
Datum: 08.06.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 169/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0608.19U169.11.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 26 O 55/10

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 25. Juli 2011 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Das am 25. Juli 2011 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin verlangt im Wege der Feststellungsklage Schadensersatz und die Rückabwicklung von Kaufverträgen. Die Klägerin bereitet unter anderem Zusatzstoffe für die Eisen- und Stahlindustrie auf. Der Beklagte stellt Siloanlagen ausschließlich für die Getreide- und Futterlagerung her. Am 27.04.2005 unterbreitete der Beklagte der Klägerin ein Angebot

3

über die Lieferung eines Silos (Nr. 10) unter Hinweis auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche dem Angebot beigelegt waren. Nach mündlichen Verhandlungen über dieses Angebot und einer Bestellung der Klägerin vom 04.05.2005 bestätigte der Beklagte mit Auftragsbestätigung vom 17.06.2005 die Bestellung. Aufgrund weiterer Bestellungen der Klägerin vom 01.06.2005 (Silo Nr. 11) und vom 26.07.2005 (Silo Nr. 12), welche der Beklagte mit Auftragsbestätigungen vom 17.06.2005 (Silo Nr. 11) und vom 26.07.2005 (Silo Nr. 12) bestätigt hatte, lieferte der Beklagte der Klägerin die Einzelteile für die Silos Nr. 10, 11 und 12. Das Silo Nr. 10 wurde am 04.08.2005, das Silo Nr. 11 am 10.08.2005 und das Silo Nr. 12 am 30.09.2005 geliefert.

Die Klägerin hatte für die Silos Betonfundamente angefertigt, auf welche sie die Silos montierte und mit den Fundamenten verschraubte. Sie lagerte hierin Koks. Ausweislich des Angebots des Beklagten bezüglich des Silos Nr. 10 sowie aller drei Auftragsbestätigungen waren die Silos für die Lagerung von Getreide vorgesehen. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass dem Beklagten der beabsichtigte Verwendungszweck der Klägerin – die Lagerung von Koks - bekannt war. Vor der Befüllung der Silos mit Koks hatte die Klägerin aus zwischen den Parteien streitigen Gründen einen bituminösen Anstrich auf die Innenwandung des Silos Nr. 10 angebracht.

4

Ferner lieferte der Beklagte der Klägerin aufgrund deren Bestellung vom 09.09.2005, welche der Beklagte mit Auftragsbestätigung vom selben Tage bestätigte, Innentrichter für die Silos.

5

Nachdem die Klägerin im Jahr 2009 Korrosionserscheinungen an dem Silo Nr. 10 festgestellt hatte, wandte sie sich an den Beklagten, welcher einen Gutachter einschaltete. Dieser kam in seinem Gutachten im November 2009 zu dem Ergebnis, dass die Ursache für die Korrosionsbildung ein Versagen beziehungsweise Fehlen des bituminösen Korrosionsschutz-Anstriches sei und ein Kontakt von feuchtem Koksgranulat mit den freiliegenden Wandungen des Silos unbedingt vermieden werden müsse. Das Gutachten wurde der Klägerin vom Beklagten noch im November 2009 übersandt. Im Frühjahr 2010 kam es zu einer weiteren Besprechung zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin und dem Vertriebschef des Beklagten vor Ort; der Inhalt der Besprechung ist zwischen den Parteien streitig. Am 07.06.2010 stürzte das Silo Nr. 10 wegen starker Korrosionsbildung zusammen.

6

Die Klägerin hat mit ihrer am 26.08.2010 bei Gericht eingegangenen und dem Beklagten am 10.09.2010 zugestellten Klage im Wege der Feststellungsklage die Rückabwicklung des Vertrags bezüglich des Silos Nr. 10 sowie die Ersatzpflicht des Beklagten für weitere Schäden, ebenfalls beschränkt auf Silo Nr. 10, geltend gemacht. Sie hat Mängel des Silos Nr. 10 behauptet sowie die Ersatzpflicht des Beklagten aus einem angeblich selbständigen Beratungsvertrag geltend gemacht. Sie hat zur angeblichen Mangelhaftigkeit insbesondere behauptet, dass der Beklagte ihr zugesichert habe, in den Silos könne bedenkenlos Koks gelagert werden. Dies ergebe sich im Übrigen auch aus dem Prüfbescheid des Ministeriums für Städtebau und Wohnen, da Koks die dort aufgeführten Spezifikationen für zulässiges Schüttgut erfülle. Aufgrund dessen hätten die Silos mit einem Korrosionsschutz versehen werden müssen. Die Korrosionsbildung und der Einsturz sei auf das Fehlen dieses Korrosionsschutzes und die Einlagerung von Koks zurückzuführen sowie darauf, dass das Silo Nr. 10 - unstreitig - keine Bauchbinden aufweise, wodurch es in Verbindung mit der Korrosionsbildung zusätzlich zu einer Materialschwächung gekommen sei. Der von ihr aufgebrauchte bituminöse Anstrich habe nicht dem Korrosionsschutz, sondern ausschließlich der Vermeidung von Staubemissionen gedient. Ein weiterer Mangel liege darin, dass die Bleche lediglich galvanisch verzinkt anstatt, wie es erforderlich gewesen wäre, feuerverzinkt seien. Auch hierdurch sei der Korrosionsprozess verursacht worden. Sämtliche Mängel habe

7

sie unverzüglich nach Entdecken derselben gerügt.

Der Beklagte hatte zudem aus einem Beratervertrag. Der Mitarbeiter des Beklagten habe
anlässlich des Ortstermins im Frühjahr 2010 auf ihre ausdrückliche Frage versichert, dass die
Statik des Silos Nr. 10 nicht durch die Korrosionsbildung beeinträchtigt werde und das Silo
nicht zusammenbreche könne. 8

Mit einem im November 2010 bei Gericht eingegangenen und dem Beklagten noch im selben
Monat zugestellten Schriftsatz hat die Klägerin ihre Feststellungsklage hinsichtlich der Silos
Nr. 11 und Nr. 12 erweitert und hierzu behauptet, dass auch diese Silos mittlerweile
Korrosionserscheinungen aufweisen würden. 9

Ihre Ansprüche seien auch nicht verjährt, da es sich bei den Silos um Bauwerke handele, so
dass die Verjährungsfrist 5 Jahre betrage, die zudem aufgrund von Verhandlungen gehemmt
gewesen sei. 10

Die Klägerin hat beantragt, 11

festzustellen, 12

1. dass der Beklagte zur Kaufpreiserstattung sämtlicher von ihm gelieferter Teile des am
07.06.2010 auf ihrem Betriebsgelände eingestürzten Silos Nr. 10 Zug um Zug gegen
Rückübereignung und Besitzermöglichung dieser Siloteile verpflichtet ist, 13

2. dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche materiellen Schäden aufgrund des
Einsturzes des Silos Nr. 10 am 07.06.2010 auf ihrem Betriebsgelände zu erstatten, 14

3. dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, der durch die
Mangelhaftigkeit der Silos Nr. 11 und 12. entstanden ist und noch entstehen wird. 15

Der Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Er hat Mängel der Silos sowie das Zustandekommen eines Beratervertrag bestritten. Er hat
behauptet, dass er die Klägerin ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass er keinerlei
Aussagen über die Eignung der Silos für die Lagerung von Koks machen könne. Der Klägerin
sei bewusst gewesen, dass der zulässige Verwendungszweck der Silos ausschließlich in der
Lagerung von Getreide liege, was sich auch daraus ergebe, dass die Klägerin den
bituminösen Anstrich vorgenommen habe, um das Silo vor Korrosion zu schützen. Für die
Lagerung von Getreide sei ein Korrosionsschutz nicht erforderlich. Die Korrosion sei
ausschließlich durch die nicht vertragswidrige Einlagerung von Koks verursacht worden. 18

Die Behauptung der Klägerin, der Einsturz sei auch wegen der fehlenden Bauchbinden
verursacht worden, sei ebenfalls unzutreffend, da Wellblechsilos wie das Silo Nr. 10 aufgrund
ihrer wellenförmigen Beschaffenheit eine ausreichende Steifigkeit aufweisen würden und
daher im Gegensatz zu Glattwandsilos keinerlei Querverstrebungen benötigten. Entgegen
der Darstellung der Klägerin seien die Silos auch feuerverzinkt. 19

Ohnehin seien etwaige Gewährleistungsansprüche der Klägerin gemäß § 377 II HGB
ausgeschlossen. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass sie die angeblichen Mängel
fristgerecht gerügt habe. 20

Ansprüche aus einem angeblichen Beratungsvertrag bestünden ebenfalls nicht. Ihr Mitarbeiter, der ohnehin als Verkaufsleiter mangels Fachkenntnis keinerlei Aussagen zur Statik habe treffen können, habe anlässlich des Ortstermins im Frühjahr 2010 deutlich gemacht, dass seitens des Beklagten zwar eine Hilfestellung erfolgen könne, eine Gewährleistungspflicht indes nicht bestünde. Keinesfalls habe er Zusagen bezüglich der Statik und der Einsturzgefahr des Silos gemacht,

Schließlich hat sich der Beklagte auf Verjährung berufen und insofern geltend gemacht, dass es sich bei den Silos nicht um Bauwerke handele. 22

Wegen der Einzelheiten der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 23

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass etwaige Gewährleistungsansprüche verjährt seien. Da es sich bei den Silos weder um Bauwerke noch um üblicherweise für ein Bauwerk verwendete Stoffe iSd § 438 I Nr.2 BGB handele, gelte die 2jährige Verjährungsfrist. Die Verjährung habe spätestens im Jahr 2005 mit der Anlieferung der letzten Teile begonnen; bei Beginn der Verhandlungen zwischen den Parteien im April bzw. Mai 2009 sei die Verjährung bereits abgelaufen gewesen. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten erfolgte Verkürzung der Verjährungsfrist wirksam sei. 24

Ansprüche aus einem Beratungsvertrag habe die Klägerin weder hinreichend dargelegt noch Beweis für Ansatzpunkte einer selbständigen Beratung angetreten. Gleiches gelte für einen Anspruch aus einer Garantieübernahme. Wegen der Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 25

Gegen dieses Urteil richtet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, die hiermit ursprünglich ihre erstinstanzlichen Anträge in vollem Umfang weiter verfolgt, also die Feststellung der Ersatzpflicht begehrt hat. Auf Hinweis des Senats auf Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu 1), welche die Pflicht zur Kaufpreiserstattung bezüglich des Silos Nr. 10 betrifft, hat sie ihren angeblichen Schaden bezüglich dieses Silos beziffert und zunächst im Wege der Leistungsklage Schadensersatz in Höhe von insgesamt 472.248,57 € nebst Zinsen begehrt und die Feststellungsanträge zu 1) und zu 2), welche die Ersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich des Silo Nr. 10 betrafen, „hilfsweise“ gestellt. Im Senatstermin hat sie ihre ursprünglichen Berufungsanträge, mit denen sie ihre erstinstanzlichen Anträge geltend gemacht hat, unbedingt und hilfsweise den bezifferten Leistungsantrag gestellt. 26

Sie rügt, dass das Landgericht zu Unrecht eine nur zweijährige Verjährungsfrist angenommen habe. Bei den Silos handele es sich um Bauwerke. Entscheidend sei nicht, ob die Silos eine feste Verbindung mit dem Erdboden aufweisen würden. Entscheidend sei, dass die Fundamente der Silos eine solche feste Verbindung aufwiesen und die hierauf stehenden Silos nach § 94 II BGB Teil eines einheitlichen Gebäudes darstellten. Jedenfalls seien die Silos Baustoffe, welche üblicherweise für ein Bauwerk verwendet würden. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang entgegen der Auffassung des Landgerichts, dass der Beklagte keine Herstellung einer festen Verbindung der Siloteile mit dem Grundstück geschuldet habe. Insgesamt habe das Landgericht nicht beachtet, dass die 25 m hohen und 12 Tonnen schweren Siloanlagen auch nach der Verkehrsauffassung ein Bauwerk darstellen würden. Zudem sei die Verjährung auch durch die Verhandlungen der Parteien spätestens im April 2009 nach § 203 BGB gehemmt worden. 27

Zu Unrecht habe das LG auch Ansprüche aus einem selbständigen Beratervertrag verneint und ihren Vortrag übergegangen, wonach der Mitarbeiter des Beklagten nach Vorliegen des Untersuchungsberichts des Sachverständigen auf ausdrückliche Nachfrage versichert habe, dass das Silo keineswegs zusammenbrechen könne. Hiermit habe er bei ihr besonderes Vertrauen geweckt.	
Die Klägerin beantragt,	29
unter Abänderung des angefochtenen Urteils	30
festzustellen,	31
1. dass der Beklagte zur Kaufpreiserstattung sämtlicher von ihm gelieferter Teile des am 07.06.2010 auf ihrem Betriebsgelände eingestürzten Silos Nr. 10 Zug um Zug gegen Rückübereignung und Besitzermöglichung dieser Siloteile verpflichtet ist,	32
2. dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche materiellen Schäden aufgrund des Einsturzes des Silos Nr. 10 am 07.06.2010 auf ihrem Betriebsgelände zu erstatten,	33
hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen, an sie 472.248,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.03.2012 zu zahlen,	34
3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, der durch die Mangelhaftigkeit der Silos Nr. 11 und 12. entstanden ist und noch entstehen wird.	35
Der Beklagte beantragt,	36
die Berufung zurückzuweisen.	37
Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Zu Recht habe das Landgericht eine zweijährige Verjährungsfrist angenommen. Unter anderem weist er nach wie vor darauf hin, dass die Klägerin nicht dargelegt habe, die Mängel fristgerecht im Sinne des § 373 HGB gerügt zu haben.	38
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	39
II.	40
Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet, da ihre Klage mit sämtlichen Anträgen unbegründet ist. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht die Klage abgewiesen.	41
A. Feststellungsantrag zu 1)	42
Der Feststellungsantrag zu 1), mit welchem die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren, nämlich die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Erstattung des Kaufpreises für das Silo Nr. 10, Zug um Zug gegen Rückgabe, weiter verfolgt, ist zwar zulässig, bleibt aber in der Sache ohne Erfolg.	43
1.	44
	45

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen nicht mehr. Nachdem der Senat darauf hingewiesen hat, dass es sich bei dem Kaufpreis, welcher Gegenstand des Feststellungsantrags zu 1) ist, um ein selbständiges und in sich abgeschlossenes Schadensbild handeln könnte und aus diesem Grunde Bedenken gegen das erforderliche Feststellungsinteresse bestehen könnten, hat die Klägerin ihren Vortrag zur Schadensentwicklung substantiiert und – anders als in erster Instanz – dargelegt, dass ein Teil der angeblich durch den Einsturz des Silos verursachten Schäden, nämlich die Lager- und Transportkosten, teilweise erst nach Rechtshängigkeit entstanden sind und beziffert werden konnten. Dies genügt für ein Interesse der Klägerin an der Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für die Schäden insgesamt. Der Zulässigkeit einer Feststellungsklage steht es nicht entgegen, wenn bei einem zum Zeitpunkt der Klageerhebung sich noch fortentwickelnden Sachverhalt der Schaden bereits teilweise beziffert werden kann. Die Klägerin ist nicht gezwungen, während des Rechtsstreits insgesamt zur Leistungsklage überzugehen, wenn der Schaden während des Rechtsstreits insgesamt bezifferbar ist. Für sie war zum Zeitpunkt der Klageerhebung – wegen der Lager- und Transportkosten - noch nicht absehbar, wie hoch der Schaden endgültig werden würde. Da die Klägerin mit dem Klageantrag zu 2) die weiteren Schäden im Wege der Feststellungsklage geltend macht und dieser Antrag im Zusammenhang mit dem Antrag zu 1) gesehen werden muss, begründet die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu 2) zugleich das Feststellungsinteresse des Klageantrags zu 1).

2. 46

Die nach alledem zulässige Klage ist indes unbegründet. 47

Der Klägerin steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Silo Nr.10 gegen den Beklagten zu. 48

a) 49

Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 281 BGB. Bei den Verträgen handelt es sich um Kaufverträge, da sich die Verpflichtung des Beklagten in der Lieferung und Übereignung des Eigentums an den Siloteilen erschöpfte. Er hat die Siloteile selbst von seinem Lieferanten bezogen und seinerseits geliefert, ohne eine Herstellungsverpflichtung anzunehmen. Jedenfalls wären die Vorschriften des Kaufrechts über § 651 BGB anwendbar, da es sich bei den Siloteilen um – zum Zeitpunkt der Lieferung - bewegliche vertretbare Sachen handelte. 50

aa) 51

Allerdings wären Gewährleistungsansprüche der Klägerin entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht verjährt. 52

aaa) 53

Zwar hat das Landgericht zu Recht ausgeführt, dass es sich bei den Silos nicht um ein Bauwerk im Sinne des § 438 I Nr. 2 a) BGB handelt, da sich die Verpflichtung des Beklagten in der Lieferung der – zum maßgeblichen Zeitpunkt der Lieferung beweglichen – Siloteile erschöpfte. Allerdings gilt für die Silos die fünfjährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr.2 b) BGB. Es handelt sich um Baumaterialien. Die auf den von der Klägerin errichteten Betonfundamenten hergestellten und montierten Silos stellen im Zusammenhang mit den Fundamenten ein Bauwerk dar, also um eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit 54

und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Unerheblich ist, dass die Silos angeblich keine feste Verbindung mit dem Erdboden aufweisen und durch Lösen der Verschraubungen wieder entfernt werden könnten. Entscheidend ist, dass die Silos gemeinsam mit den Fundamenten eine dauerhafte und ortsfeste Verbindung mit dem Erdreich eingehen sollten und zu diesem Zweck dauerhaft mit dem Erdboden verbunden wurden. Die Fundamente sind fest in beziehungsweise auf dem Erdboden verankert. Die Verschraubung der Silos mit den Fundamenten ist ebenfalls eine hinreichend feste Verbindung. Es ist für ein Bauwerk nicht erforderlich, dass die Verbindung nur mit einer Substanzerstörung zu lösen ist.

Da die von dem Beklagten gelieferten Siloteile üblicherweise für ein Bauwerk verwendet werden - ohne feste Verschraubung mit Fundamenten und lediglich lose auf das Erdreich aufgesetzt, wird ein Silo erfahrungsgemäß bereits aus Gründen der Standsicherheit nicht montiert - und durch die von der Klägerin behaupteten Mängel auch die Mangelhaftigkeit des Bauwerks wurde, ist § 438 I Nr.2 b) BGB anwendbar. 55

bbb) 56

Diese Verjährungsfrist ist auch nicht aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten verkürzt worden. Die in Ziff. XII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelte Abkürzung der Verjährungsfrist auf 1 Jahr, die ohnehin nur die Schäden am Silo selbst betrifft, da nach Ziff. XII in Verbindung mit Ziff. IX Nr.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Schäden, die nicht selbst am Liefergegenstand selbst entstanden sind, die gesetzliche Verjährungsfrist gelten soll, ist nach § 310 I 2 BGB in Verbindung mit § 307 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam. Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auf die nach § 310 I 2 BGB bei der Anwendung des § 307 BGB Rücksicht zu nehmen ist, erlauben auch bei Kaufleuten keine Abkürzung der Verjährungsfrist, die gegen § 309 Nr. 8 b BGB verstößt (vgl. BGH in NJW 93, 2054 ff). 57

ccc) 58

Die Verjährungsfrist von 5 Jahren begann mit der Lieferung des Silos Nr. 10 am 04.08.2005, § 438 II BGB, und nicht, wie die Klägerin geltend macht, erst mit der Lieferung der Innentrichter für die Silos am 21.11.2005, was noch auszuführen sein wird. 59

ddd) 60

Gleichwohl war die Verjährungsfrist von 5 Jahren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung am 24.08.2005, welche nach § 167 ZPO in Verbindung mit § 204 I Nr.1 BGB die Verjährung gehemmt hatte, noch nicht abgelaufen. Die Verjährungsfrist war zuvor nach § 203 BGB gehemmt. Dadurch, dass die Klägerin nach der Entdeckung der Korrosionsschäden im Frühjahr 2009 um einen Ortstermin ersucht hatte und der Mitarbeiter des Beklagten sich in diesem Ortstermin bereit erklärte, ein Gutachten zur Ursache der Korrosionsschäden einzuholen, welches in der Folgezeit eingeholt wurde, haben zwischen den Parteien Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB stattgefunden. Die Klägerin konnte und durfte aufgrund des Verhaltens des Beklagten hoffen, dass sich dieser auf eine Erörterung der Berechtigung ihrer Ansprüche einlassen würde und dies von dem Ergebnis des Privatgutachtens abhängig machen würde. Irrelevant ist, dass der Beklagte das Gutachten nach seinem Vorbringen lediglich aus Kulanz in Auftrag gegeben hat. Für die Klägerin entstand der Eindruck, dass der Beklagte, sollte sich durch das Gutachten seine Verantwortlichkeit ergeben, jedenfalls auf eine inhaltliche Prüfung der Ansprüche einlassen würde. 61

Die Hemmung dauerte jedenfalls bis zur Übersendung des Privatgutachtens durch den Beklagten an den Kläger im November 2009 an. Da das Gespräch zwischen den Parteien, in welcher der Beklagte die Einholung eines Gutachtens ankündigte, entweder im März oder im Mai 2005 stattfand, der Hemmungszeitraum mithin mehrere Monate umfasste, war die Klageeinreichung am 24.08.2005 zur erneuten Hemmung rechtzeitig.	62
bb)	63
Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB scheitern jedoch daran, dass die von der Klägerin geltend gemachten Mängel zum Teil nicht bestehen, jedenfalls aber sämtliche Mängel gemäß § 377 HGB als genehmigt gelten.	64
aaa)	65
Soweit die Klägerin geltend macht, dass die Silos nicht zur Lagerung von Koks geeignet waren, da diese nicht über einen Korrosionsschutz verfügten, liegt bereits nach ihrem eigenen Vorbringen kein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB vor.	66
1)	67
Ein Mangel liegt aus dem Grunde nicht vor, da die Parteien eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts getroffen haben, dass die Silos ausschließlich für die Lagerung von Getreide bestimmt waren. Die Klägerin kann sich daher nicht darauf berufen, dass die Lagerung von Koks, wie sie sie vorgenommen hat und welche nach ihrem eigenen Vorbringen für die Korrosionserscheinungen zumindest ursächlich war, zur vertraglich vereinbarten oder vorausgesetzten Sollbeschaffenheit gehört.	68
Bereits in dem schriftlichen Angebot des Beklagten vom 27.04.2005 ist ausdrücklich ausgeführt, dass es sich um ein Silo „zur Lagerung von Getreide“ handelt. Weiterhin ist dort ausgeführt, dass sich alle Leistungsangaben auf gereinigtes, biologisch ausgereiftes Getreide mit einem spezifischen Gewicht von 0,75 t/m ³ und einem Restfeuchtegehalt von 15% beziehen. Ein Korrosionsschutz ist nicht Gegenstand der Leistungsbeschreibung. Eben jene Angaben befinden sich auch auf der Auftragsbestätigung des Beklagten. Hiermit hat der Beklagte unmissverständlich klargestellt, dass seine Silos für kein anderes Schüttgut als für Getreide geeignet waren und verwendet werden durften und ein innenseitiger Korrosionsschutz nicht Gegenstand seiner Verpflichtung war. Diese ausdrückliche negative Beschaffenheitsvereinbarung ist Gegenstand der vertraglichen Einigung geworden, indem die Klägerin sowohl das Angebot als auch die Auftragsbestätigung widerspruchsflos hingenommen hat und die Lieferung auf Grundlage dieser Auftragsbestätigung vorgenommen wurde. Demgegenüber ist es irrelevant, dass der Beklagte, wie im Laufe des Rechtsstreits unstreitig geworden ist, von dem von der Klägerin tatsächlich beabsichtigen Verwendungszweck – der Lagerung von Koks – wusste. Gleiches gilt dafür, dass der Beklagte nach der bestrittenen Darstellung der Klägerin erklärt haben sollte, dass die Lagerung von Koks möglich sei. Diese im Vorfeld des Vertragsschlusses angeblich getätigten Äußerungen des Beklagten sind durch den ausdrücklichen Hinweis in der schriftlichen Auftragsbestätigung überholt und nachrangig, da der Beklagte sich hiermit gegen eine Einbeziehung der Beschaffenheitsvereinbarung, wonach die Silos für die Lagerung von Koks geeignet sein sollten, verwahrt hat. Die Klägerin hat – auch nicht im Senatstermin – nicht dargelegt, dass sie und der Beklagte eine Einigung dahin getroffen hätten, dass die mündliche Aussage, das Silo sei auch für die Lagerung von Koks geeignet, Vorrang vor dem Inhalt der schriftlichen Auftragsbestätigung haben sollte. Der Klägerin war nämlich aufgrund des vorherigen schriftlichen Angebots bewusst, dass die Silos ausschließlich zur Lagerung	69

von Getreide bestimmt waren. Angesichts dessen hätte es einer ausdrücklichen und eindeutigen Vereinbarung bedurft, wonach der Beklagte sich damit einverstanden erklären würde, trotz seiner fehlenden Erfahrung mit anderen Schüttgütern als Getreide, die Lagerung von Koks als bestimmungsgemäßer Verwendungszweck zu akzeptieren. Da eine solche Einigung nicht vorgetragen ist, konnte und durfte der Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin die Lagerung von Koks auf eigenes Risiko vornehmen wollte und der vertragliche Verwendungszweck, nämlich die Lagerung von Getreide, hiervon unberührt bleiben sollte. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Beklagte – wie er vorträgt – den Geschäftsführer der Klägerin auch mündlich ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass er nur Getreidesilos verkaufe und dass er „nichts damit zu tun habe, wenn etwas anderes eingefüllt werde“.

Nach alledem ist zwischen den Parteien eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden, wonach eine Lagerung von anderen Gütern als Getreide nicht zur bestimmungsgemäßen Verwendung gehörte und demnach kein Korrosionsschutz erforderlich war. Demgegenüber ist die Kenntnis des Beklagten von dem von der Klägerin beabsichtigten Verwendungszweck irrelevant, da eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung im Sinne des § 434 I 2 Nr. 1 BGB, ebenso wie eine übliche Verwendung im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB gegenüber der ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung zurücktritt. 70

Unabhängig davon hat die Klägerin spätestens dadurch, dass sie die Lieferung des Silos widerspruchlos hinnahm, der modifizierten Auftragsbestätigung, die in Abänderung einer vorherigen mündlichen Vereinbarung Getreide als einzig zulässiges Schüttgut vorsah, konkludent angenommen (vgl. BGH in NJW 1973, 2106 ff). 71

Die Klägerin kann auch aus dem von ihr vorgelegten Prüfbescheid des Landesministeriums für Städtebau und Wohnen für Wellblechsilos keine andere Verwendungsmöglichkeit als die von Getreide herleiten. Soweit sie behauptet, dass nach diesem Prüfbescheid Koks ein zulässiges Schüttgut sei, da Koks die in dem Prüfbescheid angegebenen Spezifikationen erfülle, kann die Richtigkeit dieser Behauptung ob hierbei zusätzliche Maßnahmen vor Erfüllung solchen Schüttguts vorausgesetzt werden und ggf. welche dahingestellt bleiben. Die ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung, wonach das Silo nur zur Lagerung von Getreide bestimmt sein sollte, verdrängt als vorrangige vertragliche Abrede diese Angabe in dem Prüfbescheid. Die Klägerin hat noch nicht einmal dargelegt, dass sie diesen Prüfbescheid vor Vertragsschluss von dem Beklagten erhalten hat und die dort enthaltenen Angaben überhaupt Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen war. 72

Darauf, dass Umstände eher gegen die Behauptung der Klägerin sprechen, der Beklagte habe ihr die Eignung des Silos für die Lagerung von Koks zugesagt, ihr sei nicht bewusst gewesen, dass das Silo hierfür nicht geeignet sei, kommt es daher nicht an. So sollte der von der Klägerin selbst aufgetragene bituminöse Anstrich allem Anschein nach Korrosion verhindern, was darauf hindeutet, dass die Klägerin über die Folgen und Risiken der Lagerung von Koks bestens informiert war und selbst die notwendigen Vorkehrungen treffen wollte, um die Silos für die Lagerung von Koks zu präparieren. Die Klägerin selbst hat in der Klageschrift ausdrücklich und mehrfach den „bituminösen Korrosionsschutz“ erwähnt. Soweit sie im weiteren Verlauf des Rechtsstreits behauptet hat, es habe es hierbei sich um ein Versehen gehandelt; tatsächlich habe sie den bituminösen Anstrich ausschließlich auftragen lassen, um das Austreten von Staubemissionen zu verhindern, handelt es sich offensichtlich um eine reine Schutzbehauptung. Ausweislich der schriftlichen Vertragsunterlagen und dem nachvollziehbaren Vorbringen des Beklagten sind die Silos aufgrund von Dichtbändern zwischen den Überlappstoßstellen und dem Überlappen der Bleche von ca. 25 cm undurchdringlich. Zudem ergibt sich nicht nur aus dem von dem Beklagten eingeholten 73

Gutachten, sondern auch aus dem von dem Versicherer der Klägerin eingeholten Gutachten, dass der Anstrich zumindest auch dem Korrosionsschutz dienen sollte. Ausweislich des Gutachtens von Herrn I hat der Geschäftsführer der Klägerin während der Untersuchung offensichtlich selbst eingestanden, dass der Anstrich korrosionsschützend wirken sollte (vgl. S. 41 und 45 d.A.). Auch der Gutachter X hat in seinem Gutachten mehrfach ausgeführt, dass es sich um einen bituminösen Korrosionsschutz-Anstrich handle. Woher der Gutachter diese Information, wenn nicht von dem Geschäftsführer der Klägerin selbst, besaß, ist nicht ersichtlich und von der Klägerin nicht vorgetragen.

- 2) 74
- Etwaige Gewährleistungsansprüche der Klägerin aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 281 BGB sind zudem nach § 377 II HGB, welcher jedenfalls über § 381 II HGB Anwendung findet, ausgeschlossen. 75
- Für beide Parteien war der Kauf der Siloanlagen ein Handelsgeschäft. Für die Klägerin bestand daher eine Pflicht, Mängel unverzüglich zu rügen, wozu auch gehörte, später entdeckte Mängel unverzüglich nach ihrer Entdeckung zu rügen, § 377 III HGB. Die Klägerin, die sowohl für den Beginn der Rügefrist als auch für die Unverzüglichkeit der Rüge die Darlegungs- und Beweislast trägt, hat nicht hinreichend dargelegt, diesen Pflichten nachgekommen zu sein. 76
- Obwohl der Beklagte bereits in erster Instanz mehrmals bestritten hatte, dass die Klägerin die Mängel unverzüglich nach Entdecken gerügt habe, und mehrmals darauf hingewiesen hat, dass der Vortrag der Klägerin nicht substantiiert sei, hat sich die Klägerin auf die pauschale Behauptung beschränkt, sie habe den Mangel „unverzüglich“ und sofort nach Erkennen des Mangels gerügt. Hiermit hat sie nicht ansatzweise ihrer Darlegungslast genügt. Auch in der Berufungserwiderung hat der Beklagte erneut darauf hingewiesen, dass die Klägerin die Erfüllung ihrer Rügepflicht nicht substantiiert dargelegt habe. Gleichwohl hat sich die Klägerin im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens pauschal auf ihr bisheriges Vorbringen bezogen. 77
- Hierauf kommt es letztlich jedoch nicht an, da auch nach den eigenen Angaben des Geschäftsführers der Klägerin im Senatstermin anlässlich seiner persönlichen Anhörung die Rüge nicht unverzüglich erfolgte. Hiernach will der Geschäftsführer bereits Anfang 2009 Roststellen an dem Silo Nr. 10 entdeckt haben. Gleichwohl hat er nach seinem Vorbringen erst am 20.03.2009, also mehrere Wochen oder sogar Monate später die Mängel dem Beklagten gegenüber gerügt. Dies war nicht unverzüglich. Die Klägerin macht vergeblich geltend, dass sie zunächst keine Rügepflicht getroffen habe, da sie von Flugrost als Ursache der Rosterscheinungen ausgegangen sei und erst dann, als sich „Rostfahnen“ von dem Silo gelöst hätten, die wahre Ursache, nämlich eine von innen nach außen dringende Korrosion, habe erkennen können und sodann noch am selben Tage den Beklagten informiert habe. Nach ihrem eigenen Vorbringen bestand bereits Anfang 2009, nach der angeblichen Entdeckung der ersten Roststellen, der naheliegende Verdacht eines Mangels. Die Klägerin hätte ohne weiteres erkennen können und müssen, dass die Roststellen auch durch eine Korrosion der Wandungen des Silos entstanden sein konnten. Diese Ursache war zumindest so wahrscheinlich wie Flugrost. Immerhin hat der Geschäftsführer der Klägerin nach seinen eigenen Angaben im Senatstermin die Rosterscheinungen für so erheblich und auch bedeutungsvoll gehalten, dass er diese mit seinen Mitarbeitern „diskutiert“ haben will, also einen Meinungs- und Erfahrungsaustausch über die Ursachen durchgeführt hat und – anderes anzunehmen wäre lebensfremd und ist nicht dargelegt – durchaus auch andere Ursachen als Flugrost, also auch die Möglichkeit eines Mangels des Silos in Gestalt 78

ungenügenden Korrosionsschutzes in Betracht gezogen hat. Für die Klägerin bestand, da der – zumindest nicht fernliegende – Verdacht eines Mangels bestand, zwar keine Pflicht zur unverzüglichen Rüge, aber eine unverzügliche Untersuchungspflicht (vgl. Hopt in Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 35. Auflage 2012, § 377 HGB, Rd. 36). Sie hätte nach Entdecken der ersten Roststellen innerhalb weniger Tage die Roststellen genau in Augenschein nehmen müssen. Dies galt umso mehr, als die Möglichkeit eines ganz gravierenden Mangels bestand, welcher die Standsicherheit des Silos gefährdete und ganz erhebliche Schäden hervorrufen konnte. Bei unverzüglicher Untersuchung hätte sie ohne weiteres feststellen können, dass es sich nicht nur um Flugrost handelte und den sodann erkannten Mangel rügen müssen.

Auch ihr Vorbringen in ihrem – nach der Verhandlung eingegangenen, nicht nachgelassenen – Schriftsatz, wonach bei kleineren Roststellen an der Außenseite eines Silos „nichts für eine Durchrostung von innen“ spreche, vielmehr das Auftreten von Flugrost wahrscheinlich sei und sie nur durch kostspieligen Einsatz einer Hebebühne zu den mehr als 10 Meter hoch gelegenen Roststellen hätte gelangen können, ist nicht geeignet, die Erfüllung ihrer Pflichten aus § 377 HGB substantiiert darzulegen. Es spricht bereits nicht viel dafür, dass die Klägerin auch ohne Einsatz einer Hebebühne mit einer Leiter zu den Roststellen hätte gelangen können. Hierauf kommt es indes nicht an. Zum Einem behauptet die Klägerin selbst, dass durch den Einsturz des Silos Lebensgefahr für ihre Mitarbeiter bestanden habe. Angesichts dessen war es der Klägerin – ein möglicher Einsturz eines rostenden Silos musste sich ihr aufdrängen – entgegen ihrer Darstellung auch in finanzieller Hinsicht zumutbar, eine Hebebühne zwecks genauer Inaugenscheinnahme der Roststellen einzusetzen. Zum Anderem hatte der Beklagte bereits in erster Instanz und auch in der Berufungsinstanz ausdrücklich den äußerst pauschalen und nicht einlassungsfähigen Vortrag der Klägerin hinsichtlich der Erfüllung ihrer Pflichten aus § 377 HGB gerügt. Eines Hinweises des Senats an die Klägerin, dass ihr Vortrag dermaßen substanzlos war, dass ihm nicht weiter nachzugehen war, bedurfte es angesichts dessen nicht mehr. Anlass, nach den §§ 296a, 156 ZPO erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten, bestand nach Alledem nicht. 79

Die Klägerin kann sich auch nicht auf einen angeblichen Verzicht des Beklagten auf die Rechtsfolgen der nicht fristgerechten Rüge nach § 377 HGB berufen. Ein solch stillschweigend erklärter Verzicht liegt nämlich nicht vor. Insbesondere liegt ein solch stillschweigender Verzicht nicht darin, dass der Mitarbeiter des Beklagten in dem Ortstermin im Jahr 2009 erklärt hat, ein Gutachten zur Schadensursache einzuholen, und erst in dem Prozess den Einwand der verspäteten Rüge erhoben hat. Auch wenn der Mitarbeiter des Beklagten nach dem – bestrittenen – Vorbringen der Klägerin in dem Ortstermin erklärt haben soll, dass er sich erst nach Eingang des Gutachtens „im Hinblick auf Gewährleistungsrechte der Klägerin festlegen“ wolle, kann dem nicht der Wille entnommen werden, auf die verspätete Rüge zu verzichten. Die Klägerin trägt noch nicht einmal vor, dass dem Mitarbeiter des Beklagten bekannt war, dass sie bereits seit Wochen, wenn nicht sogar seit Monaten, von Roststellen an dem Silo und der Mitarbeiter des Beklagten somit von einer etwaigen Verspätung der Mängelrüge wusste, was für einen Verzichtswillen, der das Bewusstsein eines Verzichts voraussetzt, unabdingbar wäre. Unabhängig hiervon kann einer bloßen Zusage der Klärung der Gewährleistungspflicht nicht der Wille entnommen werden, auf die Rechte aus § 377 HGB zu verzichten. Auch nach dem Vorbringen der Klägerin hat der Mitarbeiter des Beklagten mit keinem Wort zu erkennen gegeben, dass er Gewährleistungsansprüche der Klägerin nach Bestätigung der Mangelhaftigkeit der Silos durch das zugesagte Gutachten anerkennen und erfüllen werde. Er wollte sich auch nach dem Vorbringen der Klägerin selbst nach für den Beklagten nachteiligem Ergebnis des Gutachtens erst „festlegen“, ob der Beklagte in Gewährleistung treten wolle. Davon, dass der 80

Beklagte vorbehaltlos die Gewährleistung übernehmen wollte – nur dann wird regelmäßig ein Verzicht auf die Genehmigungsfiktion des § 377 HGB anzunehmen sein (vgl. BGH in NJW 1999, 1259 ff) – kann auch nach dem Vorbringen der Klägerin keine Rede sein.

81
Unerheblich ist schließlich auch entgegen Ansicht der Klägerin, ob die unterlassene unverzügliche Rüge für den weiteren Ablauf kausal geworden ist oder nicht. Es ist irrelevant, ob der Beklagte auch im Falle einer rechtzeitigen Rüge einen Gutachter beauftragt hätte und sodann ihre Gewährleistungspflicht in Abrede gestellt hätte. Die Verletzung der Rügepflicht hat zur Folge, dass die gelieferte Ware als genehmigt, also als vertragsgemäß gilt, § 377 II, III HGB. Es handelt sich um eine Genehmigungsfiktion. Darauf, ob der Verkäufer bei rechtzeitiger Rüge die Mängel beseitigt oder die Gewährleistungspflicht anerkannt hätte, kommt es nicht an. Unabhängig davon bestehen Sinn und Zweck einer Mängelrüge darin, dass der Verkäufer in die Lage versetzt wird, die Beanstandung zu prüfen, eventuell Beweise zu sichern, den Mängel abzuheben und gegen Nachschieben anderer Beanstandungen geschützt zu sein (vgl. Hopt in Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 35. Auflage 2012, § 377 HGB, Rd. 42). Es lässt sich aber nicht ausschließen, dass der Beklagte bei rechtzeitiger Rüge und früherer Einschaltung eines Sachverständigen aussagekräftigere Beweise hätte sichern können, welche das Nachschieben weiterer Beanstandungen, wie sie hier im Prozess anschaulich erfolgt sind, hätten erschweren können.

bbb) 82

83
Auch in dem Umstand, dass das Silo Nr. 10 nicht über sogenannte Bauchbinder verfügt, liegt entgegen der Darstellung der Klägerin kein Sachmangel, welcher ihr zu einem Schadensersatzanspruch verhelfen könnte.

1) 84

85
Zum Einem hat die Klägerin auch insofern einen Mangel nicht hinreichend dargelegt.

86
Die Lieferung des Silos ohne Bauchbindern entsprach der vertraglichen Beschaffenheit, da sämtliche Siloteile im Detail nebst Spezifikationen in der Auftragsbestätigung enthalten waren und dort keine Bauchbinder aufgeführt sind. Auch unter dem Gesichtspunkt einer üblichen Beschaffenheit im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB liegt keine negative Abweichung von der Sollbeschaffenheit vor. Die Klägerin hat nicht hinreichend dargelegt, dass die Bauchbinder aus statischen Gründen erforderlich waren und der Einsturz des Silos durch das Fehlen der Bauchbinder begünstigt wurde. Ihr Vorbringen ist zum einen nur schwerlich mit ihrer Behauptung in Einklang zu bringen, wonach die Ursache des Einsturzes die Korrosion war, welche durch das Fehlen eines Korrosionsschutzes bedingt gewesen sein soll. Selbst wenn der Korrosionsprozess durch das Fehlen von Bauchbindern beschleunigt worden sein soll, ergibt sich hieraus keine negative Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit, da die Korrosion nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin durch die Lagerung von Koks beziehungsweise durch das Fehlen eines Korrosionsschutzes verursacht wurde und die Lagerung von Koks und auch ein Korrosionsschutz aus den oben genannten Gründen nicht zur vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung gehörte.

87
Aber auch soweit sie erstmals im Senatstermin ausdrücklich behauptet hat, dass die Korrosion wegen des Fehlens der Bauchbinder auch bei der Lagerung von Getreide eingesetzt hätte, ist ihre diesbezügliche Behauptung in dermaßen pauschal, dass ihr nicht weiter nachzugehen war. Der Beklagte hat dezidiert dargelegt, dass die Bauchbinder nicht erforderlich waren, weil es sich bei dem Silo Nr. 10 um ein Wellblechsilo handelt, welches wegen der wellenförmigen Beschaffenheit eine ausreichende Steifigkeit ohne Bauchbinden

aufweist. Der von der Klägerin zur Untermauerung ihrer Behauptung einzig aufgeführte Umstand, dass ein anderes auf ihrem Betriebsgelände befindliches, ebenfalls von dem Beklagten geliefertes Silo solche Bauchbinden aufweist, erklärt sich dadurch, dass es sich hierbei um ein sogenanntes Glattwandsilo handelt, welches aus statischen Gründen neben den senkrechten Stützen auch waagerechte Stützen (Bauchbinden) aufweist. Diesem substantiierten, auch dem Senat ohne weiteres einleuchtenden Vorbringen des Beklagten ist die Klägerin, deren Geschäftsführer als Verfahrenstechniker sicherlich in der Lage ist, dies technischen Zusammenhänge nachzuvollziehen, mit keinem Wort entgegen getreten. Da sie hierzu in der Lage gewesen wäre, hätte sie substantiiert darlegen müssen, aus welchen Gründen das Silo Nr. 10 gleichwohl mit Bauchbinden hätte versehen werden müssen. In diesem Zusammenhang mussten schließlich auch die beiden Gutachten zur Schadensursache Berücksichtigung finden, welche übereinstimmend davon ausgehen, dass Ursache für den Einsturz ausschließlich der Korrosionsprozess war. Fehlende Bauchbinden, die aus statischen Gründen erforderlich wären, werden in den Gutachten mit keinem Wort erwähnt.

2) 88

Zudem ist die Klägerin auch wegen dieses behaupteten Mangels mit Schadensersatzansprüchen gemäß § 377 II, III HGB ausgeschlossen. 89

Sie hat trotz der mehrfachen Hinweise des Beklagten, welcher noch in der Berufungserwiderung auf die Mängel in dem Vortrag der Klägerin hingewiesen hat, nicht dargelegt, wann sie Kenntnis davon gehabt haben will, dass die Bauchbinden fehlten beziehungsweise dass solche erforderlich wären. Sie trägt jedoch auch die Darlegungs- und Beweislast für den Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels und den Beginn der Untersuchungs- und Rügefrist. Dieser Darlegungslast ist sie nicht nachgekommen. Sie hat diesen Mangel erstmals mit der Klageschrift gerügt, was nicht unverzüglich ist. Zu ihren Lasten muss davon ausgegangen werden, dass sie bereits geraume Zeit zuvor Kenntnis von dem angeblichen Mangel gehabt hat, da der von dem Beklagten eingeschaltete Gutachter X nach dem Einsturz des Silos Nr. 10 gegenüber dem Gutachter des Versicherers der Klägerin geäußert haben soll, er könne sich zu den Bauchbinden nicht äußern. Da die Ortsbesichtigung durch den Gutachter des Versicherers der Klägerin bereits am 08.06.2010 stattgefunden hat, ist es möglich, dass die Klägerin unmittelbar hiernach Kenntnis von diesem Gespräch erlangt hat; die erstmals mit der Klageschrift vom 24.08.2010 erfolgte Rüge wäre dann nicht unverzüglich. Unabhängig davon hat die Klägerin nicht dargelegt, erst durch den Sachverständigen Kenntnis von den fehlenden Bauchbindern als Schadensursache in Kenntnis gesetzt worden sein. Es ist daher ebenso gut möglich, dass sie noch früher diese Kenntnis erlangt hatte oder aber jedenfalls mehrere Wochen vor der Klageerhebung, weswegen die erstmals in der Klageschrift erfolgte Rüge verspätet wäre. 90

ccc) 91

Soweit die Klägerin zudem unter Bezugnahme auf den Prüfbescheid des Ministeriums für Städtebau und Wohnen geltend macht, dass eine Feuerverzinkung der Silowände erforderlich gewesen wäre und die Wände der von dem Beklagten gelieferten Silos lediglich galvanisch verzinkt gewesen seien, was die Korrosion ebenfalls verursacht habe, spricht ebenfalls vieles dafür, dass hierin kein Sachmangel liegt. Ausweislich des von dem Beklagten eingeholten Prüfberichts des Gutachters X vom 10.01.2011 ist die Außenseite der Wandung feuerverzinkt. Der Umstand, dass er in dem Untersuchungsbefund eine Feuerverzinkung auch der Innenwandung nicht feststellen konnte, wie die Klägerin rügt, hat ihren Grund allem Anschein nach darin, dass die Innenseite des von dem Gutachter untersuchten Materials eine 92

umfassende flächige Korrosion aufwies. Letztlich kommt es hierauf jedoch nicht an, da die Klägerin auch diesen Mangel nicht unverzüglich im Sinne des § 377 HGB gerügt hat. Sie hat nicht dargelegt, wann sie Kenntnis davon erlangt hat, dass das Silo angeblich lediglich galvanisch verzinkt und nicht feuerverzinkt war. Da sie sich selbst zur Untermauerung ihrer Behauptung auf das von dem Beklagten eingeholte Gutachten bezogen hat, welches ihr bereits im November 2009 übersandt wurde, ist es mehr als wahrscheinlich, jedenfalls aber nicht ausgeschlossen, dass sie bereits mit Kenntnis des Gutachtens von dem angeblichen Mangel erfahren hatte. Ihre erstmalig im Verlauf des Rechtsstreits erfolgte Rüge ist dann aber nicht unverzüglich.

b) 93

Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch ergibt sich auch nicht aus § 280 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen eines selbständigen Beratungsvertrages zu. Unabhängig davon, dass entgegen der Darstellung der Klägerin ein solcher Beratungsvertrag nicht geschlossen wurde, wie noch auszuführen sein wird, wäre eine Verletzung von aus diesem Vertrag resultierenden Pflichten nicht kausal für den mit dem Klageantrag zu 1) geltend gemachten Schaden geworden. Gegenstand des Klageantrags zu 1) ist ausschließlich der Schaden in Form des gezahlten Kaufpreises. Diese Aufwendungen hatte die Klägerin aber bereits bei Abschluss des Kaufvertrags getätigt. Da sie auch nicht dargelegt hat, dass bei einer richtigen Beratung durch den Mitarbeiter des Beklagten das Silo hätte erhalten werden können – zum angeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Beratungsvertrags und der angeblichen Fehlberatung war es bereits zu erheblichen Durchrostungen gekommen -, ist die behauptete Fehlberatung nicht kausal für den geltend gemachten Schaden geworden. 94

B. Feststellungsantrag zu 2) 95

Die Klage ist auch mit dem – zulässigen - Feststellungsantrag zu 2), mit welchem die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz der durch den Einsturz des Silos Nr. 10 verursachten Schäden begehrt, unbegründet. 96

1. 97

Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 2981 BGB scheitern aus den oben genannten Gründen daran, dass teilweise ein Sachmangel nicht vorliegt, jedenfalls aber solche Gewährleistungsansprüche nach § 377 II, III HGB als genehmigt gelten. 98

2. 99

Der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aber auch nicht aus § 280 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen eines selbständigen Beratungsvertrages zu. Da ein solcher Beratungsvertrag nicht geschlossen wurde, konnte der Beklagte keine aus einem solchen Beratungsvertrag resultierende Pflicht zur sachgerechten und richtigen Beratung verletzen. 100

Die Klägerin hat den Abschluss eines selbständigen Beratungsvertrags nicht schlüssig dargelegt. Die Richtigkeit ihres Vorbringens, wonach der Vertriebschef des Beklagten bei einer Besprechung vor Ort im Februar 2010 auf ausdrückliche mehrfache Nachfrage versichert habe, dass das Silo keinesfalls zusammenbrechen könnte und kein Anlass zu weiteren Maßnahmen bestehe, da die Statik durch die Korrosion keinesfalls beeinträchtigt werden könne, kann daher dahin gestellt bleiben. 101

Für den – stillschweigenden – Abschluss eines Beratungsvertrags wäre nämlich
Voraussetzung gewesen, dass die Beratung des Mitarbeiters des Beklagten eindeutig über
das hinausgegangen wäre, was im Allgemeinen seitens des Verkäufers für die sachgemäße
Anwendung oder den Einsatz des Kaufgegenstands in beratender oder empfehlender Weise,
auch in Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, geleistet wird (BGH in NJW 2008, 2788 ff).
Dies ist nach dem Vorbringen der Klägerin nicht der Fall. Auch wenn die angebliche Auskunft
für sie sicherlich von Bedeutung war, lässt sich ihrem Vortrag kein Wille des Mitarbeiters des
Beklagten entnehmen, der auf einen stillschweigenden Abschluss eines Beratungsvertrags
deuten könnte. Insoweit musste nämlich im wesentlichen Maße die Interessenlage des
Beklagten berücksichtigt werden, welche der Klägerin bekannt war. Die angebliche Beratung
bezweckte nicht die Absatzförderung im Rahmen von Verkaufsverhandlungen, sondern hat
nach einer Reklamation der Klägerin stattgefunden. Der Beklagte hatte kein über die übliche
Betreuung dieses Reklamationsfalles hinausgehendes Interesse, sondern wollte den
Gewährleistungsfall abwickeln und der Klägerin helfend beiseite stehen. Die angebliche
Beratung betraf zudem einen behaupteten, nicht feststehenden Mangel und dessen
Folgeschäden. All dies spricht wesentlich gegen einen Willen des Beklagten, ohne Not einen
Beratungsvertrag abzuschließen und sich somit weitreichenden Verpflichtungen auszusetzen.
Der Klägerin musste auch bewusst sein, dass der Beklagte im Rahmen der
Gewährleistungsverhandlungen allenfalls ein Interesse haben konnte, mit der angeblichen
Beratung den Schaden so gering wie möglich halten, was auch im eigenen Interesse des
Beklagten lag. Diese Beratung wurde aber nicht mit dem Inhalt verselbständigt, dass sie
neben die Haftung des Beklagten aus dem Kaufvertrag als selbständige Aufgabe treten
sollte. Insofern musste insbesondere auch berücksichtigt werden, dass es sich bei dem
Mitarbeiter des Beklagten unstreitig um dessen Vertriebsleiter handelte, der für Fragen der
Statik – auch für die Klägerin ohne Weiteres erkennbar – nicht im Geringsten sachkundig
war. Hinzu tritt, dass das hier in Rede stehende Gespräch nach Eingang des auch der
Klägerin bekannten Gutachtens stattfand, wonach zwangsläufig mit dem Entstehen größerer
Durchbrüche beziehungsweise mit dem Versagen der Wandbleche gerechnet werden müsse.
Dieses Gutachten eines Sachverständigen wurde gerade im Hinblick auf die
Schadensursachen und die Schadensbeurteilung eingeholt. Für den Beklagten bestand aus
diesem Grund nicht die geringste Veranlassung, einen Ratschlag zu erteilen, der im
Gegensatz zu der von ihm selbst eingeholten Expertise stand. Wenn gleichwohl ein solcher
Ratschlag erteilt wurde, geschah dies aus Sicht der Klägerin bei objektiver
Betrachtungsweise, §§ 133, 157 BGB für die Klägerin nicht auf Grundlage einer verbindlichen
Auskunft, durch welche der Beklagte von seinen vertraglichen Verpflichtungen losgelöst eine
neue Haftung eingehen wollte.

C. Hilfsanträge 103

Über den im Senatstermin hilfsweise gestellten Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur
Zahlung von 472.248,57 € nebst Zinsen war nicht zu befinden. Die Klägerin hat diesen Antrag
lediglich hilfsweise gestellt. Ihr Begehren war dahin auszulegen, dass der Hilfsantrag für den
Fall gestellt wird, dass ihre Feststellungsanträge zu 1) und zu 2), welche das Silo Nr. 10
betrafen, als unzulässig abgewiesen werden, was aus den oben genannten Gründen nicht
der Fall ist. 104

D. Feststellungsantrag zu 3) 105

Die Klage bleibt auch mit dem Antrag zu 3), mit dem die Ersatzpflicht der Beklagten für
sämtliche durch die angebliche Mangelhaftigkeit der Silos Nr. 11 und 12. entstandenen
Schäden festgestellt werden soll, ohne Erfolg. 106

Sie ist unter jedem in Betracht kommenden Gesichtspunkt unbegründet und war als
unbegründet abzuweisen. Unschädlich ist hierbei, dass die Feststellungsklage unzulässig ist. 107

1. 108

Die Unzulässigkeit der Feststellungsklage ergibt sich daraus, dass der Klägerin ein Interesse 109
an der Feststellung im Sinne des § 256 ZPO fehlt. Das Feststellungsinteresse als besondere
Ausprägung des Rechtsschutzinteresses fehlt im Interesse einer endgültigen Klärung des
Streitstoffes in einem Prozess dann, wenn eine Leistungsklage möglich und zumutbar ist.
Eine solche Leistungsklage wäre der Klägerin ohne Weiteres möglich. Die Klägerin macht
Schadensersatz mit der Begründung geltend, dass sich auch an den Silos Nr. 11 und Nr. 12
Korrosionserscheinungen zeigen würden. Nach ihrem eigenen Vorbringen ist bislang kein
Schaden entstanden. Der einzige Schaden besteht darin, dass der Beklagte angeblich
mangelhafte Silos geliefert haben soll und die Klägerin für diese mangelhaften Silos den
Kaufpreis entrichtet hat. Folge- oder Begleitschäden sind nicht entstanden. Eine
Schadensentwicklung, die noch im Gange sein könnte und – wie bei den Klageanträgen zu 1)
und zu 2) - unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie zur Zulässigkeit der
Feststellungsklage führen könnte, hat noch nicht begonnen. Die Zulässigkeit der Klage kann
auch nicht mit der Zulässigkeit der Klagen zu 1) und zu 2) begründet werden, da es sich um
eine objektive Klagehäufung handelt und das Schicksal des Klageantrags zu 3) unabhängig
von den anderen Klageanträgen zu beurteilen ist. Die Silos Nr. 11 und Nr. 12 wurden
nämlich, wie bereits das Silo Nr. 10, welches Gegenstand der Klagen zu 1) und zu 2) ist,
aufgrund selbständiger Kaufverträge erworben.

2. 110

Trotz des Fehlens des Feststellungsinteresses konnte der Senat eine Entscheidung in der 111
Sache treffen.

Das Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ist als besondere Ausgestaltung des 112
Rechtsschutzbedürfnisses keine Prozessvoraussetzung, bei deren Fehlen eine
Sachüberprüfung und ein Sachurteil von vornherein verwehrt wären. Wenn auch bei dem
unterstellten Vorliegen des Feststellungsinteresses sich die Klage als unbegründet erweist,
ist eine – die Klage in der Sache abweisende – Sachentscheidung zulässig (vgl. BGH in NJW
2012, 1209 ff sowie in NJW 2004, 766 ff). So liegt der Fall hier. Die Klage ist als
Feststellungsklage unbegründet und wäre auch als Leistungsklage unbegründet.

3. 113

Etwaigen Schadensersatzansprüchen der Klägerin – insoweit kommen ausschließlich 114
Gewährleistungsansprüche aus § 437 Nr.3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB in Betracht, da
sich die angebliche Beratung des Mitarbeiters des Beklagten, die nach Auffassung der
Klägerin Ansprüche aus einem selbständigen Beratungsvertrag begründen sollen,
ausschließlich auf das Silo Nr. 10 bezog – steht nämlich die von dem Beklagten erhobene
Einrede der Verjährung entgegen, § 214 I BGB.

Die in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche waren zum Zeitpunkt der Einreichung 115
der Klageerweiterung am 24.11.2010, mit welcher die Klägerin die Klage um diesen
Feststellungsantrag erweitert hatte und welche als frühestmöglicher Zeitpunkt für eine
Hemmung gemäß § 204 I Nr.1 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO in Betracht kommt, auch
unter Zugrundelegung der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 b) BGB
verjährt.

Die Verjährungsfrist begann gemäß § 438 II BGB mit Lieferung der Silos am 10.08.2005 (Silo 116 Nr. 11) und am 30.09.2005 (Silo Nr. 12). Soweit die Klägerin geltend macht, dass erst mit Lieferung der Innentrichter für die Silos am 21.11.2005 die Verjährungsfrist begonnen habe, ist dies bereits aus dem Grunde unerheblich, da auch unter Zugrundelegung dieses Beginns der Verjährungsfrist zum Zeitpunkt der Einreichung der Klageerweiterung am 24.11.2010 Verjährung eingetreten wäre. Unabhängig hiervon trifft die Ansicht der Klägerin, dass es sich bei der gesamten Siloanlage um eine Sachgesamtheit handele, für welche die Verjährungsfrist erst mit Lieferung sämtlicher Anlagenteile begonnen habe, aber auch nicht zu. Die Innentrichter waren – ebenso wie die drei Silos - Gegenstand selbständiger Kaufverträge, für die selbständige Verjährungsfristen galten und welche auf den Beginn der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der jeweils anderen Silos ebenso keinen Einfluss hatten. Alle drei Silos sowie die Innentrichter wurden aufgrund selbständiger Kaufverträge erworben, welche jeweils durch die gesonderten Bestellungen der Klägerin und die gesonderten Auftragsbestätigungen des Beklagten zustande kamen. Zwischen den einzelnen Bestellungen der Klägerin lagen jeweils mindestens mehrere Wochen. Unerheblich ist entgegen der Ansicht der Klägerin, dass sie nach ihrer Behauptung von vornherein den Bau einer einheitlichen Siloanlage geplant habe und dies dem Beklagten bekannt gewesen sei. Die Klägerin verkennet den Umfang der geschuldeten Leistung des Beklagten, der die einzelnen Kaufgegenstände aufgrund der einzelnen Bestellungen lediglich zu liefern, nicht aber zu montieren beziehungsweise eine einheitliche Anlage hieraus herzustellen hatte. Nur zur Veranschaulichung sei insofern das Beispiel eines Baustoffhändlers genannt, welcher einen Bauunternehmer während der gesamten Bauphase aufgrund einer Vielzahl von Bestellungen mit Baumaterialien beliefert. Auch diesem Baustoffhändler ist bekannt, dass der Bauunternehmer die Materialien für ein einheitliches Bauwerk benötigt und verwendet. Dies ändert nichts daran, dass für jeden Kaufgegenstand selbständige Kaufverträge geschlossen werden und selbständige Verjährungsfristen zu laufen beginnen.

Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Klägerin für den Zeitpunkt des Beginns der 117 Verjährungsfrist auch der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Silos. Bei den hier in Rede stehenden Verträgen handelt es sich um Kaufverträge oder um Werklieferungsverträge über bewegliche vertretbare Sachen. Unerheblich ist, dass die Klägerin diese Sachen zu einer unbeweglichen zusammengefügt hat. Gemäß § 651 BGB sind die Vorschriften des Kaufs insgesamt anwendbar. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist daher nach § 438 BGB die Lieferung der Sachen.

Auch eine Hemmung aufgrund von Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB hat entgegen 118 der Darstellung der Klägerin nicht stattgefunden. Soweit sie sich auf ihr Aufforderungsschreiben vom 22.09.2010 bezieht, welches ohnehin nur das Silo Nr. 11, nicht aber das Silo Nr. 12 zum Gegenstand hat, verkennet sie, dass Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB einen Meinungs Austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen voraussetzen. Auch wenn hierfür Erklärungen des Schuldners genügen, die den Gläubiger zu der Annahme berechtigen, der Schuldner lasse sich auf eine Diskussion über die Berechtigung des Anspruchs ein, finden Verhandlungen dann nicht statt, wenn der Schuldner sofort erkennbar die Verhandlungen über die Ersatzpflicht oder jeden Ersatz ablehnt. Der Beklagte hat aber auf das Aufforderungsschreiben der Klägerin vom 22.09.2010 unmissverständlich und kategorisch die geltend gemachten Ansprüche der Klägerin abgelehnt. Die Ablehnung des Beklagten hatte daher nicht das Ende der Verhandlungen zur Folge, wie die Klägerin meint, sondern, dass Verhandlungen überhaupt nicht stattgefunden hatten. Eine einseitige Leistungsaufforderung genügt nicht für die Verjährung hemmende Verhandlungen.

E.

Nach alledem war die Berufung mit den sich aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO ergebenden prozessualen Nebenentscheidungen insgesamt zurückzuweisen. 120

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 121