



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 339/12

vom

30. Oktober 2013

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Dr. Eick, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

beschlossen:

Der Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision wird teilweise stattgegeben.

Der Beschluss des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 20. November 2012 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Abweisung der auf Leistung von Schadensersatz wegen Fehlens der Außendämmung im Bereich der Kelleraußentreppe nebst Zinsen gerichteten Klage bestätigt worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

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

Streitwert: 128.726,15 €, des stattgebenden Teils: 40.768,15 €

Gründe:

- 1 1. Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz und Vorschuss zur Mängelbeseitigung wegen angeblich mangelhafter Errichtung eines Kellers.

- 2 Den betreffenden Keller errichtete die Beklagte auf zwei dem Kläger gehörenden Grundstücken in P., die im Jahr 2004 mit einem Wohnhaus, einem Bürogebäude und einem Musterhaus bebaut wurden. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Auftrag zur Errichtung des Kellers vom Kläger oder von der A. H. GmbH, deren Geschäftsführer der Kläger ist, erteilt wurde.

- 3 Das Objekt war Ende September 2004 bezugsfertig und wurde im Oktober 2004 vom Kläger bezogen. Ende 2009 stellte der Kläger Feuchtigkeit an dem Objekt fest. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Außendämmung im Bereich der Kelleraußentreppe fehlt. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2009 beanstandete der Kläger unter anderem das Fehlen einer Dämmung im Bereich der Kelleraußentreppe, und setzte eine Frist zur Mangelbehebung bis 22. Dezember 2008 (richtig: 22. Dezember 2009). Die Beklagte nahm bezüglich der fehlenden Außendämmung keine Mängelbeseitigungsarbeiten vor.

- 4 Der Kläger verlangt mit der ursprünglich erhobenen Klage Schadensersatz wegen der fehlenden Außendämmung im Bereich der Kelleraußentreppe sowie der fehlenden bzw. unsachgemäßen Abdichtung der Kehle Sohlenplatte/Wandelement; er macht geltend, für die Beseitigung dieser Mängel fielen Kosten in Höhe von 40.768,15 € netto an. Außerdem verlangt der Kläger mit der in erster Instanz vorgenommenen Klageerweiterung einen Kostenvorschuss für die Beseitigung weiterer Mängel in Höhe von 87.958 € netto. Der Kläger hat in erster Instanz zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 128.726,15 € zu bezahlen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht mit Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Gegen die Nichtzulassung der Revision richtet sich die Beschwerde des Klägers, mit der er seine Zahlungsanträge in voller Höhe weiterverfolgt.

6 2. Der angefochtene Beschluss des Berufungsgerichts beruht auf einem Verstoß gegen den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, soweit die Abweisung der auf Leistung von Schadensersatz wegen Fehlens der Außendämmung im Bereich der Kelleraußentreppe nebst Zinsen gerichteten Klage bestätigt worden ist.

7 a) Das Berufungsgericht hält es mit dem Landgericht nicht für erwiesen, dass die Beklagte die Anbringung der Außendämmung des Kellers schuldete. Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe vertraglich die Außendämmung übernommen und zum Beweis dafür, dass diese auch grundsätzlich von Mitarbeitern der Beklagten angebracht worden sei, mit dem - vom Landgericht nicht nachgelassenen - Schriftsatz vom 10. Januar 2012, Seite 2 sowie mit der Berufungsbegründung vom 15. März 2012, Seite 4 den Zeugen F. S. benannt, nachdem der vom Landgericht vernommene Zeuge R. E. diesen als Polier der Beklagten auf der Baustelle bezeichnet hatte. Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag unter Hinweis auf § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO zurückgewiesen, weil es dem Kläger hätte angesonnen werden können, sich bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens bei der Beklagten darüber zu erkundigen, welche Mitarbeiter vor Ort eingesetzt worden seien.

8 b) Bleibt ein Angriffsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter es in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift wie des § 531 Abs. 2 ZPO zu Unrecht zurückgewiesen hat, so ist zu-

gleich das rechtliche Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, der Partei verletzt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juli 2013 - VII ZR 1/12, juris Rn. 8 m.w.N.).

9 Ein derartiger Fall liegt hier vor. Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung, ein rechtzeitiger Beweisantritt im ersten Rechtszug sei lediglich aufgrund Nachlässigkeit des Klägers unterblieben, weil dieser sich nicht bei der Beklagten danach erkundigt habe, welche Mitarbeiter von ihr damals vor Ort eingesetzt worden seien, ist nicht tragfähig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nur dann vor, wenn die Partei gegen ihre Prozessförderungspflicht verstoßen hat. Die Parteien sind aufgrund dieser Pflicht zu konzentrierter Verfahrensführung gehalten. Insbesondere dürfen sie Vorbringen grundsätzlich nicht aus prozesstaktischen Erwägungen zurückhalten (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juni 2010 - Xa ZR 110/09, NJW-RR 2011, 211 Rn. 28 m.w.N.). Eine Verpflichtung, tatsächliche Umstände, die der Partei nicht bekannt sind, erst zu ermitteln, ist daraus jedoch grundsätzlich nicht abzuleiten (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juni 2010 - Xa ZR 110/09, aaO Rn. 28; ferner BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2009 - III ZR 61/08, juris Rn. 13 m.w.N.); sie kann allenfalls durch besondere Umstände begründet werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Juni 2010 - Xa ZR 110/09, aaO Rn. 28). Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, sie sind auch nicht ersichtlich.

10 Auf dieser Verletzung des Rechts des Klägers auf rechtliches Gehör kann der angefochtene Beschluss, soweit die Abweisung der auf Leistung von Schadensersatz wegen Fehlens der Außendämmung im Bereich der Kelleraußentreppe nebst Zinsen gerichteten Klage bestätigt worden ist, auch beruhen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht nach Vernehmung des Zeugen F. S. zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass die Anbringung einer Außendämmung im Bereich der Kelleraußentreppe von der Beklag-

ten geschuldet war und dass das Fehlen dieser Dämmung einen der Beklagten zuzurechnenden Werkmangel darstellt. Des Weiteren kann nicht ausgeschlossen werden, dass Verjährung insoweit deshalb nicht eingetreten ist, weil die Beklagte den Mangel dann arglistig verschwiegen hätte. Der Kläger hat durch Vernehmung des Zeugen F. S. auch unter Beweis gestellt, dass diesem das Fehlen der Dämmung im Bereich der Kelleraußentreppe nicht verborgen geblieben sein konnte (Schriftsatz vom 15. November 2012, Seite 1). Zu Recht hat der Kläger darauf hingewiesen, dass dieser Zeuge ein Erfüllungsgehilfe bei der Offenbarungspflicht der Beklagten, über Mängel aufzuklären, sein könnte (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 68). Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass die Verjährung wegen Anwendbarkeit der regelmäßigen Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 3 i.V.m. § 195 BGB durch die Erhebung der Klage im ersten Halbjahr 2011 rechtzeitig gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) worden ist. Sollte der Zeuge F. S. Erfüllungsgehilfe bei der Offenbarungspflicht der Beklagten gewesen sein und bemerkt haben, dass die Kelleraußentreppe von Mitarbeitern der Beklagten trotz Fehlens einer Außendämmung angebracht worden ist, so hätte im Übrigen, worauf die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht hinweist, die Beklagte einen Mangel ihrer Leistung auch dann arglistig verschwiegen, wenn sie die Anbringung der Außendämmung gar nicht schuldet. Denn dann wäre ihr Werk mangelhaft gewesen, weil die Kelleraußentreppe nicht ohne die Außendämmung hätte angebracht werden dürfen. Sie hätte den Kläger darüber aufklären müssen, dass dies gleichwohl geschehen ist. Muss sie sich die Kenntnis des Zeugen F. S. zurechnen lassen und hat sie nicht aufgeklärt, so handelte sie arglistig. Im Übrigen kann beim derzeitigen Sach- und Streitstand nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger für vertragliche Mängelansprüche aktivlegitimiert ist.

- 11 3. Soweit die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem angefochtenen Beschluss des Berufungsgerichts im Übrigen zurückgewiesen worden ist, wird von einer Begründung abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO).

Kniffka

Safari Chabestari

Eick

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 25.01.2012 - 3 O 210/11 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 20.11.2012 - 19 U 23/12 -