

VIII ZR 7/59

verkündet am 26. Januar 1960
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2231 057

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der R[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Lackfabrik -
Chemische Fabrik, in K[REDACTED], St[REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer Dr. Hans Carl S[REDACTED] in K[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma Adolf H [REDACTED], Maler- und Autolackierwerkstätte,
in L[REDACTED]/B[REDACTED], E[REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber Malermeister Erich
Adolf H[REDACTED],

2. den Malermeister Erich A. F [REDACTED] in L[REDACTED], Fe[REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. Januar 1960 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Artl, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesge-
richts Karlsruhe - 5. Zivilsenat in Freiburg -
vom 11. Dezember 1958 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beiden Kläger führten im Jahre 1954 für die französische Besatzungsmacht an Dächern auf den Flugplätzen in L- -Li- und Br- Tarnanstriche aus, deren Haltbarkeit sie für zwei Jahre garantieren mußten. Die Firma Gebrüder Dr- , Lackfabrik-Chem.Fabrik, in Sto- lieferte fast sämtliche Farben für diesen Anstrich und hatte den Klägern die Haltbarkeit des Farbanstrichs während zweier Jahre zugesichert. Schon im Winter 1954/55 blätterte die Farbe teilweise ab. Auf Antrag der Kläger vom 21. Mai 1955 kam es zu einem Beweissicherungsverfahren gegen die Firma D- und unter ihrer Beteiligung zu einer Ortsbesichtigung mit den beauftragten Sachverständigen, die in ihrem Gutachten vom 20. August 1955 sodann berichteten, der Anstrich an den Eternit-Dächern, die mit dem Material der Firma D- getarnt worden waren, sei zerstört worden, während der Farbanstrich an Eternit-Dächern, die unter Verwendung des von einer anderen Firma gelieferten Materials gestrichen worden waren, erhalten geblieben sei. In dem Gutachten ist darauf hingewiesen, daß die als Dachdeckung benutzten Eternit-Platten (Asbestzement-Profile) nach den bisher gemachten anstrichtechnischen Erfahrungen sehr unzuverlässige Anstrichuntergründe seien. Sie seien stark alkalisch sowie saugend und bedürften, um als Anstrichträger zu dienen, einer besonderen Vorbereitung durch ein abdichtendes und härtendes Fluat. Eine solche Behandlung der Asbestzement-Deckung sei unterblieben. Die Saugwirkung, die allen Asbestzement-Baustoffen innewohne, sei bei den Dächern, die ständig den vollen Witterungseinflüssen ausgesetzt seien, zur Auswirkung gekommen und habe zu den bekannten Schäden geführt. Für den Anstrichträger Asbestzement genüge der von der Firma D- gelieferte Werkstoff K.L. 155 keinesfalls. Er sei vom Untergrund entkräftet worden, vorzeitig gealtert und habe daher keinen Schutz bieten können.

Inzwischen hatte die Firma D. im März 1955 ihr in Sto. betriebenes Unternehmen mit allen Aktiven und Passiven an den Fabrikanten Dr. S. und seine Ehefrau verkauft, die es als Gesellschafter einer noch zu gründenden GmbH erwarben, welche sodann als die Beklagte errichtet wurde. Auf Grund der Zusicherung ihrer Rechtsvorgängerin lieferte die Beklagte im Sommer 1955 den Klägern anders zusammengesetzte Werkstoffe für den neuen zur Beseitigung der aufgetretenen Schäden erforderlichen zweiten Tarnanstrich und beauftragte mit näherer Weisung ihren Chemotechniker M., die von den Klägern auszuführenden Malerarbeiten zu überwachen. Als dieser zweite Tarnanstrich durchgeführt war, schlossen die Parteien am 22./30. November 1955 einen Vergleich, in dessen § 2 bestimmt ist, daß die Kosten des von der Beklagten gelieferten Materials zur nochmaligen Tarnung der Dächer zu ihren Lasten gingen. Die Kläger ermäßigten ihren darüber hinausgehenden Schadensersatzanspruch um etwa 10 000 DM auf 18 000 DM, auf die in dem Vergleich Forderungen der Beklagten an die Klägerin zu 1 und den Kläger zu 2 verrechnet wurden. Die verbleibende Summe von 12 442,90 DM sollte durch Rabatte auf von der Beklagten zu beziehende Warengetilgt werden. Zu diesem Zweck bestellten die Kläger als Arbeitsgemeinschaft in § 4 des Vergleichs näher bezeichnete Waren und Mengen auf Abruf bis zum 30. November 1956. Außerdem verpflichteten sie sich, der Beklagten weitere Aufträge bis zur Tilgung der Schadensersatzforderung durch den vereinbarten 10%igen Sonderrabatt unter der Voraussetzung zu erteilen, daß die Waren qualitativ und preislich ohne den Sonderrabatt und ohne den darüber hinaus den Klägern bewilligten Abschlußrabatt von 8 % konkurrenzfähig seien. Unter dieser Voraussetzung erklärten sich die Kläger als Arbeitsgemeinschaft ferner bereit, auch nach Abdeckung des Betrages von 12 442,90 DM ihren vollen Bedarf bei der Beklagten im Rahmen von Jahresabschlüssen zu decken. Bei Lieferungsverweigerung, Lieferungsverzug und auch dann, wenn die Waren preislich oder qualitativ Konkurrenzangebo-

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



ten nicht standhielten, sollte die Arbeitsgemeinschaft berechtigt sein, von dem Abschlußauftrag zurückzutreten bzw. neue Abschlüsse zu verweigern und den noch nicht verrechneten Teil ihres Schadensersatzanspruchs in Geld zu verlangen (§ 4 Abs.6). § 5 des Vergleichs lautet:

"Damit sind sämtliche Ansprüche aus der Lieferung der Tarnfarben für die Flugplätze L- Di- und Br- unter der Voraussetzung ausgeglichen, daß die jetzt aufgetragenen Tarnfarben die Garantiezeit überdauern."

Auch der zweite Tarnanstrich löste sich im Verlaufe des Winters 1955/56 ab. Als die Beklagte sich weigerte, die Farbe für einen nochmaligen Ersatzanstrich kostenlos zu liefern, haben die Kläger die Dächer auf Grund der von ihnen gegebenen Garantiezusage mit anderer Farbe gestrichen. Sie verlangen von der Beklagten nun aus der Vergleichssumme von 12 442,90 DM einen restlichen Betrag von 6775,81 DM und die Kosten für den dritten Tarnanstrich mit 26 612,25 DM, insgesamt 33 388,06 DM nebst Zinsen.

Die Beklagte hat eingewendet, die Restforderung aus dem Vergleich könne nur im Wege des Abzuges in Höhe des vereinbarten Sonderrabattes für Lieferungen an die Arbeitsgemeinschaft geltend gemacht werden. Für die Kosten des dritten Tarnanstrichs habe sie nicht einzustehen. Die von ihr für den zweiten Tarnanstrich gelieferte Farbe sei nicht mangelhaft gewesen, habe vielmehr den technischen Erfahrungen für Tarnanstriche auf Eternit-Platten entsprochen. Wenn der Farbanstrich nicht gehalten habe, so müsse das auf die besonders ungünstige Beschaffenheit der für die Dächer verwendeten Platten zurückzuführen sein, bei denen es sich nach dem von ihr inzwischen eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dr. Ing. hab. Ro- vom 18. Dezember 1956 um Fulguritplatten handle. Diese Platten hätten bei der Untersuchung und Behandlung mit Salzsäure eine starke Entwicklung von Schwefelwasserstoff gezeigt, auf ihren Gehalt an Sulfid-Schwefel, der sich bei Einwirkung von Feuchtigkeit zersetze, sei zurückzuführen, daß

der Farbanstrich nicht gehalten habe. Sie habe diese besondere Beschaffenheit des Untergrundes nicht in Rechnung zu ziehen brauchen. Diese falle in den Risikobereich der Kläger ohne Rücksicht darauf, ob ihre Unkenntnis hiervon schuldhaft sei. Sie hätten sich aber über die Anstrichsgrundlage vergewissern müssen. Vorsorglich hat die Beklagte mit einem Schadensersatzanspruch aufgerechnet, der ihr daraus entstanden sei, daß die Kläger von ihr keine weiteren Waren bezogen hätten, wie es in dem Vergleich vereinbart worden war.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt. Ihre Berufung blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, während die Kläger das Rechtsmittel zurückgewiesen haben wollen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Anspruch auf die Restforderung aus dem Vergleich (Kosten des zweiten Tarnanstrichs).

1. Das Berufungsgericht nimmt an, in § 5 des Vergleichs sei nur das Geltendmachen weiterer Schadensersatzansprüche, nicht aber der Bestand des ganzen Vergleichs von der Voraussetzung der Haltbarkeit des zweiten Tarnanstrichs über die Garantiezeit hinaus abhängig gemacht worden. Die Revision führt in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Frage, ob in dem Vergleich eine erneute Zusicherung der Haltbarkeit des Farbanstrichs zu sehen sei, aus, in § 5 handle es sich nicht um die erneute Zusicherung einer Eigenschaft, es handle sich hier um die Erwähnung einer vorausgesetzten Eigenschaft mit der Vereinbarung, daß im Falle des Fehlens dieser Eigenschaft die verglichenen Schadensersatzansprüche wieder voll aufleben sollten. Wenn die Revision hiermit etwa auch in Zweifel ziehen will, daß der Vergleich noch die Grundlage für die Restforderung bilde, so könnte dieser Angriff

der Revision nicht zum Erfolge verhelfen. Denn das Berufungsgericht stützt seine Annahme auf die Auslegung des Vergleichs, der eine Individualerklärung darstellt und dessen Auslegung deshalb nur in beschränktem Umfange von dem Revisionsgericht überprüft werden kann. Die Auslegung ist dem Wortlaut nach möglich. Sie entspricht im übrigen auch den Ausführungen der Beklagten in der Berufungsbegründung vom 28. Januar 1958 S.2 und in dem Schriftsatz vom 14. November 1958 S.9 zu Nr.3. Jedenfalls ist aber das Revisionsgericht an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden.

2. Die Revision wendet sich weiter gegen die tatrichterliche Würdigung der Vereinbarung über die Tilgung der Restschuld durch Verrechnung mit einem Sonderrabatt von 10 % auf weitere Warenlieferungen und ihre rechtliche Beurteilung. Zu diesem Punkt führt das Berufungsurteil aus, als Voraussetzung für diese Tilgungsmöglichkeit sei in § 4 Abs.5 Satz 2 des Vergleichs sowie im folgenden Absatz verlangt, daß die Waren konkurrenzfähig seien, diese Voraussetzung sähen die Kläger aber mit Recht nicht als gegeben an. Nachdem die von der Beklagten gelieferte Tarnfarbe schon nach einem Jahr abgeblättert sei, während die auf gleichartigen Dächern aufgetragene Farbe der Firma Gebr. Ho... GmbH die Garantiezeit von zwei Jahren einwandfrei überstanden habe, stehe fest, daß die Tarnfarbe der Beklagten der Güte nach nicht dem Erzeugnis der Konkurrenzfirma entspreche. Dabei spiele es keine Rolle, daß die Farbe der Beklagten ihrer chemischen Zusammensetzung nach nicht zu beanstanden sei und sonstige Farblieferungen der Beklagten in Ordnung sein mögen. Nachdem sich die Tarnfarbe der Beklagten als unzureichend erwiesen habe und schon die Lieferung ihrer Rechtsvorgängerin ungenügend gewesen sei, könne den Klägern nicht zugemutet werden, ihre Waren noch von der Beklagten zu beziehen, auf die Gefahr hin, daß weitere von ihnen ausgeführte Arbeiten sich als fehlerhaft erweisen könnten.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die vorstehend genannten Bestimmungen des Vergleichs ohne Zusammenhang mit dem übrigen Vergleichsinhalt gewürdigt. Nach der Fassung des Vergleichs habe sich die Voraussetzung der qualitativen und preislichen Konkurrenzfähigkeit der von der Beklagten zu liefernden Waren nur auf die künftigen Lieferungen beziehen können, durch welche der Schadensersatzanspruch abgegolten werden sollte, während die Ersatzlieferung für den zweiten Anstrich in § 2 behandelt werde. Die Kläger führten in der in der Klageschrift enthaltenen Aufstellung selbst eine Reihe von Warenbezügen an, die nach dem Vergleichsabschluß vorgenommen seien. Sie hätten dazu aber nicht vorgetragen, daß diese Waren etwa nicht konkurrenzfähig gewesen wären.

Diese Bemängelungen des Berufungsurteils können der Revision nicht zum Erfolge verhelfen. In § 2 des Vergleichs ist lediglich niedergelegt, daß die Kosten des für den zweiten Tarnanstrich bereits gelieferten Materials zu Lasten der Beklagten gehen. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß in der mangelnden Haltbarkeit dieses Materials, sobald es sich herausstellte, eine Störung der Abwicklung des Vergleichs im Wege der vereinbarten Verrechnung gefunden werden kann, die nach Treu und Glauben die Kläger von der Verpflichtung entband, weitere Waren von der Beklagten zu beziehen. Das muß jedenfalls für solche Waren gelten, die den für den zweiten Farbanstrich gelieferten entsprechen. Selbst wenn die Kläger solche Waren zu anderer Verwendung von der Beklagten bezogen haben, ohne hierdurch Schäden erlitten zu haben, so hatten die Farben sich jedenfalls bei dem zweiten Tarnanstrich nicht als voll konkurrenzfähig erwiesen und wäre es bei der Unklarheit, worauf dies zurückzuführen sei, den Klägern schon deshalb nicht zuzumuten, weiter solche Ware von der Beklagten zu beziehen. Sofern aber die Revision mit ihrem Hinweis auf andere Warenbezüge der Kläger auch noch geltend machen will, daß es sich um Waren ande-

rer Art handle, die den Klägern geliefert worden seien und die ihnen auch für ihre Zwecke weiter hätten geliefert werden können, so ist ein Rechtsfehler, auf dem das Berufungs-urteil beruhen kann, nicht schon darin zu sehen, daß das Berufungsgericht die Kläger nicht wenigstens in beschränktem Umfange an die Bezugsvereinbarung als gebunden erachtet hat. Denn insoweit muß zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, daß sich die Beklagte geweigert hatte, weitere Schadensersatzansprüche anzuerkennen, als sich die Unzulänglichkeit des zweiten Tarnanstrichs herausstellte, einer Verrechnung ihrer Forderungen für Warenlieferungen an die Kläger mit solchen Schadensersatzansprüchen widersprach und es sogar zum Rechtsstreit kommen ließ. Die Abwicklung des Vergleichs war in dieser Weise durch einen Umstand gestört worden, für den die Beklagte einzustehen hat, wie im folgenden Abschnitt noch dargelegt werden wird. Unter diesen Umständen waren die Kläger nach Treu und Glauben nicht mehr verpflichtet, von der Beklagten weitere Waren zu beziehen. Sie können daher die Restforderung aus dem Vergleich in Geld verlangen. Eine Aufrechnung gegenüber diesem Anspruch mit dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Beklagten kommt deshalb nicht in Frage, weil die Kläger nach dem Gesagten nicht verpflichtet waren, von der Beklagten weitere Waren zu beziehen.

II. Die Haftung für die Kosten des dritten Tarnanstrichs.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, zu dem Schaden, welcher den Klägern durch Nichteinhaltung des Garantieversprechens der Firma D. erwachsen sei, gehörten auch die Kosten des dritten Tarnanstrichs. Hätte nämlich die Farbe der Haltbarkeitszusage entsprochen, so würde der dritte Tarnanstrich nicht nötig gewesen sein. Für diesen Schaden hatte die Beklagte nach § 463 BGB als Rechtsnachfolgerin der Firma D. Die Beklagte habe aber darüber hinaus bei dem Vergleich auch eine eigene Zusicherung für die Haltbarkeit

der zweiten Tarnfarbe gegeben. Deshalb könne dahingestellt bleiben, ob die Vorbehandlung des Untergrundes bei dem ersten Tarnanstrich nicht mit der nötigen Sorgfalt vorgenommen worden sei und ob die Kläger den ihnen entstandenen Schaden schuldhaft mitverursacht hätten. Die Zusicherung der Beklagten für die Haltbarkeit der Tarnfarbe für den zweiten Tarnanstrich entnimmt das Berufungsgericht dem § 5 des Vergleichs und weiteren in Betracht zu ziehenden Umständen. Es führt dazu aus, die Kläger hätten sich im Vergleich über den eingetretenen Schaden vernünftigerweise nur dann mit der Lieferung von Ersatzfarbe durch die Beklagte einverstanden erklären können, wenn diese die Haltbarkeit der Ersatzfarbe wenigstens für den Rest der Garantiezeit zusicherte. Darüber könne die Beklagte nicht in Zweifel gewesen sein und diese Zusicherung sei in § 5 mit genügender Klarheit zum Ausdruck gekommen.

Diese Erwägungen sind jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden. Auch wenn in diesem Zusammenhang berücksichtigt wird, daß nach dem unstreitigen Sachverhalt die Farbe für den zweiten Tarnanstrich bereits vor Abschluß des Vergleichs geliefert worden war und daß der Tarnanstrich auch bereits vor Abschluß des Vergleichs unter Aufsicht und nach Anweisungen der Beklagten angebracht worden war, so bleibt doch die Erwägung des Berufungsgerichts richtig, daß die Kläger sich auf diese Ersatzleistung nur dann vernünftigerweise einlassen konnten, wenn ihnen zugesichert wurde, daß der Ersatzanstrich die von ihnen der Besatzungsmacht gegebene Garantie zeitlich überdauere. Eine solche Zusicherung ist in § 5 des Vergleichs, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler annimmt, zum Ausdruck gekommen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob hierin nur eine Bestätigung dessen zu sehen ist, was den Klägern bereits schon vorher bei der Lieferung der Ersatzfarbe von der Beklagten zugesichert war.

2. Das Berufungsgericht führt zu der Tragweite dieser Zusicherung aus, es müsse angenommen werden, daß die Haltbarkeitszusicherung sich auch auf die möglicherweise für die Bedachung verwendeten Fulgurit-Platten erstrecke. Es handle sich bei Eternit-Platten und Fulgurit-Platten offenbar um zwei einander weitgehend ähnliche Baustoffe, die leicht verwechselbar seien. Wie das Verhalten der von dem Berufungsgericht näher bezeichneten sachkundigen Kreise erkennen lasse, werde Fulgurit im Verkehr weitgehend als Eternit bezeichnet. Wenn derartige Besonderheiten bei Baustoffen bestünden, so sei es beim Aushandeln einer Haltbarkeitszusage Sache der Lieferfirma, solche Besonderheiten von der Zusage ausdrücklich auszunehmen. Denn sie sei zur Erforschung und Überprüfung solcher Besonderheiten eher in der Lage als der einzelne Maler. Wie Dr. D. [REDACTED] den Umfang der Garantie bei der Farbbestellung beurteilt habe, sei nicht entscheidend; es bedürfe deshalb seiner Vernehmung zu dieser Frage nicht, ebensowenig eines Sachverständigen-gutachtens über die Beschaffenheit der gestrichenen Dächer. Ein Verschulden der Kläger liege nicht in ihrer Angabe, daß die zu streichenden Dächer aus Eternit-Platten bestünden, während es sich nach der Darstellung der Beklagten in Wirklichkeit um Fulgurit gehandelt haben soll. Nachdem sowohl die Besatzungsmacht bei der Vergebung der Arbeiten und die Sachverständigen des Amtsgerichts L. [REDACTED] bei Erstattung des Gutachtens (gemeint ist das im Beweissicherungsverfahren erstattete Gutachten vom 20. August 1955) wie auch das sachkundige Personal der Beklagten selbst die Dachplatten als aus Eternit bestehend angesehen hätten, könne den Klägern kein Vorwurf gemacht werden, daß auch sie nicht gemerkt hätten, daß es sich in Wirklichkeit um einen anderen Baustoff gehandelt habe. Das habe auch der Sachverständige Ro. [REDACTED] in dem von der Beklagten vorgelegten Gutachten vom 18. Dezember 1956 bestätigt.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte auch von seinem Standpunkt aus, daß die Beklagte eine eigene Zusicherung für die Ersatzlieferung gegeben habe, untersuchen müssen, ob diese Zusicherung sich auf die Brauchbarkeit der Farbe für Dachplatten erstrecken sollte, zu deren Herstellung Hochofenzement und nicht hochwertiger Normenzement verwendet worden sei. Dem ist nicht zuzustimmen. Nach den hier vorliegenden besonderen Verhältnissen, unter denen die Vornahme des Ersatzanstrichs mit der Beklagten vereinbart worden ist, durften die Kläger nach Treu und Glauben die Zusicherung dahin auffassen und haben sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch so aufgefaßt, daß die Garantie sich auf die Verwendung für den tatsächlich vorhandenen Anstrichsuntergrund erstreckte, den die Beklagte hätte prüfen können. Wenn sie für ihre Ersatzlieferung eine Haltbarkeitszusage gab, ohne eine solche Prüfung vorzunehmen und ohne ihre Zusage einzuschränken, so galt sie für die tatsächliche Beschaffenheit des Anstrichuntergrundes. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob es sich nicht um Eternit-Platten handelte. Ebenso ist unerheblich, ob bei Eternit-Platten üblicherweise eine andere Beschaffenheit vorauszusetzen ist als bei den Dachplatten, auf denen der Tarnanstrich ersetzt werden mußte. Erstreckte sich die Zusicherung auf die tatsächliche Beschaffenheit des Untergrundes, so kann es auch nicht darauf ankommen, ob Fulgurit-Dachplatten von einem in der Revisionsverhandlung bezeichneten Unternehmen unter Verwendung von Asbest und bestem deutschem Normenzement hergestellt werden.

Die Rüge der Revision aus § 139 ZPO, ein Sachverständiger hätte dem Berufungsgericht bestätigt, daß die Verwendung von Hochofenzement für eine Dachdeckung nur zulässig sei, wenn der Bezieher auf die Verwendung von Hochofenzement und auf die Notwendigkeit einer Vorbehandlung des Daches durch Fluatieren besonders hingewiesen werde, kann

schon deshalb nicht durchgreifen, weil sich die Garantie der Beklagten auf den Untergrund nach seiner tatsächlichen Beschaffenheit erstreckt hat und demgegenüber unbeachtlich ist, ob die Beklagte von anderen Vorstellungen über die Herstellungsweise der Dachplatten ausgegangen ist. Dazu hat die Revision noch ausgeführt, wenn die Kläger von dem Schwefelgehalt und seinen schädlichen Wirkungen auf einen Farbanstrich nichts zu wissen brauchten, so hätten sie keinen Anlaß gehabt, eine Verwendungsgarantie insoweit von der Beklagten zu erwarten. Das Berufungsgericht hätte dies bei der Auslegung der von ihm angenommenen Garantie berücksichtigen müssen, ferner aber auch, daß eine Lackfabrik eine Garantie für die Verwendbarkeit ihres Lacks ohne solches Fluatieren gar nicht hätte übernehmen können, weil die beste Farbe die dann erforderliche Eigenschaft der Haltbarkeit gar nicht besitzen könne, sofern nicht die erforderliche Vorbehandlung des Daches stattgefunden habe. Auch diese Erwägungen der Revision gehen daran vorbei, daß die Beklagte nach den besonders hier vorliegenden Umständen die Haltbarkeitszusage der Tarnfarbe auf bestimmte Dächer bezogen gegeben hat, nachdem sich bereits der erste Farbanstrich als unzureichend herausgestellt hatte, und daß die Kläger nach Treu und Glauben die Garantiezusage als für die konkrete Verwendungsmöglichkeit gegeben verstehen durften.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang vorbringt, es bestehe eine Verkehrssitte, wonach der Malermeister verpflichtet sei, vor Ausführung der Arbeiten den Untergrund zu prüfen, und es hätte diese Verkehrssitte bei der Auslegung der Garantiezusage zugrunde gelegt werden müssen, ist diese Rüge deshalb unbeachtlich, weil die Revision nicht angegeben hat, wo eine solche Verkehrssitte in den Tatsacheninstanzen behauptet worden ist, aber auch deshalb, weil eine solche Verkehrssitte gegenüber den konkreten hier vorliegenden Umständen nicht von Bedeutung sein kann.

5. Auch die weiteren Verfahrensrügen greifen nicht durch, mit denen die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht Vorbringen aus den Prozeßakten H O 114/55 des Landgerichts Konstanz und 5 U 138/57 des Berufungsgerichts verwertet hat, ohne daß sie zum Gegenstand der mündlichen Verhandlungen gemacht worden seien. Auf diese Rügen kommt es deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht auf diese Akten, die einen Prozeß des Inhabers der Rechtsvorgängerin der Beklagten Dr. D. gegen die Beklagte betreffen, nur mit zusätzlichen Erwägungen verwiesen hat und diese für die getroffene Entscheidung außer Betracht gelassen werden können.

So hat das Berufungsgericht bei der Erörterung, eine eigene Zusicherung der Beklagten komme in § 5 des Vergleichs mit genügender Klarheit zum Ausdruck, zusätzlich bemerkt, die Beklagte habe denn auch zutreffend schon im Dezember 1955 erklärt, daß ihr aus § 5 des Vergleichs ein nochmaliges Risiko in Höhe des ersten Schadens erwachse, und hierfür auf Seite 137 der Akten H O 114/55 verwiesen. Es mag sein, daß, wie die Revision ferner ausführt, an der von dem Berufungsgericht angezogenen Stelle nur die Haftung für die Kosten des zweiten Tarnanstrichs gemeint gewesen ist. Auf all das kommt es deshalb nicht an, weil die eigene Garantie der Beklagten sich aus anderen Erwägungen ergibt, wie bereits oben ausgeführt worden ist, und erkennbar auch von dem Berufungsgericht nicht entscheidend auf die zusätzliche Bemerkung gestützt werden sollte.

Es ist ferner unerheblich, ob der Beklagten als auch ihrer Rechtsvorgängerin bekannt war, daß es sich um Fulgurit-Platten handelte. Das Berufungsgericht hat

eine solche Kenntnis der Beklagten in einer Hilferwägung angenommen und sie auf den Schriftsatz vom 11. November 1958 in der Sache 5 U 138/57 sowie damit vorgelegte Unterlagen gestützt, insbesondere auf einen Brief vom 18. Mai 1954 und eine Besichtigungsnotiz vom 4. April 1955 S.3. Wenn das Berufungsgericht hiermit Unterlagen verwertet hat, ohne daß diese in den vorliegenden Rechtsstreit eingeführt waren, wäre dies zwar verfahrensrechtlich zu beanstanden. Hierauf kommt es aber deshalb nicht an, weil das Berufungsurteil auf diesem Verfahrensverstoß nicht beruhen kann. Die Hilferwägung des Berufungsgerichts kann für die Entscheidung außer Betracht bleiben.

4. Nach allem durfte das Berufungsgericht mit Recht als unerheblich ansehen, ob der Rechtsvorgängerin der Beklagten nur Eternit-Belag und Zinkblech als Anstrichunterlage angegeben waren. Die Rüge, Dr. D. hätte hierüber vernommen werden müssen, ist daher unbegründet. Das gleiche gilt von der weiteren Rüge, das Berufungsgericht hätte eine Auskunft der Eternit-Werke darüber einholen müssen, daß Eternit-Platten gleichmäßig aus einer Mischung von Normenzement und Asbest hergestellt sind und weder Sulfitschwefel noch Gips enthalten. Schließlich ist auch unerheblich, ob sich bei dem dritten Tarnanstrich wieder deutliche Schäden gezeigt haben, was die Revision aus einer Bekundung des Inhabers der Klägerin zu 1 bei seiner persönlichen Vernehmung vom 12. Juni 1957 entnehmen will. Es ist kein Verfahrensverstoß, auf dem das Berufungsurteil beruhen

kann, wenn es diese Bekundung nicht in Betracht gezogen hat. Hierauf kommt es nämlich deshalb nicht an, weil die Beklagte damit nur dartun will, als Ursache für den Mißerfolg des zweiten Tarnanstrichs sei die besondere Zusammensetzung des Dachmaterials anzusehen, und weil sich die eigene Garantie der Beklagten auf die konkrete Verwendungsmöglichkeit des für den Ersatztarnanstrich von der Beklagten gelieferten Materials erstreckt.

5. Aus diesen Gründen bedarf es auch keines weiteren Eingehens auf die Ausführungen der Revision, die voraussetzen, daß die Beklagte keine eigene Garantie gegeben habe und dann der Schadensersatzanspruch der Kläger nur aus der Haltbarkeitszusage der Rechtsvorgängerin der Beklagten herzuleiten wäre.

Demnach haftet die Beklagte auch für die Kosten des dritten Tarnanstrichs. Der Ersatzforderung der Kläger steht die hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung nicht entgegen, da das Berufungsgericht eine solche mit Recht verneint hat. Insoweit wird auf die Ausführungen unter Abschnitt II verwiesen.

III. Erweist sich somit die Revision jedenfalls im Ergebnis als unbegründet, so war sie mit der Kosten-

folge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Dorschel