

Verkündet
am 23. November 1959
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Gottfried K[REDACTED], Kh[REDACTED], Kr[REDACTED] Straße [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Sch[REDACTED] Lichtspiele G[REDACTED] & Co. KG., in
H[REDACTED]/Ndrh. i. Liq., vertreten durch den Liquidator
Johannes Sc[REDACTED] in H[REDACTED]/Ndrh., M[REDACTED] Straße [REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. November 1959 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Scheffler, Dr. Heimann-Trosien,
Dr. Winkelmann, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 6. Juni 1958 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im Jahre 1955 in einem Kino der Klägerin in Bergheim eine Ölluftheizung eingebaut. Den Heizungskessel sowie den Ölbrenner nebst Zubehör hat die Firma J. [REDACTED] in Ha. [REDACTED] geliefert.

Die Klägerin hat behauptet, die Heizung habe nach ihrer Inbetriebnahme im November 1955 den Kinoraum nicht ausreichend erwärmt; ein Nachbesserungsversuch der Beklagten habe keine Änderung herbeigeführt.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz und trägt vor:

Infolge der mangelhaften Beheizung habe sie in der Zeit vom 1. November 1955 bis 31. Januar 1956 durch Rückgang der Besucherzahl einen Gewinnausfall von 2.000,-- DM erlitten.

Die Beklagte müsse die ihr angezahlten 1.000,-- DM und die der Firma J. [REDACTED] gezahlten 3.000,-- DM erstatten.

Sie müsse auch sie, die Klägerin, von der bereits eingeklagten Restforderung der Firma J. [REDACTED] von 2.307,90 DM nebst Zinsen befreien und ihr die Kosten des Prozesses erstatten.

Den Kaufpreis für das inzwischen verkaufte Kino habe der Käufer um die nach dem Einbau einer neuen Heizungsanlage notwendig gewordenen Instandsetzungskosten von 900,-- DM gekürzt; auch diesen Betrag müsse ihr die Beklagte ersetzen.

- 3 -

Die Klägerin hat einen Betrag von 6.900,-- DM nebst Zinsen eingeklagt; sie hat ferner beantragt, die Beklagte zu verurteilen, sie von der rechtshängigen Forderung der Firma J [REDACTED] über 2.307,90 DM nebst Zinsen zu befreien und ihr die Kosten jenes Rechtsstreits zu ersetzen.

Die Beklagte hat Klageabweisung begehrt, weil die Heizungsanlage keine von ihr zu vertretende Mängel aufgewiesen habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte verurteilt, 4.000,-- DM (die geleisteten Anzahlungen von 1.000,-- und 3.000,-- DM) an die Klägerin zu zahlen und sie von der Restforderung der Firma J [REDACTED] zu befreien sowie ihr die in dem Rechtsstreit entstehenden notwendigen Kosten zu ersetzen; den weitergehenden Zahlungsanspruch hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin hilfsweise beantragt, die Beklagte Zug um Zug gegen Herausgabe der Heizungsanlage zur Zahlung und Freistellung der Klägerin zu verurteilen. Demgemäß hat das Berufungsgericht erkannt.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stützt sich auf das Gutachten des Sachverständigen Mack und stellt fest:



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Die von der Beklagten errichtete Luftheizungsanlage erbrachte nur rund 50.000 kcal/h. Diese Leistung genügte nicht, um an kalten Tagen die im Kino erforderliche Wärme von 20°C zu erreichen, und zwar auch dann nicht, wenn man die von 320 Besuchern ausgestrahlte Körperwärme hinzurechnet. Erforderlich gewesen wäre eine Wärmeleistung der Anlage von 70.000 bis 80.000 kcal/h, unter Berücksichtigung eines bei dem nur stundenweise beheizten Raum erforderlichen 30 %igen Anheizungszuschlags (DIN 4701) sogar eine Wärmeleistung von 90.000 bis 100.000 kcal/h. Die Beklagte hat selbst bei eigenen Heizungsversuchen nur eine Temperatur von 17°C erreicht.

II.

1.) Die Revision rügt, das Gutachten des Sachverständigen Mack enthalte nur Schätzungen. Das trifft nicht zu.

Der Sachverständige hat bei einem praktischen Versuch Temperatur und Geschwindigkeit der ausgeblasenen Luft gemessen und errechnet, daß die Leistung nur rund 50.000 kcal/h betrug und nicht ausreichte, um das Kino auf 20°C zu erwärmen. Dabei ist der Sachverständige, da ihm keine Zeichnungen zur Verfügung standen - offensichtlich auf Grund eigener Messungen - von einem Rauminhalt von ca. 1.600 m³ ausgegangen. Daß dieser Ausgangspunkt unrichtig war, hat der Beklagte nicht dargetan.

2.) Das Berufungsgericht hat sich der Meinung des Sachverständigen angeschlossen, daß bei dauerndem Heizen für die Beheizung des Raums eine Leistung von schätzungs-

weise 70.000 bis 80.000 kcal/h erforderlich sei. Auch darin liegt kein Rechtsfehler. Die Forderung des Sachverständigen, ein Fachmann müsse die Anlage genau durchrechnen, galt nur für den Fall, daß diese geändert werden sollte; damit hat er nicht etwa die Richtigkeit seines Gutachtens in Zweifel gezogen.

3.) Der vom Sachverständigen eingesetzte Anheizungszuschlag für nicht dauernd geheizte Räume entspricht dem in der Zahlentafel 2 a der Anlage 1 zu DIN 4701 niedgelegten Erfahrungssatz. Warum er für diese Anlage nicht gelten sollte, hat die Beklagte nicht dargetan. Ihr Beweiserbieten, "der Heizungszuschlag von 30 % wird von der Fa. J. als übersetzt bezeichnet. Beweis: Auskunft der Fa. Jeroch bzw. Vernehmung ihres Inhabers", durfte das Berufungsgericht ablehnen, da es einen weiteren Sachverständigen nicht zu hören brauchte. Auf die Größe des Anheizzuschlages kommt es auch nicht an, denn die Heizungsanlage hat nicht einmal die bei dauerndem Heizen erforderliche Leistung von 70.000 - 80.000 kcal/h erbracht.

4.) In dem nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht eingereichten nicht vorbehaltenen Schriftsatz vom 4. April 1957 hatte die Beklagte beantragt, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens vorzuladen. Das Landgericht hat diesen Schriftsatz nicht mehr berücksichtigt. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte wiederum behauptet, 50.000 kcal/h seien zum Erwärmen des Kinos ausreichend und sie hat "hierzu das unberücksichtigte Vorbringen im Schriftsatz vom 4. April 1957 wiederholt." Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte damit den Antrag auf persönliche Vernehmung des Gutachters im Berufungsverfahren nicht wieder-

holt habe. Daß es damit den Vortrag der Beklagten verkannt habe, kann der Revision nicht zugegeben werden. Mit dem Hinweis auf das "Vorbringen" im Schriftsatz vom 4. April 1957 war nicht der "Antrag", den Sachverständigen mündlich zu hören, gestellt, zumal in der Berufungsbegründung für die Behauptung, 50.000 kcal/h reichten zum Erwärmen des Kinos aus, Beweis durch ein Obergutachten erboten war, womit die Beklagte zu erkennen gab, daß sie das Gutachten Mack ablehnte.

5.) Ein Obergutachten darüber einzuholen, daß die Heizungsanlage mehr als 50.000 kcal/h leistete oder daß diese Leistung ausreichte, bestand für das Berufungsgericht umso weniger Anlaß, als auch eine Heizprobe der Beklagten das Kino nur auf 17°C erwärmt und damit das Gutachten des Sachverständigen Mack bestätigt hatte. Unerheblich ist, ob bei der Heizprobe der Beklagten das Kino schwach besucht war; auch für schwach besuchte Vorstellungen muß das Kino ausreichend erwärmt sein. Die Klägerin brauchte entgegen der Meinung der Revision den Besuchern nicht zuzumuten, ihre Mäntel im Kino anzubehalten.

6.) Das Berufungsgericht schließt sich dem Sachverständigen Mack an, daß die maximale Leistung des von der Firma J. [REDACTED] gelieferten Heizungskessels von 69.000 kcal/h in Verbindung mit dem Ventilator nicht ausreichte, eine erforderliche Wärmeleistung von 70.000 bis 80.000 kcal/h zu erzeugen. Der Sachverständige ist demnach von der aus dem Prospekt der Firma J. [REDACTED] ersichtlichen Leistung des Kessels von 69.000 kcal/h ausgegangen. Er hat aber nicht nur die Kesselleistung berücksichtigt, sondern auf die Leistung der gesamten Anlage abgestellt. Dem ist das Berufungsgericht mit Recht gefolgt. Eine Auskunft der Firma Jeroch über die Leistung des Kessels beizubringen,

brauchte das Berufungsgericht nicht anzuregen (§ 139 ZPO); die Revision hat zudem auch nicht behauptet, daß diese Auskunft etwa eine höhere Kesselleistung ergeben hätte.

7.) Die Beklagte hat die in ihrem verspätet eingereichten Schriftsatz vom 4. April 1957 erwähnte eigene Berechnung des Wärmebedarfs nicht vorgelegt und im Berufungsverfahren nicht mehr erwähnt. Deshalb war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, die Beklagte aufzufordern, ihre Berechnung einzureichen. Der gerügte Verstoß gegen § 139 ZPO kann auch deshalb nicht durchgreifen, weil die Revision den Inhalt der Berechnung nicht anführt.

8.) Gegenüber der Behauptung, der Kinoraum sei, so lange er als Tanzsaal benutzt wurde, mittels einer 23.000 kcal/h erzeugenden Dampfheizung gut erwärmt worden, ist das Berufungsgericht der Meinung, daß sich daraus keine Schlüsse auf die Gebrauchsfähigkeit der von der Beklagten errichteten Anlage ziehen lassen. Seine Begründung, ein Tanzsaal erfordere eine schwächere Beheizung als ein Kino, wo die Besucher stillsitzen, entspricht der Erfahrung. Auf die weitere von der Revision ebenfalls angegriffene Begründung, daß möglicherweise auch die damalige Heizung für den ganzen Saal nicht ausgereicht habe, kommt es daneben nicht entscheidend an.

9.) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Klägerin die Mangelhaftigkeit der Heizungsanlage beweisen muß. Sein Hinweis, die Beklagte habe nicht dargelegt, warum die Effektivleistung der Heizungsanlage höher sein solle, als der Sachverständige sie errechnet hat, besagt nur, die Beklagte als Fachfirma habe das auf einem praktischen Versuch beruhende Gutachten des Sachverständi-

gen spezifiziert angreifen müssen, statt sich nur gegen dessen Ergebnis zu wenden.

10.) Die mit dem Sachverständigengutachten übereinstimmende Ansicht des Berufungsgerichts, daß ein Raum, in dem man sich sitzend wohlfühlen wolle, eine Temperatur von 20°C aufweisen müsse, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Auch nach der Zahlentafel 1 b in der Anlage 1 zu DIN 4701 ist für Gaststätten, Klassenzimmer, Hörsäle, Aulen eine Temperatur von 20°C vorgesehen.

III.

Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß die Beklagte die ungenügende Heizkraft der Anlage nicht zu vertreten habe.

1.) Die Klägerin hat sich, so stellt das Berufungsgericht fest, wegen des Einbaus der Öl-Luftheizung an die Beklagte gewandt, weil diese schon früher in einem anderen Kino der Klägerin eine Heizung angelegt hatte. Jenke, der leitende Angestellte der Beklagten und Schwiegersohn ihres Inhabers, hat zweimal mit Sewald, dem Vertreter der Firma J■■■■, die erforderlichen Aufmasse genommen. Die Angebote der Beklagten vom 30. Juli und 22. August 1955 "über Lieferung und Montage einer Luftheizungsanlage" enthalten die gesamte Anlage einschließlich der von der Firma J■■■■ gelieferten Teile mit dem Hinweis, die angegebenen Preise verständen sich für die kompl. Lieferung und Montage der Anlage, jedoch ohne die notwendig werdenden Maurer-, Stemm- und Elektroarbeiten.

Unter diesen Umständen durfte sich das Berufungsgericht für seine Folgerung, die Klägerin habe sich von der Beklagten hinsichtlich der ganzen Anlage fachmännisch beraten lassen wollen und die Beklagte sei sich dessen bewußt gewesen, auch auf die Lebenserfahrung berufen.

2.) Darauf, ob auch die Firma J. [REDACTED] für die unzulängliche Leistung der Anlage einzustehen hat, kommt es in diesem Rechtsstreit nicht an. Die Beklagte würde dadurch nicht von ihrer eigenen Verantwortung befreit. Nichts spricht dafür, daß das Berufungsgericht in den Angeboten der Beklagten die Pos. 1: "Kesselaggregat mit Ölbrenner, Öltank, Zubehör und Montage lt. Angebot EJA-Apparatebau 5.777,00 DM", übersehen hat. Aus ihr muß nicht folgen, daß die Mitverantwortung der Beklagten für die Leistungsfähigkeit der ganzen Anlage ausgeschlossen sein sollte. Daß sich die Klägerin wegen der Mängel auch an die Firma J. [REDACTED] gewandt hat, zwingt zu keiner anderen Folgerung. Wenn die Beklagte die Verantwortung für die gesamte Anlage ablehnen wollte, so mußte sie die Klägerin darauf hinweisen. Den Umfang der von der Beklagten übernommenen Pflichten hat das Berufungsgericht somit nicht verkannt. Daß die Beklagte, wie sie behauptet, den Wärmebedarf nicht berechnet hat, macht das Berufungsgericht ihr mit Recht zum Vorwurf. Im übrigen unterscheidet die Revision nicht zwischen der Leistungsfähigkeit des Heizkessels und der Leistung der gesamten Anlage; für letztere hatte die Beklagte einzustehen.

3.) a) Den Sachverständigen Mack zu der unrichtigen Berechnung und Führung der Toschirohre mündlich zu hören, hat die Beklagte, wie bereits ausgeführt, nicht vor dem Berufungsgericht beantragt.

b) Wer den Ventilator geliefert hat, ist dem Sachvortrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Im Rahmen ihrer Verantwortung für die ganze Anlage hat sie auch für die Auswahl des Ventilators einzustehen. Das gleiche gilt hinsichtlich eines ausreichenden Kaminzugs und der Beschaffenheit des Kesselraums. Das Berufungsgericht entnimmt dem Vertrag der Parteien mit Recht auch die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin über die Behandlung des Filters zu belehren.

4.) Ob eine andere Heizungsfirma zu den gleichen technischen Daten wie die Firma J. [REDACTED] gelangt ist, brauchte das Berufungsgericht nicht zu prüfen. Dieser Firma können die gleichen Fehler unterlaufen sein. Daß die Heizkraft jedenfalls nicht ausreicht, hat der von der Beklagten vorgenommene Versuch ergeben.

5.) Ein Mitverschulden hat die Beklagte der Klägerin in den Vorinstanzen nicht entgegeng gehalten. Wenn die Beklagte, ohne daß die Klägerin ihr Zeichnungen vom Kino-raum zur Verfügung stellte, die Anlage errichtet hat, so berührt das ihre Verantwortung nicht. Ihre - unsubstantiierte - Behauptung im Schriftsatz vom 13. Februar 1957, sie habe die Arbeiten abbrechen müssen, weil die Klägerin sich nicht an die Vereinbarung gehalten habe, hat die Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr aufgestellt.

IV.

1.) Die Beklagte hat versucht, die Mängel der Heizungsanlage zu beheben. Das ist ihr nicht gelungen. Dem

Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß danach die Klägerin nicht gehalten war, der Beklagten zusätzlich noch eine Frist zur Nachbesserung zu setzen, zumal die Beklagte auch im Rechtsstreit bestritten hat, daß Mängel vorhanden seien (§ 634 Abs. 2 BGB). Da auch das Verschulden der Beklagten dargetan ist, sind die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin gegeben (§ 635 BGB).

2.) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe der Schadensbeträge lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden auch von der Revision nicht angegriffen.

V.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, sie von der 2.307,90 DM nebst Zinsen betragenden, eingeklagten Forderung der Firma J. [REDACTED] zu befreien und ihr die in jenem Rechtsstreit entstehenden Kosten zu ersetzen. Das Landgericht hat diesem Antrag entsprochen, das Berufungsgericht das Urteil mit der Massgabe bestätigt, daß die Beklagte auch diese Verpflichtung Zug um Zug gegen Herausgabe der Heizungsanlage zu erfüllen habe. In der Verurteilung der Beklagten, der Klägerin die Kosten des anhängigen Rechtsstreits mit der Firma J. [REDACTED] zu ersetzen, hat das Berufungsgericht zutreffend kein Grund- sondern ein Feststellungsurteil erblickt; denn insoweit hat die Klägerin keinen bezifferten Anspruch geltend gemacht. Das rechtliche Interesse der Klägerin an dieser Feststellung im Zusammenhang mit der Verurteilung der Beklagten zur Befreiung der Klägerin von der von der Firma J. [REDACTED] eingeklagten Forderung über 2.307,90 DM hat das Berufungsgericht mit Recht bejaht. Auf Leistung kann

die Klägerin insoweit nicht klagen, da die Höhe der
Prozeßkosten noch nicht feststeht.

VI.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer
somit unbegründeten Revision zu tragen.

Scheffler

Heimann-Trosien

Dr. Winkelmann

Erbel

Dr. Vogt