



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 71/15

Verkündet am:
6. Dezember 2018
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1, § 281, § 634 Satz 1 Nr. 4

Ein Besteller, der den Mangel nicht beseitigen lässt, kann seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 22-43, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 21. Juni 2018 - VII ZR 173/16 Rn. 14, BauR 2018, 1725 = NZBau 2018, 523).

BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 71/15 - OLG Frankfurt in Kassel
LG Marburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2018 durch den Vorsitzenden Richter Pamp und die Richterinnen Graßnack, Sacher, Borris und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. März 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 30.198,35 € (fiktive Mängelbeseitigungskosten bezüglich der Gartenanlage) nebst Zinsen und in Höhe von 220 € (fehlender Rauchabzug zzgl. anteiliger Bauüberwachungskosten) nebst Zinsen sowie gegen die Verurteilung zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.594,91 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Die Anschlussrevision der Klägerin wird verworfen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens und des Revisions- sowie Anschlussrevisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, macht Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum in Höhe von 278.744,60 € geltend. Sie verlangt zudem die Feststellung, dass die Beklagten verpflichtet sind, als Gesamtschuldner sämtliche weiteren Kosten für die Beseitigung der Mängel zu erstatten.
- 2 Die Beklagte zu 4, deren Gesellschafter die Beklagten zu 1 bis 3 sind, errichtete als Bauträgerin aufgrund von Verträgen, die mit den einzelnen Erwerbern abgeschlossen wurden, die streitgegenständliche Wohnungseigentumsanlage. Die Klägerin erklärte am 4. April 2007 schriftlich die Abnahme der Werkleistungen.
- 3 Die Parteien streiten unter anderem darüber, ob die Klägerin wegen Mängeln an der Gartenanlage Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten verlangen kann und ob der Mangel eines fehlenden Rauchabzugs zwischenzeitlich beseitigt worden ist. Im Streit ist weiter, ob ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen fehlender elektrischer Türöffner an den Eingangstüren besteht.
- 4 Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin zu Händen des Verwalters 215.002,10 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.198,24 € nebst Zinsen zu zahlen. Es hat festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin alle weitergehenden Kosten zu erstatten, die für die Beseitigung der Mängel gemäß dem Gutachten des Sachverständigen K. vom 31. März 2010 (Nr. 3.01 bis 3.06, 3.08, 3.10 bis 3.17, 3.19, 3.22, 3.24, 3.25) und dem Gutachten des Sachverständigen S. vom 30. September 2011 erforderlich sind. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

- 5 Auf die Berufung der Beklagten, mit der sie ihre Verurteilung über einen über 57.194,87 € hinausgehenden Betrag nebst Zinsen angefochten haben, hat das Berufungsgericht unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin zu Händen des Verwalters 159.940,30 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.594,91 € nebst Zinsen zu zahlen. Es hat zudem festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die Kosten zu erstatten, die für die Beseitigung der Mängel erforderlich sind, die in dem Gutachten des Sachverständigen K. vom 31. März 2010 unter den Nummern Nr. 3.01 bis 3.06, 3.08, 3.10, 3.11, 3.13, 3.15, 3.16, 3.17, 3.19, 3.22, 3.24, 3.25 und in dem Gutachten des Sachverständigen S. vom 30. September 2011 aufgeführt worden sind. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin zurückgewiesen, mit der sie die Abweisung der Klage in Höhe von 3.677,71 € nebst Zinsen (Verwalterkosten in Bezug auf die Geltendmachung der Mängel) angefochten hat.
- 6 Auf die Beschwerde der Beklagten hat der Senat die Revision - beschränkt auf die Höhe der Klageforderung - unter Zurückweisung der weiteren Beschwerde zugelassen, soweit ihre Berufung gegen die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz in Höhe von 30.198,35 € (fiktive Mängelbeseitigungskosten bezüglich der Gartenanlage) nebst Zinsen sowie zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.594,91 € nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist. Darüber hinaus hat der Senat die Revision zugelassen, soweit die Beklagte zur Zahlung von 220 € (fehlender Rauchabzug zzgl. anteiliger Bauüberwachungskosten) nebst Zinsen verurteilt worden ist. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist erfolglos geblieben.

7 Mit ihrer im Umfang der Zulassung eingelegten Revision beantragen die
Beklagten, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben.

8 Die Klägerin beantragt mit der Anschlussrevision, das angefochtene
Urteil aufzuheben, soweit die Klage in Höhe von 39.600 € (fehlende elektrische
Türöffner an den Eingangstüren) nebst Zinsen, in Höhe von 3.960 € (Kosten der
Bauüberwachung in Höhe von 10 % aus 39.600 €) nebst Zinsen und hinsicht-
lich des Feststellungsantrags bezüglich des Mangels Nr. 3.08 gemäß Gutach-
ten K. abgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Beklagten führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhe-
bung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Beru-
fungsgericht. Die Anschlussrevision der Klägerin ist unzulässig.

I.

10 Das Berufungsgericht hat - soweit noch von Interesse - ausgeführt:

11 1. Der Klägerin stehe wegen der Mängel an der Gartenanlage ein Scha-
densersatzanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten von
30.198,35 € zu. Zur Herstellung der nach dem Vertrag geschuldeten Schichtdi-
cke des eingebrachten Oberbodens fielen Kosten in dieser Höhe an. Die Erstat-
tungsfähigkeit dieser Kosten hänge nicht davon ab, dass die Mängel tatsächlich
beseitigt würden.

12 2. Die Klägerin habe wegen des fehlenden Rauchabzugs einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 200 € zuzüglich anteiliger Bauüberwachungskosten von 20 €. Das Landgericht habe zu Recht die Beklagten für die behauptete Beseitigung des Mangels als beweisfällig angesehen. Einen Hinweis nach § 139 ZPO habe es den Beklagten nicht erteilen müssen, da es deren Vortrag nicht an Substanz gemangelt, sondern ein Beweisantritt gefehlt habe. Hierauf hätten die anwaltlich vertretenen Beklagten nicht hingewiesen werden müssen.

13 3. Dagegen sei kein Mangel darin zu sehen, dass die Eingangstüren nicht mit elektrischen Türöffnern versehen worden seien. Dass die Anlage als Seniorenresidenz beworben worden sei, rechtfertige es nicht, über die ausdrückliche Festlegung der Ausstattung der Bäder in der Baubeschreibung hinaus eine "barrierefreie Nutzbarkeit" als vereinbart anzunehmen. Denn "seniorengerecht" könne nicht mit "behindertengerecht" oder "barrierefrei" gleichgesetzt werden. Zwar könne erwartet werden, dass sich die Eingangstüren auch von älteren oder behinderten Menschen ohne Schwierigkeiten öffnen ließen und nicht schwergängig seien. Es sei indes nicht erkennbar, dass dazu die Drehtüren zwingend mit elektrischen Türöffnern zu versehen seien. Es fehle zudem, anders als hinsichtlich der sanitären Anlagen, an einer ausdrücklichen Vereinbarung zur behindertengerechten Ausgestaltung.

II. Revision der Beklagten

14 Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

15 1. Mängel der Gartenanlage

16 a) Aufgrund der beschränkten Zulassung der Revision und der Zurückweisung der weitergehenden Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten steht rechtskräftig fest, dass der in die Gartenanlage eingebrachte Oberboden nicht die vertraglich geschuldete Schichtdicke erreicht und der Klägerin wegen dieses Mangels dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten zusteht.

17 b) Keinen Bestand haben die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Schadensersatzanspruchs der Klägerin.

18 Die Ermittlung der Höhe des Vermögensschadens der Klägerin durch das Berufungsgericht beruht auf der Annahme, er lasse sich nach den erforderlichen, tatsächlich jedoch nicht angefallenen (Netto-)Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 30.198,35 € bemessen, wenn der Besteller den Mangel eines Werks - hier die Mängel an der Gartenanlage - nicht beseitigt hat. Diese im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des Senats stehende Auffassung trifft nicht zu. Der Senat hat nach Erlass des angefochtenen Urteils unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass ein Besteller, der den Mangel nicht beseitigen lässt, seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 22-43, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 21. Juni 2018 - VII ZR 173/16 Rn. 14, BauR 2018, 1725 = NZBau 2018, 523). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann deshalb ein Schaden der Klägerin in der vom Berufungsgericht angenommenen Höhe nicht festgestellt werden.

19 c) Das angefochtene Urteil war danach beschränkt auf die Anspruchshöhe hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs in Höhe von 30.198,35 € (fiktive Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich der mangelhaften Gartenanlage) nebst

vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um die Höhe des der Klägerin zustehenden Schadenersatzes wegen der Mängel an der Gartenanlage neu festzustellen und zu berechnen. Hierzu muss die Klägerin zunächst auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Senats Gelegenheit bekommen, ihren Schaden anderweitig darzulegen und zu beziffern (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 27, 38-43, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201; Urteil vom 21. Juni 2018 - VII ZR 173/16 Rn. 14, BauR 2018, 1725 = NZBau 2018, 523).

20 2. Fehlender Rauchabzug

21 Das angefochtene Urteil beruht zudem hinsichtlich der Feststellungen des Berufungsgerichts zu dem Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen des fehlenden Rauchabzugs auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten, Art. 103 Abs. 1 GG.

22 a) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Nach Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen der Zivilprozessordnung haben die Gerichte zudem erheblichen Beweisanträgen nachzugehen. Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots, die im Prozessrecht keine Stütze hat, verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG (BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2015 - VI ZR 355/14 Rn. 6 m.w.N., NJW 2016, 641).

23 b) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

24 Die Beklagten haben im Schriftsatz vom 12. August 2012 für ihre Behauptung, der Mangel des fehlenden Rauchabzugs sei zwischenzeitlich beseitigt worden, Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ange-

11. Februar 2009 - VIII ZR 328/07 Rn. 31, JZ 2010, 44; Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05 Rn. 39, BGHZ 174, 244; Urteil vom 26. Juli 2004 - VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174, juris Rn. 26). Aus ihrem Charakter als unselbständigem Rechtsmittel folgt jedoch, dass mit ihr kein Streitstoff eingeführt werden kann, der mit dem Gegenstand der Hauptrevision weder in einem rechtlichen noch in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2009 - V ZR 75/08 Rn. 27, NJW 2009, 3787; Urteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 328/07 Rn. 31, JZ 2010, 44; Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05 Rn. 40, BGHZ 174, 244).

30

Eine unbeschränkte Statthaftigkeit der Anschlussrevision würde zudem in den Fällen, in denen die Hauptrevision zu Gunsten einer Partei nur teilweise zugelassen wurde, zu einer Benachteiligung des Revisionsklägers führen und somit über den Gesetzeszweck der Schaffung einer Art Waffengleichheit zwischen den Parteien hinausgehen. Bei einer uneingeschränkten Statthaftigkeit der Anschlussrevision könnte der Revisionsbeklagte das Urteil - soweit er unterlegen ist - insgesamt anfechten, selbst wenn seine Nichtzulassungsbeschwerde wegen Fehlens eines Zulassungsgrundes oder mangels Erreichens des Beschwerdewerts gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO nicht erfolgreich gewesen wäre. Dagegen kann bei einer beschränkten Zulassung der Revision der Revisionskläger das Urteil im Revisionsverfahren nur zum Teil angreifen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Januar 2004 - V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365, juris Rn. 7). Eine Benachteiligung des Revisionsklägers wäre nur dann nicht gegeben, wenn ihm das Recht zu einer Gegenanschließung gewährt würde. Eine derartige Möglichkeit hat der Gesetzgeber indes nicht vorgesehen. Die insoweit bestehende Ungleichbehandlung ist dann nicht gerechtfertigt, wenn der Gegen-

stand der Anschlussrevision in keinem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Hauptrevision steht (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2009 - V ZR 75/08 Rn. 28, NJW 2009, 3787; Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05 Rn. 41, BGHZ 174, 244).

31 2. Im Streitfall besteht kein hinreichender rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der Anschluss- und der Hauptrevision. Zwar betreffen beide Rechtsmittel Schadensersatzansprüche wegen Mängeln, die am selben Bauvorhaben entstanden sind. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass die Revision wegen Mängeln an der Gartenanlage auf die Höhe der Schadensersatzforderung beschränkt worden ist und hinsichtlich der Schadensposition "Rauchabzug" lediglich ein Verfahrensfehler bezüglich des Einwands durchgeführter Nachbesserung in Rede steht. Dagegen wird mit der Anschlussrevision zur Überprüfung gestellt, ob der Klägerin der geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen der fehlenden elektrischen Türöffner an den Eingangstüren nach der vertraglichen Vereinbarung dem Grunde nach zusteht. Hinsichtlich der von der Revision einerseits und der Anschlussrevision andererseits betroffenen Schadenspositionen stellen sich deshalb keine übergreifenden Fragen, die mit dem Umstand in Zusammenhang stehen, dass die Mängel an demselben Bauvorhaben aufgetreten sind.

32 Etwas anderes folgt nicht daraus, dass bei der Bemessung eines wegen der Mängel an den Eingangstüren unterstellten Schadenersatzanspruchs gleichermaßen die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nicht herangezogen werden können. Denn dieser Aspekt ist der - den Gegenstand der Anschluss-

revision bildenden - Frage nach einem Anspruch dem Grunde nach nachgelagert und kann daher zur Bestimmung eines wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs nicht herangezogen werden.

Pamp

Graßnack

Sacher

Borris

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Marburg, Entscheidung vom 02.10.2013 - 2 O 18/12 -

OLG Frankfurt in Kassel, Entscheidung vom 26.03.2015 - 15 U 256/13 -