

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 220/97

Verkündet am:
22. Juli 1998
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 326 A, 462

Zur Rückgängigmachung eines Kaufvertrages mit Montage-
verpflichtung.

BGH, Urteil vom 22. Juli 1998 - VIII ZR 220/97 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 1998 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 19. Juni 1997 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Rückzahlung des Kaufpreises von 100.000 DM für die Lieferung einer Förderanlage, bestehend aus einem Trogkettenförderer und zwei Pendelbecherwerken, Zug um Zug gegen Rückgabe der Anlage. Die Beklagte fordert widerklagend die Bezahlung von Nachlieferungen.

Die Beklagte lieferte die Förderanlage nach ihrer schriftlichen Auftragsbestätigung vom 2. Dezember 1993. Das Schreiben enthält die Position "Montage und Inbetriebnahme"; dazu ist vermerkt:

"durch unseren Kundendienst. Die Kosten werden aufgrund der durch Montagezettel nachgewiesenen Reise- und Arbeitszeiten ... berechnet. ..."

Bis Mitte März 1994 wurde ein Teil der Anlage von Mitarbeitern der Firmen L. und F. montiert. Zwischen den Parteien ist streitig, ob diese Firmen von der Klägerin oder der Beklagten beauftragt wurden. Nachdem die Klägerin sich weigerte, deren Arbeit zu bezahlen, wurden die Montagearbeiten nicht fortgesetzt. Mehrmalige mündliche Aufforderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten blieben ohne Erfolg, ebenso das Schreiben der Klägerin vom 25. März 1994, in welchem sie die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 28. März 1994 aufforderte, "Nachbesserungs- und Restarbeiten" vorzunehmen und gleichzeitig androhte, nach fruchtlosem Fristablauf weitere Nachbesserungs- und Restarbeiten durch die Beklagte abzulehnen. In der Folgezeit hat sie den



Vertrag wegen arglistiger Täuschung und Irrtums angefochten und die Wandelung erklärt.

Die Klägerin behauptet, die Anlage sei nicht nur mit erheblichen Mängeln behaftet, sondern für das vertragsgemäß vereinbarte Fördergut Kunstdünger ungeeignet.

Die Beklagte ist der Ansicht, zur Montage und Inbetriebnahme der Förderanlage nicht verpflichtet zu sein; davon abgesehen seien etwaige Funktionsstörungen dieser Anlage allein auf mangelnde Wartung durch die Klägerin zurückzuführen. Sie wendet sich gegen die von der Klägerin begehrte Rückabwicklung des Vertrages und verlangt widerklagend von der Klägerin Bezahlung der durch Nachlieferungen verursachten Kosten von insgesamt 12.175,63 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben; die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Begehren ebenso weiter wie ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises verneint und im wesentlichen dazu ausgeführt:

1. Die Klägerin könne den Kaufvertrag nicht rückgängig machen. Da der Trogkettenförderer für den vertraglichen Zweck nicht ungeeignet sei, sondern unstreitig von der Klägerin noch immer benutzt werde, komme allenfalls eine Einzelwandelung hinsichtlich der Pendelbecherwerke in Betracht. Dazu hätte die Klägerin vortragen müssen, wie der Gesamtpreis für die Anlage wegen der Beanstandung der Pendelbecherwerke herabgesetzt werden müßte. Das habe sie nicht getan.

Auch habe die Klägerin nicht bewiesen, daß die Pendelbecherwerke von Anfang an für den vertraglich vorgesehenen Zweck ungeeignet gewesen oder daß sie im übrigen mangelhaft seien.

2. Auch auf § 326 Abs. 1 BGB könne die Klägerin ihren Anspruch nicht stützen. Die Beklagte sei mit ihrer Leistung nicht in Verzug geraten, auch nicht unter Berücksichtigung der nicht zu Ende geführten Montageleistung. Denn nach der Beweisaufnahme vor dem Senat (Vernehmung der Zeugen F. , L. und B.) stehe fest, daß die Montage der Anlage nicht Gegenstand der Vertragsbeziehung zwischen den Parteien geworden sei. Dafür spreche entscheidend auch die Durchführung des Projektes. So seien die Firmen F. und L. nicht der Kundendienst der Beklagten, was der Klägerin auch bekannt gewesen sei. Darüber hinaus habe die

Klägerin eigene Stundenzettel abgezeichnet, nicht solche der Beklagten; die Firmen L. und F. hätten sich auch wegen der Bezahlung ihrer Leistungen an die Klägerin, nicht an die Beklagte gewendet.

Die gegenteiligen Bekundungen des Zeugen S. seien nicht geeignet, dieses Beweisergebnis zu erschüttern; gegen die Zuverlässigkeit dieses Zeugen, der bei dem Geschäft als handelnde Person für die Klägerin aufgetreten sei, bestünden durchgreifende Bedenken.

3. Die Widerklage hält das Berufungsgericht für begründet, weil die Mehrkosten für erforderliche Nachlieferungen wegen der zunächst zu klein dimensionierten Installationsgrube nicht der Beklagten angelastet werden könnten. Die Konstruktion sei nicht deren Sache gewesen.

II. Das angegriffene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zutreffend geht allerdings das Oberlandesgericht von einem Kaufvertrag zwischen den Parteien aus. Das gilt auch dann, wenn sich die Beklagte - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - im Vertrag zur Montage und Inbetriebnahme verpflichtet hatte. Auch in diesem Fall prägt der Kauf, die Übereignung der gesamten Förderanlage, das Vertragsverhältnis entscheidend.

Die Klägerin hat bei der Beklagten nicht die Erstellung einer Förderanlage in Auftrag gegeben, sondern zwei Pendelbecherwerke eines bestimmten Typs ("Apollo, Typ 150 ZK" und "Apollo 150 Z2S") und einen Trogkettenförderer zu einem Gesamtpreis gekauft. Die Beklagte schuldete auch

dann, wenn sie die Montage übernommen hatte, nicht die entgeltliche Herstellung der Förderanlage für die Klägerin. Die Anlage wurde nicht eigens für die Klägerin - ihren Wünschen angepaßt - hergestellt. Vielmehr entstammt die Anlage - wie die Typenbezeichnung belegt - einer Serienproduktion, so daß die mit dem Warenumsatz verbundene Übertragung von Eigentum und Besitz auf die Klägerin im Vordergrund stand. Der Klägerin konnte gleichgültig sein, ob die Beklagte die Anlage ihren Vorräten entnahm, erst herstellte oder durch Dritte herstellen ließ. Bei einer solchen Sachlage hat der Senat schon wiederholt einen Werkvertrag verneint und entweder einen reinen Kaufvertrag oder einen Werklieferungsvertrag, auf den ebenfalls Kaufrecht Anwendung findet, angenommen (Senat, Urt. v. 12. März 1986 - VIII ZR 332/84 = NJW 1986, 1927 unter II 2 a) aa) m.w.Nachw.; vgl. auch Urt. vom 19. Januar 1977 - VIII ZR 319/75 = WM 1977, 365 unter II 1). Einer - möglicherweise - übernommenen Verpflichtung zur Montage kommt daneben nicht ein solches Gewicht zu, daß sie den Schwerpunkt des Vertrages bilden würde.

2. Erfolgreich rügt die Revision indes, das Berufungsgericht habe die Voraussetzungen nach § 326 Abs. 1 BGB rechtsfehlerhaft verneint.

a) Zu Recht hält die Revision die Beweiswürdigung durch das Oberlandesgericht für unvollständig, weil es nicht darauf eingegangen sei, daß nach dem Wortlaut der Auftragsbestätigung der Beklagten vom 2. Dezember 1993 die Montage und Inbetriebnahme der Förderanlage durch den Kundendienst der Beklagten erfolgen sollten. Allerdings ist

das Revisionsgericht grundsätzlich an die Feststellungen des Tatrichters gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO). Revisionsrechtlich ist aber zu überprüfen (§ 286 Abs. 1 ZPO), ob der Tatrichter sich mit dem Prozeßstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (BGH, Urteil vom 14. Januar 1993 - IX ZR 238/91 = NJW 1993, 935 unter B II 3 a m.w.Nachw.). Der angefochtenen Entscheidung ist nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht den Inhalt der Auftragsbestätigung bei seiner Würdigung berücksichtigt hat. Das Berufungsgericht hat seine Feststellung, Montage und Inbetriebnahme seien von der Beklagten nicht übernommen worden, allein auf die entsprechenden Bekundungen der Zeugen F. , L. und B. gestützt. Bei der Gegenüberstellung dieser Aussagen mit den gegenteiligen Bekundungen des Zeugen S. ist es den erstgenannten Zeugen gefolgt, weil der Zeuge S. kraft seiner Stellung ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens habe und auch deshalb, weil "die weitere Durchführung des Projekts" dafür spreche.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Berufungsgericht, wenn es die schriftliche Auftragsbestätigung in seine Erwägungen einbezogen hätte, zur gegenteiligen Annahme gekommen wäre. Immerhin ist die vom 2. Dezember 1993 datierende Auftragsbestätigung zeitlich der von den Zeugen behaupteten mündlichen Vergabe der Montagearbeiten an die Firmen L. und F. am 23. November 1993 nachgefolgt. Üblicherweise wird ein Montageauftrag nicht vor Bestellung der zu montierenden Sache erteilt.

b) Das Oberlandesgericht läßt zudem außer acht, daß eine vorherige Auftragsvergabe hinsichtlich der Montagearbeiten nicht zwingend gegen eine nachträgliche Einigung über dieselbe Leistung mit der Beklagten spricht. So kann die Klägerin durchaus nach der Vergabe an Dritte nachfolgend die Überzeugung gewonnen haben, eine Leistung "aus einer Hand" sei für sie günstiger. Jedenfalls hinderten schuldrechtliche Beziehungen mit Drittfirmen die Klägerin rechtlich nicht, diese Leistungen im Einvernehmen mit der Beklagten dieser zu übertragen.

c) Ist somit revisionsrechtlich von dem Vorbringen der Klägerin auszugehen, der Auftrag habe auch die Montage der Geräte umfaßt, steht ihr der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Herausgabe der Förderanlage zu.

Wenn die Beklagte die genannten Verpflichtungen übernommen hatte, befand sie sich mit deren Erfüllung im Verzug, § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB. Nach Eintritt der Fälligkeit hat die Klägerin die Beklagte mündlich gemahnt. Das Schreiben der Klägerin vom 25. März 1994 enthält die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift des § 326 Abs. 1 BGB ist anzuwenden, weil die Verpflichtung zur Montage und Inbetriebnahme eine weitere Hauptleistungspflicht der Beklagten war, sofern sie sich dazu verpflichtet hatte. Dem steht nicht entgegen, daß ein Kaufvertrag bzw. Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache gegeben ist (s.o. II 1). Der Montageverpflichtung kommt zwar kein solches Gewicht zu, daß sie den Vertrag prägen könnte. Hauptleistungspflichten sind indes nicht nur

die den Vertragstyp bestimmenden Pflichten. Dazu zählen auch sonstige Pflichten, die nach dem Willen der Parteien für die Durchführung des Vertrages von wesentlicher Bedeutung sind (RGZ 101, 429, 431; BGH, Urt. v. 30. September 1971 - VII ZR 20/70 = NJW 1972, 99 unter I 2 a). So liegt es hier. Die Verpflichtung zur Montage und Inbetriebnahme stand neben der Lieferung der Geräte im Gegenseitigkeitsverhältnis zu den vertraglichen Pflichten der Klägerin. Für die Klägerin war die Montage der Anlage von wesentlicher Bedeutung; erst diese versetzte sie in die Lage, die Anlage für ihre betrieblichen Zwecke zu nutzen. Nicht nur für die Übereignung, sondern auch für die Montage der Anlage verpflichtete sich die Klägerin zur Zahlung.

Nach fruchtlosem Fristablauf hat die Klägerin die Wandlung erklärt; darin kann zugleich die Erklärung des Rücktritts vom Vertrag nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB gesehen werden.

d) Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß die Klägerin entsprechend § 326 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB vom gesamten Vertrag zurücktreten konnte, obwohl die Beklagte durch die Lieferung der Anlage bereits eine Teilleistung erbracht hatte und allein noch die Montageleistung und Inbetriebnahme ausstand. Die erbrachte Teilleistung war für die Klägerin ohne Interesse, wenn die angelieferten und teilmontierten Sachen (Trogkettenförderer und Pendelbecherwerke) wegen Mangelhaftigkeit für den vertragsmäßig vorgesehenen Zweck ungeeignet waren. Dies ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen; die gegenteiligen

Feststellungen des Berufungsgerichts werden von der Revision erfolgreich angegriffen (s.u. II 2).

2. Mit Erfolg rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe das Wandelungsrecht der Klägerin hinsichtlich des Trogkettenförderers fehlerhaft verneint. Wenn die Klägerin die Montagearbeiten an Drittfirmen vergeben hatte und damit ein Rücktrittsrecht nach § 326 BGB entfällt, steht ihr nach ihrem Vorbringen, das revisionsrechtlich zugrunde zu legen ist, wegen der Mängel des Trogkettenförderers ein Wandelungsrecht zu (§ 462 BGB).

a) Zu Recht greift die Revision die Feststellung des Oberlandesgerichts an, der Trogkettenförderer sei allenfalls geringfügig mangelhaft, da dieses Gerät unstreitig noch immer von der Klägerin benutzt werde.

aa) Die Revision verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auf mit Beweisangeboten versehenen Sachvortrag der Klägerin, den das Berufungsgericht übergangen hat (§ 286 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz vorgetragen, daß das Gerät nur ein improvisiertes Fördern ermögliche, nachdem es der Zeuge F. für einen Kostenaufwand von 80.000 DM in Funktion gesetzt habe.

Das Berufungsgericht hat den angebotenen Beweis nicht erhoben.

bb) Auf dem Verfahrensfehler beruht das Urteil (§ 549 Abs. 1 ZPO). Sollte sich der Sachvortrag der Klägerin als richtig herausstellen, wies der Trogkettenförderer erhebliche Mängel auf (§ 459 Abs. 1 BGB), die die Klägerin zur Wandlung berechtigen. Dieses Recht hat sie durch die Be-

nutzung des Trogkettenförderers nicht "verwirkt". Der erkennende Senat hat den Umstand, daß der Käufer einer Sache diese unter Aufrechterhaltung seines Wandelungsbegehrens weiter benutzte, zwar wiederholt unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens geprüft. Er hat dabei aber betont, daß es jeweils auf die Interessen beider Vertragspartner ankomme und dem Käufer grundsätzlich nicht die bloße, wie hier den Rahmen des Üblichen nicht überschreitende Benutzung der Sache als widersprüchliches Verhalten angelastet werden könne (vgl. Urt. v. 2. Februar 1994 - VIII ZR 262/92 = NJW 1994, 1004 unter II 2 b m.w.Nachw.).

b) Das Berufungsgericht führt aus, auch aus dem Parteigutachten des von der Klägerin beauftragten Dipl.-Ing. R. ergebe sich nicht die Ungeeignetheit des Trogkettenförderers. Die dort beschriebenen Korrosionsschäden seien verhältnismäßig geringfügig.

Mit dieser Wertung wird das Berufungsgericht dem Inhalt des Gutachtens und damit dem Vorbringen der Klägerin nicht gerecht (§ 286 ZPO).

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei einem Parteigutachten um substantiierten Parteivortrag (BGHZ 98, 32, 40; Urt. v. 27. Mai 1982 - III ZR 201/80 = NJW 1982, 2874 unter I 1 b cc; BGHR ZPO § 402 Privatgutachten 1; Urt. v. 10. Dezember 1991 - VI ZR 234/90 = NJW 1992, 1459 unter II 2), mit dem sich der Tatrichter auseinanderzusetzen hat (vgl. BGH, Urt. v. 28. April 1998 - VI ZR 403/96 = EBE/BGH 1998, BGH-Ls. 559/98). Das Berufungsgericht entnimmt dem im Privatgutach-

ten enthaltenen Parteivorbringen einen Inhalt, den dieses nicht hat. Im Gutachten wird zusammenfassend ausgeführt, die fördertechnischen Anlagen seien für die Produktion nicht geeignet, die Auswahl der Materialien sei im Grundsatz falsch, der starke Anfall zur Korrosion sei nicht berücksichtigt worden; der Anstrich sei nur eine Farce und der Sache nicht dienlich. Im Ergebnis empfiehlt der von der Klägerin beauftragte Sachverständige einen kompletten Ausbau des Fördersystems, da es nicht verwendbar sei. Auch die im Gutachten enthaltenen Lichtbilder stützen die Annahme des Berufungsgerichts von nur geringfügigen Rostschäden nicht.

3. Zu Recht rügt die Revision auch die Ablehnung des Wandelungsanspruchs der Klägerin hinsichtlich der Pendelbecherwerke als fehlerhaft. Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe nicht bewiesen, daß die beiden Pendelbecherwerke von Anfang an ungeeignet zum vertragsmäßig vorgesehenen Transport von Kunstdünger oder im übrigen mangelhaft gewesen seien.

a) Dabei stützt es sich auf die mündlichen Ausführungen, mit denen der gerichtlich beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. H. vor dem Landgericht sein schriftlich erstattetes Gutachten erläutert und ergänzt hat. Diese Erläuterung steht im Widerspruch zu den Darlegungen im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen. Dort hat der Sachverständige die Anlage "in der Form wie geliefert" als nicht geeignet für den Transport von Kunstdünger bezeichnet. Eventuelle Montagefehler von Dritten hat er als Ursache für diesen Mangel ausgeschlossen und ihn "einzig und

allein in der Auswahl des gesamten Systems" und der Auswahl der Materialien begründet gesehen.

b) Das Berufungsgericht hat in der mündlichen Erklärung des Sachverständigen, bei regelmäßiger Wartung und Schmierung der Kette müßte die Anlage brauchbar sein, eine Relativierung der schriftlichen Äußerungen gesehen. Damit hat es lediglich eine Divergenz zwischen beiden Äußerungen des Sachverständigen festgestellt. Eine Erklärung dafür, wie es zu der unterschiedlichen Beurteilung des Sachverständigen im schriftlichen Gutachten einerseits und seinen in der Verhandlung vor dem Landgericht abgegebenen mündlichen Erläuterungen andererseits gekommen ist, läßt sich dem Urteil nicht entnehmen. Darin liegt ein Begründungsmangel. Der Tatrichter ist verpflichtet, die zu seiner Überzeugung führenden Tatsachen im Urteil anzugeben und sich mit Umständen, die zu einer anderen Beurteilung führen können, auseinanderzusetzen. Sollte das Berufungsgericht die Widersprüche zu dem schriftlichen Gutachten nicht durch einen Vorhalt an den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung ausgeräumt haben, läge darüber hinaus ein Verstoß gegen die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts vor. Etwaigen Widersprüchen und Diskrepanzen, die sich aus mehreren gutachterlichen Äußerungen ein und desselben Sachverständigen ergeben, hat der Tatrichter von Amts wegen nachzugehen (BGH, Urt. v. 29. September 1992 - VI ZR 234/91 = NJW 1993, 269 unter II 2).

4. Da nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt sowohl der Trogkettenförderer als auch die Pendelbecherwerke für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch

ungeeignet sind, bedarf es keiner Entscheidung, ob - wie das Berufungsgericht meint - Mängel der Pendelbecherwerke allenfalls eine Einzelwandelung nach §§ 469 Satz 1, 471 BGB rechtfertigen könnten.

III. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Dies betrifft auch die Verurteilung der Klägerin aufgrund der erhobenen Widerklage. Von der möglichen Rückabwicklung des Vertrages würde auch der Gegenstand der Widerklage erfaßt werden. Das gilt unabhängig davon, ob die Rückabwicklung wegen Nichterfüllung nach §§ 326 f BGB oder aufgrund Wandelung nach §§ 462 f BGB zu erfolgen hat.

Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Deshalb ist die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Dr. Deppert

Dr. Beyer

Dr. Deppert
für den wegen Urlaub
an der Unterzeichnung
verhinderten Richter am
Bundesgerichtshof
Dr. Leimert
3. August 1998

Wiechers

Dr. Wolst