

BUNDESGERICHTSHOF

2066 006

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 72/65

URTEIL

Verkündet am
6. Juli 1967
Horn,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dipl.-Landwirts Dr. Helmut B [REDACTED], H [REDACTED],
Post M [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Peter A [REDACTED], Inhaber Peter A [REDACTED],
K [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 25. März 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt eine Vegetationsversuchsanstalt, die mit einer Erwerbsgärtnerei verbunden ist. Im Jahre 1962 vereinbarte er mit der Firma Gerhard R. KG in Köln, daß diese ihm mehrere Gewächshäuser mit Bewässerungs-, Heizungs-, Lüftungs- und Farbschattierungsanlagen im Gesamtwert von über 320.000 DM errichten sollte. Die Anlagen in den Gewächshäusern sollten zentral von einem sogenannten Schaltschrank aus gesteuert werden.

Bei der Firma R. war damals der Ingenieur G. beschäftigt. Auf dessen Veranlassung sandte die Klägerin am 5. September 1962 an die Firma R. ein Angebot über einen Steuerschrank mit Leuchtwarte und Beleuchtung zum Gesamtnettopreis von 41.237 DM. Die Lieferung

- 3 -

sollte unfrei, die Zahlung zu 1/3 bei Auftragserteilung, im übrigen innerhalb von 30 Tagen nach Lieferung erfolgen.

G [REDACTED] legte dieses Angebot am 6. September 1962 dem Beklagten vor. Beide wurden darüber einig, daß der Auftrag zum Bau des Schaltschranks der Klägerin erteilt werden sollte. G [REDACTED] benachrichtigte hiervon in Gegenwart des Beklagten den Inhaber der Klägerin telefonisch, der sich bei dem Gespräch mit einer Ermäßigung des Preises auf 41.000 DM einverstanden erklärte. Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin der Auftrag von G [REDACTED] für die Firma R [REDACTED] oder für den Beklagten erteilt worden ist.

Am 8. September 1962 sandte die Klägerin dem Beklagten einen mit "Auftragsbestätigung" überschriebenen eingeschriebenen Brief, in dem sie den durch G [REDACTED] telefonisch übermittelten Auftrag gemäß ihrem Angebot vom 5. September 1962, jedoch zu einem Preis von 41.000 DM bestätigte. Der Beklagte antwortete auf dieses Schreiben nicht. Am 6. November 1962 zahlte er der Klägerin einen Betrag von 13.000 DM. Im Februar 1963 beauftragte er seine Bank mit einer weiteren Überweisung von 13.000 DM an die Klägerin, widerrief diesen Auftrag jedoch vor der Ausführung.

Die Klägerin lieferte den Schrank Anfang 1963 an den Beklagten. Dieser beantragte im Mai 1963 bei dem Amtsgericht in Ratingen wegen von ihm behaupteter Mängel der Anlage die Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens. In dem Verfahren wurde als Sachverständiger der Diplom-Ingenieur Karl-Heinz W [REDACTED] gehört.

Die Klägerin hat mit der Klage Zahlung von 28.246,10 DM nebst Zinsen verlangt, nämlich die restliche Vergütung von 28.000 DM für den Schaltschrank und 246,10 DM an Kosten für Transport und Versicherung.



Sie hat behauptet, es sei am 6. September 1962 zwischen den Parteien unmittelbar ein Vertrag über die Lieferung des Schaltschranks durch sie zustandegekommen. Dafür spreche auch, daß der Beklagte auf ihr Bestätigungsschreiben geschwiegen habe.

Der Beklagte hat geltend gemacht: Er habe Wert darauf gelegt, die Verantwortung für die ganzen Gewächshausanlagen der Firma R. zu übertragen, und habe deshalb dieser auch den Auftrag zur Lieferung des Schaltschranks erteilt. Die Anregung von G., daß er selbst die Klägerin beauftragen solle, habe er ausdrücklich abgelehnt. Die Klägerin sei lediglich als Subunternehmerin der Firma R. tätig geworden, an die sie auch ihr Angebot gerichtet habe. Auf Wunsch von G. habe er sich mit unmittelbarer Zahlung an die Klägerin einverstanden erklärt, um der Firma R. die Zahlung von Umsatzsteuer zu ersparen. Auf sein Schweigen zum Bestätigungsschreiben könne die Klägerin sich nicht berufen, da er weder Kaufmann noch Jurist sei; er habe das Schreiben lediglich als Dankschreiben aufgefaßt.

Die Anlage sei im übrigen noch nicht fertiggestellt, von ihm auch noch nicht abgenommen worden. Der Werklohn sei daher nicht fällig. Die Anlage sei auch mit Mängeln behaftet.

Landgericht und Oberlandesgericht haben nach dem Klageantrag erkannt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist auf Grund einer eingehenden Beweisaufnahme in beiden Instanzen zu der Auffassung gekommen, es seien unmittelbare vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien zustande gekommen. Es ist dabei der Aussage des Zeugen G [REDACTED] gefolgt, von dessen Person und Sachdarstellung über die Besprechung am 6. September 1962 es einen überzeugenden Eindruck gewonnen habe, hat aber auch weitere Beweisanzeichen verwendet.

G [REDACTED] hat insbesondere bekundet, nachdem der Inhaber der Klägerin bei dem Telefongespräch mit ihm sich mit einem Preis von 41.000 DM einverstanden erklärt habe, habe der Beklagte gesagt, dann erteile er der Klägerin den Auftrag. Seine - G [REDACTED] - Frage, ob er diese Worte des Beklagten verstanden habe, habe der Inhaber der Klägerin bejaht und ihn gebeten, dem Beklagten seinen Dank auszusprechen. Dieser habe noch geäußert, man solle ihm die Auftragsbestätigung zuschicken.

Die Würdigung der Beweisaufnahme durch den Tatrichter und dessen tatsächliche Feststellungen binden das Revisionsgericht. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision sind zum größten Teil unzulässig, weil sie im Gewand angeblicher Verfahrensrügen nur versuchen, die festgestellten Tatsachen anders als der Tatrichter zu würdigen.

Es genügen dazu folgende Bemerkungen:

1.) Das Berufungsgericht hat den gesamten Sachverhalt eingehend gewürdigt. Es brauchte nicht auf alle einzel-

nen Bekundungen der Zeugen einzugehen (BGHZ 3, 162, 175). Die Aussage des Zeugen M., dessen Nichtbeachtung die Revision rügt, ist gegenüber den eindeutigen und nach Auffassung des Berufungsgerichts glaubwürdigen Bekundungen von G. so unbestimmt, daß es sich damit nicht näher auseinanderzusetzen brauchte. M. war auch bei dem Telefongespräch am 6. September 1962 nicht anwesend.

2.) Der Beklagte hat seine unmittelbare Zahlung an die Klägerin damit begründet, nach der Erklärung von G. habe auf diese Weise Umsatzsteuer gespart werden sollen. Das Berufungsgericht nimmt an, eine solche Steuerersparnis wäre gar nicht eingetreten. Die Revision meint, es komme nur darauf an, ob der Beklagte der Angabe von G. vertraut habe.

Es braucht hierauf nicht weiter eingegangen zu werden. Ein einleuchtender Grund, aus dem der Beklagte sich zum unmittelbaren Abschluß mit der Klägerin entschließen konnte, ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts jedenfalls darin zu finden, daß er damit eine Verdienstspanne für die Firma R. sparte.

3.) Mit den Feststellungen des Oberlandesgerichts ist eine Berufung der Revision auf Dissens nicht vereinbar.

4.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Zeugen G. nicht auf seine Aussage beeidigt, obwohl der Beklagte das wiederholt beantragt habe, es habe sich auch nicht über die Gründe ausgesprochen, aus denen es die Beeidigung unterlassen habe.

Auch diese Rüge hat keinen Erfolg.

a) Es steht im pflichtmäßigen Ermessen des Tatrichters, ob er einen Zeugen beeidigt. Nachprüfbar ist in der Revisionsinstanz nur, ob er die Grenzen seines Ermessens verkannt hat (vgl. Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. November 1951 in NJW 1952, 384 und die Urteile des erkennenden Senats vom 29. Oktober 1962 VII ZR 192/61 sowie vom 5. November 1962 VII ZR 127/61). In dem Urteil des II. Zivilsenats ist zutreffend ausgesprochen worden, der Umstand, daß das Berufungsgericht in den Gründen seines Urteils nicht dargelegt habe, warum es von der Beeidigung eines Zeugen entgegen dem Antrag einer Partei Abstand genommen habe, sei noch kein Anhaltspunkt dafür, daß es die Grenzen seines Ermessens im Sinne des § 391 ZPO verkannt oder willkürlich außeracht gelassen habe.

Die Revision hat hier nichts vorgetragen, woraus auf einen Ermessensfehler geschlossen werden müßte. Die Tatsache, daß Gerhards jetzt nicht mehr bei der Firma R. [REDACTED] beschäftigt ist, brauchte dem Berufungsgericht keinen Anlaß zu geben, mit einer Änderung seiner Aussage im Falle der Beeidigung zu rechnen. Im übrigen sind auch für uneidliche falsche Aussagen empfindliche Strafen angedroht (§ 153 StGB).

b) Die von der Revision angeführte Entscheidung BGHZ 43, 368 (auch abgedruckt in NJW 1965, 1530), die in einer Ehesache ergangen ist, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. In dem dort entschiedenen Falle hatte das Berufungsgericht die uneidliche Aussage einer Zeugin nicht als geeignet angesehen, die Angaben eines anderen Zeugen zu widerlegen; von der Beeidigung hatte

es abgesehen, weil einer eidlichen Aussage keine weitere Bedeutung als der uneidlichen beigemessen werden könne. Der IV. Zivilsenat hatte sich also mit einem Fall zu befassen, in dem von der Beeidigung eines Zeugen abgesehen war, obwohl gegen die Glaubwürdigkeit von dessen uneidlicher Aussage gewisse Bedenken bestanden. Der vorliegende Fall ist anders gelagert. Hier hat das Berufungsgericht die uneidliche Aussage des Zeugen G [REDACTED] mit eingehender Begründung für glaubwürdig erachtet. Es brauchte deshalb die Beeidigung des Zeugen nicht gemäß § 391 ZPO für geboten zu erachten.

c) Es kommt hinzu, daß der Beklagte, wie die Revision anführt, zwar im Laufe des Rechtsstreits wiederholt die Beeidigung des Zeugen G [REDACTED] beantragt hat. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, in der G [REDACTED] nochmals vernommen worden ist, hat aber ausweislich der Verhandlungsniederschrift lediglich der Anwalt der Klägerin erklärt, daß er die Beeidigung des Zeugen dem Gericht anheimstelle; für den Beklagten ist nach dem Protokoll zur Frage der Beeidigung keine Äußerung abgegeben worden. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht, das ausführlich die Glaubwürdigkeit der Bekundungen von G [REDACTED] dargelegt hat, sich nicht auch noch ausdrücklich darüber zu äußern, weshalb es ihn nicht beeidigt hat. Es kann nicht angenommen werden, daß es sich der Möglichkeit der Beeidigung und der hierfür nach § 391 ZPO geltenden Grundsätze nicht bewußt gewesen sein sollte.

II.

Da hiernach die Hauptbegründung des angefochtenen Urteils rechtlich nicht zu beanstanden ist, braucht auf

seine Hilfsbegründung, ein Vertrag zwischen den Parteien sei jedenfalls deshalb als zustandegekommen anzusehen, weil der Beklagte dem Bestätigungsschreiben der Klägerin nicht widersprochen habe, nicht mehr eingegangen zu werden.

III.

Das Berufungsgericht hat auch die Fälligkeit des Klaganspruchs bejaht und dazu ausgeführt, es komme nicht darauf an, ob der Beklagte den Schaltschrank abgenommen habe. Nach dem Vertragsinhalt gewordenen Angebot der Klägerin habe der Werklohn mit der Lieferung (richtig: 30 Tage nach Lieferung) fällig werden sollen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten ebenfalls der rechtlichen Nachprüfung stand.

IV.

Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, nach dem Gutachten des im Beweissicherungsverfahren gehörten Sachverständigen W. habe die Klägerin den Materiallieferungsauftrag mindesten in der Größenordnung ihres Angebots vom 5. September 1962 erfüllt. Die innere Ausführung des Schanks entspreche den geltenden Vorschriften. Die Anlage laufe einwandfrei bis auf zwei Regelgruppen, bei denen noch zusätzliche nicht von der Klägerin zu liefernde Teile fehlten. Der größte Teil der zunächst noch vorhanden gewesenen Bagatellmängel sei behoben. Der Beklagte könne sich daher gemäß § 320 Abs. 2 BGB nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen.

Die Revision rügt die Übergehung von Beweisanträgen.

Diese Rüge ist begründet.

Das Berufungsgericht konnte zwar das im Beweis-sicherungsverfahren eingeholte Gutachten ebenso wie ein im Laufe des Rechtsstreits erstattetes verwenden (§ 493 ZPO). Es steht ferner in der Regel im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters, ob, wenn bereits ein Gutachten vorliegt, ein weiteres erforderlich ist (IM Nr. 2 zu § 404 ZPO und Nr. 7 zu § 286 (E) ZPO).

Im vorliegenden Fall hat aber der Beklagte in den von der Revision angeführten Schriftsätzen vom 17. Juli und 2. Oktober 1964 eine Reihe von Behauptungen über Mängel des von der Klägerin gelieferten Schaltschranks aufgestellt, zu denen das Berufungsgericht nicht Stellung genommen hat, über die auch aus dem früher erstatteten Gutachten W. nichts zu entnehmen ist. Nach dem Vortrag des Beklagten sind diese Mängel erst nach der letzten Besichtigung durch den Sachverständigen W. aufgetreten. Unter diesen Umständen genügt die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Einholung eines weiteren Gutachtens abgelehnt hat, nicht; vielmehr muß angenommen werden, daß es die Grenzen seiner Ermessensfreiheit verkannt und nicht alle dabei erheblichen Umstände ausreichend berücksichtigt hat. Einige Wendungen des Urteils (S. 25) deuten zudem auf eine unzulässige Vorwegwürdigung der vom Beklagten beantragten weiteren Beweisaufnahme hin.

Hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Die Aufhebung und Zurückverweisung kann nicht auf einen Teil beschränkt werden, weil nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden kann, daß die Klagefordo-

rung, auch wenn die Mängelrügen des Beklagten durchgreifen sollten, zu einem bestimmten Teilbetrag begründet ist.

Sollte sich ergeben, daß dem Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des von der Klägerin gelieferten Werks Gewährleistungsansprüche zustehen, so wird weiter zu prüfen sein, welche Rechtsfolgen daraus gegenüber dem Bestand der Klageforderung herzuleiten sind. Es wird unter Umständen nicht oder nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht in Betracht kommen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke