

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 62/85

URTEIL

Verkündet am:
26. März 1986
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Lina Margarete S [REDACTED], S [REDACTED] 10, M [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma W [REDACTED] Bohrtechnik GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer Christian W [REDACTED], N [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1986 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 8. Januar 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Beklagten erkannt ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist die Ehefrau und Alleinerbin des während des Rechtsstreits verstorbenen früheren Beklagten.

Am 13. Januar 1981 besichtigte dieser ein von der Klägerin hergestelltes, bei der Firma N [REDACTED] stehendes gebrauchtes Vertikalbohrgerät. Es wurde eine Probebohrung vorgenommen, die störungsfrei verlief. Der Ehemann der Beklagten kaufte das Gerät am darauffolgenden Tag von der Klägerin "wie besichtigt ... jedoch mit einer Wartung bzw. Inspektion bei Firma W [REDACTED]" (= Klägerin) zum Preise von 101.700,-- DM. Ferner erwarb er Zubehörteile für 10.461,54 DM. Er zahlte 50.000,-- DM an und holte am 23. Januar 1981 das Bohrgerät und die gekauften Zubehörteile bei der Klägerin ab.

Das Bohrgerät war damals mindestens acht Jahre alt. Vom 15. September 1973 bis Juli 1980 war es im Besitz einer Firma S [REDACTED], wo die Klägerin im Juli 1974 den Kraftdrehkopf des Bohrgerätes austauschte. Zwischen den Parteien besteht insoweit Streit darüber, ob das bei den Akten befindliche Lichtbild Nr. 1 den ursprünglichen oder den im Juli 1974 ausgetauschten Drehkopf zeigt. Von Juli 1980 bis Ende 1980 befand sich das Gerät bei der Klägerin und anschließend bis Januar 1981 bei der Firma Neumann, von wo es nach der Besichtigung durch den Ehemann der Beklagten wieder zur Klägerin gelangte.

Unstreitig ist der an den Ehemann der Beklagten ausgelieferte Kraftdrehkopf nicht identisch mit dem auf dem Foto Nr. 1 abgebildeten.

Im Betrieb des Ehemanns der Beklagten kam es beim Einsatz des Bohrgerätes zu technischen Schwierigkeiten am Kraftdrehkopf. Es traten Öl und Fette aus. Die Klägerin führte Repara-



turarbeiten durch und stellte insoweit am 25. Februar 1981 für Ersatzteile 1.252,61 DM und am 2. März 1981 für Ersatzteile und Arbeitslohn 2.290,91 DM in Rechnung.

Am 13. Mai 1981 brachte der Ehemann der Beklagten das Bohrgerät zur Klägerin zurück und ließ es dort mit dem Hinweis stehen, kein Interesse mehr daran zu haben.

Der Restkaufpreis und die beiden Reparaturrechnungen stehen noch offen.

Zahlung dieser Beträge in Höhe von insgesamt 65.705,06 DM nebst Zinsen hat die Klägerin mit der vorliegenden Klage Zug um Zug gegen Herausgabe des Bohrgerätes geltend gemacht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und widerklagend Rückerstattung der geleisteten Anzahlung abzüglich des Kaufpreises für die Zubehörteile, also 39.538,46 DM beansprucht. Sie hat behauptet, der Kraftdrehkopf sei zwischen der Besichtigung und Auslieferung des Gerätes ausgetauscht worden und bereits bei Auslieferung defekt gewesen. Die den Reparaturrechnungen zugrundeliegenden Leistungen seien von der Klägerin zur Mängelbeseitigung erbracht worden.

Die Klägerin hat dies bestritten und vorsorglich die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und der Klage auf die Berufung der Klägerin hin mit Ausnahme eines Teiles des geltend gemachten Zinsanspruches stattgegeben. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungs- und Widerklagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hält die Klage für begründet und die Widerklage dementsprechend für unbegründet, weil die Beklagte nicht nachgewiesen habe, daß der Kraftdrehkopf des gelieferten Bohrgerätes nach der Besichtigung durch den Käufer ausgewechselt worden und zur Zeit der Auslieferung mangelhaft gewesen sei.

Es hat ausgeführt, es könne dahinstehen, ob es sich um die Lieferung eines sogenannten "aliud" handle, wenn das Bohrgerät bei Lieferung mit einem anderen Kraftdrehkopf als beim Kaufabschluß ausgestattet gewesen sei. Die Beweislast für eine solche Abweichung zwischen dem gekauften und gelieferten Bohrgerät trage jedenfalls die Beklagte. Sie habe den behaupteten Austausch des Kraftdrehkopfes nach der Besichtigung des Gerätes durch ihren Ehemann aber nicht nachzuweisen vermocht. Auch wenn sicher feststünde, daß der während der Besitzzeit des Zeugen S. [REDACTED] eingebaute neue Kraftdrehkopf nicht identisch mit dem

nunmehr im Bohrgerät befindlichen sei, könne damit noch nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, daß der Austausch nach der Besichtigung des Gerätes durch den Ehemann der Beklagten stattgefunden habe. Dies könne, weil das Gerät schon einmal im Juli 1980 an die Klägerin zurückgelangt sei und sich später bei der Firma N [REDACTED] befunden habe, auch vor der erwähnten Besichtigung geschehen sein. Der Beklagten stehe daher die Einrede des nichterfüllten bzw. nicht vollständig erfüllten Vertrages nicht zu.

Auch ein Wandelungsrecht scheide aus. Die Beklagte habe - im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts - den ihr obliegenden Beweis nicht erbracht, daß der zum Austritt von Fett und Öl führende Mangel des Kraftdrehkopfes schon bei Gefahrübergang, nämlich der Auslieferung des Gerätes, vorhanden gewesen sei. Zwar habe der Zeuge Sa [REDACTED] bekundet, daß schon bei der ersten Bohrung sofort Fett und Öl aus dem Drehkopf ausgelaufen sei. Dem widerspreche aber die Aussage des Zeugen P [REDACTED], wonach die erste Bohrung am 6. Februar 1981 ohne Störung verlaufen sei. Der Bekundung des Zeugen Sa [REDACTED] mehr Glauben zu schenken als der des Zeugen P [REDACTED], bestehe keine Veranlassung.

Da somit eine Gewährleistungspflicht der Klägerin für die Fehler des Kraftdrehkopfes nicht bestehe, handle es sich bei den den Rechnungen vom 25. Februar 1981 und 2. März 1981 zugrundeliegenden Leistungen der Klägerin auch nicht um nichtvergütungspflichtige Nachbesserungsmaßnahmen. Die Bestellung der in den Rechnungen aufgeführten Ersatzteile durch einen Monteur der Klägerin müsse die Beklagte sich gemäß § 164 BGB jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen.

II. Das Berufungsurteil hält den Revisionsangriffen nicht in allen Punkten stand.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte trage die Beweislast dafür, daß die Klägerin das Bohrgerät mit einem anderen als dem geschuldeten Kraftdrehkopf geliefert habe.

Will der Gläubiger eine Leistung seines Schuldners deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen, weil sie eine andere als die geschuldete oder weil sie unvollständig sei, so trifft ihn gemäß § 363 BGB die Beweislast, wenn er die ihm angebotene Leistung zunächst als im wesentlichen ordnungsgemäße Erfüllung angenommen hat. Seine Feststellung, daß diese Voraussetzung hier gegeben sei, hat das Berufungsgericht zwar nicht näher begründet. Ein Verfahrensfehler im Sinne des § 551 Nr. 7 ZPO ist darin entgegen der Auffassung der Revision aber nicht zu erblicken. Die "Annahme als Erfüllung" ergibt sich hier zwangsläufig aus den unstreitigen Umständen, daß der Ehemann der Beklagten das Bohrgerät nach einer Probebohrung gebilligt und gekauft, bei der Übergabe ohne Vorbehalt entgegengenommen und so dann in seinem Betrieb eingesetzt hat.

Der Hinweis der Revision, die Ingebrauchnahme einer Maschine zur Erprobung stelle keine Annahme als Erfüllung dar, ist zwar richtig. Er trifft aber den vorliegenden Sachverhalt nicht. Keine der Parteien hat behauptet, der Ehemann der Klägerin habe das Bohrgerät zunächst nur zur Erprobung angenommen.

2. Mit Erfolg greift dagegen die Revision als verfahrensfehlerhaft die Feststellung des Berufungsgerichts an, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, daß der Kraftdrehkopf nach der Besichtigung des Bohrgerätes durch den Ehemann der Beklagten ausgetauscht worden sei.

a) Sie rügt als Verstoß gegen § 286 ZPO, das Berufungsgericht habe sich über unstreitiges Vorbringen und das Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hinweggesetzt.

Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der am 29. Juli 1974 während der Besitzzeit des Zeugen S. [REDACTED] eingebaute neue Kraftdrehkopf nicht identisch mit dem an den Ehemann der Beklagten ausgelieferten sei. Es ist daher zugunsten der Beklagten davon auszugehen, daß der Drehkopf in dem Zeitraum vom 30. Juli 1974 bis 23. Januar 1981 - dem Tag der Auslieferung des Gerätes an den Ehemann der Beklagten - ausgetauscht worden ist. Zwangsläufig muß dies - wie die Beklagte behauptet - nach der Besichtigung des Gerätes durch ihren Ehemann geschehen sein, wenn die Möglichkeit eines früheren Austausches ausscheidet.

Das Berufungsgericht hat eine solche Möglichkeit bejaht. Es ist zu diesem Ergebnis aber unter Verstoß gegen die Vorschrift des § 286 ZPO gelangt, wonach der Tatrichter seine Entscheidung über die Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme zu treffen hat. Die Aussage

des Zeugen S [REDACTED], der bekundet hat, in seinem Betrieb seien nach dem Auswechseln des Drehkopfes im Juli 1974 keine Veränderungen an dem Bohrgerät vorgenommen worden, hat es überhaupt nicht gewürdigt. Die Aussagen der Zeugen F [REDACTED] und N [REDACTED], wonach der Drehkopf auch während der Besitzzeit der Firma N [REDACTED] nicht ausgewechselt wurde, hat das Berufungsgericht zwar referiert, jedoch gleichfalls nicht gewürdigt. Das unbestrittene Vorbringen der Klägerin, während ihrer Besitzzeit von Juli 1980 bis Ende 1980 sei der Drehkopf nicht ausgetauscht worden, hat es übergangen.

Geht man indessen von der - für das Revisionsverfahren mangels abweichender tatrichterlicher Würdigung zu unterstellenden - Richtigkeit der Zeugenaussagen aus, so folgt daraus in Verbindung mit dem eigenen Vorbringen der Klägerin, daß der im Juli 1974 ausgewechselte Drehkopf noch bei der Besichtigung des Bohrgerätes durch den Ehemann der Beklagten in dem Gerät eingebaut war. Dies wiederum zwingt zu dem Schluß, daß dieser Drehkopf, wenn er - wie das Berufungsgericht unterstellt hat - nicht mit dem an den Ehemann der Beklagten ausgelieferten identisch ist, von der Klägerin ausgetauscht worden sein muß, nachdem diese das Bohrgerät im Januar 1981 in Besitz genommen hatte.

b) Der festgestellte Verfahrensfehler nötigt dazu, das angefochtene Urteil in dem davon betroffenen Umfang aufzuheben und die Sache zu erneuter tatrichterlicher Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Begründetheit der Restkaufpreisklage und der Widerklage hängt in erster Linie von der - vom Berufungsgericht noch zu klärenden - Frage ab, ob der Kraftdrehkopf tatsächlich von der Klägerin nach der Besichtigung des Bohrgerätes durch den Ehemann der Beklagten ausgetauscht wurde. In diesem Falle hätte die Klägerin nämlich bewußt einen anderen als den gekauften Gegenstand geliefert. Darin könnte eine schwerwiegende, zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigende Vertragsverletzung der Klägerin erblickt werden.

c) Verfahrensfehlerhaft ist das Berufungsurteil überdies auch insoweit, als es die auf §§ 459, 462, 467, 478 BGB gestützte Wandelungseinrede für nicht gerechtfertigt erachtet hat, weil die Beklagte nicht nachgewiesen habe, daß der den Austritt von Fett und Öl bedingende Mangel des Drehkopfes bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei.

Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe gegen die Vorschriften der §§ 523, 398 ZPO verstoßen, weil es den Zeugen Reinhard Sammetinger nicht erneut vernommen hat. Zwar steht es grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, einen in der Vorinstanz vernommenen Zeugen nochmals zu hören oder sich auf die Würdigung seiner protokollierten Aussage zu beschränken. Dieses Ermessen ist aber nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Das Berufungsgericht ist insbesondere dann zur erneuten Vernehmung eines Zeugen verpflichtet, wenn es dessen Glaubwürdigkeit anders beurteilen will als der Erstrichter (Senatsurteile vom 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83 = WM 1985, 135 unter II 3 b und vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 279/82 = WM 1983, 1393 unter II 1 m.Nachw.).

Hieran hat sich das Berufungsgericht nicht gehalten. Das Landgericht hat trotz der entgegenstehenden Aussage des Zeugen P[REDACTED] aufgrund der Bekundungen des Zeugen Sa[REDACTED] als nachgewiesen angesehen, daß sich der Mangel bereits beim ersten Einsatz des Bohrgerätes im Betrieb des Ehemannes der Beklagten am 6. Februar 1981 zeigte, weil es diesem Zeugen offensichtlich mehr Glauben als dem Zeugen P[REDACTED] schenkte, der einen Mangel erst bei einer späteren Bohrung am 23. Februar 1981 festgestellt haben wollte. Von dieser Würdigung hätte das Berufungsgericht nicht abweichen dürfen, ohne sich selbst einen Eindruck von der persönlichen Glaubwürdigkeit des Zeugen Sa[REDACTED] zu verschaffen.

3. Das Berufungsurteil kann ferner keinen Bestand haben, soweit die Beklagte zur Zahlung der in den Rechnungen vom 25. Februar 1981 und 2. März 1981 ausgewiesenen Beträge verurteilt worden ist. In diesem Umfange mußte das angefochtene Urteil schon deshalb aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen werden, weil ohne die - vom Berufungsgericht noch herbeizuführende - Klärung der Fragen, ob ein anderer als der (mit-)gekauft Kraftdrehkopf geliefert wurde bzw. der gelieferte Drehkopf bei Gefahrübergang mangelhaft war, nicht ausgeschlossen werden kann, daß - wie die Beklagte geltend gemacht hat - die den Rechnungen zugrundeliegenden Leistungen durch eine nicht ordnungsgemäße Lieferung der Klägerin veranlaßt waren und daher nicht vergütungspflichtig sind.

Es kommt daher nicht mehr auf die Bedenken an, die die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts vorgebracht hat, die Beklagte müsse sich die von einem Monteur der Klägerin getätigte Bestellung von Ersatzteilen aus dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß