

BUNDESGERICHTSHOF

2126 058

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 213/66

URTEIL

Verkündet am

8. Dezember 1969
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Friedrich M [REDACTED] in I [REDACTED]/über
Schwäbisch Hall,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Professor
Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

die Firma Baumaschinen-F [REDACTED] KG, H [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftende Gesell-
schafterin Frau Johanna F [REDACTED], in H [REDACTED],
Z [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1969
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl,
Dr. Mezger, Dr. Messner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe
vom 20. Mai 1966 insoweit aufgehoben, als das
Berufungsgericht die Klage abgewiesen und dem
Kläger Kosten auferlegt hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Handelsgesellschaft in H [REDACTED],
handelt mit Baumaschinen. Der Kläger interessierte sich
für einen gebrauchten Hammerbrecher (auch Hammermühle ge-
nannt), den die Beklagte in einem Inserat zum Verkauf ange-
boten hatte, und erhielt von ihr ein Angebot vom 2. Juli 1962,
in dem der Hammerbrecher mit "Baujahr 1956, wenig gebraucht
und grundüberholt" bezeichnet und einschließlich eines
Elektromotors zum Preise von 8 600,--DM angeboten wurde. Der
Kläger und sein Sohn Friedrich M [REDACTED] besichtigten am 7. Juli
1962 bei der Beklagten dieses Gerät, das der Kläger zum

Zerkleinern von Rohgips verwenden wollte. Bei diesem Besuch bot die Beklagte dem Kläger auch einen gebrauchten Bagger an, der noch bei der Firma Mi [REDACTED] in D [REDACTED] stand. Am 11. Juli 1962 fuhren der Kläger und sein Sohn Friedrich nochmals zur Beklagten nach Heidelberg und von dort zu der Firma Mi [REDACTED], bei der sie den Bagger besichtigten. Der Kläger entschloß sich zum Kauf des Hammerbrechers ohne Motor und des Baggers, nachdem die Beklagte bereit war, einen gebrauchten Backenbrecher zum Preise von 10 000,--DM in Zahlung zu nehmen. Über dieses Geschäft erteilte die Beklagte dem Kläger eine schriftliche Auftragsbestätigung vom 11. Juli 1962. In ihr wurde formularmäßig auf allgemeine Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten Bezug genommen und der Bagger als betriebsbereit, Baujahr 1958, sonst wie in Darmstadt besichtigt, und der Hammerbrecher ebenfalls als betriebsbereit bezeichnet. In dieser Auftragsbestätigung wurden für den Bagger ein Preis von 29 000,-- DM, für den Hammerbrecher ein Preis von 7 000,--DM und Frachtkosten für die Anlieferung beider Geräte mit 300,--DM angesetzt. Unter der Überschrift "Zahlungsbedingungen" wurde vermerkt, daß ein gebrauchter Kleemann-Backenbrecher zum Preise von 10 000,--DM in Zahlung genommen werde. Die Geräte wurden am 18. Juli 1962 an den Kläger geliefert. Der restliche Kaufpreis wurde gemäß einem Finanzierungsplan unter Vermittlung eines Finanzierungsinstituts beglichen.

Am 17. Januar 1963 beanstandete der Kläger gegenüber der Beklagten, daß die beiden ihm gelieferten Maschinen mangelhaft seien. Durch Schreiben des von ihm beauftragten Rechtsanwalts vom 12. März 1963 focht er den Kauf wegen arglistiger Täuschung an.



22
Mit der am 12. Juni 1963 eingereichten und am 22. Juni 1963 zugestellten Klage verlangte der Kläger in erster Linie Rückzahlung des Kaufpreises von 36 000,--DM nebst Zinsen seit 11. Juli 1962. Er behauptete, der Geschäftsführer der Beklagten habe schon vor der Besichtigung des Baggers in Darmstadt erklärt, der Bagger sei generalüberholt worden. Auf Grund der Zusicherungen, daß der Brecher grundüberholt und der Bagger generalüberholt seien, mit denen der Geschäftsführer der Beklagten den Kläger arglistig getäuscht habe, sei der Kauf zustandegekommen.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte nach dem Klageantrag zur Zahlung unter Abweisung der 5 % übersteigenden Zinsforderung Zug um Zug gegen Herausgabe des Hammerbrechers und des Raupenbaggers. Das Oberlandesgericht hat dagegen den Zahlungsanspruch hinsichtlich des Baggers abgewiesen und die weitergehende Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger den Anspruch auf Zahlung von 29 000,-- DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des ihm gelieferten Raupenbaggers weiter. Er erstrebt also die volle Zurückweisung der Berufung der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I. Das Landgericht hatte nach Beweisaufnahme festgestellt, daß der Hammerbrecher entgegen der Zusicherung der Beklagten beim Verkauf nicht grundüberholt gewesen und der Kläger insoweit von der Beklagten arglistig getäuscht

worden sei. Die hiernach begründete Anfechtung führe zur Nichtigkeit des einheitlichen Rechtsgeschäfts über Hammerbrecher und Bagger. Der Kauf des Baggers sei durch den Abschluß über den Hammerbrecher bedingt gewesen. Das ergebe sich daraus, daß zwischen den Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen worden sei, ob der von der Beklagten in Zahlung genommene Backenbrecher auf den Kaufpreis des Hammerbrechers oder auf den Kaufpreis des Baggers zu verrechnen sei. Wie der Sohn des Klägers, Friedrich M., als Zeuge bekundet habe, seien der Preis für den Hammerbrecher und der Preis für den Bagger aufeinander abgestimmt worden. Danach wäre, so legt das Landgericht dar, der Kauf des Baggers nicht ohne den Kauf des Hammerbrechers zustandegekommen. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Parteien den Kaufvertrag, so wie er sich ohne den nichtigen Teil darstelle, auch abgeschlossen hätten. Die Beklagte hätte darlegen und beweisen müssen, daß das Restgeschäft gültig bleiben sollte; das sei nicht geschehen.

Im Berufungsverfahren konzentrierte sich der Streitstoff insbesondere auf die Frage, ob der Hammerbrecher im Betriebe der Beklagten vor der Lieferung grundüberholt worden war und ob der Kläger hierüber arglistig getäuscht worden sei. Der Kläger wiederholte aber auch sein früheres Vorbringen, daß die Beklagte ihm ohne ausreichende Grundlage hierfür den Bagger mit der Behauptung angepriesen habe, er sei generalüberholt, betriebsbereit und für die Zwecke des Klägers besonders geeignet. In Wirklichkeit habe aber das Herstellerwerk das den Bagger gebraucht an die Firma Mi. in D. verkauft hatte, keine Generalüberholung, an dem Gerät vorgenommen. Es handle sich im übrigen auch bei dem Kauf des Hammerbrechers und des Baggers um ein einheitliches Geschäft. Hierfür führte

der Kläger im einzelnen noch an, die Versicherung des Geschäftsführers der Beklagten, der Bagger sei generalüberholt, habe den Ausschlag dafür gegeben, daß der Kläger den Bagger gekauft habe. Die Abgabe der Zusicherung sei durch die Aussage seines Sohnes Friedrich M. be- wiesen. Der Bagger sei auch niemals betriebsbereit gewesen. Die Beklagte bestritt dagegen, daß ihr Geschäftsführer F. dem Kläger vor oder bei dem Kauf erklärt habe, der Bagger sei generalüberholt worden. Zur Frage des einheitlichen Kaufgeschäfts und der Abhängigkeit der Vereinbarungen über den Kauf beider Fahrzeuge und den in Zahlung genommenen Backenbrecher machte der Kläger insbesondere geltend: Die Abhängigkeit der Geschäfte voneinander sei von den Parteien gewollt. Hierfür sprächen folgende Umstände. Der Kläger habe großen Wert darauf gelegt, daß von der Beklagten ein gebrauchter Backenbrecher in Zahlung genommen werde. Dazu wäre die Beklagte kaum bereit gewesen, wenn er nur den Hammerbrecher gekauft hätte. Höchstwahrscheinlich hätte die Beklagte den alten Backenbrecher für 10 000,-- DM auch dann nicht in Zahlung genommen, wenn der Kläger nur den Bagger gekauft hätte, zumal die Beklagte vor dem Kauf darauf hingewiesen habe, daß der Bagger für den Preis von 29 000,-- DM sehr preiswert sei. Daher habe er, der Kläger, nur durch den Kauf von Hammerbrecher und Bagger erreichen können, daß sein alter Backenbrecher für 10 000,--DM in Zahlung genommen wurde.

Das Berufungsgericht hat angenommen, es handle sich zwar um ein einheitliches Rechtsgeschäft. Indes habe die Anfechtung des einen Teils des Vertrages, nämlich hinsichtlich des Hammerbrechers, die begründet sei, nicht die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zur Folge. Hierzu legt

das Berufungsgericht dar, der Senat sehe als erwiesen an, daß die Parteien den Baggerkauf für sich allein hätten gelten lassen wollen, wenn der Kauf des Hammerbrechers keinen Bestand haben sollte. Das ergebe sich einmal daraus, daß der Hammerbrecher für die Zertrümmerung von Gips gekauft wurde und der Bagger unabhängig davon eingesetzt werden sollte. Das gehe aber auch aus den Angaben des Sohnes des Klägers über das Zustandekommen des Geschäfts hervor, wenn seine in beiden Rechtszügen dazu gegebene Schilderung im Zusammenhang gewürdigt werde. Dabei zeige sich, daß der Kauf des Hammerbrechers mit dem des Baggers nicht so eng verbunden gewesen sei, daß nach der Absicht der Parteien die Gültigkeit des einen Rechtsgeschäfts von dem anderen Teil abhing.

Soweit der Kläger auch den Kauf des Baggers wegen arglistiger Täuschung angefochten habe, seien die Voraussetzungen hierfür nicht nachgewiesen. Es sei zwar zu bejahen, daß der Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger zugesichert habe, der Bagger sei generalüberholt. Es fehle aber schon an einem Nachweis dafür, daß der Motor zur Zeit des Kaufabschlusses schadhaft gewesen sei, daß Risse im Fahrgestell vorhanden gewesen seien und Drucköl ausgelaufen sei. Weiter sei nicht erwiesen, daß die Beklagte dem Kläger bewußt etwas Falsches gesagt habe, als sie (durch ihren Geschäftsführer) den Bagger als generalüberholt und betriebsbereit bezeichnet habe.

II. Die Revision wendet sich in erster Linie gegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht angenommen hat, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ergreife nur den Teil des Geschäfts,

der sich auf den Kauf des Hammerbrechers beziehe, nicht dagegen auch den Kauf des Baggers. Auf die hierzu von der Revision vorgetragenen Rügen und Bedenken würde es indes nur dann ankommen, wenn die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine arglistige Täuschung durch die Zusicherung, der Bagger sei generalüberholt, verneint hat, den Angriffen der Revision standhalten würde und rechtlich einwandfrei wäre. Das ist nicht der Fall. Deshalb erscheint es zweckmäßig, zunächst diese Frage zu behandeln.

In den Vorinstanzen hatte die Beklagte bestritten, daß ihr Geschäftsführer dem Kläger erklärt habe, der Bagger sei generalüberholt, ohne sich auch darauf zu berufen, daß er entsprechend von der Firma Heinz Mi [REDACTED] in Darmstadt unterrichtet worden sei. Wenn der Geschäftsführer der Beklagten ohne ausreichenden Anhaltspunkt hierfür dem Kläger den Kauf des Baggers mit der Behauptung nahegelegt hat, er sei generalüberholt, so könnte schon darin eine arglistige Täuschung liegen. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen ausreichenden Beweis dafür vermißt, daß der Geschäftsführer der Beklagten bewußt etwas Falsches gesagt habe, reicht deshalb nicht aus, das Berufungsurteil insoweit zu rechtfertigen. Im einzelnen ergibt sich über die Einlassung der Beklagten in den Vorinstanzen folgendes:

Auf die Behauptung des Klägers in der Klageschrift, der Geschäftsführer der Beklagten habe ihm am 11. Juli 1962 versichert, der Bagger sei generalüberholt worden (und zwar im Werk der Herstellerfirma Liebherr) und sei seitdem nicht mehr in Betrieb gewesen, hat die Beklagte erwidern lassen, irgendwelche Zusicherungen seien nicht gegeben worden.

Auch der Bagger sei dem Kläger lediglich als betriebsbereit verkauft worden. Diese Einlassungen ergänzte die Beklagte im Schriftsatz vom 15. Oktober 1963 mit der Behauptung, beide Geräte hätten sich in einem absolut betriebsbereiten Zustand befunden, weil sie vorher von der Beklagten selbst kontrolliert und - soweit erforderlich - instandgesetzt worden seien. Ferner verteidigte sich die Beklagte auch damit, daß der Bagger auf Grund der Besichtigung in Darmstadt und der in diesem Zusammenhang von der Firma Mi [REDACTED] und deren Geschäftsführer Georg S [REDACTED] dem Kläger gegebenen Erklärungen gekauft worden sei (Schriftsätze vom 2. Juli 1964 und 10. Oktober 1964). Die Beklagte hat dagegen auch im zweiten Rechtszuge nicht behauptet, ihrem Geschäftsführer sei von der Firma Mi [REDACTED] der Bagger als generalüberholt bezeichnet worden, so daß sie hierauf vertraut habe.

Das Berufungsgericht hält seine Feststellung, der Geschäftsführer der Beklagten habe dem Kläger zugesichert, daß der Bagger generalüberholt worden sei, nicht für ausreichend, um damit eine arglistige Täuschung zu begründen. Es meint, es fehle an dem Nachweis dafür, daß der Geschäftsführer dem Kläger damit bewußt etwas Falsches gesagt habe. Denn die Beklagte habe dem Kläger Gelegenheit gegeben, das Gerät bei der Firma Mi [REDACTED] eingehend anzusehen und sich dort alle gewünschten Auskünfte geben zu lassen. Die Offenlegung der Verhältnisse spreche dagegen, daß die Beklagte den Kläger täuschen wollte. Es komme hinzu, daß der bei der Besichtigung anwesende Angestellte der Firma Mi [REDACTED] nach der Bekundung des Sohnes des Klägers ausdrücklich erklärt habe, der Bagger sei im Werk der Firma Liebherr generalüberholt worden. Die Darstellung der Beklagten, sie habe sich auf die Angabe der Firma Mi [REDACTED] verlassen,

sei unter diesen Umständen nicht zu entkräften. Ein bewußtes Zusammenwirken zwischen der Beklagten und der Firma Mi [REDACTED] zum Nachteil des Klägers sei nicht bewiesen.

Diese Begründung ist rechtlich nicht einwandfrei. Sie erschöpft den vorgetragenen Sachverhalt nicht. Für die Frage einer arglistigen Täuschung durch den Geschäftsführer der Beklagten kommt es nicht lediglich darauf an, ob er wußte, daß der Bagger nicht generalüberholt worden war. Eine arglistige Täuschung kann auch schon dann vorliegen, wenn der Geschäftsführer die Zusicherung ohne hinreichende Unterlagen hierfür gegeben hat, um den Kaufentschluß des Klägers zu beeinflussen. Das Berufungsgericht meint zwar, die Beklagte habe auf eine entsprechende Angabe der Firma Mi [REDACTED] vertraut. Dabei übergeht das Berufungsgericht jedoch, daß die Beklagte in dem Rechtsstreit jedenfalls schriftsätzlich nicht behauptet hatte, ihrem Geschäftsführer sei von der Firma Mi [REDACTED] eine entsprechende Angabe gemacht worden. Deshalb ist es nicht ersichtlich, worauf das Berufungsgericht seine Annahme stützt, das sei der Fall gewesen. Dabei hätte es auch in Betracht ziehen müssen, daß nach der Aussage des Sohnes des Klägers vom 25. September 1964 der Geschäftsführer der Beklagten bereits vor der Fahrt zur Firma Mi [REDACTED] nach Darmstadt erklärt hat, der Bagger sei generalüberholt, und gerade mit dieser Versicherung das Kaufinteresse des Klägers bestärkt haben kann. Daß der Geschäftsführer für diese Zusicherung eine entsprechende Auskunft von der Firma Mi [REDACTED] erhalten hatte, hätte einer substantiierten Darlegung seitens der Beklagten bedurft. Es fehlt auch an einer Feststellung, daß allein die entsprechenden Erklärungen des Angestellten der Firma

Mitteldorf bei der Besichtigung des Geräts für den Kaufentschluß des Klägers ursächlich geworden sind. Für diesen Rechtszug muß daher davon ausgegangen werden, daß auch die festgestellte Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten, die schon vor der Besichtigung des Baggers abgegeben worden sein soll, für den Kauf mitursächlich gewesen sein kann. Das Berufungsgericht hätte auch in Betracht ziehen müssen, daß nach den Feststellungen des Landgerichts, die das Berufungsgericht insoweit übernommen hat, dem Geschäftsführer der Beklagten hinsichtlich des Hammerbrechers eine arglistige Täuschung vorzuwerfen ist und daß auch im Hinblick hierauf die Annahme nicht allzu fern liegt, der Geschäftsführer der Beklagten habe, um das für sie möglicherweise interessantere Geschäft über den Bagger zustandezubringen, ohne ausreichende Unterlagen hierfür den Bagger als generalüberholt bezeichnet.

Die Frage, ob sich die Beklagte durch die Erklärungen des Angestellten der Firma Mi [REDACTED] bei der Besichtigung entlasten kann, ist ebenfalls nicht ausreichend geprüft worden, soweit es darauf ankommt, ob etwa diesem Angestellten eine arglistige Täuschung zur Last zu legen ist. Das könnte dann der Fall sein, wenn er die Erklärung, der Bagger sei im Werk der Firma Liebherr generalüberholt worden, ohne Unterlagen hierfür lediglich ins Blaue abgegeben hat. Würde ihn der Vorwurf einer arglistigen Täuschung bei einer erneuten Würdigung des Sachverhalts treffen, so bedürfte es der weiteren Prüfung, ob die Anfechtungsbeschränkung des § 123 Abs. 2 BGB eingreift. Sie könnte schon dann nicht in Betracht kommen, wenn der Geschäftsführer der Beklagten einen Teil der Verhandlungen über den Kauf des Baggers der Firma Mitteldorf überlassen hat und die Beklagte sich deshalb

die Erklärungen des Angestellten dieser Firma anrechnen lassen muß. Dabei ist unter Umständen von Bedeutung, in welcher Weise die Firma Mi[REDACTED], die an dem Verkauf des Baggers ebenfalls ein erheblich eigenes Interesse hatte, an Stelle der Beklagten in die Kaufverhandlungen eingeschaltet worden ist.

III. Eine abschließende Entscheidung zugunsten des Klägers kann in diesem Rechtszuge auch nicht mit der Begründung getroffen werden, daß der ganze Vertrag nichtig sei, weil der Kauf des Hammerbrechers wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten worden ist. Denn auch insoweit bedarf es einer erneuten Beurteilung durch den Berufungsrichter. In rechtlicher Hinsicht und zu den diesen Punkt betreffenden Ausführungen der Revision ist zu bemerken:

1. Es ist davon auszugehen, daß hier kein Tauschvertrag geschlossen ist, sondern ein Kaufvertrag, bei dem der von dem Kläger zu zahlende Kaufpreis für Brecher und Bagger zu einem Teilbetrag, nämlich in Höhe von 10 000,-- DM, durch Hingabe des gebrauchten Backenbrechers zu tilgen war (vgl. BGHZ 46, 338).

Die Vorschrift des § 139 BGB findet auf alle Arten der Unwirksamkeit eines Vertrages Anwendung. Sie ist deshalb auch dann anwendbar, wenn bei einer Anfechtung nach § 123 BGB der Anfechtungsgrund nur einen Teil des Rechtsgeschäfts erfaßt (vgl. BGH Urt. v. 27. Juni 1969 - V ZR 74/66 - NJW 1969, 563 = WM 1969, 958 = MDR 1969, 743 = BGHWarn 1969 Nr. 196).

Die nach Auffassung des Berufungsgerichts erfolgreiche Anfechtung wegen arglistiger Täuschung betrifft nur den Kauf des Brechers, also einen Teil eines Rechtsgeschäfts. Nach § 139 BGB erfaßt diese Anfechtung das ganze Rechtsgeschäft, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil

vorgenommen worden sein würde. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 139 BGB ist jedoch die Teilbarkeit eines einheitlichen Geschäfts, d.h. die Möglichkeit, bei Wegfall des nichtigen Teils den Rest unverändert aufrechterhalten (vgl. RGZ 93, 334, 338). Unter diesem Gesichtspunkt kann wegen der Leistung der Beklagten eine Unwirksamkeit des ganzen Geschäfts nicht angenommen werden. Denn deren Leistung, die Lieferung des Baggers und des Brechers, kann geteilt werden. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Leistung des Klägers auch insoweit teilbar, als es sich um den zum Preise von 10 000,-- DM in Zahlung genommenen gebrauchten Backenbrecher handelt. Die Aufschlüsselung dieser Gegenleistung ist nicht Voraussetzung für die Feststellung des Parteiwillens im Rahmen der Prüfung des § 139 BGB, sondern für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung überhaupt (so richtig Esser in einer Anmerkung MDR 1957, 467). Die Aufspaltung des Rechtsgeschäfts in selbständig gültige Teile wäre hier nur dann ausgeschlossen, wenn für die Aufspaltung der Gegenleistung kein Schlüssel erkennbar wäre.

Das Berufungsgericht meint, die feststehenden Kaufpreise für die von der Beklagten gelieferten Geräte seien durch Inzahlungnahme des Backenbrechers mangels anderer Verteilungsmaßstäbe verhältnismäßig getilgt worden, wobei das Berufungsgericht die Vorschrift § 366 Abs. 2 BGB letzte Alternative für anwendbar hält. Die Revision macht dagegen geltend, § 366 setze voraus, daß mehrere Ansprüche aus mehreren Schuldverhältnissen getilgt werden sollen. Das ist jedoch nicht richtig. Die Vorschrift ist vielmehr, wie der erkennende Senat bereits entschieden hat, auch dann anwendbar, wenn es sich um eine Mehrheit von Forderungen aus demselben Rechtsgrund, d.h. aus einem Schuldverhältnis im weiteren Sinne handelt

(vgl. Urt. v. 20. Oktober 1965 - VIII ZR 218/63 -). Deshalb ist eine verhältnismäßige Verrechnung der vom Kläger erbrachten Gegenleistung auf die Kaufpreisforderung der Beklagten nicht ausgeschlossen, und es bedarf hier nicht der Prüfung, auf welchen Zeitpunkt für die Teilbarkeit der vom Kläger erbrachten Gegenleistung abgestellt werden muß. Da auch der restliche bar zu leistende Kaufpreis beglichen worden ist, hat die Verrechnung der 10 000,--DM für den Brecher keine praktische Bedeutung für die Frage, ob das Rechtsgeschäft in einen ungültigen und einen gültigen Teil aufgespalten werden kann.

Demnach kommt es entscheidend darauf an, ob ein mutmaßlicher Wille beider Parteien dahin festzustellen ist, daß im Falle der Nichtigkeit des von der Anfechtung betroffenen Teiles des Geschäfts der Verkauf des Baggers an den Kläger auch ohne den nichtigen Teil (den Verkauf des Brechers an ihn) vorgenommen worden sein würde.

2. Die Revision vermißt eine ausreichende Begründung hierfür. Sie macht geltend, die Annahme des Berufungsgerichts widerspreche schon deshalb der Erfahrung, weil ein Käufer, der hinsichtlich des Kaufs eines Gegenstandes sich von dem Verkäufer getäuscht sehe, nicht ohne besondere Gründe bereit sein werde, von diesem Verkäufer, der sein Vertrauen getäuscht habe, einen anderen Gegenstand zu nicht unerheblichem Preis zu erwerben. Diese Erwägung reicht jedoch nicht aus, einen Verstoß gegen den von der Revision behaupteten Erfahrungssatz darzutun. Denn für die Anwendung des § 139 BGB kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses an und nicht darauf, wie sich ein Vertragspartner verhalten hätte, wenn ihm eine Täuschung hinsichtlich eines Teils eines einheitlichen Kaufgeschäfts

schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt geworden wäre.

Bei der Erforschung des mutmaßlichen Willens beider Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses geht es darum, das festzustellen, was sie für einen nicht vorgesehenen Fall nach dem Zweck des Geschäfts erstrebt hätten. Dabei kann auch wesentlich sein, welche Entscheidung die Parteien vernünftigerweise getroffen hätten (vgl. Urt. des Senats vom 6. November 1968 - VIII ZR 206/66 - S. 6).

Die Annahme, daß die Beklagte ein Interesse daran hatte, den Bagger an den Kläger zu verkaufen und hierbei auch seinen gebrauchten Backenbrecher in Zahlung zu nehmen, läge dann nahe, wenn keine besonderen Umstände dafür hervorgetreten wären, daß die Beklagte in erster Linie auf den Verkauf des Hammerbrechers zu dem dann festgelegten Preise Wert gelegt hatte und diesen Preis nur erzielen konnte, wenn sie auch den Bagger zum Preise von 29 000,--DM besonders preisgünstig abgab. Es fehlen jedoch Anhaltspunkte dafür, daß eine solche Abhängigkeit beider Geschäfte voneinander gegeben war.

Die Revision macht geltend, daß das Berufungsgericht die Ausnahme des § 139 BGB für den Bestand eines Teils des einheitlichen Geschäfts nicht ausreichend begründet habe. Die Feststellung des Parteiwillens im Rahmen des § 139 BGB liegt jedoch im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Da das Berufungsurteil aus den oben zu II dargelegten Gründen nicht bestätigt werden kann, bleibt es dem Kläger unbenommen, in dem erneuten Berufungsverfahren wiederum seine Bedenken dagegen geltend zu machen, daß unter dem Gesichtspunkt des § 139 BGB ein Teil des Geschäfts als gültig behandelt werden

könne. Dabei wird zu beachten sein, daß die Umstände, welche die Ausnahme einer nur teilweisen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dartun sollen, von derjenigen Partei erforderlichenfalls darzulegen und zu beweisen sind, welche die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts für sich in Anspruch nimmt (RGZ 141, 104, 109). Im gegebenen Falle würde also die Beweispflicht im Rahmen des § 139 BGB der Beklagten zufallen.

IV. Demnach war das Berufungsurteil aus den oben in II dargelegten Gründen teilweise aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen, die von der Endentscheidung in der Hauptsache abhängig ist.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Braxmaier