

Verkündet

am 16. Mai 1955

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

des Kaufmanns David T [REDACTED] in F [REDACTED]/M [REDACTED],
W [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1.) die Firma B [REDACTED]-Vertrieb D [REDACTED] & L [REDACTED] in
F [REDACTED]/M [REDACTED], Ma [REDACTED] La [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte.

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

2.) die Mu [REDACTED]-Vertriebs GmbH in F [REDACTED]/M [REDACTED],
Ma [REDACTED] La [REDACTED] str. [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer K [REDACTED],

Streitgehilfin der Beklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
II. Instanz in [REDACTED]/[REDACTED], [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1955 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Artl und Dr. Winkelmann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 5. Januar 1954 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kaufte von der Beklagten durch schriftlichen Vertrag vom 20. Februar 1951 sechs Waschmaschinen der Type B [REDACTED] A [REDACTED] H [REDACTED] Wa [REDACTED], die unstreitig seit 1950 auf Grund einer Lizenz in England (Birmingham) fabriziert werden. Nach dem Kaufvertrag war der Kaufpreis vor der Lieferung der Maschinen teilweise in bar zu zahlen, während für den Restbetrag von dem Kläger Wechselverpflichtungen zu übernehmen waren. Die Maschinen wurden bei dem Kläger, der hiermit eine Wäscherei betreiben wollte, am 15. April 1951 aufgestellt. Der Kläger behauptet, sie hätten Mängel, die schon bei der Lieferung der Maschinen vorhanden gewesen seien. Das habe sich beim Probewaschen in der Nacht vom 16./17 April 1951 gezeigt. Am Tage der Eröffnung der Wäscherei, dem 17. April 1951, seien die ersten Maschinen nach zweistündigem Betrieb vollständig ausgefallen. Dem Betriebsingenieur der Beklagten und anderen Monteuren, die sich um die Behebung der Mängel bemüht hätten, sei dies nicht gelungen, so daß sich der Kläger zur Wandelung des Kaufvertrages entschlossen habe, die die Beklagte jedoch mit Schreiben vom 2. Mai 1951 abgelehnt habe. Mit den Maschinen, die schon ihrer Bezeichnung nach in erster Linie für Haushalte bestimmt seien, sei ein gewerblicher Wäschereibetrieb nicht durchzuführen. Die Kabel und Kontakte seien der Beanspruchung in einer Großwäscherei nicht gewachsen. Es habe sich insbesondere gezeigt, daß die Wasserzuführung ungenügend und unregelmäßig gewesen sei, so daß eine ordnungsgemäße Wäsche trotz mehrfacher Versuche im Verlaufe der ersten Woche nicht habe zustande gebracht werden können.

Der Kläger fordert mit der im Mai 1951 erhobenen Klage Rückzahlung der geleisteten Zahlungen in Höhe von 3.254 DM und Herausgabe der zur Deckung des restlichen Kaufpreises

-3-

gegebenen Wechsel oder Befreiung von den genannten Akzeptverbindlichkeiten.

Die Beklagte bestreitet, daß die Waschmaschinen bei der Übergabe mangelhaft gewesen seien.

Sie hat vorgetragen, die aufgetretenen Mängel seien auf unsachgemäße Montage und vorschriftswidrige Behandlung im Betriebe des Klägers zurückzuführen. Die Montage habe nicht zu den von ihr mit dem Kaufvertrag übernommenen Pflichten gehört. Ihr Betriebsingenieur Li [REDACTED], der nach Behauptung des Klägers die Aufstellung der Maschinen beaufsichtigt habe und am Tage der Eröffnung der Wäscherei zunächst zugegen gewesen sei, habe die Montage im Auftrage des Klägers vorgenommen und sei hierfür von ihm bezahlt worden. Die bei vier Maschinen aufgetretenen Mängel seien durch den Betriebsingenieur auf Grund der im Kaufvertrag von ihr als Verkäuferin übernommenen Garantie durch Lieferung von Ersatzteilen beseitigt worden. Bevor auch die restlichen beiden Maschinen in Ordnung gebracht werden konnten, habe der Kläger dem Ingenieur das Betreten seiner Räumlichkeiten verboten, dann allerdings am 28. Mai 1951 den Zutritt gewährt. Der Kläger hätte allenfalls Ansprüche auf Grund der Garantie stellen können. Jedenfalls seien die Maschinen bei der Übergabe nicht mangelhaft gewesen.

Das Landgericht hat auf Grund eines Gutachtens, das der Sachverständige Ingenieur Mö [REDACTED] in Bad Ho [REDACTED] auf Ersuchen des Gerichts erstattet hatte, als erwiesen angesehen, daß die Maschinen den nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitszweck nicht erfüllen und nur durch den Einbau einer neuen elektrischen Ausrüstung wieder arbeitsfähig gemacht werden könnten. Es hat auf Grund dieser Begutachtung und auf Grund der Tatsache, daß durch die Nachbesserung der vier Maschinen durch die Beklagte die von dem Sachverständigen festgestell-



ten Mängel nicht behoben worden seien, auch als erwiesen erachtet, daß die Maschinen bereits bei ihrer Übergabe und Aufstellung mangelhaft gewesen seien, und die Wandelung des Kaufvertrages für begründet angesehen. Demgemäß wurde die Beklagte zur Zahlung von 3.254 DM und ferner verurteilt, die näher bezeichneten Wechsel an den Kläger herauszugeben oder ihn von diesen Akzeptverbindlichkeiten zu befreien.

Die Beklagte und ihre Streitgehilfin, die dem Rechtsstreit nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils beigetreten ist, haben Berufung eingelegt und die Abweisung der Klage beantragt. Sie haben nicht bestritten, daß die Maschinen mangelhaft seien, jedoch in Abrede gestellt, daß die vorhandenen Mängel den Maschinen bereits bei der Lieferung angehaftet hätten.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Zurückweisung der Berufungen gegen das landgerichtliche Urteil. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. Ihre Streitgehilfin hat sich an dem Revisionsverfahren nicht beteiligt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision rügt in erster Reihe, das Berufungsgericht habe einen willkürlich hohen Kostenvorschuß für die Einholung eines Obergutachtens verlangt und hierdurch verhindert, daß ein solches Gutachten erstattet wurde. Sie greift mit weiteren Ausführungen die Beweiswürdigung des Berufungsurteils an und rügt schließlich, daß die Vernehmung weiterer Zeugen unterblieben sei.

Mit der Rüge, daß das Berufungsgericht die Nachforderung eines weiteren Auslagenvorschusses von 2.000 DM willkürlich hoch bemessen habe, kann die Revision nicht durch-

dringen. Ausweislich des Protokolls vom 8. Dezember 1953 hat der Anwalt des Klägers in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nur verlangt, daß die im zweiten Rechtszug vernommenen Zeugen vereidigt würden, und auf Befragen des Gerichts erklärt, weitere Beweisanträge würden von ihm nicht gestellt. Hieraus ist zu schließen, daß der Kläger seinen Antrag, ein Obergutachten einzuholen, fallengelassen hat, jedenfalls hätte er einen in der Forderung ein unangemessen hohen Kostenvorschusses etwa zu erblickenden Verfahrensfehler rügen müssen (§ 295 ZPO).

Das Berufungsgericht wäre zwar grundsätzlich auch in einem Falle, in dem einem Beweisantrag einer Partei wegen Nichtzahlung eines Kostenvorschusses nicht entsprochen wurde befugt gewesen, die Einholung eines Obergutachtens von Amts wegen anzuordnen (§ 144 ZPO; vgl. RGZ 109, 66 [68]). Das Berufungsgericht hat diese ihm zustehende Befugnis jedoch nicht übersehen, vielmehr ausdrücklich gesagt, daß es eine nochmalige Begutachtung von Amts wegen abgelehnt habe. Die Ausübung der Erwägung aus § 144 ZPO unterliegt grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht (RG LZ 33, 1031 Nr 10). Bei dem vorliegenden Sachverhalt kann auch nicht gesagt werden, daß das Berufungsgericht von seinem Ermessen offensichtlich einen unrichtigen Gebrauch gemacht habe. Denn der Kläger selbst hat den Antrag, ein Obergutachten einzuholen, nicht weiter verfolgt und ohne nähere Begründung davon Abstand genommen, den nachgeforderten Kostenvorschuß zu zahlen.

Das Berufungsurteil unterliegt jedoch in anderer Hinsicht durchgreifenden Bedenken, die zu seiner Aufhebung nötigen.

Das Berufungsgericht sieht nicht als erwiesen an, daß die Maschinen schon im Zeitpunkt der Lieferung mangelhaft im Sinne des § 459 BGB gewesen seien. Für diese Frage ist mit

dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Käufer, der Gewährleistungsansprüche erhebt, grundsätzlich die Beweislast auch dafür hat, daß die gekaufte Sache mangelhaft sei. Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist zwar von der Revisionsinstanz im allgemeinen nicht nachprüfbar, mit der Revision können jedoch Rechtsmängel der Beweiswürdigung gerügt werden. Hier beruft sich der Kläger auf die von ihm vorgetragenen Beweisanzeichen dafür, daß die Maschinen bereits bei der Übergabe mangelhaft waren. Bei einem solchen Anzeichenbeweis unterliegt der Prüfung des Revisionsgerichts, ob das Berufungsgericht die vorgetragenen besonderen Umstände, aus denen der Kläger die Mangelhaftigkeit der Maschinen im Zeitpunkt der Übergabe herleiten will, vollständig und verfahrensrechtlich einwandfrei ermittelt und alle Beweisanzeichen rechtsirrtumsfrei gewürdigt und erschöpfend berücksichtigt hat. In dieser Hinsicht genügt das Berufungsurteil nicht allen Anforderungen, wie die Revision mit Recht geltend macht.

Nach der Behauptung des Klägers haben sich schon beim Probewaschen in der Nacht vom 16./17. April 1951 die ersten Mängel eingestellt. Die Beklagte hat zugegeben, daß der Ingenieur Li [REDACTED] bei vier Waschmaschinen Nachbesserungen vorgenommen hat. Dies kann mit der Bekundung der Zeugin Me [REDACTED] übereinstimmen, Li [REDACTED] habe schon am ersten Tage versucht, die Maschinen in Ordnung zu bringen, es sei aber trotzdem keine wirksame Abhilfe geschaffen worden. Es seien verschiedene Monteure dagewesen, die an den Maschinen gearbeitet hätten, wie z.B. der Monteur E [REDACTED] und der Zeuge Me [REDACTED]. Wenn bei den Maschinen schon am ersten Tage ihrer Inbetriebnahme Betriebsstörungen aufgetreten sind, so würde der erste Anschein dafür sprechen, daß die Maschinen nicht einwandfrei waren und Fehler hatten, die ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem für einen gewerblichen Waschbe-

trieb vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigten, es sei denn, daß die Beklagte eine ernsthafte Möglichkeit dartun würde, daß die Betriebsstörungen ihre Ursache in anderen Umständen hatten, nämlich, wie die Beklagte behauptet hat, in falscher Montage oder fehlerhafter Bedienung. Da die Maschinen unter Aufsicht des Betriebsingenieurs der Beklagten aufgestellt wurden, spricht schon von vornherein keine Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Betriebsstörungen in der Montage zu suchen sind. Diese Möglichkeit ist also nicht ohne weiteres naheliegend, abgesehen davon, daß der Kläger behauptet hat, die Montage sei von der Beklagten durchgeführt und beaufsichtigt worden. Die Beklagte hat nun auch Einzelheiten dafür vorgetragen, aus denen sich ergeben soll, daß die Montage nicht einwandfrei gewesen sei und daß seitens des Klägers und seiner Angestellten bei der Bedienung der Maschinen nicht vorschriftsmäßig verfahren worden sei. Das Berufungsgericht hätte diesen Einzelheiten nachgehen müssen, um zu prüfen, ob solche konkrete von der Beklagten nachzuweisenden Tatsachen vorliegen, die eine naheliegende Möglichkeit für das Versagen der Maschine ergeben und die in den Verantwortungsbereich des Klägers fallen. Es wäre ferner zu klären gewesen, worin im einzelnen die Maßnahmen bestanden haben, die zur Beseitigung von Störungen getroffen worden sind und welche Nachbesserungen die Beklagte bei vier Maschinen vorgenommen hat. Erst dann kann beurteilt werden, welche Bedeutung diesen Nachbesserungen zukommt. Zeigten die Maschinen schon am ersten Tage oder wenige Stunden nach ihrer Inbetriebnahme Störungen in der Wasserzuführung beim Waschvorgang, wie sie die Zeugin Me... bekundet hat, und traten diese Störungen trotz der inzwischen vorgenommenen Nachbesserungen weiterhin auf, so würde dies dafür sprechen, daß die Nachbesserungen der Beklagten die Fehler der Maschinen nicht beseitigt haben und daß ihnen Mängel anhaften, die bereits bei Übergabe der Maschinen vorhanden waren.

Der Kläger hat für die Vorgänge bei der Inbetriebnahme und den Ausfall der Maschinen weitere Zeugen benannt, die nicht vernommen worden sind. Wenn dem Berufungsgericht die Aussage der Zeugin Me [REDACTED] nicht genügte, um zu der Folgerung zu kommen, daß die Maschinen schon am Tage der Inbetriebnahme nicht ordnungsgemäß funktionierten, so hätte es die weiteren hierfür von dem Kläger benannten Zeugen vernehmen müssen, deren Nichtvernehmung die Revision rügt, insbesondere den Leiter der Wäscherei Schmidt und den Zeugen Walter Blase, die bereits in der Klageschrift benannt sind. Der Kläger hat dadurch, daß er in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht die Vereidigung der vernommenen Zeugen beantragte und dabei erklärte, weitere Beweisanträge würden nicht gestellt, nicht zweifelsfrei auch auf die Vernehmung der bereits benannten Zeugen verzichtet. Es bleibt ihm jedenfalls unbenommen, in dem weiteren Verfahren bereits gestellte Beweisanträge zu wiederholen und auch weiteren Beweis anzutreten.

Die Parteien haben in dem Kaufvertrag über die Beseitigung von Mängeln besondere Abreden getroffen. Danach hat die Beklagte für die Maschinen eine Garantie von drei Monaten des Inhalts übernommen, daß alle Ersatzteile nachgeliefert werden, es sei denn, dieselben müßten durch eigenes Verschulden seitens des Käufers in der Garantiezeit repariert oder ersetzt werden. Wenn, wie anzunehmen ist, diese Garantie nicht nur eine Nachbesserungspflicht der Beklagten, sondern für sie auch ein Nachbesserungsrecht begründete, so war diesem Rechte der Beklagten doch eine Grenze gezogen durch den Zweck, den der Kläger mit der Anschaffung verfolgte, und das Recht zu wandeln nicht ausgeschlossen. Der Kläger brauchte sich nicht auf weitere Abhilfeversuche einzulassen, wenn die Beauftragten der Beklagten mehrfach versucht hatten, die versagenden Maschinen in Ordnung zu bringen (vgl. RGZ 87, 335).

Deshalb wäre der Kläger zur Wandelung des Kaufvertrages hinsichtlich der vier Maschinen ohne weiteres berechtigt, wenn die von der Beklagten vorgenommenen Nachbesserungen die anfänglich aufgetretenen Störungen nicht endgültig beseitigt haben. Hinsichtlich der anderen beiden Maschinen hat die Beklagte in der Klagebeantwortung vom 30. Mai 1941 angekündigt, sie werde die Betriebsstörungen innerhalb kurzer Frist beheben lassen. Daß dies geschehen sei, hat die Beklagte nicht behauptet. Sie würde sich auf ein Recht zur Nachbesserung dieser beiden Maschinen dann nicht berufen können, wenn der Kläger wegen Mängel der anderen vier Maschinen zur Wandelung berechtigt ist und die Wandelung gemäß § 469 Satz 2 BGB auf alle Maschinen erstrecken kann. Hierfür wäre zu prüfen, ob die Maschinen als zusammengehörend verkauft sind, wofür der behauptete Vertragszweck spricht, und ob ihre Benutzung für den Wäschereibetrieb nur dann einen Zweck hatte, wenn sämtliche Maschinen oder doch wenigstens eine größere Zahl von ihnen funktionsfähig waren.

Für die Entscheidung über die Klage kommt es somit zunächst darauf an, ob die unstreitig nachgebesserten vier Maschinen schon zu Beginn ihrer Inbetriebnahme nicht ordnungsgemäß funktionierten, ob sie durch die Nachbesserungen wieder voll funktionsfähig wurden und welche Störungen nach Vornahme der Nachbesserungen wieder aufgetreten sind. Das Berufungsurteil mußte aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht diesen Fragen nicht nachgegangen ist und es allein darauf abgestellt hat, daß die im Zeitpunkt der Lieferung bestehenden Mängel nicht durch Sachverständigenbeweis einwandfrei festgestellt seien.

Es erschien angebracht, die Sache zur weiteren tatsächlichen Aufklärung und anderweitigen Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zu verweisen.

In der erneuten Verhandlung wird auch zu prüfen sein, welche Folgerungen aus den Gutachten Mö [REDACTED] und V [REDACTED] in Verbindung mit der Aussage der Zeugin Me [REDACTED] und den Aussagen etwa noch zu vernehmender Zeugen über das Arbeiten der Maschinen im Betriebe des Klägers gezogen werden können. Soweit die Gutachten in dem einen oder anderen Punkte zu Zweifeln Anlaß geben sollten, wird erforderlichenfalls der Versuch zu machen sein, solche Zweifel durch Befragen der Sachverständigen zu beseitigen. Es bedarf keines weiteren Eingehens auf die Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht die beiden Gutachten zu Unrecht gänzlich ausgeschaltet habe.

Das Berufungsgericht hat die Glaubwürdigkeit des Zeugen Me [REDACTED] durch die im Berufungsurteil näher dargelegten Umstände als erschüttert angesehen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es wird aber zu beachten sein, daß sich hieraus nicht die Notwendigkeit ergibt, alle Einzelheiten seiner Aussage unberücksichtigt zu lassen. Es werden daher solche Einzelheiten Beachtung verdienen, die von der Beklagten nicht bestritten sind oder deren Richtigkeit überprüft werden kann. Das gilt insbesondere für die Bekundung des Zeugen, er habe die B [REDACTED] Werke bei seinem Besuch in England im August 1951 auf Konstruktions- und Materialfehler bereits gelieferter Apparate hingewiesen und diese Hinweise hätten zu Abhilfemaßnahmen der Herstellerfirma bei der weiteren Produktion geführt.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und war da-

her dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Selowsky

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl

Dr. Winkelmann