



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 237/08

vom

15. Oktober 2009

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

beschlossen:

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

Das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. November 2008 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Zahlung von 297.454,33 € nebst Zinsen verurteilt worden sind und die Widerklage in Höhe von 96.365,33 € nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 393.819,66 €

Gründe:

1. Das Berufungsgericht hat gegen den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verstoßen, Art. 103 Abs. 1 GG, indem es von einer Beweis-

erhebung über das Verständnis der Vertragsklauseln § 9 Nr. 3 und 5 abgesehen hat.

2 Der Senat hat in seinem Beschluss vom 10. Januar 2008 darauf hingewiesen, dass zu der Behauptung der Beklagten, das Verschuldenserfordernis habe durch die Vertragsgestaltung nicht entfallen und eine Garantiehafung nicht übernommen werden sollen, die benannten Zeugen zu hören sind.

3 Das Berufungsgericht hat gemeint, eine Beweiserhebung sei überflüssig, weil die Beklagten sich auf eine verzögerte Erteilung der Baugenehmigung, auf die archäologischen Untersuchungen, auf die Bodenkontaminationen und auf weitere Umstände nicht berufen könnten. Diese Umstände fielen in den Risikobereich der Beklagten zu 1).

4 Damit hat das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten zum Verständnis der Vertragsklausel erneut außer Acht gelassen und unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG die Beweiserhebung unterlassen. Denn mit ihrem Vortrag haben die Beklagten verdeutlicht, dass die Parteien eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht für die vom Berufungsgericht erwähnten Umstände nicht haben vereinbaren wollen. Die vom Berufungsgericht angenommene Risikoübernahme steht, wie die Beschwerde zu Recht geltend macht, einer verschuldensunabhängigen Einstandspflicht und einer Garantiehafung gleich.

5 2. Auf dem Verfahrensverstoß kann das Berufungsurteil beruhen. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Vorsorglich wird auf Folgendes hingewiesen:

6 Das Berufungsgericht ist nach der Beweisaufnahme gehalten, erneut zu prüfen, ob überhaupt eine Vertragsstrafe vereinbart worden ist oder eine Scha-

den pauschale, wie die Klägerin zunächst selbst angenommen hat und der Wortlaut des sachkundig entworfenen Vertrags ausweist. Dass eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vereinbart ist, hat die Klägerin zu beweisen. Zweifel nach der Beweisaufnahme gehen zu ihren Lasten.

7 Sollte eine verschuldensabhängige Vertragsstrafe vereinbart sein, so sind die Beklagten nicht gehindert, nicht zu vertretende Verzögerungen der Baugenehmigung, durch Bodenkontaminationen, durch archäologische Funde und durch weitere Ursachen geltend zu machen. Soweit die Beklagten nicht zu vertretende Verzögerungen durch Umplanungen geltend machen, die auf Änderungswünschen der Klägerin beruhen, tragen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht die Auffassung, die Beklagten könnten sich auf fehlendes Verschulden nicht berufen. Denn danach hat die Klägerin vor Vertragsabschluss eine Änderung der Planung lediglich beabsichtigt. Das besagt nichts darüber, inwieweit die Beklagte zu 1) nach dem Vertrag verpflichtet war, solche - im Umfang möglicherweise nicht einmal feststehende - Änderungswünsche schon bei der Zeitplanung zu berücksichtigen. Zutreffend weist die Beschwerde zudem darauf hin, dass das Berufungsgericht Vortrag dazu übersehen hat, dass die Änderungen nicht lediglich den Trockenbau betroffen haben.

8 Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht auch Gelegenheit, seine Auffassung unter Berücksichtigung des von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgezeigten Vortrags zu überdenken, eine Bauzeitverlängerung nach Maßgabe des § 9 Nr. 3 des Vertrages könne nicht beansprucht werden. So kann insbesondere eine Bauzeitverlängerung wegen archäologischer Funde nicht mit dem Argument versagt werden, die Beklagte zu 1) habe wegen Einwänden der unteren Naturschutzbehörde nicht mit den Erdarbeiten beginnen dürfen, wenn

- wie die Beklagten vortragen - die Baugenehmigungsbehörde den Arbeitsbeginn trotz der noch ausstehenden Baugenehmigung gebilligt hat.

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Eick

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 08.01.2004 - 31 O 363/02 -

KG Berlin, Entscheidung vom 21.11.2008 - 21 U 89/08 -