

Verkündet am 11. Februar 1963
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Rudolf Me [REDACTED] in F [REDACTED]/K [REDACTED], G [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Hugo H [REDACTED] in F [REDACTED]/M [REDACTED], R [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. Februar 1963 unter Mitwirkung
des Senatepräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter
Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt/Main vom 11. Juli 1961 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 17. Juli 1957 kaufte der Kläger bei der Beklagten 5 Musikautomaten zu einem Gesamtpreis von 22 400 DM. Die Geräte waren bereits in 5 verschiedenen Gastwirtschaften des Westerwaldgebietes aufgestellt und wurden so, wie sie aufgestellt waren, vom Beklagten übernommen. Einer der Apparate wurde nach kurzer Zeit wegen Reparaturbedürftigkeit gegen einen anderen Automaten ausgetauscht. Mit der Behauptung, die Beklagte habe ihm der Wahrheit zuwider bei den Kaufverhandlungen zugesichert, die Musikautomaten seien nur zu Testzwecken und erst seit zwei Monaten an diesen Orten aufgestellt, hat der Kläger der Beklagten alle 5 Automaten zur Verfügung gestellt und unter Verrechnung der Einspielergebnisse und seiner Auslagen die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 18 023,15 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 18. Juli 1957 verurteilt. Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten die Beklagte zur Zahlung von 18 252,37 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Musikautomaten verurteilt. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger begehrt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien bei den Kaufverhandlungen von Testplätzen und Testapparaten gesprochen haben. Die hierüber von der Beklagten gemachten Angaben würdigt es als eine Zusicherung, daß die Apparate fabrikneu und in den Gaststätten erst kurze Zeit vor Kaufabschluß aufgestellt worden seien, um sie

auf ihre Brauchbarkeit und Ertragsfähigkeit zu testen. Wie es in Anlehnung an ein Gutachten des Industrie- und Handelstages annimmt, können aber Musikautomaten, welche bereits länger als 4 Monate in Gebrauch sind, nicht mehr als Testboxen angesehen werden. Nach der Überzeugung des Berufungsgerichts hat der Kläger die Angaben der Beklagten, die es als Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsachen im Sinne von § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB ansieht, in diesem Sinne verstanden, daß sie also nicht länger als die angegebene Zeit aufgestellt gewesen seien. Es ist der Ansicht, daß die Erklärungen der Beklagten nach Treu und Glauben und den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs auch in diesem Sinne verstanden werden durften. Wie das Berufungsgericht weiter feststellt, entsprechen nur die Musikboxen Nr. 4501 und Nr. 4503 diesen Voraussetzungen, während die übrigen Automaten einschließlich der beiden ausgetauschten Apparate bereits eine Standzeit von 7 bis 14 Monaten hatten. Da die Beklagte die Zusicherung in Kenntnis ihrer Unwahrheit abgegeben habe, sieht das Berufungsgericht in ihrem Verhalten auch eine arglistige Täuschung über eine Eigenschaft der fehlerhaften Boxen, die es einem arglistigen Verschweigen eines Fehlers gleichsetzt. Unter diesen Umständen hält das Berufungsgericht die Beklagte gemäß § 463 BGB für schadensersatzpflichtig und den Kläger unter entsprechender Anwendung des § 469 Abs. 2 BGB für berechtigt, die gekauften Apparate einschließlich der von ihm nicht beanstandeten Automaten zurückzugeben, weil es ihm im Hinblick auf die hohen Unkosten der Betreuung nicht zugemutet werden könne, von seinem Wohnort aus die beiden restlichen Automaten zu unterhalten.

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



II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung stand. Die Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

1. Die Revision wendet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte dem Kläger zugesichert hat, es handele sich um Testboxen. Sie rügt, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten und die Bekundung der Zeugin K. rechtsfehlerhaft gewürdigt und zu Unrecht angenommen, die Beklagte habe den vom Berufungsgericht zugrundegelegten Sachverhalt zugestanden. Sie meint, die Beklagte habe in ihren Schriftsätzen lediglich eingeräumt, daß Musikautomaten mit sog. Stellplätzen verkauft worden seien, von Testautomaten sei dagegen nicht die Rede gewesen. Nichts anderes ergebe sich auch aus dem schriftlichen Lieferauftrag des Klägers.

Die Revision übersieht bei ihrer Rüge, daß der Kläger ausweislich des von ihr mit Recht für maßgeblich erklärten Bestellscheins keine gebrauchten Musikapparate gekauft hat. Er hat vielmehr die Lieferung von Musikautomaten zum Listenpreis bestellt, die allerdings, wie er wußte und wie sich auch aus dem von ihm unterschriebenen Bestellschein ergab, im Zeitpunkt des Kaufabschlusses bereits in verschiedenen Gastwirtschaften aufgestellt waren. Es liegt daher nahe, und das Berufungsgericht hat das auch ersichtlich erwogen, daß die Parteien über den Grund und den Zweck dieser Maßnahme gesprochen haben und daß die Beklagte die Berechnung des Listenpreises damit erklärt hat, die Apparate seien nur zu Testzwecken aufgestellt. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht

das Vorbringen der Beklagten und die Bekundungen der Zeugin K [REDACTED] in diesem Sinne gewürdigt hat.

Die Revision kann die Arglist nicht mit dem Hinweis ausräumen, der Begriff des "Testapparates" habe sich, wie das im Gutachten des Deutschen Industrie- und Handelstages ausgeführt werde, im Zeitpunkt des Kaufabschlusses noch nicht eingespielt gehabt. Die Revision berücksichtigt nicht, daß der Kläger nach dem Inhalt des Bestellscheins Anspruch auf Lieferung von neuen Apparaten hatte. Wenn die Beklagte nach besonderer Absprache in Erfüllung ihrer Verkäuferpflicht Musikboxen liefern durfte, die bereits zu Testzwecken aufgestellt, also kurze Zeit in Gebrauch gewesen waren, so beruhte das auf einer ausdrücklichen Gestattung seitens des Klägers, die wie die im Berufungsurteil mitgeteilten Bedingungen dreier F [REDACTED] Musikautomatenhändler (Bl. 10 BU) zeigen, im Geschäftsverkehr als ein reines Entgegenkommen des Käufers angesehen wird. Wie aus den Ausführungen des Berufungsgerichts klar hervorgeht, haben die Parteien ihre Abmachungen nicht anders als in diesem Sinne aufgefaßt. Ist aber hiervon auszugehen, so ist es rechtlich unerheblich, ob sich der Begriff des "Testapparates" in den einschlägigen Kreisen des Verkehrs bereits eingebürgert hatte. Entscheidend ist, daß die Beklagte nach Lage der Sache und dem Inhalt der Besprechung mit dem Kläger für verpflichtet zu erachten war, den Kläger darüber aufzuklären, wie lange die Apparate bereits in Gebrauch waren und daß sie diese Verpflichtung auch erkannt hat. Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht mit Recht bejaht. Musikautomaten, die 7 bis 14 Monate in Gebrauch waren, sind erfahrungsgemäß reparaturanfällig und daher nicht mehr

neuwertig. Sie ohne Aufdeckung des Sachverhalts zum Listenpreis zu verkaufen, ist mit den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs nicht vereinbar und daher arglistig.

Entgegen der Ansicht der Revision ist es weiterhin unerheblich, daß der Kläger vor Kaufabschluß die Musikautomaten besichtigt, und daß er mit den Wirten gesprochen haben mag. Auch mit diesem Hinweis auf ein entsprechendes Vorbringen der Beklagten kann sie die Arglist nicht ausräumen. Daß der Kläger von den Gastwirten über die Standzeit der Automaten etwa im einzelnen unterrichtet worden wäre und daß etwa deshalb jede Gewährleistung ausgeschlossen sei, hat die Revision nicht geltend gemacht. Allenfalls ließe sich aus der Bereitwilligkeit der Beklagten, dem Kläger vor Kaufabschluß Gelegenheit zu geben, daß er bei den Gastwirten Erkundigungen einzog, der Schluß ziehen, die Beklagte habe mit einem solchen Vorgehen des Klägers gerechnet und deshalb von einer weiteren Aufklärung des Klägers abgesehen. Es ist jedoch kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht diese keineswegs zwingende Schlußfolgerung nicht gezogen hat, zumal der Beklagte sich hierauf nicht berufen, sondern im Gegenteil selbst vorgetragen hat, der Kläger habe sich bei den Wirten auch nicht nach dem Aufstellungsdatum der Geräte erkundigt.

Nach alledem hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Beklagte dem Kläger bei drei Apparaten einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

III. Nach Nr. 5 Abs. 2 der von dem Kläger anerkannten allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten waren Mängel der Apparate binnen 3 Tagen zu prüfen und am dritten

Tage zu rügen. Entgegen der Ansicht der Revision kann sich die Beklagte weder hierauf noch auf die in § 377 Abs. 1 HGB normierte Verpflichtung des Käufers zur unverzüglichen Mängelrüge berufen, weil sie arglistig gehandelt hat (§ 377 Abs. 5 HGB).

IV. Zu Unrecht vertritt die Revision den Standpunkt, der Kläger habe auf die Geltendmachung seiner Gewährleistungsansprüche verzichtet, zumindest seien seine Rechte im Zeitpunkt der erst nach zwei Monaten erhobenen Mängelrüge verwirkt gewesen.

Einen Verzicht will die Revision darin erblicken, daß sich der Kläger dem damaligen Angestellten P. der Beklagten gegenüber geäußert habe, es komme ihm nicht darauf an, wie alt die Apparate seien, ein gutes Einspielsergebnis sei für ihn die Hauptsache. Der Revision ist zuzugeben, daß der als Zeuge vernommene P. eine derartige Äußerung des Klägers bekundet hat, die nach Ansicht des Zeugen in einem Zeitpunkt gefallen sein kann, als der Bestellschein bereits unterschrieben war. Es kann indessen dahinstehen, ob das Berufungsgericht diese Bekundung gewürdigt oder übersehen hat. Sie ist für die Entscheidung unerheblich. Gegen die Möglichkeit eines vertraglichen Ausschlusses der Haftung für Sachmängel bestehen zwar unter der Voraussetzung, daß die Abrede nach Kaufabschluß getroffen wird, auch dann keine Bedenken, wenn es sich um Fehler handelt, die arglistig verschwiegen wurden (BGB RGRK 11. Aufl. § 476 Anm. 2). Dafür, daß zwischen den Parteien eine solche Vereinbarung zustandegekommen wäre, reicht indes die Aussage des Zeugen P. nicht aus, zumal er nach seiner Bekundung nicht abschlußberechtigt war und die Bemerkung

des Klägers in einem privaten Gespräch gefallen ist. Die Äußerung gibt - selbst wenn man unterstellt, daß der Kläger zunächst an der Gebrauchsdauer keinen Anstoß genommen hat - auch keine rechtliche Handhabe für die Annahme, der Kläger könne seine Gewährleistungsansprüche bereits nach zwei Monaten verwirkt haben.

Unerheblich ist diese Äußerung auch insoweit, als sie nach der in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Ansicht der Revision erkennen lassen soll, daß das arglistige Verhalten der Beklagten für den Kaufentschluß des Klägers ohne Bedeutung gewesen sei. Der Darlegung eines solchen von der Revision vermiesten ursächlichen Zusammenhangs bedarf es grundsätzlich bei § 463 BGB nicht (RGZ 83, 242; 92, 295; 99, 121). Dem Verkäufer steht allerdings der Beweis der Unerheblichkeit offen (RG JW 1938, 2613). An einen solchen Nachweis sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen (RG aaO), die hier nicht erfüllt sind. Die Bekundung des Zeugen P. läßt völlig offen, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn ihm die Beklagte bei Kaufabschluß, so wie es ihre Offenbarungspflicht verlangte, die wirkliche Sachlage im einzelnen geschildert hätte.

V. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht den Kläger für berechtigt angesehen hat, der Beklagten alle 5 Apparate zur Verfügung zu stellen. Sie rügt, das Berufungsgericht habe den in § 469 Abs. 2 BGB als Voraussetzung für eine Gesamtwandlung aufgestellten Begriff der Zusammengehörigkeit von mehreren verkauften Gegenständen verkannt. Sie meint, es fehle auch an der Voraussetzung, daß die Apparate nach der Absicht der Parteien als zusammengehörig verkauft worden seien.

Schließlich fehle auch die letzte Voraussetzung, daß nämlich die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für den Kläger von den übrigen getrennt werden können.

Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, daß § 469 Abs. 2 BGB auch im Rahmen eines auf § 463 BGB gestützten Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung angewandt werden kann (vgl. für § 480 Abs. 2 BGB: RGZ 73, 331, 336; 138, 379, 390). Diese Regel führt dazu, daß die als zusammengehörig verkauften Sachen in ihrer Gesamtheit zurückgenommen werden müssen, wenn eine Trennung ohne Nachteil für die eine oder andere Partei nicht möglich ist. Die Revision irrt aber, wenn sie meint, es sei nicht die Absicht der Parteien gewesen, die 5 Apparate als zusammengehörig zu verkaufen. Es ist nämlich entgegen der Ansicht der Revision unerheblich, ob die Parteien über diese Frage eine ausdrückliche Abrede getroffen haben. Nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts lag die Frage nach der Rentabilität des von dem Kläger aufgezogenen Unternehmens für die Parteien auf der Hand und wurde von beiden Parteien auch erkannt. Das ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, daß die Beklagte dem Kläger nur solche Automaten verkauft hat, deren Standorte nahe beieinander lagen, so daß im Hinblick auch auf die Anzahl der Automaten die Einspielergebnisse bei Fehlerfreiheit der Musikboxen die Unkosten in nutzbringender Weise hätten übersteigen müssen. Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht unbedenklich eine stillschweigende Übereinstimmung der Parteien darüber angenommen, daß die in einem Kaufvertrag zusammengefaßten Musikautomaten als zusammengehörig verkauft werden

sollten. Dieselben Umstände zeigen, daß die den Gegenstand des Kaufvertrags bildenden Musikboxen entgegen der Ansicht der Revision wirtschaftlich auch in objektiver Hinsicht im Sinne des § 469 BGB zusammengehörten (vgl. hierzu RGZ 87, 335, 338).

Da das Berufungsgericht die Rentabilität einer Aufstellung von nur 2 Boxen rechtlich einwandfrei verneint, ist auch seine weitere Erwägung, eine nur teilweise Rückgabe sei für den Kläger nachteilig, nicht zu beanstanden.

VI. Da die Art und Weise, wie das Berufungsgericht im übrigen den Schaden des Klägers bemißt (Rückzahlung des Kaufpreises unter Verrrechnung der Unkosten und Einspielergebnisse), keinen Rechtsirrtum erkennen läßt, und auch von der Revision nicht beanstandet wird, erweist sich die Revision als ungegründet. Sie war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann