

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 32/71

URTEIL

Verkündet am
26. April 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] O [REDACTED] W [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] GmbH
in C [REDACTED], B [REDACTED]straße ●, vertreten durch ihren
Geschäftsführer F.M. B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED] -

gegen

die Firma Johann K [REDACTED] GmbH in F [REDACTED] ([REDACTED]),
H [REDACTED] L [REDACTED]str. [REDACTED], vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Dipl.-Ing. Carl R [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 24. November 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte, ein Unternehmen zur Durchführung von Bodenverfestigungsarbeiten, wandte sich Anfang November 1967 an die klagende GmbH, die chemische Mittel zur Verfestigung von Böden herstellt und vertreibt, und bat aufgrund von Werbeanzeigen, in denen

- 3 -

ihre Dienste und ihre Beratung empfohlen wurden, um ein Angebot, weil sie mit der Verfestigung einer größeren Baugrube in Hamburg beauftragt war. Bei einer Besprechung am 7. November 1967 riet der bei der Klägerin tätige Dipl.-Ing. U. [REDACTED] zur Verwendung von Injektrol, das aus einer Mischung von Wasser, Wasserglas und einem für die Klägerin patentierten Fällmittel besteht. Am 14. November 1967 übersandte die Klägerin der Beklagten eine Probe des Fällmittels. Mit Fernschreiben vom 15. November 1967 teilte sie den Preis für Injektrol mit 180 DM/cbm und für das Fällmittel mit 96 DM/cbm Erde mit. Am 21. November 1967 schrieb die Beklagte, die für die Verfestigung der Hamburger Baugrube einen Festpreis vereinbart hatte, der Muttergesellschaft der Klägerin in den USA, sie solle diese veranlassen, ein geeignetes Verfestigungsmittel zu einem billigeren Preis anzubieten. Die Muttergesellschaft forderte daraufhin die Klägerin auf, ihre Kalkulation für Injektrol zu überprüfen.

Bei einer Besprechung am 11. Dezember 1967 kamen die Parteien überein, daß die Klägerin nur das Fällmittel zum Preise von 80 DM/cbm liefern solle. Die Beklagte war in dieser wie in der vorigen Besprechung am 7. November 1967 erkennbar davon ausgegangen, daß 500 bis 1000 cbm Fällmittel erforderlich seien. Dipl.-Ing. U. [REDACTED] war dagegen nach der Unterredung am 7. November 1967 der Auffassung, daß etwa die doppelte Menge benötigt werde. Er teilte das dem Geschäftsführer der Klägerin mit. Die Beklagte



wurde nicht unterrichtet. Nach der Behauptung der Klägerin unterblieb eine Unterrichtung der Beklagten, weil diese das Verfahren zur Verfestigung des Bodens geändert hatte und Unger die Einzelheiten des von der Beklagten vorgesehenen Verfahrens nicht bekannt waren. Die Beklagte bestätigte am 27. Dezember 1967 den Auftrag zur Lieferung von "500 l Fällmittel", gab ihren Gesamtbedarf an Fällmittel mit 600 bis 1000 cbm an und verlangte von der Klägerin die Gewährleistung für die Abbindezeit, die Wasserunlöslichkeit des Gels und die Einstellung der Konzentration. Die Klägerin erwiderte am 28. Dezember 1967, sie könne das Schreiben nicht ganz akzeptieren, es bedürfe u.a. einer Klärung, "in welcher Form die Eignung der Bodenverhältnisse für verschiedene Konzentration festgestellt werden soll und von wem". Die Beklagte beantwortete dieses Schreiben nicht.

Nach Beginn der Injizierungsarbeiten, bei denen ein von der Klägerin abgestellter Arbeiter das Fällmittel an der Baustelle mischte, kamen Bedenken auf, ob Injektrol für den kalkhaltigen Boden der Hamburger Baustelle geeignet sei. Das Vorhandensein von Kalk im Boden erforderte jedenfalls die Verwendung einer größeren Menge Injektrol, wodurch die Wirtschaftlichkeit des Verfahrens in Frage gestellt war. Auf Empfehlung der Klägerin führte die Beklagte im zweiten Abschnitt der Arbeiten vor der Injektion pures Fällmittel ein. Im übrigen wandte sie dann zur Verfestigung des Bodens ein anderes Mittel an.

Da die Beklagte auf die Kaufpreisforderung nur eine kleine Teilzahlung leistete, klagt die Klägerin auf Zahlung des offenen Kaufpreises von 148 280 DM nebst Zinsen. Die Beklagte macht geltend, sie sei nicht zur Zahlung verpflichtet, weil die Klägerin sie falsch beraten, nämlich nicht das zweckmäßigste und wirtschaftlichste Verfahren vorgeschlagen und sie nicht unterrichtet habe, daß die von ihr angenommene Menge Fällmittel nicht ausreichend sein werde, wodurch ihr erheblicher Schaden entstanden sei. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte begehrt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, daß das aus dem Fällmittel der Klägerin hergestellte Injektrol zur Verfestigung der Baugru-
be zwar geeignet war, die zu erwartenden Kosten aber im Hinblick auf den vereinbarten Festpreis den Rahmen des Vertretbaren gesprengt hätten.

II. Die Rüge der Revision, die Klägerin habe entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht als Nebenleistung zum Kaufvertrag die Verpflichtung gehabt, die Beklagte zu beraten, ist begründet.

1. Es entspricht zwar allgemeiner Meinung wie der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGH vom 31. Januar 1962 - VIII ZR 120/60 = BGHWarn 1962 Nr. 18 = NJW 1962, 1196), daß der Rat eines Verkäufers, der sich zur Vertrauensperson erhebt und von dem nicht fachkundigen Käufer als Berater und Fachmann angesehen wird, eine Nebenleistung zum Kaufvertrag darstellt.

2. So war es hier indessen nicht. Aus der an die Muttergesellschaft der Klägerin gerichteten Bitte der Beklagten, mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Zusammenarbeit den Preis für Injektrol zu überprüfen bzw. ein geeignetes Mittel zu einem billigeren Preis anzubieten, läßt sich nicht folgern, die Beklagte habe erkennbar den Rat der Klägerin gesucht, wie die Baugrube am wirtschaftlichsten zu verfestigen sei.

a) Ob die Bitte der Beklagten um Empfehlung des geeignetsten und wirtschaftlichsten Mittels zur Bodenverfestigung eine Verpflichtung zur Beratung begründete, kann schon fraglich sein. Eine Firma, die um Mitteilung eines geeigneten und besonders preiswerten Mittels gebeten wird, geht

nicht ohne weiteres eine vertragliche Verpflichtung ein, wenn sie daraufhin ihr Mittel empfiehlt bzw. es zu einem billigeren Preis anbietet.

b) Doch kommt es nicht darauf an, wie das Schreiben der Beklagten vom 21. November 1967 zu verstehen ist. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß das Schreiben vom 21. November 1967 der Klägerin bekannt geworden war. Hatte die Klägerin aber lediglich eine Aufforderung ihrer Muttergesellschaft erhalten, ihre Kalkulation für Injektrol zu überprüfen, so war für sie nicht erkennbar, daß die Beklagte ihre Beratung erwartete.

c) Überdies sprechen die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts dafür, daß die Beklagte eine Beratung durch die Klägerin nicht suchte. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß die Beklagte das Schreiben der Klägerin vom 28. Dezember 1967 nach dem eine Klärung der Bodenverhältnisse erforderlich war, nicht beantwortete. Obgleich damals der Vertrag bereits geschlossen war, erlaubt das Schweigen der Beklagten auf das Schreiben vom 28. November 1967 den Schluß, daß sie nicht beraten werden wollte. Da sie sich aufgrund der von der Klägerin übersandten Probe mit der Wirkungsweise des Injektrols bzw. des Fällmittels vertraut machen konnte, ging sie ersichtlich davon aus, daß sie einer Beratung durch die Klägerin nicht mehr bedurfte.

III. Hatte die Klägerin nicht als Nebenleistung zum Kaufvertrag die Verpflichtung, die Beklagte zu beraten, so könnte ihr allerdings ein Verschulden bei Vertragsschluß zur Last fallen, wenn sie die Beklagte hätte unterrichten müssen, daß sie ihrer Kalkulation unzutreffende Werte zugrunde legte.

1. Es kann dabei dahingestellt bleiben, inwieweit bei unzutreffenden Angaben oder unterlassener Aufklärung hinsichtlich der verkauften Sache die Gewährleistungsansprüche Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß ausschließen (vgl. BGH vom 12. November 1969 - I ZR 93/67 = BGHWarn 1969 Nr. 324 = LM § 276 (Fb) Nr. 5). Diese Frage stellt sich hier nicht, weil die Pflichtverletzung, die die Beklagte der Klägerin zum Vorwurf macht, nicht in den Bereich der Sachmängelhaftung fällt. Die Beklagte wirft der Klägerin eine Verletzung ihrer Aufklärungspflicht vor.

2. Bei Vertragsverhandlungen über den Abschluß eines Vertrages besteht die Verpflichtung, den anderen Teil über Tatsachen und Umstände aufzuklären, die er nicht oder nicht hinreichend kennt oder nicht hinreichend kennen kann, deren Kenntnis aber für seine Entscheidung bedeutungsvoll ist. Das gilt in besonderem Maße, wenn unter den Vertragsparteien ein enges persönliches Vertrauensverhältnis besteht oder begründet werden soll. Voraussetzung ist aber in jedem Fall, daß der Vertragspartner die Mitteilung der betreffenden Tatsache

nach der Verkehrsanschauung erwarten durfte (BGH vom 17. März 1954 - II ZR 248/53 = LM § 276 (Fb) Nr. 1). Die Grenze, bei der eine Aufklärung zur Pflicht wird, ist daher flüssig. Bei den widerstreitenden Interessen der Vertragsteile dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden (Staudinger/Weber, BGB 11. Aufl. § 242 Anm. A 833).

3. Im vorliegenden Falle mußte Dipl.-Ing. U. [REDACTED] bzw. der Geschäftsführer der Klägerin die Beklagte nicht unterrichten, wenn lediglich Zweifel an der Richtigkeit ihrer Kalkulation bestanden.

a) Es ist zwar aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, daß die Beklagte, wenn sie gewußt hätte, daß zur Verfestigung der Baugrube eine erheblich größere Menge Injektrol bzw. Fällmittel erforderlich war, als sie annahm, im Hinblick auf den mit ihrem Auftraggeber vereinbarten Festpreis von der Verwendung von Injektrol abgesehen hätte.

b) Dennoch durfte die Beklagte nach Treu und Glauben wie der Verkehrsauffassung nicht erwarten, daß die Klägerin sie ungefragt über Zweifel an ihrer Kalkulation aufklären werde.

Die Beklagte gehört nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu den größten Bodenverfestigungsunternehmen der Bundesrepublik, wenn sie nicht gar das größte Unternehmen dieser Art in der Bundesrepublik ist. Jetzt ist sie eine Konkurrentin der

Klägerin. Sie verfügt auf dem Gebiet der Bodenverfestigung über Kenntnisse und Erfahrungen. Da sie vor Vertragsschluß eine Probe Fällmittel erhalten hatte, die sie auf ihre Wirkung prüfen konnte, war es ihr möglich, festzustellen, welche Menge Fällmittel zur Verfestigung der Baugrube erforderlich war. Wie die Revision zutreffend ausführt, durfte die Klägerin von einer sachgemäßen Prüfung dieser Probe durch die Beklagte ausgehen. Sie brauchte nicht damit zu rechnen, daß die Beklagte die ihr übersandte Probe Injektrol nicht an der Erde der Hamburger Baugrube, sondern an anderer Erde überprüfen würde. Unter diesen Umständen mußte die Klägerin die Beklagte nicht ungefragt über Zweifel an der Richtigkeit ihrer Kalkulation aufklären.

Ob es anders wäre, wenn zwischen den Parteien ein Vertrauensverhältnis bestanden hätte, mag dahinstehen. Ein Vertrauensverhältnis bestand zwischen den Parteien nämlich nicht und sollte auch nicht begründet werden. Abgesehen davon, daß eine Zusammenarbeit nicht mit der Klägerin, sondern deren Muttergesellschaft in Aussicht genommen war, wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 21. November 1967 ergibt, war lediglich die Möglichkeit einer Zusammenarbeit erörtert worden.

c) Aus der Aussage von Dipl.-Ing. U[REDACTED] kann, wie die Revision mit Recht rügt, nicht entnommen werden, daß die Klägerin von der Unrichtigkeit der Berechnung der Beklagten überzeugt war. Dipl.-Ing.

U[REDACTED] hat nämlich ausgesagt, er sei über die örtlichen Verhältnisse nicht informiert gewesen und ihm sei nicht gesagt worden, wie die Beklagte das Injektrol im Verhältnis zu Tonzement verwenden wolle; Ing. Schnauber der Beklagten habe wegen der unterschiedlichen Bodenverhältnisse keine genauen Angaben machen können. Die Erwägung des Berufungsgerichts, Dipl.-Ing. U[REDACTED] hätte sich nach diesen Einzelheiten mühelos erkundigen können, geht fehl. Nachdem Ing. Schnauber nicht darüber Bescheid wußte, mußte sich Dipl.-Ing. U[REDACTED] die Kenntnis der Einzelheiten nicht auf andere Art und Weise verschaffen.

d) Wenn das Berufungsgericht meint, der Unterschied zwischen den Berechnungen der Parteien sei so erheblich gewesen, daß U[REDACTED] diese Tatsache in jedem Falle hätte zur Sprache bringen müssen, so übersieht es, daß U[REDACTED] infolge Unkenntnis der Verhältnisse nicht verlässlich wissen konnte, daß der Unterschied wirklich so erheblich war.

e) Der Revision ist auch zuzugeben, daß die Annahme des Berufungsgerichts, die Berechnung von Dipl.-Ing. U[REDACTED] sei zutreffend gewesen, wie das spätere Ergebnis der Arbeiten im ersten Bauabschnitt gezeigt habe, Bedenken begegnet. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß nach seinen Feststellungen die Wirkung des Injektrols auch durch die dem Dipl.-Ing. U[REDACTED] nicht bekannten Bodenverhältnisse beeinträchtigt worden war.

4. Eine Verpflichtung der Klägerin zur Aufklärung der Beklagten wäre indessen nach Treu und Glauben sowie der Verkehrsauffassung dann anzunehmen, wenn sie nicht nur Zweifel an der Richtigkeit der Berechnungen der Beklagten gehabt, sondern deren Unrichtigkeit gekannt hätte.

a) Dann hätte sie der Beklagten, obgleich diese fachkundig war und ein Vertrauensverhältnis nicht bestand, das Ergebnis ihrer Berechnungen nicht vorenthalten dürfen, weil bei Zugrundelegung dieser Berechnungen die zu erwartenden Kosten im Hinblick auf den mit dem Auftraggeber der Beklagten vereinbarten Festpreis den Rahmen des Vertretbaren gesprengt hätten. Die Beklagte hatte ja den Kaufvertrag in der der Klägerin bekannten Absicht geschlossen, ein Mittel zu erwerben, das ihr ermöglichte, die Hamburger Baugrube zu einem für sie wirtschaftlich vertretbaren Preis zu verfestigen. Das wäre bei einem erheblich größeren Bedarf an Fällmittel vereitelt worden.

b) Daß die Klägerin die Unrichtigkeit der Berechnungen der Beklagten kannte, läßt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen. Dafür könnte indessen die vom Berufungsgericht nicht berücksichtigte, unter Hinweis auf die Aussage von Dipl.-Ing. D. [REDACTED] aufgestellte Behauptung der Beklagten sprechen, der Geschäftsführer der Klägerin habe bei einer Besprechung am 5. April 1968 erklärt, die Klägerin habe ihr ursprüngliches Preisangebot nur deshalb ermäßigt,

weil sie von vornherein mit der Abnahme einer wesentlich größeren Menge Fällmittel gerechnet habe. Sollte die Klägerin gewußt haben, daß die Beklagte sich bei ihrer Berechnung des Bedarfs an Injektrol bzw. an Fällmittel geirrt hatte, so wäre sie bei der ihr bekannten Bedeutung der Kosten für die Entschließung der Beklagten nach Treu und Glauben sowie der Auffassung des redlichen Verkehrs verpflichtet gewesen, die Beklagte aufzuklären. Das Unterlassen dieser Unterrichtung wäre als Verschulden bei Vertragsschluß zu werten. Das Berufungsgericht wird daher den Sachverhalt unter diesem Gesichtspunkt prüfen müssen. Dabei wird auch zu klären sein, inwieweit die Mehrkosten bei der Verwendung von Injektrol auf den Kalkgehalt des Bodens der Baugrube zurückzuführen waren und zu welchen Lasten der dadurch bedingte Mehraufwand geht.

IV. Für ihre Behauptung, die Beklagte habe mangelhaft injiziert, hat die Klägerin entgegen den Ausführungen der Revision keinen Beweis angetreten. Sie wird Gelegenheit haben, ihr Vorbringen entsprechend zu ergänzen, da es - wie dargelegt - einer weiteren Klärung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht bedarf.

V. Die Sache war demnach zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann

Hoffmann