

Verkündet am 17. Dezember 1957
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2321 096

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

In dem Rechtsstreit

der Firma C [REDACTED], Inhaber Willi G [REDACTED], in M [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED].

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die A [REDACTED] S [REDACTED] Strumpffabrik in H [REDACTED] (Schwe-
den), B [REDACTED] gesetzlich vertreten durch Ingenieur J [REDACTED].

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 3. Dezember 1957 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird der Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom
12. Juli 1956 in Höhe eines Betrages von 31.064 DM und
des Gegenwertes von 2.032 Schwedischen Kronen für ver-
lustig erklärt.

Auf die Revision wird das bezeichnete Urteil hinsichtlich
der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als die Be-
rufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Kammer für
Handelssachen des Landgerichts I in München vom 25. April
1956 wegen eines Betrages von mehr als 2.050 - i.W. Zwei-
tausendundfünfzig - DM sofort zu zahlender Rate nebst
5 % Zinsen seit dem 15. Mai 1955 und wegen weiter am
15. November 1955, 15. Mai 1956, 15. November 1956,
15. Mai 1957, 15. November 1957, 15. Mai 1958 und 15. No-
vember 1958 fälliger Raten von mehr als 6.302 - i.W. Sechs-
tausenddreihundertundzwei - DM nebst 5 % Zinsen hierauf
von jedem Fälligkeitstage an sowie hinsichtlich der Kosten
zurückgewiesen worden ist. In diesem Umfange wird die Sa-
che zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen, soweit nachstehend
nicht über die Kosten anderweit entschieden ist.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges und des bisherigen Berufungsverfahrens fallen der Beklagten sieben Zehntel und von den Kosten des Revisionsverfahrens zwei Drittel zur Last. Die Entscheidung über die weiteren Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine schwedische Strumpffabrik, bot der Beklagten, die ebenfalls Strümpfe herstellt, mit Schreiben vom 11. März 1954 eine Anzahl gebrauchter Textilmaschinen der Baujahre 1931 bis 1940 zum Kaufe an. Der Inhaber der Beklagten fuhr darauf nach Schweden und besichtigte dort die Maschinen. Nach diesem Besuch machte die Beklagte mit Schreiben vom 7. Mai 1954 ein neues Angebot. Der Geschäftsführer der Klägerin fuhr sodann zu der Beklagten nach München. Hier wurde der "endgültige Kaufvertrag" vom 18. Mai 1954 geschlossen. Nach diesem Verträge betrug der Gesamtkaufpreis der verkauften Maschinen 84.000 DM. 20.000 DM sollten sofort nach Erhalt der Maschinen, spätestens am 1. Juli 1954 und der Rest in Raten von je 8.000 DM zu den im Verträge festgelegten Zeitpunkten gezahlt werden.

Die Beklagte leistete nur die Anzahlung von 20.000 DM und blieb die weiteren Ratenzahlungen schuldig. Die Klägerin erhob wegen des Restbetrages von 64.000 DM nebst Zinsen Klage im Urkundenprozeß.

Durch Vorbehaltsurteil des Landgerichts wurde die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 8.000 DM und weitere 56.000 DM entsprechend den im Verträge vom 18. Mai 1954 vereinbarten Raten nebst Zinsen zu zahlen.

Im Nachverfahren hat die Beklagte geltend gemacht, sie beanstande von den gelieferten Maschinen eine "Jahreis"-Formmaschine und vier Cotton-Maschinen, nämlich eine Maschine System "Einsiedel", ein Modell HSU, eine Maschine Modell COM 73777 und eine Maschine Modell COM mit der angeblichen Endziffer 07. Bei der "Jahreis"-Formmaschine sei, so hat die Beklagte vorgetragen, ihr von der Beklagten zugesichert worden, daß es sich um eine Maschine mit stehenden Formen handle. In Wirklichkeit



weise die Maschine, wie unstreitig ist, liegende Formen auf. In dieser veralteten Bauart sei sie für die Produktion nicht verwendbar. Sie habe daher nicht den bei Kaufabschluß vorausgesetzten Wert von 8.000 DM, sondern nur einen Schrottwert von 300 DM. Im übrigen habe die Klägerin zugesichert, daß sämtliche Maschinen vollständig und sofort einsatzbereit seien und sich in bestem Zustand befänden. Tatsächlich sei die HSU-Maschine vollständig verrostet gewesen. Bei ihr und bei den anderen Cotton-Maschinen hätten auch zahlreiche wichtige Maschinenteile gefehlt. Zur Anfertigung von Ersatzteilen und zur sonstigen betriebsfertigen Herrichtung habe sie folgende Beträge aufwenden müssen:

Für die Maschine Modell "Einsiedel"	8.000 DM
für die Maschine HSU	7.400 DM
für die Maschine COM 7377	3.836 DM
für die Maschine COM End-Nr.07	<u>6.000 DM</u>
	25.236 DM.

Die Beklagte glaubt, nur einen um 7.700 DM und 25.236 DM, insgesamt also 32.936 DM herabgesetzten Kaufpreis zu schulden.

Das Landgericht hat das Vorbehaltsurteil bestätigt und die Beklagte weiter verurteilt, an die Klägerin den von ihr geltend gemachten Betrag von 2032 skr für ausgelagte Fracht- und Versandkosten zu zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Beklagte hat in voller Höhe Revision eingelegt, nach Anberaumung der Revisionsverhandlung aber das Rechtsmittel zurückgenommen, soweit sie zur Zahlung von mehr als 32.936 DM verurteilt worden ist. In Höhe dieses Betrages nebst Zinsen seit den am weitest zurückliegenden, hilfsweise ganz oder teilweise seit den jüngeren Fällig-

keitsdaten erstrebt sie die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, und, soweit die Beklagte die Revision zurückgenommen hat, diese des Rechtsmittels für verlustig zu erklären.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur zum Teil begründet.

A. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht auf das Vertragsverhältnis der Parteien ohne nähere Begründung deutsches Recht angewendet habe. Sie kann damit aber keinen Erfolg haben.

Die Frage, welches Recht auf einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen einem Inländer und einem Ausländer anzuwenden ist, entscheidet sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 19,110,111) in erster Linie nach dem ausdrücklichen oder stillschweigend erklärten, gegebenenfalls nach dem sogenannten mutmaßlichen Parteiwillen und notfalls nach dem Erfüllungsort. Das Berufungsgericht hat erkennbar angenommen, daß die Parteien nicht den Willen gehabt haben, das Vertragsverhältnis schwedischem Recht zu unterstellen; denn sonst hätte es schwedisches Recht anwenden müssen. Irgendwelche Umstände, die darauf hindeuten, daß für die Ansprüche aus dem Kaufvertrag schwedisches Recht gelten solle, sind auch weder hervorgetreten, noch werden sie von der Revision vorgetragen. Da das Berufungsgericht deutsches Recht anwendet, ohne dabei einen mutmaßlichen Parteiwillen zugrunde zu legen oder auf das Recht des Erfüllungsortes Bezug zu nehmen, geht es ersichtlich davon aus, daß die Parteien stillschweigend das Vertragsverhältnis deutschem Recht haben unterstellen wollen. Bedenken gegen diese Auffassung bestehen nicht. Ein star-

kes Beweiszeichen für diesen Willen der Parteien ist die Tatsache, daß sie beide, ohne Zweifel zu äußern, während des ganzen Verfahrens von der Geltung des deutschen Rechtes ausgegangen sind. Die schwedische Klägerin selbst hat die Vertragspflichten der Beklagten im Schriftsatz vom 24. November 1955 ausdrücklich nach der Vorschrift des § 347 des deutschen Handelsgesetzbuches beurteilt wissen wollen. Die Beklagte andererseits hat, ohne daß die Klägerin dem widersprochen hätte, ihre Gegenrechte im Schriftsatz vom 3. Oktober 1955 auf die §§ 462, 463, 478 BGB gestützt. Aus diesem Prozeßverhalten kann rückwirkend geschlossen werden, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages ihre Beziehungen der deutschen Rechtsordnung haben unterstellen wollen. Als zwar nicht entscheidende, aber doch unterstützende Merkmale treten hinzu, daß der Vertrag in München geschlossen worden ist und daß das Entgelt für die Maschinen in Deutscher Mark vereinbart worden ist (vgl. BGH LM Internationales Privatrecht-Allgemeines Nr. 1; RGZ 118, 282, 283; 152, 213).

B. I. Die "Jahreis"-Maschine.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe den Beweis, daß die Klägerin zugesichert habe, es handle sich um eine Maschine mit stehenden Formen, nicht geführt. Die Beklagte habe zwar in der Berufungsbegründung erstmalig den Sohn ihres Inhabers Horst G. als Zeugen für die behauptete Zusicherung benannt. Dieses Beweismittel habe nicht zugelassen werden können, da sie aus grober Nachlässigkeit den Zeugen nicht schon im ersten Rechtszuge benannt habe und die Berücksichtigung des Beweismittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde.

Der Revision ist zuzugeben, daß gegen diese Erwägung rechtliche Bedenken bestehen. Wie der Bundesgerichtshof wiederholt hervorgehoben hat, kann von einer Verzögerung des Rechtsstreits durch Zulassung eines neuen Beweismittels nicht gesprochen werden, wenn sich im Wege der vorbereitenden Anordnung nach § 272 b ZPO eine Beweisaufnahme noch im Verhandlungstermin ermöglichen läßt. Da der Zeuge, auf den sich die Beklagte berufen hatte, am Sitz des Berufungsgerichts wohnte, liegt die Annahme nahe, daß er zum Verhandlungstermin hätte geladen werden können. Angesichts dieser dem Berufungsgericht eingeräumten Befugnis hätte näher begründet werden müssen, weshalb bei Zulassung des Beweismittels eine Verzögerung des Rechtsstreits eingetreten wäre (vgl. BGH Urt. v. 11. November 1954 - III ZR 100/53 - und Urt. v. 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 - LM ZPO § 272 b Nr. 2 und 3; Urt. v. 1. Oktober 1957 - VI ZR 225/56 -; ferner Urteil des erkennenden Senats vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 -).

2. Auf diesem Verfahrensverstöß beruht die Entscheidung jedoch nicht.

Das Berufungsgericht stellt fest, der Inhaber der Beklagten habe nach Verladen der Maschinen im Juni 1954 von dem früheren Werkmeister der Klägerin L. erfahren, daß es sich bei der "Jahreis"-Maschine um eine solche mit liegenden Formen handle. Diesen ihm bekannt gewordenen Mangel habe die Beklagte erst mit Schreiben vom 28. Dezember 1954 beanstandet. Das Berufungsgericht hält danach die der Beklagten nach § 377 HGB obliegende Rügepflicht für versäumt. Mit dem Einwand, die Klägerin habe den Mangel arglistig verschwiegen, will es die Beklagte deshalb nicht hören, weil eine Vernehmung des zu diesem Punkt erst im zweiten Rechtszuge benannten Zeugen Horst G. die Beseitigung des Rechtsstreites verzögern würde.

Der Erwägung des Berufungsgerichts, mit der es eine Vernehmung des Zeugen [REDACTED] ablehnt, stehen zwar die schon oben erörterten Bedenken entgegen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen indessen die Verurteilung der Beklagten auch aus einem anderen Rechtsgrunde: Das Berufungsgericht führt im einzelnen aus, der Inhaber der Beklagten habe, nachdem er auf der Rückreise von Schweden erfahren habe, daß es sich bei der gelieferten Maschine um eine solche mit liegenden Formen handle, mit Schreiben vom 28. Juni 1954 an die Übersendung von Zubehörteilen dieser Maschine erinnert, die mit Frachtgut nach München geschickt werden müßten. Offensichtlich habe sich danach die Beklagte auf Grund der Eröffnung des Zeugen L [REDACTED] nicht durch die Klägerin getäuscht gefühlt, da sie sonst nicht die fehlenden Teile nachgefordert, sondern die Maschine sofort zurückgewiesen und sich über die angeblich begangene arglistige Täuschung ausgelassen hätte. Nach diesen Feststellungen hat die Beklagte die "Jahreis"-Maschine in Kenntnis ihres Mangels als Erfüllung angenommen. Indem nach Empfang der Maschine gezeigten Verhalten der Beklagten sieht das Berufungsgericht erkennbar die Erklärung, daß sie die Maschine als die ihr geschuldete Leistung annehme, um sie zu behalten. Daß die Maschine nicht die Eigenschaft aufgewiesen hat, die die Klägerin der Beklagten zugesichert haben soll, stünde einer Annahme als Erfüllung nicht entgegen. Es genügt, daß der Gläubiger zu erkennen gibt, er erkenne die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende an (RGZ 109, 295, 296). Allerdings folgt aus dem Umstande allein, daß der Gläubiger nach dem Empfang einer Leistung schweigt, nicht ohne weiteres eine Annahme als Erfüllung (RGZ 66, 279, 284). Hier hat die Beklagte indessen nicht nur monatelang geschwiegen, sondern hat, ohne die angeblich nicht vertragsgemäße Form zu beanstanden, die Nachsendung besonderer Teile verlangt.

Nimmt der Käufer aber eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm nach § 464 BGB Gewährleistungsansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält. Diese Vorschrift greift auch bei dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften und bei arglistigem Verschweigen ein (RGZ 101, 64, 73; RG HRR 1934 Nr. 1193; BGB-RGRK 10. Aufl. § 464 Anm. 4; Staudinger BGB 11. Aufl. § 464 Nr. 13) und gilt unbeschränkt neben der Bestimmung des § 377 HGB (RGZ 64, 236, 237; Schlegelberger 3. Aufl. HGB § 377 Nr. 16). Da die Beklagte unstreitig einen Vorbehalt wegen der Gestaltung der Maschine nicht gemacht hat, kann sie den Kaufpreis wegen der beanstandeten Form der Maschine nicht mindern. Darauf, ob ihr stehende Formen zugesichert gewesen sind und ob die Klägerin sie etwa arglistig getäuscht hat, kommt es nicht an.

Hinsichtlich dieser Maschine kann die Beklagte auch nicht mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages gehört werden. Wenn die Maschine statt angeblich zugesicherter stehender Formen liegende aufwies, so hätte es sich um einen Mangel im Sinne der §§ 459 ff. BGB gehandelt. Mindestens nach Annahme der Kaufsache ist der Käufer aber auf die Gewährleistungsansprüche beschränkt (RGZ 66, 332, 333; BGB-RGRK § 459 An. 7 Ba; Staudinger BGB 11. Aufl. § 462 Nr. 21).

3. Was die unstreitig in Schweden zurückgebliebenen Formen für die "Jahreis"-Maschine betrifft, so hat das Berufungsgericht der Beklagten ein Recht zur Minderung versagt, da die Klägerin ihr die angemerkten Formen im Laufe des Rechtsstreits zur Verfügung gestellt, die Beklagte aber selbst kein Interesse mehr gezeigt habe, offenbar weil sie die Maschine für wertlos erachte. Diese Auffassung wird von der Revision nicht angegrif-

fen Sie zeigt auch keinen Verstoß gegen materielles Recht. Da die Beklagte, wie ausgeführt, sich nicht mehr darauf berufen kann, daß die Maschine für sie unbrauchbar sei, darf sie mit dieser Begründung auch nicht die Abnahme der zu der Maschine gehörigen Formen verweigern. Lehnt sie aber die Abnahme der Formen grundlos ab, so kann sie ein Recht, die Zahlung des für Maschine und Formen vereinbarten Kaufpreises zu verweigern, nicht daraus herleiten, daß ihr die Formen nicht geliefert worden sind.

II. 4 Cotton-Maschinen.

1. HSU-Maschine.

Die Angriffe der Revision müssen auch erfolglos bleiben, soweit sie sich dagegen wenden, daß der Beklagten ein Minderungsanspruch wegen der HSU-Maschine nicht zugebilligt worden ist.

Das Berufungsgericht versagt der Beklagten in erster Linie einen Anspruch, weil nicht erwiesen sei, daß die Klägerin die Zusicherung gegeben habe, die Cotton-Maschinen seien vollständig und einsatzbereit. Ob diese Auffassung rechtlich unangreifbar ist, bedarf an dieser Stelle keiner Nachprüfung. Die Entscheidung wird schon durch die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts getragen: Es sieht als erwiesen an, der Inhaber der Beklagten habe in Schweden selbst festgestellt, daß die HSU-Maschine verrostet sei. Ihm sei bekannt gewesen, daß die Maschine etwa zwei Jahre lang auf einem Hof uneingedeckt jeder Witterung ausgesetzt gewesen und sich daher in völlig verrostetem Zustande befunden habe. Diese Feststellungen sind für das Revisionsgericht bindend. Sie werden von der Revision auch nicht ausdrücklich angegriffen. Sie führt zwar allgemein aus:

eine Prüfung der Einzelteile der Maschine habe nicht stattfinden können, weil viele Teile in Kisten verpackt gewesen seien. Sollte sich diese Entgegnung auch auf die HSU-Maschine beziehen, so läge darin ein Angriff gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, mit denen die Revision nicht gehört werden kann. Wenn das Berufungsgericht die rechtliche Folgerung zieht, die Klägerin habe nach § 460 BGB die dem Inhaber der Beklagten bei Kaufabschluß bekannten Mängel nicht zu vertreten, so ist das bedenkenfrei. Im übrigen hat, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, die Beklagte die Mängel erst mit ihrem Schreiben vom 28. Dezember 1954 beanstandet. Das Berufungsgericht nimmt deshalb auch zutreffend an, daß die Rüge nicht rechtzeitig erfolgt und ein Gewährleistungsanspruch nach § 377 HGB ausgeschlossen ist.

In ihren Schreiben vom 24. Juli 1954, 12., 24., 27. und 31. August 1954 sowie vom 3. September 1954 hat die Beklagte zwar die Übersendung fehlender Teile der HSU-Maschine angemahnt. Sie hat im Rechtsstreit aber keine Angaben gemacht, welche Beträge sie für den Ersatz fehlender Teile aufgewendet habe. Die zur Instandsetzung der HSU-Maschine erforderlichen Kosten hat sie nur allgemein auf 7.400 DM geschätzt und hat sich hierfür auf das von ihr eingereichte Gutachten des Ingenieurs M. bezogen. Dieses läßt sich aber nur über Schäden aus, die die Maschine durch Lagerung im Freien davongetragen hat, und gibt sie mit 7.420 DM an. Der Vortrag der Beklagten läßt daher jede substantiierte Darstellung darüber vermissen, welche Maschinenteile gefehlt haben und wie hoch sich deren Wert bemißt. Das Berufungsgericht hat deshalb im Ergebnis zutreffend einen Anspruch der Beklagten auch insoweit verneint, als er etwa darauf gestützt worden sein sollte, daß der HSU-Maschine ein-

zelne zu ihrem Betriebe erforderliche Teile gefehlt hätten.

Auch hinsichtlich der HSU-Maschine ist daher für die Einrede des nichterfüllten Vertrages kein Raum.

2. Maschine Modell "Einsiedel".

Hinsichtlich dieser Maschine trägt die Beklagte im Schriftsatz vom 3. Oktober 1955 vor, ihr hätten maschinenbildende Teile gefehlt. Aus den Briefen der Beklagten vom 12., 24. und 27. August 1954, auf die sie sich berufen hat, ergibt sich, daß es sich um 48 breite Decker und 12 Kantendecker gehandelt hat. Zu ihrer Neubeschaffung will sie etwa 8.000 DM aufgewendet haben.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe nicht bewiesen, daß die Klägerin die Vollständigkeit und Einsatzbereitschaft der Cotton-Maschinen zugesichert habe. Soweit es sich um die der "Einsiedel"-Maschine fehlenden Teile handelt, kommt es indessen auf eine besondere Zusicherung der Klägerin über die Vollständigkeit der Maschine nicht an. Auch ohne Zusicherung hat die Klägerin dafür einzustehen, daß der "Einsiedel"-Maschine keine wesentlichen Teile fehlten, ohne die sie zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht tauglich war.

Das Berufungsgericht begründet seine Entscheidung damit, die Beklagte könnte aus dem Fehlen von Maschinenteilen keine Rechte herleiten. Soweit der Verlust während des Transportes entstanden sei, habe die Klägerin, da es sich um einen Versendungskauf gehandelt habe, ihn nicht zu vertreten. Soweit Teile bereits beim Versand gefehlt haben sollten, habe die Beklagte selbst erklärt, den Beweis hierfür "nur sehr schwer" führen zu können.

Damit, daß die Klägerin selbst eingeräumt habe, daß Maschinenteile noch in Schweden lägen, habe sie nicht zugestanden, daß sich noch weitere Teile als die oben erwähnten 180 Formen der "Jahreis"-Maschine bei ihr befänden.

Diese Auffassung wird von der Revision im Ergebnis mit Recht angegriffen. Darin, daß das Berufungsgericht die Verteilung der Beweislast verkannt habe, kann ihr allerdings nicht gefolgt werden. Die Revision meint, die Klägerin habe einen Anspruch auf den Kaufpreis erst, wenn sie den Kaufvertrag vertragsgemäß erfüllt habe. Fordere sie den Kaufpreis, müsse sie daher die vollständige und mangelfreie Lieferung beweisen. Das trifft unter den Umständen, unter denen die "Einsiedel"-Maschine geliefert ist, aber nicht zu. Die Beklagte hat nicht unabhängig vom Erwerb der Maschine zusätzlich die Decker und Kantendecker als Einzelteile gekauft. Diese Gegenstände sind vielmehr nach der Darstellung der Klägerin Teile der von ihr gekauften "Einsiedel"-Maschine, ohne die sie nicht betriebsfähig ist. Die Beklagte hat dementsprechend auch ausdrücklich vorgetragen, daß sie den Kaufpreis der Maschine wegen des Fehlens der Decker und Kantendecker "mindern" wolle, daß sie also die "Einsiedel"-Maschine als fehlerhaft ansehe. Sie kann also nicht geltend machen, ein über die Decker geschlossener Kaufvertrag sei nicht erfüllt, sondern allenfalls, der Kaufvertrag über die "Einsiedel"-Maschine sei nicht vollständig erfüllt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit aus dem Fehlen von Maschinenteilen neben Gewährleistungsansprüchen auch Ansprüche wegen Nichterfüllung hergeleitet werden können. In keinem Falle trüge die Klägerin die Beweislast, daß der gelieferten Maschine die Decker nicht gefehlt haben. Nach § 363 BGB trifft den Gläubiger, der eine ihm als

Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie unvollständig gewesen sei. Diese Bestimmung findet nicht nur Anwendung, wenn der Gläubiger, der aus einem gegenseitigen Vertrage auf die Gegenleistung in Anspruch genommen wird, die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages erhebt, sondern auch, wenn der Käufer Gewährleistungsansprüche nach §§ 459 ff. BGB geltend macht (RGZ 95, 117, 119; 109. 295, 296; Staudinger BGB, 11. Aufl., § 459 Nr. 85; HGB-RGEK, 1. Aufl., § 377 Nr. 128). Als Erfüllung hat nach dem unstreitigen Sachverhalt die Beklagte auch die "Einsiedel"-Maschine angenommen; denn sie will sie als die ihr geschuldete Leistung behalten und will nur den Kaufpreis mindern. Beim Versendungskauf hat der Käufer, da der Verkäufer für Mangelfreiheit nur zur Zeit des Gefahrenüberganges einzustehen hat, zu beweisen, daß der Mangel im Augenblick der Auslieferung an den Beförderungsunternehmer vorhanden war (Rosenberg, Die Beweislast, 4 Aufl. S. 352; Oertmann, Recht 1908, 345, 348). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte also grundsätzlich die Beweislast dafür, daß die "Einsiedel"-Maschine schon bei der Versendung in Schweden unvollständig gewesen ist. Ob der Gefahrübergang sich etwa, weil Beförderung bis zur deutschen Grenze zu Lasten des Verkäufers vereinbart war, auf den Zeitpunkt verschoben hat, als die Sendung die deutsche Grenze überschritt, kann dahingestellt bleiben. Daß die fehlenden Teile während des Transportes in Schweden verloren gegangen seien, ist von keiner Seite auch nur in Erwägung gezogen worden.

Trotzdem greift die Revision mit Recht die Ausführungen des Berufungsgerichts an, mit denen es seine Auffassung begründet, die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis nicht geführt. Der Beweis, daß die verkaufte Ware einen Mangel bereits bei der Absendung aufgewiesen habe,

ist in vielen Fällen für den Verkäufer schwierig. Oertmann (aaO) spricht geradezu von einer probatio diabolica. Nichts anderes meint auch die Beklagte, wenn sie in der Berufungsbegründung sagt, natürlich könne hinsichtlich des Einzelstückes der Beweis nur sehr schwer geführt werden. Es geht daher fehl, wenn das Berufungsgericht hierin zum Nachteil der Beklagten das Eingeständnis finden will, den Beweis nicht führen zu können. Steht fest, daß die übersandte Ware bei der Ankunft mangelhaft ist, so erfordert die Schwierigkeit des Beweises gerade die Prüfung, ob nicht aus diesem Zustand nach der Erfahrung des Lebens darauf geschlossen werden muß, daß die Ware schon bei der Auslieferung an den Beförderungsunternehmer mangelhaft gewesen ist (Oertmann aaO). Ähnlich meint Rosenberg (aaO), daß sehr oft schon der Beweis der Mangelhaftigkeit bei der Ankunft ausreiche, so daß der Verkäufer als Gegenbeweis die Entstehung des Mangels auf dem Transport durch den Beweis der Absendung in mangelfreiem Zustand dartun müsse. In dieser Richtung hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Erwägungen angestellt, obwohl der unstreitige Sachverhalt und der Vortrag der Parteien dazu genötigt hätten. Auf die wiederholten Bitten der Beklagten in dem mit der Klägerin geführten Schriftwechsel, ihr die 48 breiten Decker und die 12 Kantendecker zu übersenden, hat die Klägerin nämlich nicht etwa bestritten, diese noch im Besitz zu haben. Sie hat mit Schreiben vom 17. September 1954 nur erklärt, die Beklagte hätte selbst darauf achten müssen, daß alles was zu den Maschinen gehöre, mit abgesendet werde, und hat mit Schreiben vom 1. Oktober 1954 den Zeugen L. um genaue Angabe gebeten, welche Teile fehlten, damit sie die Teile für ihn heraussuchen könne. Betreffs der 48 breiten Decker und 12 Kantendecker hatte die Beklagte schon in den Schreiben vom 12. August 1954 und 24. August 1954 genau angegeben, wo diese Teile angeblich noch lagerten. Auch das

Vorbringen der Beklagten im Rechtsstreit kann nur dahin verstanden werden, daß sie behauptete, diese Teile seien im Besitz der Klägerin verblieben. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin sich nicht damit begnügen, im Schriftsatz vom 24. November 1954 grundsätzlich zu bestreiten, daß Teile fehlten. Sie hätte sich nach § 138 Abs.1 und 2 ZPO darüber erklären müssen, ob sie im Besitz der vermißten Teile sei. Der Umstand, daß die Klägerin es an einer solchen Erklärung hat fehlen lassen, hätte das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, ehe es von der Möglichkeit ausging, daß diese Teile auf dem Transport abhanden gekommen seien. Die Tatsache allein, daß die Klägerin nicht ausdrücklich zugestanden hat, noch weitere Einzelteile als die 180 Formen der "Jahreis"-Maschine zu besitzen, besagt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts zu Lasten der Beklagten. Das Berufungsgericht hätte im Gegenteil erwägen müssen, ob das Zurückbleiben der 180 Formen nicht gerade ein Beweisanzeichen dafür ist, daß auch ganze Posten anderer Teile bei der Verladung übersehen sein können. Das Berufungsgericht hätte ferner prüfen müssen, ob die Art der Beförderung einen Verlust nach der Verladung wahrscheinlich macht. Unstreitig waren sämtliche Kleinteile der versandten Maschinen in Kisten verpackt und sämtliche Maschinenteile sodann in sechs Eisenbahnwaggons verladen worden. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 19. März 1956 zwar in anderem Zusammenhang das Schreiben der Beklagten vom 28. Juni 1954 überreicht, in dem es heißt: "Nebenbei möchte ich bemerken, daß die Waggons durch die russ. Zone gingen, eine Reihe von Kisten waren geöffnet." Einen Diebstahl schließt die Beklagte aber in dem weiteren Satz dieses Schreibens aus: "Augenscheinlich hat nichts gefehlt und ich hoffe, daß sich bei der Montage auch nichts Zusätzliches herausstellt." Unter dem Gesichtspunkt, daß es sich bei den fehlenden 48 breiten Decker und 12 Kanten-

decker um ganze Posten von Teilen, über deren Größe übrigens nichts gesagt ist, nicht aber um Einzelstücke, die leicht verloren gegangen sein könnten, handelt, brauchte möglicherweise auch die Bekundung des Zeugen L. es sei möglich, daß bei dem Transport auch Teile zu Verlust gegangen seien, es seien sehr viele Teile verbogen und zerbrochen, nicht zum Nachteil der Beklagten gewürdigt zu werden. Es steht nicht fest, daß der Zeuge mit den Teilen nicht nur Einzelstücke gemeint hat.

Da die Möglichkeit besteht, daß das Berufungsgericht bei einer erschöpfenden Würdigung des gesamten Streitstoffs zu einer anderen Beweiswürdigung gelangt wäre, mußte das Berufungsurteil, soweit es die Ansprüche hinsichtlich der "Einsiedel"-Maschine betrifft, aufgehoben werden.

3. 2 Cotton-Maschinen COM.

a) Die Beklagte hat vorgetragen, die Maschinen seien so ausgelaufen gewesen, daß sie entgegen der Zusicherung der Klägerin nicht ohne vollständige Überholung hätten eingesetzt werden können. Diesen Zustand der Maschinen legt auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde. Es führt jedoch aus, dem Inhaber der Beklagten seien auf Grund der Besichtigung der Maschinen und der Angaben im Angebot sämtliche für die Beurteilung der Maschinen maßgebenden Umstände bekannt gewesen, daß nämlich die Maschinen aus den Jahren 1931 bis 1937 (die beiden hier in Rede stehenden sind wohl aus dem Baujahr 1933) stammten, daß sie nach teilweise über zwanzigjährigem Betrieb im Jahre 1952 demontiert worden seien und seitdem unbenutzt gelegen hätten. Danach müsse ihm als Inhaber einer Fachfirma die Notwendigkeit erheblicher Überholungsarbeiten bekannt gewesen sein. Die Klägerin habe die Mängel daher gemäß § 460 BGB nicht zu vertreten.

b) Schon dieser Ausgangspunkt begegnet rechtlichen Bedenken. Wenn der Inhaber der Beklagten die Maschinen als durch langjährigen Gebrauch abgenutzte, wegen Unbrauchbarkeit demontierte erwarb, so läge kein Mangel vor; vielmehr wäre von vornherein der Vertragszweck dahin gegangen, Maschinen zu erwerben, die nach ihrer Beschaffenheit nicht einsatzfähig waren. Das würde allerdings im Ergebnis mit der Auffassung des Berufungsgerichts übereinstimmen, daß die Klägerin für den Zustand der Maschinen nicht einzustehen habe. Die Feststellung, daß dem Inhaber der Beklagten die Umstände, aus denen auf die Unbrauchbarkeit der Maschinen zu schließen gewesen wäre, bekannt gewesen seien, beruht aber, wie die Revision zutreffend rügt, auf einem Verfahrensverstoß. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, daß die Besichtigung der Maschinen nur ein bis zwei Stunden gedauert habe, da die Kisten mit den Maschinenteilen bereits verpackt gewesen seien. Es ist also zu unterstellen, daß dem so gewesen ist. Dann aber kam es entscheidend auf die Behauptung der Beklagten an, die Klägerin habe mehrfach zugesichert, daß die Maschinen vor kurzem überholt und so, wie sie verkauft würden, sofort einsatzfähig seien. Denn wenn eine solche Erklärung abgegeben wurde, hätte der Inhaber der Beklagten möglicherweise trotz des Alters der Maschinen und ihrer Abnutzung annehmen können, daß er sie ohne wesentliche Neuüberholung einsetzen könne. Daß die Klägerin selbst sie nicht mehr verwenden wollte, hätte eine solche Annahme nicht ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht hat die erwähnte Zusicherung nicht für erwiesen angesehen. Soweit es sich darauf bezieht, daß die in dem ursprünglichen Angebot vom 11. März 1954 enthaltenen Worte: "Die Maschinen sind in sehr gutem Zustande" im zweiten Angebot vom 7. Mai 1954 und im

endgültigen Kaufvertrag vom 18. Mai 1954 nicht wiederkehren, wird indessen schon diese Erwägung von der Revision mit Recht als unzureichend angegriffen. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß im Schreiben vom 7. Mai 1954 die Cotton-Maschinen "laut früherer Offerte" angeboten und im endgültigen Kaufvertrag unter derselben Klausel verkauft worden sind. Hiermit hätte das Berufungsgericht sich auseinandersetzen müssen. Im übrigen lehnt es eine Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen L., A. und Horst G. darüber, daß eine mündliche Zusicherung erfolgt sei, ab, weil schon das Landgericht den Antrag auf Vernehmung der Zeugen A. und L. gemäß § 279 ZPO wegen verspäteter Benennung zurückgewiesen habe, und die Vernehmung dieser Zeugen und die des erstmalig im zweiten Rechtszuge benannten Zeugen Horst Gitzel die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Die Ablehnung des Beweisantrages verstößt aber, wie schon oben ausgeführt, gegen die Verfahrensvorschriften der §§ 272 b, 286 ZPO, deren Verletzung die Revision zutreffend rügt. Die Zeugen L. und Horst G. hatten ihren Wohnsitz in M., der Zeuge A. in I.. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb eine Ladung dieser Zeugen im Wege prozeßleitender Verfügung zum Verhandlungstermin nicht hätte möglich sein können und durch ihre Vernehmung eine Verzögerung der Entscheidung eingetreten wäre.

c) Auf die Vernehmung der Zeugen wäre es auch dann angekommen, wenn der schlechte Zustand der Cotton-Maschinen COM etwa einen Mangel im Sinne des § 459 BGB darstellte. Wenn eine Beweisaufnahme die Behauptung der Beklagten bestätigt hätte, daß die Klägerin zugesichert habe, sämtliche Maschinen seien erst kürzlich überholt worden, so hätte das Berufungsgericht kaum zu dem Schluß gelangen

können, dem Inhaber der Beklagten sei der Abnutzungszustand der Maschinen bekannt gewesen. Waren, was das Berufungsgericht offensichtlich als zutreffend unterstellt, die Maschinenteile bei der Besichtigung, für die nur kurze Zeit zur Verfügung gestanden haben soll, schon in Kisten verpackt und hatte die Klägerin solche Zusicherungen gegeben, so hätte die Erwägung nahegelegen, daß dem Inhaber der Beklagten die Mängel der Cotton-Maschinen allenfalls infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben seien. Dann aber wären der Beklagten angesichts der Zusicherungen die Gewährleistungsansprüche nach § 460 Satz 2 BGB erhalten geblieben.

d) Das Berufungsgericht läßt sich nicht darüber aus, ob die Beklagte einen Mangel der Cotton-Maschinen rechtzeitig gerügt hat. Aus dem überreichten Schriftwechsel ist eine Rüge nicht zu ersehen, doch behauptet die Beklagte im Schriftsatz vom 19. März 1956, der Inhaber der Beklagten habe sich nach Kenntnis des Zustandes der Maschinen sofort an den gesetzlichen Vertreter der Klägerin gewandt. Dieser habe damals zugesagt, spätestens im Sommer persönlich nach München zu kommen, um hier die geltend gemachten Beschwerden an Ort und Stelle zu klären. Sollte die Beklagte die Rügepflicht verletzt haben, würde es auch unter einem weiteren Gesichtspunkt auf eine Tornehmung der Zeugen ankommen. Die Darstellung der Beklagten geht dahin, der gesetzliche Vertreter der Klägerin J. habe trotz Kenntnis des Zustandes der Maschinen sie gegenüber der Beklagten als kürzlich überholt und einsatzfähig bezeichnet, er habe im einzelnen mit L. besprochen, daß eine Überholung sich nicht lohne und habe L. vor dem Besuch des Inhabers der Beklagten ausdrücklich aufgefordert, er solle die zum Verkauf anstehenden Maschinen loben, da er sie sonst nur verschrotten könne. Sind diese unter Beweis gestellten

Behauptungen richtig, so könnte die Klägerin sich einer arglistigen Täuschung schuldig gemacht haben. Einer Rüge hätte es alsdann nach § 377 Abs.4 HGB nicht bedurft.

Das Urteil mußte daher, auch soweit es die Minderungsansprüche hinsichtlich der Cotton-Maschinen COM betrifft, aufgehoben werden.

III. Bei der Minderung, welche die Beklagte vor dem Berufungsgericht ausdrücklich als Rechtsbehelf geltend gemacht hat, wäre, da sie höchstens wegen der "Einsiedel"-Maschine und der beiden Cotton-Maschinen stattfinden kann und sämtliche Maschinen zu dem Gesamtpreis von 84.000 DM verkauft worden sind, nach § 472 Abs.2 BGB bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Maschinen zugrunde zu legen. Die Beklagte geht unwidersprochen davon aus, daß der Wert der Maschinen in mangelfreiem Zustande dem Kaufpreis entspricht. Der Betrag, auf den der Kaufpreis herabzusetzen wäre, würde sich deshalb nach dem wirklichen Wert aller Maschinen richten. Die Beklagte will den wirklichen Wert nach der Höhe der Aufwendungen bestimmen, die sie zur Wiederherstellung der Maschinen getroffen habe. Dieser Ausgangspunkt ist zwar im allgemeinen verfehlt. Immerhin können Reparaturkosten den Minderwert darstellen, wenn der Kaufpreis dem wirklichen Wert der Ware in fehlerfreiem Zustande gleichkommt und die Kosten den Betrag nicht übersteigen, der nötig wäre, um den Zustand herzustellen, in dem der Käufer die Ware zu erwerben glaubte (Staudinger BGB 11.Aufl. § 472 Nr.1). So will die Beklagte offenbar ihre Berechnung auch verstanden wissen. Ihre Angaben als richtig unterstellt würden sich der Wert der "Einsiedel"-Maschine um 8.000 DM, der Wert der beiden Cotton-Maschinen um 3.836 DM und 6.000 DM mindern. Der Gesamtwert wäre danach höchstens.

um 17 836 DM auf 66.164 DM herabzusetzen. Wenn ein Teil des Kaufpreises gezahlt, der andere aber gestundet und in Raten zu zahlen ist, so ist eine verhältnismäßige Minderung sowohl am bezahlten wie am gestundeten Teil erforderlich (Staudinger BGB 11.Aufl. § 472 Nr.10). Eine solche verhältnismäßige Minderung ergibt im vorliegenden Fall, daß die Beklagte mindestens anstelle von 20.000 DM Anzahlung 15.750 DM sofort und anstelle von acht Raten zu je 8.000 DM eine Rate von 6.300 DM und sieben weitere Raten von je 6.302 DM hätte zahlen müssen. Da die Beklagte jedoch bei Empfang der Maschinen 20.000 DM bezahlt hat, hätte sie, die Richtigkeit ihres Vorbringens unterstellt, 4.250 DM zuviel gezahlt. Sie hätte als erste Rate mithin nur noch $(6.300 \text{ weniger } 4.250 =) 2.050 \text{ DM}$ geschuldet. Eine derartige Verteilung auf Anzahlung und Raten müßte nach Treu und Glauben aber auch erfolgen, wenn die Beklagte etwa für berechtigt zu halten wäre, wegen des Fehlens der Decker zur "Einsiedel"-Maschine in Höhe von 8.000 DM nicht zu mindern, sondern auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages insoweit die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern.

IV. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben, soweit es die Berufung der Beklagten wegen eines Betrages von mehr als 2.050 DM der am 15. Mai 1955 fällig gewesenen Rate und wegen der weiteren Ratenbeträge in Höhe von mehr als 6.302 DM nebst dem von den jeweiligen Fälligkeitstagen an geschuldeten Zinsen zurückweist. In diesem Umfange war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In Höhe von 31.064 DM war die Beklagte, da sie insoweit die Revision zurückgenommen hat, auf den Antrag der Klägerin des Rechtsmittels nach §§ 566, 515 ZPO für verlustig zu erklären.

V. Da feststeht, daß die Klägerin mit ihrem in den beiden ersten Rechtszügen geltend gemachten Klagebegehren auf Zahlung von 64.000 DM und des auf rund 1.650 DM anzunehmenden Wertes von 2.032 skr mindestens in Höhe von $(46.164 + 1.650 =) 47.814$ DM durchdringt, waren der Beklagten unter Aufhebung des angefochtenen Urteils im Kostenpunkt nach §§ 91, 97 ZPO sieben Zehntel der Kosten der ersten beiden Rechtszüge aufzuerlegen. Die Revision hat die Beklagte zum Teil zurückgenommen. Es war daher angemessen, ihr von den Kosten des Revisionsverfahrens nach §§ 97, 566, 515 Abs. 3 ZPO zwei Drittel aufzuerlegen. Über die weiteren Kosten der ersten beiden Rechtszüge wird das Berufungsgericht zu entscheiden haben. Ihm ist auch die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens übertragen worden.

Dr. Großmann Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner