



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 41/14

vom

24. August 2016

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. August 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke, Prof. Dr. Jurgleit und die Richterin Sacher

beschlossen:

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

Das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 16. Januar 2014 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von 200.643,44 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. Zudem wird das Urteil bezüglich Klage und Hilfswiderklage aufgehoben, soweit eine Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung des Beklagten in Höhe von 272.020,71 € (wegen Mängeln der Weißen Wanne) angenommen worden ist. Weiterhin wird das Urteil aufgehoben, soweit die Hilfswiderklage in Höhe von 509.309,39 € abgewiesen worden ist in Bezug auf Schadensersatzansprüche des Beklagten wegen der Sanierung von Dehn- und Arbeitsfugen der Weißen Wanne außerhalb des Bereichs der Tiefgaragen I und II und außerhalb des Bereichs der Aufzugsschächte 1 und 2, wegen der Sanierung von Estrich- und Fliesenflächen außerhalb der genannten Bereiche und wegen der Sanierung des Aufzugs Nr. 3.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde des Beklagten zurückgewiesen.

Streitwert

der Nichtzulassungsbeschwerde:	8.135.315,83 €;
des stattgebenden Teils:	981.973,54 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin fordert von dem Beklagten die Zahlung restlichen Werklohns für die Errichtung des Rohbaus eines Gebäudes, das als Alten- und Pflegeheim genutzt werden sollte. Der Beklagte wendet ein, die Werklohnforderung sei nicht fällig; überdies macht er im Wege der Hilfsaufrechnung und Hilfswiderklage Schadensersatzansprüche sowie einen Vertragsstrafenanspruch geltend.

2 Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 200.643,44 € nebst Zinsen verurteilt und die Hilfswiderklage des Beklagten abgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beklagten, der vollständige Klageabweisung erreichen möchte und in beschränktem Umfang seine Hilfswiderklage weiterverfolgt.

II.

3 Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

4           1. Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, soweit das Berufungsgericht angenommen hat, der Beklagte habe in seiner Berufungsbegründung auf den Einwand verzichtet, die Werklohnforderung sei wegen fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung nicht fällig.

5           a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien die Geltung der VOB/B 1996 vereinbart. Das Berufungsgericht hält die für das Verfahren maßgebliche Schlussrechnung vom 19. Dezember 1997 für in Teilen nicht prüffähig. Die fehlende Prüffähigkeit stehe grundsätzlich der Fälligkeit des Werklohnanspruchs der Klägerin entgegen (§ 14 Nr. 1, § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2, Nr. 3 Abs. 1 VOB/B). Der Beklagte könne sich auf den Einwand fehlender Prüffähigkeit jedoch nicht mehr berufen, weil dies rechtsmissbräuchlich wäre, nachdem er auf diesen Einwand bereits in seiner Berufungsbegründung verzichtet habe.

6           b) Mit dieser Argumentation verletzt das Berufungsgericht den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör. Es unterstellt dem Beklagten einen Verzicht, den dieser nicht erklärt hat, und verschließt sich damit dem wesentlichen Kern des Beklagtenvortrags in der Berufungsbegründung (vgl. BGH, Beschluss vom 4. November 2015 - VII ZR 282/14, BauR 2016, 260 Rn. 21 = NZBau 2016, 96; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 13. Aufl., § 543 Rn. 9d m.w.N.).

7           In der Berufungsbegründung hat der Beklagte zunächst ausgeführt:

"Nicht angegriffen wird die Feststellung, dass die Werkleistung abgenommen ist und dass der Werklohnanspruch [...] der Klägerin daher grundsätzlich fällig ist. Ob und [in] welcher Höhe dies der Fall ist, wird nachfolgend untersucht." (Berufungsbegründung, S. 2 oben)

- 8                   Später hat er ausgeführt:
- "Die gesamte Darstellung der Klage ist bislang [...] mangels Prüffähigkeit un schlüssig. Dies wird hiermit ausdrücklich gerügt." (Berufungsbegründung, S. 5 oben)
- 9                   Diesen Passagen der Berufungsbegründung, die im Berufungsurteil in Teilen wiedergegeben werden, lässt sich entgegen der Darstellung des Berufungsgerichts nicht entnehmen, der Beklagte habe auf den Einwand fehlender Prüfbarkeit der Schlussrechnung verzichtet. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte nicht erklärt, die Klageforderung "sei zwar fällig, aber nicht schlüssig".
- 10                  Vielmehr bringt die erste Passage lediglich zum Ausdruck, dass der Beklagte die Fälligkeitsvoraussetzung der Abnahme nicht in Abrede stellt. Dass die Werklohnforderung möglicherweise aus anderen Gründen nicht fällig sein könnte, ergibt sich aus dem Wort "grundsätzlich" sowie aus der Ankündigung, diese Frage solle "nachfolgend untersucht" werden.
- 11                  Der zweiten Passage, mit der die Unschlüssigkeit des Klagevorbringens mangels Prüffähigkeit gerügt wird, ist schon dem Wortlaut nach nicht zu entnehmen, dass auf den Einwand fehlender Fälligkeit verzichtet werden solle. Es ist auch kein Grund ersichtlich, aus dem der Beklagte, der sich mit der Berufungsbegründung gegen eine erstinstanzliche Verurteilung wehrt, auf die Prüfbarkeit als Fälligkeitsvoraussetzung hätte verzichten sollen.
- 12                  c) Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Hätte das Berufungsgericht dem Beklagten nicht zu Unrecht unterstellt, er habe bereits in der Berufungsbegründung auf den Einwand fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung verzichtet, hätte es seine Einrede nicht im Hinblick auf den vermeintlichen vorangegangenen Verzicht als rechtsmissbräuchlich einstufen dürfen. Sonstige Feststellungen, aufgrund derer es dem Beklagten verwehrt wäre, sich

auf die fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung zu berufen, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

13 Zugunsten des Beschwerdeführers ist davon auszugehen, dass die Schlussrechnung insgesamt nicht prüfbar war. Dass die Schlussrechnung hinsichtlich bestimmter Teile prüfbar wäre, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

14 Demnach kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht ohne den Gehörsverstoß die Restwerklohnforderung für nicht fällig gehalten hätte, so dass die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen gewesen wäre und das Berufungsgericht ihr nicht in Höhe von 200.643,44 € nebst Zinsen hätte stattgeben dürfen.

15 d) Der Gehörsverstoß hat außerdem zur Folge, dass das Berufungsurteil aufzuheben ist, soweit eine Aufrechnung mit der Schadensersatzforderung des Beklagten in Höhe von 272.020,71 € (wegen Mängeln der Weißen Wanne) angenommen worden ist.

16 aa) Das Berufungsgericht hat entschieden, dass dem Beklagten wegen Mängeln der Weißen Wanne ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 272.020,71 € zusteht. Der Betrag setzt sich zusammen aus Kosten für die Sanierung von Dehn- und Arbeitsfugen im Bereich der Tiefgaragen I und II und der Aufzugsschächte 1 und 2 sowie Regiekosten, für die das Berufungsgericht - unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils des Beklagten - 162.640 € sowie 14.277,12 € ansetzt; zudem aus Sanierungskosten bezüglich der Aufzüge 1 und 2 in Höhe von 83.960 € und Kosten, die für die Vorbereitung von Ortsterminen eines Sachverständigen angefallen sind, in Höhe von 11.143,59 €.

17 Der Beklagte hat bezüglich dieses Schadensersatzanspruchs in Höhe von 272.020,71 € hilfsweise die Aufrechnung gegenüber der Klageforderung erklärt; zudem hat er Hilfswiderklage für den Fall erhoben, dass der Schadens-

ersatzanspruch nicht bereits im Wege der Hilfsaufrechnung gegenüber der Klageforderung verbraucht sein sollte. Das Berufungsgericht hat entschieden, der Schadensersatzanspruch sei durch Aufrechnung gegen die Klageforderung erloschen, weshalb er für die Hilfswiderklage nicht mehr zur Verfügung stehe.

18           bb) Hätte das Berufungsgericht ohne den Gehörsverstoß die Fälligkeit der Klageforderung verneint (vgl. dazu oben unter c), hätte es möglicherweise zugleich annehmen müssen, dass die Bedingung der vom Beklagten erklärten Hilfsaufrechnung nicht eingetreten sei. Feststellungen, denen zufolge die vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung anders zu verstehen wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Wäre der Schadensersatzanspruch in Höhe von 272.020,71 € nicht durch Aufrechnung erloschen, wäre insoweit die Bedingung für die Hilfswiderklage eingetreten und hätte diese insoweit als zulässig und begründet angesehen werden müssen.

19           cc) Das Berufungsurteil wird nicht nur aufgehoben, soweit es der Hilfswiderklage in Höhe von 272.020,71 € den Erfolg versagt hat, sondern auch insoweit, als entschieden wurde, in dieser Höhe sei die Klageforderung durch Aufrechnung erloschen. Ohne diese weitere Aufhebung erwüchse die Entscheidung des Berufungsgerichts, der Schadensersatzanspruch sei durch Aufrechnung erloschen, gemäß § 322 Abs. 2 ZPO in Rechtskraft (vgl. Zöllner/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 322 Rn. 21 m.w.N.), so dass der Anspruch - entgegen dem erklärten Ziel des Beklagten - für die Hilfswiderklage nicht mehr zur Verfügung stünde. Durch den Verlust des Anspruchs infolge der Aufrechnung ist der Beklagte beschwert (vgl. Zöllner/Heßler, ZPO, 31. Aufl., vor § 511 Rn. 26a m.w.N.). In der Begründung seiner Beschwerde hat der Beklagte ausdrücklich geltend gemacht, das Berufungsgericht habe zu Unrecht ein Erlöschen des Schadensersatzanspruchs durch Aufrechnung angenommen. Sein Antrag, die Revision zuzulassen, "soweit [...] die (Hilfs-)Widerklage [...] abgewiesen worden ist", ist daher so auszulegen, dass hinsichtlich der Klage auch die Aufhe-

bung der Entscheidung über die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch begehrt wird.

20           2. Das Berufungsurteil beruht zudem auch insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör, als das Berufungsgericht angenommen hat, der Beklagte habe eine rechtzeitige Mangelrüge bezüglich der Undichtigkeit der Weißen Wanne nur bezüglich des Bereichs der Tiefgaragen I und II sowie der Aufzugsschächte 1 und 2 erhoben.

21           a) Ein Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn das Gericht entscheidungserhebliches Parteivorbringen nicht zur Kenntnis nimmt. Diese Voraussetzungen können auch dann erfüllt sein, wenn die Begründung der angefochtenen Entscheidung nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, nicht aber den Sinn des Parteivortrags erfassenden Wahrnehmung beruht (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2016 - VII ZR 64/15 Rn. 24 m.w.N.). So liegt es hier.

22           aa) Das Berufungsgericht nimmt ausdrücklich auf die ständige Rechtsprechung Bezug, nach der ein Mangel ausreichend bezeichnet ist, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangels benennt (Berufungsurteil, S. 117 f.). In diesem Fall sind immer alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von der Mangelrüge erfasst. Das gilt auch, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werkes in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 1997 - VII ZR 210/96, BauR 1997, 1029, juris Rn. 8 m.w.N.).

23           Zugleich stellt das Berufungsgericht fest, der Beklagte habe "in nicht rechtsverjährter Zeit [...] sämtliche Mangelursachen [gerügt], die den gerügten Mangel 'nicht fachgerechte Ausführung der Weißen Wanne' ausmachen" (Berufungsurteil, S. 118 oben). Im Tatbestand hebt es hervor, der Beklagte habe in

der Klageerwiderung als besonders gravierend den "Mangel der undichten Weißen Wanne" gerügt (Berufungsurteil, S. 13 oben).

24           bb) Gleichwohl vertritt das Berufungsgericht später die Auffassung, die Mangelrügen des Beklagten bezögen sich ausschließlich auf den Bereich der Tiefgaragen I und II sowie der Aufzugsschächte 1 und 2 (Berufungsurteil, S. 128 f.). Eine "fristgerechte Rüge des Gesamtbereiches des Untergeschosses durch den Beklagten in Bezug auf Mängel der Weißen Wanne" sei "nicht dargetan" (Berufungsurteil, S. 130 unten). Mit diesen Ausführungen dokumentiert das Berufungsgericht, dass es sich dem Sinn der - nicht auf Teilbereiche der Weißen Wanne beschränkten - Mangelrüge des Beklagten verschließt, auch wenn es ihren Inhalt im Urteilstatbestand wiedergegeben hat.

25           b) Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich.

26           Aufgrund der irrigen Annahme, der Beklagte hätte seine Mangelrüge auf Teilbereiche der Weißen Wanne beschränkt, hat das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche des Beklagten für verjährt gehalten, soweit der Beklagte die Kosten der Sanierung von Dehn- und Arbeitsfugen der Weißen Wanne außerhalb des Bereichs der Tiefgaragen I und II und außerhalb des Bereichs der Aufzugsschächte 1 und 2 geltend gemacht hat. Dasselbe gilt für die Kosten der Sanierung von Estrich- und Fliesenflächen außerhalb der genannten Bereiche sowie für die Kosten der Sanierung des Aufzugs Nr. 3. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht ohne den Gehörsverstoß einen durchsetzbaren Schadensersatzanspruch des Beklagten auch bezüglich der genannten Positionen angenommen hätte.

27           Die Einschätzung des Berufungsgerichts, der Vortrag des Beklagten bezüglich der Fliesenflächen sei nicht hinreichend substantiiert, trifft nicht zu. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte

Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Wird das Parteivorbringen diesen Anforderungen gerecht, so kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen nicht verlangt werden (BGH, Beschluss vom 6. Februar 2014 - VII ZR 160/12, NZBau 2014, 221 Rn. 12 m.w.N.).

28           3. Die Aufhebung der Entscheidung über die Hilfswiderklage wird der Höhe nach auf 509.309,39 € beschränkt, weil der Beklagte das Berufungsurteil nur begrenzt angegriffen hat. Den Schadensersatzanspruch bezüglich der Kosten der Sanierung von Dehn- und Arbeitsfugen der Weißen Wanne außerhalb des Bereichs der Tiefgaragen I und II und der Aufzugsschächte 1 und 2 hat der Beklagte mit 454.861,10 € beziffert; zudem hat er die Kosten der Sanierung von Estrich- und Fliesenflächen in Höhe von 12.931,04 € und 15.517,25 € sowie Sanierungskosten für den Aufzug Nr. 3 in Höhe von 26.000 € geltend gemacht. Bezüglich der Estrich- und Fliesenflächen hat der Angriff auf die Berufungsentcheidung nur teilweise Erfolg; da der Beklagte allerdings für die Kosten der Sanierung der betroffenen Teilflächen keine Teilbeträge angegeben hat, werden insoweit die von ihm bezeichneten Gesamtbeträge angesetzt.

### III.

29           Von einer Begründung der Entscheidung über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO).

IV.

30 Der Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 8.135.315,83 € festgesetzt, weil sich der Beklagte gegen den stattgebenden Teil der Entscheidung über die Klage in Höhe von 200.643,44 € wendet, die Schadensersatzforderung in Höhe von 272.020,71 € weiterverfolgt und darüber hinaus Kosten für die Sanierung von Dehn- und Arbeitsfugen der Weißen Wanne außerhalb des Bereichs der Tiefgaragen I und II und der Aufzugsschächte 1 und 2 in Höhe von 454.861,10 €, die Kosten der Sanierung von Estrichflächen in Höhe von 12.931,04 € und von Fliesenflächen in Höhe von 15.517,25 €, die Sanierungskosten für den Aufzug Nr. 3 in Höhe von 26.000 € sowie eine Vertragsstrafe in Höhe von 82.093,65 € und einen Mietausfallschaden in Höhe von 7.071.248,64 € geltend macht.

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Vorinstanzen:

LG Göttingen, Entscheidung vom 14.06.2000 - 4 O 489/97 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 16.01.2014 - 8 U 97/00 -