



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 7/22

vom

29. März 2023

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. März 2023 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Sacher und Dr. Brenneisen

beschlossen:

Der Beschwerde des Beklagten zu 1 gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Dezember 2021 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 21. Dezember 2021 wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten zu 1 entschieden worden ist.

Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 139.313,30 €

Gründe:

I.

1 Die Kläger begehren von dem Beklagten zu 1 Kostenvorschuss zur Beseitigung von Mängeln an einem Schwimmbecken.

2 Die Kläger beauftragten den Beklagten zu 1 am 16. November 2010 im Rahmen der Baumaßnahme "Umbau und Fertigstellung einer Villa mit Hallenbad,

TG, etc." mit den kompletten Haustechnikarbeiten gemäß Angebot vom 22. Oktober 2010 betreffend Heizung, Lüftung, Sanitär unter Verwendung der Schwimmbadtechnik des Herstellers O. GmbH & Co. KG (nachfolgend: "O. "). Die Beklagte zu 2 beauftragte die Kläger mit der Planung und Bauleitung unter anderem der Schwimmbadtechnik für den Einbau des Schwimmbads in ihrem privaten Wohnhaus.

3 Mit der Installation der durch die O. gelieferten Schwimmbadtechnik beauftragte der Beklagte zu 1 die Streithelferin als Nachunternehmerin.

4 Am 28. November 2011 wurde das Schwimmbad in Betrieb genommen, am 12. Dezember 2011 erfolgte die Abnahme der Schwimmbadtechnik unter Vorbehalt des Austauschs von eingebauten Scheinwerfern und am 21. Dezember 2011 die Abnahme der gesamten Leistung des Beklagten zu 1, also der Heizungs-, Lüftungs- und Sanitärarbeiten einschließlich der Schwimmbadtechnik, unter Vorbehalt von geringfügigen Mängeln.

5 Nachdem eine Reparatur der Scheinwerfer durch die Streithelferin bei laufendem Betrieb des Schwimmbads im Januar 2012 nicht gelungen war, wurde das Schwimmbecken am 19. Februar 2012 entleert. Am Folgetag führte die Streithelferin eine Reparatur durch, woraufhin die Unterwasserscheinwerfer zunächst wieder funktionstüchtig waren.

6 Kurze Zeit nach der Wiederbefüllung entstanden schwarze Verfärbungen im Bereich der Fugen des Schwimmbeckens. Der pH-Wert des Wassers unterschritt in der Folgezeit viermal deutlich den erlaubten Wert. Überprüfungen durch einen Mitarbeiter der O. führten nur kurzfristig zu einer Verbesserung. Im Rahmen eines vierten Termins stellte der Mitarbeiter der O. fest, dass ein Schlauch der Dosieranlage für den pH-Wert fälschlicherweise in die Dosierlanze eingeschoben war.

7 Anfang Mai 2013 begann sich das Wasser des Schwimmbeckens grünlich zu verfärben.

8 Die Kläger haben die Beklagten zu 1 und 2 vor dem Landgericht auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung bzw. Schadensersatz in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Beklagten zu 1 und 2 nach Beweisaufnahme gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 139.313,30 € zuzüglich Zinsen verurteilt und die Verpflichtung zum Ersatz bezüglich darüber hinausgehender zur Mängelbeseitigung notwendiger Aufwendungen und Schäden aufgrund näher bezeichneter Mängel an der Schwimmbadanlage festgestellt.

9 Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zu 2 hat das Berufungsgericht die Verurteilung aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 2 entschieden worden ist; die Berufung des Beklagten zu 1 hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen.

10 Gegen die Nichtzulassung der Revision wendet sich die Beschwerde des Beklagten zu 1, der seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgen möchte.

II.

11 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 1 entschieden worden ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das angefochtene Urteil beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Beklagten zu 1 auf Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.

12 1. Das Berufungsgericht hat - soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse - ausgeführt, dass den Klägern gegen den Beklagten zu 1 ein Kostenvorschussanspruch in Höhe von 139.313,30 € gemäß

§ 637 Abs. 1 und 3, § 634 Nr. 2 BGB zustehe. Das Schwimmbad erweise sich als mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB, da schwarze Verfärbungen aufgetreten seien, die eindeutig auf einen Pilzbefall zurückgingen. Dieses Wachstum beruhe auf dem über einen längeren Zeitraum erfolgten Ausfall der pH-Regulierung. Ursache sei ein abgeknickter Dosierschlauch der pH-Dosierung gewesen.

13 Dabei könne dahinstehen, ob der Defekt des abgeknickten Dosierschlauchs schon zum Zeitpunkt der Abnahme vorhanden gewesen oder ob er während der verschiedenen Scheinwerferaustauscharbeiten oder im Rahmen der weiteren Mängelbeseitigungsarbeiten entstanden sei, da in allen Fällen die Verantwortung bei dem Beklagten zu 1 liege. Die Beweislast für die Verantwortlichkeit für einen Mangel gehe zwar mit Abnahme auf den Bauherrn über; den Klägern sei aber der Beweis für ihre Behauptung gelungen, dass nur der Beklagte zu 1 oder dessen Erfüllungsgehilfen für den Defekt an der pH-Dosierung verantwortlich seien.

14 Selbst wenn die Dosierlanze erst später im Rahmen von Mängelgewährleistungsarbeiten hineingeschoben worden sein sollte, müsse der Beklagte zu 1 hierfür einstehen. Ein Verschulden eines Mitarbeiters der O. müsse er sich nach § 278 Satz 1 BGB zurechnen lassen.

15 2. Mit dieser Begründung verletzt das Berufungsgericht, wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht rügt, in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten zu 1 auf Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.

16 a) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gericht ist danach unter anderem verpflichtet, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und - soweit er eine zentrale Frage

des Verfahrens betrifft - in den Gründen zu bescheiden (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2023 - VII ZR 882/21 Rn. 11, juris; Beschluss vom 17. Juni 2020 - VII ZR 111/19 Rn. 17, BauR 2020, 1679 = NZBau 2020, 573). Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (BGH, Beschluss vom 23. April 2015 - VII ZR 163/14 Rn. 19, BauR 2015, 1325; vgl. auch BGH, Beschluss vom 29. April 2013 - VII ZR 37/12 Rn. 9, juris; BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2009 - 1 BvR 1232/07, NJW 2009, 1585, juris Rn. 21).

17 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze liegt im Streitfall eine Verletzung des Anspruchs des Beklagten zu 1 auf Gewährung rechtlichen Gehörs vor.

18 aa) Soweit sich die Beschwerde allerdings mit Gehörsrügen gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wendet, Ursache für die schwarzen Verfärbungen sei ein abgeknickter Dosierschlauch der pH-Dosierung gewesen, hat der Senat diese Gehörsrügen geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

19 bb) Erfolg hat die Beschwerde jedoch mit der Rüge, die Würdigung des Berufungsgerichts, eine etwaige Verantwortlichkeit der O. für die genannte Ursache aufgrund der von ihrem Mitarbeiter nach der Abnahme vorgenommenen Arbeiten sei dem Beklagten zu 1 gemäß § 278 Satz 1 BGB zuzurechnen, beruhe auf gehörswidrig getroffenen Feststellungen. Der Beklagte zu 1 hat bereits in erster Instanz unter Beweisantritt (Zeuge G.) geltend gemacht, dass die Kläger einen eigenständigen Wartungsvertrag unmittelbar mit der O. geschlossen hätten und dass die nach der Abnahme erbrachten Vor-Ort-Arbeiten des Mitarbeiters der O. im Rahmen dieses Wartungsvertrags und nicht auf Veranlassung des Beklagten zu 1 erfolgt seien. Dieses Beweisangebot hat der Beklagte zu 1 in der Berufungsbegründung vom 21. Dezember 2020 - verbunden mit der Rüge eines Gehörsverstoßes durch das Landgericht - wiederholt. Das

Berufungsgericht hat den angebotenen Beweis gehörswidrig nicht erhoben. Soweit das Berufungsgericht aus dem Anlagenkonvolut K 35 gefolgert hat, dass es sich bei den von der O. vorgenommenen Arbeiten um Mängelgewährleistungsarbeiten gehandelt habe, rechtfertigt diese Erwägung das Absehen von der Erhebung des beantragten Zeugenbeweises nicht, weil dies auf eine prozessual unzulässige vorweggenommene tatrichterliche Beweiswürdigung hinausliefe, die ebenfalls gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstieße (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2015 - VII ZR 163/14 Rn. 20, BauR 2015, 1325).

20 c) Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten zu 1 und Erhebung des von diesem in der Berufungsbeurteilung angebotenen Beweises (Zeuge G.) zu einem für den Beklagten zu 1 günstigeren Ergebnis gelangt wäre. Da das Berufungsgericht ausdrücklich offengelassen hat, ob der Defekt an der Dosieranlage schon im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden war oder erst später durch den Mitarbeiter der O. herbeigeführt worden ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Erhebung des genannten Zeugenbeweises angenommen hätte, dass die Vor-Ort-Arbeiten des Mitarbeiters der O. auf der Grundlage eines selbständigen Wartungsvertrags zwischen den Klägern und der O. erbracht wurden und ein hierbei entstandener Defekt dem Beklagten zu 1 nicht über § 278 Satz 1 BGB zugerechnet werden könnte.

III.

21 Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben, soweit zum Nachteil des Beklagten zu 1 entschieden worden ist, und der Rechtsstreit ist im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO).

22 Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich gegebenenfalls mit dem Beschwerdevorbringen (Rn. 63 ff. der Beschwerdebegründung vom 11. Oktober 2022) bezüglich des Mitverschuldenseinwands zu befassen, den der Beklagte zu 1 sowie die Streithelferin in den Vorinstanzen erhoben haben.

Pamp

Kartzke

Jurgeleit

Sacher

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 29.09.2020 - 8 O 4731/16 -

OLG München, Entscheidung vom 14.12.2021 - 9 U 5987/20 Bau -