

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja *

*zu II der Entscheidungsgründe

BGB § 495

Der Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer, der bei einem Kauf auf Probe im Sinne des § 495 Abs. 1 Satz 2 BGB die ihm überlassene Kaufsache vor deren Billigung schuldhaft beschädigt, verjährt in entsprechender Anwendung der §§ 558, 606, 581 Abs. 2, 1057 BGB in sechs Monaten von der Rückgabe der Sache an.

BGH, Urteil vom 24. Juni 1992 - VIII ZR 203/91 - OLG Stuttgart
LG Ulm

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 203/91

Verkündet am:
24. Juni 1992
Zöller
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Firma August F. [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer G. [REDACTED] sen. und jun., H. [REDACTED]straße [REDACTED], B. [REDACTED],

Beklagte zu 1 und Revisionsbeklagte,

2. Eugen-Hans G. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED], B. [REDACTED],

Beklagter zu 2, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

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

g e g e n

Firma S. [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Anton P. [REDACTED] und Heinrich W. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED], M. [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1992 durch den
Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch,
Dr. Paulusch, Groß und Ball

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Klägerin und des Beklagten
zu 2 gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Stuttgart vom 24. September
1991 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsrechtszuges haben
die Klägerin die außergerichtlichen Kosten der
Beklagten zu 1 sowie die Hälfte ihrer eigenen
und der Beklagte zu 2 seine eigenen außerge-
richtlichen Kosten sowie die Hälfte der der Klä-
gerin erwachsenen zu tragen. Die Gerichtskosten
des Revisionsrechtszuges haben die Klägerin und
der Beklagte zu 2 je zur Hälfte zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1, eine GmbH, deren Mitgeschäftsführer der Beklagte zu 2 ist, interessierte sich für den Ankauf eines von der Klägerin hergestellten Gabelstaplers. Nach Verhandlungen im April 1989, deren Ergebnis zwischen den Parteien streitig ist, lieferte die Klägerin der Beklagten zu 1 am 19. April 1989 einen Gabelstapler Modell 557. In der zu der Lieferung ausgefertigten Versandanzeige heißt es unter anderem:

"Sie erhalten ... zum Probееinsatz für ca. 1 Woche ..."

Der Beklagte zu 2 wurde am 20. April 1989 in die Funktion des Gabelstaplers eingewiesen und fuhr noch am selben Tag mit dem Gerät auf dem Betriebsgelände. Hierbei übersah er ein etwa 30 cm aus dem Boden ragendes Fundament. Die rechten Räder stießen gegen dieses Fundament, so daß der Gabelstapler nach links umkippte. Der Gabelstapler wurde erheblich beschädigt.

Die Klägerin verlangt mit der am 10. Oktober 1990 eingegangenen Klage Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von - unstreitig - 28.250,85 DM nebst Zinsen. Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben und vorgetragen: Die Klägerin und die Beklagte zu 1 seien sich bei Überlassung des Gabelstaplers einig gewesen, daß die Entscheidung über einen Ankauf erst nach Ablauf des einwöchigen Probееinsatzes habe fallen sollen. Da mithin ein Kaufvertrag nicht zu-

stande gekommen sei, verjähre der Anspruch der Klägerin wie bei anderen Gebrauchsüberlassungsverhältnissen entsprechend § 606 BGB in sechs Monaten. Die Klägerin hat demgegenüber geltend gemacht, der Gabelstapler sei der Beklagten zu 1 mit Vertrag vom 5. April 1989 für 80.000 DM "zum einwöchigen Probееinsatz" verkauft worden. Damit habe der Lieferung vom 19. April 1989 nicht lediglich eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zugrundegelegen, vielmehr sei sie in Erfüllung eines im Gesetz geregelten Schuldverhältnisses, eines Kaufs auf Probe, erfolgt. Die Verjährung der Ansprüche des Verkäufers bei einem Kauf auf Probe richte sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 195, 852 BGB.

Das Landgericht hat die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 28.250,85 DM nebst Zinsen zu zahlen. Gegen dieses am 29. November 1990 zugestellte Urteil ist mit dem am 21. Dezember 1990 eingegangenen Schriftsatz vom 20. Dezember 1990 Berufung eingelegt worden. Die Berufungsschrift führt im Rubrum auf der Beklagtenseite die Beklagten zu 1 und 2 mit dem Zusatz "Beklagte/Berufungsklägerin" auf. Sodann heißt es:

"... zeige ich an, daß ich die Beklagte/Berufungsklägerin im Berufungsverfahren vertrete.

Namens der Berufungsklägerin lege ich gegen das Urteil des Landgerichts ... Berufung ein."

Mit am 8. Juli 1991 eingegangenen Schriftsatz ist für den Beklagten zu 2 "vorsorglich" Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt und zugleich Berufung eingelegt worden.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zu 2 unter Zurückweisung des Antrags auf Wiedereinsetzung als unzulässig verworfen. Die Klage gegen die Beklagte zu 1 hat es auf deren Berufung abgewiesen. Der Beklagte zu 2 wendet sich mit der Revision gegen die Verwerfung seiner Berufung als unzulässig und verfolgt seinen Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin greift mit ihrer - zugelassenen - Revision das Berufungsurteil insoweit an, als es die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen hat.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Beklagten zu 2 ist zulässig (§ 547 ZPO), aber unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Berufungsschrift vom 20. Dezember 1990 lasse nicht erkennen, daß auch der Beklagte zu 2 Berufungsführer sein solle. Die Parteibezeichnung im Vorspann der Berufungsschrift sei nicht zweifelsfrei, könne aber auch nur Indiz sein. Maßgebliche Bedeutung komme der Erklärung zu, für wen Berufung eingelegt werde. In dieser Beziehung habe sich der Beklagtenvertreter für die Beklagte/Berufungsklägerin legitimiert und ausgeführt, er lege namens der Berufungsklägerin Berufung ein. Dieser Wortlaut sei eindeutig und widerspruchsfrei. Auch die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten zu 1

und 2 zwingt nicht zu der Annahme, eine Berufungseinlegung allein für die Beklagte zu 1 sei völlig unsinnig; denn aus der rechtskräftigen Verurteilung des Beklagten zu 2 folge nicht zwangsläufig, daß dessen Verschulden im Streit zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 oder zwischen den Beklagten untereinander festgeschrieben sei.

Wiedereinsetzung könne dem Beklagten zu 2 nicht gewährt werden. Die Kontrolle, ob die Förmlichkeiten eines Rechtsmittelschriftsatzes gewahrt seien, obliege allein dem Anwalt, dessen Verschulden sich die Partei zurechnen lassen müsse. Aufgrund der ihm am 28. Dezember 1990 zugegangenen Mitteilung des Berufungsgerichts von dem Eingang des Rechtsmittelschriftsatzes "in der Rechtssache S [REDACTED] GmbH ./ . F [REDACTED], A [REDACTED], GmbH + 1" habe sich der Beklagtenvertreter nicht darauf verlassen dürfen, daß auch für den Beklagten zu 2 Berufung eingelegt worden sei. Diese Bestätigung stamme von der Registratur, einer Stelle also, die nicht befugt sei, verbindliche Auskünfte darüber zu erteilen, wer wirksam ein Rechtsmittel eingelegt habe.

2. Dem ist zuzustimmen.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zum notwendigen Inhalt der Berufungsschrift auch die Mitteilung, für wen und gegen wen ein Rechtsmittel eingelegt wird (z.B. BGH, Beschluß vom 26. September 1988 - II ZB 6/88 = BGHR ZPO § 518 Abs. 2 - Parteibezeichnung 5 m.Nachw.). An die eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers sind dabei strenge Anforderungen zu stellen. Bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmit-

teleinlegung muß jeder Zweifel an der Person des Rechtsmittelklägers ausgeschlossen sein (BGHZ 21, 168, 173). Unabdingbar ist, daß jeweils alle Streitgenossen genannt werden, die Rechtsmittelführer sein sollen (BGH, Beschlüsse vom 10. Juli 1985 - IVa ZB 8/85 = VersR 1985, 970 unter 1 und vom 26. September 1985 aaO).

Die Berufungsschrift vom 20. Dezember 1990, bei deren Auslegung der Senat keinen Beschränkungen unterliegt, weil sie Prozeßhandlung ist (BGH, Urteil vom 20. Januar 1988 - VIII ZR 296/86 = BGHR ZPO § 518 Abs. 2 - Parteibezeichnung 4 m.w.Nachw., insoweit in BGHZ 103, 101 nicht abgedruckt), wird diesen Anforderungen in bezug auf die Rechtsmittelführerschaft des Beklagten zu 2 nicht gerecht. Die Anführung beider Beklagten im Rubrum der Berufungsschrift läßt nicht klar und eindeutig erkennen, daß auch für den Beklagten zu 2 Berufung eingelegt werden sollte. Denn der Zusatz "Beklagte/Berufungsklägerin" kann nur auf einen Rechtsmittelführer, nämlich die Beklagte zu 1, bezogen werden. Daß es sich dabei, wie die Revision meint, um eine "Falschbezeichnung" handelte, war dem Schriftsatz nicht zu entnehmen. Im Gegenteil deutet die weitere - vom Berufungsgericht zu Recht für vor allem maßgeblich gehaltene - Erklärung, es werde "die Beklagte/Berufungsklägerin" vertreten und "namens der Berufungsklägerin" Berufung eingelegt, ihrem Wortlaut nach unmißverständlich wiederum auf ein Rechtsmittel allein der Beklagten zu 1 hin.

Zutreffend hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß sich aus der der Berufungsschrift beigefügten Ausfertigung des landgerichtlichen Urteils nichts anderes ergibt.

Diesem Urteil war lediglich zu entnehmen, daß die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung verurteilt worden waren und daß das Landgericht einen Anspruch der Klägerin aus Verletzung einer vorvertraglichen Obhutspflicht und aus Delikt sowie eine Haftung der Beklagten zu 1 nach § 31 BGB bejaht hatte. Daraus folgte noch nicht, daß gegen das Ersturteil sinnvollerweise nur beide Beklagten Berufung einlegen mußten. Es ist nicht ungewöhnlich und kann auf prozeß- oder kostenrechtlichen Gründen beruhen, daß von zwei verurteilten Gesamtschuldnern nur einer ein Rechtsmittel einlegt (BGH, Beschlüsse vom 21. Januar 1971 - VII ZB 21/70 = VersR 1971, 450 unter 1 und vom 26. September 1988 aaO). Entgegen der Ansicht der Revision spricht dagegen auch nicht der Gesichtspunkt einer Rechtskrafterstreckung. Nach § 425 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 BGB entfaltet das gegen einen Gesamtschuldner ergangene Urteil Rechtskraft nur für und gegen diesen (z.B. BGH, Urteil vom 23. November 1983 - VIII ZR 281/82 = WM 1984, 138 unter II 1 b). Die von der Revision erwähnte Feststellung eines Verschuldens des Beklagten zu 2 nimmt ohnehin als Vorfrage an der Rechtskraft nicht teil (BGH, Beschluß vom 26. September 1988 aaO; MünchKomm-Schilken, ZPO, § 62 Rdnr. 22).

b) Die somit allein von der Beklagten zu 1 eingelegte Berufung vom 20. Dezember 1990 wirkt auch nicht gemäß § 62 ZPO für den Beklagten zu 2 (dazu vgl. z.B. BGHZ 54, 251, 253). Zwischen beiden Beklagten besteht weder aus prozeßrechtlichen (§ 62 Abs. 1 1. Alt. ZPO) noch aus materiellrechtlichen Gründen (§ 62 Abs. 1 2. Alt. ZPO) eine notwendige Streitgenossenschaft, weil das allen Fällen einer notwendigen Streitgenossenschaft gemeinsame Erfordernis einer

einheitlichen Entscheidung des Rechtsstreits (z.B. Schwab, Festschrift für Lent, 1957, S. 271, 274) nicht gegeben ist. Wie ausgeführt (oben I 2 a), findet eine Rechtskrafterstreckung zwischen beiden Beklagten nicht statt. Davon, daß nach dem materiellen Recht die Leistungsklage gegen beide Beklagte gerichtet werden muß, kann erst recht keine Rede sein (vgl. MünchKomm-Schilken aaO § 62 Rdnr. 31).

c) Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsfehler den Antrag des Beklagten zu 2 auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist zurückgewiesen. Der Beklagte zu 2 war nicht ohne Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) verhindert, die Berufungsfrist zu wahren. Es ist allein Sache des Anwalts, Art und Umfang eines Rechtsmittels zu bestimmen, dies gegenüber dem Berufungsgericht unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen und einen Rechtsmittelschriftsatz dahingehend zu überprüfen, ob er den beabsichtigten Umfang der Urteilsanfechtung hinreichend deutlich macht (BGH, Beschlüsse vom 24. November 1981 - VI ZB 11/81 = VersR 1982, 191 unter 2 und vom 13. Juli 1988 - VIII ZR 65/88 = NJW-RR 1988, 1528 unter 2 b). Der bei ihm am 28. Dezember 1990 eingegangenen Mitteilung der Geschäftsstelle des Berufungsgerichts durfte der Beklagtenvertreter nicht entnehmen, daß er auch für den Beklagten zu 2 form- und fristgerecht Berufung eingelegt habe. Die Mitteilung erschöpfte sich darin, den Eingang der Rechtsmittelschrift vom 20. Dezember 1990 zu bestätigen. Aussagen über den prozeßrechtlichen Gehalt des Schriftsatzes traf sie nicht. Denn es obliegt allein dem Gericht, über den Umfang eines Rechtsmittels zu befinden.

d) Die mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung vom 5. Juli 1991 verbundene Berufung für den Beklagten zu 2 war verspätet und mußte als unzulässig verworfen werden (§§ 516, 519 b Abs. 1 Satz 2 ZPO).

II. Auch die Revision der Klägerin bleibt erfolglos.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Es könne offenbleiben, ob zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 ein Vertrag in Form eines Kaufs auf Probe (§ 495 BGB) geschlossen oder ob der Beklagten zu 1 der Gabelstapler überlassen worden sei, damit sie nach Erprobung über den Abschluß eines Kaufvertrages entscheiden könne. In beiden Fällen sei der sich aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen ergebende Schadensersatzanspruch der Klägerin in entsprechender Anwendung der §§ 558, 581 Abs. 2, 606, 1057 BGB verjährt. Zweck der kurzen Verjährungsfrist nach diesen Vorschriften sei es, eine rasche Auseinandersetzung zwischen den Parteien herbeizuführen. Eine schnelle Abwicklung sei wünschenswert, weil bestimmte Gebrauchsüberlassungsverhältnisse häufig wechselnde Interessen berührten und der Zustand der überlassenen Sache um so schwerer festzustellen sei, je mehr Zeit seit der Rückgabe verstrichen sei. Es sei daher gerechtfertigt, aus den genannten Bestimmungen den allgemeinen Rechtsgedanken herzuleiten, daß Schadensersatzansprüche aus der Gebrauchsüberlassung bei Vertragsverhandlungen der kurzen Verjährungsfrist ohne Rücksicht darauf unterworfen seien, ob es anschließend zum Vertragsschluß komme. Diese Erwägungen seien auf den Kauf auf Probe jedenfalls dann übertragbar, wenn eine kurze Probezeit ausbedun-

gen sei. Auch praktische Gründe sprächen für diese Überlegung, weil die Parteien eine genaue Abgrenzung, ob sie bei Überlassung einer Sache zur Erprobung bereits vertragliche Bindungen eingegangen seien, kaum treffen könnten. Dies gelte gerade auch für den Kauf auf Probe, weil dort die Billigung des Kaufgegenstandes im freien Belieben des Käufers stehe und er sich subjektiv nicht gebunden fühle. Zudem unterscheide sich der bei einem unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossenen - von der Klägerin geltend gemachten - Kauf auf Probe bestehende Schwebezustand nur unwesentlich von den vorvertraglichen Nebenpflichten eines Interessenten, der erst nach Ablauf einer Probezeit über den Vertragsschluß entscheiden wolle. Beide Tatbestände müßten hinsichtlich der Verjährung gleich behandelt werden.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist in entsprechender Anwendung der §§ 558, 606, 581 Abs. 2, 1057 BGB verjährt, gleichviel, ob sie mit der Beklagten zu 1 bereits einen Vertrag in Form eines Kaufs auf Probe geschlossen hat oder lediglich Einigkeit darüber bestand, daß die Entscheidung der Beklagten zu 1 über den Abschluß eines Kaufvertrages erst nach Erprobung des Kaufgegenstandes fallen sollte.

a) Darüber, ob der Käufer, der im Rahmen eines Kaufs auf Probe vor Billigung der Kaufsache seine Obhuts- und Rückgabepflicht verletzt, aus positiver Vertragsverletzung (so z.B. Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 495 Rdnr. 12; für Pflichtverletzungen des Verkäufers auch RGZ 104, 275, 278)

oder aus vorvertraglichem Verschulden haftet (so z.B. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., 1. Halbbd., 13. Aufl., S. 144 f; MünchKomm-H.P. Westermann, BGB, 2. Aufl., § 495 Rdnr. 7), besteht im Schrifttum keine Einigkeit. Für die erstere Möglichkeit könnte die vom Gesetzgeber (vgl. Mot. II S. 333 f) gewählte Konstruktion eines - wenn auch im Zweifel aufschiebend bedingten (§ 495 Abs. 1 Satz 2 BGB) - Vertrages sprechen, für die zweite der Umstand, daß bei einer sog. Wollensbedingung des Käufers (vgl. § 495 Abs. 1 Satz 1 BGB: "im Belieben des Käufers") vor dessen Billigung zwei auf den Eintritt von Rechtsfolgen gerichtete "Geltungserklärungen" noch gar nicht vorliegen (Larenz aaO S. 144; vgl. z.B. auch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., § 38 2 d S. 686; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl., S. 308 Rdnr. 831). Die Frage kann indessen dahinstehen, weil die Rechtsfolgen hinsichtlich der Verjährung dieselben sind.

aa) Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß und positiver Vertragsverletzung unterliegen zwar - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen abgesehen (so z.B. bei einem Ersatzverlangen für einen nach § 196 BGB verjährenden Erfüllungsanspruch: BGHZ 49, 77; im Kaufrecht bei einem aus Sachmängeln hergeleiteten Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden: BGHZ 60, 9, 12; bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten über Mängel oder Sacheigenschaften: BGHZ 88, 130, 136) - regelmäßig der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB (für Verhandlungsverschulden z.B. BGHZ 49, 77, 80; BGH, Urteil vom 16. Januar 1985 - VIII ZR 317/83 = WM 1985, 463 unter

III 5; für positive Vertragsverletzung z.B. BGHZ 35, 130, 132; BGH, Urteil vom 17. Mai 1982 - VII ZR 199/81 = WM 1982, 980 unter II 1 a). Dagegen hat der Bundesgerichtshof Schadensersatzansprüche des (potentiellen) Verkäufers wegen einer Beschädigung des überlassenen Gegenstandes durch den Kaufinteressenten im Rahmen eines sich anbahnenden Vertragsverhältnisses der kurzen sechsmonatigen Verjährungsfrist von der Rückgabe der Sache an unterstellt (BGH, Urteile vom 18. Februar 1964 - VI ZR 260/62 = NJW 1964, 1225 und vom 21. Mai 1968 - VI ZR 131/67 = NJW 1968, 1472 unter II 2). Der diese Rechtsprechung tragende Gesichtspunkt liegt darin, daß ebenso wie bei der Miete (§ 558 BGB), der Pacht (§ 581 Abs. 2 BGB), der Leihe (§ 606 BGB) oder dem Nießbrauch (§ 1057 BGB) auch bei anderen Gebrauchsüberlassungsverhältnissen eine rasche Abwicklung etwaiger Schadensersatzansprüche im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs wünschenswert und geboten erscheint, weil der zur Vertragsanbahnung überlassene Gegenstand in rascher Folge verschiedenen Personen zugänglich werden kann und so die Feststellungen von Schäden, Schädigern und Schadensursachen mit fortschreitendem Zeitablauf immer schwieriger wird (vgl. auch noch BGHZ 55, 392, 397). Diese Rechtsprechung entspricht dem Willen des Gesetzgebers (Prot. II S. 177, 194, 275) und hat im Schrifttum ganz überwiegend Zustimmung gefunden (z.B. Staudinger/Mayer-Maly, BGB, 12. Aufl., § 558 Rdnr. 9, 9 a; Staudinger/Reuter aaO § 606 Rdnr. 1, 5, 7; Erman/Schopp, BGB, 8. Aufl., § 558 Rdnr. 1, § 606 Rdnr. 1, 2; MünchKomm-Voelskow aaO § 558 Rdnr. 4; MünchKomm-Kollhoser aaO § 606 Rdnr. 1, 5).

Hat die Beklagte zu 1, wie sie behauptet und das Berufungsgericht offenläßt, den Gabelstapler nicht im Rahmen eines Kaufs auf Probe, sondern nur zur Erprobung im Hinblick auf einen noch abzuschließenden Kaufvertrag erhalten, so ergibt sich die Geltung der kurzen Verjährungsfrist schon aus der dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der sich der erkennende Senat anschließt.

bb) Nicht anders liegt es, wenn der Gabelstapler der Beklagten zu 1, wie zugunsten der Revision zu unterstellen ist, aufgrund eines Kaufs auf Probe überlassen wurde. Der mit der Übergabe der Sache verfolgte Zweck besteht auch hier darin, dem Käufer Gelegenheit zur Prüfung der Tauglichkeit der Sache zu geben. Die Pflichten des Kaufinteressenten/Käufers sind in beiden Fallgestaltungen gleich: Er hat mit der übergebenen Sache sorgsam umzugehen, gleichviel, ob diese Pflicht aus einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis erwächst oder vertragliche (Neben-)Pflicht ist. In dieser Beziehung ähnelt der Kauf auf Probe stark der Leihe: Hier wie dort hat der Verkäufer/Verleiher dem Käufer/Entleiher eine Sache unentgeltlich zum Gebrauch bzw. zur Erprobung zu überlassen, während den Entleiher/Käufer Obhuts- und Sorgfaltspflichten treffen. Darin unterscheidet sich der Kauf auf Probe im übrigen von einem beiderseits fest abgeschlossenen Kaufvertrag mit einem zugunsten des Käufers vereinbarten Rücktrittsvorbehalt. Denn bei einem derartigen Sachverhalt, bei dem im Falle des Rücktritts ein Schadensersatzanspruch des Verkäufers nach den §§ 347 Satz 1, 989 BGB der Regelverjährung des § 195 BGB unterliegen mag (z.B. Palandt/Bassenge, BGB, 51. Aufl., § 989 Rdnr. 3), will der Verkäufer die Sache nicht nur vorüberge-

hend überlassen, sondern mit ihrer Übergabe eine Pflicht aus § 433 Abs. 1 BGB erfüllen, nämlich dem Käufer die Nutzung und dauernde Sachherrschaft verschaffen sowie die Übereignung einleiten.

Entscheidend dafür, den Schadensersatz des Verkäufers bei einem Kauf auf Probe ebenso der kurzen Verjährung zu unterwerfen wie bei einer Leihe oder einem sich anbahnenden Kaufvertrag, ist, daß die oben (II 2 a aa) genannten Sachgründe für eine rasche Abwicklung etwaiger Schadensersatzansprüche auch hier gelten. Denn die Kaufsache kann - wie dies das Berufungsgericht ohne Angriff der Revision auch für den Handel der Klägerin mit Gabelstaplern feststellt - in kurzer zeitlicher Abfolge an verschiedene Personen "zur Probe" übergeben werden, die Geltendmachung von Schäden noch nach längerer Zeit daher zu den zu vermeidenden Unsicherheiten und Erschwernissen des Rechtsverkehrs führen. Diese Gleichartigkeit der Sach- und Interessenlage fällt schwerer ins Gewicht als der Unterschied, der darin liegt, daß bei einem sich anbahnenden Vertragsverhältnis - ebenso wie übrigens auch bei einem nur den Verkäufer bindenden Vertragsangebot - lediglich vorvertragliche Verpflichtungen bestehen, während der Kauf auf Probe bereits - aufschiebend bedingt - abgeschlossen ist.

Es kann dahinstehen, ob der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinen Urteilen vom 18. Februar 1964 und 21. Mai 1968 (jeweils aaO), wie die Revision meint, den Kauf auf Probe den "Rechtssätzen des Kaufrechts" unterstellen wollte. Abschließend entschieden ist dies in den genannten Entscheidungen jedenfalls schon deshalb nicht, weil

dort das Vorliegen eines Kaufs auf Probe gerade verneint worden ist.

cc) Da der beschädigte Gabelstapler der Klägerin bereits im April 1989 zurückgegeben worden ist, waren ihre etwaigen vertraglichen oder vorvertraglichen Ansprüche bei Klageerhebung im Oktober 1990 verjährt.

b) Dasselbe trifft für einen möglichen deliktischen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 31 BGB oder § 831 BGB zu. Wenn auch der mit einer (quasi-)vertraglichen Anspruchsgrundlage konkurrierende Anspruch aus unerlaubter Handlung grundsätzlich seinen eigenen Regeln folgt und deshalb auch der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 BGB unterliegt (BGHZ 9, 301, 302 f; 66, 315, 319; 96, 221, 229; 101, 337, 344), so gilt dies doch nicht, wenn die Möglichkeit des Geschädigten, nach einem Scheitern mit seinem vertraglichen Schadensersatzanspruch die deliktischen Ansprüche geltend machen zu können, dem Zweck einer für den vertraglichen Anspruch geltenden Vorschrift zuwiderlaufen würde. Das hat der Bundesgerichtshof in Fällen angenommen, in denen vermietete, verliehene oder im Rahmen der Vertragsanbahnung überlassene Gegenstände, die im Eigentum des Geschädigten stehen, während der Zeit der Gebrauchsüberlassung beschädigt werden (BGHZ 55, 392, 396 f m.w.Nachw.; BGH, Urteile vom 28. Mai 1957 - VIII ZR 205/56 = NJW 1957, 1436, vom 28. Februar 1964 aaO und vom 7. Februar 1968 - VIII ZR 179/65 = WM 1968, 435 unter 2 b, insoweit in BGHZ 49, 278 nicht abgedruckt). Aus den oben (II 2 a bb) dargestellten Gründen kann die Frage

der Verdrängung des § 852 BGB bei Vorliegen eines Kaufs auf Probe nicht anders beantwortet werden.

Wolf

Groß

Dr. Zülch

Ball

Dr. Paulusch