

Verkündet am 2. Dezember 1964
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2235 083

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

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED], Baugesellschaft mit beschränkter Haftung
in B [REDACTED]-D [REDACTED], Hun [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre
Geschäftsführerin Frau Elisabeth K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Karl M [REDACTED] als Inhaber der Firma Fritz M [REDACTED]
in B [REDACTED]-T [REDACTED], Te [REDACTED] Da [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 25. November 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 25. Januar 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte, der ein Fuhrunternehmen und Vermietung von Großgeräten für Ausschachtungen betreibt, wollte Anfang 1959 einen Raupenschlepper mit Frontlader verkaufen, den er im April 1958 von der Kl[REDACTED]-Hu[REDACTED]-De[REDACTED] AG in K[REDACTED] in gebrauchtem Zustand zum Preise von 39 000 DM erworben und dann in seinem Betrieb eingesetzt hatte. Er wandte sich deshalb an den Fahrzeughändler He[REDACTED] und gab ihm den Schlepper an die Hand. Anfang Februar 1959 interessierte He[REDACTED] die Klägerin, die ein Baugeschäft betreibt, für das Fahrzeug. Sie ließ es durch ihre Angestellten Holborn und Ka[REDACTED] auf einer Baustelle besichtigen. Am 6. Februar 1959 unterzeichnete die Klägerin einen Kaufantrag, der von He[REDACTED] ausgefüllt und an den Beklagten als Verkäufer adressiert war. Nach dem Inhalt dieses Schriftstückes "kaufte" die Klägerin das Fahrzeug "gebraucht"; wie besichtigt, und unter Ausschluß jeder Gewährleistung" sowie auf Grund der beigegebenen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern zum Preise von 29 000 DM zuzüglich 100 DM für Taxkosten. Die Zahlung des Kaufpreises sollte durch das in dem Kaufantrag bezeichnete Finanzierungsinstitut an den Verkäufer in bar erfolgen. Nebenabreden und etwaige Zusicherungen des Verkäufers sollten zu ihrer Gültigkeit seiner schriftlichen Bestätigung bedürfen. He[REDACTED] brachte den Kaufantrag dem Beklagten. Mit Einverständnis des Beklagten strich seine Ehefrau den Namen und die Anschrift des Beklagten als Adressaten des Kaufangebots durch und gab das Schriftstück an He[REDACTED] zurück. Dieser brachte es zur Klägerin. In der Schätzungsurkunde Nr. 598/59 vom 6. Februar 1959, die auf Veranlassung der Finanzierungsgesellschaft erstellt wurde, sind der Wert des Fahrzeugs auf 29 750 DM und die Betriebsstunden (nach dem elektrischen Betriebsstundenzähler) auf 1276

- 3 -

angegeben, die Gesamtbetriebsstunden jedoch auf 2 500 geschätzt. Diese Schätzung war allerdings, wie sich später herausstellte, zu gering. Der Schlepper war vor dem Erwerb durch den Beklagten schon rd. 1 500 Stunden eingesetzt worden. Das konnte anhand eines unter der Motorhaube angebrachten mechanischen Betriebsstundenzählers festgestellt werden.

Der Beklagte schied am 7. Februar 1959 an Hermsdorf:

"Ich verkaufe an Sie für Ihren Auftraggeber, die H[REDACTED]-Bau-Ges.m.b.H. (Klägerin) meinen Hu[REDACTED]-De[REDACTED]-Raupenschlepper ..., wie von Ihnen besichtigt, also wie das Gerät geht und steht (Schätzungsurkunde Nr. 598/59 liegt vor) zum Nettoverkaufspreis von DM 27 000,00.

Die Auslieferung des Raupenschleppers, wie vor, erfolgt an Sie nach Barzahlung des nebenstehenden Nettoverkaufspreises sofort."

Die Finanzierungsgesellschaft, die die Schätzung des Fahrzeugs veranlaßt hatte, erhielt die Schätzung vom 6. Februar 1959 und von He[REDACTED] das Schreiben des Beklagten vom 7. Februar 1959, das im Rechtsstreit auch als Rechnung bezeichnet wird. Darauf übergab sie He[REDACTED] für Rechnung der Klägerin 2 Schecks über 27 000 DM und 2 000 DM, in denen der Beklagte als Zahlungsempfänger bezeichnet war. Den Scheck über 27 000 DM händigte He[REDACTED] dem Beklagten aus, der die Schecksumme einzog. Der Raupenschlepper wurde auf Veranlassung He[REDACTED] am 11. Februar 1959 bei der Klägerin abgeliefert. Diese will den von He[REDACTED] an sie zurückgegebenen Kaufantrag einige Tage nach Abschluß der "Verhandlungen" erhalten und dann abgelegt haben, ohne daß die Streichung des Beklagten als Adressat des Kaufangebots bemerkt worden sei. Der Schlepper wurde bei der Klägerin weiter benutzt und erforderte hohe Reparaturen. Mit Schreiben des beauftragten Rechtsanwalts vom 26. Juli 1960 focht die Klägerin den Kaufvertrag gegenüber dem Beklagten wegen arglistiger



Täuschung an. Ihr seien falsche Zusicherungen über die Betriebsstunden und die Verwendung des Raupenschleppers vor dem Erwerb durch den Beklagten gemacht worden. Er habe behauptet, die Raupe im Juli 1958 mit 632 Betriebsstunden übernommen zu haben. Tatsächlich habe er sie im April 1958 mit einem Stundenstand "0" auf dem elektrischen Zähler übernommen, worauf sie bis Juli 1958 632 Stunden im Betrieb des Beklagten gearbeitet habe. Auch die Behauptung, die Raupe sei ein Ausstellungs- und Vorführgerät gewesen, sei unwahr. Ihr Erwerbspreis habe nicht 55 910 DM, sondern 39 000 DM betragen. Unter Übersendung dieser Anfechtungserklärung focht die Klägerin am selben Tage den Kaufvertrag vorsorglich auch gegenüber He [REDACTED] an.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe He [REDACTED] beauftragt, den Raupenschlepper an sie zu verkaufen. He [REDACTED] habe bei den Kaufverhandlungen unrichtige Angaben im Sinne des Anfechtungsschreibens gemacht, die auf entsprechende Angaben des Beklagten zurückzuführen seien. Sie habe einen Raupenschlepper kaufen wollen, der nicht mit wesentlich mehr als 1 200 Betriebsstunden eingesetzt worden sei. He [REDACTED] habe bei den Kaufverhandlungen der Geschäftsführerin der Klägerin und ihren beauftragten Angestellten Ho [REDACTED] und Ka [REDACTED] erklärt, der Beklagte habe die Raupe mit seinem Betriebsstand von etwa 600 Stunden gekauft und sie sei dann etwa weitere 650 Stunden in seinem Betriebe gelaufen. Hiervon seien Ho [REDACTED] und Ka [REDACTED] bei einer Besprechung auf der Baustelle, an der auch der Beklagte teilgenommen habe, ausgegangen. Wenn dieser sich von der Darstellung He [REDACTED] hätte distanzieren wollen, so hätte er bei dieser Unterhaltung, die sich mit den für die Klägerin wesentlichen Faktoren für den Erwerb des Geräts und insbesondere mit der Betriebsstundenzahl befaßt habe, hinreichend Gelegenheit gehabt.

Mit dem im zweiten Rechtszug auf Leistung Zug um Zug gegen Rückgabe des Schleppers ergänzten Klageantrag verlangt die Klägerin Rückzahlung des Kaufpreises von 29 000 DM und Teilbeträge des ihr entstandenen Schadens mit 9 083,20 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat bestritten, He [REDACTED] zum Verkauf des Fahrzeugs beauftragt zu haben. Er hat in Abrede gestellt, unrichtige Angaben über das Fahrzeug gemacht oder eine Aufklärungspflicht verletzt zu haben. Die aufgetretenen Mängel seien auf unsachgemäße Benutzung und Behandlung der Raupe bei der Klägerin zurückzuführen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß ein Kaufvertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen ist. Es führt dazu aus: Die Klägerin habe zwar ein Kaufangebot an den Beklagten gerichtet. Der Beklagte habe jedoch die Annahme dieses Angebotes abgelehnt. Das sei sinnfällig in dem Ausstreichen der Verkäuferangabe in dem "Antragsformular" und der Rückgabe des abgeänderten "Angebots" an den Zeugen He [REDACTED] zum Ausdruck gekommen. Einer weiteren Erklärung des Beklagten habe es nicht bedurft, zumal er damit habe rechnen dürfen, daß die Klägerin durch He [REDACTED] von der Änderung, die in dessen Beisein vorgenommen worden sei, verständigt werde. Wenn die Klägerin von der Änderung keine

Kenntnis genommen habe, so trage sie allein die Verantwortung für ihre irrice Annahme, es sei ein Kaufvertrag zwischen ihr und dem Beklagten zustande gekommen.

Daß der Beklagte nur an He [REDACTED] habe verkaufen wollen, ergebe sich auch daraus, daß er diesem eine Rechnung vom 7. Februar 1959 über einen Kaufpreis von 27 000 DM erteilt habe. Da He [REDACTED] dieser Rechnung, in der ein Verkauf an ihn ausdrücklich bestätigt worden sei, nicht widersprochen habe, liege die Annahme nahe, daß auch He [REDACTED] von einem Kaufvertrag zwischen ihm und dem Beklagten ausgegangen sei und daß er den Beklagten gegenüber der Klägerin nur deshalb als Verkäufer vorzuschieben versucht habe, weil er die Umsatzsteuer habe ersparen wollen. Das werde im wesentlichen auch durch die Zeugenaussage He [REDACTED] bestätigt, der Beklagte habe ihm dem Sinne nach erklärt, er wolle seine 27 000 DM und im übrigen mit dem Verkauf nichts zu tun haben. Ferner habe der Zeuge zugegeben, daß er keine besonderen Anweisungen über die Art des Verkaufes erhalten habe. Das alles spreche dafür, daß tatsächlich He [REDACTED] der Käufer des Schleppers gewesen sei und ihn auch im eigenen Namen an die Klägerin weiterverkauft habe, ohne dies ihr gegenüber verlauten zu lassen. Die Klägerin habe zwar, da He [REDACTED] sie pflichtwidrig auf die Änderung des Formulars nicht hingewiesen habe, bei dieser Sachlage glauben können, sie habe den Schlepper vom Beklagten gekauft. Da diesem jedoch offensichtlich der Annahmewille gefehlt habe, sei ein Kaufvertrag zwischen den Parteien in Wirklichkeit nicht zustande gekommen.

2. Die Revision rügt demgegenüber, das Berufungsgericht habe § 116 BGB verletzt, wonach eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig sei, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehalte, das Erklärte nicht zu wollen. Der innere Wille des

Beklagten sei belanglos, weil er keinen der Klägerin erkennbaren Ausdruck gefunden habe. He [REDACTED], den der Beklagte un-
streitig als Vermittler beauftragt und der die Raupe des Be-
klagten der Klägerin als Vermittler angeboten habe, habe
nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin
darüber, daß er sich als Zwischenkäufer eingeschaltet habe,
nicht unterrichtet. Nach außenhin und für die Klägerin er-
kennbar sei das Geschäft völlig so abgewickelt worden, wie
es das ausgefüllte Kaufantrags-Formular zunächst vorgesehen
habe. Der Beklagte sei Verkäufer, die Klägerin Käuferin.
Hätte der Beklagte hieran etwas ändern wollen, so hätte er
seinen Willen der Klägerin gegenüber zum Ausdruck bringen
und ihr Einverständnis einholen müssen. Da dies nicht ge-
schehen sei, habe sich an dem mündlich und in den Augen der
Klägerin auch schriftlich vereinbarten Vertragsverhältnis
nichts geändert.

3. Entgegen der Ansicht der Revision halten die Aus-
führungen des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung
stand.

Soweit die Revision von einem "mündlich vereinbarten
Vertragsverhältnis" der Parteien ausgeht, unterstellt sie
in unzulässiger Weise einen Sachverhalt, den das Berufungs-
gericht nicht festgestellt hat. Fest steht danach nur, daß
die Klägerin dem Beklagten einen schriftlichen Antrag zum
Abschluß eines Kaufvertrages durch He [REDACTED] hat übermitteln
lassen, und es kommt daher allein darauf an, ob der Beklagte
den Vertragsantrag der Klägerin angenommen hat. Diese Frage
hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint. Der Hin-
weis der Revision auf § 116 BGB geht fehl. Diese Vorschrift
würde überhaupt nur dann in Betracht zu ziehen, wenn der Be-
klagte ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hätte, daß
er den Vertragsantrag der Klägerin annehme. Daß der Beklagte

ausdrücklich die Annahme erklärt habe, hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Es stehen aber auch keine Umstände fest, denen eine stillschweigende Annahmeerklärung zu entnehmen wäre. Im Gegenteil brachte der Beklagte, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, seinen Willen, den Vertragsschluß abzulehnen, unmißverständlich zum Ausdruck, indem er seine Benennung als Adressat austreichen ließ. Die hierin liegende Ablehnungserklärung ging der Klägerin auch zu, weil das geänderte Formular wieder in ihren Machtbereich gelangte und sie somit in der Lage war, von der Erklärung des Beklagten Kenntnis zu nehmen. Ob anders zu entscheiden wäre, wenn der Beklagte He[REDACTED] mit seiner Vertretung beauftragt hätte, kann dahinstehen. Denn He[REDACTED] war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bevollmächtigt, im Namen des Beklagten einen Kaufvertrag mit der Klägerin zu schließen. Das Berufungsgericht geht auch davon aus, daß der Beklagte He[REDACTED] nicht beauftragt hatte, einen Kaufvertrag zwischen den Parteien zu vermitteln. Zu dieser Würdigung durfte es auch gelangen; denn es war, entgegen der Darstellung der Revision, in den Tatsacheninstanzen nicht unstreitig, daß der Beklagte He[REDACTED] mit der Rolle eines Vermittlers betraut hatte.

II. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es stellt fest, He[REDACTED] habe mit der Aushändigung des von der Finanzierungsgesellschaft Carl Di[REDACTED] KG über 27 000 DM ausgestellten Schecks an den Beklagten nicht eine nur in den Augen der Klägerin bestehende, sondern seine eigene Kaufpreisschuld gegenüber dem Beklagten erfüllen wollen. Der Beklagte habe die Leistung He[REDACTED] nicht anders ansehen können, weil er keinesfalls der Meinung habe sein können, daß die Zahlung aus dem Vermögen der Klägerin stamme.

Es fehlt deshalb nach Auffassung des Berufungsgerichts an der in § 812 BGB vorausgesetzten Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung zwischen den Parteien. Die Revision ist der Auffassung, He [REDACTED] habe dem Beklagten den Scheck nur als Bote der Finanzierungsgesellschaft überbracht, er habe den Scheck seinem Vermögen weder einverleiben wollen, noch habe er dies ohne Zustimmung der Klägerin tun dürfen.

Wenn die Revision sich damit gegen die Feststellung des Berufungsgerichts wenden will, He [REDACTED] habe mit der Übergabe des Schecks an den Beklagten seine eigene Schuld erfüllen wollen, so ist das unzulässig. Denn es handelt sich dabei um eine mögliche tatrichterliche Würdigung, gegen die von der Revision keine erheblichen Verfahrensrügen erhoben worden sind.

Unter den festgestellten Umständen kommt ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus § 812 BGB nicht in Betracht. He [REDACTED] hat danach als Käufer an den Beklagten als seinen Verkäufer geleistet. Der Beklagte wurde berechtigter Inhaber des Schecks mit der Folge, daß seine Kaufpreisforderung mit der Einlösung des Schecks erlosch. Er hat daher den Scheck und somit auch die Schecksumme nicht ohne Rechtsgrund erlangt. Das gilt auch dann, wenn He [REDACTED] nicht befugt war, den Scheck zur Bezahlung seiner eigenen Kaufpreisschuld zu verwenden, etwa weil er, wie die Revision geltend macht, bei der Aushändigung des Schecks an den Beklagten nur Botendienste zu leisten hatte. Zwar wäre in diesem Falle der Scheck im Sinne des Art. 21 ScheckG "irgendwie abhanden gekommen". Indessen hätte der Beklagte auch dann die Berechtigung aus dem Scheck erlangt; denn es müßte dann angenommen werden, daß er ihn weder in bösem Glauben, also in Kenntnis der mangelnden Berechtigung He [REDACTED], noch grob fahrlässig erworben hat (Art. 21 ScheckG). Die Revision hat selbst keine Umstände

aufgezeigt, aus denen etwas anderes zu entnehmen wäre. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte keinen Anlaß, anzunehmen, daß mit dem Scheck eine Schuld getilgt werden sollte, die zwar in den Augen der Klägerin, nicht aber vom Standpunkt des Beklagten aus und auch tatsächlich nicht bestand. Er konnte daher nur der Auffassung sein, daß He [REDACTED] den Scheck als Zahlung auf eine eigene Forderung erhalten hatte. Dem steht nicht entgegen, daß der Scheck auf den Beklagten als Empfänger ausgestellt war; denn der Beklagte konnte annehmen, daß dies deshalb geschehen war, weil der Aussteller von vorneherein damit gerechnet hatte, daß der Scheck von He [REDACTED] zur Begleichung seiner eigenen Kaufpreisschuld gegenüber dem Beklagten an diesen weiterleiten werde. Da somit der Zahlungsvorgang zwischen He [REDACTED] und dem Beklagten aus dessen Sicht nichts Ungewöhnliches in sich barg und auch keine besonderen Gründe in der Person He [REDACTED] ihm einen Anlaß zu einem Verdacht und für weitere Nachforschungen geben konnten, besteht kein Anhalt für die Annahme, der Beklagte habe beim Erwerb des Schecks grob fahrlässig gehandelt (vgl. BGHZ 5, 285, 290). Allerdings setzt hier die Anwendung des Art. 21 ScheckG voraus, daß es sich um einen Inhaberscheck handelte. Davon ist jedoch mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen. Denn in Deutschland kommen Orderschecks, bei denen der gutgläubige Erwerb nur an ein Indossament auf den Verfügenden anknüpfen kann, praktisch nicht vor, weil die Banken nur Scheckformulare ausgeben und nur Schecks einlösen, die den "Überbringer"-Zusatz (die sogenannte "Alternativklausel") enthalten und die daher nach Art. 5 Abs. 2 ScheckG als Inhaberschecks gelten (vgl. dazu Baumbach/Hefermehl, Wechsel- und Scheckgesetz 3. Aufl. Einleitung Scheckgesetz Anm. 5 S. 329; Bedingungen für den Scheckverkehr Nr. 8, abgedruckt aaO S. 425; Sellien, Wechsel- und Scheckrecht 1960 S. 103; Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht 1955 S. 392).

War He [REDACTED] nicht befugt, den Scheck als eigenes Zahlungsmittel zu benutzen, so hat allerdings die Klägerin (oder die Finanzierungsgesellschaft) infolge der Verfügung He [REDACTED] das Recht am Scheck im selben Augenblick verloren, in dem der Beklagte es erwarb. Das allein begründet jedoch keine Bereicherungsschuld des Beklagten. Dabei ist es gleichgültig, ob man Fälle der vorliegenden Art unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Bereicherung durch eine Leistung (sogenannte "Leistungskondiktion") oder der Bereicherung "in sonstiger Weise" (vielfach als "Eingriffskondiktion" bezeichnet) betrachtet. Unterstellt man sie mit der neueren Lehre den Regeln der Leistungskondiktion, so scheidet ein Bereicherungsanspruch der Klägerin deshalb aus, weil der Beklagte die Scheckzahlung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur als eine Leistung He [REDACTED] und nicht als eine Leistung aus dem Vermögen der Klägerin ansehen konnte (vgl. dazu BGHZ 40, 272, 276 ff; BGH Urt. v. 20. Januar 1964 - VII ZR 108/62 - WM 1964, 320). Wendet man dagegen die Grundsätze der "Eingriffskondiktion" an, so ist ein Anspruch aus § 812 BGB deshalb zu verneinen, weil es, entsprechend der Auffassung des Berufungsgerichts, an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung im Verhältnis der Parteien fehlt (vgl. BGHZ 36, 30, 31 f; 40, 277).

Auch aus § 816 Abs. 1 BGB, der den Ausgleich eines Rechtsverlustes infolge wirksamer Verfügung eines Nichtberechtigten regelt, läßt sich ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten nicht herleiten. Eine Bereicherungsschuld des Leistungsempfängers besteht danach nur, wenn er eine unentgeltliche Zuwendung erlangt hat (aaO Satz 2). Daran fehlt es hier, weil He [REDACTED], wie ausgeführt wurde, infolge der Scheckhingabe seiner Kaufpreisschuld ledig geworden ist. Das Entgelt liegt hier in der schuldbefreienden Wirkung der unberechtigten Verfügung (vgl. RGZ 50, 134, 137; 62, 38, 45).

III. Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob He [REDACTED] die Klägerin arglistig getäuscht habe. Ferner sei das Berufungsgericht zu Unrecht der Auffassung, der Beklagte sei, wenn er die Unrichtigkeit der Meinungen der Zeugen Ho [REDACTED] und Ka [REDACTED] erkannt haben sollte, nicht zur Aufklärung verpflichtet gewesen, weil er nicht Verkäufer des Gerätes an die Klägerin gewesen sei. Selbst wenn er das Gerät nicht an die Klägerin, sondern an He [REDACTED] verkauft habe, so handele es sich doch um Angaben, deren Unrichtigkeit er genau gekannt habe. Er habe Kaufinteressenten, die He [REDACTED] ihm zuführte, nicht im Irrtum belassen, sondern die Klägerin und ihre Beauftragten Ka [REDACTED] und Ho [REDACTED] aufklären müssen.

Auf eine arglistige Täuschung durch He [REDACTED] kann es nur ankommen, wenn und insoweit der Beklagte sie veranlaßt hat, oder wenn er ihr pflichtwidrig nicht durch Aufklärung entgegengetreten ist.

a. Das Berufungsgericht würdigt die Beweisaufnahme dahin, wenn He [REDACTED] der Klägerin gegenüber von einem vom Beklagten an die Kl [REDACTED]-Werke gezahlten Preis von 55 000 DM gesprochen haben sollte, so wäre der Beklagte hierfür nicht verantwortlich, denn nach der eidlichen Aussage He [REDACTED] habe der Beklagte ihm gegenüber einen Neupreis des Geräts mit ca. 55 000 DM genannt.

b. Das Landgericht hatte verneint, daß die Klägerin durch die angebliche Angabe He [REDACTED], die Raupe sei bei Kl [REDACTED]-Hu [REDACTED]-De [REDACTED] als Ausstellungsstück zu Vorführzwecken verwendet worden, zum Kauf bestimmt worden sei. Darauf sei es der Klägerin nicht angekommen, sondern nach ihren anfänglichen Erklärungen nur darauf, daß das Gerät nicht mehr als 1 200 Betriebsstunden hinter sich habe. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren diese Feststellung des Landgerichts nicht

angegriffen. Dem Berufungsgericht ist schon deshalb nicht vorzuwerfen, daß es in seinem Urteil auf diesen Punkt nicht eingegangen ist.

c. Im Rahmen der Rüge der Revision kann nur noch von Bedeutung sein, ob die Klägerin unmittelbar oder mittelbar durch den Beklagten über die bisherige Beanspruchung der Raupe, nach Betriebsstunden gerechnet, getäuscht worden ist.

Zu diesem Punkt hatte das Landgericht die Beweisaufnahme dahin gewürdigt, bei einem Gespräch mit He [REDACTED] und dem Beklagten sei über die Betriebsstundenzahl in dem Sinne gesprochen worden, daß das angeblich im Juli 1958 erworbene Gerät bei den Kl [REDACTED]-Werken bereits 600 Stunden im Einsatz gewesen sei und bei der Beklagten ebenfalls weitere 600 Stunden hinter sich gebracht habe. Es wäre daher nach den Ausführungen des Landgerichts Sache des Beklagten gewesen, die Zeugen Ho [REDACTED] und Ka [REDACTED] darauf hinzuweisen, daß er das gebrauchte Gerät im April 1958 erworben habe, und zwar mit einem auf seinen Wunsch eingebauten auf "0" gestellten Betriebsstundenzähler. Dann hätten die Zeugen ohne weiteres erkennen können, daß das altgekaufte Gerät, dessen Elektrozähler den Stand von 1276 anzeigte, weit mehr als diese Betriebsstundenzahl im Einsatz gewesen sein mußte. Daß der Beklagte die Zeugen in diesem Irrtum belassen habe, sei eine arglistige Täuschung. Das Berufungsgericht würdigt die Beweisaufnahme anders. Danach könne aus den Aussagen der Zeugen Ka [REDACTED] und Ho [REDACTED] nicht mit Sicherheit auf unrichtige Angaben durch den Beklagten geschlossen werden. Insoweit seien im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts Widersprüche in den Aussagen der Zeugen von Bedeutung. Während Ho [REDACTED] bekundet habe, dem Beklagten sei am Tage der Besichtigung - Anfang Februar 1959 - erklärt worden, daß die Klägerin keinen gebrauchten Raupenschlepper mit einer höheren Betriebsstundenzahl als 1 200 haben wolle, habe Ka [REDACTED] eine derartige Erklärung in Abrede gestellt, worin

ihm umso eher zu folgen sei, als eine derartige Bekundung für ihn (gemeint ist offenbar: die Klägerin) ungünstiger sei. Das Oberlandesgericht hält nicht für bewiesen, daß dem Beklagten bei dem Gespräch erklärt worden sei, die Klägerin lege Wert darauf, daß der Raupenschlepper nicht mehr als 1 200 Betriebsstunden eingesetzt gewesen sei.

Wie den Entscheidungsgründen zu entnehmen ist, sieht das Berufungsgericht auch nicht als bewiesen an, daß der Beklagte bei dem Gespräch erklärt habe, er habe den Raupenschlepper im Juli 1958 und nicht schon früher erworben und die Gesamtleistung des Schleppers betrage 1 275 Stunden. Soweit die beiden Zeugen übereinstimmend bekundet haben, der Beklagte habe die bei der Übernahme des Geräts von den Kl-~~Werken~~ bereits abgeleisteten Betriebsstunden mit 600 angegeben, unterstellt das Berufungsgericht, daß der Beklagte diese Angabe gemacht habe. Es hält jedoch nicht für widerlegt, daß er insoweit in gutem Glauben gehandelt habe. Deshalb stellt sich unter Berücksichtigung dieser Beweiswürdigung noch die Frage, ob der Beklagte etwa den Eindruck erweckt oder unterstützt hat, die vom elektrischen Zähler ausgewiesenen Betriebsstunden enthielten auch die Beanspruchung des Geräts vor dem Erwerb des Fahrzeugs durch ihn. In diesem Punkt ist die Begründung des Berufungsurteils nicht einwandfrei.

Das Berufungsgericht hält allerdings nicht für bewiesen, daß der Beklagte bei der Besichtigung des Gerätes davon gesprochen habe, es sei bei ihm weitere 600 Stunden in Gebrauch gewesen. Danach sieht das Berufungsgericht nicht für bewiesen an, daß der Beklagte durch eine entsprechende Erklärung den Eindruck erweckt habe, die durch den elektrischen Zähler ausgewiesenen Betriebsstunden bezögen sich auf die Gesamtbeanspruchung des Geräts. Das Berufungsgericht führt

aber aus, das Landgericht habe eine Täuschung der Klägerin nur daraus herleiten wollen, daß der Beklagte den ihm bekanntgegebenen Meinungen über die technischen Daten des Schleppers nicht widersprochen und die Zeugen nicht über den wahren Sachverhalt unterrichtet habe. Selbst wenn er die "Unrichtigkeit der Meinungen" der Zeugen Ho[REDACTED] und Ka[REDACTED] erkannt haben sollte, so hätte eine Rechtspflicht zum Reden nicht bestanden. Er sei davon ausgegangen, nicht Verkäufer des Geräts zu sein und habe daher an sich auch keinen Anlaß gehabt, sich in die Verkaufsverhandlungen zwischen He[REDACTED] und dessen Kunden einzumischen. Etwaige Angaben seien von ihm allenfalls beiläufig, nicht aber im Rahmen von Vertragsverhandlungen gemacht worden. Jedenfalls habe der Senat auf Grund des gesamten Sachverhalts nicht zu der Überzeugung gelangen können, daß der Beklagte den Zeugen Ka[REDACTED] und Ho[REDACTED] gegenüber bewußt unrichtige Angaben gemacht habe, die die Klägerin dazu veranlaßt hätten, den Raupenschlepper zu übernehmen. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtlich nicht bedenkenfrei und es ist nicht ausgeschlossen, daß die Entscheidung im Ergebnis durch einen Rechtsirrtum beeinflusst worden ist. Wenn das Berufungsgericht unterstellt, der Beklagte habe unrichtige Vorstellungen der beiden Zeugen über die technischen Daten des Schleppers erkannt, so umfaßt diese Unterstellung nach Lage der Sache auch, der Beklagte habe erkannt, daß sie die auf dem elektrischen Zähler ausgewiesene und angeblich erörterte Stundenzahl als bisherige Gesamtleistung des Schleppers ansahen, ohne daß diese Annahme durch die ebenfalls nur unterstellte Angabe des Beklagten, bei der Übernahme des Geräts von den Kl[REDACTED]-Werken hätten die abgeleisteten Betriebsstunden 600 betragen, berichtigt wurde. In solchem Falle könnte der Beklagte auch dann, wenn er außerhalb von Vertragsverhandlungen mit den beiden Zeugen sprach, verpflichtet ge-

wesen sein, einem Irrtum entgegenzutreten und die angezeigte Stundenzahl dahin klarzustellen, daß sie nur die nach Übernahme des Geräts von den Kl[REDACTED]-Werken geleisteten Betriebsstunden beziffere. Ob nämlich der Beklagte nach außervertraglichen Gesichtspunkten, insbesondere auf Grund des § 826 BGB haltbar zu machen ist, hängt von den besonderen Umständen ab. Denn danach bestimmt sich, ob er verpflichtet war, einen erkannten oder in Rechnung gezogenen Irrtum eines Kaufinteressenten über die Betriebsstundenzahl des Geräts aufzuklären oder zu vermeiden. Solche besonderen Umstände können hier zunächst schon darin erblickt werden, daß der Beklagte einen Schlepper mit einem Betriebsstundenzähler zum Verkauf stellte, der nur die bei ihm abgeleisteten Betriebsstunden verzeichnete, daß eine entsprechende Aufzeichnung bei einem Kraftfahrzeug regelmäßig als Angabe über die Gesamtleistung des Fahrzeugs verstanden wird und ferner in dem hier zunächst zu unterstellenden Umstand, daß der Beklagte als Eigentümer des Schleppers über die bisherige Inanspruchnahme des Geräts nach Betriebsstundenzahl von Ka[REDACTED] oder Ho[REDACTED] befragt worden sein soll. Andererseits wird zu prüfen sein, ob der Beklagte, der den Schlepper an He[REDACTED] verkaufen wollte, diesen darüber aufgeklärt hatte, daß die Stundenzahl am elektrischen Zähler nur die Leistung des Geräts in dem Betrieb des Beklagten betraf, und ob er damit rechnen durfte, Kaufinteressenten würden, wenn ein Kauf für sie oder ihre Auftraggeber in Betracht kommen sollte, die entsprechende Aufklärung durch He[REDACTED] erhalten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß He[REDACTED] spätestens durch den Inhalt der Taxe vom 6. Februar 1959, also vor dem Verkauf des Schleppers durch den Beklagten, über diesen Punkt aufgeklärt worden ist. Das legt die Frage nahe, ob auch der Beklagte davon ausgegangen ist, ein solches Gerät werde nach Maßgabe einer Taxe gekauft werden und diese werde

für den Erwerb durch den Käufer entscheidend sein. Alle diese Umstände können dafür von Bedeutung sein, ob dem Beklagten ein Vorwurf daraus zu machen ist, wenn er bei der Besichtigung des Fahrzeugs durch die Beauftragten der Klägerin in diesem Punkt keine ausreichende Aufklärung gegeben hat. Mit der Unterstellung des Berufungsgerichts ist auch nicht vereinbar, wenn es zu dem Ergebnis gelangt, es könne nicht feststellen, daß der Beklagte bewußt unrichtige Angaben gemacht habe. Denn wenn er den Zeugen die vor Übernahme des Geräts abgeleisteten Betriebsstunden mit 600 angegeben und hierbei oder anschließend erkannt haben sollte, die Zeugen gingen davon aus, daß auch diese Betriebsstunden durch den elektrischen Zähler ausgewiesen würden, so hätte er durch Nichtaufklärung bewußt zugelassen, daß seine Angabe unrichtig verstanden wurde, was einer bewußt unrichtigen Angabe gleichzusetzen wäre. Es besteht hiernach jedenfalls eine Unklarheit in der Begründung des Berufungsurteils, die das Revisionsgericht nicht ausräumen kann.

Aus diesen Gründen muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache, da sie einer erneuten Prüfung durch den Tatrichter bedarf, zurückverwiesen werden. Der Senat hat dabei der Bitte der Klägerin entsprochen, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen und die Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts auszusprechen.

IV. Für das weitere Verfahren vor dem Berufungsgericht wird noch auf folgendes hingewiesen:

Das Landgericht hatte der beschworenen Aussage Hermsdorfs entnommen, er habe der Klägerin die Schätzungsurkunde vor der Übernahme des Fahrzeugs gezeigt. Hiermit habe He [REDACTED] das getan, was erforderlich gewesen sei, um den bei der Klägerin nach Auffassung des Landgerichts entstandenen Irrtum

Über die wahre Betriebsstundenzahl richtig zu stellen. Bei dieser Sachlage sei die Klägerin nicht zum Abschluß des Vertrages durch arglistige Täuschung über die Betriebsstundenzahl bewogen worden. Zu dieser Frage könnte auch von Bedeutung sein, daß die Klägerin jedenfalls durch die Übersendung einer Fotokopie der Schätzungs-urkunde am 30. Juli 1959 Kenntnis von den darin enthaltenen Angaben über die Betriebsstundenzahl erhalten hat. Wenn sie trotzdem das Gerät weiter behielt, so könnte möglicherweise auch dies zu ihrem Nachteil gedeutet werden.

Das Berufungsgericht wird auch zu beachten haben, daß eine von dem Landgericht abweichende Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen nicht vorgenommen werden darf, ohne daß die Zeugen vor dem Berufungsgericht erneut vernommen worden sind. Eine solche Wiederholung der Beweisaufnahme dürfte auch angebracht sein, um den Sachverhalt unter den vorstehenden Gesichtspunkten weiter aufzuklären. Dabei wird das Berufungsgericht auch die Möglichkeit haben, eine Vernehmung des Beklagten nach § 448 ZPO in Betracht zu ziehen, um weiter zu klären, in welcher Weise er von den beiden Zeugen an der Baustelle befragt worden ist.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Artl

Dr. Lorschel
Mormann