

Titel:

selbständiges Beweisverfahren, Sachverständigengutachten, Weiterer Sachverständiger, Anhörung des Sachverständigen, Sachverständigenbeweis, Auslagenvorschuß, Vorschussanspruch, Tatrichterliche Beweiswürdigung, Eigene Beweiswürdigung, Mangelhaftigkeit, Überzeugungsbildung, Leistungsverzeichnis, Selbständiges Beweisverfahren, Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, Funktionstauglichkeit, Zeugenbeweis, Prozessuale Hinweise, Ergänzung des Gutachtens, Landgerichte, Verjährungseinrede

Schlagworte:

juristischer Assistent, Werkleistung, Mangelhaftigkeit, Sachverständiger, Vorschussanspruch, Verjährung, Rücknahme der Berufung, Berufung, Aussichtslosigkeit, Beweiswürdigung, Sachverständigengutachten, Verjährungseinrede, Selbständiges Beweisverfahren

Vorinstanz:

LG Deggendorf, Endurteil vom 25.06.2020 – 33 O 142/18

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Beschluss vom 25.01.2021 – 28 U 4343/20 Bau

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 27.07.2022 – VII ZR 204/21

Fundstelle:

BeckRS 2020, 63368

Tenor

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Deggendorf vom 25.06.2020, Az. 33 O 142/18, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Entscheidungsgründe

I.

Offensichtliche Aussichtslosigkeit der Berufung, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO

1

Die Berufung hat nach Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die angefochtene Entscheidung des Erstgerichts ist zutreffend. Das Ersturteil beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO). Vielmehr rechtfertigen die Tatsachen, die der Senat im Rahmen des durch § 529 ZPO festgelegten Prüfungsumfanges der Beurteilung des Streitstoffes zugrunde zu legen hat, keine andere Entscheidung. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf die sorgfältigen und in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts Bezug. Die Berufungsbegründung vom 2.10.2020 vermag dem Rechtsmittel aus folgenden Gründen nicht zum Erfolg zu verhelfen:

2

1. Mit der Berufungsbegründung rügt die Beklagte insbesondere Rechtsfehler und eine unzureichende Beweiswürdigung.

3

1.1 Gegenstand der Klage sind Vorschussansprüche des Klägers nach § 637 Abs. 3 BGB nach Errichtung eines Dampfbades im Hallenbad des Klägers. Mit Vertrag vom 23.10.2007 (Anlage K1 und K 2) verpflichtete

sich die Beklagte zur Errichtung von zwei Dampfbädern. Den Verträgen lag die VOB/B und VOB/C zugrunde. Die Leistung der Beklagte wurde am 02.07.2008 abgenommen.

4

Die Beklagte erstellte ihre Schlussrechnung am 30.06.2008, der Kläger behielt insoweit 3000,00 EUR ein. Er behauptet, die Dampfentwicklung und Dampfzirkulation in den von der Beklagten errichteten Dampfbädern sei mangelhaft.

5

1.2 Dem Klageverfahren ging ein selbständiges Beweisverfahren am Landgericht Regensburg voraus.

6

Zu dessen Zeitablauf können der beigezogenen Verfahrensakte, 4 OH 115/12 des Landgerichts Regensburg folgende Informationen entnommen werden:

7

Am 18.05.2012 stellte der hiesige Kläger Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, unter anderem auch gegen die Beklagte. Am 16.09.2013 erstattete der beauftragte Gutachter Fa. ein Gutachten. Mit Beschluss vom 23.09.2013 setzte das Landgericht eine Frist für Einwendungen bis zum 16.10.2013 (Bl. 91 OH). Der Antragsteller (= Kläger) beantragte mit Schreiben vom 15.10.2013 eine Fristverlängerung bis zum 30.10.2013, die auch gewährt wurde (Bl. 94 OH). Mit Schreiben vom 30.10.2013 beantragte der Antragssteller eine Ergänzung des Gutachtens auch zur Frage des mangelhaften Dampfbades. Diese Ergänzung gab das Landgericht mit Beschluss vom 07.11.2013 in Auftrag. Es folgte Schriftverkehr, die ergänzende Begutachtung unterblieb allerdings. Mit Beschluss vom 22.01.2016 wurde ein weiterer Sachverständiger durch das Landgericht beauftragt, auch für den geltend gemachten Mangel am Dampfbad (Blatt 181 OH). Am 18.08.2016 erfolgte die Ankündigung einer Ortsbesichtigung durch den Sachverständigen (Blatt 220 OH). Am 27.09.2016 erstattete der Gutachter Fe. sein Gutachten. Der Beklagte nahm Stellung zum Gutachten des Sachverständigen. Für die Beantwortung der von der Beklagten gestellten Fragen forderte das Landgericht mit Verfügung vom 20.12.2016 die Leistung eines Auslagenvorschusses (Blatt 347 OH), welche die Beklagte als Antragsgegnerin nicht erbrachte. Mit Verfügung vom 21.02.2017 setzte das Gericht eine Frist für die Leistung des Auslagenvorschusses für die Beklagte und fasste einen Streitwertbeschluss. Die Klageerhebung durch den Kläger gegen die Beklagte erfolgte am 12.03.2018 in diesem Verfahren.

8

1.3 Das Landgericht Deggendorf sprach mit Urteil vom 25.06.2020 dem Kläger einen Auslagenvorschuss von 79.680,00 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu.

9

Ein Anspruch ergebe sich aus § 637 Abs. 3 BGB. Ein Mangel der durch die Beklagte erstellten Dampfbäder sei gegeben, da sie hinsichtlich der Dampfentwicklung, Dampfverteilung und Dampfzirkulation nicht die Beschaffenheit aufwiesen, die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten könne. Die Mangelhaftigkeit ergebe sich aus dem Sachverständigengutachten des Sachverständigen Fe. Zwei Sanierungsversuche seien gescheitert. Die Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte seien auch nicht verjährt.

10

1.4 Gegen dieses Urteil wendet sich die Berufung der Beklagten.

11

Die Feststellungen des Gerichts seien nicht von den Feststellungen des Gutachters getragen. Das Gutachten habe nicht die Fehlerhaftigkeit der Dampfbäder ergeben. Die Beklagte rügt zudem den Umfang der Nacherfüllung. Die Verjährungseinrede werde weiter aufrechterhalten.

2. Sachverständigengutachten Fa. und Fe.

12

2.1 Die Rüge der Beklagten hinsichtlich der Begutachtung unterfällt dem Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung gemäß § 513 Abs. 1 Var. 2 i.V.m. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (Doukoff, Zivilrechtliche Berufung, Rn. 397 und 444).

13

2.2 Nach der Beweisaufnahme im selbständigen Beweisverfahren und Fortsetzung der Begutachtung vor dem Landgericht Deggendorf gelangte das Landgericht zur Überzeugung, ein Mangel des Werkes des Beklagten liege vor.

14

Diese Auffassung teilt die Beklagte nicht. Die Beklagte kann aber ihre Überzeugung nicht an die Stelle der Überzeugung des Erstgerichts setzen, dessen Überzeugungsbildung nicht zu beanstanden ist. Der Senat legt seiner Rechtsauffassung folgende gesetzliche und höchstrichterliche Vorgaben für eine tatrichterliche Beweiswürdigung / Überzeugungsbildung zugrunde:

15

Das Berufungsgericht ist grundsätzlich an die von dem erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Solche Anhaltspunkte können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern des Erstgerichts ergeben. Ein solcher Verfahrensfehler liegt namentlich dann vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die in § 286 Abs. 1 ZPO normiert und von der Rechtsprechung hierzu entwickelt worden sind (BGH NJW 2004, 1876, 1877). § 286 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme „nach freier Überzeugung“ zu entscheiden hat und in dem Urteil die Gründe anzugeben hat, die für die Überzeugungsbildung „leitend“ waren. Es muss dabei einerseits erkennbar werden, dass der Parteivortrag erfasst und in Betracht gezogen wurde und eine individuelle und argumentative Auseinandersetzung mit dem Beweiswert eines Beweismittels erfolgt ist (BGH NJW 1988, 566; Zöller – Greger, § 286 ZPO, Rn. 21). Der Tatrichter muss sich aber andererseits im Urteil nicht mit jedem denkbaren Gesichtspunkt, jeder Behauptung und jeder Zeugenaussage ausdrücklich auseinandersetzen. Erforderlich ist nur, dass sich aus den Gründen ergibt, dass eine sachgerechte Beurteilung im Sinn von § 286 Abs. 1 ZPO überhaupt stattgefunden hat (Doukoff, Zivilrechtliche Berufung, Rn. 447 m.w.N. unter Fn. 1524). Fehler der von § 286 Abs. 1 ZPO geforderten Beweiswürdigung sind Widersprüche, Lückenhaftigkeit der Würdigung, ein Verstoß gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze, sonstige Widersprüchlichkeiten sowie die Verkennung des Beweismaßes (BGH NJW-RR 2009, 1193).

16

2.3 Auf der Basis der soeben dargestellten Gesetzes – und Rechtslage erweist sich die Beweiswürdigung des Erstgerichts bezüglich des erhobenen Sachverständigenbeweises und der erhobenen Zeugenbeweise als in jeder Hinsicht fehlerfrei.

17

2.3.1 Gegenstand der Begutachtung war der behauptete Mangel an den vom Beklagten errichteten Dampfbädern. Hierzu behauptete der Kläger im Ergebnis, dass diese nicht funktionierten, da sie hinsichtlich Dampfverteilung, Dampfentwicklung und Dampfzirkulation nicht die Beschaffenheit aufwiesen, die von einem Werk dieser Art zu erwarten sei, insbesondere würde das Dampfbad dauerhaft nicht die erforderliche Temperatur erreichen. Gemäß dem Leistungsverzeichnis zum Vertrag Anlage K1 sollte das Dampfbad eine Temperatur von 40-45° erreichen können (vgl. Blatt 33 des Leistungsverzeichnisses, Anlage K 2).

18

Dieser Mangel, nämlich dass das Dampfbad nicht die erforderlichen Temperaturen erreicht und die Zirkulation des Dampfes unzureichend ist, wurde durch die Begutachtung des gerichtlichen Sachverständigen bestätigt. Zunächst hatte der Gutachter im selbständigen Beweisverfahren, der Gutachter Fa., festgestellt, dass eine gleichmäßige Verteilung des Dampfes in den Kabinen nicht hergestellt werden könne. Die spätere Begutachtung durch den Sachverständigen Fe. ergab, dass die vorgegebenen Temperaturen nicht dauerhaft erreicht werden. Im Rahmen des Ergänzungsgutachtens vom 29.01.2020 führte der Sachverständige aus, dass das Dampfbad nicht funktionsfähig ist. Die Temperaturmessungen hätten ergeben, dass die Temperatur 45° nur kurzfristig erreicht wird und bei zwei weiteren Messungen nicht erreicht werden konnte. In den Pausen sinke die Temperatur deutlich unter 40°. Der Sachverständige bestätigte zudem in seiner mündlichen Anhörung am 08.08.2019, dass zwei Sanierungsversuche gescheitert seien. Er führte ferner aus, dass das Klima in beiden Dampfbädern nach seinen Feststellungen erheblich unzureichend war.

19

2.3.2 Mit diesen Feststellungen bestätigte der Sachverständige die Mangelhaftigkeit der Werkleistung.

20

Die beiden von der Beklagten errichteten Dampfsaunen hätten im Zeitraum zwischen der Abnahme des Werkes im Jahr 2008 bis zum heutigen Tag nicht mangelfrei funktioniert. Zutreffend hat daher das Landgericht aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen sowohl im selbständigen Beweisverfahren als auch in der Anhörung die Mangelhaftigkeit des Werks bejaht.

21

An der Sachkunde des Sachverständigen ergaben sich keine Zweifel. Dies wird auch nicht durch die umfangreichen Ausführungen der Beklagten in Zweifel gezogen, welche die Feststellungen des Sachverständigen hinterfragt und ihre eigene Beweiswürdigung und ihre eigene Sachkunde anstelle des Sachverständigen stellt und eigene, aber nicht nachvollziehbare und wissenschaftlich unterlegte Schlüsse aus dem Sachverständigengutachten zieht. Durch die Erkenntnisse des Sachverständigen ist aus Sicht des Senats die mangelnde Funktionstauglichkeit des Werks belegt. Aus den selbst von der Beklagten vorgelegten und als Maßstab für die Errichtung von Schwitzbädern angesehenen Richtlinien für die Erstellung von gewerblich genutzten Schwitzräumen, Anlage B 1 ergibt sich, dass Dampfbäder eine durchschnittliche Temperatur von 45 – 49° erreichen müssen. Diesen und den vertraglichen Anforderungen, die etwas darunter lagen (S. 33 des Leistungsverzeichnisses, Anlage K 2) von 41 – 45° wird die Anlage nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht gerecht.

22

2.3.3 Die Beklagte hatte sowohl im selbständigen Beweisverfahren als auch im Hauptsacheverfahren die Gelegenheit, dem Sachverständigen Fragen zu stellen und dessen Sachkunde zu prüfen und zu hinterfragen.

23

Insbesondere war auch eine Anhörung des Sachverständigen durchgeführt worden. Zweifel an der Sachkunde des Gerichtssachverständigen ergaben sich durch die schriftlichen Ausführungen der Beklagten nicht. Sowohl nach Ansicht des Erstgerichts als auch nach Auffassung des Senats ist die gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen überzeugend, nachvollziehbar und belegt die Mangelhaftigkeit des Werks.

3. Mangelhaftigkeit des Werks, § 633 BGB

24

Zutreffend hat das Erstgericht einen Mangel nach § 633 BGB bejaht.

25

3.1 Ein solcher ist bereits dann anzunehmen, wenn das Werk nicht wie geschuldet funktioniert.

26

Die Dampfungwicklung entspricht auch nicht in vertraglichen Vorgaben aus dem Vertrag (vergleiche Anlage K1, Leistungsbeschreibung Seite 33). Hier war lt. Leistungsverzeichnis eine Temperatur für die Dampfbäder von 41-45° vorgesehen. Diese vertragliche Sollbeschaffenheit erreichten die beiden Dampfbäder im Dauerbetrieb nicht. Den weitergehenden Anforderungen an die Temperaturleistungen nach den Richtlinien für den Bau von gewerblich genutzten Schwitzanlagen (vom Beklagten vorgelegte Anlage B 2) von 45 – 49° entspricht das Werk erst recht nicht. Dies wurde sowohl vom Sachverständigen Fa. als auch vom Sachverständigen Fe. bestätigt. Ein Dampfbad hat Dampf zu erstellen, eine Luftzirkulation sicherzustellen und eine ausreichende Temperatur zu erreichen. Diesen Funktionsanforderungen an Schwitzbäder genügt das von der Beklagten erstellte Werk bereits nach Inbetriebnahme nicht, ein nicht funktionierendes Werk ist mangelhaft (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.2007, VII ZR 183/05).

27

3.2 Der geschuldete Werkerfolg richtet sich nicht allein nach der vereinbarten Qualität, Menge, Ausführungsart, sondern auch nach der von den Vertragsparteien gewollten Funktion des Werkes (BeckOGK/J. Schmidt, 1.7.2020, BGB § 633 Rn. 130). Der funktionale Mangelbegriff verlangt vom Werkunternehmer sowohl zu prüfen, ob mit der eigenen Werkleistung das vom Besteller gewünschte Ergebnis erreicht werden kann, als auch die Prüfung, ob die vorgefundenen Gegebenheiten (zur Verfügung gestellte Materialien, Vorarbeiten Dritter) trotz ordnungsgemäßer eigener Leistung den gewünschten Erfolg

verhindern könnten. Die Leistungsvereinbarung der Parteien wird überlagert von der Herstellungspflicht, die dahin geht, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk zu erbringen (BeckOGK/J. Schmidt, 1.7.2020, BGB § 633 Rn. 134). Die Dampfbäder werden dieser Funktionserwartung nicht gerecht. Dies wurde auch durch den erhobenen Zeugenbeweis bestätigt.

4. Vorschussanspruch § 637 Abs. 1, Abs. 3 BGB

28

Der Vorschussanspruch umfasst die mutmaßlichen Nachbesserungskosten. Der Umfang des Vorschussanspruches richtet sich damit nach den gleichen Kriterien wie der Aufwendungsersatzanspruch. Erforderlich ist der Aufwand, den der Besteller als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr für angemessen halten darf, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss (BeckOGK/Rast, 1.7.2020, BGB § 637 Rn. 103). Hier besteht die Besonderheit, dass der Sachverständige zunächst zwei Sanierungsmöglichkeiten in den Raum gestellt hat, die mit einmal 1.340,00 EUR und zum anderen mit ca. 11.000,00 EUR Sanierungskosten veranschlagt wurden. Diese Sanierungsansätze wurden durch den Kläger versucht, der Sachverständige bestätigte jedoch, dass keine erfolgreiche Nachbesserung seitens der Beklagten vorgenommen wurde und diese Sanierungsvorschläge daher nicht erfolgreich seien. Der Sachverständige bestätigte zudem, dass es bei fachgerechter Ausführung erforderlich sei, neue Dampfkabinen zu installieren (Gutachten Feiner vom 18.10.19, Seite 22). Der Sachverständige hielt einen Kostenaufwand von 79.680,00 EUR entsprechend im Angebot der Firma K. für erforderlich und angemessen. Ein Vorschuss ist abzurechnen, sodass eine Schätzung des Sachverständigen an dieser Stelle im Hinblick auf eine Schätzung des Gerichts nach § 287 ZPO ausreichend ist.

29

5. Verwertbarkeit des vor dem Landgericht Regensburg erhobenen Gutachtens im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens Das Erstgericht konnte das Gutachten im selbständigen Beweisverfahren, auch bei gegebenenfalls fehlender Zuständigkeit des Gerichts, wie zutreffend entschieden, verwerten, § 493 ZPO.

30

Es ist unschädlich, wenn das selbständige Beweisverfahren vor dem unzuständigen Gericht durchgeführt wird. Wurde die fehlende Zuständigkeit im selbständigen Beweisverfahren nicht beachtet, kann das Beweisergebnis gleichwohl in jedem Zweig der Gerichtsbarkeit verwendet werden (OLG München 12.12.2017 – 1 W 1931/17; Zöller, Kommentar zur ZPO, 31. Auflage, § 486, Rn. 2).

6. Keine Verjährung

31

Die Ansprüche des Klägers sind auch nicht verjährt.

32

6.1 Gemäß Abnahmeprotokoll nach § 12 VOB/B, Ziff. 9 (Anlage K3) war für die Saunaarbeiten ein Verjährungslauf bis zum 02.07.2013 nach § 13 VOB vereinbart. Mit Schriftsatz vom 18.05.2012, eingegangen am 11.06.2012 beim Landgericht Regensburg hatte der Kläger das selbständige Beweisverfahren hinsichtlich der Mängel an den Dampfbädern in Gang gebracht. Der Antrag war an die Beklagte am 15.06.2012 zugestellt worden. Vom Lauf der Verjährungsfrist waren damit nach § 167 ZPO noch ein Jahr und 21 Tage offen. Das selbständige Beweisverfahren war beendet mit der Fristsetzung durch das Gericht vom 21.02.2017 und Ablauf dieser Frist, also am 18.03.2017.

33

6.2 Entgegen der Auffassung des Beklagten war das selbständige Beweisverfahren nicht mit der Begutachtung durch den Sachverständigen F. beendet.

34

Dieses Gutachten war übersandt worden durch das Landgericht mit einer Frist für Einwendungen bis zum 16.10.2013 am 23.09.2013 (Blatt 91 OH). Diese Frist wurde auf Antrag des Klägers verlängert bis zum 30.10.2013 mit Verfügung vom 15.10.2013. Mit Schriftsatz vom 30.10.2013 hatte der Antragsteller, also der jetzige Kläger auch die Ergänzung des Gutachtens zur Frage des Mangelhaftigkeit der Dampfbäder beantragt (vgl. Blatt 102 OH). Die Ergänzung des Gutachtens, auch bezüglich der Mängel an den

Dampfbädern wurde durch das Gericht mit Verfügung vom 07.11.2013 beauftragt. Damit war der Mangel bezüglich der Dampfbäder bis zum Ende des selbständigen Beweisverfahrens Gegenstand der Begutachtung und unterlag damit auch der Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB.

35

Die Klageerhebung durch den Kläger erfolgte zum 12.03.2018 und war damit noch innerhalb des Laufs der noch offenen Verjährungsfrist.

II.

36

Weitere Voraussetzungen von § 522 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, § 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

37

Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil, § 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht geboten, § 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO.

III.

Prozessuale Hinweise

38

Aufgrund obiger Ausführungen regt der Senat aus Kostengründen – eine Rücknahme der Berufung würde zu einer Kostenersparnis in Höhe von zwei Gerichtsgebühren führen, Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses – an, die Berufung zurückzunehmen.

39

Hierzu bzw. zur Stellungnahme zu diesem Hinweis besteht Gelegenheit bis zum 23.11.2020.