BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 200/06

vom

18. Dezember 2008

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Dezember 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

beschlossen:

Der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München, Zivilsenate in Augsburg, vom 4. Oktober 2006 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

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

Gegenstandswert: 115.978,05 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verlangt von den Beklagten restlichen Werklohn; die Beklagten rechnen hiergegen mit einem Vorschussanspruch für Mängelbeseitigungs-

arbeiten auf und verlangen den überschießenden Betrag im Wege der Widerklage.

2 Die Klägerin wurde von den Beklagten im Frühjahr 1998 u.a. damit beauftragt, einen flüssigkeitsdichten Betonbelag (Bodenplatten) zum einen für einen Schrottplatz des Beklagten zu 1 ("nördliche Fläche") und zum anderen für eine Altautoverwertung des Beklagten zu 2 ("südliche Fläche") neu herzustellen.

3 Das Landgericht hat die Beklagten unter teilweiser Klageabweisung zur Zahlung von 57.978,05 € als Gesamtschuldner verurteilt. Die Widerklage hat es abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, dass der Klägerin noch ein Restwerklohnanspruch in Höhe von 114.915,50 € zugestanden habe. In Höhe von 56.937,45 € hätten die Beklagten hiergegen wirksam mit einem Anspruch auf Vorschusszahlung für Mängelbeseitigungskosten aufgerechnet. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung die Klage insgesamt abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung eines Kostenvorschusses von 58.000 € verurteilt. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Klägerin, die mit einer Revision weiterhin die vollständige Zurückweisung der Berufung erreichen will.

II.

4 Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision hat Erfolg. Das Berufungsurteil beruht, wie die Klägerin zu Recht rügt, auf einer Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Es ist deshalb aufzuheben, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. In-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

soweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 544 Abs. 7 ZPO.

5 1. a) Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Betonplatte des Schrottplatzes (nördliche Fläche) angenommen, dass die Klägerin nicht die gebotene risikominimierende Ausführungsart, sondern eine Konstruktion mit zu vielen Fugen gewählt habe und deshalb keine flüssigkeitsundurchlässige Fläche hergestellt worden sei. Daher sei der Betonboden des Schrottplatzes mangelhaft. Aus diesem Grund bestehe Mängelbeseitigungsbedarf nicht nur - wie vom Landgericht angenommen - durch Nachbearbeitung des Fugenbereichs einschließlich der umgebenden Betonausbrüche. Andererseits sei die vorhandene Bodenplatte auch nicht vollständig untauglich. Die Mängel könnten und müssten durch das Aufbringen einer weiteren, 20 cm starken, fugenlosen Platte auf die vorhandene Platte entsprechend den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen R. beseitigt werden. Dies sei zur Erreichung des geschuldeten Zwecks die vergleichbar günstigste Lösung.

6 Zu dieser Einschätzung, dass die Fläche grundsätzlich zu viele Fugen enthalte, ist das Berufungsgericht aufgrund der Ergebnisse des ergänzend eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Dr. G. vom 19. Juni 2006 sowie dessen Erläuterungen in der letzten mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2006 gelangt. Zuvor war in dem seit 1999 anhängigen Rechtsstreit die Frage der Anzahl der notwendigen oder zulässigen Fugen nicht angesprochen worden.

7 b) Das Berufungsgericht durfte die mündliche Verhandlung nicht ohne weiteres schließen, nachdem erstmals durch das wenige Tage vor der mündlichen Verhandlung zugegangene schriftliche Gutachten des Sachverständigen Dr. G. und dessen mündliche Ausführungen im Termin vom 28. Juni 2006 die

Frage der Eignung einer Betonfläche mit zahlreichen Fugenausbildungen für den hier in Rede stehenden Zweck thematisiert worden war. Im Hinblick darauf, dass die Parteien zuvor jahrelang über andere Punkte gestritten hatten und die bereits zuvor erstatteten Gutachten den neu eingeführten Streitpunkt nicht problematisiert hatten, konnte das Berufungsgericht von der Klägerin eine umfassende sofortige Äußerung auf diesen veränderten Gesichtspunkt nicht erwarten. In einem solchen Fall muss das Gericht die mündliche Verhandlung vertagen, ins schriftliche Verfahren übergehen, soweit dies im Einzelfall sachgerecht erscheint, oder auf Antrag der betreffenden Partei gemäß § 139 Abs. 5 i.V.m. § 296 a ZPO eine Frist bestimmen, innerhalb derer die Partei die Stellungnahme in einem Schriftsatz nachbringen kann. Unterlässt das Gericht die derart gebotenen prozessualen Reaktionen und verkennt es dabei, dass die Partei sich offensichtlich in der mündlichen Verhandlung nicht ausreichend hat erklären können, so verletzt es deren Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG (Senatsbeschluss vom 13. März 2008 - VII ZR 204/06, BauR 2008, 1029 = NZBau 2008, 445 = ZfBR 2008, 472; BGH, Beschluss vom 18. September 2006 - II ZR 10/05, NJW-RR 2007, 412; Urteil vom 8. Februar 1999 - II ZR 261/97, NJW 1999, 2123).

8 2. a) Das Berufungsgericht hat weiter gemeint, die Höhe des Vorschussanspruchs sei mit den vom Sachverständigen R. errechneten Mängelbeseitigungskosten von netto 63.000 € und 90.000 €, zuzüglich der Mehrwertsteuer insgesamt 177.480 €, anzusetzen. Eine Anrechnung von Sowieso-Kosten ergebe sich nicht, weil hiermit im Wesentlichen lediglich die geschuldete Leistung nachgeholt werde. Allerdings sei eine Vorteilsausgleichung durchzuführen, weil die durchzuführende Verstärkung eine erhöhte Traglast, Dauerhaftigkeit sowie Gebrauchstauglichkeit der Fläche zur Folge habe; diese schätze das Gericht auf 30 %, so dass sich der reduzierte Vorschuss noch auf 124.236 € belaufe.

9 b) Auch zu dieser Berechnung, die auf der vom Sachverständigen Dr. G. für notwendig erachteten Konstruktion der Bodenplatte mit weniger Fugen beruht, hätte das Berufungsgericht der Klägerin weitere Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Denn ihm musste sich aufdrängen, dass die Klägerin von dem oben dargelegten neuen Gesichtspunkt in Bezug auf die Mangelhaftigkeit ihrer Leistung überrascht war und zu den Konsequenzen nicht sofort umfassend Stellung nehmen konnte.

10 3. Diese Gehörsverletzungen sind entscheidungserheblich.

11 Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin, wie sie ihn im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 11. Juni 2006 gehalten hat, und des Vorbringens aus der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

12 Das betrifft zum einen die Frage, in welcher Ausführung die Klägerin die Bodenplatte schuldete. In Betracht kommt aber auch, dass die Beklagten eine Mitverantwortlichkeit trifft, wenn von ihnen Vorgaben zur Ausbildung der Fugen gemacht worden sein sollten. Schließlich könnte der Einwand der Klägerin Erfolg haben, dass Sowieso-Kosten in Abzug zu bringen sind. Denn der Abzug von Sowieso-Kosten kommt in Betracht, wenn die nach dem Vertrag vereinbarte Funktionstauglichkeit durch die im Vertrag bestimmte Ausführungsart nicht erreicht wird und der Auftraggeber den begehrten Vorschuss nach den Kosten der Herstellung eines funktionstauglichen Werkes berechnet (BGH, Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244, 247; Beschluss vom 25. Januar 2007 - VII ZR 41/06, Rdn. 17, BauR 2007, 700 = NZBau 2007, 243 = ZfBR 2007, 340). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine Abrechnung nach Einheitspreisen vereinbart war. Die ausschließlich angebotene und abgerechnete Position mit Stahlfaserbeton war nach der Behauptung der Klägerin ungeeignet

für die Herstellung einer Platte mit weniger Fugen, da bei einer Ausführung mit Stahlfaserbeton Scheinfugen notwendig seien. Eine Platte mit weniger Fugen hätte eine stärkere Bewehrung benötigt. Daher kommt es in Betracht, dass die vom Berufungsgericht angesetzten Kosten für Stahlbetonmatten von vornherein angefallen wären.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Augsburg, Entscheidung vom 30.04.2004 - 2 O 3812/99 -
OLG München in Augsburg, Entscheidung vom 04.10.2006 - 27 U 396/04 -