# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VII ZR 27/06

Verkündet am:
25. Oktober 2007
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 256 Abs. 2

Verteidigt sich der Auftraggeber gegenüber einer Werklohnklage des Auftragnehmers damit, er verweigere die Abnahme wegen verschiedener Mängel, so kann die Feststellung, der Auftragnehmer sei zur Beseitigung aller Mängel verpflichtet, Gegenstand einer Zwischenfeststellungswiderklage sein. Unerheblich ist, ob das Gericht die Berechtigung zur Abnahmeverweigerung lediglich auf einen Mangel stützt.

ZPO §§ 268, 533

Hat das Berufungsgericht sachlich über eine erst in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage entschieden, so kann entsprechend § 268 ZPO mit der Revision weder angegriffen werden, dass das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 533 ZPO bejaht und die Widerklage deshalb zugelassen hat, noch, dass es § 533 ZPO nicht für anwendbar gehalten hat.

BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 27/06 - OLG Köln
LG Aachen

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und Halfmeier

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. Dezember 2005 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin hat mit der inzwischen rechtskräftig abgewiesenen Klage restlichen Werklohn für Putz- und Trockenbauarbeiten an vier Mehrfamilienhäusern verlangt. Den Arbeiten lag ein schriftlicher Werkvertrag der Parteien zugrunde, der unter anderem die Regelungen der VOB/B für maßgebend erklärte. Die Beklagte hat behauptet, verschiedene Leistungen seien nicht oder schlecht ausgeführt worden. Das Landgericht hat der auf Zahlung von 108.709,50 DM (= 55.582,28 €) nebst Zinsen gerichteten Klage nur in Höhe von 45.321,45 € nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Mit der Berufung hat die Beklagte ihren Antrag, die Klage insgesamt abzuweisen, weiterverfolgt. Sie hat außerdem im Berufungsverfahren Widerklage auf Feststel-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



lung erhoben, dass die Klägerin verpflichtet sei, im Einzelnen näher bezeichnete Mängel an der Wärmedämmung der Dächer der Häuser nachzubessern.

2 Das Oberlandesgericht hat die Klage über die landgerichtliche Abweisung hinaus in Höhe eines weiteren Betrages von 11.102,58 € endgültig und im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Der Widerklage hat es stattgegeben; insoweit hat es die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

3 Der Senat hat die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision hinsichtlich der Klageabweisung durch Beschluss vom 14. Juni 2007 zurückgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist unbegründet.

I.

5 Das Berufungsgericht hält die Widerklage als Zwischenfeststellungswiderklage für zulässig und begründet. Sie unterliege in der Berufungsinstanz nicht den Beschränkungen des § 533 ZPO. Die Verpflichtung der Klägerin zur Beseitigung der im Feststellungsantrag bezeichneten Mängel sei ein im Laufe des Rechtsstreits streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dem die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhänge (§ 256 Abs. 2 ZPO). Auf

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

die Verpflichtung der Klägerin zur Mangelbeseitigung komme es im Rahmen der Prüfung der Abnahmereife ihrer Arbeiten an, da hiervon die Fälligkeit der Klageforderung abhänge. Zwar bedürfe die Entscheidung über die Vergütungsforderung nicht der Feststellung sämtlicher Mängel, die von der Zwischenfeststellungswiderklage umfasst würden, denn die Abnahmereife werde schon durch das Vorliegen einzelner erheblicher Mängel ausgeschlossen. Im Berufungsurteil könne aber die fehlende Abnahmereife auf einen einzelnen Mangel oder auf die Gesamtheit der vom Sachverständigen festgestellten Mängel gestützt werden. Bei mehreren Begründungsmöglichkeiten sei es für die Frage der Vorgreiflichkeit des Rechtsverhältnisses ausreichend, dass die Hauptentscheidung eine auf das Rechtsverhältnis gestützte Begründung enthalten könne. Ob diese vom Gericht gewählt werde, sei unerheblich.

6 Insbesondere entspreche die Zulassung der Zwischenfeststellungswiderklage auch der Prozessökonomie, da ansonsten zu befürchten sei, dass in einem weiteren Rechtsstreit erneut ein Sachverständigengutachten über den Zustand des Daches einzuholen sein werde. Die Widerklage erstrecke sich gerade nur auf Mängel, zu deren Feststellung es einer weiteren Aufklärung nicht bedürfe. Wegen dieser Mängel fehle es an der Abnahmereife der Leistung der Klägerin.

II.

7 Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

8 1. Ohne Erfolg rügt die Revision eine Verletzung des § 547 Nr. 6 ZPO. Das angefochtene Urteil ist auch hinsichtlich der vom Berufungsgericht angenommenen Begründetheit der Widerklage in ausreichender Weise mit Gründen

versehen. Zwar hat das Berufungsgericht im Abschnitt II. 3. der Gründe seines Urteils, der sich mit der Zwischenfeststellungswiderklage befasst, mit Ausnahme der pauschalen Feststellung der Begründetheit im Eingangssatz keine weiteren Ausführungen mehr hierzu gemacht. Diese waren aber entbehrlich. Denn aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils ergibt sich ohne Weiteres, dass und warum das Berufungsgericht die Verpflichtung der Klägerin zur Beseitigung aller im Einzelnen genannten Mängel angenommen hat. Es hat die mit der Klage geltend gemachte Werklohnforderung, soweit sie dem Grunde nach überhaupt bestand, mangels Abnahmereife des Werkes als nicht fällig angesehen. Die fehlende Abnahmereife hat es auf die vom Sachverständigen S. festgestellten Mängel der Wärmedämmung einschließlich der Isolierung der Mauerwerkskronen gestützt. Dies hat es unter II. 2. a. bb. der Gründe seines Urteils ausführlich dargelegt. Außerdem hat es dort unter b. bis e. ausführlich begründet, warum die Klägerin die festgestellten Mängel beseitigen muss. Einer Wiederholung dieser Begründungen bedurfte es nicht.

9 2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungswiderklage sei in der Berufungsinstanz nicht an den Maßstäben des § 533 ZPO zu messen, ist entsprechend § 268 ZPO mit der Revision nicht angreifbar. Nach dem Zweck des Berufungsrechts dient die Berufungsinstanz in erster Linie der Fehlerkontrolle der erstinstanzlichen Entscheidung. § 533 ZPO verhindert deshalb, dass sich das Berufungsgericht im Rahmen neuer Streitgegenstände mit neuem Streitstoff befassen und hierzu eine Sachentscheidung treffen muss. Dieser Zweck kann nicht mehr erreicht werden, wenn das Berufungsgericht eine Widerklage zugelassen und hierüber sachlich entschieden hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob es zu einer Sachentscheidung gelangt ist, weil es die Voraussetzungen des § 533 ZPO bejaht oder dessen Anwendbarkeit im Einzelfall verneint hat. In beiden Fällen würde eine revisionsrechtliche Überprüfung der Sachentscheidung des Berufungsgerichts möglicherweise die

Grundlage entziehen, ohne dass hierfür noch ein Bedürfnis besteht. Deshalb ist eine solche Zulassung durch das Berufungsgericht unanfechtbar (vgl. Musielak/ Ball, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 533 Rdn. 23; BGH, Urteil vom 2. April 2004 - V ZR 107/03, NJW 2004, 2382, 2383).

10 3. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO angenommen, der auch im Berufungsverfahren gilt (§ 525 ZPO). Dies unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung. Es handelt sich um eine von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1994 - VIII ZR 165/93, BGHZ 125, 251, 255 m.w.N.).

11 a) Verteidigt sich der Auftraggeber gegenüber einer Werklohnklage des Auftragnehmers damit, er verweigere die Abnahme wegen verschiedener Mängel, so kann die Feststellung, der Auftragnehmer sei zur Beseitigung aller Mängel verpflichtet, Gegenstand einer Zwischenfeststellungswiderklage sein. Unerheblich ist, ob das Gericht die Berechtigung zur Abnahmeverweigerung lediglich auf einen Mangel stützt. Würde man die Vorgreiflichkeit in einem solchen Fall anders beurteilen, hinge die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungs(wider-)klage von der für die Parteien nicht vorhersehbaren Begründung ab, die das Gericht in seiner Hauptentscheidung zur Frage wählt, wegen welcher Mängel die Abnahmeverweigerung berechtigt ist. Ein Gericht ist nicht verpflichtet, eine bestimmte von mehreren möglichen Begründungsmöglichkeiten zu wählen oder bestimmte Fragen offenzulassen und dafür andere zu entscheiden. Entschließt sich das Gericht in einem solchen Fall für eines der möglichen Begründungselemente, so hängt die getroffene Entscheidung des Rechtsstreits hiervon ab (so ausdrücklich Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 256 Rdn. 132 Fn. 321; OLG Köln, MDR 1981, 678 f.; vgl. auch Musielak/Foerste, ZPO, 5. Aufl., § 256 Rdn. 41; MünchKommZPO-Lüke, 2. Aufl., § 256 Rdn. 80).

12 b) Es stand dem Berufungsgericht hier frei, es bei der Feststellung einzelner Mängel zu belassen und schon hiermit zu begründen, dass es an einer Abnahmereife fehle. Es konnte aber ebenso gut die Begründung wählen, dass alle Mängel in ihrer Gesamtheit der Abnahmereife entgegenstehen. Daher war das Rechtsverhältnis, das den Gegenstand der Zwischenfeststellungswiderklage bildete, in seinem gesamten Umfang vorgreiflich.

13 4. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht schließlich die Zwischenfeststellungswiderklage auch für begründet erachtet.

14 a) Der Senat hat die von der Revision gegenüber den Feststellungen zu den Mängeln erhobenen Verfahrensrügen geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

15 b) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht weiter an, dass die Klägerin nicht durch einen Hinweis nach § 4 Nr. 3 VOB/B von ihrer Verantwortlichkeit für die bestehenden Mängel frei geworden ist.

16 Zu Recht lässt es einen etwaigen mündlichen Hinweis, der ohnehin nicht ohne weiteres zu einer völligen Freistellung führen müsste (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 1975 - VII ZR 183/74, NJW 1975, 1217), nicht genügen, da dieser jedenfalls nicht ausreichend war, weil mit ihm dem Auftraggeber die Tragweite der Bedenken nicht genügend klar gemacht wurde. Es hat aufgrund der Aussage des Zeugen K. nicht feststellen können, dass die Beklagte darauf hingewiesen wurde, dass eine Befestigung des Klemmfilzes nur in einer Weise möglich war, dass ein Herausfallen des Dämmmaterials mit der Folge fehlender Dämmung der gesamten Abseiten zu befürchten war. Rechtsfehlerfrei lässt das Berufungsgericht es hierfür nicht ausreichen, dass die Beklagte nur auf die Probleme beim Anbringen der Isolierung hingewiesen wurde und darauf, dass ein

Einbau des Klemmfilzes so, wie es aus fachlicher Sicht nötig sei, nicht möglich sei.

17 Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht den Hinweis zudem für nicht rechtzeitig erachtet hat. Hierfür spielt es weder eine Rolle, dass der bauleitende Architekt während der Arbeiten keine Beanstandungen hatte, noch dass die Umstände, die die Erschwernisse bildeten, auch für die Beklagte erkennbar waren.

18 Entgegen der Auffassung der Revision entfiel eine Mitteilungspflicht schließlich auch nicht deshalb, weil beide Parteien einen etwaigen Misserfolg einer bestimmten Bauausführung in ihre vertraglichen Beziehungen mit eingeschlossen hätten. So hat das Berufungsgericht den Auftragsinhalt der Parteien - in Betracht kommt insoweit ohnehin nur die nachträgliche Beauftragung der Isolierung der Mauerwerkskronen - gerade nicht ausgelegt.

III.

19 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dressler Kuffer Kniffka

Bauner Halfmeier

Vorinstanzen:
LG Aachen, Entscheidung vom 26.04.2002 - 43 O 165/00 -
OLG Köln, Entscheidung vom 21.12.2005 - 27 U 17/02 -