

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 102/67

Versäumnis-
URTEIL

Verkündet am

12. März 1969
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Erich H [REDACTED] & C o. Kommanditgesellschaft,
vertreten durch Erich H [REDACTED] in Z [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Firma Otto Z [REDACTED] & C o., Sand- und Kieswerk,
vertreten durch Otto Z [REDACTED] in U [REDACTED] Krs. B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter
II. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
A [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1969 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner, Normann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 23. Februar 1967 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1963 bauten die zu einer Arbeitsgemeinschaft (im folgenden: ARGE) zusammengeschlossenen Bau-firmen Ungelchrt und Hebel im Auftrage der Stadt Mem-mingen einen für die Wasserversorgung bestimmten Hoch-behälter. Zur Lieferung des für die Betonherstellung erforderlichen Sandes hatte die ARGE die Klägerin her-angezogen. Da dieser das Material nicht in ausreichen-dem Maße zur Verfügung stand, schaltete sie die Be-klagte als ihre Unterlieferantin ein, die rd. 61 500 kg Sand zum Gesamtpreise von 650 DM einschließlich Fuhrlohn an die Baustelle lieferte.

Als der Hochbehälter fertiggestellt war, zeigten sich auf der Innenseite kleine braune sommersprossen-ähnliche Flecken, die auf Torfbeimischung zurückzuführen waren. Da wegen dieser im Estrich des Hochbehälters auftretenden Fehler des Betons die Gefahr der Wasserdurchlässigkeit nicht auszuschließen war, beauftragte die Stadt M. die ARGE, die Innenfläche zunächst mit einem Sandstrahlgebläse zu säubern und dann eine zusätzliche Betonschicht in Höhe von 2-3 cm aufzutragen. Dadurch sind der ARGE Kosten in Höhe von 25 000 DM entstanden, auf die ihr die Klägerin 23 038,86 DM erstattet hat.

Diesen Betrag nebst Zinsen hat die Klägerin gegen die Beklagte eingeklagt, weil die Torfverschmutzung in dem Sand aufgetreten sei, den die Beklagte geliefert hatte. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Sie hat gegen die im Revisionsrechtszuge nicht vertretene Beklagte Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils gestellt.

Entscheidungsgründe:

I. Bei dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden handelt es sich um einen sogenannten Mangelfolgeschaden. Das Berufungsgericht meint, dieser Schaden könne nicht im Wege eines auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichteten Anspruchs aus § 463 Satz 2 BGB geltend gemacht werden. Ob das zutrifft, bedarf hier keiner Entscheidung. Voraussetzung eines solchen An-



spruchs wäre der von der Klägerin zu führende Nachweis, daß die Beklagte den Fehler, hier also die Torfbeimischung, bei den Kaufverhandlungen arglistig verschwiegen hätte. Ein arglistiges Verschweigen wäre nur dann in Betracht gekommen, wenn die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, der Klägerin alle ihr bekannten Umstände mitzuteilen, aus denen sich für sie Zweifel an der Sauberkeit des Sandes ergeben konnten. Ist eine solche Verpflichtung anzunehmen, dann hat sie auch noch bei der Lieferung des Sandes fortbestanden. Dann ist aber davon auszugehen, daß die Beklagte auch bei der Erfüllung des Kaufvertrages ihre Pflichten verletzt und damit eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung begründet hat. Die aus dieser Haftung herzulcitende Ersatzverpflichtung umfaßt nach anerkannten Rechtsgrundsätzen auch den Schaden, der über die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes hinaus an anderen Rechtsgütern des Geschädigten verursacht wird. Als Voraussetzung des Anspruchs genügt - anders als bei der Haftung aus § 463 BGB - eine fahrlässige Verletzung der Vertragspflichten. Im vorliegenden Falle hängt also die Haftung der Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, davon ab, daß die Beklagte fahrlässig eine ihr obliegende Vertragspflicht verletzt hat, sei es eine Untersuchungspflicht oder eine Offenbarungspflicht, und daß der Schaden der Klägerin dadurch verursacht worden ist.

Das Berufungsgericht hat eine schuldhafte Verletzung von Vertragspflichten der Beklagten verneint.

Ohne Erfolg versucht die Revision diesem Ergebnis mit dem Hinweis zu begegnen, es müsse angenommen werden, daß die Beklagte die Freiheit des Sandes von

irgendwelcher Verschmutzung zugesichert habe. Sie will also den Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 463 Satz 1 BGB herleiten. Dabei verkennt sie, daß die Klägerin eine entsprechende Behauptung im Rechtsstreit nicht aufgestellt hatte. Nicht zu folgen ist der Revision aber auch in ihrer Ansicht, aus dem bloßen Vorhandensein einer Industrienorm, die vorschreibe, daß ein zur Betonierung bestimmter Sand frei von Verschmutzung sein müsse, ergebe sich, daß der Verkäufer solchen Sandes die Schmutzfreiheit des Sandes im Sinne des § 463 Satz 1 BGB zusichere. Das Bestehen einer solchen Norm mag unterstellt werden. Gleichwohl könnte diese Rechtslage nur dazu führen, eine Verpflichtung des Verkäufers anzunehmen, normgerecht zu liefern. Eine Garantie im Sinne des § 463 Satz 1 BGB wird damit nicht begründet (vgl. Senatsurteil vom 25. September 1968 - VIII ZR 108/66 - BGHWarn 1968 Nr. 203 = NJW 1968, 2238; WM 1968, 1249). An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, daß hier der Sand nicht vom Zwischenhändler, sondern vom Produzenten selbst geliefert wurde. Fehlt es aber schon an einer Zusicherung, so bedarf es auch keiner Stellungnahme zu der von der Revision vertretenen Ansicht, die Klägerin habe aus dem Gesichtspunkt einer Garantie im Sinne des § 463 Satz 1 BGB Anspruch auf Ersatz ihres mittelbaren Schadens (vgl. zu dieser Frage: Senatsurteil BGHZ 50, 200, 205).

II. Seinen Standpunkt, die Beklagte treffe auch keine Haftung aus positiver Vertragsverletzung, hat das Berufungsgericht wie folgt begründet:

Es meint, die näheren Umstände des Falles hätten der Beklagten nicht die Verpflichtung auferlegt, den Sand vor der Lieferung auf Torfbeimischung zu untersu-

chen oder doch der Klägerin ihre bisherigen Erfahrungen mitzuteilen, die dahin gingen, daß der in ihrem Betriebe gewonnene und anderweit verkaufte Sand nicht immer frei von Verschmutzung war und daß sie auch schon Schwierigkeiten mit ihren Abnehmern hatte. Denn bei Lieferungen zu Estricharbeiten habe die Beklagte nur in einem Falle, in dem die Firma M. [REDACTED] Käuferin gewesen sei, Beanstandungen gehabt. Dieser Fall allein habe aber der Beklagten keine Veranlassung zu geben brauchen, die Klägerin auf die Möglichkeit einer Verschmutzung hinzuweisen. Die Beklagte habe sich immer bemüht, Beimengungen von Torf zu vermeiden. Außerdem habe die Beklagte nicht damit zu rechnen brauchen, daß der Sand für die Arbeiten an der Innenseite des Hochbehälters bestimmt gewesen sei.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussage des Gesellschafters der Beklagten Otto Z. [REDACTED] nicht vollständig gewürdigt. Es habe übersehen, daß Zorn bekunde, der Fall M. [REDACTED] sei nur einer von mehreren Fällen gewesen, in denen bei Lieferungen zu Estrichzwecken Schwierigkeiten entstanden seien. Das Verhalten der Beklagten sei auch schon deswegen unentschuldigbar, weil diese gewußt habe, der Sand werde am Bau eines Hochbehälters Verwendung finden.

III. Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

Das Berufungsgericht geht zwar ohne Rechtsirrtum davon aus, daß es grundsätzlich Sache des Käufers ist, die ihm gelieferte Ware zu untersuchen, um sich bei ihrer Verwendung vor Schaden zu bewahren (vgl. das o.a. Senatsurteil vom 25. September 1968 - WM 1968, 1249 -). Das gilt aber, wie das Berufungsgericht eben-

falls nicht verkennt, nicht für alle Fälle. Es kann sich vielmehr aus den näheren Umständen des Einzelfalles ergeben, daß den Verkäufer die Verpflichtung trifft, sowohl die Ware auf Fehlerfreiheit zu untersuchen, als auch die bei anderen Lieferungen oder bei sonstigen Gelegenheiten mit der Ware gemachten Erfahrungen dem Käufer mitzuteilen (vgl. RGZ 125, 76). Dieses Erfordernis besteht im Hinblick auf die Grundsätze von Treu und Glauben und die im Geschäftsverkehr zu fordernde Redlichkeit insbesondere dann, wenn der Verkäufer damit rechnen muß, daß dem Käufer bei bestimmungsgemäßer Verwendung der Ware ein Schaden erwachsen kann. Auch dieser Grundsatz wird vom Berufungsgericht nicht verkannt. Seine Erwägungen, mit denen es eine Pflichtverletzung der Beklagten ablehnt, beruhen aber zum Teil auf rechtsfehlerhaften Feststellungen; zum anderen Teil kann ihnen aus rechtlichen Gründen nicht gefolgt werden.

Nicht zu billigen ist die Ansicht des Berufungsgerichts, dem Umstande, daß die Beklagte die Verwendung des Sandes beim Bau eines Hochbehälters kannte, komme keine Bedeutung zu, eine Untersuchungs- und Warnpflicht hätte ihr vielmehr nur dann erwachsen können, wenn sie gewußt hätte, der Sand werde bei der Herstellung des Innenputzes Verwendung finden.

Eine Untersuchungs- und zumindest eine Warnpflicht bestand vielmehr schon dann, wenn die Beklagte nach den ganzen Umständen auch nur damit rechnen mußte, daß der Sand zur Herstellung des für den Innenputz bestimmten Betons verwendet würde. Eine Warnpflicht läßt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht schon mit der Erwägung ausräumen, die Torfbeimischung habe auch bei einer genaueren Untersuchung nicht entdeckt werden

können und der Sand habe nicht unbedingt für die Herstellung des Innenputzes bestimmt gewesen sein müssen. Ist nämlich davon auszugehen, daß auch eine genauere Untersuchung nicht von Erfolg gewesen wäre - das Berufungsgericht stellt in dieser Richtung nur fest, daß die normale an Baustellen übliche Prüfung nicht zu einer Entdeckung der Torf Beimischung geführt hätte -, so bleibt der Gesichtspunkt, daß die Beklagte schlechte Erfahrungen mit dem Sande gemacht hatte und sie zur Mitteilung dieser Erfahrungen auch ohne Rücksicht auf eine Prüfungspflicht oder die Aussichtslosigkeit einer Untersuchung verpflichtet sein konnte. Aus der Wendung im Berufungsurteil, "der Sand habe ja nicht unbedingt für den Estrich bestimmt zu sein brauchen", könnte sogar entnommen werden, die Beklagte habe mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verwendung für die Zwecke des Innenputzes in Rechnung stellen müssen. Wird des weiteren in Erwägung gezogen, daß der Gesellschafter Z. entsprechend der Rüge der Revision in der Tat ausgesagt hat, es habe bei Estricharbeiten immer Schwierigkeiten gegeben und er hätte den Sand nicht geliefert, wenn er seine Verwendung beim Innenputz gekannt hätte, so ergibt sich damit ein weiterer Anhaltspunkt, der das Berufungsgericht zu einer anderen Würdigung hätte führen können.

Alle angeführten Umstände zusammen weisen jedenfalls in die Richtung, eine Verpflichtung der Beklagten anzunehmen, die Klägerin auf die Möglichkeit einer Verschmutzung des Sandes hinzuweisen. Die Beurteilung ändert sich grundsätzlich auch dann nicht, wenn berücksichtigt wird, daß die Klägerin, wie das Berufungsgericht ausführt, keinen gewaschenen Sand bei der Beklagten bestellt hat.

Dagegen kann dieser letztere Umstand ein Mitverschulden der Klägerin begründen, das zur Folge haben kann, der Klägerin zuzumuten, den ganzen oder jedenfalls einen Teil ihres Schadens selbst zu tragen.

Das Berufungsurteil läßt sich daher nicht aufrechterhalten. Die Sache war an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird entsprechend den vorausgehenden Erörterungen eine nochmalige Prüfung aller in Betracht kommenden Umstände vorzunehmen haben und seine Feststellungen, soweit erforderlich, ergänzen müssen. Es wird insbesondere auch alle die Klägerin im Sinne des § 254 BGB belastenden Umstände zu würdigen haben. Da diese Frage bisher im Rechtsstreit noch nicht erörtert ist, wird es Aufgabe der Parteien sein, hierzu noch schriftsätzlich Stellung zu nehmen.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung ab. Sie war daher dem Berufungsgericht zu übertragen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr.3 ZPO.

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier