

WINTER | Baischstraße 5, 76133 Karlsruhe

per beA

An den
Bundesgerichtshof
76133 Karlsruhe

03.04.2025

BESCHWERDEBEGRÜNDUNG

In Sachen

Herkenrath

./.

Berndt

VII ZR 19/25

beantrage ich für die Klägerin,

die Revision gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Koblenz
vom 31. Dezember 2024 – 2 U 1406/23 – zuzulassen.

Begründung

I.

Die Klägerin macht als Bestellerin gegen den Beklagten als Werkunternehmer Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit dem Einbau einer Wärmepumpe in ihrem Hausanwesen geltend.

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Hausanwesens in Kempenich, zu dem ein großes Schwimmbad gehört. Sie ist Alleinerbin ihres im Verlauf des Verfahrens verstorbenen Ehemannes, der vormaligen Klägers zu 1). Der Beklagte ist Inhaber der Firma Berndt Kältetechnik.

Im Jahr 2013 beauftragten die Klägerin und ihr Mann den Beklagten, in ihrem Hausanwesen eine Wärmepumpenanlage zu installieren. Diesen Auftrag führte der Beklagte fehlerhaft aus. Am 10. Mai 2015 erklärten die Klägerin und ihr Mann daher den Rücktritt vom Vertrag. In der Folge waren bzw. sind zwischen den Parteien mehrere gerichtliche Verfahren anhängig.

Im August 2015 erhoben die Klägerin und ihr Mann in dem Verfahren 8 O 250/15 Klage gegen den Beklagten. Mit Urteil vom 14. September 2018 verurteilte das Landgericht Koblenz den Beklagten unter anderem, an die Kläger 17.686,01 Euro zu zahlen Zug um Zug gegen Ausbau und Rücknahme der in das Wohnhaus der Kläger eingebauten Wärmepumpe. Anschließend leiteten die Klägerin und ihr Mann gegen den Beklagten ein weiteres Klageverfahren 8 O 23/19 hinsichtlich zusätzlicher Schadenersatzansprüche beim Landgericht Koblenz ein, ebenso ein selbstständiges Beweisverfahren unter dem Aktenzeichen 8 OH 2/19.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit der Werkleistung des Beklagten geltend. Die noch geltend gemachte Klageforderung in Höhe von insgesamt EUR 96.146,04 setzt sich zusammen aus den Kosten für die Erneuerung des Estrichs und der Fliesen im Schwimmbad (EUR 89.142,50, nach Abzug neu für alt EUR 44.571,25), die Erneuerung der Fußbodenheizung (EUR 5.241,83, nach Abzug neu für alt EUR 1.747,28) und des Heizkessels

(EUR 33.369,86), die Beseitigung von Schäden am Schaltschrank (EUR 1.748,48) und den erneuten Anschluss der Umwälzpumpe (EUR 756,10). Soweit die Arbeiten noch nicht durchgeführt sind, macht die Klägerin die Nettokosten geltend.

II.

1. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.
2. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung nach vorangegangenem Hinweisbeschluss vom 8. November 2024 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die geltend gemachten Schadensersatzansprüche bereits dem Grunde nach nicht bestünden.
 - a) Die Kosten für die Erneuerung von Estrich, Fliesen und Fußbodenheizung, die erhöhten Heizungskosten und die Kosten für die Miete der Wärmebildkamera im Zusammenhang mit der Vorlauftemperatur bei der Fußbodenheizung im Schwimmbadbereich seien nicht zu ersetzen, weil die Behauptung der Klägerin, die Vorlauftemperatur sei zu hoch gewesen, durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden sei. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen ließen, seien mit der Berufung nicht aufgezeigt worden. Der Einholung eines neuen Sachverständigengutachtens bedürfte es zu dieser Frage nicht; die Voraussetzungen des § 412 ZPO lägen nicht vor.

Der Sachverständige habe angegeben, dass er zur gegenständlichen Frage keine Möglichkeit habe, Feststellungen zu treffen. Zwar sei es richtig, dass die Warmluftheizung im Schwimmbad eine Vorlauftemperatur von 70° C benötige und bei Fußbodenheizungen im Alter der hier streitgegenständlichen Heizung Vorlauftemperaturen von 55° C üblich gewesen seien. Die Kesselanlage müsse 70° C zur Verfügung stellen, was für die Fußbodenheizung zu viel sei. Deswegen gebe es im Heizkreislauf der Fußbodenheizung einen sogenannten Mischer, der die Temperatur so herunter regle, dass die Fußbodenheizung mit 55° oder auch weniger betrieben werden könne. Er könne keine Aussage dazu treffen, ob von Seiten des Beklagten hier irgendetwas nachteilig verändert worden sei,

so dass der Regler oder Wächter nicht mehr funktionierten bzw. man das nicht einmal bemerken konnte. Die Einstellung dieser beiden Geräte wäre nach seiner Einschätzung jederzeit möglich gewesen.

Den Ausführungen in der Berufungsbegründung dazu, dass ein weiteres Gutachten erforderlich sei, lasse sich nicht entnehmen, aufgrund welcher Anknüpfungstatsachen ein weiterer Sachverständiger zu anderen Ergebnissen kommen könne. Soweit die Klägerin darauf hinweise, dass die Fußbodenheizung des Schwimmbades vom Beklagten völlig falsch an die Heizungsanlage angeschlossen worden sei, weil Vor- und Rücklauf anschlusstechnisch vertauscht worden seien, führe dies auch nach ihren Angaben dazu, dass das Wasser in der Heizungsanlage gerade nicht zu warm, sondern zu kalt sei. Wieso in diesem Lichte die Beweisaufnahme unzureichend und nicht erschöpfend gewesen sei, sei mithin nicht nachvollziehbar. Die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens sei deshalb nicht geboten. Die behauptete Befangenheit des Sachverständigen habe die Klägerin nicht nachvollziehbar dargelegt.

- b) Hinsichtlich der Schäden am Schaltschrank könne dahinstehen, ob das Landgericht zutreffend von der Verjährung etwaiger Ansprüche ausgegangen sei. Die Klägerin verlange in diesem Zusammenhang als Schadensersatz die Erstattung von zwei Rechnungsbeträgen, bei denen nicht nachvollziehbar sei, ob diese dazu gedient hätten, Arbeiten des Beklagten am Schaltschrank zurückzubauen.
- c) Die Kosten für die Erneuerung der Umwälzpumpe könne die Klägerin nicht erstattet verlangen, weil der Sachverständige in seinem Gutachten ausdrücklich festgestellt habe, dass die beiden Umwälzpumpen funktionierten und es insoweit nach der Demontage der Installation des Beklagten nur eines Neuanschlusses bedürfe. Die insoweit vorgelegte Rechnung betreffe jedoch die Neuinstallation einer Hocheffizienzpumpe.
- d) Betreffend den Austausch der Kesselanlage lasse jedenfalls der vorzunehmende Abzug neu für alt den Schadensersatzanspruch vollständig entfallen.

3. Da das Berufungsgericht durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO entschieden hat, ist die Revision nicht zugelassen.

III.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin. Gegen den Beschluss des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO steht der Klägerin das Rechtsmittel zu, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre, § 522 Abs. 3 ZPO, vorliegend also die Nichtzulassungsbeschwerde, § 544 Abs. 1 ZPO.

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Klägerin durch die Zurückweisung ihrer Berufung gegen das die Klage in Höhe von EUR 96.146,04 (davon EUR 44.571,25 für den neuen Fußboden im Schwimmbad und EUR 33.369,86 für den Austausch des Heizkessels, diese beiden Positionen zusammen EUR 77.941,11) abweisende Urteil mit mehr als EUR 20.000,00 gemäß § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO beschwert. Die Klägerin wird mit der zuzulassenden Revision die beiden genannten Schadenersatzansprüche betreffend den Fußboden im Schwimmbad und den Austausch des Heizkessels weiterverfolgen (einschließlich er insoweit geltend gemachten Nebenansprüche). Im Übrigen nimmt sie Klageabweisung hin.

IV.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet. Die Revision ist zuzulassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats erfordert.

1. Die Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil das Berufungsgericht hinsichtlich der Frage des Abzugs neu für alt einen von der obergerichtlichen Rechtsprechung abweichenden Obersatz aufgestellt hat.
 - a) Die Zulassung der Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich, wenn das Berufungsgericht von einer gleich- oder höherrangigen Entscheidung abweicht. Eine solche Abweichung liegt vor, wenn das Berufungsgericht ein

und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, also einen Rechtssatz aufstellt, der sich mit dem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten Rechtssatz nicht deckt (BGH, Beschluss vom 25. März 2003 – VI ZB 55/02, juris-Rn. 6)

- b) Das Berufungsgericht hat abweichend von der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung einen Abzug neu für alt in Höhe von 100% angenommen, obwohl der Heizkessel noch funktionierte.
- aa) Die obergerichtliche Rechtsprechung hat bisher entschieden, dass ein Abzug neu für alt in Höhe von 100% nicht in Betracht kommt, solange der betroffene Gegenstand funktionsfähig ist (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 27. April 2023 – 10 U 100/22, juris-Rn. 44).
- bb) Das Berufungsgericht hingegen hat einen Abzug neu für alt in Höhe von 100% angenommen. Etwaige Ansprüche hinsichtlich des Austauschs der Kesselanlage schieden aus, weil die zu erwartende Lebensdauer überschritten sei, sodass der Vorteilsausgleich neu für alt 100% betrage. Es sei unerheblich, dass der Heizkessel tatsächlich noch funktioniert habe, als der Beklagte die mangelhafte Werkleistung erbracht habe (ZB 5 f., unter 5.). Das Berufungsgericht hat für diese Würdigung den Obersatz zu Grunde gelegt, dass ein Abzug neu für alt auch dann in Höhe von 100% vorzunehmen ist, wenn der betroffene Gegenstand noch funktioniert.
- cc) Damit weicht das Berufungsgericht von der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung ab, dass ein Abzug neu für alt in Höhe von 100% nicht vorzunehmen ist, wenn der jeweilige Gegenstand noch voll funktionsfähig ist.
- c) Das Berufungsurteil beruht hinsichtlich der Ansprüche im Zusammenhang mit dem Austausch der Kesselanlage auch auf dieser Obersatzabweichung, weil das Berufungsgericht bei Anwendung der zutreffenden rechtlichen Maßstäbe auf die Berufung der Klägerin hin in Abänderung des erstgerichtlichen Urteils den Beklagten zur Zahlung von EUR 33.369,86 nebst Zinsen an die Klägerin hätte verurteilen müssen.

2. Die Revision ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auch deswegen zuzulassen, weil das Berufungsgericht das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt hat.
 - a) Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und – soweit er eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft – in den Gründen zu bescheiden. Von einer Verletzung dieser Pflicht ist auszugehen, wenn die Begründung der Entscheidung des Gerichts nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags der Partei erfassenden Wahrnehmung beruht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Oktober 2015 – V ZR 61/15, juris-Rn. 7).
 - b) Das Berufungsgericht hat nach diesen Maßstäben das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt, indem es das Vorbringen der Klägerin zur Befangenheit des Sachverständigen Nürnberg lediglich mit einer Bezugnahme auf den Beschluss des Erstgerichts vom 7. Mai 2021 abgetan hat.
 - aa) Die Klägerin hat wiederholt vorgetragen, dass betreffend die Person des Sachverständigen Nürnberg Gründe vorliegen, die zur Besorgnis seiner Befangenheit führen. Denn der Sachverständige Nürnberg hatte dem Erstgericht mitgeteilt, dass er sich wegen der öffentlichen Äußerungen der Klägerin und ihres verstorbenen Mannes diesen gegenüber befangen fühle und sich rechtliche Schritte gegen die Klägerin vorbehalte (SS.d.Kl.v. 16.12.2024, S. 6 f. = eGA OLG 74 f. = pdf 116 f.; zuvor bereits u.a. SS.d.Kl.v. 4.6.2021, S. 21 f. = eGA LG 30 f. = pdf 37 f.).

Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf verwiesen, dass die gutachterlichen Feststellungen keine Grundlage für eine gerichtliche Entscheidung bilden können (SS.d.Kl.v. 16.12.2024, S. 7 = eGA OLG 75 = pdf 117).

- bb) Das Berufungsgericht hat hierzu lediglich geäußert, dass es auf die Gründe des Ablehnungsbeschlusses des Erstgerichts im selbstständigen Beweisverfahren Bezug nehme (ZB 5, unter 3.). In diesem Ablehnungsbeschluss (Beiakten II 404 ff.) behandelt das Erstgericht jedoch lediglich den dortigen Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen und – was

sich aus der Natur des selbstständigen Beweisverfahrens ergibt – nicht die Würdigung des erstatteten Gutachtens.

- cc) Damit übergeht das Berufungsgericht den Kern des Einwands der Klägerin. Es berücksichtigt für seine Würdigung des Gutachtens nicht, dass der Sachverständige Nürnberg befangen war.
- c) Das Berufungsurteil beruht hinsichtlich der Ansprüche im Zusammenhang mit der Vorlaufftemperatur bei der Fußbodenheizung im Schwimmbad auf dieser Gehörsverletzung, weil nicht auszuschließen ist, dass das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin hin in Abänderung des erstgerichtlichen Urteils den Beklagten zur Zahlung von EUR 44.571,25 nebst Zinsen an die Klägerin verurteilt hätte, wenn es den Vortrag der Klägerin seinem Inhalt nach in Erwägung gezogen hätte.
- aa) Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die mit nachvollziehbaren objektiven Umständen begründete Mitteilung eines Richters, dass er gegenüber einer Partei voreingenommen sei, die Besorgnis der Befangenheit dieses Richters begründet (BGH, Beschluss vom 11. Juli 2017 – 3 StR 90/17, juris-Rn. 8). Über § 406 ZPO gilt dies insoweit auch für den Sachverständigen.

Der Bundesgerichtshof hat außerdem entschieden, dass auch dann, wenn eine Partei kein Ablehnungsgesuch anbringt, aber dem Berufungsgericht die Tatsachen vorgetragen, die eine Ablehnung hätten rechtfertigen können, das Berufungsgericht dies bei der Beweiswürdigung jedenfalls insoweit berücksichtigen muss, als auf diesen Tatsachen nicht nur der subjektive Eindruck der Partei von einer Befangenheit des Sachverständigen beruht, sondern sie auch bei objektiver Betrachtung Anlass zu Zweifeln an dessen Unvoreingenommenheit geben. Denn solche Zweifel können den Beweiswert des Gutachtens beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 12. März 1981 – IVa ZR 108/80, juris-Rn. 20 f.).

- bb) Eine Auseinandersetzung mit der Voreingenommenheit des Gutachters lässt das Berufungsgericht indes vermissen. Hätte das Berufungsgericht bei der Würdigung des Sachverständigengutachtens jedoch berücksichtigt, dass der Sachverständige wegen Befangenheit hätte abgelehnt

werden können, wäre es möglicherweise zu der Einschätzung gelangt, dass das Gutachten des Sachverständigen Nürnberg nicht ausreicht und ein weiteres Gutachten eingeholt werden muss. Dessen Würdigung hätte möglicherweise zu einem der Klägerin günstigen Beweisergebnis und der Verurteilung des Beklagten geführt.

Dr. Winter
Rechtsanwalt