

Nachschlagewerk: Ja

BGHZ: ja

BGB § 477; ZPO §§ 492, 411

Ein Beweissicherungsverfahren ist mit dem Verlesen des Protokolls oder dessen Vorlage zur Durchsicht beendet, wenn ein Sachverständiger sein Gutachten mündlich erstattet oder nach Erstattung eines schriftlichen Gutachtens dieses mündlich erläutert.

BGH, Urt. v. 21. Februar 1973 - VIII ZR 212/71 - OLG Bamberg
LG Coburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 212/71

URTEIL

Verkündet am
21. Februar 1973
S c h e i b l ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der W [REDACTED] K [REDACTED] - und S [REDACTED] -Gesellschaft mit beschränkter Haftung W [REDACTED] KG in F [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre Komplementärin, die Süßwaren-Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung in F [REDACTED], diese gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Kurt Paul P [REDACTED] in E [REDACTED], A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. M [REDACTED] & Cie., Chemische Fabrik L [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter Haftung in L [REDACTED] [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführerin Margarete M [REDACTED], daselbst,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 17. September 1971 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Firma W. Kaugummi- und Süßwarengesellschaft mbH stand aufgrund eines Abkommens vom 1. Oktober 1960/23. Februar 1965 mit der Beklagten in Geschäftsverbindung. Sie überließ ihr Rezepte zur Herstellung von Kaugummi. Diese stellte nach den Rezepten sogenannte Automatenkugeln her, die sie der Firma W. lieferte. Im Jahre 1967 beanstandete diese Lieferungen von rd. 80 t Kaugummikugeln zu einem Einkaufspreis von 213 376,65 DM. In der Folgezeit verhandelten die Firma W. und die Beklagte erfolglos über eine Nachbesserung. Mit Schreiben vom 29. April 1968 lehnte die Beklagte eine "Umarbeit" der beanstandeten Automatenkugeln ab. Bereits am 11. April 1968 hatte die Firma W. zur Sicherung des Beweises die Erhebung eines Sachverständigengutachtens über die Beschaffenheit der beanstandeten Automatenkugeln beantragt. Der vom Gericht bestimmte Sachver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ständige erstattete am 22. Juli 1968 ein schriftliches Gutachten. Auf Antrag der Firma W. erläuterte er sein Gutachten im Termin vom 10. September 1968. Die Firma W. trat am 31. Dezember 1968 sämtliche Forderungen aus der Geschäftsverbindung mit der Beklagten an die Klägerin ab.

Diese reichte am 11. März 1969 Klage ein. Sie machte Wandlung geltend und begehrte, weil ein Teil der beanstandeten Automatenkugeln in der Zwischenzeit veräußert worden war, Zahlung von 164 732,77 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe von 40 t Kaugummikugeln. Die Beklagte beantragte Klagabweisung. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten entsprechend ihrem Klagantrag.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil ein Anspruch aus Wandlung nicht bewiesen und ein Anspruch auf Wandlung verjährt sei. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht Verjährung des Anspruchs auf Wandlung angenommen hat.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die beanstandeten Lieferungen in der Zeit von März bis spätestens 9. September 1967 erfolgt waren, und un-

terstellt zugunsten der Klägerin, daß die Verjährung infolge der Verhandlungen über die Nachbesserung der Automatenkugeln von August 1967 bis zum Schreiben der Beklagten vom 29. April 1968 gehemmt war, weil § 639 Abs. 2 BGB auf das Kaufrecht rechtsähnlich anzuwenden sei.

a) In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, daß bei einem Kaufvertrag § 639 Abs. 2 BGB rechtsähnlich angewandt werden kann, wenn vertraglich in erster Linie ein Anspruch auf Nachbesserung gegeben ist, weil in diesem Falle sich eine ähnliche Rechtslage wie bei einem Werkvertrag ergibt (BGHZ 39, 287, 292 m.w.Nachw.; Staudinger/Ostler, BGB 11.Aufl. § 477 Rdn. 32 m.w.Nachw.). Die Verjährung ist mithin gehemmt bis der Verkäufer, der sich im Einverständnis mit dem Käufer der Prüfung des Vorhandenseins eines Mangels unterzogen hat, das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Mängelbeseitigung verweigert.

b) Ob das auch dann gilt, wenn vertraglich ein Nachbesserungsanspruch nicht vereinbart ist und ob § 639 Abs. 2 BGB auch dann angewandt werden kann, wenn die Parteien über eine Nachbesserung lediglich verhandelten, ist fraglich, kann indessen dahingestellt bleiben.

2. Denn dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß Verjährung mit Ablauf des 10. März 1969 eingetreten ist, weil das Beweissicherungsverfahren, das die Verjährung gemäß § 477 Abs. 2 BGB unterbrochen hatte, am 10. September 1968 beendet war.

a) Sollte, wie das Berufungsgericht annimmt, die Verjährung gehemmt gewesen sein, als der Antrag auf Beweissicherung gestellt wurde, so würde sich dadurch die Dauer der Unterbrechung der Verjährungsfrist nicht ändern. Denn die Verjährungsfrist kann auch dann unterbrochen werden, wenn sie gehemmt ist (BGH Urt. v. 29. Oktober 1956 - VII ZR 6/56 = LM VOB Teil B § 13 Nr. 1).

b) Die Unterbrechung der Verjährungsfrist dauerte mithin gemäß § 477 Abs. 2 BGB bis zur Beendigung des Beweissicherungsverfahrens. Dieses war mit der Vernehmung des Sachverständigen Dr. Kern am 10. September 1968 beendet.

Das Beweissicherungsverfahren ist eine vorsorgliche Beweisaufnahme außerhalb des Urteilsverfahrens (Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 120 I). Sie erfolgt gemäß § 492 ZPO nach den für das betreffende Beweismittel geltenden Vorschriften, hier also nach denjenigen über den Beweis durch Sachverständige. Wird eine schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige gemäß §§ 492, 411 Abs. 1 ZPO sein Gutachten auf der Geschäftsstelle des Gerichts niederzulegen. Ob in diesem Fall das Beweissicherungsverfahren bereits mit der Niederlegung des Gutachtens bei Gericht (RG Recht 1916 Nr. 2083; Kuhn in RGR Komm. z. BGB, 11. Aufl. § 477 Anm. 9; Augustin bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 211 Rdn. 15) oder erst mit der Mitteilung des schriftlichen Gutachtens an die Partei (BGHZ 53, 43, 47) endet, kann dahinstehen. Erstattet der Sachverständige sein

Gutachten mündlich oder wird wie hier gemäß §§ 492, 411 Abs. 3 ZPO Termin zur mündlichen Erläuterung des schriftlichen Gutachtens bestimmt, so endet jedenfalls die Beweisaufnahme und damit das Beweissicherungsverfahren mit dem nach der Vernehmung des Sachverständigen zur Sache erfolgenden Verlesen des Protokolls oder dessen Vorlage zur Durchsicht in diesem Termin.

Entgegen der Auffassung der Revision dauert das Beweissicherungsverfahren nicht bis zur Übermittlung des Protokolls an die Partei oder bis zur Festsetzung des Streitwertes fort. Nach der Vernehmung des Sachverständigen muß dessen Aussage gem. § 160 Abs. 2 Nr. 3 ZPO in das Protokoll aufgenommen werden und dieses gem. § 162 ZPO den Beteiligten vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt werden. Damit ist die Beweisaufnahme beendet. Die Parteien haben zwar gemäß § 299 ZPO ein Recht auf Erteilung einer Abschrift des Protokolls. Doch gehört die Übermittlung einer Protokollabschrift, auch dann, wenn diese, wie es jetzt üblich ist, den Parteien in jedem Fall erteilt wird, nicht mehr zur Beweisaufnahme und liegt daher außerhalb des Beweissicherungsverfahrens. Ob etwas anderes gilt, wenn nach Übermittlung des Protokolls eine Protokollberichtigung beantragt wird, kann offen bleiben. Denn ein derartiger Antrag wurde nicht gestellt. Erst recht liegt die Festsetzung des Streitwertes außerhalb der Beweisaufnahme und damit auch des Beweissicherungsverfahrens. Die Streitwertfestsetzung betrifft zwar das Beweissicherungsverfahren, setzt aber das Beweisaufnahmeverfahren nicht fort (vgl. OLG Breslau OLGZ 43, 47).

Die durch das Beweissicherungsverfahren unterbrochene Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB war mithin gemäß § 188 Abs. 2 BGB am 10. März 1968 und damit vor Einreichung der Klage abgelaufen.

3. Ob das Berufungsgericht, wie die Revision meint, gemäß § 139 ZPO verpflichtet war, darauf hinzuweisen, daß es in Abweichung vom Landgericht annahm, die Verjährungsfrist sei möglicherweise nicht vor dem Antrag auf Beweissicherung, sondern erst sechs Monate nach Beendigung des Beweissicherungsverfahrens abgelaufen, ist fraglich, kann indessen dahingestellt bleiben. Selbst wenn auf einen derartigen Hinweis vorgetragen und gegebenenfalls bewiesen worden wäre, daß Rechtsanwalt W. in F., der Verkehrsanwalt der Klägerin, den Entwurf der Klageschrift am Donnerstag, den 6. März 1969 durch Eilbrief an Rechtsanwalt H., den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin in C., mit der Bitte abgesandt hatte, die Klage sofort einzureichen, wäre nämlich die Verjährung nicht deshalb durch höhere Gewalt im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB gehemmt worden, weil dieser Brief erst am Dienstag, den 11. März 1969 bei Rechtsanwalt H. eintraf.

a) Der Begriff der höheren Gewalt entspricht im wesentlichen dem des unabwendbaren Zufalls in § 233 Abs. 2 ZPO. Höhere Gewalt liegt nur vor, wenn die Verhinderung auf Ereignissen beruht, die auch durch die äußerste, billigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden konnten. Schon das geringste Verschulden schließt höhere Gewalt aus (Augustin bei

Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 203 Rdn. 4 m.w.Nachw.). Wurde die Verjährungsfrist durch ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten des Berechtigten versäumt, so muß der Berechtigte dafür einstehen, weil er das in seinem Bereich liegende Risiko zu tragen hat (BGHZ 31, 342, 347 m.w.Nachw.). Für den Verkehrsanwalt kann nichts anderes gelten.

b) Hier hatte Rechtsanwalt W■■■■ nicht die äußerste und nach den Umständen billigerweise zu erwartende Sorgfalt gewahrt.

Wie der VII. Senat des Bundesgerichtshofs entschieden hat, muß ein Rechtsanwalt, der einen anderen Rechtsanwalt brieflich mit der Einlegung eines Rechtsmittels beauftragt, innerhalb der Rechtsmittelfrist insbesondere dann, wenn der Auftrag kurz vor Fristablauf erteilt wurde, überwachen, ob das Auftragsschreiben bei dem beauftragten Rechtsanwalt eingegangen ist (BGHZ 50, 82). Auch der erkennende Senat ist der Auffassung, daß gerade dann, wenn der Auftrag zur Rechtsmitteleinlegung erst kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erteilt wird, besondere Sorgfalt geboten und eine Überwachung, ob das Auftragsschreiben rechtzeitig eingetroffen ist, notwendig ist (BGH Beschl. v. 22. März 1972 - VIII ZB 10/72 = LM ZPO § 233 (Fc) Nr. 36 = NJW 1972, 1047).

Diese zu § 233 Abs. 2 ZPO entwickelten Grundsätze sind auch im Rahmen des § 203 Abs. 2 BGB anzuwenden, wenn die Verjährungsfrist infolge verspäteter Einreichung der Klage versäumt wurde. Rechtsanwalt W■■■■,

der mit der Übersendung des Entwurfs der Klageschrift bis kurz vor Ablauf der Sechsmonatsfrist nach Beendigung des Beweissicherungsverfahrens zugewartet hatte, mußte daher dessen rechtzeitigen Eingang bei Rechtsanwalt H■■■■■ überwachen. Hätte er dies getan und vor Fristablauf fernmündlich angefragt, ob die Klageschrift eingereicht war, so hätte sich herausgestellt, daß Rechtsanwalt H■■■■■ den Entwurf der Klageschrift noch nicht erhalten hatte. Rechtsanwalt W■■■■■ hätte dann den wesentlichen Inhalt der Klageschrift fernmündlich mitteilen und Rechtsanwalt H■■■■■ die Klageschrift vor Ablauf der Verjährungsfrist einreichen können.

4. Die Revision war somit zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Claßen

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann