

BUNDESGERICHTSHOF

2066 003

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 319/64

URTEIL

Verkündet am

3. Juli 1967

Jodas

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Witwe Elsa A [REDACTED], H [REDACTED],
M [REDACTED]-L [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Facharzt für Orthopädie Dr. Heinz S [REDACTED],
H [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 25. November 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres Ehemannes Paul A. Der Erblasser führte Bauarbeiten verschiedener Art an einem Neubau des Beklagten aus. Von dem Werklohn, den er hierfür in Rechnung stellte, sind 11.086,10 DM noch nicht bezahlt.

U.a. erbrachte der Erblasser im Jahre 1959 Arbeiten an einem Bewegungsbad, das im Untergeschoß des Neubaus für medizinisch-orthopädische Zwecke errichtet wurde und an dessen Herstellung außer dem Erblasser vier andere Unternehmer beteiligt waren. Die Arbeit des Erblassers bestand im wesentlichen darin, daß er zur Isolierung auf den Innenwänden des Beckens - über einer von

- 3 -

einem anderen Unternehmer hergestellten Korkisolierung - zwei Lagen Bitumenpappe heiß, d.h. mit Bitumenmasse, klebte und diese Pappisolierung mit einem Bitumenanstrich versah.

Als das fertiggestellte Becken am 12. September 1959 mit Wasser gefüllt wurde, versickerte dieses in etwa 3 Stunden auf 10 bis 15 cm Höhe.

Nachdem Verhandlungen über die Ursache der Undichtigkeit mit den beteiligten Handwerkern stattgefunden und sich mehrere Sachverständige über diese Frage geäußert hatten, wurde das Becken neu verkleidet. Hieran war der Erblasser nicht mehr beteiligt; eine andere Firma nahm die Isolierung - über der wiederum angebrachten Korkschicht - vor, und zwar nicht mehr mit Bitumenpappe, sondern mit Kupfer-Riffelband.

Gegenüber dem von der Klägerin eingeklagten Anspruch auf Restwerklohn in Höhe von 11.086,10 DM nebst Zinsen rechnet der Beklagte mit Schadensersatzansprüchen auf. Er behauptet, die Leute des Erblassers hätten mangelhaft isoliert, insbesondere die Pappe nicht ordnungsgemäß verklebt. Deshalb sei das Becken undicht gewesen; mindestens habe die mangelhafte Pappisolierung die Undichtigkeit mitverursacht. Der ihm hierdurch entstandene Schaden, der in den Kosten der neuen Verkleidung und in dem durch verzögerte Ingebrauchnahme des Bads entgangenen Gewinn bestehe, übersteige den restlichen Werklohnanspruch.

Die Klägerin gibt anderen Handwerkern und dem bei dem Neubau tätig gewesenem Architekten H. die Schuld an der Undichtigkeit des Beckens.



Das Landgericht hat der Klage nur in Höhe von 4.643,91 DM nebst Zinsen stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie ganz abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Anspruch auf Zahlung von 11.086,10 DM nebst Zinsen weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

In Streit steht nur der vom Beklagten geltendgemachte Schadensersatzanspruch. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht ihm nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 und 2 VOB/B ein solcher Anspruch zu, der die Klageforderung übersteigt.

I.

Es führt aus, die von den Leuten des Erblassers angebrachte Isolierung habe einen wesentlichen Mangel aufgewiesen, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt habe. Die Arbeiter des Erblassers hätten die beiden Pappschichten zum Teil nicht vollflächig und überdies an den Stößen nicht vollfugig verklebt. Dadurch habe Wasser durch die Pappe in die darunterliegenden Korkplatten dringen können. Die Arbeiter des Erblassers hätten grob fahrlässig gehandelt und gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei zu dem Ergebnis, daß die Pappisolierung mangelhaft sei, auf Grund eines fehlerhaften Verfahrens (§ 286 ZPO) ge-

langt. Es habe sich nämlich nicht auf die Aussage des Zeugen Sch[REDACTED] - der vor dem Prozeß die Schäden für eine Versicherungsgesellschaft begutachtet hatte - stützen und aus dieser keine Bedenken gegen das der Klägerin günstige Gutachten des Sachverständigen Schaumann herleiten dürfen. Sch[REDACTED] besitze keine Sachkunde. Das ergebe sich daraus, daß er drei etwa 1 qm große Stücke aus der Pappe herausgeschnitten und dem Beklagten als Beweistücke für die Fehlerhaftigkeit übergeben, daß aber hinterher der Sachverständige Schaumann diese Stücke als einwandfrei bezeichnet habe. Dies habe das Berufungsgericht übersehen.

Davon kann keine Rede sein. Es befaßt sich ausdrücklich mit der im schriftlichen Gutachten Schaumanns enthaltenen Äußerung, die Isolierung in den herausgeschnittenen und ihm vorgelegten Stücken sei einwandfrei. Es weist aber darauf hin, daß Schaumann bei seiner Vernehmung vor Gericht die schriftliche Bekundung eingeschränkt hat. Er hat nunmehr ausgesagt, die Stücke seien einwandfrei gewesen, soweit man es habe sehen können; der Beklagte habe zwar gemeint, die einzelnen Papplagen seien an einigen Punkten nicht geklebt gewesen; das habe er, der Sachverständige nicht mehr feststellen können.

Demnach kann nicht, wie die Revision es tut, davon ausgegangen werden, daß die herausgeschnittenen Stücke sich als einwandfrei herausgestellt haben. Daß im übrigen das Berufungsgericht dem Sachverständigen Schaumann nicht folgt, hält sich im Rahmen der ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung. Es stützt seine gegenteilige Auffassung nicht nur auf die Aussage des Zeugen Sch[REDACTED], sondern verwertet auch die Bekundungen der Zeugen H[REDACTED],

Sch[REDACTED] sowie P[REDACTED] und berücksichtigt ferner die Erklärung, die der Zeuge H[REDACTED] bei der Besprechung und Besichtigung am 29. Januar 1960 abgegeben hat.

II.

Das Berufungsgericht stellt fest, die mangelhafte Verklebung der Pappe sei jedenfalls mitursächlich für die Undichtigkeit des Beckens. Ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin und ihres Architekten verneint es.

1.) Demgegenüber verweist die Klägerin auf ihren Vortrag im Schriftsatz vom 17. Februar 1962. Dort hatte sie geltendgemacht, es lägen Konstruktionsfehler des Architekten vor, und beantragt, hierzu das Gutachten eines Fachmanns in Isolierungsfragen einzuholen.

Das Berufungsgericht hat sich mit den angeblichen Planungsfehlern des Architekten unter dem Gesichtspunkt befaßt, ob ein der Klägerin nach §§ 254, 278 BGB zuzurechnendes mitwirkendes Verschulden vorliege.

Die Revision führt aus, das Berufungsgericht habe hier den Vortrag der Klägerin nicht richtig verstanden. Sie habe sagen wollen, die fehlerhafte Konstruktion sei allein ursächlich für den Schaden und habe eine ordnungsmäßige Abdichtung überhaupt unmöglich gemacht. Dann aber komme es gar nicht darauf an, ob die Arbeiten des Erblassers mangelhaft seien.

Hiermit kann die Revision schon deshalb keinen Erfolg haben, weil das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler Planungsfehler des Architekten verneint. Das schon er-

wähnte Vorbringen im Schriftsatz vom 17. Februar 1962 kann diese Beurteilung nicht entkräften. Die Klägerin zählt dort alles auf, was bei der zweiten Ausführung des Beckens anders gemacht worden ist als bei der ersten. Das genügt nicht, um einen für den Schaden ursächlichen Konstruktionsfehler des Architekten darzulegen. Worin ein solcher liegen soll, ist aus dem Vortrag der Klägerin in jenem Schriftsatz nicht zu erkennen. Der Vortrag ist nicht schlüssig.

2.) Die Revision will ein mitwirkendes Verschulden daraus herleiten, daß die Firma Scha & R vor Verlegung der Fliesen "die Bauleitung" - gemeint ist wohl der Architekt - auf die mangelhafte Isolierung hingewiesen habe. Sie meint, auf Grund dieses Hinweises habe der Beklagte, bevor die Platten aufgetragen wurden, für die Ausbesserung der Isolierung sorgen müssen.

Die Rüge ist unbegründet. Die Revision bezieht sich bei diesem Punkt auf das Vorbringen S. 6 des Schriftsatzes vom 17. Februar 1962. Dort ist nicht behauptet, daß die Bauleitung auf die mangelhafte Isolierung hingewiesen worden sei, und auf der folgenden Seite 7 des Schriftsatzes ist geradezu das Gegenteil behauptet.

III.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Schadens werden von der Revision nur insoweit angegriffen, als es sich um den dem Beklagten entgangenen Gewinn handelt.

1.) Er hatte behauptet, ihm seien Einnahmen an 114 Tagen entgangen, um die sich infolge der mangelhaften Arbeiten die Inbetriebnahme des Bades verzögert habe. Das Berufungsgericht kommt in eingehender Begründung zu dem Ergebnis, daß der Beklagte Verdienstausschlag nur für 3 Monate, nämlich für die Zeit vom 14. September bis zum 13. Dezember 1959, beanspruchen könne.

Deshalb ist es irreführend, wenn die Revision sagt, das Berufungsgericht habe "den Gewinnausfallschaden lediglich um 1 bis 2 Tage gekürzt". Hierbei handelt es sich nach S. 43 BU um den geringen Mehraufwand an Zeit, den die Isolierung mit Kupfer-Riffelband gegenüber der Isolierung mit Pappe erfordert. Das Berufungsgericht zieht aber weiter von der Zeit, die zwischen der Entdeckung der Undichtigkeit und der Beendigung der neuen Verkleidung liegt, rund drei Wochen deshalb ab, weil der Beklagte nicht länger als nötig mit der Ausbesserung oder Neuherstellung des Beckens warten durfte. Daß es ihm hierbei eine gewisse Zeit zubilligt, um die Ursache des Mangels festzustellen und die zu seiner Beseitigung erforderlichen Maßnahmen zu treffen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Alle Überlegungen, die das Berufungsgericht bei der Bemessung des für den Gewinnausfall zugrundezulegenden Zeitraums anstellt, halten sich im Rahmen der ihm durch § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO eingeräumten Befugnis, nach freier Überzeugung zu entscheiden. Ob es Beweis erheben wollte, stand in seinem Ermessen (§ 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

2.) Die Klägerin hatte behauptet, dem Beklagten blieben von seinen Einnahmen nur 30 % als reiner Verdienst, und beantragt, darüber eine Auskunft des Finanzamts einzuholen.

Die Rüge, diese Auskunft sei nicht eingeholt worden, kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil wie bereits erwähnt im Rahmen des § 287 ZPO die Beweiserhebung im Ermessen des Gerichts steht. Das Berufungsgericht durfte, wie es das getan hat, in eigener Schätzung die durch den Betrieb des Bads entstehenden Unkosten - die der Beklagte nun, während das Bad stilllag, erspart hat - ermitteln. Daß bei dieser Schätzung ein Rechtsfehler unterlaufen sei, legt die Revision nicht dar.

3.) Das Berufungsgericht erörtert noch, ob ein dem Beklagten zugute kommender steuerlicher Vorteil seinen Anspruch auf entgangenen Gewinn beeinflusse.

Daß es diese Frage verneint, rechtfertigt sich schon aus folgenden Gesichtspunkten:

Der Beklagte hatte vorgetragen, er erleide im Gegenteil einen steuerlichen Nachteil dadurch, daß er die Entschädigung für den entgangenen Gewinn mehrere Jahre später zu versteuern habe; denn er hätte bei einer Versteuerung der Einkünfte in dem Zeitraum, in dem er diese bei rechtzeitiger Herstellung des Beckens bezogen hätte, nach § 7 b EStG einen höheren Prozentsatz der Herstellungskosten absetzen können. Andererseits hatte die Klägerin, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, selbst nicht behauptet, der Beklagte werde den ihm von der Klägerin zu leistenden Schadensersatz mit einem geringeren Satz zu versteuern haben als die ihm seinerzeit entgangenen Honorare. Somit ergeben sich nach dem übereinstimmenden Parteivortrag keine Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte durch

die Versteuerung der Entschädigung (vgl. § 24 Nr. 1 a EStG) besser gestellt würde, als er bei der Versteuerung des Gewinns im Jahre 1959 gestanden hätte. Dieser Frage war vom Gericht mangels entsprechender Parteibehauptungen nicht nachzugehen.

Bei dieser Sachlage kommt es auf die gleichwohl vom Berufungsgericht angestellte, von der Revision als "Vermutung" bezeichnete Erwägung, daß ein steuerlicher Vorteil auch unwahrscheinlich sei, gar nicht mehr an.

IV. .

Da die Revisionsrügen somit unbegründet sind und das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen läßt, ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke