



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 188/11

vom

19. Juni 2013

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier, den Richter Dr. Kartzke und den Richter Prof. Dr. Jurgeleit beschlossen:

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

Das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 9. August 2011 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 27.590,60 €

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger verlangt Werklohn. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Mangelhaftigkeit der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistung gewähre den Beklagten das Recht, gegen-

über dem Werklohnanspruch des Klägers aus der Schlussrechnung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 Abs. 1 BGB zu erheben, und zwar nach § 641 Abs. 3 BGB in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung hinsichtlich des dreifachen Betrages der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten. Diese seien zutreffend vom Landgericht mit 10.370,00 € netto in Ansatz gebracht worden. Dieses Leistungsverweigerungsrecht habe jedoch entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht zu dem Erlöschen der Werklohnforderung des Klägers nach § 389 BGB geführt. Vielmehr habe eine Zug-um-Zug-Verurteilung erfolgen müssen.

2 Einer Beurteilung der Frage, ob der durch den Kläger geltend gemachte Anspruch auf die Zahlung des Werklohns aufgrund der durch die Beklagten im Schriftsatz vom 27. Oktober 2010 erklärten Aufrechnung erloschen sei, bedürfe es zur Entscheidung des Berufungsrechtsstreits nicht. Denn durch die unterbliebene Entscheidung des Landgerichts über die durch die Beklagten in diesem Schriftsatz erklärte Aufrechnung sei für den Kläger mit dem angefochtenen Urteil eine Beschwer nicht begründet worden.

II.

3 Das Berufungsurteil ist aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, weil es insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör beruht.

4 1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, es bedürfe keiner Entscheidung der Frage, ob der durch den Kläger geltend gemachte Anspruch auf Zahlung des Werklohns aufgrund der durch die Beklagten mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2010 erklärten Aufrechnung erloschen sei, findet im Prozessrecht

keine Stütze. Mit der Begründung, durch die unterbliebene Prüfung dieser Aufrechnung durch das Landgericht sei der Kläger nicht beschwert, hat sich das Berufungsgericht den Blick darauf verstellt, dass es sich um ein Verteidigungsmittel der Beklagten handelte und nicht diese Berufung eingelegt haben, sondern der unterlegene Kläger. Auf dieser Basis hat es das Vorbringen der Beklagten zur Aufrechnung inhaltlich gar nicht zur Kenntnis genommen.

- 5 Das Landgericht hat den nach Auffassung des Berufungsgerichts schon in erster Instanz gehaltenen Vortrag der Beklagten zur Aufrechnung in diesem Schriftsatz nicht beschieden, weil es bereits aus anderen, vom Berufungsgericht zutreffend als unrichtig erkannten Gründen die Klageforderung für erloschen erachtet hat. Die Beklagten haben in der Berufungsinstanz auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug genommen (Berufungserwiderung vom 29. April 2011, GA VII, 58 ff.). Die Bezugnahme war zulässig, weil dieser Vortrag in erster Instanz aus Rechtsgründen vom Rechtsstandpunkt des erstinstanzlichen Gerichts aus nicht behandelt worden ist. Das Übergehen dieses erheblichen Vortrags begründet einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. Mai 2006 - VII ZR 131/05, BauR 2006, 1339 = NZBau 2006, 507; vom 13. Juli 2006 - VII ZR 134/05, BauR 2006, 1782).
- 6 2. Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten bei einer Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen der geltend gemachten Gegenansprüche dazu kommt, dass der Werklohnanspruch ganz oder teilweise durch Aufrechnung erloschen ist.
- 7 Das Berufungsgericht erhält auch Gelegenheit zur prüfen, ob den Beklagten überhaupt noch ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der Mängel

zusteht, nachdem sie im Schriftsatz vom 27. Oktober 2010 unter Hinweis auf die abgelaufene Frist zur Mängelbeseitigung auch die Aufrechnung mit Mängelbeseitigungskosten erklärt haben, was bedeuten kann, dass sie nunmehr Schadensersatz statt der Leistung gewählt haben (§ 281 Abs. 4 BGB).

Kniffka

Safari Chabestari

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 22.12.2010 - 9 O 657/04 (124) -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 09.08.2011 - 9 U 18/11 -