



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 635/21

vom

26. Januar 2022

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Januar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Borris

beschlossen:

Der Gegenstandswert für das Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten und der Wert der mit der beabsichtigten Revision geltend zu machenden Beschwer werden auf 15.890 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Beklagte errichtete das Objekt P. straße in D. und veräußerte sämtliche Sondereigentumseinheiten. Nach Fertigstellung des Objekts wurde das Gemeinschaftseigentum am 15. November 2011 unter Vorbehalt verschiedener Mängel abgenommen.
- 2 Auf einer Eigentümerversammlung am 18. Oktober 2012 beschlossen die Eigentümer bezüglich der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegen die Beklagte einstimmig, dass die Anwaltskanzlei B. beauftragt werde, die Beklagte zur Beseitigung der Mängel aufzufordern, und bei fruchtlosem Fristablauf der Verwaltungsbeirat gemeinsam mit dem Verwalter ermächtigt werden, mit dem beauftragten Rechtsanwalt das weitere Vorgehen abzustimmen und gegebenenfalls eine Klage auf Mängelbeseitigung beziehungsweise Schadensersatz gegen die Beklagte einzureichen.

3 Mit der Klage hat die Klägerin nach fruchtloser Aufforderung zur Beseitigung der Mängel Ersatz für die Beseitigung des Mangels an einer feuchten Kellerwand im Sondereigentum J. in Höhe von 10.545,58 € sowie einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung in Höhe von 41.120 € verlangt. Die Beklagte hat hilfsweise die Aufrechnung mit einer Restkaufpreisforderung gegen vier Eigentümer in Höhe von 12.610 € zunächst gegen den Vorschussanspruch und nachrangig gegen den geltend gemachten Schadensersatzanspruch erklärt.

4 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 10.545,58 € sowie zur Zahlung eines Vorschusses wegen verschiedener Mängel in Höhe von 15.990 € verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Hilfsaufrechnung der Beklagten hat es wegen fehlender Gegenseitigkeit der Forderungen zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten, mit der diese die Abweisung der Klage begehrt hat, hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen lediglich noch zur Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 15.890 € wegen verschiedener Mängel verurteilt. Die von der Beklagten auch in zweiter Instanz geltend gemachte Hilfsaufrechnung hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht durchgreifen lassen.

5 Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde, mit der sie weiterhin die vollständige Abweisung der Klage, hilfsweise die Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung der Restkaufpreise in Höhe von 12.610 € erreichen möchte.

## II.

6 Der Gegenstandswert für das Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten und der Wert der mit der beabsichtigten Revision geltend zu machenden Beschwer (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) beträgt 15.890 €.

- 7 Die Beklagte wendet sich mit der Nichtzulassungsbeschwerde gegen ihre Verurteilung zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 15.890 €. Die in den Tatsacheninstanzen geltend gemachte Hilfsaufrechnung in Höhe von 12.610 €, die eine Erhöhung des Streitwerts zur Folge hätte (vgl. §§ 47, 45 Abs. 3 GKG), weil eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über sie ergangen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. August 1996 - 6 U 8/95, MDR 1996, 1299; OLG Celle, Beschluss vom 1. November 1983 - 5 W 28/83, AnwBl. 1984, 311; Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 18. Aufl., § 322 Rn. 85), wird von der Beklagten mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht weiterverfolgt. Die Zurückweisung der Hilfsaufrechnung durch das Berufungsgericht mangels Gegenseitigkeit greift die Beklagte in der Sache nicht an.
- 8 Sie beruft sich im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren hilfsweise vielmehr nur noch auf das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht wegen des zugleich auch hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs gerichtet auf Zahlung der Restkaufpreise in Höhe von 12.610 €. Die hilfsweise Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts führt - anders als eine Hilfsaufrechnung (vgl. § 322 Abs. 2 ZPO) - nicht zu einer Erhöhung der Beschwer um den Wert des geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts (vgl. BGH, Beschluss vom

16. April 1996 - XI ZR 302/95, MDR 1996, 960, juris Rn. 5). Es verbleibt hinsichtlich der Beschwer der Beklagten damit bei dem Wert des ausgeurteilten Vorchussanspruchs in Höhe von 15.890 €.

Pamp

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Borris

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.01.2018 - 5 O 268/13 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 10.06.2021 - I-5 U 47/18 -