

VII ZR 100/60

Verkündet

am 25. Januar 1962

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2225 004

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Walter H., Ha-Gr. F.,
Echausee,

Beklagten, Widerklägers, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

die Firma Otto S., H., B-str.,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 25. Januar 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 16. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Sommer 1957 im Auftrag des Beklagten an dem Hause E. chaussee in H. Malerarbeiten ausgeführt, darunter den Außenanstrich erneuert. Die Schlußrechnung der Klägerin vom 25. Juli 1957 lautet über 14.479,05 DM. Der Beklagte hat 9.000 DM angezahlt. Den Restbetrag von 5.479,05 DM nebst Zinsen hat die Klägerin eingeklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er bezeichnet den Außenanstrich als praktisch wertlos. Kurze Zeit nach Abschluß dieser Arbeiten hätten sich Flecken, Streifen und Blasen auf den Anstrichflächen gebildet. Die Anstrichfarbe sei ungeeignet gewesen. Statt der im Kostenanschlag vom 14. Juni 1954 vorgesehenen Bleiweißölfarbe habe die Klägerin eine billigere "Drei-Metall-Farbe" verwendet. Soweit die Verschmutzungen durch Kupfer- und Eisenteile am Haus verursacht worden seien, habe die Klägerin nicht die fachtechnisch erforderlichen Gegenmaßnahmen getroffen.

Der Beklagte hat widerklagend beantragt, die Klägerin zu verurteilen, den gesamten Außenanstrich, wie im Kostenanschlag vorgesehen, zu erneuern.

Die Klägerin hat sich bereit erklärt, diejenigen Mängel, für die sie verantwortlich sei, zu beseitigen.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil zur Zahlung von 3.000 DM nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Durch Schlußurteil hat es der Klägerin weitere 1.888,05 DM nebst Zinsen zuerkannt und die weitergehende Klage (591 DM) abgewiesen.

:

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten gegen das Teilurteil zurückgewiesen. Auf dessen Berufung gegen das Schlußurteil hat es ihn nur zur Zahlung von 1.738,05 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin gemäß der Widerklage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage

Das Landgericht hat in seinem Schlußurteil der Klägerin im Hinblick auf mehrere festgestellte Mängel des Außenanstrichs von der Werklohnforderung einen Betrag von 591 DM aberkannt. Das Berufungsgericht hat ihr weitere 150 DM abgesprochen, weil sie abweichend vom Kostenanschlag eine um diesen Betrag billigere Farbe verwendet hat. Danach erfährt die Schlußrechnung der Klägerin über 14.479,05 DM eine Kürzung um 741 DM.

1) Weitere Mängel des Außenanstrichs, die auf die Arbeit der Klägerin oder das von ihr verwendete Material zurückzuführen wären, lassen sich nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht feststellen.

a) Den Gutachten des Malermeisters Röschmann und des Dr. Häußer vom Chemischen Staatsinstitut Hamburg entnimmt das Berufungsgericht, daß sich die Flecken an den Hauswänden erst gebildet hätten, als der Anstrich bereits trocken gewesen sei. Sie seien durch Ruß und chemische Bestand-



teile aus Industriebetrieben und von Schiffen sowie durch kleinste Eisenteilchen von den Verkehrsanlagen (S-Bahn) entstanden; solche Erscheinungen ließen sich in Hamburg und insbesondere am Elbufer nicht vermeiden und führten zu einer beschränkten Haltbarkeit eines weißen Anstrichs. Sie stellten keinen Mangel der Malerarbeit dar.

b) Die Revision greift diese Feststellungen mit Rügen an, die nicht durchgreifen.

aa) Nicht mehr streitig ist, daß die Flecken an den Außenwänden nicht aus der von der Klägerin verwandten Farbe heraus entstanden sind. Der Außenanstrich hat somit außer den bereits vom Landgericht berücksichtigten Mängeln zunächst keinen Fehler aufgewiesen. Die Klägerin hat vielmehr bis auf diese Mängel den Außenanstrich vertragsgemäß hergestellt.

Die vom Beklagten als Mängel des Werks bezeichneten Flecken sind erst später aufgetreten. Nach der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts sind sie von außen an die Wände herangetragen worden.

Der Ansicht der Revision, der Anstrich sei schon deshalb mangelhaft, weil sich Flecken darauf gebildet haben, kann demnach nicht beigetreten werden. Als mangelhaft kann das Werk der Klägerin vielmehr nur dann bezeichnet werden, wenn die Klägerin als ein die Regeln ihres Faches beherrschendes Unternehmen vor oder während des Anstreichens die Ursachen der späteren Fleckenbildung hätte feststellen und beseitigen können (vgl. BGH in LM Nr. 3 zu § 633 BGB).

bb) Nach der Darstellung des Beklagten soll die Ursache für die Fleckenbildung zunächst einmal darin liegen, daß

die Farbe mangels ausreichender Bindemittel und ohne Zusatz eines Sikkativs klebrig geblieben sei und Schmutzteilchen aufgenommen habe. Hierfür hat sie sich auf ein Sachverständigengutachten berufen.

Hierüber hat jedoch bereits das Landgericht den Sachverständigen Röschmann am 16. Oktober 1958 vernommen. Dieser hat die Schmutzflecken abgewaschen und darunter eine "glatte weiße Farbe" vorgefunden. Das Gleiche hat er bei den ihm vom Berufungsgericht aufgetragenen nochmaligen Abwaschversuchen festgestellt. Er ist der Ansicht, daß der Anstrich bereits nach 10 - 14 Tagen seine volle Dauerfestigkeit erlangt hatte. Das Gutachten des Chemikers Dr. Häuser steht diesem Ergebnis zumindest nicht entgegen. Demnach hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, noch einen weiteren Chemiker anzuhören. Wenn auch der Malermeister Röschmann, wie dieser selbst hervorgehoben hat, nicht die chemische Zusammensetzung der Flecken festzustellen vermochte, so durfte ihm das Berufungsgericht doch die notwendige Sachkunde zutrauen, um den Zustand des Anstrichs zu prüfen. Die chemische Zusammensetzung der Flecken hat der Sachverständige Dr. Häuser untersucht. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Schmutz habe sich nicht in der noch weichen Farbe festgesetzt, ist somit ohne Rechtsfehler getroffen.

cc) Demnach kann es nur noch darauf ankommen, ob der an die Hauswände herangetragene Schmutz von Teilen des Hauses herrührt, die die Klägerin nicht oder nicht ausreichend gestrichen hat, oder ob er sich im Laufe der Zeit aus der Luft auf dem Hause sammelt und vom Regen gegen die Hauswände gesprüht wird.

Sofern gelöste Teilchen des Kupferdachs die Flecken verursacht haben sollten, kann nicht von einem Mangel des Werks gesprochen werden. Es entspricht, wie das Berufungsgericht dem Gutachten Röschmann entnimmt, nicht der allgemeinen Geschmacksrichtung und ist auch nicht üblich, Kupferdächer zu streichen. Hiergegen geht die Revision nicht an.

Die Klägerin hat nach ihrer Schlußrechnung 286 lfd. Meter "Kehlen, Zinkstreifen und Anschlußstreifen an und auf dem Dach" gestrichen. Daß sie diese Arbeiten mangelhaft ausgeführt hätte und sich von diesen gestrichenen Teilen Metallteilchen lösen könnten, hat der Beklagte nicht behauptet. Er hat auch nicht dargetan, daß die Klägerin sonstige Teile des Hauses, von denen der die Flecken bildende Schmutz ausgehen könnte, nicht oder nicht ausreichend gestrichen habe. Das aber hätte ihr obgelegen, denn sie hat die Mängel des von der Klägerin gelieferten Werks zu beweisen. Der Sachverständige Röschmann, dem das Berufungsgericht durch Beschluß vom 14. Juli 1955 u.a. zu prüfen aufgegeben hatte, ob die Flecken von Eisenteilen am Hause herrührten, ist in seinem Gutachten vom 5. November 1959 wiederum zu dem Ergebnis gelangt, daß die Verfärbungen aus angeflogenen winzigen Eisenteilchen bestehen.

Wird aber der die Flecken verursachende Schmutz durch die Luft herangezogen, so ist nicht zu erkennen, was die Klägerin als Fachunternehmen hätte tun sollen, um zu verhindern, daß der Schmutz durch den Regen gegen die Außenwände gesprüht wird. Auch der Beklagte hat keinen Weg hierfür aufgezeigt.

Warum es einen Mangel des Anstrichs darstellen soll, daß der Schmutz sich an den Wänden festsetzt und nicht vom Regen wieder abgewaschen wird, ist ebenfalls nicht er-

sichtlich. Die von der Klägerin verwendete "Drei-Metall-Farbe" war für den Außenanstrich geeigneter als die im Kostenanschlag vorgesehene Bleiweißölfarbe. Diese Ansicht hat nicht nur der Sachverständige Röschmann, sondern auch der Privatgutachter Dr. Meier in seinem von den Beklagten eingereichten Untersuchungsbefund vom 23. November 1957 vertreten.

dd) Das Berufungsgericht ist auf die Behauptung des Beklagten im Schriftsatz vom 30. Januar 1960 (S. 5), die Fassade des Hauses sei auch früher weiß gestrichen gewesen und habe niemals derartige Flecken gezeigt, nicht ausdrücklich eingegangen. Das rügt die Revision.

Ob diese Behauptung des Beklagten in Anbetracht dessen, daß er in seinem Schriftsatz vom 5. Mai 1959 (S. 3) von verwittert gewesenen Außenflächen gesprochen hat, ausreichend substantiiert ist, kann dahingestellt bleiben. Wenn der Anstrich früher ebenfalls weiß war, aber nicht derartige Flecken aufwies, so wäre das zwar eine Tatsache, mit der die spätere Fleckenbildung nicht in Einklang stünde. Daraus folgt aber nicht zwingend, daß die vom Berufungsgericht auf Grund des Sachverständigengutachtens getroffene Feststellung, die Flecken rührten von Schmutz aus der Luft her, nicht richtig sein könnte. Dem Beklagten obliegt es darzutun, daß die Flecken ein Mangel des Werks sind. Mit dem Hinweis, auf dem früheren weißen Anstrich hätten sich keine derartigen Flecken gezeigt, ist die Entstehung der Flecken auf dem neuen Anstrich aber nicht erklärt.

ee) Das Gleiche gilt für die Behauptung des Beklagten im Schriftsatz vom 15. Februar 1958 (S. 2), das in der Nachbarschaft liegende Haus Elbchaussee 279 sei zur selben Zeit weiß gestrichen worden und noch blendend weiß. Auch wenn diese Behauptung, auf die der Beklagte im Berufungsverfahren übrigens nicht zurückgekommen ist, zutrifft, schließt sie die genannte Feststellung des Berufungsgerichts nicht aus.

ff) Das Landgericht hat bei einer Ortsbesichtigung festgestellt, daß der Sachverständige Röschmann das Ausmaß der Flecken auf den Außenwänden in seinem Gutachten vom 17. Juli 1958 richtig angegeben hat. Der Sachverständige hat dem Berufungsgericht später auch Farblichtbilder von den Fleckenbildungen vorgelegt. Danach hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, entsprechend dem Antrag des Beklagten nochmals eine Ortsbesichtigung vorzunehmen. Die Revision hat auch nicht dargetan, daß das Berufungsgericht das Ausmaß der Flecken verkannt hätte.

2) Daß die Klägerin mehr als 150 DM durch Verwendung der "Drei-Metall-Farbe" anstelle der Bleiweißölfarbe erspart hätte, führt die Revision nicht aus.

Eine arglistige Täuschung durch Verwendung der Drei-Metall-Farbe und ein dadurch bedingter höherer Schaden am Hause ergibt sich nicht aus dem Sachvortrag des Beklagten. Als der Beklagte noch der Ansicht war, die Klägerin habe eine Bleiweißölfarbe verwandt, hat er den Untersuchungsbericht des Dr. Meier eingereicht, in dem Bleiweiß als ungeeignet und eine Mischung von zwei oder drei Metalloxyden als für den Außenanstrich erforderlich bezeichnet ist. Das entspricht auch der Ansicht des Sachverständigen Röschmann. In der Verwendung der Drei-Metall-Farbe kann daher keine arglistige Täuschung erblickt werden, und der Beklagte hat dadurch auch keinen Schaden erlitten.

3) Dem Ergebnis des Berufungsgerichts, daß sich die Klägerin wegen der vom Landgericht bereits berücksichtigten Mängel und wegen Verwendung der etwas billigeren Drei-Metall-Farbe nicht mehr als $(591 + 150 =) 741$ DM von ihrer Werklohnforderung abziehen lassen muß, liegen demnach keine erkennbaren Rechtsfehler zugrunde.

4.) Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis auch zuzustimmen, daß der Beklagte nicht im Hinblick auf die festgestellten geringfügigen Mängel des Außenanstrichs die Zahlung des der Klägerin noch zustehenden restlichen Werklohns von 4.738,05 DM verweigern darf.

Schon das Landgericht hat wegen dieser von ihm festgestellten Mängel aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Minderung oder des Schadensersatzes (§§ 634, 635 BGB) von der Klageforderung den Betrag von 591 DM endgültig abgesetzt. Die Feststellung des Landgerichts, daß dieser Betrag ausreicht, um die festgestellten Mängel zu beseitigen, hat der Beklagte weder im Berufungs- noch im Revisionsverfahren angegriffen. Dem Beklagten steht daher hinsichtlich dieser Mängel kein Nachbesserungsanspruch mehr zu.

Ein sich aus einem Nachbesserungsanspruch (§ 633 Abs. 2 BGB) ergebendes Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten hinsichtlich des noch im Streit befindlichen Teils des Werklohns der Klägerin wäre zudem, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, gemäß § 320 Abs. 2 BGB zu verneinen.

II. Die Widerklage.

1) Da die Klägerin, wie ausgeführt, nicht für die Flecken an den Außenwänden einzustehen hat, entfällt der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Erneuerung des gesamten Außenanstrichs.

2) Das Berufungsgericht hat erörtert, ob in der auf Wiederholung des gesamten Außenanstrichs gehenden Widerklage möglicherweise der Antrag enthalten ist, wenigstens die mangelhaften Stellen auszubessern. Auch wenn man das bejahen wollte, wäre diese eingeschränkte Widerklage unbegründet, da, wie vorstehend (I 4) ausgeführt, die Beklagte die Ausbesserung der festgestellten Mängel nicht mehr zu beanspruchen hat.

III. Der Zinsanspruch.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin von den 3.000 DM und den 1.738,05 DM 8 1/2 % Zinsen zugesprochen, weil nach dem nicht widerlegten Klagvortrag hiergegen keine Bedenken beständen.

Die Revision meint, die bloße Behauptung der Klägerin, sie arbeite mit Bankkredit, rechtfertige die höheren Zinsen nicht. Dabei übersieht sie die von der Klägerin vorgelegte Bescheinigung der "Vereinsbank in Hamburg" vom 3. November 1958, nach der die Klägerin in den Jahren 1957 und 1958 Kredit in Anspruch genommen hat und dafür an Zinsen und Provisionen 11,1 bis 9,6 % jährlich entrichten mußte. Somit begegnet die Zuerkennung der Zinsen keinen rechtlichen Bedenken.

IV.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann Heimann-Trosien Erbel Dr. Vogt Finke