

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 121/66

Verkündet am

24. April 1968

Klett

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Hubert Z [REDACTED], Eisenbau,
in K [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers
und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Carl C [REDACTED] Kommanditgesellschaft,
Spezialfabrik für Autogen- und Elektroschweißanlagen,
gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter Ingenieur Carl C [REDACTED] in
H [REDACTED] (Dillkreis),

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Messner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 29. März 1966 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1961 stellte der Beklagte Heizöltanks, darunter auch Haushaltstanks her mit einer Blechstärke von damals 1,5 mm. Mit Schreiben vom 22. Januar 1962 fragte er unter Beifügung eines Prospektes, aus dem zu ersehen war, welche Haushaltsbehälter er fertigte, bei der Klägerin nach automatischen Schweißanlagen an. Daraufhin suchte der Handelsvertreter von der B. im Auftrag der Klägerin den Beklagten auf, den er jedoch bei seinem ersten Besuch nicht antraf. Er verhandelte bei dieser Gelegenheit nur mit dem Betriebsmeister A. und dem Verkaufsleiter S. Beim zweiten Besuch vom 14. Februar 1962 sprach er das Projekt mit dem Beklagten persönlich durch. Anschließend machte von der B. dem Beklagten ein Angebot, das sich unter anderem auf die beiden Schweißautomaten der

Typen GLC 180 und GLC 300 erstreckte. Bei einem dritten Besuch am 6. März 1962 gab der Beklagte eine schriftliche Bestellung auf, die der Handelsvertreter von der B. diktiert hatte. Der Beklagte bestellte "laut Angebot vom 21. Februar 1962" einen Cloos - CO₂-ARC-Schweißautomat Type GLC 300 zum Preis von 7 990,00 DM, einen Längsnahtschweißautomaten CAL 10 zum Preise von 6 475,00 DM, eine Schweißdrehvorrichtung Type CD 100 SR zum Preise von 5 445,00 DM, eine Schweißpistole sowie Schweißdraht (Bl. 53 GA). Die Klägerin bestätigte die Bestellung durch Auftragsbestätigungen vom 14. März 1962. Weder in der Bestellung noch in den Auftragsbestätigungen sind Angaben über die Blechstärke enthalten, für die die Anlage bestirnt sein sollte.

Einige Zeit später übersandte der Beklagte der Klägerin zwei Probebehälter mit einer Blechstärke von 1,25 mm in den Betrieb. Schweißversuche wurden indes an diesen Behältern entgegen einer Absprache mit von der Bank nicht vorgenommen. Die Klägerin lieferte die Anlage am 6. Juli 1962. Am 11. Juli 1962 nahm von der B. Schweißversuche im Betrieb des Beklagten an Behältern der gleichen Blechstärke von 1,25 mm vor, die mißlangen.

Bereits vor Lieferung der Anlage hatte der Beklagte eine Anzahlung 9 000 DM geleistet. Weitere Zahlungen verweigerte er mit der Behauptung, es sei vereinbart worden, daß die Schweißanlage geeignet sei, Bleche von einer Stärke von 1,25 mm zu schweißen. Diese Fiktion sei jedoch nicht gegeben. Aufgrund einer Zusicherung des Handelsvertreters von der B. habe er seinen Betrieb auf Haushaltstanks der vereinbarten Blechstärke umgestellt.



Die Klägerin verlangte mit der Klage Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des restlichen Kaufpreises von 14 277 DM nebst Zinsen. Der Beklagte begehrte im Wege der Widerklage Rückzahlung der geleisteten 9 000 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage Zug um Zug gegen Herausgabe der Schweißanlage und unter Kürzung des Zinsanspruches statt. Die Klägerin legte Berufung und der Beklagte (wegen der Teilabweisung hinsichtlich des Zinsanspruches) Anschlußberufung ein.

Das Oberlandesgericht gab der Klage unter Abweisung eines Teiles des Zinsanspruches statt und wies die Widerklage ab. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Berufungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Einwendungen des Beklagten gegenüber der Kaufpreisklage nicht durchgreifen lassen.

Ein Recht auf Wandlung billigt es dem Beklagten nicht zu, weil die Voraussetzungen hierfür weder nach § 459 Abs. 1 noch nach § 459 Abs. 2 BGB gegeben seien. Es sei weder nachgewiesen, daß der Beklagte einen Schweißapparat bestellt habe, der geeignet sei, Fleche von einer Stärke von 1,25 mm zu schweißen, noch sei bewiesen, daß der Vertreter der Klägerin, der Zeuge

von der B., eine entsprechende Eigenschaft der Anlage zugesichert habe. Da von der B. keine falschen Angaben gemacht habe, scheitere auch die vom Beklagten erklärte Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung. Ferner sei nicht bewiesen, daß von der B. für die Klägerin eine besondere Beratungsverpflichtung übernommen und hiergegen verstoßen habe. Das Berufungsgericht verneint daher auch einen vom Beklagten einrede-weise geltend gemachten Schadenersatzanspruch, den dieser auf Verschulden beim Vertragsschluß und auf positive Vertragsverletzung stützen will.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts lassen, auch soweit sie sich auf Schadenersatzansprüche des Beklagten beziehen, keinen Rechtsirrtum erkennen.

Der Senat hat zwar entschieden, daß dem Käufer bei einem schuldhaften Verstoß des Verkäufers gegen eine anlässlich eines Kaufvertrages besonders übernommene Beratungsverpflichtung ein Schadenersatzanspruch erwachsen kann, der dahin geht, daß der Verkäufer die Lösung des Käufers vom Vertrage hinnehmen muß (Senatsurteil vom 31. Januar 1962 - VIII ZR 120/60 - = NJW 1962, 1197). Die Voraussetzungen für eine solche Schadenersatzpflicht sind jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben. In sachlich-rechtlicher Hinsicht hat die Revision gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts denn auch keine Bedenken erhoben.

II. Die Revision rügt Verletzung der §§ 398, 286 ZPO.

1. Das Landgericht war bei seiner Beweiswürdigung den Bekundungen der beim Beklagten angestellten Zeugen

A [REDACTED] und S [REDACTED] gefolgt, die ausgesagt hatten, von der B [REDACTED] habe die einwandfreie Schweißung von 1,25 mm-Blechen zugesichert. Das Berufungsgericht hat hingegen die Zuverlässigkeit dieser Zeugen im Hinblick auf die widersprechende Aussage des für die Klägerin tätigen Landesvertreters von der B [REDACTED] und die übrigen Umstände des Falles angezweifelt und deshalb den Nachweis nicht für geführt erachtet.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte nicht von der Beweismwürdigung des Landgerichts abgehen dürfen, ohne die Zeugen gemäß § 398 ZPO erneut zu vernehmen, ist nicht begründet.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geht zwar dahin, daß das Berufungsgericht in der Regel verpflichtet sein soll, einen Zeugen nochmals selbst zu vernehmen, um sich einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, wenn es von der Würdigung der Glaubwürdigkeit des Zeugen durch das Gericht erster Instanz abweichen will (s. instesordere Urt. v. 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 - = NJW 1964, 2414). Dieser Grundsatz gilt aber nur dann, wenn alles auf die Beurteilung dieser Glaubwürdigkeit abgestellt ist. Abgesehen davon, daß auch in einem solchen Falle die nochmalige Vernehmung immer noch im Ermessen des Berufungsgerichts steht und ein Verstoß gegen § 398 ZPO einen Ermessersmißbrauch voraussetzt, liegen hier die Dinge wesentlich anders als in dem vom VII. Zivilsenat (EGH aaO) entschiedenen Fall. Das Berufungsgericht hat eine ganze Reihe von Umständen gewürdigt, die es dazu geführt haben, solche Zweifel in die Zuverlässigkeit der Zeugen A [REDACTED] und S [REDACTED] zu setzen, daß sie ihm angesichts einer entgegenstehenden Aussage des Zeugen von der B [REDACTED] zum Nachweis nicht mehr ausreichten. Diese Erwägungen

waren ersichtlich für die Würdigung des Berufungsgerichts zumindest mitentscheidend. Sie lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es ist insbesondere rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht folgende Gesichtspunkte berücksichtigt und hierzu ausführt.

Der Beklagte habe in dem auf das Inserat der Klägerin an diese gerichteten Schreiben Interesse an einer Anlage bekundet, die 1,5 mm starke Bleche schweißen sollte. Von der B. habe seine Aufmerksamkeit daher gar nicht auf das Schweißen von Blechen der Stärke 1,25 mm zu richten brauchen. Aus den Reiseberichten des Zeugen von der B. gehe hervor, daß der Zeuge davon ausgegangen sei, zu schweißen seien 1,5 mm starke Bleche; es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, daß der Vertreter in diesen Berichten subjektiv falsche Angaben gemacht habe. Besonders unwahrscheinlich sei, daß der Beklagte den Entschluß gefaßt haben sollte, seine gesamte Produktion an Haushaltstanks auf 1,25 mm Bleche umzustellen, ohne die Klägerin vorher schriftlich darauf festgelegt zu haben, daß die bestellte Anlage Bleche von 1,25 mm schweiße. Von der F. habe im übrigen auch einen Apparat für Blechstärken von weniger als 1 mm angeboten, auf den die angeblichen Zusicherungen somit zuträfen. Überdies habe der Beklagte nach dem Prospekt GLC 300 bestellt, aus dem sich eindeutig ergebe, daß die bestellte Type nur für Materialstärken ab 1,5 mm geeignet waren.

Wenn das Berufungsgericht im Hinblick auf diese Erwägungen von einer nochmaligen Vernehmung der Zeugen A., S. und von der B. abgesehen hat, so kann von einem Ermessensmißbrauch keine Rede sein (vgl. hierzu Senatsurteile vom 25. Januar 1967-

VIII ZR 186/64 und vom 5. Juli 1967 - VIII ZR 169/65 - = NJW 1967, 2008 = WM 1967, 900 sowie Urteil des VI. Zivilsenats vom 20. Dezember 1966 - VI ZR 80/65 - = VersR 67, 288). Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Stellungnahme zu der Frage, ob eine Verpflichtung des Berufungsgerichts zu einer nochmaligen Vernehmung der Zeugen nicht schon deshalb zu verneinen ist, weil diese alle vom ersuchten Richter vernommen worden sind.

2. Dem Berufungsgericht fällt auch keine Verletzung des § 286 ZPO zur Last.

a) In Schriftsatz vom 14. Januar 1965 hatte der Beklagte vorgetragen, von der B. habe ab 11. Juli 1962 3 Tage lang vergeblich an 30 Tanks gearbeitet, ohne das ihm zur Verfügung gestellte Material (Blech von der Stärke 1,25 mm) als zu dünn zu beanstanden. Die Revision will aus einem solchen Verhalten ersichtlich den Schluß gezogen haben, von der B. sei selbst davon überzeugt gewesen, die Anlage habe zum Schweißen von Blechen in dieser Stärke dienen sollen. Ob aber das Berufungsgericht eine solche Erwägung anstellen wollte, lag in seinem tatrichterlichen Ermessen, dessen Ausübung keinen Mißbrauch erkennen läßt. Deshalb trifft es keinen Vorwurf, wenn es dem Beweisantrag nicht nachgegangen ist.

b) Auch das weitere in demselben Schriftsatz enthaltene Beweisangebot des Beklagten (Zeugen A. und S.), von der B. habe erklärt, man brauche wegen der Blechstärke keine Bedenken zu haben, denn anderwärts sei eine Maschine eingesetzt, die sogar Bleche von 0,8 mm Stärke einwandfrei schweiße, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß unberücksichtigt lassen. Die Behauptung war bereits Gegenstand der

Beweisaufnahme erster Instanz, als die Zeugen A [REDACTED] und S [REDACTED] darüber vernommen wurden, von der T [REDACTED] habe bestimmte Zusicherungen hinsichtlich der Materialstärke von 1,25 mm gemacht.

c) Dasselbe gilt für den nach Ansicht der Revision vom Berufungsgericht verfahrenswidrig übergangenen Vortrag des Beklagten, "von der B [REDACTED] habe erklärt, der Beklagte brauche nicht die mindesten Bedenken zu haben, er solle vorbereitete Tanks von 1,25 mm Stärke zur Klägerin schicken, und nach ihnen und aufgrund einer Probeschweißung mit ihnen werde die Maschine hergestellt, so daß keinerlei Risiko bestehe." Im Kerne war auch dieses Beweisthema bereits Gegenstand der im ersten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme, bei der beide Parteien anwaltlich vertreten waren und daher ausreichend Gelegenheit hatten, über alle ihnen wichtig erscheinende Einzelheiten Fragen an die Zeugen zu richten. Wenn das Berufungsgericht im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt und die im übrigen umfangreiche Beweisaufnahme das Beweisthema als erschöpft angesehen und von der Erhebung weiterer Beweise durch Vernehmung der bereits vernommenen Zeugen abgesehen hat, so handelte es ohne Rechtsverstoß im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens. Im übrigen haben auch hier die unter II 1 angestellten Erwägungen zu gelten, weil die vom Berufungsgericht begehrte prozessuale Maßnahme im Ergebnis auf eine nochmalige Vernehmung von in der Vorinstanz vernommenen Zeugen hinauslief.

d) Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe das Verhalten der Klägerin, die trotz entsprechender Ab-

rede eine Probeschweißung an dem ihr übersandten Material unterlassen habe, falsch gewürdigt.

Das Berufungsgericht führt hierzu aus, der Beklagte habe sich nach Übersendung der beiden Probebehälter nicht mehr über den Ausgang etwaiger Schweißversuche an diesen beiden Behältern gekümmert. Deshalb könne der Klägerin die Unterlassung der verabredeten Schweißversuche nicht als schweres Verschulden angerechnet werden.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe es unter Prozeßverstoß unterlassen, in diesem Zusammenhang die Ausführungen in dem Gutachten vom 10. Juni 1965 des Sachverständigen Professor Holler zu würdigen. Sie nimmt auf Seite 7 des Gutachtens Bezug, wo es heißt:

"Völlig unverständlich ist, daß, wie allgemein auf dem Schweißgebiet üblich, bei der Klägerin die zur Verfügung gestellten Probekessel von 1,25 mm Stahlblechdicke nicht geschweißt wurden; denn es ist allgemeiner Brauch, daß solche Fertigungsanlagen im Herstellerwerk zusammengebaut werden und ausgiebig im Hinblick auf ihre Zuverlässigkeit Probe laufen, um alsdann in Herstellerwerk vom Besteller vorabgenommen zu werden, während die endgültige Abnahme nach der Aufstellung durch den Hersteller an der Produktionsstätte erfolgt."

In welcher Weise diese Ausführungen dem Berufungsgericht Anlaß zu einer anderen Würdigung hätten geben sollen, läßt die Revision offen. Es stand den Beklagten frei, die Abnahme des Apparates, die unbestritten am 11. Juli 1962 in den Betriebsräumen des Beklagten stattfand, auf einen früheren Zeitpunkt und in die Räume der Klägerin verlegen zu lassen. Daß dies nicht geschah, und daß die Probeschweißungen erst später am 11. Juli 1962 vor sich gingen,

kann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, der Klägerin daher nicht als eine positive Vertragsverletzung zugerechnet werden. Darüber hinaus ist auch nicht dargetan, daß der Beklagte durch eine angebliche Nachlässigkeit der Klägerin (Unterlassung der Schweißversuche) in seinem Entschluß, seinen Betrieb auf Bleche von 1,25 mm Dicke umzustellen, bestärkt worden wäre.

Ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts ist daher auch unter Berücksichtigung dieser Rüge nicht zu erkennen.

III. Auch die weiteren prozeßrechtlichen (§ 529 Abs. 2 ZPO) und sachlich-rechtlichen (§ 377 HGB) Rügen der Revision sind unbegründet.

1. In dem mehrfach genannten Schriftsatz des Beklagten vom 14. Januar 1965 hatte dieser erstmals vorgebracht, der Schweißautomat sei auch ungeeignet, Bleche von einer Stärke von 1,5 mm zu schweißen (Beweis Sachverständigengutachten), eine Stärke, die auf alle Fälle Gegenstand der Bestellung gewesen sei. Das Berufungsgericht hält dieses Vorbringen für verspätet (§ 529 ZPO), weil es nicht nur erst in der Berufungsinstanz, sondern auch erst in einem Zeitpunkt vorgebracht worden sei, als schon eine mündliche Verhandlung stattgefunden habe.

Die Revision rügt Verletzung des § 529 ZPO. Ob diese Rüge begründet ist, kann dahinstehen. Denn für die Berücksichtigung des Vorbringens bestand kein sachlich-rechtlicher Grund. Mit Recht sieht das Berufungsgericht die in dem neuen Vorbringen liegende Mängelrüge als verspätet im Sinne des § 377 HGB an. Der Käufer muss jeden einzelnen Mangel unverzüglich rügen. Die zunächst ausgesprochene Rüge eines Mangels entbindet ihn nicht davon, jeden weiteren Fehler der Kaufsache gesondert und ebenfalls

fristgerecht zu rügen. Die erst nach mehreren Jahren angebrachte Rüge, die Maschine schweiße nicht einmal Blech von 1,5 mm Dicke, ist daher, was die Revision auch nicht in Abrede stellt, verspätet. Die Anlage gilt daher insoweit als vertragsgemäß.

Der Versuch der Revision, über eine Rüge nach § 139 ZPO, zwei Schreiben in den Prozeß einzuführen, aus denen die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ersichtlich sein soll, muß scheitern. Da die Parteien nur darüber stritten, ob die Klägerin eine Zusicherung hinsichtlich der Blechstärke von 1,25 mm gegeben hat, hatten weder das Landgericht noch das Berufungsgericht Veranlassung, die Parteien darauf hinzuweisen, ihr Vorbringen darüber zu ergänzen, ob nicht auch andere Mängel zu rügen seien. Ein Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 139 ZPO ist daher nicht festzustellen, so daß die beiden vom Beklagten mit der Revision eingereichten Schreiben keine Beachtung finden dürfen. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß außer dem

streitigen Mangel weitere Mängel vor dem 14. Januar 1965 nicht gerügt worden sind.

IV. Das Berufungsgericht hat daher die Klage (hinsichtlich des Zinsanspruches mit der von ihm gegebenen Einschränkung) mit Recht zugelassen. Dergemäß ist die Widerklage ebenfalls mit Recht abgewiesen worden

Die Revision des Beklagten war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier