

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 319/75

URTEIL

Verkündet am
19. Januar 1977
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W[REDACTED], Da[REDACTED] und We[REDACTED] KG, vertreten durch
den persönlich haftenden Gesellschafter Klemens We[REDACTED]
in No[REDACTED], Kreis V[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Gärtner Johann He[REDACTED] in E[REDACTED]-K[REDACTED]-Ne[REDACTED],
Ne[REDACTED]'sche Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1977 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Wolf, Merz und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 11. April 1975 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger - von Beruf Gärtner - betrieb u.a. drei Gewächshäuser mit einer Grünfläche von je 500 qm, die bis zum Herbst 1969 von außerhalb der Gewächshäuser aufgestellten Warmwasser-Kokszentralheizungen beheizt wurden. Mit der Absicht, die Erzeugung von Schnittblumen (Rosen) in den Wintermonaten zu intensivieren, bestellte der Kläger im Sommer 1969 bei der Beklagten drei innerhalb der Gewächshäuser aufzustellende ölgefeuerte Warmluftheizungen zum Preise von insgesamt 24 435,54 DM zuzüglich Montagekosten, die ihm mit 1 471,31 DM in Rechnung gestellt wurden. Die Auftragsbestätigung der Beklagten vom

- 3 -

8. August 1969 enthielt auf Wunsch des Klägers folgenden maschinenschriftlichen Zusatz:

"Wir garantieren für diese Anlage wärmetechnisch und auch funktionstechnisch!"

Außerdem war in der Auftragsbestätigung formularmäßig auf die rückseitig abgedruckten Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten Bezug genommen, die zur Gewährleistung folgendes bestimmen:

" 6.

Mängelrügen hat der Käufer innerhalb von 8 Tagen nach Eintreffen der Ware am Bestimmungsort schriftlich ... zu erheben. Andernfalls gelten die Waren als einwandfrei abgenommen.

7.

Für unsere Erzeugnisse übernehmen wir für sachgemäße Ausführung der Arbeiten und für die Güte des verarbeiteten Materials unter Ausschluß aller weiteren Gewährleistungsansprüche, soweit gesetzlich zulässig, volle Garantie für die Dauer eines halben Jahres vom Tage der Lieferung an gerechnet. Schadensersatzansprüche aus Anlaß dieses Lieferungsvertrages, insbesondere aus der Gewähr, sind ausgeschlossen, soweit das gesetzlich zulässig ist. ..."

Die Anlage wurde am 23. September 1969 montiert und von dem Kläger in Gebrauch genommen. Als um die Weihnachtszeit 1969 stärkerer Frost einsetzte, stellte der Kläger, der deswegen die Öfen mit voller Kraft laufen ließ, an den Rosen Verbrennungerscheinungen fest, für die er die Beklagte verantwortlich macht. Auf seine Rüge versah ein Monteur der Beklagten am 8. Januar 1970 die hinter jedem Ofen befindliche Explosionsklappe provisorisch mit einem



nach außen führenden Ableitungsrohr, durch das die dort etwa austretenden Abgase ins Freie geleitet werden sollten. In der Folgezeit wandte sich der Kläger wiederholt mit Schadensersatzforderungen wegen Beschädigung der Pflanzen und eines Ertragsausfalls, der ihn im Sommer 1970 zur Aufgabe seiner selbständigen Tätigkeit gezwungen habe, an die Beklagte. Die Haftpflichtversicherung der Beklagten setzte sich Ende März 1970 mit dem Kläger in Verbindung, lehnte jedoch mit Schreiben vom 27. Oktober/4. November 1970 an den Kläger bzw. an dessen Anwälte eine Ersatzleistung mit der Begründung ab, daß für die gegen die Beklagte geltend gemachten Ansprüche kein Versicherungsschutz bestehe. Daraufhin wandten sich die Anwälte des Klägers mit Schreiben vom 13. November 1970 mit ihren Schadensersatzforderungen unmittelbar an die Beklagte, die mit Schreiben vom 23. November 1970 mitteilte, sie werde sich "noch in dieser Woche mit dieser Sache befassen", in der Folgezeit jedoch nichts mehr von sich hören ließ.

Mit seinem am 18. Februar 1971 bei Gericht eingegangenen Armenrechtsgesuch hat der Kläger Schadensersatzansprüche in Höhe von 50 000 DM nebst Zinsen gegen die Beklagte geltend gemacht und nach Bewilligung des Armenrechts am 17./25. Mai 1971 Klage erhoben. Er ist der Ansicht, die Beklagte habe ihm aufgrund der Garantieübernahme in der Auftragsbestätigung vom 8. August 1969 für den Ertragsausfall Schadensersatz zu leisten, weil durch eine fehlerhafte Installation der Heizöfen giftige Abgase durch die Explosionsklappen in das Innere der Gewächshäuser gelangt seien. Die Beklagte hat bestritten, daß Abgase für den Ertragsausfall bei den ohnehin überalterten Pflanzen ursächlich gewesen seien; überdies seien Schadensersatzansprüche - abgesehen davon, daß

der Kläger die Rügefrist versäumt habe - durch Nr. 7 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen ausgeschlossen, jedenfalls aber verjährt. Mit ihrer Widerklage hat die Beklagte einen noch offenstehenden Restbetrag von 8 245,81 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat dem Klagebegehren in Höhe von 50 000 DM nebst Zinsen stattgegeben und auf die Widerklage den Kläger zur Zahlung von 8 245,81 DM - jedoch nur Zug um Zug gegen mangelfreie Herstellung der Heizungsanlage - verurteilt. Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Berufung der Beklagten, soweit diese eine uneingeschränkte Verurteilung auf ihre Widerklage erstrebt, zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage und die uneingeschränkte Verurteilung des Klägers auf die Widerklage.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte mit ihrer besonderen Garantieerklärung nicht nur die Gewähr für eine ausreichende und kontinuierliche Wärmelieferung, sondern darüber hinaus auch das gesamte, mit der Aufstellung der Heizöfen innerhalb der Gewächshäuser verbundene Risiko ohne Befristung übernommen habe. Dabei hält es für erwiesen, daß zumindest bis zu der provisorischen Instandsetzung am 8. Januar 1970 schwefelhaltige Abgase durch die unzureichend gesicherten Explosionsklappen in die Gewächshäuser gelangt

seien und einen Teil der Pflanzen beschädigt hätten. Da die Ziff. 6 und 7 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten zumindest teilweise durch die besondere Garantieabrede abbedungen seien und Ansprüche aus Garantieabreden erst in 30 Jahren verjährten, könne sich die Beklagte gegenüber den dem Grunde nach berechtigten Ersatzforderungen des Klägers weder auf den formularmäßigen Ausschluß von Schadensersatzansprüchen (Nr. 7) noch auf eine Versäumung der Rügefrist (Nr. 6) noch auf Verjährung berufen. Schließlich sei der Kläger, da die Beklagte die Anlage bisher unstreitig nur provisorisch instandgesetzt habe, lediglich Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel zur Zahlung des noch offenstehenden Restbetrages von 8 245,81 DM verpflichtet.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Rechtsbeziehungen der Parteien bemessen sich - das Berufungsgericht läßt diese Frage offen - in erster Linie nicht nach Werkvertragsrecht (§§ 631 ff BGB), sondern nach den kaufrechtlichen Vorschriften (§§ 433 ff BGB). Der Kläger hat bei der Beklagten nicht die Erstellung einer Heizungsanlage für seine Gewächshäuser in Auftrag gegeben, sondern drei Heizöfen mit teilweise unterschiedlicher Wärmeleistung nach Katalog zu einem Gesamtpreis von 24 435,54 DM gekauft. Die Montage stellt demgegenüber - das zeigt schon die verhältnismäßig niedrige Vergütung von 1 471,31 DM, in der unstreitig zu einem erheblichen Teil Reisekosten für die Monteure enthalten waren - lediglich eine im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierende werkvertragliche Nebenleistung dar, die für die rechtliche Einordnung des Vertrages als Kaufvertrag ohne Bedeutung ist. Anhaltspunkte dafür, daß die Öfen eigens für den Kläger hergestellt werden

mußten, sind nicht ersichtlich. Aber selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, so würde es sich jedenfalls nur um einen sogenannten "uneigentlichen Werklieferungsvertrag" handeln, auf den gemäß § 651 Abs. 1 Satz 2, 1. Halbsatz BGB die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Wie der Senat in seinem zur Aufnahme in BGHZ vorgesehenen Urteil vom 24. November 1976 (VIII ZR 137/75 = WM 1977, 79) ausgeführt hat, liegt ein Werklieferungsvertrag im eigentlichen Sinn, d. h. über eine nicht vertretbare Sache nur dann vor, wenn die Herstellung der nach Katalog bestellten Sache den besonderen Wünschen des Bestellers angepaßt und für den Unternehmer schwer oder gar nicht anderweit abzusetzen ist (vgl. auch RGZ 171, 297, 300; BGH Urteil vom 29. September 1966 - VII ZR 160/64 = NJW 1966, 2307). An diesen Voraussetzungen fehlt es jedoch hier schon im Hinblick darauf, daß lediglich die Ölleitungs- und Gasabzugsrohre - vom Kläger gesondert zu vergüten - den Gewächshäusern angepaßt werden mußten.

2. Das Berufungsgericht legt die von der Beklagten übernommene "wärmetechnische und funktionstechnische Garantie" für die verkaufte Anlage dahin aus, daß die Beklagte damit nicht nur ein vertragsgemäßes Arbeiten der Öfen gewährleisten wollte, sondern das gesamte, mit der Aufstellung dieser Öfen innerhalb der Gewächshäuser verbundene Risiko übernommen und sich insoweit gegebenenfalls zur Schadensersatzleistung verpflichtet habe. Diese Auslegung einer Individualerklärung ist nicht nur rechtlich möglich und vom Tatrichter ohne Verfahrensfehler vorgenommen, sondern auch naheliegend; sie trägt dem Umstand Rechnung, daß der Kläger bisher mit Heizöfen dieser Art, insbesondere aber mit einer innerhalb des Gewächshauses betriebenen Heizung, keine Erfahrung hatte und angesichts

der Anfälligkeit seiner "warmgetriebenen" Schnittblumen ein verständliches Interesse daran haben konnte, ein von ihm als Laien nicht überschaubares Risiko auf den Lieferanten der Öfen abzuwälzen. Soweit die Beklagte im Revisionsrechtszug weiter die Ansicht vertritt, sie habe mit ihrer Erklärung nur die Gewähr für eine ausreichende und kontinuierliche Wärmeerzeugung übernommen, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet tatrichterlicher Auslegung und Würdigung.

3. In rechtlicher Hinsicht wertet das Berufungsgericht die vorgenannte Garantieübernahme als einen neben dem Gewährleistungsrecht stehenden selbständigen Garantievertrag, aus dem die Beklagte nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen bei Eintritt des Risikos - und zwar ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden - zum Schadensersatz verpflichtet sei. Ob diese Auffassung richtig ist, bezweifelt die Revision mit Recht; denn knüpft wie hier die "Garantie" an eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache an, die auch Gegenstand einer gewährleistungsrechtlichen Zusicherung im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB sein kann (vgl. BGHZ 59, 158, 161), so bedarf es stets einer besonders sorgfältigen Prüfung, ob die Parteien wirklich eine weitergehende Garantiehaftung begründen wollten. Das hat das Berufungsgericht nicht gesehen.

4. Allerdings kommt es für die Fragen, ob Schadensersatzansprüche des Klägers bereits an dem formularmäßigen Haftungsausschluß (Nr. 7 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen) oder an der Verletzung der Rügepflicht (Nr. 6 aa) scheitern, auf die rechtliche Einordnung der Garantieerklärung vom 8. August 1969 als eines selbständigen Garantievertrages (§ 305 BGB) oder einer lediglich gewährleistungsrechtlichen Eigenschaftszusicherung (§ 459 Abs. 2 BGB) nicht an.

a) Handelt es sich um einen selbständigen Garantievertrag, so ist mit ihm der formularmäßige Ausschluß von Schadensersatzansprüchen, wie das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier Auslegung dieser Individualabrede feststellt, rechtswirksam abbedungen; diese Auslegung drängt sich schon deswegen auf, weil andernfalls die Garantieübernahme für den Kläger nahezu wertlos gewesen wäre.

Wertet man dagegen die streitige Erklärung als bloße Eigenschaftszusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB, so wäre ein formularmäßiger Ausschluß von Schadensersatzansprüchen deswegen unwirksam, weil die Zusicherung nach der - wenn auch in anderem Zusammenhang getroffenen - rechtsfehlerfreien Würdigung durch das Berufungsgericht den Kläger gerade vor etwa an seinen Pflanzen entstehenden Mangelfolgeschäden absichern sollte und damit die formularmäßige Freizeichnung der Zusicherung ihren eigentlichen Sinn nehmen würde (BGHZ 50, 200, 206; Senatsurteil vom 5. Juli 1972 - VIII ZR 74/71 = WM 1972, 969, 970, insoweit in BGHZ 59, 158 nicht abgedruckt; siehe dazu nunmehr auch § 11 Nr. 11 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976 [AGB-Gesetz], BGBI I, 3317).

b) Entsprechendes gilt hinsichtlich der Mängelrüge, die der Kläger erst um die Weihnachtszeit 1969 erhoben hat. Auf Ansprüche aus einem selbständigen Garantievertrag findet die mit der Gewährleistung in engem Zusammenhang stehende Bestimmung des § 377 HGB - und Entsprechendes muß für die dieser Bestimmung nachgebildete Nr. 6 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten gelten - ohnehin keine Anwendung (vgl. von Godin in HGB-RGRK 3. Aufl. § 349 Anm. 61; Brüggemann ebenda § 377 Anm. 46). Aber auch unter dem

Gesichtspunkt einer bloßen Eigenschaftszusicherung könnte sich die Beklagte auf Nr. 6 ihrer Verkaufs- und Lieferungsbedingungen deswegen nicht berufen, weil es sich bei dem Einströmen giftiger Abgase um einen sogenannten versteckten Mangel (vgl. § 377 Abs. 2, 2. Halbsatz HGB) handelt, den der Kläger alsbald nach Entdeckung gerügt hat. Nach seinem unwidersprochenen Vorbringen hatte er die Mängel an den Heizöfen erst bemerkt, als er sie Ende 1969 wegen des anhaltenden starken Frostes längere Zeit mit voller Kraft laufen lassen mußte. Soweit der Sachverständige Dipl.-Ing. Sch[REDACTED] in seinem Gutachten darauf hinweist, der Luftstrom in Ofennähe sei schon mit bloßer Hand spürbar gewesen, brauchte der Kläger - das bestätigt insbesondere das Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 7. Januar 1974 (S. 8/9; GA Bd. I Bl. 173 f) - nicht damit zu rechnen, daß die umlaufende Warmluft mit schwefelhaltigen Abgasen vermischt war. Im übrigen würde es die Anforderungen an die Untersuchungspflicht eines Käufers derartiger Heizöfen überspannen, wollte man von ihm verlangen, daß er sie alsbald nach Lieferung über mehrere Tage hin mit voller Kraft nur zu dem Zweck in Betrieb hält, sie auf etwaige Mängel zu überprüfen. Auf versteckte Mängel aber kann Nr. 6 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen bei einer an Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgerichteten Auslegung keine Anwendung finden; andernfalls würde der Käufer durch die kurze Rügefrist weitgehend rechtlos gestellt (vgl. dazu jetzt auch § 11 Nr. 10 AGB-G).

c) Ähnliches gilt für die Möglichkeit der Beklagten, sich auf Verjährung zu berufen. Ansprüche aus einem selbständigen Garantievertrag unterliegen ohnehin der normalen Verjährungsfrist von 30 Jahren (Senatsurteil vom 31. Januar 1962 - VIII ZR 207/60 = Betrieb 1962, 367; Mezger in

BGB-RGRK 12. Aufl. § 477 Anm. 15)). Aber auch wenn der Kläger gegenüber der Beklagten lediglich unter dem Gesichtspunkt der zugesicherten Eigenschaft einen - der kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB unterliegenden - gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruch (§ 463 BGB) geltend machen kann, könnte der Beklagten die Berufung auf die Verjährung unter dem Gesichtspunkt der Arglist verwehrt sein. Nachdem sich der Haftpflichtversicherer der Beklagten Ende März 1970 an den Kläger mit der Bitte gewandt hatte, die Verhandlungen über eine Regulierung der Schäden nunmehr über ihn zu führen, hätte sich die Beklagte nach Treu und Glauben auf eine nunmehr eintretende Verjährung nicht berufen können (vgl. dazu Johannsen in BGB-RGRK 12. Aufl. § 222 Anm. 10 ff m.w.Nachw.). Das gilt auch, nachdem der Haftpflichtversicherer mit Schreiben vom 27. Oktober/4. November 1970 an den Kläger bzw. dessen Anwälte eine Ersatzleistung mit der Begründung abgelehnt hatte, für die gegen die Beklagte geltend gemachten Ansprüche bestehe kein Versicherungsschutz; denn noch mit Schreiben vom 23. November 1970 hatte die Beklagte dem Kläger, der sich nunmehr unmittelbar an sie gewandt hatte, eine Prüfung ihrer Verpflichtung zur Schadensersatzleistung zugesagt.

Angesichts dieser Zusage wäre es in erster Linie ihre Sache gewesen, den Schwebezustand durch endgültige Ablehnung einer Schadensersatzleistung zu beenden. Das hat sie bis zum Beginn dieses Verfahrens weder ausdrücklich noch stillschweigend getan. Allerdings durfte auch der Kläger angesichts des Schweigens der Beklagten nicht über Gebühr lange untätig bleiben. Ihm muß jedoch im Hinblick darauf, daß - jedenfalls aus seiner Sicht - die Beklagte sich offenbar noch um Versicherungsschutz bei ihrem Haftpflichtversicherer bemühte und derartige

Verhandlungen erfahrungsgemäß längere Zeit in Anspruch nehmen, ein nicht zu kurz zu bemessender Zeitraum des Abwartens zugebilligt werden, der bei der gegebenen besonderen Sachlage mit knapp drei Monaten seit der letzten Äußerung der Beklagten jedenfalls nicht übersetzt ist. Das am 18. Februar 1971 eingegangene, ausreichend begründete und mit den notwendigen Unterlagen versehene Armenrechtsgesuch bewirkte daher unter Berücksichtigung der sich aus § 203 Abs. 2 BGB ergebenden Verjährungshemmung (vgl. dazu Johannsen aaO § 203 Anm. 7; BGHZ 17, 199, 201; st.Rspr.), daß die gemäß § 477 BGB laufende Verjährung durch die am 21. Mai 1971 erfolgte Klageerhebung rechtzeitig unterbrochen wurde.

Das alles setzt allerdings voraus, daß die mit der Aufstellung der Heizöfen am 23. September 1969 beginnende sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 BGB noch nicht abgelaufen war, als zwischen den Parteien - und zwar spätestens mit dem Ende März 1970 an den Kläger gerichteten Schreiben des Haftpflichtversicherers - Verhandlungen über eine gütliche Regulierung des Schadens aufgenommen wurden. Zu diesem Punkt fehlt es bisher an ausreichenden tatrichterlichen Feststellungen. Diese wird das Berufungsgericht, an das die Sache ohnehin aus den nachfolgend dargelegten Gründen (II, 5) zurückverwiesen werden muß, nachzuholen haben. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß die Beklagte am 8. Januar 1970 den Versuch gemacht hatte, die Mängel durch Nachbesserung zu beseitigen, und daß daher in entsprechender Anwendung des § 639 Abs. 2 BGB vom Zeitpunkt der ersten Rüge des Klägers an, der sich nach seinem bisher nicht bestrittenen Vorbringen (vgl. dazu sein Schreiben vom 7. Januar 1970 GA Bl. 23) schon vor Weihnachten 1969 wegen der eintretenden Schäden an die Beklagte gewandt haben

will, bis zur Beendigung der Nachbesserung die Verjährungsfrist gehemmt war. Nur wenn sich aufgrund der nachzuholenden tatrichterlichen Feststellungen ergeben sollte, daß Gewährleistungsansprüche (§ 463 BGB) bereits vor Beginn der Verhandlungen des Klägers mit dem Haftpflichtversicherer der Beklagten verjährt waren, würde es auf die vom Berufungsgericht dann erneut zu prüfende Frage ankommen, ob die Beklagte nicht nur aus Gewährleistung, sondern auch aufgrund eines selbständigen Garantievertrages haftet.

5. Unabhängig davon kann das angefochtene Urteil aber auch deswegen keinen Bestand haben, weil sich die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, die geltend gemachten Schäden seien auf die Arbeitsweise der Heizöfen zurückzuführen, ebenfalls als von Rechtsfehlern beeinflusst erweist. Das Berufungsgericht hatte sich bei dieser Feststellung - anders als das Landgericht - zumindest auch auf das im ersten Rechtszug erstattete Gutachten des Dipl.-Ing. Sch██████ vom 16. August 1973 (GA Bd. I Bl. 142 ff) gestützt. Die Beklagte hatte in ihrer Berufungsbegründung - und damit jedenfalls im zweiten Rechtszug rechtzeitig - unter eingehender Darstellung ihrer gegen das Gutachten gerichteten Einwendungen beantragt, den Sachverständigen zur Erläuterung seiner schriftlichen Ausführungen gemäß § 411 Abs. 3 ZPO zum Termin zu laden. Darauf hatte sie gemäß § 402 in Verbindung mit § 397 ZPO einen Rechtsanspruch (BGHZ 6, 398, 401; 29, 9, 14; 35, 370, 372; Senatsurteil vom 22. Dezember 1976 - VIII ZR 221/75).

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die angefochtene Entscheidung nicht auf diesem Gutachten und damit

nicht auf dem Verfahrensfehler beruhen würde. Das läßt sich jedoch nicht hinreichend sicher feststellen. Zwar begründet das Berufungsgericht (BU S. 10/11) die unterbliebene Anhörung des Sachverständigen mit dem Hinweis, es sei "nicht nur aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen Sch[REDACTED], sondern auch aufgrund der weiter bereits angeführten Umstände davon überzeugt", daß die Verbrennungsschäden auf das Ausströmen giftiger Gase zurückzuführen seien. Berücksichtigt man jedoch, daß der Sachverständige gemäß Ziff. 2 des Beweisbeschlusses vom 22. Dezember 1972 (GA Bd. I Bl. 123) ausdrücklich auch zu der Frage Stellung nehmen sollte, ob die Verbrennungsschäden nicht auf die Heizungsanlage zurückzuführen waren, und daß die von der Beklagten angekündigten Einwendungen gegen das Gutachten auf eine Bestätigung dieser ihrer Behauptung durch den Sachverständigen abzielten, so läßt sich nicht von vornherein ausschließen, daß das Berufungsgericht - hätte der Sachverständige nach entsprechenden Vorhalten durch die Beklagte in der mündlichen Verhandlung sein Gutachten entsprechend geändert - das Beweisergebnis insgesamt anders gewürdigt hätte. Damit aber kann die Entscheidung auf der unterbliebenen Anhörung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung beruhen.

III. Das Berufungsurteil konnte mithin insoweit, als der Anspruch des Klägers dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt ist, keinen Bestand haben. Das gilt aber - entgegen der Ansicht des Klägers - auch insoweit, als dieser auf die Widerklage lediglich zur Restzahlung Zug um Zug gegen eine mangelfreie Herstellung der Heizungsanlage verurteilt worden ist; denn wenn die Beklagte auch insoweit ihre Revision nicht ausdrücklich gesondert begründet hat, so läßt doch ihr Vorbringen erkennen, daß sie nach wie vor Mängel an den Heizöfen überhaupt in

Abrede stellt. Die gegenteilige Feststellung des Berufungsgerichts kann aber in gleicher Weise wie seine Ausführungen zur Klage von dem gerügten Verfahrensfehler beeinflußt sein.

Die Sache war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils insgesamt zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz

Dr. Brunotte