

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Georg M. Eisenbeton- Silo- und Jauchegruben-
Bau, M., M. str., Allein inhaber Georg
M.,

Beklagter, Berufungsklägerin, Anschluß-
berufungsbeklagter und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. .

gegen

den Guts- und Brauereibesitzer Gottfried Freiherr von
R., R. (Unterfranken) bei E.,

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschluß-
berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. .

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Dr. Winkelmann, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Mün-
chen vom 27. April 1960 wird zurückgewiesen, so-
weit die Beklagte zur Zahlung von 5.000 DM nebst
Zinsen verurteilt und soweit dem Feststellungsan-
trag des Klägers stattgegeben worden ist.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die
Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagte hat 4/7 der Kosten der Revision
zu tragen; über die restlichen Kosten hat das Be-
rufungsgericht zu entscheiden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete nach dem Vertrag vom 18. Juni 1952 auf dem Gutshofe des Klägers 2 Grünfuttersilos aus Eisenbeton zum Preis von 4.076 DM. Der Kläger erbrachte zusätzlich Eigenleistungen in Höhe von 3.874 DM. Im Vertrage übernahm die Beklagte die Garantie für Gas- und Wasserdichte, Druckfestigkeit und Säurebeständigkeit auf die Dauer von 5 Jahren. Voraussetzung der Garantie war, daß die Silos nicht vor dem 8. Tage nach Fertigstellung gefüllt wurden.

Die Silos wurden am 12. September 1952 fertiggestellt. Der Kläger hat die Vergütung bezahlt.

Der Kläger füllte die Silos mit Rübenblättern. Die Silos wurden undicht und ließen den Saft der Rübenblätter durch.

Nachdem der Kläger die Mängel der Beklagten mehrfach mitgeteilt hatte, ließ diese die Silos im Oktober 1955 ummanteln. Dadurch wurden die Mängel jedoch nicht behoben. Die Beklagte lehnte eine weitere Instandsetzung ab.

Der Kläger behauptet, die Silos seien, wie sich in der Garantiefrist gezeigt habe, weder gas- noch wasserdicht und nicht geeignet für das Bereiten von Gärfutter aus Rübenblättern; sie seien nicht mehr verwendbar und müßten abgebrochen werden. Der Bau neuer Silos koste 8.650 DM.

Mit der Klage hat er als Schadensersatz Zahlung dieses Betrages und weiterer 266,40 DM verlangt, die er selbst für Ausbesserung der Silos aufgewandt habe. Ferner hat er Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm allen weiteren aus den Mängeln der Silos entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die Beklagte ist der Ansicht, daß sie für den Schaden des Klägers nicht einzutreten brauche, weil der Kläger die Silos zu früh gefüllt habe.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Zahlungsklage verurteilt, 8.216,40 DM nebst Zinsen zu zahlen. Davon entfallen 7.950 DM auf die Aufwendungen für die Errichtung der von der Beklagten gebauten Silos und 266,40 DM auf die vom Kläger vorgenommenen Ausbesserungen. Es hat ferner festgestellt, daß die Beklagte den noch entstehenden unmittelbaren Schaden ersetzen müsse. Einen Anspruch des Klägers auf die Kosten für den Bau neuer Silos hat das Landgericht verneint.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt, der Kläger hat mit Anschlußberufung weitere 700 DM verlangt und sich dagegen gewandt, daß das Landgericht die Ersatzpflicht nur für den weiteren unmittelbaren Schaden festgestellt hat.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Anschlußberufung des Klägers stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die völlige Abweisung der Klage.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Beklagte die Gas- und Wasserdichte, Druckfestigkeit und Säurebeständigkeit nur im Sinne des § 633 BGB zugesichert oder für sie noch eine zusätzliche Garantie übernommen hat. Jedenfalls hätten



die Silos, wie das Berufungsgericht feststellt, diese Eigenschaften nicht gehabt. Ihr Fehlen habe die Beklagte zu vertreten. Sie hafte daher schon nach §§ 633 Abs. 1, 635 BGB für den Schaden, der dem Kläger durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften entstanden sei. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß der Kläger die Silos zu früh gefüllt habe und deshalb die Beklagte nicht in Anspruch nehmen könne. Denn die Beweisaufnahme habe ergeben, daß die Silos nicht vor dem 8. Tage nach der Fertigstellung und nach der Ummantelung gefüllt worden seien.

II.

Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten nach § 635 BGB ohne Rechtsfehler bejaht. Die Revision wendet sich insoweit nur gegen die Feststellung, daß der Kläger die Silos nicht zu früh gefüllt habe.

1) Die Beweislast hierfür trifft nach der Ansicht des Berufungsgerichts die Beklagte.

Die Revision rügt Verkennung der Beweislast.

Diese Rüge könnte nur Bedeutung haben, wenn der Zeitpunkt der Füllung nach der Feststellung des Berufungsgerichts sich nicht hätte aufklären lassen. Das ist nicht der Fall. Das Berufungsgericht nimmt Bezug auf die Beweismwürdigung des Landgerichts, das mehrere Zeugen über den Zeitpunkt der Füllung vernommen hatte und nach dessen Meinung feststeht, daß die Silos nicht vor dem 8. Tage nach Fertigstellung gefüllt worden sind. Zur Aussage des Zeugen S [REDACTED], der in der zweiten Instanz vernommen worden ist, sagt das Berufungsgericht sodann, durch sie werde das Ergebnis der im ersten Rechtszug durchgeführten Beweisaufnahme nicht er-

schüttert. Das bedeutet nicht etwa, daß der Zeitpunkt der Füllung nicht geklärt und die Beklagte deshalb beweisfällig geblieben wäre; vielmehr hält das Berufungsgericht trotz der Aussage des Zeugen S. [REDACTED] im Hinblick auf die Bekundungen der anderen Zeugen für bewiesen, daß der Kläger die Silos nicht zu früh hat füllen lassen.

Die angefochtene Entscheidung beruht demnach entgegen der Meinung der Revision nicht auf der Ansicht des Berufungsgerichts über die Beweislast.

2) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht nicht, wie es die Beklagte im Schriftsatz vom 22. Februar 1960 beantragt hatte, den Zeugen S. [REDACTED] nochmals vernommen hat.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Zeuge sollte nach dem Schriftsatz vom 22. Februar 1960 bekunden, daß ihm ein Melker erzählt habe, die Silos seien schon am Tage nach der Ummantelung gefüllt worden. Für eben diese Behauptung war er auch schon vor seiner Vernehmung benannt worden, und seine Vernehmung hierüber hatte das Oberlandesgericht im Beweisbeschluß vom 23. September 1959 angeordnet. Er ist bei seiner Vernehmung, wie im Berufungsurteil (S. 10) festgestellt ist, über diesen Punkt vom Gericht und von der Beklagten besonders eingehend befragt worden. Bei der neuen Vernehmung sollte der Zeuge nach dem Beweisangebot des Schriftsatzes vom 22. Februar 1960 wiederum über diese Beweisfrage, nicht über eine neue Behauptung aussagen; nur erwartete die Beklagte jetzt eine andere Aussage, weil der Zeuge angeblich zu der Überzeugung gekommen sei, daß seine Angaben über die Zeit des Gesprächs mit dem Melker nicht zutreffend gewesen seien.

Bei dieser Sachlage zielte das Beweisangebot entgegen der Meinung der Revision auf eine "wiederholte Vernehmung" des Zeugen im Sinne des § 398 Abs. 1 ZPO. Eine solche anzuordnen, stand in dem mit der Revision nicht nachprüfbaren Ermessen des Berufungsgerichts.

3) Die Behauptung, für die Frau Pflügl als Zeugin benannt war, ist unerheblich.

III.

Mit Recht greift die Revision jedoch die Schadensberechnung des Berufungsgerichts an. Der Kläger erhält nach dem Berufungsurteil den Betrag, der für den Bau neuer Silos erforderlich ist. Er wird damit in den Stand gesetzt, Silos von ordnungsmäßiger Beschaffenheit für die Zeit ihrer normalen Standdauer zu benutzen. Er hat aber dazu noch den Vorteil, daß er auch die von der Beklagten gebauten Silos mehrere Jahre lang benutzt hat. Beides zusammen kann er nicht beanspruchen. Er würde sonst mehr erhalten, als ihm bei gehöriger Erfüllung des Vertrags gebührt hätte, nämlich die Benutzung nicht nur für eine ordnungsgemäße Beschaffenheit der Silos entsprechende Zeit, sondern auch zusätzlich für die weitere Zeit, in der er die alten Silos gebraucht hat.

Das hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Sein Urteil kann daher nicht in vollem Umfange aufrechterhalten werden. Um wieviel der Anspruch des Klägers aus dem angeführten Grunde zu mindern ist, ist auf Grund tatsächlicher Würdigung vom Berufungsgericht zu entscheiden. Jedoch kann im Hinblick darauf, daß Silos der hier in Betracht kommenden Art nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Stietenroth eine Gebrauchsdauer von 30 Jahren haben, mit Sicherheit gesagt werden, daß die mit dem Zahlungsantrag ver-

folgten Ansprüche des Klägers keinesfalls weniger als 5.000 DM betragen werden. Der Senat hat keine Bedenken, das angefochtene Urteil insoweit zu bestätigen.

IV.

Ferner ist die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Feststellungsantrag aufrecht zu erhalten. Er bezieht sich insbesondere auf die vom Zahlungsantrag nicht erfassten, der Höhe nach noch ungewissen Kosten für den Abbruch der alten unbrauchbaren Silos. Die Haftung der Beklagten hierfür und das Feststellungsinteresse sind vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht worden.

Glanzmann Dr. Winkelmann Rietschel Meyer Finke