

Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

1. Gesetz: ZPO § 161

Rechtssatz: Das Berufungsgericht ist bei der mündlichen Erstattung auch eines technisch schwierigen und verwickelten Gutachtens nicht gehalten, das Gutachten in Anwesenheit des Sachverständigen und der Parteivertreter gemäß § 160 Nr 3 ZPO durch Aufnahme in das Sitzungsprotokoll festzustellen. Auch in einem solchen Fall kann das Berufungsgericht von der Möglichkeit des § 161 ZPO Gebrauch machen.

2. Gesetz: rev. DGO § 37; BGB 242

Rechtssatz: Haben beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts, das nicht zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehört, die nach § 37 Abs 2 Satz 2 rev. DGO berufenen Vertreter der Gemeinde mitgewirkt, fehlt jedoch diesem Rechtsgeschäft die nach § 37 Abs 2 Satz 1 rev. DGO vorgeschriebene Schriftform, so kann die Berufung der Gemeinde auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen der fehlenden Schriftform unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unbeachtlich sein.

Aktenzeichen: II ZR 167/54

Urteil des BGH vom 14. Juni 1956 - OLG Hamm

Verkündet

am 14. Juni 1956

Jodas, Justizangestellter,
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 Willi G [REDACTED], Maschinenfabrik,
Offene Handelsgesellschaft in R [REDACTED] bei Bad-
O [REDACTED], K [REDACTED]-M [REDACTED]-Str. [REDACTED], vertreten durch ihre
persönlich haftenden Gesellschafter, den Fabrikanten
Willi F. G [REDACTED] und dessen Ehefrau Irmgard G [REDACTED]
geb. K [REDACTED], beide ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Gemeinde Ot [REDACTED] Krs. H [REDACTED], vertreten
durch den Rat der Gemeinde.

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. Juni 1956 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer,
Dr. Kuhn und Artl

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 3. Juni 1954 wird auf Kosten der Beklagten zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Herbst 1948 wollte die Klägerin, eine Gemeinde von etwa 2.000 Einwohnern, für ihr bisher mit Kolbenpumpen betriebenes Wasserwerk zwei neue Pumpen und einen neuen Motor anschaffen. Sie trat deshalb im Oktober 1948 in Verhandlungen mit der Beklagten. Im Zuge dieser Verhandlungen begab sich der persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten, Willi G., am 30. Oktober 1948 nach Ot., ermittelte dort die von ihm benötigten technischen Unterlagen und besprach die Angelegenheit mit dem Gemeindevorstand der Klägerin unter Vorsitz des Bürgermeisters und im Beisein des Gemeindevorstehers. Im Anschluß an diese Besprechung bestellte der Gemeindevorstand im Auftrage des Gemeinderates mit Schreiben vom 2. November 1948 bei der Beklagten zwei Hochdruck-Kreiselpumpen zu dem am 30. Oktober vereinbarten Termin und den dabei besprochenen Bedingungen. Am 3. Dezember 1948 ließ die Klägerin die bestellten Maschinen bei der Beklagten abholen, wobei auch noch entsprechend weiteren Vereinbarungen ein Antriebsmotor mitgeliefert wurde. Der von der Beklagten dafür in Rechnung gestellte Preis in Höhe von 8.775 DM wurde von der Klägerin alsbald gezahlt.

Nachdem der elektrische Teil der Anlage von der Klägerin anderweit beschafft und das von der Beklagten gelieferte Hochdruck-Kreiselpumpen-Aggregat von einem Beauftragten der Klägerin an die Wasserleitung angeschlossen worden war, sollte die Anlage am 20. Januar 1949 in Betrieb genommen werden. Zu diesem Zweck fand sich auf Aufforderung der Klägerin auch Willi G. in Ot. ein. In seiner Gegenwart wurde die Maschine angelassen. Die Pumpe stand jedoch nach kurzer Laufzeit still. Die Beklagte ließ die festgefahrene Pumpe auseinandernehmen und einige re-



paraturbedürftige Teile in ihre Fabrik schaffen. Die Klägerin schloß nunmehr die zweite Pumpe an. Willi G. [REDACTED] brachte am 28. Januar 1949 die reparierten Teile, es handelte sich um eine Lagerstörung gehandelt, nach Ot. [REDACTED] zurück. Für die Folgezeit kann keine der beiden Parteien angeben, welche der beiden Pumpen in dem Wasserwerk der Beklagten in Betrieb war. Unter dem 31. Januar 1949 teilte die Klägerin durch den Gemeindedirektor S. [REDACTED] der Beklagten mit, daß "die Pumpe nunmehr einwandfrei arbeitet und alles gut funktioniert." Es kam jedoch zu weiteren Störungen. Am 16. Februar 1949 versagte der Motor. Es stellte sich heraus, daß die Beklagte einen gebrauchten und verschmutzten Motor eingebaut und ihm durch Anstreichen ein neues Aussehen verliehen hatte. Diese Angelegenheit wurde unter Beteiligung der Firma Hu. [REDACTED], der Vorlieferantin der Beklagten, zwischen den Parteien durch Reparatur und Umbau des Motors sowie Aufteilung der Kosten bereinigt. Anfang Juni 1949 war die Pumpe wieder festgefahren. Sie wurde von der Beklagten repariert und durch Austausch beschädigter Teile instand gesetzt. Am 3. Juli 1949 saß die Pumpe erneut fest. Sie wurde am nächsten Tage von der Beklagten repariert. Es handelte sich um einen Lagerschaden. Mitte August 1949 liefen dann sowohl die Pumpe als auch der Motor fest. Da die Parteien annahmen, daß das Versagen der Maschinen auf ein Trockenlaufen infolge Wassermangels zurückgeführt werden mußte, vereinbarten sie, daß die Beklagte die Pumpe auf eine geringere Leistung umbauen sollte, so daß sie mit einem 25 kw-Motor betrieben werden konnte. Mit der Behauptung, daß dies bis zu dem vereinbarten Termin des 26. August 1949 nicht erfolgt wäre und die Beklagte auch weitere Versprechungen in dieser Hinsicht nicht eingehalten hätte, setzte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 19. September 1949 eine Frist, die von ihr zu liefernden Maschi-

nen bis zum 25. September 1949 betriebsfertig aufzustellen oder die Kaufsumme nebst Unkosten zurückzuzahlen. Auf das widersprechende Schreiben der Beklagten vom 21. September 1949 mit der Mitteilung, daß die Pumpe mit Motor, auf einer Platte aufgebaut, Ende der laufenden oder Anfang der folgenden Woche abholbereit seien, aber nur nach Begleichung der Reparaturrechnungen vom 14. Juli 1949 über zusammen 915,10 DM und der beigelegten Kaufpreisrechnung über den 25 kw-Motor zum Betrage von 1.300 DM herausgegeben werden würde, teilte die Klägerin unter dem 30. September 1949 mit, daß sie in dieser Angelegenheit eine gerichtliche Entscheidung beantragen werde.

Die Klägerin macht Wandlung des mit der Beklagten geschlossenen Vertrages geltend und verlangt mit der Klage Rückzahlung des von ihr gezahlten Kaufpreises in Höhe von 8.750 DM. In zweiter Instanz hat sie sich zur Begründung ihres Klagebegehrens auch noch darauf berufen, daß der geschlossene Vertrag schon deshalb nichtig sei, weil die insoweit nach § 37 Abs 2 rDGO vorgeschriebene Form nicht gewahrt worden sei.

Die Beklagte bestreitet, daß die von ihr gelieferten Maschinen mangelhaft gewesen seien. Die aufgetretenen Störungen seien lediglich auf die mangelhafte Wartung der Anlage seitens der Klägerin und auf die mangelnde Zuverlässigkeit der elektrischen Sicherungseinrichtungen zurückzuführen, die die Klägerin habe einbauen lassen, obwohl sie alt und gebraucht gewesen seien. Des weiteren verlangt die Beklagte im Wege der Widerklage Zahlung von 4.625,25 DM, nämlich die Zahlung ihrer noch offengebliebenen Reparaturrechnungen sowie weiterer Rechnungen, die im Zusammenhang mit ihren Bemühungen um eine Wiederherstellung der Anlage stehen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Klägerin entsprechend der Widerklage zur Zahlung von 4.625,25 DM verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieses Urteil abgeändert. Es hat die Klageforderung für begründet gehalten, während es von den mit der Widerklage geltend gemachten Gegenforderungen nur eine solche in Höhe von 696,10 DM für begründet erachtet hat. Demgemäß hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Zahlung von 8.053,90 DM verurteilt und die Widerklage im vollen Umfange abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision rügt zunächst Verletzung des § 161 ZPO. Sie meint, das Berufungsgericht sei genötigt gewesen, die mündliche Aussage des in der letzten mündlichen Verhandlung vernommenen gerichtlichen Sachverständigen nach Maßgabe des § 160 Abs 2 Nr 3 ZPO in dem Verhandlungsprotokoll niederzulegen, es habe also insoweit nicht von der Möglichkeit des § 161 ZPO Gebrauch machen und sich nicht auf eine Wiedergabe des Inhalts seiner Aussage im Tatbestand des Urteils beschränken dürfen. Es sei nämlich zu berücksichtigen, daß sich im vorliegenden Fall die Aussage dieses gerichtlichen Sachverständigen mit außerordentlich schwierigen und verwickelten technischen Fragen befaßt habe, die den Richtern des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres geläufig gewesen seien. In einem solchen Fall könne die Anwendung des § 161 ZPO unter Umständen - wie hier - zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, daß die Aussage eines solchen Sachverständigen im Tatbestand des Urteils falsch wiedergegeben werde und daß eine Be-

ichtigung des Urteils gemäß § 319 ZPO daran scheitere, daß sich das Gericht mangels irgendwelcher sonstiger Unterlagen nicht mehr an den wirklichen Inhalt der Aussage erinnern könne. Außerdem sei bei einer Anwendung des § 161 ZPO in einem Fall der vorliegenden Art die Gefahr nicht zu bannen, daß das Gericht die von dem Sachverständigen erörterten schwierigen und verwickelten technischen Fragen nicht richtig verstehe. Bei einer Niederschrift der Aussage in Anwesenheit der Parteivertreter und des Sachverständigen sei in einem solchen Fall die Möglichkeit gegeben, einen so unterlaufenen Irrtum sogleich richtig zu stellen oder eine Ergänzung der Niederschrift zu veranlassen. Die Revision meint, daß es aus diesen Gründen geboten sei, in einem Fall der vorliegenden Art von einer Anwendung des § 161 ZPO Abstand zu nehmen, damit die Rechte einer jeden Prozeßpartei bei der Niederlegung der Aussage eines Sachverständigen nicht verkürzt würden.

Der Revision ist ohne weiteres zuzugeben, daß die von ihr angeführten Gesichtspunkte in einem Fall der vorliegenden Art von einem durchaus beachtlichen Gewicht sind und daß die Lösung, die der Revision vorschwebt, für einen solchen Fall einer sachgerechten Gestaltung des Prozeßverfahrens durchaus entspricht. Denn es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, daß im Rahmen einer umfangreichen und schwierigen Beweisaufnahme die schriftliche Festlegung von Zeugen- und Sachverständigenaussagen in Anwesenheit der Parteivertreter fast ebenso wichtig ist wie die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen selber. Es ist nach der forensischen Erfahrung die Möglichkeit gar nicht auszuschließen, daß dem Gericht bei der schriftlichen Festlegung solcher Zeugen- oder Sachverständigenaussagen dadurch Irrtümer unterlaufen, daß die Aussage nicht vollständig oder nicht völlig richtig verstanden worden ist,

oder daß die Aussage in einem wesentlichen Teil nicht vollständig niedergelegt wird. Dieser Erfahrungstatsache entspricht es, daß in zahlreichen Fällen die Parteivertreter oder auch selbst die Beweispersonen bei der Beurkundung der Aussagen in ihrer Gegenwart (§ 160 Abs 2 Nr 3 ZPO) in sachgerechter Weise von ihrem Recht Gebrauch machen, das Gericht auf einen etwaigen Irrtum oder auf eine etwaige Unvollständigkeit bei der Niederlegung der Aussage hinzuweisen. Es läßt sich nicht verkennen, daß die Möglichkeit zu einem solchen Hinweis für eine sachgerechte Entscheidung von einer nicht unwesentlichen Bedeutung sein kann. Insoweit ist daher den Ausführungen der Revision durchaus zu folgen.

Gleichwohl kann ihnen jedoch angesichts der zur Zeit geltenden gesetzlichen Regelung unseres Verfahrensrechts kein Erfolg beschieden sein. Das geltende Recht hat nämlich zur Vereinfachung des Verfahrens bei der Beweisaufnahme diesen an sich durchaus beachtlichen Gedankengängen der Revision keine durchgreifende Bedeutung beigemessen. Es nimmt mit der Regelung des § 161 ZPO bewußt die Gefahren in Kauf, auf die die Revision zutreffend hingewiesen hat. Wie ein Blick auf das Strafverfahrensrecht lehrt, in dem das geltende Recht in einem noch viel weiteren Umfange die Gefahren einer unrichtigen Aufnahme der in der Hauptverhandlung gemachten Aussagen hinnimmt (§ 273 Abs 2 StPO), obwohl hier wahrscheinlich die Notwendigkeit für eine Sicherstellung der schutzwerten Belange des Angeklagten noch mehr am Platze wäre, handelt es sich bei der Regelung des § 161 ZPO um eine gesetzgeberische Entscheidung allgemeiner Art, die trotz der von der Revision hervorgehobenen beachtlichen Gesichtspunkte abzuändern nicht die Aufgabe der Rechtsprechung sein kann. Dabei bedarf es noch der Hervorhebung, daß der hier vorliegende Fall für die Anwendung des § 161 ZPO keine ins Gewicht fall

lende Besonderheit aufweist, mag auch bei einem mündlich erstatteten Gutachten über verwickelte technische Vorgänge die Gefahr einer fehlsamen Aufnahme des Gutachtens durch das Gericht besonders groß sein. Ein solcher Umstand rechtfertigt es nicht, eine Ausnahme von der Anwendung des § 161 ZPO zuzulassen und in einem solchen Fall entgegen dem klaren Wortlaut des § 161 ZPO das Berufungsgericht für verpflichtet zu halten, die erstattete gutachtliche Äußerung des Sachverständigen in seiner Anwesenheit und in Anwesenheit der Parteivertreter gemäß § 160 Abs 2 Nr 3 ZPO schriftlich niederzulegen. Bei dieser zur Zeit geltenden Rechtslage kann daher nicht davon gesprochen werden, daß das Berufungsgericht vorliegendenfalls die Vorschrift des § 161 ZPO fehlsam angewendet habe.

II. Das Berufungsgericht befaßt sich in seinen Ausführungen zunächst mit der in den Vorinstanzen vertretenen Auffassung, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht ein Kaufvertrag über bestimmte Teile der neu zu errichtenden Pumpenanlage, sondern ein Werkvertrag sei. nach dessen Inhalt es die Pflicht der Beklagten gewesen sei, die gesamte Pumpenanlage mit den von der Beklagten gelieferten Teilen und mit den von der Klägerin zu stellenden Teilen in einem ordnungsgemäßen und für die Zwecke der Klägerin befriedigenden Zustand zu erstellen. Dabei ist das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme aus im wesentlichen tatsächlichen Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Auffassung der Klägerin unrichtig sei, daß vielmehr dieser Vertrag nach seinem Inhalt ein Kaufvertrag sei, wobei die Beklagte lediglich noch die Nebenpflicht gehabt habe, die Stärke und Art der von ihr zu liefernden Maschinen entsprechend der in der Pumpenanlage der Klägerin gegebenen tatsächlichen Verhältnisse zu berechnen. Diese Ausführungen, gegen die die Revision keine Einwände vorbringt, lassen einen sachlich-

rechtlichen Fehler nicht erkennen; von ihnen ist daher für die Revisionsinstanz auszugehen.

Das Berufungsgericht nimmt sodann zu dem Einwand der Klägerin Stellung, der Vertrag müsse wegen Verletzung des § 37 Abs 2 rDGO als unwirksam angesehen werden. Das Berufungsgericht hält diesen Einwand für unberechtigt, weil die Weigerung oder Beseitigung des Erfüllungszustandes mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sei. Diese Auffassung, die zu bemängeln oder anzugreifen die Revision von ihrem Standpunkt aus keinen Anlaß hat, erweist sich bei den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen im Ergebnis als richtig.

1.) Zunächst ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Abschluß des hier in Frage stehenden Kaufvertrages nicht als ein Geschäft der laufenden Verwaltung im Sinne des § 3 der 2. DVO zur DGO angesehen werden kann. Denn es liegt auf der Hand, daß die Einrichtung einer Pumpstation für eine Gemeinde von etwa 2.000 Einwohnern ein besonderer Vorfall ist, der sich nicht in den Rahmen der laufenden Verwaltung einfügt. Denn die Einrichtung einer Pumpstation ist für eine solche Gemeinde ein einmaliges Geschäft von erheblicher finanzieller Bedeutung; mag sie auch zur ungestörten und ununterbrochenen Verwaltung notwendig gewesen sein. Damit ist bereits die Möglichkeit einer Anwendung des § 3 der 2. DVO zur DGO und die Freistellung der Gemeinde von der Formvorschrift des § 37 Abs 2 rDGO ausgeschlossen, da zu den Geschäften der laufenden Verwaltung jedenfalls nicht solche Geschäfte gehören, die für die betreffende Gemeinde von einmaliger Art sind oder für sie von einer erheblichen finanziellen Bedeutung sind (BGHZ 14, 92; BGH Lind.-Möhr. Nr 4 zu § 3 der 2. DVO/DGO).

2.) Der vorliegende Sachverhalt gibt keinen Anlaß, zu der im neueren Schrifttum (vgl Nipperdey JZ 1952, 577; Scholz NJW 1953, 961; Beitzke MDR 1953, 1; Wild NJW 1955, 693; Capeller MDR 1956, 8; vgl dazu auch BGH Lind-Möhr, Nr 1 zu § 36 rDGO; BGH BE 1956, 351) viel erörterten und unterschiedlich beantworteten Frage Stellung zu nehmen, ob gegenüber einer Verletzung der Vorschrift des § 37 Abs 2 rDGO in ähnlicher Weise wie bei einer Verletzung der Formvorschrift des § 313 BGB die Berufung auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) stets möglich ist oder ob inso- weit eine Gleichstellung der Vorschrift des § 37 Abs 2 rDGO mit der Formvorschrift des § 313 BGB deshalb ausge- schlossen ist, weil § 37 Abs 2 Satz 2 rDGO seinem sach- lichen Inhalt nach eine öffentlichrechtliche Zuständig- keitsregelung und nicht eine Formvorschrift enthält. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, daß die nach § 37 Abs 2 Satz 2 rDGO zur Vertretung der Ge- meinde berufenen Personen, nämlich der Bürgermeister und ein weiteres Mitglied des Gemeinderates, hier an den Ver- handlungen über den Vertragsabschluß mit der Beklagten mitgewirkt haben und daß dieser Vertrag in allen seinen Einzelheiten unter ihrer ausdrücklichen Billigung mit der Beklagten abgeschlossen worden ist. Die tatsächlichen Verhältnisse liegen also hier nicht etwa so, daß der Ver- trag von dem Gemeindedirektor ohne Wissen und unter Um- gehung der für die Vertretung der Gemeinde berufenen Per- sonen abgeschlossen und dadurch die in § 37 Abs 2 Satz 2 rDGO enthaltene öffentlichrechtliche Zuständigkeitsrege- lung verletzt worden ist. Der Vertrag mit der Beklagten ist somit seitens der Klägerin nicht durch eine Person abgeschlossen worden, die zur Vertretung der Klägerin nicht befugt war, die also für die Klägerin nur als ein Vertreter ohne Vertretungsmacht tätig geworden ist. Damit entfällt hier von vornherein die Möglichkeit, die Unwirk-

samkeit des Vertrages unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Verletzung der öffentlichrechtlichen Zuständigkeitsregelung, des Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, anzunehmen.

3.) Die entscheidende Frage für die Beurteilung des vorliegenden Falles besteht darin, ob die vertretungsberechtigten Organe einer Gemeinde aus ihrer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit namens der Gemeinde diese auch dann verpflichten können, wenn sie bei dieser Tätigkeit die in § 37 Abs 2 Satz 1 rDGO vorgeschriebene Schriftform nicht einhalten. Diese Frage ist zu bejahen. So hat der Bundesgerichtshof bereits eine Haftung der Gemeinde unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der culpa in contrahendo dann anerkannt, wenn die vertraglichen Verhandlungen von vertretungsberechtigten Organen der Gemeinde oder bevollmächtigten Vertretern geführt worden sind (BGHZ 6. 330). Das kann auch gar nicht anders sein, da die Haftung aus culpa in contrahendo ihrem Wesen nach gerade voraussetzt, daß der vorgesehene Vertrag aus diesem oder aus jenem Grund nicht zustande gekommen ist und daher im Anwendungsbereich des § 37 Abs 2 rDGO ein formgültiger Vertrag nicht abgeschlossen ist. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn der erkennende Senat eine Haftung öffentlichrechtlicher Körperschaften unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Duldungsvollmacht bejaht hat, sofern die vertretungsberechtigten Organe dieser Körperschaft einen Zustand geduldet haben, durch den der Anschein einer Vollmacht für einen Dritten erweckt wurde (BGH NJW 1955, 985). Auch in dieser Entscheidung tritt derselbe rechtliche Gedanke zutage, daß nämlich eine privatrechtliche Haftung öffentlicher Körperschaften dann eintritt, wenn sich ihre vertretungsberechtigten Organe auf dem Gebiet privatrechtlicher Beziehungen in einer Weise verhalten, die nach allgemeinen pri-

vatrechtlichen Grundsätzen eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung begründet. Dieser Rechtsgedanke führt auch im vorliegenden Fall dazu, daß sich die Klägerin hier nicht auf den Mangel der Schriftform oder auf die fehlende Unterschrift ihrer vertretungsberechtigten Organe berufen kann. Da nämlich die vertretungsberechtigten Organe dem Abschluß des Vertrages zugestimmt haben, handelt es sich bei dem Einwand der Klägerin, wie bereits hervorgehoben, nicht darum, daß der Vertrag mit der Beklagten allein von dem Gemeindedirektor, also von einer nach der rDGO für den Abschluß dieses Vertrages nicht befugten Person, abgeschlossen worden ist, sondern lediglich darum, daß hierbei nicht die Schriftform unter Beifügung der Unterschriften der vertretungsberechtigten Organe der Gemeinde gewahrt worden ist. Eine Berufung auf diesen reinen Formmangel, der also nicht gleichzeitig eine Verletzung der in § 37 Abs 2 Satz 2 rDGO vorgeschriebenen gesetzlichen Zuständigkeitsregelung enthält, ist im vorliegenden Fall nach den in der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Privatrechts entwickelten Rechtsgrundsätzen nicht möglich, da hierin ein grober Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde (RGZ 170, 205; BGHZ 12, 304; BGH Lind.-Möhr. Nr 9 zu § 313 BGB).

Es ist daher aus den angegebenen Gründen dem Berufungsgericht im Ergebnis darin zu folgen, daß sich die Klägerin nicht auf den Mangel der Schriftform unter Beifügung der Unterschriften ihrer vertretungsberechtigten Organe berufen kann, daß sich die Klägerin also so behandeln lassen muß, als ob der Vertrag formgültig abgeschlossen worden wäre.

III. In den für die Revision entscheidenden Ausführungen gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß nach den eingehenden Angaben des gerichtlichen Sachverständigen

Prof. Dr. Scheubel, gegen dessen besondere Sachkunde auf dem hier in Betracht kommenden Fachgebiet auch die Revision keine Bedenken erhebt, die von der Beklagten gelieferte Pumpe nicht die für den automatischen Betrieb in einem Wasserwerk notwendige Betriebssicherheit und Zuverlässigkeit aufweise. Hierin erblickt das Berufungsgericht einen Sachmangel im Sinne des § 459 BGB, der die Klägerin zur Wandlung des Vertrages berechtige. In einer Hilfsbegründung legt das Berufungsgericht auf Grund weiterer tatsächlicher Erwägungen sodann dar, daß die aufgetretenen Störungen auch durch die mangelhafte Konstruktion der Pumpe verursacht worden seien.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision. Ihre dahingehenden Angriffe sind jedoch nicht begründet.

1.) Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe seine Feststellungen ohne eine entsprechende sachverständige Grundlage getroffen. Denn nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Sch. sei die von der Beklagten gelieferte Pumpe für den im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch geeignet gewesen, und der Sachverständige habe bei seiner persönlichen Vernehmung sein schriftliches Gutachten nicht widerrufen. Zudem ergebe sich aus der persönlichen Vernehmung des Sachverständigen nichts für den festgestellten Mangel der Pumpe; der Sachverständige habe in diesem Zusammenhang vielmehr lediglich die Möglichkeit einer Verbesserung der Konstruktion der gelieferten Pumpe erörtert, wie das bei allen Maschinen in einem mehr oder weniger größeren Umfang in Betracht käme. Diese Ausführungen der Revision sind unrichtig. Zunächst ist es ganz offensichtlich, daß wegen der Konstruktionsmängel nicht auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen zurückgegriffen werden kann. Denn diese sind erst Gegenstand der persönlichen Vernehmung des Sachverständigen gewesen, nachdem der Sachverständige

sich die Konstruktionen der Beklagten bei der unmittelbar zuvor stattgefundenen gerichtlichen Augenscheinseinnahme betrachtet hatte. Auf diese Mängel konnte der Sachverständige in seinem Monate vorher erstatteten schriftlichen Gutachten daher überhaupt noch nicht eingehen; auch bedurfte es insoweit nicht eines ausdrücklichen Widerrufs des schriftlichen Gutachtens, wie die Revision meint. Ferner läßt sich aus dem Inhalt des mündlichen Gutachtens in keiner Weise entnehmen, daß der Sachverständige lediglich Möglichkeiten einer Verbesserung der Konstruktion der gelieferten Pumpe erörtert habe, ohne die von der Beklagten bisher benutzte Konstruktion der Beklagten als mangelhaft zu bezeichnen. Die dahingehende Annahme der Revision steht mit dem klaren Wortlaut dieses Gutachtens in Widerspruch und kann deshalb in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung finden.

Weiter meint die Revision, daß die Feststellung über die Konstruktionsmängel mit den von der Beklagten überreichten Schreiben, in denen eine Reihe von Abnehmern gleicher oder ähnlicher Pumpen sich auf Grund längerer Erfahrungen anerkennend über die Konstruktion der Beklagten geäußert hätten, in einem unvereinbaren Widerspruch stehe. Dieser Hinweis der Revision ist deshalb unbeachtlich, weil er sich lediglich gegen die abweichende tatsächliche Beurteilung des Sachverständigen wendet, ohne dessen eingehende technische Erläuterungen und Darlegungen als Begründung seiner Beurteilung anzugreifen oder überhaupt die Sachkunde dieses erfahrenen Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Wenn der Sachverständige ungeachtet der auch ihm bekannten Anerkennungsschreiben anderer Abnehmer sein Urteil über die Konstruktionsmängel der gelieferten Pumpen abgab und dieses Urteil in ausführlicher und in einer dem Tatsachenrichter einleuchtenden Form begründete, so konnte das Berufungsgericht ohne Ver-

fahrensverstoß auf dieses Gutachten seine getroffene Feststellung stützen.

Schließlich meint die Revision, der Sachverständige habe an eine mangelfreie Konstruktion zu hohe Anforderungen gestellt. Es habe insoweit den in einem anderen Zusammenhang auch von dem Sachverständigen hervorgehobenen Umstand, daß im Herbst 1948 derartige Maschinen überhaupt schwer zu erhalten waren und daß die Klägerin deshalb froh sein mußte, überhaupt Pumpen zu bekommen, bei seiner Beurteilung nicht berücksichtigt. Auch dieser Angriff der Revision ist unbegründet. Es mag in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob der von der Revision hervorgehobene Umstand bei der Beurteilung der Vertragspflichten überhaupt eine Beachtung verdient, zumal die Beklagte sich in der Tatsacheninstanz ausdrücklich dagegen verwahrt hat, daß ihre Maschinen im Herbst 1948 mit Rücksicht auf die damaligen Zeitumstände nicht allen an sie zu stellenden Anforderungen gerecht werden konnten. Denn jedenfalls kann die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse im Herbst 1948 nicht dazu führen, daß die Beklagte der Klägerin Pumpen für ihr Wasserwerk - also Maschinen, die für einen großen Zeitraum bestimmt waren und einen für die Klägerin nicht unerheblichen finanziellen Aufwand erforderten - liefern durfte, die Konstruktionsmängel in dem von dem Sachverständigen aufgezeigten Umfang aufwiesen und ihre Verwendung zu dem im Vertrag vorausgesetzten Zweck ausschlossen. Bei dieser Sachlage kann daher nicht davon gesprochen werden, daß der Sachverständige an eine mangelfreie Konstruktion zu hohe Anforderungen gestellt habe.

2.) Die weiteren Angriffe der Revision richten sich gegen die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, wonach die aufgetretenen Störungen im Wasserwerk der Klägerin auf die mangelhafte Konstruktion der Pumpen zurückzuführen

seien. Auf diese Angriffe der Revision kommt es jedoch nicht mehr an. Denn die rechtlich einwandfreie Feststellung des Berufungsgerichts, daß die gelieferten Pumpen einen Sachmangel im Sinne des § 459 BGB aufweisen, berechtigt schon allein die Klägerin, im Wege der Wandlung die Zurückerstattung des gezahlten Kaufpreises zu verlangen.

IV. In seinen weiteren Ausführungen befaßt sich das Berufungsgericht mit der Frage, ob die Beklagte gegenüber dem Wandlungsbegehren die von ihr erhobene Einrede der Verjährung (§ 477 BGB) geltend machen könne. Das Berufungsgericht verneint diese Frage. Es stellt auf Grund der Aussage des Zeugen Ru■■■■ fest, daß die Beklagte der Klägerin auf die gelieferten Maschinen eine Garantie von einem Jahr gegeben habe. Diese Zusage habe, so führt das Berufungsgericht weiter aus, zumindest die Bedeutung einer Verlängerung der Verjährungsfrist, weil anderenfalls der Käufer nicht in der Lage wäre, die später als 6 Monate nach der Ablieferung bekannt werdenden Mängel geltend zu machen (RG 128, 213).

Die Revision wendet sich nicht gegen die Feststellung über die Garantiezusage, soweit sich diese Feststellung auf die klare und nach Ansicht des Berufungsgerichts glaubwürdige Aussage des Zeugen Ru■■■■ stützt. Die Revision wendet sich in diesem Zusammenhang vielmehr nur gegen ein zusätzliches Argument, das das Berufungsgericht noch für seine Feststellung angezogen hat und das sich auf den Inhalt einer von der Industrie- und Handelskammer in Hannover beigezogenen Auskunft bezieht. Da es auf dieses zusätzliche Argument für die getroffene Feststellung des Berufungsgerichts nicht ankommt, erübrigt es sich, auf die dahingehenden Angriffe der Revision näher einzugehen. Des weiteren ist es auch nicht notwendig, die weiteren Ausführungen

rungen der Revision zu beurteilen, mit denen sie sich gegen die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts wendet, daß die Verjährungsfrist mit Rücksicht auf die entsprechend anwendbare Vorschrift des § 639 Abs 2 BGB gehemmt gewesen sei. Denn die rechtlich einwandfreie Feststellung über die Garantiezusage rechtfertigt schon die Auffassung des Berufungsgerichts, daß im vorliegenden Fall die Einrede der Verjährung nicht durchgreifen kann.

Danach ist es zutreffend, daß das Berufungsgericht das Verlangen der Klägerin auf Rückzahlung des Kaufpreises für begründet erachtet hat.

V. Im letzten Teil seiner Ausführungen befaßt sich das Berufungsgericht mit den in der Widerklage geltend gemachten Gegenansprüchen der Beklagten. Soweit das Berufungsgericht diese Ansprüche für unbegründet erachtet, stützt es seine dahingehende Meinung darauf, daß die von der Beklagten geleisteten Arbeiten (Reparaturen) Nachbesserungsarbeiten gewesen seien, für die die Beklagte ein besonderes Entgelt nicht verlangen könne. Das gelte auch für die Beschaffung eines 25 kw-Motors, da auch dieser dem Versuch gedient habe, dem Mangel der Pumpen durch Umbau abzuhefen. Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Ausführungen lassen einen in der Revisionsinstanz beachtlichen Rechtsfehler nicht erkennen und rechtfertigen die vom Berufungsgericht gezogene Schlußfolgerung, daß die Beklagte insoweit einen Anspruch gegen die Klägerin nicht geltend machen kann.

Danach erweist sich die Revision im vollen Umfang

als unbegründet, so daß sie mit der Kostenfolge aus § 97
ZPO zurückzuweisen ist.

Dr. Selowsky

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl