

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 220/63

URTEIL

Verkündet am

20. Dezember 1965
Klett, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der offenen Handelsgesellschaft in Firma Ziegelei
I [REDACTED] - Hans G [REDACTED], vertreten durch
ihre Gesellschafter Witwe Paula G [REDACTED] geb. M [REDACTED],
Kurt G [REDACTED] und Hans G [REDACTED], in I [REDACTED] über
I [REDACTED] (Westf.),

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Krille -

g e g e n

die Firma Werner L [REDACTED],
Hoch- und Stahlbetonbau, Inhaber Bauingenieur
Werner L [REDACTED], in B [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Normann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom 11. Juli 1963 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin benötigte für den Bau eines Hochhauses in S [REDACTED] Mauerziegel mit einer Druckfestigkeit von 350 kg je cm². Sie bestellte Mitte Oktober 1961 fernmündlich bei der Beklagten, die eine Ziegelei betreibt, größere Mengen Gittersteine (Hochlochziegel) sortiert in Größen 1 1/2 und 2 1/4 und ließ die Ziegel bei der Beklagten in der Zeit vom 17. Oktober 1961 bis 8. November 1961 abholen. Nach Vermauerung der ersten Steine aus Lieferungen der Beklagten entstanden Zweifel, ob die gelieferten Ziegel die erforderliche Druckfestigkeit hatten. Mit Schreiben vom 2. November 1961 übersandte die Beklagte der Klägerin zwei Prüfungszeugnisse des Instituts für Ziegelforschung Essen e.V. vom 10. und 12. April 1961,

wonach die damals untersuchten Ziegel aus der Produktion der Beklagten in die Festigkeitsgruppe 350 kg je cm² gehörten. Die Beklagte ging davon aus, daß auch die der Klägerin gelieferten Ziegel den Erfordernissen dieser Druckfestigkeit entsprächen. Die Untersuchung von zehn Hochlochziegeln, die am 27. Oktober 1961 durch Beauftragte der Baustoffprüfstelle beim Kommunalen Prüfamt für Baustatistik B [REDACTED] auf der Baustelle des Hochhauses aus der angelieferten Ziegelmenge für das Erdgeschoßmauerwerk entnommen worden waren, ergab indes laut Prüfungszeugnis des Kommunalen Prüfamts vom 10. November 1961 eine geringere Druckfestigkeit. Aus einem Mauerblock herausgestemte Ziegelsteine wurden auch von anderen Stellen untersucht.

Die Klägerin hat behauptet, bei der fernmündlichen Bestellung habe ihr Beauftragter ausdrücklich Ziegel sortiert mit einer Druckfestigkeit von 350 kg verlangt und eine entsprechende Zusage erhalten. Da die gelieferten Ziegel diesen Anforderungen nicht genügten, seien sie durch andere ersetzt worden. Durch Beseitigung bereits gefertigten Mauerwerks seien Kosten in Höhe von 6.953,88 DM entstanden.

Die Beklagte hat eine Bestellung von Steinen dieser Druckfestigkeit in Abrede gestellt. Sie habe auch nicht gewußt, daß es für die Klägerin auf die Druckfestigkeit der Ziegelsteine ankam. Die gelieferten Steine hätten zur Zeit der Übergabe eine Druckfestigkeit von 350 kg je cm² im Durchschnitt aufgewiesen. Sie könnten durch unsachgemäße Behandlung, insbesondere durch Abkippen aus dem Lastwagen und die Art der Lagerung im Freien,



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

erheblich gelitten und an Druckfestigkeit verloren haben. Deshalb lieferten die Prüfungsergebnisse keinen ausreichenden Beweis für den behaupteten Mangel.

Das Landgericht hat der Klägerin den eingeklagten Betrag von 6.933,88 DM nebst Zinsen zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat unter Abweisung der Mehrforderung die Verurteilung der Beklagten auf 6.881,55 DM nebst Zinsen beschränkt.

Mit der Revision wendet sich die Beklagte gegen diese Verurteilung, während die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Oberlandesgericht hält für erwiesen, daß die Beklagte sich verpflichtet hatte, der Klägerin Gittersteine mit einer Druckfestigkeit von 350 kg je cm² zu liefern. Dagegen hält es nicht für erwiesen, daß die Beklagte diese Druckfestigkeit auch zugesichert habe. Unter Würdigung der vorgelegten Urkunden und des sonstigen Verhandlungsstoffes kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Klägerin Steine mit geringerer Festigkeit als vereinbart geliefert habe. Diese Schlechtlieferung sei schuldhaft, weil die Beklagte die Lieferung ohne eine Überprüfung der Festigkeitswerte vorgenommen und damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen habe. Sie hafte daher auf Schadensersatz wegen schuldhafter positiver Vertragsverletzung.

II. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte verpflichtet war, Gittersteine mit einer Druckfestigkeit von 350 kg zu liefern, wird von der Revision nicht angegriffen. Die Revision wendet sich jedoch in erster Linie gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die gelieferten Steine nicht die vereinbarte Druckfestigkeit hatten. Die Revision rügt, diese Feststellung beruhe auf Verletzung der Regeln über die Darlegungs- und Beweislast, sowie auf einer unzureichenden Würdigung des Prozeßstoffes.

1. Nach Ansicht der Revision habe das Berufungsgericht seine Feststellung nicht auch auf das Prüfungszeugnis des Kommunalen Prüfamtes für Baustatistik B [REDACTED] vom 10. November 1961 stützen dürfen. Denn dieses Gutachten leide daran, daß bei der Entnahme der Prüfstücke kein Vertreter der Beklagten zugegen gewesen war. Diese Rüge ist deshalb unbegründet, weil das Berufungsgericht diesem Umstand keine Bedenken gegen die Auswahl der zur Prüfung verwendeten zehn Steine durch das Prüfamt und gegen das Prüfungsergebnis zu entnehmen brauchte.

2. Das Berufungsgericht wertet bei seinen Feststellungen auch das Prüfungszeugnis der Bauprüfstelle des Wasser- und Schifffahrtsamtes Mi [REDACTED]/W [REDACTED] vom 16. November 1961. Nach diesem Gutachten wurden die am 13. November 1961 eingelieferten Steine am 15. November 1961 geprüft. Von den geprüften 15 Ziegeln lag nur bei zwei Ziegeln die Druckfestigkeit über 350 kg/cm^2 , hingegen bei neun Ziegeln sogar unter 300 kg/cm^2 . Dazu hatte die Beklagte bereits im ersten Rechtszuge vorgetragen, eine ordnungsmäßige Prüfung von Ziegelsteinen auf ihre Druckfestigkeit setze voraus, daß

zwischen der Anlieferung des Materials und der eigentlichen Prüfung ein Zeitraum von 7 bis 9 Tagen liege. Die Ziegel müßten nämlich vor der Druckprüfung mit einem Mörtel versehen werden, der luftgetrocknet werden müsse, wozu mindestens eine Zeit von 7 Tagen benötigt werde. Demnach habe bei der Untersuchung durch die Bauprüfstelle Mi [REDACTED] eine Prüfung im Schnellverfahren stattgefunden, die nach den Bestimmungen der DIN 105 nicht zugelassen sei. Hierfür hatte sich die Beklagte auf Sachverständigen-gutachten und den Inhalt der DIN 105 bezogen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe diese Beanstandungen und Mängel des Gutachtens bei seiner Auswertung nicht berücksichtigt. Es besteht jedoch kein hinreichender Anhalt für die Annahme, daß das Berufungsgericht die vorgetragenen Bedenken der Beklagten gegen das Gutachten überschen habe. Diese Bedenken schließen es noch nicht aus, bei der Gesamtwürdigung des vorliegenden Beweismaterials auch dieses Gutachten zum Nachteil der Beklagten in Betracht zu ziehen. Denn, wie die Beklagte selbst vorgetragen hatte, kam es für die Frage, ob der Klägerin der von ihr zu führende Nachweis über die behauptete vertragswidrige Beschaffenheit der gelieferten Steine gelungen sei, entscheidend auf die vorliegenden Gutachten an. Das Berufungsgericht war daher darauf angewiesen, seine Überzeugung davon, ob die Klägerin den Nachweis für die Schlechtlieferung erbracht hatte, im wesentlichen auf dieses Beweismaterial zu stützen. Für sich allein betrachtet mag das Gutachten der Bauprüfstelle Mi [REDACTED] vom 16. November 1961 nicht geeignet gewesen sein, den von der Klägerin zu führenden Beweis zu liefern. Das Berufungsgericht hat dieses Prüfungsergebnis aber nur ergänzend in Betracht gezogen, indem es seine Feststellungen in erster

Linie auf das Prüfungszeugnis des Kommunalen Prüfamts für Baustatistik B [REDACTED] vom 10. November 1961 stützte, gegen dessen Beweiskraft keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Unter diesen Umständen ist kein Verfahrensfehler darin zu finden, daß das Berufungsgericht unterstützend auch noch das Ergebnis der von der Beklagten selbst veranlaßten Prüfung durch die Prüfstelle in Minden zugunsten der Klägerin mitverwertet hat.

3. Die Revision rügt ferner, die Beklagte habe dargetan, daß die Klägerin die gelieferten Ziegel nach DIN 1005 (hier nicht 105) hätte behandeln müssen. Sie hätte sie nicht abkippen lassen dürfen und ferner draußen nur abgedeckt lagern müssen. Weil dies nicht geschehen sei, müßten die aufgetretenen Beweisschwierigkeiten zu Lasten der Klägerin gehen. Dazu hatte die Beklagte weiter vorgetragen, es lasse sich nicht mehr ausschließen, daß die Prüfergebnisse durch unsachgemäßes Behandeln der angelieferten Steine beeinflusst worden sind.

Auch diese Rügen greifen nicht durch.

Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Steine abgekippt worden seien. Es vermißt jedoch einen ausreichenden Anhaltspunkt dafür, daß die untersuchten Steine hierdurch beeinträchtigt worden seien. Nach Ansicht des Berufungsgerichts soll dagegen sprechen, daß die in Mi [REDACTED] untersuchten Steine eine verhältnismäßig große Gleichmäßigkeit bei der Festigkeitsprüfung aufwiesen. Ob dieser Erwägung des Berufungsgerichts beigetreten werden kann, mag dahinstehen. Es durfte aus dem unterstellten Abkippen der Steine von den Lastwagen der Klägerin schon deshalb keine ihr nachteiligen Schlüsse ziehen, weil es an jedem konkreten

Anhaltspunkt dafür fehlt, daß die zur Untersuchung ausgewählten Steine durch Abkippen an Druckfestigkeit verloren haben. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß auch die Beklagte selbst Ziegelsteine zur Überprüfung ausgewählt hat und darüber hinaus in der Lage war, eine weitere Prüfung der angelieferten Steine zu veranlassen.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Klägerin die gelieferten Steine unsachgemäß im Freien gelagert hat, denn auch insoweit fehlt es an konkreten Anhaltspunkten dafür, daß die untersuchten Steine hierdurch gelitten haben.

Dem Berufungsgericht ist daher im Ergebnis darin beizutreten, daß die Beklagte Ziegelsteine vertragswidriger Beschaffenheit hinsichtlich ihrer Druckfestigkeit geliefert hat.

III. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe nicht ausreichend geprüft, ob die festgestellte Schlechtlieferung auf einem Verschulden der Beklagten beruhe. Die Revision macht im wesentlichen geltend, die Beklagte habe sich darauf verlassen dürfen, daß ihre Ziegel bei gleichbleibenden Produktionsverhältnissen der Festigkeitsklasse 350 kg angehörten, nachdem diese Güteklasse im April 1961 durch das Institut für Ziegelforschung E[REDACTED] e.V. festgestellt worden sei. Die Beklagte habe deshalb keinen Anlaß gehabt, die Einzellieferungen zu überprüfen. Hinzukomme, daß die Beklagte nicht gewußt habe, die Steine würden für den Bau eines Hochhauses verwendet werden. Nur wenn sie diesen Verwendungszweck gekannt hätte, so meint die Revision, hätte die Beklagte erkennen können, daß es in diesem Fall auf sonst unerhebliche Qualitätsschwankungen ankam.

Bei diesen Rügen geht die Revision davon aus, daß die Klägerin nach Auffassung des Berufungsgerichts keinen Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft verlangen könne. Dieser rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhalts kann jedoch aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht meint, eine Zusicherung könne nur dann angenommen werden, wenn der Wille zur Garantieübernahme beim Verkäufer eindeutig zum Ausdruck gebracht worden ist. Das ist zu eng gesehen. Die Zusicherung der von der Klägerin geforderten Druckfestigkeit ergibt sich, wie die Revisionsbeantwortung zutreffend geltend macht, bereits aus dem festgestellten und unstreitigen Sachverhalt. Die Klägerin hatte, wie das Berufungsgericht unter Würdigung der Beweisaufnahme feststellt, nicht Gittersteine schlechthin bestellt, sondern Gittersteine mit einer Druckfestigkeit von 350 kg je cm^2 . Diese Bestellung ist auch Vertragsinhalt geworden, wie das Berufungsgericht näher ausführt. Es sieht somit als erwiesen an, daß der Kaufvertrag über Ziegellieferungen mit einer Druckfestigkeit von 350 kg je cm^2 abgeschlossen worden ist. Daraus ergibt sich aber unter den hier vorliegenden Umständen, daß diese Eigenschaft der zu liefernden Steine auch vertraglich zugesichert worden ist. Dieser rechtlichen Würdigung des Sachverhalts steht nicht entgegen, daß die Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts diese Beschaffenheit nicht "besonders" zugesichert hat. Wenn die Klägerin als Bauunternehmer von der Beklagten als Herstellerbetrieb Ziegelsteine mit bestimmter Druckfestigkeit haben wollte, so mußte dieses Verlangen nach Treu und Glauben von der Beklagten dahin verstanden werden, daß die Klägerin eine entsprechende Beschaffenheit auch zugesichert haben wollte. Das gilt auch dann, wenn der Beklagten bei Annahme der Bestellung der konkrete Verwendungszweck nicht bekannt war, was zu unterstellen ist.

Die Klägerin hat jedenfalls erkennbar ihren Kaufwillen von dem Vorhandensein der geforderten Druckfestigkeit bei den zu liefernden Steinen abhängig gemacht. Die ihr daraufhin gegebene Zusage der geforderten Beschaffenheit, auf deren Vorhandensein die Klägerin erkennbar vertrauen wollte und sollte, und die zudem von der Beklagten als Herstellerbetrieb abgegeben worden ist, durfte und konnte von der Klägerin dahin verstanden werden, daß die Zusage des Unternehmers eines für die Herstellung solcher Steine besonders qualifizierten Ziegelwerks stillschweigend auch das Versprechen enthielt, für die Folgen eintreten zu wollen, wenn die zugesagte Eigenschaft fehlte (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 11. Februar 1958 - VIII ZR 85/57 - BB 1958, 284). Hätte die Beklagte diese Haftung ausschließen wollen, so hätte sie dies der Klägerin gegenüber zum Ausdruck bringen müssen. Das ist von ihr umso mehr zu fordern, als die Beklagte sich, wie schon das Landgericht mit Recht hervorgehoben hatte, als Herstellungsbetrieb für Ziegel mit einer Druckfestigkeit von 350 kg je cm² durch Eintragung in die Liste "Güteschutz-Ziegelindustrie" und besondere Überprüfungen hierfür hatte herausstellen lassen, um auf diesem Wege erhöhtes Vertrauen in ihre Leistungsfähigkeit zu gewinnen. Unter diesen Umständen durfte also die Klägerin darauf vertrauen, daß die Beklagte für das Vorhandensein der vertragsmäßig zugesagten Druckfestigkeit eintreten wolle und damit diese Eigenschaft der Steine auch zusichere.

Die Beklagte ist deshalb wegen Fehlens dieser zugesicherten Eigenschaft gemäß § 480 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet. Dieser Anspruch umfaßt auch den Schaden, den die Klägerin durch die nichtgehörige Erfüllung des Liefervertrages erlitten hat, indem

sie mit fehlerhaften Ziegeln errichtetes Mauerwerk wieder beseitigen und durch andere Steine ersetzen mußte.

Somit kommt es nicht darauf an, ob die mangelhafte Lieferung auf Verschulden der Beklagten zurückzuführen ist. Demnach bedarf es keines weiteren Eingehens auf die Ausführungen der Revision, mit denen sie sich gegen die Annahme einer **s c h u l d h a f t e n** Schlechtlieferung durch die Beklagte wendet.

IV. Schließlich beanstandet die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Abbruch des Mauerwerks wegen der fehlenden Druckfestigkeit der Ziegel erfolgt sei. Diese Feststellung stützt das Berufungsgericht auf die von ihm gemäß § 272 b ZPO eingeholte Auskunft des Kommunalen Prüfamts vom 7. Mai 1963. Die Revision rügt, die Beklagte habe demgegenüber die Zeugenvernehmung des Sachbearbeiters beim Kommunalen Prüfamt in Verbindung mit der Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweise dafür beantragt, daß die Beanstandung des Mauerwerks auf andere Gründe als die fehlende Druckfestigkeit der Ziegel zurückzuführen sei.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweisanträgen deshalb nicht entsprochen, weil die Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters in der amtlichen Auskunft des Kommunalen Prüfamts bereits verwertet worden und von ihm keine weitere und zusätzliche Erkenntnis bei einer Vernehmung zu erwarten sei. Waren die Beanstandungen des Prüfamts durch die fehlende Druckfestigkeit der Ziegel veranlaßt worden, so kommt es nach Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht auf den angebotenen Sachverständigenbeweis dafür an, daß der Abbruch des Mauerwerks mangels Festigkeit der Wandscheiben nicht erforderlich gewesen wäre, denn die Klägerin habe den Beanstan-

dungen des Prüfamts Rechnung tragen müssen.

Dem Berufungsgericht ist rechtlich darin zuzustimmen, daß es in diesem Rechtsstreit nicht darauf ankommen kann, ob das Kommunale Prüfamt mit Recht wegen der fehlenden Druckfestigkeit der Ziegel den Abbruch der bereits aufgeführten Wände verlangt hat. Entscheidend ist vielmehr für den Schadensersatzanspruch der Klägerin, ob die vertragswidrige Beschaffenheit der Ziegel für die Entscheidung des Prüfamts ursächlich gewesen ist. Dies stellt das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei fest. Dem Antrag der Beklagten, den Sachbearbeiter des Prüfamts zu vernehmen, brauchte das Berufungsgericht schon deshalb nicht zu entsprechen, weil die Beklagte hiermit, wie ihren schriftsätzlichen Ausführungen in dem Berufungsverfahren zu entnehmen ist, nur beweisen wollte, daß dem Prüfamt bei der Berechnung, die zum Abbruch der Wände führte, ein Irrtum unterlaufen sei und als unmittelbarer Anlaß "für das Erreichen der Bruchlast" auch Lücken in den Mörtelzügen festgestellt worden sein sollen. Auf diese Behauptung kam es deshalb nicht an, weil sie nicht der Annahme des Berufungsgerichts entgegensteht, das Prüfamt habe die fehlende Druckfestigkeit der Ziegel zum Anlaß genommen, die Beseitigung des Mauerwerks zu verlangen.

Hinsichtlich der Höhe des im Berufungsurteil zugesprochenen Ersatzanspruchs sind von der Beklagten keine weiteren Einwendungen erhoben worden.

V. Hiernach hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand. Das Rechtsmittel der Beklagten war daher auf ihre Kosten als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Normann