



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZR 231/11

vom

18. Juli 2013

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Halfmeier, Kosziol und Prof. Dr. Jurgeleit

beschlossen:

Der Beschwerde der Beklagten wird teilweise stattgegeben.

Das Urteil des 7. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 2. November 2011 wird gemäß § 544 Abs. 7 ZPO im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage wegen der Kosten für den nachträglichen Einbau von Brennwertheizgeräten im Umfang von 22.000 € stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

Gegenstandswert der Nichtzulassungsbeschwerde: 25.408 €; des stattgebenden Teils: 22.000 €

Gründe:

I.

1 Die Beklagte, eine Bauträger- und Projektentwicklungsgesellschaft, errichtete unter der Bezeichnung A. 9 und A. 10 zwei Häuser mit jeweils sechs Wohnungseigentumseinheiten. In der Baubeschreibung für jedes der Häuser heißt es unter 4.7 zur Überschrift Heizung/Warmwasser:

"Die Beheizung der Räume erfolgt über eine zentrale Heizstelle im Keller, welche mittels eines Gasheizkellers betrieben wird. Dazu wird gemäß Zeichnung im Heizraum ein Gas-Brennwertheizgerät für Raumbeheizung und Trinkwassererwärmung mit separatem Speicherwasserwärmer installiert.

Jede Wohnung erhält eine eigene Heizkreisführung. Die Verbrauchsmessung erfolgt über elektronische Heizkostenverteiler. Die Heizkörper werden als Flachheizkörper mit Thermostatventilen zur Raumtemperatursteuerung eingebaut."

2 Statt des in der Baubeschreibung vorgesehenen Brennwertheizgerätes baute die Beklagte einen Niedrigtemperatur-Kessel in jedes der Häuser ein. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte unter dem 7. Juni 2006.

3 In 2008 bemerkten die Wohnungseigentümer den von der Baubeschreibung abweichenden Einbau eines Niedrigtemperatur-Kessels. Die Klägerinnen forderten die Beklagte zur Mängelbeseitigung auf, die diese mit Schreiben vom 2. März 2009 verweigerte. Für den Austausch der Heizkesselanlage ermittelten die Klägerinnen daraufhin Bruttokosten für jedes Haus von 11.492,07 €. Zusätzlich ließen sie errechnen, dass bei Einbau einer Gas-Brennwertanlage für jedes Haus Kosten in Höhe von 711 €/Jahr erspart worden wären.

4 Mit der beim Landgericht eingereichten Klage haben die Klägerinnen beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an jede von ihnen 13.625,07 € nebst Zinsen und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten zu zahlen. Der Zahlbetrag hat sich zusammengesetzt aus den Bruttokosten für die Umrüstung des Kessels (11.492,07 €) zuzüglich der Kosten für höheren Energieverbrauch in einem Dreijahreszeitraum im Umfang von 2.133 €.

5 Nach Einholung eines Gutachtens zu den Fragen, ob Niedrigtemperaturheizkessel zusätzliche Heizkosten verursachen und in welcher Höhe Kosten für den nachträglichen Einbau eines Brennwertheizgerätes anfallen, hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerinnen jeweils 12.704 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Kosten zu zahlen. Der jeweilige Zahlbetrag setzt sich zusammen aus den festgestellten Kosten für den Einbau eines Brennwertheizgerätes (11.000 € brutto) und den Energiemehrverbrauchsaufwendungen für drei Jahre.

6 Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag fort.

## II.

7 Das Berufungsurteil ist teilweise aufzuheben, weil es auf einer Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör beruht.

8 1. Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch der Klägerinnen aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB. Diesem Anspruch stehe nicht der Einwand eines unverhältnismäßigen Aufwands im Sinne von § 635 Abs. 3 BGB entgegen. Die Heizkostensparnis eines Brennwertheizgerätes im Verhältnis zu einem Nied-

rigtemperatur-Kessel liege bei etwa 16 % im Jahr. Soweit der Sachverständige ausgeführt habe, eine Brennwertheizanlage mit einer idealen Vorlauftemperatur von 40 Grad sei nicht realisierbar, weil die Heizkörper dann zu groß sein würden, sei dies unerheblich. Denn möglich sei ein Betrieb mit einer Vorlauftemperatur von 55 Grad. Hierbei sei die Einsparung nur um 1,5 % ungünstiger als bei Betrieb der Brennwertheizanlage mit 40 Grad Vorlauftemperatur. Soweit die Beklagte diesen 1,5-Prozentsatzunterschied auf einen Niedrigtemperatur-Kessel beziehe, entspreche das nicht den Feststellungen des Sachverständigen.

9                    2. Das Berufungsgericht hat gegen den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG, verstoßen. Die Übergehung des Beweisangebots der Beklagten auf ergänzende Vernehmung des Sachverständigen zu der Frage, worauf sich der 1,5-Prozentsatzunterschied bezieht, findet im Prozessrecht keine Stütze (vgl. BVerfG, NJW 2005, 1487; BGH, Beschluss vom 15. Februar 2011 - VI ZR 190/10, VersR 2011, 817).

10                    a) Da das Landgericht keine Feststellungen dazu getroffen hatte, worauf sich die 1,5-Prozentdifferenz bezieht, musste das Berufungsgericht eigene Feststellungen treffen (vgl. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Dafür konnte es grundsätzlich auf die vom Landgericht protokollierten Ausführungen des Sachverständigen zurückgreifen. Die Beklagte hatte aber bereits vor dem Landgericht ausgeführt, dass sich die vom Sachverständigen festgestellte Energieersparnis im Falle einer Vorlauftemperatur von 55 Grad nicht auf den Vergleich einer Brennwertheizanlage mit 40 Grad Vorlauftemperatur zu einer Brennwertheizanlage mit 55 Grad Vorlauftemperatur beziehe, sondern auf den Vergleich von einer Brennwertheizanlage mit 55 Grad Vorlauftemperatur und einem Niedrigtemperatur-Kessel. Diesen Vortrag hat die Beklagte in der Berufungsbegründung wiederholt, ohne dass dem die Klägerinnen entgegengetreten wären. Da das Beru-

fungungsgericht diese Frage nicht klären konnte, ohne den Sachverständigen ergänzend zu befragen, war dem Beweisantrag der Beklagten nachzugehen.

11            b) Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht nach Anhörung des Sachverständigen zu einer anderen Beurteilung gelangt, welchen Nutzen ein Niedrigtemperatur-Kessel im Verhältnis zu einer Brennwertheizanlage mit einer Vorlauftemperatur von 55 Grad hat. Sollte sich der Vortrag der Beklagten, von dem revisionsrechtlich als richtig auszugehen ist, bestätigen, liegen die Voraussetzungen des § 635 Abs. 3 BGB vor. Danach sind die Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels unverhältnismäßig, wenn der damit zur Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht.

12            3. Das Berufungsurteil war daher gemäß § 544 Abs. 7 ZPO insoweit aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

13            Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

14            Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Einwand der Beklagten nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, es sei ein Abzug Neu für Alt vorzunehmen. Entgegen der Darstellung der Beschwerde ist in der ersten Instanz ein Abzug Neu für Alt nicht geltend gemacht worden. In dieser Instanz ist lediglich gebeten worden, die Gebrauchsvorteile zu berücksichtigen. Dass diese zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien, wird mit der Beschwerde nicht geltend gemacht.

III.

15 Im Übrigen wird von einer Begründung der Entscheidung über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Kniffka

Safari Chabestari

Halfmeier

Kosziol

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Gera, Entscheidung vom 13.05.2011 - 3 O 614/09 -

OLG Jena, Entscheidung vom 02.11.2011 - 7 U 363/11 -