



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 207/16

vom

30. Mai 2017

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Mai 2017 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richter Prof. Dr. Achilles und Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzter sowie den Richter Hoffmann

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 26. Juli 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens wird auf 22.995,07 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Der Kläger hatte vom Beklagten im Juli 2005 zum Preis von 40.000 € einen über die Gesellschaft für Absatzfinanzierung finanzierten Radlader erworben. Am 21. April 2006 erklärte er wegen verschiedener von ihm behaupteter Mängel den Rücktritt. Der Beklagte verweigerte unter dem 24. April 2006 die Rückabwicklung des Vertrages. Mit Urteil vom 8. April 2008 wurde der Beklagte (rechtskräftig) verurteilt, die Baumaschine Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszins-

satz an die Gesellschaft für Absatzfinanzierung zurückzunehmen. Daneben wurde seine Ersatzpflicht für die durch seine Weigerung der Rückabwicklung entstandenen Schäden festgestellt. Die Rücknahme des Radladers erfolgte am 3. November 2008.

2            Im vorliegenden Prozess macht der Kläger Verzugsschaden für den Zeitraum vom 25. April 2006 bis 3. November 2008 geltend. Dabei hat er zunächst Zahlung von 96.732,07 € nebst Zinsen begehrt und diese Forderung auf verschiedene, ihn im Verzugszeitraum entstandene Aufwendungen sowie auf einen (behaupteten) entgangenen Gewinn von 83.489,30 € gestützt. Der Beklagte hat sich im Hinblick darauf, dass der Kläger während seiner Besitzzeit unstreitig Mieteinnahmen von insgesamt 22.451,61 € erzielt hatte, auf einen Anspruch auf Auskehrung dieses Betrages berufen und diesen im Wege der (Hilfs-)Aufrechnung gegenüber bestimmten von dem Kläger in der ersten Instanz geltend gemachten Schadenspositionen beziehungsweise - in Höhe des seiner Ansicht danach noch verbleibenden Betrages - im Wege der Widerklage geltend gemacht.

3            Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und den Kläger unter Abweisung der weitergehenden Widerklage verurteilt, an den Beklagten 4.991,62 € nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - teilweise abgeändert, den Beklagten zur Zahlung von 18.003,45 € nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

II.

4 Das Berufungsgericht hat einen Verzögerungsschaden des Klägers in Höhe von 5.253,48 € zuzüglich eines entgangenen Gewinns von 12.750 € (insgesamt mithin die zugesprochenen 18.003,45 €) ermittelt. Die Berechnung des Betrages von 5.253,48 € hat es dabei mit Hilfe eines (aufwendigen) Vergleichs einer fiktiven Rückabwicklung zum 25. April 2006 und zum 3. November 2008 vorgenommen. Letztlich läuft diese Berechnungsweise des Berufungsgerichts darauf hinaus, dass die im Verzugszeitraum entstandenen Aufwendungen (Versicherungen, Reparaturen, Kundendienst) sowie der Nutzungersatz für die Kapitalnutzung des Kaufpreises ermittelt und addiert werden und von dieser Summe der als Nutzungersatz für den Radlader im Verzugszeitraum ange-setzte Betrag abgezogen wird. Bei der Berechnung des Nutzungersatzes hat sich das Berufungsgericht einer zeitanteiligen linearen Berechnung bedient.

III.

5 Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die angefochtene Entscheidung verletzt in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

6 a) Das Berufungsgericht hat die Parteien in seinem Beschluss vom 7. Juni 2016 darauf hingewiesen, dass bei der Herausgabe der gezogenen Nutzungen - entgegen der vom Kläger vertretenen Ansicht - nicht auf eine lineare Wertminderung abzustellen sei. Dies entsprach auch der Auffassung des Land-

gerichts, das in seinem Urteil ausgeführt hatte, dass die vom Kläger für seine gegenteilige Rechtsauffassung zitierte Rechtsprechung nicht einschlägig sei, weil sie nicht zu tatsächlich gezogenen Nutzungen (hier: Mieteinnahmen) ergangen sei. Gleichwohl hat das Berufungsgericht in seinem Urteil - ohne zuvor gemäß § 139 Abs. 2 ZPO auf seine geänderte Rechtsauffassung hinzuweisen und dem Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben - bei der Berechnung des Verzugsschadens schadensmindernd doch (nur) Wertersatz für gezogene Nutzungen in Höhe von 4.400 € (7.480 € abzüglich 3.080 €) berücksichtigt und nicht den wesentlich höheren Betrag der im Verzugszeitraum vom Kläger für den Radlader eingenommenen Mieten, der sich nach dem von der Beschwerde in Bezug genommenen Sachvortrag des Beklagten auf 10.791,62 € beläuft. Mit der darin liegenden Überraschungsentscheidung hat das Berufungsgericht, wie die Beschwerde mit Recht rügt, das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt.

7            b) Eine weitere Gehörsverletzung liegt darin, dass das Berufungsgericht nicht zur Kenntnis genommen hat, dass der Beklagte auch Nutzungersatz (beziehungsweise Nutzungsherausgabe in Form der Erstattung der Mieteinnahmen) für die übrige Zeit, also von Juli 2005 bis 24. April 2006, begehrt und zum Gegenstand der Hilfsaufrechnung und der Widerklage gemacht hat. Mit einem aus diesem Zeitraum resultierenden Anspruch, der in dem Verzugsschaden für den Zeitraum 25. April 2006 bis 3. November 2008 nicht enthalten ist, hat sich das Berufungsgericht nicht befasst, sondern ist, wie die Beschwerde zu Recht rügt, auf die Hilfsaufrechnung nicht eingegangen und hat auch die Widerklage abgewiesen, ohne den vom Beklagten erhobenen Anspruch auf Nutzungsherausgabe für den genannten Zeitraum zu prüfen.

8            c) Das Urteil des Berufungsgerichts beruht auf den dargestellten Gehörsverletzungen, denn es ist nicht auszuschließen, dass es bei Berücksichti-

gung des klägerischen Sachvortrags und Erteilung des gebotenen Hinweises zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte bei Erteilung des Hinweises den nunmehr erst in der Beschwerde gehaltenen detaillierten und mit einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 11. Dezember 1985 - IVb ZR 82/84, NJW 1986, 1340 unter 2a; vom 17. Dezember 2010 - V ZR 45/10, NJW 2011, 749 Rn. 15) belegten Vortrag zur Einordnung von Mieteinnahmen als Früchte im Sinne des § 100 BGB und dem daraus folgenden Herausgabeanspruch bei der Rückabwicklung nach § 346 Abs. 1, § 100 BGB sogleich vorgebracht hätte.

9           Es liegt auch nahe, dass das Berufungsgericht angesichts dieser zutreffenden und fundierten Darstellung der Rechtslage davon abgesehen hätte, seiner Schadensberechnung einen lediglich linear berechneten Wertersatz für gezogene Nutzungen (nach § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zugrunde zu legen, der nur zur Anwendung kommt, wenn Nutzungen nicht herausgegeben werden können (vgl. dazu grundlegend Senatsurteil vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47, 49), sondern richtigerweise auf die erzielten Mieteinnahmen abgestellt hätte.

10           Der Hinweis der Beschwerdeerwiderung, der Beklagte habe schon vor dem Hinweis des Berufungsgerichts zu einem Anspruch aus § 346 Abs. 2, § 100 BGB vorgetragen, rechtfertigt eine andere Beurteilung nicht. Zum einen hatte der Beklagte - nachdem schon das Landgericht seine Rechtsauffassung zu einem Rückgewähranspruch auf Herausgabe der Mieteinnahmen geteilt hatte - hierzu nur verhältnismäßig knapp vorgetragen. Zum anderen drängte es sich auf, dass das Berufungsgericht seinen zuvor erteilten, in die gegenteilige Richtung weisenden Hinweis im Zusammenhang mit der umfangreichen Ermittlung des Verzögerungsschadens und den mit eingehenden Erwägungen be-

gründeten Schätzung des entgangenen Gewinns lediglich versehentlich aus dem Blick verloren hatte.

- 11            Ferner hätten bei Beachtung des Vortrags des Beklagten zu den vor dem Eintritt des Verzuges erzielten Mieteinnahmen diese zusätzlich (im Rahmen der Hilfsaufrechnung und eines eventuell überschießenden Betrages bei der Widerklage) berücksichtigt werden müssen.

IV.

- 12            Die weiteren von der Beschwerde vorgebrachten Zulassungsgründe liegen nicht vor. Diesbezüglich hat die Sache weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts; von einer näheren Begründung sieht der Senat insoweit gemäß § 544 Abs. 4 Satz 1 ZPO ab.

V.

- 13            In welchem Umfang die oben dargestellten Gehörsverletzungen des Berufungsgerichts sich auf seine Entscheidung ausgewirkt haben, kann aufgrund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht verlässlich beurteilt werden, so dass der Senat sich veranlasst sieht, das Berufungsurteil insgesamt aufzuheben, soweit es zum Nachteil des Beklagten ergangen ist. Die einzelnen vom Berufungsgericht in seiner komplizierten Berechnung des Verzögerungsschadens eingestellten Positionen korrespondieren nicht (zumindest nicht vollständig) mit der von dem Kläger ausweislich des landgerichtlichen Urteils vorgenommenen Schadensaufstellung, so dass unklar ist, inwieweit es zu Rechenfehlern gekommen ist, mit welchen Beträgen der Beklagte die (Hilfs-) Aufrechnung gegenüber welchen Forderungspositionen des Klägers erklärt hat und welcher Betrag gegebenenfalls im Rahmen der Widerklage verbleibt. Inso-

weit ist den Parteien Gelegenheit zu neuem Sachvortrag zu geben. Da die Berufungsinstanz im Umfang der Aufhebung neu eröffnet ist und das Berufungsgericht somit erneut über eine Schadensforderung des Klägers in Höhe von 18.003,45 € nebst Zinsen und über eine Widerklageforderung des Beklagten in Höhe 4.991,62 € nebst Zinsen zu befinden haben wird, steht es den Parteien in den Grenzen des § 531 Abs. 2 ZPO auch frei, hierzu insgesamt ergänzend vorzutragen und ist der nach Zurückverweisung zur Entscheidung berufene Senat weder an die rechtliche Würdigung im ersten Berufungsurteil noch an die darin vorgenommene Schätzung des entgangenen Gewinns gebunden.

- 14           Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass der Kläger mit der Klage ausschließlich den Verzögerungsschaden geltend gemacht und insoweit konkrete Schadenspositionen angesetzt hat (etwa die im Verzugszeitraum weiter für den Radlader angefallenen Aufwendungen sowie den im selben Zeitraum entgangenen Gewinn), während der Beklagte - hilfsweise - mit Ansprüchen auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen (Mieteinnahmen) aufgerechnet und auf den danach eventuell verbleibenden Betrag die Widerklage gestützt hat, so dass eine Prüfung (nur) dieser Positionen vorzunehmen war und ein Anlass für die vom Berufungsgericht vorgenommene umfassende Rückabwicklungsrechnung nicht erkennbar ist. Zudem hat das Berufungsgericht bei seiner Berechnung Positionen eingestellt, deren gleichzeitige Berücksichtigung zumin-



dest zweifelhaft erscheint; dies dürfte insbesondere für den Ansatz der Position Kapitalnutzungsersatz neben dem Finanzierungsschaden zutreffen.

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Hoffmann

Vorinstanzen:

LG Bamberg, Entscheidung vom 30.04.2015 - 1 O 215/10 -

OLG Bamberg, Entscheidung vom 26.07.2016 - 5 U 110/15 -