

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: ja.

BGB § 463

Der Käufer kann den Gewährleistungsanspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 463 BGB dahin geltend machen, daß er die Kaufsache ohne Nachweis des fehlenden Interesses an ihrem Behalten ablehnt, die Rückzahlung des Kaufpreises fordert und den ihm außerdem durch die Nichterfüllung des Vertrages erwachsenen Schaden berechnet (vgl. BGHZ 27, 215 für § 635 BGB).

BGB §§ 465, 242 Cd

Der Käufer kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus mangelhafter Beschaffenheit der Kaufsache auch kann verlangen, wenn in einem Vorprozeß die Klage des Verkäufers auf den restlichen Kaufpreis auf die vom Käufer erhobene Wandlungseinrede hin rechtskräftig abgewiesen worden ist, es sei denn, daß sein Verlangen auf Schadensersatz anstelle der Wandlung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles mit Treu und Glauben unvereinbar ist.

BGH, Urt. v. 8. Januar 1959 - VIII ZR 174/57

OLG München

VIII ZR 174/57

Verkündet am 8. Januar 1959
[REDACTED], 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 Transportunternehmers Max B [REDACTED] in O [REDACTED]
[REDACTED]-I [REDACTED].

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt S [REDACTED] -

gegen

die Firma Robert B a [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, Kraftwagen-Spedition, in St [REDACTED], vertreten durch
den Geschäftsführer Robert Ba [REDACTED] in F [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Januar 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München
vom 29. Mai 1957 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kaufte am 20. Januar 1949 von der Beklagten einen gebrauchten Lastkraftwagen, Fabrikmarke Büssing, "wie besichtigt unter Ausschluß jeder Gewährleistung" zum Preise von 30.000 DM. Er leistete auf den Kaufpreis eine Anzahlung von 25.000 DM und übernahm für den Restbetrag Wechselverpflichtungen.

Das Fahrzeug hatte am 3. Juli 1946 einen Zusammenstoß mit einem Lastkraftwagen gehabt, wobei beide Fahrzeuge beschädigt worden waren. Unter anderem war auch der Rahmen des dem Kläger veräußerten Fahrzeugs beschädigt worden. Umfang und Art dieser Beschädigung sind zwischen den Parteien streitig. Dem Kläger wurde bei dem Kauf von dem Unfall nichts gesagt. Auf der Überführungsfahrt von München nach Lörrach, bei der ihn der Zeuge L. begleitete, fuhr der Kläger beim Einbiegen in eine andere Straße gegen eine Brücke, wobei das Fahrzeug nach Darstellung des Klägers auf der rechten Seite nur unerheblich jedenfalls nicht am Rahmen, beschädigt worden sein soll. Im Februar 1949 mußte der Wagen bei einer Fahrt nach Ulm in die Reparaturwerkstatt der Firma Auto-M. in Stockach gebracht werden. Dort besichtigte der Diplomingenieur K. aus Konstanz auf Veranlassung des Klägers das Fahrzeug. Der Sachverständige stellte Schäden am Motor fest, der nach seiner Ansicht generalüberholt werden mußte, und Schäden am Chassis, die, wie es in einem dem Kläger am 13. Juni 1949 erstatteten schriftlichen Gutachten dieses Sachverständigen heißt, auf einen früheren starken Unfall schließen ließen.

Gegenüber den Ansprüchen aus den beiden für den restlichen Kaufpreis gegebenen Wechseln, auf die eine vom Kläger am 12. Februar 1949 geleistete Zahlung von 1.100 DM in Anrechnung gebracht wurde, wandte er in dem gegen ihn von der Verkäuferin angestrenzten Wechselprozeß ein, er



sei wegen verschwiegener Mängel des Fahrzeugs zur Wandlung oder Minderung berechtigt und könne Schadensersatz beanspruchen. Er verlangte gleichzeitig einredeweise Schadensersatz wegen der Instandsetzungskosten, die er auf etwa 4.000 DM bezifferte, und des Verdienstausschlags, der ihm in Höhe von mehreren 1.000 DM entstanden sei. Mit Schriftsatz vom 17. Juni 1949 führte er sodann aus, es sei inzwischen festgestellt worden, daß das Chassis vollkommen verzogen sei und daß diese Beschädigung von einem Unfall herrühre, den der LKW im Januar 1948 gehabt habe. Er wies darauf hin, er habe bereits mit Schreiben vom 1. März 1949 Wandlungs- bzw. Minderungsansprüche geltend gemacht, mit einer Minderung sei ihm nunmehr nicht gedient, er mache jetzt einredeweise von seinem Recht der Wandlung Gebrauch, verlange Rückzahlung der amgezählten 25.000 DM, darüber hinaus stünden "eventualiter" ihm Schadensersatzansprüche zu, die den Kaufpreisrest erheblich überstiegen.

Im Wechselprozeß-Nachverfahren wurde die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß die erklärte Wandlung durchgreife. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der damaligen Klägerin durch Urteil vom 3. Juli 1951 zurückgewiesen.

Darauf hat der Kläger in dem vorliegenden Rechtsstreit Erstattung der geleisteten Zahlungen von 26.100 DM mit der Begründung gefordert, daß er anstelle der Wandlung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Er hat im ersten Rechtszuge die Klage um weitere Schadensbeträge von 3.521,85 DM und 75.000 DM erhöht, die neuen Anträge jedoch nicht verlesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt er den Anspruch auf Zahlung von 26.100 DM mit Zinsen weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Kläger hat gegen das Urteil des Oberlandesgerichts am 27. September 1957 Revision eingelegt, nachdem er hierfür rechtzeitig das Armenrecht beim Bayerischen Obersten Landesgericht nachgesucht und es bewilligt erhalten hatte und die Revisionsfrist verstrichen war. Der erkennende Senat hat ihm durch Beschluß vom 6. Dezember 1957 Wiedereinsetzung gegen die Versäumung dieser Frist erteilt.

Das Oberlandesgericht hat dem Kläger durch Beschluß vom 4. November 1955 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung erteilt. Dieser Beschluß unterliegt der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Bedenken gegen die Begründetheit der Wiedereinsetzung sind dem ihr zugrundeliegenden Sachverhalt jedoch nicht zu entnehmen. Danach hatte der Kläger noch vor Einlegung der Berufung um das Armenrecht nachgesucht. Das Berufungsgericht hat ihm daraufhin mit Verfügung vom 3. Mai 1955 aufgegeben, neue Armenrechtsunterlagen beizubringen. Die Frist zur Berufungsbegründung lief am 25. Mai 1955 ab. Am 4. Juni 1955 reichte der Kläger das ihm am 2. Juni 1955 ausgestellte Vermögenszeugnis, einen Grundbuchauszug vom 31. Mai 1955 und eine Lohnbescheinigung vom 9. Mai 1955 dem Oberlandesgericht ein. Dieses hat ihm auf Grund dieser Unterlagen das Armenrecht bewilligt. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Kläger die ihm zumutbaren Bemühungen nicht rechtzeitig unternommen hat, um die Armenrechtsunterlagen noch vor Ablauf der Frist zur Berufungsbegründung dem Berufungsgericht vorzulegen. Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beruht allerdings auch darauf, daß keine Fristverlängerung beantragt worden ist. Darin ist jedoch kein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten zu sehen, der die Berufung eingelegt hat. Er hatte das Armenrecht nicht selbst nachgesucht und in der

Berufungsschrift erklärt, daß er sich weitere Anträge vorbehalte, nachdem über das von einem anderen Rechtsanwalt eingereichte Armenrechtsgesuch entschieden sei. Damit hat er zum Ausdruck gebracht, daß er seine Tätigkeit auf die Einlegung des Rechtsmittels beschränken wolle. Dafür, daß er es übernommen habe, auch für die Verlängerung der durch die Einlegung des Rechtsmittels in Lauf gesetzten Begründungsfrist zu sorgen, liegen keine Anhaltspunkte vor, ebenso wenig dafür, daß die Versäumung der Frist auf einer unterlassenen Belehrung des Klägers durch den Prozeßbevollmächtigten (vgl. dazu BGHZ 7, 280, 286) oder durch den das Armenrecht nachsuchenden Rechtsanwalt beruht. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Kläger durch seine Armut im Sinne des Gesetzes gehindert war, die Frist zu wahren und die Versäumung auch nicht auf dem Verschulden eines Parteivertreters beruht.

II. Das Oberlandesgericht hat angenommen, der Kläger könne Schadensersatzansprüche deshalb nicht mehr geltend machen, weil im Vorprozeß gegenüber dem restlichen Zahlungsanspruch der Verkäuferin die Wandlung einredeweise geltend gemacht, diese mit der rechtskräftigen Abweisung der Klage durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 1951 bindend festgestellt worden und damit gemäß § 465 BGB vollzogen sei. Dadurch sei das Wahlrecht des Käufers aus § 463 BGB ausgeschlossen. Infolgedessen habe der Kläger nicht zum Schadensersatzanspruch übergehen können. Die Durchführung der Wandlung sei dem Kläger aber gemäß §§ 467, 351 BGB deshalb zu versagen, weil er vor ihrem Vollzug eine wesentliche Verschlechterung der Kaufsache verschuldet habe. Hierzu würdigt das Berufungsurteil den von dem Sachverständigen B. am 11. Juni 1952 und von dem Zeugen und Sachverständigen K. bereits am 18. Februar 1949 festgestellten Rahmenschaden und gelangt auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, daß

der Schaden bei der Übergabe des Fahrzeugs am 20. Januar 1949 noch nicht vorhanden gewesen sein könne. Sei der Schaden aber nach diesem Zeitpunkt entstanden, so treffe den Kläger für sein Nichtverschulden die Beweislast. Diesen Beweis habe er nicht geführt. Es komme hinzu, so führt das Berufungsgericht weiter aus, daß der Kläger das Fahrzeug monatelang ohne entsprechenden Schutz im Freien habe stehen lassen. Damit habe er in der Zeit bis zum Vollzug der Wandlung zusätzlich eine wesentliche Verschlechterung verschuldet. Er hätte auf jeden Fall die Beklagte davon verständigen müssen, daß er zu einer entsprechenden Unterbringung des Wagens nicht in der Lage sei.

III. Der Begründung des Berufungsurteils kann aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden.

1. Der Kläger hat den Lastkraftwagen laut Formblattantrag vom 20. Januar 1949 "gebraucht, wie besichtigt unter Ausschluß jeder Gewährleistung" gekauft. Auf diese Freizeichnung kann sich die Beklagte nicht berufen, wenn sie dem Kläger den Unfall vom 3. Juli 1946 arglistig verschwiegen hat (§ 476 BGB). Beim Kauf eines unfallbeschädigten Lastkraftwagens ist der Verkäufer in der Regel rechtlich verpflichtet, dem Kaufinteressenten alle Umstände bekannt zu geben, die die Tauglichkeit des Fahrzeugs auch nach vollzogener Ausbesserung betreffen und geeignet sind, seinen auf den Erwerb gerichteten Willen zu beeinflussen. Wußte der Kaufinteressent nichts von einem Unfall und hat ihn der Verkäufer verschwiegen, so kann schon darin das arglistige Verschweigen eines Mangels der Kaufsache gesehen werden (vgl. Kuhn in BGB RGRK 11. Aufl. vor § 433 Anm. 8).

Der Kläger hat sein Verlangen auf Erstattung des bezahlten Kaufpreises darauf gestützt, daß er gemäß § 463 BGB anstelle der Wandlung Schadensersatz wegen Nichter-

füllung fordere. Bei diesem Anspruch kann der Käufer nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ohne Nachweis eines fehlenden Interesses den Kauf als gänzlich unerfüllt behandeln, also die Annahme und das Behalten der Kaufsache ablehnen und den ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages schlechthin erwachsenen (positiven) Schaden berechnen. Da er nicht genötigt ist, die Kaufsache zu behalten, kann er auch die Rückzahlung des Kaufpreises fordern (RGZ 134, 83, 90 mit Nachweisen der älteren Rechtsprechung). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat zwar im Schrifttum Widerspruch gefunden (vgl. BGHZ 27, 215, 217 mit Nachw.). Der Auffassung des Reichsgerichts folgen außer den in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs Genannten auch Kuhn aaO. § 463 Anm. 4; Brüggenmann bei Achilles/Greifff BGB 20. Aufl. § 463 Anm. 5; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. § 108 III 2 S. 437 und 112 I 3 S. 453. Die Gegenmeinung räumt dieses Recht dem Käufer nur ein, falls für ihn kein Interesse daran besteht, die mangelhafte Sache zu behalten und nur den aus dem Mangel folgenden Schaden zu beanspruchen. Der Bundesgerichtshof ist in der angeführten Entscheidung der Rechtsprechung des Reichsgerichts für den Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB gefolgt. Der erkennende Senat sieht keinen Anlaß, von ihr für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 463 BGB abzugehen.

Aus § 463 BGB ergibt sich indes, daß Schadensersatz wegen eines Mangels nach Gewährleistungsrecht dann nicht mehr verlangt werden kann, wenn der Anspruch auf Wandlung oder Minderung unwiderruflich geworden ist (Kuhn aaO § 465 Anm. 16). Das ist nach § 465 BGB dann der Fall, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit der Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt hat. Hieran fehlt es jedoch in dem vorliegenden Fall. Deshalb steht hier zur Entscheidung, ob das Wahlrecht des Käufers auf Grund des Urteilsspruches auch dann entfällt,

wenn die Klage auf den restlichen Kaufpreis auf Grund des einredeweise erhobenen Anspruchs auf Wandlung des Kaufvertrages abgewiesen worden ist. Diese Frage ist im Schrifttum ebenfalls umstritten. Der erkennende Senat ist auf Grund folgender Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, daß sie nur für den Einzelfall unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entschieden werden kann.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Wandlungsrecht gerade deshalb als Anspruch ausgestattet, weil es den Käufer nicht wie beim Rücktritt an die einmal ausgesprochene Erklärung binden wollte (Prot. S.1423 = Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II S.666). Es mag sein, daß damit auch für die Verjährung eine Grundlage geschaffen werden sollte (Thiele AcP 93,387,403). Diese Rechtsgestaltung hat zu der Frage geführt, ob der Käufer Anspruch auf Abschluß eines Vertrages hat, also auf Abgabe der Einverständniserklärung zur Wandlung klagen kann und erst auf Grund dieses Vertrages Rückgewähransprüche erwachsen können, ob unter diesem Gesichtspunkt auch in der Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises das Begehren des Käufers auf Einwilligung in die Wandlung zu sehen ist und ob sich die Wandlung durch Richterspruch unmittelbar vollzieht, wenn der Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises stattgegeben wird.

Insoweit als der Vollzug der Wandlung unter dem Gesichtspunkt des Vertragscharakters gesehen und es als zulässig erachtet worden ist, gleichwohl die Klage sofort auf Rückgewähr des Kaufpreises zu richten, wird darauf hingewiesen, daß bei dieser Rechtsbetrachtung die Klage auf Erfüllung des Rückgewähranspruches schon vor dessen Entstehung zugebilligt werde, während die Zivilprozeßordnung die Klage nur für bereits entstandene Ansprüche zur Verfügungstelle (vgl. Kuhn aaO § 465 Anm.2

a.E.). Zutreffend wird in diesem Zusammenhang auch noch geltend gemacht, daß es an jeder Grundlage im Rechte für die Möglichkeit und Zulässigkeit einer stillschweigenden Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung fehlt. Diesem Bedenken gegen den Vertragscharakter der Wandlung trägt die sogenannte Herstellungstheorie Rechnung, die den Standpunkt vertritt, § 462 BGB gebe dem Käufer einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen des Kaufs, im Falle der Wandlung also einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises oder auf Befreiung von der Kaufpreisschuld. Die Bedeutung des § 465 BGB liege darin, daß die Einverständniserklärung des Verkäufers mit der Wandlung oder mit der Minderung dem Käufer das Recht nehme, von dem einen Rechtsbehelf zu dem anderen, d.h. im Falle der Wandlung zur Minderung oder zum Schadensersatzanspruch überzugehen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird die Auffassung vertreten, das Wahlrecht des Käufers entfalle mit der Rechtskraft des auf die Wandlungs- und Minderungsklage ergehenden Urteils.

Bötticher hält der Herstellungstheorie entgegen, der Kaufvertrag müsse aufgehoben werden, um die ihm entgegengesetzten Rückgewähransprüche entstehen zu lassen (Bötticher, Die Wandlung als Gestaltungsakt, 1938, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr.24 S.5/6, 8, 12, 13). Im Streitfalle vollziehe sich die Wandlung durch Richterspruch (aaO S.31). Der Käufer habe nicht die Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung, sondern den Erlaß eines Gestaltungsurteils zu begehren. Mache der Käufer die Wandlung innerhalb der Frist des § 477 BGB klage- oder einredeweise geltend, so begehre er richterlichen Wandlungsvollzug. Erreiche er dagegen die Abweisung der Kaufpreisklage auf Grund des § 478 BGB, nämlich nach rechtzeitiger Anzeige des Mangels, so könne er allerdings nicht die Rückzahlung einer Anzahlung erreichen, da es in diesem Falle nicht zur Vollziehung einer Wand-

lung gekommen sei (aaO S.44 ff). Erreiche der Käufer aber mit einer innerhalb der Frist des § 477 erhobenen Wandlungseinrede die rechtskräftige Abweisung des Restkaufgeldanspruchs, so sei in diesem Falle damit die Wandlung richterlich vollzogen und der Anspruch auf Rückzahlung seiner Anzahlung entgegen RGZ 69,385 vom abermaligen Nachweis des Sachmangels und der Einhaltung der Frist des § 477 unabhängig (aaO S.47, 57). Denn soweit das Urteil Gestaltungswirkung habe, müsse die in ihm sich vollziehende Wandlung oder Minderung von allen - insbesondere von den Gerichten in jedem späteren Verfahren - beachtet werden, ohne daß dafür die Grenzen der Rechtskraft eine Rolle spielten (aaO S.52). Unter Hinweis auf Böttichers Ausführungen lehnt Larenz (Lehrbuch des Schuldrechts 2.Aufl. 1957, Besonderer Teil, § 37 II a S.44) die Herstellungstheorie als mit dem Gesetz nicht im Einklang stehend ebenfalls ab. Er nimmt an, die Wandlung werde auch ohne Einverständniserklärung des Verkäufers auf Klage des Käufers durch das rechtskräftige Urteil im Wege richterlichen Gestaltungsakts selbst dann vollzogen, wenn es ausdrücklich nur auf Rückzahlung des Kaufpreises gehe, der Sache nach zugleich die Vollziehung der Wandlung im Wege richterlicher Gestaltung enthalte. Daß dies auch gelten soll, wenn die Wandlung nur einredeweise und nur gegenüber einem Teil des Kaufpreises erfolgreich erhoben worden ist, wird aaO zwar nicht ausdrücklich gesagt, ist aber der Rechtsauffassung von Larenz über die Wandlung durch richterlichen Gestaltungsakt sowie seinen Ausführungen in NJW 1951,497,500 l.Sp. unten zu entnehmen (ebenso im Ergebnis Ostler bei Staudinger BGB 11.Aufl. § 478 Nr.21, vgl. § 462 Nr.8 und 465 Nr.12 zu cc).

Diesen Auffassungen steht die Ansicht gegenüber, das die Kaufpreisklage wegen der Wandlungseinrede abweisende Urteil bewirke keinen Vollzug der Wandlung (Planck BGB 4. Aufl. § 478 Anm.2 a; Thiele aaO S.418; Enneccerus/Lehmann,

Recht der Schuldverhältnisse 15.Bearb. §§ 110 I 2 f S.445; Kuhn aaO S.465 Anm.6 u. 9; Brüggemann bei Achilles/Greifff BGB 20.Aufl. § 465 Anm.2; Böhle-Stammschräder bei Erman BGB 2.Aufl. § 465 Anm.6; eingeschränkt auch Gramm bei Palandt BGB 17.Aufl. § 465 Anm.3).

Das Reichsgericht hat den Streit zwischen Vertrags- und Herstellungstheorie nicht entschieden (vgl. Kuhn aaO § 465 Anm.4). Es hat jedoch die Ansicht abgelehnt, in der Aberkennung des Klaganspruchs auf den geltend gemachten Teil des Kaufpreises sei die Verurteilung des Klägers zu sehen, daß er sich mit dem Wandlungsbegehren einverstanden erklären müsse (RGZ 69,385,388). Es hat ferner aus den Regeln über die Rechtskraft des Urteils gefolgert, der Käufer müsse auch dann, wenn ein Teil des Kaufpreisan- spruchs wegen erfolgreicher Wandlungseinrede abgewiesen worden ist, zur Begründung des Anspruchs auf die Rück- zahlung einer Anzahlung auf die Mangelhaftigkeit der Sa- che zurückkommen und die Berechtigung seines Wandlungs- begehrens dartun, da dessen Anerkennung im Vorprozeß nur einen Entscheidungsgrund bilde und als solcher in Rechts- kraft nicht erwachse. Demnach handle es sich bei der Klage des Käufers auf Rückzahlung der Anzahlung, wenn sie auf Wandlung gestützt werde, immer noch um einen Anspruch auf Wandlung. In RGZ 147,390 behandelt das Reichsgericht für einen besonders gelagerten Fall, in dem die Wandlung nicht in Natur vollzogen werden konnte, die Frage, ob der Be- steller eines Werkes noch Schadensersatz wegen Nichter- füllung aus mangelhafter Beschaffenheit des Werkes ver- langen kann, nachdem in einem Vorprozeß die Werklohnklage des Unternehmers auf die vom Besteller erhobene Wandlungs- einrede hin rechtskräftig abgewiesen worden ist. Dazu hat das Reichsgericht ausgeführt, es müsse ohne Rücksicht auf den Meinungsstreit darüber, mit welcher Begründung die Bindung des Bestellers an die im Vorprozeß erklärte Wand-

lung angenommen werde, die Bindung unter den Gesichtspunkt von Treu und Glauben gestellt werde. Sie könne sich immer nur herleiten aus der Unzulässigkeit eines Widerspruchs seines nunmehrigen Begehrens mit der Haltung, die er im Vorprozeß eingenommen und die ihm dort zum Erfolg verholfen habe. Liege ein solcher Widerspruch nicht vor, dann entfalle die Bindung. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Reichsgericht die Rechtsansicht begründet, daß bei einer weitgehenden Übereinstimmung des Anspruchsinhalts der Wandlungsansprüche und der Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den Ausschluß des Wahlrechts des Bestellers weder aus dem Grunde Raum sei, weil die Wandlung bereits vollzogen sei, noch aus dem Grunde, weil jedenfalls der Besteller an sein früher mit Erfolg geltend gemachtes Wandlungsbegehren gebunden bleibe (aaO S.394, 395). Dabei hat das Reichsgericht zum Ausdruck gebracht, diese Erwägungen seien auch für die Gewährleistungsansprüche des Käufers anzuwenden. Die weitgehende Übereinstimmung des Anspruchsinhalts hat das Reichsgericht darin gesehen, daß eine Rückgewähr des bemängelten Bauwerkes durch den Besteller nicht in Frage kam, so daß auch sein Wandlungsbegehren lediglich das Verlangen nach einem Ausgleich der beiderseitigen Leistungen zum Gegenstand haben konnte, während der Schadensersatzanspruch des Bestellers ebenfalls hierauf gerichtet war.

Den grundsätzlichen Erwägungen des Reichsgerichts könnte entnommen werden, daß ohne Rücksicht darauf, ob mit der erfolgreichen Erhebung der Wandlungseinrede die Wandlung als vollzogen anzusehen sei, der Übergang zum Schadensersatzanspruch dem Käufer dann nicht verwehrt werden könne, wenn er auf ein inhaltlich gleiches Ergebnis gerichtet ist, also auch dann, wenn nur die Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen erstrebt wird. In Fort-

führung dieser rechtlichen Betrachtungsweise könnte in Betracht kommen, bei einem weitergehenden Schadensersatzanspruch jedenfalls hinsichtlich des Anspruchs auf Rückgewähr des Kaufpreises keinen Widerspruch zu dem durch Erhebung der Wandlungseinrede eingenommenen Verhalten des Käufers zu sehen. Hierfür könnte auch sprechen, daß der Käufer trotz des Obsiegens im Vorprozeß die Voraussetzungen der Berechtigung seines Wandlungsbegehrens neuerdings nachweisen muß und daß bei solcher Rechtslage der Verkäufer ungleich günstiger gestellt wäre, wenn er, ohne sich mit der Wandlungseinrede einverstanden erklärt zu haben, geltend machen dürfte, sie sei bereits durch erfolgreiche Erhebung dieses Rechtsbehelfs in dem Vorprozeß für den Käufer bindend geworden. Sprechen demnach schon diese Erwägungen dafür, eine solche Bindung nicht schlechthin anzunehmen, so kommt hier hinzu, daß sich der Kläger bei Erhebung der Wandlungseinrede die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorbehalten hat. Jedenfalls kann aber aus den bereits erörterten Gründen in der rechtskräftigen Abweisung der Klage der jetzigen Beklagten aus den ihr für den Restkaufpreis gegebenen Wechselln keine Ersetzung des Einverständnisses des Verkäufers mit der verlangten Wandlung noch eine restgestaltende Entscheidung gesehen werden, die einer Vollziehung der Wandlung im Sinne des § 465 BGB gleichzusetzen ist. Daraus ergibt sich, daß eine Bindung des Käufers an die im Vorprozeß erklärte Wandlung nur dadurch begründet sein kann, daß sich der Verkäufer hiermit einverstanden erklärt oder daß die Wahl des Schadensersatzanspruchs anstelle der Wandlung mit der im Vorprozeß eingenommenen Haltung nach Treu und Glauben unvereinbar ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Käufer mit der Erhebung des Schadensersatzanspruchs unter den besonderen Umständen des Einzelfalles gegen Treu und Glauben verstößt (so wohl auch Kuhn aaO § 465 Anm.9). Es ist zwar im Schrifttum auch die Ansicht vertreten, der Käufer verstoße schon deshalb gegen Treu und Glauben, weil er im Vorprozeß die

Wandlungseinrede erhoben habe (Enneccerus/Lehmann aaO § 110 I 2 f S.445; zweifelnd Bruggemann aaO). Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden.

Der von dem Kläger geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, den er auf die arglistige Verheimlichung eines schweren Unfalls stützt, ist mit seinem Verhalten im Vorprozeß nicht so unvereinbar, daß ihm aus diesem Grunde zu versagen wäre, ihn geltend zu machen. Er hat sich nämlich, wie bereits ausgeführt, in dem Vorprozeß Schadensersatzansprüche vorbehalten. So hat er in dem Schriftsatz vom 7. Juni 1949 seine in dem Schriftsatz vom 28. Mai 1949 vorgetragenen Einreden ergänzt und dazu ausgeführt, er könne nicht nur Minderungs- bzw. Schadensersatzansprüche geltend machen, sondern statt dessen auch Wandlung verlangen. In dem Schriftsatz vom 17. Juni 1949 hat er sodann unter Berufung auf eine Beschädigung des Chassis, die von einem Unfall herrühre, erklärt, daß er von seinem Rechte der Wandlung Gebrauch mache. Er hat aber auch in diesem Zusammenhang anschließend darauf hingewiesen, daß ihm auf Grund des arglistigen Verhaltens der damaligen Klägerin Schadensersatzansprüche zustünden, und hat sich abschließend entsprechende Anträge vorbehalten. Schon mit Rücksicht hierauf widerspricht es nicht Treu und Glauben, wenn der Kläger in dem vorliegenden Rechtsstreit Schadensersatz anstelle der Wandlung verlangt.

IV. Dieses Verlangen ist dem Kläger auch nicht deshalb zu versagen, weil der Lastkraftwagen bei der Überführungsfahrt einen Schaden erlitten hat. Das Berufungsgericht hat den Umfang dieses Schadens nicht festgestellt, überdies lediglich als möglich und ^{nicht} widerlegt angesehen, daß der von dem Sachverständigen K. [REDACTED] bereits am 18. Februar 1949 festgestellte Rahmenschaden bei der Überführungsfahrt vom 20. Januar 1949 entstanden sein könnte. Diese Annahme wird jedoch von der Revision angegriffen. Dazu ist folgendes

zu bemerken. Das Berufungsgericht hat der Aussage des Zeugen L. entnommen, daß der Kläger mit der rechten Seitenwand des Wagens auf eine Brücke aufgefah-
ren sei, wobei der unter dem Auto befestigte Werkzeugkasten abgerissen worden und auch der rechte Rahmen beschädigt worden sei. Der Kläger sei dann weiter nach Lörrach gefahren. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß nach dem Gutachten des Sachverständigen B. vom 30. September 1952 die beiden Längsträger des Rahmens von links nach rechts verzogen und in sich verdreht sein sollen und daß der Kläger die Einnahme des Augenscheins an der Unfallstelle zum Beweis dafür beantragt hat, daß dieser Rahmenschaden bei dem Einbiegen auf die Brücke nicht entstanden sein könne. Es kommt hinzu, daß nach der Aussage des Zeugen V. vom 14. Mai 1956 sich das Hindernis, das den Rahmenschaden zufolge Anfahrens verursacht haben müsse, sich auf der linken Seite des Fahrers befunden haben müsse. Unter diesen Umständen wäre auch unter dem Gesichtspunkt des § 351 BGB, den das Berufungsgericht für anwendbar gehalten hat, die Rüge begründet, der Sachverhalt hätte insoweit weiter aufgeklärt werden müssen. Weiter ist zu berücksichtigen, daß der Zeuge und Sachverständige Z. nach seiner Aussage vom 3. Januar 1957 den Wagen am 18. Februar 1949 und 7. März 1949 besichtigt und auf Grund seiner Feststellungen erklärt hat, er habe den Rahmenschaden in seinem Ausmaß erst nach Freilegung des Rahmens und Ausbau des Motors festgestellt. Dazu hat er in seinem Gutachten vom 13. Juni 1949 ausgeführt, das linke Vorderchassis sei stark verbogen und verschränkt, das rechte Vorderchassis sei ebenfalls in Höhe der Federfaust verbogen. Das linke Chassis hänge um etwa 2 cm gegenüber dem rechten Chassis und weise an zwei Stellen Schweißspuren auf. Der Chassisrahmen sei demnach mit dem Schweißapparat heißge-

nacht und notdürftig gerichtet worden. Die Verschraubungslöcher am linken Chassisvorderteil seien mit dem Schweißbrenner ausgeweitet worden, weil sie wegen der entstandenen Verkrümmung des Chassis bei Einbau der vorderen Quertraverse nicht aufeinandergepaßt hätten. Infolge der Verschränkung der Chassisteile seien die Federfüße verschränkt im Chassisrahmen. Eine Reparatur oder Instandsetzung des Chassis sei nicht möglich, es sei denn, daß der gesamte Rahmen ausgebaut und auf einer Kaltpresse wieder hergerichtet werde, sonst müsse ein neuer Chassisrahmen Verwendung finden. Nach seiner Überzeugung könnten die von ihm festgestellten Reparaturen am Rahmen nicht in der Zeit vom 20. Januar bis 12. Februar 1949 vorgenommen worden sein, der Schaden sei nach dem Gesamtzustand unter Berücksichtigung der von ihm aufgeführten Einzelheiten etwa 1/2 bis 3/4 Jahr vor der Besichtigung eingetreten. Demgegenüber hätte es einer einwandfreien Feststellung bedurft, die geeignet sein könnte, die Feststellungen des Zeugen und Sachverständigen K. zu widerlegen. Der Zeuge V. hat aber, wie er selbst bekundet hat, eine solche Untersuchung des Rahmens nicht vorgenommen. Der von der Beklagten vorgelegten Rechnung der Firma Bü.-Wagen-Vertrieb Hugo D. in München über den ihr am 25. März 1947 erteilten Reparaturauftrag an dem ihr zugeschleppten Lastkraftwagen, die sich auf das hier in Rede stehende Fahrzeug bezieht, ist zu entnehmen, daß eine Reihe von Unfallschäden behoben werden sollten. Darin ist u.a. das Aus- und Einbauen des Motors und das Ausrichten des Rahmens aufgeführt. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht aufgeklärt, in welcher Weise der Rahmenschaden damals behoben worden ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, daß die Beklagte selbst ausgeführt hat, sie könne nicht behaupten, daß der Unfall des Klägers an der Brücke zu dem Rahmenschaden geführt habe, und hinzugefügt hat, vielleicht habe er noch einen Unfall erlitten.

Wenn wirklich anzunehmen wäre, daß der Kläger den Lastkraftwagen ohne einen Rahmenschaden in dem später nach der Aussage des Zeugen V. auch äußerlich sichtbaren Ausmaß übergeben erhalten hatte, so hätte doch der Behauptung des Klägers nachgegangen werden müssen, daß jedenfalls ein früherer Unfall für die später sichtbar gewordene stärkere Verkrümmung des Rahmens ursächlich sein müsse. Dazu hätte es der Feststellung des bei dem früheren Unfall erlittenen Rahmenschadens und der Art seiner Beseitigung bedurft, wofür Beweis angetreten worden war. Dies wird das Berufungsgericht nunmehr unter dem Gesichtspunkt des vom Kläger verfolgten Schadensersatzanspruchs zu beachten haben.

Die Revision hat auch gerügt, das Berufungsgericht hätte die im Schriftsatz vom 12. November 1956 S. 2, 3 und 4 angetretenen Beweise erheben müssen, mit denen der Kläger sich auf die Augenzeugen des Unfalles vom 3. Juli 1946, Sc. und Be., und auf die Zeugen Do., Bo. und St. berufen habe. Das Berufungsgericht wird bei der erforderlichen weiteren Aufklärung des Sachverhalts diese Beweisangebote zu berücksichtigen haben.

Insoweit als es festgestellt hat, daß der Wagen durch Stehen im Freien einen weiteren Schaden erlitten habe, fehlt es an einer ausreichenden Feststellung, welcher Schaden entstanden ist, bevor der Kläger die Beklagte darauf hingewiesen hatte, daß er den Wagen nicht besser unterbringen könne.

V. Zusammenfassend ergibt sich, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts auf der rechtsirrtümlichen Annahme beruht, das Wahlrecht des Käufers, Schadensersatz anstelle der Wandlung zu verlangen, sei durch die rechtskräftige Abweisung des Restkaufgeldanspruches auf Grund er-

hobener Wandlungseinrede erloschen. Da die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis nicht unter einem anderen Gesichtspunkt bestätigt werden konnte, mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Prozesses ab und war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr.Großmann Artl Dr. Dorschel Dr.Mezger Dr.Messner