

Verkündet
am 19. Dezember 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Gerhard D. in B., M.
straße 66,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Landmaschinenhändler Karl S. in D. Krs.
W.,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Mezger für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 10. Juli 1961 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 20. Juli 1958 verstorbene Vater des Klägers, der Transportunternehmer Wilhelm S., schloß am 8. Juni 1954 mit dem Beklagten einen Vertrag. Der Beklagte übernahm darin "das Transportunternehmen W. S." durch Ankauf von zwei Lastzügen, jeweils mit Anhänger und "unbeschränkter Fernverkehrskonzession", zum Preise von insgesamt 97 500 DM. Die Fahrzeuge waren "besichtigt und probegefahren" und wurden "im jetzigen Zustand" verkauft. Der Beklagte veräußerte noch am selben Tage einen der beiden Lastzüge weiter. Der Zweitkäufer (N.) erhielt diesen Lastzug vom Vater des Klägers unmittelbar und zahlte an ihn 44 000 DM, die dem Beklagten auf seine Gesamtkaufpreisschuld gutgebracht wurden. Am 16. Dezember 1954 übernahm der Beklagte den zweiten Lastzug. Eine der Fernverkehrsgenehmigungen galt nicht für den Verkehr nach Westberlin. In einer vom 16. Dezember 1954/4. Januar 1955 datierten, von ihm unterschriebenen Urkunde verpflichtete der Beklagte sich, als Anzahlung auf den (weiteren) Kaufpreis einen Wechsel in Höhe von 11 000 DM zu akzeptieren, bei Fälligkeit am 15. April 1955 die Hälfte des Wechselbetrages zu zahlen und über die Restsumme von 5 500 DM einen Verlängerungswechsel per 15. Juli 1955 anzunehmen. In dieser Urkunde heißt es weiter, Konzession und Kraftfahrzeugbrief seien ausgehändigt worden.

Auf den Kaufpreis von 97 500 DM wurden außer den 44 000 DM (durch N.) insgesamt durch - eingelöste - Wechsel 15 000 DM an den Vater des Klägers und 4 500 DM an das Finanzamt W. bezahlt, das die Kaufpreisforderung gegen den Beklagten für Steuerschulden des Vaters des Klägers in Höhe von 15 484 DM gepfändet hatte. Die letzte Zahlung an das Finanz-

- 3 -

amt erfolgte am 2. Mai 1956. Dieses hob die Pfändung am 27. Juni 1956 auf.

Am 25. Januar 1955 hatte der Beklagte an den Vater des Klägers geschrieben, über den Zustand des übernommenen (zweiten) Wagens sei er erschüttert, er sehe sich gezwungen, das Fahrzeug zur Verfügung zu stellen, es seien auch nur eine rote und eine grüne (nicht für Westberlin geltende) Konzession vorhanden gewesen, keineswegs könne er mehr als (noch) etwa 31 000 DM als Preis einsetzen. Der Vater des Klägers wies die Beanstandungen des Beklagten mit Schreiben vom 29. Januar 1955 zurück und forderte ihn zur Zahlung von 40 000 DM auf. Das lehnte der Beklagte mit Schreiben vom 1. Februar 1955 ab und erklärte, allenfalls sei er verpflichtet, für den zweiten Lastzug 13 100 DM und für die beiden Konzessionen insgesamt 11 000 DM zu zahlen, denn er habe auch die von ihm mit 17 000 DM veranschlagte Kundschaft nicht erhalten. Von den 24 100 DM seien 4 000 DM durch Wechsel gezahlt, für 11 000 DM liefen noch Wechsel, der Rest sei vom Finanzamt gepfändet.

Der Vater des Klägers führte in der Folgezeit noch einen Schriftwechsel mit seinem Anwalt, erkundigte sich auch nach den Kosten eines Rechtsstreits, erhob jedoch keine Klage und beteiligte sich auch nicht an einem außergerichtlichen Vergleichsverfahren des Beklagten im Jahre 1956.

Nach dem Tode des Vaters des Klägers klagten seine Erben zunächst einen Teilbetrag in Höhe von 500 DM beim Amtsgericht in Bielefeld (Akten 4 C 900/58) ein, zu dem der Beklagte verurteilt wurde. Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt der Kläger einen weiteren ihm von den Erben abgetretenen Teilbetrag von 30 000 DM, der ihm

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



vom Landgericht zugesprochen wurde. Die Berufung des Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Erlaßvertrag.

Die Verteidigung des Beklagten ging in beiden Tatsachenrechtszügen in erster Reihe dahin, der Vater des Klägers habe ihm die Restkaufpreisforderung erlassen. Diese Einlassung sieht das Berufungsgericht nicht als erwiesen an. Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision vergeblich mit Verfahrensrügen. Mit ihnen will die Revision ihre Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts und der Beweisaufnahme an die Stelle der Wertung durch das Berufungsgericht setzen. Das ist nicht zulässig.

I. Das Berufungsgericht hält die Behauptung des Beklagten, der Vater des Klägers habe ihm die restliche Forderung aus dem schriftlich abgeschlossenen Kaufvertrag mündlich erlassen und dieser Erlass sei durch ein irrtümlich mit dem 6. März 1955 datiertes Schreiben (statt richtig 1956) bestätigt, nicht für glaubhaft. Das ist eine zulässige tatrichterliche Würdigung, für die es auch verwerten dürfte, daß dieses angebliche Schreiben - anders als die Schreiben vom 25. Januar und 1. Februar 1955 - kein Diktatzeichen trug. Es sei auch unwahrscheinlich, daß der Beklagte mit diesem Schreiben nach über einem Jahre noch eine (besondere) Quittung über die beiden Kraftfahrzeugbriefe übersandt haben soll, obwohl er deren Empfang

(einschließlich Konzession) bereits durch Urkunde vom 16. Dezember 1954 bestätigt hatte (BU 7). Entgegen der Auffassung der Revision kann auch kein echter "Gedankenfehler" in der Erwägung des Berufungsgerichts gesehen werden, es habe nahe gelegen, daß der Beklagte das für ihn besonders wichtige Bestätigungsschreiben vom 6. März 1955 oder 1956 ebenso wie seine Schreiben vom 25. Januar und 1. Februar 1955 durch Einschreiben übersandt hätte, was er aber nicht behauptet hat. Damit hat das Berufungsgericht auf die Wichtigkeit des Inhalts der Schreiben abgestellt. Es liegt auf der Hand, daß die Bestätigung eines mündlichen Erlasses einer Restforderung von rund 40 000 DM mindestens genau so wichtig ist wie die Beanstandungen in den Schreiben vom 25. Januar und 1. Februar 1955. Das Berufungsgericht durfte auch Schlüsse gegen die Glaubwürdigkeit des Beklagten aus seinem in den Tatsachenrechtszügen wechselnden Vortrag über den Umfang des Erlaßvertrages ziehen. Das Gleiche gilt, soweit es gegen ihn verwertet, daß er sich nicht schon im Verfahren vor dem Amtsgericht Bielefeld (4 C 900/58) auf den Erlassvertrag und das angebliche Bestätigungsschreiben berufen hat. Das konnte es einem Schriftsatz des Beklagten vom 18. November 1958 aus diesem Rechtsstreit entnehmen, dessen Inhalt insoweit im Tatbestand seines Urteils als unstreitig wiedergegeben ist (BU 5).

Demgegenüber war unerheblich, daß der Beklagte im ersten Rechtszuge und ohne Beweisantritt im Schriftsatz vom 8. April 1959 S. 2 behauptet hatte, er habe damals infolge eines Umzuges seine Akten "verlegt" gehabt und sich deshalb vor dem Amtsgericht nicht vollständig erklären können, sondern vor diesem Gericht nur Verjährung in dem irrigen Glauben geltend gemacht, sie werde durchgreifen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über die Einlassung des Beklagten

in dem genannten Rechtsstreit muß sich dieser damals mindestens persönlich auch schriftlich geäußert haben. Es ist deshalb auch ohne Bedeutung, ob der Beklagte damals einen Anwalt nicht bezahlen konnte.

II. Zu Unrecht greift die Revision auch die Wendung im Berufungsurteil an: "Bei dieser Sachlage müssen an die Beweisführung des Beklagten besonders hohe Anforderungen gestellt werden." Damit hat das Berufungsgericht nicht zum Ausdruck gebracht, daß die Beweisführung, an die grundsätzlich nur der Maßstab einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit gelegt werden kann, hier weiter gehen müsse. Es wollte erkennbar nur sagen, wegen der Unwahrscheinlichkeit der Sachdarstellung des Beklagten könne der Beweis nur als geführt angesehen werden, wenn alle Bedenken ausgeräumt würden. Das ist nicht rechtsirrig; denn den Beklagten traf die Beweislast für den Abschluß eines Erlaßvertrages. Vergeblich greift die Revision insoweit auch die weitere Beweiswürdigung des Berufungsgerichts an.

1. Es lag im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens, wenn es die gemäß § 377 Abs. 3 ZPO abgegebene eidesstattliche Versicherung des Diplomvolkswirts und Wirtschaftsprüfers Dr. Du [REDACTED] gegen die Darstellung des Beklagten wertete. Es brauchte letzteren insbesondere nicht gemäß § 139 ZPO auf die Bedeutung der von dem Zeugen gemachten Unterscheidung zwischen den Gesprächen im Jahre 1956 und nach Erlass des Amtsgerichtsurteils 1958 hinzuweisen; denn, daß es darauf ankam, ob der Beklagte schon 1956 von einem Erlaßvertrag gesprochen hatte oder ob er mit dieser Einlassung erst nach dem verlorenen Amtsgerichtsprozeß Ende 1958 oder Anfang 1959 hervorgetreten war, war augenscheinlich. Das ergab sich sowohl aus dem Beweisbeschluß

vom 27. März 1961 als auch aus dem Begleitschreiben vom 30. März 1961, mit dem von dem Zeugen die eidesstattliche Versicherung angefordert worden war.

2. Rechtlich einwandfrei ist auch die Feststellung des Berufungsgerichts, der Vater des Klägers habe die restliche Kaufpreisforderung nur deshalb nicht gegen den Beklagten eingeklagt, weil er wegen dessen schlechter Vermögenslage nicht auch noch Prozeßkosten riskieren wollte. Daß die Vermögensverhältnisse des Beklagten außerordentlich schlecht waren, steht nach der eidesstattlichen Versicherung des Vergleichsverwalters außer jeder Frage.

Soweit die Revision die Würdigung der Zeugenaussagen durch das Berufungsgericht angreift, kann sie damit in der Revisionsinstanz nicht gehört werden.

Die Revision rügt auch zu Unrecht, daß der Zeuge K[REDACTED] hätte vernommen werden müssen. Auf diesen Zeugen hatte sich der Beklagte nur im ersten Rechtszuge in seinem Schriftsatz vom 16. September 1959 S. 3 bezogen, ohne den Beweisantrag im Berufungsverfahren zu wiederholen. Außerdem übersieht die Revision, daß der Kläger, der vor dem Landgericht diesen Zeugen ebenfalls benannt hatte (Schriftsatz vom 22. Oktober 1959 S. 1) unwidersprochen vorgetragen hatte (Schriftsatz vom 29. Oktober 1959), der Zeuge sei vor Jahren verstorben. Die von der Revision weiter als übergangen gerügte Behauptung des Beklagten, er habe dem Makler K[REDACTED] erzählt, daß der Vater des Klägers von ihm nichts mehr verlange, war für die Frage, ob dem Beklagten die restliche Kaufpreisschuld erlassen worden war, nicht beweiserheblich. Die Nichterhebung dieses Beweises bedeutet deshalb keinen Verstoß gegen § 286 ZPO.

B. Arglistige Täuschung.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Schreiben des Beklagten vom 25. Januar enthalte keine rechtswirksame Anfechtungserklärung, weil der Beklagte in ihm nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht habe, daß er den Vertrag vernichten wolle. Die Revision greift das vergeblich an. Es bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, das unklare Schreiben des Beklagten vom 25. Januar 1955 sei durch sein Schreiben vom 1. Februar 1955 endgültig dahin klargestellt worden, daß es ihm nicht auf eine Vernichtung des Vertrages, sondern von vornherein nur auf eine Minderung ankam. Das ist eine rechtlich durchaus mögliche Art der Auslegung.

II. Liegt aber schon keine wirksame Anfechtung des Kaufvertrages vor, alsdann kommt es nicht mehr darauf an, ob der Vater des Klägers den Beklagten arglistig getäuscht hat.

C. Mängelinrede.

I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte habe wegen der angeblichen Sachmängel des einen Lastzuges und der nicht auch für Westberlin geltenden einen Konzession das Recht zur Minderung gemäß § 377 HGB verloren, weil er diese Mängel nicht unverzüglich gerügt habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob § 377 HGB auch beim Verkauf eines Handelsunternehmens anwendbar ist. Jedenfalls konnte das Berufungsgericht bei dem von ihm festgestellten Sachverhalt davon ausgehen, daß sich der Beklagte am 25. Januar 1955 nicht mehr auf die genannten Mängel zwecks Minderung des Kaufpreises berufen konnte.

1. Der Beklagte hatte die beiden Lastzüge mit der ausdrücklichen Vereinbarung gekauft, die Fahrzeuge seien be-
sichtigt und probegefahren, sie würden im jetzigen Zustand
verkauft. Bei einer solchen Abmachung konnte er nur wegen
verborgener Mängel der Fahrzeuge Rügen erheben, die auf
einer Probefahrt nicht erkennbar waren. Hierzu hat das
Berufungsgericht auf Grund der Aussagen der Zeugen B. [REDACTED]
[REDACTED] und der Ehefrau des Beklagten als erwiesen angese-
hen, daß die Mängel an den Fahrzeugen sämtlich bei der
Übergabe jedermann erkennbar waren.

2. Bei den Konzessionen ist nach den Feststellungen
des Berufungsgerichts davon auszugehen, daß der Beklag-
te auch die gelbe, nicht für Westberlin geltende Konzes-
sion in Kenntnis dieses Mangels übernommen hat, ohne sich
deswegen Rechte vorzubehalten, so daß er keine Ansprüche
mehr aus diesem Mangel herleiten kann (§ 464 BGB).

II. Die Revision erhebt auch in diesem Zusammenhang
Verfahrensrügen aus §§ 286, 139 ZPO, die jedoch unbe-
gründet sind.

1. Sachmängel der Fahrzeuge des zweiten Lastzuges.

Maßgebender Zeitpunkt für Gewährleistungsansprüche
wegen solcher Mängel ist nach § 459 BGB der Zeitpunkt
des Gefahrüberganges, d.h. der Übergabe (§ 446 BGB).
Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht das Vorbrin-
gen des Beklagten im Schriftsatz vom 5. Mai 1960 S. 2
übergangen habe. Dort ist aber der Kraftfahrer Bü. [REDACTED]
nur "vorsorglich" allgemein zum Beweise für die Mangel-
haftigkeit der Fahrzeuge benannt worden, ohne Angabe,
worin diese Mängel bestanden haben sollen. Ergänzend
ist auf die dem Berufungsgericht vorgelegten Schätzungs-

urkunden (Hefter Bl. 38 ff) verwiesen, die sich über den Zustand der Fahrzeuge am 7. und 8. Januar 1955 verhalten. Diese Urkunden hat das Berufungsgericht seinen Feststellungen mit zu Grunde gelegt, so daß auch deshalb die Nichtvernehmung des Zeugen Bü[redacted] keinen Verstoß gegen § 286 ZPO bedeutet. Wie das Berufungsgericht so stellen auch diese Gutachten auf äußere sichtbare Mängel ab (abgefahrenere Reifen, wenig gepflegter oder stark verwahrloster Gesamteindruck, stark verbrauchter Aufbau usw.). Die Revision meint, die Auffassung des Berufungsgerichts, Motor- und Getriebeschäden ließen sich schnell auf einer Probefahrt feststellen, sei "durch nichts begründet". Sie übersieht hierbei die Bemerkung, die in dem vom Beklagten selbst überreichten Gutachten des Diplomingenieurs Ku[redacted] vom 2. Januar 1955 (Heft 43^R) enthalten ist: "Getriebe: laute Geräusche" sowie den dort vermerkten Hinweis, daß dieser Getriebeschaden bei einer Probefahrt festgestellt worden sei. Der Beklagte hat die Lastzüge "wie besichtigt und probefahren im jetzigen Zustand" gekauft. Wenn er Anlaß zu haben glaubte, daß sich der Zustand des zweiten Lastzuges mit Anhänger seit Juni 1954 verschlechtert habe - bestimmte Rügen sind in diesem Zusammenhang von der Revision nicht erhoben -, so hätte er die Fahrzeuge bei der Übernahme erneut probefahren müssen und dann nach der Feststellung des Berufungsgerichts auch den Getriebeschaden entdeckt, falls er ihn nicht schon aus der früheren Probefahrt kannte. Im Ergebnis hat danach das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Beklagte sich jedenfalls am 25. Januar 1955 nicht mehr auf Mängel am Lastzug berufen konnte.

2. Rechtsmangel der einen Konzession.

Hierzu verweist die Revision auf das Schreiben vom 25. Januar 1955, in dem der Beklagte behauptet, die Kon-

zessionspapiere hätten bei Vertragsabschluß nicht eingesehen werden können, sowie auf den Vortrag im Schriftsatz des ersten Rechtszuges vom 16. September 1959 S. 2 "zwischenzeitlich" habe sich herausgestellt, daß nur für ein Fahrzeug eine unbeschränkte Fernverkehrskonzession vorhanden gewesen sei. Darauf kam es aber nicht an; denn der Beklagte hat im zweiten Rechtszuge im Schriftsatz vom 20. April 1961 S. 1 selbst vorgetragen, er sei mit dem Vater des Klägers in De [REDACTED] zur Umschreibung der Konzessionen auf seinen Namen gewesen. Außerdem hat er am 16. Dezember 1954 nochmals schriftlich bestätigt, die Konzession erhalten zu haben. Unter diesen Umständen konnte er sich Ende Januar 1955 nicht mehr darauf berufen, die (eine) Konzession sei nur beschränkt gewesen.

3. Kundschaft.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß auch die Kundschaft mit in den verkauften Betrieb einbezogen war. Es meint aber, die sich hieraus ergebende Verpflichtung habe der Vater des Klägers dadurch erfüllt, daß er - unstreitig - dem Beklagten Unterlagen überließ, aus denen die Namen der Kunden zu entnehmen waren. Zu mehr sei der Vater des Klägers nicht verpflichtet gewesen. Anhand der Unterlagen habe der Beklagte die Möglichkeit gehabt, sich an die Kunden zu wenden und ihnen seine Dienste anzubieten. Darauf, daß sie diese Dienste auch annahmen, habe der Vater des Klägers keinen Einfluß gehabt. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Es ist im wesentlichen Auslegungsfrage, was der Verkäufer eines Unternehmens auf Grund des Vertrages zu tun verpflichtet ist, damit sein Nachfolger seine - frühere - Kundschaft übernehmen kann. Dafür, daß der Vater des Klägers irgendeine

Garantie für den Umfang seiner Kundschaft oder sogar dafür übernommen hätte, daß sie sich für ihre Transporte nunmehr der Lastzüge des Beklagten bedienten, bietet der Sachverhalt keinen Anhalt. Rechtlich einwandfrei ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, nachdem der Beklagte die Unterlagen über die Kundschaft bekommen hatte, hätte er vortragen müssen, daß der Vater des Klägers keinen nennenswerten Kundenstamm gehabt habe oder daß die Unterlagen falsch gewesen seien. Eines solchen substantiierten Vorbringens hätte es umso mehr bedurft, als bei der Betriebsprüfung des Finanzamtes im Jahre 1957 (Schriftsatz des Klägers vom 9. März 1961 in Verbindung mit der - im einzelnen nicht bestrittenen Abschrift des Prüfungsberichts -) beim Vater des Klägers Fuhr- oder Beförderungsleistungen im Jahre 1953 mit rund 115 000 DM und im Jahre 1954 noch mit rund 50 000 DM und mehr angenommen worden waren. Aus dem Umstand, daß zu dem Beklagten keine Kunden mehr kamen, kann schon deshalb nicht gefolgert werden, der Verkäufer habe keinen Kundenstamm gehabt, weil der Beklagte das Unternehmen an einem anderen Ort betrieb als der Verkäufer und weil er zudem nach dem alsbaldigen Verkauf des ersten Lastzuges den zweiten erst im Dezember 1954 übernahm, so daß die Annahme sehr nahe liegt, die Kundschaft habe sich inzwischen verlaufen.

D.

Unbegründet ist schließlich auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung im Schriftsatz des Beklagten vom 24. April 1961 übersehen, daß der zum 15. Juli 1955 fällige Wechsel über 5 500 DM eingelöst worden sei. Nach dem insoweit unbestrittenen Kontoauszug zur Klage ist dem Beklagten das am 15. Januar 1955

gegebene Wechselakzept über 11 000 DM per 15.4.1955 wie eine Barzahlung am 15. Januar 1955 gutgebracht. Nach Rückgabe des Wechsels am 15.4.1955 mußte der Betrag von 11 000 DM dem Beklagten wieder zur Last geschrieben werden. Dafür ist ihm jedoch gleichzeitig seine Barzahlung von 5 500 DM und der weiter gegebene Verlängerungswechsel über 5 500 DM wie eine Barzahlung gutgeschrieben worden. Der Beklagte kann deshalb nicht verlangen, daß ihm bei Einlösung dieses Verlängerungswechsels dieser Betrag noch einmal gutgebracht wird.

Im übrigen war auch nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils unstreitig, daß der Beklagte auf den Gesamtkaufpreis von 97 500 DM nur insgesamt 63 500 DM gezahlt hat. Auch unter Berücksichtigung des Teilbetrages von 500 DM, zu dem der Beklagte im Vorprozeß verurteilt worden ist, bleibt danach noch der eingeklagte weitere Teilbetrag von 30 000 DM als Restkaufpreisforderung.

E.

Die Revision ist hiernach als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger