



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 117/08

vom

22. Juli 2010

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1

- a) Lässt die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zu, dass die Entscheidung des Gerichts auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht, kann darin ein Verstoß gegen den Anspruch der betroffenen Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs liegen (Anschluss an BGH, Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08, BauR 2009, 1003).

BGB §§ 293, 641 Abs. 3 a.F.

- b) Ein Verzug mit der Annahme einer Beseitigung von Mängeln der Werkleistung ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Auftraggeber irrtümlich der Auffassung ist, die von ihm zurückgewiesene Nachbesserung führe nicht zu einer mangelfreien Leistung.

BGH, Beschluss vom 22. Juli 2010 - VII ZR 117/08 - OLG Koblenz
LG Mainz

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verlangt von dem Beklagten restlichen Werklohn aus zwei Nachtragsrechnungen.

2 Die Klägerin errichtete 1987 auf dem Grundstück des Beklagten ein Verwaltungsgebäude mit Produktionshalle. Für die Bauausführung war ein Pauschalpreis in Höhe von 3.660.000 DM netto vereinbart. Die Arbeiten wurden 1988 unter Vorbehalt verschiedener Mängelrügen abgenommen.

3 Bereits vor Baubeginn im Jahre 1987 stand fest, dass Nachträge zum Pauschalvertrag erforderlich werden würden, über die die Parteien verhandelten.

4 Auf eine korrigierte Nachtragsrechnung vom 13. Juni 1988 mit den Positionen N 1 - N 24 über 792.366,58 DM zahlte der Beklagte insgesamt 442.000 DM, die Zahlung des weiteren Betrages von 350.366,58 DM lehnte er ab. Mit einer weiteren Nachtragsrechnung vom 24. November 1989 stellte die Klägerin für das Glasdach des Verwaltungsgebäudes dem Beklagten 75.798,41 DM in Rechnung. Der Beklagte lehnte die Zahlung ab. Er ist der Ansicht, auf der Grundlage des Pauschalpreisvertrages bestehe kein weiterer Anspruch auf Mehrvergütung aus den Nachtragsrechnungen. Zudem beruft er sich auf Mängel, bezüglich derer er ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht. Weiter rechnet er mit Kosten der Ersatzvornahme für nicht erbrachte Leistungen und mit einer Vertragsstrafe hilfsweise auf.

5 Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 173.777,49 € (339.879,82 DM) Zug um Zug gegen Nachbesserung festgestellter Mängel ver-

urteilt und die Revision nicht zugelassen. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit ihren Beschwerden.

II.

6 1. Das Berufungsgericht führt unter anderem aus, das Landgericht habe zutreffend festgestellt, dass das Glasdach und der Glasanbau im Treppenhausbereich mangelhaft seien, und daher zu Recht ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten angenommen. Dieses bestehe nach wie vor. Aus der vorgelegten Korrespondenz ergebe sich, dass eine endgültige Ablehnung des Nachbesserungsangebots durch den Beklagten nicht festgestellt werden könne. Der Beklagte habe eine Nachbesserung begehrt, die die nach seiner Auffassung untaugliche Konstruktion beseitige, indem die vorhandene Pultdachkonstruktion in ein Satteldach geändert werden sollte. Darauf habe der Beklagte zwar keinen Anspruch, weil eine Sanierung auch ohne Änderung der Baugeometrie möglich sei. Dies habe sich aber erst auf Grund der Begutachtung durch den Sachverständigen ergeben. Bei dieser Sachlage sei kein Raum für die Feststellung des Annahmeverzuges des Beklagten. Er könne daher der Klägerin deren Nachbesserungsverpflichtung weiterhin im Wege des Zurückbehaltungsrechts entgegenhalten. Dies gelte auch im Hinblick darauf, dass sich der Nachbesserungsaufwand in Folge der langen Verfahrensdauer, die der Beklagte nicht zu vertreten habe, von 15.000 DM auf 115.000 DM verteuert habe. Das aus den Mängeln der Schrägdachverglasung resultierende Zurückbehaltungsrecht des Beklagten belaufe sich auf den dreifachen Betrag der voraussichtlichen Sanierungskosten, mithin 345.000 DM.

7 2. Das Berufungsurteil beruht, wie die Klägerin zu Recht rügt, auf einer Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, soweit

das Berufungsgericht dem Beklagten wegen der Mängel der Schrägdachverglasung ein über 15.000 DM hinausgehendes Leistungsverweigerungsrecht in Höhe von weiteren 168.726,32 € (330.000 DM = 345.000 DM - 15.000 DM) zuerkannt hat.

- 8 a) Lässt die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zu, dass die Entscheidung des Gerichts auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht, kann darin ein Verstoß gegen den Anspruch der betroffenen Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs liegen (BGH, Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08, BauR 2009, 1003).
- 9 b) So liegt der Fall hier. Das Berufungsgericht hat einen Annahmeverzug des Beklagten verneint, weil er die Nachbesserung nicht endgültig abgelehnt habe. Seine Ausführungen beschäftigen sich nur damit, dass eine endgültige Ablehnung der Nachbesserung nicht vorliege. Allein daraus schließt das Berufungsgericht auf einen fehlenden Annahmeverzug. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 15. November 2004 zwar auch auf eine endgültige Ablehnung der Nachbesserung hingewiesen. Der Kern ihres Vortrags bestand aber darin, unabhängig von dieser Frage den Verzug der Annahme der Nachbesserung zu begründen. Die Klägerin hat dazu umfangreich und unter Bezug auf das Schreiben des damaligen Beklagtenvertreters vom 28. September 1992 vorgebracht, dass sie die geschuldete Leistung frühzeitig und mehrfach angeboten und der Beklagte die verschiedenen Angebote mit unterschiedlichen Begründungen zurückgewiesen habe. Mit diesem Vortrag hat sich das Berufungsgericht nicht befasst. Die entsprechenden Darlegungen der Klägerin waren von zentraler Bedeutung für den Rechtsstreit. Das Berufungsgericht hätte den Vortrag seinem Sinn entsprechend zur Kenntnis nehmen und sich damit auseinandersetzen müssen.

10 c) Der Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör ist entscheidungserheblich, soweit das Berufungsgericht ein über 15.000 DM hinausgehendes Leistungsverweigerungsrecht zuerkannt hat. Auf der Grundlage des Vortrags der Klägerin befand sich der Beklagte im Verzug der Annahme der Nachbesserung. Die Klägerin hat nach ihrem Vortrag die geschuldete Leistung mehrfach in ausreichender Weise angeboten, der Beklagte hat die Nachbesserung nicht zugelassen. Der Umstand, dass der Beklagte seinerzeit glaubte, die angebotene Nachbesserung sei unzureichend, beseitigt nicht den Annahmeverzug. Ob der Beklagte die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse seines Annahmeverzuges erkannt hat, ist unerheblich, da der Gläubigerverzug nach § 293 BGB ein Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt (BGH, Urteil vom 10. Mai 1988 - IX ZR 175/87, WM 1988, 1131). Er wird daher auch durch einen Irrtum des Beklagten, der das Nachbesserungsangebot für nicht ordnungsgemäß hält und es daher zurückweist, nicht berührt (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 293 BGB Rdn. 10). Das Risiko der Fehlbeurteilung trägt der Gläubiger (OLG Hamm, BauR 1996, 123).

11 Im Annahmeverzug kann der Beklagte in der Regel nicht ein Mehrfaches an Mängelbeseitigungskosten zurückhalten, sondern nur den einfachen Betrag (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2002 - VII ZR 252/01, NZBau 2002, 383). Ob insoweit auf die zum Zeitpunkt der Begründung des Annahmeverzuges erforderlichen Mängelbeseitigungskosten von 15.000 DM oder die zwischenzeitlich während des Annahmeverzuges auf 115.000 DM angestiegenen Kosten abzustellen ist, bedarf erneuter Prüfung. Der Annahme des Berufungsgerichts, die Erhöhung der Mängelbeseitigungskosten auf 115.000 DM falle im vollen Umfang der Klägerin zur Last, weil ein Annahmeverzug der Beklagten nicht vorliege, ist durch die Entscheidung des Senats der Boden entzogen.

12 d) Soweit das Berufungsurteil damit auf einem Verstoß gegen Art. 103
Abs. 1 GG beruht, ist es gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache
an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

13 3. Von einer Begründung der Entscheidung über die Zurückweisung der
weitergehenden Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin sowie der Nichtzu-
lassungsbeschwerde des Beklagten wird abgesehen, weil sie nicht geeignet
wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision
zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Kniffka

Bauner

Eick

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Mainz, Entscheidung vom 07.08.1992 - 7 O 175/89 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 24.04.2008 - 2 U 1421/92 -