

68

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 23/72

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
28. Mai 1973
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Werner Q [REDACTED], H [REDACTED], C [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

Dr. med. Hans N [REDACTED], W [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1973 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 20. Oktober 1971 wird als unzulässig verworfen, soweit sie sich gegen die Kostenentscheidung wegen des erledigten Teils des Rechtsstreits richtet.

Im übrigen wird das bezeichnete Urteil auf die Revision des Klägers aufgehoben. Die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger trägt 1/8 der Kosten der Revision. Die Entscheidung über die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verkaufte dem Beklagten am 22. Oktober 1968 die Motorjacht "X[REDACTED]" für 105.000 DM. Der Kaufpreis war, abgesehen von der Anzahlung in Höhe von 10.000 DM, bis zum

- 3 -

30. April 1969 zu zahlen. Bei der vor dem Vertrags-
schluß durchgeführten Probefahrt hatte das Fahrzeug
keine Leckstellen aufgewiesen.

In dem Kaufvertrag heißt es auszugsweise:

"Die Yacht wird vom Käufer (Beklagter) im
jetzigen Zustand wie sie seilt und reilt
übernommen. Auf jede Mängelrüge wird ver-
zichtet.

Der Verkäufer übergibt am Tage der restlosen
Bezahlung die Yacht einschließlich Inventar ...
an den Käufer.

Die Versicherung der Motorjacht ist bis zum
27. 3. 1969 von dem Verkäufer gedeckt. Bei
einem Totalverlust hat der Käufer nur ein
Recht auf Auszahlung seiner Anzahlung, ohne
irgendwelche sonstigen Ansprüche.

Bis zur endgültigen Bezahlung ist der Ver-
käufer Eigentümer der Motorjacht. ...

Sämtliche Kosten, die bei der Werft D in
B entstehen, einschließlich der Decksüber-
holung, gehen zu Lasten des Käufers. Alle
Überholungsarbeiten und Umbauten, die bis zur
Bezahlung des Kaufpreises gemacht werden, sind
vom Verkäufer zu genehmigen. ..."

Bevor der Vertrag abgeschlossen wurde, hatte der Kläger
das Fahrzeug bereits zur Werft nach Bremen überführen
lassen. Dort ließ der Beklagte im anschließenden Winter
an der Jacht Arbeiten im Wert von rund 14.500 DM aus-
führen. Als er das Boot am 19. April 1969 besichtigte,
stellte er fest, daß im Vorschiff Wasser stand. Darauf



weigerte er sich, den Restkaufpreis vor Beseitigung der Leckage zu entrichten. Der Kläger stellte sich dagegen auf den Standpunkt, ein Mangel, der erst nach Vertragsschluß am Boot entstanden sei, gehe ihn nichts mehr an, da der Beklagte die Jacht "wie sie seilt und reilt" übernommen habe; dieser habe daher kein Recht, den Kaufpreis zurückzuhalten.

Da sich die Parteien nicht einigen konnten, erhob der Kläger Klage auf Zahlung von 95.000 DM. Während des Rechtsstreits verkaufte er das Boot mit Zustimmung des Beklagten an einen Dritten für 75.000 DM. Er erklärte alsdann die Hauptsache in Höhe von 66.000,41 DM für erledigt und verlangt seither Ersatz des Schadens von 28.999,59 DM, der ihm nach seiner Behauptung daraus entstanden ist, daß der Beklagte den Kaufvertrag nicht erfüllt hat.

Land- und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen und dem Kläger auch die Kosten des für erledigt erklärten Teils seines Klageantrages auferlegt. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klagantrag und den Antrag, dem Beklagten die Kosten des für erledigt erklärten Teiles des Rechtsstreits aufzuerlegen, weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Kostenent-

scheidung des Landgerichts hinsichtlich des erledigten Teiles des Rechtsstreits bestätigt hat. Insoweit beruht das angefochtene Urteil auf der Anwendung von § 91 a ZPO. Für derartige Entscheidungen sieht das Gesetz die Beschlußform und als Rechtsmittel gegen solche Beschlüsse die sofortige Beschwerde vor (§ 91 a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Nach § 567 Abs. 3 ZPO endet der Instanzenzug für Beschwerden, abgesehen von hier nicht einschlägigen Fällen, bei dem Oberlandesgericht. Hätte das Berufungsgericht in der Form des Beschlusses entschieden, so wäre daher seine Entscheidung einem Rechtsmittel nicht mehr zugänglich. Der Rechtsmittelzug kann sich aber grundsätzlich nicht dadurch erweitern, daß das Berufungsgericht hier mit Recht (BGHZ 40, 265, 268 m.w.N.) über die Kosten des Rechtsstreits insgesamt durch Urteil entschieden hat, weil sich die Hauptsache nur teilweise erledigt hatte.

Die Auffassung, daß in diesen und ähnlichen Fällen die Revision nicht zulässig ist, entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH Urteil vom 24. Februar 1967 - V ZR 110/67 = LM ZPO § 567 Nr. 9; BGHZ 58, 341); hiervon abzugehen, sieht der Senat keinen Anlaß.

II. Den Schadensersatzanspruch des Klägers hat das Berufungsgericht für unbegründet gehalten, weil der Beklagte berechtigt gewesen sei, die Zahlung des Restkaufpreises zu verweigern, solange der Kläger das Leck nicht beseitigt habe. Der Beklagte, so führt es dazu aus, habe zwar im Kaufvertrag auf Mängelrügen verzichtet.

Dieser Verzicht habe sich aber nicht auswirken können. Da die auf der Werft liegende Jacht dem Beklagten noch nicht übergeben worden sei, habe die Gefahr der zufälligen Verschlechterung des Bootes gemäß § 446 BGB noch der Kläger zu tragen gehabt. Dem Beklagten habe daher, solange das Boot noch geleckert habe, gemäß § 320 BGB die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages zugestanden.

Die Revision beanstandet mit Recht, daß diese Erwägungen nicht ausreichen, um das angefochtene Urteil zu rechtfertigen.

1. Allerdings läßt sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe dem Beklagten die Jacht im Sinne des § 446 BGB noch nicht übergeben gehabt, aus Rechtsgründen nichts einwenden. Soweit es weder den Kaufvertrag noch den sonstigen Umständen eine Einigung der Parteien über den Besitzübergang (§ 870 BGB) entnommen hat, handelt es sich um eine jedenfalls mögliche, von Rechtsfehlern nicht beeinflusste und daher für das Revisionsgericht bindende tatrichterliche Würdigung, die noch dadurch unterstützt wird, daß es im Vertrage ausdrücklich heißt, der Verkäufer übergebe die Jacht an den Käufer am Tage der restlosen Bezahlung. Die verfahrensrechtlichen Rügen, die die Revision in diesem Zusammenhang erhebt, hat der Senat geprüft. Sie greifen nicht durch. Von einer Begründung wird nach Art. 1 Nr. 4 BGHEntlG abgesehen.

2. Der Revision ist auch darin nicht zu folgen, daß das Berufungsgericht dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben

hätte absprechen müssen, weil die Beschädigung des Bootes nur gering gewesen sei und in keinem Verhältnis zur Höhe des noch geschuldeten Restkaufpreises gestanden habe. Es ist zwar richtig, daß das Berufungsgericht nur einen leichten Schaden an der Stevenrohranlage als sicher festgestellt angesehen hat, dessen Beseitigung ohne besonders großen Aufwand möglich gewesen wäre. Es hat aber weiterhin, gestützt auf die Ausführungen des Sachverständigen, sinngemäß ausgeführt, seinerzeit habe nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden können, daß der Wassereinbruch nicht auch noch andere, möglicherweise nicht so geringfügige und einen größeren Reparaturaufwand hervorrufende Ursachen habe. Bestand danach jedenfalls aus der Sicht des Beklagten eine begründete Unsicherheit über das Ausmaß und die finanziellen Auswirkungen des Schadens, kann ihm nicht vorgeworfen werden, unter Verstoß gegen Treu und Glauben das Restkaufgeld zurückgehalten zu haben. Die Beweisangebote des Klägers, daß objektiv kein weiterer Schaden als der an der Stevenrohranlage festzustellen gewesen wäre, hat das Berufungsgericht unter diesen Umständen zutreffend als in diesem Zusammenhang unerheblich behandelt.

3. Das angefochtene Urteil kann jedoch nicht bestehen bleiben, weil sich das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht damit auseinandergesetzt hat, ob die Gegenleistungsgefahr auf den Beklagten unabhängig von der Übernahme der Jacht auf Grund der im Kaufvertrag getroffenen Abreden schon mit dessen Abschluß übergegangen ist. War das der Fall, so entfiel für den Beklagten

die ihm sonst zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrages, weil er als Träger der Gegenleistungsgefahr den Kaufpreis auch dann in vollem Umfang zahlen mußte, wenn sich der Zustand der Jacht nach dem Vertragsschluß aus Gründen, die keine der Parteien zu vertreten hatte, verschlechtert hatte.

Die in § 446 BGB getroffene Regelung ist abdingbar. Die Parteien konnten daher den Gefahrübergang anders als dort vorgesehen bestimmen, ihn insbesondere zeitlich vorverlegen und mit dem Abschluß des Kaufvertrages verbinden. Insoweit kommt es auf die vom Berufungsgericht nicht erörterte Frage an, ob der Vertragsklausel: "Die Jacht wird vom Käufer im jetzigen Zustand wie sie seilt und reilt übernommen" eine selbständige, in jenem Sinne weitergehende Bedeutung gegenüber dem nachfolgenden Satz: "Auf jede Mängelrüge wird verzichtet" zukommt.

Die Abrede "wie sie seilt und reilt" wird allerdings für sich allein - wie auch die beim Kauf einer Sache gelegentlich verwendete Klausel "wie sie steht und liegt" - im allgemeinen dahin verstanden, daß der Verkäufer damit, soweit zulässig, Gewährleistungsansprüche auch wegen verborgener Mängel ausschließt (Handelsbräuche in der Rheinschiffahrt 9. Aufl. Nr. 216 - 218; BGH Urteil vom 27. Mai 1964 - V ZR 146/62, BB 1964, 906 und zum Verkauf eines Motorboots RG WarnRspr 1926 S. 53). Das kann aber hier anders sein. Das Berufungsgericht geht nicht auf den Sinn der Wörter "wird im jetzigen Zustand übernommen" ein und berücksichtigt auch nicht, wie die Revision richtig hervorhebt, daß der Kläger in der Berufungsbegründung (S. 6 - GA Bl. 342)

und im Schriftsatz vom 3. Mai 1971 (S. 6 - GA Bl. 367) unter Beweisantritt vorgetragen hat, im Kaufvertrag sei die Übernahme der Jacht "im jetzigen Zustand" vereinbart worden, um ihn von der Tragung der Gefahren zu befreien, die der Jacht durch die Winterliegezeit und insbesondere durch die während dieser Zeit vom Beklagten vorgesehenen Umbau- und Überholungsarbeiten drohten.

Auch nach der Interessenlage kann die Klausel über den Ausschluß der Gewährleistung hinaus den Sinn gehabt haben, die Gegenleistungsgefahr schon mit dem Abschluß des Vertrages auf den Beklagten übergehen zu lassen, weil ausschließlich er und nicht mehr der Kläger in der bevorstehenden Winterzeit Arbeiten an der Jacht vornehmen lassen wollte, die allein oder zusammen mit der Einlagerung des Schiffes außerhalb des Wassers bis zu der rund 1/2 Jahr nach dem Vertragsschluß vorgesehenen Übergabe zu Mängeln führen konnten. Da der Beklagte die Arbeiten wegen des künftigen Erwerbs der Jacht und damit in seinem Interesse ausführen ließ, kann dies ein Anlaß gewesen sein, den Beklagten hinsichtlich der Gefahrtragung für Mängel schon mit dem Vertragsschluß so zu stellen, als ob ihm die Jacht zu dieser Zeit übergeben worden wäre. Von den üblichen Fällen unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt jedenfalls wesentlich dadurch, daß das verkaufte Boot weder sofort dem Käufer übergeben noch bis zur späteren Übergabe vom Verkäufer weiter genutzt werden, sondern längere Zeit auf der Werft liegen bleiben und dort bis zur Übergabe für Werftarbeiten im Auftrag des Beklagten zur Verfügung stehen sollte. Das Berufungsgericht hätte daher an der Frage nicht vorbei-

gehen dürfen, ob der Gefahrübergang hier anders als in § 446 Abs. 1 BGB dahin geregelt worden war, daß der Käufer die Gefahr für nach Vertragsschluß auf der Werft entstandene Schäden an der Jacht zu tragen hatte.

Das angefochtene Urteil muß nach alledem aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dort die Klausel unter Heranziehung aller dafür bedeutsamen Umstände ausgelegt werden kann.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Tidow