



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 36/15

vom

17. Mai 2017

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. Mai 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher und Borris

beschlossen:

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

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 11. Februar 2015 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf bis zu 140.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin beauftragte die Beklagte im Jahre 2008 mit der Einbringung eines geschliffenen Bodens in ihrer etwa 490 m<sup>2</sup> großen Verkaufshalle zu einem Werklohn von 22.687,50 € netto.

- 2 Nach Fertigstellung zeigten sich Risse im aufgetragenen Terrazzo-Oberbelag. Die Klägerin holte zunächst ein Privatgutachten ein. Der Privatgutachter W. ordnete diese Risse als Schwindrisse ein, welche während der Austrocknung entstanden seien. Eine Sanierung sei durch einen Verschluss der Risse mit Feinstzementen oder Kunstharzen, anschließendem Feinschliff und Einpflege zu einem Aufwand von 5.500 € möglich.
- 3 Die Klägerin leitete gegen die Beklagte ein selbständiges Beweisverfahren ein. Die gerichtlich bestellte Sachverständige H. qualifizierte unter anderem die Risse als Trennrisse, die auf einen fehlenden Haftverbund zwischen Terrazzo-Vorsatz und Unterbeton zurückzuführen seien. Die fachgerechte Mangelbeseitigung erfordere den kompletten Abbruch des Terrazzo-Vorsatzes und ggf. auch des Unterbetons. Hierfür müssten 125.500 € netto veranschlagt werden. Die Beklagte erhob gegen das ihr durch das Landgericht "zur Stellungnahme binnen drei Wochen" zugestellte Gutachten Einwendungen und beantragte die Anhörung der Sachverständigen. Zur Untermauerung legte die Beklagte ein von ihr erhaltenes Privatgutachten des Sachverständigen B. vom 29. Mai 2011 vor. Nach Anhörung der Sachverständigen H. endete das selbständige Beweisverfahren.
- 4 Die Klägerin hat sodann die Beklagte auf Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigungskosten nach dem Gutachten H. in Höhe von 125.550 € sowie auf Feststellung verklagt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche weitere Schäden zu ersetzen, die ihre Ursache in denjenigen Mängeln haben, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens waren. Mit der Klageerwiderung hat die Beklagte ihre Einwendungen gegen das Sachverständigengutachten H. aus dem selbständigen Beweisverfahren wiederholt und die Kritik auf weitere Aspekte gestützt, die erst durch die Anhörung der Sachverständigen bekannt geworden waren. Während des Verfahrens hat sie unter Bezugnahme auf zwi-

schenzeitlich von ihr eingeholte weitere Privatgutachten des Sachverständigen B. vom 9. Dezember 2012 und des Sachverständigen R. vom 9. Mai 2014 die Einwendungen vertieft und ergänzt.

5 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Ausführungen der Sachverständigen H. seien überzeugend, die entscheidungserheblichen Fragen seien ausreichend beantwortet. Die Beklagte könne mit ihren Einwendungen gegen die Verwertbarkeit des Gutachtens nicht durchdringen. Anlass für die Einholung eines weiteren Gutachtens bestehe nicht. Die Beklagte habe im selbständigen Beweisverfahren Gelegenheit gehabt, die Sachverständige anzuhören, wovon sie ausführlich Gebrauch gemacht habe. Wenn die Beklagte der Meinung gewesen sei, ihre Einwendungen seien nicht ausreichend beantwortet, hätte sie hierauf im selbständigen Beweisverfahren mit entsprechender Antragstellung reagieren müssen. Weitere Beweisantritte im selbständigen Beweisverfahren seien nicht erfolgt.

6 Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten, mit der sie die Zulassung der Revision und in der Folge Klageabweisung erreichen will.

## II.

7 Die Nichtzulassungsbeschwerde führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG entscheidungserheblich verletzt.

- 8           1. Das Berufungsgericht hält die Ausführungen des Landgerichts grundsätzlich für zutreffend. Zwar seien Einwendungen gegen ein im selbständigen Beweisverfahren erstelltes Gutachten im Hauptsacheverfahren zuzulassen, wenn sich ergebe, dass das Gutachten nicht überzeugend, lückenhaft oder widersprüchlich sei. Das Gutachten der Sachverständigen sei jedoch überzeugend. Die Einwände der Beklagten, die Risse seien auf Temperaturschwankungen, Zugluft oder punktuelle Belastung während der Austrocknungsphase zurückzuführen, habe die Sachverständige H. ausreichend beantwortet.
- 9           Einwände, die die Beklagte unter Vorlage des zweiten Gutachtens des Sachverständigen B. vom 9. Dezember 2012 und des Sachverständigen R. vom 9. Mai 2014 erhebe, seien nicht zu berücksichtigen, da sie nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums im Sinne des § 411 Abs. 4 Satz 1 ZPO vorgebracht worden seien, sondern erst lange nach Ablauf der Klageerwiderungsfrist.
- 10           2. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht sich mit dem Vorbringen der Beklagten gegen das Beweisergebnis nach Einholung des Sachverständigengutachtens H. nicht ausreichend auseinandergesetzt hat und so entscheidungserhebliches Vorbringen und Beweisantritte entgegen Art. 103 Abs. 1 GG unberücksichtigt gelassen hat.
- 11           a) Der Tatrichter hat Einwendungen einer Partei gegen das Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen zu berücksichtigen. Er ist verpflichtet, sich mit von der Partei vorgelegten Privatgutachten auseinanderzusetzen und auf die weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, wenn sich aus den Privatgutachten ein Widerspruch zum Gerichtsgutachten ergeben kann. Unklarheiten, Zweifeln oder Widersprüchen hat er von Amts wegen nachzugehen. Wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige im Rahmen seiner Anhörung die sich aus einem Privatgutachten ergebenden Einwendungen nicht auszuräumen

vermag, muss der Tatrichter im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung ein weiteres Gutachten einholen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. März 2013 - V ZR 204/12 Rn. 6; vom 12. Januar 2011 - IV ZR 190/08, NJW-RR 2011, 609 Rn. 5). Das Gericht ist gehalten, sich mit den Streitpunkten zwischen dem gerichtlichen Sachverständigengutachten und dem Privatgutachten sorgfältig und kritisch auseinanderzusetzen und die Streitpunkte zu würdigen. Insbesondere hat es zu begründen, warum es einem von ihnen den Vorzug gibt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Januar 2010 - VII ZR 97/08, BauR 2010, 931 Rn. 9; vom 23. Januar 2008 - IV ZR 10/07, NJW-RR 2008, 767 Rn. 18).

12            Diese Anforderungen an die Beweisaufnahme und deren Würdigung gelten unabhängig davon, ob das gerichtliche Sachverständigengutachten durch den Tatrichter oder im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens nach den §§ 485 ff. ZPO erholt worden ist. Ein in einem selbständigen Beweiserfahren eingeholtes Sachverständigengutachten ist gemäß § 493 ZPO wie ein vor dem Prozessgericht erhobener Beweis zu behandeln. Es obliegt tatrichterlicher Würdigung, ob die Beweisaufnahme ein überzeugendes Beweisergebnis gebracht hat. Die Gleichbehandlung eines nach § 492 Abs. 1 ZPO verfahrensgerecht erzielten Beweisergebnisses mit einer vor dem Prozessgericht durchgeführten Beweiserhebung hat deshalb zur Folge, dass die Beweiserhebung aus dem selbständigen Beweisverfahren fortzusetzen und ggf. ein weiteres Gutachten eingeholt werden muss, wenn sie dem Prozessgericht ergänzungsbedürftig erscheint, § 412 Abs. 1 ZPO (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 493 Rn. 2).

13            b) Die Entscheidung des Berufungsgerichts trägt diesen Anforderungen nicht hinreichend Rechnung. Die Entscheidungsgründe lassen eine plausible, nachvollziehbare Begründung nicht erkennen, warum das Sachverständigengutachten H. so überzeugend ist, dass den durch die Beklagte mit der Vorlage mehrerer Privatgutachten untermauerten Einwendungen sowohl gegen die

Feststellungen der Sachverständigen, die Ursachenermittlung wie auch die vorgeschlagene Art und Weise der Sanierung und der damit verbundenen Kosten nicht nachzugehen ist.

- 14           aa) Die Beklagte hat dem Sachverständigengutachten H. bereits im selbständigen Beweisverfahren detaillierte Einwendungen entgegengesetzt, diese im Hauptsachverfahren weiter vertieft und ergänzt sowie die gegenteiligen Erwägungen unter Sachverständigen- und Zeugenbeweis gestellt. Unter anderem hat sie unter Berufung auf die eingeholten Privatgutachten des Sachverständigen B. vom 29. Mai 2011 und 9. Dezember 2012 und des Sachverständigen R. vom 9. Mai 2014 moniert, dass die Risse von der Sachverständigen H. mangels eines geeigneten Maßstabs nicht ordnungsgemäß dokumentiert und überdies falsch gemessen worden seien. Es seien Rissflankenverschmutzungen mitgemessen worden, bei deren Herausrechnung geringere als die dokumentierten Rissweiten verblieben. Risse mit begrenzter Ausdehnung und einer Weite von bis zu 0,4 mm, welche vor Ort festgestellt worden seien, seien nach dem Stand der Technik hinzunehmen und deshalb kein Mangel. Auch größere Risse könnten ohne weiteres kraftschlüssig saniert und kleinere Risse versiegelt werden, ohne dass ein Komplettabbruch samt Erneuerung notwendig werde. Resonanzprüfungen, wie sie die Sachverständige H. mit einem selbst gebauten Metallstab zur Feststellung von Hohlstellen vorgenommen habe, seien bei Betonwerksteinarbeiten nicht zugelassen. Hohlstellen seien deshalb nicht ordnungsgemäß festgestellt. Ein fehlender Haftverbund zwischen Vorsatzschicht und Unterbeton sei aber auch kein Mangel, da die Tragfähigkeit der Konstruktion auch ohne Haftverbund gegeben sei. Die Gerichtssachverständige unterstelle, dass der Unterbeton nicht fachgerecht vorbereitet, insbesondere nicht ausreichend vorgehäst gewesen sei. Ein fehlender Haftverbund könne auch nicht auf unterbliebenes Kugelstrahlen zurückgeführt werden. Entgegen den Darstellungen der Sachverständigen H. überschreite die Dicke des Terrazzo-Vorsatzes

nicht das zulässige Maß. Die Einbringung von Ausgleichsbeton bei Unebenheiten entspreche den anerkannten Regeln der Technik und könne nicht Ursache eines fehlenden Haftverbundes bzw. mangelnder Tragfähigkeit sein. Farb- und Strukturunterschiede seien auf unvermeidbare Schwankungen bei den Ausgangsstoffen sowie beim Herstellungsverfahren zurückzuführen und deshalb hinzunehmen. Auch seien die von der Sachverständigen dokumentierten Farbunterschiede keine Bindemittelanreicherungen, sondern Folgen von Verschmutzungen infolge der Nutzung und unsachgemäßen Reinigung und Pflege. Übereinstimmend mit dem vorgerichtlich eingeholten Privatgutachten des Sachverständigen W. bedürfe es keines Komplett austauschs zur Sanierung, vielmehr könnten die Risse mit Kunstharzen geschlossen werden.

- 15           bb) Mit diesen Einwendungen hat sich das Berufungsgericht nicht ausreichend auseinandergesetzt. Die Begründung des Berufungsgerichts, die Ausführungen im Sachverständigengutachten seien überzeugend und eine Anhörung der Sachverständigen H. im Hauptsacheverfahren zu den Einwänden der Beklagten sei darum nicht mehr erforderlich, weil die diesbezüglichen zentralen Fragen bereits im selbständigen Beweisverfahren eindeutig beantwortet worden seien, erweisen sich angesichts der kritischen, aus den verschiedenen Privatgutachten hervorgehenden Einwendungen als Leerformeln. Folge der Gleichbehandlung nach § 493 Abs. 1 ZPO ist, dass - unabhängig von der Einschätzung des im selbständigen Beweisverfahrens tätigen Richters - der Tatrichter zu prüfen hat, ob die Anhörung des Sachverständigen zur Klärung der Streitpunkte zwischen dem gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten und den Privatgutachten geführt hat. Aus welchen Gründen die Ausführungen der Sachverständigen H. das Berufungsgericht überzeugt haben, wird nicht deutlich. Weder das Protokoll der Anhörung der Sachverständigen H. im selbständigen Beweisverfahren noch die Entscheidungsgründe lassen erkennen, dass die gebotene Klärung der Einwendungen durch die Anhörung herbeigeführt werden



konnte. Vielmehr ist dokumentiert, dass die Sachverständige nicht alle Fragen mit der gebotenen Klarheit beantworten konnte, was die Fortführung der Beweisaufnahme indiziert.

16 Im Hinblick darauf, dass alle übrigen Sachverständigen eine Sanierung der Risse durch den Verschluss mit Kunstharzen für möglich und ausreichend erachteten, war insbesondere eine Auseinandersetzung damit geboten, warum das Berufungsgericht der Einschätzung der Sachverständigen H. folgt, nur ein Abriss und die Neuherstellung könnten die Mängel beseitigen. Angesichts der kritischen Einwendungen zur Methodik der Sachverständigen H. beim Auffinden von Hohlstellen kann die Erforderlichkeit ohne weitere Klärung auch nicht mit deren Einschätzung begründet werden, weil 60 % der Fußbodenoberfläche hohl liege, müsse eine Neuherstellung des gesamten Terrazzo-Vorsatzes und ggf. des Unterbetons zur Sanierung erfolgen.

17 c) Das Berufungsgericht durfte das Vorbringen gegen das Beweisergebnis nicht wegen Verspätung unberücksichtigt lassen. Weist ein Tatrichter in offenkundig fehlerhafter Anwendung von Präklusionsvorschriften Verteidigungsvorbringen zu Unrecht zurück, so ist zugleich der Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör verletzt (BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, BauR 2013, 1146 Rn. 9 = NZBau 2013, 433).

18 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht das auf die Privatgutachten des Sachverständigen B. vom 9. Dezember 2012 und des Sachverständigen R. vom 9. Mai 2014 gestützte Vorbringen als verspätet behandelt.

19 aa) Es kann offen bleiben, ob die Präklusionsvorschriften gemäß § 411 Abs. 4 ZPO i.V.m. § 296 Abs. 1, § 493 ZPO zur Anwendung kommen könnten, wenn der Partei nach Eingang des Gerichtsgutachtens eine Frist gesetzt wurde,

die den Anforderungen des § 296 Abs. 1 ZPO genügt (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2005 - V ZR 241/04, NZBau 2006, 119 Rn. 8).

20 Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Denn das Landgericht hat im selbständigen Beweisverfahren das Gutachten zustellen lassen, ohne die gesetzte Stellungnahmefrist mit einem Hinweis über die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist zu versehen.

21 bb) Eine Präklusion scheidet auch deswegen aus, weil die Beklagte innerhalb der ihr gesetzten dreiwöchigen Frist Einwendungen gegen das gerichtlich eingeholte Gutachten der Sachverständigen H. erhoben hat. Sie hat diese bereits im selbständigen Beweisverfahren durch Vorlage des Privatgutachtens des Sachverständigen B. vom 29. Mai 2011 untermauert.

22 Wie ausgeführt, obliegt es tatrichterlicher Würdigung, ob die Beweisaufnahme unter Einschluss der im selbständigen Beweisverfahren erhaltenen Beweise ein überzeugendes Beweisergebnis gebracht hat. Die Einwendungen der Beklagten gegen das vorläufige Beweisergebnis aus dem selbständigen Beweisverfahren, welche sie im weiteren Verfahren noch vertieft hat, durften deshalb nicht mit der Begründung unberücksichtigt bleiben, die Beklagte habe auf die Ergänzungsbedürftigkeit bzw. Klärungsbedürftigkeit noch im selbständigen Beweisverfahren hinweisen und dort weiteren Beweisantritt halten müssen.

### III.

23 Der von der Beklagten gerügte Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der Einwände gegen das Beweisergebnis und ggf. Fortführung

der Beweisaufnahme zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis gelangt wäre.

Eick

Kartzke

Graßnack

Sacher

Borris

Vorinstanzen:

LG Halle, Entscheidung vom 17.09.2014 - 3 O 310/13 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 11.02.2015 - 5 U 207/14 -