

BUNDESGERICHTSHOF^{2100 088}

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 74/65

URTEIL

Verkündet am

27. April 1966
Klott, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Philipp G [REDACTED], Baumaschinen
in Ni [REDACTED], Br [REDACTED] Straße,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Bauunternehmen Rolf Fr [REDACTED], Inhaber
Bauunternehmer Rolf Fr [REDACTED], in Bad S [REDACTED],
Am Z [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 25. Januar 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 20. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte handelt mit Baumaschinen. Im Jahre 1961 bot sie einen gebrauchten Bagger, den sie von dem Unternehmer Albert B. in Bri. erworben hatte, dem Inhaber der Klägerin, einem Bauunternehmer, als F. Bagger Typ 301 Baujahr 1958 zum Kauf an. B. hatte den Bagger 1958 vom Herstellerwerk für 29 460 DM (einschließlich Zubehör) erworben und ihn später bei einer Neuschaffung an die Beklagte verkauft. Er hatte dabei dem Inhaber der Beklagten bekanntgegeben, daß die beiden GMC-Achsen, mit denen das Herstellerwerk die

Universal-Autobagger dieses Typs und Baujahrs ausgerüstet hatte, durch neue LKW-Achsen, Fabrikat Magirus, ersetzt worden waren.

Der Inhaber der Klägerin besichtigte den Bagger unter Hinzuziehung eines Bauingenieurs und kaufte ihn nach Verhandlungen mit dem Inhaber der Beklagten zum Preise von 18 000 DM zuzüglich 150 DM Überführungskosten. Die Beklagte bestätigte in ihrem Schreiben vom 7. Juni 1961 den ihr "erteilten Auftrag auf Lieferung von 1 Fuchsbagger gebraucht wie besichtigt" zu dem genannten Preise. Am 12. Juni 1961 unterzeichnete die Klägerin einen Bestellschein, der ebenfalls die Klausel "gebraucht wie besichtigt" enthält und im übrigen auf die auf der Rückseite des Bestellscheins abgedruckten Lieferungsbedingungen sowie die Bedingungen des Herstellerwerks verweist.

Auf den Kaufpreis leistete die Klägerin eine Anzahlung von 4 000 DM. Der Restbetrag wurde durch Wechsel finanziert, die eingelöst wurden, die beiden restlichen Wechsel im Laufe dieses Rechtsstreits.

Der Einsatz des Baggers führte zu wiederholten Reparaturen, deren Kosten sich auf 2 741 DM beliefen. Mit Schreiben vom 8. März 1962 focht die Klägerin den Kauf wegen arglistiger Täuschung an. Der Bagger habe seit seiner Inbetriebsetzung auf ihren Baustellen nur Störungen aufgewiesen und Schäden verursacht. Die dadurch eingeleitete Überprüfung des Geräts habe ganz eindeutig ergeben, daß ausschlaggebende und wichtige Bestandteile des Baggers älter als Jahrgang 1958 und ganz anderer Konstruktion seien, als es für einen Käufer eines wirklichen Fuchsbaggers unbedingt



und sicher zu erwarten gewesen sei. Mit dieser Begründung stellte die Klägerin das Gerät der Beklagten zur Verfügung. Sie forderte im ersten Rechtszuge Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 18 741 DM nebst Zinsen und hinsichtlich der beiden restlichen, damals noch nicht eingelöst, Wechsel in Höhe von 1 000 DM und 1 050 DM Befreiung von ihrer Verbindlichkeit gegenüber der Finanzierungsgesellschaft.

Die Klägerin macht geltend, der Bagger sei ihr als Original-F[REDACTED]bagger verkauft worden. Dabei habe die Beklagte verschwiegen, daß die Originalwerksausführung des Baggers verändert worden sei, obwohl unstreitig der Vorbesitzer B[REDACTED] die Beklagte auf diesen Umbau hingewiesen hatte. Die vordere und hintere Achse mit Antrieb und Felgen seien aus dem Unterwagen ausgebaut und durch den Einbau anderer LKW-Teile ersetzt worden. Der so veränderte Bagger sei besonders reparaturanfällig gewesen. Infolge der andersartigen Konstruktion der Magirus-Achsen werde der Kardanwellenantrieb über das zulässige Maß hinaus auf Winkelbeugung beansprucht. Dies sei die Hauptursache der wiederholt notwendig gewordenen Reparaturen. Da das Untergestell nicht zu dem Aufbau passe, sei der Bagger weggerutscht, sobald er auf fouchten Boden gekommen sei. Infolge der Reparaturanfälligkeit sei er bei ihr nur etwa 80 Stunden gelaufen. Hierfür bringt die Klägerin einen Stundensatz von 25 DM mit insgesamt 2 000 DM als Nutzungsausgleich der Beklagten gut. Mit der Klage forderte sie im Rahmen ihrer Abrechnung auch den Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von 2 741 DM. Hilfsweise

stützte die Klägerin ihre Ansprüche auch darauf, daß dem Bagger eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe, weil die Beklagte ihr den Bagger als Fuchsbagger Typ 301 Baujahr 1958 verkauft habe und die Klägerin deshalb darauf habe vertrauen dürfen, es handele sich um eine unveränderte Originalausführung.

Die Beklagte hat bestritten, die Klägerin arglistig getäuscht und ihr eine nicht vorhandene Eigenschaft des Baggers zugesichert zu haben. Durch den Umbau sei die Tragfähigkeit erhöht und damit der Bagger verbessert worden. Die von der Klägerin angeführten Reparaturen seien in erster Linie auf Bedienungsfehler und nicht auf Mängel des Baggers zurückzuführen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat dagegen die Beklagte zur Zahlung der mit dem geänderten Klagantrage geforderten 20 791 DM nebst Zinsen vorurteilt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe :

I. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Vorbesitzer des Auto-Baggers, der ihn von dem Herstellerwerk, der Firma Jos. F. KG Maschinenfabrik in D. bei St. erworben hatte, die

Originalwerksausführung des Baggers nach längerem Gebrauch verändern lassen, indem die vordere und hintere sog. GMC-Achse durch Achsen des Fabrikats Magirus ersetzt wurden. Bei dem Verkauf des Baggers an die Beklagte hatte der Vorbesitzer sie auf diesen Umbau hingewiesen. Das Berufungsgericht hält es ferner für unstreitig, daß der Inhaber der Beklagten diese Änderung - Ausrüstung des Baggers mit Magirus-Achsen - bei dem Verkauf des Baggers an die Klägerin verschwiegen habe. Er wäre zur Aufklärung verpflichtet gewesen. Die unterlassene Aufklärung habe bei dem Inhaber der Klägerin einen Irrtum hervorgerufen, und zwar dahin, daß der Bagger in den wesentlichen Teilen der Werksausführung entspreche. Auch wenn in der Angabe von Fabrikat und Typ des Baggers nicht bereits die Zusicherung der Originalausstattung zu sehen sei, so gehe doch der Käufer eines solchen Geräts, wenn nichts anderes gesagt werde, von dieser Vorstellung aus und wünsche das Gerät in der Originalausstattung. Die Firma F. [REDACTED] sei ein in Fachkreisen bekanntes Herstellerwerk für Baugeräte und Baumaschinen. Wer ein Fabrikat dieser Firma kaufe, setze voraus, daß er ein Industrieerzeugnis erhalte, dessen Konstruktion vom Hersteller auf die Bewältigung der dem Gerät zu stellenden Aufgaben abgestimmt und auch in den Einzelteilen so durchkonstruiert sei, daß diese sich in die Gesamtkonstruktion einfügen. Dabei sei es unerheblich, ob die von dem Herstellerwerk erarbeitete Lösung nach dem Urteil des Verkäufers immer in jeder Hinsicht die beste sei. Der nachträgliche Einbau fabrikatfremder Achsen in den Bagger stelle hier eine so wesentliche Veränderung dar, daß der Verkäufer sie dem Käufer nicht hätte verschweigen dürfen. Dazu führt das Berufungsgericht technische

Einzelheiten an. Es stellt weiterhin fest, daß die Täuschung für den Kaufentschluß der Klägerin mitbestimmend gewesen sei, und hält zusammenfassend die Anfechtung des Kaufvertrages nach § 123 BGB für gerechtfertigt.

Die Revision erhebt eine Reihe von Verfahrensrügen.

1. Sie wendet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Inhaber der Beklagten habe die Änderung der Ausrüstung des Baggers mit Magirus-Achsen bei dem Verkauf an die Klägerin vorschwiegen. Dies hätte, so meint die Revision, nicht als unstreitig angesehen werden dürfen. Denn die Beklagte habe zunächst vorgetragen, ihr Inhaber habe den Inhaber der Klägerin bei den Verkaufsverhandlungen nachdrücklich auf die Wertverbesserung des Baggers durch den Einbau hochwertiger Achsen hingewiesen. Dafür habe die Beklagte zwar keinen Beweis angeboten, sondern auf Anfrage des Landgerichts, ob sie diese Behauptung aufrechterhalte und gegebenenfalls hierfür Beweis erbringen wolle, mit Schriftsatz vom 11. Juli 1963 erwidert, der Inhaber der Beklagten könne sich zwar nicht mit Sicherheit an einen solchen Hinweis erinnern, glaube aber den Umständen nach annehmen zu können, daß er dem Inhaber der Klägerin gegenüber den Einbau besserer Achsen erwähnt habe. Dazu habe nämlich auch deshalb Veranlassung bestanden, weil auch der Vorbesitzer B. die Beklagte beim Einbau des gebrauchten Baggers aus Anlass einer Neuanschaffung auf diesen günstigen Umstand hingewiesen habe.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Revision mit diesen Hinweisen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Inhaber der Beklagten habe den Umbau des Baggers verschwiegen, erschüttern kann. Darauf kommt es in diesem Rechtszuge deshalb nicht an, weil die Revision mit Recht geltend macht, das Berufungsgericht habe den schweren Vorwurf arglistigen Verhaltens mit Erwägungen begründet, die nicht ausreichend durch festgestellte Tatsachen gestützt seien.

2. Insoweit wendet sich die Revision mit Recht gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen dieses zu der Annahme gelangt ist, der Inhaber der Beklagten habe den nachträglichen Einbau der fabrikatfremden Achsen bewußt verschwiegen und dadurch den Inhaber der Klägerin arglistig getäuscht.

Das Berufungsgericht läßt in diesem Zusammenhang dahingestellt, ob der Einbau der Achsen im vorliegenden Fall eine Wertverbesserung darstellt. Es führt aus, der Inhaber der Beklagten habe keinen entschuldigenden Grund dafür angegeben, weshalb er die Weitergabe des Hinweises des Vorbesitzers auf den erfolgten Umbau unterlassen habe. Dies sei dem Beklagten auch nicht möglich. Als erfahrener Kaufmann habe er damit gerechnet, daß der Käufer ängstlich werden und Bedenken gegen den Kauf angesichts des verhältnismäßig hohen Preises (fast $\frac{2}{3}$ des Neupreises) anmelden würde. Denn dies sei die Reaktion des durchschnittlichen Käufers, wenn er von solchen ungewöhnlichen Eigenheiten der gebrauchten Maschine hört. Der Inhaber der Beklagten habe geschwiegen, um diese Folge zu vermeiden, und damit den durch sein Schweigen hervorgerufenen Irrtum seines Vertragspartners ausge-

nutzt. Ein solcher zumindest bedingter Vorsatz reiche in subjektiver Hinsicht für die Annahme einer arglistigen Täuschung aus.

Das Berufungsgericht durfte in diesem Zusammenhang nicht offen lassen, ob der Einbau der Achsen im vorliegenden Fall eine Wortverbesserung darstellt. Denn dies kann auch für die Frage von Bedeutung sein, ob der Inhaber der Beklagten sich dessen bewußt war, daß er diesen Umstand nicht bei den Kaufverhandlungen unerwähnt lassen dürfe. Wenn das Berufungsgericht ihm zur Last legt, er habe keinen entschuldigenden Grund dafür angegeben, weshalb er die Weitergabe des Hinweises unterlassen habe, so läßt es hierbei zu Unrecht außer Betracht, daß die Beklagte im ersten Rechtszuge vortragen ließ, ihr Inhaber glaube, den Umständen nach annehmen zu können, daß er bei den Kaufverhandlungen mit dem Inhaber der Klägerin den Einbau besserer Achsen erwähnt habe. Bei einer solchen Sachlage kann nicht zum Nachteil der Beklagten gewertet werden, ihr Inhaber habe keinen entschuldigenden Grund für die Unterlassung des Hinweises angegeben. Auch die Erwägung des Berufungsgerichts, der Inhaber der Beklagten habe als erfahrener Kaufmann damit gerechnet, der Inhaber der Klägerin könnte Bedenken haben, den Kauf abzuschließen, ist nicht ausreichend begründet. Auch insoweit kann für den subjektiven Tatbestand von Bedeutung sein, inwieweit der Umbau für die Verwertbarkeit des Baggers erheblich war. Wenn das Berufungsgericht weiter ausführt, der Inhaber der Beklagten habe keine Erfahrungen mit dem eingebauten Bagger gemacht und die angebliche Wertsteigerung nicht einmal als Empfehlung bei seinen Kaufverhand-

lungen benutzt, also offensichtlich selbst nichts von diesem Argument gehalten, so ist auch diese Erwägung rechtlich nicht bedenkenfrei. Denn sie wäre jedenfalls dann nicht ohne weiteres gerechtfertigt, wenn der Umbau wirklich eine Wertverbesserung des Baggers darstellte. Es hätte zudem einer näheren Begründung für die Annahme des Berufungsgerichts bedurft, daß der Inhaber der Beklagten diesen Umstand selbst keine Bedeutung beigelegt habe. Da die Beklagte mit Baumaschinen handelt, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß ihr Inhaber in dem Umbau keine Wertverbesserung gesehen habe, als er die Kaufverhandlungen mit dem Inhaber der Beklagten führte.

Der Revision ist somit darin beizutreten, daß das Berufungsgericht die Annahme, der Inhaber der Beklagten habe den Umbau bewußt verschwiegen und damit arglistig gehandelt, nicht einwandfrei begründet hat. Deshalb muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Es bedarf auch keines Eingehens auf die weiteren Verfahrensrügen der Revision zur Frage der Arglist, und zu der Frage, ob das angebliche Verschweigen des Achsenaustausches für den Kaufabschluß ursächlich war. Der Beklagten kann es überlassen bleiben, ihre weiteren Bedenken gegen das Berufungsurteil in dem erneuten Berufungsverfahren vorzutragen und ihr tatsächliches Vorbringen zu ergänzen.

II. Da die Revision in Abrede gestellt hat, daß der Inhaber der Beklagten den Umbau verschwiegen habe,

und diese Frage möglicherweise in dem weiteren Berufungsverfahren erneut zu prüfen sein wird, wird gegebenenfalls rechtlich zu diesem Punkt folgendes zu beachten sein.

Das Landgericht hat angenommen, die Beklagte treffe die Beweislast dafür, daß sie den Inhaber der Klägerin bei den Kaufverhandlungen auf den Umbau hingewiesen habe. Dabei ist folgendes übersehen: Wer die Behauptung aufstellt, durch arglistiges Verschweigen getäuscht worden zu sein, hat gegenüber der Behauptung des anderen Teils, daß er bei einer bestimmten Gelegenheit die angeblich verschwiegene Tatsache offenbart habe, grundsätzlich nachzuweisen, daß das nicht geschehen sei. An den Beweis dieser negativen Tatsache dürfen allerdings keine über-
spannten Anforderungen gestellt werden. Deshalb kann der Beweis, wie das Reichsgericht in seiner Entscheidung JW 1918, 814 ausführt, prima facie als erbracht erachtet werden; wenn Umstände dargetan werden, welche eine Vermutung dafür begründen, daß die Offenbarungspflicht nicht erfüllt worden sei.

III. Der Senat hielt es für angebracht, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zu verweisen.

Die Fntscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Rechtsstreits ab und ist daher dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhear

Artl

Dr. Messner

Mormann