

Verkündet  
am 30. November 1961  
Woitscheck,  
Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2211 019

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

In dem Rechtsstreit

des Heizungsbauers Johann R. [REDACTED] in D. [REDACTED] Nr. [REDACTED],  
Kreis M. [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungsklägers und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

den Textilkaufmann Paul Re. [REDACTED] in B. [REDACTED] E. [REDACTED],  
B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten und  
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 30. November 1961 unter Mitwir-  
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-  
ter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert  
Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil  
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in  
Stuttgart vom 26. Oktober 1960 wird zurückge-  
wiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu  
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Herbst 1958 baute der Kläger in ein Gebäude des Beklagten in B. eine ölgefeuerte Warmluftheizung ein. Auf den vereinbarten Werklohn von 7.000 DM zahlte der Beklagte in Teilbeträgen 3.900 DM.

Am 29. Dezember 1958 übersandte der Kläger dem Beklagten eine Rechnung über 7.550,10 DM und forderte von ihm die Zahlung des nach der Abtretung von Teilbeträgen verbliebenen Restes von 1.767,85 DM. Da der Beklagte keine Zahlung leistete, hat der Kläger diesen Betrag nebst Zinsen im Klagewege geltend gemacht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Klageforderung der Höhe nach bestritten und eingewandt, die Heizungsanlage sei noch nicht fertig gestellt und weise schwere Mängel auf, die der Kläger trotz Fristsetzung nicht beseitigt habe.

Widerklagend hat der Beklagte die Rückzahlung der von ihm für die Arbeiten des Klägers entrichteten 3.900 DM nebst Zinsen und die Entfernung der nach seiner Meinung mit schweren Konstruktionsfehlern behafteten Zentralheizungsanlage verlangt. Ferner hat er die Feststellung der Verpflichtung des Klägers begehrt, ihm allen aus dem Einbau der unbrauchbaren Heizungsanlage entstandenen und künftig noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt. Er hat bestritten, daß die Heizungsanlage schwere, nicht behebbare Mängel aufweise. Bei fachgerechter Bedienung - so hat er behauptet - könnten alle an die Heizung angeschlossenen Räume ordnungsmäßig beheizt werden. Not-

falls hat er sich zur Nachlieferung fehlender Teile sowie zur Beseitigung etwaiger Fehler erboten.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

### Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme im ersten Rechtszuge festgestellt, daß die im Hause des Beklagten eingebaute Heizungsanlage unbrauchbar sei und daß der Kläger die Mängel des Werks zu vertreten habe. Es folgert daraus, daß der Beklagte von dem Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne. Er könne die Leistung des restlichen Werklohnes verweigern, seine Anzahlung von insgesamt 3.900 DM zurückfordern und die Entfernung der mangelhaften Heizungsanlage sowie den Ersatz des Schadens beanspruchen, der ihm dadurch entstanden sei und noch entstehe, daß die Anlage unbrauchbar sei und durch eine andere ersetzt werden müsse (§ 635 BGB).

I. Die Feststellung, daß die Heizungsanlage mit schweren Mängeln behaftet sei und daß der Kläger die Mangelhaftigkeit seines Werks zu vertreten habe, wird von der Revision mit Verfahrensrügen angegriffen.

1) Sie meint, das Gutachten des Sachverständigen Maushardt sei wegen der darin enthaltenen groben Mängel keine geeignete Grundlage für die Feststellung, daß die Heizungs-

Hinweis: Alle Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



anlage mit nicht behebbaren, schweren Fehlern behaftet sei. Die von dem Sachverständigen begutachteten Fragen seien auch besonders schwierig, weil der Bau von Ölluftheizungen noch in der Entwicklung begriffen sei. Der Kläger habe das Gutachten in zahlreichen Punkten beanstandet und als unrichtig bezeichnet. Das Berufungsgericht habe hierzu nicht vollständig und mit unzureichender Begründung, im wesentlichen unter Bezugnahme auf das angegriffene Gutachten, Stellung genommen. Den mehrfach gestellten Antrag des Klägers, ein Obergutachten einzuholen, habe es abgelehnt. Das verstoße unter den gegebenen Umständen gegen § 286 ZPO.

Der Bundesgerichtshof hat in einem - auch von der Revision angezogenen - Urteil vom 14. Juli 1953 - V ZR 97/52 - (LM Nr. 2 zu § 404 ZPO; insoweit nicht veröffentlicht) ausgeführt, die Ablehnung des Antrags auf Einholung eines Obergutachtens sei im Regelfall kein Verfahrensverstoß. Eine verfahrensrechtliche Pflicht, vorhandene Gutachten durch ein Obergutachten überprüfen zu lassen, könne nur ausnahmsweise angenommen werden, so bei besonders schwierigen Fragen oder bei groben Mängeln der vorliegenden Gutachten.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so liegt in der Ablehnung des Antrags des Klägers, einen Obergutachter heranzuziehen, kein Verstoß gegen § 286 ZPO. Der Kläger hat weder dargetan, daß dem Sachverständigen in den entscheidenden Punkten seines Gutachtens erhebliche Fehler unterlaufen sind, noch kann die Begutachtung im vorliegenden Falle als besonders schwierig angesehen werden.

a) Der Sachverständige Maushardt erblickt die Mängel der von dem Kläger angelegten Heizung hauptsächlich in folgenden Punkten:

Einmal sei die durch den Brenner erzeugte Wärme, gemessen an der Zahl und Größe der angeschlossenen Räume, viel zu hoch. Das habe zu einer Deformierung der Brennerplatte und wegen der zu hohen Abgastemperatur zu Rissen im Schornstein geführt.

Trotz der hohen Brennerleistung würden die angeschlossenen Räume unzulänglich und ungleichmäßig erwärmt. Das liege daran, daß die Luftkanäle fast willkürlich bemessen und unsachgemäß verlegt worden seien. In einigen Räumen lasse sich die vorgeschriebene Temperatur von 20 Grad Celsius trotz Abschaltung anderer überhaupt nicht erreichen.

Endlich arbeite die Heizungsanlage unwirtschaftlich. Der bei Ölfeuerungen übliche Wirkungsgrad von 75 % an die Luft zur Beheizung übertragener Wärmeeinheiten werde auch nicht annähernd erreicht.

aa) Der Auffassung des Sachverständigen, daß die Brennerleistung der Anlage zu hoch sei, sucht der Kläger dadurch zu begegnen, daß er ausführt, der Beklagte habe das Gebäude in ein Hotel umgebaut. Er habe Wert darauf gelegt, daß einzelne Zimmer schneller, andere langsamer erwärmt würden. Deshalb und zur Erzielung ausreichender Wärme bei großer Kälte habe er eine gewisse Heizreserve in Rechnung gestellt.

Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Sachverständige bei seiner auf exakter Berechnung beruhenden Annahme, für die ordnungsmäßige Beheizung der angeschlossenen Räume würden höchstens 35 000 kcal/h benötigt, die besonderen Erfordernisse eines Hotels oder die Lage und Bauart der angeschlossenen Räume unberücksichtigt gelassen hat.

Aber selbst wenn man eine gewisse Heizreserve für außergewöhnliche Umstände über die vom Sachverständigen für richtig gehaltenen Wärmeeinheiten hinaus in Betracht ziehen wollte, hat der Kläger in keiner Weise dargelegt, aus welchen Gründen er gegenüber den von dem Sachverständigen errechneten 35.000 WE deren 120.000, also mehr als das Dreifache, für notwendig gehalten hat.

Die auf der zu hohen Brennerleistung beruhende übermäßige Rauchgastemperatur will der Kläger offenbar nicht in Abrede stellen. Er meint jedoch, diese könne durch den Einbau einer Drosselung beseitigt werden, den der Beklagte verhindert habe.

Demgegenüber hat das Berufungsgericht im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen Maushardt darauf hingewiesen, daß ein solcher Wärmeüberschuß mit einer Drosselklappe allein nicht zu beseitigen sei. Der Kläger selbst hat diese Ansicht des Sachverständigen in etwa als zutreffend bestätigt. Denn er hat erklärt, ursprünglich sei der Einbau einer Heizungsschlange oder eines Warmwasserspeichers vorgesehen gewesen. Diese Pläne, die der Beklagte als zu kostspielig bezeichnet habe, seien später aufgegeben worden. Da dies ausweislich des schriftlichen Auftrags vom 8. September 1958 schon geraume Zeit vor Beginn der Arbeiten geschehen sein muß, hätte der Kläger die Brennerleistung den veränderten Verhältnissen anpassen müssen.

bb) Den größten Mangel der vom Kläger gelieferten Anlage erblickt das Berufungsgericht darin, daß die an die Heizung angeschlossenen Räume ungenügend und nicht gleichmäßig erwärmt werden. Der Sachverständige führt dies hauptsächlich auf eine fehlerhafte Bemessung und Verlegung der Luftkanäle zurück.

Den Einwand des Klägers, die Kanäle seien so berechnet und verlegt, daß nach dem Wunsche des Beklagten in kürzester Zeit einige Räume schnell, andere langsam erwärmt werden könnten und wieder andere ganz abzuschalten seien, will das Berufungsgericht nicht gelten lassen. Unter Bezugnahme auf die Ergebnisse der Probeheizung im Beisein des Sachverständigen führt es aus, auch wenn man dem Kläger folge, müßte in sämtlichen Räumen - teils schneller, teils langsamer - die erforderliche Temperatur erzielt werden können. Das sei aber nicht der Fall. Eine Warmluftheizanlage, wie sie nach den Angaben des Klägers habe konstruiert werden sollen, setze besonders eingehende Berechnungen voraus. Der Kläger habe aber auf Befragen eingeräumt, daß er lediglich in seinem Notizbuch einige Berechnungen vorgenommen, diese aber längst weggeworfen habe.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechts- oder Denkfehler erkennen (vgl. auch VOB Teil C - DIN 18 380, insbesondere 3.31 und 3.4 daselbst).

Der Kläger will die unzureichende und ungleichmäßige Erwärmung der Räume weiterhin mit dem Fehlen einer Drosselung und mit einer möglicherweise falschen Einstellung der Fangklappen bei der Probeheizung erklären. Ein solches Vorbringen liegt jedoch angesichts der vom Berufungsgericht übernommenen Erklärung des Sachverständigen, daß die Luftkanäle unsachgemäß bemessen und verlegt seien, neben der Sache. Gerade diesem Teil des Gutachtens hat der Kläger keine irgendwie einleuchtenden Einwände entgegenzusetzen vermocht.

cc) Der vom Berufungsgericht für zutreffend gehaltenen Feststellung des Sachverständigen, daß die Heizanlage unwirtschaftlich arbeite, weil die Hitze größtenteils unausgenutzt in den Schornstein gehe, tritt der Kläger mit dem

Hinweis auf das Fehlen einer Drosselung sowie des ursprünglich vorgesehenen Warmwasserspeichers entgegen.

Hierzu ist das Erforderliche bereits oben zu aa) gesagt worden. Im übrigen vermögen die Hinweise des Klägers in keiner Weise die auffällige Tatsache zu erklären, daß die an die Heizung angeschlossenen Räume ungeachtet der das Notwendige erheblich übersteigenden Brennerleistung nur unzureichend und ungleichmäßig erwärmt werden.

dd) Die vorstehend erörterten Feststellungen des Berufungsgerichts, denen aus Rechts- oder Verfahrensgründen nicht entgegengetreten werden kann, ergeben bereits hinreichend, daß die Beurteilung der Heizanlage durch den Sachverständigen in den entscheidenden Punkten nicht als fehlerhaft bezeichnet werden kann. Eines Eingehens auf die weiteren Beanstandungen des Sachverständigen und die Stellungnahme des Klägers hierzu, die sich zudem nur gegen die Beurteilung minder wichtiger Teile des Werks richtet, bedurfte es daher nicht.

Die Einwände des Klägers gegen die Befähigung des Sachverständigen zur Begutachtung ölgefeuerter Warmluftheizungen sind vom Berufungsgericht mit zutreffender Begründung zurückgewiesen worden. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang u.a. auf die Sachkenntnis, Gründlichkeit und Objektivität, mit der der Sachverständige sich schriftlich und mündlich zu den ihm vorgelegten Fragen geäußert hat.

b) Das Berufungsgericht hat sich im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens gehalten, wenn es angenommen hat, daß die Beurteilung des dem Sachverständigen unterbreiteten Sachverhalts im vorliegenden Falle keine besonderen Schwierigkeiten bot. Wie allgemein bekannt ist, hat der Bau ölgefeuerter Warmluftheizungen nach dem Kriege immer mehr zu-

genommen. Schon um die Jahreswende 1958/1959, als die hier streitige Anlage fertiggestellt wurde, lagen genügend Erfahrungen über die zweckmäßigste Anlage und Wirkung derartiger Heizungen vor.

Abgesehen davon stellte die Begutachtung der von dem Kläger eingebauten Heizung nach Lage der Umstände keine allzu hohen Anforderungen an die Sachkunde des Gutachters. Wie aus den Feststellungen des Berufungsgerichts hervorgeht, weist die Anlage derart zahlreiche und grobe Mängel auf, daß sie von jedem im einschlägigen Fach Bewanderten alsbald erkannt werden mußten.

Hiernach kann keine Rede davon sein, daß die Ablehnung der vom Kläger beantragten Einholung eines Obergutachtens durch das Berufungsgericht einen Verfahrensverstoß enthält.

2) Auch die weiteren Rügen der Revision gemäß § 286 ZPO können keinen Erfolg haben.

a) Der Kläger hat sich im Schriftsatz vom 3. Februar 1960 (S. 2) auf das Zeugnis des K. [REDACTED] dafür berufen, daß die Heizung von Anfang Januar bis Mitte Mai 1959 ordnungsmäßig funktioniert und daß der Beklagte sie nie beanstandet oder Anlaß zu einer Beanstandung gehabt habe. Er hat diesen Beweisantritt in dem im Berufungsrechtszuge eingereichten Schriftsatz vom 13. Oktober 1960 (S. 1) wiederholt.

Zu Unrecht rügt die Revision, daß der Zeuge hierzu nicht gehört worden sei.

Der Zeuge K. [REDACTED] ist im ersten Rechtszuge u.a. zu der Behauptung des Klägers vernommen worden, daß die Heizungsanlage schon im Dezember 1958 betriebsfertig gewesen und auch betrieben worden sei. Er hat diese Fragen be-

jaht und auf Vorhalt hinzugefügt, er sei anschließend im Dienst des Beklagten gewesen und habe dort auch die Heizung teilweise bedient. Diese habe gebrannt und sei in Ordnung gewesen. Es habe nur die Drosselung gefehlt.

Das Berufungsgericht will die Aussage des Zeugen in erster Linie dahin verstehen, daß er - ebenso wie der Zeuge B [REDACTED] - lediglich erklärt habe, der Ölofen habe gebrannt. Ob es mit dieser Begründung die nochmalige Vernehmung des Zeugen K [REDACTED] hätte ablehnen können, bedarf keiner Erörterung. Denn das Berufungsgericht geht in einer Hilfsbegründung davon aus, daß der Zeuge hat sagen wollen, die Räume seien ordnungsmäßig beheizt worden. Für diesen Fall meint es, die Bekundung des Zeugen K [REDACTED] sei durch die viel genaueren Aussagen der Zeugin S [REDACTED] und des Beklagten, insbesondere aber durch das Ergebnis der von dem Sachverständigen vorgenommenen Probeheizung, widerlegt (BU S. 13).

Daß diese Beurteilung der Aussage des Zeugen K [REDACTED] eine vorweggenommene Beweiswürdigung darstelle, wie die Revision hervorhebt, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat hilfsweise die Aussage des Zeugen im Sinne der Behauptungen des Klägers gewürdigt, sie aber durch das sonstige Beweisergebnis insoweit für widerlegt erachtet. Dazu war es nach § 286 ZPO berechtigt. Einen Anspruch auf wiederholte Vernehmung des Zeugen K [REDACTED] hatte der Kläger nicht (§ 398 ZPO).

b) Der Kläger hat sich zu der Einlassung des Beklagten, er habe die Heizungsanlage nicht abgenommen, im ersten Rechtszuge nicht erklärt. Erst in der Berufungsbegründung (S. 2) hat er - zunächst noch ohne Beweiserbieten - behauptet, der Beklagte habe die Anlage im Dezember 1958 abgenommen. Im Schriftsatz vom 13. Oktober 1960 (S. 1)

hat er sich zum Beweise dafür, daß der Beklagte die Anlage in Ordnung befunden und abgenommen habe, auf das Zeugnis des K [REDACTED] sowie auf Parteivernehmung berufen.

Daß der Berufungsrichter zu diesen Beweiserbieten keine Stellung genommen hat, bedeutet keinen Verstoß gegen § 286 ZPO. Der Beweisantritt, daß der Beklagte die vom Kläger hergestellte Warmluftheizung abgenommen habe, ist unerheblich, weil eine Abnahme der Anlage die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen nicht ausschließen würde. Etwas anderes hätte nur dann zu gelten, wenn der Beklagte die Anlage in Kenntnis ihrer Mängel abgenommen hätte, ohne sich seine Rechte wegen der Mängel vorzubehalten (§ 640 Abs. 2 BGB). Eine solche Behauptung hat aber der Kläger nicht aufgestellt.

II. Die Revision ist der Ansicht, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Beklagten verstoße gegen Treu und Glauben, weil dieser dem Kläger den Zutritt zum Hause zwecks Behebung angeblicher Mängel verweigert habe.

Das Oberlandesgericht hat festgestellt, daß die an der Warmluftheizung vorhandenen Mängel nicht zu beheben sind, daß jedenfalls der Kläger hierzu nicht in der Lage ist. Diese Feststellung ist von der Revision nicht angegriffen worden. Das erkennende Gericht ist daher an sie gebunden. Dann aber kommt es auf die im Termin am 12. Januar 1960 vom Kläger erklärte Bereitwilligkeit zur Nachbesserung nicht an. Vielmehr sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen der Besteller nach § 634 Abs. 3 BGB, auch ohne dem Unternehmer Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben, die Gewährleistungsansprüche, auch den Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB (RGZ 56, 81), erheben kann.

Die Berufungsbegründung (S. 2), auf die sich die Revision bezieht, enthält keine Angaben darüber, wann der Beklagte dem Kläger den Zutritt zu der Heizungsanlage verwehrt hat. Sollte das am 10. Januar 1959 der Fall gewesen sein, so könnte der Kläger aus der Weigerung des Beklagten, ihm den Zutritt zum Hause zu gewähren, keine Rechtsfolgen für sich herleiten. Denn unstreitig ist der Kläger an diesem Tage nicht erschienen, um allgemeine Nachbesserungen vorzunehmen, sondern um die fehlende Drosselung einzubauen. Das Berufungsgericht hat aber im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen Maushardt festgestellt, daß der Einbau einer Drosselklappe nicht ausreicht, um die vorhandenen Mängel der Warmluftheizung, insbesondere den Wärmeüberschuß, zu beseitigen.

Somit stellt es keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, wenn der Beklagte den Einbau der Drosselung durch den Kläger nicht zugelassen hat.

III. Hiernach sind die Angriffe der Revision gegen das angefochtene Urteil insgesamt nicht gerechtfertigt. Das Rechtsmittel ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Glanzmann Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Erbel Meyer