

VII ZR 127/61

Verkündet
am 5. November 1962
[REDACTED],
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2195 013

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Walter D [REDACTED] in H [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma Karl Ha [REDACTED], Inhaberin: Frau Händler-Ha [REDACTED],
Wohnungseinrichtungen in B [REDACTED]-W [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. November 1962 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Nietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
(Westf.) vom 3. März 1961 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1957 ein Wohn- und Geschäftshaus errichtet. Den Belag der Treppenanlage hatte sie dem Beklagten zu einem Festpreis von 6.850 DM übertragen. Der Beklagte hat diese Arbeit im letzten Vierteljahr 1957 ausgeführt. Der Werklohn wurde mit einer früheren Schuld des Beklagten verrechnet.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Arbeit des Beklagten habe bald nach der Fertigstellung Mängel aufgewiesen, insbesondere hätten sich an den Belägen H[REDACTED] gebildet. Da die Versuche des Beklagten, diese Mängel zu beheben, erfolglos geblieben seien, sei es am 15. März 1958 zwischen den Parteien zu einer Besprechung gekommen. Hierbei habe sich der Beklagte verpflichtet, den gesamten Treppenbelag zu erneuern. Dieser Verpflichtung sei er in der Folgezeit trotz mehrfacher Mahnung nicht nachgekommen. Sie sei daher genötigt, diese Arbeit durch eine andere Firma ausführen zu lassen. Die Kosten hierfür seien mit 8.520,98 DM veranschlagt worden.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die Zahlung dieses Betrags nebst 5 % Zinsen seit dem 17. August 1959 (Tag der Klagezustellung).

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat bestritten, die von der Klägerin behauptete Verpflichtung übernommen zu haben. Dazu hat er noch vorgetragen, zur Übernahme einer solchen Verpflichtung habe für ihn kein Anlaß bestanden; denn die Klägerin habe nicht, wie ursprünglich vorgesehen, freitragende "Aptus-Tropfen" einbauen lassen, sondern nicht freitragende Treppen, bei denen infolge sog. Schwindungen des Betons bei den Belägen unvermeidlich

H[REDACTED] entstanden. Er habe die Klägerin wiederholt, insbesondere mit Schreiben vom 29. Juni 1957, darauf hingewiesen und erklärt, daß er unter diesen Umständen wegen etwaiger Rißbildungen keine Garantie übernehmen könne.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Auf Grund der Aussagen des Zeugen M[REDACTED], der damals bei dem Architekten der Klägerin als Bauingenieur tätig und auch bei der Besprechung am 15. März 1958 zugegen war, stellt das Berufungsgericht fest, daß der Beklagte sich bei dieser Besprechung verpflichtet hat, die Treppenbeläge vollständig zu erneuern. Da der Beklagte dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, bejaht das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß §§ 636, 326 BGB. Das vermag schon allein das Urteil zu tragen, ohne daß es noch auf den weiteren Klagegrund des Schadensersatzes aus Gewährleistung (§ 635 BGB) ankommt.

1) Die Revision des Beklagten ist nicht begründet.

a) Die Angriffe gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen M[REDACTED] richten sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Die Beeidigung stand im Ermessen des Tatrichters, auch wenn auf diese nur für die erste Instanz verzichtet worden ist.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach § 87a ff. UrG geschützt.

Zu einer nochmaligen Vernehmung des Zeugen M. und einer Gegenüberstellung mit dem Beklagten war das Gericht nicht verpflichtet. Auch das stand in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Eine solche Verpflichtung kann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß der Beklagte, wie er angibt, bei der Vernehmung des Zeugen nicht zugegen sein konnte, weil er krank gewesen sei. Der Beklagte hat auch nichts vorgetragen, welche wesentlichen Vorhalte er dem Zeugen hätte machen wollen.

Ob der Beklagte die Arbeiten überwiegend nach Feierabend oder in der regulären Arbeitszeit ausgeführt hat, ist unerheblich. Mit etwaigen Widersprüchen der Zeugenaussagen zu diesem Punkt brauchte sich das Berufungsgericht daher nicht zu befassen.

b) Eine Verpflichtung des Berufungsgerichts, die Klägerin entsprechend dem Antrag des Beklagten eidlich zu vernehmen, bestand nicht. Auch insoweit handelt es sich um eine Ermessensentscheidung des Tatrichters.

c) Die Karte der Klägerin vom 10. November 1958, in der sie eine Besprechung mit dem Beklagten anregte, "um die Angelegenheit aus der Welt zu schaffen", steht nicht im Widerspruch zu der von dem Berufungsgericht festgestellten Verpflichtungsübernahme. Trotz der Verpflichtung des Beklagten war es nicht sinnlos, wenn die Klägerin vor Klageerhebung nochmals den Versuch machte, eine gütliche Einigung zu erzielen.

d) Mit den Angaben der Zeugen St[REDACTED] und Ha[REDACTED] brauchte sich das Berufungsgericht nicht auseinanderzusetzen. Sie waren bei der Besprechung am 15. März 1958 nicht zugegen. Ob die Inhaberin der Klägerin, wie diese Zeugen angeben, vorher einmal ihre Zufriedenheit mit der Nachbesserung geäußert hat, ist unerheblich; das würde noch nicht ausschließen, daß sie damals (etwa 2 Monate vorher) die Mängel noch nicht richtig erkannt und sich erst später von der Notwendigkeit einer Neuanfertigung der Beläge überzeugt hat.

e) Der Beklagte hat allerdings in seinem Schreiben vom 29. Juni 1957 eine Garantie wegen etwaiger Rißbildungen abgelehnt, falls keine freitragenden "Aptus-Treppen" verwendet würden. Diese Erklärung ist aber durch die von dem Berufungsgericht festgestellte Verpflichtungserklärung überholt. Sie brauchte auch nicht als Indiz gegen eine Verpflichtung des Beklagten gewertet zu werden; denn der Architekt der Klägerin hat daraufhin in einem Schreiben vom 6. Juli 1957 erklärt, daß die Klägerin sich auf einen Garantiausschluß nicht einlassen könne, und dem Beklagten freigestellt, den Auftrag zurückzugeben. Gleichwohl hat der Beklagte den Auftrag ausgeführt.

Inwiefern der Beklagte im Hinblick auf seine frühere Schuld, die mit dem Werklohn verrechnet werden sollte, rechtlich oder tatsächlich gehindert gewesen sein sollte, den Auftrag zurückzugeben, ist nicht erfindlich.

Ob den in der Berufungsbegründung (S. 11) angeführten Schreiben die Ablehnung einer Garantie zu entnehmen ist, kann dahingestellt bleiben; denn diese Schreiben sind sämtliche vor dem Schreiben des Architekten der Klägerin vom 6. Juli 1957 verfaßt worden. Ebenso ist es unerheblich,

ob der Beklagte bei Abgabe seines Angebots am 19. August 1957 nochmals mündlich eine Garantie abgelehnt hat, denn er konnte sich nicht einseitig von seiner Gewährleistungspflicht lossagen. Auf die dahingehenden Beweisanträge im Schriftsatz des Beklagten vom 19. Dezember 1960 kommt es deshalb nicht an.

Allerdings muß sich ein Bauherr, der die Warnungen des Unternehmers nicht beachtet, u. U. entgegenhalten lassen, daß er den Schaden durch die Nichtbeachtung der von dem Unternehmer geäußerten Bedenken schuldhaft mitverursacht hat (§ 254 BGB). Ob die Voraussetzungen hierfür vorliegen, kann jedoch auf sich beruhen, denn der Schadensersatzanspruch der Klägerin stützt sich nicht darauf, daß die Arbeit des Beklagten mangelhaft war (§ 635 BGB), sondern auf die am 15. März 1958 von dem Beklagten übernommene Verpflichtung, die Beläge zu erneuern, mit deren Erfüllung er in Vorzug geraten ist.

Aus demselben Grunde liegt es auch neben der Sache, ob bei Verwendung einer nicht freitragenden Treppe Rißbildungen an den Belägen unvermeidbar und deshalb als in der Natur der Sache liegend vom Beklagten nicht zu vertreten sind.

2) Der Beklagte ist daher der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 636, 326 BGB). Daß er trotz mehrfacher Mahnung die Beläge nicht erneuert hat, wird von ihm nicht bestritten.

3) a) Zur Höhe des Schadens beanstandet der Beklagte, daß das Berufungsgericht der Klägerin Zinsen zugebilligt hat, obwohl sie die Treppenbeläge bisher nicht hat erneuern lassen, also noch keine Aufwendungen gehabt hat.

Das geht fehl. Das Berufungsgericht hat der Klägerin nur Prozeßzinsen seit Rechtshängigkeit zugesprochen (§§ 291 BGB, § 352 HGB). Die Schuld des Beklagten ist auch fällig ohne Rücksicht darauf, ob und wann die Treppenbeläge neu hergestellt werden.

b) Der Beklagte hat in der Revisionsbegründung noch vortragen, das Berufungsgericht hätte bei der Bemessung des Schadens jedenfalls berücksichtigen müssen, daß die Klägerin die gelieferten Treppenbeläge in Benutzung genommen und seither fortlaufend benutzt hat. Sie habe damit die Abnutzung einer später etwa neu errichteten Treppe eingespart, deren Lebensdauer sich entsprechend hinauschiebe. Die Lebensdauer einer solchen Treppe betrage nicht mehr als 30 Jahre.

Dieser Vortrag liegt neben der Sache, da sich der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts verpflichtet hat, neue Treppenbeläge herzustellen. Ist er damit in Verzug gekommen, so ist er auch verpflichtet, die gesamten Kosten einer Neuherstellung durch eine andere Firma zu tragen, ohne daß es darauf ankommt, wie lange die Klägerin die alten Beläge benutzt hat.

4) Die Revision des Beklagten ist infolgedessen als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Meyer Finke