

VII ZR 167/59

2219 054

Verkündet
am 5. Dezember 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ersten Ku [REDACTED] Actien Exportbierbrauerei in
Ku [REDACTED], vertreten durch den Alleinvorstand
Direktor A. R [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1) die Firma Fritz K [REDACTED] Ingenieur- und Bau-Kommandit-
gesellschaft in F [REDACTED] a M [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch den Beklagten zu 2) als persönlich
haftender Gesellschafter,

2) den Ingenieur Fritz K [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt am Main vom 1. Juni 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Juni 1953 beauftragte die Klägerin die Beklagte zu 1 mit der Ausbesserung einer Reihe von Betontanks in ihren Lagerkellern, deren innere Auskleidung schadhafte geworden war. Die Beklagte führte die Arbeiten unter Verwendung eigener Auskleidungsmasse in der Zeit vom 29. Juni bis zum 26. August 1953 aus. Sie erhielt hierfür eine Vergütung von 11.861,75 DM. Die bei einer Besichtigung am 27. Oktober 1953 festgestellten porösen Stellen und Blasen an zwei der ausgebesserten Tanks ließ die Beklagte beseitigen.

Als erster der instandgesetzten Tanks wurde der Tank Nr. 29 am 26. Oktober 1953 gefüllt. Das daraus am 2. Dezember 1953 abgefüllte Bier wurde weder im Betrieb noch von der Kundschaft der Klägerin beanstandet. Von Mitte November 1953 bis Mitte Januar 1954 wurden die übrigen Tanks in Gebrauch genommen. Anfang Januar 1954 erhielt die Klägerin Kenntnis davon, daß das Bier von ihren Abnehmern wegen seines schlechten Geschmacks zurückgewiesen wurde. Kostproben des zurückgesandten Biers ergaben, daß dieses einen dumpfen Geschmack und Geruch hatte.

Die Klägerin hat über die Beschaffenheit des beanstandeten Biers und der Auskleidemasse der Beklagten mehrere Privatgutachten eingeholt. Gestützt auf diese Gutachten hat sie behauptet, der abwegige Geschmack und Geruch des in den ausgebesserten Tanks gelagerten Biers beruhe auf Fehlern bei der Ausführung der Arbeiten oder auf der Verwendung einer nicht einwandfreien Auskleidungsmasse durch die Beklagte zu 1. Sie hat von dieser und deren persönlich haftendem Gesellschafter, dem Beklagten zu 2, als Gesamt-

schuldnern Schadensersatz in Höhe von 18.315,78 DM nebst Zinsen verlangt, und zwar 13.315,78 DM für unverkäuflich gebliebenes Bier und 5.000 DM für die Wiederaufbereitung von 3.000 hl nicht einwandfreien Biers.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben erwidert, die von ihnen ausgeführten Arbeiten und die dabei verwendete Masse seien mängelfrei. Die Ursache für den schlechten Geschmack des Biers sei in anderer Richtung zu suchen.

Das Landgericht hat durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis erhoben und die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat nach einer Ergänzung des Gutachtens die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den geltend gemachten Schadensersatzanspruch weiter. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1) Das Oberlandesgericht führt den Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht, wie das Landgericht, unmittelbar auf einen von der Beklagten zu 1 zu vertretenden Mangel ihres Werks oder des dabei verwendeten Materials zurück (§ 635 BGB); vielmehr erblickt es die Rechtsgrundlage für eine Inanspruchnahme der Beklagten darin, daß der von der Klägerin behauptete Schaden auf einem zu dem angeblich verschuldeten Mangel des Werks hinzugetretenen besonderen Ereignis, nämlich dem Verderb und der Unverkäuflichkeit des in den instandgesetzten Tanks gelagerten Biers, beruhe. Ein solcher Schadensersatzanspruch stützt sich, wie das



Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, auf den Rechtsgrund der positiven Vertragsverletzung (§ 276 BGB). Er unterliegt nicht der kurzen Verjährung des § 638, sondern der 30-jährigen des § 195 BGB. Demgemäß erachtet das Berufungsgericht die von den Beklagten erhobene Einrede der Verjährung gegenüber dem Klageanspruch mit Recht als unbegründet.

2) Die Klägerin leitet ihren Schadensersatzanspruch daraus her, daß die Beklagte zu 1 den beanstandeten abwe-
gigen Geschmack des Biers zu vertreten habe, weil sie ent-
weder eine nicht einwandfreie Auskleidemasse verwendet habe
oder sonst bei der Instandsetzung der Betontanks fehlerhaft
verfahren sei. Diese ihre Klage begründende Behauptung hat
die Klägerin zu beweisen.

Das Berufungsgericht hält den der Klägerin obliegen-
den Beweis nicht für erbracht. Es ist dem schriftlichen
Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dr. We [REDACTED]
insoweit gefolgt, als dieser verneint hat, daß der schlech-
te Geschmack des Biers mit der Ausbesserung der Betontanks
durch die Beklagte zu 1 im Zusammenhang steht.

Hiergegen wendet sich die Revision mit einer Reihe
von Verfahrensrügen; von ihnen ist die folgende begründet:

Die Klägerin hatte, nachdem ihr die Beanstandungen des
Biergeschmacks durch ihre Kundschaft im Januar 1954 bekannt
geworden waren, der Staatlichen Brautechnischen Prüf- und
Versuchsanstalt der Technischen Hochschule M [REDACTED]-W [REDACTED]-
[REDACTED] Bierproben mit der Bitte um Begutachtung übersandt.
Der Betriebsleiter dieser Anstalt, Dr. G [REDACTED], prüfte kurz
darauf das Bier an Ort und Stelle durch Entnahme von Zwickol-

proben aus den Betontanks und anderen Lagergefäßen. Er untersuchte ferner das Verhalten von Bier zu der von der Beklagten zu 1 verwendeten Auskleidemasse. Er kam zu dem Ergebnis, daß der schlechte Geschmack und Geruch des Biers mit hoher Wahrscheinlichkeit auf irgendwelche Fehler bei der Neuauskleidung der Tanks zurückzuführen sei.

Diese Feststellung will der Sachverständige Dr. We [REDACTED] nicht gelten lassen, weil bei den Untersuchungen Dr. G [REDACTED] nicht alle für die Geschmacksveränderung des Biers maßgeblichen Ursachen in Betracht gezogen worden seien. Außerdem bemerkt der Sachverständige, aus der Bezeichnung der Bier-Analysen gehe nicht hervor, ob es sich um Tankbier oder um Bier aus Lagergefäßen gehandelt habe (Gutachten vom 10. August 1957 S. 5).

Demgegenüber hat sich die Klägerin auf Dr. G [REDACTED] als sachverständigen Zeugen zum Beweise dafür berufen, daß

- 1) sich die Stammwürzuntersuchung und die geschmackliche Prüfung auf Zwickelproben aus den Tanks Nr. 23 und 24 bezogen hätten,
- 2) die Bierproben aus den Betontanks durchweg einen abweichigen Geschmack unterschiedlicher Stärke aufgewiesen hätte während dies bei Proben aus demselben Sud bei anderen Lagergefäßen nicht der Fall gewesen sei,
- 3) sich die Geschmacksproben auf unverschnittene Biere erstreckt hätten.

Das Berufungsgericht hält diesen Beweisantritt angesichts des Gutachtens des Sachverständigen Dr. We [REDACTED] nicht für schlüssig. Es meint, der Beweisantritt zu 3) sei nicht vollwertig. Die Klägerin habe den Braumeister B [REDACTED]

als Zeugen dafür benannt, daß die Geschmacksproben "mit verschwindenden Ausnahmen" den Betontanks entnommen worden seien und daß sich die Untersuchungen Dr. G. "in der Hauptsache" auf Bier aus nicht verschnittenen Lagergefäßen bezogen hätten. Vor allem sei der Beweisantritt nicht ausreichend, weil - worauf auch der gerichtliche Sachverständige hingewiesen habe - 11 Betontanks vor der ersten Füllung über drei Monate leer gestanden hätten. Falls diese Tanks nicht verschlossen und vergast worden seien, könne der Geschmack des darin befindlichen Biers durch Einwirkung der - auch vom Sachverständigen festgestellten - dumpfen Kellerluft ungünstig beeinflusst worden sein. Dann sei aber die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß beim Verschneiden des Biers solches aus den früher gefüllten Tanks mit Bier aus länger leer gestandenen Tanks gemischt worden sei und dessen schlechten Geschmack angenommen habe (BU S. 10, 11).

Mit dieser Begründung durfte das Berufungsgericht, wie der Revision zuzugeben ist, die Vernehmung des Dr. Gloetzel nicht ablehnen.

n,
r-
a) Wenn Dr. G. als sachverständiger Zeuge be-
kundete, daß sich die wegen ihres Geschmacks beanstandeten
Proben auf unverschnittene Biere bezogen, so würde der Wert
dieser Aussage nicht schon durch den Hinweis auf die in
das Zeugnis des Braumeisters B. gestellte Behauptung ent-
kräftet werden, daß die den Geschmacksprüfungen unterzoge-
nen Biere "mit verschwindenden Ausnahmen" den Betontanks
entnommen worden seien. Denn den Gegensatz zu den Beton-
tanks bildeten in diesem Zusammenhang die Emaille- und die
Holzlagergefäße. Auch sie enthielten aber nur unverschnit-
tenes Bier. Im übrigen hat das Berufungsgericht hierbei den
Beweisantritt zu 1) nicht hinreichend berücksichtigt.

b) Ob die Behauptung der Klägerin im Schriftsatz vom 12. November 1957 (S. 4), die Untersuchungen Dr. G. [REDACTED] hätten sich "in der Hauptsache" auf Bier aus Lagergefäßen bezogen, das nicht verschnitten gewesen sei, in dieser Form richtig sein kann, mag dahingestellt bleiben; denn sie ist nicht unter Beweis gestellt worden. Dagegen hat die Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 7) den Braumeister B. [REDACTED] u.a. als Zeugen dafür benannt, daß die den Geschmackprüfungen unterzogenen Biere "mit verschwindenden Ausnahmen" Biere aus den Tanks, also nicht mit anderen Bieren verschnitten waren. Für diesen Beweistritt gilt das zu a) Gesagte. Er enthält keinen Gegensatz zu dem in das Zeugnis Dr. G. [REDACTED] gestellten Sachverhalt, weil er die Möglichkeit, daß Dr. G. [REDACTED] auch verschnittene Biere zur Begutachtung übergeben worden sind, nicht in Betracht zieht.

c) Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß der von Dr. G. [REDACTED] festgestellte "weidenartige" Geschmack des Biers auf die Einwirkung dumpfer Kellerluft auf lange leer gestandene Tanks zurückzuführen sei, deren Bier mit dem aus früher gefüllten Tanks gemischt worden sei.

Diese Erwägung ist in keiner Weise geeignet, die Vernehmung Dr. G. [REDACTED] über die in sein sachverständiges Zeugnis gestellten Behauptungen entbehrlich zu machen.

Die Tatsache, daß Dr. W. [REDACTED] bei der Besichtigung des Lagerkeller der Klägerin im Jahre 1956 einen dumpfen Geruch wahrgenommen hat, läßt nicht ohne weiteres Schlüsse auf einen gleichen Zustand des Kellers bei der Füllung der Betontanks im Jahre 1953 zu. Überdies hat die Klägerin der

Braumeister B. [REDACTED] als Zeugen für das Gegenteil benannt (Schriftsatz vom 12. Mai 1958, S. 7).

Dr. G. [REDACTED] sollte bekunden, daß der abwegige Geschmack des Biers sich insbesondere bei Geschmacksproben aus den Tanks Nr. 23 und 24 ergeben habe. Das in den Betontanks lagernde Bier war unverschnitten. Die Mischung des Biers geschah erst beim Abfüllen in die Versandgefäße. Davon, daß Dr. G. [REDACTED] verschnittenes, also in Versandgefäße abgefülltes Bier zur Untersuchung übergeben worden sei, ist nirgends die Rede. Die Erwägung des Berufungsgerichts, Bier aus den Tanks Nr. 21 und 22 könne sich mit solchem aus den lange leer gestandenen Tanks Nr. 25 - 28 gemischt haben, hat keine Grundlage in dem Parteivorbringen. Sie liegt angesichts der Behauptung der Klägerin, daß die von Dr. G. [REDACTED] untersuchten Proben aus den Tanks Nr. 23 und 24 stammten und daß derartiges Bier nach der auch vom Berufungsgericht als zutreffend angesehenen Darstellung der Klägerin über die Bierbehandlung unverschnitten gewesen ist, auch neben der Sache.

3. Hiernach hat das Berufungsgericht die Vernehmung des Dr. G. [REDACTED] als sachverständigen Zeugen ohne ausreichende Gründe abgelehnt. Da nicht auszuschließen ist, daß dessen Bekundung sowohl den Sachverständigen wie das Gericht zu einer anderen Beurteilung der Ursachen für den schlechten Geschmack des Biers hätte veranlassen können, hat das Berufungsgericht durch die Ablehnung seiner Vernehmung, wie die Revision mit Recht geltend macht, gegen die Vorschrift des § 286 ZPO verstoßen.

Das angefochtene Urteil muß deshalb aufgehoben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Meyer

Finke