

B e s c h l u s s nach § 522 Abs. 2 ZPO



In dem Rechtsstreit

1. [Redacted]
2. [Redacted]

Kläger und Berufungskläger,

gegen

Prozessbevollmächtigte:

Beteiligte:

Streithelferin,

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts  
am Oberlandesgericht  
und den Richter am Oberlandesgericht  
beschlossen:

Die Berufung der Kläger gegen das am 24. September 2010 verkündete Urteil des Einzelrichters der 16. Zivilkammer des Landgerichts Hannover wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich derjenigen der Streithelferin je zu 1/2 zu tragen.

Die Entscheidung ergeht einstimmig; sie ist nicht anfechtbar.

### Gründe

Die zulässige Berufung ist ohne Aussicht auf Erfolg und nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert.

I.

Der Senat hat die Kläger mit dem Beschluss vom 12. Januar 2011 auf Folgendes hingewiesen:

„Das Landgericht dürfte zutreffend einen Anspruch der Kläger im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung verneint haben. Die Voraussetzungen eines vertraglichen Schadensersatzanspruches nach den §§ 433, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Die mit der Berufung vorgebrachten Einwendungen werden voraussichtlich ohne Erfolg bleiben. Insoweit gilt folgendes:

1. Die Kläger haben dem Beklagten letztendlich keine erforderliche Frist zur Nacherfüllung mit Ablehnungsandrohung gesetzt. Diese wäre jedoch erforderlich und nicht entbehrlich gewesen.

- a) Entgegen der Darstellung in der Berufungsinstanz ist eine solche Fristsetzung nicht erfolgt. Soweit sich die Kläger mit der Berufung auf ein Schreiben vom 8. Juli 2009 beziehen, ist hiermit nicht der Beklagte unter Fristsetzung aufgefordert worden; vielmehr handelt es sich um ein Schreiben des Beklagten selbst, das an die Streithelferin, das [REDACTED], gerichtet ist. In diesem ist eine letzte Nachfrist gesetzt worden. Dies kann jedoch nicht zugunsten der Kläger streiten.
- b) Eine Fristsetzung ist auch nicht entbehrlich gewesen. Denn der Beklagte hat sich nicht etwa dahin geäußert, er sehe sich nicht in der Verpflichtung, den von den Klägern geltend gemachten Mangel zu beseitigen oder bestreite das Vorliegen eines Mangels. Vielmehr hat er der Streithelferin zweimal den Auftrag erteilt, - entsprechend der vertraglichen Verpflichtung - Undichtigkeiten am Schornstein zu beseitigen. Dass der Beklagte sich einer erneuten Sanierung widersetzt hätte, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Kläger zum Schluss das Dach komplett haben sanieren lassen und ob sich der Beklagte dem widersetzt hätte, weil sich eine solche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nicht ergibt.

Eine Fristsetzung ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Beklagte arglistig gehandelt hätte. Für eine solche Arglist, die von den Klägern auch nicht geltend gemacht wird, liegen keine Anhaltspunkte vor. Der Beklagte hat insbesondere nicht als Laie selbst versucht, die Undichtigkeit am Schornstein zu beseitigen. Er hat unstreitig ein Fachunternehmen mit der Beseitigung dieses Mangels in Auftrag gegeben und durfte sich deshalb darauf verlassen, dass er somit die von ihm vertraglich übernommene Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hat.

Eine Fristsetzung ist auch nicht deswegen entbehrlich gewesen, weil die Arbeiten des Beklagten erfolglos geblieben wären. Gerade dieser Punkt kann aufgrund der von den Klägern vorgenommenen Dachsa-

nierung nicht mehr aufgeklärt werden. Das Landgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass aus der mündlichen Anhörung des Sachverständigen im beigezogenen Verfahren zu dem Schluss nicht mit der erforderlichen Sicherheit geschlossen werden kann, der Sachverständige habe sich das Dach eingehend angesehen und zum Gegenstand seiner Begutachtung gemacht. Insbesondere ist davon unabhängig nicht ersichtlich, ob die letztlich von dem Beklagten in Auftrag gegebene Dachsanierung (Stichwort: Flüssiger Kunststoff) zum Erfolg geführt hat. Denn die Kläger haben offenbar eine weitere Feuchtigkeit an einer bereits zuvor feuchten Stelle registriert und die Komplettsanierung in Auftrag gegeben, ohne der weiteren Ursache auf den Grund zu gehen. Zwar mag dieses Vorgehen verständlich und angesichts der Vorgeschichte nachvollziehbar sein; für einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem Beklagten wäre es aber erforderlich gewesen, ihm eine Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen, falls die Kläger der Meinung waren, der Beklagte habe auch für die nunmehr aufgetretene Feuchtigkeit einzustehen gehabt.

2. Abgesehen davon hat der Beklagte nach dem Vertrag nur die Beseitigung einer Undichtigkeit am Dach des Schornsteins geschuldet und nicht eine komplette Dachsanierung. Es dürfte deshalb ohnehin nicht ausreichend gewesen sein, die Kosten für die Dachsanierung um einen Abzug Neu für Alt zu reduzieren. Vielmehr hätten die Kosten der Dachsanierung eingeschränkt auf die Beseitigung in Schornsteinnähe und Schornstein selbst reduziert werden müssen.

3. Das Landgericht war nicht gehalten, den von den Klägern im Jahr 2008 eingeschalteten Sachverständigen zu befragen. Dieser wäre ein ungeeigneter Zeuge gewesen. Denn dieser hätte zu der Ordnungsgemäßheit der letzten Dachsanierung ohnehin nichts sagen können, da sie erst nach der von ihm durchgeführten Begutachtung vorgenommen wurde.

4. Entgegen der Auffassung der Kläger dürfte das Landgericht die Beweislast nicht verkannt haben.

- a) Für eine die Kläger treffende Beweislast des Umstands einer fehlgeschlagenen Erfüllung der vom Beklagten vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Abdichtung spricht, dass grundsätzlich der Käufer die Voraussetzungen für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach den §§ 433, 437 Nr. 3, 440, 280 ff. BGB zu beweisen hat, wenn er die Kaufsache entgegen genommen hat (vgl. nur BGH, NJW 2009, 1341, Urteil vom 11. Februar 2009, Az: VIII ZR 274/07, Rn. 15). Selbst wenn der Käufer die Kaufsache nach einer erfolgten Nachbesserung wieder entgegen genommen hat, trägt er weiterhin die Beweislast für das Fehlschlagen dieser Nachbesserung (BGH, a. a. O.). Zwar hat vorliegend der Verkäufer bereits im Kaufvertrag die Verpflichtung übernommen, einen Sachmangel zu beseitigen. Dies wird aber nichts ändern. Denn die Käufer haben die Sanierung des Daches vorgenommen, ohne dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen (s. o.). Für die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Nacherfüllung tragen aber die Käufer ebenfalls die Beweislast (BGH, a. a. O. m. w. N.).
- b) Abgesehen davon dürfte die Kläger die Beweislast für das Fortbestehen eines Mangels und die Schlechterfüllung der Abdichtungsmaßnahmen auch aus einem anderen Grund treffen. Denn die Kläger dürften die ggfls. dem Beklagten obliegende Führung des Beweises für die Erfüllung seiner Verpflichtung durch die Sanierung des kompletten Daches vereitelt haben. Dies hat zur Folge, dass sich die Beweislast umgekehrt hat. Von einer Beweisvereitelung ist auszugehen, wenn eine Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann während des Rechtsstreits durch eine gezielte oder fahrlässige Handlung geschehen, durch die vorhandene Beweismittel vorenthalten werden. Das Verschulden muss sich darauf beziehen, die Beweislage des Gegners nachteilig zu beeinflussen. Als Folge der Beweisverei-

telung kommen Beweiserleichterungen in Betracht, die unter Umständen bis zur Umkehr der Beweislast gehen können (BGH, Urteil vom 29. September 2010, Az.: XII ZR 41/09, Rn. 31 - aus Juris). Dies ist vorliegend der Fall. Die Kläger haben durch die komplette Dachsanierung fahrlässig einen etwaig dem Beklagten obliegenden Beweis vereitelt, indem die Gegebenheiten am Dach vollständig verändert wurden. Damit ist es nunmehr unmöglich, anhand der Feuchtigkeiterscheinungen, der Dachkonstruktion und des Zustands am Schornstein zu ermitteln, worin die Schadensursache für die neuerlich aufgetretenen Feuchtigkeiterscheinungen liegen und ob die vom Beklagten letztlich in Auftrag gegebene Beseitigung der Undichtigkeit am Schornstein erfolgreich war oder nicht."

## II.

Der Senat nimmt zunächst zur Begründung der Zurückweisung der Berufung Bezug auf die obigen Ausführungen und bemerkt im Hinblick auf die Stellungnahme der Kläger vom 11. Februar 2011 ergänzend:

Selbst wenn die Kläger nunmehr unter Vorlage eines entsprechenden Schreibens vorgetragen haben, sie hätten dem Beklagten eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erteilt, ist dies weiterhin nicht ausreichend, um einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu begründen. Denn es verbleibt dabei, dass die Kläger nach der Empfangnahme der vom Beklagten nachgebesserten Leistung beweispflichtig dafür sind, dass für die Durchfeuchtungen mangelhafte Arbeiten des Beklagten ursächlich sind. Diesen Beweis haben sie jedoch nicht zu führen vermocht. Es kann deswegen auch nicht zugrunde gelegt werden, dass die von den Klägern seinerzeit gerügten Mängel und daraufhin erfolgte Nachforschungsarbeiten nach diesen Mängeln kausal auf Arbeiten des Beklagten zurückgehen. Es ist deswegen auch kein Mindestschaden ersichtlich, für den der Beklagte einzustehen hätte.

Der Beklagte hat auch nicht den Mangel anerkannt. Denn soweit die Kläger in dem Schreiben des Beklagten vom 8. Juli 2009 ein schriftliches Anerkenntnis se-

hen wollen, verkennen sie, dass ein solches nicht im Verhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten abgegeben worden ist. Vielmehr stellt es das gebotene und erforderliche Verhalten einer Vertragspartei bzw. eines Unternehmers gegenüber seinem Subunternehmer dar, wenn er in Anspruch genommen wird und die vermeintlichen Mängel nicht auf seine Arbeiten, sondern auf die seines Subunternehmers zurückgehen sollen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO. Die Unanfechtbarkeit des Beschlusses ergibt sich aus § 522 Abs. 3 ZPO.