

V e r k ü n d e t

am 17. November 1959
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Baumeisters Heinrich S. [REDACTED] in D. [REDACTED] / E. [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Karl F. [REDACTED], Kraftfahrzeuge, in H. [REDACTED],
I. [REDACTED] Straße [REDACTED],
Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. November 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 29. Juli 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an den 6. Zivilsenat des Beru-
fungsgerichts verwiesen, dem auch die Entscheidung
über die Kosten der Revision. Übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte kaufte am 4. Februar 1953 von der Klägerin einen gebrauchten Lastkraftwagenanhänger zum Preise von 8700 DM, dessen Nutzlast im Kaufvertrag mit 12 Tonnen angegeben war und der am 3. März 1953 beim Beklagten eintraf. In den vom Beklagten unterschriebenen Kauf- und Lieferbedingungen ist hervorgehoben, daß nachträgliche Änderungen des Vertrages schriftlich bestätigt werden mußten und daß mündliche Abreden nicht getroffen und Zusicherungen nicht abgegeben seien. Der Beklagte zahlte 3000 DM in bar und übergab der Klägerin einen Verrechnungsscheck über 5700 DM. Am 7. März 1953 beanstandete er, daß die zulässige Nutzlast des Anhängers nicht 12 Tonnen, wie im Vertrage angegeben und auch nicht 11,9 Tonnen, wie ihm die Klägerin zugesichert habe, sondern, wie unter den Parteien unstreitig geworden ist, nur 11,6 Tonnen betrage. Gleichzeitig kündigte der Beklagte an, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend mache. Den Scheck ließ er nicht einlösen.

Der Beklagte wurde im Scheckprozeß durch Vorbehaltsurteil zur Zahlung von 5700 DM nebst Zinsen verurteilt. Im Nachverfahren bezog er sich, abgesehen von einer Beanstandung der Reifen auf seine Mängelanzeige vom 7. März 1953 und machte geltend, daß die Klägerin ihm zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet sei, das er mit 6150 DM bezifferte, und zwar mit der allgemein gehaltenen Begründung, die Minderleistung des Anhängers führe in fünf Jahren zu einem Gesamtverlust in dieser Höhe.

Das Landgericht hat das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt. Im Berufungsrechtszuge haben die Parteien, nachdem die Klägerin den Anhänger durch den Gerichtsvollzieher hatte pfänden lassen, vereinbart, daß ihn der Beklagte gleich-

- 3 -

wohl in Betrieb nehme, ohne daß damit der Entscheidung des Rechtsstreites vorgegriffen werden solle. Der Beklagte hat Widerklage erhoben und beantragt, die Klägerin zur Rückzahlung des gezahlten Kaufpreisteils von 3000 DM, jedoch nur in Höhe eines Teilbetrages von 1000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts im Nachverfahren abgeändert und unter entsprechender Änderung des Vorbehaltsurteils im Hinblick auf die Beanstandung der Reifen die Klage in Höhe von 400 DM abgewiesen, im übrigen aber die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Gleichzeitig hat es die Widerklage des Beklagten abgewiesen. Auf die Revision des Beklagten hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 31. Januar 1956 - I ZR 131/54 - das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Berufung des Beklagten, soweit die letztere nicht bereits zu einer rechtskräftigen Klageabweisung (in Höhe von 400 DM) geführt hatte, erneut zurückgewiesen und seine Widerklage abermals abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte sowohl seinen Antrag aus der Widerklage als auch den Antrag auf Klageabweisung weiter.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

I. Die ursprüngliche Klage war noch in Höhe von 5300 DM bei dem Berufungsgericht anhängig. Dieser Klageanspruch bezieht sich auf die Restkaufpreisforderung und wird von dem Beklagten mit dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung abgelehnt. Dabei hat sich der Beklagte zur Abwehr des Klageanspruchs darauf beschränkt, zunächst nur die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises und die Befreiung von der noch offenen Kaufpreisschuld unter Ablehnung des Anhängers zu verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens hat er sich vorbehalten.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Beklagte mit dem aus § 463 BGB hergeleiteten Schadensersatzanspruch grundsätzlich auch das Ziel auf Rückgewähr der Leistungen und auf Geltendmachung des weiteren Erfüllungsinteresses verfolgen kann (BGB RGRK 11. Aufl. § 463 Anm. 11 mit Nachweisen). Auch seine weiteren Ausführungen, auf Grund der Beweisaufnahme sei erwiesen, daß die Klägerin eine Mindestnutzlast des Anhängers von 11,9 t zugesichert und daß die Beklagte die Abweichung von dieser Zusicherung rechtzeitig gerügt habe, lassen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten erkennen. Dagegen konnten die Angriffe der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, das Verlangen des Beklagten stelle eine nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung dar, nicht ohne Erfolg bleiben.

1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Ansicht, der Anspruch des Beklagten müsse an dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Rechtsausübung scheitern, folgendes ausgeführt.

Der Sachverständige Sch. habe dem Berufungsgericht durchaus einleuchtend erklärt, daß trotz der Differenz von 0,3 t (11,9 abzüglich 11,6 t) Nutzlast der Käufer 12 t laden könne und daß er, der Sachverständige, sich nicht vorzustellen vermöge, dem Beklagten könne ein Schaden entstanden sein. Der Beklagte habe denn auch trotz einer Auflage des Berufungsgerichts keinerlei spezifizierte Darlegungen darüber gemacht, daß ihm tatsächlich durch diese Abweichung von der zugesicherten Nutzlast ein Schaden - evtl. welcher - entstanden sei. Dabei habe er den Anhänger auf Grund der Sondervereinbarung mit der Klägerin ständig im Besitz und Gebrauch behalten. Es müsse daher davon ausgegangen werden, daß der Beklagte jedenfalls einen auch nur irgendwie nennenswerten und bezifferbaren Schaden in der Vergangenheit nicht gehabt habe und auch in der Gegenwart nicht habe. Mangels irgendwelcher Darlegungen insoweit und mangels jeglicher Unterlagen für eine Schadensberechnung sehe sich das Berufungsgericht auch nicht in der Lage, diesen Schaden gemäß § 287 ZPO zu schätzen. Sei aber der Beklagte durch die Minderleistung des Wagens in keiner Weise beeinträchtigt, so könne er auch den Schadensersatzanspruch wegen völliger Nichterfüllung ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, nicht geltend machen.

2. Unabhängig von etwaigen Rügen der Revision ist zunächst von Amts wegen zu prüfen, ob sich das Berufungsgericht mit seiner Auffassung in Widerspruch zu der des ersten Revisionsurteils gesetzt und damit § 565 Abs. 2 ZPO verletzt hat (RGZ 94, 11, 13). Das könnte dann in Frage stehen, wenn das angefochtene Urteil allein auf den geringen Unterschied von 2,5 % der tatsächlichen Nutzlast und der zugesicherten Nutzlast abgestellt hätte. Denn dieses Zahlenverhältnis (11,9 t weniger 11,6 t) lag auch der rechtlichen Beurteilung des Bundesgerichtshofs zugrunde, der trotz dieses geringen Unterschieds das Vorbringen des Beklagten für erheblich angesehen

hat. Das Berufungsgericht hat indessen seine Auffassung im Zuge neuer tatsächlicher Ermittlungen auf die Feststellung gestützt, ein so geringer Unterschied wirke sich bei Gebrauch des Anhängers (praktisch) nicht aus. Damit scheidet eine Verletzung des Bindungsgrundsatzes der angeführten Vorschrift aus.

3. Indessen sind die Erwägungen des Berufungsgerichts, der Schadensersatzanspruch sei dem Beklagten wegen unzulässiger Rechtsausübung zu versagen, nicht frei von Rechtsirrtum.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages könne ohne Nachweis eines fehlenden Interesses am Behalten der Kaufsache geltend gemacht werden. Der Bundesgerichtshof hat das sowohl für den Werkvertrag (BGHZ 27, 215, 217) als auch für den Kaufvertrag (BGHZ 29, 148) entschieden. Wenn aber der Käufer ein besonderes Interesse an der Rückgabe der Kaufsache nicht geltend zu machen braucht, so kann es auch nicht seine Aufgabe sein, bei der Geltendmachung eines solchen Anspruchs ein Mehr an Tatsachen darzutun als eben die Voraussetzungen des § 463 BGB. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß auch im Rahmen der Gewährleistungsansprüche die Grundsätze von Treu und Glauben anzuwenden sind. Die bloße Möglichkeit, daß sich unter Umständen das Verlangen auf Schadensersatz in der vom Beklagten geforderten Weise im Rahmen des § 463 BGB als unzulässige Rechtsausübung darstellen kann, wenn er durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft in keiner Weise beeinträchtigt ist, rechtfertigt noch nicht, ihn für verpflichtet zu halten, eine Beeinträchtigung näher darzulegen. Denn das liefe darauf hinaus, von dem Käufer auf dem Umweg über § 242 BGB den Nachweis seines besonderen Interesses an der Rückgabe der Kaufsache zu verlangen. Die Notwendigkeit, den Anspruch aus § 463 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages wie jeden anderen Anspruch auch unter dem

Gesichtspunkt des § 242 BGB zu würdigen, kann daher nur dazu führen, dem Käufer diesen Anspruch in ganz besonderen Ausnahmefällen, und zwar entsprechend den in der Rechtsprechung zu § 242 BGB entwickelten Grundsätzen nur dann zu versagen, wenn die ganzen Umstände des Falles sein Begehren als einen Rechtsmißbrauch, etwa als Schikane, erkennen lassen. Deshalb ist es unzulässig, dem Käufer im Rechtsstreit die Verpflichtung aufzuerlegen, erst einmal seinen weiteren Schaden darzutun, um damit die Berechtigung seines Anspruchs zu begründen. Wenn auch eine unzulässige Rechtsausübung von Amts wegen zu beachten ist (vgl. BGHZ 12, 286, 303, 304 zum Formmangel eines Rechtsgeschäfts mit grundsätzlichen Ausführungen zum Wesen der unzulässigen Rechtsausübung und des darauf gestützten Rechtsbehelfs), so setzt ein Eingehen des Gerichts auf diesen Gesichtspunkt doch voraus, daß der betreffende Streitfall ausreichende Anhaltspunkte für eine solche Beurteilung bietet. Die Annahme, der Beklagte habe keinerlei Interesse daran, den Anhänger wegen Fehlens der zugesicherten Mindestnutzlast nicht als Erfüllung des Vertrages gelten zu lassen, ist nicht schon durch die Bemerkung des Sachverständigen Schoof, er könne sich einen Schaden nicht vorstellen, und durch den weiteren Umstand gerechtfertigt, daß der Beklagte seinen Schaden nicht spezifiziert dargelegt hat.

Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß sich eine Beeinträchtigung des Beklagten, der vor der Tatsache stehe, daß er den Anhänger statt mit der zugesicherten Nutzlast von 11,9 t nur mit einer solchen von 11,6 t beladen könne, aus der Natur der Sache ergebe. Zutreffend ist insbesondere der Gedankengang der Revision, daß die Rechtserheblichkeit dieses Unterschieds von dem Umstande, daß die Behörden bei der Kontrolle gewisse Toleranzen gelten lassen, völlig unbeeinflusst bleibe, weil diese Toleranzen den Beklagten bei einer höheren effektiven Nutzlast eben eine um die Toleranzquote höhere

Lademöglichkeit verschafft hätten. Dieser Gesichtspunkt wird durch die angeführte Bemerkung des Sachverständigen Schoof keineswegs ausgeräumt.

Nach § 34 Abs. 3 StVZO in der zur Zeit des Kaufvertrages vom 4. Februar 1953 geltenden Fassung vom 25. November 1951, BGBl I 908 (die Änderungen vom 16. April 1952 - BGBl I S. 263 und vom 19. Dezember 1952 - BGBl I 832 - betrafen andere Vorschriften) durfte das Gesamtgewicht eines zweiachsigen Lastkraftwagenanhängers höchstens 16 t betragen. Da die Parteien davon ausgehen, daß das Eigengewicht des Fahrzeugs 4,4 t beträgt, entfällt auf das Ladegewicht nur ein Anteil von 11,6 t, der hinter dem vertraglich ausgemachten Ladegewicht um 0,4 t = 3 % und hinter der zugesicherten Nutzlast um 2,5 % zurückbleibt. Die in der früheren Fassung des § 34 Abs. 3 StVZO enthaltene Bestimmung (s. auch den Erlaß des Bundesverkehrsministers (BVM) vom 31. Juli 1948 (VkB1 S. 68)), wonach Gewichtsüberschreitungen in bestimmten Grenzen in der Regel unbeanstandet bleiben sollten, ist schon in der Neufassung vom 25. November 1951 (BGBl 1951, S. 1131) nicht mehr enthalten, weil es sich hierbei um Verwaltungsvorschriften handelte. Aber auch eine entsprechende Verwaltungsvorschrift ist seit der Novelle vom 25. November 1951 nicht erlassen worden. Jedoch wird in dem Erlaß des BVM vom 15. Februar 1952 (VkB1 S. 66) empfohlen, bis zum Erlaß einer entsprechenden Vorschrift eine Überschreitung des zulässigen Gesamtgewichts bis zu 5 % nicht zu beanstanden. Eine darüber hinausgehende Überschreitung konnte jedoch damals wie auch heute zu einer Bestrafung nach § 71 StVZO führen. Überschreitet die Belastung sogar einen Satz von 10 %, so kann der Fahrer und der Halter eines so beladenen Fahrzeugs gemäß § 26 Nr. 3 und 4 StVG wegen eines Vergehens mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft werden. Zur Erläuterung für die Beibehaltung gewisser Toleranzen wird in dem Erlaß des BVM vom 15. Februar 1952 ausgeführt: Die

Notwendigkeit der Tolerenzen bestehe nach wie vor, da das Gewicht sowohl der Fahrzeuge selbst als auch der Ladungen nicht voraussehbaren Einflüssen unterliegen wie z.B. Verschmutzung des Fahrzeugs und Eindringen von Nässe in das Fahrzeug und in die Ladung. Ferner sei ein gleichmäßiges Unterbringen des Ladeguts auf der Ladefläche (z.B. Schuttgut, insbesondere Bauschutt), aber auch bei schweren Einzelstücken (z.B. Maschinen) in der Praxis nicht immer möglich, so daß trotz Innehaltung des zulässigen Gesamtgewichts eine Überschreitung der zulässigen Achslasten oft nicht zu vermeiden sei. In einem Erlaß des BVM vom 15. Dezember 1954 (VkB1 S. 526), der allerdings zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht galt, der aber ein eindrucksvolles Bild von der Wichtigkeit einer Einhaltung der über das zulässige Gesamtgewicht von Kraftfahrzeugen erlassenen Vorschriften gibt, wird ausgeführt: Für den Zustand des deutschen Straßennetzes und für die Verkehrssicherheit seien die Überschreitungen des zulässigen Gesamtgewichts von erheblicher Bedeutung. Nach den bisherigen Erfahrungen sei es erforderlich, zur Bekämpfung die schärfsten Mittel anzuwenden. Bei einer Überschreitung von 5 % werde eine Um- oder Entladung zu fordern sein, im übrigen seien Strafanzeigen erforderlich. Bei wiederholten Verstößen sei die Prüfung notwendig, ob die Fahrerlaubnis oder die Erlaubnisse für den Güter- oder Fernverkehr entzogen werden müssten.

Diese Stellungnahme des BVM, die in den angezogenen Erlassen zum Ausdruck kommt, läßt klar erkennen, daß die Toleranzen nicht deshalb geübt werden sollen, um die in § 34 StVZO festgelegten Grenzen des Gesamtgewichtes auf dem Verwaltungswege zu erweitern, und damit der Verkehr sich von vornherein darauf einstellen kann, diese Grenzen bewußt zu überschreiten, sondern nur, um den nicht vermeidbaren Überschreitungen gerecht zu werden. Wer sich aber von vornherein darauf einstellt, ein Kraftfahrzeug mit einer Nutzlast von 11,6 t als 12 Tonner einzusetzen, läuft Gefahr, daß zusätzliche unvermeidbare

Einwirkungen auf das Fahrzeug oder die Last zu einer Überschreitung der Toleranzen führen, die ihn der Gefahr der Strafverfolgung oder sogar der Stilllegung des Fahrzeugs aussetzen. Ob es zu billigen ist, daß der Verkehr bei einem Kaufvertrage, der keine Zusicherung einer bestimmten Nutzlast enthält, Abweichungen von der vereinbarten Nutzlast im Rahmen der Toleranzen hinnimmt, braucht nicht entschieden zu werden. Die aufgezeigten Gesichtspunkte, die bei der Gewährung von Toleranzen für die zuständigen Behörden maßgebend sind, zeigen jedoch eindeutig, daß der Käufer, der sich auf die Einhaltung der Zusicherung beruft, schon aus diesen Gesichtspunkten nicht den Vorwurf einer unzulässigen Rechtsausübung verdient. Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Spielraum für die Toleranz für den Beklagten günstiger wäre, wenn die zulässige Nutzlast die zugesicherte Menge von 11,9 t erreicht und nicht nur 11,6 t betragen hätte. Zwar konnte der Beklagte bei einer Nutzlast, nur in letztgenannter Höhe durch Ausnutzen der Toleranzen eine Beladung von noch etwas mehr als 12 t erzielen. Aber die Toleranzen hätten ihm eine stärkere Beladung gestattet, wenn die zulässige Nutzlast - wie zugesichert - 11,9 t betragen hätte.

Im übrigen ist aber auch die Ansicht des Berufungsgerichts, es müsse davon ausgegangen werden, daß der Beklagte keinen Vermögensschaden erlitten habe, weil er ihn trotz Aufforderung nicht spezifiziert habe, nicht frei von Rechtsirrtum. Der Beklagte hat bereits in der Klagebeantwortung dargelegt, daß er während der damals bereits verflossenen 5 Jahre wegen der Minderleistung des Anhängers einen Gesamtverlust von 6150 DM erlitten habe. Zu einer weiteren Spezifizierung war er, wie bereits angeführt, nicht verpflichtet, weil es sich nicht darum handelte, den Schadensersatz der Höhe nach festzustellen und weil die Vermutung, er könne überhaupt keine nennenswerte und bezifferbare Einbusse erlitten haben, worauf die Revision zutreffend hinweist, im Hinblick auf die Lebenserfahrung so fern liegt, daß sie nicht in Betracht zu ziehen ist. Die Minder-

leistung des Anhängers beträgt gegenüber der Zusicherung immerhin 6 Zentner je Ladung. Ein Vermögensschaden könnte daher allenfalls dann ausscheiden, wenn der Beklagte den LKW-Anhänger von Anfang an als 11,9-Tonner behandelt und ihn über die Toleranzen hinaus beladen hätte. Hiervon durfte das Berufungsgericht jedoch ohne bestimmte Anhaltspunkte nicht ausgehen, ganz abgesehen davon, daß der Beklagte in einem solchen Falle nach den vorangegangenen Erörterungen ein schutzwürdiges Interesse hat, von dem mit der Überladung verbundenen Risiko befreit zu werden. So wie sich der Sachverhalt dem Berufungsgericht bei seiner Entscheidung darbot, verstößt es gegen die Lebenserfahrung, wenn es angenommen hat, es fehle an einer nennenswerten Beeinträchtigung der Vermögensinteressen des Beklagten, so daß sein Verlangen sich als unzulässige Rechtsausübung darstelle. War es aber schon eine Verkenntung der Darlegungspflicht und der Beweislast, wenn das Berufungsgericht vom Beklagten eine Spezifizierung seines Schadens verlangte, so kann es nicht mehr darauf ankommen, ob das Berufungsgericht einen rechtlich zulässigen Schluß aus der Stellungnahme des Beklagten zu dem Aufklärungsbeschluß vom 18. Februar 1958 gezogen hat. Immerhin hat der Beklagte, was sich aus seinem Schriftsatz vom 8. März 1958 eindeutig ergibt, den Beschluß nur in dem Sinne aufgefaßt, er solle einerseits seinen Schaden und andererseits seine Vorteile aus der Benutzung des Anhängers deshalb angeben, damit das Gericht eine Grundlage für die Bemessung des von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten Anspruchs auf Nutzungsvergütung gewinne. Nur weil er die Ansicht vertrat, daß dieser Anspruch in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht erhoben werden dürfe, hat er seine Einlassung hierzu verweigert.

Nach alledem können die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung des Beklagten nicht tragen.

II. Das angefochtene Urteil konnte auch nicht hinsichtlich des Hilfsbegehrens der Klägerin aufrecht erhalten werden.

Die Klägerin hat ihr Klagebegehren und ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage hilfsweise damit begründet, daß der Beklagte ihr für die Zeit, in der er seit der Vereinbarung vom Oktober / November 1957 den Anhänger in seinem Betriebe verwendet habe, eine Nutzungsvergütung schulde, die mindestens die Beträge von Klage und Widerklage zusammengerechnet ausmache. Weil der Kläger jede Auskunft darüber verweigert hat, welche Nutzungen ihm dadurch zugeflossen sind, bzw. welche Ersparungen er dadurch gemacht hat, glaubte das Berufungsgericht davon ausgehen zu können, daß der Beklagte jedenfalls eine Nutzung in der angegebenen Höhe gehabt haben müsse. Es hat daher ausgeführt, daß auf jeden Fall diese Hilfsbegründung den Anträgen der Klägerin zum Erfolge verhelfen müsse, wenn man dem Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zuerkennen wollte.

Die Revision beanstandet mit Recht, die Auslegung der während des Rechtsstreits getroffenen Vereinbarung der Parteien. Seine Ansicht, die Klägerin könne dem Schadensersatzanspruch des Beklagten in diesem Rechtsstreit ihre angebliche Forderung auf Nutzungsvergütung entgegenhalten, begründet das Berufungsgericht lediglich mit der Erwägung, es könne sich dem Standpunkt des Beklagten, daß die Nutzungsvereinbarung für die Entscheidung völlig auszuschneiden habe, nicht anschließen. Der Hinweis der Revision, die Vereinbarung sei ausschließlich im Interesse der Klägerin getroffen worden, um den Schaden zu mindern, sie habe dagegen nicht den Beklagten um seine Rechtsstellung im Prozeß bringen sollen, entbehrt jedoch nicht ohne weiteres der Berechtigung. Das Berufungsgericht hätte diesen Gesichtspunkt, wollte es nicht gegen § 286 ZPO verstoßen, eingehend prüfen und seine gegenteilige Ansicht näher begründen

müssen. Dabei hätte es auch prüfen müssen, ob seine Auslegung mit den §§ 133, 157 BGB vereinbart werden könnte, solange nicht gewichtige Gründe dafür ermittelt werden könnten, daß die Parteien durch die Vereinbarung auch ins Auge gefaßt hätten, den Vorteil des Beklagten aus der Nutzung mit dem Schadensersatzanspruch des Beklagten schon in diesem Rechtsstreit zu verrechnen.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, daß eine Verrechnung im vorliegenden Rechtsstreit mit den Parteiabsichten vereinbar sei, so wird es auch erneut zu prüfen haben, wie die Gebrauchsvorteile des Beklagten zu bewerten sind. Daß die Parteien bei Abschluß der Vereinbarung daran gedacht hätten, der Beklagte müsse als Nutzungsvergütung eine Art Mietzins bezahlen, dürfte der Sachlage kaum gerecht werden und den Parteien ferngelegen haben. Näher liegt es dagegen anzunehmen, daß die Parteien in der Tat nichts anderes bezweckt haben, als ein Anwachsen des für einen Teil unvermeidlichen Schadens zu verhüten. Für diesen Fall ist zu erwägen, daß der Beklagte, hätte er anderweit einen Wagen der gleichen Art und Güte erworben, den er nicht zurückzugeben hätte, den er vielmehr weiter verwenden könnte, im Zeitpunkt der Verrechnung ein entsprechend abgenutztes Fahrzeug zur Verfügung hätte. Es spricht daher vieles dafür, den Ausgleichsanspruch der Klägerin diesem Abnutzungs- oder Minderwerte entsprechen zu lassen. Auf alle Fälle aber wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß es nicht angeht, den Ausgleichsanspruch der Klägerin nur mit dem der Widerklage zugrunde liegenden Rückforderungsanspruch über 1000 DM zu verrechnen, sondern daß eine Gesamtverrechnung stattzufinden hat, bei der zugunsten des Beklagten auch der über die 1000 DM

41

hinaus bezahlte Kaufpreis nebst Zinsen und der dem Beklagten aus dem Fehlen der Zusicherung erwachsene Schaden zu berücksichtigen ist. Dabei würde es sich hier nicht um eine unzulässige Verweisung der Aufrechnung auf den nicht eingeklagten Teilbetrag, sondern um eine Art Vorteilsausgleichung handeln.

Es war geboten, von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Dorschei

Dr. Mezger

Dr. Messner