BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 70/14

vom

30. Juli 2015

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Juli 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher und Wimmer

beschlossen:

Den Beschwerden der Beklagten zu 1 und 2 gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 21. März 2014 wird im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 1 und 2 entschieden worden ist.

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

Streitwert: 125.658,23 €

Gründe:

I.

1 Die Klägerin macht gegenüber den Beklagten Mängelansprüche aus abgetretenem Recht geltend.

2 Anfang 2006 beauftragte die L. Grundbesitzgesellschaft die Beklagte zu 1 mit der Errichtung der Außenanlagen an einem Supermarkt. Gegenstand der Auftragserteilung war unter anderem die Anlage eines Parkplatzes mit ge-

pflasterten Stellflächen und Fahrspuren. Die Vertragsparteien vereinbarten die Anwendung der VOB/B.

3 Die L. Grundbesitzgesellschaft beauftragte außerdem die Beklagte zu 2 mit den Planungsarbeiten sowie mit der Bauleitung für das genannte Bauvorhaben.

4 Im Rahmen der Pflasterarbeiten verwendete die Beklagte zu 1 anstelle des im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Kieses der Körnung 0/5 einen Kies der Körnung 2/5, das heißt einen Kies ohne besonders feinkörnige Anteile mit einem Durchmesser unterhalb von 2 mm.

5 Am 15. Mai 2006 nahm die L. Grundbesitzgesellschaft das Werk der Beklagten zu 1 ab. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 6. September 2006 verkaufte die L. Grundbesitzgesellschaft das betreffende Objekt an die Klägerin. Gleichzeitig trat die L. Grundbesitzgesellschaft alle Gewährleistungsansprüche an die Klägerin ab.

6 Im Jahr 2008 zeigten sich im Bereich der Pflasterarbeiten, vor allem an den besonders belasteten Stellen (Fahrspuren), Mangelsymptome unter anderem in Form loser Pflastersteine.

7 Eine umfassende Mangelbeseitigung nahm die Beklagte zu 1 auch nach erfolgter Mangelrüge und Fristsetzung seitens der Klägerin nicht vor.

8 Die Klägerin hat im vorliegenden Rechtsstreit zunächst die Beklagte zu 1 auf Kostenvorschuss und die Beklagte zu 2 auf Schadensersatz in Anspruch genommen und außerdem die Feststellung der Ersatzpflicht beider Beklagter hinsichtlich weitergehender Aufwendungen und Schäden begehrt. Während des laufenden Verfahrens hat sie im Jahr 2011 die Fahrspuren, nicht hingegen die Stellplätze, durch einen Drittunternehmer sanieren und außerdem Plattendruck-

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

versuche durchführen lassen. Hierdurch entstanden Kosten in Höhe von insgesamt 71.921,94 € netto.

9 Nach Klageänderung und teilweiser Klagerücknahme begehrt die Klägerin von den Beklagten den Ausgleich der im Rahmen der Sanierung tatsächlich getätigten Aufwendungen (71.921,94 €), die Erstattung der für ein Privatgutachten aufgewandten Kosten (2.064,30 €) und Ersatz der Nettokosten für die noch nicht vorgenommene Sanierung der Stellplätze (55.419 €).

10 Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagte zu 1 nach Beweisaufnahme in Höhe von 125.658,23 € nebst Zinsen stattgegeben sowie die Beklagte zu 1 zur Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.080,50 € verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen.

11 Gegen dieses Urteil des Landgerichts haben sowohl die Beklagte zu 1 als auch die Klägerin Berufung eingelegt.

12 Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten zu 1 bestätigt und die Beklagte zu 2 im gleichen Umfang wie die Beklagte zu 1 als Gesamtschuldnerin zusammen mit dieser verurteilt.

13 Die Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen. Hiergegen richten sich die Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten zu 1 und 2.

II.

14 Das Berufungsgericht führt im Wesentlichen aus, beide Beklagten hafteten gesamtschuldnerisch der Klägerin auf Schadensersatz in der vom Landgericht allein gegenüber der Beklagten zu 1 zuerkannten Höhe. Der Klägerin ste-

he insoweit gegenüber beiden Beklagten ein werkvertraglicher Schadensersatzanspruch zu.

15 Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass das von der Beklagten zu 1 erstellte Werk mangelhaft sei. Darüber hinaus sei auch eine Haftung der Beklagten zu 2 anzunehmen, da diese trotz Kenntnis des von ihr eingesetzten Bauleiters davon, dass die Beklagte zu 1 ein anderes als das von ihr im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Sand-Kies-Gemisch verwandt habe, nicht für eine vertragsgemäße Ausführung der geschuldeten Leistung gesorgt habe.

16 Das Werk der Beklagten zu 1 sei mangelhaft gewesen, da sie im Rahmen der Pflasterarbeiten anders als vertraglich vereinbart Kies mit einer Körnung 2/5 statt einer Körnung 0/5 verwandt habe. Das Berufungsgericht teile die Auffassung des Landgerichts, dass diese Abweichung der tatsächlichen Ist-Beschaffenheit von der geschuldeten Soll-Beschaffenheit einen Sachmangel begründe, ohne dass es weiter darauf ankomme, ob die tatsächlich ausgeführte Leistung möglicherweise wirtschaftlich oder technisch besser sei als die vereinbarte oder ob es sich um eine wesentliche oder unwesentliche Abweichung von der vereinbarten Leistung handele. Vorliegend hätten sich an der durch die von der Beklagten zu 1 vorgenommene Abweichung betroffenen Fläche gravierende Fehler gezeigt, so dass nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden könne, dass beide Materialien in gleicher Weise für den angestrebten Verwendungszweck geeignet gewesen seien.

17 Dass die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche im vorliegenden Fall ausnahmsweise treuwidrig wäre, könne nicht festgestellt werden. Tatsachen, die hierfür sprechen könnten, seien weder von den Beklagten vorgetragen worden noch sonst aus den Umständen ersichtlich.

18 Auch die Beklagte zu 2 hafte in gleicher Höhe wie die Beklagte zu 1 und gesamtschuldnerisch mit dieser, da sie in Kenntnis aller Umstände zugestimmt habe, dass ein nicht der vertraglichen Vereinbarung entsprechendes Material zur Pflasterbettung eingebaut worden sei.

19 Für die beiden Beklagten gelte, dass der von ihnen zu leistende Schadensersatz nicht unverhältnismäßig sei. Soweit die Beklagte zu 1 geltend mache, dass nach dem eingeholten Sachverständigengutachten nur kleinere Teilflächen nachzuarbeiten seien, berücksichtige sie nicht, dass die Fahrbahnen bereits saniert seien, was einen Betrag von 71.921,94 € gekostet habe. Bezüglich der Stellplatzflächen könne der Klägerin nicht angesonnen werden, abzuwarten, bis die Mangelsymptome jeweils in Erscheinung träten, um die Sanierung dann stückweise durchzuführen.

III.

20 Die Beschwerde der Beklagten zu 1 gegen die Nichtzulassung der Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zu deren Nachteil entschieden worden ist, und im Umfang dieser Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, § 544 Abs. 7 ZPO. Das Berufungsurteil verletzt den Anspruch der Beklagten zu 1 auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise, Art. 103 Abs. 1 GG.

21 1. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt einen Mangel des Werks der Beklagten zu 1 wegen der Verwendung von Kies der Körnung 2/5 statt des im Bauwerkvertrag vereinbarten Kieses der Körnung 0/5 angenommen. Ferner hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass

keine nachträgliche Änderung dieser Beschaffenheitsvereinbarung erfolgt ist. Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten zu 1 erhobenen Gehörsrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO. Ein Sachmangel liegt nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB - und Entsprechendes gilt für § 13 Nr. 1 VOB/B (2002) - auch dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks führt (vgl. Kniffka/Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 28. Juli 2015, § 633 BGB Rn. 40 und 45; BeckOGK/Schmidt, BGB, Stand: 3. November 2014, § 633 Rn. 98). Eine Einschränkung des Fehlerbegriffs, wie sie in § 633 Abs. 1 letzter Halbsatz BGB a.F. enthalten ist, ist in § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB entfallen. Wirkt sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nicht oder nur in geringem Maße nachteilig aus, kann dies zwar die Prüfung veranlassen, ob Mängelansprüchen des Bestellers der Einwand entgegensteht, der Mängelbeseitigungsaufwand sei unverhältnismäßig (so schon BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150 Rn. 15 zu § 633 Abs. 2 BGB a.F.). An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändert dies allerdings nichts.

22 2. Indes beruht die Würdigung des Berufungsgerichts, dass der von der Beklagten zu 1 zu leistende Schadensersatz nicht unverhältnismäßig sei, auf einer Verletzung des Anspruchs der Beklagten zu 1 auf rechtliches Gehör.

23 a) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt voraus, dass im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist. Geht das Berufungsgericht in den Gründen des Berufungsurteils auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvor-

trags einer Partei zu einer Frage nicht ein, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert war (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2014 - VII ZR 187/13, juris Rn. 6; Beschluss vom 16. März 2011 - VIII ZR 338/09, WuM 2011, 300 Rn. 3; Beschluss vom 6. Februar 2013 - I ZB 85/11, GRUR 2013, 1046 Rn. 11 - Variable Bildmarke; BVerfG, NJW 2009, 1584 Rn. 14 m.w.N.). Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. BGH, Beschluss vom 16. September 2014 - VI ZR 118/13, VersR 2015, 338 Rn. 4 m.w.N.).

24 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze liegt im Streitfall eine Verletzung des Anspruchs der Beklagten zu 1 auf rechtliches Gehör vor. Die Beklagte zu 1 hat behauptet, Ursache für die aufgetretenen, von der Klägerin gerügten Mangelsymptome sei allein das Unterlassen einer der Auftraggeberseite obliegenden späteren Nachsandung. Darin liegt zugleich die Behauptung, dass die Verwendung des Kieses mit der Körnung 2/5 statt des vereinbarten Kieses mit der Körnung 0/5 für die aufgetretenen, von der Klägerin gerügten Mangelsymptome nicht ursächlich gewesen sei und sich damit nicht nachteilig ausgewirkt habe. In der Sache macht sie damit geltend, dass mangels nachteiliger Auswirkungen des allein in der vertraglichen Abweichung begründeten Mangels der Beseitigungsaufwand unverhältnismäßig sei (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 11 f. = NZBau 2013, 370; Kniffka/Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 28. Juli 2015, § 633 BGB Rn. 53 i.V.m. Rn. 40). Für diesen erheblichen Einwand hat die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte zu 1 (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2001 - VII ZR 241/00, BauR 2002, 613, 617, juris Rn. 50 = NZBau 2002, 338; Kniffka/Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand:

28. Juli 2015, § 633 BGB Rn. 40) Sachverständigenbeweis angeboten. Dem Berufungsurteil ist eine Verbescheidung des genannten Vorbringens nicht zu entnehmen.

25 c) Der genannte Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung des Unverhältnismäßigkeitseinwands gelangt wäre, wenn es das übergangene Vorbringen der Beklagten zu 1 berücksichtigt und den hierzu angebotenen Sachverständigenbeweis erhoben hätte.

IV.

26 Die Beschwerde der Beklagten zu 2 gegen die Nichtzulassung der Revision führt ebenfalls zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zu deren Nachteil entschieden worden ist, und im Umfang dieser Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, § 544 Abs. 7 ZPO. Das Berufungsurteil verletzt den Anspruch der Beklagten zu 2 auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise, Art. 103 Abs. 1 GG.

27 1. In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das Berufungsgericht - wie im Prozessrechtsverhältnis zur Beklagten zu 1 - im Ausgangspunkt einen Mangel des Werks der Beklagten zu 1 wegen der Verwendung von Kies der Körnung 2/5 statt des im Bauwerkvertrag vereinbarten Kieses der Körnung 0/5 angenommen. Ferner hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass keine nachträgliche Änderung dieser Beschaffenheitsvereinbarung erfolgt ist. Des Weiteren hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass der Beklagten zu 2 eine Vertragspflichtverletzung im

Rahmen der Bauüberwachung zur Last fällt, weil ihr Bauleiter B. in Kenntnis aller Umstände zugestimmt hat, dass ein nicht der vertraglichen Vereinbarung entsprechendes Material zur Pflasterbettung eingebaut wurde. Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten zu 2 erhobenen Gehörsrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

28 2. Indes beruht die Würdigung des Berufungsgerichts, dass der von der Beklagten zu 2 zu leistende Schadensersatz nicht unverhältnismäßig sei, auf einer Verletzung des Anspruchs der Beklagten zu 2 auf rechtliches Gehör.

29 a) Die Beklagte zu 2 hat für ihre Behauptung, dass der eingetretene Schaden nicht auf eine mangelhafte Leistung der Beklagten zu 1, sondern auf das Unterlassen einer der Auftraggeberseite obliegenden Nachsorge (regelmäßiges späteres Nachsanden) zurückzuführen sei und dass die Schäden auch dann aufgetreten wären, wenn vereinbarungsgemäßes Bettungsmaterial eingebracht worden wäre, Sachverständigenbeweis angeboten (Schriftsatz vom 13. März 2013, Seite 5 f.). Dieses unter Beweis gestellte Vorbringen, mit dem zugleich behauptet wird, die im Rahmen der Bauüberwachung erfolgte Zustimmung zur Verwendung von Kies der Körnung 2/5 sei für die aufgetretenen Mangelsymptome an den Fahrbahnspuren und Stellplatzflächen nicht ursächlich, ist im Hinblick auf den Einwand der Unverhältnismäßigkeit des Mängelbeseitigungsaufwands erheblich (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - VII ZR 179/11, BauR 2013, 81 Rn. 11 f. = NZBau 2013, 370; Kniffka/Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 28. Juli 2015, § 633 BGB Rn. 53 i.V.m. Rn. 40). Dem Berufungsurteil ist eine Verbescheidung des genannten, unter Sachverständigenbeweis gestellten Vorbringens nicht zu entnehmen.

30 b) Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung des Unverhältnismäßigkeitseinwands gelangt wäre, wenn es das übergangene Vorbringen der Beklagten zu 2 berücksichtigt und den hierzu angebotenen Sachverständigenbeweis erhoben hätte.

Eick Kartzke Graßnack

Sacher Wimmer

Vorinstanzen:
LG Koblenz, Entscheidung vom 03.12.2012 - 4 O 98/11 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 21.03.2014 - 10 U 16/13 -