



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 65/11

vom

24. November 2011

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick und den Richter Halfmeier

beschlossen:

Der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Februar 2011 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 15.000 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Die Sache wird insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 24.399,84 €

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns für erbrachte Erdarbeiten.

2 Der Beklagte beauftragte den Kläger im Mai 2006 nach dem nunmehr unstreitigen Sachverhalt damit, bei zwei Baugruben verschlammten Boden auszuheben und abzufahren sowie die Gruben nachfolgend mit Frostschutz aufzufüllen und zu verdichten. Das Landgericht hat dem Kläger für diese Tätigkeit unter Berücksichtigung einer Abschlagszahlung von 17.400 € eine Restwerklohnforderung von 39.399,84 € zuerkannt. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde. Er will die Abweisung der Klage erreichen, soweit er zur Zahlung von mehr als 15.000 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

II.

3 Der Beschwerde ist stattzugeben. Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung des Rechts des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG. Es ist deshalb in dem vom Beklagten angefochtenen Umfang aufzuheben, und die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 544 Abs. 7 ZPO.

4 1. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 25. August 2010 in der Berufungsinstanz die ausgehobenen und eingebrachten Mengen unstreitig gestellt. Er hat jedoch gleichzeitig bestritten, dass diese Mengen zur Auftragserfüllung notwendig gewesen seien. Er hat unter Vorlage einer Stellungnahme eines Privatgutachters behauptet, der tatsächlich erforderliche Aushub verschlammten Erdreichs habe mit 32,8 m³ nur ein Zehntel dessen betragen, was der Kläger in

Rechnung gestellt habe. Dementsprechend seien auch nur insgesamt 771,65 m³ Frostschutz einzubringen gewesen.

5 Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, in Anbetracht dessen, dass der Beklagte das Bestreiten der abgefahrenen und angelieferten Mengen fallengelassen habe, könnte sein Vorbringen, der Aushub sei überhöht, nur dann erheblich sein, wenn er hätte behaupten wollen, die Mitarbeiter des Klägers hätten nicht nur verschlammten Boden, sondern in erheblichem Maße auch gewachsenen Boden abgefahren. Trotz Hinweises mit Verfügung vom 11. November 2010 habe der Beklagte eine dahingehende Behauptung jedoch nicht aufgestellt.

6 2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Erheblichkeit des Bestreitens des Beklagten, dass zur Vertragserfüllung der vom Kläger vorgenommene Aushub erforderlich gewesen sei, beruhen auf einer Verletzung des Rechts des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

7 Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Beklagte den Kläger nur beauftragt hatte, verschlammtes Erdreich auszuheben und abzufahren. Für den Umfang des erforderlichen Aushubs ist - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat - der Kläger darlegungs- und beweispflichtig. Der Beklagte hat behauptet, der verschlammte Aushub habe nur ein Zehntel der tatsächlichen Aushubmenge betragen; die verschlammte Bodenschicht sei nicht 1 m, sondern allenfalls 10 cm tief gewesen. Daraus ergibt sich zwangsläufig die vom Berufungsgericht vermisste Behauptung, die Mitarbeiter des Klägers hätten nicht nur verschlammten Boden ausgehoben und abgefahren. Das Berufungsgericht hat damit den Kerngehalt des Vorbringens des Beklagten nicht erfasst, wenn es die Auffassung vertritt, die Erheblichkeit des Vorbringens des Beklagten hänge von weiteren, nicht behaupteten Umständen ab. Aufgrund dieses Unverständnisses

hat das Berufungsgericht das erhebliche Vorbringen des Beklagten bei seinen Erwägungen nicht berücksichtigt und damit gegen das Verfahrensgrundrecht des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßen (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08, BauR 2009, 1003, 1004; Beschluss vom 22. Juli 2010 - VII ZR 117/08, BauR 2010, 1935, 1936 = NZBau 2010, 748 = ZfBR 2011, 27).

- 8 3. Der Gehörsverstoß des Berufungsgerichts ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, wenn es das Bestreiten des Beklagten als erheblich angesehen hätte. Denn dann hätte das Berufungsgericht - wie sich aus seiner Verfügung vom 11. November 2010 ergibt - zur Qualität des Aushubs Beweis durch Vernehmung des vom Kläger benannten Zeugen D. angeordnet.

Kniffka

Bauner

Safari Chabestari

Eick

Halfmeier

Vorinstanzen:

LG Marburg, Entscheidung vom 16.07.2009 - 4 O 22/08 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 23.02.2011 - 15 U 162/09 -