

19. 1. Bildet die Größe des Bestandes an Gummibäumen eine Eigenschaft einer Gummiplantage?
2. Kann eine Eigenschaft als zugesichert gelten, wenn offen mit der Möglichkeit gerechnet wird, daß sie nicht vorhanden ist?
3. Kann sich die Minderungsklage auch unmittelbar auf Rückzahlung des den geminderten Kaufpreis übersteigenden Betrags richten?
4. Ist bei Kenntnis des Vertragsgegners vom Mißbrauch der Vollmacht seitens des Vertreters des Käufers § 464 BGB. anwendbar?

II. Zivilsenat. Ur. v. 7. Dezember 1920 i. S. D. (Rl.) w. L. P. & Co. (Bekl.). II 239/20.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsachen. — II. Oberlandesgericht das.

L. P. verkaufte durch Vertrag vom 21. Juni 1910 die ihm gehörige Dehane Pflanzung am Nyongfluß in Kamerun an die Gold Coast Rubber and Mahogany Estates Limited (Goldküste-Gummi und Mahagoni-Land-Aktiengesellschaft) in London zum Preise von 36500 Pfund. In diesem Vertrag ist vereinbart unter 1: Der Verkäufer übergibt oder veranlaßt die Übergabe der ihm eigentümlich gehörigen Dehane Gummipflanzung im Umfange von 1425 acres oder 582 Hektar oder annähernd soviel, zusammen mit sämtlichen Gummibäumen und anderen Bäumen, welche sich auf dieser Pflanzung befinden (engl. Text: „with all the rubber and other trees“), nämlich: „ungefähr 529000 *Dictya*-Gummibäume usw., worüber genaueres in der angefügten Aufstellung enthalten ist“ (engl. Text: „whereof are more fully specified in the schedule hereto“); in dieser Schedule, die mit dem unter 2 angegebenen Berichte D.'s übereinstimmt, findet sich die Anzahl der Bäume auf die einzelnen Jahrgänge genau angegeben, insgesamt als 529505 *Dictya* rubber trees. Unter 2: Der Kaufpreis ist auf der Grundlage vereinbart worden, daß der von Herrn L. erstattete Bericht im wesentlichen zutreffend ist (substantially correct). Unter 3: Die Gesellschaft zahlt 5000 Pfund Zug um Zug gegen Unterzeichnung dieses Vertrags zu Händen der Herren D. und

N. in London, den Rest von 31500 Pfund am 1. Oktober 1913 nach erfolgter Übergabe der Kauffache. Unter 4: sie zahlt 300 Pfund für den L-föhen Bericht, der dadurch Eigentum der Gesellschaft wird; wenn nachgewiesen wird, daß der Bericht des Herrn L. in erheblichem Maße unrichtig ist (substantially inaccurate), ist der Betrag von 5300 Pfund der Gesellschaft zurückzuzahlen.

In einem Zusatzabkommen vom gleichen Tage wurde zu Art. 4 vereinbart, daß eine Abweichung (deficiency) von nicht mehr als 10% zwischen der Zahl der Bäume, die in der „schedula“ für jedes Jahr angegeben sind, und der Zahl, die tatsächlich als am Vertragstage vorhanden festgestellt werden wird, nicht als erhebliche Unrichtigkeit gelten soll. Beträgt aber die Abweichung mehr als 10% bei den Bäumen aus den Jahren 1907, 1908 und 1909, so ist das Manko über 10% zu vergüten (compensation shall be made for such deficiency over 10%).

Im Januar 1911 trat T. P. in das unter der Firma L. P. geführte Geschäft ein; die damit begonnene offene Handelsgesellschaft L. P. & Co., die gegenwärtige Beklagte, hat seine Verbindlichkeiten übernommen.

Die Käuferin behauptet, daß die im Vertrage angegebene Anzahl von Gummibäumen tatsächlich nicht vorhanden gewesen sei, und hat die ihr hieraus erwachsenen Ansprüche an den Kläger abgetreten. Dieser hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 250 Pfund nebst 5% Prozeßzinsen, eventuell von 5000 M zu verurteilen. Zur Begründung hat er behauptet, das Manko über 10% der am Vertragstage tatsächlich vorhandenen Bäume aus den Jahren 1907 bis 1909 betrage insgesamt 323320 Bäume. Für die Bäume sei unter Berücksichtigung des Kaufpreises von 36000 Pfund für 554322 Bäume ein Preis von 1,32 sh. zugrunde gelegt worden. Demnach betrage der von der Beklagten auf Grund des Zusatzabkommens zu leistende „Ersatz“ 426782,40 M. Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten, da der geltend gemachte Minderungsanspruch verjährt, überdies die zugesagte Anzahl Gummibäume tatsächlich vorhanden gewesen sei.

Durch Urteil des Landgerichts wurde die Klage abgewiesen. Das Vorhandensein einer bestimmten Anzahl von Bäumen sei eine zugesicherte Eigenschaft des Plantagengrundstücks. Der Anspruch auf Minderung oder Schadenersatz wegen des Mangels dieser zugesicherten Eigenschaft verjähre bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Die Übergabe habe am 9. Dezember 1910 stattgefunden, die Geltendmachung des Klagenanspruchs sei somit nach § 477 BGB., dessen Anwendung auf das im Schutzgebiet von Kamerun belegene Grundstück Anwendung zu finden habe, verjährt. Überdies hat das Landgericht

als erwiesen angesehen, daß die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen sei.

Der Kläger hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und zur Begründung angeführt: Es handele sich nicht um einen Anspruch wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft; eine Zusicherung über die Zahl der Gummibäume sei gerade nicht erfolgt, die L. sehen Ziffern hätten nur den Maßstab für die ursprüngliche Bemessung des Kaufpreises gebildet. Erwiesen sie sich als unrichtig, so solle eine compensation, d. h. eine Verminderung des Kaufpreises eintreten. Der Anspruch des Klägers, einen Teil der gezahlten Summen zurückzubekommen, stelle sich somit als das Verlangen dar, an die Stelle eines ohne die compensation berechneten Kaufpreises den richtigen Kaufpreis zu setzen, sei also nichts als die *condictio indebiti* des § 812 BGB., die erst in 30 Jahren verjähre. Außerdem sei der Anspruch auch aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, nämlich arglistiger Täuschung, begründet.

Das Oberlandesgericht erklärte durch Zwischenurteil die Einrede der einjährigen Verjährung für begründet, soweit der Klagenanspruch nicht auf arglistiges Verhalten des L. B. gestützt werde, das eventuell vom Kläger behauptet worden war. Sodann wies es durch Endurteil die Berufung des Klägers zurück.

Auf die Revision ist das Endurteil aufgehoben worden aus folgenden Gründen:

1. Das Berufungsgericht tritt zunächst dem Landgericht darin bei, daß für den Kauf der im deutschen Schutzgebiet belegenen Plantage deutsches Recht zur Anwendung komme. Die Revision erhebt hiergegen keine Angriffe, die Anwendung deutschen Rechtes ist auch zutreffend. Der Kaufvertrag war in Kamerun, wo die Plantage lag, zu erfüllen, und es ist anzunehmen, daß die Parteien das Recht des Erfüllungsortes für die Regelung des Vertragsverhältnisses maßgebend sein lassen wollten.

2. In dem angefochtenen Zwischenurteile geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger einen Gewährleistungsanspruch geltend mache, gleichviel, ob man die Klage eine Minderungs- oder eine Schadensersatzklage nenne. Der Kauf sei nicht als ein Kauf in Waare und Bogen anzusehen, bei dem der Preis durch Auszählen der Bäume hätte bestimmt werden sollen, sondern man sei in vertraglicher Festlegung von einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache ausgegangen, habe danach den Preis bestimmt und es nur der künftigen Ermittlung überlassen, ob etwa die vorausgesetzte Anzahl Bäume nicht vorhanden sein würde. Die Zusicherung einer bestimmten Baumzahl sei aber hier die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, und dies auch dann, wenn der Verkäufer nicht mit Bestimmtheit behauptete, daß die Zahl vorhanden sei, aber doch dafür einstehen wolle, daß sie vor-

handen sei, und andernfalls die Folgen des Mangels auf sich nehme. Das sei eine Festlegung derjenigen Eigenschaften, deren Vorhandensein die Parteien vertraglich vereinbarten; § 459 BGB. komme daher zur Anwendung. Wenn sich der Kläger darauf berufe, daß die Zahl der Bäume nicht vorhanden sei, so mache er einen Gewährleistungsanspruch geltend, für den die Verjährungsfrist des § 477 maßgebend sei. Daß diese hier in Betracht kommende einjährige Frist nicht innegehalten worden sei, darüber sei kein Streit.

Aushilfsweise nimmt sodann das Berufungsgericht an, daß selbst wenn der Klagenanspruch, wie der Kläger in der Berufung ausgeführt habe, als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 813 BGB.) angesehen werden könnte, auch dann die Einrede der Verjährung nach § 477 noch durchschlagen würde. Denn entweder sei diese Klage neben der verjährten Wandlungs- oder Minderungsklage unzulässig oder es müßten wegen Gleichheit des Rechtsgrundes die Vorschriften des § 477 entsprechende Anwendung finden.

Gegen diese Ausführungen wendet die Revision folgendes ein. Es sei zunächst zu verneinen, daß das Nichtvorhandensein der in § 2 der Vertragsurkunde vom 21. Juni 1910 angegebenen Baumzahl den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft darstelle. Der Verkäufer habe, wie sich aus dem Zusammenhang der Vertragsbestimmungen ergebe, eine „Zusicherung“ im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht erteilt. Die Angaben über die Baumziffern seien zunächst nicht als die des Verkäufers, sondern als die eines Dritten, des Majors L., angeführt und als solche zur Grundlage der Vereinbarung über den Kaufpreis gemacht worden. Daß der Verkäufer für die Angaben eines Dritten die Haftung im Sinne von § 459 BGB. habe übernehmen wollen, habe die Käuferin nicht annehmen können. Sodann fehle es überhaupt an einer Zusicherung schon um deswillen, weil die Baumzahl gerade als unsicher hingestellt worden sei. „Schon beim Kauf habe man mit der Möglichkeit gerechnet — bei einer in Afrika gelegenen Plantage, die in London verkauft wurde, sehr begreiflich —, daß die Baumzahl abweichen werde, weshalb bestimmt wurde, daß die tatsächlich bei der Übergabe zu ermittelnde Baumzahl maßgebend sein solle.“ So sage das Endurteil selbst. Hiermit ständen aber in Widerspruch die Ausführungen des Zwischenurteils, „daß der Verkäufer vertragsmäßig dafür einstehen wollte, daß die im Vertrag angegebene Baumzahl vorhanden sei.“ In den Vorinstanzen sei unter Beweis gestellt worden, daß es zur Zeit und am Ort des Vertragsschlusses üblich gewesen sei, Gummipflanzungen ausschließlich nach der Zahl der vorhandenen Bäume zu bewerten. Die Bewertung von Gebäuden oder Land sei auch bei den allerbesten Pflanzungen nicht in Betracht gezogen worden. Der Wert der Gebäude auf Dehane sei gleich null gewesen, der des Landes nur

1740 *M* und habe keine Rolle gespielt. Die Parteien hätten ebenso gut den Preis auf eine bestimmte Einheit für eine bestimmte Baumzahl festsetzen können, worauf dann durch Auszählung die Kaufsumme zu ermitteln gewesen wäre. Statt dessen sei hier unter Zugrundelegung einer angenommenen Baumzahl der Preis vorläufig festgesetzt und die Auszahlung und eine danach durch die compensation eintretende Berichtigung jener Festsetzung vorbehalten worden. Eine Haftung für das Fehlen einer bestimmten Anzahl Bäume liege hierin nicht, und der Anspruch auf Herabsetzung des nur vorläufig angenommenen und gezahlten Kaufpreises auf die von vornherein vorgesehene vertragsmäßige Höhe verjähre nicht in kürzerer Zeit als der Anspruch auf den Kaufpreis selbst, und sei namentlich nicht mit einem Schadensanspruch zu vergleichen. Die Anwendung des § 477, die bei diesem gerechtfertigt sei (RGZ. Bd. 93 S. 161), sei daher hier nicht am Plage.

Daß der Bestand der verkauften Plantage mit Gummibäumen eine Eigenschaft des Grundstücks bilde, wird von den Vorinstanzen mit Recht angenommen und entspricht der eigenen Auffassung der Parteien. Der Kläger sagt, daß der Wert und die Bedeutung der Pflanzung auf diesen Bäumen beruhe; die Beklagte findet sogar ausschließlich in diesem Bestand an Gummibäumen den Wert der Pflanzung und läßt dagegen den Wert des Landes und der Gebäude ganz zurücktreten, weshalb üblicherweise Gummiplantagen ausschließlich nach der Anzahl der vorhandenen Bäume bewertet würden. Ist dies aber der Fall, so bildet der Bestand und die Anzahl der Bäume, die diesen Bestand ausmachen, auch eine Eigenschaft des Grundstücks, das eben durch ihn zu einer Gummiplantage wird, d. h. die Eigenschaft einer solchen Plantage erhält.

War daher eine Gummiplantage, eine „Gummipflanzung“, „Rubber Plantation“, verkauft, so betraf der Kauf eine Sache, die die Eigenschaft hat, Gummibäume zum Zwecke wirtschaftlicher Ausnutzung zu tragen. Daß diese Eigenschaft an sich vorhanden ist, sonach ein Fehler (§ 459 BGB.) in dieser Richtung nicht vorliegt, ist unstrittig.

Bildet aber der Bestand mit Gummibäumen eine Eigenschaft des Grundstücks, das eine Gummipflanzung darstellen soll, so erweist sich die Größe und der Umfang dieses Bestandes, also die Anzahl der Gummibäume, als eine besondere Unterart dieser Eigenschaft. Eine geringe Anzahl von Gummibäumen macht die Pflanzung zu einer minderwertigen, schwachen, geringen Ertrag abwerfenden Pflanzung und kann sonach einen Mangel der Pflanzung selbst darstellen, eine große Anzahl von Gummibäumen dagegen bildet einen Vorzug, macht die Pflanzung zu einer hochwertigen, ertragreichen. Hiernach bildet die Anzahl der Bäume, aus denen die Pflanzung besteht und mit denen das Grundstück bestückt ist, eine besondere Eigenschaft der Pflanz-

zung. Ähnlich behandelt auch § 468 BGB. die Größe eines Grundstücks als eine Eigenschaft desselben. Es handelt sich aber hier nicht um den Verkauf einer bestimmten Menge von Gummibäumen, sondern um eine Plantage als Ganzes von einem bestimmten Bestand an Gummibäumen. Dagegen ist Streit unter den Parteien, ob ein bestimmter großer Bestand an solchen Gummibäumen als Eigenschaft der verkauften Plantage von dem Verkäufer zugesichert worden ist. Das Berufungsgericht nimmt eine solche Zusicherung an; es legt die Vertragsbestimmungen dahin aus, daß die Beklagte zwar nicht das Vorhandensein eines bestimmten großen Bestandes an Bäumen behaupten, wohl aber für sein Nichtvorhandensein, womit gerechnet wurde, einstehen wollte, und auch dies bedeute die Zusicherung einer Eigenschaft.

Wenn die Revision zunächst gegen diese Auslegung des Vertrags einwendet, die Anzahl der Bäume sei nur als Angabe eines Dritten, nämlich des Majors L. angeführt, es sei nicht anzunehmen, daß der Verkäufer für die Angaben eines Dritten habe einstehen wollen, so ist dies tatsächlich unrichtig. Denn eine genaue Angabe der Baumzahl nach den einzelnen Jahrgängen ist in der Schedula enthalten, und diese ist Bestandteil des Vertrags selbst, auf sie wird in Art. 1 ausdrücklich als genauere Angabe über die Baumzahl, die dort nur „ungefähr“ angegeben ist, Bezug genommen. Es stände aber auch nichts entgegen, daß die Parteien die Angaben L. zu den ihrigen machen konnten und der Verkäufer die von diesem angegebene Baumzahl der Abkäuferin zusicherte.

Im übrigen laufen die Revisionsangriffe auf eine andere Auslegung der Vertragsbestimmungen hinaus, als sie das Berufungsgericht vornimmt. Es ist zuzugeben, daß auch die Auslegung der Revision an sich möglich ist. Danach bedeutete die Angabe über die Größe des Bestandes an Gummibäumen nur die Angabe einer Eigenschaft und diente nur dem Zweck, eine Unterlage für die Berechnung des Kaufpreises zu bilden, und zwar lediglich für dessen vorläufige Feststellung, während die endgültige sich erst nach dem noch zu ermittelnden wirklichen Bestand ergeben sollte, mit dessen Abweichung man von vornherein rechnete (vgl. JW. 1918 S. 471 Nr. 5). Die Vertragsbestimmungen nötigen aber nicht zu dieser Auslegung und lassen auch die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung zu, wonach der Verkäufer für die Richtigkeit seiner Angaben auch für den als möglich angenommenen Fall ihrer Unrichtigkeit einstehen und die angegebenen Eigenschaften garantieren wollte. Daß die Baumzahl für den Preis wesentlich war und sonach auf sie von den Parteien Gewicht gelegt wurde, ergibt auch Art. 2. Der Preis ist aber dort als endgültiger, nicht vorläufiger und erst später genauer zu bestimmender ver-

einbart, und zwar in der Voraussetzung, daß die Angaben über die Baumzahl im Bericht L.S. im wesentlichen richtig seien. Für den Fall erheblicher Unrichtigkeit dagegen ist in Art. 4 die Verpflichtung des Verkäufers vereinbart, daß die erhaltene Anzahlung von 5000 Pfund und die für den Bericht L.S. gezahlte Vergütung von 300 Pfund zurückzuzahlen sind. Diese Bestimmung betrifft allerdings zunächst nur die geleistete Anzahlung und sagt nichts über die weitere Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und dessen Rechte aus dem geringeren als angegebenen Baumbestand. Es ist aber aus der Vorschrift, daß der angezahlte Kaufpreisteil zurückzuzahlen ist, notwendig auch der Wille zu entnehmen, daß der Kaufvertrag überhaupt rückgängig gemacht werde, und selbstverständlich nun auch nicht noch der rückständige Kaufpreis in voller Höhe oder entsprechend gemindert zu zahlen sei. Es wird also bestimmt, daß bei erheblicher Abweichung von der angegebenen Größe des Baumbestandes Wandlung des Kaufs stattfinden solle, und damit die Zulässigkeit der Minderung sogar ausgeschlossen. Wenn aber den Angaben über die Baumzahl diese Bedeutung beigemessen und die Folge gegeben wurde, daß bei ihrer Unrichtigkeit in erheblichem Maße die Wandlung des Kaufes eintritt, so muß diesen Angaben auch die Bedeutung einer Zusicherung im Sinne von § 459 BGB. zuerkannt werden, da deren Ausfall eben nach § 462 die Wandlung zur Folge hat.

In dem Nachtrage vom 21. Juni 1910 findet sich nun ein Doppeltes vereinbart.

Einmal bringt er lediglich eine authentische Interpretation des Abs. 2 des Art. 4, insofern dieser auf „Unrichtigkeiten in erheblichem Maße“ (substantially inaccurate) abstellt. Es wird bestimmt, wann solche „substantial inaccuracy“ anzunehmen sei, nämlich nur bei einem Fehlbetrag (deficiency) von mehr als 10% der in der Schedula angegebenen Anzahl Bäume für jeden Jahrgang. Das bezieht sich nur auf Art. 4 und trifft damit zunächst ebenfalls allein die Verpflichtung der Rückzahlung des angezahlten Kaufpreisteils. Da diese Vorschrift aber, wie gezeigt, weiter greift und Wandlung des ganzen Kaufvertrags anordnen will, wird durch die authentische Interpretation auch die Voraussetzung für diese vereinbarte Wandlung anderweit festgelegt. Es erscheint sonach nunmehr nicht ausschließlich der Bestand an Gummibäumen in genau der Anzahl, wie sie die Schedula aufführt, als zugesichert, sondern es ist ein Spielraum von 10% gegeben. Bis zu dieser Grenze muß aber eine Zusicherung angenommen werden, da ihre Überschreitung auch noch nach den Vorschriften des Nachtrags ganz allgemein die Wandlung zur Folge hat.

Sodann bringt der Nachtrag auch eine Einschränkung der Bestimmung über den Eintritt der Wandlung. Bei dieser verbleibt es

nämlich nur hinsichtlich der Bäume aus den Jahren 1904—1906. Bei den Bäumen aus den Jahren 1907, 1908 und 1909 dagegen soll ein 10% übersteigender Fehlbetrag nicht mehr zur Wandlung des ganzen Kaufs berechtigen, sondern nur einen Anspruch auf „compensation“ begründen. Wie hoch diese compensation sein soll, wird nicht gesagt. Immerhin läßt auch diese Vorschrift erkennen, daß auf den Bestand an Bäumen bis zu 90% der angegebenen Anzahl Gewicht gelegt wird und dieser Bestand zugesichert sein soll, da wegen des Mankos andernfalls die Haftung auf compensation eintritt. Ob diese Schadloshaltung in Form eines Schadenserfasses oder einer Minderung des Kaufpreises eintritt, ist belanglos für die Frage, ob für das Fehlen des angegebenen Betrags gehaftet werden soll. Gerade weil aber über die Höhe der compensation nichts gesagt wird, ergibt sich, daß hier nicht die Grundlage für die Bemessung des künftig erst festzusetzenden Kaufpreises gegeben werden soll, sondern nur die Voraussetzung für eine etwa nötig werdende Herabsetzung des zunächst fest bestimmten Kaufpreises vereinbart wird.

Hiernach hat das Berufungsgericht mit Recht annehmen können, daß die Vereinbarung über den Bestand der Gummibäume, wonach dieser nicht über 10% Manko von den in der Schedula genau angegebenen Zahlen betragen darf, als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen ist, da die Folgen des Ausfalls der Vereinbarung die sind, wie sie beim Ausbleiben der zugesicherten Eigenschaften vom Gesetz angeordnet sind, nämlich Wandlung und Minderung. Ebenso zutreffend ist es weiter, wenn das Berufungsgericht den vom Kläger geltend gemachten Anspruch als Minderungsanspruch auffaßt. Er hat seinen Anspruch ausdrücklich aus dem Zusatzabkommen zum Vertrag hergeleitet. Der Klaggrund ist die dort vereinbarte compensation bei einem Fehlbetrag von über 10%, die von ihm auf 426782,40 M berechnet wird. Hiervon verlangt er einen Teilbetrag von 5000 M bzw. 250 Pfund; es handelt sich also nicht etwa um die Rückgabe der Anzahlung, wie sie in Art. 4 noch besonders vereinbart ist. Selbst wenn man daher diese Vereinbarung als eine besondere von der Minderung verschiedene Verpflichtung auffassen wollte, so kommt doch diese die Anzahlung betreffende Vorschrift hier überhaupt nicht für den Anspruch in Betracht.

Wie ein Kläger, der Rückgängigmachung des Kaufvertrags begehrt, seinen Klagantrag auch unmittelbar auf die Leistungen richten kann, die sich aus der Rückgängigmachung ergeben (RGZ. Bd. 58 S. 423, Bd. 70 S. 198), so kann auch der jetzige Kläger, der Minderung des Kaufpreises verlangt, seinen Anspruch unmittelbar auf Ausführung dieser Minderung richten, d. h. auf Rückzahlung des den geminderten Kaufpreis übersteigenden Betrags, wenn der Kaufpreis bereits

in der vereinbarten vollen Höhe bezahlt ist. Diese Rückzahlung bedeutet dann aber lediglich die Durchführung der Minderung und beruht nicht auf einem selbständigen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Anspruch auf sie ist ein Teil des Minderungsanspruchs, steht und fällt mit diesem. Ist der Anspruch auf Minderung daher verjährt, so ist auch der Anspruch auf Rückzahlung des den geminderten Kaufpreis übersteigenden Betrags ausgeschlossen, da er die Minderung zur Voraussetzung hat.

Hiernach hat das Berufungsgericht mit Recht die Einrede der Verjährung aus § 477 BGB. gegenüber dem geltend gemachten Anspruch so wie geschehen in dem Zwischenurteil für begründet erachtet.

3. Die Verjährungseinrede aus § 477 schlägt nicht durch, wenn die Beklagte die Zusicherung über die Größe des Bestandes der Gummi bäume auf der Pflanzung arglistig gegeben hat (RGZ. Bb. 63 S. 112; Warnerer 1913 Nr. 282). Der Kläger hat zum Nachweise der arglistigen Täuschung behauptet, der Verkäufer habe bei Abschluß des Vertrags vom 21. Juni 1910 gewußt, daß seine Zahlenangaben unrichtig seien, daß ein Bericht des Majors L. gar nicht vorhanden sei und letzterer die Plantage überhaupt nicht gesehen habe. Diese Behauptungen werden jedoch für widerlegt angesehen. . . .

Der Kläger hat weiter behauptet, L. P. habe nach Abschluß des Vertrags durch Mitteilung des Plantagenleiters B. im Juli 1910 die Unrichtigkeit der Angaben in der Schedula erfahren, sie aber der Käuferin geistlich vorenthalten. Das Berufungsgericht verneint, daß in dem Verschweigen dieser Mitteilung ein arglistiges Verhalten zu finden sei, da L. P. damit habe rechnen können, daß sich der Mangel ohnehin bei Abnahme der Plantage herausstellen und dann die im Vertrag vorgesehene Preisminderung eintreten werde.

Endlich hat der Kläger noch behauptet, der Verkäufer habe auch bei Erfüllung des Vertrags, bei der Übergabe der Plantage, arglistig gehandelt. Er habe wohl gewußt, daß seine Angaben über die Baumzahl unrichtig seien, er habe es deshalb einzurichten gewußt, daß B. mit dem er bekannt gewesen sei, von der Käuferin damit betraut wurde, die Plantage für diese abzunehmen. Dieser habe dann, indem er mit dem Verkäufer im Komplott gewesen sei, bei der Abnahme die richtigen Zahlen der Bäume unterdrückt oder auch die Bäume gar nicht gezählt, vielmehr in betrügerischem Einvernehmen mit der Beklagten Zahlen aufgestellt, die denen des Vertrags entsprochen hätten. Das Berufungsgericht begegnet diesem Einwand mit der Erwägung, daß B. Bevollmächtigter der Käuferin bei der Übernahme der Plantage gewesen sei. . . . Sei B. aber der Bevollmächtigte der Käuferin gewesen und habe er nach der Behauptung des Klägers mit L. P. in betrügerischem Einvernehmen gehandelt, so habe er bei der Übernahme der Plantage den

Mangel der Kaufsache gekannt. Wenn die Verkäuferin sich durch B. habe vertreten lassen, komme es auf die Kenntnis des Vertreters an. Da ein Vorbehalt nicht erfolgt sei, ständen dann die Winderungsansprüche des § 462 dem Kläger gemäß § 464 BGB. überhaupt nicht mehr zu. Diese Vorschrift reiche übrigens aus, um den Klagenanspruch von vornherein abzuweisen.

Die Revision greift diese Begründung an und führt aus: Das Berufungsgericht gehe fehl, wenn es in der Unterdrückung der Meldung, daß nur 8312 Heveen statt 24000 auf der Pflanzung waren, kein arglistiges Verschweigen finde. Wenn der Verkäufer durch Herbeiführung der Entsendung B.s, mit dem er im Einverständnis war, Anstalten getroffen habe, um zu verhindern, daß die Käuferin bei der Übernahme der Plantage von dem Fehlbetrag Kenntnis erlangte, so könne er nicht die vom Berufungsgericht zu seinen Gunsten unterstellte Annahme gehabt haben, der Fehlbetrag werde ohnehin bei der Übernahme festgestellt werden. Dieser Einwand muß für berechtigt anerkannt werden. . . .

Rechtstirrig erscheint weiter die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Kenntnis des Bevollmächtigten B. von dem Fehlbetrag der Käuferin nach § 464 den Verlust der Ansprüche aus § 462 zur Folge habe. Allerdings ist nach § 166 die Kenntnis des Vertreters dem Vertretenen auch bei der Annahme einer mangelhaften Sache im Falle des § 464 im allgemeinen zuzurechnen. Dieser Gesetzesvorschrift liegt aber die Auffassung zugrunde, daß die Annahme einer mangelhaften Sache ohne Vorbehalt einen Verzicht auf Wandelung oder Winderung oder Schadensersatz enthalte und daß demgegenüber die spätere Geltendmachung dieser Mängel gegen Treu und Glauben verstoße (vgl. Motive zu Entw. I § 386 Bd. 2 S. 229). Diese Verzichtsvermutung greift auch arglistigem Verhalten gegenüber Platz (Warneyer 1909 Nr. 136; RGZ. Bd. 59 S. 104). Der vom Bevollmächtigten in der vorbehaltlosen Annahme der mangelhaften Sache stillschweigend erklärte Verzicht also ist es, der die nachträgliche Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche nach § 464 ausschließt, nicht die Kenntnis des Mangels als solche. Nun ist zwar der das innere Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter regelnde Auftrag von der Vollmacht zu unterscheiden und ein auftragswidriges Verhalten des Vertreters im Rahmen der Vollmacht für den Vertragsgegner im Allgemeinen belanglos. Liegt jedoch ein Mißbrauch der übertragenen Vertretungsmacht seitens des Vertreters vor und kannte der Vertragsgegner diesen Mißbrauch zum Nachteile des Vertretenen, so kann er bei einem durch den Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte aus jenem erkannten Mißbrauch keine Rechte gegen den Vertretenen herleiten (RGZ. Bd. 52 S. 99, Bd. 71 S. 219, Bd. 75 S. 301). So liegt aber die Sache

hier, wenn, wie das Berufungsgericht unterstellt, der Verkäufer im betrügerischen Einverständnis mit B. handelte. Wusste er, daß B. in Kenntnis des Fehlbetrags der Bäume wahrheitswidrig über den Empfang der Pflanzung als einer mangelfreien quittierte und gegen den Willen der von ihm vertretenen Käuferin die Geltendmachung eines Vorbehalts unterließ, also für diese auf die Mängelrügen gemäß § 464 verzichtete, so verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger aus dieser unter erkanntem Mißbrauch der Vollmacht vorgenommenen Verfügung des Vertreters Rechte herleitet. Der vom Berufungsgericht angeführte Entscheidungsgrund aus § 464 trifft also nicht zu und es bleibt noch offen, ob die Verjährungseinrede aus § 477 der Behauptung einer Arglist der Beklagten gegenüber durchgreift. . . .