BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 49/12

Verkündet am:
13. März 2013
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
(zu I, II 1)
BGHR: ja

ZPO § 527 Abs. 2

Die Erhebung aller notwendigen Beweise durch den vorbereitenden Einzelrichter des Berufungsgerichts ist nicht nach § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO stets unzulässig. Der Einzelrichter darf vielmehr, wenn nicht die besonderen Gegebenheiten des Arzthaftungsprozesses dem entgegenstehen, alle notwendigen Beweise erheben, soweit dies zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Berufungsgericht wünschenswert und von vornherein anzunehmen ist, dass das Be-

rufungsgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 - VI ZR 155/92, NJW 1994, 801 zum Arzthaftungsprozess).

BGH, Urteil vom 13. März 2013 - VIII ZR 49/12 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Januar 2012 aufgehoben, soweit das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin der Klage stattgegeben und die Widerklage in Höhe von 399.936 € nebst Zinsen abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens und des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten über die Rückabwicklung eines Vertrages über eine von der Beklagten gelieferte Druckanlage.

2 Die Klägerin betreibt eine Druckerei und ist auf die Produktion von Beipackzetteln für die Pharmaindustrie spezialisiert. Die Beklagte stellt Druckanlagen her. Am 13. November 2003/12. Januar 2004 kaufte die Klägerin von der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Beklagten eine aus mehreren Standardkomponenten bestehende digitale Druckanlage für 799.936 € brutto. Bestandteil des Drucksystems war auch das Softwareprogramm "P. C. ". Im Vertrag war unter anderem vorgesehen, dass das Papier eines bestimmten Herstellers mit einem Gewicht von 40 g/m² und 50 g/m² unter bestimmten klimatischen Bedingungen verwendet werden kann. Zusätzlich zum Kaufvertrag schlossen die Parteien einen "Service-Vertrag", der eine Laufzeit von 48 Monaten ab Inkrafttreten des Kaufvertrags sowie eine monatliche Servicepauschale von 3.688 € netto vorsah.

3 Die Druckanlage wurde mit Ausnahme des Softwareprogramms am 19. Dezember 2003 ausgeliefert. Am 19. April 2004 unterzeichnete die Klägerin ein Protokoll über die "Abnahme der Betriebsbereitschaft", in dem die Lieferung und Installation sämtlicher Einzelelemente (inklusive der Software) sowie die Betriebsbereitschaft insgesamt bescheinigt wurden. Vorausgegangen war der Probedruck eines Kochbuchs auf Papier der Stärke 80 g/m^2. Ein Testlauf der Anlage mit den vertraglich vereinbarten dünneren Papierstärken unterblieb, weil die Klägerin in der Halle zunächst noch die hierfür erforderlichen klimatischen Bedingungen schaffen musste; dies war erst im Juli 2004 abgeschlossen. In der Folgezeit wurde versucht, eine "Validierung" der Anlage (d.h. eine Genehmigung des Pharma-Unternehmens, dessen Beipackzettel dort produziert werden sollten) zu erreichen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Validierung zu dem von der Beklagten geschuldeten Leistungsumfang gehört.

4 Die Klägerin leistete im November 2004 eine Anzahlung von 400.000 € unter dem Vorbehalt der Rückforderung im Hinblick auf die Beseitigung behaupteter Mängel und die noch ausstehende Validierung an die Beklagte. Mit Schreiben vom 18. Juli 2005 trat sie wegen behaupteter Mängel der Druckanlage vom Vertrag zurück.

5 Mit ihrer Klage hat die Klägerin von der Beklagten Rückzahlung der geleisteten 400.000 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Druckanlage sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten begehrt. Die Beklagte hat widerklagend von der Klägerin die Zahlung des Restkaufpreises (399.936 €), der Service-Pauschalen (205.347,84 €) sowie der Vergütung für die Mitarbeit an der Validierung (29.000 €), insgesamt 634.283,84 € nebst Zinsen, verlangt.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 605.283,84 € nebst Zinsen stattgegeben; hinsichtlich des Entgelts für die Validierung (29.000 €) hat es die Widerklage abgewiesen.

7 Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage - mit Ausnahme eines Teils der Zinsen - stattgegeben und die Widerklage abgewiesen; die Anschlussberufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Die Beklagte begehrt mit ihrer vom Senat insoweit zugelassenen Revision weiterhin Klageabweisung und - hinsichtlich ihrer Widerklage - Zahlung des Restkaufpreises von 399.936 € nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Klägerin habe infolge des mit Anwaltsschreiben vom 18. Juli 2005 erklärten Rücktritts vom Vertrag gegen die Beklagte Anspruch auf Rückzahlung der auf den Kaufpreis erbrachten Anzahlung in Höhe von 400.000 € aus §§ 346, 434 Abs. 1 Satz 1, § 437 Nr. 2 BGB, weil die gelieferte Druckanlage hinsichtlich ihrer Eignung zur Verarbeitung von 40 g/m²-Papier nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entsprochen habe. Die Widerklage auf Zahlung des Restkaufpreises sei dagegen unbegründet.

11 Nach dem Inhalt des Vertrages sei vorgesehen gewesen, dass auf der gelieferten Druckanlage unter anderem auch Papier mit einem Gewicht von 40 g/m² habe Verwendung finden sollen. Der Senat habe nach dem Inhalt der Verhandlung und dem Ergebnis der vom vorbereitenden Einzelrichter des Senats durchgeführten Beweisaufnahme davon auszugehen, dass die gelieferte Anlage hierzu nicht in der Lage sei. Dies gelte selbst unter der Voraussetzung, dass, wie die Beklagte meine, die Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels infolge der vom Geschäftsführer der Klägerin am 19. April 2004 abgegebenen Erklärung über die "Abnahme der Betriebsbereitschaft" gemäß § 363 BGB grundsätzlich bei der Klägerin liege. Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobene Rüge, der Senat habe die Beweisaufnahme in unzulässiger Weise nach § 527 ZPO durch den Berichterstatter als vorbereitenden Einzelrichter durchführen lassen, gehe ins Leere und nötige nicht zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme.

12 Nach dem Inhalt der von der Klägerin vorgelegten Betriebs- und Serviceanleitungen des Herstellers H. und den dort angeführten technischen Daten sei die Verarbeitung von geringeren Papiergewichten als 50 bis 150 g/m² - also etwa 40 g/m² - mit der gelieferten Anlage nicht möglich gewesen. Nach

den Aussagen der Mitarbeiter von H. seien die Angaben in den Betriebsanleitungen allerdings nicht dahingehend zu verstehen, dass keinesfalls geringere Papiergewichte verarbeitet werden könnten. Dies hänge auch von anderen Parametern (Papierqualität und -sorte, Umweltbedingungen) ab und bedürfe jeweils einzelfallbezogener Tests und Freigaben. Diese Aussagen würden gestützt durch den Inhalt des Schreibens von H. vom 27. Mai 2008, das aber zugleich auch ausweise, dass generell die von H. angegebenen Spezifikationen gälten und für Sonderanwendungen spezielle Versuche und Anwendungstests erforderlich seien, nach deren positivem Verlauf eine entsprechende Freigabe erfolge. Unter Berücksichtigung des mithin zwischen den für das Standard Business geltenden technischen Unterlagen einerseits und den Tests und Freigaben im Bereich der Sonderanwendungen andererseits bestehenden Regel-Ausnahmeverhältnisses sei die Klägerin ihrer Beweislast mit Vorlage der Betriebs- und Serviceanleitungen zunächst nachgekommen; es wäre nunmehr im konkreten Fall - auch ohne hierbei das Institut der Beweislastumkehr zu bemühen - Sache der Beklagten gewesen nachzuweisen, dass es die von H. vorgesehenen Versuche und Anwendungstests mit positivem Ergebnis gegeben habe und die Anlage hiernach ausnahmsweise doch zur Verarbeitung von 40 g/m²-Papier freigegeben worden sei. Dieser Nachweis sei ihr nicht gelungen. Die Erhebung weiterer Beweise - insbesondere die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens - sei nicht veranlasst. Eine Beweisvereitelung seitens der Klägerin sehe der Senat nicht.

13 Entgegen der Auffassung der Beklagten sei der Rücktritt der Klägerin nach den Zusatzvereinbarungen zum Kaufvertrag nicht ausgeschlossen. Auch § 377 HGB stehe der Geltendmachung dieses Mangels nicht entgegen. Zu Unrecht berufe sich die Beklagte darauf, dass die Klägerin den Mangel erst im Mai 2005 und damit mehr als ein Jahr nach Ablieferung am 19. April 2004 gerügt habe.

14 Der Rücktritt der Klägerin sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Verjährung von Leistungs- bzw. Nacherfüllungsansprüchen der Klägerin ausgeschlossen. Nach den gesetzlichen Bestimmungen verjährten Mängelansprüche hinsichtlich der gelieferten Druckanlage in zwei Jahren ab Lieferung. Diese Frist sei bei Zugang der Rücktrittserklärung vom 18. Juli 2005 nicht abgelaufen gewesen. Auch bei Geltung der in Abschnitt D § 1 Abs. 1 der AGB der Beklagten vorgesehenen Gewährleistungsfrist von einem Jahr ergebe sich kein anderes Ergebnis. Ungeachtet dieser Erwägungen könne sich die Beklagte aber auch deswegen nicht auf einen Ausschluss des Rücktrittsrechts, auf Verjährung oder eine verspätete Mängelrüge berufen, weil sie den Mangel arglistig verschwiegen habe.

15 Der Rücktritt scheitere schließlich auch nicht an § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB. Die Ungeeignetheit der Anlage zur Verarbeitung von 40 g/m²-Papier sei kein unerheblicher Mangel im Sinne dieser Vorschrift. Abgesehen davon sei die Unerheblichkeit bei Vorliegen arglistigen Verhaltens in der Regel zu verneinen.

II.

16 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der Klage auf Rückzahlung des geleisteten Teilkaufpreises nicht stattgegeben und die Widerklage auf Zahlung des noch offenen Restkaufpreises für die gelieferte Druckanlage nicht abgewiesen werden.

17 1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist allerdings entgegen der Auffassung der Revision nicht zu beanstanden, dass der Senat des Berufungsgerichts

den Rechtsstreit durch den Hinweis-, Auflagen- und Beweisbeschluss vom 1. Oktober 2010 dem Berichterstatter als Einzelrichter zur Erörterung der Sache und zur Durchführung der Beweisaufnahme zugewiesen hat und - nach Benennung weiterer Zeugen - durch den Hinweis- und Beweisbeschluss vom 25. Februar 2011 auch die Durchführung der weiteren Beweisaufnahme dem vorbereitenden Einzelrichter übertragen hat. Im vorliegenden Fall liegt kein Verstoß gegen § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO darin, dass der Einzelrichter die gesamte Beweisaufnahme durchgeführt hat.

18 Nach § 527 Abs. 2 Satz 1 ZPO hat der Einzelrichter, dem die Sache vom Berufungsgericht zur Vorbereitung der Entscheidung zugewiesen worden ist (§ 527 Abs. 1 ZPO), die Sache so weit zu fördern, dass sie in einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erledigt werden kann. Er kann zu diesem Zweck einzelne Beweise erheben, soweit dies zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Berufungsgericht wünschenswert und von vornherein anzunehmen ist, dass das Berufungsgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag (§ 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Gegen diese Bestimmungen hat das Berufungsgericht nicht verstoßen.

19 a) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass durch § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO die Erhebung aller notwendigen Beweise durch den vorbereitenden Einzelrichter nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist (ebenso MünchKommZPO/Rimmelspacher, 4. Aufl., § 527 Rn. 11; Wieczorek/Schütze/Gerken, ZPO, 3. Aufl., § 527 Rn. 11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 71. Aufl., § 527 Rn. 9; Prütting/Gehrlein/Oberheim, ZPO, 4. Aufl., § 527 Rn. 4; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., Rn. 9 ff. zu § 524 aF). Die Auffassung der Revision, die Übertragung einer kompletten, umfangreichen Beweisaufnahme auf den Einzelrichter sei im Hinblick auf den Wortlaut des § 527 Abs. 2 Satz 2

ZPO ("einzelne Beweise") stets unzulässig (so auch Musielak/Ball, ZPO, 9. Aufl., § 527 Rn. 6; HK-ZPO/Wöstmann, 4. Aufl., § 527 Rn. 4; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 33. Aufl., § 527 Rn. 4), trifft nicht zu.

20 aa) Zu Unrecht beruft sich die Revision für ihre Auffassung, dass der Einzelrichter nie alle Beweise erheben dürfe, auf die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Arzthaftungsprozess.

21 In dem von der Revision angeführten Urteil vom 26. Oktober 1993 hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs lediglich entschieden, dass § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO (die Vorgängerbestimmung zu § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO) es "in aller Regel" nicht zulässt, dass in Arzthaftungsprozessen, in denen die Entscheidung im Wesentlichen auf sachverständiger Beratung beruht, die Beweisaufnahme einschließlich der Befragung ärztlicher Gutachter allein durch den Einzelrichter erfolgt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 - VI ZR 155/92, NJW 1994, 801 unter II 1 a mwN). Entsprechend heißt es im Urteil des VI. Zivilsenats vom 3. Februar 1987, dass die Befragung ärztlicher Gutachter "in aller Regel" über die Befugnisse hinausgeht, die dem Einzelrichter im Berufungsrechtszug nach § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO zustehen (VI ZR 56/86, NJW 1987, 1482 unter II 5). Aus diesen Entscheidungen ergibt sich, dass eine Durchführung der gesamten Beweisaufnahme durch den Einzelrichter - jedenfalls ausnahmsweise - auch im Arzthaftungsprozess zulässig sein kann, insbesondere dann, wenn etwa eine Anhörung ärztlicher Sachverständiger nicht ansteht. Darüber hinaus ist die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats aber auch ausdrücklich auf den Arzthaftungsprozess beschränkt. Sie hat ihren Grund in der besonders schwierigen und verantwortungsvollen richterlichen Aufgabe der Tatsachenfeststellung im Arzthaftungsprozess (BGH, Urteil vom 23. März 1993 - VI ZR 26/92, NJW 1993, 2375 unter III). Auch aus diesem Grund ist aus ihr für den Zivilpro-

zess allgemein ein generelles Verbot der Durchführung einer gesamten Beweisaufnahme durch den vorbereitenden Einzelrichter nicht herzuleiten.

22 bb) Systematische und teleologische Erwägungen sprechen dafür, dass der Einzelrichter gemäß § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO im allgemeinen Zivilprozess alle notwendigen Beweise erheben darf, allerdings nur dann, wenn die einschränkenden Voraussetzungen des "Soweit"-Satzes erfüllt sind. Der Wortlaut der Vorschrift steht diesem Verständnis nicht entgegen.

23 Die von der Revision im Hinblick auf das Wort "einzelne" vertretene Auslegung der Vorschrift dahingehend, dass der Einzelrichter nie alle Beweise erheben dürfe, würde zu Wertungswidersprüchen und sachwidrigen Konsequenzen führen. § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist deshalb so zu verstehen, dass die in dem Wort "einzelne" zum Ausdruck kommende Beschränkung keine zusätzliche Voraussetzung umschreibt, sondern auf den nachfolgenden "Soweit"-Satz verweist und durch diesen näher erläutert wird. So verstanden darf der Einzelrichter nicht ohne weiteres alle, sondern nur "einzelne", das heißt insoweit Beweise erheben, als "dies zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Berufungsgericht wünschenswert und von vornherein anzunehmen ist, dass das Berufungsgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag". Für dieses Verständnis, dem der Wortlaut nicht entgegensteht, sprechen systematische und teleologische Erwägungen.

24 (1) § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO stellt bei einer solchen Auslegung für die Beweisaufnahme durch den vorbereitenden Einzelrichter die gleichen Voraussetzungen auf, wie sie für die Zeugenvernehmung durch ein Mitglied des Prozessgerichts als beauftragter Richter gemäß der bis auf das Wort "einzelne" mit § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO übereinstimmenden Vorschrift des § 375 Abs. 1a ZPO

gelten, die auch auf den Sachverständigenbeweis anzuwenden ist (§ 402 ZPO). Damit wird ein Wertungswiderspruch zwischen § 375 Abs. 1a, § 402 ZPO einerseits und § 527 ZPO andererseits vermieden, der einträte, wenn man die Beweisaufnahme durch den vorbereitenden Einzelrichter weiter einengen wollte als die Beweisaufnahme durch ein beauftragtes Mitglied des Prozessgerichts. Es gibt keinen vernünftigen Grund dafür, warum der vorbereitende Einzelrichter weniger Beweise ("nie alle") sollte erheben dürfen als der vom Kollegium beauftragte Richter, bei dem eine Durchführung der gesamten, sich auf Zeugen und Sachverständige erstreckenden Beweisaufnahme nicht ausgeschlossen ist, wenn dies zweckmäßig erscheint und die einschränkenden Voraussetzungen in dem nachfolgenden, mit § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO übereinstimmenden Soweit-Satz erfüllt sind. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO und der Vorgängerbestimmung in § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO einerseits (BT-Drucks. 14/4722, S. 100; 7/2939, S. 2) sowie zu § 375 Abs. 1a ZPO andererseits (BT-Drucks. 11/3621, S. 38; 11/8282, S. 47) ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Beweisaufnahme durch den vorbereitenden Einzelrichter weitergehenden Beschränkungen unterliegen sollte als eine Beweisaufnahme durch ein vom Kollegium beauftragtes Mitglied des Prozessgerichts.

25 (2) Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Beweiserhebung durch den vorbereitenden Einzelrichter, wie in § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO ausdrücklich angesprochen ("zur Vereinfachung der Verhandlung vor dem Berufungsgericht wünschenswert"), das Kollegium entlasten soll. Diese Zielsetzung kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Einzelrichter die Sache so weit zu fördern hat, dass sie in einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erledigt werden kann (§ 527 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Eine solche Entlastung des Kollegiums ist nur zu erreichen, wenn dem Einzelrichter umfangreiche Beweisaufnahmen übertragen werden dürfen. Dann aber kann es nicht sein, dass der Einzelrichter etwa in Bausachen nur 19 von 20 strittigen Punkten aufklären dürfte,

nicht aber den zwanzigsten, weil er, wie die Gegenauffassung meint, "nie alle" Beweise erheben dürfe. Deshalb muss der Einzelrichter, um der Entlastungsfunktion der Vorschrift gerecht zu werden, alle notwendigen Beweise erheben dürfen, bei denen die Voraussetzungen des Soweit-Satzes erfüllt sind. Die im Soweit-Satz ausgedrückten Beschränkungen regeln abschließend, welche Beweise der Einzelrichter erheben darf und welche nicht, und markieren damit die Grenze in dem Konflikt zwischen einer prozessökonomisch sinnvollen Übertragung der Beweisaufnahme auf den Einzelrichter und dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

26 b) Das Berufungsgericht hat die einschränkenden Voraussetzungen des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ("soweit von vornherein anzunehmen ist, dass das Berufungsgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag") rechtsfehlerfrei bejaht.

27 Die in dem Soweit-Satz formulierten Voraussetzungen für die Beweisaufnahme durch den vorbereitenden Einzelrichter erfordern, wie aus dem Wortlaut hervorgeht ("wünschenswert und von vornherein anzunehmen ist") eine ex-ante-Beurteilung nach der Verfahrenslage vor Durchführung der Beweisaufnahme (Stein/Jonas/Grunsky, aaO, Rn. 10 f.). Diese Prognose obliegt dem Tatrichter und ist - ebenso wie die Beweiswürdigung selbst - revisionsrechtlich nur eingeschränkt nachprüfbar. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob es bei der Beweiswürdigung (voraussichtlich) auf den persönlichen Eindruck der Beweisaufnahme ankommen werde, verneint. Rechtsfehler dieser Beurteilung werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich.

28 Unzutreffend ist die Auffassung der Revision, dass die Übertragung der Beweisaufnahme auf den vorbereitenden Einzelrichter evident rechtsfehlerhaft

sei, weil zu der streitigen Frage der Eignung der Druckanlage von den Parteien elf Zeugen benannt worden seien. Dass ein Beweisthema streitig ist, ist Voraussetzung für die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme und kann deshalb kein Kriterium für die Frage sein, ob die Beweisaufnahme vom Einzelrichter durchgeführt werden darf. Ebenso wenig hängt die Zulässigkeit einer Zeugenvernehmung durch den Einzelrichter von der Anzahl der zu einem bestimmten Beweisthema benannten Zeugen ab. Die Entlastungsfunktion der Vorschrift liefe leer, wenn der Einzelrichter nur eine geringe Anzahl von Zeugen vernehmen dürfte. Schließlich führt auch der Umstand, dass beide Parteien zu ihren gegenläufigen Behauptungen Zeugen benannt haben, nicht ohne weiteres zur Unzulässigkeit einer Zeugenvernehmung durch den Einzelrichter. Ob ein unmittelbarer Eindruck des Berufungsgerichts vom Verlauf der Beweisaufnahme voraussichtlich entbehrlich ist, hängt nicht davon ab, ob nur eine oder beide Parteien Zeugen zu einem Beweisthema benannt haben. Entscheidend ist, ob von vornherein abzusehen ist, dass es auf die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen ankommen wird, für deren Beurteilung ein unmittelbarer Eindruck des Berufungsgerichts erforderlich ist. Dies hat das Berufungsgericht im vorliegenden Fall, in dem es um die Eignung einer Druckanlage zur Verarbeitung einer bestimmten Papierqualität und damit um objektive, technische Sachverhalte geht, rechtsfehlerfrei verneint.

29 Auch bei einer solchen Konstellation kann sich allerdings im Nachhinein - im Verlauf oder nach Durchführung der Beweisaufnahme - aufgrund des Beweisergebnisses herausstellen, dass hinsichtlich eines oder mehrerer Zeugen ein unmittelbarer Eindruck des Berufungsgerichts vom Verlauf der Beweisaufnahme erforderlich ist, um das Beweisergebnis sachgemäß zu würdigen. Wenn sich erst im Zuge der Beweisaufnahme herausstellt, dass ein persönlicher Eindruck des Kollegiums von den Zeugen notwendig ist, macht dies die vom Einzelrichter durchgeführte Beweisaufnahme nicht - nachträglich - unzulässig

(Stein/Jonas/Grunsky, aaO Rn. 11). Es liegt dann kein Verstoß gegen § 527 Abs. 2 Satz 2 ZPO vor. In einem solchen Fall muss aber der Einzelrichter seinen persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Zeugen und die dafür maßgeblichen Umstände im Protokoll niederlegen, um dem Kollegium insoweit eine zureichende Beurteilungsgrundlage zu verschaffen. Wenn dies nicht geschehen ist, muss die Beweisaufnahme, soweit erforderlich, vor dem Kollegium wiederholt werden. Denn es liegt, wie der Senat bereits entschieden hat, ein Verstoß gegen § 286 ZPO seitens des Kollegiums vor, wenn es die Glaubwürdigkeit eines vom Einzelrichter vernommenen Zeugen beurteilt, ohne dass der Einzelrichter seinen Eindruck von dem Zeugen und von dessen Glaubwürdigkeit im Protokoll niedergelegt hat; es muss dann der Zeuge nach § 398 ZPO vom Kollegium erneut vernommen werden (Senatsurteil vom 18. März 1992 - VIII ZR 30/91, NJW 1992, 1966 unter II 1 b bb).

30 2. Ein derartiger Verstoß gegen §§ 286, 398 ZPO ist dem Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, insoweit unterlaufen, als es versäumt hat, den Zeugen K. erneut zu vernehmen, obwohl es dessen Glaubwürdigkeit in Frage gestellt hat, ohne dass dem ein entsprechender Protokollvermerk des Einzelrichters zugrunde liegt.

31 Das Berufungsgericht hält die Aussage des Zeugen K. insbesondere deshalb nicht für überzeugend, weil sie dem Inhalt seiner E-Mail vom 11. Januar 2011 widerspreche. Dieser Widerspruch lasse Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit entweder seiner Zeugenaussage oder seiner E-Mail vom 11. Januar 2011 und damit insgesamt am Wahrheitsgehalt seiner Erklärungen aufkommen. Die Widersprüchlichkeit einer Zeugenaussage oder - wie hier - ein Widerspruch zwischen der Aussage und einer E-Mail des Zeugen ist zwar objektiv feststellbar; hierfür bedarf es keiner Beurteilung der Person. Gleichwohl hängt eine solche Widersprüchlichkeit so eng mit der Wahrheitsliebe und damit

der Glaubwürdigkeit des Zeugen zusammen, dass in diesem Fall eine erneute Vernehmung durch das Kollegium erforderlich ist, um sich von der Glaubwürdigkeit des Zeugen einen eigenen unmittelbaren Eindruck zu verschaffen. So hat der Senat bereits mehrfach zu § 398 ZPO entschieden, dass eine erneute Vernehmung im Berufungsrechtszug allenfalls dann entbehrlich ist, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (Senatsurteile vom 3. Mai 1995 - VIII ZR 113/94, NJW-RR 1995, 1020 unter II 3 b; vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 116/90, NJW 1991, 3285 unter II 2 b aa). Obgleich es sich in diesen Fällen um objektive Umstände handelt, stehen sie doch mit der Wahrheitsliebe des Zeugen in engem Zusammenhang und können deshalb ohne Verstoß gegen das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung nur bewertet werden, wenn das Gericht sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen verschafft hat oder auf eine entsprechende Beurteilung durch die erste Instanz zurückgreifen kann (Senatsurteil vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 116/90, aaO). Diese Grundsätze für das Verhältnis zwischen erster und zweiter Instanz gelten ebenso im Verhältnis zwischen Einzelrichter und Kollegium bei vorbereitend durchgeführter Beweisaufnahme durch den Einzelrichter (Senatsurteil vom 18. März 1992 - VIII ZR 30/91, aaO).

32 3. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht ist die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht rechtsfehlerfrei. Die Revision beanstandet mit Recht, dass das Berufungsgericht eine Beweislastentscheidung zum Nachteil der Beklagten getroffen und damit die Grundsätze über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt hat.

33 Das Berufungsgericht unterstellt im Ausgangspunkt seiner Begründung selbst, dass die Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels infolge der

vom Geschäftsführer der Klägerin am 19. April 2004 abgegebenen Erklärung über die "Abnahme der Betriebsbereitschaft" gemäß § 363 BGB bei der Klägerin liegt. Diese Beweislastverteilung wird auch von der Klägerin im Revisionsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen. Die Klägerin meint jedoch, das Berufungsgericht habe keine - danach unzulässige - Beweislastentscheidung zum Nachteil der Beklagten getroffen, sondern habe in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung festgestellt, dass die Klägerin den ihr obliegenden Beweis der Mangelhaftigkeit der Druckanlage hinsichtlich der Verarbeitung von 40 g/m²-Papier erbracht habe. Das trifft nicht zu.

34 a) Die - von der Sache her - naheliegende Beweisführung durch ein Sachverständigengutachten ist der Klägerin unstreitig nicht gelungen. Im Zuge der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hat der Sachverständige im Jahr 2008 festgestellt, dass die seit Frühjahr 2005 nicht mehr benutzte Druckanlage ohne Abdeckung unter der weiterbetriebenen Hochdruckzerstäubungsanlage stand und dies zu Oxidationserscheinungen geführt hat. Zudem ist das in der Anlage verbliebene Toner/Entwicklergemisch nicht abgesaugt worden, sondern in der Druckanlage verklumpt, so dass die Anlage insgesamt nicht mehr verwendbar ist und sachverständige Feststellungen zu der hier streitigen Frage nicht mehr getroffen werden können. Eine rechtzeitige Beweissicherung hat die Klägerin nicht veranlasst. Damit hat die Klägerin den unmittelbaren Beweis der Ungeeignetheit der Anlage durch ein Sachverständigengutachten nicht erbringen können.

35 b) Es ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht geprüft hat, ob der Klägerin eine mittelbare Beweisführung durch Indizien gelungen ist. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht jedoch - zu Unrecht - der Klägerin eine Beweiserleichterung eingeräumt, die auf eine Beweislastumkehr zum Nachteil der Beklagten hinausläuft.

36 aa) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Druckanlage nach der Betriebs- und Serviceanleitung nur für ein Papiergewicht von 50 bis 150 g/m² - also nicht auch für das vereinbarte Papiergewicht von 40 g/m² - ausgelegt war und deshalb nach dem Wortlaut der Betriebs- und Serviceanleitungen die Verarbeitung von geringeren Papiergewichten - also etwa von 40 g/m² - mit der gelieferten Anlage nicht möglich war.

37 Fehl geht der Angriff der Revision, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten übergangen, dass die Betriebsanleitung veraltet gewesen sei und deshalb nicht maßgeblich sein könne. Die Revision bezieht sich dafür, dass die Betriebsanleitung überholt gewesen sei, auf die Aussage des Zeugen R. , wonach die Herstellerfirma H. seit Ende der 1990er Jahre gemeinsam mit der Beklagten daran gearbeitet habe, in den Markt für Leichtpapiere einzusteigen; dieser Entwicklung hätten die Unterlagen dann "ein wenig" hinterhergehinkt. Mit dieser - für den vorliegenden Fall unergiebigen - Aussage brauchte sich das Berufungsgericht nicht näher auseinanderzusetzen.

38 bb) Das Berufungsgericht ist auch mit Recht nicht bei der Betriebsanleitung stehengeblieben, weil es gesehen hat, dass die technischen Unterlagen nur für das "Standard Business" gelten und deshalb "Sonderanwendungen" wie die Verarbeitung geringerer Papiergewichte unter bestimmten Voraussetzungen (Papierqualität und -sorte; Umweltbedingungen) nicht ausschließen. Insoweit hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass für solche Sonderanwendungen spezielle Versuche und Anwendungstests erforderlich waren, nach deren positivem Verlauf eine entsprechende Freigabe erfolgen sollte.

39 Verkannt hat das Berufungsgericht jedoch, dass die Indizwirkung der Betriebsanleitung für den Leistungsumfang einer gelieferten Druckanlage jedenfalls dann erheblich abgeschwächt wird, wenn sich die Betriebsanleitung nur auf

das "Standard Business" bezieht, die gelieferte Anlage aber - wie hier - vereinbarungsgemäß nicht auf das "Standard Business" beschränkt sein soll, sondern mit entsprechender Zusatzausstattung darüber hinausgehende Funktionen zu erfüllen hat. Rechtsfehlerhaft ist deshalb die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei "ihrer Beweislast mit Vorlage der Betriebs- und Serviceanleitungen zunächst nachgekommen" und es sei nunmehr im konkreten Falle Sache der Beklagten gewesen nachzuweisen, dass es Versuche und Anwendungstests mit positivem Ergebnis gegeben habe und die Anlage hiernach ausnahmsweise doch zur Verarbeitung von 40g/m²-Papier freigegeben worden sei. Diesen Nachweis habe die Beklagte nicht erbracht; mit den bisher erhobenen Beweisen sei es ihr nicht gelungen, den sich aus der Betriebsanleitung des Herstellers ergebenden Schluss auf die Ungeeignetheit der Druckanlage zu widerlegen.

40 Diese Argumentation läuft im Ergebnis auf eine - vom Berufungsgericht zu Unrecht in Abrede gestellte - Beweislastumkehr zum Nachteil der Beklagten hinaus, die nicht gerechtfertigt ist. Die Betriebsanleitung ist ein gewisses - unter Umständen auch starkes - Indiz für den Leistungsumfang einer technischen Anlage, aber auch nicht mehr. Sie ändert - wie jedes Indiz - nichts an der Beweislastverteilung, hier also daran, dass die Klägerin in vollem Umfang den Beweis für die behauptete Mangelhaftigkeit der Druckanlage zu erbringen hat. Dies gilt umso mehr, als es hier um eine Anlage geht, die aufgrund entsprechender Zusatzausstattung Sonderanwendungen zu leisten hat, die von der Betriebsanleitung nicht erfasst werden. Unter diesen Umständen rechtfertigt es die Betriebsanleitung nicht, zu Gunsten der Klägerin auf die Ungeeignetheit der Druckanlage zu schließen.

41 Daher hat nicht die Beklagte zu beweisen, dass die Druckmaschine in der Konfiguration, wie sie an die Klägerin zu liefern war, ihre Eignung zur Ver-

arbeitung von 40g/m²-Papier in entsprechenden Tests erwiesen hat und vom Hersteller freigegeben worden war. Vielmehr obliegt es - nach wie vor - der Klägerin, die mangelnde Eignung der Druckanlage zu beweisen und somit die Behauptung der Beklagten zu widerlegen, dass die Druckanlage in der an die Klägerin gelieferten Konfiguration vom Hersteller unter den mit der Klägerin vereinbarten klimatischen Bedingungen auf ihre Eignung zur Verarbeitung von 40g/m²-Papier positiv getestet und freigegeben worden war. Die Betriebsanleitung führt ebenso wie der Umstand, dass eine sachverständige Begutachtung der Druckanlage nicht mehr durchgeführt werden kann, nicht zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten der Klägerin. Unter diesen umgekehrten Vorzeichen hat das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien und das Ergebnis der Beweisaufnahme - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bislang nicht gewürdigt.

42 4. Im Übrigen hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand. Auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts zur Arglist kommt es dabei nicht an.

43 a) Einen vertraglichen Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß der unter Ziff. 2 der Anlage zum Kaufschein getroffenen Vereinbarung, nach der die Klägerin berechtigt sein sollte, innerhalb von vier Wochen nach erfolgreicher Installation vom Vertrag zurückzutreten, wenn die in der Aufgabenstellung vereinbarten Spezifikationen und Toleranzen nicht eingehalten werden, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei mit der Begründung abgelehnt, die Rücktrittsklausel erfasse nicht den hier vorliegenden Fall, dass die vorgesehenen Tests nicht vollständig abgeschlossen waren, also Tests mit allen vertraglich vorgesehenen Papiersorten nicht vorgenommen worden waren. Gegen diese Vertragsauslegung bringt die Revision nichts vor.

44 Ohne Erfolg macht die Revision in diesem Zusammenhang geltend, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass der Geschäftsführer der Klägerin eine vollständige Validierung und Tests mit 40g/m²-Papier "gezielt verhindert" habe. Dieser Vorwurf findet in der Aussage des Zeugen K. , auf die sich die Revision bezieht, keine Stütze.

45 b) In rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung der besonderen Umstände dieses Falles hat das Berufungsgericht eine Verletzung der Rügeobliegenheit (§ 377 HGB) seitens der Klägerin verneint. Auch dagegen wendet sich die Revision vergeblich.

46 Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht für den Beginn der Rügeobliegenheit hinsichtlich des hier streitigen Mangels nicht auf die Unterzeichnung der Abnahmeerklärung am 19. April 2004 abgestellt, weil die Druckanlage zu diesem Zeitpunkt wegen der noch fehlenden Installation der Klimatisierung noch nicht auf ihre Eignung zur Verarbeitung von 40 g/m²-Papier überprüft werden konnte. Gemeinsame Probeläufe fanden erst ab Dezember 2004 im Zuge der dann unternommenen Versuche zur Validierung der Anlage statt. Daran waren Techniker beider Parteien - die Zeugen K. und C. - beteiligt. Dabei wurde jedoch, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, nur ein einziger Test mit 40 g/m²-Papier vorgenommen, bei dem die Techniker der Beklagten es allerdings unterlassen hatten, die für die Verwendung des 40g/m²-Papiers erforderlichen Zusatzteile einzubauen, so dass der Test nicht erfolgreich war. Ein weiterer Versuch fand nicht statt.

47 Bei dieser Sachlage ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich unter diesen Umständen nicht darauf berufen, dass die Klägerin die Ungeeignetheit der Anlage zur Verarbeitung dieser leichten Papiersorte erst später formell gerügt hat, nicht zu beanstanden. Die Be-

sonderheit des Falles liegt darin, dass die Klägerin die Funktionsfähigkeit der hochkomplexen Druckanlage nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit der Beklagten prüfen konnte. Die Beklagte war in Zeitpunkt und Umfang dieser Überprüfung voll eingebunden; ihr war damit, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, aus den von ihr selbst und der Klägerin ab Dezember 2004 gemeinsam vorgenommenen Testläufen im Betrieb der Klägerin bekannt, dass der Test mit der Verarbeitung von 40 g/m²-Papier nicht erfolgreich war. Einer ausdrücklichen Rüge seitens der Klägerin bedurfte es unter diesen besonderen Umständen nicht; ein solches Erfordernis liefe auf eine bloße Förmelei hinaus.

48 Das Senatsurteil vom 24. Januar 1990 (VIII ZR 22/89, NJW 1990, 1290), auf das sich die Beklagte beruft, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es betrifft eine nicht vergleichbare Sachverhaltsgestaltung. Wie der Senat ausgeführt hat, tragen die Vorschriften über die Mängelrüge in erster Linie den Belangen des Verkäufers Rechnung, der davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger dann nur schwer feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen (aaO unter II 2 a). Diese Gefahr bestand hier, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, für die Beklagte nicht. Ihr war seit dem erfolglosen Testlauf ebenso gut wie der Klägerin bekannt, dass die Funktionsfähigkeit der Druckanlage zur Verarbeitung von 40 g/m²-Papier im Betrieb der Klägerin noch nicht gewährleistet war.

49 c) Schließlich ist auch die Beurteilung des Berufungsgerichts zur Verjährung nicht zu beanstanden. Die gesetzliche Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Ablieferung (19. April 2004) war bei Zugang der Rücktrittserklärung am 18. Juli 2005 nicht abgelaufen. Dagegen bringt die Revision nichts vor.

50 Das Berufungsgericht hat für den Beginn der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist von einem Jahr mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles im Wege rechtsfehlerfreier Vertragsauslegung nicht auf die Ablieferung, sondern auf die Installation der erforderlichen Klimatisierung Ende Juli 2004 abgestellt und - folgerichtig - die Gewährleistungsfrist als gewahrt angesehen. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass es auf die Ablieferung der Anlage am 19. April 2004 nicht ankommen könne, weil die gelieferte Anlage bis zur Installation der Klimatisierung, wie beiden Parteien auch bewusst gewesen sei, nicht auf ihre Eignung zur Verarbeitung geringerer Papiergewichte habe getestet werden können. Diese vertretbare Vertragsauslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

51 Dass die Klägerin die von ihr zu erbringende Installation der Klimaanlage, wie die Revision meint, in einer Weise verzögert hätte, die es ihr verwehren würde, sich auf den hinausgeschobenen Fristbeginn zu berufen, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden und folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht schon daraus, dass nach den ursprünglichen Vorstellungen der Parteien die Installation der gesamten Anlage schon Ende 2003 hätte erfolgen und Anfang 2004 mit der Testphase hätte begonnen werden sollen.

III.

52 Nach alledem kann das angefochtene Urteil, soweit es mit der Revision angegriffen worden ist, keinen Bestand haben; es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif und ist deshalb im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit das Berufungsgericht sich mit der Frage der Mangelhaftigkeit der Druckanlage hinsichtlich der Verarbeitung von 40 g/m²-Papier nochmals befassen und hierzu - gegebenenfalls nach ergän-

zendem Sachvortrag der Parteien - die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Ball Dr. Frellesen Dr. Milger

Dr. Fetzer Dr. Bünger

Vorinstanzen:
LG Duisburg, Entscheidung vom 12.05.2009 - 24 O 537/05 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.01.2012 - I-17 U 108/09 -