

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 174/70

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

19. Januar 1972

Scheibl,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma G e b r ü d e r S [REDACTED] KG,
Werk für Metall und Kunststoffteile in M [REDACTED]
([REDACTED]), R [REDACTED] straße [REDACTED], vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Hermann
R [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma C [REDACTED] Fabrikation von Kunst-
stofferzeugnissen GmbH in N [REDACTED] I [REDACTED], B [REDACTED] straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Horst B [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr.h.c.
[REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 20. Oktober 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 20. Oktober 1970 gezahlten Beträge von 8 107,60 DM und 2 104,60 DM zurückzuzahlen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Kunststoffe zur säuredichten Beschichtung von Wänden und Fußböden her. Die Beklagte betreibt ein Unternehmen von Metall und Kunststoffteile. Nach vorangegangenen Verhandlungen über den Ankauf von Kunststoffen zur Herstellung von Säureschutz für Wände aus Ytong und Kalksandsteinen bestellte die Beklagte am 12. April 1966 bei der Klägerin 1 500 kg flüssige Kunststoffe. Die Fabrikationsräume der Beklagten bedürfen der Isolierung gegen Säuren. Das bei der Klägerin bestellte Material sollte bei einem von der Beklagten in Angriff genommenen Neubau als Schutzstoff verwendet werden. Die Beklagte bestätigte die Vereinbarung vom 12. April 1966 mit Schreiben vom 13. April 1966. In diesem Schreiben heißt es:

"Sie garantieren eine absolute Säure-, Laugen- und Ölbeständigkeit, sowie die thermischen-, chemischen und elastischen Werte, wie sie in unserem Schreiben vom 29.3. an Ihren sehr geehrten Herrn W. [REDACTED] in S. [REDACTED] bestätigt wurden. Die Garantie wollen Sie bitte für 10 Jahre gewähren, zumal Ihr sehr geehrter Herr W. [REDACTED] uns bei dem Gespräch mit Herrn F. [REDACTED] eine 100%-ige Zusage gab. ...

Für die Verarbeitung des Materials übernimmt Ihr sehr geehrter Herr F. [REDACTED] die Aufsicht gemäß den im Schreiben vom 29.3. festgehaltenen Verarbeitungsrichtlinien, so daß die volle Gewähr für das verlegte Material übernommen werden kann, solange wir den Anweisungen des Herrn F. [REDACTED] folgen. Etwaige Fehler unsererseits sind uns mitzuteilen."



Auf dieses Schreiben erwiderte die Klägerin am 15. April 1966 auszugsweise wie folgt:

"...

Wir übernehmen die Gewährleistung selbstverständlich gemäß V.O.B. Den Ausführungen der V.O.B. liegt der Gedanke zu Grunde, daß Materialien, die innerhalb von 2 Jahren den Anforderungen entsprochen haben, praktisch auch weiterhin vollwertig sind.

...

An der fachlich einwandfreien Ausführung der Arbeiten sind wir selbstverständlich sehr interessiert und neben Herrn F. [REDACTED] wird auch unser Chemiker, Herr W. [REDACTED], sich an Ort und Stelle über die Verarbeitung informieren.

..."

Mit Schreiben vom 22. April 1966 bestätigte die Beklagte der Firma J. [REDACTED] & J. [REDACTED], daß sie dieser den Anstrich der Säurearbeiten übertragen habe. Sie führt in dem Schreiben aus:

"... mit beiliegender Kopie möchten wir Sie über unser Bestätigungsschreiben an die Firma C. [REDACTED] (Klägerin) informieren.

Darüberhinaus vereinbarten wir mit Ihnen folgendes:

Sie beginnen mit dem Anstrich der Säurearbeiten am Dienstag, den 26. April 1966 und hoffen zuversichtlich, diese bis zum Ende der Woche durchzuführen.

...

Wir selbst stellen weitere Arbeitskräfte, voraussichtlich 4 Mann, zur Verfügung, die unter Ihrer Anweisung gleichzeitig mit dem Lackieren beginnen.

Ihr sehr geehrter Herr J. [REDACTED] wird während der ganzen Lackierarbeiten ununterbrochen persönlich anwesend sein, um die Qualitätsarbeit unserer und seiner eigenen Leute zu überwachen. Damit kann von Ihnen die Gewährleistung für den gesamten Anstrich übernommen werden, so daß wir durch die im Begleitbrief bestätigte Garantie der Firma C. [REDACTED], sich auch auf das Verarbeiten der Lacke erstreckt."

Auf den Kaufpreis für die von der Klägerin gelieferten Waren von 17 580,60 DM zahlte die Beklagte 10 000 DM an. Den Restbetrag von 7 580,60 DM und 527 DM Verpackungskosten, insgesamt also 8 107,60 DM nebst Zinsen hat die Klägerin ursprünglich mit der Klage verlangt.

Die Beklagte macht geltend, mit dem von der Klägerin gelieferten Kunststoff hätten die Ytongplatten nicht porendicht beschichtet werden können. Die genau nach den Angaben der Klägerin durchgeführten Beschichtungen hätten nicht zu einer ausreichenden Isolierung der Wände geführt. Den hierdurch entstandenen Schaden hat die Beklagte im zweiten Rechtszuge auf 63 268,65 DM errechnet und damit begründet, daß die Beschichtungen der Wände und die Isolierung der Fußböden hätten wiederholt werden und weitere Kosten hätten aufgewendet werden müssen, um mit Behelfsmaßnahmen die Produktion trotz fehlenden Säureschutzes aufrechtzuerhalten. Mit der Widerklage hat die Beklagte ursprünglich die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 10 000 DM und die Feststellung begehrt, daß die Klägerin verpflichtet ist, den entstandenen und künftig entstehenden Schaden zu ersetzen.

Durch Teil- und Zwischenurteil vom 21. April 1967 hat das Landgericht den Widerklageantrag auf Zahlung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Berufungsgericht hat nach Abstandnahme von einer bereits beschlossenen Beweiserhebung über die angeblichen Mängel durch Urteil vom 25. November 1969 die Widerklage, soweit mit ihr Verurteilung zur Zahlung von 10.000 DM begehrt wurde, abgewiesen. Es begründet die Abweisung im wesentlichen damit, die Klägerin habe unwiderlegt vorgetragen, daß sie entgegen der Behauptung der Beklagten einen Durchschlag des Schreibens der Beklagten an die Firma J. [REDACTED] & J. [REDACTED] vom 22. April 1966 nicht erhalten habe. Deshalb habe sie auch keine Kenntnis davon erlangt, daß der Beginn der Arbeiten auf den 26. April 1966 festgesetzt worden sei. Es könne ihr daher nicht zur Last gelegt werden, daß sie ihren Chemiker W. [REDACTED] nicht zur Beaufsichtigung der Arbeiten zur Beklagten entsandt habe.

Im weiteren Verfahren vor dem Landgericht über die Restansprüche hat die Beklagte mit einem weiteren Teilbetrag von 10 000 DM ihrer Schadensersatzforderung gegen die Klageforderung aufgerechnet und hat einen Betrag von weiteren 10 000 DM widerklagend geltend gemacht. Das Landgericht hat die Beklagte durch Schlußurteil vom 11. Februar 1970 zur Zahlung von 8 107,60 DM nebst Zinsen verurteilt und auch die weitere Widerklage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und mit der Widerklage nunmehr Zahlung von 45 161,05 DM verlangt. Von dem Gesamtbetrag ihres Schadens von 63 268,65 DM setzt die Beklagte nämlich

10 000 DM ab, die ihr durch das rechtskräftig gewordene Urteil des Landgerichts aberkannt worden sind. Den Restbetrag verwendet sie in Höhe von 8 107,60 DM zur Aufrechnung gegen die Klageforderung, so daß der nunmehr mit der Widerklage verlangte Betrag verbleibt. Durch das angefochtene Urteil hat das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen und die erweiterte Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag und den Antrag der Widerklage in der zuletzt geltend gemachten Höhe weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, zwischen den Parteien sei kein Werkvertrag über die Beschichtung der Wände und Böden geschlossen worden. Ein solcher Vertrag sei nur zwischen der Beklagten und der Firma J. [REDACTED] & J. [REDACTED] zustande gekommen. Diese Firma sei zwar die Generalvertreterin der Klägerin, sie übernehme aber neben dem Vertrieb der Waren der Klägerin auch Beschichtungsarbeiten in eigener Zuständigkeit. Sie sei daher nicht Erfüllungsgehilfin der Klägerin gewesen. Die Klägerin habe daher auch keine Garantie dafür gegeben, daß die Beschichtung der Wände und Fußböden fachgerecht durchgeführt werde. Soweit die Revision sich gegen diese Ausführungen mit der Rüge wendet, das Berufungsgericht habe das Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 13. April 1967 nicht berücksichtigt, ist allerdings ihr Ausgangspunkt unrichtig. Das Berufungsgericht meint ersichtlich, die Klägerin habe nicht als Unternehmerin eines Werkvertrages die Garantie für fachgerechte Arbeit übernommen. Das läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

II. Mit dieser Begründung allein durfte das Berufungsgericht aber die auf Zusicherung und Garantie gestützten Ansprüche der Beklagten nicht aberkennen. Die Klägerin war Verkäuferin. Unter dem Gesichtspunkt, ob sie etwa im Rahmen des Kaufvertrages über die Eigenschaften der Kaufsache Zusagen gemacht hat, läßt das Berufungsgericht es an jeder Würdigung fehlen, wie die Revision mit Recht rügt. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob schon die im Schreiben der Beklagten vom 13. April 1966 aufgeführten Eigenschaften der absoluten Säure-, Laugen- und Ölbeständigkeit deshalb zugesichert sind, weil dieses Schreiben, wie die Revision meint, ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben bildet. Daß die Klägerin eine Zusicherung in dieser Hinsicht abgegeben hat, folgt jedenfalls aus ihrem eigenen Schreiben vom 15. April 1966. So hat es offenbar das Berufungsgericht anfänglich selbst angesehen, wenn es eine Beweiserhebung über die Mängel und die Verantwortlichkeit für die Mängel beschloß und zum Teil durchführte.

Einer Würdigung, ob die gelieferte Ware Mängel aufgewiesen hat, war das Berufungsgericht auch nicht deshalb enthoben, weil die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, eine Garantie, für die fachgerechte Beschichtung eintreten zu wollen, nicht abgegeben habe. Soweit es sich um die abgegebenen Zusicherungen handelt, steht nicht die fachgerechte Ausführung der Arbeiten, sondern die Tauglichkeit der Ware selbst in Rede.

Schon aus diesem Grunde muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur Würdigung der von der Klägerin abgegebenen Erklärungen über die Tauglichkeit der Kunststoffe zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch zurückverwiesen werden. Für die weitere Verhandlung sei auf folgendes hingewiesen: Der von der Klägerin zu liefernde Kunststoff sollte u.a. der Isolierung von Ytongplatten dienen. Darüber, ob der Kunststoff für diesen Spezialzweck dienlich war und welche Maßnahmen bei der Verarbeitung zu beachten waren, gab es anscheinend noch keine ausreichenden Erfahrungen. Der Beklagten kam es, so muß aus ihrem Vorbringen geschlossen werden, nicht darauf an, ob der Kunststoff an sich säurebeständig war, sondern daß er solche Eigenschaften gerade bei der Beschichtung auf Ytong-Platten zeigte. Die von der Klägerin gegebenen Zusicherungen können daher nur im Zusammenhang mit der von der Beklagten beabsichtigten Verwendung beurteilt werden. Eine Zusicherung oder Garantie für die Qualität läßt sich deshalb nicht von der Frage der Anwendung in dem von den Parteien ins Auge gefaßten Fall trennen.

Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß ein ausreichender Säureschutz nicht erreicht worden war. Worauf das zurückzuführen ist, hat es nicht geprüft. In dieser Beziehung muß nach dem bisherigen Sach- und Streitstand unterstellt werden, daß, wie zwischen den Parteien nunmehr wohl auch unstreitig ist, das bloße Aufbringen des von der Klägerin gelieferten Stoffes auf Ytong-Steine nicht zu dem zugesicherten

Säureschutz führt, weil die Oberfläche dieser Steine auf Grund ihrer schaumigen Struktur praktisch nur aus Poren besteht. Es bedarf daher der vorherigen Verspachtelung der Löcher und Unebenheiten. Darauf, daß eine Verspachtelung erforderlich ist, haben zwar nach der Feststellung des Berufungsgerichts die von der Klägerin zur Beratung des Beklagten entsandten Chemiker W [REDACTED] und Architekt S [REDACTED] hingewiesen. Damit ist aber eine Haftung der Klägerin wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften nicht ausgeschlossen. Es kommt vielmehr entscheidend auf die Art der Verspachtelung an. Nach der Stellungnahme des Dipl.-Chem. H [REDACTED] vom Institut für Lackprüfung in G [REDACTED] vom 12. Februar 1969 ist für den Revisionsrechtszug zu unterstellen, daß eine solche Spachtelung eine sog. Gesamtspachtelung sein muß, d.h. es genügt nicht, nur kleinere Poren und größere Unebenheiten und Hohlstellen zu verspachteln, sondern es muß die gesamte senkrechte Fläche verspachtelt werden. Darauf, daß eine Gesamtspachtelung nicht vorgenommen ist, beruht, wie aus dem Gutachten des Dipl.-Chem. H [REDACTED] vom 19. September 1966 zu schließen ist, das Mißlingen der vorgesehenen Dichtung. Eine Gesamtspachtelung haben aber, wie die Revision zutreffend anführt, die von der Klägerin entsandten Chemiker W [REDACTED] und Architekt S [REDACTED] gerade nicht angeraten. Nach der Bekundung des Zeugen F [REDACTED], eines Provisionsvertreters der Firma J [REDACTED] & J [REDACTED], haben W [REDACTED] und S [REDACTED] auf die Frage des Gesellschafters der Beklagten R [REDACTED], ob die

Wände insgesamt vorher mit einem Putz oder einem ähnlichen Überzug versehen werden müßten, erklärt, das sei nicht notwendig, es müßten nur die größeren Löcher zugemacht werden. Im übrigen habe das Material der Klägerin die Eigenschaft, tief in die Wände einzudringen und damit die Poren hermetisch abzudichten. Die Zeugen S [REDACTED] und W [REDACTED] haben damit übereinstimmend bekundet, sie hätten eine Gesamtverspachtelung der Wände nicht für notwendig gehalten. Die Vertreter der Klägerin haben danach - die Richtigkeit der Bekundungen unterstellt - die Zusicherung, daß das von der Klägerin hergestellte Material zum Säureschutz geeignet sei, nur dahin eingeschränkt, daß eine Verspachtelung der größeren Löcher erforderlich sei; sie haben aber die von der Klägerin gegebene Zusicherung ausdrücklich dahin aufrecht erhalten, daß kleinere Löcher dadurch abgedichtet würden, daß der Stoff tief in die Wände eindringe und damit die Poren hermetisch abdichte. An dieser Eigenschaft fehlt es nach dem Gutachten des Dipl.-Chem. H [REDACTED] aber gerade.

III. Das Berufungsgericht hat ferner unterstellt, die Klägerin, die - wohl wegen der bisher mangelnden Erfahrungen - an der fachgerechten Erledigung der Arbeiten interessiert gewesen sei, habe als Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrage die Beratung der Beklagten und eine Beaufsichtigung der Arbeiten übernommen.

a) Was die Beratungspflicht betrifft, so meint das Berufungsgericht, die Klägerin habe ihr dadurch genügt, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ihr Chemiker W [REDACTED] und ihr Architekt S [REDACTED] nachdrücklich darauf hingewiesen hätten, die senkrechten Ytong-Platten müßten vor der Anbringung der Kunststoffe gespachtelt werden, weil andernfalls ein porendichter Abschluß nicht erreicht werden könne.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin hätte, wie schon dargelegt worden ist, ihre Beratungspflicht nicht erfüllt, wenn, wovon im Revisionsrechtszuge auszugehen ist, eine Gesamtspachtelung notwendig war. Es bedarf also auch unter diesem rechtlichen Blickpunkt der Prüfung, wie der von der Klägerin gelieferte Stoff wirkt, wenn er auf Ytong-Steine aufgebracht wird und in welcher Weise diese Steine zuvor verspachtelt werden müssen.

b) Die Verpflichtung der Klägerin zur Beaufsichtigung der Arbeiten sei, so meint das Berufungsgericht weiter, weggefallen, nachdem die Beklagte die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED], also eine Fachfirma auf dem Gebiet der Beschichtung, mit der Durchführung der Arbeiten beauftragt habe. Die Parteien seien bei den vorausgegangenen Verhandlungen davon ausgegangen, daß die Beklagte beabsichtige, die Beschichtungsarbeiten mit eigenen unerfahrenen Arbeitern durchzuführen, die einer

2

fachgerechten Beaufsichtigung und Anleitung bedurft hätten. Die Notwendigkeit einer Beaufsichtigung sei entfallen, als die Beklagte die fachlich geschulte Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] beauftragt habe. Damit werde auch der Vorwurf gegenstandslos, daß die Klägerin, die entgegen ihrem ursprünglichen Bestreiten eine Abschrift des Schreibens der Beklagten an die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] vom 22. April 1966 erhalten habe, niemanden zur Beaufsichtigung der Arbeiten geschickt habe.

Gegen diese Ausführungen wendet die Revision sich ebenfalls mit Recht.

Die Annahme, daß eine Beaufsichtigung der Arbeiten durch die Klägerin dann habe entfallen sollen, wenn ein Unternehmen mit fachlich geschulten Kräften die Arbeiten ausführe, setzt voraus, daß dieses Unternehmen über dieselbe Fachkunde verfügte wie die Klägerin. Dafür ist im vorliegenden Fall nichts dargetan. Die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] führte allerdings Beschichtungsarbeiten aus und mag in üblichen Arbeiten fachkundig gewesen sein. Hier handelte es sich aber, soweit ersichtlich, gerade nicht um gewöhnliche Arbeiten, sondern um die Beschichtung von Ytong-Platten, für die es bisher keine ausreichende Erfahrung gab. Dafür könnte insbesondere die Fassung des Briefes der Klägerin vom 15. April 1966 sprechen. Nachdem sie gewisse Vorschläge gemacht hatte, erklärt sie, sie sei an der fachlich einwandfreien Ausführung der Arbeiten selbstverständlich sehr interessiert und neben Herrn F [REDACTED] werde sich

auch ihr Chemiker W [REDACTED] an Ort und Stelle über die Verarbeitung informieren. F [REDACTED] war aber, wie schon erwähnt, zu jener Zeit ein Provisionsvertreter der Firma J [REDACTED] & J [REDACTED], die ihrerseits Generalvertreterin der Klägerin war. Die Klägerin selbst ging in ihrem Schreiben also davon aus, daß sich um die Arbeiten auch ein Vertreter der Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] kümmern würde. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte hätte davon ausgehen sollen, eine Beaufsichtigung der Arbeiten durch die Klägerin entfalle, wenn die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] mit den Arbeiten beauftragt werde. Überdies hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, zu Unrecht auch der Tatsache keine Bedeutung beigemessen, daß die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 22. April 1966 eine Abschrift ihres Schreibens vom gleichen Tage an die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] übersandte, in dem der Beginn der Arbeiten auf den 26. April 1966 festgelegt wurde. Die Bekanntgabe des Inhalts dieses Schreibens war sinnvoll nur, wenn die Klägerin sich in die Beaufsichtigung der Arbeiten einschalten sollte. Bei der erneuten Verhandlung wird sich das Berufungsgericht auch mit der Erklärung der Beklagten im Schreiben an die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] vom 22. April 1966 auseinandersetzen müssen, Herr J [REDACTED] werde während der ganzen Lackierarbeiten ununterbrochen persönlich anwesend sein, um die Qualitätsarbeit der Leute der Beklagten und seiner eigenen Leute zu

überwachen. Damit könne von der Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] die Gewährleistung für den gesamten Anstrich übernommen werden, so daß (dadurch?) die Garantie der Firma C [REDACTED], also der Klägerin, sich auch auf das Verarbeiten der Lacke erstrecke. Das könnte darauf hindeuten, die Klägerin solle ihre im Zuge der Garantie übernommene Verpflichtung zur Beaufsichtigung durch ihre Generalvertreterin, die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED], ausüben. Wenn die Klägerin dem nicht widersprach, wäre möglicherweise die Verpflichtung der Klägerin zur Beaufsichtigung der Arbeiten zwar nicht entfallen, sie hätte sie aber im Einverständnis der Beklagten durch die Firma J [REDACTED] & J [REDACTED] als ihre Erfüllungsgehilfin ausgeübt.

IV. Die Entscheidung über die Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen, da diese Entscheidung vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Es erschien angemessen, von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

Hoffmann