

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 286/74

URTEIL

Verkündet am
6. März 1975
Horn,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Schmieds Michael A [REDACTED], F [REDACTED],
Fr [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Albert B [REDACTED], G [REDACTED], Ba [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 2. August 1974 aufgehoben. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts in Mönchengladbach vom 30. Januar 1974 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten beider Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger bestellte im Juli 1971 im Geschäft des Beklagten Aluminiumfenster für seinen Wohnhausneubau in Fr [REDACTED]. Dabei übergab er einen Zettel mit den gewünschten Maßen. Die Filialleiterin Sch [REDACTED] des Beklagten erklärte, die Maße müsse sie selbst am Bau nehmen, was sie dann auch tat. Die Fenster sollten auf beiden Seiten sowie am Sturz eine Anschlagbreite von je 2 cm erhalten. Der Beklagte hatte sie in die vorhandenen Öffnungen im Mauerwerk einzufügen. Dabei sollte das - damals bereits teilweise hergestellte - Verblendmauerwerk den Anschlag bilden.

- 3 -

Der Beklagte ließ die Fenster - bis auf die beiden großen Fenster der Vorderfront - Anfang Dezember 1971 an den Anschlägen aus dem inzwischen fertiggestellten Verblendmauerwerk anbringen. Als im April 1972 sein Angestellter auch die beiden großen Vorderfrontfenster einsetzen wollte, paßten diese zwar in die Öffnungen des Hintermauerwerks, jedoch ließen sich die Schwingflügel nicht nach außen öffnen, weil die Anschläge des Verblendmauerwerks auf beiden Seiten je 7 cm statt 2 cm breit waren.

Nach der Darstellung des Klägers war, als die Filialleiterin des Beklagten die Maße nahm, die Vorderfront des Hauses im Bereich der großen Erdgeschoßfenster bereits verblendet. Es sei vereinbart worden, daß die Öffnung im Blendmauerwerk nicht geändert, sondern der Fensterrahmen dem vorhandenen Mauerwerk angepaßt werden sollte. Das große Obergeschoßfenster, in dessen Bereich damals das Blendmauerwerk unstreitig noch nicht ausgeführt war, habe die gleiche Größe erhalten sollen. An diese Vereinbarung habe sich der Beklagte nicht gehalten. Da dieser trotz Fristsetzung die beiden Fensterrahmen nicht passend geliefert und eingesetzt habe, sei er, der Kläger, insoweit vom Vertrag zurückgetreten.

Demgegenüber hat der Beklagte behauptet, die Verblendung sei, als seine Filialleiterin die Maße für die Fenster nahm, im Bereich des großen Erdgeschoßfensters der Vorderfront noch nicht hergestellt gewesen. Man sei übereingekommen, daß die Anschläge des Blendmauerwerks entsprechend den Maßen der Fensterrahmen 2 cm breit ausgeführt werden sollten. Hierauf sei jedoch bei den weiteren Verblendungsarbeiten nicht geachtet worden.



Der Kläger hat auf Rückzahlung der für die beiden großen Fensterrahmen gezahlten 2.548,46 DM nebst Zinsen geklagt. Das Landgericht hat der Klage, unter Aberkennung eines Teils der verlangten Zinsen, Zug um Zug gegen Herausgabe der noch beim Kläger stehenden beiden Fenster stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger den Klaganspruch weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die zwischen den Parteien streitigen Fragen, ob die große Fensteröffnung in der Vorderfront des Erdgeschosses bereits verblendet war, als die Filialleiterin des Beklagten die Maße für sämtliche Fenster nahm, und demgemäß die Vereinbarung, daß der Beklagte die Fenster nach den vorhandenen Anschlägen auszuführen hatte, auch für die beiden großen Fenster galt, durch die Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen nicht für geklärt. Es sei ebenso möglich, daß die Filialleiterin des Beklagten die Öffnung für das große Erdgeschoßfenster falsch gemessen habe, wie daß der Kläger oder sein Bauleiter die Maurer nicht angewiesen hätten, die Anschläge im Blendmauerwerk 2 cm breit anzulegen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Zeugen nicht abweichend vom Landgericht für unglaubwürdig halten dürfen, ohne selbst sie vernommen zu haben (§ 398 ZPO; BGH NJW 1964, 2414), ist unbegründet. Auch

das Landgericht hat die streitigen Fragen durch die Bekundungen der vernommenen Zeugen nicht für geklärt erachtet. Es hat der Klage stattgegeben, weil den Beklagten die Beweislast dafür treffe, daß die Verblendung im Bereich des großen Erdgeschoßfensters erst angebracht worden sei, nachdem die Filialleiterin des Beklagten die Maße genommen hatte.

II.

Demgegenüber verlangt das Berufungsgericht vom Kläger den Beweis dafür, daß, als die Filialleiterin des Beklagten zum Bau kam, die Maueröffnung für das große Erdgeschoßfenster bereits verblendet war. Es hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger diesen Beweis nicht erbracht habe.

Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen unter denen der Kläger nach § 636 i.V. mit §§ 634, 327, 346 BGB bezüglich der beiden großen Vorderfrontfenster hätte vom Vertrag zurücktreten können, deshalb nicht für gegeben, weil er nicht dargetan habe, daß der Beklagte diese Fenster nicht "rechtzeitig" eingebaut habe. Der Beklagte habe, da keine bestimmte Frist vereinbart war, die Fenster in angemessener Frist einsetzen müssen und diese Frist sei bei Klagerhebung abgelaufen gewesen. Angesichts des offenen Beweisergebnisses sei vom Sachvortrag des nicht beweispflichtigen Beklagten auszugehen. Die angelieferten Fenster hätten zwar in die Rohbauöffnungen des Hintermauerwerks gepaßt, aber sie hätten nicht eingebaut werden können, weil der Kläger nicht seiner vertraglich vereinbarten Mitwirkungspflicht nachgekommen gewesen sei, 2 cm breite Anschläge im Blendmauerwerk herzu-

stellen. Dieses durch die Beweisaufnahme nicht widerlegte Vorbringen des Beklagten wertet es als substantiiertes Bestreiten des vom Kläger behaupteten Vertragsinhalts mit der Folge, daß die allein am Verhalten des Klägers gescheiterte Leistung des Beklagten bei dieser Sachlage nicht fällig geworden sei. Deshalb entfalle die nach § 636 Abs. 1 BGB für den Rücktritt des Klägers erforderliche Voraussetzung, daß das geschuldete Werk "nicht rechtzeitig hergestellt" worden sei.

§ 636 Abs. 2 BGB, wonach den Unternehmer die Beweislast trifft, wenn er die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts bestreitet, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, ändert nach Ansicht des Berufungsgerichts nichts an der Beweislast des Klägers. Nach dieser Bestimmung habe der Unternehmer nur den tatsächlichen Zeitpunkt seiner Leistung zu beweisen, nicht dagegen auch den Zeitpunkt der Fälligkeit. Die vertragliche Herstellungszeit zu beweisen, bleibe Sache des Bestellers.

III.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Der Klage ist stattzugeben, weil der Beklagte nicht bewiesen hat, daß der Kläger verpflichtet war, 2 cm breite Anschläge für die beiden großen Vorderfrontfenster herstellen zu lassen.

1. Wären die Fenster in den vom Kläger auf dem mitgebrachten Zettel notierten Größen bestellt worden, so stände außer Zweifel, daß der Kläger dafür einzustehen hätte, wenn die von ihm genommenen Maße nicht stimmten.

Die Filialleiterin des Beklagten hat jedoch darauf bestanden, selber die genauen Maße am Bau zu nehmen, und der Kläger war damit einverstanden. Zutreffend sieht das Berufungsgericht den Sinn dieser Absprache darin, daß der Beklagte damit die Verantwortung für die Übereinstimmung der von der Filialleiterin genommenen Maße mit den baulichen Gegebenheiten übernahm. Der Beklagte hatte also dafür zu sorgen, daß er die von ihm gelieferten Fenster auch funktionsgerecht einbauen konnte. Damit die Schwingflügel der beiden großen Fenster geöffnet werden konnten, mußten deren Anschläge mit den Anschlägen im Blendmauerwerk übereinstimmen.

2. Wenn bei dieser Sachlage der Beklagte sich auf einen Sachverhalt beruft, der ihn, ohne in Verzug zu geraten (§ 326 BGB), berechtigen soll, die Erfüllung endgültig zu verweigern, so muß er die Voraussetzungen hierfür beweisen. Ihn trifft somit die Beweislast für seine Behauptung, daß die Vorderfront des Hauses im Bereich der großen Erdgeschoßfenster zu der Zeit, als seine Filialleiterin die Maße für die Fenster nahm, noch nicht verblendet war. Da er diesen Beweis nicht erbracht hat, kann er nicht geltend machen, die Nichterfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung, die beiden großen Vorderfrontfenster einzubauen, sei auf das Verhalten des Klägers zurückzuführen. Es ist also für die Entscheidung davon auszugehen, daß der Beklagte die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig grundlos verweigert hat. Damit hat der Kläger die Rechte aus § 326 BGB (in entsprechender Anwendung) - ständige Rechtsprechung (vgl. z.B. Urteil des Senats vom 20. Januar 1969 - VII ZR 79/66 = LM Nr. 1 zu § 326 (G) BGB -). Er konnte daher vom Vertrag zurücktreten und Rückzahlung des von ihm für die beiden Fenster bereits Geleisteten fordern.

- 8 -

IV.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen. Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten beider Rechtsmittelzüge zu tragen.

Vogt

Meise

Erbel

RiBGH Bliesener ist
in Urlaub und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Vogt

Girisch