

Verkündet  
am 5. November 1957

2321 083

Stasch, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Omnibusunternehmers Nikolaus H [REDACTED] in  
M [REDACTED], Kreis W [REDACTED]

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Transportunternehmer Werner S [REDACTED] in  
H [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 5. November 1957 unter Mitwir-  
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bun-  
desrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Dor-  
schel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das  
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesge-  
richts in Koblenz vom 3. Mai 1956 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-  
lung und Entscheidung an das Berufungsgericht  
zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über  
die Kosten des Revisionsverfahrens übertra-  
gen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kaufte vom Beklagten einen gebrauchten Omnibus (Marke Opel-Blitz) für 14 951,50 DM. Die Bezahlung sollte durch Wechsel erfolgen. Zwei Wechsel über insgesamt 2 500 DM löste der Kläger ein. Durch Wechselvorbehaltsurteil des Landgerichts in Trier vom 10. August 1955 wurde er, nachdem er zwei weitere Wechsel über ebenfalls insgesamt 2.500 DM nicht eingelöst hatte, zur Zahlung dieses Betrages verurteilt.

Am 13. September 1954 lieferte der Beklagte den Omnibus zwecks Übergabe dem Kläger nach M [REDACTED] an. Dieser lehnte die Annahme des Fahrzeuges durch Schreiben vom gleichen Tage unter Hinweis auf verschiedene Mängel ab, u.a. weil der Omnibus mit 37 Sitzen verkauft sei, aber mit Fahrersitz nur 33 Sitze habe. Am 17. Oktober 1954 kam es zwischen den Parteien unter Hinzuziehung des Kaufmannes F [REDACTED] des persönlich haftenden Gesellschafters der Firma F [REDACTED] Kommanditgesellschaft, welche den Vertrag vermittelt und finanziert hatte, zu einem schriftlichen Vergleich. Darin heißt es unter Nr. 1, der Kaufvertrag zwischen den Parteien bleibe bestehen und werde "mit folgenden Abänderungen bestätigt". Danach verpflichtete sich der Beklagte, eine Reihe vom Kläger beanstandeter Mängel beseitigen zu lassen. Diese sind unter Buchstabe a bis i aufgeführt. Unter b heißt es: "Das Dach wird dicht gemacht" und unter e: "Die Traverse wird ordnungsgemäß in Stand gesetzt." Unter Nr. 2 des Vergleiches verpflichtete sich die Firma F [REDACTED] im Interesse beider Kunden (Parteien) die vorgenannten Arbeiten (a bis i) zum Selbstkostenpreis für Rechnung des Beklagten schnellstmöglichst auszuführen. Nach Nr. 4 des Vergleiches sollten sich der Beklagte und die Firma F [REDACTED] bemühen, den Achsdruck im Einvernehmen mit der Firma Opel oder der Firma C [REDACTED] er-

müht zu bekommen, damit der Omnibus offiziell im Linienverkehr mit 37 Sitzen zugelassen werden könne. Über diese Bemühungen sollte dem Kläger der Schriftwechsel vorgelegt werden; bei Erfolglosigkeit sollten ihm jedoch keine Ansprüche zustehen. Weiter heißt es, die Parteien seien darüber einig, die etwa entstehenden Kosten für den erhöhten Achsdruck dürften für den Beklagten nicht höher als 200 - DM sein.

Mitte Januar 1955 war das Fahrzeug noch nicht abholbereit. Der Kläger setzte dem Beklagten mit Schreiben vom 20. Januar 1955 eine Frist zur Erfüllung seiner Verpflichtungen nach dem Vergleich bis zum 31. Januar 1955. Am letzten Tage der Frist teilte der Beklagte fernmündlich mit, der Wagen sei abholbereit. In Begleitung eines Kraftfahrzeugmeisters G. fuhr der Kläger am 4. Februar 1955 nach J., um den dort stehenden Wagen abzuholen. Am selben Tage schrieb er dem Beklagten, es sei einwandfrei festgestellt, die im Vergleich vom 17. Oktober 1954 aufgeführten Mängel seien noch nicht behoben. Der Beklagte ließ ihm am 5. Februar 1955 mitteilen, er habe seine Vergleichsverpflichtungen restlos erfüllt; der Wagen stehe zur Abholung zur Verfügung. Am 8. Februar 1955 fuhr der Kläger, diesmal mit dem Kraftfahrzeug-Ingenieur K., erneut nach J.. Da nach seiner Behauptung wiederum keine Arbeiten an dem Fahrzeug vorgenommen waren, ließ er dem Beklagten schließlich eine letzte Frist bis zum 10. März 1955 setzen, bis zu deren Ablauf dieser noch Gelegenheit habe, die vertragsmäßig geschuldete Leistung zu bewirken; danach werde Annahme der Leistung abgelehnt werden. Der Beklagte ließ mit Schreiben vom 9. März 1955 mitteilen, alle im Vergleich genannten Mängel seien behoben; der Omnibus stehe zur Abnahme zur Verfügung.



Der Kläger besichtigte das Fahrzeug daraufhin am 11. März 1955 und zwar wiederum zusammen mit dem Ingenieur [REDACTED]. Er behauptet, es seien dabei noch erhebliche Mängel festgestellt. Er nahm den Omnibus nicht ab und verlangt im gegenwärtigen Rechtsstreit als Schadensersatz wegen Nichterfüllung Zurückzahlung der gezahlten 2.500.- DM, Ersatz der Fahrkosten für die drei (vergeblichen) Fahrten nach Akerath am 4. und 8. Februar sowie am 11. März 1955 in Höhe von 148,15 DM und Befreiung von den eingegangenen Wechselverbindlichkeiten von insgesamt (noch) 12.451,50 DM zuzüglich aufgelaufener Zinsen, Kosten, Spesen und Provisionen.

Im einzelnen hat er vorgetragen, die Reparatur des Daches (Buchstabe b des Vergleichs), zu der auch die der Dachstreben usw. gehört habe, sowie die Schweißung der äußeren Traverse der Karosserie (e des Vergleiches) seien nicht nur nicht vollständig (Dachstreben usw.), sondern auch nur behelfsmäßig und unsachgemäß vorgenommen. Außerdem habe die Besichtigung des Fahrzeuges weitere Mängel ergeben, die die Fahrbereitschaft und Zulassungsfähigkeit des Fahrzeuges beeinträchtigt hätten. Auch diese habe der Beklagte beseitigen müssen. Im 2. Rechtszuge hat der Kläger schließlich noch geltend gemacht, der Beklagte sei auch seiner Verpflichtung aus Nr. 4 des Vergleiches, sich zu bemühen, den Achsdruck erhöht zu bekommen, nicht nachgekommen.

Der Beklagte behauptet, er habe sämtliche Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage und dem Vergleich erfüllt, und bestreitet, zu weiteren Nachbesserungen, als sie im Vergleich ausdrücklich vorgesehen seien, verpflichtet gewesen zu sein.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Be-

rufung des Klägers war erfolglos. Mit seiner Revision verfolgt er seine Klageanträge weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht legt den Vergleich vom 17. Oktober 1954 dahin aus, der Kläger habe seine Beanstandungen auf diejenigen Mängel beschränkt, zu deren Beseitigung sich der Beklagte unter Nr. 1 Buchstaben a bis i der Vergleichsniederschrift verpflichtet habe. und habe auf die Geltendmachung aller sonstigen bei Vergleichsabschluß vorhandenen und später etwa auftretenden Mängel an dem Omnibus vertraglich verzichtet. Es führt dazu u.a. aus, weil der Vergleich schriftlich niedergelegt worden sei, spräche eine Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des schriftlichen Wortlautes. Diesen legt es allein seiner Auslegung zu Grunde. Es kommt dabei auch zu dem Ergebnis, es käme auf die unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers, bei dem Vergleichspunkt (b) "Das Dach wird dicht gemacht" sei man sich darüber einig gewesen, dazu habe auch die Reparatur der Dachstreben gehört; nicht an, weil das nicht in den Vergleich aufgenommen worden sei (S. 5, 6, 7).

II. Diese Auslegung des Berufungsgerichts hält einer Nachprüfung nicht stand.

1) Es mag dahingestellt bleiben, ob dem Hinweis der Revision darauf, der Beklagte habe den Vergleich im ersten Rechtszuge selbst nicht dahin ausgelegt, daß der Kläger darin auf die Geltendmachung in ihm nicht ausdrücklich

genannter und sogar erst künftiger Mängel verzichtet habe, eine entscheidende Bedeutung zukommt. Der Kläger hatte aber im Schriftsatz vom 28. April 1956 (GA 111 f) ausdrücklich behauptet, im Vergleich wären nur die (damals) äußerlich erkennbaren Mängel beispielhaft aufgeführt, die Parteien wären sich darüber einig gewesen, das Fahrzeug solle in einem, auch einem Gebrauchtfahrzeug entsprechenden Zustand hergerichtet werden; es sollten auch die nicht erkennbaren Mängel behoben werden; bei der Dichtung des Daches würden sie sich darüber einig gewesen, dazu gehöre auch die Reparatur der Dachstreben, die zum Teil herunterhängen, und die des Gepäcknetzes, dessen Träger an diesen Streben befestigt waren, sowie schließlich: "gerade diese Punkte seien bei den Verhandlungen am 17. Oktober 1954 ausdrücklich besprochen worden" und "es sei dem Kläger zugesichert" "Es wird alles in Ordnung gebracht, was an dem Fahrzeug nicht in Ordnung ist." Dafür war als Zeuge der Kaufmann Hans F. benannt. Dieser war von beiden Parteien zu den Vergleichsverhandlungen hinzugezogen worden, hatte in dem Vergleich selbst Verpflichtungen übernommen und hatte ihn auch mit unterschrieben. Solange sich aber der wirkliche übereinstimmende Wille der Parteien im Wege der Beweiserhebung feststellen läßt, ist kein Raum für eine Auslegung (BGH LM BGB § 157 (Gf) Nr. 2, Urt. v. 14. März 1956 VI ZR 336/54 für Bestätigungsschreiben).

Die Ablehnung der Beweiserhebung läßt sich auch nicht mit der Erwägung des Berufungsgerichts rechtfertigen, der Kläger habe außer seiner Behauptung, die Parteien seien sich darüber einig gewesen, der Beklagte habe auch die nicht erkennbaren Mängel beheben müssen, noch klar legen müssen, aus welchem Grunde die Bemerkung der

sich auf die nicht erkennbaren Mängel beziehenden Abrede unterblieben sei, aus welchem Grunde sie also gerade als mündliche Abrede neben dem schriftlichen Vertragstext Geltung haben sollte (S. 6). Zwar kann der Nachweis von Umständen, die erkennbar auf die Geltung der mündlichen Abrede neben der Schrift schließen lassen, von erheblichem Gewicht für die Beweisführung sein, mit der die Unvollständigkeit der Urkunde dargetan werden soll (RGZ 52, 23; 68, 15, 16; vgl. auch RG JW 1912, 237, 238). Indessen hat das Reichsgericht die Auffassung vertreten, es sei nicht gerechtfertigt, als allgemein geltenden Satz aufzustellen, nur durch den Nachweis besonderer Umstände oder Gründe, wegen deren die mündliche Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist, könne die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde entkräftet werden (RGZ 68, 15, 16). Dem ist beizutreten.

2) Die Auslegung des Vergleiches durch das Berufungsgericht im Sinne eines Verzichtes und vor allem im Sinne eines so weitgehenden Verzichtes, wie ihn das Berufungsgericht angenommen hat, unterliegt aber auch sonst rechtlichen Bedenken.

Nach Nr. 1 des Vergleiches soll der Kaufvertrag zwischen den Parteien "bestehen" bleiben und wird er mit Abänderungen "bestätigt". Ob darin etwa ein Neuabschluß zu finden ist, wofür angesichts der Tatsache, daß sich der Kaufantrag vom 30. August 1955 an die Firma F. richtete und daß der Kläger ursprünglich diese Firma als Verkäuferin angesehen hat, einiges sprechen könnte, kann dahingestellt bleiben. Die Übernahme einer Ausbesserungspflicht hat dem Vertrag jedenfalls nicht die Natur eines Kaufvertrages genommen

(BGB RGRK 10. Aufl. § 433 Anm. X a). Den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch nicht zu entnehmen, daß eine Übergabe des Omnibusses an den Kläger (im Sinne der §§ 433 Abs. 1, 446, 459 BGB) stattgefunden hat. Für den 13. September 1954 besteht darüber Einverständnis zwischen den Parteien. Daß später eine Übergabe (Annahme) erfolgt ist, geht aus dem Parteivortrag nicht schlüssig hervor. Durch die Ablehnung der Annahme am 13. September 1954 ist der Kläger aber nicht in Annahmeverzug geraten, weil das Fahrzeug nach dem unstreitigen Sachverhalt damals nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit war. Die Gefahr ist deshalb nicht auf ihn übergegangen (RGZ 53, 70, 73; 63, 297; Staudinger BGB 11. Aufl. § 433 Nr. 100 a, 144). Er hatte einen Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Fahrzeuges (im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den besonderen Vereinbarungen nach Maßgabe des Vergleiches) im Zeitpunkt des Gefahrüberganges und konnte bis dahin noch die allgemeinen Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung des Vertrages schlechthin geltend machen (BGB RGRK aaO § 459 Anm. 2 und 7 A; Staudinger aaO § 433 Nr. 100 a). Vor der Übergabe (Gefahrübergang) war er nicht auf die reinen Gewährleistungsansprüche aus §§ 459 ff BGB beschränkt.

Das Berufungsgericht wird neu zu prüfen haben, ob es hinsichtlich des Verzichtes auf weitergehende Mängel bei seiner Auffassung verbleiben kann. Dabei wird es nicht außer acht lassen dürfen, daß sich bei Abschluß des Vergleiches nicht übersehen ließ, welche Mängel das Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrüberganges aufweisen würde. Davon, daß bis dahin weitere Mängel auftreten konnten, geht aber auch das Berufungsgericht aus, und es ergibt sich auch, worauf die Revision mit Recht ver-

weist, aus dem Gutachten des Diplomingenieurs W [REDACTED] (GA 45). Es wird insbesondere einer näheren Darlegung bedürfen, daß und weshalb der Kläger bereit gewesen sein sollte, "auf später etwa auftretende Mängel" zu verzichten, sowie auch, daß der Beklagte das hat annehmen können. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß keine Vermutung für einen Verzicht spricht und daß sogar ausdrückliche Verzichtsklauseln betr. Gewährleistungs- und ähnlicher Ansprüche im allgemeinen eng auszulegen sind, so daß im Zweifel ein Haftungsausschluß bei nicht erkennbaren Sachmängeln nicht anzunehmen ist (RG HRR 1939 Nr. 550, JW 1937, 2591; JW 1938, 1594, dort für Freizeichnungsklauseln).

B.

Nach den bisherigen Ausführungen konnte das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden. Es ist auch eine Entscheidung der Sache zu Gunsten des Klägers nicht möglich, da diese weiterer tatsächlicher Erörterungen bedarf. Deshalb war das Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung der zu ergänzenden Beweisaufnahme (Zeuge F [REDACTED]) den Vergleich zunächst neu zu würdigen haben, insbesondere auch dahin, was nach dem Willen der Parteien unter "das Dach wird dicht gemacht" und "die Traverse wird ordnungsgemäß instandgesetzt" zu verstehen ist und in welchem Zustand sich sonst der Omnibus nach den besonderen - Vereinbarungen der Parteien und den gesetzlichen Bestimmungen (§ 459 BGB) befinden mußte.

um als vertragsgemäße Erfüllung zu gelten. Der Revision ist dabei darin beizutreten, daß möglicherweise ein Anzeichen dafür, was die Parteien bei Abschluß des Vergleiches übereinstimmend gewollt haben, sein kann, was der damals bei der Firma F. [REDACTED] tätige Kraftfahrzeugmeister S. [REDACTED] (Protokoll vom 10. August 1955) an Reparaturen für erforderlich gehalten hat; denn der Inhaber dieser Firma hat den Vergleich mit abgeschlossen und diese Firma sollte diese Reparaturen auch - im Interesse beider Parteien - ausführen.

II. Dines näheren Eingehens auf die von der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Würdigung der Beweisaufnahme hinsichtlich der sachlichen Mängel des Fahrzeugs erhobenen Verfahrensrügen aus § 286 ZPO bedurfte es nicht. Es kann dem Kläger überlassen bleiben, sein Vorbringen insoweit vor dem Berufungsgericht zu wiederholen. Dieses wird den Sachverhalt einschließlich der bisherigen Beweisaufnahme, wie bereits ausgeführt worden ist, zum Teil unter anderen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten als bisher neu zu würdigen haben. Dabei wird es sich schlüssig werden müssen, ob es der Einholung eines (weiteren) Sachverständigenbeweises bedarf.

III. Soweit der Kläger sich in dem ihm vorbehaltenen Schriftsatz vom 26. April 1956 (GA 111 ff) noch darauf berufen hatte, der Beklagte sei auch seiner Verpflichtung aus Nr. 4 des Vergleiches (Bemühung um Erhöhung des Achsdruckes) nicht nachgekommen, hat das Berufungsgericht sein Vorbringen als verspätet im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO bezeichnet und ist deshalb nicht abschließend darauf eingegangen.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungs-

gericht bei seiner Entscheidung die Begriffe der Prozeßverschleppung oder der groben Nachlässigkeit verkannt hat. Bei der auf jeden Fall erforderlichen neuen Verhandlung hat es Gelegenheit, seine Entscheidung auch insoweit nachzuprüfen. Zu bemerken ist jedoch, daß die weitere Voraussetzung für die Nichtzulassung des neuen Vorbringens, daß dessen Berücksichtigung die Erledigung des Rechtstreites verzögern würde, solange nicht erfüllt ist als im übrigen ohnehin eine Beweisaufnahme erforderlich ist und dabei auch die zu dem neuen Vorbringen etwa erforderliche Beweisaufnahme mit erledigt werden kann. Auch wird das Berufungsgericht die Möglichkeiten aus § 272 b ZPO in Betracht zu ziehen haben.

2. Für die Frage des Achsdruckes könnte materiell-rechtlich von Bedeutung sein, daß in dem (ursprünglichen) Kaufantrag als besondere Vereinbarung angegeben war: "Der Bus hat 37 Sitze". Das würde dafür sprechen können, daß diese Sitzzahl zugesichert werden sollte. Die Nichterfüllung dieser Zusicherung war ein Hauptpunkt in den Bemängelungen des Klägers durch Schreiben vom 13. September 1954. In dem Vergleich heißt es nun zwar, der Kläger solle keinerlei Ansprüche daraus herleiten können, wenn die Bemühungen des Beklagten, den Achsdruck erhöht zu bekommen, damit der Omnibus offiziell im Linienverkehr mit 37 Sitzen zugelassen werden kann, keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht wird aber zu prüfen haben, ob der Beklagte nicht vertragswidrig gehandelt hat, wenn er sich überhaupt nicht entsprechend bemüht hat, und ob er nicht dafür auch einzustehen hat, wenn festgestellt werden kann, daß bei entsprechenden Bemühungen Erhöhung des Achsdruckes mit dem im Schlußsatz der Nr. 4 des Vergleiches vorgesehenen Kostenaufwand von 200.- DM hätte erreicht werden können.

IV. Soweit die Revision hilfsweise darauf gestützt ist, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Betlagte durch die Ersteigerung des Omnibusses im Zwangsvollstreckungsverfahren die verkaufte Sache im Sinne von § 5 des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte wieder an sich genommen habe (vgl. hierzu BGHZ 3, 257; 15, 171; 19, 326; 22, 123), muß sie schon daran scheitern, daß das Fahrzeug dem Kläger nach seinem eigenen Vorbringen nicht übergeben worden ist. Die angeschnittene Frage würde aber vom Berufungsgericht geprüft werden müssen, wenn es bei der erneuten Verhandlung zum Ergebnis kommen sollte, daß doch eine Übergabe stattgefunden hat.

Es wird weiter zu prüfen haben, ob der Weiterverfolgung des Freistellungsanspruches durch den Kläger in Höhe eines Betrages von 2.500.- DM der Rechtsstreit 2 O 226/55 LG Trier (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 15. November 1955 S. 1, 2) entgegensteht.

|              |              |      |
|--------------|--------------|------|
| Dr. Großmann | Dr. Gelhaar  | Artl |
| Dr. Spieler  | Dr. Dorschel |      |