

V e r k ü n d e t
am 26. Oktober 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2218 100

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Vinzenz L [REDACTED], Backofen- und
Maschinenfabrik, in F [REDACTED] Bay., K [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihren Inhaber Karl L [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Brot- und Feinbäcker Veit N [REDACTED],
2. den Brot- und Feinbäcker Richard N [REDACTED],
beide in H [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Nürnberg vom 11. August 1959 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen
der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund des Bestellscheines vom 6. Juli 1957 lieferte die Beklagte Ende August/ Anfang September 1957 für den Bäckereibetrieb der Kläger einen vierherdigen doppelbreiten Etagenheiluftbackofen Marke Taifun zum Gesamtpreis (einschließlich Zubehör) von 16 560 DM, den die Kläger vereinbarungsgemäß zahlten. Nach dem Bestellschein übernahm die Beklagte die Garantie, insbesondere für gutes Backen, und verpflichtet sich, etwaige Mängel, welche die Güte und Leistungsfähigkeit des Ofens beeinträchtigen, kostenlos zu beseitigen, bzw. fehlerhafte Teile in angemessener Frist nach Bekanntgabe auszuwechseln. Der Ofen arbeitete nicht zur Zufriedenheit der Kläger. Schon im September 1957 nahm ein Angestellter der Beklagten Arbeiten am Ofen vor, um die Mängel zu beseitigen. Die Kläger waren vom Ergebnis nicht befriedigt. Am 16. September 1957 sprach der Inhaber der Beklagten bei den Klägern vor und überwachte persönlich die Instandsetzung. Am 19. September 1957 wurde in seiner Anwesenheit gebacken. Dabei wurde festgestellt, daß der Ofen ungleichmäßig backe. Mit Schreiben vom selben Tage bestätigte die Beklagte den Klägern, sie werde sämtliche Beanstandungen laut ihrer Garantieverpflichtung sofort beheben, wies auf mögliche Ursachen von Backmngeln hin, gab zu, daß durch eine fehlerhafte Einstellung des Verteilerhahnes durch ihre Leute eine gewisse Beeinträchtigung des Backens verursacht wurde, und bemerkte, ein Etagenofen benötige eine gewisse Einarbeitungszeit. Am 20. September 1957 stellte die Beklagte eine Bestätigung aus, in der es heißt, sie übernehme für den Ofen, wie im Vertrage vereinbart, die volle Garantie. Diese erstrecke sich:

- "I. Auf gleichmäßiges und einwandfreies Backen in allen 4 Herden, sowie auf einwandfreies Schwadengebe

- II. Daß sie bereit sei, ... den vierten Herd kostenlos und in der Backleistung (Hitzeverteilung) gleichmäßig abzudrosseln.
- III. IV. ...
- V. Den Ofen herauszunehmen und den Kaufpreis zurückzuerstatten, wenn sich eine der hier und im Vertrag angeführten Garantiebedingungen nicht erfüllen und innerhalb 7 Tagen behoben werden können ."

Am 20. September 1957 war erneut ein Probebacken durchgeführt worden. Danach wurden auf der Seite der Ofen Blenden eingebaut, um eine gleichmäßige Hitzeverteilung zu erzielen. In den folgenden Wochen wurde der Ofen von den Klägern benutzt. Diese waren jedoch mit seinen Backleistungen nicht zufrieden. Davon erhielten der Inhaber der Beklagten und sein Ingenieur D. (um Anfang Oktober 1957) anlässlich einer Vorsprache bei den Klägern Kenntnis. Am 22. Oktober 1957 war Dietrich erneut bei ihnen. Mit Einschreibebrief vom 28. Oktober 1957 teilten die Kläger der Beklagten mit, sie hätten nun den doppelbreiten Heißluftofen vier Wochen in Betrieb, die Backergebnisse seien noch die gleichen wie vorher, die Zusicherung, der Ofen werde nach 3 bis 4 Wochen besser, sei nicht eingetreten. Es sei zu beanstanden: ungleichmäßiges Backen auf allen 4 Herden, unmögliches Schwadengeben, zu hoher Heizkesselmaterialverbrauch. Am 29. Oktober 1957 schrieb die Beklagte den Klägern unter Bezugnahme auf den gelegentlichen Besuch ihres Ingenieurs D., die Kläger könnten nicht backen, nicht der Ofen, sondern sie selbst seien schuld. Auf dieses Schreiben antworteten die Kläger am 1. November 1957, wehrten sich gegen diese Vorwürfe, erhoben die selben Rügen wie im Schreiben vom 28. Oktober 1957 und beanstandeten auch, der untere Herd sei trotz hochgestellter Klappe heißer als die zwei mittleren. Das Schreiben endet, die Backstube der Kläger stehe der Beklagten am 5. November 1957 zur Verfügung, sie erwarteten deren Backmeister um 7 Uhr früh. Am 11. November 1957



wurden durch die Beklagte neue Arbeiten am Ofen durchgeführt. Dabei wurden neue Klappen eingebaut. Am 12. November 1957 fand in Gegenwart des Inhabers der Beklagten, ihres Ingenieurs D. [REDACTED] und auswärtiger Bäckermeister ein Backen von Weiß- und Schwarzbrot statt. Danach erbot sich die Beklagte zu weiteren Änderungen. Es kam jedoch nicht dazu. Am 13. November 1957 schrieben die Kläger der Beklagten, sie hätten bereits am 4. November 1957 mitgeteilt, daß die vorgesehene Änderung die letzte sei. Die gestrige Backprobe habe ergeben, daß dadurch das Gegenteil erreicht würde, was eigentlich bezweckt sei. Sie böten der Beklagten noch folgende Gelegenheit: Sie würden noch 7 Tage auf dem Ofen backen (bis 21. November 1957). Die Beklagte könne in dieser Zeit noch jede Änderung vornehmen, aber nur mit der Bedingung, daß nach dieser Zeit unter Zurückerstattung des Kaufpreises der Ofen herausgenommen werde, ganz gleich, ob nun die Mängel behoben seien oder nicht, d.h. sie stellten sich noch 7 Tage auf ihre Kosten als Versuchskaninchen zur Verfügung. Diesen Vorschlag lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 18. November 1957 ab und setzte den Klägern zur Abgabe der Erklärung, ob der bereits vorgeschlagene Einbau der Klappen noch durchgeführt werden könne oder nicht, eine Frist bis zum 23. November 1957. Ebenfalls am 18. November 1957 schrieb der Kläger zu 2 der Beklagten eine Postkarte des Inhalts, er wolle nur mitteilen, sie wären mit weiteren Ofenreparaturen (Änderungen) nicht einverstanden, sie hätten die Sache ihrem Anwalt übergeben.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangen die Kläger Ausbau des Ofens und gegen seine Herausgabe die Rückzahlung des Kaufpreises. Das Landgericht hat die Beklagte zum Ausbau des Ofens und zur Zahlung von 16 560 DM nebst 4 % Zinsen auf diese Summe seit dem 1. Oktober 1957 an die Kläger je zur Hälfte Zug um Zug gegen die Herausgabe des Backofens, der Gärraumtüre und der Ölbrennanlage verurteilt.

Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß auch eine fahrbare Garb Zug um Zug herauszugeben ist und daß die zugesprochenen Zinsen erst ab 15. November 1957 zu zahlen sind.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, erstrebt die Beklagte Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten. Sie bewegen sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete und sind zudem, soweit sie die Auslegung individueller Willenserklärungen zum Inhalt haben, insbesondere der Bestätigung vom 20. September 1957 und des Schriftwechsels, einer Nachprüfung im Revisionsrechtszuge nur beschränkt zugänglich. Sie halten auch gegenüber den Angriffen der Revision im einzelnen, insbesondere gegenüber deren Verfahrensrügen, einer Nachprüfung stand. Die Revision rügt zwar auch Verletzung materiellen Rechts. Im Ergebnis kommen aber ihre Ausführungen im allgemeinen auf eine im Revisionsverfahren nicht zulässige anderweitige Würdigung des dem Berufungsgericht unterbreiteten Sachverhalts, insbesondere des Schriftwechsels und der Beweisaufnahme, hinaus.

I.

Die Revision greift zunächst die Auffassung des Berufungsgerichts an, die Beklagte habe nicht den Beweis dafür erbringen können, daß am 12. November 1957 vereinbart worden sei, sie dürfe und solle zunächst noch einmal Änderungen

am Ofen zur Regelung der Wärmeverteilung vornehmen. Die Rüge ist nicht begründet.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 28. Mai 1958 S. 2 als gerichtliches Geständnis im Sinne von § 288 ZPO zu werten ist, das nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufen werden kann, wie das Berufungsgericht meint. Mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte die ihr angezeigten Mängel nicht innerhalb der in Nr. V der Bestätigung vom 20. September 1957 vorgesehenen 7 Tage beseitigt hat, ist sie nämlich auf jeden Fall für ihren Einwand, es sei ihr durch Vereinbarung noch einmal Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden, beweispflichtig. Diesen Beweis sieht das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als nicht geführt an. Seine Beweiswürdigung wird von der Revision vergeblich mit Verfahrensrügen angegriffen.

1. Das Berufungsgericht würdigt eingehend die Aussagen der Zeugen Le██████, Ernst Ne██████, Helene Ne██████ und Dietrich. Es entnimmt zwar der Aussage der Zeugin Ne██████ eine gewisse Bereitschaft zur Duldung weiterer Arbeiten. Gerade auch aus der Aussage des Ingenieurs D██████ der Beklagten folgert es jedoch, es sei jedenfalls eine Vereinbarung über den Termin der Ausführung der Arbeiten nicht zustande gekommen. Es sieht aber für die Kläger, die die Geduld verloren gehabt und weitere Nachbesserungen als unerträglich empfunden hätten, die zuerst verlangte sofortige Vornahme, mindestens aber die Durchführung in den nächsten zwei Tagen, als entscheidend an. Daraus zieht es den Schluß, die Zeitbestimmung für die Vornahme der Arbeiten sei wesentlicher Verhandlungsgegenstand gewesen. Gerade darüber sei man sich nicht einig geworden. Der Inhaber der Beklagten habe das Angebot der Kläger (gemeint auf sofortige Vornahme der weiteren Nachbesserung) - sei es wegen des Streites, sei es wegen anderweitiger Inanspruchnahme - nicht angenommen.

Damit sei das ganze Angebot erloschen gewesen. Man habe sich tatsächlich ohne Einigung getrennt.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Aussage des Zeugen D [REDACTED] unvollständig berücksichtigt. Sie verweist darauf, dieser habe bekundet, man habe sich dahin geeinigt, die Arbeiten sollten noch in der selben Woche, also in der Woche, in der am Dienstag, dem 12. November 1957, der Backversuch stattgefunden hatte, vorgenommen werden (Protokoll vom 10. April 1959). Der Revision ist nur zuzugeben, daß dies die Auffassung des Zeugen nach der Niederschrift seiner Aussage gewesen sein mag. Es liegt aber kein Anhalt dafür vor, daß das Berufungsgericht dies übersehen haben könnte. Es brauchte sich jedoch unter Berücksichtigung des Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme der Auffassung dieses Zeugen, der, wie es ausführt, nicht als unbeteiligter Zeuge gelten kann, nicht anzuschließen und konnte in freier Beweiswürdigung zu dem Ergebnis kommen, weil eine Einigung über den Zeitpunkt nicht erfolgt sei, habe man sich tatsächlich ohne Einigung getrennt.

Dafür, daß das Berufungsgericht den Inhalt des Schreibens der Kläger vom 13. November 1957 und ihrer Postkarte vom 18. November 1957 übersehen und diese Urkunden deshalb nicht in den Kreis seiner Betrachtungen einbezogen haben könnte, liegt kein Anhalt vor. Die Karte vom 18. November 1957 ist zwar im Urteil nicht ausdrücklich erwähnt. Sie befindet sich aber mit dem im Tatbestand in Bezug genommenen Schriftsatz vom 21. Mai 1959, mit dem sie eingereicht worden ist und in dem auf sie verwiesen ist, bei den Akten. Das Schreiben vom 13. November 1957 ist in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (BU 17) ausdrücklich gewürdigt. Weder ihm noch der Karte vom 18. November 1957 brauchte das Berufungsgericht zu entnehmen, daß am 12. November 1957 tatsächlich eine Einigung über die Vornahme oder doch Duldung weiterer Arbeiten durch die Beklagte am

Backofen erfolgt war. Nach dem erheblichen Streit am 12. November 1957 lag es - nach der Erfahrung des Lebens - durchaus nahe, daß sich die Kläger nunmehr bei einem Rechtsanwalt Rat holten, ob sie sich auf weitere Nachbesserungen, die ihnen unstreitig angeboten waren, noch einlassen müßten. Wenn sie im Schreiben vom 13. November 1957 die Formulierung wählten, "nach dem Rat unseres Anwalts brauchen wir uns keine weiteren Änderungen mehr gefallen lassen", zwingt dies nicht zu dem Schluß, sie hätten sich damit von einer bereits getroffenen Vereinbarung "lossagen" wollen. Auch der Vorschlag in diesem Schreiben, den Ofen "als Experimentiermittel" noch eine Woche zu benutzen, und im Falle des Einverständnisses am Samstag ab 12 Uhr mit der Änderung zu beginnen, einem Vorschlag, mit dem sich das Berufungsgericht im übrigen in seinen Entscheidungsgründen auch ausdrücklich auseinandergesetzt hat, brauchte von ihm nicht im Sinne der Behauptungen der Beklagten gewürdigt zu werden. Das gleiche gilt von dem Inhalt der Postkarte: "Hiermit soll ich Ihnen nur mitteilen, daß wir mit weiteren Ofenreparaturen (Änderungen) nicht einverstanden sind". Diese Fassung erklärt sich zwanglos damit, daß der Ingenieur D. [REDACTED] - unstreitig - noch nach dem 12. November 1957 wegen Vornahme weiterer Reparaturen bei den Klägern angerufen hat.

II.

Die Revision wendet sich weiter, jedoch ebenfalls vergeblich, gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, es seien Mängel vorhanden, für die einzustehen sich die Beklagte verpflichtet habe.

1. Für seine Feststellung, daß der Ofen innerhalb der einzelnen Herde und diese selbst im Verhältnis zueinander ungleichmäßig buken, bezieht sich das Berufungsgericht in erster Reihe auf die Aussage des im ersten Rechtszuge vernommenen Bäckermeisters Hi. [REDACTED]. Dieser war beeidigter

Sachverständiger für das Bäckerhandwerk. Er war allerdings von den Klägern als Privatgutachter zu der Backprobe am 12. November 1957 zugezogen. Trotzdem war das Berufungsgericht nicht gehindert, sich auf seine Sachkunde zu stützen. Es geht davon aus, daß das ungleichmäßige Backen als solches von der Beklagten gar nicht bestritten war. Es weist darauf hin, daß nicht die Kläger selbst, sondern der von der Beklagten damit betraute Bäckermeister das Backen durchgeführt habe, und führt aus, es könne dem Bäckermeister Hi [REDACTED] zuge-
traut werden, unterscheiden zu können, was auf ungleichmäßige Hitzeverteilung und was auf unzureichende Zubereitung und Handhabung zurückzuführen sei.

2. Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe die von der Beklagten vorgetragenen, von ihr nicht zu vertretenden Gründe für das ungleichmäßige Backen (ungleichmäßige Wärmeverteilung) im Ofen ohne Erhebung der angebotenen Beweise als widerlegt angesehen und damit gegen § 286 ZPO verstoßen.

In diesem Zusammenhang bezieht sie sich auf den Vortrag der Beklagten, die unterschiedliche Ofentemperatur am 12. November 1957 sei unter anderem darauf zurückzuführen, daß der Ofen zuvor wochenlang außer Betrieb gewesen sei. Sie meint, durch die Bezugnahme des Berufungsgerichts darauf, zum Teil sei das Brot nach der Aussage Hi [REDACTED]s unter der normalen Zeit gebacken, sei ein Einfluß der längeren Stilllegung des Ofens auf die Unterschiedlichkeit der Temperatur nicht widerlegt, das Berufungsgericht habe deshalb den angebotenen Sachverständigenbeweis erheben müssen. Dem ist nicht zu folgen. Es lag vielmehr hier im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es einen Sachverständigen zuzog oder in Übereinstimmung mit dem Landgericht von einer weiteren Beweisaufnahme absah. Dieses hatte die bei dem Probebacken beteiligten Bäckermeister Hi [REDACTED] und O [REDACTED] eingehend gehört. Das Berufungsgericht hatte allerdings sicherlich keine

eigene Sachkunde. Es konnte sich aber, wie bereits erwähnt, auf die des - insoweit sachverständigen - Zeugen Hirschmann stützen. Gegen dessen Unparteilichkeit hatte bereits das Landgericht (Urt. S. 25) keine Bedenken. Auf dessen Entscheidungsgründe hat das Berufungsgericht ergänzend Bezug genommen (BU 18).

Die Revision greift auch vergeblich die vom Berufungsgericht ausdrücklich getroffene Feststellung an, die Störungen an der Ölfeuerung während des Probebackens könnten nicht verursacht haben, daß die Hitze innerhalb des Ofens so ungleich gewesen ist, wie es damals festgestellt ist; sie hätten sich nur in einer allgemeinen Minderleistung an Wärme auswirken können. Auch zu dieser Frage lag es im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es noch ein Sachverständigengutachten einholen wollte. Soweit die Revision insoweit Nichtvernehmung der Zeugen H[REDACTED], D[REDACTED] und O[REDACTED] rügt, ist darauf zu verweisen, daß jedenfalls H[REDACTED] auch über das Funktionieren oder Nichtfunktionieren der Heizung (Ölbrenners) gehört worden ist (Protokoll vom 10. April 1958), daß im übrigen das teilweise Versagen des Brenners unstreitig war und daß das Berufungsgericht weder O[REDACTED] noch D[REDACTED] als sachverständige Zeugen zu hören brauchte, zumal es sich erkennbar auch hinsichtlich der Nichtursächlichkeit der Störungen an der Ölfeuerung ergänzend auf die Gründe des landgerichtlichen Urteils bezogen hat. Bereits dieses hatte sich mit dem (teilweisen) Nichtfunktionieren des Brenners während des Probebackens befaßt (S. 24) und war ersichtlich davon ausgegangen, dieser sei beim ersten Backvorgang (das Weißbrot betreffend) noch in Ordnung gewesen; trotzdem sei dieser auch nicht besser ausgefallen.

Zu dem Vortrag der Beklagten, bereits am 11. November 1957 sei festgestellt, der Wasserhahn zum Ofen sei undicht und dieser Mangel, den sie nicht zu vertreten habe, "könne" sich ebenfalls auf das Backen ausgewirkt haben, auf den die

Revision verweist, hat das Berufungsgericht selbst nicht ausdrücklich Stellung genommen. Das ist jedoch unerheblich. Die Unbrauchbarkeit der Dichtung des Wasserhahnes hatte die Beklagte schon im Verfahren vor dem Landgericht behauptet (LG Urt. S. 11). Dazu ist im landgerichtlichen Urteil ausgeführt, Undichtigkeit von Wasserleitungsanschlüssen könnten - ebensowenig wie eine zu lange Anheizzeit - für die von Hi [REDACTED] geschilderten Fehler beim Backen nicht ursächlich gewesen sein; denn sie könnten sich auf die Gleichmäßigkeit des Backvorganges nicht auswirken. Diese Begründung hat sich das Berufungsgericht, das wegen der Einzelheiten ergänzend auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen hat (BU 18), damit zu eigen gemacht. Der Vortrag der Beklagten ist deshalb nicht übergangen. Auch hierzu brauchte das Berufungsgericht keinen Sachverständigen zu hören.

III.

1. Die Revision meint, selbst wenn eine weitere Vornahme von Arbeiten noch nach dem 12. November 1957 zwischen den Parteien nicht vereinbart worden sei, könnten sich die Kläger mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der vorzunehmenden Arbeiten und die allenfalls unbedeutende Beeinträchtigung des Backergebnisses hierdurch jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht auf Nr. V der Bestätigung vom 20. September 1957 berufen. Dazu führt sie aus, soweit die unterschiedliche Ofentemperatur darauf zurückzuführen sei, daß Klappen unrichtig eingebaut worden sind, habe die Beklagte geltend gemacht, durch Vornahme der äußerstenfalls 4 bis 5 Stunden in Anspruch nehmenden Berichtigungs- und Regulierungsarbeiten (Berufungsbegründung vom 2. Januar 1959 S. 22) werde der Ofen auf gleichmäßige Backtemperatur gebracht (Beweis: Sachverständigengutachten i. Verb. mit Berufungsbegründung S. 8 und Schriftsatz vom 21. Mai 1959 S. 4), und verweist in diesem Zusammenhang auch auf das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 21. Mai 1959 aaO,

das am 12. November 1957 gebackene Brot "müsse eher gut als schlecht beurteilt werden", wofür sie sich auf Bäckermeister Sc[REDACTED] als Zeugen berufen hat. Die Revision will in der Nichtvernehmung des Zeugen und der Unterlassung der Anhörung eines Sachverständigen zu der Reparaturdauer einen Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 286 ZPO erblicken. Auch diese Rüge schlägt nicht durch.

Der Beweisantritt hinsichtlich des Bäckermeisters Sc[REDACTED] ist viel zu allgemein gehalten, als daß das Berufungsgericht darauf hätte einzugehen brauchen. Es fehlt insoweit an konkreten Behauptungen über Tatsachen, die von dem Zeugen bekundet werden sollten.

Wie lange aber die Vornahme der von der Beklagten vorgeschlagenen Maßnahmen wirklich gedauert hätte und ob sie Erfolg hätten haben müssen, darauf kommt es bei Beurteilung der Frage, ob die Kläger mit der Ablehnung weiterer Nachbesserungen gegen Treu und Glauben verstießen, solange nicht an, als nicht festgestellt werden kann, daß diese wirklich wußten oder doch wenigstens annehmen mußten, um den Ofen in Ordnung zu bringen, fehle nur noch eine Kleinigkeit. Das ist aber gerade nicht festgestellt und mit dem angebotenen Beweismittel (Sachverständigengutachten) auch nicht festzustellen. Dazu aber, ob die Kläger durch ihr Verhalten (Ablehnung weiterer Nachbesserungen und Berufung auf die Garantie) treuwidrig handelten, hat das Berufungsgericht ausdrücklich Stellung genommen (BU 23), und es ist nicht rechtsirrig, wenn es in diesem Zusammenhang verwertet hat, daß an dem Ofen bereits eine Reihe von Nachbesserungen ausgeführt worden waren. Dabei hat es auch nicht übersehen, daß sich einzelne Vorkommnisse möglicherweise aus der mangelhaften Installation von Handwerkern ergeben haben könnten, für die die Beklagte nicht verantwortlich war. Auch insoweit hat sich das Berufungsgericht erkennbar die Ausführungen im landgerichtlichen Urteil zu eigen gemacht, welches auf das Schreiben der

Beklagten vom 19. September 1957 Bezug nimmt, in dem eine gewisse Beeinträchtigung des Backens von der Beklagten selbst zugegeben wird, und feststellt, die Bestätigung vom 20. September 1957 sei erst ausgestellt, nachdem sich herausgestellt habe, daß der Ofen noch nicht einwandfrei arbeite und zwar auch noch nicht nach dem Blendeneinbau an diesem Tage (20. September 1957) (LG Urt. S. 20, 21).

2. Auch dem Schreiben der Kläger vom 13. November 1957 in Verb. mit der Postkarte vom 18. November 1957, die bereits in anderem Zusammenhang erwähnt und gewertet sind, ist entgegen der Ansicht der Revision nichts dafür zu entnehmen, daß die Ablehnung weiterer Nachbesserung durch die Beklagte seitens der Kläger gegen Treu und Glauben verstoßen könnte. Auch wenn diese bereit gewesen sein sollten, sich doch noch möglicherweise weitere Arbeiten an dem Backofen gefallen zu lassen, kann ihnen kein Nachteil daraus erwachsen, wenn sie sich dem Rate ihres Anwaltes folgend entschlossen, weitere Nachbesserungen endgültig abzulehnen. Daß es aber zu einer bindenden Vereinbarung über weitere Nachbesserungen noch nicht gekommen war, ist, wie bereits erörtert, von der Beklagten nicht bewiesen worden.

IV.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe bei seinen Ausführungen, es sei nach den Schreiben der Kläger vom 28. Oktober und 1. November 1957 Sache der Beklagten gewesen, den Mangel der ungleichmäßigen Hitzeentwicklung beim Backen bis zum 12. November 1957 zu beseitigen, das Vorbringen der Beklagten auf S. 25 der Berufungsbegründung vom 2. Januar 1959 außer acht gelassen, das dahin ging, da der Ofen damals von den Klägern bereits außer Betrieb gesetzt worden war, habe die Beklagte die Behauptung der Kläger überhaupt nicht überprüfen können. Auch diese Rüge aus § 286 ZPO ist nicht begründet.

Es besteht keinerlei Anhalt dafür, daß das Berufungsgericht diesen Vortrag übersehen haben könnte; denn daß die Kläger den Ofen, wie sie in ihrem Schreiben vom 28. Oktober 1957 angekündigt hatten, außer Betrieb gesetzt hatten, war außer Streit. In diesem Schreiben war aber ausdrücklich erklärt, bevor die Kläger das Backen an dem Ofen einstellten, könnte die Beklagte sich selbst noch von den Backergebnissen ihres Ofens überzeugen. Außerdem hatten sich die Kläger in Beantwortung des Schreibens der Beklagten vom 29. Oktober 1957 mit den Vorwürfen; nicht der Ofen, sondern sie seien schuld an den etwaigen schlechten Backergebnissen, in ihrem Brief vom 1. November 1957 ausdrücklich bereit erklärt, der Beklagten den Ofen schon am 4. November 1957 für deren Backmeister zur Verfügung zu stellen. Die Kläger hatten also der Beklagten ausreichende Gelegenheit zur Nachprüfung gegeben.

V.

Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, dafür, daß die Beklagte die "nicht erfüllte Garantiebedingung", also den Mangel, nicht innerhalb 7 Tagen behoben habe und deshalb die in Nr. V der Bestätigung vom 20. September 1957 ausgesprochenen Folgen auf sich nehmen müsse, fehle es an den erforderlichen Feststellungen. Sie meint, das Berufungsgericht habe nur festgestellt, bei dem Backen am 12. November 1957 habe sich ergeben, daß die Herde ungleichmäßig buken. Es sei jedoch nicht festgestellt, daß dies bereits im Zeitpunkt des Schreibens der Kläger vom 28. Oktober 1957, spätestens aber 7 Tage vor Ablehnung der Nachbesserung durch den Brief der Kläger vom 13. November 1957 tatsächlich der Fall gewesen sei.

Nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts besteht jedoch kein Zweifel daran, daß das Berufungsgericht festgestellt hat, der von den Klägern gerügte Mangel sei auch schon am 28. Oktober 1957 vorhanden gewesen

und die Beklagte habe ihn nicht erst durch den unrichtigen Einbau der Drosselklappen am 11. November 1957 geschaffen. Anders ist der Satz (BU 20), auch nach dem 28. Oktober 1957 sei der Mangel bis zum 12. November 1957 nicht behoben worden, nicht zu verstehen. Auf Seite 18 seines Urteils spricht das Berufungsgericht zwar ausdrücklich nur von dem Ergebnis des Probebackens. Es macht sich aber erkennbar auch hier die Gründe des landgerichtlichen Urteils zu eigen. Dieses stellt aber (§. 21 ff) fest, schon im September 1957 sei das Backergebnis nicht gut gewesen, eine Besserung sei auch durch den Blendeneinbau am 20. September 1957 nicht eingetreten, ein Backen durch einen Bäckermeister der Firma Di[REDACTED] habe zu gleich schlechten Ergebnissen geführt und auch beim Backen am 22. Oktober 1957 in Anwesenheit von Dietrich hätten Brot und Brötchen wie vergärbt ausgesehen. Dabei hat das Landgericht allerdings zunächst nur die Aussagen der einzelnen Zeugen wiedergegeben, diese aber schließlich auf Seite 24 zusammenfassend dahin gewürdigt, die Ergebnisse des Backens am 12. November 1957 seien nicht einmalig gewesen, sie hätten den früheren schlechten Ergebnissen entsprochen.

Demgegenüber war unerheblich, daß die Kläger am 20. September 1957 nach dem Einbau der Blenden (laut Vortrag in der Berufungsbegründung vom 2. Januar 1959 S. 14, 15), worauf die Revision verweist, geäußert haben sollen, wenn der Ofen weiter so arbeite, seien sie zufrieden. Daraus ergibt sich noch nicht zwingend, daß der Ofen damals und in der Folgezeit ordnungsgemäß gebacken hat. Land- und Berufungsgericht haben jedenfalls auch für den 20. September 1957 festgestellt, daß er noch ungleich buk und daß ersichtlich gerade deshalb die besondere Bestätigung von diesem Tage von der Beklagten für die Kläger unterschrieben wurde. Auch aus der Tatsache, daß die Kläger den Restkaufpreis am 20. September 1957 gezahlt haben, brauchte das Berufungsgericht angesichts der Bestätigung, die sich die Kläger gleichzeitig hatten geben lassen, nicht herzuleiten, daß sie den Ofen damals für völlig in

hielten, oder gar, daß er es wirklich war. Es liegt vielmehr mindestens ebenso nahe, daß die Kläger, wie sie auch in ihrem Briefe vom 28. Oktober 1957 mitgeteilt haben, hofften, das Backen werde im Laufe der nächsten Wochen besser werden. Daß das nicht der Fall gewesen ist, daß die Backergebnisse am und vor dem 12. November 1957 schlecht waren und daß dies seine Ursache in der ungleichmäßigen Hitzeverteilung hatte, hat das Berufungsgericht aber, wie oben näher ausgeführt worden ist, ebenso wie das Landgericht festgestellt. Bei dieser Sachlage bedeutet es auch keinen Verstoß gegen § 286 ZPO, wenn das Berufungsgericht keinen Sachverständigen darüber vernommen hat, ob durch den unrichtigen Einbau der Wärmedrosselungsklappe des unteren Herdes gleichzeitig auch die Wärmeverteilung im gesamten übrigen Ofen gestört wurde (Schriftsatz vom 21. Mai 1959 S. 4), ganz abgesehen davon, daß sich die Beklagte nicht mit Erfolg darauf berufen kann, sie habe den - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts - schon vorher nicht richtig arbeitenden Ofen durch eine falsche Maßnahme am 11. November 1959 noch weiter verschlechtert. Daraus könnte nur gefolgert werden, daß die Kläger, die das Vertrauen zur Beklagten verloren hatten, sich erst recht weitere Nachbesserungen nicht mehr gefallen zu lassen brauchten.

VI.

Soweit sich die Revision schließlich noch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, die Beklagte hätte, nachdem auch das mangelhafte Funktionieren des unteren Herdes ausdrücklich mit Schreiben vom 14. November 1957 gerügt worden war, ebenfalls bis zum 12. November 1957 Abhilfe schaffen müssen, ist ihre Rüge schon deshalb gegenstandslos, weil es sich insoweit nur um eine Hilferwägung des Berufungsgerichts handelt; denn es führt dazu ergänzend aus, es komme auf die mangelhafte Durchführung der Abdrosselungsmöglichkeit im unteren Herd gar nicht entscheidend an, wesentlich sei vielmehr die ungleichmäßige Verteilung der Hitze

in den anderen Herden. Diese hat es aber, wie dargelegt, rechtsirrtumsfrei als Mangel festgestellt.

B.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten enthält, ist ihre Revision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner