

BUNDESGERICHTSHOF

2139 016

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 45/66

URTEIL

Verkündet am

20. Dezember 1967

Klett,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma E. Ha[REDACTED] & Co., vertreten durch die Gesellschafter Heinrich Hö[REDACTED] und Wolfgang Sch[REDACTED], in H[REDACTED], Hei[REDACTED]-He[REDACTED]-Str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma M[REDACTED] & F[REDACTED], vertreten durch die Gesellschafter Ferdinand M[REDACTED] und Walter E[REDACTED], in H[REDACTED], Hu[REDACTED]str. [REDACTED],
2. deren persönlich haftende Gesellschafter Ferdinand Carl Emil M[REDACTED] und Walter E[REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 24. September 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wurde im Jahre 1960 beauftragt, eine Volksschule in H[REDACTED] an der T[REDACTED] Straße zu bauen. Hierfür bestellte sie bei der Beklagten zu 1, einer H[REDACTED] Großhandlung für Baustoffe (künftig nur als Beklagte bezeichnet) ca. 155 000 hellrote Vormauersteine der Qualität BF dünn Fabr. 140 und ca. 500 000 Kalksandsteine BF dünn zur Lieferung auf Abruf frei Baustelle abgeladen. Dem Vertrag wurden die allgemeinen "Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" der Beklagten zugrunde gelegt. Sie bestimmen in § 4 unter dem Abschnitt "Beauftragungen":

- 3 -

In Abs. 1:

"... Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei Verwendung oder Verarbeitung ungeeigneten Materials scheidet aus.

In Abs. 3:

... Die Gewährleistung besteht nach unserer Wahl in frachtfreier Ersatzlieferung, Minderung des Kaufpreises oder in der Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rücknahme der Waren. Weitergehende Ansprüche, insbesondere solche auf Schadensersatz, stehen dem Käufer nicht zu. Ferner haften die Verkäufer für Mängel nur insoweit, als diese deswegen ihre Lieferwerke in Anspruch nehmen können."

In der Zeit vom 7. Oktober 1960 bis zum 7. Juni 1961 lieferte die Beklagte an die Baustelle etwa 116 000 Mauersteine, die sie von einer Zweigniederlassung der Firma Carl L. KG aus deren Ziegelei in G. bezog. Im März 1961 und schon vorher beanstandete die Klägerin erhaltene Lieferungen, weil sie in Farbe und Maß von der vertragsmäßig zunächst gelieferten Ware abwichen. Am 6. März 1961 fand auf der Baustelle eine Besprechung zwischen dem mit der Bauplanung beauftragten Architekten Ti., der Klägerin und Vertretern der Beklagten statt, an der auch der Geschäftsführer Schr. der G. Tonwerke und der Dipl. Volkswirt D., Direktionsassistent der Firma L. KG, teilnahmen. Damals hatte die Zweigniederlassung die Produktion von Ziegeln in der Ziegelei in G. eingestellt. Die für den Bau benötigten Vormauersteine konnten später nur noch zum Teil aus dieser Ziegelei bezogen werden, weil diese die Produktion auch später nicht wieder aufnahm. Am 30. Mai 1961 vereinbarten die Parteien unter Beteiligung des Architekten Ti., daß ca. 20 000 Steine, die noch auf dem Platz der Ziegelei

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



lagerten, unsortiert auf die Baustelle gebracht werden sollten. Hier sollten dann die Maurer entscheiden, welcher Stein als Verblender zu verwenden ist. Nach Ablauf der Frostperiode 1961/62 zeigte sich an den Fassaden des Schulgebäudes, daß von den Verblendziegeln Teile abblät-
terten und abplatzten. Solche Mängel wurden auch an nicht vermauerten Bausteinen festgestellt, die aus der Ziegelei G [REDACTED] an die Baustelle geliefert worden waren und dort noch lagerten. Der Architekt Ti [REDACTED] beanstandete durch Schreiben an die Klägerin vom 27. März 1962, daß die roten Verblendsteine nicht den DIN-Bestimmungen über Frostbe-
ständigkeit entsprächen. Nach weiteren Besprechungen und Verhandlungen zwischen den Beteiligten verlangte die Klägerin mit der im Juni 1962 erhobenen Klage zunächst die Feststellung, daß die Beklagte und ihre beiden persön-
lich haftenden Gesellschafter, die Beklagten zu 2, ver-
pflichtet seien, der Klägerin die Beträge zu erstatten, die für die Beseitigung der Frostschäden erforderlich seien. Zum Leistungsantrag übergehend beantragte die Klä-
gerin sodann, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verur-
teilen, an die Klägerin 65 397,74 DM nebst Zinsen zu zah-
len.

Die Beklagten beriefen sich auf den vertraglich vor-
einbarten Ausschluß von Schadensersatzansprüchen, erhoben die Einrede der Verjährung und bestritten, daß sie bei der Abwicklung des Vertrages gegenüber der Klägerin arg-
listig gehandelt hätten. Zu einem Vorgehen gegen die Firma Carl L [REDACTED] KG., die ebenfalls die Einrede der Verjäh-
rung geltend gemacht habe, sei die Beklagte deshalb nicht verpflichtet gewesen, weil eine Klage gegen diese Vorlie-
ferantin keine hinreichende Aussicht auf Erfolg verspro-
chen habe.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts, das die Klage abgewiesen hat, zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klageforderung weiter, während die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der Liefervertrag zwischen den Parteien auch die Zusicherung enthielt, daß die von der Beklagten zu liefernden Mauersteine frost- und witterungsbeständig sein würden. Darauf komme es, wie das Berufungsgericht darlegt, deshalb nicht an, weil ein nur aus dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften hergeleiteter Schadensersatzanspruch an der Einrede der Verjährung scheitert. Es ist aber unstreitig zwischen den Parteien, daß aus der Ziegelei G [REDACTED] Vormauersteine geliefert wurden, die sich dann als nicht witterungsbeständig erwiesen und daß nach dem Vertrage zwischen den Parteien witterungsbeständige Steine zu liefern waren.

Im Hinblick auf den Ausschluß von Schadensersatzansprüchen in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten zu 1, die dem Vertrag unstreitig zugrunde gelegt worden sind, hatte die Klägerin in der Berufungsbegründung geltend gemacht, daß die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängig sei, ob die Beklagte den geltend gemachten Mangel (Kalkhaltigkeit und fehlende Witterungsbeständigkeit) der verwendeten Vormauersteine

arglistig verschwiegen hat oder ob jedenfalls der Vorlieferantin, deren sich die Beklagte bei der Abwicklung des zwischen den Parteien geschlossenen Liefervertrages als Erfüllungsgehilfin bedient habe, Arglist zur Last fällt.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, in dem vertraglichen Ausschluß von Schadensersatzansprüchen gemäß § 4 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten könne bei der gebotenen engen Auslegung dieser Bestimmungen kein Ausschluß der Haftung für arglistiges Verhalten von Erfüllungsgehilfen gesehen werden. Das gelte auch für die Vertreter der Vorlieferantin, die über die weitere Abwicklung des Vertrages im März 1961 auch mit der Klägerin verhandelt hätten. Dazu führt das Berufungsgericht weiter aus, der Lieferant des Verkäufers, der wegen Lieferung der Ware an den Käufer mit diesem in unmittelbare Verbindung trete, sei ungeachtet der Tatsache, daß er bei der Lieferung seine eigene Lieferpflicht gegenüber seinem Käufer erfülle, Erfüllungsgehilfe hinsichtlich der Abwicklung des Vertrages über den Weiterverkauf der Ware. Die Vertreter der Ziegelei seien zum mindesten bei den Besprechungen im März 1961 mit der Klägerin in unmittelbare Verbindung getreten und hätten dabei in Erfüllung der Vertragspflichten gehandelt, die an sich der Beklagten als Verkäuferin obgelegen hätten. Die Beweisaufnahme habe aber nicht ergeben, daß der Vorwurf arglistigen Verhaltens gegen die Vertreter der Ziegelei gerechtfertigt sei.

Das Berufungsgericht hat über die Betriebsverhältnisse und die Produktion in der Ziegelei G [REDACTED] Beweis

erhoben und ist der Auffassung, daß die Beweisergebnisse den Vorwurf eines arglistigen Verhaltens der Vertreter der Ziegelei nicht begründeten. Bei Prüfung dieser Frage hat das Berufungsgericht ersichtlich auch in Betracht gezogen, daß der Architekt Ti [REDACTED] nach seiner Aussage vom 28. Februar 1963 die Steine aus der Produktion dieser Ziegelei seit 1958 kannte und deshalb auch aufgrund eines von der Beklagten vorgelegten Mustersteines die Verwendung von Vormauersteinen aus dieser Ziegelei für den Schulbau befürwortet hatte. Da keine Beanstandungen vorgekommen seien, seien die Steine auf sonstige Qualitäten (hinsichtlich der Witterungsbeständigkeit) nicht weiter untersucht worden. Das Berufungsgericht hat weiter untersucht, ob die Produktion der Ziegelei im Dezember 1960 etwa deshalb eingestellt wurde, weil schon damals die alte Tongrube erschöpft war und nicht genügend geeignetes Material für die Herstellung von Ziegeln enthielt. Es hält nicht für widerlegt, daß die endgültige Stilllegung der Produktion erst Ende April/Anfang Mai 1961 beschlossen wurde und daß hierfür wirtschaftliche Gründe maßgebend waren. Auch sei davon auszugehen, daß der Bedarf der Klägerin aus dem im März 1961 noch vorhandenen Material hätte gedeckt werden können. Der Aussage des Geschäftsführers der Ziegelei in G [REDACTED], Schr [REDACTED], entnimmt das Berufungsgericht sodann, daß die Steine sorgfältig sortiert worden seien; sie hätten etwa 8 bis 10 Wochen auf dem Gelände gelagert. Die Aussortierung sei sorgfältig durch erfahrene Kräfte vorgenommen worden. Das hätten auch die Zeugen Th [REDACTED] und Ma [REDACTED] bestätigt. Über die Kalkhaltigkeit der gelagerten und an die Beklagte gelieferten Steine habe Schr [REDACTED] keine konkreten Angaben gemacht. Er habe aber hervorgehoben, daß kalkhaltige Steine selbstverständlich bei der Zusammenstellung der

Lieferungen für die Beklagte zu 1 aussortiert worden wären. Auch unter Beachtung der Umstände, daß die Zeugen, die im Dienste der Ziegelei standen, insbesondere die Zeugen Schr[REDACTED] und D[REDACTED] kraft ihrer Stellung in der Ziegelei nicht unbefangen seien und ihre Aussagen deshalb vorsichtig gewürdigt werden müßten, sei der Klägerin nicht der Beweis gelungen, daß die Vertreter der Ziegelei arglistig gehandelt hätten.

II. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme nicht beachtet, daß den fachkundigen Kräften der Ziegelei die in Rede stehenden Mängel gar nicht hätten entgehen können und von ihnen auch erkannt worden seien. Hierfür habe die Klägerin sich in der Berufungsbegründung auf die Vernehmung eines Sachverständigen bezogen und auch in einem späteren Schriftsatz vom 31. März 1964 S. 3 diesen Beweis dafür angeboten, jeder Fachmann, der solche Steine herstelle, müsse erkennen, daß sie Frostschäden unterworfen seien und dies sei auch den Facharbeitern der Ziegelei genau bekannt gewesen. Das Berufungsgericht habe sich auch nicht ausreichend mit dem Vorwurf der Klägerin auseinandergesetzt, die Vertreter der Ziegelei, insbesondere der Geschäftsführer Schr[REDACTED], hätten damit rechnen müssen, daß die als Vormauersteine gelieferten Ziegel nicht witterungsbeständig sein könnten.

Diese Rügen sind zum Teil begründet.

Wie das Berufungsgericht rechtlich bedenkenfrei ausgeführt hat, setzt das arglistige Verschweigen von Mängeln einer Lieferung nicht die positive Kenntnis des Mangels voraus. Schon das Vorenthalten begründeter Zweifel kann

den Vorwurf eines arglistigen Verhaltens rechtfertigen. Auch wenn bei den Besprechungen Anfang März 1961 andere Mängel der damals gelieferten Ziegel in Rede standen, so hätte doch der Geschäftsführer der Zweigniederlassung der Vorlieferantin, Schr[REDACTED], nicht die Klägerin in Sicherheit wiegen dürfen, sie werde künftig mit einwandfreien Vormauersteinen beliefert werden, wenn ihm bekannt war, daß sich bei der Produktion der für die Lieferung in Frage kommenden Ziegel Mängel gezeigt hatten, weil sie auch Kalk enthielten.

Der Brennmeister Th[REDACTED], der nach seiner Aussage vom 7. April 1965 bis 22. Dezember 1960 bei der Ziegelei (Schu[REDACTED] bei G[REDACTED]) beschäftigt war, wurde bei seiner Vernehmung auch über die Qualität der Steine befragt, die nach der Stilllegung der Ziegelei im Dezember auf dem Gelände lagen. Wie das Berufungsgericht dieser Aussage entnimmt, hat er nichts bestimmtes darüber bekundet, ob sich damals in der Produktion auch kalkhaltige Steine befanden, diese Möglichkeit aber auch nicht ausgeschlossen. Nicht witterungsbeständige Steine seien nach der Aussage dieses Zeugen als schlechte Steine in die Gruppe 3 aussortiert und besonders gelagert worden. Wenn die Steine aus dem Ofen kamen, seien sie sofort durch besondere Fachleute sortiert worden, und zwar nach drei Gruppen (gute, weniger gute und schlechte Steine). Auch Schr[REDACTED] hat als Zeuge bekundet, daß solche Sortierung der Steine nach dem Brennen vorgenommen worden sei. Dabei wurden aber, wie seiner Aussage entnommen werden muß, die Steine vor allem nach ihrer äußeren Beschaffenheit beurteilt. Denn der Zeuge war sich nach seiner Aussage darüber klar, daß beim Sortieren nach dem Brennen es nicht möglich

gewesen wäre, die Steine nach dem Gesichtspunkt der Kalkhaltigkeit zu sortieren. Der Kalk trete, so hat der Zeuge in diesem Zusammenhang bekundet, erst unter Witterungseinflüssen in Erscheinung, wenn die Steine im Freien abgelagert seien. Als die Lieferung für den 3. März 1961 fertig gemacht worden sei, sei zwar festgestellt worden, daß in den gelagerten Steinen Kalk enthalten gewesen sei. Es habe sich dabei jedoch nur um geringe Mengen gehandelt. Auf Vorhalt, daß man schon früher Kalkvorkommen in der Grube festgestellt habe, hat dann der Zeuge erklärt, das habe keinen besonderen Anlaß zur Unruhe gegeben, denn nach dem Brennen seien die Steine ja aussortiert worden und damit sei diese Gefahrenquelle beseitigt worden. Die Steine sprängen sofort aus, wenn sie nur 24 Stunden in der Luft seien. Man könne also den nächsten Morgen die Steine schon aussortieren.

Diese Aussage ist nicht frei von Widerspruch. Das Berufungsgericht hält den Nachweis der Arglist schon deshalb nicht für erbracht, weil auch nach der Bekundung Schr. [REDACTED] die Steine sorgfältig sortiert worden seien. Das Berufungsgericht hat sich dabei aber nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein solches Aussortieren der Steine bei der Zusammenstellung der Lieferungen für die Klägerin überhaupt geeignet war, kalkhaltige Steine aus den Steinen, die äußerlich als Vormauersteine noch geeignet erschienen, zuverlässig auszuscheiden. Das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang berücksichtigen müssen, daß nach dem Gutachten des Oberbaurats Dipl.Ing. Fritz Z. [REDACTED] vom 26. September 1962, auf das sich auch die Revisionserwiderung in einem anderen Zusammenhang beruft, die Steine zum großen Teil durch und durch mit gebranntem Kalk durchsetzt waren und solcher Kalk auf

einen langen Zeitraum verteilt, stark nachzulöschen vermag. Das Berufungsgericht hätte daher sich auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob dem Geschäftsführer der Ziegelei, Schr., bei dem jedenfalls für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, daß es sich um einen Fachmann auf dem Gebiet der Herstellung von Ziegeln handelt, diese Möglichkeit einer späteren Auswirkung des Kalkvorkommens bei gelieferten Ziegeln wirklich unbekannt war und ob es sich bei seiner Erklärung, die Gefahr sei durch das spätere Aussortieren der Ziegel ausgeschaltet worden, nur um eine Schutzbehauptung handelt. Die Behandlung dieser entscheidenden Frage, ob dem Zeugen Schr. Arglist zur Last fällt, kann nicht als ausreichend angesehen werden. Deshalb muß das Berufungsurteil aufgehoben werden.

Das Berufungsgericht wird sich bei einer erneuten Prüfung des Sachverhalts auch die Frage vorzulegen haben, ob es nicht der Heranziehung eines Sachverständigen bedarf, um die Frage zu beantworten, ob die Vertreter der Ziegelei wirklich des Glaubens sein konnten, durch die Sortierung der Steine werde die Gefahrenquelle ausgeschaltet.

III. Die Revisionserwiderung macht geltend die Feststellung des Berufungsgerichts, Vertreter der Ziegelei seien durch Besprechungen im Frühjahr 1961 mit der Klägerin in unmittelbare Verbindung getreten, und deshalb müsse die Ziegelei als Erfüllungsgehilfin der Beklagten angesehen werden, erscheine nicht genügend fundiert. Nach der Aussage des Zeugen Schr. müsse davon ausgegangen werden, daß dieser lediglich auf Wunsch

der Beklagten zu 1 am 6. März 1961 auf der Baustelle erschienen ist, um sich dort von den Beanstandungen der Steine wegen Form und Farbe selbst zu überzeugen. Diese Tatsache und die Unterredungen könnten noch nicht als Mitwirkung bei der Vertragserfüllung der Beklagten angesehen werden, zumal ein entsprechender Wille und eine entsprechende Vorstellung der Beklagten bezüglich einer derartigen Rolle des Zeugen Schr. nicht festgestellt worden sei. Diese Ausführungen begründen jedoch keine durchgreifenden Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß jedenfalls Schr. als Geschäftsführer der Ziegelei und Vertreter der Vorlieferantin wegen seiner Beteiligung an den Verhandlungen mit der Klägerin über die weitere Erfüllung des Vertrages durch die Beklagte als deren Erfüllungsgehilfe anzusehen ist. Es handelt sich hierbei im wesentlichen um eine tatrichterliche Würdigung. Der Klägerin bleibt es unbenommen, in dem erneuten Berufungsverfahren ihre Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts geltend zu machen und weiter zu verfolgen.

Das gilt auch für die weiteren Einwendungen, die von der Revision gegen das Berufungsurteil vorgetragen worden sind. Hierauf braucht deshalb in diesem Verfahrensabschnitt nicht eingegangen zu werden.

Dr. Haidinger	Artl	Dr. Mezger
Mormann	Braxmaier	