

VII ZR 207/57

2341 050

-36

Verkündet
am 16. Oktober 1958
Woitscheck, JOSEK.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Heinz H. [REDACTED], Ha [REDACTED], Am L. [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Richard K. [REDACTED] jun., I [REDACTED], Hi [REDACTED] str. [REDACTED],
Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1958 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Scheffler, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom
20. März 1957 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tra-
gen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 23. August 1951 verpflichtete sich der Kläger, dem Beklagten für eine - in Raten zu zahlende - Vergütung von 30 000 DM einen Rennwagen herzustellen und zu liefern.

Der Beklagte hat auf die 30 000 DM einen Teilbetrag von 13 200 DM an den Kläger bezahlt.

Im April 1953 erklärte der Beklagte dem Kläger, daß er vom "Kauf" zurücktrete.

Der Kläger, der den Rücktritt für unberechtigt hält, verlangt mit der Klage die Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen den vereinbarten 30 000 DM und der Anzahlung von 13 200 DM, also 16 800 DM nebst 8 % Zinsen. Der Beklagte verlangt mit der Widerklage seine Anzahlung zurück.

Das Landgericht hat der Klage - unter Herabsetzung der Zinsen auf 4 % - stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts teilweise, nämlich dahin abgeändert, daß es den Beklagten nur Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des gemäß dem Vertrag vom 23. August 1951 hergestellten Rennwagens (nebst gewissem Zubehör) verurteilte. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte, daß die Klage abgewiesen und seiner Widerklage stattgegeben werde.

Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der zwischen den Parteien am 23. August 1951 geschlossene Vertrag ein sog. Werklieferungsvertrag i.S. des § 651 BGB ist. Es hat weiter ausgeführt, daß zwar die "formellen" Voraussetzungen eines Wandelungsanspruchs gemäß §§ 651, 634 BGB und auch eines Rücktrittsrechts aus § 326 BGB vorlägen, daß aber der Rennwagen fehlerfrei gewesen sei und dem Beklagten daher kein Recht zugestanden habe, sich vom Vertrag loszusagen.

Seine Feststellung, der Rennwagen sei fehlerfrei gewesen, hat es auf das im ersten Rechtszug erstattete Gutachten des Obergeringieurs W. gestützt.

Es hatte auf Antrag des Beklagten beschlossen, ein weiteres Gutachten zu erfordern, hat dies aber unterlassen, weil der Beklagte den verlangten Vorschuß nicht bezahlt und auch keinen Antrag auf Verlängerung der hierfür gesetzten Frist oder auf Bestimmung einer neuen Frist gestellt hat.

In den Entscheidungsgründen hat es im einzelnen u.a. ausgeführt:

Die Anforderung eines weiteren Sachverständigengutachtens von Amts wegen sei zwar zulässig, aber nicht erforderlich, da das Gutachten W. ausreiche.

In Übereinstimmung mit dem Landgericht und aus den von ihm in Anlehnung an dieses Gutachten erwähnten Gründen halte auch der Senat nicht für erwiesen, daß der Rennwagen im Zeitpunkt der Fertigstellung und seiner Erprobung durch den Beklagten im November 1951 in seiner Konstruktion irgendwie fehlerhaft, daß insbesondere die Vorderachse zu schwach gewesen sei. Es sei vielmehr auf Grund des vom Senat für rich-



tig befundenen Gutachtens W. davon auszugehen, daß der Rennwagen fehlerfrei gewesen sei.

Die Einwände, die der Beklagte gegen das Gutachten vorgebracht habe, griffen nicht durch. Oberingenieur W. von der Hauptverwaltung des ADAC in München verfüge, wie der Beklagte selbst eingeräumt habe, über eine seit Jahrzehnten bewährte Sachkunde auf dem Gebiet des Kraftfahrzeugwesens. Wenn er sich auch nicht auf den Rennwagenbau spezialisiert habe, seien ihm doch auf Grund seiner beruflichen Ausbildung und seiner langjährigen Tätigkeit in der Hauptverwaltung des ADAC in München ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen für die Beurteilung des fraglichen Rennwagens zuzutrauen. Er sei in der Lage, zuverlässig zu begutachten, ob der Rennwagen bei Fertigstellung im Herbst 1951 in seiner Konstruktion von vornherein verfehlt, ob insbesondere die Vorderachse zu schwach gewesen sei. Das ergebe sich recht anschaulich aus seinem ausführlichen, wohl abgewogenen, im einzelnen mit überzeugender Begründung versehenen Gutachten.

Gegen die Richtigkeit des Gutachtens bestünden auch nicht deshalb Bedenken, weil es ohne Fahrproben erstattet sei. Die Frage der Tauglichkeit der bemängelten Konstruktion zu Rennzwecken habe der Sachverständige auch durch Untersuchung des nicht in Bewegung befindlichen Fahrzeugs klären können, zumal der Beklagte den Mangel darin erblickt habe, daß der Kläger eine Volkswagen-Vorderachse in das Fahrgestell eingebaut habe. Ob ein mit einer solchen Achse versehenes Fahrgestell für Rennen geeignet sei, könne bei sachkundiger Untersuchung auch im Haltezustand ausreichend überprüft werden. Aus dem Schriftwechsel der Parteien ergebe sich nicht, daß der Kläger einen Mangel des Fahrgestells eingeräumt habe und daß ein solcher vorhanden gewesen sei.

Auch durch den in einer Autofachzeitschrift erschienenen Artikel "Der schnelle Volkswagen" werde W. Gutachten nicht entwertet. Denn dieser Artikel beziehe sich erkennbar nur auf den Volkswagen und das Volkswagengestell.

Der vom Kläger für den Beklagten gefertigte Wagen habe aber ein besonderes - im Urteil im einzelnen beschriebenes - Rennwagengestell.

Zur Einholung eines weiteren Gutachtens von Amts wegen auf der Grundlage von ZPO §§ 144, 287 bestehe daher kein Anlaß.

II.

Die Revision rügt zunächst, daß das Berufungsgericht die Frage der Beweislast unrichtig beantwortet habe; nicht der Beklagte habe zu beweisen, daß der Wagen fehlerhaft gewesen sei, sondern der Kläger habe die vertragsmäßige Lieferung zu beweisen.

Auf die Frage der Beweislast kommt es aber nicht an, weil das Berufungsgericht festgestellt hat, daß der Rennwagen fehlerfrei war. Die Revision meint allerdings, das Berufungsgericht habe dem W■■■■'schen Gutachten nur entnommen, der Beklagte habe nicht bewiesen, daß der vom Kläger hergestellte Rennwagen irgendwie fehlerhaft, insbesondere die Vorderachse zu schwach gewesen sei. Das steht jedoch im Widerspruch zu dem eindeutigen Wortlaut des Urteils, in dem es - Seite 19 Abs.2 der Ausfertigung - allerdings zunächst heißt, der Senat halte nicht für erwiesen, daß der Wagen fehlerhaft gewesen sei; wo dann aber weiter gesagt wird, es sei "vielmehr auf Grund des vom Senat für richtig befundenen Gutachtens Wanner davon auszugehen, daß der Rennwagen fehlerfrei gewesen" sei.

III.

Die Angriffe der Revision gegen die hiernach vom Berufungsgericht getroffene Feststellung der Fehlerfreiheit des Wagens sind unbegründet.

1.) Die Revision meint zunächst, der - wegen Nicht-

zahlung des Auslagenvorschusses dann nicht durchgeführt -
Beschluß des Berufungsgerichts vom 28. November 1956, einen
weiteren Sachverständigen zu hören, beweise, "daß die bis-
herigen Gutachten weder sachlich noch personell den Anfor-
derungen entsprachen". Diese Folgerung entbehrt der Schlüs-
sigkeit. Aus dem Beweisbeschluß vom 28. November 1956 ist
zwar zu entnehmen, daß das Berufungsgericht dem Beklagten,
seinem Antrage entsprechend, Gelegenheit geben wollte, das
Gutachten W. zu widerlegen. Demit steht aber nicht in
Widerspruch, daß der Berufungsrichter, als es zur Erstat-
tung eines weiteren Gutachtens nicht kam, seiner Überzeu-
gungsbildung das vorhandene zugrunde gelegt hat.

2.) Insbesondere kann aus der Tatsache, daß das Berufungs-
gericht den Beweisbeschluß vom 28. November 1956 erlassen
hat, nicht geschlossen werden, es habe an der Sachkenntnis
W. gezweifelt. Das Gegenteil ergibt sich aus II Abs.4
und 5 der Urteilsgründe.

3.) Die Revision wirft dem Berufungsgericht weiter vor,
es habe ohne nähere Begründung und namentlich ohne Nachweis
eigener Sachkenntnis von sich aus entschieden. Der Vorwurf
ist nicht verständlich, da der Berufungsrichter seine Über-
zeugung auf Grund des Gutachtens, also nicht aus eigener
Sachkunde gewonnen hat.

4.) Unbegründet ist die weitere Revisionsrüge, das Be-
rufungsgericht hätte nicht aus eigener Sachkunde darüber ent-
scheiden dürfen, ob der Sachverständige W. die erforder-
liche Fachkunde hatte, um über die Konstruktion gerade eines
Rennwagens zu entscheiden. Denn auch die Feststellung, ein
Sachverständiger habe die nötigen Fachkenntnisse, liegt auf
tatsächlichem Gebiet und ist der Nachprüfung durch das Re-
visionsgericht entzogen. Ob eine solche Nachprüfung dann zu-
lässig ist, wenn den Umständen nach gegen die Sachkunde eines
Gutachters erhebliche Bedenken bestehen und dies vom Tatsich-
ter offensichtlich verkannt worden ist, kann auf sich beru-
hen. Denn im vorliegenden Fall hat sich das Berufungsgericht

auf Grund der vom Beklagten geltend gemachten Bedenken eingehend mit der Frage beschäftigt, ob W. die nötige Fachkunde für die Beurteilung des Rennwagens hatte. Wenn es diese Frage bejaht, weil W. als Oberingenieur von der Hauptverwaltung des ADAC eine seit Jahrzehnten bewährte Sachkunde auf dem Gebiet des Kraftfahrzeugwesens habe und diese sich auch aus seinem ausführlichen, wohl abgewogenen, überzeugend begründeten Gutachten ergebe, so läßt diese Würdigung keinen Rechtsfehler erkennen. Besitzt aber ein Sachverständiger auf dem in Betracht kommenden Fachgebiet - hier auf dem Gebiet des Kraftwagenbaues - gründliche Sachkunde, so kann das Gericht davon ausgehen, daß er von der Erstattung des ihm übertragenen Gutachtens Abstand nimmt, wenn die Beantwortung der Beweisfrage Sonderkenntnisse erfordert, die er nicht besitzt. Diese Annahme ist jedenfalls dann berechtigt, wenn es sich bei dem Sachverständigen um eine verantwortungsbewußte Persönlichkeit handelt. Dies aber hat der Beklagte selbst ausdrücklich hervorgehoben (Schriftsatz vom 19. September 1956 zu III).

Unzutreffend ist es, wenn die Revision sich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12. April 1951 (IV ZR 22/50 ILM ZPO § 286 (E) - (1)) als Stütze für ihre Ansicht bezieht, das Berufungsgericht hätte nicht aus eigener Sachkunde darüber entscheiden dürfen, ob der von ihm gehörte Gutachter die nötigen Fachkenntnisse habe. In der Entscheidung ist nur gesagt, es stelle einen Verfahrensmangel dar, wenn der Tatrichter, ohne die notwendige Sachkunde zu haben, eine (medizinische) Frage entschieden hat, ohne einen Sachverständigen zu hören. Davon, daß er ein Gutachten darüber einzuholen habe, ob ein vernommener Sachverständiger genügend sachkundig sei, enthält das Urteil nichts.

5.) Unzutreffend ist weiter die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe nicht aus eigener Sachkunde entscheiden dürfen, daß die Nichtvornahme einer Fahrprobe die Richtigkeit des W.'schen Gutachtens nicht in Frage stelle. Der Sachverständige Wanner sagt in seinem Gutachten zwar

nicht ausdrücklich, daß er eine Fahrprobe nicht für nötig gehalten habe, um die ihm zur Begutachtung vorgelegte Streitfrage zu entscheiden. Das folgt aber unmittelbar und eindeutig aus der Tatsache, daß er das Gutachten erstattet hat, ohne eine Fahrprobe zu machen. Indem sich das Berufungsgericht dem Gutachten ohne Einschränkung anschloß, folgt es ihm auch insofern, als in ihm - wenn auch nicht ausdrücklich - die Ansicht vertreten war, es bedürfe keiner Fahrprobe. Die Überzeugung des Berufungsgerichts beruht also auch insoweit mit auf dem Gutachten, nicht nur auf eigener Sachkunde.

6.) Der Beklagte hatte einen Artikel "Der schnelle Volkswagen" und eine Auskunft der Firma Alfa Romeo eingereicht, aus denen sich nach seiner Ansicht die Unrichtigkeit des W■■■■'schen Gutachtens ergibt. Das Berufungsgericht hat zu dem Artikel ausgeführt, er entwerte das Waner'sche Gutachten nicht, weil er sich auf das Volkswagengestell beziehe, der umstrittene Wagen aber ein besonderes Rennwagenfahrgestell habe. Zu der Auskunft hat es ausgeführt, sie gehe offensichtlich von einer serienmäßig hergestellten Volkswagenvorderachse aus, während die im vorliegenden Rechtsstreit zu beurteilende Achse eine Konstruktion besonderer Art sei.

Wenn das Oberlandesgericht auf Grund dieser Feststellungen, die von der Revision nicht angegriffen worden sind, zu der Schlußfolgerung gelangte, der Artikel und die Auskunft machten ein neues Gutachten nicht erforderlich, so läßt dies einen Ermessensmißbrauch nicht erkennen. Darauf aber kommt es an; denn es steht im Ermessen des Tatrichters, ob er ein weiteres Gutachten von Amts wegen einholen will oder nicht.

7.) Daß die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts auf einer Verkennung der Beweislast beruhe, wie die Revision meint, ist nicht der Fall.

IV.

Der Einwand der Revision, das Berufungsgericht hätte nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger die Hinterlegung des Auslagenvorschusses auferlegen müssen, ist unbegründet. Nach § 379 ZPO, der gemäß § 402 ZPO beim Sachverständigenbeweis entsprechend anzuwenden ist, hat das Gericht die Ladung des Sachverständigen oder das Erfordernis des Gutachtens davon abhängig zu machen, daß der Beweisführer einen Auslagenvorschuß hinterlegt. Beweisführer ist aber nicht die Partei, welche die Beweislast hat, sondern stets die Partei, welche die Vernehmung eines Zeugen beantragt oder Sachverständigenbeweis antritt (RG JW 1933 S.1243). Dies ergibt der Wortlaut der Gesetzesbestimmung: wer einen Beweis überhaupt nicht antritt, insbesondere also keinen Zeugen benennt oder zu begutachtende Punkte bezeichnet, ist nicht Beweisführer. Er wird es auch nicht dadurch, daß sein Gegner Beweis antritt, und auch der Umstand, daß er die Beweislast hat, kann daran nichts ändern.

V.

Der Beklagte rügt weiter, daß ein Vorschuß von 2 000 DM nicht gerechtfertigt gewesen sei; er meint, der Beweisbeschluß hätte insoweit abgeändert und den Vermögensverhältnissen des Beklagten angepaßt werden müssen.

Das trifft nicht zu. Wie § 379 ZPO ergibt, ist der Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Annörung des Sachverständigen entstehenden Auslagen bestimmt. Nur aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich die Höhe des Vorschusses; die Vermögenslage des Beweisführers ist für die Bemessung des Vorschusses ohne Einfluß. Kann eine Partei den Vorschuß nicht aufbringen, so steht ihr der Antrag auf Bewilligung des Armenrechts offen.

Abgesehen hiervon hat der Beklagte keine Behauptungen aufgestellt, aus denen etwas über seine Vermögensverhältnisse zu entnehmen gewesen wäre. Er hat auch keine Gegenvorstellungen wegen der Höhe erhoben.

VI.

Die Revision meint schließlich, die Angriffe des Beklagten gegen das Gutachten W[REDACTED] seien mindestens so aufzufassen gewesen, daß dieser in mündlicher Verhandlung dem Beklagten Rede und Gegenrede geben sollte. Der Sachverständige hätte daher mündlich vernommen werden müssen.

Die Rüge greift nicht durch.

In erster Instanz hat der Beklagte überhaupt keine Einwendungen gegen das Gutachten erhoben. Im zweiten Rechtszug hat er seine Angriffe gegen das W[REDACTED]'sche Gutachten damit begründet, daß W[REDACTED] nicht die erforderlichen Sonderkenntnisse habe, um die Konstruktion eines Rennwagens zu beurteilen, und er hat deshalb ein neues Gutachten durch einen anderen Sachverständigen beantragt. Darin konnte nicht der Antrag erblickt werden, W[REDACTED] mündlich zu hören. Auch das Nichtstellen eines Antrages auf mündliche Anhörung W[REDACTED] konnte unter diesen Umständen nur dahin verstanden werden, daß der Beklagte eine Anhörung nicht wünschte.

VII.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann Scheffler Rietschel Erbel Meyer