

+

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

BGB §§ 123, 124, 141, 144, 433, 459 Abs. 1, 463

- a) Beim Verkauf von Kraftfahrzeugen werden Gewährleistungsansprüche wegen Konstruktionsfehlern nicht durch eine Bestimmung in Lieferungsbedingungen ausgeschlossen, daß die Gewährleistung auf Reparatur oder Ersatz von unbrauchbar gewordenen Teilen beschränkt ist.
- b) Der Käufer, den der Verkäufer über die Mangelfreiheit der Kaufsache arglistig getäuscht hat, ist zur Anfechtung auch dann berechtigt, wenn ihm der Mangel aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.
- c) Zu den Voraussetzungen der Arglist, insbesondere zur Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer Mitteilung von Tatsachen zu machen, die für den Entschluß des Käufers, den Kaufvertrag zu schließen, von Bedeutung sind.
- d) Zur Verwirkung des Rechtes auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und zur Bestätigung eines anfechtbaren und eines angefochtenen Rechtsgeschäfts.

BGH, Urt. v. 28. April 1971 - VIII ZR 258/69 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

T

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 258/69

URTEIL

Verkündet am
28. April 1971
Mückenhäusen,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Transportunternehmers Siegfried F [REDACTED] in B [REDACTED]-
B [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Firma L [REDACTED] - W e r k e , I [REDACTED] GmbH & Co.
in Br [REDACTED], Fr [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten
durch den allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer
Joachim L [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 27. Oktober 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 4. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die u.a. Fahrzeuge herstellt, bot dem Beklagten, einem Transportunternehmer, mit Schreiben vom 29. April 1966 die Lieferung eines Tankaufbaues auf einen dem Beklagten gehörigen Büssing-Lastkraftwagen mit einem Fassungsraum von 11 000 l zum Transport von chemischen Flüssigkeiten und mit weiterem Schreiben vom selben Tage die Lieferung eines vollständigen Tankanhängers für 17 500 l ebenfalls zum



Transport von chemischen Flüssigkeiten an. Nachdem der Beklagte der Klägerin mitgeteilt hatte, daß er bereit sei, ihre Angebote anzunehmen, übersandte ihm die Klägerin unter dem 12. Mai 1966 eine Auftragsbestätigung für den Tankaufbau und unter dem 13. Mai 1966 eine Auftragsbestätigung für den Tankanhänger. In den Angeboten vom 29. April 1966 und in den Auftragsbestätigungen wurden die angebotenen Gegenstände im einzelnen beschrieben. Am 23. Juni 1966 unterschrieb der Beklagte zwei formularmäßige Kaufanträge, mit denen er unter Zugrundelegung der den Kaufanträgen beigefügten Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin den Tankaufbau für 40 625 DM und den Tankanhänger für 70 083 DM bestellte. Die Nr. X. der Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen lautet:

"X. Gewährleistung.

Der Lieferer übernimmt dem Besteller gegenüber die nachstehende Gewährleistung:

1. Für die Güte des Materials, der Konstruktion und Ausführung leistet die Lieferfirma, und zwar nur dem ersten Abnehmer gegenüber, Gewähr auf die Dauer von 6 Monaten vom Tage der Lieferung ab. Die Gewähr wird nach Wahl des Werkes nur bei unverzüglicher schriftlicher Rüge und nur in Reparatur oder Ersatz portofrei eingesandter Gegenstände bestehen, die infolge nachweislicher Konstruktions-, Material- oder Arbeitsfehler schadhaft oder unbrauchbar geworden sind. Ersetzte Teile gehen in das Eigentum des Lieferwerks über.
2. Wandlungs-, Minderungs- oder sonstige Schadensersatz-Ansprüche sind ausgeschlossen. Ersatz eines mittelbaren oder unmittelbaren Schadens wird nicht gewährt.
3. . . . "

Anstelle der ursprünglich vorgesehenen Barzahlung übergab der Beklagte der Klägerin zwei auf den 15. Dezember 1966 zahlbar gestellte Blanko-Wechsel-Akzepte. Die Klägerin übergab dem Beklagten Ende September oder Anfang Oktober 1966 den Tankzug.

Ende Oktober 1966 wurde der Tankzug bei einem Unfall in Frankreich schwer beschädigt. Der Beklagte ließ die Fahrzeuge instand setzen und benutzte sie in der Folgezeit weiter zum Transport chemischer Flüssigkeiten.

Die von ihm angenommenen Wechsel löste der Beklagte bei Fälligkeit nicht ein. Er wurde im Wechselprozeß durch zwei Vorbehaltsurteile des Landgerichts zur Zahlung von insgesamt 116 276,09 DM nebst Nebenkosten und Zinsen verurteilt.

Im Nachverfahren macht der Beklagte u.a. geltend, er sei zur Zahlung nicht verpflichtet, weil er die Verträge mit der Klägerin wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten habe. Der Tankzug sei fehlerhaft gebaut und nicht betriebssicher. Der Tankaufbau sei im Verhältnis zum zulässigen Gesamtgewicht des Lkw zu groß. Beim Transport von Flüssigkeiten des handelsüblichen chemischen Gewichts könne der Tankaufbau nicht voll, sondern allenfalls zu $\frac{3}{4}$ seines Fassungsvermögens gefüllt werden. Das führe aber dazu, daß sich die flüssige Ladung beim Bremsen und in Kurven stau und Schwallbewegungen mache, durch die die Betriebssicherheit des Tankzuges beeinträchtigt werde. Hierüber hätten ihn die Klägerin und der Inhaber einer

Firma Laabs, der mit der Klägerin zusammengearbeitet habe, arglistig getäuscht.

Das Landgericht hat die ergangenen Vorbehaltsurteile für vorbehaltlos erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht prüft die Weigerung des Beklagten, den Kaufpreis zu zahlen, nicht nur unter den vom Beklagten in erster Linie geltend gemachten Rechtsbehelfen der Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung, sondern auch unter den weiteren in Betracht kommenden Einwänden der Gewährleistung, des Schadensersatzes wegen Verschuldens bei Vertragschluß und wegen positiver Vertragsverletzung. Unter allen diesen Gesichtspunkten kommt es zunächst darauf an, ob der Tankzug einen Fehler aufweist, der seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest: Bei Beachtung des zulässigen Gesamtgewichts könne der Tankaufbau des Motorwagens nur mit Flüssigkeiten von einem spezifischen Gewicht von nicht mehr als 0,563 kg/l und der des Anhängers nur mit Flüssigkeiten von einem spezifischen Gewicht von nicht mehr als 0,883 kg/l

gefüllt werden. Bei schwereren Flüssigkeiten könnten die Tanks nur teilweise gefüllt werden. Alsdann könnte es infolge Schwallbewegungen im Innern der Tankbehälter zu Beeinträchtigungen der Verkehrssicherheit der Fahrzeuge kommen. Eine solche Beeinträchtigung trete jedoch bei voller Tankfüllung nicht ein. Daher, so meint das Berufungsgericht, sei die generelle Verkehrstauglichkeit und Verwendbarkeit des Tankzuges "zum Transport von chemischen Flüssigkeiten" gegeben. Unter genereller Tauglichkeit versteht das Berufungsgericht, wie sich aus seiner weiteren Darlegung ergibt, den Umstand, daß die Verkehrstauglichkeit der Fahrzeuge bei voller Tankfüllung, möge es sich auch dabei um seltene oder nicht gängige und handelsunübliche Flüssigkeiten handeln, gewahrt sei.

Diese Auffassung greift die Revision mit Recht an. Dem Beklagten kommt es nach seinem Vorbringen, wie im übrigen auch auf der Hand liegt, nicht darauf an, mit dem Tankzug überhaupt, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, fahren zu können, sondern darauf, den Tankzug wirtschaftlich so zu benutzen, wie ein Tankzug gemeinhin gebraucht wird, d.h. also mit ihm Flüssigkeiten von handelsüblichem spezifischen Gewicht in vollständig gefüllten Tanks zu befördern. Im einzelnen hat der Beklagte dazu behauptet, handelsübliche chemische Flüssigkeiten mit einem spezifischen Gewicht bis 0,563 kg/l gebe es nicht, auch kämen in der industriellen Praxis Transporte von Flüssigkeiten mit einem spezifischen Gewicht unter 0,75 kg/l nicht vor. Das Berufungsgericht hat den vom Beklagten

hierüber angetretenen Beweis nicht erhoben; es unterstellt offenbar diese Behauptung als richtig. Gibt es aber keine handelsüblichen chemischen Flüssigkeiten mit einem spezifischen Gewicht unter 0,563 kg/l, so bedeutet das, daß im Tankaufbau nur schwerere Flüssigkeiten befördert werden könnten. Da der Tank dann aber nur teilweise gefüllt werden kann, läßt sich der Lastkraftwagen-Tankaufbau überhaupt nicht verkehrssicher einsetzen. Der Anhänger wäre bei Verwendung unter den in der industriellen Praxis üblichen Bedingungen nur sehr beschränkt, nämlich bei einer Beförderung von Flüssigkeiten mit einem spezifischen Gewicht von 0,75 kg/l bis 0,883 kg/l, einsatzfähig. Es muß, wie die Revision mit Recht ausführt, davon ausgegangen werden, daß der Beklagte den Tankzug für die Beförderung aller handelsüblichen chemischen Flüssigkeiten erwerben wollte. Ein Tankzug erfüllt deshalb nur dann seinen Zweck, wenn er bei wirtschaftlich sinnvoller Nutzung verkehrssicher eingesetzt werden kann. Ein solcher Einsatz ist bei dem von der Klägerin gelieferten Tankzug aber infolge seiner Bauart, wird der Vortrag des Beklagten über die handelsübliche Beschaffenheit chemischer Flüssigkeiten als richtig unterstellt, ausgeschlossen. So betrachtet ist der Tankzug als Fehlkonstruktion anzusehen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, der Tankzug sei bei entsprechender Beladung betriebs- und verkehrssicher, liegen daher neben der Sache. Davon, daß die wirtschaftliche Brauchbarkeit des Tankzuges beeinträchtigt ist, scheint im übrigen das Berufungsgericht, das die verschiedenen Rechtsbehelfe des Beklagten würdigt, im Grunde genommen auch auszugehen.

II. 1. Gewährleistungsansprüche, auf die sich nach Meinung des Berufungsgerichts der Beklagte im zweiten Rechtszuge nicht berufen habe, versagt es mit der Begründung, sie seien durch Nr. X. Abs. 2 der Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin ausgeschlossen. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieses Ausschlusses bestünden nicht. Hiergegen wendet die Revision sich zu Recht.

Die Klägerin will nach ihren Verkaufs- und Lieferungsbedingungen Gewähr nur leisten durch "Reparatur oder Ersatz portofrei eingesandter Gegenstände, die infolge nachweislicher Konstruktions-, Material- oder Arbeitsfehler schadhaft oder unbrauchbar geworden sind". Stellt der Tankzug eine Fehlkonstruktion dar, so läßt sich dieser Mangel, wie auf der Hand liegt, mit der von der Klägerin zugestandenen Gewährleistung nicht beseitigen. Der Beklagte würde daher rechtlos gestellt werden, wenn der Ausschluß aller weiteren Gewährleistungsansprüche durchgriffe. Nach ständiger Rechtsprechung verstößt aber ein solcher Ausschluß gegen Treu und Glauben, so daß die Klägerin sich insoweit auf ihre Geschäftsbedingungen nicht berufen könnte (BGHZ 22, 90, 99; 37, 94, 99; Urteil des erkennenden Senats vom 13. Oktober 1965 - VIII ZR 169/63 und vom 11. Mai 1966 - VIII ZR 85/64 - Betrieb 1966, 977). Die Auffassung, daß eine Beschränkung der Gewährleistung auf Nachbesserung von Materialfehlern die Wandlung wegen eines Konstruktionsfehlers nicht ausschließt, hat im übrigen der erkennende Senat im Urteil vom 13. November 1956 (VIII ZR 16/56 - LM BGB § 459 Abs. 1 Nr. 3) ausgespro-

chen. Da schon aus anderen Gründen das angefochtene Urteil keinen Bestand haben kann und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, wird dieses, sofern es darauf ankommt, zu prüfen haben, ob die sonstigen rechtlichen Voraussetzungen für ein Wandlungsbegehren des Beklagten vorliegen. Was dabei die Frage betrifft, welche Verpflichtungen der Klägerin nach dem Kaufvertrage oblagen, so gelten die nachstehenden Ausführungen unter II. 3. zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, soweit sie diesen Punkt behandeln, entsprechend für den Rechtsbehelf der Wandlung.

Allerdings hat der Beklagte sich nicht ausdrücklich auf Gewährleistungsansprüche berufen. Er hat aber die Zahlung des Kaufpreises mit der Begründung verweigert, der Kaufvertrag sei nach seiner Anfechtungserklärung als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Anfechtungserklärung hatte die Behauptung zur Grundlage, der Tankzug sei mit Fehlern behaftet, die die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder minderten. Der vorgelegte Tatbestand erfüllt demnach auch die Voraussetzungen der Wandlung. Auf Grund einer begründeten Wandlung wäre der Beklagte ebenfalls berechtigt gewesen, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Das legt die Annahme nahe, der Beklagte habe die Zahlungsverweigerung allgemein auf eine rückwirkende Vernichtung des Kaufvertrages wegen des Vorliegens von Sachmängeln stützen wollen. Der erkennende Senat hat es umgekehrt einmal für bedenkenfrei gehalten, eine erfolglose Wandlungserklärung in eine Anfechtungser-

†

klärung umzudeuten, wenn die Voraussetzungen für einen Anfechtungstatbestand geltend gemacht worden sind (Urteil vom 26. November 1957 - VIII ZR 232/56 - insoweit nicht veröffentlicht). Einer abschließenden Entscheidung bedarf es jedoch nicht. In der erneuten mündlichen Verhandlung ist dem Beklagten Gelegenheit gegeben, sich auch auf eine Pflicht der Klägerin zur Gewährleistung ausdrücklich zu berufen. Nach § 478 BGB kann der Käufer auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandlung dazu berechtigt sein würde, sofern er den Mangel dem Verkäufer angezeigt hat, bevor der Anspruch auf Wandlung verjährt war. Daß er schon unmittelbar nach Aushändigung des Tankzuges Mängel an den Fahrzeugen gerügt habe, hat der Beklagte ausdrücklich behauptet.

2. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin ein Recht zur Anfechtung wegen Irrtums abspricht, müssen die Angriffe der Revision ohne Erfolg bleiben.

Das Berufungsgericht meint, die mit Schreiben des Anwalts des Beklagten vom 25. August 1967 ausgesprochene Anfechtungserklärung sei verspätet. Sie sei erst 11 Monate nach Übergabe des Tankzuges und Feststellung der beanstandeten Mängel abgegeben worden. Die Revision wendet ein, in der kurzen Zeit zwischen der Abholung des Tankzuges am 4. Oktober 1966 (richtig wohl Ende September 1966) und dem Unfall Ende Oktober 1966 habe noch keine Klarheit über die Fehler des Tankzuges gewonnen werden können. Nach dem Unfall habe der gesamte Tankzug bis zum Sommer 1967 nicht be-

nutzt werden können, weil er wieder instand gesetzt wurde. Dann sei der Tankzug eine Zeitlang benutzt worden und es sei jetzt erst erkennbar geworden, daß er tatsächlich unzureichende Fahreigenschaften aufweise und die Kessel zur Beförderung der handelsüblichen chemischen Flüssigkeiten nicht geeignet seien. Vorher habe der Beklagte die Mängel nicht hinreichend erkannt.

Es ist zwar richtig, daß die Anfechtung unverzüglich erfolgen muß, nachdem der Anfechtungsberechtigte tatsächliche Kenntnis erlangt hat. Fahrlässige Nichtkenntnis und bloße Vermutung genügen nicht. Bei dem Vorbringen der Revision handelt es sich indessen um einen neuen Sachvortrag, der im Gegensatz zum bisherigen eigenen Vortrag steht. So hatte der Beklagte im Schriftsatz vom 4. September 1967 behauptet, schon sehr bald nach der im September 1966 erfolgten Auslieferung des Tankzuges hätten sich erhebliche Mängel eingestellt, die darin bestanden, daß der Zug bei schweren Flüssigkeiten nicht voll beladen werden konnte. Im Schriftsatz vom 15. November 1967 hat der Beklagte vorgetragen, unmittelbar nach der Übernahme des Fahrzeuges habe er der Klägerin erklärt, daß das Fahrzeug kopflastig sei und unmöglich zu fahren sei. Danach hat der Beklagte die wesentlichen von ihm gerügten Mängel alsbald nach der Übernahme des Tankzuges erkannt. Auf die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die Fahrzeuge trotz Mängelrüge weiter benutzt und lasse sie noch heute für sich laufen, kommt es für die Frage der Irrtumsanfechtung nicht an. Eines Eingehens auf die zu diesem Punkt erhobenen Rügen der Revision bedarf es hier nicht.

3. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung läßt das Berufungsgericht aus mehreren Gründen nicht durchgreifen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Revision im Ergebnis mit Erfolg an.

a) Soweit die Revision sich gegen die Meinung des Berufungsgerichts wendet, die Klägerin habe den Beklagten nicht über das Baujahr des Anhängers (1965 statt 1966) getäuscht, richten sich die Rügen allerdings in unzulässiger Weise gegen die tatrichterliche Feststellung, daß die Angabe des Baujahres für den Abschluß des Kaufvertrages nicht ursächlich gewesen sei.

b) Nicht haltbar ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich nicht über die generelle Verkehrstauglichkeit und Verwendbarkeit des Tankzuges zum Transport von chemischen Flüssigkeiten geirrt. Zur Begründung führt das Berufungsgericht an, der Tankzug habe die Größe und das Fassungsvermögen sowie die technische Ausgestaltung und Ausstattung, wie sie der Beklagte mit seinen Kaufanträgen habe bestellen wollen. Darauf kommt es indes nicht an. Der Beklagte macht, wie die Revision zutreffend hervorhebt, geltend, er habe irrtümlich angenommen, der bestellte Tankzug sei mit der vereinbarten Ausstattung und Ausgestaltung verkehrssicher und geeignet, unter kaufmännisch vertretbarer Kostenberechnung Druckgase und handelsübliche chemische Flüssigkeiten zu befördern. Gerade das soll nach Behauptung des Beklagten nicht der Fall sein. Daß das Volumen des Tankaufbaues nur bei Flüssigkeiten von einem spezifischen Gewicht unter 0,563 kg/l

ausgenutzt werden kann und eine volle und gleichzeitige Ausnutzung des Volumens von Motorwagen und Anhänger überhaupt nicht gegeben ist, nimmt, wie schon erwähnt, auch das Berufungsgericht an. Es geht auch davon aus, daß der Tankzug bei teilweiser Füllung mit schwereren Flüssigkeiten nicht verkehrssicher gefahren werden kann. Darüber hinaus wird das Berufungsgericht gegebenenfalls bei der erneuten mündlichen Verhandlung auch dem von der Revision als übergangen gerügten Vortrag des Beklagten nachgehen müssen, die Kessel hätten entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts vereinbarungsgemäß entsprechend der auf Seite 4 der Auftragsbestätigung unter "Abnahme" enthaltenen Beschreibung als "Druckbehälter" geliefert werden sollen. Tatsächlich seien sie zum Transport von Druckgasen und brennbaren Flüssigkeiten nach Gefahrenklasse A I völlig ungeeignet.

c) Soweit es sich darum handelt, daß der Tankaufbau und der Anhänger nur mit Flüssigkeiten von geringem spezifischen Gewicht voll gefüllt werden können, daß bei schwereren Flüssigkeiten die Verkehrssicherheit beeinträchtigt wird und daß Tankaufbau und Anhänger entgegen der Übung nicht zur gleichzeitigen Beförderung von Flüssigkeiten desselben spezifischen Gewichtes geeignet sind, hält das Berufungsgericht die Anfechtung deshalb nicht für begründet, weil die Klägerin einen dahingehenden Irrtum des Beklagten nicht veranlaßt habe. Auch diese Auffassung wird von der Revision mit Recht angegriffen:

aa) Das Berufungsgericht führt aus, der Irrtum des Beklagten beruhe auf Umständen, die in seiner Person selbst lägen, nämlich auf der Tatsache, daß er es unterlassen habe, aus ihm bekannten oder von ihm feststellbaren Tatsachen Schlußfolgerungen zu ziehen. Es sei Sache des Beklagten gewesen, sich zu überlegen, ob bei Beachtung des zulässigen Gesamtgewichts Motorwagen und Anhänger für die von ihm beabsichtigten Transporte mit chemischen Flüssigkeiten in wirtschaftlich sinnvoller und verkehrstechnisch sicherer Weise ausgenutzt werden könnten. Daher sei es auch unerheblich, daß Motorwagen und Tankanhänger bei Ausnutzung des zulässigen Gesamtgewichts nur mit Flüssigkeiten verschiedenen Art-Gewichts voll beladen werden könnten. Der Beklagte sei auch imstande gewesen, Folgerungen aus dieser Tatsache zu ziehen, nämlich sich zu überlegen, ob und wie er Motorwagen und Tankanhänger werde einsetzen können. Daß es sich bei der Klägerin um ein in der Herstellung von Fahrzeugen und Tankbehältern erfahrenes Werk handele, mache es für den Beklagten nicht überflüssig, für sich selber die beiden Angebote der Klägerin auf tatsächliche Verwendbarkeit in wirtschaftlicher und verkehrstechnischer Hinsicht für den in Betracht kommenden Verwendungszweck zu prüfen. Dem Beklagten seien die Tatsachen nicht verborgen gewesen, deren er für die Prüfung des Angebots der Klägerin auf wirtschaftlicher und verkehrssicherer Verwendbarkeit des Tankzuges im Einsatz bedurft habe.

Das Berufungsgericht nimmt also nicht etwa an, der Beklagte habe die Fehler des Tankzuges tatsäch-

lich gekannt, sondern nur, ihm seien die Umstände nicht verborgen geblieben, aus denen er, wenn er sie geprüft hätte, die fehlende wirtschaftliche und verkehrssichere Verwendbarkeit des Tankzuges hätte folgern können. Das Berufungsgericht macht mithin dem Beklagten zum Vorwurf, er hätte fahrlässig die Mängel nicht erkannt. Darauf kommt es aber nicht an. Schon der Wortlaut des § 123 Abs. 1 BGB ergibt, daß derjenige zur Anfechtung berechtigt ist, der zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden ist. Nur wenn der Anfechtende den Gegenstand der Täuschung wirklich kannte, fehlt es an der Ursächlichkeit. Für den gleichliegenden Fall von Gewährleistungsansprüchen des Käufers wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften und arglistiger Täuschung hat denn auch der erkennende Senat ausgesprochen, der Verkäufer hafte auch dann, wenn dem Käufer ein Mangel aus Fahrlässigkeit, selbst grober, unbekannt geblieben ist (Urteile vom 18. Dezember 1956 - VIII ZR 19/56 - Betriebsberater 1957, 238; vom 22. Oktober 1957 - VIII ZR 408/56; vom 24. April 1968 - VIII ZR 37/66). Im übrigen bedeutet die Auffassung des Berufungsgerichts, wie im folgenden noch ausgeführt wird, eine Überspannung der an einen Käufer zu stellenden Anforderungen.

bb) Auf der anderen Seite, so meint das Berufungsgericht, stehe nicht fest, daß die Klägerin erkannt habe, der Beklagte werde den Tankzug nicht gebrauchen können. Die Klägerin habe davon ausgehen dürfen, der Beklagte sei imstande, die wirtschaftlichen und technischen Folgerungen seiner Bestellungen zu überdenken und sich Ausmaß und Bedeutung der

Angebote der Klägerin selber klar zu machen. Der Beklagte sei der Klägerin als Transportunternehmer, also als Kaufmann, gegenübergetreten. Das bedeute, daß die Klägerin nicht gehalten gewesen sei, sich über die Fähigkeit des Beklagten zu sachgerechter Prüfung ihrer Angebote und Auftragsbestätigungen zu vergewissern und nach dem Verwendungszweck des Tankzuges Nachfrage zu halten. Der Beklagte habe auch selber nicht behauptet, daß die Klägerin gewußt habe, es gebe überhaupt keine handelsübliche chemische Flüssigkeit mit einem Gewicht bis zu 0,563 kg/l und er wolle nur chemische Flüssigkeiten mit einem spezifischen Gewicht von mehr als 0,653 kg/l befördern. Die Klägerin sei mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte als Fuhrunternehmer ihren Angeboten und Auftragsbestätigungen zugestimmt habe, nicht verpflichtet gewesen, sich nach den Art-Gewichten handelsüblicher chemischer Flüssigkeiten zu erkundigen, um danach die Herstellung der Fahrzeuge auszurichten. Die Klägerin habe lediglich gewußt, daß der Beklagte chemische Flüssigkeiten für die Firma La [REDACTED] befördern wolle. Der besondere Verwendungszweck des Tankzuges sei aber nicht festgelegt worden. Es stehe ferner nicht fest, ob die Klägerin überhaupt gewußt habe, daß bei einer Beförderung von Flüssigkeiten mit höherem Art-Gewicht als 0,563 kg/l sich Schwallbewegungen einstellen könnten, die die Verkehrssicherheit beeinträchtigten. Für die Klägerin spreche entscheidend, daß die Fahrzeuge vom TÜV Braunschweig abgenommen worden seien und daß die Betriebserlaubnis für beide Fahrzeuge erteilt worden sei und ferner die Firma Büssing gegen die Anbringung des Tankaufbaues

nichts einzuwenden gehabt habe. Darauf, daß die Tanks keine Schwallwände hätten, habe die Klägerin in ihren Angeboten und Auftragsbestätigungen ausdrücklich hingewiesen.

Diese Auffassung greift die Revision zutreffend mit der Rüge an, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten nicht erschöpfend gewürdigt. Überdies steht die Meinung des Berufungsgerichts im Widerspruch zu den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Pflichten des Verkäufers.

Wenn der Beklagte geltend macht, die Klägerin habe ihn arglistig darüber getäuscht, daß mit dem gelieferten Tankzug handelsübliche chemische Flüssigkeiten nicht verkehrssicher befördert werden könnten, so lag darin ohne weiteres die Behauptung, die Klägerin habe diejenigen Umstände gekannt, die den Tankzug zu einer Fehlkonstruktion machten. Das Berufungsgericht vermißt daher zu Unrecht einen ausdrücklichen dahingehenden Vortrag der Beklagten. Darüber hinaus ist es selbstverständlich, daß ein Fuhrunternehmer, der einen Tankzug für chemische Flüssigkeiten kauft, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, ihn zur Beförderung handelsüblicher Flüssigkeiten erwerben will. Nur das konnte der gewöhnliche und nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch des Tankzuges sein. Eines ausdrücklichen Hinweises, daß handelsübliche Flüssigkeiten befördert werden sollten, bedurfte es deshalb nicht. Es ist daher nicht richtig, daß die Klägerin als Verkäuferin sich um den Verwendungszweck nicht zu kümmern brauchte.

War der Tankzug nach der Vorstellung der Klägerin nicht zur Beförderung handelsüblicher Flüssigkeiten geeignet, so war es umgekehrt Pflicht der Klägerin, den Beklagten darauf hinzuweisen. Arglistige Täuschung setzt zwar die Kenntnis voraus, daß gemachte Angaben unrichtig sind oder erhebliche Tatsachen unterdrückt werden. Es genügt indessen bedingter Vorsatz. Die Ausführungen des Berufungsgerichts laufen im Grunde darauf hinaus, daß die Klägerin mit der Möglichkeit gerechnet hat, der Tankzug sei nicht voll verwendungsfähig, daß sie sich aber dabei habe beruhigen dürfen, der Beklagte werde ihre Angaben nachprüfen. Das könnte den Tatbestand des bedingten Vorsatzes erfüllen. Der Beklagte hat, wie die Revision mit Recht geltend macht, darüber hinaus im Schriftsatz vom 10. Januar 1968 eine Reihe von Umständen vorgetragen, die darauf schließen lassen könnten, daß die Klägerin die behaupteten Mängel gekannt hat. Dabei ist vorweg zu berücksichtigen, daß die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ein in der Herstellung von Fahrzeugen und Tankbehältern erfahrenes Werk ist. Danach muß die Klägerin über ein Konstruktionsbüro mit fachtechnisch gebildeten Angestellten verfügen. Der Tankzug war offenbar nicht ein Einzelerzeugnis, sondern sollte nach der wohl unbestrittenen Darstellung des Beklagten in Serie hergestellt werden. Der Beklagte hat behauptet, Tankaufbauten solcher Art seien bei anderen Herstellern nur mit langen Lieferfristen zu beziehen gewesen. Trotzdem habe die Klägerin von den in Frage stehenden Tankaufbauten nur 2 Stück hergestellt. Der dem Beklagten verkaufte war unstreitig 1965 gebaut worden, an den Beklagten

aber im Jahre 1966 als Baujahr 1966 veräußert worden. Wenn die Klägerin mit dem Tankaufbau trotz einer damals bestehenden großen Nachfrage nicht in die Serienproduktion gegangen sei und nur 2 Stück hergestellt habe, so meint die Revision, habe die Klägerin es getan, weil sie wegen schwerwiegender technischer Mängel die Produktion des Tankaufbaues eingestellt habe. Sie habe daher bewußt den noch vorhandenen sonst unverkäuflichen Tankaufbau dem Beklagten verkauft. Zum Beweise für diese Behauptungen hat der Beklagte sich auf eine Vernehmung des Geschäftsführers L. der Klägerin berufen. Den Vortrag und den Beweisantritt des ersten Rechtzuges hat er in der Berufungsbegründung wiederholt. Die Darstellung des Beklagten ist erheblich. Hätte eine Beweisaufnahme sie als richtig bestätigt, wäre das Berufungsgericht möglicherweise nicht zu dem Schluß gekommen, die Klägerin habe die Mängel des Tankzuges nicht erkannt.

In diesem Zusammenhang begegnet auch die Meinung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe sich gutgläubig darauf verlassen, der Tankzug werde für den Beklagten brauchbar sein, rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht wird seine Auffassung insbesondere unter Beachtung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die nach § 346 HGB im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche überprüfen müssen. Zwar ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts richtig, daß beim Handelskauf in der Regel keine Aufklärungspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer besteht. Aus dem auch das Kaufrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben

kann sich aber die Verpflichtung des Verkäufers ergeben, dem Käufer Mitteilung von Tatsachen zu machen, die für den Entschluß des anderen Teils offensichtlich von Bedeutung sind (vgl. BGH Urteile vom 23. Februar 1960 - VIII ZR 57/59; vom 10. Juli 1963 - V ZR 66/62 - LM BGB § 463 Nr. 8 = BGHWarn 1963 Nr. 164; vom 9. Oktober 1964 - VIII ZR 109/62 - LM BGB § 463 Nr. 10 = BGHWarn 1964 Nr. 216). Die Rechtsprechung hat wiederholt hervorgehoben, daß ein fachkundiger Verkäufer gegenüber dem Käufer eine Vertrauensstellung einnehmen kann, aus der sogar möglicherweise eine Nebenpflicht zur Raterteilung folgt (BGH Urteil vom 25. März 1958 - VIII ZR 58/57 - LM BGB § 459 Nr. 5; ebenso Hefermehl in Siebert/Soergel 10. Aufl. § 123 Anm. 6).

Im vorliegenden Fall handelt es sich, wie schon erwähnt, nach der Feststellung des Berufungsgerichts um ein in der Herstellung von Fahrzeugen und Tankbehältern erfahrener Werk. Wenn das Berufungsgericht meint, dieser Umstand sei unbeachtlich, weil die Klägerin hätte davon ausgehen dürfen, daß der Beklagte das Angebot darauf prüfen müsse, ob der beschriebene Tankzug für ihn verwendbar sei, so kann dem nicht gefolgt werden. War nämlich, wovon auszugehen ist, Gegenstand des Vertrages ein Tankzug für handelsübliche Flüssigkeiten und hatte die Klägerin mindestens Zweifel, ob der Tankzug für die Beförderung solcher Flüssigkeiten voll geeignet war, so durfte sie nicht schweigen, sondern war nach Treu und Glauben zur Aufklärung verpflichtet, wenn sie sich sagen mußte, für den Beklagten sei die uneingeschränkte Eignung Voraussetzung für den Vertragsschluß und er vertraue

- trotz möglicherweise bestehender eigener Fachkunde - auf die Brauchbarkeit. Eine derartige Pflicht bestand um so mehr, wenn bei der Benutzung des Tankzuges für handelsübliche Flüssigkeiten die Fahrzeuge nicht verkehrssicher gefahren werden konnten, vielmehr Gefahr bestand, daß sie in Kurven oder bei plötzlichem Bremsen kippten. In Anbetracht der bei einem Unfall drohenden schweren Gefährdung der Verkehrsteilnehmer durfte die Klägerin sich nicht damit beruhigen, der Beklagte erhalte einen Tanksug in den von ihm gewünschten Abmessungen. Sie war vielmehr verpflichtet, wenn sie schon ein Kraftfahrzeug lieferte, das nicht unter allen Umständen verkehrssicher war, den Beklagten darauf hinzuweisen, daß es ohne Gefährdung des Verkehrs nur eingesetzt werden könne, wenn die Tanks mit Flüssigkeiten von geringen spezifischen Gewicht gefüllt würden.

Der Gedankengang des Berufungsgerichts läuft darauf hinaus, einem Verkäufer fehle schon dann die Kenntnis, daß die Kaufsache mit einem Fehler behaftet sei, wenn sie für den gewöhnlichen Gebrauch zwar nicht voll tauglich, unter Einschränkungen aber immerhin verwendungsfähig ist und der Käufer bei einer Prüfung in der Lage wäre, die eingeschränkte Verwendungsfähigkeit zu erkennen. Diese Willensgestaltung eines Verkäufers wäre aber gerade ein Fall des bedingten Vorsatzes: Der Verkäufer hofft zwar, der Käufer werde den Fehler erkennen und den Kaufvertrag trotzdem schließen, weil er die Kaufsache trotz Fehlers gebrauchen kann. Der Verkäufer nimmt aber billi-

gend auch den Fall hin, daß der Käufer ohne Prüfung auf die Fehlerfreiheit vertraut und bei Kenntnis des Fehlers den Kaufvertrag nicht geschlossen hätte.

Im übrigen überspannt das Berufungsgericht die Anforderungen, die an die Prüfungspflicht eines Käufers zu stellen sind. Die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sich ergebende Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Eigenschaften der Kaufsache hängt in ihrem Umfang allerdings von der Möglichkeit und der Fähigkeit des Käufers zur Prüfung ab. Im vorliegenden Fall ist es aber nicht so, daß der Beklagte den Tankzug gerade in der Ausgestaltung hat erwerben wollen, wie er in dem Kaufantrag beschrieben ist. Das Berufungsgericht unterstellt, daß der Inhaber der Firma La [REDACTED] die Verträge zwischen den Parteien vermittelt und hierfür eine Provision erhalten hat. Die Klägerin wußte nach der Feststellung des Berufungsgerichts auch, daß der Beklagte chemische Flüssigkeiten für die Firma La [REDACTED] befördern wollte. Wie die Revision mit Recht geltend macht, ist die eingehende Beschreibung im Kaufantrag von der Klägerin verfaßt und der Beklagte konnte darauf vertrauen, daß er eine für die Beförderung von üblichen Flüssigkeiten (um solche handelt es sich ersichtlich bei den Erzeugnissen der Firma La [REDACTED]) brauchbares Fahrzeug und nicht eine Fehlkonstruktion erhielt. Was aber die fehlerhafte Konstruktion betrifft, so haben sich die Ursachen für die vom Beklagten behaupteten Schwierigkeiten und Hindernisse bei der praktischen Verwendbarkeit des Tankzuges erst aus dem eingehenden wissenschaftlich begründeten Gutachten des Technischen Über-

wachungs-Vereins Baden e.V. in Verbindung mit den Schreiben der Badischen A[REDACTED]- & S[REDACTED]- Fabrik vom 6. Juni 1969 und des Dipl.-Chem. Dr. W[REDACTED] vom 10. Juni 1969, deren Angaben als richtig unterstellt sind, ergeben. Der Gutachter des Technischen Überwachungs-Vereins Baden hat die Konstruktionsfehler am Tankzug nicht etwa anhand der Aufmessungen des Tankzuges festgestellt. Es ist nicht einzusehen, daß der Beklagte über größere technische Einsichten verfügen müßte als der Gutachter und die Konstrukteure der Klägerin und daß er schon aus dem bloßen Aufmaß und der Beschreibung des Tankzuges den Schluß hätte ziehen können, der Tankzug sei für übliche Flüssigkeiten nur beschränkt verwendungsfähig.

d) Aus diesen Erwägungen greifen auch die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts durch, der Beklagte habe eine Arglist der Klägerin nicht dargetan. Das Berufungsgericht verneint die Arglist gleichfalls mit der Begründung, die Klägerin sei nicht gehalten gewesen, den Beklagten auf wirtschaftliche und betriebstechnische Fragen hinzuweisen, die auftauchen konnten, oder ihn sonst über denkbare Auswirkungen der Angebote und Kaufanträge zu beraten, weil es Sache des Beklagten gewesen sei, sich selbst über die Umstände Gewißheit zu verschaffen, über die er sich angeblich geirrt habe. Damit wird indessen der Tatbestand einer Arglist nicht ausgeräumt. Arglist erfordert lediglich das Bewußtsein, daß der andere ohne die Täuschung die Willenserklärung möglicherweise nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgegeben hätte. Für dieses Bewußtsein

genügt, wie schon erwähnt, bedingter Vorsatz. Hat ein Verkäufer Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder auch nur Zweifel an ihrer Fehlerfreiheit, so wird der Vorwurf der Arglist nicht ausgeräumt, wenn der Verkäufer den Kaufvertrag mit der Vorstellung schließt, der Käufer sei imstande, den Mangel zu erkennen, sich jedoch bewußt nicht um den vom Käufer beabsichtigten Verwendungszweck kümmert und es in Kauf nimmt, daß der Käufer, weil er die Prüfung unterläßt, den Vertrag abschließt, den er bei Kenntnis des Mangels nicht geschlossen hätte. Daß ein Verkäufer den Käufer auch mit Zweifeln über die Mangelhaftigkeit der Sache bekanntmachen muß, wenn er sich dessen bewußt ist, daß es sich um einen für den Entschluß des Gegners erheblichen Fehler handelt, hat der Senat ausdrücklich im Urteil vom 23. Februar 1960 (VIII ZR 57/59) ausgesprochen.

e) Mit offenbar als Hilfsbegründung gedachten Erwägungen nimmt das Berufungsgericht schließlich an, die Ausübung eines Anfechtungsrechtes sei, weil sie gegen Treu und Glauben verstieße, unzulässig. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe nach seinem eigenen Vortrag von den Mängeln des Tankzuges unmittelbar nach Übergabe der Fahrzeuge Kenntnis erlangt. Er habe jedoch diese Tatsache nicht zum Anlaß genommen, der Klägerin mitzuteilen, daß er sich an den Vertrag nicht länger gebunden fühle. Da nach § 124 Abs. 1 BGB die Anfech-

tungsfrist ein Jahr beträgt, kann indessen der Anfechtungsberechtigte grundsätzlich die Jahresfrist voll ausnutzen. Für die Annahme, daß das Anfechtungsrecht vor Ablauf der Jahresfrist verwirkt sei, müssen ganz besondere Umstände vorliegen (Hefermehl bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 124 Anm. 5). Ein besonderer Umstand kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der Gegner, obwohl die Jahresfrist noch nicht abgelaufen ist, mit einer Anfechtung nicht mehr zu rechnen braucht. Hierfür ist im vorliegenden Fall nichts dargetan.

bb) Das Berufungsgericht führt ferner an, der Beklagte habe den Tankzug weiter für sich eingesetzt. Nach dem Unfall Ende Oktober 1966 habe er die Fahrzeuge unter erheblichem Kostenaufwand wieder herstellen lassen. Das zeige, daß er die mit der Benutzung des Tankzuges verbundenen wirtschaftlichen Vorteile als außerordentlich hoch eingeschätzt habe. Demgegenüber weist die Revision zutreffend darauf hin, daß der Tankzug, weil er im Vorbehaltseigentum der Klägerin stand, versichert werden mußte und daß der Versicherer die Instandsetzungskosten bezahlt hat. In der Tat ist nach V 1 der Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Klägerin der Kaufgegenstand auf Verlangen des Verkäufers u.a. gegen Vollkasko zu versichern. Ferner ist nach Nr. IV 5 der Käufer verpflichtet, erforderlich werdende Reparaturen sofort ausführen zu lassen. Aus der Instandsetzung kann daher nicht die Folgerung gezogen werden, der Beklagte habe sein Anfechtungsrecht verwirkt.

cc) Das Berufungsgericht begründet die Verwir-
kung weiter damit, der Beklagte habe den Tankzug
nach der Reparatur in erheblichem Umfange erneut
eingesetzt und damit dem Verschleiß ausgesetzt. Da-
bei ist zu unterscheiden:

Da das Gesetz dem Anfechtungsberechtigten ei-
nen Überlegungszeitraum von einem Jahr zubilligt,
ist er grundsätzlich berechtigt, binnen dieser Frist
die gekaufte Sache auch weiter zu benutzen. Erst nach
der Anfechtung wird nach § 142 Abs. 1 BGB das Rechts-
geschäft als von Anfang an nichtig angesehen. Bis zur
Anfechtung gilt es als wirksam.

Die Anfechtung könnte nach § 144 Abs. 1 BGB
höchstens ausgeschlossen sein, wenn der Beklagte den
Kaufvertrag bestätigt hätte. Bestätigung ist jede Er-
klärung des Anfechtungsberechtigten, in der sein Wil-
le zum Ausdruck kommt, ein ihm bekanntes Anfechtungs-
recht nicht auszuüben. Im Falle der arglistigen Täu-
schung kann der Anfechtungsberechtigte daher nur den
Bestätigungswillen haben, wenn er weiß oder minde-
stens mit der Möglichkeit rechnet, daß der Gegner
ihn bewußt getäuscht hat. Außerdem muß er wissen,
daß sich aus den ihm bekannten Tatsachen für ihn ein
Anfechtungsrecht ergibt. Eine Bestätigungserklärung
kann auch in der Benutzung der Kaufsache liegen,
doch ist nicht jede Benutzung schon eine Bestäti-
gung, insbesondere nicht, wenn sie durch wirtschaft-
liche Notwendigkeit geboten war (Hefermehl aaO § 144
Anm. 2 und 3). Unter diesen Gesichtspunkten hat das
Berufungsgericht den ihm unterbreiteten Sachverhalt

nicht geprüft. Seine Feststellungen ermöglichen auch nicht die Würdigung, daß das Verhalten des Beklagten eine Bestätigung des Kaufvertrages bilde. An die Annahme einer Bestätigung nach § 144 BGB durch schlüssiges Verhalten sind strenge Anforderungen zu stellen, weil Teilnehmer am Rechtsverkehr erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres auf bestehende Befugnisse oder Gestaltungsmöglichkeiten zu verzichten pflegen. Das Verhalten des Anfechtungsberechtigten darf nur dann als stillschweigende Kundgabe eines Bestätigungswillens gewertet werden, wenn jede andere, den Umständen nach einigermaßen verständliche Deutung dieses Verhaltens ausscheidet (BGH Urteil vom 4. Januar 1967 - V ZR 51/64 - LM BGB § 144 Nr. 1 a = BGHWarn 1967 Nr. 3).

Was den Einsatz des Tankzuges nach der Ausübung des Anfechtungsrechts durch Schreiben vom 25. August 1967 betrifft, so könnte eine Bestätigung nach § 141 Abs. 1 BGB in Frage kommen. Indessen ist aus schlüssigem Verhalten ein Bestätigungswillen nur zu entnehmen, wenn jeder Beteiligte eindeutig das Verhalten als Bestätigung auffassen muß. Sobald das Verhalten auch auf anderen Gründen beruhen kann, ist grundsätzlich eine Bestätigung nicht anzunehmen (RGZ 150, 389). Insbesondere bildet die Weiterbenutzung einer durch angefochtenes Kaufgeschäft erworbenen Sache in der Regel noch keine Bestätigung, wenn die Benutzung nur bis zur unverzüglichen Beschaffung eines Ersatzstückes oder bei der Unmöglichkeit, ein solches Ersatzstück alsbald zu beschaffen, zur Abwendung größerer Nachteile vorgenommen wird (vgl.

Hefermehl bei Soergel/Siebert BGB 10. Aufl. § 141 Anm. 3). Das Berufungsgericht verweist auf die Entscheidungen des erkennenden Senats vom 11. Juli 1958 (VIII ZR 158/57 - LM BGB § 467 Nr. 2 = NJW 1958, 1173) und vom 29. September 1960 (VIII ZR 135/59 - LM BGB § 351 Nr. 4 = NJW 1960, 2331 = BGHWarn 1959/60 Nr. 478). Beide Entscheidungen sind nicht einschlägig. Die erste betrifft den Weitergebrauch nach Erklärung der Wandlung, die zweite nach Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts. Soweit in diesen Entscheidungen die Frage behandelt wird, ob der Käufer seine Rechte aus den abgegebenen Erklärungen verwirkt habe, wird im übrigen hervorgehoben, die Weiterbenutzung könne gerechtfertigt sein, wenn sie zur Abwendung eines sonst möglicherweise entstehenden größeren Schadens erfolge oder der Gegner sich nicht darauf eingerichtet habe, daß der Käufer beim Kaufvertrag stehenbleiben werde. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte sich mindestens bei der Anfechtungserklärung eindeutig auf den Standpunkt gestellt, der Tankzug sei mangelhaft. Dafür, daß die Klägerin hätte glauben dürfen, der Beklagte wolle keine Rechte mehr geltend machen, ist nichts hervorgetreten.

Anders könnte die Sachlage sein, wenn der Beklagte den Tankzug über einen längeren Zeitraum und mehr als notwendig nach der Abgabe seiner Anfechtungserklärung eingesetzt hätte. Das Berufungsgericht führt aus, auch in der Berufungsverhandlung vor dem Senat habe der Beklagte nicht in Abrede genommen, den Tankzug noch immer zu benutzen. Soweit das Berufungsgericht hieraus für den Beklagten nach-

teilige Schlüsse zieht, greifen aber die Verfahrensrügen der Revision durch. Es geht dabei um folgendes: Das Protokoll über die letzte mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1969 enthält über Erklärungen der Parteien zu diesem Punkt nichts. Der Beklagte hat in einem nachgereichten Schriftsatz vom 24. Oktober 1969 erklärt: "Die in der mündlichen Verhandlung vom 13.10.1969 geäußerte Auffassung des Senats, einem Gewährleistungsanspruch des Beklagten stehe entgegen, daß er das Fahrzeug laufend weiter benutze, trifft nicht zu. Ich überreiche in der Anlage die Abmeldebescheinigungen der Stadtverwaltung Baden-Baden, Amt für öffentliche Ordnung, Verkehrsabteilung vom 25.1.1968. Aus den Bescheinigungen ergibt sich, daß sowohl der Motorwagen als auch der Anhänger an diesem Tage abgemeldet worden sind. Das Fahrzeug ist seit diesem Tage stillgelegt. Es steht also nunmehr fast 2 Jahre ohne jeglichen Nutzen herum. Davon, daß die Fahrzeuge lustig weiterbenutzt werden, kann also keine Rede sein." Die Urteilsgründe enthalten am Schluß den Satz: Der Schriftsatz des Beklagten vom 24.10.1969 gibt dem Senat abgesehen davon, daß der Vortrag über die Stilllegung des Fahrzeugs verspätet ist, auch in der Sache keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Die Wendung, das Vorbringen gebe in der Sache keine Veranlassung zur Wiedereröffnung, könnte darauf schließen lassen, daß das Berufungsgericht der Auffassung war, es komme auf die behaupteten Tatsachen nicht mehr an, weil die Anfechtung schon aus anderen Gründen nicht durchgreife. Dann aber setzt es sich mit den Ausführungen in Widerspruch, mit de-

nen es aus der Weiterbenutzung des Tankzuges bis zum Tage der letzten mündlichen Verhandlung herleitet, der Beklagte könne sich auf die Anfechtung nicht berufen. Hielt das Berufungsgericht aber die Weiterbenutzung, wie es aus der sonstigen Begründung zu entnehmen ist, für entscheidungserheblich, so kommt es darauf an, ob es das Vorbringen des Beklagten im nachgereichten Schriftsatz durch Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO berücksichtigen mußte. Geht man von den Angaben des Beklagten im Schriftsatz vom 24. Oktober 1969 aus, so ist die Frage, ob der Tankzug bis in die letzte Zeit hinein benutzt worden war und die Anfechtung etwa aus diesem Grunde unbeachtlich sei, erstmalig im Termin vom 13. Oktober 1969 aufgeworfen worden. Das Urteil des Landgerichts befaßt sich jedenfalls mit dieser Frage nicht und die Klägerin hat im Berufungsrechtszuge, da es an einer Berufsungsbeantwortung fehlt, schriftsätzlich eine solche Behauptung nicht aufgestellt. Offenbar hat der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten - der Beklagte selbst ist ausweislich der Verhandlungsniederschrift vom 13. Oktober 1969 im Termin nicht anwesend gewesen - eine Behauptung der Klägerin, der Tankzug werde noch immer benutzt, nicht ausdrücklich bestritten und das Berufungsgericht hat nach § 138 Abs. 2 ZPO diese Tatsache als zugestanden angesehen. Unter diesen Umständen kann einmal von einer Verspätung des Vorbringens des Beklagten schwerlich gesprochen werden. Zum andern ist die Ablehnung des Antrages auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung verfahrensrechtlich nicht einwandfrei. Grundsätzlich entscheidet zwar das Gericht nach freiem Ermessen, ob es die mündliche Ver-

handlung wiedereröffnen will. Nach Übereinstimmen-der Ansicht von Rechtsprechung und Schrifttum besteht jedoch eine Pflicht zur Wiedereröffnung, wenn sich aus dem nachträglichen Vorbringen ergibt, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft und eine angemessene Ausübung des Fragerechts unterblieben war. Die nachträglich vorgebrachten Tatsachen müssen allerdings bereits im Prozeßstoff, wenn auch nur als aufklärungsbedürftig, enthalten gewesen sein. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. Wenn das Berufungsgericht in der letzten mündlichen Verhandlung die Entscheidung vornehmlich auf einen Sachverhalt stützen wollte, der bisher keine Rolle gespielt hatte, und wenn der Prozeßbevollmächtigte der betroffenen Partei, weil diese in der Verhandlung nicht anwesend war, mit ihr nicht Rücksprache nehmen konnte, so bedurfte es besonders sorgfältiger Aufklärung. Dabei hätte schon der Akteninhalt Bedenken gegen die Annahme hervorrufen müssen, der Tankzug sei bis zuletzt eingesetzt worden. Der mit der Begutachtung beauftragte Technische Überwachungs-Verein Baden hatte dem Landgericht ein Schreiben des Beklagten vom 17. April 1968 eingereicht, in dem der Beklagte mitteilte, der Zug stehe verschlossen auf dem Betriebsgelände der Büssing-Niederlassung Karlsruhe und könne nicht in Betrieb gesetzt werden, weil der Fahrer des Wagens, der jetzt bei einer französischen Spedition tätig sei, seinerzeit bei der Stilllegung die Schlüssel an sich genommen habe. Der Technische Überwachungs-Verein teilte dem Gericht sodann unter dem 8. Mai 1968 mit, es sei nicht möglich gewesen, mit dem Beklagten zu einer

Vereinbarung über die Vorführung des Tankzuges zu gelangen. Dabei fügte er eine Aktennotiz vom 9. April 1968 bei, aus der sich ergibt, daß der Tankzug bei der BÜ[REDACTED]-Vertretung abgestellt war. Nachdem in der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 1968 der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten versprochen hatte, nunmehr das Fahrzeug unverzüglich vorzuführen, reichte er dem Landgericht ein Schreiben des Beklagten vom 20. Juni 1968 ein, in dem der Beklagte erklärt, eine Vorführung des Fahrzeuges habe deshalb nicht erfolgen können, weil der Tankzug infolge dubioser Forderungen gegen die Spedition La[REDACTED] habe stillgelegt werden müssen und in Karlsruhe abgestellt sei. Es sprach also viel für die Annahme, daß mindestens seit April 1968 der Tankzug nicht mehr benutzt wurde. Wenn der Beklagte dann nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung durch Überreichung zweier Abmeldebescheinigungen der Stadtverwaltung Baden - Baden vom 25. Januar 1968 Urkundenbeweis für eine Stilllegung antrat, so wurde damit der Feststellung, der Tankzug werde nach wie vor benutzt, der Boden entzogen. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht das allem Anschein nach unrichtige "Nicht-in-Abredenehmen" des Prozeßbevollmächtigten nicht zur wesentlichen Grundlage der Entscheidung machen, sondern hätte die Verhandlung wieder eröffnen müssen. Ist aber davon auszugehen, daß der Tankzug am 25. Januar 1968 stillgelegt worden ist, so entfällt die Schlußfolgerung, der Beklagte habe den angefochtenen Kaufvertrag bestätigt.

f) Daraus, daß der Beklagte die Rückgabe des Tankzuges der Klägerin nicht angeboten hat, kann entgegen der Meinung der Revision nichts hergeleitet werden, weil die Klägerin die Anfechtung nicht anerkennt und den Lastzug nicht zurücknehmen will.

g) Auch daraus, daß der Beklagte für die Zeit der Benutzung keine Nutzungsentschädigung angeboten hat, ist zu seinen Lasten nichts zu folgern. Die Klägerin begehrt den Kaufpreis und nicht eine Nutzungsentschädigung. Außerdem könnten dem Beklagten, falls er arglistig getäuscht ist, Schadensersatzansprüche zustehen, die eine etwaige Nutzungsentschädigung übersteigen.

4. Das Berufungsgericht meint schließlich, Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung oder aus Verschulden bei Vertragsschluß, die den Beklagten berechtigen könnten, dem Zahlungsverlangen der Klägerin entgegenzutreten, seien aus den zuvor angestellten Erwägungen nicht gegeben. Dabei verweist es auf seine Ausführungen, daß der Beklagte über die Größe und das Fassungsvermögen und über die technische Ausgestaltung und Ausstattung der Kessel nicht geirrt habe, und auf die Ausführungen, daß die Klägerin nicht gehalten gewesen sei, den Beklagten auf wirtschaftliche und betriebstechnische Fragen hinzuweisen, weil sie darauf habe vertrauen können, der Beklagte sei imstande, die technischen Auswirkungen festzustellen, die sich aus der Gestaltung des Tankzuges ergäben, und die wirtschaftliche und verkehrssichere Verwendbarkeit des Tankzuges zu prüfen und zu

beurteilen. Das Berufungsgericht faßt seine Ansicht dahin zusammen, es seien keine Umstände vom Beklagten vorgetragen oder sonst ersichtlich, daß die Klägerin die ihr gegenüber dem Beklagten bei Abschluß und Durchführung der Verträge obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt habe.

Der Revision ist, wie schon erwähnt, darin beizutreten, daß gegen die Auffassung, der Beklagte hätte aus dem ihm bekannten Aufmaß des Tankzuges seine Unbrauchbarkeit für eine verkehrssichere Beförderung handelsüblicher Flüssigkeiten erkennen können, rechtliche Bedenken bestehen. Damit könnte auch dem Schluß des Berufungsgerichts, die Klägerin habe ohne Verschulden mit solchen auf wissenschaftlichem Gebiet liegenden Fähigkeiten des Beklagten rechnen können und habe sich nicht um den vom Beklagten beabsichtigten Verwendungszweck zu kümmern brauchen, der Boden entzogen sein. Verschulden der Klägerin allein genügt zur Begründung von Schadensersatzansprüchen wegen positiver Vertragsverletzung indessen nicht. Nach ständiger Rechtsprechung stehen einem Käufer Ansprüche aus schuldhafter Schlecht- oder Falschlieferrung neben den Gewährleistungsansprüchen nur insoweit zu, wie der Vermögensschaden nicht in dem Minderwert der Ware selbst besteht, sondern anderweit verursacht wird (Urteil des erkennenden Senats vom 8. März 1967 - VIII ZR 4/65 - LM BGB § 276 /K Nr. 37 = BGHWarn 1967 Nr. 63). Den Parteien bleibt es vorbehalten, falls es darauf ankommen sollte, in der neuen mündlichen Verhandlung hierzu Tatsachen vorzutragen. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Klägerin

etwa dem Beklagten aus einer Nebenverpflichtung heraus zu einer Beratung verpflichtet war.

III. Soweit die Revision auf die vom Beklagten geltend gemachte Stundungsabrede zurückkommt, bleibt sie ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum angenommen, die Berufungsbegründung des Beklagten lasse es insoweit an jeder Angabe fehlen, inwieweit das Urteil des Landgerichts angegriffen werden solle. Die bloße Angabe, daß das Vorbringen des ersten Rechtszuges wiederholt werde, genügt nach feststehender Rechtsprechung nicht.

IV. Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen. Es erschien angebracht, von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Dr. Hiddemann