BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 160/12

vom

6. Februar 2014

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari, die Richter Dr. Eick und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

beschlossen:

Der Beschwerde der Beklagten wird insgesamt, der Beschwerde der Klägerin wird teilweise stattgegeben.

Das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. Mai 2012 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist und als zum Nachteil der Klägerin Vorschuss- und Schadensersatzansprüche wegen eines unzureichenden Schallschutzes in den Böden der Maisonettewohnungen vom 9. ins 8. OG, in den Böden der Büros im 1. OG und im Boden des Büros Nr. 2540 im 2. OG abgewiesen worden sind.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens
insgesamt: 1.639.509,95 €;
des stattgebenden Teils: 1.631.121,33 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin verfolgt als Bauherrin gegenüber der Beklagten als Generalunternehmerin auf der Grundlage des Generalunternehmervertrages vom 29. April/12. Juni 1997 Kostenvorschussansprüche zur Beseitigung von Schallschutzmängeln im Bauteil B des Neubauvorhabens P. Platz/B. Straße in Be. - Mitte.

2 Im Bauteil B befinden sich im 3. bis 8. Obergeschoss 30 Wohneinheiten, pro Etage fünf, wobei es sich bei den Wohnungen im 8. und 9. Obergeschoss um Maisonettewohnungen handelt. Erreichbar sind die Wohnungen über Laubengänge, von den Beteiligten als "Catwalks" bezeichnet, und gläserne Aufzüge. Im 1. und 2. Obergeschoss befinden sich zehn Büroeinheiten.

3 Im Frühjahr/Sommer 1999 begann die Klägerin mit der Übergabe der Wohnungen an die einzelnen Erwerber. In den Übergabeprotokollen wurden etliche Mängel, u.a. in den Bädern und am Parkettboden, festgehalten. Am 30. September 1999 und 18. November 1999 sprach die Klägerin gegenüber der Beklagten insgesamt 29 Kündigungen wegen Teilleistungen aus, die die Beklagte als Generalunternehmerin ursprünglich zu erbringen hatte. Unter den gekündigten Teilleistungen befanden sich u.a. Parkett-, Tischler- und Wintergartenarbeiten. Im August 2002 trafen die Parteien im Nachhinein eine Vereinbarung, dass der Abnahmezeitpunkt auf den 1. August 2000 festgelegt wird.

4 In der Folgezeit beanstandeten die Erwerber Schallschutzmängel, wegen derer die Klägerin die Beklagte vergeblich zur Mängelbeseitigung aufforderte. Die Beklagte lehnte eine Mängelbeseitigung u.a. mit dem Hinweis ab, wegen der erfolgten Teilkündigungen für die Ausführung jener Arbeiten nicht mehr verantwortlich zu sein.

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

5 Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung sowie auf Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten für etwaige Mehrkosten und Ersatz von weiteren Folgeschäden im Zuge der Mängelbeseitigung in Anspruch.

6 Das Landgericht hat die Klageansprüche nur hinsichtlich eines Teils der Bäder und WC Räume im 3. bis 8./9. OG für begründet erachtet und insoweit einen Kostenvorschuss in Höhe von 57.830 € nebst Zinsen sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für etwaige, diesen Betrag übersteigende Mängelbeseitigungskosten ausgeurteilt. Die Berufung der Klägerin hatte teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hat der Beklagten die Pflicht zur Kostenerstattung auch wegen unzureichender Trittschalldämmung der "Catwalks" und des Großteils der Wohn- und Büroräume auferlegt. Es hat die Beklagte zur Zahlung von 422.908,31 € nebst Zinsen verurteilt und die im Tenor des Berufungsurteils angeführte Feststellung getroffen. Die weitergehende Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen.

7 Hiergegen richten sich die Nichtzulassungsbeschwerden beider Parteien. Die Beklagte begehrt die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung. Die Klägerin will den abgewiesenen Teil ihrer Klageansprüche weiterverfolgen. Dass das Berufungsgericht bei der Höhe des Kostenvorschusses der Berechnung des gerichtlich bestellten Sachverständigen S. und nicht dem von ihr ergänzend eingeholten Privatgutachten gefolgt ist, nimmt die Klägerin für die Revisionsinstanz hin. Sie verfolgt jedoch eine klarstellende Korrektur im Hinblick auf die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Umsatzsteuer.

II.

8 1. Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision hat Erfolg. Das Berufungsurteil ist aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklag-

ten entschieden worden ist, weil es insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör beruht.

9 a) Das Berufungsgericht führt, soweit für die Beschwerde von Bedeutung, aus, mangels Feststellung des Gegenteils sei grundsätzlich die Beklagte als Generalunternehmerin für nachgewiesene Mängel im Bereich des Trittschallschutzes verantwortlich. In dem Gutachten des Sachverständigen D. vom 18. Dezember 2006 habe dieser punktuell zu den Ursachen Stellung genommen und nicht fachgerechte Körperschallbrücken in Estrichrandbereichen und auch Brücken durch in die Randfugen zwischen Estrich und angrenzenden Wänden eingedrungenen Kleber festgestellt. Ergänzend habe die Klägerin das Privatgutachten des Sachverständigen St. eingeholt, nach dessen Aussage die meisten der in den untersuchten Randfugen festgestellten Schallbrücken vermutlich durch Parkettkleber verursacht worden seien.

10 Das Landgericht sei zu dem Ergebnis gekommen, es könne die Verantwortlichkeit der Beklagten für diese Schallbrücken nicht feststellen. Das begegne durchgreifenden Bedenken. Es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund die Klägerin und nicht die Beklagte für die Arbeiten in den Bereichen, in denen die Sachverständigen direkte Kontakte zwischen dem schwimmenden Estrich und den angrenzenden Bauteilen dokumentiert hätten, verantwortlich sein könnte.

11 Soweit die Beklagte unter Beweisantritt in der Berufungserwiderung und in ihrem Schriftsatz vom 25. April 2012 den großflächigen Parkettaustausch durch die Klägerin behaupte, sei dies nach wie vor unsubstantiiert, zumal sie nicht darlege, wann und wo konkret dies geschehen sein solle.

12 b) Diese Würdigung verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Die Beschwerde rügt zu Recht, dass die Übergehung des Vortrags und der Beweisangebote der Beklagten in der Berufungserwiderung im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. BGH, Beschlüsse vom 31. Juli 2013 - VII ZR 59/12, NZBau 2013, 632 Rn. 10 f.; vom 29. April 2013

- VII ZR 37/12, juris Rn. 9; BVerfG, WM 2012, 492, 493). Das Berufungsgericht hat die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Beklagten in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben. 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 31. Juli 2013 - VII ZR 59/12, aaO Rn. 11). Es ist dann Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (BGH, Beschluss vom 28. Februar 2012 - VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rn. 6 m.w.N.). Ausgehend hiervon war der in der Berufungserwiderung unter Beweis der Zeugen B., S. und D. gestellte Vortrag, in den Wohnungen sei ein großflächiger Parkettaustausch durch die Klägerin erfolgt, einer Beweisaufnahme zugänglich. Die Beklagte musste keine näheren Details zum Zeitpunkt, zum genauen Ort und zum Umfang der durchgeführten Arbeiten vortragen. Eine Zuordnung etwaiger von den Zeugen bestätigter Parkettaustauscharbeiten zu den einzelnen Wohnungen wäre durch eine Angabe der Lage der Wohnung ohne weiteres möglich gewesen.

13 c) Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten und Erhebung der dafür angebotenen Beweise zu einer anderen, für die Beklagte günstigeren Beurteilung der Verursachung der Schallschutzmängel gelangt wäre.

14 d) Das Berufungsurteil war daher aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, und die Sache an das Berufungsgericht zu-

rückzuverweisen, § 544 Abs. 7 ZPO. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den weiteren Rügen der Beklagten im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auseinanderzusetzen. In diesem Zusammenhang weist der Senat auf folgendes hin:

15 aa) In der wiedereröffneten Berufungsverhandlung wird das Berufungsgericht die Frage, ob die Beklagte für die von den Sachverständigen festgestellten Schallschutzmängel (erhöhte Trittschallpegel) verantwortlich ist, neu zu beurteilen haben. Allein der Umstand, dass die Beklagte als Generalunternehmerin auf der Baustelle tätig war, rechtfertigt es nicht, diese für nachgewiesene Mängel im Bereich des Trittschallschutzes als grundsätzlich verantwortlich anzusehen. Die Beklagte hat durchgehend eingewandt, nicht sie als Generalunternehmerin, sondern die Klägerin als Auftraggeberin habe durch nachträglich - nach den erklärten Teilkündigungen bzw. nach Abnahme - vorgenommene (Rest- und Mängelbeseitigungs-)Arbeiten die Schallschutzmängel selbst verursacht. Mit Blick hierauf erscheinen die bisherigen Feststellungen zur Verursachung der Schallschutzmängel unzureichend. Die ersten von der Klägerin im Jahr 2002 eingeholten Privatgutachten der M. GmbH, auf die auch im Berufungsurteil Bezug genommen wird, verhalten sich hierzu nicht. Der im selbständigen Beweisverfahren mit der Ursachenermittlung beauftragte Sachverständige D. hat nur eine punktuelle Untersuchung durchgeführt. In dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Gutachten Nr. 135_6 aus 12/2006 hat er in zwei von dreißig Wohnungen (B.5.580 und B.7.580) einzelne konkrete Körperschallbrücken in den Anschlussbereichen der schwimmenden Estriche identifiziert. Die Frage, wem die vorgefundenen Körperschallbrücken zuzuordnen bzw. auf wessen Arbeiten sie zurückzuführen sind, konnte er ohne weitere Informationen und Untersuchungen nicht beantworten. Eine weitere Aufklärung zu dieser Frage ist nicht mehr erfolgt, ebenso nicht dazu, ob - was die Beklagte in Abrede gestellt hat - die in (fast) allen Wohnungen und Büros festgestellten erhöhten Trittschallpegel überall auf dieselben Ursachen respektive Ausführungsfehler zu-

rückzuführen sind. Auch Feststellungen zum Stand des Bauvorhabens zum Zeitpunkt der Teilkündigungen bzw. der Abnahme sind nicht getroffen. Ausgehend hiervon fehlt es der im Berufungsurteil mehrfach anklingenden Schlussfolgerung, dass dort, wo keine schallschutzrelevanten Eigenleistungen der Klägerin vorgetragen sind, von einer Verantwortlichkeit der Beklagten für die Schallschutzmängel auszugehen ist, an einer tragfähigen Grundlage. Das Berufungsgericht wird daher über die Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen B., S. und D. hinaus unter Umständen noch weitere Feststellungen zur Frage der Verursachung der Schallschutzmängel zu treffen haben. Die bereits in erster Instanz gestellten, bisher noch unerledigten Beweisantritte der Parteien sind hierbei zu berücksichtigen, denn sie sind in der Berufungsinstanz angefallen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2011 - XII ZR 86/10, NJW-RR 2011, 1009 Rn. 18 m.w.N.). Im Zuge einer weiteren Beweiserhebung wird unter Umständen auch der erstinstanzlich gehörte Zeuge F. erneut zu vernehmen sein, § 398 ZPO.

16 bb) Das Berufungsgericht wird des Weiteren die von ihm angenommene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zu überprüfen haben.

17 Das Berufungsgericht hat, ohne dies mit den Parteien zu erörtern und ohne dass dies im Verlaufe des Verfahrens in den gewechselten Schriftsätzen der Parteien problematisiert worden wäre, gemeint, dass der Beklagten gemäß § 13.1 des Generalunternehmervertrages (GU) auch für die Zeit nach der Abnahme die Darlegungs- und Beweislast für eine mangelfreie Leistung im Bereich des Trittschallschutzes obliege. Damit hat das Berufungsgericht seiner Beurteilung eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Beweislastverteilung zugrunde gelegt. Nach diesen trägt der Auftragnehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nur bis zur Abnahme (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 9. Teil, Rn. 44 speziell zum gekündigten Bauvertrag; Pause/Vogel in Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 29. September 2013, § 640

Rn. 16; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 64/07, BauR 2009, 237 Rn. 14 = NZBau 2009, 117). Mit der Abnahme kehrt sich die Beweislast für behauptete Mängel um (Kniffka in: Kniffka/Koeble, aaO, 4. Teil, Rn. 14 m.w.N.; Pause/Vogel, aaO, § 640 Rn. 16). Die Leistungen der Beklagten sind im August 2000 abgenommen worden und die streitgegenständlichen Schallschutzmängel wurden erstmals nach der Abnahme gerügt. Da sich die Darlegungs- und Beweislast auch auf die Ursächlichkeit der Leistungen des Unternehmers für einen Mangel erstreckt (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 - VII ZR 383/99, BauR 2002, 85, 86 = NZBau 2002, 34), obliegt es grundsätzlich der Klägerin als Auftraggeberin nachzuweisen, dass die von den Sachverständigen festgestellten überhöhten Trittschallpegel auf Arbeiten zurückzuführen sind, die die Beklagte bzw. deren Subunternehmer ausgeführt haben.

18 Das Berufungsgericht wird den Parteien Gelegenheit geben müssen, zu dieser Problematik ergänzend Stellung zu nehmen, insbesondere auch dazu, welches Verständnis von § 13.1 GU die Parteien bei Vertragsabschluss für den Fall der nur teilweisen Fertigstellung des Bauwerkes infolge Kündigung zugrunde gelegt haben.

19 Wenn es sich bei § 13.1 GU um eine von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, wie die Beklagte in der Beschwerde geltend macht, und wenn die Regelung den Inhalt haben sollte, den ihr das Berufungsgericht beigemessen hat, dann dürfte die Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, § 24 AGBG a.F. in Verbindung mit dem Rechtsgedanken von § 11 Nr. 15a AGBG a.F. unwirksam sein. Klauseln, die dem Vertragspartner des Verwenders entgegen § 309 Nr. 12a BGB n.F. bzw. dem hier noch anwendbaren § 11 Nr. 15a AGBG a.F. die Beweislast für einen Umstand auferlegen, der dem Verantwortungsbereich des Verwenders zuzurechnen ist, werden vom Bundesgerichtshof auch im unternehmerischen Verkehr in der Regel als unangemessen und deshalb unwirksam angesehen (vgl. BGH, Urteile vom 5. Oktober 2005 - VIII ZR 16/05, BGHZ 164, 196, 207 und vom 24. Juni 1987

- I ZR 127/85, BGHZ 101, 172, 184). Das Berufungsgericht hat § 13.1 GU so ausgelegt, dass der Beklagten auch der Nachweis dafür obliege, dass in die von ihr fachgerecht erbrachten Maßnahmen zum Erreichen des vertraglich vereinbarten Trittschallschutzes nachträglich eingegriffen worden ist. Auf der Grundlage dieses Verständnisses ist die Klausel unwirksam, denn nachträgliche, von der Klägerin nach Kündigung und Abnahme vorgenommene (Rest- und Mängelbeseitigungs-)Arbeiten im Bereich des Bodenaufbaus sind nicht dem Verantwortungsbereich der Beklagten, sondern demjenigen der Klägerin zuzurechnen.

20 2. Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision hat teilweise Erfolg. Das Berufungsurteil ist aufzuheben, soweit zum Nachteil der Klägerin Vorschuss- und Schadensersatzansprüche wegen eines unzureichenden Schallschutzes in den Böden der Maisonettewohnungen vom 9. ins 8. OG, in den Böden der Büros im 1. OG und im Boden des Büros Nr. 2540 im 2. OG abgewiesen worden sind, weil es insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör beruht, Art. 103 Abs. 1 GG.

21 a) Das Berufungsgericht hat gemeint, Vorschussansprüche der Klägerin wegen eines unzureichenden Schallschutzes innerhalb der Maisonettewohnungen vom 9. ins 8. OG bestünden nicht. Der Sachverständige D. habe innerhalb der Wohnungen des 9. OG keine Schallschutzmängel untersucht, was nach dem Beweisantrag und dem Beweisbeschluss im selbständigen Beweisverfahren auch nicht sein Auftrag gewesen sei. Insoweit seien Schallschutzmängel nicht belegt, so dass für den Fußboden des 9. OG auch kein Vorschuss zugesprochen werden könne.

22 Hinsichtlich der Büros im 1. und 2. OG ergebe sich aus dem Urteil des Landgerichts nicht klar, dass auch diese Etagen streitgegenständlich seien. Das rüge die Klägerin mit Recht. Gemäß Antrag und Beweisbeschluss im selbständigen Beweisverfahren und den als Anlage beigefügten Grundrissen seien im

1. OG vier Büros und im 2. OG sechs Büros vorhanden. Der Sachverständige D. habe aber nur zu 9 Büros Mängelfeststellungen getroffen und das Büro Nr. 2540 ausgelassen, vermutlich, weil sich darunter kein weiteres Büro, sondern ein "Luftraum, Lobby" befinde. Dies habe auch die Klägerin im Schriftsatz vom 8. Oktober 2009 bestätigt, wo sie unter Bezugnahme auf den Bauablaufplan vorgetragen habe, dass für das 1. OG keine Maßnahmen geplant und diese Flächen in den Anspruch nicht einberechnet seien. Aus dem Bauablaufplan ergebe sich, dass für das nichtbeurteilte Büro Nr. 2540 keine Maßnahmen geplant seien. Das entspreche auch den vom Sachverständigen S. ermittelten Kosten für die Mängelbeseitigung, die sich auf das 2. OG beschränkten. Das 1. OG sei vom Sachverständigen D. dem Antrag der Klägerin entsprechend nur insoweit einbezogen worden, als es um den Trittschallschutz aus den darüber liegenden Wohnungen im 2. OG gehe. Dass auch der vom 1. OG ausgehende Schallschutz nicht gewährleistet sei, habe der Sachverständige D. nicht festgestellt.

23 b) Diese Erwägungen verletzen den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Die Beschwerde beanstandet mit Erfolg, dass das Berufungsgericht entscheidungserheblichen und unter Beweis gestellten zentralen Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen hat.

24 Die Klägerin hat jedenfalls im Berufungsverfahren klargestellt, dass sie Gewährleistungsansprüche inhaltlich und räumlich für alle Etagen vom 1. - 9. OG geltend macht. Sie hat zudem in der Berufungsbegründung unter Sachverständigenbeweis gestellt, dass in allen Räumen und Gebäudeteilen Körperschallbrücken im Randbereich der Estrichplatte vorhanden sind, die nur im Rahmen der Ersterstellung des Gebäudes durch die Beklagte verursacht worden sein können. Dieser Beweisantrag ist zwar im Zusammenhang mit den Berufungsangriffen der Klägerin gegen den vom Landgericht in weitem Umfang verneinten Ursachenzusammenhang zwischen den festgestellten überhöhten Trittschallwerten und den Leistungen der Beklagten gestellt worden. Durch die

gewählte Formulierung hat die Klägerin aber auch das Vorliegen von Schallschutzmängeln in allen Räumlichkeiten unter ergänzenden Sachverständigenbeweis gestellt.

25 Mit Blick hierauf durfte das Berufungsgericht Gewährleistungsansprüche der Klägerin für Schallschutzmängel in den Fußböden innerhalb der Maisonettewohnungen vom 9. ins 8. OG, in den Fußböden der Büros im 1. OG und im Fußboden des im 2. OG gelegenen Büros Nr. 2540 nicht mit der Begründung abweisen, der im selbständigen Beweisverfahren tätige Sachverständige D. habe keine Feststellungen zum Vorliegen solcher Mängel getroffen. Es fehlt an einer Begründung, warum das Berufungsgericht eine ergänzende Beweiserhebung zum Vorliegen solcher Mängel im Hauptsacheverfahren trotz gestellten Antrags nicht durchgeführt hat. Diese Vorgehensweise, die darauf schließen lässt, dass das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin einschließlich des dazugehörigen Beweisangebots nicht zur Kenntnis genommen hat, begründet eine Gehörsverletzung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2013 - VII ZR 264/11, ZfBR 2013, 340 Rn. 9 und vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 13/07, BauR 2008, 398, 399 = NZBau 2008, 115).

26 c) Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens und nach einer Beweisaufnahme zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre. Selbst wenn wegen zwischenzeitlich vorgenommener Sanierungsmaßnahmen, die die Klägerin für den Bereich des 8./9. OG eingeräumt hat, der vor dem Beginn dieser Maßnahmen vorhandene Trittschallschutz heute nicht mehr unmittelbar festgestellt werden kann, rechtfertigt dies für sich genommen noch nicht den Schluss, dass die Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens nichts mehr zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2007 - VII ZR 13/07, aaO, S. 400 = NZBau 2008, 115).

27 d) Das Berufungsurteil war daher insoweit teilweise aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 544 Abs. 7 ZPO.

28 Soweit es nach erneuter Verhandlung noch darauf ankommen sollte, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass bei der Berechnung der Höhe der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung eine insoweit anfallende Umsatzsteuer berücksichtigt werden muss, wenn der Besteller nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330 Rn. 16). Mit der gegebenen Begründung kann ein solcher Anspruch nicht verneint werden.

29 3. Die Beschwerde der Klägerin bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich auch dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die Abweisung der Klage wegen Schallschutzmängeln in fünf Bädern im 8./9. OG und im Bereich der Aufzugsan-

lage bestätigt hat. Von einer näheren Begründung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Kniffka Safari Chabestari Eick

Jurgeleit Graßnack

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 29.12.2010 - 94 O 39/09 -
KG Berlin, Entscheidung vom 15.05.2012 - 7 U 32/11 -