

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 169/71

URTEIL

Verkündet am
4. Juni 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. David T [REDACTED],
 2. Nomi T [REDACTED],
 3. Henry T [REDACTED],
 4. Louis T [REDACTED],
- sämtlich F [REDACTED], H [REDACTED],
als Erben der am 27. Oktober 1969 verstorbenen
Stefanie T [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Chaim N [REDACTED], F [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Schmidt, Meise, Dr. Tidow und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 27. Mai 1971 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten zur Zahlung von mehr als 21.600 DM nebst 4 % Zinsen verurteilt worden sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Ehefrau des Klägers hat für die von den jetzigen Beklagten beerbte frühere Beklagte im Zuge eines Hotel-Umbaus Schreinerarbeiten für 84.354,21 DM ausgeführt. Der Kläger hat die ihm von seiner Frau abgetretene noch offene Restforderung von 34.354,21 DM nebst 5 % Zinsen eingeklagt.

- 3 -

Die Beklagten haben mit Gegenforderungen aufgerechnet, u.a. mit Verzugsschaden im Gesamtbetrag von 27.000 DM und mit Werkmängelschaden in Höhe von 3.026,50 DM.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 34.244,21 DM nebst Zinsen stattgegeben. Dagegen haben die Beklagten Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen, soweit sie zur Zahlung von mehr als 4.217,71 DM verurteilt worden sind. Das Oberlandesgericht hat die Berufung - abgesehen von einer Ermäßigung des Zinssatzes auf 4 % - zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Berufungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Verzugsschaden (27.000 DM)

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Ehefrau des Klägers mit ihren Arbeiten in Verzug geraten ist. Für die Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß dies der Fall ist.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Beklagten nicht hinreichend dargelegt, daß ihnen durch diesen Verzug ein Vermögensschaden entstanden ist. Der bloße Ansatz von Pauschalbeträgen für den angeblichen Gewinnausfall genüge - auch unter Berücksichtigung der



19

Beweiserleichterung gemäß § 252 BGB - der Darlegungspflicht nicht. Für die Berechnung eines nach objektiven Maßstäben zu ermittelnden Schadens fehle es an ausreichenden tatsächlichen Angaben. Die Anträge auf Vernehmung des Zeugen G. und auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit Vorlage der Geschäftsbücher müßten als reine Beweisermittlungsanträge unberücksichtigt bleiben.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen der Beklagten haben nur teilweise Erfolg.

1. Verdienstaufschlag in Café und Restaurant (9.600 DM)

Zutreffend hat das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, sie hätten infolge des Verzuges an 32 Tagen einen Verdienstaufschlag von je 300 DM gehabt, als nicht genügend substantiiert angesehen. Nachdem die Beklagten bereits in erster Instanz durch die Auflagenbeschlüsse vom 22. September 1969 und 4. Mai 1970 auf die Unzulänglichkeit ihres Vortrags wiederholt ausdrücklich hingewiesen worden waren und das Landgericht in seinem Urteil ihren Anspruch mit dieser Begründung verneint hatte, hätten sie jedenfalls in der Berufungsinstanz ihren Schaden substantiiert darlegen müssen. Sie hätten z.B. anhand ihrer Geschäftsbücher eine Gewinn- und Verlustrechnung für das erste Jahr nach Wiedereröffnung des Cafés und des Restaurants aufstellen und vorlegen können, welche Rückschlüsse auf den entgangenen Gewinn ermöglicht hätte. Dabei hätte auch berücksichtigt werden müssen, welchen Gewinn sie innerhalb der 32 Tage in den Ersatzräumen des China-Restaurants tatsächlich erzielt haben und welchen Mehrgewinn sie wahrscheinlich gehabt hätten,

wenn ihnen Café und Restaurant rechtzeitig zur Verfügung gestanden hätten. Eine solche auf belegbare Zahlen gestützte Gewinn- und Verlustrechnung hätte, falls sie vom Kläger bestritten worden wäre, durch ein Sachverständigengutachten erhärtet werden können.

Dieser Darlegungspflicht konnten die Beklagten sich nicht mit dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens unter Verwertung ihrer Geschäftsbücher entziehen. Denn dieser Antrag läuft, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, auf eine Ausforschung hinaus, ohne daß irgendwie erkennbar ist, wie die Beklagten zu der Mindestschaden-Pauschale von 300 DM täglich gelangt sind.

2. Verdienstausschlag beim Saal (12.000 DM)

Für den entgangenen Gewinn wegen Nichtvermietbarkeit des Saals haben die Beklagten es ebenfalls bei einer Pauschale von 300 DM täglich (für 40 Tage) bewenden lassen und lediglich durch den Angestellten G. [REDACTED] unter Beweis gestellt, daß Interessenten häufig wegen einer Anmietung des Saals angefragt hätten. Auch insoweit haben die Beklagten trotz der wiederholten Hinweise durch das Landgericht (vgl. die oben genannten Auflagenbeschlüsse) ihrer Darlegungspflicht nicht genügt.

Den Beklagten war es möglich und zuzumuten, im einzelnen vorzutragen und unter Beweis zu stellen, wie oft und mit welchem Gewinn der Saal nach seiner Fertigstellung vermietet worden ist. Der durchschnittliche Gewinn des ersten Jahres hätte einen Anhaltspunkt dafür ergeben, welchen Gewinn der Saal in den 40 Tagen hätte abwerfen

können, in denen er infolge des behaupteten Verzugs nicht benutzt werden konnte.

Mittels der durch G [REDACTED] unter Beweis gestellten Anfragen nach dem Saal läßt sich der Gewinnausfall nicht hinreichend sicher schätzen. Die unverbindlichen Anfragen innerhalb der 40 Tage des angeblichen Verzugs sind keine ausreichende Grundlage für die Schadensberechnung. Auch hier läßt der Vortrag der Beklagten jede Substantiierung vermissen. Ihr Beweisantrag läuft auch insoweit auf Ausforschung hinaus.

3. Mietausfall beim China-Restaurant (5.400 DM)

Das Berufungsgericht nimmt (infolge eines offensichtlichen Schreibfehlers in der Berufungsbegründung) irrig an, die Beklagten forderten als entgangenen Gewinn bei der Vermietung des China-Restaurants nur 5.000 DM. In Wirklichkeit haben die Beklagten ihren Anspruch aber mit $1 \frac{1}{2} \times 3.600 \text{ DM} = 5.400 \text{ DM}$ beziffert. Davon ist im folgenden auszugehen.

a) Das Berufungsgericht hält auch diesen Klageanspruch nicht für schlüssig vorgetragen.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Beklagten hatten dazu in der Berufungsbegründung ausgeführt, sie hätten während der Umbauarbeiten in Café und Restaurant teilweise in die zur Vermietung vorgesehenen Räume des China-Restaurants ausweichen müssen; dieses habe daher den Mietern erst mit einer Verspätung von $1 \frac{1}{2}$ Monaten übergeben werden können, so daß

5.400 DM Mietverlust entstanden sei. Sie haben dazu den Mietvertrag vorgelegt, aus dem sich ergibt, daß ab 1. April 1968 3.600 DM Miete zu zahlen war. Mit diesem Sachvortrag hatten die Beklagten den Schaden nach Grund und Höhe ausreichend substantiiert dargelegt.

b) Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Beklagten hätten das China-Restaurant auch nach Vollendung der Arbeiten Mitte Mai 1967 nicht an die jetzigen Mieter übergeben; daher bestünden erhebliche Zweifel, ob der Verzug ursächlich für die spätere Übergabe des China-Restaurants gewesen sei.

Zu Recht rügt die Revision, daß dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen ist, worauf sich die Annahme stützt, das China-Restaurant sei auch Mitte Mai 1967 nicht an die Mieter übergeben worden. Deswegen vermag auch diese Erwägung des Berufungsgerichts sein Urteil insoweit nicht zu tragen.

II.

Werkmängelschaden (3.026,50 DM)

Das Berufungsgericht bezeichnet es als unstreitig, daß das Werk der Ehefrau des Klägers die von den Beklagten behaupteten Mängel hat. Die Beklagten hätten jedoch nicht vorgetragen, daß und warum etwa die Ehefrau des Klägers diese Mängel zu vertreten habe. Das sei aber Voraussetzung für die Entstehung von Schadensersatzansprüchen aus § 635 BGB. Zumindest müsse der Bauherr darlegen und gegebenenfalls beweisen, daß der Werkunternehmer objektiv seine Pflicht verletzt habe.

Diese Ausführungen rügt die Revision mit Recht.

Da unstreitig das Werk mangelhaft ist, steht fest, daß die Werkunternehmerin objektiv ihre Pflicht verletzt hat.

Der Nachweis, daß sie die Mängel nicht zu vertreten hätte, obliegt dem Kläger (vgl. BGHZ 23, 288, 290; 28, 251; 42, 16; 48, 310, 312). Er hat hierzu bisher nichts vorgetragen. Die Revision hat daher auch in diesem Punkt Erfolg.

III.

Während die Revision in Höhe von 21.600 DM nebst Zinsen erfolglos bleibt, ist das angefochtene Urteil wegen des geltendgemachten Verzugsschadens in Höhe von 5.400 DM und wegen des Werkmängelschadens in Höhe von 3.026,50 DM sowie im Kostenpunkt aufzuheben. In diesem Umfang ist die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, zurückzuverweisen. Das Berufungsge-

richt wird nun zunächst die - von ihm bisher dahingestellte - Frage klären müssen, ob die Ehefrau des Klägers sich in Leistungsverzug befand.

Vogt

Schmidt

Meise

Tidow

Recken