

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 244/72

URTEIL

Verkündet am
30. Januar 1974
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauklempner- und Dachdeckergeschäfts Reiner
Effertz Nachf., Inhaber Michael B. [REDACTED] in
K. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Engelbert S. [REDACTED], Bedachungs-
großhandel in K. [REDACTED], An [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Juli 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte bezog für das von seinem Schwiegervater Effertz übernommene Bauklempner- und Dachdecker-geschäft vom Kläger laufend Bedachungsmaterial und leistete darauf in meist glatten Beträgen Abschlagszahlungen. Auf Grund einer vom damaligen Steuerberater des Beklagten gefertigten, vom Kläger hingenommenen Aufstellung wurde der Saldo zum 31. Mai 1967 fest-

- 3 -

gestellt, auf den der Beklagte kurz darauf noch kleinere, nach Grund und Höhe unstreitige Zahlungen leistete. Mit der Klage verlangt der Kläger Zahlung der restlichen 22 168,02 DM nebst 9 % Bankzinsen seit dem 28. Februar 1967. Das Landgericht hat ihm nur 15 850,89 DM nebst Zinsen zugesprochen, das Oberlandesgericht auch den Restbetrag von 6 317,13 DM (nicht 6 317,33 DM, wie im Tenor des Berufungsurteils versehentlich angegeben; richtiger Betrag von 6 317,13 DM ist in BU S. 4 Zeile 4 von oben und Zeile 5 von unten sowie S. 8 Zeile 14 genannt).

Kern des Streites der Parteien ist die Frage, ob etwa der Kläger - ganz oder teilweise - für Schäden haftet, die bei der im Auftrage des Landschaftsverbandes Rheinland vom Beklagten im Spätherbst 1965 durchgeführten Bedachung der "Straßenmeisterei B [REDACTED]" entstanden sind, etwa deshalb, weil der Kläger statt des in der Ausschreibung verlangten Alcuta-Materials sog. Reba-Material geliefert und/oder den Beklagten über die Verlegung dieses Reba-Materials falsch belehrt hat. Der Beklagte behauptet dies und hat Schadensersatzansprüche zur Aufrechnung gestellt. Im Berufungsrechtszug hat er dieserhalb zusätzlich Widerklage auf Zahlung von 24 397,33 DM erhoben, dabei in Verteidigung gegenüber der Klage auch die Saldenaufstellung beanstandet, weil ihm bestimmte Zahlungen nicht gutgebracht und Leistungen des Klägers doppelt zum Soll gestellt worden seien. Das Berufungsgericht hat die Widerklage abgewiesen.

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



Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers gemäß dem Antrag der Widerklage.

In tatsächlicher Hinsicht ist unter den Parteien unstreitig, daß das große Bedachungsvorhaben "Straßenmeisterei B [REDACTED]" schon in der Planung grobe Fehler aufwies, so daß sich schon bald Mängel zeigten und die Dachkonstruktion ganz abgerissen und durch eine neue, weniger aufwendige Konstruktion ersetzt werden mußte, wobei außer dem Landschaftsverband und den bauleitenden Architekten auch der Beklagte durch Nachbesserungsarbeiten sich an der Behebung der Schäden beteiligte. Umstritten ist bei den Parteien, ob und in welchem Umfange die Verwendung von Reba- statt von Alcuta-Material, ferner eine etwa unsachgemäße Verlegung des Reba-Materials und die Verwendung von falscher oder unzureichender Klebemasse für die aufgetretenen Schäden mitursächlich gewesen ist.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist begründet. Das angefochtene Urteil hält nicht in allen Teilen seiner Begründung der rechtlichen Nachprüfung stand.

I. Die Revision bestreitet nicht mehr die in den Vorinstanzen in Abrede gestellte Passivlegitimation des Beklagten. Hiergegen bestehen in der Tat keine Bedenken; denn der Beklagte hat in den Jahren 1965 bis 1967 den gesamten Schriftwechsel mit dem Kläger unter dem Briefkopf "Reiner E. [REDACTED] Nachf., Inhaber Michael B. [REDACTED]" geführt, und die zunächst gegen E. [REDACTED] erhobene Klage wurde auf Veranlassung des Prozeßbevollmächtigten der beklagten Partei alsbald auf den jetzigen Beklagten umgestellt. Dieser bestritt seine Passivlegitimation erst, als seine Vernehmung als Zeuge zur Diskussion stand. Für die Frage der Passivlegitimation ist auch ohne Bedeutung, daß der Beklagte als bloßer Dachdeckergeselle nach den handwerksrechtlichen Vorschriften möglicherweise nicht befugt war, das Geschäft seines Schwiegervaters zu übernehmen und Bauausschreibungen in eigener Verantwortung durchzuführen.

II. Unstreitig war das Geschäft des Beklagten bei den hier umstrittenen Vorgängen des Jahres 1965 im Handelsregister nicht eingetragen. Damit erweist sich die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei gemäß §§ 377, 378 HGB verpflichtet gewesen, bei Anlieferung des Reba-Materials die Ware zu untersuchen und Mängel unverzüglich anzuzeigen, als rechtlich nicht haltbar. Zwar finden die genannten Vorschriften Anwendung auch dann, wenn Käufer ein Minderkaufmann ist. Der Beklagte ist jedoch als sog. Lohnhandwerker (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 HGB) kein Minderkaufmann, sondern Nichtkaufmann, und aus diesem Grunde fehlt es hier an einem beiderseitigen Handelsgeschäft, wie es die genannten Vorschriften voraussetzen. Die Hauptbegründung des

Berufungsgerichts trägt somit nicht die angefochtene Entscheidung.

III. Auf der anderen Seite ist aber auch der in diesem Zusammenhang gebrachte Revisionsangriff, der Kläger habe dem Beklagten gegenüber dolos gehandelt, unbegründet:

Die Ausschreibung des Landschaftsverbandes verlangte für die rd. 1 600 qm Bedachungsmaterial die Verwendung von Alcuta in Stärke von 0,5 mm und Verlegung nach den Vorschriften der Lieferfirma. Der Streit der Parteien geht im Grunde darum, ob der Sortenbezeichnung "Alcuta" (Fabrikat der Firma V AG in H) oder aber dem verlangten Stärkegrad von 0,5 mm die größere Bedeutung zukam. Das zu den Akten gereichte Merkblatt "Alcuta" mit Bedienungsanweisung sowie das Schreiben des Herstellerwerkes vom 1. April 1969 machen deutlich, daß Alcuta nur in Stärken von 0,8 und 0,7 mm im Handel war und daß Stärken von nur 0,5 mm zwar hergestellt werden konnten, daß man dies aber für Bedachungszwecke als "zu geringfügig" hielt. Bei solcher Sachlage kann nicht - wie die Revision es unter rechtlich unzulässigem (§ 561 ZPO) Vorbringen neuer Tatsachen versucht - von einer arglistigen Täuschung seitens des Klägers die Rede sein, wenn dieser die Stärkebestimmung von 0,5 mm der Ausschreibung als verbindlich annahm und dem Beklagten schließlich das Reba-Material andiente, das diesen Stärkeerfordernissen entsprach. Es ist auch nicht zu erkennen, welchem Zweck eine arglistige Täuschung durch den Kläger hätte dienen sollen, da es diesem nur um die Lieferung von Material an den Beklagten

- gleich ob Alcuta oder Reba - zu tun war und er so oder so daran verdiente. Gegenüber dem Landschaftsverband mögen beide Parteien eigenmächtig gehandelt haben, indem sie, ohne zuvor eine klare Weisung bezüglich Sorte und Stärke des Materials einzuholen, Reba-Material anlieferten bzw. verlegten. Ein doloses Verhalten des Klägers gegenüber dem Beklagten ist darin jedoch nicht zu erkennen.

IV. 1. Damit steht die Nichthaftung des Klägers für die später eingetretenen Schäden freilich noch nicht fest. Eine Haftung des Klägers würde dann entfallen, wenn seine Behauptung zutrifft, er habe dem Beklagten ein Muster des Reba-Materials mit der Aufforderung übergeben, es dem bauleitenden Architekten zu zeigen, und der Beklagte habe später dieses Muster, ohne die Billigung des Architekten eingeholt zu haben, dem Kläger mit den Worten zurückgegeben: "Das kannst Du liefern". Der Beklagte bestreitet jedoch diese Sachdarstellung. Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen trifft, ist im jetzigen Verfahrensstand davon auszugehen, daß der Kläger das Material ohne vorherige Aushändigung eines Musters angeliefert hat.

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts entfällt aber auch bei solcher Sachlage eine Haftung des Klägers um deswillen, weil eine besondere Aufklärungspflicht des Klägers als des Verkäufers gegenüber dem Beklagten als Käufer nicht bestanden habe. Der Beklagte sei nach der Ausschreibung verpflichtet gewesen, das Material nach den Vorschriften des Lieferwerks aufzubringen. Er habe sich um diese Vorschriften aber überhaupt nicht gekümmert,

sondern sei in altgewohnter Weise bei der Bedachung verfahren. Für die handwerklichen Arbeiten sei der Beklagte der Fachmann gewesen und nicht der Kläger, der mit Bedachungsartikeln nur handle. Das Verschulden des Beklagten sei so überwiegend im Sinne des § 254 BGB, daß man den Kläger auch nicht zu einem nur teilweisen Ausgleich heranziehen könne.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts werden dem Parteivorbringen und der hier gegebenen besonderen Sachlage nicht gerecht: Es mag zutreffen, daß in aller Regel der Handwerker die volle Verantwortung dafür trägt, welches Material er auswählt und wie er es verarbeitet. Eine Pflicht des Verkäufers, von sich aus den Handwerker über Eigenschaften und Verarbeitung des bestellten Materials aufzuklären, besteht in aller Regel nicht. Darum geht es hier jedoch nicht. Der Beklagte hat vielmehr behauptet und unter Beweis gestellt, den Kläger um Rat angegangen zu haben; der Kläger habe ihm entsprechenden Rat erteilt, und darauf habe er - Beklagter - sich verlassen. So habe ihm der Kläger gesagt, das Material werde "wie Pappe verlegt", der Beiziehung eines - vom Lieferwerk anzufordernden - sog. Lehrverlegers bedürfe es nicht. Auch habe der Kläger ihm einen für die Verlegung angeblich geeigneten Leim empfohlen und geliefert. Die Ratschläge des Klägers seien jedoch falsch und der von ihm gelieferte Leim sei für die Verlegung von Reba-Material ungeeignet gewesen. Dies alles wird vom Kläger zwar bestritten, ist jedoch bei Prüfung des Revisionsvorbringens als richtig zu unterstellen.

Bei solcher Sachlage kann der Hilfsbegründung des angefochtenen Urteils nicht gefolgt werden, ein Beratungsvertrag zwischen den Parteien scheide hier aus, und für eine Mithaftung des Klägers sei wegen stark überwiegenden eigenen Verschuldens des Beklagten kein Raum. Entscheidend ist nämlich nicht, daß der Kläger in seiner Eigenschaft als Verkäufer zu einer Beratung des Beklagten von Gesetzeswegen nicht verpflichtet war, sondern daß er - wenn auch auf Bitte des Beklagten - beratend tätig geworden ist und - angeblich - falschen Rat erteilt hat. Dabei war wegen der Persönlichkeit des Beklagten bei Erteilung von Ratschlägen einige Sorgfalt geboten, denn in kaufmännischen Dingen war der Beklagte geradezu hilflos (auf seine Bitte trug der Kläger in der Ausschreibung die Grundpreise ein, gleichwohl unterliefen dann dem Beklagten bei Ausfüllung des Formulars grösste Kalkulationsfehler), und auch in technischen Dingen bedurfte der Beklagte als bloßer Dachdeckergereselle, der den Betrieb seines Schwiegervaters übernommen hatte, einer gewissen Beratung; zumindest war er bereit, Hinweise des Klägers über Eigenschaften und Verlegungsweise von Bedachungsmaterial, das erst kurze Zeit auf dem Markt war, als Ratschläge eines Fachmanns hinzunehmen und entsprechend zu handeln.

Die Ablehnung einer Mithaftung des Klägers nach § 254 BGB erweist sich demnach als rechtlich fehlerhaft und zwingt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Da weitere Sachaufklärung geboten ist, kann der Senat nicht abschließend in der Sache entscheiden.

V. Unbegründet ist freilich der gegenüber der Klageforderung erhobene Revisionsangriff, es seien zumindest Leistungen des Beklagten in Höhe von 7 000 DM zu berücksichtigen (1 Scheck über 1 000 DM per 30.11.1965; 2 Schecks über je 3 000 DM per 6.12.1966). Die Revision behauptet mehrfache Berechnung derselben Lieferungen zu Lasten des Beklagten. Wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, können jedoch ebensogut Lieferungen seitens des Klägers, die heute im einzelnen nicht mehr aufklärbar sind, mehrfach erfolgt sein, so daß der errechnete Saldo sachlich in Ordnung geht. Darüber hinaus steht aber auch der Berücksichtigung dieses Revisionseinwandes die Feststellung des Saldos zum 28. Februar 1967 entgegen; diese Saldofeststellung wurde vom Beklagten nicht nur anerkannt, sie beruht darüber hinaus auch auf den Angaben seines eigenen damaligen Steuerberaters.

VI. Aus den zu IV 2 genannten Gründen war Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung geboten; dabei ist entsprechend dem Ausgang des Rechtsstreits auch über die Kosten des jetzigen Revisionsverfahrens zu befinden.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann