

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 165/72

URTEIL

Verkündet am
26. Mai 1975
Schorm,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Paul S [REDACTED], E [REDACTED] bei I [REDACTED]
[REDACTED], S [REDACTED] A [REDACTED] 34,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister der Verteidigung, Bonn, dieser vertreten durch den Oberfinanzpräsidenten in Stuttgart,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Mai 1975 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Kreft sowie die Richter Gähtgens, Dr. Krohn, Dr. Tidow und Peetz

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 21. September 1972 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte stellte als Alleininhaber der Firma Ziegelei- und Betonsteinwerk S. [REDACTED] und Co. Vormauerziegel nach DIN-Vorschrift Nr. 105 her. Diese Ziegel müssen frostbeständig sein. Die Klägerin bezog von einem Zwischenhändler (der Firma SÜ [REDACTED] Klinkervertrieb R. [REDACTED] und Paul G. [REDACTED] GmbH & Co KG, E. [REDACTED]) Vormauerziegel des Beklagten und ließ diese 1960/61 für die Errichtung mehrerer Kasernengebäude in Niederstetten verwenden.

Im Spätsommer 1962 wurden die - durchfeuchteten - Außenmauern der Kasernengebäude silikonisiert, nachdem der Beklagte zuvor auf Anfrage erklärt hatte, die-

- 3 -

se Abdichtungsarbeiten könnten etwa zwei Jahre nach der Vermauerung ausgeführt werden.

Nach Ablauf des Winters 1963/64 traten erstmals Schäden an den Kasernengebäuden auf: Die Vormauerziegel platzten an den Fassaden zum Teil ab, das Innere der Gebäude war zum Teil durchfeuchtet.

Die Klägerin holte nach Besprechungen mit dem Beklagten und seinem Zwischenhändler ein Gutachten der Amtlichen Forschungs- und Materialprüfungsanstalt für das Bauwesen (Otto-Graf-Institut) ein. Die Vormauerziegel bestanden nach diesem Gutachten die in der DIN-Vorschrift Nr. 105 vorgesehene Prüfung auf Frostbeständigkeit nicht.

Da in den folgenden Jahren weitere Beschädigungen auftraten, ließ die Klägerin einen Teil der schadhaften Fassaden in den Jahren 1966 und 1967 ausbessern und verwendete dazu Klinkersteine, die sie gleichfalls von dem Beklagten bezogen hatte. Die Klägerin zahlte von dem in Rechnung gestellten Preis (= 34.179,40 DM) den Betrag, um den die Klinker teurer waren als die Vormauerziegel (= 15.025,45 DM).

Für die Erneuerung der Kasernenfassaden und die Einholung des Gutachtens des Otto-Graf-Instituts wandte die Klägerin insgesamt 117.487,44 DM auf.

Im Juli 1966 trat die Firma SÜ [REDACTED] Klinkervertrieb alle ihr gegen den Beklagten zustehenden Ansprüche aus den Vormauerziegellieferungen, insbesondere wegen mangelnder Frostbeständigkeit, an die Klägerin ab.



Die Klägerin hat vorgetragen: Die von dem Beklagten gelieferten Vormauerziegel seien nicht frostbeständig im Sinne der DIN-Vorschrift Nr. 105.

Bei einer Besprechung am 25. Mai 1964 hätten die Parteien vereinbart, daß die Fassadenschäden untersucht und durch Vermauerung einwandfreier Klinkerriemchen mit Isolieranstrich auf Kosten des Beklagten ausgebessert werden sollten.

In einer weiteren Besprechung vom 10. Mai 1965 hätten die Parteien vereinbart, daß das Otto-Graf-Institut die Frage der Frostbeständigkeit der Vormauerziegel nach DIN 105 und einer etwaigen Beeinträchtigung dieser Eigenschaft durch die Silikonisierung gutachtlich klären sollte. Der Beklagte habe erklärt, er werde sich dem Gutachten unterwerfen und gegebenenfalls die Schäden ersetzen, die durch mangelnde Frostbeständigkeit der Ziegel entstanden seien.

Die Klägerin hat darüber hinaus behauptet, es seien noch Fassadenteile auszubessern; weitere Frostschäden seien infolge der Frostunbeständigkeit der Vormauerziegel zu erwarten.

Die Klägerin hat die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 26.000 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für alle Schäden begehrt, die ihr dadurch entstehen, daß die Vormauerziegel nicht frostbeständig nach DIN 105 sind.

Der Beklagte hat Klageabweisung begehrt und Widerklage mit dem Antrag erhoben, die Klägerin zur

Zahlung von 19.153,95 DM (des Restkaufpreises für die später gelieferten Klinkersteine) nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Landgericht hat nach einer Beweisaufnahme dem Zahlungsantrag stattgegeben, den Feststellungsantrag jedoch nur zu 4/5 für begründet erachtet und die Widerklage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision den Klageabweisungs- und den Widerklageantrag weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß sich der Beklagte am 10. Mai 1965 bei einer Besprechung zwischen Vertretern der Klägerin, dem Vertreter der Zwischenhändlerin, den Bauunternehmern und dem Beklagten der Klägerin gegenüber verpflichtet habe, allen Schaden zu ersetzen, den eine Frostunbeständigkeit der von ihm hergestellten, für die Errichtung mehrerer Kasernenneubauten in Niederstetten verwendeten Vormauerziegel verursache, soweit dies durch ein Gutachten nach einer Prüfung der Ziegel gemäß

DIN 105 durch das Otto-Graf-Institut festgestellt werde. Es hat hierin ein vom Grundgeschäft losgelöstes, mündlich abgegebenes Leistungsversprechen gesehen, das als Handelsgeschäft für den Beklagten auch ohne Wahrung der Schriftform wirksam sei.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

Das Revisionsgericht kann die tatrichterliche Feststellung der vom Beklagten abgegebenen Erklärung nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht bei dieser Feststellung Denkgesetze, Auslegungsregeln oder Verfahrensvorschriften verletzt hat und ob es die von ihm festgestellte Erklärung rechtlich zutreffend eingeordnet hat. Die von der Revision hierzu erhobenen Rügen gegen die tatrichterliche Feststellung des Erklärungsinhalts greifen nicht durch.

a) Das Berufungsgericht hat aufgrund der Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen - insbesondere des Oberregierungsrats H. als des Gesprächsleiters bei der Besprechung vom 10. Mai 1965 - festgestellt, was der Beklagte erklärt hat. Es hat keinen Zweifel, daß die Zeugen die Erklärungen des Beklagten richtig wiedergegeben haben. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß das vorprozessuale Schreiben vom 12. Juli 1966 die Zeugenaussagen bestätigt. Denn der Beklagte hat in diesem Schreiben durch seinen Rechtsanwalt geäußert, er habe ohne Gefahr erklären können, er werde einen etwaigen negativen Ausgang einer Untersuchung "nach den Vorschriften der DIN 105" anerkennen.

b) Die Revision führt demgegenüber aus, daß die Aussagen der Zeugen in sich widersprüchlich seien, und folgert daraus, daß die Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft sei. Diese Rüge der Revision ist nicht berechtigt. Die Revision beruft sich in diesem Zusammenhang darauf, daß der Beklagte nach den Zeugenaussagen die Besprechung schon vor der beabsichtigten schriftlichen Zusammenfassung des Verhandlungsergebnisses mit der Erklärung verlassen habe, er ermächtige den Vertreter der Zwischenhändlerin (Herrn R.), für ihn zu unterschreiben. Der Umstand, daß das Verhandlungsergebnis schriftlich zusammengefaßt werden sollte, rechtfertigt nicht den Schluß, daß der Beklagte die vom Berufungsgericht festgestellten mündlichen Erklärungen nicht abgegeben hat. Einen inneren Widerspruch enthalten die Zeugenaussagen somit nicht.

Den Feststellungen des Berufungsgerichts steht auch nicht entgegen, daß die Zeugen die Erklärungen des Beklagten nicht mehr wortwörtlich wiedergeben konnten und daß sich der Zeuge Regierungsoberbauamtmann W. nicht mehr erinnert, ob der Beklagte bei der Besprechung vom 10. Mai 1965 oder schon vorher erklärt hat, er werde die durch mangelnde Frostbeständigkeit entstandenen Schäden ersetzen. Auch nach der Aussage dieses Zeugen waren sich die Beteiligten bei der Besprechung vom 10. Mai 1965 darüber einig, sich dem Ergebnis des noch einzuholenden Gutachtens zu unterwerfen.

c) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht bei der Würdigung des Beweis- und Auslegungstoffes das Schreiben des Beklagten vom 19. Mai 1965 an das

staatliche Sonderbauamt Schwäbisch Hall nicht berücksichtigt habe. Dieses Schreiben enthält einen Hinweis auf die Vereinbarung, daß die gelieferten Vormauerziegel durch das Otto-Graf-Institut auf Frostbeständigkeit geprüft werden sollten, mit der Bitte, mitzuteilen, wann der Gutachter die Ziegel entnehme, damit der Beklagte zur Wahrung seiner Interessen einen Vertreter entsenden könne. Diesem Schreiben ist einerseits zwar nicht zu entnehmen, daß sich der Beklagte dem Gutachten unterworfen und zum Schadensersatz verpflichtet hat, schließt diese Möglichkeit aber andererseits auch nicht aus. Zweck dieses Schreibens war es nicht, die am 10. Mai 1965 getroffenen Vereinbarungen zu bestätigen, sondern die Wahrnehmung der Interessen des Beklagten bei der Begutachtung vorzubereiten.

Das Berufungsgericht war daher nicht gehalten, sich bei der Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen ausdrücklich mit dem Inhalt dieses Schreibens auseinanderzusetzen. Im Tatbestand des angefochtenen Urteils hat es die Auffassung der Klägerin mitgeteilt, aus dem Schreiben ergebe sich, daß der Beklagte mit der Vereinbarung vom 10. Mai 1965 (Unterwerfung unter ein Gutachten) einverstanden sei. Mit seiner dieser Auffassung nicht folgenden Würdigung hat es deutlich gemacht, daß es aus dem Schreiben vom 19. Mai 1965 weder Schlüsse zu Lasten noch zu Gunsten des Beklagten gezogen hat.

d) Die Revision rügt außerdem, daß das Berufungsgericht den vom Beklagten angebotenen Zeugen Diplomingenieur S., Teilnehmer der Besprechung vom 10. Mai 1965, nicht vernommen habe.

Das Berufungsgericht hat von einer Vernehmung dieses Zeugen mit der Begründung abgesehen, der Zeuge sei dafür benannt, daß der Beklagte keine irgendwie geartete, für ihn völlig neue Verpflichtung habe eingehen wollen. Der Zeuge habe daher nicht Tatsachen, sondern ihm nicht nachprüfbare Wünsche und Motive bezeugen sollen. Diese Entscheidung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat den Zeugen in diesem Zusammenhang nicht zur Vernehmung über hinreichend bestimmte Tatsachen - etwa den Inhalt seiner Äußerungen bei der Besprechung vom 10. Mai 1965 - benannt. Das Vorbringen des Beklagten, er habe bei der Besprechung nur "sein gutes und bestens fundiertes Wissen anhand des ihn begleitenden Sachverständigen" zum Ausdruck gebracht, schließt nicht aus, daß er - möglicherweise im Vertrauen auf die Frostbeständigkeit der von ihm hergestellten Ziegel - die vom Berufungsgericht festgestellte Erklärung abgegeben hat. Der Beklagte hat mit seinem Vorbringen nicht konkrete Tatsachen behauptet, sondern eine Deutung seines nicht näher bezeichneten Verhaltens gegeben. Schließlich kommt es - wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ausgeführt hat - für die Feststellung des vom Beklagten persönlich Erklärten nicht darauf an, ob der Beklagte den Vertreter der Zwischenhändlerin (Herrn R■■■) zu einer Verpflichtungserklärung ermächtigt hat.

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Beklagte sich mit seinen Erklärungen in der Besprechung vom 10. Mai 1965 nicht unverbindlich geäußert, sondern eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben hat. Es hat die Erklärungen des Beklagten

als verbindliches, von den bisherigen Rechtsbeziehungen unabhängiges Leistungsversprechen gewürdigt. Das Urteil des Berufungsgerichts hält auch insoweit den Angriffen der Revision stand.

a) Der Beklagte erklärte bei der Besprechung vom 10. Mai 1965, seine Ziegel seien gut, er nehme das Risiko eines Gutachtens auf sich, wie das Berufungsgericht aufgrund der Aussage des Gesprächsleiters bei der Besprechung, des Zeugen H., festgestellt hat. Damit hat der Beklagte nach der Auffassung des Berufungsgerichts zum Ausdruck gebracht, er werde, gleich welche Rechtsbeziehungen vorher bestanden haben, den Schaden ersetzen, falls die Ziegel nicht in Ordnung seien. Das Berufungsgericht hatte gegebenenfalls durch Auslegung festzustellen, ob den Äußerungen des Beklagten ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt. Die Übernahme des Risikos eines Gutachtens bedeutete nach der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung, daß der Beklagte rechtsgeschäftlich die Verantwortung für die Schäden übernimmt, die eine mögliche Frostunbeständigkeit seiner Ziegel verursacht. Diese Auslegung des vom Beklagten Erklärten durch das Berufungsgericht verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungssätze noch gegen Auslegungsregeln. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht der bei einer Besprechung über die möglichen Schadensursachen abgegebenen Erklärung rechtsgeschäftlichen Erklärungswert beigemessen hat.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Zweck des Leistungsversprechens nicht festgestellt.

Das Berufungsgericht hat jedoch mit der Auslegung zugleich den Zweck dieses für verbindlich angesehenen Versprechens dargelegt. Es diene dem Zweck, die Verpflichtung des Beklagten ohne Rücksicht auf das Bestehen einer früheren Schuld festzulegen, also für die Zukunft eine klare Rechtslage zu schaffen.

c) Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe die Interessenlage nicht berücksichtigt. Für den Beklagten habe keine Veranlassung bestanden, die vom Berufungsgericht festgestellte rechtsgeschäftliche Willenserklärung abzugeben, weil er gegenüber der Klägerin überhaupt nicht, gegenüber der Zwischenhändlerin jedenfalls nicht mehr zum Schadensersatz verpflichtet gewesen sei. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt war jedoch zumindest eine Haftung des Beklagten im Regreßwege für die von der Klägerin geltend gemachten Schäden in Betracht zu ziehen. Denn der Beklagte hatte an die Zwischenhändlerin, diese an die Klägerin Vormauerziegel zu liefern, die frostbeständig nach DIN 105 sein mußten. Somit konnte die Klägerin möglicherweise bei Frostunbeständigkeit der gelieferten Ziegel wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft von der Zwischenhändlerin, diese vom Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 480 Abs. 2 BGB zu Recht beanspruchen (für die Haftung bei Zusicherung einer Eigenschaft vgl. BGHZ 48, 118, 122 ff; für die unmittelbare Produzentenhaftung vgl. BGHZ 51, 91). Dem Vorbringen des Beklagten ist nicht zu entnehmen, daß die Zwischenhändlerin den Mangel nicht unverzüglich gerügt hat. Eine Untersuchung der gelieferten Vormauerziegel auf Frostbeständigkeit oblag ihr nicht. Zweifelhaft konnte weiter sein, wann

die - durch stillschweigende Vereinbarung verlängerbare - Verjährungsfrist abgelaufen war und ob sich der Beklagte gegenüber der Zwischenhändlerin, diese gegenüber der Klägerin trotz der Verhandlungen über eine Beseitigung des Schadens zu Recht auf die Einrede der Verjährung nach § 477 Abs. 1 BGB berufen konnte, ohne treuwidrig zu handeln (zum Beginn der Verjährungsfrist bei einem Mangelfolgeschaden vgl. BGH in NJW 1973, 843). Auch eine unmittelbare Produzentenhaftung des Beklagten gegenüber der Klägerin - etwa aufgrund eines stillschweigenden Garantievertrags - konnte rechtlich und tatsächlich erwogen werden.

Die sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ergebende Interessenlage zwischen den Beteiligten steht einer Auslegung der Erklärung des Beklagten im Sinne des Berufungsgerichts damit nicht entgegen.

e) Eine rechtsgeschäftliche Erklärung des vom Berufungsgericht festgestellten Inhalts kann rechtlich als abstraktes Schuldversprechen nach § 780 BGB eingestuft werden. Ein solches Versprechen kann auch unter einer Bedingung oder einer sonstigen Einschränkung erklärt werden (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 780 Rdn. 3). Die versprochene Leistung braucht inhaltlich nicht genau festgelegt zu sein. Vielmehr genügt es, daß ihr Inhalt bestimmbar ist (Staudinger/Kober/Müller, BGB, 11. Aufl. § 780 Rdn. 25; RG in HRR 1928 Nr. 1407).

Die rechtliche Einstufung der rechtsgeschäftlichen Erklärung als abstraktes Schuldversprechen ist überdies nicht unmittelbar entscheidungserheblich. Denn die vertragliche Festlegung einer Schuld ohne Rücksicht auf die bisher bestehenden Rechtsbeziehungen kann in zulässiger Weise auch durch eine andere vertragliche Gestaltung - etwa durch einen bestätigenden Vertrag über die Anerkennung eines möglicherweise bestehenden Schuldverhältnisses - erreicht werden (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 781 Rdn. 13). Endlich ist es nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig, daß ein Warenhersteller gegenüber dem Endabnehmer auch nach der Verarbeitung der gelieferten Ware die vertragliche Haftung für mögliche Schäden übernimmt.

4. Ohne Rechtsirrtum ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß das vertragliche Leistungsversprechen des Beklagten wirksam geworden ist.

a) Der Beklagte gab die vom Berufungsgericht festgestellte rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Kaufmann im Rahmen des Betriebs seines Handelsgewerbes ab. Das von ihm abgegebene abstrakte Schuldversprechen bedurfte als Handelsgeschäft nicht der Schriftform nach § 780 BGB.

b) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Parteien die Beurkundung der Vereinbarung verabredet haben.

Der Beklagte verließ nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien die Besprechung vor der vom Gesprächsleiter beabsichtigten schriftlichen Zusammen-

fassung des Verhandlungsergebnisses, die der Gesprächsleiter auch vom Beklagten unterschreiben lassen wollte. Die Vertreter der Klägerin bestanden jedoch nicht auf der Unterzeichnung der erst abzufassenden Urkunde durch den Beklagten, sondern begnügten sich mit der schriftlichen Unterwerfungserklärung der Zwischenhändlerin, wobei der Beklagte bestreitet, den Vertreter der Zwischenhändlerin ermächtigt zu haben, für ihn zu unterschreiben.

Der Umstand, daß der Gesprächsleiter den Beklagten zunächst eine von ihm noch abzufassende Urkunde unterschreiben lassen wollte, rechtfertigt nicht den Schluß, daß die zuvor abgegebenen Erklärungen des Beklagten unverbindlich waren. Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen eine solche Schlußfolgerung nicht zu.

5. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die Klägerin um das festgestellte abstrakte Schuldversprechen ungerechtfertigt bereichert ist. Dieses Leistungsversprechen sollte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz ohne Rücksicht auf die bisher zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen begründen. Eine Rückforderung dieses Leistungsversprechens wegen ungerechtfertigter Bereicherung kommt nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht in Betracht. Das Berufungsgericht hat das Schreiben des Rechtsanwalts des Beklagten vom 18. Juli 1966 nicht übersehen. Dieses Schreiben rechtfertigt jedoch nicht den Schluß, daß die Klägerin ungerechtfertigt bereichert ist.

II.

Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Beklagte bei der Besprechung vom 10. Mai 1965 dem Ergebnis des noch einzuholenden Gutachtens über die Frostbeständigkeit der von ihm gelieferten Vormauerziegel im Sinne der DIN 105 unterworfen. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Beklagte diese Unterwerfung davon abhängig gemacht hat, daß der Schiedsgutachter eine bestimmte Prüfungsmethode wählt. Die Wahl einer nach der DIN 105 geeigneten Methode blieb nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt der Vereinbarung somit dem Schiedsgutachter überlassen. Die Feststellung eines solchen Vertragsinhalts durch das Berufungsgericht widerspricht weder den Denkgesetzen noch den allgemeinen Erfahrungssätzen noch den Auslegungsregeln.

III.

Das mit der Erstattung des vereinbarten Gutachtens beauftragte Otto-Graf-Institut ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die vom Beklagten gelieferten Vormauerziegel nicht frostbeständig sind: Bei einem 25maligen Frost-Tau-Wechsel sind danach an sämtlichen Proben Veränderungen größeren Umfangs aufgetreten. Die Ziegel haben die Prüfung auf Frostbeständigkeit im Sinne der DIN 105 nicht bestanden. Die Silikonbehandlung hat die zu geringe Widerstandsfähigkeit der Ziegel gegen Frost nicht verursacht, sondern nur noch weiter vermindert. Damit ist eine vom Berufungsgericht festgestellte vertragliche Voraussetzung für eine Haftung des Beklagten erfüllt: die Feststel-

lung der zu geringen Frostbeständigkeit der Vormauerziegel als Schadensursache (Ursache der Abplatzungen) durch das vereinbarte Schiedsgutachten.

IV.

Das Berufungsgericht hat aufgrund der Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Sch[REDACTED] festgestellt, daß die vom Beklagten gelieferten Vormauerziegel nicht frostbeständig im Sinne der DIN 105 waren. Diese Feststellung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Sie bestätigt das Ergebnis des vereinbarten Gutachtens des Otto-Graf-Instituts.

Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht aus eigener Sachkunde entschieden, mit welcher Methode Vormauerziegel auf Frostbeständigkeit im Sinne der DIN 105 zu prüfen sind. Vielmehr hat es sich auf die Gutachten der Sachverständigen gestützt, die beide die - nach dem Merkblatt "Frostversuche" des Bundesverbandes der Deutschen Ziegelindustrie als Alternativprüfungsverfahren zugelassene - Methode Essen 2 nicht angewendet haben. Der gerichtliche Sachverständige hat die Auffassung vertreten, daß diese Methode die Steine einer zu geringen Frostbeanspruchung aussetze.

Die Revision rügt, daß das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren in sich widersprüchlich sei, weil es das Alternativprüfungsverfahren im Hinblick auf die tatsächlich aufgetretenen Schäden für nicht beweiskräftig halte. Ei-

nen Fehlschluß enthält das Gutachten jedoch nicht. Vielmehr geht dieser Sachverständige in sich folgerichtig davon aus, daß die Prüfungsmethode der Frostbeanspruchung an einer Außenwand auf der Wetterseite entsprechen müsse und die geringere Frostbeanspruchung nach dem Verfahren Essen 2 die Frostbeständigkeit der Vormauerziegel im Verbund einer solchen Mauer nicht beweise.

Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsfehler von der Zuverlässigkeit und Sachkunde der Sachverständigen ausgehen. Zu der Einholung eines weiteren Gutachtens - etwa des vom Beklagten beantragten Gutachtens des Instituts für Ziegelforschung - war es nicht gehalten. Der Beklagte hat vor dem Berufungsgericht nicht dargelegt, daß ein von ihm benannter Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel verfügt oder daß das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen grobe Mängel aufweist. Tatsächliches Vorbringen des Beklagten über Mängel der Begutachtung hat das Berufungsgericht nicht übergangen. Insbesondere hat der Beklagte vor dem Berufungsgericht nicht vorgetragen, daß die vom Otto-Graf-Institut entnommenen unvermauerten Ziegel schlecht gelagert worden seien und wie sich dies auf die Frostbeständigkeit dieser Ziegel ausgewirkt haben könnte. Das neue tatsächliche Vorbringen des Beklagten in der Revisionsinstanz muß unberücksichtigt bleiben.

V.

Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht davon aus, der Beklagte habe sich zum Schadensersatz

nicht nur für den Fall verpflichtet, daß die festgestellte Frostunbeständigkeit der von ihm gelieferten Vormauerziegel im Sinne der DIN 105 die einzige Schadensursache bildet. Denn er hat sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zum Schadensersatz verpflichtet, soweit die Schäden auf einer Frostunbeständigkeit im Sinne der DIN 105 beruhen, also gegebenenfalls in dem Umfang und Ausmaß, in dem die Frostunbeständigkeit die Schäden verursacht hat.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, daß die Frostunbeständigkeit der vom Beklagten gelieferten Vormauerziegel im Sinne der DIN 105 die wesentliche Schadensursache darstellt. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Schadensverteilung nach § 254 BGB lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Das Berufungsgericht hat die mitursächliche Bedeutung sowohl der (mangelhaften) Verfugung (Vermörtelung) als auch der Silikonisierung für die Entstehung der Schäden ohne Rechtsfehler zu Lasten des Beklagten geprüft. Es hat sich rechtsfehlerfrei die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. Sch. zu eigen gemacht. Die Fassadenschäden beruhen danach auf der mangelnden Frostbeständigkeit der stark saugenden Vormauerziegel. Sie wären auch dann entstanden, wenn das Mauerwerk in anderer Weise - etwa mit einer Sperrschicht (Rapputz) - ausgeführt worden wäre und wenn keine Salze in die Fassadensteine gelangt wären. Ohne die Silikonisierung hätte die Art der Vermauerung einen Einfluß auf das Frost- und Witterungsverhalten der Steine nicht gehabt. Die Silikonisierung hat den Eintritt des Schadens beschleunigt.

Die Abplatzungen an den Vormauerziegeln hätten sich, wenn der Silikonisierung eine wesentlich mitursächliche Bedeutung zukäme, nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen auf die Eindringtiefe des Silikons (0,2 bis 1 mm) beschränken müssen. Das war jedoch nach den Ausführungen des Sachverständigen und den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall. Vielmehr froren die Vormauerziegel auch nach dem Abplatzen der silikonisierten Schicht in Zentimetertiefe auf, obwohl der Austritt des Niederschlagswassers aus dem Mauerwerk durch Silikon nicht mehr behindert werden konnte.

Das Berufungsgericht hat den Verursachungsanteil der fehlerhaften Vermauerung und Vermörtelung sowie der - nach seinen rechtsirrtumsfreien Darlegungen ohnehin nicht von der Klägerin, sondern vom Beklagten zu vertretenden - Silikonisierung daher ohne Rechtsfehler nur als geringfügig bewertet und insbesondere auch rechtsirrtumsfrei ausgeführt, daß die Silikonisierung als Schadensmitursache "weit, ja fast gänzlich" zurücktritt.

- 20 -

Das Urteil des Berufungsgerichts hält damit der rechtlichen Nachprüfung stand.

Kreft	Richter Gähtgens ist beurlaubt und verhindert, seine Unterschrift beizufügen.	Dr. Krohn
-------	---	-----------

	Kreft	
Dr. Tidow		Peetz