

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**VII ZR 73/67**Verkündet am**

12. Juni 1969,
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Egon B [REDACTED], Schornstein- und Feuerungs-
bau, S [REDACTED]-M [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber: Kaufmann
Egon B [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED]-Asbest-Werke KG, Bad K [REDACTED], vertreten
durch die persönlich haftenden Gesellschafter Fabrikant
Hans L [REDACTED], Bad K [REDACTED], Kr [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 21. März 1967 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte errichtete auf dem Werkgelände der Klägerin auf Grund eines Vertrages vom 22./25. März 1961 in der Zeit von August 1961 bis zum 20. Oktober 1961 einen 30 m hohen Schornstein zu einem Preise von 23.680 DM.

Ende 1962 entdeckte die Klägerin am Mantel des Schornsteins in einer Höhe von 8 - 14 m über dem Gelände Risse. Sie forderte die Beklagte auf, die Risse zu beseitigen. Die Beklagte war hierzu nur bereit, wenn die Klägerin die Hälfte der Reparaturkosten übernehme. Die Klägerin erklärte sich damit nicht einver-

- 3 -

standen. Sie ließ durch die Firma H. das Futter des Kamins zunächst im Abschnitt von 5 - 15 m über Gelände beseitigen und neu aufmauern, anschließend im Abschnitt vom Erdboden bis zur Höhe von 5 m. Später ließ sie auch das Futter von 15 m aufwärts bis zur Mündung des Schornsteins herausreißen und erneuern.

Die Klägerin hält die Beklagte zum Ersatz der ihr durch diese Arbeiten entstandenen Kosten für verpflichtet, da die Risse am Schornstein dadurch entstanden seien, daß die Beklagte bei der Ausführung ihrer Arbeiten gegen anerkannte Regeln der Baukunst verstoßen habe.

Die Beklagte bestreitet dies und macht geltend, die Risse seien nur darauf zurückzuführen, daß die Klägerin nicht ordnungsgemäß trockengeheizt habe, so daß der Frost den noch feuchten Mantel gesprengt habe.

Die Klägerin hat u.a. beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 25.050 DM zu zahlen, wovon 15.430 DM auf die Arbeiten der Firma H. für den Abschnitt von 5 - 15 m entfallen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 15.430 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. November 1963 zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten bis auf einen Betrag von 100 DM, der auf einem Rechenfehler beruhte, zurückgewiesen.

Die Revision der Beklagten verfolgt den Klageabweisungsantrag weiter.



Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat der Klägerin den Ersatz des Betrages von 15.330 DM zugesprochen, den sie der Firma H. für das Auswechseln des Schornsteinfutters im Abschnitt von 5 - 15 m gezahlt hat.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

II.

Sie meint, der Zahlungsanspruch der Klägerin sei schon deshalb unbegründet, weil sie nach den Allgemeinen Lieferungs- und Garantiebedingungen der Beklagten nur einen Anspruch auf Nachbesserung habe.

Diese Auffassung ist verfehlt.

1. Das Berufungsgericht stellt als unstreitig fest (BU 3), die Beklagte habe sich zur Beseitigung der Mängel am Schornstein nur bereit erklärt, wenn die Klägerin die Hälfte der Reparaturkosten übernehme. Dazu war die Klägerin jedoch nicht verpflichtet. Die Erklärung der Beklagten stellt sich daher als eine Verweigerung der Mängelbeseitigung dar.

Die Revision behauptet demgegenüber tatbestandswidrig, die Beklagte sei bereit gewesen, die erforder-

lichen Reparaturarbeiten vorzunehmen. Soweit sie rügt, daß einem Beweisantritt (Zeugnis des Inhabers der Firma Hof) nicht entsprochen sei, übersieht sie, daß es sich dabei um einen nur in erster Instanz gestellten und im Berufungsrechtszuge nicht wiederholten Beweisantritt handelt (BGHZ 35, 103, 106).

2. Es heißt in Ziff. 5 der Lieferungs- und Garantiebedingungen der Beklagten zwar u.a., daß sie sich verpflichtet, alle sich in der Garantiefrist herausstellenden, nachweislich auf mangelhafter Arbeit oder von ihr geliefertem fehlerhaften Material beruhende Sachschäden in angemessener Frist beseitigen zu lassen, während alle anderen Ansprüche, insbesondere solche auf Schadensersatz, Wandelung oder Minderung ausgeschlossen sind. Die Beklagte kann sich aber gegenüber dem hier allein geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten darauf nicht berufen. Sie hatte die Mängelbeseitigung verweigert. Ersatzansprüche der Klägerin wegen der schuldhaften Verweigerung der Nachbesserung sind durch diese Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen, da sie nicht rechtlos gestellt werden kann (BGH LM Nr. 4 zu §. 635 BGB, VII ZR 5/61 vom 24. Mai 1962). Mit der endgültigen Weigerung, die Nachbesserungsarbeiten am Schornstein im Abschnitt von 5 - 15 m vorzunehmen, ist die Beklagte mit der Beseitigung der Mängel in Verzug geraten. Die Klägerin konnte die Mängel selbst beseitigen lassen. Die Beklagte hat für die Mängelbeseitigungskosten aufzukommen, soweit diese erforderlich waren. Nur solche Kosten macht die Klägerin hier geltend.

III.

Die Revision verweist darauf, die Gewährleistungsfrist habe am 22. Oktober 1961 begonnen, die Klage sei aber erst am 28. Dezember 1963 eingereicht worden. Die vertragliche zweijährige Gewährleistungsfrist sei daher schon abgelaufen gewesen.

Soweit die Revision damit die Einrede der Verjährung erheben will, kann sie diese in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend machen (BGHZ 1, 234, 239). In den Tatsacheninstanzen hatte die Beklagte die Einrede der Verjährung nicht erhoben.

Diese wäre zudem unbegründet, denn das am 16. Juli 1963 von der Klägerin in Gang gebrachte Beweissicherungsverfahren (2 H 11/63 AG Bad Kreuznach) hätte die Verjährung gemäß §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB auch für die hier geltend gemachten Ansprüche unterbrochen.

Ob die "Garantiefrist" überhaupt eine Verjährungsfrist ist und wann diese zu laufen begonnen hat, kann daher unerörtert bleiben.

IV.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß im Bereich des Schornsteins 5 - 15 m über dem Gelände Mängel i.S. des § 633 Abs. 1 BGB vorhanden waren. Es hält auf Grund der Feststellungen und Untersuchungen des Sachverständigen Dipl.Ing. I. [REDACTED] für erwiesen, daß das Futter des Schornsteins mit Ausnahme weniger Stellen ohne die vorgeschriebenen Zwischenräume unmittelbar an den Außen-

mantel des Schornsteins angemauert war, mehrere Steig-eisen durch das Futter hindurch in den Mantel eingelassen waren und daß zur Aufmauerung des Futters ungeeig-
noter Mörtel verwendet worden ist. Es sieht darin Ver-
stöße gegen anerkannte Regeln der Baukunst, die allein
zur Rißbildung des Schornsteins geführt haben.

2. Gegen diese Feststellungen wendet sich die Re-
vision. Ihre Rügen sind jedoch unbegründet.

a) Die Revision rügt, es sei nicht ersichtlich,
auf Grund welcher Gutachten und Feststellungen sich das
Berufungsgericht seine Auffassung gebildet habe (§§ 286,
313 ZPO).

Diese Rüge geht fehl.

Die Parteien haben auf die Akten der Beweissiche-
rungsverfahren 2 H 11/63 und 2 H 5/66 des AG Bad Kreuz-
nach Bezug genommen. Das Berufungsgericht hat - wie der
Tatbestand und die Urteilsgründe ergeben - seine Fest-
stellungen getroffen auf Grund der in diesen Verfahren
erstatteten Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing.
L., des vom Landgericht eingeholten Gutachtens des
Sachverständigen Dipl.Ing. G. sowie der von beiden
Sachverständigen auf Antrag der Beklagten gegebenen Er-
läuterungen ihrer Gutachten in der mündlichen Verhand-
lung vom 28. Februar 1967.

Aus den schriftlichen Gutachten des Sachverstän-
digen Dipl.Ing. L. ergibt sich eindeutig die vom
Berufungsgericht wiedergegebene Beurteilung. Die Revi-

sion reißt willkürlich einzelne Sätze aus diesen Gutachten heraus und berücksichtigt nicht, daß der Sachverständige nach den ersten Arbeiten der Firma H. immer sicherere Feststellungen zu den Mängeln der Bauleistung der Beklagten treffen konnte und getroffen hat. Die Revision geht insbesondere an den entscheidenden Feststellungen im Protokoll des Sachverständigen vom 18. August 1963 vorbei, die auch von dem Dipl.Ing. W., der die Interessen der Beklagten bei dieser Besichtigung vertrat, mit unterschrieben worden sind. Das Berufungsgericht war nicht gehalten, den Inhalt der Gutachten in allen Einzelheiten wiederzugeben (BGH VII ZR 237/62 vom 22. April 1965).

b) Die Revision rügt, daß die Erläuterungen, die der Sachverständige Dipl. Ing. L. in der mündlichen Verhandlung vom 28. Februar 1967 gegeben hat, nicht im Sitzungsprotokoll niedergelegt worden sind. Sie rügt die Verletzung der Vorschrift des § 161 ZPO.

Diese Rüge geht fehl.

Im Protokoll ist vermerkt, daß der Sachverständige sein Gutachten erläutert hat (§ 161 Satz 2 ZPO). Diese Erläuterungen brauchten gemäß § 161 Satz 1 ZPO im Berufungsrechtszuge nicht im Protokoll festgehalten zu werden. Der Sachverständige hat nach dem Tatbestand des Berufungsurteils sein Gutachten nur erläutert, d.h. die gestellten Fragen so beantwortet, wie das bereits in den schriftlichen Gutachten geschehen war. Das ergibt der Vergleich der Urteilsgründe mit den schriftlichen Gutachten des Sachverständigen. Unter diesen Umständen bedurften seine Erläuterungen keiner besonderen Niederlegung.

c) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem entgegenstehenden Prozeßstoff auseinandergesetzt (§ 286 ZPO).

Auch die insoweit erhobenen Rügen gehen fehl. Das Berufungsgericht war nicht gezwungen, sich mit jedem einzelnen Vorbringen der Beklagten ausdrücklich auseinanderzusetzen, wenn es aus den Sachverständigengutachten und dem sonstigen Ergebnis der Beweisaufnahme die Überzeugung gewann, daß erhebliche Verstöße gegen die anerkannten Regeln der Baukunst vorlagen, die zu der Rißbildung im Schornstein geführt haben (BGHZ 3, 162, 175). Im Ergebnis stellt das Vorbringen der Revision nur den unzulässigen Versuch dar, an die Stelle der dem Tatrichter vorbehaltenen Beweiswürdigung die eigene zu setzen.

Der von der Revision als übergangen bezeichnete Vortrag der Beklagten vermag die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in Frage zu stellen.

aa) Die Revision verweist darauf, daß nach dem im Beweissicherungsverfahren erstatteten Prüfbefund des Dipl.Ing. L. im Futtermauerwerk selbst keine Risse zu erkennen gewesen seien. Einmal enthält aber der Prüfbefund eine solche Feststellung nicht. Zum anderen legt die Revision nicht dar, inwieweit das die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Schornsteinmängel in Frage stellen könnte.

bb) Auch die Feststellungen des Sachverständigen Dipl.Ing. L. über die Verwendung ungeeigneten Mö-

tels werden durch das Vorbringen der Beklagten dazu nicht entkräftet.

a¹⁾ Das Prüfungszeugnis des Instituts für Steine und Erden der Bergakademie Clausthal vom 6. Januar 1964, das sich die Beklagte beschafft hat, ist wertlos, weil es sich nicht um die Untersuchung von durch Sachverständige gesicherten Mörtelproben handelt. Das Prüfungszeugnis verweist zudem darauf, daß der Mörtel hinsichtlich der Säurebeständigkeit nur dann nicht zu beanstanden sei, wenn die in dem Prüfungszeugnis angegebenen Normvorschriften vor Baubeginn und während der Ausführung eingehalten seien. Die Beklagte hat aber nicht bestritten, daß während der Bauausführung eine Eignungsprüfung des Mörtels und vor Baubeginn eine solche der Steine nicht stattgefunden hat (HA I 95). Zudem erklärt das Prüfungszeugnis selbst, daß die vorgenommene Bestimmung aus im einzelnen in ihm dargelegten Gründen nur eine beschränkte Aussagekraft habe.

b¹⁾ Wenn nach dem Prüfbefund des Dipl.Ing. I. [REDACTED] die Mörtelzusammensetzung als richtig festgestellt worden ist, dann besagt das nichts zu der Frage, ob der Mörtel für den verwandten Zweck auch geeignet war.

c¹⁾ Der Vortrag der Revision, im Schriftsatz vom 4. Januar 1965 sei beantragt worden, ein Gutachten der Bergakademie in Clausthal beizuziehen, ist unrichtig. Im übrigen würde es sich um einen im Berufungsrechtszuge nicht wiederholten Beweisantrag erster Instanz gehandelt haben (BGHZ 35, 103, 106).

d¹⁾ Das Schreiben des Battelle-Instituts vom 14. Februar 1966 (HA I 201), das zudem keine gutachtliche Äußerung darstellt, besagt nichts dazu, daß von der Beklagten geeigneter Mörtel verwandt worden ist.

e¹⁾ Die Revision meint, wäre der Mörtel nicht ordnungsgemäß gewesen, dann hätte er von den Arbeitern der Firma H nicht mit dem Preßlufthammer entfernt werden müssen. Die Revision beachtet nicht, daß der Grund dafür war, daß den Arbeitern nur wenig Zeit zur Verfügung stand (vgl. Aussage des Zeugen Beau HA I 97). Der Zeuge G hat entgegen den Ausführungen der Revision über Arbeiten mit einem Preßlufthammer überhaupt nichts gesagt.

f¹⁾ Das Werksattest der Pfälzischen Chamotte- und Tonwerke in Eisenberg/Pfalz vom 11. Februar 1966 (HA I 220) steht den Feststellungen des Berufungsgerichts schon deshalb nicht entgegen, weil der Mörtel tatsächlich, wie die Sachverständigenuntersuchungen ergeben haben, nicht säurebeständig war. Das Werksattest setzt zudem eine nicht festgestellte sachgemäße Verarbeitung des Mörtels voraus.

cc) Die Revision meint, die Feststellungen des Berufungsgerichts über den fehlenden Zwischenraum zwischen Futter und Mantel des Schornsteins könnten schon deshalb nicht richtig sein, weil ein solcher Zwischenraum zwangsläufig dadurch entstehe, daß der Maurer den Stein mit der Hand einschieben müsse und dann mit der Kelle auf der Rückseite überstreiche. Diese Erwägung besagt aber nichts gegenüber den tatsächlichen Feststellungen,

die von den Sachverständigen getroffen worden sind und sich auch auf die Aussagen der Zeugen We[REDACTED], G[REDACTED] und Be[REDACTED] stützen. Der Abstand zwischen Futter und Mantel ist mit 5 - 15 cm vorgeschrieben (DIN 1058 Abs. 6.14). Die Beklagte behauptet selbst nicht, daß dieser Abstand eingehalten worden ist.

dd) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussagen der Zeugen Karl und Siegfried Sch[REDACTED] unbeachtet gelassen, daß lediglich über dem Betonsockel 2 - 3 Steigeisen eingemauert gewesen seien. Mit diesen Aussagen brauchte sich das Berufungsgericht aber in Anbetracht der entgegenstehenden Aussagen der Zeugen Be[REDACTED] und W[REDACTED] und der Ausführungen des Sachverständigen Dipl.Ing. I[REDACTED], der auch Steigeisen in Futter und Schaft eingemauert sogar im oberen Bereich des Schornsteins festgestellt hat, nicht ausdrücklich auseinanderzusetzen.

ee) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß bei einem Anliegen des gesamten Futters nicht nur zwei Risse entstanden wären, sondern viele Risse kreuz und quer. Es hätte dazu ein Sachverständigengutachten einholen müssen (§ 144 ZPO). Diese Rüge geht schon deshalb fehl, weil einmal nicht festgestellt ist, daß das Futter insgesamt angelegen hat (BU 9). Zum anderen sind gerade zur Frage der Rißbildung und deren Ursachen die Gutachten der Sachverständigen erstattet worden, denen das gesamte Vorbringen der Beklagten bekannt war.

ff) Auf den Ausschluß der Haftung der Beklagten auf Grund der Ziff 5 ihrer Allg. Lieferungs- und

Garantiebedingungen, nach denen die Haftung u.a. ausgeschlossen ist wegen Schäden infolge von Säureangriffen, brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen, denn auf solchen Säureangriffen beruhen die Schäden nach seinen Feststellungen nicht.

gg) Soweit die Revision schließlich rügt, das Berufungsgericht habe sich nicht mit den Angriffen der Beklagten in dem Schriftsatz vom 13. März 1967 (HA II 97/99) gegen das Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. L. [REDACTED] auseinandergesetzt, übersieht sie, daß dieser Schriftsatz nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereicht worden ist und der Beklagten nicht etwa eine Schriftsatznachreichung gemäß § 272 a ZPO gestattet war.

3. Das Berufungsgericht stellt fest, die aufgetretenen Schäden am Mantel des Schornsteins seien keine Folge unzulänglicher Trockenheizung durch die Klägerin, weil die Risse sich sonst schon früher gezeigt hätten. Es führt aus, der Ansicht der Beklagten, wahrscheinlich seien schon in dem auf die Fertigstellung des Schornsteins folgenden Winter 1961/1962 die Risse infolge Frostauftritts entstanden, sie seien zunächst noch so klein gewesen, daß sie erst ein Jahr später erkennbar waren, könne nicht gefolgt werden. Die Beklagte äußere hier lediglich eine Vermutung, für die keine Anhaltspunkte ersichtlich seien. Auch die weitere Ansicht der Beklagten, der Mörtel sei deshalb zerstört worden, weil der Schornstein von der Klägerin unsachgemäß angeheizt worden sei, sei nach den überzeugenden Gutachten der Sachverständigen Dipl. Ing. L. [REDACTED] und Dipl. Ing. Ge. [REDACTED] widerlegt.

Auch gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Sie rügt, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Die Klägerin habe beweisen müssen, daß im Winter 1961/62 noch keine Risse vorhanden gewesen seien.

Diese Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht hat es nicht auf die Beweislast abgestellt.

b) Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe auch in diesem Zusammenhang Vorbringen der Beklagten unbeachtet gelassen, ist unberechtigt.

aa) Der Sachverständige Dipl.Ing. Ge[] hat ausgeführt, die festgestellten Risse seien mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine Folge des von der Beklagten als ungenügend bezeichneten Trockenheizens. Die Art des Anhoizens sei für den Schornstein optimal günstig gewesen.

Die Revision übersieht, daß der Sachverständige Dipl.Ing. Ge[] sein Gutachten abgegeben hat, nachdem die Beklagte ein solches weiteres Gutachten beantragt hatte, und daß er dieses in Kenntnis des Vorbringens der Beklagten erstattet hat. Da das Berufungsgericht aus diesem Gutachten in Verbindung mit den Ausführungen des Sachverständigen Dipl.Ing. L[] die Überzeugung gewonnen hat, daß die Schäden keine Folge unzulänglichen Trockenheizens sind, war es nicht genötigt, sich mit jedem einzelnen Vorbringen der Beklagten auseinanderzusetzen.

Die Angriffe der Revision stellen auch hier im Ergebnis nur einen unzulässigen Versuch dar, an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung eine eigene zu setzen.

bb) Soweit die Revision rügt, ein Beweisantrag (Zeuge Sch[REDACTED] zu der Behauptung, es sei nur ein Korb mit Koks aufgestellt gewesen) sei übergangen, übersieht sie, daß es sich dabei um einen nur in der ersten Instanz gestellten Beweisantrag handelt (BGHZ 35, 103, 106).

cc) Aus der Stellungnahme des Battelle-Instituts vom 14. März 1966 ergibt sich nichts zu der Frage, welche Zeit zum Austrocknen genügte.

dd) Die Revision rügt auch hier die Verletzung des § 161 ZPO, da die ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.Ing. Ge[REDACTED] nicht protokolliert seien.

Dies trifft nicht zu. Die ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen sind am Ende des Tatbestandes (BU 8) beurkundet. Im übrigen hat er sein schriftliches Gutachten nur bestätigt. Es gilt daher das, was bereits zu IV 2 b ausgeführt worden ist.

4. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht kein Obergutachten eingeholt hat.

Auch diese Rüge geht fehl. Dem Berufungsgericht lagen bereits die Gutachten der Sachverständigen Dipl.Ing. L[REDACTED] und Dipl.Ing. Ge[REDACTED] vor. Beide Gut-

achten stimmten im Ergebnis überein. Beide Sachverständige sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hervorragende Sachkenner ihrer Spezialmaterie. Ob es noch ein weiteres Gutachten einholen wollte, stand in seinem pflichtgemäßen Ermessen (BGH LM Nr. 4 § 286 (E); BGH VII ZR 247/61 vom 13. Dezember 1962). Verfahrenswidrig verweist die Revision in diesem Zusammenhang auch hier auf das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 13. März 1967 (vgl. dazu unter IV 2 c, gg).

V.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe das landgerichtliche Urteil nicht bestätigen dürfen. Wegen der noch beim Landgericht anhängigen Schadensersatzforderungen der Klägerin aus den anderen Schornsteinabschnitten sei ein solches Teilurteil nicht zulässig gewesen.

Diese Rüge geht fehl.

Die getroffene Entscheidung berührt nicht die Ansprüche der Klägerin wegen der anderen Schornsteinabschnitte. Die Klägerin kann ihre Aufwendungen als Schadensersatzforderung ersetzt verlangen. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob es billiger gewesen wäre, den Schornstein ganz abzureissen und wieder aufzubauen, denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin bei der Beauftragung der Firma H mit den Nachbesserungsarbeiten nicht voraussehen können, daß die ursprünglich nur im Bereich von 5 - 15 m sich zeigenden Mängel später auch im oberen Bereich des Schornsteins auftreten würden.

2. Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung, der Anspruch der Klägerin sei der Höhe nach voll begründet, darauf, daß die Klägerin durch die Vorlage der Rechnung der Firma H. und die Aussage des Zeugen W. die Höhe und die Angemessenheit ihrer Aufwendungen belegt habe. Es folgt damit der Auffassung des Landgerichts.

a) Auch das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht konnte den Angaben des Zeugen W. - entgegen der Meinung der Revision - vollen Glauben schenken, auch wenn dieser bei der Firma H. angestellt ist. Es stand in seinem Ermessen, ob es dazu noch einen Sachverständigen hören wollte (§ 287 ZPO). Die eingetretenen Werterhöhungen, die durch die Verwendung von Schamotte-Feuersteinen entstanden sind, hat es berücksichtigt.

b) Das Berufungsgericht hält bloßes Bestreiten des Aufwendungsanspruches der Höhe nach durch die Beklagte für unbeachtlich, weil es nicht ausreichend substantiiert sei. Die Beklagte habe sagen müssen, was sie im einzelnen an der Rechnung der Firma H. vom 11. Oktober 1963 zu beanstanden habe. Insoweit habe sie aber nur gemeint, daß der von der Klägerin abgesetzte Betrag für Wertverbesserung zu gering sei. Dieser Einwand sei unbegründet.

Die Revision verweist demgegenüber darauf, daß die Höhe der Rechnung bestritten worden sei.

Es ist zwar richtig, daß die Höhe der Rechnung von der Beklagten im ersten Rechtszuge in ihren Schrift-

sätzen vom 15. September 1964, vom 4. Januar 1965 und vom 6. April 1966 angegriffen worden ist. Vom Landgericht war daher auch die Erstattung eines Sachverständigengutachtens beschlossen worden. Das Landgericht hat dann aber von der Einholung eines solchen Gutachtens abgesehen und auf Grund der Angaben des Zeugen W[REDACTED] entschieden. Das hat die Beklagte im Berufungsrechtszuge nicht beanstandet. Sie hat in der Berufungsbegründung lediglich darauf verwiesen, daß die Höhe des Schadens schon in erster Instanz bestritten worden sei. Wegen der Einzelheiten hat sie dazu besonders auf ihren Schriftsatz vom 6. April 1966 verwiesen und die dort angebotenen Beweise wiederholt.

In diesem Schriftsatz war jedoch nur unter Sachverständigen-Beweis gestellt worden, daß der abgesetzte Betrag für die vorgenommene Werterhöhung von 3.245 DM zu niedrig sei. Das Berufungsgericht konnte daher davon ausgehen, daß wegen der Höhe des Anspruchs nur noch dieser Punkt substantiiert angegriffen war. Mit diesem Angriff hat es sich jedoch in tatrichterlicher Würdigung auseinandergesetzt (BU 12).

VI.

Nach alledem ist die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beklagte hat nach § 97 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Finke

Schmidt