem Kläger 76.262,51 €, jeweils zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer, zustünden. Zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses hatte die Gemeinde jedoch unstreitig den Betrag von 124.762,51 € zuzüglich Mehrwertsteuer noch nicht an den Beklagten ausgezahlt. Dieser hatte erst am 19. November 2004 seine dritte Abschlagsrechnung und erst am 17. Dezember 2004 die Schlussrechnung gestellt. Es war daher ohne Weiteres ersichtlich, dass der Kläger lediglich den entsprechend seinem ursprünglichen Vortrag unbeziffert vereinbarten Rest nachträglich mit dem nach Abzug von 48.500 € verbleibenden Nettobetrag der Schlussrechnung beziffert hatte.

9 bb) Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht, hätte es den Vortrag des Klä-

gers vollumfänglich zur Kenntnis genommen und gewürdigt, den Nachweis für die behauptete Vereinbarung vom 18. November 2004 als erbracht angesehen hätte. Ein Widerspruch zwischen dem Vortrag des Klägers und den Angaben der Zeugen W. L. und W. C. L. bestünde dann nicht. Diese Zeugen haben bei ihrer Vernehmung am 12. November 2008 nicht den Betrag von 76.262,51 € genannt, sondern angegeben, dass nach der Vereinbarung vom 18. November 2004 dem Beklagten 48.500 € zustehen sollten und der Kläger mit dem Restbetrag entlohnt werden sollte (10 O 3713/07: GA I 192 und 195). Auch stünden die Angaben der Zeugen W. L. und W. C. L. nicht in Widerspruch zu denjenigen der Zeugen Li. und C. Der Zeuge Li. hat am 21. Februar 2005 (10 O 87/05: GA I 71) ausgesagt, dass man sich mit den 48.500 € verabschiedet habe (GA I 73); am 12. November 2008 hat er bestätigt, dass Ergebnis des Vergleichs der Anteil gewesen sei, den der Beklagte unstreitig ohne Beteiligung des Klägers erbracht habe (10 O 3713/07: GA I 196 f.). Der Zeuge C. hat am 21. Februar 2005 (10 O 87/05: GA I 64 f.) ausgesagt, es sei festgelegt worden, dass ein Betrag von 48.500 € netto dem Beklagten zustehe. Die anderen Leistungen seien durch den Kläger erbracht worden. Am 12. November 2008 (10 O 3713/07: GA I 198 f.) hat er angegeben, es sei für jede Partei eine Summe festgestellt worden; die Summen wisse er jedoch nicht mehr. Des Weiteren hat er erklärt, zu seiner Aussage vor dem Landgericht zu stehen.

10 2. a) Das Berufungsgericht nimmt an, die behauptete Vereinbarung vom 18. November 2004 - ihr Zustandekommen unterstellt - sei gemäß §§ 134, 138 BGB unwirksam.

11 b) Auch diese Würdigung lässt zum Nachteil des Klägers entscheidungserheblichen Sachverhalt unberücksichtigt. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass entsprechend der behaupteten Vereinbarung vom 18. November 2004 Fördermittel an den Kläger weitergeleitet werden sollten,

ohne dass deren zweckentsprechende Verwendung gewährleistet sei. Damit hat das Berufungsgericht den Kerngehalt des Vorbringens des Klägers nicht erfasst und gegen das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08, BauR 2009, 1003, 1004; Beschluss vom 22. Juli 2010 - VII ZR 117/08, BauR 2010, 1935, 1936 = NZBau 2010, 748 = ZfBR 2011, 27).

12 Der Kläger hat vorgetragen, der Beklagte habe gegenüber der Gemeinde und dieser gegenüber dem Regierungspräsidium nur Leistungen abgerechnet, die die Beseitigung von Flutschäden zum Gegenstand gehabt hätten. Dazu hat er ein Schreiben des Regierungspräsidiums D. vom 15. August 2005 (10 O 87/05: GA II 226) vorgelegt, in dem bestätigt wird, dass die Zuwendungen nach den Angaben im Verwendungsnachweis und der zahlenmäßigen Aufstellung ordnungsgemäß nachgewiesen und zweckentsprechend verwendet worden seien. Auch der Zeuge C. hat bestätigt, dass flutfremde Leistungen gegenüber der Gemeinde nicht abgerechnet worden seien. Mit der Vereinbarung vom 18. November 2004 wurde dem Kläger dementsprechend nur eine Vergütung für Arbeiten zuerkannt, die er zur Beseitigung von Flutschäden erbracht hat. Dass die Beauftragung des Klägers als Subunternehmer des Beklagten nicht gegen die Förderrichtlinien verstieß, hat der Zeuge Dr. B. bei seiner Vernehmung vom 1. Februar 2006 bestätigt (10 O 87/05: GA II 261 und 264). Da somit die nach der behaupteten Vereinbarung vom 18. November 2004 dem Kläger zustehende Forderung eine Vergütung für seine zur Beseitigung von Flutschäden erbrachten Leistungen darstellt, kommt es nicht darauf an, ob der Kläger diese Vergütung nunmehr benutzen will oder wird, um flutfremde Leistungen ausführen zu lassen. Denn in der Verwendung der Vergütung für die zur Beseitigung von Flutschäden erbrachten Leistungen sind Unternehmer und Subunternehmer frei.

- 13 3. a) Das Berufungsgericht spricht dem Kläger die wegen der Beschädigung einer Telefonleitung im Innenbereich des Schlosses geltend gemachte Schadensersatzforderung in Höhe von 446,11 € ab, weil aus dessen Vortrag nicht hinreichend ersichtlich sei, wer wann welche Telefonleitung unter welchen Umständen beschädigt haben solle.
- 14 b) Auch insoweit beruht die Entscheidung des Berufungsgerichts auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers. Dieser hat vorgetragen (10 O 3713/07: GA I 5), dass der Beklagte anlässlich der Bauarbeiten mit einem von ihm eingesetzten Bagger eine Telefonfreileitung im Innenhof des Schlosses zerstört habe und für diese Behauptung die Zeugen W. C. L. und H. angeboten (10 O 3713/07: GA I 33, 36). Der Kläger hat seinen Vortrag anschließend unter Beweisantritt weiter dahin präzisiert (10 O 3713/07: GA I 52 und GA I 90 f.), dass es sich um ein zum Schlossgebäude gehörendes Kabel gehandelt habe, das von der Außenwand des "Hohen Hauses" durch die Luft zum gegenüber liegenden Gebäudeteil gespannt gewesen sei und das während der Aushubarbeiten Anfang Juni 2004 vom Greifarm des Baggers zerrissen worden sei. Nachdem der Kläger ebenfalls unter Beweisantritt vorgetragen hatte, dass der Zeuge W. C. L. als Schlosseigentümer die Schadensersatzforderung an ihn abgetreten habe, durfte das Berufungsgericht die Klage insoweit ohne Vernehmung der vom Kläger benannten Zeugen nicht abweisen.
- 15 4. a) Das Berufungsgericht hat des Weiteren zum Nachteil des Klägers gegen das Gebot rechtlichen Gehörs verstoßen, indem es ihm eine Verzinsung des anerkannten Betrags von 3.400,44 € mit der Begründung versagt hat, auch das landgerichtliche Urteil enthalte keine rechtstatsächlichen Feststellungen, aus denen sich ein Verzug ergeben solle.

- 16 b) Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, dass der Kläger behauptet hat, er habe den Beklagten insoweit mit Schreiben vom 8. Dezember 2004 in Verzug gesetzt (10 O 3713/07: GA I 5) und er hierfür Beweis durch Vorlage dieses Schreibens (Anlage K 2) angetreten hat. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts bei Einbeziehung dieses Vortrags zugunsten des Klägers ausgefallen wäre.

Kniffka

Kuffer

Safari Chabestari

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 14.03.2005 - 10 O 3713/07 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 04.08.2010 - 6 U 710/08 -