

2072 096
BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 4/66

URTEIL

Verkündet am
21. März 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Selig W [REDACTED], G [REDACTED],
F [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Anton A [REDACTED], Zimmerei
und Schreinerei, D [REDACTED], G [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt a. M. vom 5. Oktober 1965 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ließ im Jahre 1962 das L-Filmtheater in E in einen Tanzpalast umbauen. Die Klägerin führte die Schreinerarbeiten aus. U. a. glich sie die Schräge des Kinobodens durch ein Holzgerüst aus und verlegte darauf einen Holzfußboden.

Auf die Werklohnforderung der Klägerin von 47.355,77 DM hat der Beklagte insgesamt 11.500 DM abgezahlt. Den Restbetrag von 35.855,77 DM nebst Zinsen hat die Klägerin eingeklagt.

Der Beklagte hat mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet, hilfsweise dieserhalb ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Seine Gegenansprüche begründet er damit, daß der Fußboden in der ausgeführten Form nicht genehmigungsfähig und auch nicht genehmigt worden sei und entfernt werden müsse. Dadurch erleide er einen Schaden, der den eingeklagten Betrag übersteige.

Das Landgericht hat der Klage – bis auf einen Teil des Zinsanspruchs – stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat, wie das Berufungsgericht feststellt, den Tanzpalast vorübergehend betrieben und somit das Werk der Klägerin abgenommen. Die vereinbarte Werklohnforderung ist daher entstanden und fällig (§§ 631, 641 BGB).

Die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung verneint das Berufungsgericht.

I.

Das Bauamt hat die Benutzung der Räumlichkeiten als Tanzlokal verboten, weil in Versammlungsstätten die Fußböden nur dann aus brennbarem Material bestehen dürfen, wenn sie auf nicht brennbarer Unterlage so verlegt werden, daß zwischen Konstruktion und Belag keine Hohlräume entstehen.

In der fehlenden Genehmigungsfähigkeit sieht das Berufungsgericht zutreffend einen Sachmangel (§ 633 BGB) des Werkes. Es verneint jedoch einen Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB, weil ihm die Klägerin ihre Bedenken gegen die von ihm vorgesehene Ausführung mitgeteilt, er aber trotzdem auf seinem Verlangen bestanden habe. Er habe das von ihm eingeholte Angebot eines anderen Unternehmers für den zunächst vorgesehenen Betonfußboden als zu teuer empfunden und von der Klägerin

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



ein Angebot verlangt für einen nach Maßgabe der Zeichnungen des Architekten H. über dem schrägen Kinoboden auf Holzstützen zu verlegenden Holzfußboden. Dem sei die Klägerin nachgekommen. Sie habe aber den Beklagten auf das Erfordernis einer baupolizeilichen Genehmigung für die von ihm verlangte Ausführung des Fußbodens und damit zugleich auf die Möglichkeit, daß die Genehmigung versagt werden könne, hingewiesen. Der Beklagte habe hierauf mindestens erklärt, die Klägerin solle dies seine Sorge sein lassen, er habe bereits alles in die Wege geleitet. Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe die Genehmigungsfähigkeit des Bodens zugesichert, hält das Berufungsgericht für widerlegt.

Aus vorstehenden Feststellungen folgt das Berufungsgericht, daß die Klägerin ihrer Hinweispflicht genügt habe. Der Beklagte habe aber nicht nur darauf bestanden, die Genehmigung selbst zu besorgen, sondern auch erklärt, daß für ihn als Verfolgten des Naziregimes ein besonderer Weg über bestimmte Dienststellen zur Erlangung der Genehmigung gegeben sei. Der anwesende Architekt H. habe dem nicht widersprochen. Hieraus habe die Klägerin schließen können, daß dieser die Erklärung des Beklagten, die Genehmigung selbst beschaffen zu wollen, billigte.

Die Revision greift diese Ausführungen mit Verfahrensrügen an. Diese sind nicht gerechtfertigt.

1.) Der Beklagte hat im landgerichtlichen Verfahren seine Behauptung, die Klägerin habe ausdrücklich zugesichert, die von ihr zu leistenden Arbeiten würden genehmigt, u.a. durch das Zeugnis des Arire A. unter Beweis gestellt. Das Landgericht hat den Zeugen nicht vernommen, da

der Beklagte den verlangten Zeugenvorschuß nicht hinterlegte. Im Berufungsverfahren hat sich der Beklagte in dem seiner Berufungsbegründung folgenden Schriftsatz vom 22. März 1965 auf den Zeugen Harrie Ar[REDACTED], der mit Arire A[REDACTED] personengleich ist, dafür berufen, daß Rudolf Ar[REDACTED] bei der Unterredung erklärt habe, er habe schon oftens derartige Verlegearbeiten durchgeführt und sie immer genehmigt erhalten; er werde sich auch hier um die Beschaffung der Baugenehmigung kümmern, der Beklagte brauche sich damit nicht zu befassen.

2.) Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil der Beklagte nicht bewiesen habe, daß er weder in Verschleppungsabsicht noch aus grober Nachlässigkeit den Vorschuß nicht gezahlt habe und die Vernehmung des Zeugen zu einer unerwünschten Verzögerung des Rechtsstreits geführt hätte.

Ob hierin bei der geschilderten Sachlage ein Prozeßverstoß liegt, kann dahinstehen.

3.) Das Berufungsgericht unterstellt nämlich hilfsweise die in das Wissen des Zeugen gestellte Tatsache und führt aus, durch sie würde nicht die Feststellung erschüttert, daß der Beklagte auf den Hinweis des Rudolf Ar[REDACTED], es sei eine baupolizeiliche Genehmigung für den Fußboden erforderlich, entgegnet habe, die Klägerin solle dies seine Sache sein lassen, er habe alles in die Wege geleitet. Eine dahingehende Feststellung sei umso mehr gerechtfertigt, als hierfür der von den Zeugen H[REDACTED] und S[REDACTED] bekundete Hinweis des Beklagten auf die für ihn gegebene besondere Zuständigkeit einer Dienststelle in D[REDACTED] spreche. Dieser Hinweis wäre nach Ansicht des Berufungsgerichts unverständlich, wenn die Parteien dabei verblieben wären, daß die Klä-

gerin die Genehmigung beschaffen sollte. Die dahingehende Behauptung des Beklagten sei auch nicht mit dessen eigenem Sachvortrag vereinbar, er habe in Aussicht gestellt, selbst die Genehmigung zu beschaffen.

Diese Begründung trägt die Ablehnung des Beweisantrags. Was die Revision ihr entgegenhält, greift nicht durch.

a) Dafür, daß der Architekt H. bei der maßgeblichen Besprechung nicht anwesend war, ergibt dessen Bekundung nichts. Nach dem Berufungsurteil (S. 18) hat H. im Gegenteil glaubhaft erklärt, er sei bei der maßgebenden Besprechung zugegen gewesen.

b) Der Schriftsatz des Beklagten vom 22. Februar 1963 (Bl. 7) enthält nichts, womit sich das Berufungsgericht bei der Würdigung der Bekundung des Zeugen S. hätte auseinandersetzen müssen. Der Zeuge hat erklärt, er sei zweimal mit Rudolf Arn. zu Besprechungen bei dem Beklagten in Essen gewesen. Daß er nur bei Vorbesprechungen zugegen gewesen sei, wie die Revision es darstellt, hat er nicht bekundet.

c) Die Aussage des vom Landgericht als Zeuge vernommenen Rudolf Arn. hat das Berufungsgericht (BU S. 16) ausdrücklich unberücksichtigt gelassen. Auf ihr beruht demnach das angefochtene Urteil nicht.

d) Daß der Beklagte die maßgebende Erklärung bei der endgültigen Absprache abgegeben hat, konnte das Berufungsgericht der Bekundung des Architekten H. entnehmen. Es begründet diese Feststellung aber auch damit, daß der Hinweis des Beklagten auf die für ihn gegebene Zuständigkeit einer besonderen Dienststelle in D. unverständlich

wäre, wenn nach dem Willen der Parteien die Klägerin die Genehmigung hätte besorgen sollen. Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe die Genehmigung beschaffen sollen, hält es auch für unvereinbar mit dem eigenen Sachvortrag des Beklagten, er habe selbst in Aussicht gestellt, die Genehmigung zu erlangen.

e) Da der Beklagte in Gegenwart des Architekten H. der Klägerin erklärte, er werde wegen der Genehmigung alles in die Wege leiten, die Klägerin solle das seine Sorge sein lassen, und er unstreitig die Klägerin stark drängte, die Arbeiten bald fertigzustellen, ist es rechtlich auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine Verpflichtung der Klägerin gegenüber dem Beklagten verneint hat, sich vor Arbeitsbeginn eine Genehmigung zeigen zu lassen.

f) Es stellt somit keinen Verfahrensfehler dar, daß das Berufungsgericht dem Antrag des Beklagten, den Zeugen Ar. (alias A.) zu vernehmen, nicht stattgegeben hat.

Auch im übrigen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Klägerin nicht dafür haften läßt, daß die baupolizeiliche Genehmigung nicht erteilt worden ist.

II.

Der Beklagte hat dem Berufungsurteil zufolge nicht behauptet, der Tanzboden sei nicht standfest. Das hat auch die Baubehörde nicht festgestellt. Diese hat in ihrer Ordnungsverfügung vom 10. Juni 1963 beanstandet, die Standicherheit der Holzkonstruktion und der Holzspanplatten sei nicht nachgewiesen. Die Klägerin hatte sich vor Beginn der

Arbeiten eine statische Berechnung erstellen lassen. Daß diese dem Bauamt nicht vorgelegt wurde, belastet nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht die Klägerin.

Auch hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1.) Sie geht zu Unrecht davon aus, die Standfestigkeit der Tanzfläche sei nicht gegeben. Damit setzt sie sich zu den Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch. Der Ordnungsverfügung ist, wie ausgeführt, nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

2.) Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 30. Oktober 1963 (Bl. 2 und 6) nur behauptet, die Hartplatten hätten sich gelöst und zeigten Risse. Nur dafür hat er sich auf das Gutachten des Sachverständigen berufen. Von einer fehlenden Standsicherheit des Tanzbodens ist darin nicht die Rede.

3.) In der Berufungsbegründung hat zwar der Beklagte daraus, daß das Bauamt die Standfestigkeit nicht als nachgewiesen bezeichnete, gefolgert, diese sei nicht gegeben. Einen Beweis hierfür hat er aber nicht angetreten. Die Folgerung als solche ist unbegründet.

III.

Die unter I behandelte fehlende Genehmigungsfähigkeit des Tanzbodens rührt nicht nur daher, daß der Fußbodenbeleg nicht auf der Betondecke verlegt wurde, sondern beruht auch darauf, daß die den Fußboden tragende Holzkonstruktion aus brennbarem Material besteht. Die Ausführungen unter I gelten deshalb auch gegenüber der Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Haftung der Klägerin dafür verneint, daß die Konstruktion einschließlich der Holzspan-

platten, auf denen der Fußbodenbelag aufliegt, nicht aus nicht brennbarem Material hergestellt sei.

Daß ausdrücklich vereinbart gewesen wäre, die Klägerin solle nicht brennbares Material verwenden, hat der Beklagte nicht behauptet. Soweit in den von der Revision angeführten Schriftsätzen vom 22. Februar 1965 (S. 9 f.) und 13. April 1964 (S. 4) davon die Rede ist, die Klägerin habe von einer feuerhemmenden Wirkung des Materials gesprochen, handelt es sich um Vorgänge nach der Abnahme, als der Beklagte dem Bauamt den Nachweis erbringen sollte, daß nicht brennbares Material für die Konstruktion zur Aufnahme des Fußbodens verwendet worden sei. Hierauf aber kommt es nicht an.

IV.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer