

Verkündet
am 2. März 1961
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 Firma B [REDACTED], H [REDACTED] E [REDACTED] und
B [REDACTED] fabrik, Hermann M [REDACTED] KG in Langenhagen/Hann.,
persönlich haftender Gesellschafter Kaufmann Hermann M [REDACTED]

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

g e g e n

die Firma R [REDACTED] & Co. in B [REDACTED], K [REDACTED]
Straße [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. März 1961 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
29. Januar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tra-
gen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Frühjahr 1955 beauftragte die Klägerin die Beklagte, für ein neu zu errichtendes Kieswerk Aufschlußbohrungen zwecks Feststellung der Boden- und Wasserverhältnisse durchzuführen. In ihrem Bestätigungsschreiben vom 28. April 1955 erklärte die Beklagte, sie werde der Klägerin nach Durchführung der Aufschlußbohrung genaue Vorschläge für den Ausbau eines größeren Brunnens unterbreiten. Den Auftrag für diese Brunnenanlage erteilte die Klägerin mündlich. Mit den Arbeiten hierfür begann die Beklagte am 4. Mai 1955. Später übersandte sie der Klägerin die Kostenübersicht für die Brunnenanlage vom 11. Mai 1955.

Nach Fertigstellung der Brunnenanlage lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 18. Juni 1955 die Aufforderung der Klägerin, ein Probepumpen durchzuführen, ab mit der Begründung, die Klägerin habe ihr hierfür keinen Auftrag erteilt. Die Klägerin bemängelte, der Bohrlochdurchmesser sei zu klein gewählt; infolgedessen könne die von ihr geforderte Leistung von 80 cbm Wasser in der Stunde nicht erzielt werden. Es sei keine Filterkiespackung eingebracht worden, was notwendig sei, um ein sandfreies Wasser zu gewinnen. Auch weiche das Bohrloch am Fußende um 1,35 m von der Senkrechten ab. Mit Schreiben vom 23. Juni 1955 stellte die Klägerin die nach ihrer Ansicht unbrauchbare Anlage der Beklagten zur Verfügung und verlangte die Herstellung einer ordnungsgemäßen Anlage bis zum 10. Juli 1955 mit der Androhung, sonst einen anderen Unternehmer damit zu beauftragen und von der Beklagten Schadensersatz zu verlangen. Die Beklagte wies mit Schreiben vom 27. Juni 1955 die Beanstandungen als unbegründet zurück. Die Klägerin ließ darauf von der Firma Br. [REDACTED] einen neuen Brunnen erstellen.

Mit der Klage hat die Klägerin Erstattung der ihr durch die Errichtung des Ersatzbrunnens entstandenen Mehrausgaben im Betrage von 12.582,16 DM nebst Zinsen sowie 18.276,-- DM nebst Zinsen als Gewinnausfall infolge der verspäteten Inbetriebnahme des Kieswerks verlangt.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie erklärt die Beanstandungen der Klägerin für unbegründet.

Das Landgericht hat durch Teil- und Zwischenurteil den Anspruch auf die Mehrausgaben im Betrage von 6.423,16 DM nebst Zinsen zugesprochen und im übrigen abgewiesen; den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Brunnenanlage nicht die von der Klägerin verlangte Leistung von 80 cbm/h zu erbringen vermag, daß mangels einer als Filter dienenden Kiesumschüttung das Wasser nicht sandfrei gefördert werden kann und daß die Anlage schräg in die Erde getrieben ist. Jeder dieser drei Mängel für sich, so führt das Berufungsgericht aus, mache die Brunnenanlage für den nach dem Vertrag vorgesehenen Gebrauch untauglich. Die Beklagte habe diese Mängel zu vertreten und deshalb der Klägerin gemäß § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten.



II.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß nach den Lieferbedingungen der Beklagten die Klägerin keine Schadensersatzansprüche geltend machen könne.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Lieferbedingungen waren nicht Gegenstand des Vertrages. Die Beklagte hat sich zwar in ihrem Schriftsatz vom 15. April 1959 (S. 5) darauf berufen, "daß nach ihren auf den Auftragsbestätigungen und Rechnungen abgedruckten Lieferbedingungen Schadensersatzansprüche ausgeschlossen" seien. Daß sie nicht auf diesen Schriftstücken abgedruckt waren, ersah das Berufungsgericht jedoch aus dem zu den Akten gereichten Schriftwechsel. Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen auch nicht behauptet, daß ihrem an die Klägerin gerichteten Auftragschreiben vom 28. April 1955 oder ihrer Rechnung vom 4. Mai 1955 über die Aufschlußbohrung die Lieferbedingungen beigelegt haben. Sie hat in den Vorinstanzen den Inhalt der Lieferbedingungen nicht einmal mitgeteilt. Die Beklagte zu befragen, wie sie deren Geltung mit der Klägerin vereinbart habe (§ 139 ZPO), hatte der Tatrichter unter diesen Umständen keinen Anlaß. Von der angeführten beiläufigen Erwähnung der Lieferbedingungen abgesehen hat die Beklagte zudem in beiden Vorinstanzen ihre Schadensersatzpflicht in umfangreichen Schriftsätzen stets aus anderen Gründen verneint.

III.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Parteien hätten eine Stundenleistung des Brunnens von 80 cbm Wasser vertraglich vereinbart. Der von der Beklagten hergestellte Brunnen erreiche diese Leistung jedoch nicht. Ferner hat es die Schräglage des Brunnens als einen wesentlichen, von der

Beklagten zu vertretenden Mangel bezeichnet.

Ob diese Würdigung des von den Parteien vorgetragenen Sachverhalts allen Angriffen der Revision standhält, bedarf keiner Prüfung. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist bereits dann gerechtfertigt, wenn der Brunnen auch nur einen der von ihm als erheblich angesehenen Mängel aufweist und dadurch für den nach dem Vertrage vorgesehenen Gebrauch untauglich ist.

Das trifft zu für den vom Berufungsgericht auf Grund der Gutachten der Sachverständigen Böttcher und Dr. Bieske festgestellten Mangel, daß der Brunnen nicht in der Lage ist, für die Dauer sandfreies Wasser zu fördern. Das Berufungsgericht führt aus, daß es hierzu einer Kiesumschüttung bedurft hätte. Auch die Firma Br[REDACTED] sei in 14 m Entfernung von dem streitigen Brunnen bei der Anlage des Ersatzbrunnens nicht ohne eine Kiesumschüttung ausgekommen. Nach dem von ihr dort festgelegten Schichtenprofil und der von der Beklagten selbst festgestellten Schichtenfolge sei ab 23,50 m Tiefe nur noch Sand und kein Kies anzutreffen. ■

1. Dem Erbieten der Beklagten, durch ein Probepumpen festzustellen, daß das Wasser sandfrei sei, brauchte das Berufungsgericht keine Bedeutung beizumessen. Durch ein Probepumpen konnte nicht festgestellt werden, daß auf die Dauer sandfreies Wasser gewonnen werden könnte.

2. Die Vernehmung des Zeugen G[REDACTED] von der Firma C[REDACTED] durch das Berufungsgericht erübrigte sich. Er sollte bekunden, daß Brunnen auch ohne Kiesumschüttung gebaut werden. Hiervon geht das Berufungsgericht aus. Es sagt, daß von einer Kiesumschüttung abgesehen werden kann, wenn die wasserführenden Erdschichten aus einem Kiessandgemisch bestehen,

der Bereich um den Brunnenfilter herum durch kräftiges Abpumpen entsandet und auf diese Weise eine den Filter umgebende natürliche Kiesschüttung geschaffen wird. Es weist aber zutreffend darauf hin, daß die Beklagte nicht versucht hat, den Bereich um den Filter durch Abpumpen zu entsanden. Zudem hätte durch bloßes Abpumpen eine Kiesumhüllung um den Filter deshalb nicht geschaffen werden können, weil die dortigen Schichten keinen Kies, sondern nur Sand führen. Daß ein Entsanden durch Abpumpen kiesführende Schichten voraussetzt, lassen auch die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 12. Januar 1960 vorgelegten Äußerungen des Prof. Ke[REDACTED] und der Brunnenbauunternehmer K[REDACTED] und C[REDACTED] erkennen. Deshalb war das Berufungsgericht nicht gehalten, gemäß dem Antrag der Beklagten im Schriftsatz vom 30. April 1959 (S. 3) den Sachverständigen Dr. Bieske unter Gegenüberstellung mit den Zeugen G[REDACTED] und K[REDACTED] persönlich zu hören. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte diesen nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht in einem nicht vorbehaltenen Schriftsatz gestellten Antrag zudem nicht wiederholt.

In dem Schreiben der Firma C[REDACTED] vom 8. Januar 1960 ist das "Handbuch des Brunnenbaus" des Sachverständigen Dr. Bieske nur zur Abgrenzung von Kies und Sand angeführt. Hiermit brauchte sich das Berufungsgericht nicht auseinanderzusetzen.

Die Beklagte hatte im Schriftsatz vom 30. April 1959 (S. 2) beantragt, die Zeugen S[REDACTED] und M[REDACTED] darüber zu vernehmen, daß sie beim Bohren keinen Feinsand festgestellt hätten. Diesem Antrag brauchte das Berufungsgericht nicht zu entsprechen. Es geht von der im Schriftsatz der Beklagten vom 17. Januar 1956 (S. 3) angeführten Schichtenfolge aus. Daß diese unrichtig dargestellt sein sollte, hat die Beklagte nicht behauptet.

IV.

1. Die Revision meint, der Ersatzbrunnen habe nicht gebaut werden müssen, die Beklagte habe den streitigen Brunnen ausbessern lassen können.

Daß und wie die Mängel dieses Brunnens hätten behoben werden können, hat die Beklagte in den Vorinstanzen nicht dargelegt und zeigt auch die Revision nicht auf. Die Beklagte hat auch nicht ausgeführt, daß die Nachbesserung sich billiger gestellt hätte als die Anlage des Ersatzbrunnens.

2. Das Landgericht hat den Anspruch auf Erstattung der Mehraufwendungen für die Errichtung des Ersatzbrunnens nur zum Teil zugesprochen, weil die Firma Br[REDACTED] diesen Brunnen größer angelegt hat, als der Vereinbarung der Klägerin mit der Beklagten entsprach. Das Berufungsgericht verweist insoweit auf das landgerichtliche Urteil und hebt hervor, daß die Beklagte im Berufungsverfahren die Höhe des vom Landgericht der Klägerin zugesprochenen Mehraufwendungsersatzes nicht angegriffen hat. Die Revision rügt demnach zu Unrecht, der Klägerin sei insoweit ein zu hoher Betrag zugesprochen worden.

V.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt