



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 16/15

vom

6. April 2016

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. April 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, den Richter Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack, Sacher und Wimmer

beschlossen:

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

Das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 29. Dezember 2014 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.

Streitwert: 4.338.513,76 €

im Verhältnis zur Klägerin zu 1:	1.392.040,60 €
zur Klägerin zu 2:	480.014,00 €
zum Kläger zu 3:	288.008,40 €
zur Klägerin zu 4:	120.003,50 €
zur Klägerin zu 5:	60.001,75 €
zur Klägerin zu 6:	60.001,75 €
zur Klägerin zu 7:	1.938.443,76 €

(Zahlungsantrag: 1.796.666,76 € + Feststellung: 141.777 €)

Gründe:

I.

- 1 Die klagenden Versicherer, die Kläger zu 1 bis 6, nehmen die Beklagte aus übergegangenem Recht, die Klägerin zu 7 nimmt die Beklagte aus eigenem Recht wegen eines Brandes an einem von der Beklagten an die Klägerin zu 7 gelieferten Diffusionssystem auf Schadensersatz in Anspruch.
- 2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 7, die E. GmbH, (im Folgenden nur: Klägerin zu 7) bestellte am 15. Januar 1998 das streitgegenständliche Diffusionssystem zu einem Preis von netto 1.260.000 DM. Dabei sollten die technischen Änderungen, die an einem anderen System vorgenommen worden waren, eingearbeitet werden. Mit Schreiben vom 19. Januar 1998 bestätigte die Beklagte den Auftrag. Dem Vertrag lagen "Ergänzende Bedingungen" zugrunde, die unter "*XIII. Gewährleistung*" eine Garantie für die einwandfreie Funktion der Anlage von 12 Monaten vorsahen. Die Anlage wurde nach einem Probelauf in der Zeit vom 28. August bis zum 30. November 1998 am 1. Dezember 1998 abgenommen. Die Klägerin zu 7 änderte das Diffusionssystem dahingehend ab, dass ein Hahnensystem eingebaut und der obere Teil der Tür des Diffusionsschranks abgesägt wurde.
- 3 Am 8. Dezember 2001 kam es zu einem Brand in dem Diffusionssystem, bei dem dieses vollständig zerstört wurde. Es kam darüber hinaus zu einer Betriebsunterbrechung bei der Klägerin zu 7. Die Reparatur bzw. der Wiederaufbau des Diffusionssystems wurde von der Beklagten durchgeführt. Sie stellte der Klägerin zu 7 hierfür einen Betrag in Höhe von 141.777 € netto in Rechnung, dessen Bezahlung jedoch abgelehnt wurde.

4 Die Klägerin zu 7 fordert von der Beklagten den Ersatz von restlichen Reparaturkosten in Höhe von 296.666,76 € sowie eines Betriebsunterbrechungsschadens in Höhe des von ihr zu tragenden Eigenanteils von 1.500.000 €, mithin die Zahlung von 1.796.666,76 €, sowie die Feststellung, dass der Beklagten kein Werklohnanspruch in Höhe von 141.777 € zusteht. Die Kläger zu 1 bis 6 verlangen aus übergegangenem Recht den Ersatz der von ihnen jeweils übernommenen Anteile des eingetretenen Betriebsunterbrechungsschadens im Umfang von insgesamt 2.400.070 €.

5 Nachdem ein vom Landgericht am 2. März 2012 erlassenes Grundurteil auf die Berufung der Beklagten durch Urteil des Berufungsgerichts vom 14. Februar 2013 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen worden war, hat dieses mit Teil- und Grundurteil vom 14. Februar 2014 der negativen Feststellungsklage der Klägerin zu 7 stattgegeben und die Klageanträge im Übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen, wogegen sich die Beschwerde der Beklagten richtet. Sie will weiterhin die Abweisung der Klage erreichen.

## II.

6 1. Das Berufungsgericht führt aus, das Landgericht sei zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kläger, hiervon die Kläger zu 1 bis 6 aus abgetretenem Recht, von der Beklagten aus positiver Forderungsverletzung dem Grunde nach die zur Behebung der Schäden an dem verbrannten Diffusionssystem erforderlichen Kosten und den Betriebsausfallschaden ersetzt verlangen könnten. Der Vertrag sei als Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen zu qua-

lizieren, auf welchen gemäß § 651 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB a.F. Werkvertragsrecht Anwendung finde. Zu Recht sei das Landgericht weiter davon ausgegangen, dass es sich bei den verfolgten Zahlungsansprüchen der Kläger um solche aus positiver Vertragsverletzung handele, welche nicht verjährt seien.

7 Das Landgericht habe das Ergebnis der Beweisaufnahme zutreffend dahingehend gewürdigt, dass nach den - in sich schlüssigen und nachvollziehbaren - Ausführungen des Sachverständigen D. der streitgegenständliche Brand dadurch entstanden sei, dass austretender Wasserstoff an die sich in der Umgebung des Bubblers befindlichen Zündquellen gelangt sei; insoweit habe die von der Beklagten ausgeführte Konstruktion nicht den Brandschutzbestimmungen entsprochen. Auch die weitere Würdigung des Landgerichts, der zufolge die von der Klägerin zu 7 unstreitig durchgeführten Änderungen - Einbau eines Hahnensystems und Absägen des oberen Teils der Tür des Diffusionschanks - auf die Brandursache keinen Einfluss gehabt hätten, sei rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere habe die Klägerin zu 7 - wie die nach erfolgter Zurückverweisung des Rechtsstreits durchgeführten Zeugenvernehmungen ergeben hätten - zwischen Abnahme und Brand keine weiteren Änderungen am Diffusionssystem vorgenommen. Allein die Tatsache, dass sich auf den nach dem Brand gefertigten Lichtbildern im Bereich des Bubblers "undefinierbare Gegenstände" fänden, welche im Ursprungszustand nicht vorhanden gewesen seien, lasse keinen zwingenden Rückschluss auf eine technische Änderung zu. Denn es sei ohne weiteres möglich, dass solche Gegenstände als Brandschrott infolge der Löscharbeiten an diesen Ort gelangt seien.

8 Der Sachverständige D. habe bei seiner ergänzenden Anhörung im Termin vom 18. Dezember 2014 die sich aus den von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten ergebenden Kernaussagen - in Übereinstimmung mit seinen

bisherigen gutachterlichen Ausführungen - in schlüssiger und in sich nachvollziehbarer Weise widerlegt. Vor diesem Hintergrund sei die Einholung eines gänzlich neuen Sachverständigengutachtens nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 412 Abs. 1 ZPO nicht gegeben seien.

9                    2. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10                   Die Beschwerde rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht sich nicht hinreichend mit den Einwendungen der von der Beklagten hinzugezogenen Privatsachverständigen auseinandergesetzt und damit das Recht der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

11                   a) Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt vor, wenn sich aus den Umständen klar ergibt, dass das Gericht seiner Pflicht nicht nachgekommen ist, entscheidungserhebliche Ausführungen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das ist der Fall, wenn das Gericht zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, trotz entsprechenden Parteivortrags in den Entscheidungsgründen nicht Stellung nimmt (BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 - VII ZR 97/08, BauR 2010, 931 Rn. 8; BVerfG, NJW 2009, 1584 Rn. 14; NJW-RR 1995, 1033, 1034, juris Rn. 21). Zwar muss sich das Gericht nicht mit jedem von einer Partei vorgebrachten Gesichtspunkt auseinandersetzen. Das Gericht verstößt jedoch gegen das Recht einer Partei auf rechtliches Gehör, wenn es im Urteil nicht zu erkennen gibt, dass es den Streit zwischen dem gerichtlichen Sachverständigen und dem von der Partei beauftragten Privatgutachter sorgfältig und kritisch gewürdigt und die Streitpunkte zumindest mit dem gerichtlichen Sachverständigen erörtert hat. Das Gericht

muss mit einleuchtender und logisch nachvollziehbarer Begründung einer der Auffassungen den Vorzug geben. Die Entscheidungsgründe müssen zudem erkennen lassen, dass eine Auseinandersetzung mit den Einwendungen stattgefunden hat, die sich aus dem Privatgutachten ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2015 - VI ZR 557/15, NJW 2016, 639 Rn. 5 f.; Beschluss vom 27. Januar 2010 - VII ZR 97/08, aaO Rn. 9 m.w.N.).

12            b) Die Begründung des Berufungsurteils trägt diesen Anforderungen nicht hinreichend Rechnung. Das Berufungsgericht hat zwar im Hinblick auf von ihm formulierte Kernaussagen der von der Beklagten beigebrachten Privatgutachten eine Anhörung des Sachverständigen D. angeordnet. Die Entscheidungsgründe lassen jedoch nicht erkennen, dass sich das Berufungsgericht mit den nachfolgend benannten Einwendungen der Beklagten, die sich aus den vorgelegten Privatgutachten ergeben, in hinreichendem Maße auseinandergesetzt hat.

13            Im Einzelnen geht es um folgende Einwände:

14            aa) Die Beklagte hat gegenüber dem Vorwurf, das von der Beklagten gelieferte Diffusionssystem weise Konstruktionsfehler auf, unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Sachverständigen B. (Bezug auf Bl. 990 d. A.), die auch von dem von der Beklagten beauftragten Sachverständigen K. geteilt werden (Bezug auf Bl. 835 und Bl. 1532 ff. d. A.), vorgebracht, dass nach Untersuchungen an einem baugleichen Diffusionssystem die Menge an austretendem Wasserstoff durch Ventilgruppen beschränkt sei und eine zündfähige Konzentration an den vom Sachverständigen D. als Zündquelle bezeichneten Stellen nicht auftreten könne. Die Installation eines Gaswarnmelders im oberen Teil des Diffusionsschranks habe dem Stand der Technik entsprochen. Wasserstoff sei aufgrund seiner physikalischen Eigenschaft leichter als Luft und bewege sich

nach oben, nicht dagegen seitlich. Der Vermischungsprozess verlaufe so schnell, dass bereits nach wenigen Zentimetern von der Austrittsstelle davon auszugehen sei, dass kein zündfähiges Gemisch mehr vorliege. Die Aufkonzentration von Wasserstoff werde außerdem durch die installierte Absauganlage verhindert.

15 Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Vorbringen der Beklagten nicht auseinandergesetzt. Es führt insbesondere nicht aus, aus welchen Gründen diese auf die von der Beklagten eingeholten Privatgutachten gestützten Einwendungen durch die Äußerungen des Sachverständigen D. im Rahmen des Termins vom 18. Dezember 2014 oder seine schriftlichen Ausführungen in den erstatteten Gutachten widerlegt werden. Welche Feststellungen der Sachverständige D. zu diesen Einwendungen getroffen hat, lässt sich den Entscheidungsgründen nicht entnehmen. Es fehlt daher an einer schlüssigen Begründung, warum die Darlegungen des Sachverständigen D. im Ergebnis für schlüssig und in sich nachvollziehbar gehalten werden. Dies begründet einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG.

16 bb) Die Beklagte hat, gestützt auf das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten des Sachverständigen K., in Frage gestellt, dass im Zeitpunkt des Brands überhaupt ein Bubbler 1 eingebaut gewesen sei, an dem sich nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen D. der Brand entzündet haben solle. Den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen, der Bubbler 1 sowie der Wassereinlauf seien offensichtlich verbrannt, hat die Beklagte entgegengehalten, dass die vordere Anschlussarmatur nach dem Brand noch unverbrannt am Boden vorgefunden worden sei und auch die Durchgangverschraubung thermisch weitgehend unbeschädigt geblieben sei, was mit dem vom Gerichtssachverständigen unterstellten Ablauf des Schadensereignisses nicht in Einklang zu bringen sei (Bezug auf Bl. 1412, 1435 ff. und 1739 d. A.).

Die Beklagte hat zudem unter Benennung des Zeugen M. behauptet, dass es sich bei der Bubblerflasche nicht um eine geschlossene Flasche gehandelt habe und somit ein "Wegschleudern" der Durchgangsverschraubung nicht in Betracht komme (Bezug auf Bl. 1361 d. A.). Die Beklagte hat darüber hinaus geltend gemacht, dass der Bubbler aus Duran-Glas hergestellt sei und dieses Material bei Hitzeeinwirkung nicht zerplatze (Bezug auf Bl. 1413 f. und Bl. 1362 d. A.).

17 Das Berufungsgericht hat sich in den Entscheidungsgründen mit diesen Einwänden der Beklagten in keiner Weise auseinandergesetzt, den angebotenen Beweis nicht erhoben und auch nicht erläutert, welche gegenteiligen Ausführungen des Sachverständigen D. die Würdigung tragen, dessen Ausführungen seien nachvollziehbar und in der Sache überzeugend. Damit verletzt das Berufungsgericht ebenfalls den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG.

18 cc) Die Beklagte hat weitere Einwendungen auf den vorgefundenen Brandtrichter gestützt und auf die Auswertungen der an der tiefsten Stelle des Brandtrichters festzustellenden Brandschäden (Bezug auf Bl. 1732-1736 d. A.). Sie hat dem Gerichtssachverständigen, gestützt auf das Privatgutachten des Sachverständigen K., vorgeworfen, ohne hinreichende Befundtatsachen und unter Missachtung gegenteiliger Indizien von einem atypischen Verlauf des Brandes ausgegangen zu sein. Die tiefste Stelle des Brandtrichters habe sich neben dem Temperierbecken im Bodenbereich befunden (Bezug auf Bl. 1435 ff. d. A., Abbildung 5). Der Gerichtssachverständige sei von einer Brandverlagerung durch abtropfendes, brennendes Plexiglas ausgegangen, welches die Schäden unterhalb eines Ausbrandtrichters hervorrufen könne. Spuren von abtropfendem Kunststoff seien jedoch nur auf dem Boden außerhalb des Diffusionsschanks feststellbar gewesen (Bezug auf Bl. 1435 ff. d. A.,

S. 10 ff. des Gutachtens K.). Der Sachverständige K. habe festgestellt, dass auf dem Kunststoffbelag, auf dem die Tropfspuren festgestellt worden seien, keine Brandschäden entstanden seien. Für die vom Gerichtssachverständigen angenommene Brandverlagerung fehle es daher an Anknüpfungstatsachen. Der Sachverständige K. habe zudem aus anderen Befundtatsachen gefolgert, dass Kunststoff nicht nach innen in den Schrank getropft sein könne. Auf der Türschwelle seien keine Tropfspuren erkennbar gewesen. Diese sei auch nicht, wie vom Gerichtssachverständigen angenommen, durch ein Türblatt verdeckt gewesen. An der fraglichen Stelle unter der Schuhmacherquelle und oberhalb des Temperierbeckens habe sich zudem lediglich eine geschlossene Metallplatte befunden, so dass nicht erklärbar sei, welcher Kunststoff im Inneren verbrannt sein solle.

19 Das Berufungsgericht hat sich mit diesen auf dem Gutachten des Sachverständigen K. beruhenden Einwendungen der Beklagten allerdings teilweise befasst, soweit es um die Auswertung der an der tiefsten Stelle des Brandtrichters festzustellenden Brandschäden und die Schlussfolgerungen geht, die aufgrund der Spuren von abgetropftem Kunststoff außerhalb des Diffusionsschranks gezogen werden können. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist gleichwohl gegeben, weil sich dem Berufungsurteil zum einen nicht plausibel entnehmen lässt, welche Bedeutung diesen Abtropfspuren im Rahmen der Beurteilung der Brandursache zukommt, und nicht begründet wird, warum die Ausführungen des Sachverständigen D., auch im Inneren des Diffusionsschranks sei ein Abtropfen für ihn möglich, in sich nachvollziehbar und überzeugend sind. Zum anderen ist die Auseinandersetzung mit den Einwänden der Beklagten nicht vollständig. Das Berufungsgericht nimmt keine Stellung dazu, warum sich an der Beurteilung des Gerichtssachverständigen nichts ändert, wenn der Kunststoffbelag unter den Tropfspuren außerhalb des Diffusionsschranks keine

Brandschäden aufweist. Außerdem fehlt eine Erklärung dafür, welche Bauteile im Inneren des Diffusionsschranks verbrannt und nach innen abgetropft sein sollen.

20 Der von der Beklagten gerügte Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der Einwände der Beklagten zu einem für diese günstigeren Ergebnis gelangt wäre. Denn es ist nicht völlig fernliegend, dass der Gerichtssachverständige bei Berücksichtigung dieser Einwände eine Brandquelle unterhalb des Bubblers 1 nicht sicher hätte ausschließen können, so dass in diesem Fall der Beweis zugunsten der Kläger nicht als geführt angesehen werden könnte, dass der Brand aufgrund einer unzureichenden Konstruktion des von der Beklagten gelieferten Diffusionssystems entstanden ist.

21 dd) Die Beklagte hat weiter geltend gemacht, als alternative Brandursache komme in Betracht, dass sich am Boden der Anlage Bauteile entzündet hätten, die nicht von ihr eingebaut worden seien. Es seien an der tiefsten Stelle des Brandtrichters kabelähnliche Gegenstände zu erkennen, die wahrscheinlich Reste eines elektrischen Verbrauchers darstellten (Bezug auf Bl. 1435 ff., Bl. 1535 und Bl. 1729, 1732 d. A.). Der Zeuge P. habe zudem bekundet, dass auf den vom Brandort gefertigten Lichtbildern eine Wanne zu sehen sei (Bezug auf das Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 26. September 2013, Bl. 1653 f. d. A.). Dieser Befund sei von den Privatsachverständigen B. und K. bestätigt worden (Bezug auf Bl. 989, 991 und Bl. 1538 d. A.). Nach der Aussage des Zeugen P. stamme die Wanne nicht von der Beklagten. Die Annahme des Berufungsgerichts, es handele sich um Brandschrott, der infolge von Löscharbeiten dort hingelangt sei, lasse sich nicht damit in Einklang bringen, dass die Brandspuren an der Wanne mit den weiteren lokalen Brandspuren übereinstimmten (Bezug auf Bl. 1734 ff. d. A.).

22 Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Gegenstände, die nach der Behauptung der Beklagten nachträglich und ohne ihre Veranlassung in die Diffusionsanlage eingefügt worden seien, in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass zwischen Abnahme und Brand keine weiteren Änderungen am Diffusionssystem vorgenommen worden seien. Die auf den nach dem Brand gefertigten Lichtbildern im Bereich des Bubblers 1 abgebildeten "undefinierbaren Gegenstände" ließen keinen Rückschluss auf eine technische Änderung zu, weil diese Gegenstände als Brandschrott infolge der Löscharbeiten an diesen Ort gelangt sein könnten. Mit den gegen diese Feststellungen vorgebrachten Einwänden der Beklagten, die geeignet sind, die gegenteiligen Zeugenaussagen in Frage zu stellen, setzt sich das Berufungsgericht dagegen nicht auseinander.

23 Das Berufungsurteil beruht auch insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten zu einem für diese günstigeren Ergebnis gelangt wäre. Die Einwände der Beklagten sind erheblich, weil durch sie eine alternative Brandursache nahegelegt wird und der vom Gerichtssach-

verständigen gezogenen Rückschluss auf eine unzureichende Konstruktion des von der Beklagten gelieferten Diffusionsschranks für den Fall, dass diese Ursache nicht sicher ausgeschlossen werden kann, nicht haltbar wäre.

Eick

Herr Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Jurgeleit ist wegen Krankheit an der Unterschrift gehindert

Graßnack

Eick

Sacher

Wimmer

Vorinstanzen:

LG Ulm, Entscheidung vom 14.02.2014 - 2 O 276/05 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 29.12.2014 - 19 U 42/14 -