

Verkündet
am 10. Dezember 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Filialdirektors i.R. Gerhard P. in O.
(O.), B.straße,
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Lagermeister Reinhard K. in H., G.
straße,
Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 11. Oktober 1961 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte vertreibt Automaten, darunter von der Firma Th. B. [REDACTED] und Co., H. [REDACTED] A. [REDACTED] hergestellte Musikboxen. Er gab folgende Anzeige auf:

"DM 600,-- monatlich Mindestgarantie durch unsere für Sie aufgestellten Automaten-Neuheiten. Sichere nebenberufliche Dauerexistenz, ca 3 000 DM bar erforderlich. Günstige Finanzierung."

Der Kläger meldete sich daraufhin und erhielt mit Schreiben vom 31. Januar 1959 eine Einladung zu einem Zusammentreffen am 5. Februar 1959 in H. [REDACTED], der er folgte. In dem Schreiben des Beklagten heißt es:

.....

"Nach Abschluß stellen wir unsere vieltausendfach bewährten Musikboxen und Automatenneuheiten - einmalig gute Kassenbringer - mit Mindestgarantien für Sie auf. Wir richten Ihnen dieses selten gute Geschäft vollkommen ein, d.h. wir besorgen Ihnen die Aufstellplätze in geeigneten Gaststätten Ihres Wohnbezirks, montieren durch unseren bestens geschulten Kundendienst die von Ihnen gekauften Automaten und schließen mit den Aufstellplatzinhabern (Wirten usw.) langjährige Verträge für Sie ab. Dadurch haben Sie die Gewähr eines hohen mühelosen Dauereinkommens und einer äußerst lukrativen sicheren Altersversorgung.

Die von uns aufgestellten Automaten brauchen Sie nur einmal monatlich zu kassieren, was Sie ohne Mühe nebenberuflich durchführen können. Unser motorisierter Kundendienst steht Ihnen jederzeit zur Verfügung. Sie haben durch unser günstiges Abzahlungssystem die Möglichkeit, die Automaten bei geringer Anzahlung innerhalb von 2 Jahren aus den Einnahmen abzuzahlen."

- 3 -

Bei der Besprechung in Hannover am 5. Februar 1959 kam es zu einem Vertrag. Danach kaufte der Kläger vom Beklagten eine Musikbox "Symphonie 80" (für 4 600 DM) und eine Musikbox "Symphonie 120" (für 2 600 DM) sowie 100 Schallplatten für 350 DM. Unter Einrechnung fester Beträge für Fracht, an Aufstellkosten usw. ergab sich eine Endsumme von 8 450 DM. Darauf waren insgesamt 3 050 DM anzuzahlen. Für den Restbetrag von 5 400 DM zuzüglich 1 296 DM Finanzierungskosten = 6 696 DM gab der Kläger dem Beklagten 24 von ihm angenommene Wechsel über je 279 DM. An den Geräten behielt sich der Beklagte das Eigentum vor. Er mußte sie innerhalb bestimmter Zeit in H. oder in Umgebung (bis 25 km) aufstellen. Außerdem übernahm er auf sechs Monate eine "Mindestbruttogarantie" von 300 DM monatlich.

Der Beklagte ließ die Standbox "Symphonie 80" am 14. April 1959 bei dem Gastwirt Br. in L. bei W. aufstellen und die Wandbox "Symphonie 120" am 21. April 1959 bei dem Gastwirt G. in J. anmontieren. Mit beiden Wirten schloß er Verträge, in denen der Kläger als Aufsteller bezeichnet und die Geräte den Gastwirten "gegen 10 % Einnahmeteiligung bei jeder Kassierung" geliehen wurden. In den Verträgen heißt es, die Betreuung des Gerätes erfolge durch den Aufsteller, zu dessen Lasten auch Vergnügungssteuer und Gema-Beiträge gingen. Das Gerät "Symphonie 120" wurde auf Grund eines gleichlautenden Vertrages vom 9. Juni 1959 in der Gastwirtschaft W. in H. bei S. an diesem Tage anderweit angebracht. Wegen dieses Geräts hatten zwischen den Parteien schon vorher Meinungsverschiedenheiten bestanden. Der Kläger war auch mit der anderweiten Ueb bringung nicht einverstanden. Anfang August 1959 wurde die-



Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a, 87b UrhG geschützt

se Box bei einem Einbruch beschädigt. Daraus ergaben sich weitere Schwierigkeiten.

Von den 24 Wechseln löste der Kläger 6 ein. Mit Schreiben vom 14. Dezember 1959 focht er den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Er verwies darauf, er habe wiederholt Qualität und Beschaffenheit der Automaten beanstandet und machte geltend, es seien ihm arglistig falsche Zusicherungen über die Qualität der Apparate und die Verdienstmöglichkeiten gemacht.

Mit der Klage begehrt der Kläger Feststellung, daß der Kaufvertrag vom 5. Februar 1959 nichtig ist, sowie Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der restlichen 18 Wechsel zu je 279 DM und zur Zahlung von 3 050 DM nebst Zinsen. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Berufungsgericht gab ihr statt. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht stellt fest, der Kläger habe mit Schreiben vom 14. Dezember 1959 den Vertrag vom 5. Februar 1959 rechtswirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten, so daß er als von Anfang an nichtig angesehen werden müsse (EGB §§ 123, 124, 142). Daraus zieht es die Folgerung, der Beklagte habe dem Kläger das Erlangte, nämlich hier die 18 noch nicht eingelösten Wechsel über je 279 DM und die Baranzahlung von 3 050 DM herauszugeben, weil er insoweit ungerechtfertigt bereichert sei. Den bar gezahlten Betrag

billigt das Berufungsgericht dem Kläger auch als Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluß zu. Den Feststellungsantrag hält es gleichfalls für begründet, insbesondere, weil sich noch nicht übersehen lasse, ob aus der Nichtigkeit des Vertrages noch weitere Ansprüche für oder gegen den Kläger erwachsen.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die sich mit den Rechtsfolgen einer wirksamen Anfechtung befassen, enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Sie werden von der Revision auch nicht angegriffen.

B.

I. Die arglistige Täuschung des Klägers durch den Beklagten findet das Berufungsgericht darin, daß dieser dem Kläger bewußt wahrheitswidrig vorgespiegelt habe, die von ihm verkauften Geräte seien sämtlich solche, die sich schon gut bewährt hätten. In der Wendung in dem Schreiben vom 31. Januar 1959 "vieltausendfach bewährte Musikboxen" sieht es eine entsprechende tatsächliche Behauptung, die sich auch auf die Standbox "Symphonie 120" bezogen habe. Hinsichtlich dieser Box hält das Berufungsgericht die Unrichtigkeit der Behauptung für erwiesen. Es stellt auch fest, daß sie der Beklagte wider besseres Wissen vorsätzlich in dem Bewußtsein aufgestellt habe, diese unrichtige Erklärung werde für den Entschluß des Klägers, den Kaufvertrag abzuschließen, von Bedeutung sein können. Die Arglist des Beklagten erblickt es darin, daß er diese Neukonstruktion einer Wandbox als "vieltausendfach bewährt" bezeichne, obwohl er schon gewußt habe, dieser

Typ werde sich möglicherweise nicht bewähren. Dazu stellt es fest, der Beklagte habe vor Vertragsabschluß mit dem Kläger (5. Februar 1959) fünf Musikboxen dieses Typs verkauft gehabt, und zwar die erste Ende November 1958 (an Bru■■■■). Von diesen fünf Geräten seien vier Geräte noch vor dem 5. Februar beanstandet worden. An dem Gerät bei Bru■■■■ hätten sogar mehrfach Reparaturen vorgenommen werden müssen. Aus diesen dem Beklagten bekannt gewordenen Beanstandungen schließt das Berufungsgericht, er habe wider besseres Wissen gehandelt, wenn er das Gerät "Symphonie 120" dem Kläger gegenüber als gut bewährtes Gerät bezeichnete. Er habe auch die Absicht gehabt, den Kläger durch diese nicht zutreffende Behauptung zum Vertragsabschluß zu bewegen. Der Einlassung des Beklagten, er habe angenommen, den Käufern komme es nur auf gute Einspielergebnisse, nicht aber auch darauf an, ein Gerät mit möglichst geringer Reparaturanfälligkeit zu erhalten, folgt das Berufungsgericht nicht, sondern stellt fest, auch dem Beklagten sei bekannt gewesen, der Käufer wolle ein technisch einwandfreies Gerät erwerben und erwarte ein solches, wenn es ihm als "vieltausendfach bewährt" angeboten wurde. Ob der Inhalt des Einladungsschreibens einschließlich der Anzeige zum Vertragsinhalt geworden ist und ob der Beklagte am 5. Februar sämtlich darin gemachten Angaben wiederholt hat, läßt das Berufungsgericht dahingestellt. Es stellt aber fest, der Beklagte habe gewußt und gewollt, daß der Kläger bei den Verhandlungen an diesem Tage von den in diesem Schreiben gemachten Angaben über die Bewährung der Geräte ausging und sie den Erklärungen des Beklagten zugrunde legte.

II. Diese auf tatsächlichem Gebot liegenden Ausführungen des Berufungsgerichts rechtfertigen die Feststel-

lung, daß der Kläger durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Vertrages vom 5. Februar 1959 bestimmt worden ist. Die Ausführungen der Revision kommen im Ergebnis auf eine anderweite Auslegung und Würdigung des Parteivorbringens, der vorgelegten Urkunden und der Beweisaufnahme hinaus. Das ist im Revisionsverfahren unbeachtlich. Das Berufungsurteil hält insbesondere auch den Verfahrensrügen der Revision gegenüber einer Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß bloße reklamehafte Anpreisungen nicht wortwörtlich zu nehmen sind und deshalb in der Regel keine Anfechtung zu begründen geeignet sind. Es liegt aber im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung des Sachverhalts, wenn das Berufungsgericht feststellt, der Beklagte habe die tatsächliche Behauptung aufgestellt, er verkaufe nur Musikboxen, deren Typ sich bereits in der Praxis gut bewährt hatte. Vergeblich rügt die Revision weiter, weder in der Reklameanzeige noch in dem Einladungsschreiben seien die einzelnen Automatentypen, insbesondere die Musikboxtypen, näher bezeichnet. Das steht nicht im Widerspruch zu der Feststellung des Berufungsgerichts, die Behauptung über die gute Bewährung habe sich nach dem Willen des Beklagten auch auf die Wandboxtype "Symphonie 120" bezogen, er habe auch erkannt, der Kläger beziehe sie darauf. Er habe gewußt, sie würde für den Entschluß des Klägers, den Vertrag abzuschließen, von Bedeutung sein. Unerheblich war die im Schriftsatz des Beklagten vom 28. März 1961 S. 5 enthaltene Behauptung, er habe die vervielfältigten Einladungsschreiben bereits, bevor die Wandmusikbox "Symphonie 120" auf den Markt gekommen sei, drucken lassen. Ebensowenig wie auf den Zeitpunkt des Druckens der Formularschreiben kam es auch auf das Erscheinen der Anzeige in den Zeitungen an.

Auch wenn das lange vorher gewesen sein sollte, berührt es die Feststellung des Berufungsgerichts nicht, der Beklagte habe gewußt und gewollt, daß der Kläger bei der Verhandlung am 5. Februar 1959 von den in dem Schreiben gemachten Erklärungen ausging (BU 11), die er auf alle Boxen bezogen habe. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Würdigung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die tatsächliche Behauptung, er verkaufe nur gut bewährte Geräte, auf Grund der ihm inzwischen zugegangenen Meldungen über das Wandgerät "Symphonie 120" hinsichtlich dieses Typs auf keinen Fall mehr, ohne sich dem Vorwurf der Arglist auszusetzen, weiter aufrechterhalten können (BU 11).

2. Der Vergleich der Revision mit den Autotypen bekannter Automobilfirmen, bei denen man auch eine Anpreisung, die Wagen dieser Firma hätten sich "vieltausendfach bewährt", nicht jeweils auf ihr neuestes Modell wortwörtlich beziehen könne, berücksichtigt nicht hinreichend den hier festgestellten Sachverhalt und seine tatrichterliche Würdigung durch das Berufungsgericht. Auch sonst geht der Vergleich fehl. Wer ein gerade neu herausgebrachtes Modell eines bekannten Autoherstellerwerkes kauft, weiß das erfahrungsgemäß. Er vertraut alsdann den ihm bekannten Lieferwerk. Hier bietet der Sachverhalt keinen Anhalt dafür, daß dem Kläger bekannt war, die Musikbox "Symphonie 120" sei eine Neukonstruktion, aber ebensowenig auch dafür, daß ihm die Lieferfirmen der Musikboxen (Bergmann) irgendwie ein "Begriff" gewesen sei. Andererseits läßt es das Berufungsgericht dahingestellt, ob ein Verkäufer schon dann arglistig handelt, wenn er von ihm angebotene Geräte als vieltausendfach bewährt bezeichnet, obwohl er weiß, daß eines davon eine Neukonstruktion ist. Es geht auch davon aus, daß eine Arglist des Verkäufers im allgemeinen dann nicht wird.

angenommen werden können, wenn er mit Rücksicht auf die Bewährung anderer Geräte der betreffenden Herstellerfirma und der mit dieser Firma sonst gemachten guten Erfahrungen der Ansicht ist, auch ihre Neukonstruktionen würden sich bewähren, und sie deshalb entsprechend anbietet. Es ist aber nicht rechtsirrig und keine Überspannung der Anforderungen an das Geschäftsgebahren eines redlichen Kaufmannes, wenn es im vorliegenden Falle die Auffassung vertritt, der Beklagte habe dem Kläger gegenüber nicht, ohne arglistig zu handeln, auch die Musikbox "Symphonie 120" als bewährt verkaufen können, obwohl er aus den ihm zugegangenen Meldungen wußte, sie werde sich möglicherweise nicht bewähren (BU 9).

3. Es ist auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht hier angesichts der von ihm festgestellten besonderen Umstände von Arglist des Beklagten ausgeht, ohne gleichzeitig die Feststellung zu treffen, bei der Musikbox "Symphonie 120" handele es sich um eine ausgesprochene "Fehlkonstruktion". Es ist auch unerheblich, daß dies möglicherweise nicht festgestellt werden kann. Das Berufungsgericht konnte nach seinen Feststellungen davon ausgehen, daß es ein Gerät war, das öfter ausfiel, als man das von einem gut bewährten Gerät erwartet. Wollte aber der Kläger nach der Feststellung des Berufungsgerichts nur ein bereits bewährtes, technisch einwandfreies Gerät erwerben und glaubte er es auch auf Grund der Behauptungen des Beklagten zu erhalten, dann wollte er - schon nach der Lebenserfahrung - kein Gerät, das sich auch nur möglicherweise technisch nicht voll bewährt, sondern öfter ausfällt. Aus dem in dem Einladungsschreiben enthaltenen Hinweis auf den "zur Verfügung stehenden Kundendienst" brauchte der Kläger entgegen der Auffassung der Revision nicht den Schluß zu ziehen, an den angeblich "vieltausendfach bewährten" Musikboxen, insbesondere der hier allein interessierenden Wandbox "Symphonie 120" müßten "laufend" Kleinigkeiten durch

den Service abgestellt werden. Der Vernehmung eines Sachverständigen bedurfte es nicht. Das Berufungsgericht hat deshalb hier weder § 139 noch § 286 ZPO verletzt.

4. Das Berufungsurteil enthält auch keinen Rechtsfehler, soweit es dem Beklagten nicht folgt, es sei nur oder auch nur in erster Reihe auf das Einspielergebnis abzustellen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, auch dem Beklagten sei bekannt gewesen, daß der Kläger ein Gerät erwerben wolle, das technisch möglichst einwandfrei arbeite, liegt im Rahmen der Lebenserfahrung. Für sie spricht auch die Anpreisung, die den Käufern ein verhältnismäßig müheloses Nebeneinkommen zusicherte. Jede technische Störung macht aber erfahrungsgemäß auch dem "Aufsteller" (= Kläger) Arbeit; denn er ist nach dem Aufstellungsvertrag der Betreuer des Geräts. Außerdem entstehen bei Störungen sonst vermeidbare Unkosten, ganz abgesehen von dem Ärger, der dem Aufsteller erwächst und der hier den Kläger veranlasste, am 10. Juni 1959 an den Beklagten zu schreiben, diese Box sei zu seinem Alptraum geworden, alle drei Tage streike sie usw. Die Revision meint, das Einspielergebnis sei deshalb allein entscheidend, weil der Beklagte eine Garantie für eine bestimmte Mindesteinnahme übernommen habe. Diese Garantieübernahme spreche auch gegen die Annahme, daß er arglistig gehandelt habe, weil er zuzahlen müsse, wenn das Gerät versage. Letzteres ist richtig. Der Beklagte hat hier auch mehrfach - kleinere - Ausgleichszahlungen geleistet, wenn die Garantiesumme von insgesamt 300 DM brutto monatlich nicht erreicht war. Das konnte das Berufungsgericht aber deshalb für unerheblich halten, weil diese Garantie vom Beklagten - in ausdrücklicher handschriftlicher Änderung des Vordrucks - nur für die ersten sechs Monate übernommen worden und sein so beschränktes Risiko also gering war. Es bedeutet deshalb keinen Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 286 ZPO, wenn es sich mit dieser Bestimmung nicht ausdrücklich auseinander-

gesetzt hat. Daß es sie nicht übersehen hat, ergibt sich aus ihrer Erwähnung im Urteilstatbestand.

5. Kam es aber auf die Einspielergebnisse jedenfalls nicht entscheidend an, so liegt auch keine Verletzung des § 286 ZPO vor, wenn das Berufungsgericht auf die beiderseitigen Behauptungen darüber nicht im einzelnen eingegangen ist.

Selbstverständlich hat es der Beklagte nicht zu vertreten, wenn das gekaufte Gerät "Symphonie 120" später aufgebrochen wurde. Eine solche Haftung hat das Berufungsgericht auch nicht angenommen. Auf die darüber und über die Vernachlässigung dieses Geräts in der Folgezeit durch den Kläger in den Tatsachenrechtszügen vom Beklagten aufgestellten Behauptungen, auf die die Revision verweist, kam es nicht an; denn daraus ergibt sich nichts dafür, daß das Gerät vorher so in Ordnung gewesen sei, wie es der Kläger erwarten konnte und voraussetzen mußte.

6. Der von der Revision als übergangen gerügte Beweis- antrag im Schriftsatz vom 6. September 1961 S. 6 bezog sich auf das - nach der Bekundung der Zeugin Christa We - am 29. November 1959 an Bru - gelieferte Gerät "Symphonie 120". Aus der unter Beweis gestellten Tatsache, dieses Gerät habe nach der in Photokopie überreich- ten Quittung vom 11. Januar 1959, d.h. nach 42 Tagen, einen Erlös von 144,10 DM (nach Abzug des Gastwirteanteils) er- bracht, läßt sich nichts zu Gunsten des Beklagten herlei- ten. Sie steht insbesondere nicht der Feststellung des Be- rufungsgerichts entgegen, dieses Gerät habe bis zum 31. Ja- nuar 1959 mehrfach repariert werden müssen, zumal das von Oldenburg aus, in dessen "Einzugsbereich" das Gerät stand,

und wo der Beklagte damals einen eigenen Elektriker beschäftigte, besonders schnell ging.

Auch auf den Beweisantritt im Schriftsatz vom 23. September 1960 S. 2 kam es nicht an; denn er bezog sich nur auf das in der Wirtschaft Br. aufgestellte Gerät "Symphonie 80", hinsichtlich dessen das Berufungsgericht keine arglistige Täuschung festgestellt hat, weil es ohne Rechtsirrtum und ohne daß dies von der Revision angegriffen wird, von einem einheitlichen Vertrag ausgeht, den der Kläger nicht abgeschlossen hätte, wenn er nicht hinsichtlich des Geräts "Symphonie 120" getäuscht worden wäre. Es ist deshalb auch unerheblich, ob sich der Kläger sonst nicht genügend um das Gerät "Symphonie 80" in der Wirtschaft Br. bekümmert hat, wie der Beklagte behauptet hat, und ob dadurch das Einspielergebnis für dieses Gerät beeinträchtigt ist. Schließlich kam es auch nicht darauf an, wie hoch die Unkosten waren, die dem Kläger notwendig aus der Betreuung der Geräte erwachsen mußten (an Fahrkosten, für Versicherung, Reparaturen, neue Platten usw.); denn das Berufungsgericht hat seine Entscheidung ohne Rechtsirrtum nicht darauf abgestellt, ob der Kläger vom Beklagten auch bewußt über die Verdienstmöglichkeiten mit solchen Musikboxen getäuscht ist und ob es unmöglich war, aus den monatlichen Einnahmen auch nur annähernd - neben den Unkosten - die jeweils fällig werdenden Wechselsummen herauszuwirtschaften.

7. Fehl gehen auch die Angriffe der Revision, soweit sie sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts richten, auf Grund deren es zu der Überzeugung gelangt ist, der Beklagte habe dem Kläger das Gerät "Symphonie 120" jedenfalls am 5. Februar 1959 nicht

(mehr) als einwandfreies (in der Praxis) gut bewährtes Gerät verkaufen dürfen, weil es sich bei diesem Gerät um eine noch nicht ausgereifte Neukonstruktion handelte, die zu oft ausfiel.

a) Auch ein Gerät, das mehrfach ausfällt, kann Einspielergebnisse erbringen, wie sie hier genannt sind. Andernfalls wären die Ergebnisse noch höher gewesen. Selbstverständlich können Störungen an jedem technischen Erzeugnis einmal auftreten. Gleichwohl bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, wenn an 4 von 5 ab Ende November 1958 verkauften Geräten des Typs "Symphonie 120" vor dem 5. Februar 1959 - zum Teil mehrfach - Störungen aufgetreten sind, bestünden gegen die genügende technische Vollkommenheit dieses Typs derartige Bedenken, daß der Beklagte ihn nicht, ohne sich dem Vorwurf der Arglist auszusetzen, als gut bewährtes Gerät verkaufen durfte. Der Beklagte hatte zwar im Schriftsatz vom 31. Oktober 1960 S. 2 vorgetragen, der Elektriker R. [REDACTED] der die Box "Symphonie 120" bei Bru [REDACTED] repariert hatte, habe keine Bedenken gegen ihre Qualität gehabt, weil er sonst nicht an Wei [REDACTED] zwei weitere Boxen dieses Typs verkauft hätte. Das ist nicht schlüssig. Außerdem handelt es sich um einen erstinstanzlichen Vortrag. R. [REDACTED] ist im zweiten Rechtszuge zu Protokoll vom 14. Juni 1960 als Zeuge vernommen. Er hat darüber nichts ausgesagt. Es ist von der Revision auch nicht aufgezeigt, daß er im Berufsrechtszuge zu dem angeführten Beweisthema benannt sei. Schon deshalb kann Verletzung des § 286 ZPO nicht gerügt werden. Das Gleiche gilt von der im Schriftsatz vom 31. Oktober 1960 S. 2 beantragten Vernehmung des Rechtsanwalts Ha [REDACTED]. Es war aber auch unerheblich, ob der Inhaber der Firma B [REDACTED] dem Beklagten gegenüber später jeden Zweifel an der Funktionsfähigkeit und Zuver-

lässigkeit der Wandbox "Symphonie 120" "zurückgewiesen" hat (Schriftsatz vom 31.10.1960 S. 2) und gleichgültig, ob die Qualität der Standgeräte der Firma B [REDACTED] vom Typ "Symphonie 80" und "Symphonie 200" "über jeden Zweifel erhaben" ist, ob diese Geräte den Ruf des Herstellerwerkes in der Fachwelt begründet haben, sowie ob diese Firma selbst diese Geräte als die meistgekauften Musikboxen Europas anpreist (Schriftsatz vom 31. Oktober 1960 S. 2). Das besagt noch nichts über das neue Wandgerät "Symphonie 120". Auch auf den Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 6. September 1961 S. 4, das Herstellerwerk habe in einer Auskunft vom April 1960 ihre Box "Symphonie 120" als (im Ergebnis) zuverlässig gelobt und erklärt "der weitaus größte Teil" der Wandboxen "Symphonie 120" sei unbeanstandet geblieben, kam es nicht an. Auf diese spätere Auskunft, die im übrigen ebenso wie ein Gutachten Malinkowski aus dem Rechtsstreit S [REDACTED] ./ P [REDACTED] vom 5. Mai 1960 auf Anfangsschwierigkeiten mit der Neukonstruktion "Symphonie 120" schließen läßt, kann sich der Beklagte am 5. Februar 1959 nicht verlassen haben. Er wußte im Gegenteil, daß sich bei vier von den fünf bislang von ihm verkauften Geräten Beanstandungen ergeben hatten.

b) Vergeblich rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vortrag im Schriftsatz vom 28. März 1961 S. 2 auseinandersetzt. Weshalb der Beklagte die Box "Symphonie 120", ein Wandgerät, das billiger, kleiner und raumsparender sein soll als die teureren Standboxen, in sein Verkaufsprogramm aufgenommen hat, war gleichgültig. Ob das Berufungsgericht von Amts wegen einen Sachverständigen hören wollte, lag in seinem tatrichterlichen Ermessen. Daß es das nicht getan hat, bedeutet ebenso-

wenig einen Verstoß gegen § 286 ZPO, wie ein Verstoß gegen § 139 ZPO darin liegt, daß es den Beklagten nicht veranlaßt hat, sich auf das Gutachten eines Sachverständigen zu beziehen.

c) Ohne Erfolg greift die Revision auch die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts über die 4 beanstandeten Geräte aus den 5 ersten vom Kläger verkauften Geräten "Symphonie 120" an.

aa) Daß aus den Einspielergebnissen allein keine Schlüsse zu Gunsten des Beklagten zu ziehen sind, ist bereits ausgeführt und gilt auch hinsichtlich der Box "Symphonie 120" bei Bru[REDACTED]. Der Beklagte hatte zwar im Schriftsatz vom 26. April 1961 S. 2 behauptet, bei diesem Gerät sei nur eine Kleinigkeit richtigzustellen gewesen, nämlich das Nachjustieren eines Kontaktes. Darüber hat aber der Zeuge R[REDACTED] zu Protokoll vom 14. Juni 1961 nichts bekundet, sondern vielmehr ausgesagt, er habe das Gerät bis zum 31. Januar 1959 seiner Erinnerung nach sogar mehr als fünf Mal reparieren müssen, meistens, weil der Plattenwechsel nicht funktionierte. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht keinen Sachverständigen darüber zu hören, die Notwendigkeit des Nachjustierens eines Kontaktes könne auf Erschütterungen des Geräts beim Transport zurückzuführen sein. Irrig ist der Sachvortrag der Revision, an diesem Gerät seien nur in der ersten Zeit mehr Reparaturen vorzunehmen gewesen, später aber nicht mehr. Das Berufungsgericht hat ersichtlich nur deshalb auf die erste Zeit besonderen Wert gelegt, weil es darauf ankam, was der Beklagte bis zum 5. Februar 1959 über diese Reparaturen erfahren hat. Hierzu hat es rechtlich einwandfrei festgestellt, die Box habe jedenfalls schon bis 31. Januar 1959 mehrfach repariert werden müssen. Dabei war unerheblich, wie lange Zeit diese Reparaturen in

Anspruch nehmen. Es ist jedenfalls nicht rechtsirrig, wenn es das Berufungsgericht nicht auf die Dauer, sondern die Häufigkeit der Reparaturen abgestellt hat, die auch ein "motorisierter Kundendienst" nicht immer sofort vornehmen kann.

bb) Was das eine von S. [REDACTED] gekaufte Gerät "Symphonie 120" betrifft, so hat der Beklagte (Schriftsatz vom 28. März 1961 S. 2, 3) selbst zugegeben, daß ihm am 29. Januar 1959 von einer Störung berichtet wurde, die immerhin so erheblich gewesen sein muß, daß er sich veranlasst sah, für die Belieferung dieses Käufers mit einem anderen Gerät zu sorgen. Die Revision will aus dem Umstand, daß S. [REDACTED] hinsichtlich des zweiten ihm ebenfalls schon im Januar 1959 gelieferten Geräts noch im April 1959 mitteilte, es biete keinen Anlaß zur Klage, den Schluß ziehen, die Störung an dem anderen S. [REDACTED]schen Gerät sei ein "Einzelfall". Dem steht entgegen, daß solche Störungen auch bei dem bei Bru. [REDACTED] aufgestellten Gerät und bei den beiden von Wei. [REDACTED] gekauften Boxen des gleichen Typs aufgetreten waren.

cc) Daß an den beiden an Wei. [REDACTED] gelieferten Geräten am 30. Dezember 1958 Störungen hatten behoben werden müssen, hatte der Beklagte ebenfalls zugestanden. Darauf, daß diese geringfügig waren, kam es nicht entscheidend an. Ebenso wenig bedeutet es einen Verstoß gegen § 286 ZPO, wenn das Berufungsgericht nicht über den Vortrag im Schriftsatz des Beklagten vom 12. Juni 1961 Beweis erhoben hat, später habe ein Zeuge Pi. [REDACTED], der die ersten Störungen behoben hatte, festgestellt, daß Wei. [REDACTED] an dem Mechanismus der Boxen hantiert und dabei Schaden angerichtet habe. Daraus brauchte das Berufungsgericht insbesondere nicht den Schluß zu ziehen, schon die ersten Störungen seien auf das eigene Verschulden von Wei. [REDACTED] zurückzuführen, zumal an-

dernfalls später kaum freiwillig ein Umtausch der Boxen erfolgt wäre.

C.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten enthält, ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner