



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 81/20

vom

21. April 2021

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. April 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack und Dr. Brenneisen

beschlossen:

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

Das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 9. April 2020 wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Beklagten der Klage hinsichtlich eines 67.956,16 € übersteigenden Betrages nebst Zinsen stattgegeben worden ist. In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die weitergehende Beschwerde der Beklagten wird zurückgewiesen.

Gegenstandswert: Beschwerde der Beklagten 174.535,87 €

stattgebender Teil 32.480,10 €

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger verlangt die Erstattung von Mehrkosten nach einem gekündigten Bauvertrag. Die Beklagte verlangt widerklagend entgangenen Gewinn sowie restlichen Werklohn.
- 2 Der Kläger beauftragte die Beklagte im Januar 2006 mit der Erbringung von Rohbauleistungen. Die Rohbauarbeiten verzögerten sich teilweise aus Gründen, die zwischen den Parteien streitig sind. Mit Schreiben vom 4. August 2008 kündigte der Kläger den Vertrag und beauftragte ein anderes Unternehmen mit der Fertigstellung der Arbeiten. Auf dieser Grundlage verlangt der Kläger Mehrkosten in Höhe von 100.436,26 € und behauptet, dass die Beklagte trotz bestehender Baufreiheit ab Juli 2007 keine Leistungen mehr erbracht habe.
- 3 Die Beklagte hält die Klage bereits dem Grunde nach für ungerechtfertigt und beanstandet die Höhe des geltend gemachten Anspruchs. Die Kündigung des Klägers sei als freie Kündigung zu bewerten. Ihr stünde restlicher Werklohn wegen Bauzeitverzögerungen für die durchgeführten Arbeiten (26.351,40 €) und entgangener Gewinn für die nicht durchgeführten Arbeiten (47.748,21 €), insgesamt 74.099,61 € zu. Diesen Betrag macht die Beklagte widerklagend geltend.
- 4 Das Landgericht hat mit Teil- und Teil-Grundurteil die Klage abgewiesen und den Widerklageanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt, soweit die Beklagte Zahlung von 47.748,21 € für die nicht durchgeführten Arbeiten begehrt. Über den weitergehenden Widerklageanspruch hat das Landgericht keine Entscheidung getroffen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts abgeändert, die Beklagte verurteilt, an den Kläger 100.436,26 € zu zahlen und im Übrigen die Klage und die gesamte Widerklage abgewiesen. Die Revision hat das Berufungsgericht nicht

zugelassen. Die Beklagte begehrt mit der beabsichtigten Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

## II.

5 Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung führt gemäß  
§ 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit hierin zum  
Nachteil der Beklagten der Klage hinsichtlich eines 67.956,16 € übersteigenden  
Betrages nebst Zinsen stattgegeben worden ist, und insoweit zur Zurückverwei-  
6 sung der Sache an das Berufungsgericht.

6 1. Das Berufungsgericht hat, soweit für die Begründetheit der Nichtzu-  
lassungsbeschwerde der Beklagten wesentlich, ausgeführt:

7 Der Höhe nach sei die Klageforderung im Umfang von 100.436,26 € be-  
gründet.

8 Die durch die Beauftragung des Nachunternehmers angefallene Vergü-  
tung sei ohne Weiteres zuzusprechen. Zwar sei die Beklagte der Berechnung  
des Klägers entgegengetreten und habe eine eigene Berechnung vorgenommen.  
In dieser Berechnung würden die Einheitspreise des Nachunternehmers als zum  
Teil überhöht angesehen. Dieser Einwand sei indes unerheblich. Wähle der Auf-  
traggeber einen Drittunternehmer auf dem freien Markt aus, spreche aus der Er-  
fahrung der täglichen Baupraxis der erste Anschein dafür, dass die von dem Dritt-  
unternehmen abgerechneten Kosten erforderlich gewesen seien. Der Auftrag-  
nehmer sei für das Gegenteil darlegungs- und beweispflichtig. Einen ent-  
sprechenden unangemessenen Kostenaufwand habe die Beklagte nicht behaup-  
tet. Dieser folge auch nicht aus der Berechnung der Beklagten, innerhalb derer  
diese zu berechtigten Mehrkosten in Höhe von 64.083,39 € gelange. Allein der

Verweis auf die Stahlpreisgleitklausel sei nicht erheblich für die Darlegung einer eindeutigen und unzweifelhaften Überschreitung der Erforderlichkeit.

9            2. Das Berufungsgericht hat mit diesen Ausführungen, wie die Beschwerde zu Recht rügt, den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es seine Beurteilung der Höhe der Klageforderung überraschend auf Umstände gestützt hat, ohne der Beklagten zuvor einen Hinweis gemäß § 139 Abs. 2, 4 ZPO zu erteilen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

10           a) Nach Art. 103 Abs. 1 GG darf ein Gericht ohne vorherigen Hinweis nicht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte. Es hat in einem solchen Fall auf seine Rechtsauffassung hinzuweisen und dem Prozessbeteiligten eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu eröffnen (BGH, Beschluss vom 10. Februar 2021 - VII ZR 44/20 Rn. 19, juris).

11           So liegt der Fall hier.

12           aa) Der Kläger hat seine Klageforderung in Form einer Gegenüberstellung der der Beklagten geschuldeten Vergütung und des Aufwands des nach Kündigung bestellten Unternehmers berechnet und ist auf dieser Grundlage zuletzt zu einer Differenzsumme von 100.436,26 € gelangt. Hinsichtlich dieser Differenzrechnung gab es unterschiedliche Vorstellungen der Parteien darüber, was die Beklagte als Vergütung hätte verlangen können. Diese unterschiedlichen Auffassungen beruhten überwiegend auf der Frage, wie sich die Stoffpreisgleitklausel Stahl auswirkt. Des Weiteren war eine Position in Höhe von 3.677 € netto - Mehrkosten für Verfüllmaterial - im Streit.

13           Zur Höhe der Klageforderung hat das Berufungsgericht im Rahmen eines Beschlusses darauf hingewiesen, dass es die im Streit befindliche Position über 3.677 € für nicht gerechtfertigt erachte, weil auch die Beklagte Verfüllmaterial,

welches auf der Baustelle zwischengelagert gewesen sei, an den Ort der Verfüllung hätte bringen müssen. Hinsichtlich der Stahlpreise sei die vereinbarte Stahlpreisgleitklausel zu beachten. Danach sei auf den Stahlpreis zu dem Zeitpunkt abzustellen, zu welchem die Arbeiten von der Beklagten hätten vorgenommen werden können.

14            Zu diesen Hinweisen haben die Parteien Stellung genommen und streitig dazu vorgetragen, ob die Beklagte die Arbeiten im September beziehungsweise Dezember 2007 oder erst im Mai 2008 hätte durchführen können. Hierzu hat die Beklagte ausgeführt, dass ab Januar 2008 der Preis für Stahl stark gestiegen sei.

15            Hierzu hat das Berufungsgericht weitere Hinweise nicht erteilt.

16            bb) Bei dieser Sachlage stellte es eine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung dar, wenn das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten in Höhe von 100.436,26 € deshalb ausgesprochen hat, weil es allein auf die Berechtigung der Kosten des Nachunternehmers ankomme und der Stahlpreisgleitklausel keine rechtliche Bedeutung zukomme.

17            b) Der Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist entscheidungserheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht die Klage hinsichtlich eines 67.956,16 € übersteigenden Betrages nebst Zinsen abgewiesen hätte, wenn der Beklagten Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme gegeben worden wäre.

18            Nach dem Vortrag der Beklagten im Beschwerdeverfahren hätte die Beklagte auf einen Hinweis des Berufungsgerichts ausgeführt, dass der Streit der Parteien nicht die Frage betreffe, ob der Nachunternehmer überhöhte Preise angesetzt habe, sondern wie hoch die vom Kläger der Beklagten hypothetisch geschuldete Vergütung sei. Diese Vergütung - so die Beklagte - habe der Kläger in seiner Berechnung zu niedrig angesetzt, so dass der Höhe nach die Klageforderung nur im Umfang von 67.956,16 € gerechtfertigt sei.

19                Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich das Berufungsgericht diesen Argumenten nicht verschlossen hätte, zu seiner im Hinweisbeschluss geäußerten - zutreffenden - Rechtsauffassung zurückgekehrt wäre und geprüft hätte, ob der Klageanspruch nur in Höhe von 67.956,16 € berechtigt ist.

20                3. Im Übrigen (Rügen betreffend den Grund der Klageforderung und die Abweisung der Widerklage) ist die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision im angefochtenen Urteil unbegründet. Insoweit wird von einer Begründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 6 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Pamp

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 08.12.2017 - 9 O 420/13 -

OLG Jena, Entscheidung vom 09.04.2020 - 8 U 19/18 -